

Allgemeines Verwaltungsrecht

Verwaltungsorganisation und Behördenaufbau

Rechtsquellen des Verwaltungsrechts

Das subjektive öffentliche Recht

**Unbestimmter Rechtsbegriff, Beurteilungsspielraum und
planerische Abwägungsentscheidungen**

Verwaltungsermessen

Handlungsformen der Verwaltung

Recht der staatlichen Ersatzleistungen

von

Prof. Dr. jur. Rolf Schmidt

**Hochschule für Angewandte Wissenschaften
Hamburg**

24. Auflage 2024

Inhaltsverzeichnis

1. Kapitel – Die Ausführung der Gesetze durch die Verwaltung	1
A. Verfassungsrechtliche Vorgaben/Begriff der Verwaltung	1
B. Kompetenzabgrenzung zwischen Gesetzgebung und Verwaltung	3
C. Arten der Verwaltung	6
I. Eingriffsverwaltung	6
II. Leistungsverwaltung	7
III. Gewährleistungsverwaltung.....	7
IV. Gesetzesakzessorische Verwaltung	8
V. Nicht gesetzesakzessorische Verwaltung	8
2. Kapitel – Abgrenzung zum Privatrecht und Verfassungsrecht	9
A. Abgrenzung Verwaltungsrecht – Privatrecht	9
I. Hoheitliche und privatrechtliche Handlungsmöglichkeit	9
II. Erfordernis der Abgrenzung	9
III. Abgrenzungstheorien	10
1. Modifizierte Subjektstheorie (Sonderrechtstheorie; Zuordnungstheorie)	11
2. Interessentheorie	12
3. Subordinationstheorie.....	12
4. Bedeutung der Theorien für die Fallbearbeitung	12
5. Fallgruppen mit unklarer Zuordnung.....	13
6. Zusammenfassung	21
B. Abgrenzung Verwaltungsrecht – Verfassungsrecht	21
3. Kapitel – Verwaltungsorganisation und Behördenaufbau	23
A. Unmittelbare Staatsverwaltung	24
I. Bundesverwaltung.....	24
II. Landesebene	26
B. Mittelbare Staatsverwaltung	28
I. Körperschaften des öffentlichen Rechts.....	28
1. Gebietskörperschaften	28
2. Personal- bzw. Realkörperschaften	30
3. Verbandskörperschaften.....	36
4. Zusammenfassung zu den Körperschaften des öffentlichen Rechts	37
II. Anstalten des öffentlichen Rechts	37
III. Stiftungen des öffentlichen Rechts	39
IV. Beliehene	40

V. Zur Grundrechtsgeltung bei der mittelbaren Staatsverwaltung	46
VI. Privatisierung und Eingriffsverwaltung	47
VII. Privatisierung und Gewährleistungsverwaltung	50
4. Kapitel – Rechtsquellen des Verwaltungsrechts	54
A. Verfassung	54
B. Formelles Gesetz	55
C. Rechtsverordnung	58
D. Satzung	59
E. Gewohnheitsrecht; Richterrecht; Tarifverträge	61
F. Verwaltungsvorschriften	62
G. Rangordnung der nationalen Rechtsquellen	64
H. Völkerrecht	70
I. Recht der Europäischen Union.....	75
5. Kapitel – Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung	87
A. Vorrang des Gesetzes.....	88
B. Vorbehalt des Gesetzes	88
I. Erfordernis einer parlamentarischen Gesetzesgrundlage	88
II. Wesentlichkeitsrechtsprechung	89
III. Parlamentsvorbehalt	93
IV. Zur Reichweite des Gesetzesvorbehalts	95
V. Zusammenfassung zu Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes	99
6. Kapitel – Die Verwaltungsverfahrensgesetze	100
A. Begrenzung des Verfahrensrechts auf bestimmte Handlungsformen der Verwaltung	100
B. Vorrang der Verwaltungsverfahrensgesetze der Länder	100
C. Subsidiarität der Verwaltungsverfahrensgesetze	101
D. Einschränkungen des Anwendungsbereichs.....	101
E. Unmittelbare und analoge Anwendung des Verfahrensrechts.....	103
F. Folgen für Prüfungsarbeiten	105
7. Kapitel – Das subjektive öffentliche Recht	106
A. Begriff des subjektiven öffentlichen Rechts	106
B. Bedeutung des subjektiven öffentlichen Rechts.....	106
C. Subjektive Rechte und Grundrechte	113
I. Grundrechte als Abwehrrechte und Leistungsrechte	113

II. Vorbehalt des Möglichen	115
III. Derivative Leistungsrechte	116
IV. Präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt	116
V. Anspruch auf schützendes Tätigwerden	117
VI. Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung	117
VII. Subjektives öffentliches Recht und EU-Recht	118
VIII. Folge bei fehlendem subjektivem Recht	118
8. Kapitel – Unbestimmter Rechtsbegriff, Beurteilungsspielraum und planerische Abwägungsentscheidungen	120
A. Vorbemerkung.....	120
B. Unbestimmte Rechtsbegriffe	122
I. Grundsatz der vollen gerichtlichen Überprüfbarkeit.....	122
II. Auslegung von unbestimmten Rechtsbegriffen.....	123
III. Konkretisierung von unbestimmten Rechtsbegriffen	134
IV. Beurteilungsspielräume	134
V. Planerische Abwägungsentscheidungen	147
9. Kapitel – Ermessen und Grundsatz der Verhältnismäßigkeit	148
A. Begriff des Ermessens	148
B. Gesetzgeberische Abstufungen.....	148
I. Gebundene Verwaltung/Ermessensverwaltung/gebundenes Ermessen.....	148
II. Entschließungsermessen/Auswahlermessen.....	151
III. Intendiertes Ermessen	152
IV. Abgrenzung Ermessen zu unbestimmten Rechtsbegriffen	153
V. Abgrenzung Ermessen/planerische Abwägungsentscheidungen.....	155
VI. Ermessensgrenzen und Ermessensfehler	155
VII. Ermessensreduzierung auf Null.....	162
VIII. (Gerichtliche) Überprüfbarkeit von Ermessensentscheidungen.....	164
IX. Bedeutung der Verhältnismäßigkeit für gebundene Verwaltungsakte	167
10. Kapitel – Handlungsformen der Verwaltung.....	170
A. Der Verwaltungsakt	170
I. Bedeutung des Verwaltungsakts	170
II. Klassifizierungen des Verwaltungsakts.....	172
1. Befehlende, rechtsgestaltende und feststellende Verwaltungsakte	173
2. Begünstigende und belastende Verwaltungsakte	174
3. Kontrollerlaubnis und Ausnahmegewilligung	175

4. Verwaltungsakt mit Doppelwirkung i.S.e. Misch- oder Drittwirkung	177
5. Einseitiger und mitwirkungsbedürftiger Verwaltungsakt.....	178
6. Einstufiger und mehrstufiger Verwaltungsakt.....	179
7. Personenbezogener und dinglicher Verwaltungsakt.....	179
8. Vorbereitungsakt, Vorbescheid und Teilgenehmigung	180
9. Vorläufiger und vorsorglicher Verwaltungsakt.....	185
10. Wiederholende Verfügung und Zweitbescheid.....	187
11. Fiktiver Verwaltungsakt/Genehmigungsfiktion	188
12. Vollständig automatisiert erlassener Verwaltungsakt, § 35a VwVfG	190
III. Definitionsmerkmale eines Verwaltungsakts/Problembereiche.....	191
1. Hoheitliche Maßnahme.....	191
2. Einer Behörde	192
3. Zur Regelung	192
a. Abgrenzung zu schlichtem Verwaltungshandeln	195
b. Abgrenzung zu vorbereitenden Maßnahmen und Teilakten	198
c. Abgrenzung bei Formenwahlfreiheit.....	198
d. Informales Verwaltungshandeln	199
e. Behördliche Äußerungen.....	199
f. Nebenbestimmungen zum Verwaltungsakt, § 36 VwVfG	203
g. Maßnahmen in der Verwaltungsvollstreckung.....	203
h. Gesetzeskonkretisierender bzw. -wiederholender Verwaltungsakt.....	204
4. Eines Einzelfalls	204
a. Begriffspaare <i>abstrakt/konkret</i> und <i>generell/individuell</i>	204
b. Begriffliche Kombinationen	205
c. Sonderfall Allgemeinverfügungen	205
aa. Unbestimmter, aber bestimmbarer Adressatenkreis	205
bb. Arten von Allgemeinverfügungen.....	206
cc. Zur Rechtsnatur von Verkehrszeichen (Verkehrsschildern).....	209
d. Weitere Kriterien zur Bestimmung des Einzelfalls.....	210
e. Einordnung von modernen Rechtsakten	211
5. Auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts	211
6. Unmittelbare Rechtswirkung nach außen.....	212
a. Allgemeines	212
b. Innerdienstliche Weisungen.....	213
c. Mehrstufige Verwaltungsakte.....	215
d. Maßnahmen der Staatsaufsicht (hier: Kommunalaufsicht)	218

e. Organisationsakte	223
f. Maßnahmen im „Sonderstatusverhältnis“	223
IV. Bekanntgabe des Verwaltungsakts	232
1. Bedeutung der Bekanntgabe	232
2. Voraussetzungen der Bekanntgabe	233
a. Bekanntgabe im Rechtssinne	233
b. Bekanntgabe via Schriftform; Telefax; Computerfax	234
c. Elektronische Bekanntgabe	235
d. Bekanntgabe durch Datenabruf.....	236
e. Bekanntgabefiktion	236
f. Öffentliche Bekanntgabe	237
g. Bekanntgabe durch förmliche Zustellung	238
h. Folgen einer fehlerhaften Bekanntgabe	241
3. Bekanntgabe als Auslöser von Rechtsbehelfsfristen.....	242
a. Monatsfrist des § 70 I S. 1 VwGO.....	242
b. Fristende; „Montagsregelung“ des § 31 III S. 1 VwVfG.....	243
c. Gesetzliche/behördliche Fristen	243
d. Zugang des Widerspruchs	244
e. Verwaltungsakte mit Drittwirkung	245
f. Besonderheiten im Beamtenrecht	247
4. Sonderfall Allgemeinverfügungen.....	247
5. Insbesondere: Verkehrszeichen (Verkehrsschilder)	247
V. Rechtmäßigkeit bzw. Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsakts und deren Rechtsfolgen.....	252
1. Einführung	252
2. Prüfung eines Verwaltungsakts.....	253
a. Rechtsgrundlage für den Erlass eines Verwaltungsakts	254
b. Formelle Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsakts	259
aa. Zuständigkeit der Behörde	260
bb. Einhaltung von Verfahrensvorschriften	262
cc. Einhaltung von Formvorschriften	276
dd. Keine Rechtmäßigkeitsvoraussetzung: Rechtsbehelfsbelehrung ...	280
ee. Abschlussfall zur formellen Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsakts	281
c. Die materielle Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsakts	284
aa. Rechtmäßigkeit der Rechtsgrundlage	284
bb. Verwaltungsaktbefugnis	284

cc. Vereinbarkeit des Verwaltungsakts mit der Rechtsgrundlage	285
a.) Unbestimmte Rechtsbegriffe	286
b.) Beurteilungsspielräume	286
c.) Planerische Abwägungsentscheidungen	287
d.) Einhaltung von Ermessensspielräumen; kein Verstoß gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit	287
e.) Hinreichende Bestimmtheit	288
3. Kein Verstoß gegen sonstiges höherrangiges Recht	290
4. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit	290
5. Rechtsfolge der Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsakts	290
VI. Die Anfechtbarkeit von Verwaltungsakten	292
1. Anwendbares Recht	292
2. Der Widerspruch	292
3. Die Anfechtungsklage	294
VII. Die Nichtigkeit von Verwaltungsakten	295
1. Einführung	295
2. Nichtigkeitsgründe	295
3. Nichtigkeitsfeststellungsklage	300
VIII. Rücknahme und Widerruf von Verwaltungsakten	302
1. Allgemeines	302
2. Die Rücknahme nach § 48 VwVfG	307
a. Belastende rechtswidrige Verwaltungsakte, § 48 I S. 1 VwVfG	307
b. Begünstigende rechtswidrige Verwaltungsakte, § 48 I S. 1, S. 2, II-IV VwVfG	308
c. Rückabwicklung unionsrechtswidriger Subventionen	320
3. Der Widerruf nach § 49 VwVfG	322
a. Rechtmäßige belastende Verwaltungsakte, § 49 I VwVfG	323
b. Rechtmäßige begünstigende Verwaltungsakte, § 49 II VwVfG	323
c. Einmalige oder laufende Geldleistungen oder teilbare Sachleistungen, § 49 III VwVfG	325
4. Erstattung und Verzinsung, § 49a VwVfG	327
5. Rechtsschutzgesichtspunkte	329
IX. Wiederaufgreifen des Verfahrens, § 51 VwVfG	333
1. Problemstellung	333
2. Abgrenzung zur Aufhebung nach §§ 48, 49 VwVfG	334
3. Abgrenzung zur wiederholenden Verfügung und zum Zweitbescheid	336

4. Das Wiederaufgreifen nach § 51 VwVfG	339
5. Rückgriff auf §§ 48, 49 VwVfG.....	344
X. Nebenbestimmungen zum Verwaltungsakt, § 36 VwVfG.....	346
1. Problemstellung.....	346
2. Keine Nebenbestimmung im Rechtssinne („unechte“ Nebenbestimmung)....	346
3. Echte Nebenbestimmung	349
a. Befristung	350
b. Bedingung.....	350
c. Widerrufsvorbehalt.....	351
d. Auflage	351
e. Auflagenvorbehalt.....	352
4. Zulässigkeit von Nebenbestimmungen	352
a. Verwaltungsakte, auf deren Erlass ein Anspruch besteht	352
b. Verwaltungsakte, auf deren Erlass kein Anspruch besteht	353
c. Keine Zweckwidrigkeit der Nebenbestimmung	353
5. Rechtsschutz gegen Nebenbestimmungen.....	354
B. Die Rechtsverordnung.....	356
I. Die Rechtsverordnung als eine von der Exekutive erlassene Norm	356
II. Die Voraussetzungen der Rechtsverordnung	356
1. Art. 80 I GG als Ausgangsbasis für den Erlass von Rechtsverordnungen	356
2. Ermächtigungsgrundlage.....	357
3. Formelle Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen.....	360
4. Materielle Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen	363
5. Ermessen	364
III. Die Rechtswidrigkeit der Rechtsverordnung und ihre Folgen.....	364
IV. Rechtsschutz gegen rechtswidrige Rechtsverordnungen	364
C. Die Satzung	370
D. Verwaltungsvorschriften	373
I. Wesen und Bedeutung der Verwaltungsvorschriften	373
II. Erscheinungsformen der Verwaltungsvorschriften.....	373
III. Intra- und intersubjektive Verwaltungsvorschriften	374
IV. Rechtswirkung gegenüber Bürgern.....	376
V. Sonderfall normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften	378
E. Schlichtes Verwaltungshandeln	382
I. Begriff und Bedeutung	382
II. Öffentliche Äußerungen/Warnungen	383

III. Öffentlich-rechtliche Emissionen	389
IV. Informales Verwaltungshandeln.....	390
F. Die „Abmahnung“ im Verwaltungsrecht.....	391
G. Der öffentlich-rechtliche Vertrag (Verwaltungsvertrag)	394
I. Vorliegen eines verwaltungsrechtlichen Vertrags	395
II. Rechtliche Voraussetzungen des verwaltungsrechtlichen Vertrags.....	401
III. Rechtsfolgen	411
IV. Hinweise für Prüfungsarbeiten.....	414
V. Übungsfall	415
H. Plan und Planung	417
I. Rechtsnatur und Bedeutung eines Plans	417
II. Abwägung/Abwägungsfehler eines Plans	418
1. Planerisches Abwägungsgebot.....	418
2. (Un-)Beachtlichkeit nach § 214 BauGB.....	420
3. Ergänzendes Verfahren nach § 214 IV BauGB	420
4. Kein Verstoß gegen sonstiges höherrangiges Recht	421
I. Privatrechtliches Handeln der Verwaltung	422
I. Verwaltungsprivatrecht	422
II. Rein fiskalisches Handeln	439
III. Public Private Partnership (Öffentlich-Private Partnerschaft)	444
11. Kapitel – Die Verwaltungsvollstreckung	445
12. Kapitel – Recht der staatlichen Ersatzleistungen	450
A. Amtshaftung, § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG	451
I. Anwendbarkeit des § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG/Konkurrenzen	453
II. Tatbestandsvoraussetzungen.....	454
1. Jemand in Ausübung eines ihm anvertrauten öffentlichen Amtes	454
2. Verletzung der (einem Dritten gegenüber obliegenden) Amtspflicht.....	460
3. Drittbezug der Amtspflicht.....	466
4. Verschulden und haftungsbegründende Kausalität	470
III. Schaden, haftungsausfüllende Kausalität und Beweislast.....	473
IV. Haftungsminderung/Haftungsausschluss	476
V. Verjährung.....	480
VI. Haftungskörperschaft (Anspruchsgegner)	481
VII. Rechtsweg und Prüfungsumfang der Zivilgerichte	483
VIII. Regress (Rückgriff).....	484

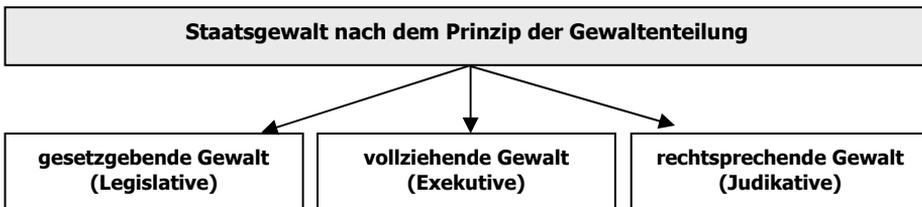
IX. Haftung für judikatives Unrecht?	484
X. Haftung gerichtlicher Sachverständiger, § 839a BGB.....	486
B. Enteignungsentschädigung.....	487
I. Allgemeines/Einstieg in die Fallbearbeitung.....	487
II. Die Anspruchsprüfung im Einzelnen	487
III. Durch Art. 14 I GG geschützte Rechtsposition	489
1. Schutzgegenstand: Eigentum	490
2. Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb	491
3. Anliegerrecht.....	492
4. Öffentlich-rechtliche Rechtspositionen.....	494
IV. Enteignung	495
1. Abgrenzung Enteignung/Inhalts- und Schrankenbestimmung	495
2. Zusammenfassung.....	498
V. Rechtmäßigkeit der Enteignung.....	501
1. Formell-gesetzliche Grundlage für die Enteignungsentschädigung.....	501
2. Rechtmäßigkeit des Einzelakts (bei Administrativenteignung)	508
VI. Rechtsfolge: Entschädigung.....	508
VII. Rechtsweg	509
C. Ausgleichspflicht bei einer Inhalts- und Schrankenbestimmung	510
D. Enteignungsgleicher Eingriff.....	517
E. Enteignender Eingriff	528
F. Aufopferungsanspruch i.e.S.	536
G. Folgenbeseitigungsanspruch	544
H. Öffentlich-rechtlicher Unterlassungsanspruch	558
I. Öffentlich-rechtlicher Erstattungsanspruch	561
J. Ansprüche aus verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnissen	566
K. Die Integration der unionsrechtlichen Anforderungen in das deutsche Staatshaftungsrecht	570
I. Das Francovich-Urteil des EuGH	570
II. Das Brasserie-Urteil des EuGH	572
III. Die Pauschalreisenrichtlinie	573
IV. Zusammenfassung der Haftungsvoraussetzungen	574
V. Haftung auch für judikatives Unrecht?	574
VI. Rechtsfolge.....	575
VII. Die Integration dieser Grundsätze in das deutsche Staatshaftungsrecht	576

1. Kapitel

Die Ausführung der Gesetze durch die Verwaltung

A. Verfassungsrechtliche Vorgaben/Begriff der Verwaltung

Die **Funktion der Verwaltung** im Staatsgefüge lässt sich nur dann verstehen, wenn man das **Prinzip der Gewaltenteilung**, wie es Art. 20 II S. 2 u. III GG vorsieht, verdeutlicht. Nach diesem Prinzip wird die Staatsgewalt durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt.¹



Ansätze einer Gewaltenteilung lassen sich bereits bei Aristoteles (384-322 v. Chr.) finden. In der Staatsphilosophie wurde die Gewaltenteilung insbesondere von John Locke (1632-1704) und Charles de Montesquieu (1689-1755) und dem Liberalismus als Maßnahme gegen den Missbrauch staatlicher Gewalt im Absolutismus gefordert. Die ersten Kodifizierungen finden sich in den „Bill of Rights of Virginia“ von 1776 und in der französischen „Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte“ von 1789. In Deutschland lassen sich erste Ausprägungen des Gewaltenteilungsprinzips in der Paulskirchenverfassung von 1848/49 und in der Reichsverfassung von 1871 finden, jedoch wurde die Gewaltenteilung in der heutigen Form erst im Grundgesetz von 1949 verankert. Der Zweck der Gewaltenteilung liegt darin, Staatsgewalt zu **begrenzen** und zu **kontrollieren** und somit einem Machtmissbrauch entgegenzutreten. Man spricht von einer **gegenseitigen Hemmung** und **Kontrolle** der Machtausübung der verschiedenen Staatsgewalten (nach John Locke: *checks and balances*).

In der Bundesrepublik Deutschland wird die Gewaltenteilung jedoch nicht als strikte Gewalten*trennung* verstanden. Vielmehr besteht eine Gewalten*verschränkung*.² Das bedeutet, dass ein Eingriff in den Funktionsbereich einer anderen Gewalt nicht schlechthin unzulässig ist. Das Prinzip der Gewaltenteilung ist lediglich dann verletzt, wenn ein Eingriff in den Kernbereich einer anderen Gewalt vorliegt.³ Das Grundgesetz definiert zwar die jeweiligen Funktionsbereiche nicht positiv, es enthält aber etliche Vorschriften, die einige Zuständigkeiten der drei Staatsgewalten näher beschreiben.

- So beschreiben die Art. 30, 70 ff. GG einige Zuständigkeiten der **gesetzgebenden Gewalt**.

Mit „Gesetzgebung“ in diesem Sinne ist gemeint, dass die Legislative in einem von der Verfassung hierfür vorgesehenen Verfahren abstrakt-generelle Regelungen erlässt, d.h. Rechtssätze, die für eine Vielzahl von Lebenssachverhalten geschaffen wurden und gegenüber jedermann verbindlich sind. Bei den allgemeinverbindlichen Rechtsnormen, die

¹ Graphik nach R. Schmidt, Staatsorganisationsrecht, 2. Aufl. 2001, S. 63. Im Übrigen sollten die nachfolgend dargestellten Inhalte aus dem staatsorganisationsrechtlichen Studium bekannt sein; aufgrund der grundlegenden Bedeutung für das Verständnis des Verwaltungsrechts werden sie jedoch wiederholend zusammengefasst. Sie basieren auf R. Schmidt, Staatsorganisationsrecht, Rn 65 ff. (Bundesstaat) und Rn 160 ff. (Rechtsstaat und Gewaltenteilung).

² Vgl. BVerfGE 9, 268, 279 f.; 95, 1, 15; 96, 375, 394; 109, 190, 252; BVerfG NJW 2011, 669, 670.

³ Zur Frage, unter welchen Umständen ein Eingriff in den Kernbereich einer anderen Gewalt vorliegt, vgl. R. Schmidt, Staatsorganisationsrecht, Rn 169 ff.

von einem Parlament erlassen werden, handelt es sich um **formell-materielle Gesetze** (vgl. Rn 128 ff.). *Nicht* um Gesetzgebung im Sinne einer parlamentarischen Gesetzgebung handelt es sich bei den Rechtsnormen, die von der Exekutive erlassen werden (Rechtsverordnungen und i.d.R. auch Satzungen). Man spricht insoweit von **nur-materiellen Gesetzen**. Eine andere Frage ist es, ob und inwieweit die Exekutive dazu ermächtigt ist, derartige Gesetze zu erlassen, vgl. dazu Rn 131 ff./135 ff.

- 5 ■ Aufgaben der **vollziehenden Gewalt**, d.h. der Regierung (der Gubernative) und der Verwaltung i.e.S. (der Administrative), sind in den Art. 62 ff. und 83 ff. GG niedergelegt.

Der Exekutive obliegen v.a. Regierung und Verwaltung. Zu den Aufgaben einer **Regierung** gehören – wie sich aus Art. 62 ff. GG ergibt – jedenfalls die politische Gestaltung und die Leitung des Staatsganzen. Darüber hinaus hat sie ein Initiativrecht bei Gesetzesvorlagen (vgl. Art. 76 GG) und ein Zustimmungsrecht bei bestimmten Staatsausgaben (vgl. Art. 113 I GG). Auch der Erlass von Rechtsverordnungen, also von nur-materiellen Gesetzen, gehört genauso zu ihrem Aufgabenbereich (vgl. Art. 80 GG) wie die Weisung eines Bundesministers an einen Landesminister im Bereich der Bundesauftragsverwaltung nach Art. 85 III GG (dazu Rn 8). Zu beachten ist jedoch, dass nicht jede Regierungstätigkeit verwaltungsrechtlicher Natur ist, für die im Streitfall die Verwaltungsgerichte zuständig sind. Vielmehr handelt es sich bei der Regierung gerade um ein Verfassungsorgan. Für verfassungsrechtliche Streitigkeiten ist (auf Bundesebene) das BVerfG zuständig. Es ist also in jedem Einzelfall danach zu fragen, ob die Regierung verfassungsrechtlich oder verwaltungsrechtlich tätig ist.

Beispiel⁴: Die Landesregierung betreibt ein Internetportal, in dem sie u.a. eine Liste von kontrollierten Gaststätten veröffentlicht und dabei die Ergebnisse der Kontrollen nennt bzw. die jeweiligen Betriebe mit einer Bewertungszahl versieht. Auch die Gaststätte des G wird kontrolliert und das Ergebnis wird auf dem Portal veröffentlicht. Da G lediglich mit „zufriedenstellend“ bewertet wird, möchte er gerichtlich klären lassen, ob die Veröffentlichung rechtmäßig ist.

Handelt es sich bei der Veröffentlichung um Verwaltungstätigkeit, sind die Verwaltungsgerichte zuständig, bei verfassungsrechtlicher Natur entscheidet das BVerfG.

Man könnte zwar erwägen, dass die Landesregierung staatsleitend und damit in ihrer Funktion als Verfassungsorgan tätig sei, allerdings handelt es sich bei der Veröffentlichung nicht um die Ausübung von spezifischem Verfassungsrecht, sondern um administrative Tätigkeit und damit um Verwaltungstätigkeit, über die zunächst die Verwaltungsgerichte entscheiden.⁵

Von dieser Problematik abgesehen, ist typische Aufgabe der **Verwaltung i.e.S.** (der Administrative) der **Vollzug der Gesetze** (vgl. Art. 83 ff. GG). Man spricht insoweit von **gesetzesakzessorischer Verwaltung** (vgl. auch Rn 22a).

Beispiel: Untersagung der Fortführung eines Gewerbes auf Grundlage der Gewerbeordnung (vgl. § 35 I GewO).

Doch beschränkt sich die Verwaltungstätigkeit nicht hierauf. So kann die Verwaltung – wie sich aus Art. 30 GG ergibt – auch außerhalb des Gesetzesvollzugs tätig werden. Man spricht dann von **nicht-gesetzesakzessorischer Verwaltung** (vgl. Rn 22b).

Beispiel: Zur-Verfügung-Stellung von öffentlichen Einrichtungen (Stadhallen⁶ etc.)

⁴ In Anlehnung an OVG Berlin-Brandenburg NVwZ-RR 2014, 846.

⁵ Zur Frage, nach welchen Kriterien sich die Einstufung eines Streits als verfassungsrechtlich oder verwaltungsrechtlich richtet, vgl. Rn 23 ff.

⁶ Vgl. dazu OVG Bautzen NVwZ 2002, 615 (Parteitag in Stadthalle); VGH Kassel 23.2.2018 – 8 B 23/18 (Überlassung Stadthalle an NPd) und ausführlich Rn 1022 ff.

Bei allen Tätigkeiten wird das Verwaltungshandeln jedoch durch die Prinzipien vom *Vorrang* und (für den Bereich der Eingriffsverwaltung) *Vorbehalt* des Gesetzes (dazu Rn 196 ff.) bestimmt.

Fazit: Insgesamt lässt sich sagen, dass sich der Funktionsbereich der Exekutive aufgrund der Vielfältigkeit exekutiver Funktionen nicht positiv bestimmen lässt. Daher ist mit einer Negativdefinition zu arbeiten:

Verwaltung ist die Tätigkeit des Staates oder eines sonstigen Trägers öffentlicher Gewalt außerhalb von formeller Rechtsetzung und Rechtsprechung.⁷

- Die **rechtsprechende Gewalt** erhält ihren Aufgabenbereich durch die Art. 92 ff. GG (i.V.m. dem DRiG). 6

Die rechtsprechende Gewalt ist organisatorisch und funktional strikt von den beiden anderen Gewalten zu unterscheiden: Gemäß Art. 92 GG ist die rechtsprechende Gewalt den **Richtern** anvertraut. Sie wird durch das BVerfG, die anderen im Grundgesetz genannten Bundesgerichte (vgl. Art. 95 GG) sowie die Gerichte der Länder ausgeübt. Dabei sind die Richter sachlich und persönlich unabhängig und nur den Gesetzen unterworfen (vgl. Art. 97 GG).⁸ Dem Bereich der Rechtsprechung sind jedenfalls die in Art. 95 GG aufgeführten Sachgebiete der bürgerlichen Streitigkeiten, der Strafsachen und der Verwaltungsstreitigkeiten zuzurechnen.

B. Kompetenzabgrenzung zwischen Gesetzgebung und Verwaltung

Von dem Prinzip der Gewaltenteilung im dargestellten Sinne (sog. **horizontale Gewaltenteilung**) ist die **organisatorische Gewaltenteilung** zu unterscheiden, wie das etwa bei der Aufgabenteilung zwischen Bundestag und Bundesrat der Fall ist. Auch die **vertikale Gewaltenteilung** betrifft eine andere Gewaltenteilung, nämlich diejenige zwischen den Verbänden Bund und Ländern einerseits und zwischen Bund/Ländern und Gemeinden andererseits. Diese vertikale Gewaltenteilung ist dem Föderalismus, wie er in der Bundesrepublik Deutschland besteht, eigen. Sie verfolgt das Ziel, dass nicht nur die Gesetzgebungskompetenzen, sondern auch die Verwaltungskompetenzen einer Verbandszuständigkeitsregelung unterfallen müssen. Denn der Vollzug eines Gesetzes bringt einen großen Auslegungs- und Handhabungsspielraum mit sich, sodass dem Gesetzesanwender (hier: der Verwaltung) eine erhebliche Machtposition zukommt. Würden also die Bundesgesetze ausschließlich und ohne Ausführungsbeschränkung durch die Landesbehörden ausgeführt, hätte dies eine Ausweitung der Machtposition der Länder zur Folge. Würden umgekehrt die Bundesgesetze in erster Linie durch Bundesbehörden ausgeführt, hätte dies eine Unitarisierung des Bundesstaates zur Folge. Aus Gründen der Machtbalance hat der Verfassungsgeber daher in den Art. 83 ff. GG ein ausgewogenes, dem Bundesstaat verpflichtetes System entwickelt. Zugrunde gelegt wird dabei der Umstand, dass die Länder (und Gemeinden) bereits eigene Verwaltungsbehörden besitzen, die die Landesgesetze ausführen (hinzukommt, dass die Gemeinden die Gemeindegesetze ausführen). Der Bund kann sich diese Behörden also zunutze machen. Es wäre unökonomisch, wenn der Bund für alle Bereiche eigene Behörden schaffen würde. Art. 83 GG bestimmt daher, dass – soweit das Grundgesetz nichts anderes bestimmt oder zulässt – die Länder (neben ihren Gesetzen) die Bundesgesetze als **eigene Angele-** 7

⁷ Vgl. *Kloepfer*, VerfR I, § 22 Rn 1 ff. Vgl. auch BVerfG NVwZ 2015, 1434, 1436 ff. (Verleihung des Status als Körperschaft des öffentlichen Rechts darf nicht durch Gesetz (oder gar die Verfassung) erfolgen, sondern muss einer exekutivischen Einzelfallentscheidung vorbehalten bleiben).

⁸ Vgl. BVerfGE 27, 312, 322; 60, 253, 296; 67, 65, 68; 103, 111, 136 ff.

genheiten ausführen. Es besteht, wie in den Art. 30, 70 I GG bezüglich der Gesetzgebung, eine Zuständigkeitsvermutung zugunsten der Länder. Daher ist es selbstverständlich, dass die Länder die Einrichtung der Behörden und das Verwaltungsverfahren selbst regeln. **Art. 84 I S. 1 GG** garantiert dies verfassungsrechtlich.⁹

Beispiel: Der Vollzug der Gewerbeordnung (= Bundesgesetz) obliegt gem. Art. 83 GG den Ländern. Diese müssen daher eigene Behörden einrichten, die (auch) für den Vollzug dieses Bundesgesetzes zuständig sind. Für diesen Vollzug müssen die Länder auch eigene Verwaltungsverfahrensgesetze (VwVfGe) erlassen. Handelt also eine Landesbehörde in Ausübung eines Bundesgesetzes (Beispiel: Untersagung eines Gewerbes gem. § 35 I GewO), kommt nicht das VwVfG des Bundes zur Anwendung, sondern das VwVfG des Landes (insoweit – wegen Art. 83 GG – nur klarstellend § 1 III Bundes-VwVfG). Es wäre also ein Fehler, in der Fallbearbeitung das VwVfG des Bundes zu zitieren, auch wenn die betreffende Landesbehörde in Ausübung von Bundesrecht gehandelt hat. Das gilt auch dann, wenn (wie üblicherweise) das betreffende LandesVwVfG mit dem BundesVwVfG inhaltlich übereinstimmt. Aus Gründen der Einfachheit wird im Folgenden jedoch lediglich von „VwVfG“ gesprochen. Vgl. dazu im Übrigen Rn 216 ff.

- 8 Eine Ausnahmebestimmung zu Art. 83 GG ist in **Art. 85 GG** zu finden. Dort wird von **Bundesauftragsverwaltung** gesprochen. Gemeint ist, dass es sich um eine Angelegenheit des Bundes handelt, der Bund aber, anstatt eigene Behörden zu errichten, die Landesbehörden heranzieht. Die Länder führen die Bundesgesetze also nicht als eigene Angelegenheiten, sondern lediglich im Auftrage des Bundes aus. Die Gegenstände der Auftragsverwaltung sind im Grundgesetz erschöpfend aufgezählt (vgl. Art. 87 b II S. 2, Art. 87 c, Art. 87 d II, Art. 89 II sowie Art. 90 III GG; Erweiterungsmöglichkeiten bieten Art. 90 IV GG und Art. 104 a III S. 2 GG). Da es sich um eine Angelegenheit des Bundes handelt, übt der Bund hier nicht nur eine Rechtsaufsicht, sondern eine volle Zweckmäßigkeitkontrolle aus, d.h. er darf gegenüber den obersten Landesbehörden (Landesministerien) gem. Art. 85 III GG **Weisungen** erteilen. Man spricht von **Fachaufsicht**. Hierin besteht der entscheidende Unterschied zur Ausführung der Gesetze als eigene Angelegenheiten.
- 9 Ferner kann im Bereich der Bundesauftragsverwaltung die Bundesregierung mit Zustimmung des Bundesrats **allgemeine Verwaltungsvorschriften** erlassen (Art. 85 II S. 1 GG). Mit „Bundesregierung“ ist die Bundesregierung als Kollegialorgan gemeint. Der Erlass von allgemeinen Verwaltungsvorschriften durch einen *einzelnen Bundesminister* kommt also – auch sofern dieser zuvor dazu ermächtigt wurde – nicht in Betracht.¹⁰
- 10 Von der Ausführung der Bundesgesetze durch die Länder ist die Ausführung der Bundesgesetze durch **bundeseigene Verwaltung** zu unterscheiden. Diese ist nach der Regelungstechnik der Art. 83 ff. GG nur zulässig, wenn das Grundgesetz sie ausdrücklich vorsieht oder zulässt, Art. 86 f. GG. Das resultiert aus dem bereits erwähnten Erfordernis der Machtbalance zwischen Bund und Ländern. Außerdem vollziehen die Länder ohnehin neben ihren eigenen Gesetzen grundsätzlich auch die Bundesgesetze (als eigene Angelegenheiten oder im Auftrage, vgl. Art. 83-85 GG) und verfügen über entsprechend gegliederte Verwaltungsbehörden, die sich der Bund zunutze machen kann. Folgerichtig ist die Ausdehnung des zentralstaatlichen Verwaltungsapparats (Bundesverwaltung) besonders beschränkt worden (Art. 87 I bis 89 II GG) mit der Folge, dass relativ wenige Bundesbehörden vorzufinden waren. Mit Grundgesetzänderung v. 13.7. 2017 (BGBl I 2017, S. 2347) ist die bundeseigene Verwaltung dann aber wieder erweitert worden (siehe Art. 90 II GG: bundeseigene Verwaltung der

⁹ Vgl. dazu BVerwG NJW 2000, 3150.

¹⁰ So ausdrücklich BVerfGE 100, 249, 259, 261 unter Aufgabe der bisherigen Rspr. (vgl. BVerfGE 26, 338, 339).

Bundesautobahnen mit der Möglichkeit, sich zur Erledigung der damit verbundenen Aufgaben einer im Eigentum des Bundes stehenden, privatrechtlich organisierten Gesellschaft zu bedienen¹¹). Siehe auch Rn 66 ff./118 ff./393/913 ff./1034 ff./1038 ff./1049 f.

Insgesamt ergibt sich daraus, dass das Grundgesetz zwischen drei Modellen der Gesetzesausführung unterscheidet:

- Vollzug der Bundesgesetze durch die Länder „als eigene Angelegenheit“ (Art. 83, 84 GG – **Landeseigenverwaltung**)
- Vollzug der Bundesgesetze durch die Länder „im Auftrag des Bundes“ (Art. 85 GG – **Bundesauftragsverwaltung**)
- Vollzug der Bundesgesetze durch Bundesbehörden, durch rechtlich selbstständige, aber dem Bund zugeordnete Verwaltungsträger, insbesondere rechtsfähige Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts, oder durch privatrechtlich organisierte, aber im Bundeseigentum stehende Gesellschaften (Art. 86 GG bzw. Art. 90 II GG – **Bundeseigenverwaltung**)

Die Ausführung der Gesetze wird aber nicht nur von Bundes- und Landesbehörden, sondern auch von Kommunalbehörden vorgenommen. Das hat den Hintergrund, dass die Gemeinden und Landkreise nicht nur „ihre“ Angelegenheiten zu verwalten haben, sondern darüber hinaus die ihnen durch Gesetz übertragenen *staatlichen* Aufgaben im Wege der mittelbaren Staatsverwaltung („**Kommunalisierung der unteren Staatsverwaltung**“, vgl. Rn 84 ff.). Es wäre ineffizient, wenn sich der Staat nicht die vorhandenen Kommunalbehörden zunutze machte. Man spricht von Auftragsangelegenheiten. Zu beachten ist jedoch, dass Gemeinden und Gemeindeverbänden Aufgaben durch Bundesgesetz nicht übertragen werden dürfen (Art. 85 I S. 2 GG).

11

Auftragsangelegenheiten sind also staatliche Aufgaben, die den Gemeinden zur Erledigung übertragen worden sind. Zu den Auftragsangelegenheiten gehören beispielsweise das Pass- und Meldewesen, das Personenstandswesen, die Bauaufsicht und die Wehrrfassung. Generell lässt sich sagen, dass die obrigkeitlichen Aufgaben Staatsaufgaben sind, während die Daseinsvorsorge sowie die Wirtschaftsförderung in erster Linie Aufgabe der kommunalen Selbstverwaltung sind. Es bleibt aber bei dem Grundsatz, dass Kommunalbehörden Behörden der kommunalen Selbstverwaltungsträger (Gemeinden, Landkreise) sind.

Soweit Kommunalbehörden jedoch als untere **Staatsbehörde** (untere Verwaltungsbehörde) mit der Wahrnehmung unmittelbarer staatlicher Aufgaben betraut sind, sind sie *staatliche* Behörden (**Doppelfunktion in der Verwaltung**).¹² Es findet eine **Organleihe** statt: Das Land „leiht“ Kommunalbehörden. Das sind je nach Bundesland das Landratsamt (und der Oberbürgermeister), der Landrat oder der Oberkreisdirektor (näher Rn 84 ff.).

12

Die Verknüpfung von Staatsverwaltung und Kommunalverwaltung (Kreisverwaltung) gewährleistet eine effektive Verwaltung, weil sie zugleich staatliche und kommunale Aufgaben und Interessen miteinander verbindet. Der Landrat ist kommunaler Wahlbeamter, d.h. Beamter, der von den Bürgern des Landkreises (oder von dem Kreistag¹³) gewählt wird. Will das Bundesland staatliche Verwaltungsaufgaben durch den Landrat wahrnehmen, „leiht“ es sich diesen von dem Landkreis. Er fungiert dann als untere Verwaltungsbehörde des Landes. Zur Rechtsfigur der Organleihe vgl. Rn 86.

¹¹ Eine Überleitungsvorschrift findet sich in Art. 143e GG. Zur Bewertung der Privatisierungstendenz vgl. Rn 118 ff.

¹² Vgl. dazu ausführlich Rn 66 ff.

¹³ Nur in Baden-Württemberg, Brandenburg und Schleswig-Holstein.

- 13 Auf den Vollzug des **Rechts der Europäischen Union** sind die Art. 83 ff. GG nicht direkt anwendbar, da sich diese Vorschriften nur auf den Vollzug des nationalen Rechts und die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern beziehen. Gleichwohl bestehen keine Bedenken, die Art. 83 ff. GG analog anzuwenden. Eine andere Lösung macht auch keinen Sinn. Es bleibt also auch in diesem Zusammenhang bei dem Grundsatz der Länderexekutive. Das Unionsrecht ist also grundsätzlich von den Ländern auszuführen. Der Bund hat aber im Bereich der Art. 84 f. GG Aufsichts- und Einwirkungsrechte. Des Weiteren kann und muss er im Rahmen seiner Zuständigkeit gem. Art. 87 ff., 108 I S. 1 GG selbst den Vollzug übernehmen.

Hiervon zu unterscheiden ist der Fall, in dem nationales Recht vollzogen wird, das aufgrund von EU-Recht, insbesondere aufgrund von Richtlinien gem. Art. 288 III AEUV, ergangen ist. Hier sind die Art. 83 ff. GG wiederum unmittelbar anwendbar.¹⁴

C. Arten der Verwaltung

- 14 Nach ihren möglichen Rechtswirkungen und ihrer Rechtsbindung lässt sich die Verwaltungstätigkeit im Wesentlichen in drei Gruppen einteilen: Eingriffsverwaltung, Leistungsverwaltung und Gewährleistungsverwaltung. Quer zu dieser Einteilung liegt die Einteilung in gesetzesakzessorischer und nicht gesetzesakzessorischer Verwaltung.

I. Eingriffsverwaltung

- 15 Greift die Verwaltung in Rechte von Bürgern ein, indem sie etwa Verbote ausspricht, Verpflichtungen oder sonstige Belastungen auferlegt, spricht man von **Eingriffsverwaltung**.

Beispiele: Versammlungsverbote, Baubeseitigungsanordnungen, Gewerbeuntersagungen, polizeiliche Platzverweise, Aufstellen von Verkehrszeichen¹⁵, Zahlungsbescheide

- 16 Aufgrund der damit verbundenen Grundrechtsbeeinträchtigung gilt für diesen Bereich des administrativen Handelns die **Gesetzmäßigkeit der Verwaltung** – d.h. **Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes** (Art. 20 III GG) – **uneingeschränkt**. Die Verwaltung darf nur tätig werden, soweit sie dazu durch Gesetz ermächtigt ist.

Beispiele: So richten sich Versammlungsverbote nach § 15 I VersG¹⁶, Baubeseitigungsanordnungen nach den Befugnisnormen der Landesbauordnungen, Gewerbeuntersagungen nach § 35 GewO (bzw. nach Spezialnormen), polizeiliche Platzverweise nach den Polizeigesetzen, Verkehrszeichen nach § 6 StVG i.V.m. § 45 StVO, Zahlungsbescheide nach den einschlägigen Fachgesetzen (etwa Bußgeldbescheide nach §§ 65 ff. OWiG) etc.

¹⁴ Zum EU-Recht vgl. Rn 165 ff.

¹⁵ Siehe dazu etwa BGH NJW-RR 2019, 1163 ff. – dazu Rn 1068.

¹⁶ Zu beachten ist, dass im Zuge der Föderalismusreform 2006 der verfassungsändernde Gesetzgeber das früher unter Art. 74 I GG gefasste Versammlungsrecht, Ladenschlussrecht, Gaststättenrecht, Spielhallenrecht sowie das Recht der Schaustellung von Personen, der Messen, der Ausstellungen und der Märkte in die Gesetzgebungskompetenz der Länder überführt hat. Damit sind diese Materien des sog. besonderen Gefahrenabwehrrechts nicht mehr bundesgesetzlich regelbar. Allerdings ist hier wiederum zu beachten, dass bisherige Bundesgesetze in Ländern, die noch keine eigenen Regelungen erlassen haben, fortgelten (vgl. Art. 125a I GG). Das betrifft in erster Linie das Versammlungsgesetz, da noch nicht alle Länder eigene Versammlungsgesetze erlassen haben. Wenn also in den folgenden Beispielen das VersG genannt wird, ist damit das des Bundes gemeint, das gem. Art. 125a I GG fortgilt. Hinsichtlich des Gaststättenrechts haben zwar mittlerweile alle Bundesländer eigene Landesgaststättengesetze erlassen, dennoch wird in den in diesem Buch genannten Beispielen aus Gründen der Übersichtlichkeit das GastG des Bundes zugrunde gelegt. Das früher auf die Rahmengesetzgebung des Bundes gestützte Beamtenrechtsrahmengesetz (BRRG) ist zum 1.4.2009 durch das für Landesbeamte geltende Beamtenstatusgesetz (BeamtStG) weitgehend ersetzt worden. Für das juristische Studium wohl wichtigste Vorschrift ist § 54 BeamStG, die im Wesentlichen § 126 BRRG (Verwaltungsrechtsweg, Widerspruchsverfahren) nachempfunden ist. Für Bundesbeamte gilt § 126 BBG.

Auch die Rücknahme und der Widerruf einer zuvor erteilten Erlaubnis stellen eine Belastung dar, auch wenn die ursprüngliche Erlaubnis eine Begünstigung bedeutete und damit der Leistungsverwaltung unterfiel. 17

Beispiel: Gastronom G wird eine Gaststättenerlaubnis erteilt (vgl. §§ 2 ff. GastG). Drei Wochen später stellt sich heraus, dass G die Erlaubnis nicht hätte erteilt werden dürfen, da er nicht die erforderliche Zuverlässigkeit besitzt (vgl. § 4 I GastG). Daraufhin hebt die Gaststättenbehörde die Erlaubnis gem. § 15 I GastG auf.¹⁷

II. Leistungsverwaltung

Greift die Verwaltung nicht freiheitsverkürzend in Rechte von Bürgern ein, sondern steht diesen während gegenüber, indem sie etwa Leistungen oder (andere) Vergünstigungen gewährt, spricht man von **Leistungsverwaltung**. Der Leistungsverwaltung werden zugeordnet: 18

- die **Sozialverwaltung**, d.h. die Ausführung der Sozialleistungsgesetze wie das SGB II und XII und (bei Asylbewerbern) das Asylbewerberleistungsgesetz, bei denen sich der Rechtsschutz nach dem Sozialgerichtsgesetz (vgl. § 51 SGG) richtet,
- die **Förderungsverwaltung** („Leistung durch Zuwendung“) wie Subventionen für Wirtschaft und Bergbau, Förderungen von Kunst, Wissenschaft oder Wirtschaft, Vermögensbildung, Ausbildungsförderung (BAföG),
- die **Vorsorgeverwaltung** („Leistung durch Bereitstellung öffentlicher Einrichtungen sowie Überlassung öffentlicher Sachen zwecks Nutzung“) wie die Bereitstellung von Stadthallen o.ä., Straßen- und Verkehrswegen, Verkehrs- und Beförderungseinrichtungen, Versorgungsenergien, Entsorgungseinrichtungen, Kultureinrichtungen, Friedhöfen, Wasserschleusen etc.,
- die **Genehmigungen von Vorhaben** wie die Erteilung einer Baugenehmigung, einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung, einer Gaststättengenehmigung etc. (präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt und Ausnahmegenehmigung).

Die Vorsorgeverwaltung wird auch als **Daseinsvorsorge** bezeichnet, weil ihre ursprüngliche Funktion insbesondere in der Versorgung der Bevölkerung mit lebensnotwendigen Leistungen und Gütern wie Strom, Gas, Wasser, Wohnraum, Kanalisation etc. sowie in der Bereitstellung einer Infrastruktur wie dem Betreiben des öffentlichen Personennahverkehrs oder des Straßenbaus bestand. Heute wird der Begriff der Daseinsvorsorge weiter verstanden; von ihm werden z.B. auch die Erteilung von Informationen sowie die Bereitstellung von Bildungseinrichtungen und Infrastruktur erfasst. 19

III. Gewährleistungsverwaltung

Heute wird der Sektor der Daseinsvorsorge kaum noch vom Staat oder von den Gemeinden selbst wahrgenommen. Vielmehr ist die öffentliche Hand dazu übergegangen, Einrichtungen, die der Daseinsvorsorge dienen, zu privatisieren.¹⁸ 20

Beispiele:

- (1) Die Stadt oder die Gemeinde versorgt ihre Einwohner mit Wasser und Strom (Versorgungsenergien) über die von ihr beherrschten privatrechtlich organisierten Energieversorgungsunternehmen (AG oder GmbH). Diese schließen mit den Einwohnern privatrechtliche Energielieferungsverträge ab.

¹⁷ Zu Rücknahme und Widerruf von Verwaltungsakten vgl. eingehend Rn 644 ff.

¹⁸ Zu den Gründen siehe Rn 21 ff. und 1008 ff.

- (2) Die Stadt oder die Gemeinde nimmt den öffentlichen Personennahverkehr durch eine AG wahr, deren Aktien sich ausschließlich oder überwiegend (zumeist über 90%) in ihrer Hand befinden. Die AG schließt mit den Fahrgästen privatrechtliche Beförderungsverträge ab.¹⁹
- 21 Erfüllt die Körperschaft – wie in beiden Beispielen verdeutlicht – Aufgaben der Daseinsvorsorge in Privatrechtsform, spricht man von **Verwaltungsprivatrecht** bzw. von einer **formellen Privatisierung**. Kennzeichen ist, dass der Staat eine öffentliche Einrichtung (Regiebetrieb, Eigenbetrieb etc.) in ein Unternehmen in privater Rechtsform (GmbH, AG etc.) umwandelt, dabei jedoch die Unternehmensmehrheit behält. Als Beispiel kann die **Deutsche Bahn AG** genannt werden, die früher als **Bundessondervermögen Bundesbahn** geführt wurde, deren Unternehmensanteile sich aber nach wie vor im Eigentum des Bundes befinden (vgl. Art. 87e, 143a GG). Findet jedoch eine echte Aufgabenverlagerung statt (mit Übertragung der überwiegenden Unternehmensanteile auf Private, meist über die Börse), liegt eine **materielle Privatisierung** vor: Der Staat zieht sich ganz zurück und überlässt die Erledigung bestimmter, bisher von ihm wahrgenommener Aufgaben der Marktwirtschaft und damit dem Wettbewerb. Die bekanntesten Beispiele dürften die **Deutsche Telekom AG** und die **Deutsche Post AG** sein, die früher als **Bundessondervermögen Bundespost** geführt wurden. Diese Unternehmen sind seit einiger Zeit privatisiert und bestehen als Post AG, Telekom AG und Postbank AG fort (vgl. Art. 87f, 143b GG).
- 22 Insgesamt sind mit der Privatisierung zahlreiche Probleme verbunden. Zwar ist es dem Staat nicht generell verwehrt, Aufgaben der Leistungsverwaltung in Privatrechtsform wahrzunehmen bzw. auf Privatrechtssubjekte zu übertragen, er muss aber durch geeignete Maßnahmen – insbesondere aufsichtsrechtlicher Art – gewährleisten, dass eine ordnungsgemäße Aufgabenerfüllung stattfindet (daher auch der Begriff „Gewährleistungsverwaltung“). Problematisch ist auch die Frage nach der **Grundrechtsbindung** der privatisierten Einrichtungen. Da die Behandlung dieser Fragenkomplexe jedoch den Rahmen dieser Einführung sprengen würde, wird auf die Darstellung bei Rn 118 ff. und 1008 ff. verwiesen.

IV. Gesetzesakzessorische Verwaltung

- 22a Vollzieht die Verwaltung Gesetze, etwa indem sie auf der Grundlage eines Gesetzes ein Verbot erteilt, ein bestimmtes Verhalten verlangt oder eine Leistung gewährt, spricht man von gesetzesakzessorischer Verwaltung.

V. Nicht gesetzesakzessorische Verwaltung

- 22b Wird die Verwaltung ohne gesetzliche Grundlage tätig, spricht man von nicht gesetzesakzessorischer Verwaltung. Aufgrund des Vorbehalts des Gesetzes (Art. 20 III GG) ist aber klar, dass eine gesetzesfreie Verwaltung überhaupt nur dann in Betracht kommen kann, wenn keine Grundrechte beeinträchtigt werden. So kann z.B. eine Subventionsvergabe, die an sich nur Vorteile mit sich bringt, eine gesetzliche Grundlage erforderlich machen, wenn dadurch andere Bürger benachteiligt werden (vgl. dazu im Einzelnen Rn 206 ff.).

¹⁹ Vgl. dazu auch *Kämmerer*, NVwZ 2004, 28 ff.

2. Kapitel

Abgrenzung zum Privatrecht und Verfassungsrecht

A. Abgrenzung Verwaltungsrecht – Privatrecht

I. Hoheitliche und privatrechtliche Handlungsmöglichkeit

In der Regel ist die Verwaltung in Ausführung der Gesetze – also **hoheitlich** – tätig. 23
Das betrifft insbesondere die **Eingriffsverwaltung**.

Beispiel: B hat ein nicht genehmigtes und auch nicht genehmigungsfähiges Haus gebaut. Als die Bauordnungsbehörde davon erfährt, erlässt sie eine Baubeseitigungsanordnung (= Abrissverfügung) mit dem Inhalt, dass B den Bau innerhalb eines Monats zu beseitigen habe.

Hier tritt die Behörde dem B in Ausführung der Landesbauordnung gegenüber. Sie ist hoheitlich tätig. Sollte B mit der Verfügung nicht einverstanden sein, liegt ein verwaltungsrechtlicher Streit vor, der gem. § 40 I S. 1 VwGO vor dem Verwaltungsgericht auszutragen ist.

In bestimmten Fällen ist es dem Staat nicht verwehrt, auch auf dem Gebiet des **Privatrechts** tätig zu sein. In diesem Zusammenhang ist zwischen dem Verwaltungsprivatrecht und der Fiskalverwaltung zu unterscheiden. 24

Beispiel zum Verwaltungsprivatrecht: Die Stadt betreibt eine öffentliche Einrichtung (z.B. eine Stadthalle oder ein Freizeitbad) durch eine GmbH. Die Mietverträge bzw. Benutzungsverträge werden privatrechtlich gem. §§ 535 ff. BGB bzw. gem. § 311 I BGB geschlossen.

Beispiele zur Fiskalverwaltung: Eine Behörde kauft Büromaterial, Dienstfahrzeuge, Grundstücke etc., um überhaupt hoheitlich tätig zu werden (Beschaffungswesen); sie verkauft Grundstücke bzw. Wohnungen, um Einnahmen zu erzielen (Veräußerungswesen)²⁰; sie schließt Verträge mit Baufirmen über den Bau von Straßen, Schulen, Regierungsgebäuden etc. (öffentliches Auftragswesen); sie vermietet/verpachtet Kellerräume, damit der Mieter/Pächter dort eine Gaststätte betreibt („Ratskeller“); eine Gemeinde betätigt sich wirtschaftlich, um Gewinne zu erzielen (etwa durch Unterhalten eines Gartenbaubetriebs, der sich kommerziell am Markt betätigt).

In Fällen dieser Art ist stets danach zu fragen, ob die Behörde **öffentlich-rechtlich** oder **privatrechtlich** gehandelt hat.

II. Erfordernis der Abgrenzung

Insbesondere mit Blick auf den zulässigen **Rechtsweg**, aber auch hinsichtlich der Annahme eines **Verwaltungsakts** bzw. **verwaltungsrechtlichen Vertrags**, der Anwendung des **Verwaltungsverfahrensgesetzes** und des **Verwaltungsvollstreckungsgesetzes** sowie hinsichtlich der **Haftung** für rechtswidriges Handeln kann die Frage, ob die Behörde **öffentlich-rechtlich** oder **privatrechtlich** handelt, nicht dahinstehen. 25

- Hinsichtlich des **Rechtswegs** ist die Abgrenzung deshalb wichtig, weil nur bei öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art grds. der Verwaltungsrechtsweg eröffnet ist (§ 40 I S. 1 VwGO). Dagegen sind für bürgerlich-rechtliche (d.h. privatrechtliche) Streitigkeiten die ordentlichen Gerichte zuständig (§ 13 GVG).

²⁰ Vgl. dazu OVG Münster NJW 2001, 698 ff.

- Da nur bei öffentlich-rechtlicher Verwaltungstätigkeit die **Verwaltungsverfahrensgesetze** anwendbar sind (vgl. auf Bundesebene § 1 I VwVfG) und bei privatrechtlichen Streitigkeiten die Verfahrensregeln in den zivilrechtlichen Gesetzen (BGB, HGB etc.) Anwendung finden, ist auch diesbezüglich eine Abgrenzung erforderlich.
 - Da der **Verwaltungsakt** gem. § 35 VwVfG eine Regelung auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts voraussetzt und Entsprechendes für den **verwaltungsrechtlichen Vertrag** gilt (vgl. § 54 VwVfG: „auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts“), ist auch hier stets eine Abgrenzung zum Privatrecht vorzunehmen.
 - Da die **Verwaltungsvollstreckung** ausschließlich der Durchsetzung öffentlich-rechtlicher Forderungen und Verpflichtungen dient (vgl. auf Bundesebene §§ 1, 6 VwVG) und für privatrechtliche Forderungen und Verpflichtungen zunächst ein gerichtlicher Vollstreckungstitel (vor den Zivilgerichten) erwirkt werden muss, ist auch wegen dieser Besonderheit eine Abgrenzung vorzunehmen.
 - Schließlich ist das öffentliche Recht vom Privatrecht abzugrenzen, wenn es um die **Haftungsfrage** geht. Da Art. 34 GG von „Ausübung eines Amtes“ spricht, steht dem Bürger für Amtshaftungsansprüche der **Amtshaftungsanspruch** gem. § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG zur Verfügung. Dieser Anspruch schließt einen Anspruch gegen den handelnden Amtswalter nach § 823 BGB aus (§ 839 BGB ist lex specialis zu § 823 BGB). Ein Anspruch gem. § 823 BGB gegen den Amtswalter persönlich kommt daher nur dann in Betracht, wenn dieser *nicht* in Ausübung eines Amtes, sondern privatrechtlich gehandelt hat. Daher ist auch hier stets eine Abgrenzung vorzunehmen.
- 26 Im Rahmen von Prüfungsarbeiten (Hausarbeiten und Klausuren) ist die Abgrenzung von öffentlichem Recht und Privatrecht insbesondere dann relevant, wenn es um die Frage nach den **Erfolgsaussichten eines Rechtsbehelfs** (Widerspruch oder Klage) geht und damit auch die **Rechtswegfrage** beantwortet werden muss.

Beispiel: Bauherr B hat, ohne zuvor eine Baugenehmigung eingeholt zu haben, an sein Wohnhaus eine Garage angebaut. Nachdem die Baubehörde von einem Nachbarn über das Objekt in Kenntnis gesetzt wird, erlässt sie gegenüber B eine Baubeseitigungsanordnung (= Verwaltungsakt) mit dem Argument, der Anbau widerspreche dem materiellen Baurecht und sei nicht genehmigungsfähig.

In Fällen dieser Art ist der Bearbeitervermerk der Prüfungsarbeit oftmals dergestalt formuliert, dass der Betroffene die staatliche Maßnahme nicht gelten lassen möchte und nach den Erfolgsaussichten eines Rechtsbehelfs fragt.

- 27 Zur Beantwortung der Frage nach den Erfolgsaussichten eines Rechtsbehelfs ist zunächst die Rechtswegfrage zu klären. Es leuchtet ein, dass ein Widerspruch gegen einen Verwaltungsakt nicht nur dann erfolgreich sein kann, wenn eine Rechtsverletzung vorliegt, sondern auch nur dann, wenn eine öffentlich-rechtliche, d.h. verwaltungsrechtliche Streitigkeit vorliegt. Denn als verwaltungsrechtlicher Rechtsbehelf setzt der Widerspruch eine verwaltungsrechtliche Streitigkeit voraus. Läge eine privatrechtliche Streitigkeit vor, wäre der Zivilrechtsweg gegeben; ein Widerspruch wäre unzulässig.

III. Abgrenzungstheorien

- 28 Die streitentscheidenden Normen müssen **dem öffentlichen Recht zuzuordnen** sein. Das ist der Fall, wenn das Verwaltungshandeln bzw. die diesbezüglich maßgebliche Norm in einem engen *Sachzusammenhang* mit eindeutig öffentlich-rechtlicher Aufgabenwahrnehmung steht. Anderenfalls unterfällt die Streitigkeit dem bürgerlichen Recht. Kriterien der Abgrenzung zum bürgerlichen Recht bieten folgende Theorien²¹:

²¹ Vgl. Wolff/Bachof/Stober/Kluth, AllgVerwR I, § 22 Rn 13 ff.

1. Modifizierte Subjektstheorie (Sonderrechtstheorie; Zuordnungstheorie)

Nach der von Wolff²² begründeten und heute von der herrschenden Meinung²³ vertretenen modifizierten Subjektstheorie (Sonderrechtstheorie, Zuordnungstheorie) liegt eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vor, wenn die den Streit entscheidende Norm öffentlich-rechtlicher Natur ist, d.h. wenn sie (in allen denkbaren Anwendungsfällen) **allein einen Hoheitsträger** besonders **berechtigt oder verpflichtet** und damit dem öffentlichen Recht **zugeordnet ist**. 29

Wie aus der Definition hervorgeht, versucht diese Theorie den erforderlichen engen Sachzusammenhang mit eindeutig öffentlich-rechtlicher Aufgabenwahrnehmung zu erklären, indem sie darauf abstellt, ob die streitentscheidende Norm die Berechtigung bzw. Verpflichtung allein dem Hoheitsträger zuschreibt. 30

Bei den Normen der Informationsfreiheitsgesetze, der Transparenzgesetze²⁴, des BauGB, der GewO, des GastG, des BImSchG, des AufenthG, des SGB, des WaffG, des BtMG, des VersG, der Beamtengesetze sowie der Polizeigesetze ist das regelmäßig der Fall, solange sie nur der Verwaltung Befugnisse verleihen oder ihr gegenüber Pflichten statuieren. Damit ordnen sie den Streit dem öffentlichen Recht zu. 31

Beispiel: R randaliert auf einem Straßenfest. Nachdem Polizeiobermeister P ihn mehrmals erfolglos aufgefordert hat, das ungebührliche Verhalten einzustellen, erteilt er ihm schließlich einen Platzverweis. R ist der Meinung, dass der Platzverweis rechtswidrig gewesen sei.

In diesem Fall ist die streitentscheidende Norm dem Landespolizeigesetz (Standardmaßnahme Platzverweis) zu entnehmen. Das Polizeirecht berechtigt allein den Hoheitsträger, gegen den Bürger vorzugehen. Mithin ist eine Zuordnung zum öffentlichen Recht gegeben. Auch im Beispiel von Rn 36 verpflichtet und berechtigt § 15 II GastG i.V.m. § 4 I S. 1 Nr. 1 GastG allein den Hoheitsträger.

Gegenbeispiel: Die Polizei benötigt Computer für ihre Büros. Da außerhalb der Strafverfolgung und der Gefahrenabwehr keine Rechtsgrundlage für eine Beschlagnahme besteht, muss sie die Geräte durch Kauf (oder Leasing) erwerben.

In diesem Fall ist die streitentscheidende Norm dem bürgerlichen Recht zu entnehmen (hier: § 433 BGB, sofern es um einen Kauf geht). § 433 BGB berechtigt nicht allein einen Hoheitsträger, sondern geht von der Gleichordnung der Rechtssubjekte aus.

Auch der Gesetzgeber geht in § 35 VwVfG bei der Definition des Verwaltungsakts offenbar davon aus, dass die Verwaltung als Hoheitsträger besonders berechtigt ist, wenn ihr eine entsprechende gesetzliche Grundlage zur Verfügung steht; anderenfalls könnte sie wohl kaum „einseitig diktierend“ Verwaltungsakte erlassen, wohnt einem Verwaltungsakt doch eine unmittelbare Rechtswirkung nach außen inne. Trotz der damit vermeintlich klar geschaffenen Möglichkeit der Qualifikation der streitentscheidenden Norm als öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich scheidet die modifizierte Subjektstheorie aber in Fällen, in denen nicht eindeutig ist, welche Rechtsvorschriften den Streit entscheiden. Denn hinsichtlich der Frage, *welche* Rechtsvorschriften den Streit entscheiden, kann die modifizierte Subjektstheorie keine Antwort liefern. Erst recht ist sie in Fällen untunlich, in denen das behördliche Han- 32

²² Wolff, AöR 76 (1950/51), 205 ff.

²³ Vgl. nur OVG Münster NJW 2001, 698; Kopp/Schenke, VwGO, § 40 Rn 11; Ehlers, in: Schoch/Schneider, VwGO, § 40 Rn 225 ff.; Schmitz, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 1 Rn 97; Siegel, AllgVerwR, Rn 120; Maurer/Waldhoff, AllgVerwR, § 3 Rn 14.

²⁴ Siehe dazu VG Neustadt 26.7.2021 – 5 K 1113/20.NW (kein Anspruch eines Hundehalters auf namentliche Benennung eines Anzeigerstatters auf Grundlage des Landestransparenzgesetzes).

deln schon nicht durch einen Rechtssatz bestimmt ist. Dann aber kann der Streit möglicherweise mit Hilfe einer der folgenden Abgrenzungstheorien entschieden werden:

2. Interessentheorie

- 33 Nach der Interessentheorie²⁵ liegt eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vor, wenn die dem Streit zugrunde liegenden Normen überwiegend dem **öffentlichen Interesse**, dem Allgemeininteresse, dienen. Dagegen soll eine privatrechtliche Streitigkeit vorliegen bei einer Regelung, die überwiegend Individualinteressen zu dienen bestimmt ist.
- 34 Auch die Interessentheorie ist nicht frei von Kritik. Denn dadurch, dass auch zahlreiche privatrechtliche Normen im öffentlichen Interesse liegen (so z.B. die familienrechtlichen Unterhaltsvorschriften des BGB) und öffentliche Normen im Privatinteresse (wie beispielsweise das Baunachbarrecht), vermag die Interessentheorie keine klare Abgrenzung zu bieten und sollte im Rahmen einer Fallbearbeitung – wenn überhaupt – nur hilfsweise herangezogen werden.

3. Subordinationstheorie

- 35 Nach der Subordinationstheorie (Subjektionstheorie) ist eine Streitigkeit öffentlich-rechtlich, wenn zwischen den Streitparteien ein Verhältnis der **Über- und Unterordnung** besteht. Besteht dagegen ein Verhältnis der Gleichordnung, soll eine privatrechtliche Streitigkeit vorliegen.²⁶

Beispiel: Untersagt die Gewerbebehörde einem Gewerbetreibenden die Ausübung des Gewerbes mit dem Argument, er sei unzuverlässig (vgl. § 35 I GewO), liegt ein Verhältnis der Über- bzw. Unterordnung vor. Die Streitigkeit ist **öffentlich-rechtlich**.

Gegenbeispiel: Will die Gemeindeverwaltung beim lokalen Bürausstatter ein EDV-System beschaffen, kann sie dies nicht mit hoheitlichen Mitteln, insbesondere nicht mit Hilfe eines Verwaltungsakts (einer Beschlagnahmeverfügung), den sie – ohne dass es eines gerichtlichen Vollstreckungstitels bedürfte – selbst vollstrecken könnte, durchsetzen. Denn das öffentliche Recht, d.h. die Gesetze, geben ihr diese Befugnis nicht. Vielmehr muss sie sich auf die Ebene der Gleichordnung mit dem Bürger begeben und die Computer mit Mitteln des **Privatrechts** beschaffen, d.h. gem. § 433 BGB kaufen.

- 36 Letztlich kann auch die Subordinationstheorie nicht ohne Kritik bleiben. Zwar bietet sie im Rahmen der Eingriffsverwaltung einerseits (Beispiel) und des reinen Vertragsrechts andererseits (Gegenbeispiel) eine klare Qualifikation der streitentscheidenden Norm als öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich, sie scheitert aber zum einen dort, wo sich gleichrangige Träger öffentlicher Gewalt gegenüberstehen (Beispiel: Gemeinde X schließt mit Gemeinde Y ein Abkommen über den Empfang von Leistungen des in Y ansässigen gemeindeeigenen Entsorgungsbetriebs), und zum anderen in jenen Fällen, in denen die Verwaltung trotz Bestehens eines Über- bzw. Unterordnungsverhältnisses *koordinationsrechtlich* gegenüber dem Bürger auftritt (Beispiel: Verwaltungsvertragsverhältnis gem. §§ 54 ff. VwVfG).

4. Bedeutung der Theorien für die Fallbearbeitung

- 37 Wie die vorstehende Kritik zu den einzelnen Theorien gezeigt hat, vermag keine der Theorien bei isolierter Betrachtung eine verlässliche Abgrenzung zwischen dem privaten und dem öffentlichen Recht zu bieten. Darum vertritt auch die Rechtsprechung

²⁵ Von dieser Theorie wird angenommen, dass sie von dem römischen Juristen *Ulpian* (170-228 n. Chr.) stamme (*Siegel*, AllgVerwR, Rn 118; *Maurer/Waldhoff*, AllgVerwR, § 3 Rn 11).

²⁶ Vgl. *Forsthoff*, LB des VerwR I, 1950, § 6; BGHZ 14, 222, 227; 97, 312, 314; *Redeker/von Oertzen*, VwGO, § 40 Rn 8; *Thiel/Garcia-Scholz*, JA 2001, 957, 958; *Siegel*, AllgVerwR, Rn 118.

keine konkrete Theorie, sondern bedient sich im Bemühen um eine im Einzelfall sachgerechte Zuordnung einer **Kombination aus modifizierter Subjektstheorie und Subordinationstheorie**.²⁷

38

Hinweis für die Fallbearbeitung: Sofern sich aus der Kombination der beiden Theorien befriedigende Ergebnisse erzielen lassen, sollte man sich auch in der Fallbearbeitung darauf beschränken. Zu beachten ist allerdings, dass es völlig verfehlt wäre, etwa den öffentlich-rechtlichen Charakter einer Streitigkeit, die ihre Grundlage im BauGB, im GastG, in der GewO, in einer Landesbauordnung, einem Landespolizeigesetz oder einer Gemeindeordnung hat, zu erörtern. In diesen Fällen reicht ein knapper Hinweis etwa dergestalt aus, „dass die die Hauptfrage streitentscheidende Norm anerkannt öffentlich-rechtlicher Natur ist, d.h. sie allein einen Hoheitsträger besonders berechtigt oder verpflichtet, diesem also zugeordnet ist“. Dabei kann es durchaus vorkommen, dass einem Klagebegehren mehrere Gesetze, denen streitentscheidende Normen entnommen werden können, zuzuordnen sind. Das betrifft insbesondere das Gefahrenabwehrrecht, weil sich die Rechtsgrundlage für eine Maßnahme sowohl aus einem Spezialgesetz (GastG, GewO, VersG) als auch aus dem allgemeinen Polizei- und Ordnungsrecht ergeben kann. Sind alle in Betracht kommenden Gesetze solche des öffentlichen Rechts, kann bei der Prüfung des Verwaltungsrechtswegs (nicht bei der Prüfung der materiellen Rechtmäßigkeit der Maßnahme!) die Zuordnung des Streitgegenstands zu einer dieser Normen dahinstehen.

Kein Indiz für den öffentlich-rechtlichen Charakter einer Streitigkeit ist die **Grundrechtsbelastung** auf Seiten des Rechtsschutzsuchenden. Zwar sind Grundrechte Teil des öffentlichen Rechts, wollte man jedoch allein aus der Grundrechtsbelastung den öffentlich-rechtlichen Charakter einer Streitigkeit herleiten, hätte dies zur Folge, dass jede belastende behördliche Maßnahme öffentlich-rechtlich wäre. Dass dies nicht so sein kann, beweist schon der Umstand, dass in bestimmten Fällen die Verwaltung privatrechtlich tätig sein kann und dabei (wegen Art. 1 III GG) an die Grundrechte gebunden ist. Würde also die Grundrechtsbindung der Verwaltung den öffentlich-rechtlichen Charakter der Maßnahme begründen, gäbe es das Verwaltungsprivatrecht und die Fiskalverwaltung (vgl. dazu Rn 42 ff. und 48 ff.) nicht.

Schließlich ist zu beachten: Bestehen für ein und denselben prozessualen Anspruch zwei Rechtswege nebeneinander, richtet sich der zulässige Rechtsweg danach, auf welchen Klagegrund das Begehren gestützt wird.²⁸ Das angerufene Gericht prüft den Streit dann unter allen in Betracht kommenden rechtlichen Gesichtspunkten (§ 17 II S. 1 VGG).

5. Fallgruppen mit unklarer Zuordnung

In Einzelfällen kann es vorkommen, dass selbst mit der Kombination aus modifizierter Subjektstheorie und Subordinationstheorie nicht eindeutig der öffentlich-rechtliche Charakter einer Streitigkeit bestimmt werden kann. Das ist der Fall, wenn **keine Rechtsnorm existiert**, die den Streit einem Rechtsgebiet zuordnen könnte, insbesondere wenn rein **tatsächliches** Handeln der Verwaltung in Rede steht. Das trifft etwa zu auf Ansprüche aus (verwaltungsrechtlichen) Verträgen, auf das Aussprechen von Warnungen vor (Jugend-)Sekten, vor Lebensmitteln oder elektromagnetischen Strahlen („Handys“, o.ä.), auf ehrverletzende, rufschädigende oder rufgefährdende Äußerungen, auf Emissionen²⁹ (etwa von kommunalen Kläranlagen, gemeindlichen Grillplätzen, Kinderspielplätzen, Sportplatzanlagen³⁰, Altglascontai-

39

²⁷ GemS OGB BGHZ 97, 312, 313 f.; BGHZ 102, 280, 287; 108, 284, 286; 129, 126, 128; BVerwGE 96, 71, 73; BVerwG NJW 2007, 2275, 2276.

²⁸ OVG Lüneburg NVwZ-RR 1998, 695.

²⁹ Zum Unterschied vgl. Rn 54.

³⁰ VG Arnberg NVwZ 1999, 450.

nen³¹ oder Skater-Anlagen³²) sowie auf andere rein tatsächliche Handlungen. In diesen Fällen ist die Streitigkeit nur dann öffentlich-rechtlich (und vor den Verwaltungsgerichten auszutragen), wenn das fragliche Verhalten in einem **Funktions- bzw. Sachzusammenhang** mit der Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben steht (sog. **Akzessorietätstheorie**).

- 40 Besteht zwischen der konkreten behördlichen Handlung und einer öffentlich-rechtlichen Aufgabenwahrnehmung ein **Funktions- bzw. Sachzusammenhang**, ist die konkrete Handlung dem öffentlichen Recht zuzuordnen.

Beispiel: Verursacht die Polizei während der Fahrt zum Einsatzort mit ihrem Dienstwagen einen Verkehrsunfall, wird der Geschädigte regelmäßig Schadensersatz verlangen. In Betracht kommt ein Amtshaftungsanspruch. Voraussetzung ist, dass die Polizeibeamten in Ausübung eines ihnen anvertrauten öffentlichen Amtes gehandelt und eine Amtspflicht verletzt haben.³³

⇒ Hätten die Beamten bei der Fahrt Sonderrechte gebraucht, d.h. gem. §§ 35 I, 38 I StVO Martinshorn und Blaulicht eingesetzt, wäre der öffentlich-rechtliche Charakter unter Zugrundelegung der Kombination aus modifizierter Subjektstheorie und Subordinationstheorie unstreitig zu bejahen. Dass §§ 35 I, 38 I StVO allein einen Hoheitsträger berechtigen, unterliegt keinem vernünftigen Zweifel.

⇒ Geht man indes davon aus, dass die Beamten ohne Gebrauch von Sonderrechten zum Einsatzort fahren, existiert keine Rechtsvorschrift, die den Streit entscheiden könnte. In diesem Fall ist darauf abzustellen, ob die Fahrt in einem Funktions- bzw. Sachzusammenhang mit der Erfüllung einer öffentlich-rechtlichen Aufgabe stand. Das war vorliegend der Fall: Im Rahmen der Dienstleistung handelt die Polizei grundsätzlich hoheitlich, d.h. öffentlich-rechtlich. Deshalb ist auch die Teilnahme am Straßenverkehr im Rahmen der polizeilichen Aufgabenerfüllung öffentlich-rechtlich. Etwas anderes würde z.B. gelten, wenn die Polizei aus privaten Gründen eine andere Wegstrecke führe, etwa um private Einkäufe etc. zu verrichten.

- 41 Falsch wäre es jedenfalls, in Prüfungsarbeiten den öffentlich-rechtlichen Charakter der Streitigkeit schlicht mit der Tatsache zu begründen, dass ein Träger öffentlicher Gewalt gehandelt habe. Denn diese Aussage verkennt, dass Träger der öffentlichen Gewalt zwar in den meisten Fällen, nicht aber stets öffentlich-rechtlich handeln. Das wird am Beispiel der privatrechtlichen Betätigung der Verwaltung (Fiskalverwaltung und Verwaltungsprivatrecht) besonders deutlich.

a. Privatrechtliche Betätigung der Verwaltung

aa. Fiskalverwaltung

- 42 Tätigt die öffentliche Verwaltung Geschäfte zur Bedarfsdeckung (fiskalische Hilfsgeschäfte), betätigt sie sich erwerbswirtschaftlich oder verwaltet sie ihre Vermögensgegenstände, spricht man von **Fiskalverwaltung**. Hier tritt die Verwaltung als Privatrechtssubjekt auf und nimmt wie jeder andere am Wirtschaftsleben teil. Das Verhältnis zwischen ihr und dem Bürger kann in diesem Bereich also ausschließlich privatrechtlich sein und nur der Regelung des § 13 GVG unterfallen. Die teilweise noch

³¹ VG Osnabrück NVwZ 2003, 1010 ff.

³² OVG Koblenz NVwZ 2000, 1190.

³³ Zwar sind für die Entscheidung über einen Amtshaftungsanspruch die Landgerichte in erster Instanz zuständig (vgl. Art. 34 S. 3 GG, § 71 II Nr. 2 GVG), jedoch handelt es sich trotz dieser Rechtswegzuweisung an die Zivilgerichte beim Amtshaftungsanspruch um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit, weil gem. Art. 34 S. 1 GG, § 839 BGB der Schädiger in Ausübung eines öffentlichen Amtes gehandelt haben muss. Vorliegend muss demnach die Frage geklärt werden, ob die Beamten in Ausübung eines öffentlichen Amtes, mithin öffentlich-rechtlich, gehandelt haben.

verbleibende Grundrechtsbindung wird von den **ordentlichen Gerichten** beachtet (§ 17 II S. 1 GVG).³⁴ Im Einzelnen sind zu unterscheiden:

Fiskalische Hilfsgeschäfte: Darunter sind zum einen das Beschaffungswesen bzw. Veräußerungswesen und zum anderen das öffentliche Auftragswesen zu verstehen. 43

Beispiele: Kauf von Büroausstattung, Dienstfahrzeugen, Grundstücken etc. (Beschaffungswesen); Verkauf von Grundstücken oder Wohnungen (Veräußerungswesen)³⁵; Abschluss von Verträgen mit Baufirmen über den Bau von Straßen, Schulen, Regierungsgebäuden etc. (öffentliches Auftragswesen). Zur Grundrechtsbindung der öffentlichen Hand in diesem Bereich vgl. Rn 1008 ff. Zur (möglichen) Anwendung der für das Verwaltungsprivatrecht entwickelten **Zwei-Stufen-Theorie** auf fiskalische Hilfsgeschäfte vgl. Rn 1041 ff.

Erwerbswirtschaftliche Betätigung: Der Hoheitsträger wird erwerbswirtschaftlich tätig, wenn er in unternehmerischer Weise am Wirtschaftsverkehr teilnimmt bzw. sich an einem privaten Unternehmen (Handelsgesellschaft oder juristische Person des Privatrechts) beteiligt. 44

Beispiele:

- (1) Den paradigmatischen Fall einer erwerbswirtschaftlichen Betätigung des Staates bildet die Beteiligung des Landes Niedersachsen an der Volkswagen AG.³⁶
- (2) Außerhalb von Handelsgesellschaften unternehmerisch tätig wird der Verwaltungsträger (bspw. eine Gemeinde), wenn er sich an einer Windparkgesellschaft beteiligt.³⁷
- (3) Auch wenn eine Gemeinde über ihren Eigenbetrieb etwa im Bereich des Garten- und Landschaftsbaus Aufträge privater Auftraggeber ausführt, wird sie erwerbswirtschaftlich tätig (und tritt gleichsam in Konkurrenz zu privaten Anbietern).³⁸ Als weitere Betätigungen seien der Partyservice durch eine städtische Kantine, der Betrieb eines Nagelstudios, Instandsetzungsarbeiten, Elektroinstallationsarbeiten³⁹, Gebäudeunterhaltung, Umzugsservice etc. genannt.⁴⁰

Die Teilnahme der öffentlichen Verwaltung am wirtschaftlichen Wettbewerb („Staat als Unternehmer“ bzw. als „Aktionär“) ist zwar grundsätzlich, aber keineswegs uneingeschränkt zulässig. Verfassungsrechtlich ist es schwierig, den damit verbundenen Eingriff in die Wettbewerbsfreiheit, d.h. in die individuellen Interessen privater Wettbewerber zu legitimieren. Insbesondere bestehen für die **Gemeinden** rechtliche Grenzen, die sich nach der jeweiligen Gemeindeordnung bestimmen. Die damit verbundenen Probleme gewinnen verwaltungsprozessual in erster Linie in einer Anfechtungssituation bzw. bei Nichtvorliegen eines Verwaltungsakts auch bei einem Unterlassungsbegehren an Bedeutung. Hier ist nach der (zivilrechtlichen oder öffentlichrechtlichen) Rechtsgrundlage zu suchen, die dem betroffenen Bürger einen Unterlassungsanspruch einräumt. Siehe dazu Rn 1046 ff. 45

Einen Unterfall der erwerbswirtschaftlichen Betätigung stellt die **Verwaltung eigener Vermögensgegenstände** dar: Die Träger öffentlicher Verwaltung sind auch privatrechtliche Eigentümer von Vermögensgegenständen (Fahrzeuge, Grundstücken 46

³⁴ Vgl. BGHZ 150, 343 ff.; BGH NVwZ 2003, 246; *Antweiler*, NVwZ 2003, 1466 ff.; *Meyer*, NVwZ 2002, 1075 ff.; *Thiel/Garcia-Scholz*, JA 2001, 957, 958.

³⁵ Vgl. dazu OVG Münster NJW 2001, 698 ff.

³⁶ Gesetz über die Überführung der Anteilsrechte an der Volkswagenwerk Gesellschaft mit beschränkter Haftung in private Hand – VWGmbHÜG (zuletzt geändert durch Gesetz v. 30.7.2009, BGBl I 2009, S. 2479).

³⁷ Vgl. dazu OVG Schleswig NVwZ-RR 2014, 323 – dazu *Shirvani*, NVwZ 2014, 1185 f. und *Brüning*, NVwZ 2015, 689 ff.

³⁸ Vgl. OLG Karlsruhe NVwZ 2001, 712 ff.

³⁹ Vgl. BGH NVwZ 2002, 1141 ff.

⁴⁰ Weitere Beispiele bei *Schink*, NVwZ 2002, 129 f. Vgl. auch *Schlacke*, JA 2002, 48 ff. und *Meyer*, NVwZ 2002, 1075 ff.

etc.). Soweit die Gegenstände nicht der Erfüllung hoheitlicher Aufgaben dienen (etwa weil sie nicht durch Widmungsakt dem öffentlichen Recht unterstellt werden - modifiziertes Privateigentum⁴¹), kommt eine privatwirtschaftliche Nutzung in Betracht.

Beispiele: Vermietung der Kellerräume des Rathauses an einen Gastronomen („Ratskeller“) oder Zur-Verfügung-Stellen der Außenflächen von Bussen und Straßenbahnen gegen Entgelt für Werbezwecke. Zur diesbezüglichen Grundrechtsbindung vgl. Rn 1008 ff.

- 47 Im Bereich der Fiskalverwaltung ist insbesondere die **öffentliche Auftragsvergabe** von Interesse: Diese ist (sofern ein bestimmter Schwellenwert überschritten wird, vgl. § 106 GWB) in den **§§ 97 ff. GWB** geregelt und somit dem **Zivilrecht** zugeordnet; der Verwaltungsrechtsweg ist gesperrt.

bb. Verwaltungsprivatrecht

- 48 Größere Probleme in Bezug auf privatrechtliches Handeln der öffentlichen Verwaltung ergeben sich im Verwaltungsprivatrecht, etwa bei der Vergabe von **Subventionen**, bei der Zulassung zur Benutzung von **öffentlichen Einrichtungen** und bei der **Versorgungs- und Entsorgungstätigkeit** des Staates oder der Gemeinden. Ferner sei der **öffentliche Personennahverkehr** genannt.

Beispiele:

- (1) Das Land L möchte den Mittelstand fördern und vergibt **(a)** zinsgünstige Darlehen bzw. gewährt **(b)** für bestimmte Vorhaben nicht zurückzahlende Zuschüsse. Hinsichtlich der Darlehensvergabe bzw. der Auszahlung schaltet es eine Privatbank ein, die die Abwicklung des Darlehens übernimmt.
 - (2) Die Gemeinde G versorgt ihre Einwohner mit Wasser und Strom (Versorgungsenergien) **(a)** über ihre öffentlich-rechtlich organisierten Eigen- oder Regiebetriebe oder **(b)** über die von ihr beherrschten privatrechtlich organisierten Energieversorgungsunternehmen (AG oder GmbH). In beiden Konstellationen schließt sie mit den Einwohnern privatrechtliche Energielieferungsverträge.
 - (3) Die Stadt S nimmt den öffentlichen Personennahverkehr (ÖPNV) durch eine AG wahr, deren Aktien sich ausschließlich oder überwiegend in ihrer Hand befinden. Hier schließt sie mit den Fahrgästen privatrechtliche Beförderungsverträge ab.
 - (4) Die Stadt S stellt der Öffentlichkeit eine Stadthalle zur Verfügung. Betrieben wird die Stadthalle **(a)** durch einen Regie- oder Eigenbetrieb der Stadt oder **(b)** durch eine Betreiber-GmbH („Stadthallen-GmbH“), deren Geschäftsanteile sich im Eigentum der Stadt befinden. In beiden Fällen werden mit den Nutzern privatrechtliche Mietverträge geschlossen.
- 49 Bei der Frage nach dem öffentlich-rechtlichen Charakter derartiger Maßnahmen ist in Prüfungsarbeiten auf die sog. **Zwei-Stufen-Theorie**⁴² einzugehen: Geht es um die Frage des „Ob“ der Gewährung, *ob* also z.B. ein Versorgungsvertrag geschlossen, eine Subvention oder die Zulassung zur Nutzung einer öffentlichen Einrichtung gewährt werden sollen, ist von einem öffentlich-rechtlichen Charakter der Entscheidung auszugehen. Zugleich ist der *Verwaltungsrechtsweg* eröffnet (**1. Stufe**). Für die Abwicklung (also das „Wie“) stellt indes das Privatrecht Vertragstypen bereit, die im öffentlichen Recht eigenständig nicht entwickelt wurden. Das führt zu der Annahme, dass ein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis in seiner weiteren Durchführung pri-

⁴¹ Vgl. dazu OLG Schleswig NJW 2001, 1073 (hier: Meeresstrand).

⁴² Die Zwei-Stufen-Theorie geht auf *H.P. Ipsen* zurück (vgl. *H.P. Ipsen*, DVBl 1956, 461 unter Bezugnahme auf ein von ihm verfasstes Rechtsgutachten aus dem Jahre 1951 zur Ausfallbürgschaft des Staates bei der Filmförderung).

vaterechtlich (wie bspw. nach §§ 535 ff. oder 488 ff. BGB) ausgestaltet sein kann (**2. Stufe**).

Zu den Beispielen:

(1) Geht es um die Gewährung eines **Subventionsdarlehens** (Konstellation a), wird auf der 1. Stufe entschieden, ob das (beantragte) Darlehen gewährt wird. Diese Entscheidung begründet das „Grundverhältnis“ zwischen dem Staat und dem Antragsteller, ist öffentlich-rechtlich und erfolgt rechtstechnisch durch Verwaltungsakt. Erst wenn diese Entscheidung getroffen wurde, erfolgt auf der 2. Stufe die Abwicklung. Diese ist (bei Anwendung der Zwei-Stufen-Theorie) stets privatrechtlich ausgestaltet, und zwar in Form eines Darlehensvertrags gem. §§ 488 ff. BGB. Dabei spielt es keine Rolle, ob dieser Darlehensvertrag zwischen dem Darlehensnehmer und der öffentlichen Hand oder einem von dieser beauftragten privaten Kreditinstitut geschlossen wird. Das bedeutet für den Rechtsweg: Streitigkeiten über das „Ob“ der Gewährung sind öffentlich-rechtlich und vor den Verwaltungsgerichten auszutragen. Meinungsverschiedenheiten, die die 2. Stufe betreffen (also Streitigkeiten im „Abwicklungsverhältnis“), sind bürgerlich-rechtlich und vor den Zivilgerichten auszutragen.

Besteht die Leistungsgewährung indes in einem **Investitionszuschuss** (Konstellation b), ist für die Zwei-Stufen-Theorie kein Raum. Denn die Auszahlung ist lediglich der Vollzugsakt des Bewilligungsbescheids und somit wie dieser öffentlich-rechtlich. Das gilt auch dann, wenn die Auszahlung des Zuschusses durch ein privates Kreditinstitut erfolgt. In diesem Fall fungiert die Privatbank nur als „Zahlstelle“ der Behörde.⁴³

(2) Geht es um den Anschluss an das öffentliche **Versorgungs- oder Entsorgungsnetz**, steht die Frage des „Ob“ im Mittelpunkt. Hier ist wegen Vorliegens einer öffentlich-rechtlichen Streitigkeit der Verwaltungsrechtsweg eröffnet. Streiten sich die Parteien dagegen etwa über die Höhe der Versorgungskosten (das „Wie“), ist zu differenzieren: In Konstellation (a) kann die Verwaltung – anders als in Bsp (1) – das Benutzungsverhältnis sowohl hoheitlich als auch privatrechtlich ausgestalten. Sie hat die Formenwahlfreiheit. Sie ist frei in ihrer Entscheidung, ob sie das Benutzungsverhältnis öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich ausgestaltet. Das hat Konsequenzen für den Rechtsweg: Je nach Ausgestaltung ist der Verwaltungsrechtsweg oder der Zivilrechtsweg eröffnet. In Konstellation (b) hat sie indes durch die Privatisierung der Einrichtung ihre Formenwahlfreiheit verloren. Eine juristische Person des Privatrechts kann (von dem hier nicht einschlägigen Fall der Beileihung einmal abgesehen) ausschließlich privatrechtlich handeln. Über die Frage des „Wie“ kann dann nur das Zivilgericht entscheiden.

(3) Auch beim **ÖPNV** entscheidet über das „Ob“ der Benutzung das Verwaltungsgericht. Würde es demgegenüber um Fragen der Benutzung gehen, etwa um den Erlass eines Rauchverbots auf den Bahnsteigen oder in der Bahn selbst, wäre eine Klage vor den ordentlichen Gerichten zu erheben, da die Beförderungsverträge wegen der Rechtsformenwahl zugunsten einer AG ausschließlich privatrechtlich ausgestaltet sein können.

(4) Schließlich gilt auch für die Benutzung kommunaler oder städtischer **öffentlicher Einrichtungen**, dass die Entscheidung über die Zulassung zur Benutzung stets öffentlich-rechtlich durch Verwaltungsakt erfolgt (1. Stufe). Das Benutzungsverhältnis, bei dem es um die Modalitäten der Nutzung geht (Dauer der Nutzung, Höhe des Entgelts, Verhaltenspflichten etc.) ist der 2. Stufe zuzuordnen. Hier wiederum gilt dasselbe wie in Beispiel (2). Betreibt die öffentliche Hand die Einrichtung in Eigenregie bzw. durch einen Eigenbetrieb (Konstellation (a)), hat sie die Formenwahlfreiheit: Sie ist frei in ihrer Entscheidung, ob sie das Benutzungsverhältnis öf-

⁴³ Vgl. dazu näher Rn 1008 ff.

fentlich-rechtlich *oder* privatrechtlich ausgestaltet. Gestaltet sie das Benutzungsverhältnis öffentlich-rechtlich aus (etwa durch Benutzungssatzung, Benutzungsgebühr oder Hinweis auf öffentlich-rechtliche Rechtsbehelfe), sind bei Streitigkeiten die Verwaltungsgerichte anzurufen. Handelt es sich indes um eine privatrechtliche Ausformung des Benutzungsverhältnisses (was i.d.R. anzunehmen ist, wenn die Benutzungsregeln durch AGB statt durch Satzung festgelegt werden oder wenn von einem Benutzungsentgelt statt von einer Benutzungsgebühr die Rede ist), entscheiden stets die Zivilgerichte. In Konstellation **(b)** kommt von vornherein nur eine privatrechtliche Ausgestaltung des Benutzungsverhältnisses in Betracht.⁴⁴

Zum Anspruch einer politischen Partei auf Kontoeröffnung bei einer öffentlichen Sparkasse vgl. Rn 1036/1037.

- 50 Die Unternehmen, die der Staat zur Erledigung von Aufgaben der Daseinsvorsorge einsetzt, sind der **mittelbaren Staatsverwaltung im weiteren Sinne** zuzurechnen, auch wenn die Unternehmen in Privatrechtsform handeln. Selbstverständlich besteht die (theoretische) Möglichkeit, dass der Staat ihnen bestimmte Verwaltungsaufgaben im Wege der **Beleihung** überträgt. Dann gehören sie in ihrer Eigenschaft als Beliehene der mittelbaren Staatsverwaltung im engeren Sinne an mit der Folge, dass sie die Formenwahlfreiheit behalten.⁴⁵

b. Hausverbot

- 51 Wird ein Bürger eines öffentlichen Gebäudes (Rathaus etc.) verwiesen bzw. wird ihm der Zugang verwehrt, stellt sich ebenfalls die Frage nach dem öffentlich-rechtlichen Charakter der Maßnahme. Abgesehen von den gesetzlich geregelten Fällen (vgl. etwa Art. 40 II S. 1 GG, §§ 171a ff., 176 ff. GVG, § 37 III S. 1 NdsHochschG⁴⁶, Vorschriften der Gemeindeordnungen, etwa § 20 I HessGO, der einen Zulassungsanspruch der Gemeindebürger normiert) ist die rechtliche Qualifikation eines Hausverbots, wie es beispielsweise gegenüber Störern in öffentlichen Gebäuden erlassen wird, strittig. Ausgangspunkt des Streits ist der duale Status von öffentlichen Sachen: Diese unterstehen einerseits der einheitlichen Eigentumsordnung des BGB. Andererseits lastet aufgrund der Widmung für einen öffentlichen Zweck auf dem Privateigentum ein beschränkt-dingliches Recht. Es verleiht dem widmenden öffentlichen Sachherrn bestimmte öffentlich-rechtliche Nutzungsbefugnisse (Theorie des modifizierten Privateigentums). Daher ist denkbar, ein Hausverbot sowohl öffentlich-rechtlich als auch privatrechtlich zu qualifizieren. Da dies auch eine Rechtswegfrage ist und diese bei R. *Schmidt*, VerwProzR, Rn 59 ausführlich behandelt ist, sei insoweit darauf verwiesen.

c. Öffentlich-rechtliche Emissionen

- 52 Auch in den sog. Emissionsfällen (Mülldeponie, Kinder- und Behindertenspielplatz, Kläranlage, Grillplatz, Sportplatzanlage, Skater-Anlage⁴⁷, Bahnanlage⁴⁸ usw.), in denen die Emissionen/Immissionen⁴⁹ von Lärm, Geruch oder gesundheitsschädlichen Stoffen Streitgegenstand sind, bestimmt sich die Zuordnung eines Abwehr- oder Unterlassungsanspruchs nach der Rechtsnatur des Eingriffs: Stehen die Emissionen in einem engen **Planungs- und Funktionszusammenhang** mit der Wahrnehmung

⁴⁴ Vgl. dazu näher Rn 1008 ff.

⁴⁵ Zur Beleihung allgemein vgl. Rn 110 ff.; speziell zur Formenwahlfreiheit von Beliehenen und der Frage der Abgrenzung zwischen öffentlich-rechtlichem und privatrechtlichem Handeln vgl. Rn 392a.

⁴⁶ Vgl. dazu OVG Lüneburg NVwZ 2010, 2905, 2906 und VG Göttingen 20.9.2012 – 4 A 258/09 (jeweils Hausverbot des Präsidiums einer Universität gegenüber einem kommerziellen juristischen Repetitorium).

⁴⁷ OVG Koblenz NVwZ 2000, 1190.

⁴⁸ Vgl. *Roth*, NVwZ 2001, 34 ff.

⁴⁹ Der Unterschied zwischen Emissionen und Immissionen besteht darin, dass man von Emissionen spricht, wenn Luftverunreinigungen von einem bestimmten Verursacher (einer Anlage) ausgehen, während der Begriff der Immissionen die Einwirkung von Umwelteinflüssen auf bestimmte Rechtsgüter (z.B. Pflanzen) erfasst, vgl. § 3 II, III BImSchG.

hoheitlicher Aufgaben oder ist die emittierende Einrichtung der **öffentlichen Daseinsvorsorge** zuzuordnen, ist die Streitigkeit öffentlich-rechtlich (und vor dem Verwaltungsgericht auszutragen).⁵⁰ Statthaft ist regelmäßig die allgemeine Leistungsklage. Nur wenn das Handeln eindeutig im Bereich der privatrechtlichen Eigentümerbefugnis und außerhalb des öffentlichen Zwecks liegt, kann eine privatrechtliche Streitigkeit angenommen werden.

Beispiel: Die Gemeinde G betreibt auf einem als Wohngebiet ausgewiesenen gemeindeeigenen Grundstück einen öffentlichen Grillplatz. Nachbar N, dessen Wohnhaus unmittelbar an den Grillplatz grenzt, fühlt sich durch die ständige Lärm- und Geruchsbelästigung in den sommerlichen Abendstunden in seinen Rechten verletzt. Welcher Rechtsweg ist eröffnet?

Der Verwaltungsrechtsweg ist eröffnet, wenn es sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art handelt, § 40 I VwGO. Öffentlich-rechtlich ist die Streitigkeit, wenn die streitentscheidenden Normen dem öffentlichen Recht zuzuordnen sind. Vorliegend könnte sich der Streit nach Maßgabe der §§ 823, 1004 BGB entscheiden. Dann wäre gem. § 13 GVG der Zivilrechtsweg eröffnet. Der Streit könnte sich aber auch nach dem öffentlichen Recht entscheiden, denn das Betreiben eines gemeindlichen Grillplatzes kann durchaus der Daseinsvorsorge zugerechnet werden. Die Daseinsvorsorge ist – zumindest was die Frage des „Ob“ betrifft – öffentlich-rechtlicher Natur. Es muss daher auf den Sachzusammenhang abgestellt werden. Wegen des Sachzusammenhangs mit der Erfüllung von Aufgaben der Daseinsvorsorge wurzelt der Unterlassungsanspruch des N im öffentlichen Recht. Es besteht ein öffentlich-rechtlicher Unterlassungsanspruch, für den der Verwaltungsrechtsweg eröffnet ist. Statthaft ist die allgemeine Leistungs(unterlassungs)klage.

d. Ehrverletzende und rufschädigende amtliche Äußerungen

Unsicherheiten bestehen auch hinsichtlich des öffentlich-rechtlichen Charakters einer Maßnahme, wenn es um die Abwehr von ehrverletzenden und rufschädigenden Äußerungen eines Amtswalters geht. Jedenfalls muss der Betroffene gegen ehrverletzende oder rufschädigende Äußerungen zivilgerichtlich vorgehen, wenn der Amtswalter diese als Privatperson getätigt hat. Das wiederum ist der Fall, wenn die Äußerung erkennbar ohne Bezug zu den mit dem Amt verbundenen Aufgaben erfolgte, wenn also ein Zusammenhang mit der Amtsfunktion nicht erkennbar ist.

53

Beispiel: Bundesminister B ist als Gast bei einer Fernsehtalkshow geladen. In diesem Zusammenhang äußert er sich sehr abfällig über einen politischen Gegner.

In diesem Fall steht die Äußerung wohl nur in einem privatrechtlichen Sachzusammenhang, da B sie nicht in seiner amtlichen Funktion als Bundesminister getätigt hat. Folgt man dem, kann sich ein Unterlassungs- oder Widerrufsanspruch nur nach Privatrecht ergeben.

Schwierig ist dagegen die Rechtswegfrage zu beantworten, wenn der Amtswalter die Äußerung im Rahmen der Erfüllung von öffentlichen Aufgaben getätigt hat. In Parallele zu den Emissions-/Immissionsfällen sollte die Streitigkeit dann als öffentlich-rechtlich qualifiziert werden, wenn die umstrittene Äußerung in einem **engen Funktions- bzw. Sachzusammenhang** mit dem Bereich hoheitlicher Betätigung des Amtswalters steht (sog. **Akzessorietätstheorie**).

54

Beispiel⁵¹: P ist amerikanischer Jazz-Pianist und Mitglied der Scientology-Organisation. Die Landesregierung erklärt in einer Pressemitteilung, dass P zukünftig keine staatliche

⁵⁰ OVG Koblenz NVwZ 2000, 1190; VG Arnsberg NVwZ 1999, 450.

⁵¹ Vgl. BVerfG NJW 2002, 3458 ff. (Offenlegung einer Scientology-Mitgliedschaft).

Förderung mehr erhalten werde, da er, wie die Landesregierung erfahren habe, der Scientology-Organisation angehöre.

Hier steht die Äußerung der Landesregierung in einem engen Funktionszusammenhang mit der Wahrnehmung hoheitlicher Pflichten (Informationsrecht gegenüber der Öffentlichkeit). Der Verwaltungsrechtsweg ist eröffnet. Statthaft ist zum einen die Leistungsunterlassungsklage (Unterlassen weiterer Äußerungen) und zum anderen die Leistungsvornahmeklage (Folgenbeseitigung in Form des Widerrufs der Äußerung), die P wegen des Eingriffs in sein Persönlichkeitsrecht erheben kann (vgl. § 44 VwGO).

e. Öffentliche Warnungen

- 55 Unter einer öffentlichen (d.h. behördlichen) Warnung versteht man Erklärungen von Behörden oder Regierungsorganen, die an die Bevölkerung gerichtet sind und diese vor bestimmten gewerblichen oder landwirtschaftlichen Produkten, aber auch vor bestimmten Institutionen warnen.⁵²

Beispiele: Warnung vor Jugendsekten oder anderen Glaubensgemeinschaften⁵³, Veröffentlichung von Arzneimitteltransparenzlisten⁵⁴, Veröffentlichung von Warentests durch Behörden⁵⁵, Empfehlung, in Karton verpackte Getränke zu meiden⁵⁶, Hinweis eines Landrats auf verunreinigtes Trinkwasser⁵⁷, Veröffentlichung einer Liste glykolphaltiger und damit gesundheitsschädlicher Weine⁵⁸, Warnung vor angeblich verdorbenen Teigwaren⁵⁹, „Warnung“ vor E-Zigaretten⁶⁰ etc.

- 56 Es liegt auf der Hand, dass insbesondere Warnungen vor bestimmten Produkten oder Institutionen für die Betroffenen zum Teil erhebliche Nachteile wie z.B. Imageverlust oder Umsatzeinbußen nach sich ziehen. Denn wenn z.B. eine Warnung vor einem bestimmten Lebensmittel ausgesprochen und von der Bevölkerung ernst genommen wird, dann wird das Produkt eben nicht mehr gekauft. Darüber hinaus ist es möglich, dass die Verbraucher dann das ganze Sortiment des Herstellers meiden, weil man sich ja nie sicher sein kann, ob nicht auch andere Produkte mangelhaft sind. Damit sind Grundrechtseingriffe evident. Die öffentlichen Warnungen werfen daher diverse Fragen auf, die zusammenhängend bei Rn 893 ff. erörtert sind.

f. Sonstige Fallgruppen

- 57 Die bisher behandelten Fallgruppen sind für Studium und Examen besonders relevant; es können aber auch Streitigkeiten hinsichtlich des Ausschlusses eines Mitglieds aus einer **politischen Partei** bzw. Fraktion, die Frage, ob sich eine **Gemeinde wirtschaftlich betätigen** und damit in Konkurrenz zu Privatunternehmen treten darf und auch **kirchenrechtliche** und **rundfunkrechtliche** Streitigkeiten Thema einer Prüfungsarbeit werden. Da diese Bereiche jedoch auch und gerade im Rahmen der Rechtswegeröffnung eine Rolle spielen und sie daher bei *R. Schmidt*, VerwProzR, Rn 25 ff. ausführlich behandelt werden, wird insoweit darauf verwiesen. Zur **Beleihung** vgl. Rn 110 ff., zum **öffentlich-rechtlichen Vertrag** vgl. Rn 924 ff. und zu den

⁵² Vgl. dazu ausführlich BVerfGE 105, 252 ff. (Glykolwein); 105, 279 ff. (Jugendsekte); BVerfG NJW 2002, 3458 ff. (Scientology-Mitgliedschaft).

⁵³ Vgl. BVerfGE 105, 279 ff.; BVerwGE 90, 112, 116; 82, 60, 76; BVerfG NJW 1989, 3269; OVG Hamburg NVwZ 1995, 498; VGH München NVwZ 1995, 793; OVG Münster NJW 1996, 2114; OVG Münster NJW 1996, 2115; BVerwG NVwZ 1994, 162, 163; *Beaucamp*, JA 2002, 398 ff.

⁵⁴ BVerwGE 71, 183.

⁵⁵ BVerwG DVBl 1996, 807 (Warentests von Futtermitteln).

⁵⁶ VGH Kassel NVwZ 1995, 611.

⁵⁷ LG Göttingen NVwZ 1992, 98.

⁵⁸ BVerfGE 105, 252 ff.; BVerwGE 87, 37 ff.; OVG Münster NJW 1986, 2783; OVG Münster GewArch 1988, 11.

⁵⁹ OLG Stuttgart NJW 1990, 2690 („Birke“).

⁶⁰ VG Düsseldorf MPR 2012, 67 ff. Vgl. auch BGH NJW 2016, 1251, 1252. Zu beachten ist, dass nunmehr gem. § 14 I S. 2 Tabakerzeugnisgesetz E-Zigaretten mit Flüssigkeiten befüllt werden dürfen, die einen Nikotingehalt von bis zu 20 mg pro ml haben.

eigentumsrechtlichen Ansprüchen, die ebenfalls stets auch nach dem öffentlich-rechtlichen Charakter zu untersuchen sind, vgl. Rn 1127 ff.

6. Zusammenfassung

Die Unterscheidung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht richtet sich nach den **streitentscheidenden Normen** und danach, ob das Verwaltungshandeln in einem **Funktions- bzw. Sachzusammenhang** mit eindeutig öffentlich-rechtlicher Aufgabenwahrnehmung steht oder dem bürgerlichen Recht unterfällt. Einzelheiten sind den jeweiligen Ausführungen zu entnehmen.

58

B. Abgrenzung Verwaltungsrecht – Verfassungsrecht

Da auch verfassungsrechtliche Streitigkeiten öffentlich-rechtliche Streitigkeiten darstellen, jedoch ausschließlich vor den Verfassungsgerichten auszutragen sind, muss auch in diesem Zusammenhang eine Abgrenzung vorgenommen werden. § 40 I S. 1 VwGO stellt diese Notwendigkeit klar, indem er formuliert, dass der Verwaltungsrechtsweg „in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art“ eröffnet ist. Verfassungsrechtlich sind zunächst diejenigen Streitigkeiten, die von dem Zuständigkeitskatalog des Art. 93 GG und des § 13 BVerfGG umfasst sind. Jenseits dieser enumerativ aufgelisteten Streitigkeiten ist nach der **Rechtsprechung** der Verwaltungsgerichte⁶¹ eine Streitigkeit verfassungsrechtlich, wenn das streitige Rechtsverhältnis „**entscheidend vom Verfassungsrecht geprägt**“ wird. Maßgeblich sei der materielle Gehalt der Streitigkeit; der geltend gemachte Anspruch müsse in einem Rechtsverhältnis wurzeln, das maßgeblich durch Verfassungsrecht geprägt sei.⁶² Ob – wie von einem Teil der Literatur⁶³ gefordert – bei dem Rechtsstreit auf beiden Seiten ein Verfassungsorgan⁶⁴ beteiligt ist (sog. **doppelte Verfassungsunmittelbarkeit**), ist danach **nicht** ausschlaggebend. Schon der Wortlaut des § 40 I S. 1 VwGO („nichtverfassungsrechtlicher Art“) spricht dafür, allein materielles Verfassungsrecht genügen zu lassen. Daher kann auch eine Streitigkeit zwischen Staat und Bürger verfassungsrechtlicher Natur sein. So liegt eine verfassungsrechtliche Streitigkeit etwa vor, wenn der Bürger auf Erlass eines förmlichen Gesetzes klagt⁶⁵ oder (prinzipal) die Gültigkeit (d.h. die Verfassungsmäßigkeit) eines förmlichen Gesetzes anzweifelt.⁶⁶ Gleiches gilt für Streitigkeiten, an denen das Volk als Verfassungsorgan beteiligt ist, wie bspw. beim Streit über die Zulässigkeit eines Volksbegehrens, die Eintragung bei Volksbegehren oder die Gültigkeit einer Verordnung zur Volksabstimmung.⁶⁷ Auch schlichte Parlamentsbeschlüsse, also Parlamentsbeschlüsse, die nur

59

⁶¹ BVerwG NVwZ 2002, 1127, 1128; NVwZ 2002, 1505; NVwZ 1998, 500; BVerwGE 24, 272, 279; 36, 218, 228; 50, 124, 130; 60, 162, 172; 96, 45, 48; 109, 258, 259; OVG Berlin-Brandenburg NVwZ 2023, 1928, 1929; zustimmend *Rennert*, in: Eyermann, VwGO, § 40 Rn 21; *Ruthig*, in: Kopp/Schenke, VwGO, § 40 Rn 32a; *Sodan*, NVwZ 2000, 601, 607; *Bethge*, JuS 2001, 1100; *Schliesky*, JA 2001, 777, 779.

⁶² OVG Berlin-Brandenburg NVwZ 2023, 1928, 1929 mit zahlreichen Verweisen auf die Rechtsprechung des BVerwG und der Instanzgerichte.

⁶³ *Zilkens*, JuS 2001, 368, 369; *Gross/Meister*, JA 2004, 313, 316; vgl. auch *Heselhaus/Weiss*, JA 2005, 122, 123 (jeweils unter Nichterwähnung der entgegenstehenden Rspr.); *Hufen*, VerwProzR, § 11 Rn 49; *Stern/Blanke*, Rn 188; *Stern*, StaatsR II, § 35 V 4; *Schmitt Glaeser/Horn*, VerwProzR, Rn 56; *Klenke*, NVwZ 1995, 644, 648; *Frenz*, JA 2011, 433, 434; *Redeker/Kothe/v. Nicolai*, in: Redeker/v. Oertzen, VwGO, § 40 Rn 3; *Reimer*, in: BeckOK, § 40 Rn 102.

⁶⁴ Verfassungsrechtssubjekte in diesem Sinne sind Gebietskörperschaften mit Staatsqualität (Bund, Länder), deren Verfassungsorgane (Bundes- oder Landesregierung, gesetzgebende Körperschaften) sowie andere am Verfassungsleben beteiligte Stellen wie Fraktionen, Ausschüsse und politische Parteien in ihrer organ kreativen Funktion. *Keine* Verfassungsrechtssubjekte sind Verwaltungsbehörden einschließlich der Ministerien in dieser Funktion und Teile derselben.

⁶⁵ Vgl. den Umkehrschluss BVerwG NVwZ 2002, 1505.

⁶⁶ BVerfGE 31, 364, 368; 45, 297, 334; BVerwGE 75, 330, 334; 80, 355, 358; zustimmend *Rennert*, in: Eyermann, VwGO, § 40 Rn 21, 27; *Thiel/Garcia-Scholz*, JA 2001, 957, 960.

⁶⁷ Vgl. BremStGH NVwZ-RR 2001, 1 ff.; BayVerfGH NVwZ-RR 2000, 401 ff.; ThürVerfGH LKV 2002, 83, 90; VGH München NVwZ 1991, 386; OVG Berlin DVBl 1999, 994; VGH Kassel NVwZ 1991, 1098; *Schweiger*, NVwZ 2002, 1471 ff.; *Thiel/Garcia-Scholz*, JA 2001, 957, 960. Zu beachten ist jedoch, dass auf Kommunalebene etwas anderes gilt, da hier im Kern nicht um Verfassungsrecht im dargelegten Sinne gestritten wird. Vielmehr handelt es sich um verwal-

eine politische Meinungsäußerung darstellen und keine rechtliche Verbindlichkeit mit sich bringen⁶⁸, sind materielles Verfassungsrecht und daher jedenfalls nicht vor den Verwaltungsgerichten justitiabel.

60-
65

Keinesfalls um eine verfassungsrechtliche, sondern um eine **verwaltungsrechtliche** Streitigkeit handelt es sich, wenn der Klagegegner eine **Verwaltungsbehörde** darstellt, obwohl der Streitgegenstand am Maßstab von **Grundrechten** zu messen ist (arg. § 90 II S. 1 BVerfGG).

Beispiel: Die rechtsradikale Gruppe G meldet eine Demonstration an. Da die Innenbehörde Gewalttätigkeiten befürchtet, verbietet sie die Demonstration gem. § 15 I VersG.

Bei einer Klage würde das Gericht die Vereinbarkeit des Verbots und/oder des § 15 VersG mit Art. 8 I GG messen. Art. 8 I GG ist als Grundrecht Bestandteil der Verfassung. Es könnte daher angenommen werden, es handele sich um eine verfassungsrechtliche Streitigkeit, da der Streitgegenstand (hier: die Vereinbarkeit des Verbots und/oder des § 15 I VersG mit Art. 8 I GG) Verfassungsbezug hat. Gleichwohl handelt es sich um eine typische verwaltungsrechtliche Streitigkeit, da es gerade Aufgabe der Verwaltung ist, über die Zulässigkeit eines Vorhabens zu entscheiden und ggf. ein Verbot auszusprechen.

tungsrechtliche Streitigkeiten, da sich die streitentscheidenden Normen in den Gemeinde- bzw. Kreisordnungen sowie in den konkretisierenden Verordnungen finden (vgl. dazu *Meyer*, NVwZ 2003, 183).

⁶⁸ Siehe OVG Berlin-Brandenburg NVwZ 2023, 1928, 1929 – insgesamt dazu *R. Schmidt*, Staatsorganisationsrecht, Rn 454 f.

3. Kapitel

Verwaltungsorganisation und Behördenaufbau

Aus den im 1. Kapitel vorgestellten verfassungsrechtlichen Vorgaben erklären sich die bestehende Verwaltungsorganisation und der Behördenaufbau in der Bundesrepublik Deutschland. Im Folgenden soll lediglich ein der Fallbearbeitung im Verwaltungsrecht genügender Grundriss aufgezeigt werden.

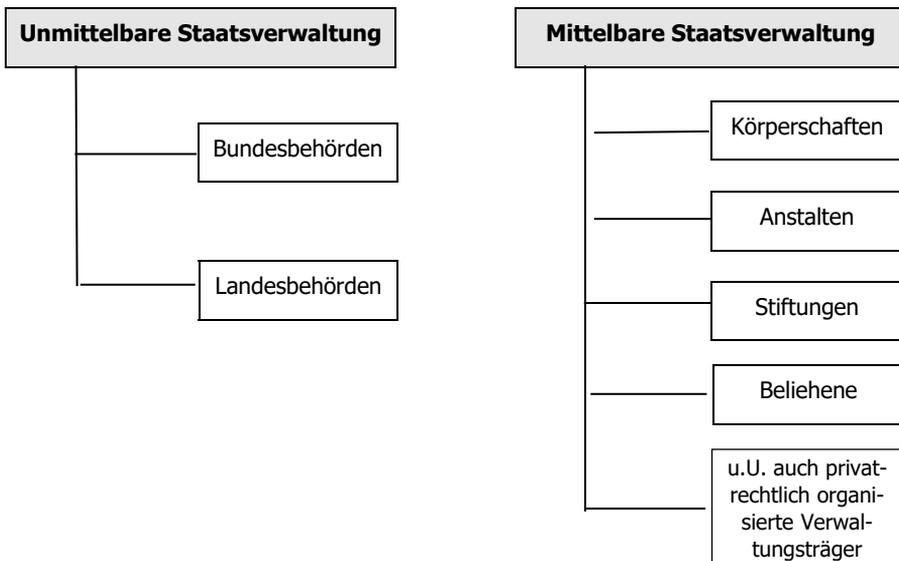
66

Hinweis für die Fallbearbeitung: Grundkenntnisse über den Behördenaufbau, insbesondere über den der Länder, sind für die richtige Bestimmung der **nächsthöheren Behörde als Widerspruchsbehörde** (§ 73 I VwGO), der **Behördenzuständigkeit bei der formellen Rechtmäßigkeitsprüfung** (eines Verwaltungsakts) sowie bei der **Bestimmung des richtigen Klagegegners** nach § 78 VwGO unabdingbar. Einzelheiten sind den jeweiligen, im Buch *Verwaltungsprozessrecht* des Verfassers dargestellten, Klage- und Verfahrensarten zu entnehmen.

Nach der Legaldefinition des § 1 IV BundesVwVfG ist eine Behörde jede Stelle, die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt. Dazu zählen alle juristischen Personen des öffentlichen Rechts, wobei zwischen *unmittelbarer* und *mittelbarer* Staatsverwaltung unterschieden werden muss. **Unmittelbare** Staatsverwaltung des Bundes bzw. der Länder findet durch eigene, nicht rechtsfähige und in eine Weisungshierarchie eingebundene Behörden dieser Körperschaften statt (Rn 68 ff.). **Mittelbare** Staatsverwaltung liegt demgegenüber vor, wenn sich der Staat für den Gesetzesvollzug ausgegliederter und damit selbstständiger Verwaltungsträger bedient (Rn 82 ff.). Solche ausgegliederten Verwaltungsträger sind Verwaltungseinheiten mit eigener Rechtspersönlichkeit und werden (wie Bund und Länder) als **juristische Personen des öffentlichen Rechts** bezeichnet. Dazu zählen die Körperschaften (außer Bund und Länder, s.o.), die rechtsfähigen Anstalten und die Stiftungen des öffentlichen Rechts. Ferner können öffentliche Aufgaben durch Beliehene und u.U. auch durch privatrechtlich organisierte Verwaltungsträger wahrgenommen werden.

67

Struktur der Staatsverwaltung



A. Unmittelbare Staatsverwaltung

- 68 **Unmittelbare Staatsverwaltung** liegt vor, wenn sich der Staat (Bund oder Länder) eigener Behörden bedient, um die Gesetze auszuführen. In diesem Fall sind die Behörden, da sie in eine Weisungshierarchie eingebunden sind, unselbstständige, d.h. über keine eigene Rechtspersönlichkeit verfügende Verwaltungseinheiten.⁶⁹ Rechtsträger der Behörden sind entweder der Bund oder die Länder.
- 69 Dass Rechtsträger der Behörde entweder der Bund oder die Länder sind, gewinnt vor allem für die Bestimmung der **Widerspruchsbehörde** und des **Klagegegners** an Bedeutung. Denn dadurch, dass gem. § 78 I Nr. 1 VwGO die Klage gegen den Rechtsträger der Behörde zu richten ist⁷⁰, kann im Rahmen der unmittelbaren Staatsverwaltung der Rechtsbehelf niemals gegen die Behörde selbst gerichtet werden; Klagegegner ist stets der Rechtsträger.

Beispiel: Ist ein Bürger der Auffassung, infolge eines Einsatzes der Bundespolizei eine Rechtseinbuße erlitten zu haben, ist Gegner der Klage die Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch den Bundesinnenminister. Keinesfalls kann die Klage gegen die Bundespolizei gerichtet werden, auch wenn deren Verhalten gerügt wird. Denn als Behörde der unmittelbaren Staatsverwaltung fehlt ihr die eigene Rechtspersönlichkeit, um Gegner von Ansprüchen zu sein. Ihr Verhalten wird dem Rechtsträger, der die erforderliche Rechtspersönlichkeit besitzt, unmittelbar zugerechnet.

I. Bundesverwaltung

- 70 Soweit die Ausführung der Bundesgesetze durch Bundesbehörden (Bundesverwaltung) zulässig ist, gliedert sich die Verwaltung in **unmittelbare Bundesverwaltung**, die im Grundgesetz als bundeseigene Verwaltung bezeichnet wird, sowie in **mittelbare Bundesverwaltung**, die aus den bundesunmittelbaren Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts (vgl. Art. 86 f. GG und Rn 82 ff.)⁷¹ besteht. Die *unmittelbare* Bundesverwaltung weist die Besonderheit auf, dass sie nur in wenigen Bereichen mehrstufig aufgebaut ist. Es fehlt weitgehend an einem Verwaltungsunterbau (d.h. an Behörden der Mittel- und Unterstufe). Das hat den Hintergrund, dass der Bund – wie bereits erläutert – aus Gründen der Machtbalance sich nicht in die grundsätzlich den Ländern obliegende Verwaltungstätigkeit einmischen soll. Nach den Kompetenzzuweisungsbestimmungen des Grundgesetzes obliegt die Ausführung der Gesetze grundsätzlich den Ländern (Art. 30, 83 ff. GG). Unter Beachtung dieser Vorgaben verfügt der Verband *Bund* dennoch über einen dreistufigen Behördenaufbau, untergliedert in die Zentral-, Mittel- und Unterstufe.⁷²

1. Zentralstufe

- 71 Zu den Behörden der Zentralstufe gehören zunächst die **Obersten Bundesbehörden**. Das sind Behörden, denen keine anderen Behörden übergeordnet sind. Sie sind für das gesamte Bundesgebiet zuständig.

⁶⁹ Dies ist – soweit ersichtlich – unstreitig, vgl. etwa *Siegel*, AllgVerwR, Rn 64.

⁷⁰ Zwar bezieht sich § 78 VwGO systematisch nur auf die Anfechtungs- und Verpflichtungsklage, das dieser Vorschrift zugrunde liegende Rechtsträgerprinzip gilt aber für alle Klage- und Verfahrensarten.

⁷¹ Die für sie tätigen Beamten sind (mittelbare, vgl. § 2 BBG) Bundesbeamte, weil diesen juristischen Personen die Dienstherrenfähigkeit fehlt. Die Verwaltungsvorschriften werden von der Bundesregierung erlassen, soweit gesetzlich nichts anderes bestimmt ist (Art. 86 S. 1 GG).

⁷² Eine Übersicht über alle Bundesbehörden findet sich auf der Internetseite des Bundesverwaltungsamts unter: <http://www.service.bund.de/Content/DE/Behoerden/Suche/Formular.html?nn=4641496>

Beispiele: Bundespräsidialamt, Bundestagsverwaltung, Bundeskanzleramt, Bundesministerien, Bundesrechnungshof (vgl. Art. 114 II GG, § 1 BRHG), Bundesbeauftragter für den Datenschutz und die Informationsfreiheit

Soweit Behörden unterhalb der Ministerialinstanz sachlich beschränkt und räumlich für die gesamte Bundesrepublik zuständig sind, aber keine Rechtsfähigkeit besitzen, spricht man von **Bundesoberbehörden** und von (ebenfalls nicht rechtsfähigen) **Bundesanstalten**. Bundesoberbehörden vermeiden die unerwünschte und ökonomische Parallelität der Verwaltungsbehörden von Bund und Ländern und sind unter vereinfachten Voraussetzungen zulässig (vgl. Art. 87 III S. 1 GG). Bundesoberbehörden sind unmittelbar einem Bundesministerium nachgeordnet (vgl. Art. 87 ff. GG), unterstehen also dessen Aufsicht, haben selbst aber – bis auf wenige Ausnahmen – keine ihnen unterstellten Behörden.

72

Beispiele: Bundesamt für Justiz, Bundesamt für auswärtige Angelegenheiten, Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik, Bundesamt für Verbraucherschutz und Lebensmittelsicherheit, Bundesamt für Naturschutz, Bundesamt für Seeschifffahrt und Hydrographie, Bundesamt für Bauwesen und Raumordnung, Bundeszentralamt für Steuern, Generalzolldirektion, Bundesumweltamt, Bundesamt für Güterverkehr, Bundeskartellamt, Luftfahrt-Bundesamt, Kraftfahrt-Bundesamt, Statistisches Bundesamt, Bundeskriminalamt, Bundespolizeipräsidium, Bundesamt für Verfassungsschutz, Bundesamt für Ausrüstung, Informationstechnik und Nutzung der Bundeswehr, Bundesamt für das Personalmanagement der Bundeswehr, Bundesamt für Infrastruktur, Umweltschutz und Dienstleistungen der Bundeswehr, Bundesamt für Strahlenschutz, Bundesarchiv, Bundesnetzagentur, Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Medien, Deutsches Patent- und Markenamt

2. Mittelstufe

Der Mittelstufe sind die **Bundesmittelbehörden** zugeordnet. Sie sind entweder obersten oder oberen Bundesbehörden nachgeordnet. Ihr Zuständigkeitsbereich ist sachlich auf bestimmte Sachgebiete und örtlich auf bestimmte Teile des Bundesgebietes beschränkt. Sie sind damit Ausdruck einer Dekonzentration. Wegen der bereits erwähnten restriktiven Zulässigkeit sind sie nur in Ausnahmefällen vorhanden (Art. 87 I S. 1, Art. 87b I S. 1 GG).

73

Beispiele: Wasser- und Schifffahrtsdirektionen, Wehrbereichsverwaltungen

3. Unterstufe

Bundesunterbehörden sind entweder oberen Bundesbehörden oder den Bundesmittelbehörden nachgeordnet. Sie sind räumlich beschränkt nur für einen bestimmten Teil des Verwaltungsgebiets zuständig. Auch sie sind wegen der restriktiven Zulässigkeit nur in Ausnahmefällen vorhanden.

74

Beispiele: Zoll-, Kreiswehersatz-, Wasser- und Schifffahrtsämter, Arbeitsagenturen, Bundeswehrverwaltungen, Bundespolizeidirektionen

Zu unterscheiden sind die Bundesunterbehörden von den Behörden der Kommunen. Zwar nehmen auch Kommunalbehörden die Gesetze des Bundes als Auftragsangelegenheit wahr, gleichwohl bleiben sie aber Behörden der Kommunen (vgl. Rn 86 f.).

II. Landesebene

1. Flächenstaaten

- 75 Die **unmittelbare** Landesverwaltung ist unterschiedlich organisiert. In den meisten Flächenstaaten ist der Behördenaufbau ebenfalls dreistufig⁷³, im Übrigen zweistufig⁷⁴ gegliedert. Der dreigliedrige Aufbau besteht aus der Zentral-, Mittel- und Unterstufe. Bei zweigliedrigem Aufbau entfällt die Mittelstufe.

a. Zentralstufe

- 76 Zur Zentralstufe zählen zunächst die **Obersten Landesbehörden**.

Beispiele: Landesregierungen mit den Ministerpräsidenten (und deren Staatskanzleien), Landesministerien, Landesrechnungshöfe

Auch die **Landesoberbehörden** gehören der Zentralstufe an. Sie sind den Staatskanzleien und den Landesministerien unmittelbar untergeordnet und für die Erledigung von *sachlich* bestimmten Verwaltungsaufgaben und *örtlich* für das gesamte Landesgebiet zuständig. Landesoberbehörden sollen die Ministerien von bestimmten Verwaltungsaufgaben, deren Erledigung eine besondere Infrastruktur und Fachkenntnis erfordert, entlasten. Sie haben (außer in Schleswig-Holstein) keinen nachgeordneten Verwaltungsunterbau.

Beispiele: Landeskriminalämter, Landesämter für Verfassungsschutz, Statistische Landesämter

b. Mittelstufe

- 77 Die Mittelstufe rekrutiert sich aus den Landesmittelbehörden. Diese unterstehen unmittelbar den Obersten Landesbehörden, sind für ein bestimmtes Gebiet des Landes zuständig und verfügen über einen Verwaltungsunterbau. Ihre Zuständigkeit umfasst sowohl die Erledigung verschiedener Verwaltungsaufgaben in der ersten Verwaltungsinstanz als auch die Aufsicht über die Unterbehörden. In der letzteren Funktion ist sie also nicht nur Aufsichts-, sondern auch **Widerspruchsbehörde i.S.d. § 73 I Nr. 1 VwGO und zuständig für Widerspruchsbescheide**, die gegen Verwaltungsakte der Unterbehörden als erste Instanz eingelegt wurden.⁷⁵

Beispiele: Landesmittelbehörden sind z.B. – je nach Landesrecht (einige Länder wie z.B. Niedersachsen haben im Zuge einer Verwaltungsreform die Mittelstufe abgeschafft) – die Bezirksregierungen (sog. höhere Verwaltungsbehörde), das Regierungspräsidium, die Regierungskontrollstellen o.ä.

- 78 An der Spitze der Mittelbehörden steht der Regierungspräsident. Behörden der Mittelstufe sind zuständig für alle Verwaltungsangelegenheiten ihres Bezirks, soweit nicht Sonderbehörden (z.B. Ober- oder Bezirksfinanzdirektionen, Forst- oder Oberforstdirektionen) geschaffen sind. Sie unterstehen der allgemeinen (Rechts-)Aufsicht der Innenministerien und der Fachaufsicht der betreffenden Fachministerien.

c. Unterstufe

- 79 Untere Landesbehörden sind entweder den mittleren Landesbehörden nachgeordnet (dreistufiger Verwaltungsaufbau) oder unterstehen direkt einer Obersten (in Schleswig-Holstein auch einer oberen) Landesbehörde (zweistufiger Verwaltungsaufbau).

⁷³ Bspw. in BW, Bay, Hess, NRW, RhLPf, Sachs, SachsAnh.

⁷⁴ Brand, MeckVor, Nds, SchlHolst, Saarl.

⁷⁵ Vgl. dazu sowie zum weitgehenden Ausschluss des Vorverfahrens auf Landesebene R. Schmidt, VerwProzR, Rn 210 ff.

Behörden der Unterstufe sind räumlich beschränkt nur für einen bestimmten Teil des Verwaltungsgebiets zuständig. Die Unterstufe wird i.d.R. von den **Kreis- und Gemeindebehörden** gebildet. Das hat folgenden Hintergrund: Die Gemeinden und Landkreise haben das Recht, die (*nichtstaatlichen*) Verwaltungsangelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft eigenverantwortlich zu regeln und zu erledigen. Dieses Recht auf kommunale Selbstverwaltung ist durch Art. 28 II GG verfassungsrechtlich garantiert.⁷⁶ Die Gemeinden und Landkreise haben aber nicht nur „ihre“ Angelegenheiten zu verwalten (sog. eigener Wirkungskreis⁷⁷), sondern sie haben darüber hinaus die ihnen durch Gesetz übertragenen *staatlichen* Aufgaben im Wege der **mittelbaren Staatsverwaltung** wahrzunehmen (übertragener Wirkungskreis = „**Kommunalisierung der unteren Staatsverwaltung**“) mit der Folge, dass bei den die Unterstufe bildenden Landkreisen den Landräten eine Doppelstellung zukommt (Kommunalbeamter und „Chef“ des Landkreises einerseits und staatliche Behörde andererseits). Bei den kreisfreien Städten (Zusammenfallen von Stadt und Kreis) wird die „Doppelstellung“ durch den Oberbürgermeister wahrgenommen. Vgl. dazu im Einzelnen Rn 86 f.

Von der Kommunalisierung der Unterstufe einmal abgesehen, sind als Untere Landesbehörden z.B. Finanz-, Gewerbeaufsichts- und Schulämter zu nennen. Sie unterstehen i.d.R. der Aufsicht der Behörden der Mittelstufe. **80**

2. Stadtstaaten

In den Stadtstaaten entfällt die Mittelstufe. Es handelt sich somit um eine zweigliedrige Verwaltungsorganisation. **81**

Die Freie und Hansestadt Hamburg (FHH) nimmt sowohl staatliche als auch kommunale Aufgaben wahr (Art. 4 I HmbVerf), die staatsorganisationsrechtlich nicht getrennt sind. Die Verwaltung besteht aus dem Senat mit der Senatskanzlei, den Fachbehörden und den Bezirksämtern. Oberste Landesbehörde ist der Senat als Landesregierung (Erster Bürgermeister und Senatoren, Art. 33 HmbVerf) mit der ihr unterstellten Senatskanzlei, an deren Spitze ein Staatsrat steht. Der Senat bestimmt gem. § 5 des Gesetzes über Verwaltungsbehörden (VwBehG) für jede Fachbehörde die Senatoren, unter ihnen den Präses und mindestens einen Stellvertreter. Die Senatoren leiten die Fachbehörden, die mit Ministerien der Flächenstaaten vergleichbar sind. Soweit gesetzlich nichts anderes bestimmt ist, werden gem. § 4 I VwBehG Verwaltungsaufgaben, die der Senat nicht selbst wahrnimmt, von den Fachbehörden und den sieben Bezirksämtern (§ 1 I Bezirksverwaltungsgesetz) selbstständig erledigt. Zu seiner Beratung und zur Bearbeitung seiner Angelegenheiten kann gem. Art. 47 I S. 1 HmbVerf der Senat beamtete Senatssyndici (sog. Staatsräte, die mit Staatssekretären des Bundes oder der Flächenstaaten vergleichbar sind) ernennen. Staatsräte sind politische Beamte (und nicht Mitglieder des Senats) und können daher jederzeit in den einstweiligen Ruhestand versetzt werden (§ 37 Nr. 1 HmbBeamtG). Weitere Oberste Landesbehörde ist der Landesrechnungshof, obere Landesbehörden sind z.B. das Seemannsamt (Hamburg Port Authority) und das Landeskriminalamt. Die untere Stufe wird von den Bezirksämtern gebildet (Dezentralisation). Diese nehmen staatliche Aufgaben wahr und solche, die in Flächenstaaten von den Gemeinden wahrgenommen werden würden (wie z.B. Gewerbeanmeldung, Ausstellung von Personalausweisen und Reisepässen, An- und Abmeldungen zum Melderegister). Weiterhin werden Verwaltungsaufgaben von Landesbetrieben wahrgenommen. Landesbetriebe sind gem. § 106 I Landeshaushaltsordnung rechtlich unselbstständige Teile der Verwaltung mit eigener Wirtschafts-

⁷⁶ Zu den von Art. 28 II GG garantierten grundlegenden Strukturelementen, zu denen die Eigenständigkeit der Gemeinden gegenüber Bund, Länder und Landkreisen gehört, siehe BVerfG NVwZ 2018, 140, 144 f.

⁷⁷ Eigener Wirkungskreis ist bei Gemeinden das Recht auf Selbstverwaltung, vgl. Art. 28 II S. 1 GG: Aufgaben-, Organisations-, Personal-, Gebiets-, Planungs- und Finanzhoheit (Universalitätsprinzip). Zu Art und Umfang dieses Prinzips vgl. die einzelnen Landesverfassungen und Gemeindeordnungen.

führung und eigenem Rechnungswesen. Damit sind sie vergleichbar mit Regiebetrieben der Kommunen (dazu Rn 104). Errichtung, Aufgabenübertragung und Steuerung werden vom Senat und der Bürgerschaft wahrgenommen. So ist der Landesbetrieb Straßen, Brücken und Gewässer (LSGB) der Behörde für Verkehr und Mobilitätswende (BVM) zugeordnet und ist zuständig für bauliche Anlagen und die technische Infrastruktur wie etwa Straßen, Brücken, Tunnel usw. Und der Landesbetrieb Verkehr ist zuständig insbesondere für das Kraftfahrzeugwesen (An-, Um- und Abmeldungen) und das Fahrerlaubniswesen.

Hinsichtlich der Staatsaufsicht gilt: Der Senat führt und beaufsichtigt die Verwaltung (Art. 33 II S. 2 HmbVerf, § 1 I S. 1 VwBehG). Die vom Senat bestimmte Stelle (Bezirksaufsichtsbehörde) übt gem. § 43 Bezirksverwaltungsgesetz (BezVG) die Dienstaufsicht über die Bezirksämter aus und überwacht die Einhaltung des BezVG. Die zuständige Fachbehörde überwacht gem. § 44 I S. 1 BezVG die Einhaltung der für die Erledigung der Aufgaben des Bezirksamtes maßgeblichen Rechtsvorschriften und Senatsbeschlüsse (Rechtsaufsicht). Zudem unterstehen die Bezirksämter der Fachaufsicht der zuständigen Fachbehörde, sofern den Bezirksämtern kein gesetzlicher Entscheidungsspielraum eingeräumt ist, § 44 II BezVG. Die Rechts- und Fachaufsicht wird gem. § 45 I BezVG nach Maßgabe des § 45 II-VI BezVG durch Fachanweisungen und Weisungen im Einzelfall wahrgenommen. Fachanweisungen sind allgemeine Verwaltungsvorschriften, § 45 II S. 1 BezVG. Weisungen im Einzelfall sind schlicht verwaltungsbehördliche Einzelanordnungen. Die Landesbetriebe unterstehen der Fach- und Rechtsaufsicht der jeweiligen Fachbehörde, zu der der betreffende Landesbetrieb gehört.⁷⁸

B. Mittelbare Staatsverwaltung

- 82 **Mittelbare Staatsverwaltung** liegt vor, wenn sich der Staat (Bund oder Länder) für den Gesetzesvollzug ausgegliederter Verwaltungsträger mit **eigener Rechtspersönlichkeit** bedient. Es findet eine Dezentralisierung der Staatsverwaltung statt.

Zu diesen ausgegliederten Verwaltungsträgern gehören zum einen die **juristischen Personen des öffentlichen Rechts** (Körperschaften, rechtsfähige Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts; nicht Bund und Länder, s.o.) und zum anderen die **Beliehenen**. Sie sind gem. § 1 I Nr. 1 oder 2 BundesVwVfG Behörden i.S.v. § 1 IV BundesVwVfG. Schließlich gibt es auch privatrechtlich organisierte Verwaltungsträger, d.h. juristische Personen des Privatrechts, die Verwaltungsaufgaben wahrnehmen, aber im Gegensatz zu den Beliehenen keine hoheitlichen Befugnisse haben. Da für sie nicht die Regelungen für die öffentlichen rechtlichen Verwaltungsträger gelten, werden sie im folgenden Abschnitt nicht weiter behandelt.

I. Körperschaften des öffentlichen Rechts

- 83 **Körperschaften des öffentlichen Rechts** (KöR) sind durch staatlichen Hoheitsakt geschaffene, (teil-)rechtsfähige, mitgliedschaftlich verfasste, jedoch vom Wechsel der Mitglieder unabhängige Organisationen des öffentlichen Rechts, die öffentliche Aufgaben unter staatlicher Aufsicht in Selbstverwaltung wahrnehmen.⁷⁹

Es werden Gebiets-, Personal-, Real- und Verbandskörperschaften unterschieden, wobei gewisse Überschneidungen zwischen den Kategorien möglich sind.

1. Gebietskörperschaften

- 84 Gebietskörperschaften sind zunächst der Bund und die Länder, die allesamt Staatsqualität haben und daher im Rahmen der hier behandelten *mittelbaren* Staatsverwal-

⁷⁸ Vgl. näher die aufgrund §§ 11 und 106 Landeshaushaltsordnung ergangenen Verwaltungsvorschriften.

⁷⁹ Vgl. etwa BVerfG NVwZ 2002, 851 ff. Siehe auch BVerfG NJW 2017, 2744, 2745 f. (IHK).

tion nicht weiter zu untersuchen sind. In Bezug auf die mittelbare Staatsverwaltung zu nennen sind aber beispielsweise Landkreise, Gemeinden und Gemeindeverbände⁸⁰. Maßgebend für die Mitgliedschaft einer Person sind ihr Wohnsitz oder (bei Unternehmen) ihr Geschäftssitz.

a. Kommunen als Träger mittelbarer Staatsverwaltung

Wie bereits erläutert, bedient sich der Staat (Bund und Länder) auf der Unterstufe der Verwaltungshierarchie der Kommunalbehörden, um durch sie (mittelbar) seine Gesetze (Bundesgesetze, Landesgesetze) ausführen zu lassen. Es wäre ineffizient, wenn der Staat sich nicht die vorhandenen Kommunalbehörden zunutze machen würde. Man spricht in diesem Zusammenhang von **kommunalisierter unterer Staatsverwaltung**: Die Kommunalbehörden führen nicht nur die Gesetze (kommunale Satzungen) ihrer Kommunen aus, sondern auch (im Auftrag) die Gesetze des Staates. Im ersten Fall spricht man von **Selbstverwaltungsangelegenheiten** (Angelegenheiten im eigenen Wirkungskreis), im zweiten Fall von **Auftragsangelegenheiten** (Angelegenheiten im übertragenen Wirkungskreis). Zu beachten ist aber, dass die Gemeindebehörden – auch wenn sie Aufgaben des Staates wahrnehmen – niemals zu staatlichen Behörden werden. Es findet auch – anders als beim Landkreis, s.u. – keine Organleihe statt. Diese Kenntnis ist wichtig für die Bestimmung der **Widerspruchsbehörde** und des **Klagegegners**, vgl. dazu den Hinweis für die Fallbearbeitung bei Rn 88.

85

Soweit Kommunalbehörden auf *Kreisebene* (bzw. bei kreisfreien Städten die betreffende Stadt) jedoch als untere **Staatsbehörde** (untere Verwaltungsbehörde) mit der Wahrnehmung unmittelbarer staatlicher Aufgaben betraut sind, sind sie *staatliche Behörden (Doppelfunktion in der Verwaltung)*. Es findet (jedenfalls in den meisten Ländern) eine **Organleihe** statt: Das Land „leiht“ sich die Kommunalbehörde.⁸¹ Das sind je nach Bundesland das Landratsamt, der Landrat oder der Oberkreisdirektor bzw. bei kreisfreien Städten der Oberbürgermeister.

86

Die Verknüpfung von Staatsverwaltung und Kommunalverwaltung (Kreisverwaltung) gewährleistet eine effektive Verwaltung, weil sie zugleich staatliche und kommunale Aufgaben und Interessen miteinander verbindet. Der Landrat ist kommunaler Wahlbeamter, d.h. ein Beamter, der von den Bürgern des Landkreises (oder vom Kreistag⁸²) gewählt wird. Will das Bundesland staatliche Verwaltungsaufgaben durch den Landrat wahrnehmen, „leiht“ es sich diesen vom Landkreis. Er fungiert dann als untere Verwaltungsbehörde des Landes und ist Staatsbehörde.

87

Beispiel: Die Baugenehmigung wird i.d.R. vom Landkreis (Kreisverwaltung) erteilt. Da es sich bei der Erteilung einer Baugenehmigung um eine staatliche Aufgabe handelt, „leiht“ das Land den Landrat, der dann in der Funktion als Staatsbehörde tätig wird.

Hinweis für die Fallbearbeitung: Wie bereits erwähnt, sind Kenntnisse über die Verwaltungsorganisation wichtig für die **Bestimmung der Widerspruchsbehörde** (sofern ein Widerspruchsverfahren überhaupt noch vorgesehen ist⁸³) und des **Klagegegners**. Dadurch, dass die Gemeindebehörde sowohl in Selbstverwaltungs- als auch in Auftragsangelegenheiten niemals staatliche Behörde ist, sondern immer

88

⁸⁰ Gemeindeverbände (auch Kommunalverbände genannt) stehen oberhalb der Gemeinde und erhalten ihre Grundlage als Körperschaften des öffentlichen Rechts aus Art. 28 II S. 2 GG i.V.m. den Vorschriften der Gemeindeordnungen. Im Gegensatz zum früheren Recht handelt es sich aber nicht nur um Zusammenschlüsse der Gemeinden zu einer neuen Rechtspersönlichkeit, sondern zum Teil um eigenständige Körperschaften, in denen eine unmittelbar gewählte Volksvertretung besteht. Wichtigste Form des Kommunalverbandes ist der Landkreis.

⁸¹ Vgl. *Krüger*, LKV 2000, 189 f. und *Zilkens*, JuS 2001, 785 ff. In Nds z.B. findet keine Organleihe statt.

⁸² Nur in Baden-Württemberg, Brandenburg und Schleswig-Holstein.

⁸³ Vgl. dazu *R. Schmidt*, VerwProzR, Rn 224.

nur Kommunalbehörde, ist die Gemeinde auch in Auftragsangelegenheiten Klagegegner (vgl. § 73 I Nr. 3, § 78 I Nr. 1 VwGO).⁸⁴ Wer Widerspruchsbehörde ist, richtet sich nach dem einschlägigen materiellen Recht. Soweit Kommunalbehörden auf *Kreisebene* (Landrat, Oberkreisdirektor) jedoch als untere Staatsbehörde (untere Verwaltungsbehörde) mit der Wahrnehmung staatlicher Aufgaben betraut sind, sind sie staatliche Behörden (Doppelfunktion in der Verwaltung). In diesem Fall sind Widerspruchsbehörde der Regierungspräsident und Klagegegner das Bundesland.

b. Staatsaufsicht über die Gebietskörperschaften

- 89 Ausgangspunkt der Überlegung ist, dass juristische Personen des öffentlichen Rechts, soweit sie in der mittelbaren Staatsverwaltung öffentliche Verwaltungsaufgaben wahrnehmen, der staatlichen Aufsicht unterstehen. Grund dafür ist, dass nur das Parlament unmittelbar demokratisch legitimiert ist und dass jede abgeleitete hoheitliche Gewalt auf das Parlament zurückzuführen sein muss (Demokratieprinzip).⁸⁵ Zum anderen sind die in die mittelbare Staatsverwaltung eingebundenen juristischen Personen trotz eigenverantwortlicher Aufgabenerfüllung an das Gesetz gebunden (sog. Prinzip vom Vorrang des Gesetzes). Die Einhaltung dieser Gesetzesbindung wird durch die **staatliche Aufsicht** gewährleistet und erforderlichenfalls durchgesetzt. Ist die juristische Person des öffentlichen Rechts in Selbstverwaltungsangelegenheiten (also im **eigenen Wirkungskreis**) und somit als selbstständiges Rechtssubjekt betroffen, beschränkt sich die Staatsaufsicht (des Bundeslandes) auf die Gesetzmäßigkeit der Verwaltungstätigkeit. Man spricht hier von **Rechtsaufsicht**. In Auftragsangelegenheiten (**übertragener Wirkungskreis**) erstreckt sie sich *auch* auf die Handhabung des Ermessens, die Zweckmäßigkeit (sog. **Fachaufsicht**), da die handelnde Körperschaft hier nur als verlängerter Arm des Staates tätig wird.⁸⁶ Da die Staatsaufsicht stets Fragen nach dem Rechtsschutz in sich birgt und diese Fragen ausführlich bei Rn 441 ff. behandelt werden, wird dorthin verwiesen.

2. Personal- bzw. Realkörperschaften

a. Allgemeines

- 90 Neben den Kommunalkörperschaften gibt es noch eine Reihe weiterer Körperschaften des öffentlichen Rechts, die ihre Angelegenheiten selbst verwalten. Im Rahmen der mittelbaren Staatsverwaltung können aber auch diese in die Verwaltungsstruktur eingebunden werden. Insgesamt soll durch ihre Einbindung die unmittelbare Staatsverwaltung entlastet werden (Prinzipien der Selbstverwaltung und der Dezentralisation). Freilich dürfte die Kostenabwälzung auf die betroffenen Kreise nicht ganz unerheblich sein. Maßgebend für die Mitgliedschaft in einer **Personalkörperschaft** sind entweder der *freiwillige* Beitritt oder die durch die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Gruppe, insbesondere zu einem bestimmten Beruf, *erzwungene* Mitgliedschaft (sog. **Verkammerung**).⁸⁷ Bei der **Realkörperschaft** knüpft die Mitgliedschaft an bestimmte realwirtschaftliche (sachenrechtliche) Tatsachen an wie etwa den Grundbesitz bzw. aus einer damit verknüpften Berechtigung oder Verpflichtung.

Beispiele: Rechtsanwaltskammern (§ 62 BRAO)⁸⁸; Landesärztekammern (z.B. § 1 I Nr. 1, II S. 1 Niedersächsisches Kammergesetz für die Heilberufe); staatliche Hoch-

⁸⁴ So auch *Kopp/Schenke*, VwGO, § 78 Rn 7.

⁸⁵ Vgl. dazu BVerfGE 95, 1, 16 (Südfahrung Stendal).

⁸⁶ Zur Vertiefung vgl. *Stober*, KommunalR, § 9 III.

⁸⁷ Zur Frage nach der Verfassungsmäßigkeit der Zwangszugehörigkeit siehe Rn 93.

⁸⁸ Rechtsanwaltskammern sind Personalkörperschaften, da ihre Mitglieder die Rechtsanwälte des betreffenden OLG-Bezirks sind (§ 60 I, II BRAO). Davon zu unterscheiden ist die Bundesrechtsanwaltskammer. Diese ist eine Verbands-

schulen (Art. 5 III S. 1 GG, § 58 I HRG i.V.m. den Hochschulgesetzen der Länder)⁸⁹; Bundesagentur für Arbeit (§ 367 I SGB III); Handwerksinnungen und -kammern (§§ 53, 90 HandWO); Industrie- und Handelskammern (§ 3 I IHKG); Träger der Sozial- und Rentenversicherung (z.B. AOK, Deutsche Rentenversicherung Bund, Berufsgenossenschaften) nach § 29 I SGB IV; Kassenärztliche Vereinigung nach §§ 77 ff. SGB V; Jagdgenossenschaften (§ 9 BJagdG); Landwirtschaftskammern (z.B. § 1 I S. 1 Niedersächsisches Gesetz über die Landwirtschaftskammer); Religionsgesellschaften, soweit sie den Status als Körperschaften des öffentlichen Rechts verliehen bekommen haben (vgl. Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 V S. 2 WRV)⁹⁰

Die **Aufgaben** einer Körperschaft ergeben aus dem Zweck der Errichtung und der gesetzlichen Festlegung. So haben z.B. die Gemeinden (freilich als Gebietskörperschaften) aufgrund ihrer „Allzuständigkeit“ (Art. 28 II S. 1 GG) sämtliche Aufgaben der Selbstverwaltungskörperschaft „Kommune“ zu erledigen.⁹¹ Die übrigen Körperschaften dürfen dagegen nur diejenigen Aufgaben wahrnehmen, die ihnen durch Gesetz oder den gesetzlichen Gründungsakt übertragen worden sind.⁹² So besitzt eine Handelskammer kein allgemeinpolitisches Mandat. Sie darf nur die ihr übertragenen Aufgaben der Interessenvertretung der Mitglieder wahrnehmen. Anders lässt sich die Zwangsmitgliedschaft nicht rechtfertigen. Generell haben Körperschaften, bei denen eine Verkammerung stattfindet (Ärztammer, Rechtsanwaltskammer etc., s.o.), ausschließlich die Interessen ihrer Mitglieder zu vertreten.⁹³ Die Industrie- und Handelskammern haben, soweit nicht die Zuständigkeit der Organisationen des Handwerks nach Maßgabe der Handwerksordnung gegeben ist, u.a. die Aufgabe, das Gesamtinteresse der ihnen zugehörigen Gewerbetreibenden ihres Bezirkes wahrzunehmen (§ 1 I S. 1 Nr. 1 IHKG).⁹⁴ Auch selbstständige Teile einer Körperschaft dürfen, jedenfalls wenn eine mit einem Beitragszwang verbundene Zwangsmitgliedschaft besteht, nur die ihnen zugewiesenen Aufgaben wahrnehmen. So haben staatlich verfasste Studierendenschaften (sog. „Gliedkörperschaften“, vgl. etwa § 102 I S. 2 hmbHochschG) nur den ihnen nach dem Hochschulgesetz gesetzlich zugewiesenen Aufgabenbereich, nämlich die hochschulpolitischen Belange der Studierenden, wahrzunehmen und etwa die politische Bildung der Studierenden zu fördern (vgl. etwa den Katalog in § 102 II S. 2 hmbHochschG). Ein allgemeinpolitisches Mandat besteht nicht (siehe etwa § 102 II S. 2 Nr. 1 Halbs. 2 hmbHochschG).⁹⁵

91

Beispiel⁹⁶: Ruft eine Studierendenschaft zu einer Demonstration „gegen Polizeigewalt und Polizeiwillkür“ auf, steht dies jenseits ihrer Befugnisse und ist rechtswidrig.

Da die genannten Personalkörperschaften zu Eingriffen in Grundrechte befugt sind (und sei es nur durch die Befugnis zur Erhebung von Mitgliedsbeiträgen), muss selbstverständlich die demokratische Legitimation gewahrt sein. So sind die Maßnahmen der Industrie- und

körperschaft (des Bundes), da die Mitglieder nicht die einzelnen Rechtsanwälte sind, sondern die Rechtsanwaltskammern (vgl. Art. 74 I Nr. 1 GG, § 176 I BRAO).

⁸⁹ Vgl. die Vorschriften der Landeshochschulgesetze, die bestimmen, dass es sich bei den Hochschulen um Körperschaften des öffentlichen Rechts handelt (z.B. § 2 I hmbHochschG). *Allgemeinbildende Schulen* werden dagegen als (nicht rechtsfähige) Anstalten angesehen. Insb. können sie sich nicht auf Art. 5 III S. 1 GG berufen. Bei den Hochschulen ist jedoch zu beachten, dass diese auch als Stiftungen organisiert sein können (vgl. etwa die Universität Göttingen).

⁹⁰ Zur Verleihung von Körperschaftsrechten an Religionsgemeinschaften vgl. BVerfGE 102, 370 ff. (Zeugen Jehovas); BVerfG NVwZ 2013, 943 ff. (Baha' i); BVerfG NVwZ 2015, 1434 ff. Speziell zur Grundrechtsberechtigung von Religionsgemeinschaften (bzgl. Art. 4 GG) vgl. BVerfG NVwZ 2010, 570 ff. Zu beachten ist aber, dass die Religionsgesellschaften, auch wenn sie den Status als Körperschaften des öffentlichen Rechts verliehen bekommen haben, grds. keine Organe der öffentlichen Gewalt sind. Vgl. näher *R. Schmidt*, Grundrechte, Rn 394.

⁹¹ Zu den von Art. 28 II GG garantierten grundlegenden Strukturelementen, zu denen die Eigenständigkeit der Gemeinden gegenüber Bund, Länder und Landkreisen gehört, siehe BVerfG NVwZ 2018, 140, 144 f.

⁹² Klarstellend BVerfG GewArch 2010, 400, 401 f. Vgl. auch BVerfG NJW 2017, 2744, 2745 (IHK).

⁹³ Vgl. etwa BVerfG NJW 2017, 2744, 2745; BVerfG GewArch 2010, 400, 401 f.; OVG Koblenz LKRZ 2010, 477 f.; VGH München NVwZ 2013, 236 f.

⁹⁴ Vgl. dazu nur BVerfG NJW 2017, 2744, 2745 (IHK).

⁹⁵ Das ist – soweit ersichtlich – unstreitig, vgl. etwa VG Frankfurt 11.2.2021 – 4 K 461/19.F.

⁹⁶ VG Frankfurt 11.2.2021 – 4 K 461/19.F.

Handelskammern nur dann hinreichend demokratisch legitimiert, wenn das IHK-Gesetz den Aufgabenbereich vorgibt und auf die Belange der (regionalen) Wirtschaft begrenzt. Die Befugnis zur Erhebung von Beiträgen zur Finanzierung der Kammern und deren Aufgaben ist nach wiederholter Rechtsprechung des BVerfG mit den Grundrechten der Mitglieder und dem Demokratieprinzip vereinbar. Die nach dem Gewerbeertrag gestaffelte Beitragspflicht und die Pflichtmitgliedschaft in der IHK wögen nicht so schwer, um eine Unvereinbarkeit mit Art. 2 I GG⁹⁷ zu begründen. Und das Demokratieprinzip sei nicht verletzt, weil hinsichtlich der Beitragspflicht und der Beitragsordnung eine staatliche Rechtsaufsicht bestehe.⁹⁸

- 91a** Zur Erfüllung ihrer Aufgaben können die Körperschaften Rechtsnormen (d.h. Satzungen) beschließen, Verwaltungsakte erlassen und diese auch selbst durchsetzen, insbesondere vollstrecken. Darüber hinaus können sie gegenüber ihren Mitgliedern Beiträge und Gebühren erheben (s.o.). Schließlich können sie auch verwaltungsprivatrechtliche Aufgaben (siehe Rn 1008 ff.) erledigen.
- 91b** Analysiert man die bei Rn 83 gegebene Definition der Körperschaft des öffentlichen Rechts, genießt insbesondere bei der Personalkörperschaft das Merkmal der **Rechtsfähigkeit** besondere Aufmerksamkeit⁹⁹: Rechtsfähigkeit bedeutet die Fähigkeit, Träger von Rechten und Pflichten zu sein. Die Rechtsfähigkeit wird in aller Regel mit der Qualifikation als Körperschaft des öffentlichen Rechts verliehen. Zu beachten ist aber, dass mit der Qualifikation eines Gebildes als Körperschaft die Verleihung der Rechtsfähigkeit nicht notwendigerweise einhergehen muss. So sind die parlamentarischen Körperschaften wie z.B. der Bundestag lediglich teilrechtsfähig, weil sie nur organisatorische Grundeinheiten eines Verbandes (hier: Bund) sind. Für den Bundestag folgt dies aus Art. 38 ff. GG. Fraktionen sind als organisatorische Grundeinheiten des Bundestags teilrechtsfähig, weil sie durch die GO BT und das AbgG (vgl. § 46) mit eigenen Rechten ausgestattet sind.¹⁰⁰ Auch die Fachbereiche (Fakultäten) der meisten Hochschulen sind (nur) teilrechtsfähig, weil sie ebenfalls lediglich organisatorische Grundeinheiten (hier: einer Hochschule, vgl. etwa § 89 hmbHochschG) sind. So haben z.B. die rechtswissenschaftlichen Fachbereiche das Recht und die Pflicht, die Aufgaben der Universität für den Bereich Rechtswissenschaft nach eigener Beurteilung zu erfüllen, wozu auch das Satzungsrecht gehört (vgl. etwa § 89 I S. 3 hmbHochschG), was die Teilrechtsfähigkeit ausmacht. Auch Studierendenschaften als Teile der Körperschaft Hochschule sind mit Teilrechtsfähigkeit ausgestattet (vgl. etwa § 102 I S. 2 hmbHochschG).
- 91c** **Mitgliedschaftlich** verfasst bedeutet, dass sich die Körperschaft aus Mitgliedern rekrutiert. Sinn und Zweck der Körperschaft erfordern es zudem, dass die selbst zu verwaltenden Belange durch die Mitglieder wahrgenommen werden; die Mitglieder müssen also maßgeblichen Einfluss auf die Entscheidungen der Körperschaft nehmen können. Kennzeichen der Körperschaft ist daher, dass – im Gegensatz zur Anstalt (s.u.) – eine **verbandsinterne Demokratie** besteht: Alle wesentlichen verbandsinternen Belange müssen durch demokratisch legitimierte Organe der Körperschaft, die sich wiederum von Mitgliedern rekrutieren, wahrgenommen werden.¹⁰¹ Das BVerfG beachtet diesen Aspekt aber nicht konsequent, was sich daran zeigt, dass es in Bezug auf die Hochschulen seit den 1970er Jahren die gerichtliche Kontrolldichte deutlich zurückgenommen und den immer aktiveren Hochschulgesetzgebern weitgehende Gestaltungsfreiheit gelassen hat. Es hat der immer deutlicher werdenden Hierarchi-

⁹⁷ Art. 9 I GG mit seinen strengeren Rechtfertigungsmaßstäben ist nach wiederholter Rechtsprechung des BVerfG nicht einschlägig (siehe zuletzt BVerfG NJW 2017, 2744, 2745 - dazu kritisch unten Rn 93 sowie *R. Schmidt*, Grundrechte, Rn 680/681).

⁹⁸ BVerfG NJW 2017, 2744, 2745 (IHK).

⁹⁹ Vgl. zum Folgenden *Maurer/Waldhoff*, AllgVerwR, § 23 Rn 40 ff.

¹⁰⁰ BVerfGE 1, 351, 359; 67, 100, 124; 68, 1, 63; 70, 324, 350; 90, 286, 336; 103, 81, 86; 126, 55 ff.

¹⁰¹ Siehe etwa BVerfG NJW 2017, 2744, 2745 (IHK).

sierung und Ökonomisierung der Hochschulen durch den Gesetzgeber kaum noch Einhaltung geboten.¹⁰² So hat es weder die gesetzlich angeordnete Schließung eines Fachbereichs noch einen monokratisch „regierenden“ Dekan noch ein Aufsichtsgremium über Universitätskliniken ohne jede Beteiligung der wissenschaftlich verantwortlichen Hochschullehrer beanstandet.¹⁰³ Im Urteil zum brandenburgischen Hochschulgesetz hat das BVerfG es gebilligt, dass der Gesetzgeber monokratische Leitungsorgane, externe Hochschulräte mit Entscheidungskompetenzen und externe Evaluationen von Hochschullehrern einführt. Und im Beschluss zum nordrhein-westfälischen Hochschulgesetz hat das BVerfG die landesrechtliche Regelung, wonach die Hochschulen des Landes verpflichtet sind, die traditionellen Diplomstudiengänge durch „Bachelor“- und „Master“-Studiengänge zu ersetzen, bestätigt.¹⁰⁴ Bei allen Maßnahmen hat das BVerfG den großen Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers betont und selbst gravierende organisatorische Eingriffe in die Wissenschaftsfreiheit toleriert mit dem Argument, dass der Kernbereich der Wissenschaftsfreiheit nicht berührt sei.¹⁰⁵ Mit Art. 5 III S. 1 Var. 2 GG (Wissenschafts- und Lehrfreiheit) ist die von der Rspr. des BVerfG gebilligte Hochschulgesetzgebung der Länder nur schwerlich vereinbar. Möchte der Staat derart weit reichenden Einfluss nehmen, kommt er nicht umhin, die Hochschulen auch terminologisch als Anstalten des öffentlichen Rechts auszuformen, was freilich wiederum mit Blick auf Art. 5 III S. 1 Var. 2 GG problematisch wäre.

Die **Staatsaufsicht** ist erforderlich, damit der Staat die Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben und die Einhaltung der übertragenen Aufgaben überwachen kann. Soweit die Körperschaft Selbstverwaltungsaufgaben wahrnimmt, beschränkt sich die Staatsaufsicht auf eine Rechtmäßigkeitskontrolle (vgl. z.B. § 11 IHKG oder § 5 I hmbHochschG: „Rechtsaufsicht“¹⁰⁶). Wenn aber die Körperschaft im Rahmen des übertragenen Wirkungskreises tätig ist, also in den hierarchischen Staatsaufbau integriert ist, erstreckt sich die Staatsaufsicht auch auf eine Zweckmäßigkeitskontrolle (Fachaufsicht).

92

Bei einigen Körperschaften des öffentlichen Rechts (insbesondere den berufsständischen Körperschaften wie z.B. Bundesrechtsanwaltskammer, Industrie- und Handelskammern, Landesärztekammern) bestehen eine **Zwangszugehörigkeit** bestimmter Berufs- bzw. Personengruppen und eine damit verbundene **Beitragspflicht**, was die Frage nach der Verfassungsmäßigkeit aufwirft. Insbesondere kommt ein Verstoß gegen die Grundrechte der Betroffenen in Betracht. Neben einem Verstoß gegen Art. 12 I GG (Berufsfreiheit) rückt ein Verstoß gegen Art. 9 I GG (hier: negative Vereinigungsfreiheit) in den Fokus. Was den möglichen Verstoß gegen Art. 12 I GG betrifft, geht insbesondere die Rechtsprechung jedoch davon aus, dass Zwangsmitgliedschaften in Berufskammern Eingriffe in Art. 2 I GG, nicht aber in Art. 12 I GG darstellten.¹⁰⁷ Und in seinem Urteil über die Verfassungsmäßigkeit der Zwangsmitgliedschaft in der IHK erwähnt das BVerfG Art. 12 I GG noch nicht einmal, sondern stellt allein auf Art.

93

¹⁰² Hufen, JuS 2008, 639.

¹⁰³ Hufen, JuS 2008, 639.

¹⁰⁴ BVerfG-K NVwZ-RR 2008, 33.

¹⁰⁵ Hufen, JuS 2010, 85 ff. mit Bezugnahme auf BVerfG NVwZ 2003, 600, 603 (Schaffung eines Leitungsgremiums ohne Beteiligung des wissenschaftlichen Einflusses); BVerfG NVwZ-RR 2001, 587 (Zurückdrängung des wissenschaftlichen Einflusses auf die Wahl der Hochschulleitung); BVerfG NVwZ-RR 2005, 442 (Schließung eines Fachbereichs); BVerfGE 111, 333 ff. (Einführung monokratischer Leitungsorgane und externer Hochschulräte mit Entscheidungskompetenzen); BayVerfGH NVwZ 2009, 177 (Zusammensetzung des Hochschulrats und Wahl des Hochschulpräsidenten).

¹⁰⁶ Abzulehnen Knopp, NVwZ 2023, 728, der konstatiert, die staatlichen Hochschulen als Körperschaften des öffentlichen Rechts unterstünden staatlicher Fach- und Rechtsaufsicht. Zum einen bedingt die Qualifikation als Körperschaft öffentlichen Rechts nicht das Bestehen einer Fachaufsicht, und zum anderen müsste sich eine Fachaufsicht aus den gesetzlichen Regelungen des Staatsorganisationsrechts ergeben.

¹⁰⁷ Vgl. BVerfG NVwZ 2002, 335 (mit Bespr. v. Jahn, JuS 2002, 434); BVerfGE 107, 169 ff.

2 I GG ab.¹⁰⁸ Nach der Rechtsprechung und dem wohl überwiegenden Teil der Literatur ist die Pflichtmitgliedschaft auch nicht am Maßstab des Art. 9 I GG zu messen. Öffentlich-rechtliche Körperschaften gehörten nicht zu den Vereinigungen i.S.d. Art. 9 I GG, da es an der Freiwilligkeit des Zusammenschlusses fehle. Die Zulässigkeit von Pflichtmitgliedschaften sei daher am Maßstab des Art. 2 I GG zu messen.¹⁰⁹

93a Die Relevanz dieser Einordnung wird überaus deutlich, wenn man bedenkt, dass Eingriffe in die Berufsfreiheit strengerer Rechtfertigungsvoraussetzungen unterliegen als solche in Art. 2 I GG. Und Eingriffe in die Vereinigungsfreiheit unterliegen der strengen Schrankenregelung des Art. 9 II GG; jenseits dieser Schrankenregelung können Eingriffe sogar nur durch kollidierendes Verfassungsrecht gerechtfertigt werden, wohingegen Eingriffe in Art. 2 I GG bereits dann gerechtfertigt sind, wenn sie mit der verfassungsmäßigen Ordnung in Einklang stehen. Bei der dann im Rahmen des Art. 2 I GG vorzunehmenden Prüfung des Übermaßverbots ist nach der Rechtsprechung des BVerfG entscheidend, dass die öffentlich-rechtlichen Körperschaften gerade (in den Kammergesetzen festgelegte) legitime öffentliche Aufgaben, also Aufgaben, an deren Erfüllung ein gesteigertes Interesse der Gemeinschaft besteht, wahrnehmen und diese auch den verkammerten Personen (bzw. Unternehmen) zugutekommen.¹¹⁰ So sieht das BVerfG die Zwangsmitgliedschaft in einer regionalen IHK als mit Art. 2 I GG der betroffenen Unternehmen vereinbar, soweit erhobene Zwangsbeiträge für „legitime öffentliche Aufgaben“ verwendet werden und zudem höhenmäßig die Betriebe nicht sehr schwer belasten. Die gegenwärtige Tarifstruktur – gestaffelt nach dem Gewerbeertrag der verkammerten Unternehmen – führe nicht zu einer sehr schweren Belastung der Betriebe.¹¹¹ Und das OVG Lüneburg hat entschieden, dass die Errichtung der Pflegekammer (siehe § 1 II S. 1 und § 2 I des niedersächsischen Kammergesetzes für die Heilberufe in der Pflege, wonach Personen, die Pflegeberufe ausüben, auch dann Zwangsmitglied sind, wenn sie abhängig beschäftigt sind) einen legitimen Zweck aufweise und auch sonst verhältnismäßig sei. In einer Gesellschaft, die durch den demografischen Wandel, die Veränderung der Familienstrukturen, den Fortschritt von Wissenschaft und Technik und durch einen Strukturwandel der Gesundheits- und Pflegeversorgung geprägt sei, bestehe ein zwingendes Bedürfnis an Aus- und Weiterbildung in den Pflegeberufen sowie zur Steigerung von Qualität und Attraktivität des Pflegesektors insgesamt. Daher sei es naheliegend und verfassungsrechtlich unbedenklich, wenn der Staat durch Gründung einer Körperschaft des öffentlichen Rechts einen Beitrag zur Sicherung der Versorgung der Bevölkerung mit standardgerechter Pflege leiste. Wegen des weiten Gestaltungsspielraums des Gesetzgebers stehe der Pflichtmitgliedschaft auch nicht entgegen, dass der überwiegende Teil der Pflichtmitglieder abhängig beschäftigt sei.¹¹²

93b Die Versagung des Art. 9 I GG gerade für den klassischen Fall der Abwehr gegen staatliches Handeln (hier: angeordnete Zwangsmitgliedschaften mit der damit verbundenen Beitragspflicht) überzeugt nicht. Die Rechtsprechung entzieht Art. 9 I GG einen wichtigen Anwendungsbereich und missachtet dessen Bedeutung. Das Ergebnis

¹⁰⁸ BVerfG NJW 2017, 2744, 2745 (IHK). Vgl. dazu (auch zu den Gegenstimmen) R. Schmidt, Grundrechte, Rn 680. Demgegenüber bemisst sich die Zwangsmitgliedschaft in einer juristischen Person des Privatrechts am Maßstab des Art. 9 I GG (vgl. BVerfG NVwZ 2007, 808, 809 ff.).

¹⁰⁹ BVerfGE 10, 89, 102 (Ertfverband); 15, 235, 239 f. (IHK); 38, 281, 297 f. (Arbeitnehmerkammern); BVerfG NJW 2017, 2744, 2745 (IHK); BVerwGE 39, 100, 102 (Ärztammer); 59, 231, 236 (Studentenschaft); 64, 115, 117 (Steuerberaterkammer); BVerfG NVwZ 2002, 335, 336; BVerwG GewArch 2010, 400, 401 f. (IHK); NJW 1995, 514, 515 (Privatisierung der Hamburger Feuerkasse); BVerwG NJW 2017, 70, 71; VGH München NVwZ 2013, 236 f. (IHK); Merten, in: HdbSTR VI, S. 798; Ipsen, Grundrechte, Rn 551; Kemper, in: v. Mangoldt/Klein/Stark, GG, Art. 9 Rn 59; Löwer, in: v. Münch/Kunig, GG Art. 9 Rn 20; Vgl. auch Waldhoff, JuS 2011, 670 ff. Nach dem EuGH (NJW 2009, 1325) verstoßen nationale Pflichtmitgliedschaften nicht gegen EU-Recht.

¹¹⁰ BVerfG NJW 2017, 2744, 2745 f. (IHK).

¹¹¹ BVerfG NJW 2017, 2744, 2745 f. (IHK).

¹¹² OVG Lüneburg GesR 2020, 30 ff. und GesR 2020, 43 ff. (Bestätigung von VG Hannover NdsVBl 2019, 157 ff.).

ist aber offenbar den immensen Folgen geschuldet, die einträten, wenn man die Beitragspflicht am Maßstab des strengen Art. 9 I GG mätze und (daher) für verfassungswidrig erklärte. Das gesamte System beitragsfinanzierter Selbstverwaltung bräche zusammen. Das kann aber letztlich kein Argument für die Versagung eines an sich einschlägigen grundrechtlichen Schutzbereichs sein.

Verlässt die Körperschaft den ihr gesetzlich zugewiesenen Aufgabenbereich (indem sie etwa allgemeine öffentliche Interessen wahrnimmt, sich allgemein politisch äußert oder sich einem Dachverband anschließt und dabei die Wahrnehmung der Gesamtinteressen ganz oder teilweise an diesen delegiert¹¹³), legitimiert sich die Zwangszugehörigkeit nicht. Die Körperschaft handelt in einem solchen Fall nicht nur rechtswidrig, sondern verletzt auch gleichzeitig die Grundrechte ihrer Mitglieder, weil ihre Tätigkeit nicht mehr durch die verfassungsmäßige Ordnung des Grundgesetzes gedeckt ist. Die Mitglieder haben daher einen aus Art. 2 I GG begründeten Anspruch gegen die Körperschaft auf Vornahme der gesetzlich vorgesehenen Aufgaben und auf Einhaltung der gesetzlich vorgeschriebenen Aufgaben. Verlässt die Körperschaft ihren Aufgabenbereich, können Mitglieder eine **Unterlassungsklage** erheben (freilich ohne dadurch von ihrer Beitragspflicht entbunden zu sein).¹¹⁴

93c

Beispiel: Äußert sich der Präses einer Handelskammer in einer Neujahrsansprache nicht nur zu kammerpezifischen (wirtschaftsspezifischen) Themen, sondern tätig auch allgemeinpolitische Äußerungen, die mit dem Kammerrecht nicht in Verbindung stehen, kann das einzelne, zwangsweise zugehörige Kammermitglied auf Unterlassung klagen.¹¹⁵ Allerdings hat das BVerwG (hinsichtlich IHK) klargestellt, dass sich die IHK zu allen Sachverhalten äußern darf, solange diese eine nachvollziehbare Auswirkung auf die gewerbliche Wirtschaft im IHK-Bezirk haben. Verbotene Themen oder eine eingeschränkte Kompetenz in Randbereichen gebe es nicht. Die Äußerungen der IHK müssten sachbezogen sein, die Formulierungen dem abgewogenen und ausgleichenden Charakter des ermittelten Gesamtinteresses entsprechen. Positionen, die sich die einzelne IHK zurechnen lassen wolle und müsse, seien jedoch vor Veröffentlichung im durch die Satzung der IHK vorgegebenen Verfahren zu legitimieren. Für Grundsatzpositionen sei primär die Vollversammlung der IHK zuständig.¹¹⁶

b. Staatsaufsicht über die Personalkörperschaften

Wie bereits im Rahmen der Gebietskörperschaften (Kommunen) dargestellt, unterstehen juristische Personen des öffentlichen Rechts, soweit sie in der mittelbaren Staatsverwaltung öffentliche Verwaltungsaufgaben wahrnehmen, der staatlichen Aufsicht. Das hat zum einen den Hintergrund, dass nur das Parlament unmittelbar demokratisch legitimiert ist und dass jede abgeleitete hoheitliche Gewalt auf das Parlament zurückzuführen sein muss.¹¹⁷ Zum anderen sind die in die mittelbare Staatsverwaltung eingebundenen juristischen Personen trotz eigenverantwortlicher Aufgabenerfüllung an das Gesetz gebunden (sog. Prinzip vom Vorrang des Gesetzes). Die Einhaltung dieser Gesetzesbindung wird durch die staatliche Aufsicht gewährleistet und erforderlichenfalls durchgesetzt. Ist die juristische Person des öffentlichen Rechts in Selbstverwaltungsangelegenheiten (also im **eigenen Wirkungskreis**) und somit als

94

¹¹³ BVerwG NVwZ 2017, 70, 71.

¹¹⁴ Vgl. BVerfG NVwZ 2002, 335, 337; BVerwGE 112, 69, 72; BVerwG GewArch 2001, 161; VGH München NVwZ 2013, 236 f. Nach dem EuGH (NJW 2009, 1325) verstoßen nationale Pflichtmitgliedschaften auch nicht gegen **EU-Recht**. Vgl. dazu auch BVerwG GewArch 2010, 400 ff., OVG Koblenz LKRZ 2010, 477 f. sowie VGH München NVwZ 2013, 236 f. sowohl zu den verfassungsrechtlichen als auch unionsrechtlichen (Art. 18, 49 AEUV) Anforderungen an die Zwangsmitgliedschaft.

¹¹⁵ Vgl. dazu BVerfG NVwZ 2002, 335, 337; BVerwG NVwZ 2005, 700 ff.; GewArch 2001, 161 ff.; GewArch 2010, 400, 401 f.; VG Darmstadt NVwZ 2002, 1398 f.; OVG Koblenz LKRZ 2010, 477 f.

¹¹⁶ BVerwG GewArch 2010, 400, 401 f.

¹¹⁷ Vgl. dazu BVerfGE 95, 1, 16 (Südumfahrung Stendal).

selbstständiges Rechtssubjekt betroffen, beschränkt sich die Staatsaufsicht auf die Gesetzmäßigkeit der Verwaltungstätigkeit. Man spricht hier von **Rechtsaufsicht**. In Auftragsangelegenheiten (**übertragener Wirkungskreis**) erstreckt sie sich *auch* auf die Handhabung des Ermessens und der Beurteilung der Zweckmäßigkeit (sog. **Fachaufsicht**), da die handelnde Körperschaft hier nur als verlängerter Arm des Staates tätig wird. Die Personalkörperschaften unterliegen i.d.R. einer **Rechtsaufsicht** und können Adressaten von Rechtsaufsichtsmaßnahmen sein.¹¹⁸

Beispiel: Ruft eine Studierendenschaft zu einer Demonstration „gegen Polizeigewalt und Polizeiwillkür“ auf¹¹⁹, steht dies jenseits ihrer Befugnisse und ist rechtswidrig. Die zuständige Behörde (i.d.R. der Hochschulpräsident, siehe etwa § 106 II S. 2 hmbHochschG) kann das beanstanden und die Aufhebung verlangen (siehe etwa § 107 II S. 1 hmbHochschG).

Eine Fachaufsicht ist dagegen nur dann gegeben, wenn ein entsprechendes Aufsichtsrecht besteht. Ob ein solches besteht, ist den Kammergesetzen zu entnehmen. Im Übrigen wird auf die Ausführungen zur Kommunalaufsicht bei Rn 441 ff. verwiesen, da die Staatsaufsicht im Bereich der Personalkörperschaften im Wesentlichen der über die Gebietskörperschaften entspricht.

c. Rechtsschutz in Bezug auf die Personalkörperschaften

- 95 Rechtsstreitigkeiten zwischen den Mitgliedern und der Körperschaft sind öffentlich-rechtlicher Natur und gem. § 40 I S. 1 VwGO vor den Verwaltungsgerichten auszutragen. Handelt es sich bei der Körperschaft um eine Selbstverwaltungskörperschaft und ist diese Körperschaft im Bereich der Selbstverwaltung tätig, ist diese selbst Adressat eines Widerspruchs und Gegner einer Klage (vgl. § 73 I Nr. 3, § 78 I Nr. 1 VwGO). Bei einer nichtrechtsfähigen Körperschaft sind die Rechtsbehelfe grundsätzlich an die übergeordnete Verwaltungseinheit zu richten.
- 96 Rechtsstreitigkeiten zwischen der Körperschaft und dem Staatsaufsichtsorgan sind ebenfalls gem. § 40 I S. 1 VwGO vor den Verwaltungsgerichten auszutragen. Bei Maßnahmen der Rechtsaufsicht ist – da es sich bei diesen um Verwaltungsakte handelt – die Anfechtungsklage statthaft. Diese ist begründet, wenn die betreffende Maßnahme das Selbstverwaltungsrecht verletzt. Bei Maßnahmen der Fachaufsicht liegen i.d.R. keine Außenwirkung und damit kein Verwaltungsakt vor. Statthaft sind hier überwiegend die allgemeine Leistungsklage oder subsidiär die Feststellungsklage.

3. Verbandskörperschaften

- 97 Eine Verbandskörperschaft ist dadurch gekennzeichnet, dass ihre Mitglieder ausschließlich aus juristischen Personen des öffentlichen Rechts bestehen: Mehrere juristische Personen des öffentlichen Rechts schließen sich einem Verband zusammen, der seinerseits gerade durch den Zusammenschluss eine eigene juristische Person des öffentlichen Rechts wird. Verbandskörperschaften sind beispielsweise die gemeindlichen Zweckverbände. Ein gemeindlicher Zweckverband ist ein freiwilliger oder gesetzlich vorgeschriebener Zusammenschluss von Gemeinden oder Landkreisen zur gemeinsamen Erfüllung einzelner Verwaltungsaufgaben.

Beispiele: Zusammenschluss mehrerer benachbarter Gemeinden zur Errichtung eines gemeinsamen Versorgungsbetriebs (z.B. eines Energieversorgungsunternehmens) oder eines gemeinsamen ÖPNV (öffentlichen Personennahverkehrs) oder zum Bau eines ge-

¹¹⁸ Vgl. etwa VG Frankfurt 11.2.2021 – 4 K 461/19.F hinsichtlich einer aufsichtsrechtlichen Verfügung eines Universitätspräsidenten gegenüber der Studierendenschaft wegen Überschreitens des Mandats.

¹¹⁹ So im Fall VG Frankfurt 11.2.2021 – 4 K 461/19.F.

meinsamen Freibades. Man spricht von kommunalen Zweckverbänden. Auch die Bundesrechtsanwaltskammer ist eine Verbandskörperschaft.¹²⁰

4. Zusammenfassung zu den Körperschaften des öffentlichen Rechts

Körperschaften des öffentlichen Rechts sind (1) durch staatlichen Hoheitsakt geschaffene, (2) (teil-)rechtsfähige, (3) mitgliedschaftlich verfasste Organisationen des öffentlichen Rechts, die (4) öffentliche Aufgaben mit i.d.R. hoheitlichen Mitteln (5) unter staatlicher Aufsicht in Selbstverwaltung wahrnehmen. Sie unterfallen dem Behördenbegriff i.S.d. § 1 IV BundesVwVfG.

98

Handelt es sich bei der Körperschaft um eine rechtsfähige Körperschaft des öffentlichen Rechts und ist diese Körperschaft im Bereich der Selbstverwaltung tätig, ist diese selbst Adressat eines Widerspruchs und Gegner einer Klage (vgl. § 73 I Nr. 3, § 78 I Nr. 1 VwGO). Bei einer nichtrechtsfähigen Körperschaft sind die Rechtsbehelfe grds. an die übergeordnete Verwaltungseinheit zu richten.

II. Anstalten des öffentlichen Rechts

Eine **öffentliche Anstalt** ist eine Zusammenfassung personeller und sächlicher Mittel in der Hand eines Trägers öffentlicher Verwaltung, die einem besonderen öffentlichen Zweck dauernd zu dienen bestimmt ist.¹²¹

99

Die öffentliche Anstalt ist im Gegensatz zu den Körperschaften des öffentlichen Rechts *nicht* mitgliedschaftlich organisiert, sondern steht zu den Bürgern (hierarchisch) in einem Anbieter-Benutzer-Verhältnis. Es werden **rechtsfähige** und **nichtrechtsfähige** Anstalten unterschieden.

100

1. Rechtsfähige Anstalten

Rechtsfähige Anstalten sind juristische Personen des öffentlichen Rechts, die rechtlich verselbstständigende Einheiten der mittelbaren Staatsverwaltung darstellen.

101

Beispiele: öffentlich-rechtliche Sparkassen (z.B. § 3 Niedersächsisches Sparkassengesetz)¹²²; öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten (§ 26 Medienstaatsvertrag) und damit auch der Beitragsservice der 9 Landesrundfunkanstalten, des ZDF und des Deutschlandradios (siehe die Bestimmungen des Rundfunkbeitragsstaatsvertrags); Landesmedienanstalten; Deutsche Nationalbibliothek (§ 1 II S. 1 des Gesetzes über die Deutsche Nationalbibliothek); Dataport (siehe die Bestimmungen des Dataportstaatsvertrags)

Die rechtsfähige Anstalt ist aufgrund ihres Status berechtigt und verpflichtet, die ihr obliegenden Aufgaben eigenverantwortlich wahrzunehmen. Sie selbst ist also Träger von Rechten und Pflichten und somit **Behörde** i.S.d. § 1 IV VwVfG. Auch sind **Widerspruch** und **Klage** direkt an sie zu richten und nicht an die Aufsichtsbehörde. Schließlich hat sie Satzungsgewalt, also das Recht, zur Regelung eigener Angelegenheiten Satzungen zu erlassen. Wie auch die rechtsfähige Körperschaft muss die rechtsfähige Anstalt durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes geschaffen werden. Denn wegen der rechtlichen Selbstständigkeit und der Möglichkeit, Verwaltungsakte zu erlassen, ist das Demokratieprinzip nur dadurch gewahrt, dass die Grundzüge der Schaffung der Anstalt ausschließlich dem Parlament obliegen. Zugleich folgt daraus,

102

¹²⁰ Vgl. § 176 I BRAO. Die Bundesrechtsanwaltskammer ist eine Verbandskörperschaft (des Bundes, vgl. Art. 74 I Nr. 1 GG), da Mitglieder nicht die einzelnen Rechtsanwälte sind, sondern die Rechtsanwaltskammern (die wiederum gem. §§ 60 ff. BRAO Personalkörperschaften sind). Die Bundesärztekammer ist hingegen keine Körperschaft des öffentlichen Rechts; sie ist ein nicht eingetragener Verein.

¹²¹ Siegel, AllgVerwR, Rn 94 unter Verweis auf Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 2, 3. Aufl. 1924, S. 318.

¹²² Siehe dazu BGH NStZ 2020, 271 f.

dass der die Anstalt errichtende Verwaltungsträger (= Anstaltsträger) auch die Organisation und die Aufgabe der Anstalt festlegen muss, soweit dies nicht schon durch Gesetz festgelegt ist. Selbstverständlich ist es daher auch, dass der Anstaltsträger darüber hinaus die Rechtsaufsicht über die Anstalt hat. Die der Anstalt zugrunde liegenden gesetzlichen Vorschriften können aber auch weitergehende Einwirkungsmöglichkeiten enthalten wie z.B. Weisungsbefugnisse (also eine Fachaufsicht), Genehmigungsvorbehalte, Mitwirkung bei der Besetzung der Anstaltsorgane oder das Recht zur Entsendung von Vertretern in diese Organe.

- 103** Die Organisation der Anstalt und ihre Rechtsbeziehung zu ihrem Anstaltsträger sind stets öffentlich-rechtlich. Hiervon zu unterscheiden ist das Verhältnis zum Benutzer: Ist die Anstalt im Bereich der Eingriffsverwaltung tätig, ist auch das Benutzerverhältnis zwingend öffentlich-rechtlich. Etwas anderes gilt für den Bereich der Leistungsverwaltung, also für die Darbietung von Leistungen. Hier kann die Anstalt auch privat-rechtlich tätig werden. Zur Wahlfreiheit siehe sogleich.

Beispiel: Die öffentlichen Sparkassen sind zwar rechtsfähige Anstalten des öffentlichen Rechts (z.B. § 3 Niedersächsisches Sparkassengesetz)¹²³, sie wickeln ihre Bankgeschäfte aber – wie die Privatbanken – privatrechtlich ab.

2. Nichtrechtsfähige Anstalten

- 104** Nichtrechtsfähige Anstalten bilden allenfalls organisatorisch, *nicht* jedoch rechtlich selbstständige Einheiten¹²⁴ (sog. kommunale **Eigenbetriebe** bzw. **Regiebetriebe**, siehe sogleich). Sie sind dem Bereich der unmittelbaren Staatsverwaltung zuzuordnen.

Beispiele: kommunale Schulen, Museen, Krankenhäuser, Schwimmbäder, staatliche Wasserschleusen, Stadthallen, kommunale Versorgungsbetriebe (soweit diese nicht privatisiert sind¹²⁵), Bundesanstalt für Materialprüfung, Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin), Justizvollzugsanstalt eines Bundeslandes, Durchführung von Bildungsveranstaltungen durch die VHS etc.

- 105** Rechtlich bleibt der dahinter stehende Gründer (Bund, Land oder Gemeinde) Träger von Rechten und Pflichten, die aus den Geschäften der Eigen- bzw. Regiebetriebe folgen. Abzugrenzen ist der Eigenbetrieb von dem Regiebetrieb, der darüber hinaus auch organisatorisch unselbstständig ist und von den Bediensteten mit hoheitlichem Funktionsbereich mitverwaltet wird. Es handelt sich dann um einen Bruttobetrieb, weil sämtliche Einnahmen und Ausgaben im Haushalt des Trägers erscheinen.

Beispiel: Verkauf von Bestattungsartikeln durch das Friedhofsamt

- 106** Sowohl bei den Eigenbetrieben als auch bei den Regiebetrieben bezieht sich der Begriff der Behörde grundsätzlich auf die übergeordnete Verwaltungseinheit, den Träger der Anstalt. *Dieser* (und nicht der Eigen- oder Regiebetrieb) ist **Klagegegner** i.S.d. § 78 VwGO.
- 107** Eine Ausnahme soll aber dort gelten, wo die nichtrechtsfähigen Anstalten mit einer gewissen Selbstständigkeit ausgestattet sind.¹²⁶ In derartigen Fällen kann der Behördencharakter durchaus bejaht werden (Beispiel: BaFin¹²⁷). Wenn aber der Eigenbetrieb in einer kauf-

¹²³ Siehe dazu BGH NSTZ 2020, 271 f.

¹²⁴ Stober, KommunalR, § 16 II 2.

¹²⁵ So werden die Stadthalle oder die Versorgungsbetriebe nicht selten als GmbH oder als AG betrieben, wobei die Anteilsmehrheit bei der öffentlichen Hand verbleibt. Zur Zugangsberechtigung und zum diesbezüglichen Rechtsschutz vgl. Rn 1022 ff.

¹²⁶ Rudolf, in: Erichsen/Ehlers, AllgVerwR, § 53 Rn 41.

¹²⁷ Vgl. dazu Auffenberg, NVwZ 2015, 1184 ff.

männischen Unternehmensform betrieben wird, ist der Behördencharakter jedenfalls zu verneinen. I.Ü. sind diese (selbstständigen und unselbstständigen) öffentlich-rechtlichen Organisationsformen nicht mit den privatrechtlichen Organisationsformen (AG, GmbH) zu verwechseln, die keine Anstalten darstellen und derer sich der Träger öffentlicher Gewalt zur Erfüllung von Verwaltungsaufgaben bedient (Verwaltungsprivatrecht). Vgl. Rn 1008 ff.

III. Stiftungen des öffentlichen Rechts

Stiftungen des öffentlichen Rechts sind organisatorisch verselbstständigte, rechtsfähige Institutionen mit dem Zweck der Verwaltung eines Bestands an öffentlichem Vermögen.¹²⁸

108

Wesen der Stiftung des öffentlichen Rechts ist, dass der Stifter Vermögenswerte (i.d.R. Kapital; aber auch Sachwerte wie Immobilien, Kunstwerke, Medienbestände, Liegenschaften usw. sind nicht ausgeschlossen) zweckgebunden zur Erfüllung bestimmter öffentlicher Aufgaben übertragen hat. Die Errichtung erfolgt durch Hoheitsakt (Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes) oder durch Rechtsgeschäft, das der staatlichen Genehmigung bedarf. Die Nutznießer der Stiftung werden als Destinatäre bezeichnet. Im Unterschied zur Körperschaft existieren keine Mitglieder und im Unterschied zur Anstalt keine Benutzer.

109

Beispiele: SfH (Stiftung für Hochschulzulassung, siehe Staatsvertrag über die Hochschulzulassung); Conterganstiftung für behinderte Menschen (§ 1 I S. 1 Gesetz über die Errichtung einer Stiftung „Hilfswerk für behinderte Kinder“); Stiftung Preußischer Kulturbesitz (§ 1 I Gesetz zur Errichtung einer Stiftung „Preußischer Kulturbesitz“ und zur Übertragung von Vermögenswerten des ehemaligen Landes Preußen auf die Stiftung); Stiftung Denkmal für die ermordeten Juden Europas (§ 1 S. 1 Gesetz zur Errichtung einer „Stiftung Denkmal für die ermordeten Juden Europas“); Bundeskanzler-Willy-Brandt-Stiftung (§ 1 S. 1 Gesetz über die Errichtung einer Bundeskanzler-Willy-Brandt-Stiftung); Hochschule Osnabrück (§ 1 I Niedersächsische Verordnung über die „Stiftung Fachhochschule Osnabrück“); Stiftung zur Akkreditierung von Studiengängen in Deutschland (Art. 5 Studienakkreditierungsstaatsvertrag); Deutsche Stiftung für Engagement und Ehrenamt (§ 1 I S. 1 des Gesetzes zur Errichtung der Deutschen Stiftung für Engagement und Ehrenamt)

Da die Sachwerte, die den Stiftungen übertragen wurden, i.d.R. keine Erträge wie Zinsen, Mieten oder Pachten erbringen, bleiben die Stiftungen dauerhaft auf staatliche Zuwendungen angewiesen. Da der Haushalt jährlich vom Parlament beschlossen werden muss, besteht für viele öffentlich-rechtliche Stiftungen daher keine Existenzsicherheit. Öffentlich-rechtliche Stiftungen können zudem jederzeit durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes wieder aufgehoben werden.

Ob die genannten juristischen Personen des öffentlichen Rechts voll- oder teilrechtsfähig und auch dienstherrenfähig sind, ist den jeweiligen gesetzlichen Grundlagen zu entnehmen.

¹²⁸ Vgl. Siegel, AllgVerwR, Rn 105.

IV. Beliehene

110 Der Behördenbegriff i.S.d. mittelbaren Staatsverwaltung umfasst weiterhin die **Beliehenen**, soweit sie in Ausübung der ihnen übertragenen *hoheitlichen Kompetenzen* tätig werden.

111 **Beliehene** sind natürliche oder juristische Personen des Privatrechts, denen der Staat durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes die Kompetenz zur selbstständigen Wahrnehmung einzelner hoheitlicher Aufgaben übertragen hat.¹²⁹

Beispiele: Notare hinsichtlich öffentlicher Beurkundungen und Beglaubigungen (§ 1 BNotO); Seeschiffs- und Flugkapitäne (vgl. §§ 79 I, 50 III, 121 II SeeArbG, § 12 LuftSiG); Luftsicherheitsassistenten (§ 16a I S. 1 Nr. 1 LuftSiG); von der Bundeswehr beauftragte zivile Wachpersonen (vgl. § 1 III UZwGBW); Jagdaufseher (§ 25 II BJagdG); Deutsche FlugsicherungsGmbH (DFS)¹³⁰; Bezirksschornsteinfegermeister hinsichtlich der technischen Brandsicherheit; Sachverständige (z.B. des TÜV, der DEKRA, der KÜS, der GTÜ) für die Untersuchungen bzw. Abnahmen nach §§ 19, 21 ff., 29 StVZO (vgl. § 6 StVG i.V.m. Anlage VIIIb zur StVZO), aber auch andere beliehene Sachverständige¹³¹; privatrechtlich organisierte Einrichtungen des Rettungsdienstes; Private („Stadtwerke-GmbH“), die aufgrund der Regelungen der Kommunalabgabengesetze (KAG) der Länder beauftragt sind, Abgaben für die Abwasserbeseitigung zu berechnen und Gebührenbescheide zu erlassen¹³²; Stiftung Zentrale Stelle Verpackungsregister (Stiftung des privaten Rechts als beliehene Behörde gem. § 24 VerpackG die in § 26 VerpackG genannten hoheitlichen Aufgaben wahrnimmt

112 Grund der Beleihung ist, dass sich der Staat die besondere Fachkunde bestimmter Personen zunutze macht und gleichzeitig den Verwaltungsapparat (kostenmäßig) entlastet.¹³³ Während die Hinzuziehung von Sachverstand grundsätzlich begrüßenswert ist, darf – wie noch zu sehen sein wird – indes bezweifelt werden, ob eine fiskalisch motivierte Entlastung des Verwaltungsapparats mit Blick auf das Demokratieprinzip (Art. 20 I, II GG) und den Funktionsvorbehalt zugunsten von Beamten (Art. 33 IV GG) in allen Bereichen legitim ist.

113 Durch die o.g. Definition wird jedenfalls deutlich, dass die Beliehenen auch bei der Ausübung von hoheitlichen Kompetenzen statusrechtlich Privatrechtssubjekte bleiben. Nur funktionell sind sie – im Rahmen der Ausübung der ihnen übertragenen Aufgaben – als Behörde i.S.d. mittelbaren Staatsverwaltung („verselbstständigte Verwaltungseinheiten“) tätig und können als Behörde i.S.d. § 1 IV VwVfG im Rahmen ihres Kompetenzbereichs **Verwaltungsakte** erlassen und sonstige **belastende Maßnahmen** treffen. Und genau hieran knüpfen Bedenken an der Zulässigkeit der Beleihung. Denn das Demokratieprinzip (Art. 20 I, II GG) fordert, dass staatliches Handeln mit Entscheidungscharakter (insbesondere mit Eingriffscharakter) der **demokratischen Legitimation** bedarf. Dabei ist zwischen personeller und sachlich-inhaltlicher Legitimation zu unterscheiden: In personeller Hinsicht ist eine hoheitliche Entscheidung legitimiert, wenn sich die Bestellung desjenigen, der sie trifft, durch eine **ununter-**

¹²⁹ Vgl. BVerfG NJW 2012, 1563, 1564 ff.; BVerfG DVBl 1970, 735; NVwZ-RR 1991, 330; NVwZ 2011, 368, 369 f.; BremStGH NVwZ 2003, 81, 82 f.; BGHZ 161, 6, 11 ff.; *Muckel*, JA 2011, 559 und JA 2012, 396, 397.

¹³⁰ Die DFS ist vom Bundesministerium für Digitales und Verkehr durch Rechtsverordnung mit der Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben zur Flugsicherung beliehen. Diese Aufgaben, die einen Sonderpolizeicharakter haben, sind in § 27c LuftVG aufgezählt.

¹³¹ Dagegen ist strittig, ob Prüfingenieure für Baustatik Beliehene sind: ablehnend BGHZ 39, 358, 361 ff.; OLG Frankfurt/M BauR 2014, 1503; *Siegel*, AllgVerwR, Rn 1095; bejahend BVerfGE 57, 55, 58.

¹³² Vgl. etwa § 2 III S. 1 KAG BaWü, wonach die Kommunen ermächtigt sind, Satzungen zu erlassen, in denen sie Dritte (etwa eine „Stadtwerke-GmbH“) beauftragen können, die genannten Aufgaben durchzuführen. Diese „Dritten“ sind dann Beliehene. Vgl. dazu VGH Mannheim DVBl 2010, 196, 197.

¹³³ Gerade mit Blick auf die hohen Pensionslasten der öffentlichen Haushalte hat sich der Privatisierungsdruck in den letzten Jahren spürbar erhöht. Daher dürfte die folgende Diskussion in der Zukunft eher an Brisanz gewinnen.

brochene Legitimationskette auf das Staatsvolk zurückführen lässt: Unmittelbar demokratisch legitimiert ist das Parlament aufgrund von Wahlen (vgl. Art. 38 GG). Der Kanzler als Exekutivspitze ist mittelbar demokratisch legitimiert, indem er vom Bundestag gewählt wird (Art. 63 GG) und diesem gegenüber verantwortlich ist. Die einzelnen Minister sind demokratisch legitimiert, weil sie vom Bundespräsidenten auf Vorschlag des Kanzlers ernannt und entlassen werden (Art. 64 I GG). Schließlich sind die nachgeordneten Behörden demokratisch legitimiert, weil sie gegenüber der Regierung/dem Minister weisungsgebunden sind.¹³⁴ Daraus ergibt sich die personelle demokratische Legitimation der behördlichen Entscheidungen gegenüber dem Bürger. Die sachlich-inhaltliche Legitimation wird durch Gesetzesbindung (Art. 20 III GG) und Bindung an Aufträge und Weisungen der Regierung vermittelt.¹³⁵ Personelle und sachlich-inhaltliche Legitimation stehen in einem wechselbezüglichen Verhältnis derart, dass eine verminderte Legitimation über den einen Strang durch verstärkte Legitimation über den anderen ausgeglichen werden kann, sofern insgesamt ein bestimmtes Legitimationsniveau erreicht wird.¹³⁶ Bei einer Beleihung sind also Abstriche in der personellen Legitimation möglich, solange dies nur durch eine verstärkte sachlich-inhaltliche Legitimation und eine entsprechende Rechtsaufsicht ausgeglichen bzw. abgesichert wird. Ein Mindestmaß an Legitimationsniveau muss aber gewahrt werden. Es muss umso höher sein, je intensiver die in Betracht kommenden Entscheidungen der Beliehenen die Grundrechte berühren.¹³⁷ Auf keinen Fall darf die Übertragung hoheitlicher Befugnisse auf Private zu einer Flucht aus der staatlichen Verantwortung für die Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben führen.

Um daher die demokratische Legitimation einer Beleihung zu wahren, bedarf sie zunächst einer **parlamentarischen Rechtsgrundlage**.¹³⁸ In dem Gesetz müssen Art und Umfang der übertragenen Befugnisse geregelt sein.¹³⁹ Da Beliehene Verwaltungsträger i.w.S. sind und belastende Maßnahmen treffen dürfen, sind sie auch bei der Ausübung ihrer hoheitlichen Tätigkeit an die **Grundrechte** gebunden; Art. 1 III GG legt mit der Bezugnahme auf das Dreigewaltenprinzip eine lückenlose Grundrechtsbindung aller Staatsgewalten fest. Dieses Verfassungsgebot würde unterlaufen, wenn sich der Staat durch das Institut der Beleihung grundrechtsfreie Räume schaffen könnte.¹⁴⁰ Verletzt ein Beliehener in Ausübung seiner hoheitlichen Tätigkeit Grundrechte, ist die betreffende Maßnahme rechtswidrig. Zur Kontrolle der Einhaltung der eingeräumten Rechte und Pflichten¹⁴¹ besteht zudem die Pflicht zur umfassenden **Rechts-** und ggf. auch **Fachaufsicht** seitens der Aufsichtsbehörden.¹⁴²

114

Daran gemessen ist die Beleihung in Bereichen der Leistungsverwaltung (Daseinsvorsorge; Fürsorgeverwaltung) relativ unproblematisch (vgl. dazu Rn 118 ff.). Virulent wird die Frage nach der Zulässigkeit der Beleihung aber dann, wenn es um die Übertragung von Hoheitsrechten auf dem Gebiet der **Eingriffsverwaltung** (insb. Polizeirecht, Strafvollzugsrecht, Maßregelvollzugsrecht, aber auch Straßenverkehrsüberwachung) geht. Hinsichtlich des hessischen Maßregelvollzugsgesetzes, auf dessen Grundlage eine Maßregelvollzugsklinik formell privatisiert (Umwandlung in eine gemeinnützige GmbH, an der der Staat aber sämtliche Geschäftsanteile hält) und ihr durch Beleihungsvertrag die Befugnis zur Ausübung hoheitlicher Maßnahmen nach dem

115

¹³⁴ Vgl. BVerfGE 83, 60, 72; BVerfG NJW 2012, 1563, 1564 ff.

¹³⁵ BVerfGE 93, 37, 67 f.; 107, 59, 87 f.; BVerfG NJW 2012, 1563, 1564 ff.

¹³⁶ BVerfGE 83, 60, 72; 93, 37, 66 f.; 107, 59, 87 f.; BVerfG NJW 2012, 1563, 1564 ff.

¹³⁷ BVerfGE 93, 37, 73; BVerfG NJW 2012, 1563, 1564 ff.

¹³⁸ So ausdrücklich BVerwG NVwZ 2011, 368, 370. Vgl. ferner *Kiefer*, NVwZ 2011, 1300 f.

¹³⁹ Vgl. BVerfG NJW 2012, 1563, 1564 ff.; BVerwG NVwZ 2011, 368, 370; BGH DVBl 1999, 918, 919; *Burgi*, FS Maurer, 2001, S. 588 f.; *Barthel/Lepczyk*, JA 2008, 436, 437; *Waldhoff*, JuS 2011, 191 f.; *Muckel*, JA 2012, 396, 397 f.

¹⁴⁰ *Schnapp/Kaltenborn*, JuS 2000, 937, 938.

¹⁴¹ Zur Frage, ob Beliehenen ein **Streikrecht** zusteht, vgl. *Stober*, NVwZ 2013, 539 ff.

¹⁴² Vgl. dazu ausführlich *BremStGH NVwZ 2003*, 81, 82 f. und später auch *Wolff*, JA 2006, 749, 750.

Maßregelvollzugsgesetz übertragen wurde, hat das BVerfG die Vereinbarkeit der gesetzlichen Beleihungsmöglichkeit mit dem Demokratieprinzip angenommen. Das BVerfG hat seine Entscheidung damit begründet, dass das Gesetz zwingend vorschreibe, dass die Geschäftsanteile vollständig im Eigentum des Staates (hier: Wohlfahrtsverbände) verbleiben. Zudem regelt das Gesetz die Voraussetzungen der Übertragung von Hoheitsrechten, indem es vorschreibe, dass der Beleihungsvertrag insbesondere gewährleisten müsse, dass in der Einrichtung jederzeit die zur ordnungsgemäßen Durchführung des Maßregelvollzugs erforderlichen personellen, sachlichen, baulichen und organisatorischen Voraussetzungen gegeben seien. In sachlich-inhaltlicher Sicht sei die Arbeit des privaten Trägers durch dessen Gesetzesbindung sowie umfassende Weisungsbefugnisse des Landeswohlfahrtsverbandes und des hessischen Sozialministeriums gewährleistet. Insgesamt bestehe danach ein hinreichendes Legitimationsniveau.¹⁴³

- 116** Stellungnahme: Zumindest das Argument der Gesetzesbindung überzeugt nicht. Denn auch in der Privatwirtschaft sind die Parteien an die vertraglichen Vereinbarungen gebunden, was Vertragsbruch jedoch nie ausschließt. Das Argument des BVerfG, die Beliehenen seien an Gesetz und Recht gebunden, was eine ordnungsgemäße Aufgabenerfüllung gewährleiste, ist daher sehr optimistisch. Dennoch kann die Beleihung gerechtfertigt sein, wenn eine umfassende staatliche Aufsicht besteht, die die ordnungsgemäße Aufgabenerfüllung überwacht und damit garantiert.
- 117** Mag damit die Möglichkeit der Beleihung im Maßregelvollzug mit dem Demokratieprinzip vereinbar sein, wird man jedenfalls hoheitliche Aufgaben mit (noch) erheblicherer Grundrechtsrelevanz (insb. Polizeiaufgaben mit Eingriffscharakter) nicht auf Private delegieren dürfen. Denn hier sind Grundrechtseingriffe mitunter von so großer Intensität, dass das erforderliche Legitimationsniveau nicht durch den Einsatz von Beliehenen erreicht werden kann. Das gilt nach der hier vertretenen Auffassung auch für Kernaufgaben des Strafvollzugs. Randbereiche (Gebäudemanagement, Catering, Reinigung, soziale und pädagogische Beratungsdienste; Maßnahmen zur schulischen und beruflichen Bildung von Inhaftierten etc.) unterliegen der Möglichkeit der Beleihung bzw. sind ganz (d.h. auch materiell) privatisierungsfähig.
- 117a** Bedenken an der Zulässigkeit einer Beleihung bestehen auch mit Blick auf den sog. **Funktionsvorbehalt aus Art. 33 IV GG** jedenfalls dann, wenn sich der Staat ungezügelt Privatpersonen bedient, um durch sie die ihm obliegenden hoheitlichen Aufgaben zu erfüllen. Die Verfassungsbestimmung des Art. 33 IV GG behält hoheitliche Befugnisse grundsätzlich Beamten¹⁴⁴ vor und will damit rechtsstaatliche und v.a. hoheitliche Staatsfunktionen sichern¹⁴⁵. Zwar spricht Art. 33 IV GG von „in der Regel“, lässt also durchaus Ausnahmen zu, allerdings ist stets darauf zu achten, dass die Ausnahme nicht zur Regel wird. Abweichungen vom Grundsatz des Funktionsvorbehalts bedürfen demgemäß (qualitativ) der Rechtfertigung durch einen besonderen sachlichen Grund; zudem sichert Art. 33 IV GG (qualitativ und quantitativ) dem Berufsbeamtentum einen Mindesteinsatzbereich institutionell zu.¹⁴⁶ Die Vorschrift geht davon aus, dass (ausschließlich) Beamte die genannten (d.h. genuin hoheitlichen) Staatsfunktionen gewährleisten. Das gilt in besonderem Maße für das Polizei- und Ordnungsrecht, die schärfste Form der Eingriffsverwaltung. Es wäre mit dem Rechtsstaats- und De-

¹⁴³ BVerfG NJW 2012, 1563, 1564 ff.; vgl. auch *Muckel*, JA 2012, 396, 398.

¹⁴⁴ Zwar spricht Art. 33 IV GG von „Angehörigen des öffentlichen Dienstes (...), die in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen“ und könnte daher auch Tarifbeschäftigte erfassen (da ja auch diese in gewisser Weise „in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen“), jedoch ist nach ganz h.M. der Funktionsvorbehalt „folgerichtiger Bestandteil der institutionellen Garantie des Berufsbeamtentums“ (*Badura*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, GG Art. 33 Rn 55) und Ausfluss des grundlegenden Unterschieds zwischen Beamtentum und Arbeitsrecht.

¹⁴⁵ BVerfGE 88, 103, 114.

¹⁴⁶ Vgl. BVerfG NJW 2012, 1563, 1564 ff.

mokratieprinzip sowie dem Funktionsvorbehalt nicht vereinbar, wenn der Staat die Aufgabe des Schutzes der öffentlichen Sicherheit weitgehend Privaten überließe, die nicht (oder jedenfalls nicht unmittelbar) demokratisch legitimiert sind. Rechtsstaats- und Demokratieprinzip verlangen für die Beleihung privater Sicherheitsdienste daher eine besondere Rechtfertigung, die über die einfache gesetzliche Ermächtigung hinausgeht. Geht es um die Übertragung hoheitlicher Aufgaben auf sonstige Private (dazu Rn 117k ff.), sind die Anforderungen an die Aufgabenübertragung noch höher, da der rechtsstaatliche und demokratische Legitimationsgrad (sehr viel) geringer ist. Reduzierung der Personalkosten der öffentlichen Hand kann sicherlich kein Argument für die (ungezügelter) Übertragung von hoheitlichen Aufgaben auf Private sein.¹⁴⁷

Zwar spricht Art. 33 IV GG von „in der Regel“, lässt also durchaus Ausnahmen zu, allerdings ist stets darauf zu achten, dass die Ausnahme nicht zur Regel wird und der Funktionsvorbehalt nicht leerläuft. Abweichungen vom Grundsatz des Funktionsvorbehalts bedürfen demgemäß (qualitativ) der Rechtfertigung durch einen besonderen sachlichen Grund; zudem sichert Art. 33 IV GG (qualitativ und quantitativ) dem Berufsbeamtentum einen Mindesteinsatzbereich institutionell zu.¹⁴⁸ Denn die Vorschrift geht davon aus, dass (ausschließlich) Beamte die genannten (d.h. genuin hoheitlichen) Staatsfunktionen gewährleisten. So sind Ausnahmen vom Funktionsvorbehalt selbst im Rahmen hoheitlicher Tätigkeit zulässig, aber umso eher, wenn Aufgaben nicht schwerpunktmäßig hoheitlich ausgeübt werden müssen, etwa bei Lehrern¹⁴⁹, Professoren oder in den bei Rn 117 genannten Randbereichen exekutiver Aufgabewahrnehmung. Hilfreich bei der Beantwortung der Frage nach der Vereinbarkeit einer Beleihung mit Art. 33 IV GG ist auch, wenn das Gesetz, das die Beleihung zulässt, Vorkehrungen trifft, dass die Aufgaben auch von Nichtbeamten ordnungsgemäß ausgeübt werden. So hat das BVerfG hinsichtlich des hessischen Maßregelvollzugsgesetzes (vgl. dazu bereits Rn 115 ff.) entschieden, dass die gesetzlich zugelassene Beleihung nicht nur mit dem Demokratieprinzip, sondern auch mit dem Funktionsvorbehalt vereinbar sei, weil ein Rückgriff auf Beamte im hessischen Maßregelvollzug schon lange vor dem Privatisierungsprozess nicht mehr üblich gewesen sei und die erfolgte Privatisierung zudem eine rein formelle sei, da das Gesetz gewährleiste, dass die Einrichtung in der Hand eines öffentlichen Trägers bleibe und der Beleihungsvertrag (BV) die zur ordnungsgemäßen Durchführung des Maßregelvollzugs erforderlichen personellen, sachlichen, baulichen und organisatorischen Voraussetzungen gegeben seien. Ein rechts- und insbesondere grundrechtskonformer Vollzug sei daher mit den privatisierten Trägern der Maßregelvollzugseinrichtungen in gleicher Weise gewährleistet, wie das bei einem Betrieb der Einrichtung in unmittelbar öffentlicher Regie der Fall wäre.¹⁵⁰

117b

Stellungnahme: Letztlich findet sich hier dieselbe Argumentation, die das BVerfG auch bei der Frage nach der Vereinbarkeit mit dem Demokratieprinzip anführt. Nach der hier vertretenen Auffassung wäre eine stärkere Einbeziehung des Zwecks des Funktionsvorbehalts notwendig gewesen, nämlich ein Abstellen darauf, ob eine qualifizierte Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben durch die in einem besonderen Amts- und Pflichtenverhältnis stehenden Beamten im Kernbereich der Staatlichkeit zum Schutz der Bürger gewährleistet ist. Wegen der Grundrechtsrelevanz der von den Beschäftigten der Maßregelvollzugsanstalt ausgeübten hoheitsrechtlichen Befugnisse kann man daher durchaus auch anderer Meinung sein.

117c

¹⁴⁷ Siehe BVerfGE 119, 247, 261; 130, 76, 109; BVerwGE 57, 55, 59 f.

¹⁴⁸ Vgl. BVerfG NJW 2012, 1563, 1564 ff.

¹⁴⁹ BVerfGE 119, 247, 267; BVerfG NJW 2012, 1563, 1564 ff.

¹⁵⁰ BVerfG NJW 2012, 1563, 1564 ff.; vgl. auch *Muckel*, JA 2012, 396, 398.

- 117d** Teilweise wurde auch diskutiert, das **Gerichtsvollzieherwesen** zu privatisieren. Um Kosten zu sparen, sollten mit Hilfe der Beleihung Zwangsvollstreckungsaufgaben auf Privatpersonen übertragen werden. Das ist verfassungsrechtlich höchst bedenklich, handelt es sich doch um eine besonders grundrechtssensible Materie, die der unmittelbaren Staatsverwaltung vorbehalten bleiben sollte.
- 117e** Ist unter den genannten Voraussetzungen also eine Beleihung möglich, stellt sich die weiterführende Frage, ob denn auch **staatliche Überwachungsaufgaben** durch Beleihung auf Private **übertragen** werden dürfen.

Beispiel¹⁵¹: Die Abfallentsorgung ist weitestgehend privatisiert, d.h. privatrechtlichen Unternehmern überlassen. Da die Abfallentsorgung andererseits eine klassische Aufgabe der (kommunalen) Daseinsvorsorge darstellt und im Übrigen den besonderen Vorschriften des Kreislaufwirtschafts- und Abfallrechts unterfällt, unterliegt sie – wenn man sie schon privatisiert – wenigstens der staatlichen Aufsicht, damit die Einhaltung dieser besonderen Vorschriften des Abfallrechts (insbesondere der Vorschriften über die Behandlung von Sonderabfällen) überprüft und damit gewährleistet ist. Fraglich kann allein sein, ob der Staat Privatpersonen beleihen darf, damit diese die Staatsaufsicht über die privaten Abfallentsorgungsunternehmen durchführen. Dagegen spricht, dass es sich bei den Vorschriften des Abfallrechts um besonderes Gefahrenabwehrrecht handelt und es daher zu weit ginge, auch noch die Kontrolle der Einhaltung dieser Materie auf Private zu übertragen. Es könnte insoweit ein Verstoß gegen den Funktionsvorbehalt für Beamte (Art. 33 IV GG) bestehen, der die Ausübung der Staatsaufsicht grundsätzlich durch Beamte fordert. Diese Auffassung teilt das BVerwG jedoch nicht. Zwar stellt das Gericht klar, dass die Übertragung von hoheitlichen Aufgaben auf Private im Wege der Beleihung die Ausnahme bleiben müsse, jedoch sei die Übertragung hoheitlicher Aufgaben auf Private durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes möglich. Es sei Sache des Gesetzgebers zu bestimmen, ob hoheitliche Aufgaben von Nichtbeamten wahrgenommen werden dürften. Er habe lediglich das verfassungsrechtlich gebotene Regel-Ausnahme-Verhältnis als eine Art „Wesensgehaltsgarantie“ für den Aufgabenbereich der Beamten zu beachten. Die funktionale Privatisierung von Hoheitsaufgaben müsse deshalb (lediglich) durch sachliche Gründe gerechtfertigt sein, die das Regel-Ausnahme-Verhältnis nicht in Frage stellten. Ob eine gesetzlich normierte Übertragung von Hoheitsaufgaben auf Private diesem Erfordernis genüge, sei entsprechend dem Zweck des Art. 33 IV GG im Wege der verhältnismäßigen Zuordnung des die Privatisierung rechtfertigenden Sachgrunds und der Intensität der damit verbundenen Beeinträchtigung des verfassungsrechtlich vorgegebenen Strukturprinzips zu beurteilen.

Die Übertragung der Staatsaufsicht auf Private im Wege der Beleihung auf dem Gebiet des Kreislaufwirtschaftsrechts erfasse einen eng begrenzten Ausschnitt aus den Vollzugsaufgaben nach dem Kreislaufwirtschaftsgesetz. Die Aufgaben beträfen im Wesentlichen die Kontrolle der in der Nachweisverordnung vorgeschriebenen Führung von Entsorgungsnachweisen und seien damit im Vergleich zu sonstigen hoheitlichen Tätigkeiten von eher untergeordneter Bedeutung. Die ordnungsgemäße Überwachung der Nachweisführung begründe keinen verstärkten Eingriff in grundrechtlich geschützte Positionen der mit der Abfallentsorgung beauftragten Unternehmer, da das Handeln des Beliehenen durch die Nachweisverordnung strikt gebunden sei. Unter diesem Blickwinkel mache es deshalb keinen erheblichen Unterschied, ob die Kontrollaufgaben durch staatliche Behörden oder in der Form materiell-öffentlicher Verwaltung durch Private erfüllt würden. Angesichts dessen könne keine Rede davon sein, dass die funktionale Privatisierung dieser Aufgaben dem verfassungsrechtlich bestimmten Regel-Ausnahme-Verhältnis widerspreche.¹⁵²

¹⁵¹ Vgl. BVerwG NVwZ 2006, 829 f.

¹⁵² BVerwG NVwZ 2006, 829 f.

Stellungnahme: Wenn das BVerwG ausführt, die Übertragung staatlicher Überwachungsmaßnahmen auf eine Privatperson im Wege der Beleihung sei gerechtfertigt, weil die beleihene Privatperson an die Nachweisverordnung (und damit an Gesetz und Recht) gebunden sei, überzeugt dies nicht. Denn dadurch, dass auch die mit der Abfallentsorgung beauftragte Privatperson an die Vorschriften des Kreislaufwirtschaftsgesetzes gebunden ist, könnte man mit derselben Argumentation die staatliche Aufsicht ganz abschaffen. Wenn schon der Staat Aufgaben der Daseinsvorsorge privatisiert, muss er wenigstens die Aufsicht über die privatisierten Aufgaben durch seine Beamten durchführen und darf nicht auch noch die Staatsaufsicht auf Private übertragen.

Hinweis für die Fallbearbeitung: Verwaltungsgerichtliche Rechtsbehelfe (hier: **Klagen**) sind **gegen den Beliehenen** selbst zu richten.

Beispiel: Bei Versagung der **Prüfplakette** nach § 29 StVZO durch den Sachverständigen kommt es darauf an, ob *er* oder die *Organisation* (TÜV, DEKRA, KÜS etc.), der er angehört, beliehen ist. Richtiger Klagegegner ist stets der Beliehene.¹⁵³

Problematisch ist allerdings, wer **Widerspruchsbehörde** ist. Vertretbar ist es, die Aufsichtsbehörde als Widerspruchsbehörde anzunehmen, sofern sie nicht Oberste Bundes- oder Landesbehörde ist (§ 73 I Nr. 1 und 2 VwGO). Es könnte jedoch auch § 73 I Nr. 3 VwGO (analog) herangezogen werden. Dann wäre der Beliehene selbst Widerspruchsbehörde. Beide Möglichkeiten sind gleichermaßen vertretbar. Wird die Aufsichtsbehörde als Widerspruchsbehörde angesehen, ist zu beachten, dass diese den Widerspruch nur so weit prüfen darf, wie ihr Aufsichtsrecht reicht. Da sie i.d.R. nur Rechtsaufsicht hat, kann sie den Verwaltungsakt nur auf seine Rechtmäßigkeit, nicht auf seine Zweckmäßigkeit hin überprüfen.

Amtshaftungsansprüche (§ 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG) sind dagegen stets an die „beleihende Körperschaft“ zu richten, also an denjenigen Verwaltungsträger, der die Befugnisse auf den Beliehenen übertragen hat.¹⁵⁴ Es wäre mit dem Rechtsstaats- und Demokratieprinzip nicht vereinbar, wenn der geschädigte Bürger auf die Zahlungsfähigkeit des Beliehenen angewiesen wäre.

Beispiel: So haften bei Handlungen eines TÜV-Sachverständigen nicht etwa dieser oder gar der TÜV, der ihn angestellt hat, sondern das Land als diejenige öffentlich-rechtliche Körperschaft, die den TÜV und seine Sachverständigen mit der Ausübung hoheitlicher Befugnisse beliehen hat.¹⁵⁵

Keine Beliehenen sind die (in diesem Sinne nicht dem Behördenbegriff unterfallenden) Verwaltungshelfer und Erfüllungsgehilfen, die – anders als die Beliehenen – nicht über die Berechtigung zu einer selbstständigen Ausübung von Hoheitsrechten verfügen, sondern den Hoheitsträger bei dessen hoheitlicher Tätigkeit lediglich unterstützen und ohne eigene Entscheidungsmacht nur als „verlängerter Arm“ der Verwaltungsbehörden tätig sind (sog. Werkzeugtheorie).¹⁵⁶ Daher bedarf es für den Einsatz von Verwaltungshelfern und Erfüllungsgehilfen auch keiner formell-gesetzlichen Grundlage.¹⁵⁷ Als Verwaltungshelfer bzw. Erfüllungsgehilfen zählen z.B. private Unternehmer, die von der Verwaltung durch privatrechtlichen Vertrag zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben herangezogen werden, etwa beim Straßenbau, beim Aufstellen von Verkehrszeichen¹⁵⁸ oder beim Abschleppen von verkehrswidrig abgestellten Fahrzeugen¹⁵⁹. Keine Beliehenen sind auch die bereits genannten Einrichtungen der Daseins-

¹⁵³ Vgl. bereits die 1. Aufl. 1997; später auch *Wolff*, JA 2006, 749, 750.

¹⁵⁴ BGHZ 122, 85, 87 ff.; OLG Saarbrücken NVwZ 2000, 1211, 1212 und nun auch *Wolff*, JA 2006, 749, 750.

¹⁵⁵ BGHZ 49, 108, 115; vgl. auch BGHZ 122, 85, 87 u. 93.

¹⁵⁶ Vgl. BGH NJW-RR 2019, 1163, 1164 ff.; BGH NJW 2014, 2577, 2578; BVerwGE 32, 283; BGHZ 48, 98, 103; *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 1 Rn 59.

¹⁵⁷ Es sei denn, man würde ihnen öffentliche (oder sogar hoheitliche) Aufgaben übertragen, was dann aber vor dem Hintergrund des Demokratieprinzips fraglich wäre (siehe dazu *R. Schmidt*, Staatsorganisationsrecht, Rn 79a).

¹⁵⁸ Vgl. BGH NJW-RR 2019, 1163 ff. (dazu Rn 1068).

¹⁵⁹ Vgl. dazu Rn 1068 sowie *R. Schmidt*, POR, Rn 1025 ff.

117f

117g

vorsorge („Stadhallen-GmbH“ oder „Straßenbahn-AG“), die der Staat in Privatrechtsform betreibt (vgl. Rn 21, 24, 48, 118 und 1008 ff.). Diese sind der mittelbaren Staatsverwaltung i.w.S. zuzurechnen, auch wenn sie in Privatrechtsform handeln. Selbstverständlich besteht die (theoretische) Möglichkeit, dass der Staat ihnen bestimmte Verwaltungsaufgaben im Wege der Beleihung überträgt (s.o., aber auch Rn 392a). Dann gehören sie in ihrer Eigenschaft als Beliehene der mittelbaren Staatsverwaltung im engeren Sinne an mit der Folge, dass ihnen die Formenwahlfreiheit verbleibt. Jedenfalls sind die in den Umweltgesetzen vorgesehenen „Umweltschutzbeauftragten“ (vgl. etwa den Immissionsschutzbeauftragten gem. §§ 53 ff. BImSchG oder den Abfallbeauftragten gem. §§ 59 f. KrWG) keine Beliehenen. Deren Aufgabe besteht darin, betriebsintern die Ziele des Umweltschutzes und die diesbezüglichen behördlichen Verpflichtungen zu kommunizieren.

V. Zur Grundrechtsgeltung bei der mittelbaren Staatsverwaltung

117h Hinsichtlich der Frage nach der **Grundrechtsgeltung** hat das BVerfG (jedenfalls, soweit es sich um *inländische* juristische Personen des öffentlichen Rechts handelt¹⁶⁰) schon seit jeher entschieden, dass sich juristische Personen des öffentlichen Rechts grundsätzlich nicht auf Grundrechte stützen können.¹⁶¹ Hinter den juristischen Personen stünden keine Menschen, sondern der Staat. Der Staat sei (wegen Art. 1 III GG) aber Grundrechtsverpflichteter, nicht Grundrechtsberechtigter. Der Staat könne nicht zugleich grundrechtsverpflichtet und grundrechtsberechtigt sein¹⁶² (sog. Konfusionsargument)¹⁶³. In anderen Entscheidungen stellt das BVerfG weniger auf das Konfusionsargument ab als auf die **Aufgabenwahrnehmung**. Handele eine juristische Person des öffentlichen Rechts in Wahrnehmung einer ihr gesetzlich zugewiesenen öffentlichen Aufgabe, stehe sie in dieser Aufgabenwahrnehmung nicht in einer Abwehrposition zum Staat und sei insoweit nicht grundrechtsberechtigt. Bei einem Übergriff durch ein anderes Staatsorgan gehe es der Sache nach daher um einen **Kompetenzkonflikt**, nicht um einen Eingriff in subjektive (Grund-)Rechte.¹⁶⁴

117i Sind juristische Personen des öffentlichen Rechts aber unmittelbar einem durch bestimmte Grundrechte geschützten Lebensbereich zugeordnet oder gehören sie ihm kraft ihrer Eigenart von vornherein zu, kann eine Grundrechtsträgereigenschaft durchaus angenommen werden.¹⁶⁵ Nach der Rechtsprechung des BVerfG ist eine (partielle) Grundrechtsfähigkeit der juristischen Personen des öffentlichen Rechts im Verhältnis zum Staat in folgenden Bereichen anerkannt¹⁶⁶:

- (1) Bei **Rundfunk- und Medienanstalten** (Rundfunkfreiheit aus Art. 5 I S. 2 GG, aber auch Telekommunikationsfreiheit aus Art. 10 I GG).¹⁶⁷
- (2) Bei staatlichen **Universitäten** bzw. **Fakultäten** (Wissenschaftsfreiheit aus Art. 5 III S. 1 GG).¹⁶⁸

¹⁶⁰ Vgl. etwa BVerfG NJW 2017, 217, 218 ff.

¹⁶¹ BVerfGE 4, 27, 30; 15, 256, 262; 21, 362, 369 ff.; 35, 263, 271; 45, 63, 78; 61, 82, 100 ff.; 68, 193, 205 ff.; 75, 192, 196; BVerfG NJW 2017, 217, 218 ff.; NVwZ 2018, 51, 58 (Informationsrechte der Opposition).

¹⁶² BVerfGE 15, 256, 262; 21, 362, 369 ff.; BVerfG NJW 2017, 217, 218.

¹⁶³ Vgl. BVerfG NJW 2017, 217, 219.

¹⁶⁴ BVerfG DVBl 2001, 63; NVwZ 2007, 1420; NJW 2011, 511 (Bundeszentrale für politische Bildung).

¹⁶⁵ Vgl. nur BVerfG NVwZ 2018, 51, 58 und BVerfG NJW 2017, 217, 219 – jeweils mit zahlreichen Nachweisen aus der früheren Rechtsprechung.

¹⁶⁶ Vgl. nur BVerfG NVwZ 2018, 51, 58.

¹⁶⁷ BVerfGE 31, 314, 321 f.; 59, 231, 255; 78, 101, 102 f.; 83, 238, 296; 107, 299, 313. Zu beachten ist jedoch, dass sich öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten nicht auf Eigentumsfreiheit (BVerfGE 78, 101, 102) und Pressefreiheit (BVerfGE 83, 238, 312) berufen können.

¹⁶⁸ BVerfGE 15, 256, 261 f.; 31, 314, 322; vgl. auch BVerfGE 51, 369, 381; 67, 202, 207; 85, 360, 384; BVerwG NJW 2016, 1113, 1114.

- (3) Eine Sonderstellung unter den juristischen Personen des öffentlichen Rechts nehmen die öffentlich-rechtlichen **Religionsgemeinschaften** ein. Diese können sich uneingeschränkt auf die Glaubens- und Bekenntnisfreiheit (Art. 4 GG) berufen (vgl. Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 V WRV).¹⁶⁹
- (4) Auch **bestimmte berufsständische Körperschaften** sind beschwerdebefugt, wenn diese die Interessen ihrer Mitglieder wahrnehmen (Art. 9 I GG).¹⁷⁰

Lag den bisherigen Überlegungen zur Grundrechtsberechtigung von juristischen Personen das Verhältnis zwischen ihnen und dem Staat zugrunde und wurde aufgezeigt, dass ausnahmsweise eine Grundrechtsberechtigung besteht, wenn sich die juristische Person in einer Abwehrposition zum Staat befindet, die die Geltung von Grundrechten fordert, ist davon strikt zu trennen die Situation, dass die juristische Person des öffentlichen Rechts **als Teil der Staatsgewalt gegenüber Dritten** handelt. Dann kann sie sich **keinesfalls auf Grundrechte** berufen.¹⁷¹

117j

Beispiel¹⁷²: Aufgabe der auf Grundlage des Medienstaatsvertrags, des Jugendmedienschutz-Staatsvertrags und der Landesmediengesetze errichteten und betriebenen Landesmedienanstalten ist die Regulierung des privaten Rundfunks. Dazu zählen die Kontrolle der Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen insbesondere zur Werbung, zum Jugendschutz und zu den allgemeinen Programmgrundsätzen im Rundfunk, aber auch die Förderung von Programm- und Medienvielfalt. Hinsichtlich der Grundrechtsgeltung ist zu beachten: Die Landesmedienanstalten können sich zwar im Verhältnis zum Staat auf Grundrechte stützen (Rn 117i), sind aber – ungeachtet ihrer staatsfernen und pluralistischen Konstruktion – Anstalten des öffentlichen Rechts und damit als Teil der öffentlichen Gewalt im Verhältnis zu privaten Rundfunkanbietern ausschließlich grundrechtsverpflichtet. Ein eigener Grundrechtsschutz, der im Wege der Herstellung praktischer Konkordanz (Abwägung widerstreitender Grundrechtspositionen) berücksichtigt werden müsste, kommt ihnen in diesem Verhältnis nicht zu.¹⁷³

VI. Privatisierung und Eingriffsverwaltung

Wie bei Rn 113 bereits ausgeführt, ist vor dem Hintergrund des Erfordernisses einer ununterbrochenen Legitimationskette die Ausübung hoheitlicher Befugnisse durch Private höchst problematisch. Das gilt – trotz Vorliegens einer **parlamentarischen Rechtsgrundlage**, in der Art und Umfang der übertragenen Befugnisse geregelt sind¹⁷⁴ – auch für die Beileihung, jedenfalls für den Bereich der Eingriffsverwaltung. In diesem Fall besteht die Pflicht zur umfassenden **Rechts-** und ggf. auch **Fachaufsicht** seitens der Aufsichtsbehörden, um die demokratische Legitimation zu wahren.¹⁷⁵

117k

Bedenken an der Zulässigkeit der Einbeziehung von Privaten in die Eingriffsverwaltung bestehen auch mit Blick auf den sog. **Funktionsvorbehalt aus Art. 33 IV GG**, weil diese Verfassungsbestimmung hoheitliche Befugnisse grundsätzlich Beamten vorbehält.¹⁷⁶ Zweck ist die Sicherung rechtsstaatlicher und v.a. hoheitlicher Staatsfunktions-

117l

¹⁶⁹ BVerfGE 19, 1, 3 ff.; 30, 112, 119 f.; 70, 138, 160 f.; 102, 370, 371; BVerfG NVwZ 2010, 570, 571 ff.; BVerfG NVwZ 2017, 461, 468 f.

¹⁷⁰ BVerfGE 70, 1, 21; BVerfG NJW 1994, 3765 (jeweils Steuerberaterkammer); einschränkend BVerfG NJW 2000, 3150 (Landwirtschaftskammer).

¹⁷¹ BVerfG NVwZ 2019, 239, 240.

¹⁷² Nach BVerfG NVwZ 2019, 239.

¹⁷³ BVerfG NVwZ 2019, 239, 240.

¹⁷⁴ Vgl. BVerfG NJW 2012, 1563, 1564 ff.; BVerfG NVwZ 2011, 368, 370; BGH DVBl 1999, 918, 919; *Burgi*, FS Maurer, 2001, S. 588 f.; *Barthel/Lepczyk*, JA 2008, 436, 437; *Waldhoff*, JuS 2011, 191 f.; *Muckel*, JA 2012, 396, 397 f.

¹⁷⁵ Vgl. dazu ausführlich BremStGH NVwZ 2003, 81, 82 f. und später auch *Wolff*, JA 2006, 749, 750.

¹⁷⁶ Zwar spricht Art. 33 IV GG von „Angehörigen des öffentlichen Dienstes (...), die in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen“ und könnte daher auch Tarifbeschäftigte erfassen (da ja auch diese in gewisser Weise „in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen“), jedoch ist nach ganz h.M. der Funktions-

onen.¹⁷⁷ Da Art. 33 IV GG jedoch von „in der Regel“ spricht, erscheinen Ausnahmen vom Funktionsvorbehalt jedenfalls dann möglich, wenn staatliche Aufgaben nicht schwerpunktmäßig hoheitlich ausgeübt werden müssen, etwa bei Lehrern¹⁷⁸, Professoren oder in den bei Rn 117 genannten Randbereichen exekutiver Aufgabenwahrnehmung. Innerhalb des Kernbereichs hoheitlicher Tätigkeit ist aber eine restriktivere Sichtweise geboten, um den Funktionsvorbehalt nicht leerlaufen zu lassen. Denn die Vorschrift geht davon aus, dass (ausschließlich) Beamte die genannten (d.h. genuin hoheitlichen) Staatsfunktionen gewährleisten. Das gilt in besonderem Maße für das Polizei- und Ordnungsrecht, die schärfste Form der Eingriffsverwaltung. Es wäre mit dem Rechtsstaats- und Demokratieprinzip sowie dem Funktionsvorbehalt nicht vereinbar, wenn der Staat die Aufgabe des Schutzes der öffentlichen Sicherheit weitgehend Privaten (d.h. privaten Sicherheitsdiensten) überließe. Sind diese noch nicht einmal beliehen, sind die Anforderungen an die Aufgabenübertragung noch höher, da der rechtsstaatliche und demokratische Legitimationsgrad (sehr viel) geringer ist. Wie bereits beschrieben, kann insbesondere das Bestreben nach Reduzierung der Personalkosten der öffentlichen Hand kein Argument für die (ungezügelter) Übertragung von hoheitlichen Aufgaben auf Private sein.¹⁷⁹ Voraussetzung für eine Übertragung von Hoheitsbefugnissen auf Private ist zumindest eine parlamentarische **Rechtsgrundlage**, die zudem Vorkehrungen trifft, dass die Aufgaben auch von Nichtbeamten ordnungsgemäß ausgeübt werden. Dazu zählt v.a. eine umfassende **Rechts-** und ggf. auch **Fachaufsicht** seitens der Aufsichtsbehörden, um die demokratische Legitimation zu wahren. Schließlich darf der Funktionsvorbehalt nicht leerlaufen; rechtsstaatliche und v.a. hoheitliche Staatsfunktionen müssen gesichert bleiben.¹⁸⁰ **Hoheitliche Kernaufgaben**, wozu insbesondere Justiz und Polizei gehören, d.h. die vom Staat zu gewährleistende **Sicherheit** der Bevölkerung, sind grundsätzlich nicht übertragbar. Macht der Staat für sich ein Justiz- und Gewaltmonopol geltend, muss er sich zur Durchsetzung Beamter bedienen.¹⁸¹ Auch die dem Schutz des Lebens und der Gesundheit der am Straßenverkehr teilnehmenden Menschen dienende **Straßenverkehrsüberwachung** (jedenfalls die Überwachung des fließenden Verkehrs) ist eine hoheitliche Kernaufgabe des Staates, die unmittelbar aus dem Gewaltmonopol folgt und deswegen bei Verstößen berechtigt, mit Sanktionen zu reagieren¹⁸². Sie muss daher ausschließlich Hoheitsträgern, die in einem Treueverhältnis zum Staat stehen, übertragen sein. Somit ist ausgeschlossen, dass der Staat hoheitliche Regelungs- und Sanktionsmacht an „private Dienstleister“ abgibt, damit diese für ihn als „Subunternehmer“ tätig werden. Bei der Verkehrsüberwachung des fließenden Verkehrs beim Einsatz technischer Verkehrsüberwachungsanlagen ist daher die Übertragung von Aufgaben an private Dienstleister bzw. Personen, die nicht in einem Dienst- und Treueverhältnis zum Staat stehen, ausgeschlossen.¹⁸³

Beispiel¹⁸⁴: So bedarf eine im hoheitlichen Auftrag von einem privaten Dienstleister durchgeführte Geschwindigkeitsmessung einer parlamentarischen Rechtsgrundlage, die zudem Vorkehrungen trifft, dass die Aufgaben auch von Nichtbeamten ordnungsgemäß ausgeübt werden. Dazu zählt v.a. eine umfassende Rechts- und ggf. auch Fachaufsicht seitens der Aufsichtsbehörden, um die demokratische Legitimation zu wahren. Jedoch muss der Funktionsvorbehalt nach Art. 33 IV GG gewahrt bleiben. Hoheitliche Kernauf-

vorbehalt „folgerichtiger Bestandteil der institutionellen Garantie des Berufsbeamtentums“ (*Badura*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG Art. 33 Rn 55) und Ausfluss des grundlegenden Unterschieds zwischen Beamtentum und Arbeitsrecht.

¹⁷⁷ BVerfGE 88, 103, 114.

¹⁷⁸ BVerfGE 119, 247, 267; BVerfG NJW 2012, 1563, 1564 ff.

¹⁷⁹ Siehe BVerfGE 119, 247, 261; 130, 76, 109; BVerwGE 57, 55, 59 f.

¹⁸⁰ BVerfGE 88, 103, 114.

¹⁸¹ Siehe BVerfGE 49, 24, 56 f.

¹⁸² OLG Frankfurt/M NStZ-RR 2020, 53, 54.

¹⁸³ OLG Frankfurt/M NStZ-RR 2020, 53, 54.

¹⁸⁴ Nach OLG Frankfurt NStZ-RR 2020, 53.

gaben, worunter auch die dem Schutz des Lebens und der Gesundheit der am Straßenverkehr teilnehmenden Menschen dienende Straßenverkehrsüberwachung gehört (jedenfalls die Überwachung des fließenden Verkehrs), sind grundsätzlich nicht übertragbar. Ein Verstoß gegen diese Grundsätze führt zur Rechtswidrigkeit der Beweiserhebung und dazu, dass (von der Ordnungsbehörde, der Ortspolizeibehörde, vom Landkreis etc.) auch keine Bußgeldbescheide erlassen werden dürfen. Denn wie aufgezeigt ist die Verkehrsüberwachung eine hoheitliche Aufgabe und darf dementsprechend auch nur von Bediensteten der Hoheitsverwaltung (oder von unter enger staatlicher Aufsicht stehenden beliebigen Unternehmen) wahrgenommen werden.

Das gilt – allerdings in erster Linie nicht auf den Funktionsvorbehalt gestützt, sondern auf die fehlende Ermächtigungsgrundlage – nach dem OLG Frankfurt/M auch für den ruhenden Verkehr, d.h. für die Sanktionierung von Parkverstößen.¹⁸⁵

117m

Beispiel¹⁸⁶: Der Oberbürgermeister der Stadt F ist als Ortspolizeibehörde auch für die Straßenverkehrsüberwachung (hier: die Überwachung des ruhenden Straßenverkehrs) zuständig. Diese Aufgabe ließ er von einem privaten Dienstleistungsunternehmen durchführen, das er auf privatrechtlicher Basis verpflichtete. Dieses Vorgehen sah er von der Ermächtigungsnorm des § 99 HessSOG gedeckt, weshalb er die „Hilfspolizeibeamten“ auch mit einer polizeihähnlichen Uniform ausstatten ließ.

Auf diese Weise wurde auch K des unerlaubten Parkens im eingeschränkten Halteverbot „überführt“ und es wurde gegen ihn anschließend (diesmal aber von Bediensteten der Ortspolizeibehörde) ein Verwarnungsgeld von 15 € verhängt (siehe § 56 I OWiG), das K nicht akzeptierte, weshalb ein Bußgeldverfahren eingeleitet wurde (§ 65 OWiG), gegen das K (gem. § 67 OWiG) wiederum Einspruch erhob. Da diesem nicht abgeholfen wurde, kam es zum Gerichtsverfahren (siehe § 68 OWiG). Doch auch das AG half der Sache nicht ab, weshalb K gem. § 79 OWiG Rechtsbeschwerde erhob. Beschwerdegericht war das OLG Frankfurt/M.¹⁸⁷

Dieses entschied, dass die Feststellungen zu dem Parkverstoß nicht gerichtsverwertbar seien. Auch die Straßenverkehrsüberwachung (einschließlich des ruhenden Verkehrs) sei eine hoheitliche Kernaufgabe des Staates, die unmittelbar aus dem Gewaltmonopol folge. Die Übertragung dieser Aufgabe auf Private bedürfte zumindest einer Ermächtigungsgrundlage, an der es vorliegend fehle. § 99 III HessSOG sei nach Sinn und Zweck der Vorschrift und gemäß der gesetzgeberischen Konstruktion vor dem Hintergrund seines eng auszulegenden Ausnahmecharakters zu Art. 33 IV GG so aufgebaut, dass die jeweilige Behörde für die ihr übertragenen (polizeilichen) Tätigkeiten jeweils eigene Bedienstete und Bedienstete der jeweils nachgeordneten Behörden als „Hilfspolizeibeamte“ bestellen könne. Die Stadt F könne daher nach § 99 III HessSOG für die eigene „Stadtpolizei“ zwar „eigene Bedienstete“ bestellen, nicht aber die Verkehrsüberwachung von privaten Dienstleistern im strafbewehrten Gewand einer Polizeiuniform durchführen lassen.

War damit die Beweiserhebung (mangels Gesetzesgrundlage für die Aufgabenübertragung) gesetzeswidrig, ist nach dem OLG Frankfurt/M das Beweismittel schon nicht geeignet, den notwendigen Beweis zu erbringen (zu der Frage, ob aus der rechtswidrigen Beweiserhebung ein Beweisverwertungsverbot folgt, gelangt man daher schon nicht). Fehlte mithin die Tatsachengrundlage für den Bußgeldbescheid, ist dieser jedenfalls rechtswidrig. Wegen des eklatanten Gesetzesverstoßes wird man sogar eine Nichtigkeit annehmen müssen, da man auch nach den zur Nichtigkeit eines Verwaltungsakts i.S.d. § 35 S. 1 VwVfG entwickelten Grundsätzen (§ 44 I VwVfG) zur Nichtigkeit gelangen würde.¹⁸⁸

¹⁸⁵ OLG Frankfurt/M NStZ-RR 2020, 56, 57.

¹⁸⁶ Nach OLG Frankfurt/M NStZ-RR 2020, 56.

¹⁸⁷ Zum Ordnungswidrigkeiten- und Bußgeldverfahren siehe *R. Schmidt*, POR, Rn 100 ff.

¹⁸⁸ Zur Orientierung an § 44 VwVfG siehe OLG Oldenburg NZV 1992, 332.

IV. Bekanntgabe des Verwaltungsakts

1. Bedeutung der Bekanntgabe

- 469 In einem Rechtsstaat ist es selbstverständlich, dass ein Verwaltungsakt, der dem Adressaten nicht bekannt gegeben worden ist, für diesen keine Rechtswirkungen entfalten kann.⁸⁹¹ Grundvoraussetzung für die Wirksamkeit eines Verwaltungsakts ist daher dessen Bekanntgabe. Davon geht auch § 43 I VwVfG aus.

Hinweis für die Fallbearbeitung: Obwohl die Bekanntgabe eine konstitutive Voraussetzung für die Wirksamkeit eines Verwaltungsakts darstellt, darf in Prüfungsarbeiten nur dann (näher) auf die Bekanntgabe eingegangen werden, wenn der Sachverhalt dazu Anlass bietet. Probleme werden im Folgenden untersucht.

- 470 Wie aus §§ 41, 43 I VwVfG hervorgeht, bedeutet Bekanntgabe, dass der Verwaltungsakt erst mit ihr die rechtliche Existenz erlangt. Die Bekanntgabe ist also nicht nur Rechtmäßigkeitsvoraussetzung, sondern **Wirksamkeits-** bzw. **Existenzvoraussetzung**.⁸⁹² Zudem beginnen **Rechtsbehelfsfristen** erst mit erfolgter Bekanntgabe zu laufen (siehe §§ 70, 74 VwGO)⁸⁹³, weshalb deren Relevanz überaus deutlich wird.

- 471 Hinsichtlich der Frage nach der Wirksamkeit ist zwischen **rechtlicher Existenz, äußerer und innerer Wirksamkeit** des Verwaltungsakts zu unterscheiden.⁸⁹⁴

- *Rechtlich existent* wird der Verwaltungsakt, wenn er den verwaltungsinternen Bereich in Richtung auf den Adressaten verlässt.⁸⁹⁵ Insoweit besteht eine Parallele zur Abgabe von Willenserklärungen im Zivilrecht, wo nach allgemeiner Auffassung eine Willenserklärung als abgegeben gilt, wenn sie in Richtung auf den Erklärungsempfänger willentlich auf den Weg gebracht wird.
- *Äußere* Wirksamkeit bedeutet, dass der Verwaltungsakt als solcher für den Betroffenen maßgeblich ist: Sie tritt mit der **jeweiligen** Bekanntgabe gegenüber demjenigen, für den er bestimmt ist oder der von ihm betroffen wird, ein (§ 43 I VwVfG).⁸⁹⁶
- Bei der *inneren* Wirksamkeit geht es um die Frage, von welchem Zeitpunkt an die im Verwaltungsakt gesetzte Rechtsfolge gelten soll. Dies ist in der Regel der Zeitpunkt der Bekanntgabe, doch es sind durchaus andere Regelungen denkbar.

Beispiel: Dem K wird am 21.3.2024 der Bewilligungsbescheid bezüglich einer von ihm zuvor beantragten Gaststättenerlaubnis bekannt gegeben (= *äußere* Wirksamkeit). Dieser Bewilligungsbescheid enthält die Regelung, dass K mit Wirkung zum 1.4.2024 eine Gaststättenerlaubnis erhält (= *innere* Wirksamkeit).

Auch bei aufschiebend bedingten Verwaltungsakten setzt die innere Wirksamkeit erst mit Eintritt der Bedingung ein.

Beispiel: Eine Aufenthaltsgenehmigung wird erteilt, „wenn“ der Antragsteller bei einem bestimmten Arbeitgeber beschäftigt wird, vgl. §§ 5, 12 I AufenthG.

In diesem Fall liegt eine Bedingung i.S.v. § 36 II Nr. 2 VwVfG vor. Die innere Wirksamkeit der Aufenthaltsgenehmigung tritt ein, sobald der Antragsteller bei einem bestimmten Arbeitgeber beschäftigt ist.

⁸⁹¹ Zu den Besonderheiten bzgl. Verkehrszeichen und bestimmten polizeilichen Maßnahmen, bei denen gegenüber dem Störer sofort gehandelt werden muss, vgl. Rn 497 und 502.

⁸⁹² Maurer/Waldhoff, AllgVerwR, § 9 Rn 71.

⁸⁹³ Klarstellend BVerwG NVwZ 2019, 245, 246 (mit Verweis auf BVerwGE 44, 294, 296), wobei das BVerwG aber auf die Möglichkeit der Verwirkung hinweist, wenn der Widerspruchsführer trotz sicherer Kenntnis nicht binnen eines Jahres gem. § 58 II VwGO analog Widerspruch erhebt. Zu den Rechtsbehelfsfristen siehe Rn 482 ff.

⁸⁹⁴ Vgl. BVerwGE 13, 1, 7; 55, 212, 215 f.; 57, 69, 70; Maurer/Waldhoff, AllgVerwR, § 9 Rn 72.

⁸⁹⁵ Waldhoff, JuS 2016, 767.

⁸⁹⁶ OVG Magdeburg NVwZ 2000, 208, 209.

Für die Anfechtung (Widerspruch bzw. Anfechtungsklage) kommt es (ebenso wie für die Zulässigkeit von Widerruf und Rücknahme eines Verwaltungsakts) auf den Zeitpunkt der äußeren Wirksamkeit an. 472

2. Voraussetzungen der Bekanntgabe

a. Bekanntgabe im Rechtssinne

Der Begriff der Bekanntgabe ist – vom Sonderfall des § 41 IIa VwVfG (dazu Rn 477d f.) zunächst abgesehen – gesetzlich nicht definiert. Die Definition ist daher Rechtsprechung und Literatur überlassen. Anerkannt ist folgende Definition: 473

Bekanntgabe ist die Eröffnung des Verwaltungsakts, d.h. die Tatsache des Ergehens und des Inhalts des Verwaltungsakts, mit Wissen und Wollen der für die Bekanntgabe zuständigen Behörde.⁸⁹⁷ 474

Analysiert man diese Definition, müssen folgende Voraussetzungen kumulativ vorliegen: 475

- Der Verwaltungsakt muss eröffnet (also physisch mitgeteilt) werden,
- die Behörde muss für die Bekanntgabe sachlich zuständig sein,
- der Amtswalter muss den Verwaltungsakt in seiner amtlichen Eigenschaft eröffnen,
- der Verwaltungsakt muss von der sachlich zuständigen Behörde wissentlich und willentlich eröffnet werden
- und der Inhalt des Verwaltungsakts muss eröffnet werden.

Fehlt es an mindestens einer dieser Voraussetzungen, liegen grds. **keine Bekanntgabe** im Rechtssinne und damit **kein wirksamer Verwaltungsakt** vor. Man muss sogar sagen, es liege grds. überhaupt kein Verwaltungsakt (ein Nicht-Verwaltungsakt) vor. Im Einzelnen gilt: 476

- Der Eröffnung des Verwaltungsakts steht es nicht entgegen, wenn der Adressat die Behörde über seine Identität getäuscht hat. Nach Auffassung des BVerwG ist auf die Person abzustellen, die der Behörde gegenübertritt und im eigenen Namen für sich auftritt.⁸⁹⁸ Bedenken an der Eröffnung des Verwaltungsakts bestehen auch dann, wenn der Adressat minderjährig ist. In diesem Fall ist der Verwaltungsakt grds. an den gesetzlichen Vertreter bekannt zu geben; anderenfalls ist die Bekanntgabe nicht erfolgt.⁸⁹⁹ Soweit Minderjährige gem. § 12 Nr. 2 VwVfG verfahrenshandlungsfähig sind, kann auch die Bekanntgabe an sie selbst erfolgen. Problematisch sind indes Maßnahmen gegenüber Verfahrenshandlungsunfähigen, etwa der Vollzugspolizei zur Gefahrenabwehr beim Vorgehen gegen minderjährige Störer in Fällen unmittelbar bevorstehender Gefahr. Hier wird z.T. die Bekanntgabe an den Minderjährigen trotz fehlender Handlungsfähigkeit angenommen.⁹⁰⁰ Nach der hier vertretenen Auffassung wird in diesen Fällen im Wege der unmittelbaren Ausführung bzw. des Sofortvollzugs vorzugehen sein.⁹⁰¹ Vgl. dazu *R. Schmidt*, POR, Rn 956 f. Auch bei den Straßenverkehrszeichen bestehen Bedenken bei der Bekanntgabe (vgl. dazu näher Rn 494 ff.). Liegt jedoch ein sog. adressatenloser Verwaltungsakt (z.B. die Umbenennung einer Straße in Form einer sachbezogenen Allgemeinverfügung i.S.v. § 35 S. 2 Var. 2 VwVfG) vor, bedarf es selbstverständlich keiner Eröffnung. Auch im Fall einer Genehmigungsfiktion (vgl. § 42a VwVfG und oben Rn 379a) ersetzt deren Eintritt die Bekanntgabe.

⁸⁹⁷ BVerwGE 17, 148, 153 („mit Wissen und Wollen der Behörde“); BVerwG NVwZ 2014, 1679, 1680 („willentlich“); BVerwG NVwZ 2019, 245, 246 (muss „amtlich bekannt gegeben“ werden). Vgl. auch *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 41 Rn 7; *Siegel*, AllgVerwR, Rn 546.

⁸⁹⁸ BVerwG NVwZ 2014, 1679, 1680.

⁸⁹⁹ BVerwGE 23, 15, 17; 111, 246, 248 ff.; *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 41 Rn 31.

⁹⁰⁰ VGH München DOV 1984, 433.

⁹⁰¹ Wie hier *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 41 Rn 31; *Schenke*, JuS 2016, 507, 509 f.

- Ist die eröffnende Behörde örtlich unzuständig, stellt dies zwar einen Fehler dar, dieser Fehler ist i.d.R. jedoch gem. § 46 VwVfG unbeachtlich bzw. führt gem. § 44 III Nr. 1 VwVfG nicht zur Nichtigkeit. Daraus folgt im Umkehrschluss, dass Verstöße gegen die sachliche Zuständigkeit nicht unbeachtlich sein können. So liegt eine Bekanntgabe nicht vor, wenn eine sachlich unzuständige Behörde eine von der sachlich zuständigen Behörde getroffene Entscheidung ohne deren Wissen und Wollen an den Adressaten weitergibt.

Beispiel: Die für die Erteilung von Gaststättenerlaubnissen zuständige Behörde erstellt eine Gaststättenerlaubnis und übermittelt diese an die zuständige Bauordnungsbehörde zur Prüfung. Danach entdeckt sie eine Unrichtigkeit, sodass sie die Gaststättengenehmigung dem Adressaten nicht zustellt. Diesem wird die Genehmigung jedoch von der Bauordnungsbehörde zugeschickt.

- „In seiner amtlichen Eigenschaft“ bedeutet, dass die bloße Kenntnissgabe durch eine private Mitteilung eines Bediensteten der Behörde (Beispiel: Gespräch auf dem Dorffest) den Anforderungen an eine Bekanntgabe im Rechtssinne nicht genügt.
- Das Kriterium der wissentlichen und willentlichen Eröffnung⁹⁰² will verhindern, dass durch Mitteilung einer sachlich unzuständigen Behörde⁹⁰³ oder einer Privatperson ein wirksamer Verwaltungsakt ergeht.

Beispiele:

(1) Die beiden Professoren X und Y beantragen jeweils Leistungszulagen. X erfährt während eines informalen Gesprächs mit dem Personalamt, dass nicht nur sein Antrag, sondern auch der des Y abgelehnt worden sei. In der Mittagspause berichtet er dies dem Y.

(2) Nachbar N, der sich bei der Behörde über das geplante Vorhaben des Bauherrn B beschwert und dabei in Erfahrung bringt, dass die Baugenehmigung erteilt worden sei, erzählt B davon.

In beiden Fällen fehlt der Bekanntgabewille; eine Bekanntgabe liegt daher nicht vor.

- Dass schließlich der Inhalt des Verwaltungsakts eröffnet werden muss, ist eine Selbstverständlichkeit. Anderenfalls wäre der Adressat kaum in der Lage, der mit dem Erlass des Verwaltungsakts beabsichtigten Regelung nachzukommen. Außerdem liegen in einem solchen Fall ein Verstoß gegen den Bestimmtheitsgrundsatz und damit eine materielle Rechtswidrigkeit vor.

b. Bekanntgabe via Schriftform; Telefax; Computerfax

477

Gemäß § 37 II S. 1 VwVfG kann ein Verwaltungsakt schriftlich, elektronisch, mündlich oder in anderer Weise erlassen werden. Es gilt also der Grundsatz der Formfreiheit. Soweit ein Verwaltungsakt **schriftlich** ergeht und beim Betroffenen eintrifft, stellt die Bekanntgabe kein Problem dar und die Monatsfrist wird ausgelöst. Bei schriftlicher (oder elektronischer) Bestätigung eines mündlichen Verwaltungsakts beginnt – sofern die schriftliche (oder elektronische) Bestätigung mit ordnungsgemäßer Rechtsbehelfsbelehrung versehen ist – die einmonatige Widerspruchsfrist nach der Bekanntgabe der schriftlichen (oder elektronischen) Bestätigung. Auch die Bekanntgabe per **Telefax** bzw. **Computerfax** ist heute zumindest bei Verwaltungsakten, die nicht förmlich zugestellt werden müssen, grundsätzlich möglich.⁹⁰⁴ Ist streitig, ob der durch Telefax übermittelte Verwaltungsakt zugegangen ist, stellt sich die Frage, ob die allgemeinen Beweisregeln nach § 41 II VwVfG greifen. Jedenfalls reicht nach der hier vertretenen Auffassung der Sendebericht als Beweis für den Zugang nicht aus, auch

⁹⁰² Siehe BVerwGE 17, 148, 153 („mit Wissen und Wollen der Behörde“); BVerwG NVwZ 2014, 1679, 1680 („willentlich“); BVerwG NVwZ 2019, 245, 246 (muss „amtlich bekannt gegeben“ werden).

⁹⁰³ Hier ergibt sich eine Überschneidung mit dem zuerst genannten Kriterium.

⁹⁰⁴ Vgl. auch BFH NVwZ 1999, 220, 221; *Neumann*, NVwZ 2000, 1244, 1248.

wenn dort ein „OK“ abgedruckt ist. Denn es ist nicht ausgeschlossen, dass statt der beschrifteten Seiten infolge einer fehlerhaften Bedienung des sendenden Geräts die unbeschrifteten Rückseiten übermittelt wurden.⁹⁰⁵

c. Elektronische Bekanntgabe

Soweit der Grundsatz der **Formfreiheit** greift, ist eine Bekanntgabe auch via **E-Mail** zulässig, wobei gem. § 37 III S. 1 VwVfG der elektronische Verwaltungsakt die erlassende Behörde erkennen lassen und die Unterschrift oder die Namenswiedergabe des Behördenleiters, seines Vertreters oder seines Beauftragten (also i.d.R. des Sachbearbeiters) enthalten muss. Da bei einem schriftlichen Verwaltungsakt, der mit Hilfe automatischer Einrichtungen erlassen wird, gem. § 37 V S. 1 VwVfG abweichend von § 37 III S. 1 VwVfG Unterschrift und Namenswiedergabe fehlen können, wird man das analog auch für den elektronisch bekannt gegebenen Verwaltungsakt annehmen müssen. Nach der hier vertretenen Auffassung hängt die Rechtmäßigkeit der E-Mail-Bekanntgabe auch nicht von der Einwilligung des Adressaten ab⁹⁰⁶; der Adressat muss aber einen E-Mail-Zugang eröffnet haben und mit der Übermittlung von Verwaltungsakten via E-Mail rechnen. Auch muss für den Adressaten erkennbar sein, dass das elektronische Dokument das für den Rechtsverkehr maßgebliche Original des Verwaltungsakts sein soll.⁹⁰⁷

477a

Strenger sind die Anforderungen bei Verwaltungsakten, die gemäß einer Rechtsvorschrift **schriftlich** erlassen werden müssen. Solange keine besondere Formvorschrift (etwa förmliche Zustellung) besteht, können auch solche Verwaltungsakte **elektronisch** (via Internet: E-Mail; Dateianhang) bekannt gegeben werden. Denn eine durch Rechtsvorschrift angeordnete Schriftform kann, soweit nicht durch Rechtsvorschrift etwas anderes bestimmt ist, durch die elektronische Form ersetzt werden (§ 3a II S. 1 VwVfG). Ein solcher Verwaltungsakt muss aber gem. § 3a II S. 2 VwVfG mit einer *qualifizierten elektronischen Signatur* versehen sein. Dafür ist ein individuell dem jeweils zeichnungsbefugten Behördenmitarbeiter zugeordnetes, d.h. auf diesen ausgestelltes, zeitlich begrenzt gültiges Signaturzertifikat erforderlich. Es ist offensichtlich, dass die ständige Neuausstellung und Neuordnung mit einem nicht unerheblichen organisatorischen Aufwand verbunden ist. Alternativ kann gem. § 3a III Nr. 3a) VwVfG bei elektronischen Verwaltungsakten oder sonstigen elektronischen Dokumenten der Behörde die Schriftform auch ersetzt werden, indem diese mit dem *qualifizierten elektronischen Siegel der Behörde* versehen werden. Hier ist also nicht mehr ein individuell jedem einzelnen zeichnungsberechtigten Behördenmitarbeiter zugeordnetes Signaturzertifikat erforderlich, sondern Kennzeichen ist die Verwendung eines elektronischen Behördensiegels. Freilich müssen in diesem Fall organisatorische Vorkehrungen zur Nachvollziehbarkeit der Nutzung des Siegels getroffen werden. Schließlich bietet das Gesetz durch § 3a III Nr. 3b) VwVfG die Möglichkeit, bei elektronischen Verwaltungsakten die Schriftform durch Versendung einer De-Mail-Nachricht nach § 5 V De-Mail-Gesetz zu ersetzen, bei der die Bestätigung des akkreditierten Diensteanbieters die erlassende Behörde als Nutzer des De-Mail-Kontos erkennen lässt.

477b

Soweit die elektronische Form ausgeschlossen bzw. nicht möglich ist, soll jede Behörde von Urkunden, die sie selbst ausgestellt hat, auf Verlangen ein elektronisches Dokument nach

477c

⁹⁰⁵ So auch *Neumann*, NVwZ 2000, 1244, 1249. Vgl. aber auch BGH NJW 2016, 2042, 2043.

⁹⁰⁶ Abzulehnen VG Berlin 12.1.2022 – VG 26 K 258/20, wo es bei Rn 16 heißt: „Die Bescheide sind entgegen dem klägerischen Vorbringen auch gemäß § 37 Abs. 2 VwVfG wirksam erlassen und nach § 41 Abs. 2 VwVfG bekannt gemacht worden, da die Klägerin ausdrücklich in die Kommunikation mittels E-Mails, und damit auch in die Übersendung von Bescheiden, einwilligte.“ Das Erfordernis der Einwilligung findet – jedenfalls bei formungebundener Bekanntgabe – im Gesetz keine Stütze.

⁹⁰⁷ *Hüttenbrink*, in: BeckOK VwGO, § 70 Rn 2b.

§ 33 IV Nr. 4a VwVfG oder eine elektronische Abschrift fertigen und beglaubigen (§ 33 VII VwVfG).

d. Bekanntgabe durch Datenabruf

477d Mit Einwilligung des Beteiligten kann gem. § 41 IIa S. 1 VwVfG ein elektronischer Verwaltungsakt auch dadurch bekannt gegeben werden, dass er vom Beteiligten (i.S.v. § 13 VwVfG) oder von seinem Bevollmächtigten über öffentlich zugängliche Netze (d.h. eine Internetplattform) abgerufen wird (**Bekanntgabe durch Datenabruf**). Bei dieser Form der Bekanntgabe übermittelt die Behörde den Verwaltungsakt also nicht wie bei der herkömmlichen Bekanntgabe an den Adressaten, sondern die Behörde stellt den Verwaltungsakt nur zur Abholung bereit und informiert den Empfänger hierüber (per E-Mail). Das Gesetz knüpft diese Form der Bekanntgabe ausdrücklich an die Einwilligung des Beteiligten (siehe § 41 IIa S. 1 a.A. VwVfG). Um zu gewährleisten, dass nur der Berechtigte (d.h. der Adressat oder dessen Bevollmächtigter) auf den Verwaltungsakt zugreifen, diesen herunterladen und speichern kann, muss die Behörde geeignete Identifizierungsmittel verwenden (§ 41 IIa S. 2 VwVfG). Der elektronisch bereitgestellte Verwaltungsakt muss gem. § 41 IIa S. 2 VwVfG zudem speicherbar sein, damit er seine Wirksamkeit entfalten kann. Ein System mit reiner Lesefunktion reicht deshalb nicht aus.⁹⁰⁸ Um den Zugang nachweisen zu können, muss der erstmalige Abruf des elektronischen Verwaltungsakts protokolliert werden.⁹⁰⁹ Da der Abruf eines auf der behördlichen Internetplattform bereitgestellten elektronischen Verwaltungsakts selbstverständlich auch außerhalb der allgemeinen Bürozeiten möglich sein soll (und ist), hat das Gesetz die Bekanntgabe für den auf den Abruf folgenden Tag festgelegt („Bekanntgabefiktion“). So gilt gem. § 41 IIa S. 3 VwVfG der Verwaltungsakt am Tag nach dem Abruf als bekannt gegeben. Damit wird eine (auch bezüglich des Fristbeginns für etwaige Widersprüche bzw. Klagen) klare Bekanntgaberegulation getroffen.

477e Wird der Verwaltungsakt nicht innerhalb von zehn Tagen nach Absendung einer Benachrichtigung über die Bereitstellung abgerufen, wird diese beendet (§ 41 IIa S. 4 VwVfG). In diesem Fall ist die Bekanntgabe nicht bewirkt; die Möglichkeit einer erneuten Bereitstellung zum Abruf oder der Bekanntgabe auf andere Weise (etwa „traditionell“ per Post) bleibt unberührt (§ 41 IIa S. 5 VwVfG). Der Verwaltungsakt kann also dann erneut zum Abruf bereitgestellt oder auf andere Weise, z.B. per Post oder durch elektronische Übermittlung, bekannt gegeben werden. Dadurch wird der Gesetzesbegründung zufolge zum einen verhindert, dass der Empfänger eine Bekanntgabe durch Unterlassen des Abrufs (jedenfalls länger als nur vorübergehend) vereiteln kann, und zum anderen sollen Streitigkeiten über den Zeitpunkt der wirksamen Bekanntgabe vermieden werden.⁹¹⁰

e. Bekanntgabefiktion

478 Eine Bekanntgabefiktion besteht nicht nur bei der soeben behandelten Bekanntgabe durch Datenabruf (Rn 477d). Auch bei der Übermittlung durch **einfachen Brief** oder bei **elektronischer** Übermittlung bspw. via Internet bzw. E-Mail (jedenfalls nicht durch förmliche Zustellung wie etwa durch Einschreiben, siehe die VwZGe sowie die Ausführungen sogleich) sind die gesetzlichen **Fiktionen des § 41 II S. 1 und S. 2 VwVfG** zu beachten. So gilt gem. § 41 II S. 1 VwVfG ein **schriftlicher** Verwaltungsakt, der im Inland durch die Post übermittelt wird, **am dritten Tag** nach der Aufgabe

⁹⁰⁸ Siehe BT-Drs. 18/8434, S. 122 f.

⁹⁰⁹ Siehe BT-Drs. 18/8434, S. 123.

⁹¹⁰ Siehe BT-Drs. 18/8434, S. 123.

bei der Post⁹¹¹ als bekannt gegeben.⁹¹² Und ein Verwaltungsakt, der im Inland oder in das Ausland **elektronisch** übermittelt wird, gilt gem. § 41 II S. 2 VwVfG am **dritten Tag** nach der Absendung als bekannt gegeben.⁹¹³ Beide Fiktionen gelten auch dann, wenn der Verwaltungsakt beim Adressaten tatsächlich früher eingeht, nicht aber dann, wenn er tatsächlich später eingeht – in letzterem Fall gilt der tatsächliche Zugang⁹¹⁴. Schließlich ist zu beachten, dass die Bekanntgabefiktionen auch dann gelten, wenn der dritte Tag auf einen Samstag, Sonntag oder gesetzlichen Feiertag fällt; insbesondere gilt nicht § 31 III S. 1 VwVfG („nächstfolgender Werktag“), da sich diese Vorschrift ausdrücklich nur auf das Fristende und nicht auf den Fristbeginn bezieht; zudem heißt es „Tag“ und nicht „Werktag“ in § 41 II VwVfG (dazu Rn 484).⁹¹⁵ Die Widerspruchsfrist fängt also am vierten Tag (es sei denn, dass der Verwaltungsakt tatsächlich später zugeht) um 0 Uhr an zu laufen (vgl. § 41 II VwVfG i.V.m. § 31 I VwVfG i.V.m. § 187 I BGB) und endet demgemäß grundsätzlich einen Tag früher im nächsten Monat um 24 Uhr (vgl. § 188 II BGB).⁹¹⁶

Beispiel: K erhält mittels schriftlichen Verwaltungsakts von der Bauordnungsbehörde die Aufforderung, er solle binnen 3 Monaten seinen nicht genehmigungsfähigen Schwarzbau beseitigen. Absendedatum des Bescheids war der 20.3.2024 (Mittwoch). Tatsächlich zugegangen ist er dem K einen Tag später, also am 21.3.2024.

Gemäß § 41 II VwVfG *gilt* der schriftliche (oder elektronisch übermittelte) Verwaltungsakt am dritten Tag nach der Aufgabe zur Post (bzw. am dritten Tag nach der Absendung) als bekannt gegeben, es sei denn, dass er tatsächlich später zugeht. Demnach gilt vorliegend der Bescheid als dem K am 23.3.2024 (Samstag) bekannt gegeben, sodass die Widerspruchsfrist (wegen § 41 II VwVfG i.V.m. § 31 I VwVfG i.V.m. § 187 I BGB) am 24.3.2024 (Sonntag) um 0 Uhr zu laufen beginnt. Dass der Fristbeginn (am 24.3.2024) auf einen Sonntag fiel, spielt wegen der Unanwendbarkeit des § 31 III VwVfG auf gesetzliche Fiktionen beim Frist*beginn* keine Rolle. K müsste seinen Widerspruch daher gem. § 188 II BGB⁹¹⁷ bis zum 23.4.2024 (Dienstag) um 24 Uhr bei der Behörde einreichen.

f. Öffentliche Bekanntgabe

Gemäß § 41 III, IV VwVfG kommt auch eine **öffentliche Bekanntgabe** in Betracht, die – wie schon die Bezeichnung erkennen lässt – nicht individuell, sondern etwa

479

⁹¹¹ Der Begriff der Post ist hier funktional zu verstehen. Seit dem Wegfall der befristeten Exklusivlizenz der Deutschen Post nach § 51 PostG sind mit „Post“ auch die entsprechenden Dienstleistungen anderer Unternehmen gem. § 4 Nr. 1 PostG gemeint.

⁹¹² Hintergrund der Fiktion ist die von den Postdienstleistern zu erfüllende Beförderungszeit, die nach § 2 Nr. 3 der noch geltenden Post-Universaldienstleistungsverordnung (PUDLV) für 95% der Briefe zwei Werktage beträgt. Darauf basierend hat der VwVfG-Gesetzgeber die Drei-Tages-Fiktion erlassen. Jedoch ist die geplante Reform des Postgesetzes (BR-Drs. 677/23) zu beachten. § 18 I PostG-E schreibt vor, dass im Jahresdurchschnitt 99% Prozent von den an einem Werktag eingelieferten inländischen Briefsendungen am vierten auf den Einlieferungstag folgenden Werktag zuzustellen sind. Das wird nicht ohne Einfluss auf die Fiktionsregelung in § 41 II S. 1 VwVfG bleiben können. Daher schreibt Art. 2 des Gesetzentwurfs vor, dass in § 41 II S. 1 VwVfG die Wörter „am dritten Tage“ durch die Wörter „am vierten Werktag“ ersetzt werden. Es wird also nicht nur lediglich ein Tag draufgeschlagen, sondern es handelt sich um Werktage (und nicht mehr um Tage), d.h. es muss sich bei allen „Fiktionstagen“ um Werktage handeln.

⁹¹³ Ob hierbei die Drei-Tages-Fiktion Sinn ergibt, ist zu bezweifeln, da bei elektronisch übermittelten Verwaltungsakten die Übertragung i.d.R. nur Sekunden beträgt. Sie ist aber geltendes Recht und daher zu beachten. Bemerkenswert ist zudem, dass die in der vorigen Fußnote genannte Gesetzesreform den elektronisch übermittelten Verwaltungsakt nicht erwähnt, sodass es insoweit bei der Drei-Tages-Fiktion bleibt, wohingegen für Verwaltungsakte, die per einfachen Brief befördert werden, die Vier-Tages-Fiktion gelten wird. Zwar ist die damit stattfindende Abkoppelung grundsätzlich zu begrüßen, jedoch hätte es sich angeboten, bei der Gelegenheit gleich auch die Fiktion der elektronischen Übermittlungszeit anzupassen; vorzugsweise böte sich eine Ein-Tages-Fiktion an.

⁹¹⁴ Bestreitet der Betroffene den Erhalt, obliegt der Zugangsbeweis der Behörde, vgl. BVerwG 2017, 565, 566.

⁹¹⁵ Wie aufgezeigt, wird sich das bei schriftlichen Verwaltungsakten mit der geplanten Gesetzesreform ändern, weil die Neuregelung von „Werktag“ spricht und demnach immer auch der vierte Tag auf einen Werktag fällt.

⁹¹⁶ Zur „Montagsregelung“ des § 31 III S. 1 VwVfG, wonach die Frist mit dem Ablauf des nächstfolgenden Werktags endet, sofern das Ende einer Frist auf einen Sonntag, einen gesetzlichen Feiertag oder einen Sonnabend fällt, siehe Rn 484.

⁹¹⁷ Zur Verweiskette („verwaltungsverfahrenrechtliche Lösung“ über § 31 VwVfG oder „verwaltungsprozessuale Lösung“ über § 57 VwGO) vgl. Rn 483.

durch Publikation in einem Amtsblatt oder in einer Tageszeitung oder durch Aushang im Rathaus bewirkt wird. Auch elektronische Verwaltungsakte können – wie sich aus § 41 IV S. 1 VwVfG ergibt – öffentlich bekannt gegeben werden. Dies dürfte namentlich durch Veröffentlichung im Internet geschehen (siehe auch § 27a I VwVfG⁹¹⁸). Die öffentliche Bekanntgabe von **Einzelverwaltungsakten** (§ 35 S. 1 VwVfG) setzt aber gem. § 41 III S. 1 VwVfG eine Erlaubnis durch Rechtsvorschrift voraus. Beispiele sind § 10 VIII BImSchG und § 50 BauGB. Fehlt es daran, kann der Verwaltungsakt nicht als bekannt gegeben angesehen werden; er ist unwirksam (§ 43 I S. 1 VwVfG). Bei **Allgemeinverfügungen** (§ 35 S. 2 VwVfG) setzt die öffentliche Bekanntgabe hingegen keine gesonderte Rechtsvorschrift voraus; vielmehr genügt es gem. § 41 III S. 2 VwVfG, dass eine individuelle Bekanntgabe an die Beteiligten unzulässig ist. Das ist gem. §§ 67 I, 69 II, 73 VI, 74 V VwVfG der Fall bei Entscheidungen in förmlichen Verwaltungsverfahren und in Planfeststellungsverfahren, die an mehr als 50 Personen zuzustellen wären.⁹¹⁹ Selbstverständlich ist die öffentliche Bekanntgabe von Allgemeinverfügungen erst recht zulässig, wenn die individuelle Bekanntgabe unmöglich ist, z.B. bei adressatenlosen Allgemeinverfügungen (Beispiel: Umbenennung einer Straße als Form der sachbezogenen Allgemeinverfügung i.S.v. § 35 S. 2 Var. 2 VwVfG). Schließlich ist bei Allgemeinverfügungen die öffentliche Bekanntgabe zulässig, wenn eine Rechtsvorschrift dies erlaubt (oder gar vorschreibt); auf § 41 III S. 2 VwVfG kommt es dann nicht an.

- 479a** Soweit eine öffentliche Bekanntgabe zulässig ist, steht sie grundsätzlich im Ermessen der Behörde, außer das Gesetz sieht sie als alleinige Bekanntgabeform an, wie z.B. § 36 II StVO (Handzeichen des Polizisten) oder § 37 II StVO (Verkehrsregelungsanlage). Bei einer öffentlichen Bekanntgabe kommt es schließlich auf die tatsächliche Kenntnisnahme durch den einzelnen Betroffenen nicht an; es reicht insoweit die Kenntnisnahmemöglichkeit, um die Bekanntgabe zu bejahen. Speziell zu den **Verkehrszeichen** vgl. Rn 493 ff.

g. Bekanntgabe durch förmliche Zustellung

- 480** Sieht das Gesetz eine **förmliche Zustellung** vor (vgl. insbesondere § 73 III S. 2 VwGO hinsichtlich des **Widerspruchsbescheids**) oder wählt die Behörde von sich aus diese Zustellungsart, richtet sich die Bekanntgabe nach dem **Verwaltungszustellungsgesetz**, und zwar bei Bundesbehörden nach dem BundesVwZG, bei Landesbehörden nach dem jeweiligen Landeszustellungsgesetz, auch wenn dort wiederum auf das BundesVwZG verwiesen wird.
- 480a** Verweist ein Gesetz auf ein anderes in der jeweils gültigen Fassung, spricht man von einem *Verweisungsgesetz mit dynamischer Anwendungserklärung*. In Bezug auf das Verwaltungszustellungsrecht ist diese Kenntnis wichtig, weil der Verband Bund weder das Verwaltungsverfahren noch die Verwaltungszustellung der Länder regeln darf (vgl. Art. 30, 70, 83, 86 GG). Etwas anderes gilt für die Zustellung von **Widerspruchsbescheiden**. Dort ist gem. § 73 III S. 2 VwGO das BundesVwZG unmittelbar anwendbar, weil mit der Zustellung des Widerspruchsbescheids die Klagefrist des § 74 VwGO zu laufen beginnt. Prozessrecht ist Bundesrecht. Für die Zustellung im **verwaltungsgerichtlichen Verfahren** gelten dagegen gem. § 56 II VwGO nicht die Vorschriften des VwZG, sondern die §§ 166 ff. ZPO.

⁹¹⁸ Neufassung mit Wirkung zum 1.1.2024 in Kraft getreten (BGBl I 2023, Nr. 344).

⁹¹⁹ Bislang bestehende Sonderregelungen, etwa im FStrG, sind im Zuge der Vereinheitlichung des Verwaltungsverfahrensrechts weitgehend zugunsten des VwVfG beseitigt worden; vgl. aber z.B. noch § 3 II S. 7 BauGB. Die Regelungen über die öffentliche Bekanntmachung sind nach BVerwGE 67, 206, 209 ff. verfassungsgemäß.

Die **förmliche Zustellung** besteht in der Bekanntgabe eines schriftlichen oder elektronischen Verwaltungsakts in der im VwZG bestimmten Form (so die Legaldefinition in der seit dem 1.2.2006 geltenden Fassung des § 2 I VwZG). Zugestellt wird gem. § 2 II VwZG durch die **Post** oder durch die **Behörde**. Dabei stellt das Gesetz klar, dass „Post“ nicht eng im Sinne von „Deutsche Post AG“, sondern weit im Sinne von „Erbringer von Postdienstleistungen“ zu verstehen ist. Des Weiteren existieren Sonderarten der Zustellung, §§ 9 und 10 VwZG (Zustellung im Ausland; öffentliche Zustellung). Vorliegend soll aber nur auf die prüfungsrelevanten §§ 3 und 4 VwZG eingegangen werden.

480b

Die Zustellung durch die Post erfolgt durch **Postzustellungsurkunde** (§ 3 VwZG) oder mittels **Einschreiben** (§ 4 VwZG).

480c

- Erfolgt die förmliche Zustellung per Postzustellungsurkunde, stellt gem. § 3 II S. 1 VwZG der Postbedienstete das Dokument (das **Schriftstück** oder das **elektronische Medium** wie Diskette, CD etc.) zu und beurkundet die Zustellung. Für die Ausführung und Zustellung gelten die §§ 177-182 ZPO.

Beispiel: Autofahrer A ist im Besitz einer Fahrerlaubnis auf Probe (§ 2a StVG). Da er sich im Straßenverkehr äußerst rüpelhaft verhalten und nun auch noch bei Rot über eine Kreuzung gefahren ist, ordnet die Straßenverkehrsbehörde durch Postzustellungsurkunde binnen 2 Monaten die Teilnahme an einem Aufbauseminar an (§ 2a II S. 1 Nr. 1 StVG). Da der Postzusteller A jedoch nicht antrifft, wirft er das Schreiben in den Briefkasten. Nachdem die Behörde von A keinerlei Reaktion erfährt, entzieht sie ihm nach 2½ Monaten die Fahrerlaubnis. Gegen diese Maßnahme erhebt A Widerspruch mit der Begründung, er habe niemals eine Aufforderung zur Teilnahme an einem Aufbauseminar erhalten. Ist der Widerspruch erfolgreich?

In materieller Hinsicht bestehen keine Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Entzugs der Fahrerlaubnis. Denn § 2a III StVG schreibt vor, dass die Fahrerlaubnis auf Probe zu entziehen ist, wenn ihr Inhaber einer vollziehbaren Anordnung zur Teilnahme an einem Aufbauseminar nach § 2a II S. 1 Nr. 1 StVG in der festgesetzten Frist nicht nachkommt. Dies ist vorliegend geschehen.

Fraglich ist jedoch, ob die Anordnung zur Teilnahme an einem Aufbauseminar überhaupt formwirksam zugestellt worden ist. Vorliegend hat die Behörde das Postzustellungsverfahren gem. § 3 VwZG gewählt. Danach genügt es, wenn sie das Dokument in einem verschlossenen Umschlag dem Postdienstleister übergibt und dieser es dem Empfänger zustellt (§ 3 I VwZG). Die Zustellung beim Empfänger richtet sich gem. § 3 II VwZG nach den §§ 177-182 ZPO. Nach § 180 ZPO kann das Dokument durch **Einwurf** in den Briefkasten wirksam zugestellt werden, sofern eine Zustellung nach § 178 I Nr. 1 oder 2 ZPO nicht möglich ist. Mit dem Einwurf in den Briefkasten (§ 180 S. 2 ZPO) und der Anfertigung einer Postzustellungsurkunde (§ 3 II S. 3 VwZG) gilt das Schriftstück dann als zugestellt. Der Gegenbeweis ist zwar zulässig, aber erst dann erbracht, wenn ein Sachverhalt bewiesen ist, der zur Überzeugung des Gerichts jede Möglichkeit der Richtigkeit der beurkundeten Tatsache ausschließt.⁹²⁰ Diesen Gegenbeweis hat A nicht erbracht.

Damit lag eine wirksame Anordnung nach § 2a II S. 1 Nr. 1 StVG vor. Nach Ablauf der Widerspruchsfrist ist diese bestandskräftig und damit vollziehbar (vgl. zudem § 2a VI StVG). Da A dieser Anordnung nicht fristgerecht nachgekommen ist, war die Fahrerlaubnis gem. § 2a III StVG zu entziehen. Die behördliche Anordnung ist damit auch formell rechtmäßig. Der Widerspruch des A ist erfolglos.

- Bei der Zustellung mittels **Einschreiben** kann das Dokument (also das Schriftstück oder das elektronische Medium) entweder als Übergabeinschreiben oder als Einschreiben mit Rückschein zugestellt werden (§ 4 I VwZG). Das *Übergabeinschreiben*

⁹²⁰ Vgl. BVerfG NJW 1992, 225; OLG Frankfurt NJW 1996, 3159; BFH NJW 1997, 3264.

gilt gem. § 4 II S. 2 VwZG mit dem 3. Tag nach der Aufgabe zur Post als zugestellt, es sei denn, dass der zustellende Bescheid nicht oder zu einem späteren Zeitpunkt zugegangen ist. Im Zweifel hat die Behörde den Zugang und dessen Zeitpunkt zu beweisen. Es gelten hier also dieselben Grundsätze wie bei der formlosen Bekanntgabe nach § 41 II VwVfG (s.o.). Zu beachten ist allerdings, dass der Begriff „Einschreiben“ nur das körperlich **übergebene** Dokument erfasst. **Einwurfeinschreiben** der Post (= Einschreiben, das nicht übergeben, sondern mit der normalen Post in den Briefkasten eingeworfen oder in das Postfach eingelegt wird) erfüllen **nicht** die Anforderungen an die förmliche Zustellung nach dem VwZG.⁹²¹ Beim *Einschreiben mit Rückschein* gilt der Rückschein als Zustellungsbeweis, sodass für die Drei-Tages-Fiktion kein Raum ist (vgl. § 4 II S. 1 VwZG).⁹²²

480d Gemäß § 5 VwZG ist auch die **elektronische** Zustellung von elektronischen Dokumenten möglich. Die Voraussetzungen (elektronische Signatur; Zugangseröffnung durch den Empfänger) sind in § 5 V VwZG geregelt. § 5a VwZG lässt die elektronische Zustellung durch De-Mail zu.

480e Zugestellt wird an den **Adressaten** (§ 5 VwZG), seinen **gesetzlichen Vertreter** (§ 6 VwZG) oder **Bevollmächtigten** (§ 7 VwZG). Die Behörde hat grundsätzlich ein Wahlrecht, ob sie an den Adressaten oder den Bevollmächtigten (z.B. Rechtsanwalt) zustellt (vgl. § 7 I S. 1 VwZG: „können“). Hat der Bevollmächtigte jedoch eine **schriftliche Vollmacht** vorgelegt, *muss* die Behörde an ihn zustellen (§ 7 I S. 2 VwZG). Eine Zustellung an den Adressaten (den Betroffenen) ist daher fehlerhaft. Welche Folgen mit einer solchen fehlerhaften Zustellung verbunden sind, beantwortet **§ 8 VwZG**: Lässt sich die formgerechte Zustellung eines Dokuments nicht nachweisen oder ist das Dokument unter Verletzung zwingender Zustellungsvorschriften zugegangen, gilt es als in dem Zeitpunkt zugestellt, in dem es dem Empfangsberechtigten tatsächlich (d.h. nachweislich) zugegangen ist. Der Fehler ist dann **geheilt**.⁹²³

Beispiel: Weil Gastronom G angeblich unzuverlässig i.S.d. § 4 I S. 1 Nr. 1 GastG ist, widerruft die zuständige Behörde die Gaststättenerlaubnis gem. § 15 II GastG. G schaltet sofort Rechtsanwalt R ein. Dieser erhebt form- und fristgerecht Widerspruch und legt bei der Widerspruchsbehörde gleichzeitig eine schriftliche Vollmacht seines Mandanten vor. Die Widerspruchsbehörde bestätigt die Rechtsauffassung der Ausgangsbehörde und erlässt mit Aufgabedatum 2.2.2024 einen Widerspruchsbescheid nebst ordnungsgemäßer Rechtsbehelfsbelehrung. Der Bescheid wird einen Tag später per Übergabeeinschreiben (§ 4 I Var. 1 VwZG) zugestellt, allerdings an G persönlich. G leitet das Schreiben erst am 6.3.2024 an R weiter. Dieser erhebt am 8.3.2024 Klage. Fristgerecht?

Nach § 74 I VwGO muss die Klage innerhalb eines Monats nach Zustellung des Widerspruchsbescheids erhoben werden. Gemäß § 73 III S. 2 VwGO i.V.m. § 4 II S. 2 VwZG *gilt* das Dokument am dritten Tag nach der Aufgabe zur Post als zugestellt, es sei denn, dass es nicht oder zu einem späteren Zeitpunkt zugegangen ist. Demnach gilt vorliegend der Widerspruchsbescheid als dem G am 5.2.2024 zugestellt, sodass die am 8.3.2024 erhobene Klage verfristet sein könnte. Fraglich ist allerdings, wie es sich auswirkt, dass der Widerspruch unter Verletzung zwingender Zustellungsvorschriften zugestellt worden ist, denn „Empfangsberechtigter“ i.S.d. § 8 VwZG ist bei Vorlage einer

⁹²¹ BVerwG NJW 2001, 458. Daran hat auch die am 1.2.2006 in Kraft getretene Novellierung des VwZG nichts geändert.

⁹²² Wie hier *Kremer*, NJW 2006, 332, 333. Später auch *Tegethoff*, JA 2007, 131, 132.

⁹²³ Es können auch Zustellungsfehler beim Widerspruchsbescheid geheilt werden (dazu *Kremer*, NJW 2002, 2615, 2616). Dies gilt gem. dem Anwendungsbereich des VwZG jedenfalls auf Bundesebene und damit für Zustellungen von Ausgangsbescheiden durch Bundesbehörden und über § 73 III S. 2 VwGO für die Zustellung von Widerspruchsbescheiden (durch Bundes- oder Landesbehörden, s.o.). Bei Zustellungen von Ausgangsbescheiden durch Landesbehörden entscheidet das betreffende LandesVwZG. Jedoch wird i.d.R. ohnehin das BundesVwZG in der jeweils gültigen Fassung für anwendbar erklärt.

schriftlichen Vollmacht wegen § 7 I S. 2 VwZG **nur** der **Bevollmächtigte**, nicht der Adressat selbst. Für diesen Fall sieht § 8 VwZG vor, dass das betreffende Dokument (vorliegend der Widerspruchsbescheid) in dem Zeitpunkt als zugestellt gilt, in dem es der Empfangsberechtigte (vorliegend R) nachweislich erhalten hat. R hat den Widerspruchsbescheid am 6.3.2024 erhalten. Die von ihm am 8.3.2024 erhobene Klage ist daher nicht verfristet.

Hinweis: Etwas anderes gilt für die formlose Bekanntgabe eines nicht förmlich bekannt zu gebenden bzw. zuzustellenden Verwaltungsakts. Nach § 41 I S. 2 VwVfG „kann“ die Bekanntgabe gegenüber dem Bevollmächtigten vorgenommen werden. Eine mit § 8 I S. 2 VwVfG vergleichbare Muss-Bestimmung enthält die Vorschrift nicht. Daher laufen auch bei Bekanntgabe an den Adressaten die Rechtsbehelfsfristen nach §§ 70, 74 I S. 2 VwGO selbst dann, wenn dieser bspw. einen Rechtsanwalt (empfangs-)bevollmächtigt hat.⁹²⁴

h. Folgen einer fehlerhaften Bekanntgabe

Sofern eine fehlende oder fehlerhafte Bekanntgabe im Rechtssinne vorliegt, führt das zur Unwirksamkeit des Verwaltungsakts (§§ 41, 43 VwVfG). Ein nicht in der erforderlichen Form oder nicht von der zuständigen Behörde mitgeteilter oder nur zufällig zur Kenntnis gelangter Verwaltungsakt ist hingegen wirksam⁹²⁵, kann aber grundsätzlich keine Fristen in Gang setzen. Nicht einmal die Jahresfrist des § 58 II VwGO beginnt (trotz § 70 II VwGO) zu laufen, da auch diese Vorschrift wenigstens „die Zustellung, Eröffnung oder Verkündung“, also die Bekanntgabe, voraussetzt. Daraus folgt, dass die bloße Kenntnisnahme⁹²⁶

481

- durch im privaten Umfeld betätigte Mitteilung eines Bediensteten der Behörde,
- durch Einsicht in Akten⁹²⁷,
- durch Mitteilung einer Privatperson,
- durch Mitteilung einer unzuständigen Behörde
- oder durch Übersendung durch die zwar zuständige Behörde, aber unter Verletzung der vorgeschriebenen Form (Beispiel: Zusendung eines Widerspruchsbescheids als Einwurfeinschreiben, obwohl dieser gem. § 73 III VwGO i.V.m. §§ 2 ff. VwZG hätte förmlich zugestellt werden müssen⁹²⁸),

den Anforderungen an eine ordnungsgemäße Bekanntgabe i.d.R. nicht genügt.⁹²⁹ In den drei zuerst aufgelisteten Punkten liegt sogar keine Bekanntgabe im Rechtssinne vor und im vierten Punkt eine Nichtigkeit nach § 44 II Nr. 3 VwVfG. Ob eine *Bekanntgabe im Rechtssinne* fehlt oder ob es lediglich an einer *ordnungsgemäßen Bekanntgabe* vorliegt, wird praktisch v.a. bei **Verwaltungsakten mit Doppelwirkung i.S. einer Drittwirkung** relevant, sei es, dass die Behörde die Drittwirkung ihrer Maßnahme nicht erkennt, oder sei es, dass sie eine Bekanntgabe des Verwaltungsakts an den Dritten (irrtümlich) nicht für erforderlich hält.

Beispiel: Bauherr B bekommt die Genehmigung zur Errichtung eines 5-stöckigen Mietshauses erteilt, wodurch dem Nachbarn N die Besonnung versperrt wird. Da nach dem Bebauungsplan nur 3 Geschosse zulässig sind, hatte die Behörde einen Dispens

⁹²⁴ BVerwG NJW 1998, 1292, 1293.

⁹²⁵ BVerwGE 112, 78, 79 f.; BVerwG NVwZ 1989, 1173; *Allesch*, BayVBl 2000, 361, 362; *Kopp/Schenke*, VwGO, § 73 Rn 22 f.

⁹²⁶ Zu den folgenden Fallgruppen vgl. *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 41 Rn 7; *Maurer/Waldhoff*, AllgVerwR, § 9 Rn 73 ff.; *Siegel*, AllgVerwR, Rn 555.

⁹²⁷ Siehe den Fall BVerwG NVwZ 2019, 245, wo der Nachbar durch Einsichtnahme in die Bauakte (sichere) Kenntnis von der Baugenehmigung erhielt.

⁹²⁸ Vgl. BVerwG NJW 2001, 458: Einwurfeinschreiben der Post (= Einschreiben, das nicht übergeben, sondern mit der normalen Post in den Briefkasten eingeworfen oder in das Postfach eingelegt wird) erfüllt nicht die Anforderungen an die förmliche Zustellung nach dem VwZG. Vgl. dazu Rn 480 ff.

⁹²⁹ *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 41 Rn 7.

nach § 31 II Nr. 3 BauGB erteilt, weil nur so eine sinnvolle wirtschaftliche Nutzung des Grundstücks gewährleistet sei. N, der im Übrigen nicht über die Baugenehmigung unterrichtet wurde, sondern von dieser nur durch Einsicht in die Bauakte sichere Kenntnis erlangte⁹³⁰, fühlt sich in seinem Eigentumsrecht (Art. 14 I GG) verletzt und strebt eine (Dritt-)Anfechtung der Baugenehmigung an.

Da gegenüber dem Adressaten (dem Bauherrn) die Baugenehmigung ordnungsgemäß bekannt gegeben wurde und die gegenüber dem Nachbarn unterlassene Bekanntgabe keinen so schwerwiegenden Rechtsverstoß darstellt, dass sie gem. § 44 VwVfG die Nichtigkeit zur Folge hätte, ist der Verwaltungsakt insoweit wirksam.⁹³¹

3. Bekanntgabe als Auslöser von Rechtsbehelfsfristen

- 482 Die Bekanntgabe ist nicht nur Wirksamkeitserfordernis (siehe §§ 41, 43 VwVfG), sondern auch Auslöser von **Fristen** für die Einlegung von **Rechtsbehelfen**. Hinsichtlich des **Widerspruchs** beträgt die Frist gem. § 70 I S. 1 VwGO **einen Monat nach Bekanntgabe**. Auch die **Klagefrist** beträgt gem. § 74 I VwGO **einen Monat** (Fristbeginn mit Zustellung des Widerspruchsbescheids bzw. – sofern ein Widerspruchsbescheid nicht erforderlich ist – mit Bekanntgabe des Verwaltungsakts).

a. Monatsfrist des § 70 I S. 1 VwGO

- 483 Gemäß § 70 I S. 1 VwGO ist der Widerspruch **innerhalb eines Monats** nach ordnungsgemäßer Bekanntgabe des Verwaltungsakts zu erheben. Strittig ist, ob die Fristberechnung über die „verwaltungsverfahrenrechtliche Lösung“ (über § 31 VwVfG) oder über die „verwaltungsprozessuale Lösung“ (über § 57 VwGO) zu erfolgen hat. Für eine Berechnung über § 57 VwGO spricht, dass das Widerspruchsverfahren als Sachentscheidungsvoraussetzung in der VwGO geregelt ist. Andererseits stellt das Widerspruchsverfahren ein Verwaltungsverfahren dar, was für eine Berechnung über § 31 VwVfG spricht; überdies verweist § 70 II VwGO nur auf § 58 VwGO, nicht auch auf § 57 VwGO. Damit bietet § 31 VwVfG den dogmatisch vorzugswürdigen Weg. Eine Entscheidung ist im Regelfall aber entbehrlich, da sich beide Verweisungsketten i.d.R. im Ergebnis nicht unterscheiden.

Hinweis für die Fallbearbeitung: Bei der Frage nach dem Fristbeginn könnte in der Fallbearbeitung folgendermaßen formuliert werden: „Gemäß § 70 I VwGO ist der Widerspruch innerhalb eines Monats nach ordnungsgemäßer Bekanntgabe des Verwaltungsakts zu erheben. Gegen den Bescheid vom ... hat W am ... Widerspruch erhoben. Dies müsste fristgemäß sein. Dazu müsste zunächst der Fristbeginn berechnet werden. Nach einer Auffassung erfolgt die Fristberechnung § 57 II VwGO i.V.m. § 222 ZPO i.V.m. §§ 187 ff. BGB. Nach der Gegenauffassung erfolgt die Fristberechnung über §§ 79 i.V.m. 31 I VwVfG i.V.m. §§ 187 ff. BGB. Da beide Verweisketten bei den §§ 187 ff. BGB enden, ist Fristbeginn gem. § 187 I BGB der ... (Datum, Uhrzeit).“ Folgt man der favorisierungswürdigen „verwaltungsverfahrenrechtlichen Lösung“ und fällt das Fristende der Widerspruchsfrist auf einen Samstag, Sonntag oder gesetzlichen Feiertag, greift (wegen § 31 I VwVfG) stets § 31 III VwVfG (sog. „Montagsregelung“), sodass es eines Rückgriffs auf § 193 BGB nicht bedarf.

Beispiel: K erhält mittels schriftlichen Verwaltungsakts von der Gewerbebehörde auf der Grundlage des § 35 I GewO die Untersagung der Fortsetzung seines Gewerbes wegen angeblicher Unzuverlässigkeit. Absendedatum des Bescheids war der 20.3.2024 (Mittwoch). Tatsächlich zugegangen ist er dem K einen Tag später, also am 21.3.2024.

⁹³⁰ Siehe den Fall BVerwG NVwZ 2019, 245.

⁹³¹ Zu den Begriffen Wirksamkeit, Unwirksamkeit, Rechtswidrigkeit und Nichtigkeit vgl. Rn 503 ff.

Gemäß § 41 II S. 1 VwVfG *gilt* der schriftliche Verwaltungsakt am dritten Tag nach der Aufgabe zur Post als bekannt gegeben, es sei denn, dass er tatsächlich später zugeht. Demnach gilt vorliegend der Bescheid als dem K am 23.3.2024 (Samstag) bekannt gegeben, sodass die Widerspruchsfrist (wegen § 41 II VwVfG i.V.m. § 31 I VwVfG i.V.m. § 187 I BGB) am 24.3.2024 (Sonntag) um 0 Uhr zu laufen beginnt. Dass der Fristbeginn (der 24.3.2024) auf einen Sonntag fiel, spielt wegen der Unanwendbarkeit des § 31 III VwVfG auf gesetzliche Fiktionen beim *Fristbeginn* keine Rolle. K müsste seinen Widerspruch daher gem. § 57 II VwGO i.V.m. § 222 ZPO i.V.m. §§ 187 I, 188 II BGB oder gemäß der dogmatisch vorzugswürdigen Regelung der §§ 79 i.V.m. 31 I VwVfG i.V.m. §§ 187 I, 188 II BGB bis zum 23.4.2024 (Dienstag) um 24 Uhr bei der Behörde einreichen.

b. Fristende; „Montagsregelung“ des § 31 III S. 1 VwVfG

Fällt das **Ende** der Widerspruchsfrist auf einen **Samstag, Sonntag** oder gesetzlichen **Feiertag**, endet die Frist gem. § 31 III S. 1 VwVfG („Montagsregelung“) erst am nächsten Werktag um 24 Uhr, da es sich hier schlicht um das Ende einer Frist und nicht um eine Fiktion handelt, § 31 III S. 1 VwVfG also greift. Wegen des abschließenden Charakters des § 31 III VwVfG (siehe § 79 Halbs. 2 VwVfG) im Widerspruchsverfahren als Verwaltungsverfahren bedarf es im Anwendungsbereich des § 31 III VwVfG auch keines Rückgriffs auf §§ 70, 58 I, 57 II VwGO, § 222 ZPO i.V.m. § 193 BGB. Es bleibt bei § 79 Halbs. 2 VwVfG i.V.m. § 31 III S. 1 VwVfG (oben Rn 266).

484

Beispiel: Gölte im Beispiel von Rn 483 der Bescheid als dem K am 28.3.2024 (Donnerstag) bekannt gegeben, sodass die Widerspruchsfrist (wegen § 41 II VwVfG i.V.m. § 31 I VwVfG i.V.m. § 187 I BGB) am 29.3.2024 (Freitag) um 0 Uhr zu laufen begänne, endete die Widerspruchsfrist an sich am 28.4.2024 (Sonntag). Wegen der Regelung des § 31 III S. 1 VwVfG endete die Widerspruchsfrist aber erst am 29.4.2024 (Montag).

Die „Montagsregelung“ des § 31 III S. 1 VwVfG greift jedoch gem. § 31 III S. 2 VwVfG nicht, wenn dem Betroffenen unter Hinweis auf § 31 III VwVfG ein bestimmter Tag als Ende der Frist mitgeteilt wird. Das bedeutet: Eine an einem Samstag, Sonntag oder gesetzlichen Feiertag endende Frist endet nicht erst mit dem Ablauf des nächstfolgenden Werktags, sondern am Tag des eigentlichen Fristendes. Um aber den Grundsatz aus § 31 III S. 1 VwVfG nicht auszuhöhlen, ist der Anwendungsbereich des § 31 III S. 2 VwVfG eng zu handhaben. Die Behörde muss also einen gewichtigen Sachgrund dafür vorbringen, dass die Frist zwingend am eigentlichen Tag enden soll.

485

c. Gesetzliche/behördliche Fristen

Schließlich ist zu beachten: Die bisherigen Ausführungen zu den Fristen bezogen sich auf **gesetzliche Fristen**, also auf Fristen, die durch Rechtsnormen (Gesetz, Verordnung oder Satzung), nicht aber durch Verwaltungsvorschrift festgelegt sind⁹³². Demgegenüber handelt es sich bei **behördlichen Fristen** um solche, die auch in Verwaltungsvorschriften enthalten sein können; sie können schlicht von der Behörde (und müssen nicht durch Rechtsnormen) festgesetzt werden. Bei beiden Arten handelt es sich aber um **Ausschlussfristen**, die sich von den Verjährungsfristen dadurch unterscheiden, dass sie von Amts wegen zu beachten sind und nicht als Einrede geltend gemacht werden müssen. Gesetzliche und behördliche Ausschlussfristen beginnen erst dann zu laufen, wenn sie dem Betroffenen bekannt gegeben bzw. mitgeteilt wurden und unterfallen der Regelung des § 31 VwVfG, sodass auch behördliche Ausschlussfristen bspw. die genannten Fiktionen auslösen.

486

⁹³² Michler, in: BeckOK VwVfG, § 31 Rn 13.

Beispiel: Die Hamburger Wirtschaftsbehörde gewährt zur Überbrückung von Liquiditätsgapen für bestimmte Unternehmen bei der Umstellung auf erneuerbare Energien Finanzhilfen. Anträge können laut Förderrichtlinien bis zum 31.10.2024 gestellt werden.

In diesem Fall handelt es sich um eine behördliche Frist. Da es sich bei dem 31.10.2024 gem. § 193 Halbs. 2 BGB um einen am Erklärungs- oder Leistungsort (hier: Hamburg) staatlich anerkannten allgemeinen Feiertag handelt, greift die Folge, dass an die Stelle dieses Tages der nächste Werktag fällt. Fristablauf ist daher am 1.11.2024.

487 Besteht eine Ausschlussfrist, können entsprechende Rechtshandlungen im Verwaltungsverfahren nicht mehr eingefordert werden.⁹³³ Jedoch können behördliche Fristen – anders als gesetzliche – seitens der Behörde verlängert werden, sofern Verlängerungsgründe bestehen. Dem Versäumnis von gesetzlichen Fristen kann allenfalls mittels Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gem. § 32 VwVfG begegnet werden.

Beispiel: Im von Professor P durchgeführten Seminar „Grundzüge des Umweltrechts“ sind als Prüfungsleistungen Hausarbeiten im Umfang von 15 Seiten vorgesehen. Die Bearbeitungszeit beginnt am 29.4.2024 und beträgt 3 Wochen.

- ⇒ Sollte der Bearbeitungszeitraum von 3 Wochen in der Prüfungsordnung (= Satzung) festgelegt sein, handelt es sich um eine gesetzliche Frist. Ein Fristversäumnis (etwa wegen Krankheit) ist durch Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gem. § 32 VwVfG zu entschuldigen.
- ⇒ Handelt es sich aber um eine behördliche Frist (etwa, weil die Bearbeitungszeit lediglich in den „Seminarrichtlinien“ des P verankert ist), ist der Krankheitszeit durch Verlängerung der Bearbeitungszeit zu begegnen. Ob die Fristverlängerung auf Antrag oder von Amts wegen erfolgt, ist einerlei. In jedem Fall muss bei Vorliegen der Verlängerungsvoraussetzungen Verlängerung gewährt werden.

Da gem. § 32 II S. 1 VwVfG der Wiedereinsetzungsantrag innerhalb von zwei Wochen nach Wegfall des Hindernisses zu stellen ist, könnte daraus geschlossen werden, dass ein Antrag auf Wiedereinsetzung bzw. eine antragslos gewährte Wiedereinsetzung erst nach Ablauf des eigentlichen Bearbeitungszeitraums gestellt bzw. erfolgen kann. Dieses Problem stellt sich nicht im Fall der behördlichen Frist, da diese jederzeit (und damit auch vor Ablauf des Bearbeitungszeitraums) verlängert werden kann; gesetzliche Fristen können nicht durch behördliche Entscheidung verlängert werden. Aber auch im Fall der gesetzlichen Frist ist i.d.R. Abhilfe dadurch geschaffen, dass nach der Prüfungsordnung (auf Antrag) Bearbeitungszeitverlängerung bei Krankheit zu gewähren ist.

Relevant wird die Unterscheidung zwischen gesetzlicher oder behördlicher Frist aber, wenn das Ende der Bearbeitungszeit auf einen Samstag, Sonntag oder gesetzlichen Feiertag fällt (vorliegend: Pfingstmontag, der 20.5.2024). Im Fall einer gesetzlichen Frist greift die „Montagsregelung“ des § 31 III S. 1 VwVfG (vorliegend Abgabetag daher Dienstag, der 21.5.2024); eine Abweichung gem. § 31 III S. 2 VwVfG wäre in diesem Fall wohl nicht zulässig. Besteht aber eine behördliche Frist, bleibt es bei dem 20.5.2024 als Abgabetag. Freilich kann eine Einheitlichkeit dadurch erreicht werden, dass bei einer gesetzlichen Frist der Bearbeitungsbeginn so gelegt wird, dass das Fristende auf einen Werktag fällt.

d. Zugang des Widerspruchs

488 Der Widerspruch muss spätestens am letzten Tag der Widerspruchsfrist bei der Behörde (Ausgangs- oder Widerspruchsbehörde) eingegangen sein. Auf die Geschäftszeit der Behörde kommt es nicht an, sodass der Zugang bis 24 Uhr möglich ist, auch,

⁹³³ Michler, in: BeckOK VwVfG, § 31 Rn 20.

wenn die Behörde erst am nächsten Tag davon Kenntnis nimmt. Insofern kommt es – in Abweichung zum Zivilrecht – also nur auf den Eintritt in den räumlichen Machtbereich der Behörde an, nicht auf deren Kenntnisnahmemöglichkeit. Auch die Rechtsprechung stellt allein darauf ab, dass der Widerspruch (mit Wissen und Wollen des Widerspruchsführers) in den Verfügungsbereich der Behörde gelangt ist.⁹³⁴ Der Widerspruchsführer hat das Recht, die Frist „buchstäblich bis zur letzten Sekunde auszunutzen“⁹³⁵, etwa durch Einwurf des Widerspruchs in den Briefkasten des Behördengebäudes. Freilich trägt der Widerspruchsführer die Beweislast für den rechtzeitigen Einwurf.⁹³⁶ Handelt es sich um einen Nachtbriefkasten, ist das i.d.R. unproblematisch. Bei fehlendem Nachtbriefkasten kann hingegen der rechtzeitige Einwurf i.d.R. nicht nachgewiesen werden. Aber auch hier soll nach der Rechtsprechung der Einwurf in den „normalen Hausbriefkasten“ genügen, solange der Widerspruchsführer den rechtzeitigen Einwurf glaubhaft gemacht hat.⁹³⁷ So heißt es wörtlich:

„In diesem Fall ist bei dem glaubhaften Vortrag seitens der Klägerin, sie habe ihren Widerspruch schon am 27.4.2020 abends in den Briefkasten des Jugendamts der Beklagten eingeworfen, davon auszugehen, dass der Widerspruch rechtzeitig erhoben worden ist (vgl. Dolde/Posch in: Schoch/Schneider, Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung, Stand: Juli 2021, § 70 Rn. 25). Denn der Bürger muss Rechtsmittelfristen voll ausschöpfen und die Rechtsbehelfsschrift auch nach Dienstschluss in den Hausbriefkasten der Behörde einwerfen können. Die Behörden müssen somit Vorkehrungen treffen, dass die Frist ausgenutzt werden kann. Sind derartige Vorkehrungen – wie vorliegend – nicht vorhanden und wird der Widerspruch am letzten Tag der Frist in den gewöhnlichen Briefkasten eingeworfen, darf sich das Organisationsverschulden der Beklagten nicht zu Lasten der Widerspruchsführerin – hier der Klägerin – auswirken, wenn sie – wie geschehen – glaubhaft vorträgt, ihr Widerspruchsschreiben schon am Abend des 27.4.2020 in den Briefkasten des Jugendamts der Beklagten eingeworfen zu haben.“⁹³⁸ Der Gegenbeweis für die Unrichtigkeit des (am nächsten Tag gefertigten) Eingangsstempels (§ 98 VwGO i.V.m. § 418 II ZPO) sei dann erbracht.⁹³⁹ Welche Anforderungen indes an die Glaubhaftmachung bestehen, ist unklar. Im Zweifel wird die Behörde auch das Einwerfen bis kurz vor Leerung am nächsten Tag genügen lassen müssen, wenn sie keine Vorkehrungen für den Nachweis trifft.

e. Verwaltungsakte mit Drittwirkung

Sofern es sich um einen **(begünstigenden) Verwaltungsakt mit (belastender) Drittwirkung** handelt (dazu bereits Rn 360, 481), stellt sich daher ein Problem, wenn die Bekanntgabe an den Dritten unterblieben ist und dieser (weit) nach Ablauf eines Monats Kenntnis von dem ihn belastenden Bescheid erlangt und Widerspruch einlegen möchte. Jedenfalls setzt die Bekanntgabe an den Adressaten nicht zugleich die Rechtsbehelfsfristen auch für den beteiligten Nichtadressaten (Dritten) in Lauf.⁹⁴⁰ Noch nicht einmal die Jahresfrist des § 58 II VwGO ist einschlägig, da sich diese Vorschrift auf die fehlende Rechtsbehelfsbelehrung bezieht, also von einer wirksamen Bekanntgabe ausgeht.⁹⁴¹ Allerdings kann der Dritte sein Widerspruchsrecht **verwir-**

489

⁹³⁴ OVG Münster 3.9.2018 – 12 A 1614/17.

⁹³⁵ *Hüttenbrink*, in: BeckOK VwGO, § 70 Rn 8.

⁹³⁶ *Hüttenbrink*, in: BeckOK VwGO, § 70 Rn 8 mit Verweis auf OVG Münster 28.1.2004 – 1 A 458/01; VGH München 9.2.2007 – 3 B 03.519; VG Augsburg 22.4.2008 – Au 1 K 07.1348; OVG Weimar ThürVfBl 2011, 197; OVG Münster 3.9.2018 – 12 A 1614/17.

⁹³⁷ VG Stuttgart 27.10.2021 – 7 K 3283/20.

⁹³⁸ VG Stuttgart 27.10.2021 – 7 K 3283/20 Rn 18.

⁹³⁹ VG Stuttgart 27.10.2021 – 7 K 3283/20 Rn 19.

⁹⁴⁰ Siehe BVerwGE 44, 294, 296 ff. (Baunachbar); BVerwG NVwZ 2019, 245, 246 (Baunachbar); VGH Mannheim DVBl 2012, 1181 (Immissionsschutzrechtliche Genehmigung); OVG Lüneburg NdsVfBl 2023, 122 (Baunachbar).

⁹⁴¹ Auch das BVerwG macht deutlich, dass es in diesen Fällen § 58 II VwGO weder direkt noch analog anwendet, siehe BVerwGE 44, 294, 296 ff. (Baunachbarwiderspruch); BVerwG NVwZ 2019, 245, 246 (Baunachbarwiderspruch).

ken. Jedenfalls im Bereich **baurechtlicher Nachbarklagen** versagt das BVerwG⁹⁴² dem Nachbarn nach Treu und Glauben die Berufung auf die fehlende amtliche Bekanntmachung dann, wenn er auf andere Weise sichere Kenntnis von der Baugenehmigung erlangt hat oder hätte erlangen müssen. In diesem Fall soll die Widerspruchsfrist in Anlehnung an § 70 i.V.m. § 58 II VwGO so laufen, als sei ihm die Baugenehmigung in dem Zeitpunkt amtlich bekannt gegeben worden, in dem er von ihr sichere Kenntnis erlangt hat oder hätte erlangen können.⁹⁴³ Die Gegenauffassung⁹⁴⁴ lehnt in solchen Fällen zwar die Orientierung an § 58 II VwGO ab, kommt aber bei der Anwendung des Grundsatzes *Treu und Glauben* i.d.R. zum gleichen Ergebnis.

Beispiel⁹⁴⁵: Antragsgemäß erließ die Baubehörde am 5.1.2024 gegenüber Bauherrn B die Baugenehmigung zur Erweiterung einer Stallanlage; sie wurde B am 9.1.2024 bekannt gegeben. Dem Nachbarn N₁ wurde sie gemäß der Fiktionsregelung des § 41 II S. 1 VwVfG am 12.1.2024 bekannt gegeben. Dieser legte am 12.2.2024 Widerspruch ein. Die Behörde versäumte es jedoch, die Genehmigung auch dem Nachbarn N₂ bekannt zu geben. Dieser erfuhr von der Existenz der Baugenehmigung nur dadurch, dass er aufgrund seiner Verärgerung über die Bauarbeiten B zur Rede stellte und daraufhin am 6.3.2024 bei der Behörde Einsicht in die Bauakte nahm. Am 8.3.2024 erhob N₂ Widerspruch.

Zu N₁: Da gegenüber N₁ die Bekanntgabe am 12.1.2024 erfolgte, begann für ihn die Widerspruchsfrist am 13.1.2024 um 00:00 Uhr und endete am 12.2.2024 um 24:00 Uhr (§§ 79, 31 I VwVfG i.V.m. § 187 I BGB). Der Widerspruch des N₁ wurde also rechtzeitig erhoben.

Zu N₂: Hinsichtlich N₂ besteht das Problem, dass er erst rund 2 Monate nach Erlass der Baugenehmigung Widerspruch einlegte, obwohl § 70 I S. 1 VwGO einen Widerspruch nur innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe zulässt. Allerdings ist zu beachten, dass gegenüber N₂ keine Bekanntgabe erfolgt ist. Zwar wird er von B eine entsprechende Information erhalten haben und spätestens bei der Einsichtnahme in die Bauakte hat er sichere Kenntnis erlangt. Jedoch stellt dies keine „amtliche“ Bekanntgabe (gegenüber N₂) dar, die Rechtsbehelfsfristen zum Laufen bringt.⁹⁴⁶

Daher besteht für N₂ an sich überhaupt keine Ausschlussfrist; nicht einmal die Jahresfrist gem. § 58 II VwGO ist einschlägig, da diese zumindest die Bekanntgabe voraussetzt. Würde man aber annehmen, dass die Frist des § 70 I VwGO ohne Bekanntgabe an den Beschwerdeführer überhaupt nicht zu laufen beginnt, würde ein drittwirkender Verwaltungsakt praktisch nie Bestandskraft erlangen. Ein Drittbetroffener könnte daher auch nach geraumer Zeit die Regelung zu Fall bringen. Das schutzwürdige Interesse des Begünstigten würde nicht hinreichend gewahrt. Daher muss der Drittbelastete – im Baurecht aus Rücksicht auf das nachbarschaftliche Gemeinschaftsverhältnis – nach der Rechtsprechung des BVerwG nach Treu und Glauben in Orientierung an § 58 II VwGO von dem Zeitpunkt an, von dem er von dem Verwaltungsakt (z.B. Baugenehmigung) sichere Kenntnis erlangt hat oder hätte erlangen können⁹⁴⁷, sich so behandeln lassen, als sei ihm die Regelung amtlich bekannt gegeben worden.

N₂ erlangte sichere Kenntnis zwar wohl noch nicht durch das Gespräch mit B, jedoch dadurch, dass er am 6.3.2024 bei der Behörde Einsicht in die Bauakte nahm. Dies hat zur Folge, dass er – aufgrund fehlender Rechtsbehelfsbelehrung – nach der Fristberechnung der §§ 70, 58 II VwGO innerhalb eines Jahres ab diesem Zeitpunkt Wider-

⁹⁴² BVerwGE 44, 294, 296 ff.; BVerwG NVwZ 2019, 245, 246; OVG Lüneburg NdsVBl 2023, 122 nennt die „analoge“ Anwendung des § 58 II VwGO.

⁹⁴³ BVerwGE 44, 294, 300 f.; BVerwG NVwZ 2019, 245, 246. Auffällig ist, dass das BVerwG es vermeidet, von einer „analogen Anwendung“ der genannten Vorschriften zu sprechen, sondern auf Treu und Glauben abstellt und sich dabei an § 58 II VwGO orientiert. OVG Lüneburg NdsVBl 2023, 122 nennt die „analoge“ Anwendung des § 58 II VwGO.

⁹⁴⁴ Redeker/v. Oertzen, VwGO, § 70 Rn 2b; Hufen, VerwProzR, § 6 Rn 29; W.-R. Schenke, in: Kopp/Schenke, VwGO, § 70 Rn 6g.

⁹⁴⁵ In Anlehnung an BVerwG NVwZ 2019, 245 (und Maurer/Waldhoff, AllgVerwR, Rn 71) – Datumsangaben geändert.

⁹⁴⁶ BVerwG NVwZ 2019, 245, 246.

⁹⁴⁷ BVerwGE 44, 294, 300 f.; BVerwG NVwZ 2019, 245, 246; OVG Lüneburg NdsVBl 2023, 122.

spruch erheben muss.⁹⁴⁸ Die Gegenauffassung orientiert sich nicht an den §§ 70, 58 II VwGO, sondern stellt darauf ab, dass mangels einer Bekanntgabe die Rechtsbehelfsfrist überhaupt nicht zu laufen beginnt, sodass der Drittwiderspruch (bzw. die Drittanfechtungsklage) grundsätzlich fristungebunden möglich ist. Allerdings kann der Anspruch auf Aufhebung des Verwaltungsakts auch hier durch Verwirkung ausgeschlossen sein. Im Ergebnis kann eine Entscheidung aber regelmäßig dahinstehen, da die Gegenauffassung auch die vom BVerwG zugrunde gelegte Jahresfrist als Indiz für die Verwirkung wertet. Allerdings ist trotz Jahresfrist eine Verwirkung schon zeitlich früher möglich, wenn der Nachbar unnötig lange gewartet, sich also rechtsmissbräuchlich verhalten hat.⁹⁴⁹ Bei N₂ ist weder die Jahresfrist abgelaufen noch hat er sich rechtsmissbräuchlich verhalten. Auch er hat damit fristgerecht Widerspruch erhoben.

Wurde der Verwaltungsakt dem belasteten Dritten jedoch amtlich bekannt gegeben, wird die Monatsfrist des § 70 I VwGO auch dann ausgelöst, wenn ihm lediglich eine abstrakte Rechtsbehelfsbelehrung beigelegt war. Diese bezieht sich ohne weiteres auch auf einen potenziell Drittbetroffenen.⁹⁵⁰ Dem Verwaltungsakt muss daher nicht zusätzlich ein Begleitschreiben beigelegt werden, das die Geltung der Rechtsbehelfsbelehrung speziell dem Drittbetroffenen gegenüber anordnet.

490

f. Besonderheiten im Beamtenrecht

Schließlich soll auf die Besonderheit von **beamtenrechtlichen** allgemeinen Leistungs- und Feststellungsklagen eingegangen werden: Gemäß § 126 II BBG bzw. § 54 II S. 1 und 2 BeamtStG ist auch vor diesen Klagen die erfolglose Durchführung eines Widerspruchsverfahrens erforderlich.⁹⁵¹ Fraglich ist aber diesbezüglich, ob auch die Widerspruchsfrist des § 70 VwGO gilt. Das BVerwG hält die Einhaltung der Monatsfrist des § 70 VwGO nur dann für erforderlich, wenn die zu überprüfende Maßnahme der Bestandskraft zugänglich ist. Das soll bei einer dienstlichen Beurteilung nicht der Fall sein.⁹⁵² Freilich steht diese Rechtsprechung in Widerspruch zu dem klaren Wortlaut des § 54 II S. 1 BeamtStG, der undifferenziert auf den 8. Abschnitt der VwGO (und somit auch auf § 70 VwGO) verweist. Für das Bundesdisziplinarrecht sieht § 41 II BDG jedenfalls ausdrücklich die Einhaltung der Voraussetzungen des § 70 VwGO vor.

491

4. Sonderfall Allgemeinverfügungen

Zur Möglichkeit der öffentlichen Bekanntgabe von Einzelverwaltungsakten gem. § 41 III S. 1 VwVfG und von Allgemeinverfügungen gem. § 41 III S. 2 VwVfG siehe Rn 479 f.

492

5. Insbesondere: Verkehrszeichen (Verkehrsschilder)

Näher zu betrachten ist das Erlangen der Wirksamkeit bei den **Verkehrszeichen**. Diese werden als benutzungsregelnde Allgemeinverfügungen i.S.v. § 35 S. 2 Var. 3 VwVfG angesehen (siehe Rn 421), müssen also wie alle Verwaltungsakte zu ihrer Wirksamkeit dem Betroffenen bekannt gegeben werden. Nach den dargestellten allgemeinen Regeln wird ein Verwaltungsakt gegenüber dem Betroffenen in dem Zeitpunkt wirksam, in dem er ihm bekannt gegeben wird (§ 43 I VwVfG). Die Bekanntgabe beurteilt sich wiederum nach § 41 VwVfG. Die in § 41 III S. 1 VwVfG vorgesehene *öffentliche* Bekanntgabe, bei der es nur auf die abstrakte Kenntnisaufnahme

493

⁹⁴⁸ BVerwG NVwZ 2019, 245, 246; OVG Lüneburg NdsVBl 2023, 122.

⁹⁴⁹ Redeker/v. Oertzen, VwGO, § 70 Rn 2b; Hufen, VerwProzR, § 6 Rn 29; W.-R. Schenke, in: Kopp/Schenke, VwGO, § 70 Rn 6g.

⁹⁵⁰ BVerwG NJW 2010, 1686.

⁹⁵¹ Bei Landesbeamtenverhältnissen kann ein Landesgesetz (Beamtengesetz; Ausführungsgesetz zur VwGO) die Durchführung des Vorverfahrens ausschließen, § 54 II S. 3 BeamtStG. Zum Verhältnis zu § 126 BRRG vgl. R. Schmidt, VerwProzR, Rn 27.

⁹⁵² BVerwGE 49, 351, 354; vgl. auch BVerwGE 52, 247, 252.

möglichkeit ankommt, greift bei Verkehrszeichen jedoch nicht, da Verkehrszeichen keine Einzelverwaltungsakte darstellen und im Übrigen auch keine Rechtsvorschrift existiert, die diese Form der Bekanntgabe zulassen könnte. Zwar kommt dann noch die Regelung des § 41 III S. 2 VwVfG in Betracht, der zufolge eine öffentliche Bekanntgabe von Allgemeinverfügungen möglich ist, wenn eine individuelle Bekanntgabe untunlich ist, jedoch hat das BVerwG diese Frage ausdrücklich offengelassen. Es hat entschieden, dass die Bekanntgabe jedenfalls von solchen Verkehrszeichen, die den **fließenden**⁹⁵³ Verkehr regeln, allein nach den bundesrechtlichen Vorschriften der Straßenverkehrsordnung **durch Aufstellen des Verkehrszeichens**⁹⁵⁴ erfolge.⁹⁵⁵ Seien Verkehrszeichen so aufgestellt oder angebracht, dass sie ein durchschnittlicher Kraftfahrer bei Einhaltung der nach § 1 StVO erforderlichen Sorgfalt schon „mit einem raschen und beiläufigen Blick“ erfassen könne, äußerten sie ihre Rechtswirkung gegenüber jedem von der Regelung betroffenen Verkehrsteilnehmer, gleichgültig, ob er das Verkehrszeichen tatsächlich wahrnehme oder nicht. Es komme allein auf die **theoretische Möglichkeit der Kenntnisnahme** an⁹⁵⁶, sofern nur der Verkehrsteilnehmer bei Einhaltung der nach § 1 StVO erforderlichen Sorgfalt und ungestörten Sichtverhältnissen während der Fahrt das Schild ohne weiteres erkennen könne⁹⁵⁷.

494 Damit gelten Verkehrszeichen unter den o.g. Voraussetzungen also allein durch ihr **Aufstellen** als **bekannt gegeben**. Von praktischer Bedeutung ist dies vor allem für diejenigen Personen, die z.B. Jahre nach der Aufstellung des Verkehrszeichens zum ersten Mal mit ihm konfrontiert werden (dazu sogleich), und für diejenigen, die als Halter eines Kfz eine Zustandsverantwortlichkeit trifft und die daher auch für den Fall, dass ihnen die Kenntnisnahme gar nicht möglich war, weil sie das Kfz gar nicht geführt hatten (Fahrer und Halter können ja personenverschieden sein), gleichwohl als Adressaten und damit als Pflichtige für eine etwaige Verwaltungsvollstreckung angesehen werden.

495 Aufgrund ihrer Qualifikation als Allgemeinverfügungen und damit als Verwaltungsakte unterliegen Verkehrszeichen der Möglichkeit der **Anfechtung** mittels Widerspruchs und Anfechtungsklage (§§ 68 I S. 1 und 42 I Var. 1 VwGO). Gemäß § 70 I S. 1 VwGO **beginnt die Widerspruchsfrist** mit der Bekanntgabe. Bei Verkehrszeichen müsste man daher annehmen, dass die Widerspruchsfrist in konsequenter Fortführung der o.g. Rspr. des BVerwG **mit der Aufstellung** zu laufen beginne.⁹⁵⁸ Wegen fehlender Rechtsbehelfsbelehrung würde jedenfalls nicht die Monatsfrist gem. §§ 70, 74 I VwGO, sondern grundsätzlich die **Jahresfrist** (vgl. § 58 II VwGO) gelten. Konsequenzen hat diese (folgerichtige) Auffassung für solche Verkehrsteilnehmer, die das Verkehrszeichen erst später als ein Jahr nach seiner Aufstellung zur Kenntnis nehmen können, z.B. weil sie zuvor die Straße zu keinem Zeitpunkt befahren hatten. Diese könnten das Verkehrsschild also nicht mehr anfechten, weil die – mangels Rechtsmittelbelehrung maßgebliche – Jahresfrist für den Widerspruch gegen das Verkehrsschild verstrichen ist.⁹⁵⁹ Eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gem. § 60 VwGO würde jedenfalls an § 60 III VwGO scheitern. Den Betroffenen bliebe im Falle der Rechtswidrigkeit des Schildes nur die Möglichkeit, eine Rücknahme zu beantragen (§ 48 I VwVfG). Dies änderte jedoch nichts daran, aus dem rechtswidrigen Straßenverkehrsschild zunächst in Anspruch genommen zu werden.

⁹⁵³ Zur Bekanntgabe von Verkehrsschildern, die den ruhenden Verkehr betreffen, vgl. Rn 500.

⁹⁵⁴ Vgl. insbesondere §§ 39, 45 IV StVO

⁹⁵⁵ BVerwGE 102, 316, 318 f.; bestätigt in BVerwG NJW 2011, 246, 247; BVerwG NJW 2016, 2353, 2354.

⁹⁵⁶ BVerwG a.a.O.

⁹⁵⁷ BVerwG NJW 2016, 2353, 2354.

⁹⁵⁸ So etwa VGH Mannheim JZ 2009, 738 f.

⁹⁵⁹ VGH Mannheim JZ 2009, 738 f.; a.A. *Bitter/Goos*, JZ 2009, 740; *Beaucamp*, JA 2008, 612, 615.

Aufgrund dieser (vermeintlichen) Rechtsschutzverkürzung war es nur eine Frage der Zeit, bis das BVerwG erneut angerufen werden würde. In seiner Entscheidung vom 23.9.2010⁹⁶⁰ hat das Gericht zunächst noch einmal klargestellt, dass die Bekanntgabe eines Verkehrszeichens mit seiner Aufstellung erfolge. Sodann hat es festgestellt, dass mit diesem Zeitpunkt nicht notwendigerweise auch die Rechtsbehelfsfrist zu laufen beginne. Diese Frist werde vielmehr erst dann ausgelöst, wenn sich der betreffende Verkehrsteilnehmer erstmals der Regelung des Verkehrszeichens gegenübersehe. Jedes andere Verständnis geriete in Konflikt mit der Rechtsweggarantie des Art. 19 IV GG, die es verbiete, den Rechtsschutz in unzumutbarer, durch Sachgründe nicht mehr zu rechtfertigender Weise zu erschweren. Lief die Anfechtungsfrist für jedermann schon mit dem Aufstellen des Verkehrsschildes, könne ein Verkehrsteilnehmer, der mehr als ein Jahr später erstmals mit dem Verkehrszeichen konfrontiert werde, keinen Rechtsschutz erlangen; denn bis zu diesem Zeitpunkt sei er an der Einlegung eines Rechtsbehelfs mangels individueller Betroffenheit (§ 42 II VwGO) gehindert, danach würde ihm der Ablauf der einjährigen Anfechtungsfrist entgegengehalten. Dieses Rechtsschutzdefizit werde auch durch die Möglichkeit, ein Wiederaufgreifen des Verfahrens zu beantragen, nicht in der verfassungsrechtlich gebotenen Weise ausgeglichen, dies schon wegen der besonderen Voraussetzungen, die § 51 VwVfG an einen solchen Rechtsbehelf stelle.⁹⁶¹ Schließlich sei zu beachten, dass die gem. § 58 II VwGO maßgebliche einjährige Rechtsbehelfsfrist nicht erneut zu laufen beginne, wenn sich derselbe Verkehrsteilnehmer demselben Verkehrszeichen ein weiteres Mal gegenübersehe. Der Inhalt des Verkehrszeichens, das dem Verkehrsteilnehmer bei seinem erstmaligen Herannahen bekannt gemacht wurde, gelte ihm gegenüber fort, solange seine Anordnung und Bekanntgabe aufrechterhalten blieben. Komme der Verkehrsteilnehmer erneut an diese Stelle, habe das Verkehrszeichen für ihn nur eine erinnernde Funktion.⁹⁶²

Diese Rechtsprechung ist mit Blick auf den klaren Wortlaut des § 70 VwGO, wonach die Frist zur Einlegung eines Rechtsbehelfs mit Bekanntgabe des Verwaltungsakts zu laufen beginnt, nicht ganz unproblematisch. Da das BVerwG aber zugunsten des Rechtsschutzsuchenden von der gesetzlichen Regelung abweicht, kann ihr im Ergebnis durchaus gefolgt werden. Damit lässt sich nun folgender gesicherter Befund aufstellen:

- Die **Bekanntgabe** eines als Allgemeinverfügung zu qualifizierenden Verkehrszeichens erfolgt durch sein Aufstellen.
- Ob ein Widerspruch statthaft ist, richtet sich nach § 68 I S. 2 VwGO und den Vorschriften der landesrechtlichen Ausführungsgesetze. Sollte ein Widerspruchsverfahren ausgeschlossen sein, ist sofort die Anfechtungsklage statthaft. In jedem Fall beträgt die **Rechtsbehelfsfrist** wegen fehlender Rechtsbehelfsbelehrung ein Jahr (§§ 70 II, 58 II VwGO). Eine mit Widerspruch bzw. Anfechtungsklage grds. verbundene aufschiebende Wirkung (§ 80 I S. 1 VwGO) entfällt unter analoger Anwendung des § 80 II Nr. 2 VwGO, weil bei Gewährung von aufschiebender Wirkung sonst ein Verkehrschaos entstünde.⁹⁶³
- Die Rechtsbehelfsfrist beginnt nicht etwa mit Bekanntgabe zu laufen, sondern erst dann, wenn sich der Straßenverkehrsteilnehmer **erstmalig mit der Regelung konfrontiert** sieht. Bei nochmaliger Konfrontation mit dem Verkehrsschild beginnt die Frist daher nicht erneut zu laufen.

⁹⁶⁰ BVerwG NJW 2011, 246 ff.

⁹⁶¹ BVerwG NJW 2011, 246, 247.

⁹⁶² BVerwG NJW 2011, 246, 247.

⁹⁶³ H.M., vgl. nur BVerwGE 102, 316 ff.; OVG Münster NJW 1998, 329; *Kopp/Schenke*, VwGO, § 80 Rn 64 - dazu *R. Schmidt*, *VerwProzR*, Rn 908. Siehe auch *Beaucamp*, JA 2016, 436, 439.

- 498** Danach wird auch ein **nachträglich aufgestelltes Halteverbot** im Zeitpunkt der Aufstellung auch demjenigen gegenüber wirksam, der sein Fahrzeug zuvor erlaubtermaßen dort abgestellt hatte. Denn obwohl der Betroffene sich nicht persönlich vor Ort befunden hat, ist er nach Auffassung des BVerwG Verkehrsteilnehmer und somit Adressat der durch das Verkehrszeichen getroffenen Anordnung. Verkehrsteilnehmer sei nämlich nicht nur derjenige, der sich im Straßenverkehr bewege, sondern auch der Halter eines am Straßenrand geparkten Fahrzeugs, solange er – wie regelmäßig – Inhaber der tatsächlichen Gewalt über das Fahrzeug sei.⁹⁶⁴ Sowohl die Bekanntgabe als auch der Beginn der Rechtsbehelfsfrist erfolgen somit regelmäßig in dem Zeitpunkt der Aufstellung des Verkehrszeichens.
- 499** Hat ein Autofahrer aber weder bei der Anfahrt noch bei einer Umschau nach Verlassen des Kfz vom Standort des Stellplatzes aus ein Halteverbotsschild gesichtet, sind nach Auffassung des BVerwG eine Bekanntgabe und damit eine Wirksamkeit des Halteverbotsschildes zu verneinen. Zwar treffe einen Autofahrer eine Umschaupflicht, nicht aber eine Nachschaupflicht. Ein Autofahrer, der aufgrund der Verkehrssituation (Beispiel: bereits dicht beparkter Seitenstreifen) nicht damit rechne, dass weiter hinten entfernt ein Halteverbotsschild aufgestellt sei, müsse nicht die gesamte Straße zurücklaufen, um nach einem Halteverbotsschild zu schauen.⁹⁶⁵ Freilich steht dies in gewissem Widerspruch zur Rechtsprechung des BVerwG hinsichtlich der nachträglich aufgestellten Halteverbotsschilder und ist nach der hier vertretenen Auffassung auch nicht überzeugend. Es ist keine überzogene Forderung, von einem Autofahrer zu verlangen, er möge ggf. zurück bis zur letzten Kreuzung/Einmündung gehen, um zu überprüfen, ob ein Halteverbotsschild aufgestellt ist.
- 500** Zur prüfungsrelevanten Abschleppproblematik vgl. *R. Schmidt*, POR, Rn 1025 ff. sowie Fälle zum POR, Fall 13.
- 501** Die Wirksamkeit eines Verkehrsschildes **endet** spätestens, wenn ein entsprechender actus contrarius ergeht, wenn das Schild also aufgrund entsprechender Anordnung der zuständigen Straßenverkehrsbehörde **abgebaut** wird.
- 502** Fraglich ist schließlich, ob die Wirksamkeit zumindest vorübergehend suspendiert werden muss, wenn das Verkehrsschild infolge von Umwelteinflüssen (es etwa durch **Schneefall** bedeckt, durch Sturm um 90 oder 180 Grad gedreht oder schlicht durch Sträucher „zugewuchert“ ist) nicht erkennbar ist. In diesen Fällen kann die von der Rechtsprechung des BVerwG für ausreichend erachtete abstrakte Möglichkeit der Kenntnisnahme („Möglichkeit, das Schild durch einen raschen und beiläufigen Blick auch ohne Überlegungen erfassen zu können“) nicht ohne weiteres angenommen werden. Gleichwohl geht die Rechtsprechung auch dann von einer Bekanntgabe aus, wenn der Verkehrsteilnehmer die Bedeutung des Schildes aufgrund seiner Form erkennen kann (Beispiele: Stoppschild ist zwar verschneit, aber aufgrund der achteckigen Form und der Platzierung vor einer Straßenmündung als solches zu erkennen; das Verkehrszeichen „Vorfahrt achten“ ist zwar verschneit, aber aufgrund der dreieckigen, auf der Spitze stehenden Form und der Platzierung vor einer Straßenmündung als solches zu erkennen).⁹⁶⁶ Zur Begründung führt die Rechtsprechung aus, die Wirkung eines verschneiten Verkehrszeichens würde in der Konsequenz der bundesverwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung auch in Abwesenheit des Fahrzeugführers spätestens in dem Moment wieder eintreten, in dem das Zeichen wieder frei von Schnee wäre, was je nach Witterungsverhältnissen sehr rasch eintreten könne. Es

⁹⁶⁴ BVerwGE 102, 316, 319.

⁹⁶⁵ BVerwG NJW 2016, 2353, 2354.

⁹⁶⁶ VG München 27.8.2004 – M 7 K 03.3358 Rn 18.

könne nicht gewollt sein, dass sich je nach Wetterlage möglicherweise ständig etwas an der Wirksamkeit des Verkehrszeichens ändere. Sinnvollerweise müsse dieses wirksam bleiben, solange für den Verkehrsteilnehmer erkennbar sei, dass ein Verkehrszeichen aufgestellt sei und einschränkende Regelungen zum Inhalt haben könne.⁹⁶⁷ Das ist nicht unproblematisch, wenn der Verkehrsteilnehmer eben nicht klar erkennen kann, welche Regelung das verschneite Verkehrsschild zum Gegenstand hat. § 37 I VwVfG verlangt insbesondere eine hinreichende inhaltliche Bestimmtheit (dazu Rn 607 ff.). Der Adressat muss ohne weiteres erkennen können, was genau von ihm gefordert wird bzw. was in der ihn betreffenden Angelegenheit geregelt worden ist.⁹⁶⁸ Bei einem verschneiten Verkehrsschild wird man richtigerweise sogar davon ausgehen müssen, dass die Nichterkennbarkeit des Regelungsgegenstands so offensichtlich ist, dass eine Nichtigkeit nach § 44 I VwVfG vorliegt – unabhängig von der bereits problematischen Bekanntgabe –, was insbesondere anzunehmen ist, wenn mehrere Bedeutungen möglich sind (wie das bei Schildern über die zulässige Höchstgeschwindigkeit der Fall ist). Nach diesen Überlegungen kann auch bei ortskundigen Verkehrsteilnehmern nichts anderes gelten, denn auch an bekannten Strecken können Verkehrszeichen geändert werden und kann deren Regelung aufgrund von Schneebedeckung nicht erkennbar sein. Richtig denn auch das OLG Hamm, wonach ein durch Baum- und Buschbewuchs objektiv nicht mehr erkennbares Verkehrszeichen keine Rechtswirkung mehr entfaltet⁹⁶⁹ (wobei nicht erkennbar ist, ob das Gericht die Bekanntgabe verneint oder den Entfall der Rechtswirkung aus einem anderen Grund annimmt).

⁹⁶⁷ VG München 27.8.2004 – M 7 K 03.3358 Rn 18.

⁹⁶⁸ BVerwGE 84, 335, 338; 104, 301, 317 f.; BVerwG 24.6.2022 – 10 B 16.21 Rn 4.

⁹⁶⁹ OLG Hamm NZV 2011, 94.

V. Rechtmäßigkeit bzw. Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsakts und deren Rechtsfolgen

1. Einführung

- 503** Grundsätzlich gilt, dass rechtswidrige Staatsakte nichtig, d.h. rechtsunwirksam sind und von den Bürgern nicht beachtet werden müssen. Das ist vor dem Hintergrund der Grundrechte sowie des Rechtsstaats- und Demokratieprinzips (Art. 20 I, III GG) selbstverständlich. Dieser Grundsatz gilt aber nicht uneingeschränkt. So hat der parlamentarische Gesetzgeber entschieden, dass ein rechtswidriger Verwaltungsakt nur dann nichtig ist, wenn er an einem besonders schwerwiegenden Fehler leidet und dies bei verständiger Würdigung aller in Betracht kommenden Umstände offensichtlich ist (§ 44 VwVfG). Im Übrigen hat er den rechtswidrigen Verwaltungsakt grds. für wirksam erklärt (vgl. § 43 II VwVfG sowie den Umkehrschluss aus § 43 III VwVfG). Um aber eine Kollision mit den o.g. Verfassungsprinzipien zu vermeiden, muss ein rechtswidriger (aber wirksamer) Verwaltungsakt angefochten und aufgehoben werden können. Dies garantiert § 113 I S. 1 VwGO. Aufgabe des angerufenen Verwaltungsgerichts ist es dann, den fraglichen Verwaltungsakt auf seine Rechtmäßigkeit hin zu überprüfen. Sollte sich die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts herausstellen, hebt das Gericht ihn auf. Zentrales Element der Anfechtungsklage ist somit die **Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts**. Da aber – wie noch zu sehen sein wird – nicht alle Fehler eines Verwaltungsakts zu dessen Rechtswidrigkeit führen, sind die differenzierten **Fehlerfolgen** zu beachten.⁹⁷⁰
- 504** Der Verwaltungsakt kann mit *formellem* und *materiellem* Recht kollidieren. *Formell* fehlerhaft ist der Verwaltungsakt, wenn er nicht von der örtlich, sachlich und instanziiell zuständigen Behörde erlassen wurde sowie Verfahrens- und Formvorschriften nicht eingehalten wurden bzw. Verstöße hiergegen nicht der Heilung zugänglich sind (§ 45 VwVfG). Demgegenüber ist der Verwaltungsakt *materiell* fehlerhaft, wenn er gegen Rechtsnormen verstößt, die ein Verhalten von Rechtssubjekten gebieten, verbieten oder erlauben.
- 505** **Unbeachtlich** bzw. **heilbar** sind nur bestimmte **formelle Fehler**. Denn das formelle Recht besitzt in der deutschen Rechtsordnung nicht die gleiche Relevanz wie beispielsweise im US-amerikanischen Recht, wo ein ordnungsgemäßes Verfahren („due process“) die sachliche Richtigkeit einer Entscheidung indiziert. Der grundsätzlich in § 113 I S. 1 VwGO vorgesehene Aufhebungsanspruch wird daher durch die §§ 46 und 45 VwVfG bei solchen Verwaltungsakten ausgeschlossen, die an (lediglich) bestimmten Verfahrens- und Formfehlern bzw. an Mängeln der örtlichen Zuständigkeit leiden.⁹⁷¹
- 506** Systematisch kann § 46 VwVfG zwar keine unmittelbare Einschränkung des § 113 I S. 1 VwGO bewirken, weil das Verwaltungsverfahrensrecht nicht das Verwaltungsprozessrecht bestimmen kann. Dies ändert aber nichts daran, dass das Gericht bei Anwendbarkeit des § 46 VwVfG den Aufhebungsanspruch zu verneinen hat. Daraus folgt, dass fehlerhafte Verwaltungsakte im Anwendungsbereich des § 46 VwVfG rechtswidrig bleiben, jedoch die Fehlerfolge modifiziert ist.
- 507** **Zusammenfassend** lässt sich sagen, dass ein Verwaltungsakt fehlerhaft ist, wenn er mit der Rechtsordnung kollidiert. Die Fehlerhaftigkeit führt - wie sich aus §§ 44, 43 III VwVfG ergibt - in der Regel aber nicht zur Nichtigkeit, sondern nur zur Rechtswidrig-

⁹⁷⁰ Vgl. hierzu auch *Schnapp/Cordewener*, JuS 1999, 39, 40 f.

⁹⁷¹ Davon zu unterscheiden ist die Heilungsmöglichkeit nach § 45 VwVfG. Tritt eine solche ein, wird der formelle Fehler „geheilt“, d.h. die Rechtswidrigkeit beseitigt. Demgegenüber bleibt es im Fall des § 46 VwVfG bei der Rechtswidrigkeit; lediglich der Aufhebungsanspruch entfällt. Zur Heilungsmöglichkeit formell fehlerhafter Verwaltungsakte und zur Unbeachtlichkeit siehe Rn 549, 584, 564 und 585.

keit, die durch die Möglichkeit der Anfechtbarkeit und Aufhebbarkeit gekennzeichnet ist. Der fehlerhafte Verwaltungsakt ist also wirksam, wenn er nicht nichtig ist. Ob ein (formell) fehlerhafter Verwaltungsakt zur Aufhebung durch das Verwaltungsgericht führt, hängt zunächst von der Unbeachtlichkeitsregel des § 46 VwVfG ab. Danach bleibt es zwar bei der (formellen) Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts, jedoch ist diese unbeachtlich; es entfällt der gerichtliche Aufhebungsanspruch gemäß § 113 I S. 1 VwGO. Ist der Fehler beachtlich, ist des Weiteren zu prüfen, ob Heilungsvorschriften wie beispielsweise § 45 VwVfG greifen. Ist ein Verwaltungsakt geheilt, entfällt dessen Rechtswidrigkeit. Es besteht auch hier kein Aufhebungsanspruch. Eine **materielle Rechtswidrigkeit** ist dagegen nicht der Unbeachtlichkeit bzw. der Heilung zugänglich.

Der Aufhebungsanspruch gem. § 113 I S. 1 VwGO besteht allerdings grds. nur dann, wenn der rechtswidrige Verwaltungsakt den Kläger auch in *seinen* Rechten verletzt.

2. Prüfung eines Verwaltungsakts

Ist in einer Prüfungsarbeit nach der Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsakts gefragt, empfiehlt sich folgendes Prüfungsschema:

508

Prüfung eines Verwaltungsakts

Möglicher Obersatz:

Der Verwaltungsakt ist rechtmäßig, wenn er in formeller und materieller Hinsicht in rechtsfehlerfreier Anwendung einer rechtmäßigen Rechtsgrundlage erfolgte.

I. Rechtsgrundlage (RGL) für den Erlass eines Verwaltungsakts

Rechtsgrundlage für den Erlass eines Verwaltungsakts können ein **Parlamentsgesetz**, eine **Rechtsverordnung** oder eine **Satzung** sein.

An dieser Stelle des Gutachtens muss die Rechtsgrundlage deshalb benannt werden, weil von ihr die formelle und materielle Rechtmäßigkeit der Maßnahme abhängt. Freilich allein eine Frage der materiellen Rechtmäßigkeit der Einzelmaßnahme ist es, ob auch die Voraussetzungen der RGL vorliegen.

II. Formelle Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts

1. **Zuständigkeit** der handelnden Behörde (örtlich, sachlich, instanziiell)
2. Beachtung der maßgeblichen **Verfahrensvorschriften** (wie z.B. Anhörung, keine Befangenheit, Begründung etc.; neben Spezialnormen sind i.d.R. auch §§ 21 ff. VwVfG anwendbar). Bei Fehlern: §§ 45, 46 VwVfG.
3. Einhaltung der **Formvorschriften** (wie z.B. Schriftform, Zustellung etc.; sofern keine Spezialnormen greifen, ist § 37 II-V VwVfG zu beachten)

III. Materielle Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts

1. Rechtmäßigkeit der Rechtsgrundlage (nur ggf. zu prüfen!)
 - (a) Vereinbarkeit der RGL mit EU-Recht
 - (b) Vereinbarkeit der RGL mit nationalem Verfassungsrecht
 - Vereinbarkeit mit Grundrechten
 - Vereinbarkeit mit sonstigen Verfassungsprinzipien
2. Vereinbarkeit des Verwaltungsakts mit der Rechtsgrundlage
 - (a) Auslegung von unbestimmten Rechtsbegriffen
 - (b) Nichtüberschreitung von Beurteilungsspielräumen
 - (c) Fehlerfreie planerische Abwägungsentscheidungen
3. Ermessen und Verhältnismäßigkeit (Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wird nach der hier vertretenen Auffassung innerhalb der Ermessensüberschreitung geprüft. Denn überschreitet die Behörde das ihr eingeräumte Ermessen, verstößt sie auch gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Für eine separate Verhältnismäßigkeitsprüfung ist somit kein Raum. Bei gebundenen Verwaltungsakten ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bei der Auslegung der unbestimmten Rechtsbegriffe zu be-

rücksichtigen).

4. Kein Verstoß gegen sonstiges Recht und den Bestimmtheitsgrundsatz

IV. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit

1. Noch nicht vollzogener Verwaltungsakt
2. Dauerverwaltungsakte
3. Nachschieben von Gründen

V. Rechtsverletzung beim Kläger

a. Rechtsgrundlage für den Erlass eines Verwaltungsakts

- 509 Dadurch, dass ein **Eingriff** (seitens der Exekutive) in die Rechtssphäre des Klägers nur dann gerechtfertigt ist, wenn er im ordnungsgemäßen Vollzug eines rechtmäßigen Gesetzes erfolgt, ist erste Voraussetzung für die Rechtmäßigkeit eines belastenden Verwaltungsakts das Vorliegen einer gesetzlichen **Rechtsgrundlage** für dessen Erlass.⁹⁷² Das ergibt sich aus dem Prinzip der **Gesetzmäßigkeit der Verwaltung** (Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes): Das Verhältnis der Exekutive zur Legislative bestimmt sich nach den Art. 1 III, 20 III, 83 und 86 GG, wonach die Verwaltung die Gesetze ausführt und dabei an Gesetz und Recht gebunden ist. Die Verwaltung darf also die Voraussetzungen ihres Eingreifens nicht selbst festlegen. Das darf aufgrund des Demokratieprinzips nur die unmittelbar demokratisch legitimierte Legislative.

Beispiel: G betreibt in der Innenstadt von S eine Kneipe und lässt dort den Handel mit Drogen zu. Nachdem ihn die Behörde bereits mehrmals aufgefordert hatte, dies zu unterbinden, entzieht sie ihm wegen Unzuverlässigkeit die Gaststättenerlaubnis.

Der Entzug der Gaststättenerlaubnis ist ein belastender Verwaltungsakt und Instrument der Eingriffsverwaltung. Die Behörde bedarf somit einer Rechtsgrundlage. Eine solche stellt § 15 II GastG⁹⁷³ i.V.m. § 4 I S. 1 Nr. 1 GastG dar. Erfüllt G die dort normierten Voraussetzungen, ist der Widerruf der Erlaubnis gerechtfertigt.

510

Hinweis für die Fallbearbeitung: Die Rechtsgrundlage gleich zu Beginn der Begründetheitsprüfung zu benennen, hat den Vorteil der klaren Strukturierung, weil sich aus dem Normengefüge, dem die konkrete Rechtsgrundlage entstammt, regelmäßig die (später bei der formellen Rechtmäßigkeit zu prüfende) Zuständigkeit der Behörde ableitet (Entsprechendes gilt ggf. hinsichtlich sonstiger formeller Gesichtspunkte, insbesondere Verfahrensvorschriften). Auf diese Weise werden Inzident-Prüfungen vermieden.⁹⁷⁴

Beispiel: § 35 I GewO dient als Rechtsgrundlage für die Gewerbeuntersagung wegen Unzuverlässigkeit. Bei der Frage nach der formellen Rechtmäßigkeit einer entsprechenden Verfügung ist § 35 IV GewO zu beachten, wonach zuvor grundsätzlich die Aufsichtsbehörde, die IHK und die Handelskammer gehört werden sollen. Zur formellen Rechtmäßigkeit der Untersagungsverfügung kann in diesem Fall also nur dann Stellung genommen werden, wenn zuvor die Eingriffsnorm bestimmt wurde.

In *Ausnahmefällen*, bspw. wenn eine gesetzliche Rechtsgrundlage nicht vorliegt, kann zunächst die Prüfung der Rechtsbeeinträchtigung (Eingriff in den Schutzbereich eines Grundrechts) erfolgen, um festzustellen, ob es überhaupt einer Rechtsgrundlage bedurft hätte. Denn ist der Eingriff mit keiner Rechtsbeeinträchtigung verbunden, ist das Fehlen einer Rechtsgrundlage unschädlich. Liegt umgekehrt je-

⁹⁷² Die Terminologie ist uneinheitlich. Verbreitet wird der Begriff „Ermächtigungsgrundlage“ verwendet, obwohl dieser Begriff bereits durch das formell-gesetzliche Ermächtigungsverfahren, namentlich eine Oberste Bundes- oder Landesbehörde zum Erlass von (abstrakt-generellen) Rechtsverordnungen zu ermächtigen (Art. 80 I GG), besetzt ist. Es empfiehlt sich deshalb, den neutralen Begriff „Rechtsgrundlage“ zu verwenden. Bei Maßnahmen der Eingriffsverwaltung kann auch der Begriff „Eingriffsermächtigung“ verwendet werden.

⁹⁷³ Zum GastG nach der Föderalismusreform 2006 vgl. bereits Fußnote 16.

⁹⁷⁴ So auch *Schenke*, VerwProzR, Rn 731; *Jahn*, JuS 2001, 173, 175.

doch eine Rechtsbeeinträchtigung vor (hätte also eine Rechtsgrundlage vorliegen müssen), ist der Eingriff wegen Verstoßes gegen den Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes (siehe sogleich) rechtswidrig. Wird ein derartiger Rechtsverstoß festgestellt, kann der rechtswidrige Zustand für eine Übergangszeit hinzunehmen sein, bis der Gesetzgeber eine entsprechende Rechtsgrundlage geschaffen hat. Aufgrund der Kompetenzverteilung kann eine solche Feststellung allerdings nur von dem Verfassungsgericht des jeweiligen Verbands (Bund, Land) getroffen werden (sog. **Appellentscheidung**). Dazu setzt das Gericht dem Gesetzgeber eine Frist (beispielsweise bis zum Ablauf der Legislaturperiode). In der Übergangszeit gilt aber nicht ohne weiteres der alte Rechtszustand uneingeschränkt fort. Vielmehr erfolgt eine Reduzierung der Maßnahmen auf das, was im konkreten Fall für die geordnete Weiterführung der Maßnahmen des Betriebes unerlässlich ist (Aufrechterhaltung der Funktionstüchtigkeit unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit). Hierfür genügen dann allerdings auch Verwaltungsvorschriften.

Liegt einer dieser Ausnahmefälle jedoch nicht vor, bleibt es bei der hier vorgeschlagenen Aufbaufolge, dass an dieser Stelle des Gutachtens lediglich das Vorliegen der Rechtsgrundlage geprüft wird. Die *Rechtmäßigkeit* der Rechtsgrundlage ist indes eine Frage der materiellen Rechtmäßigkeit der Einzelmaßnahme (dazu später). Das hat den Hintergrund, dass eine Einzelfallmaßnahme keinesfalls rechtmäßig sein kann, wenn bereits die Rechtsgrundlage rechtswidrig ist (Vorbehalt des Gesetzes, s.o.). Erst wenn feststeht, dass das zugrunde liegende Gesetz (die Rechtsgrundlage) verfassungs- und unionsrechtmäßig ist, kann die angegriffene Maßnahme selbst auf einen Anwendungsfehler hin überprüft werden (Vereinbarkeit des Verwaltungsakts mit der Rechtsgrundlage). An dortiger Stelle der Fallbearbeitung ist dann festzustellen, ob die abstrakt-generelle Wertung des Gesetzgebers durch den Rechtsanwender (d.h. die den Verwaltungsakt erlassende Behörde) in verfassungs- und unionsrechtskonformer Weise auf den konkret-individuellen Fall übertragen wurde.

In der **Leistungsverwaltung** besteht die Besonderheit, dass die Verwaltung grds. nicht freiheitsverkürzend in die Rechtssphäre des Bürgers eingreift, sondern ihm gegenüber gewährend, also die Rechtssphäre erweiternd, auftritt. Daher sind an die Rechtsgrundlage abgeschwächte Anforderungen zu stellen (vgl. dazu eingehend Rn 206 ff.). Sofern keine Rechtsbeeinträchtigung (z.B. auf Seiten von Dritten) vorliegt, genügt i.d.R. eine Bereitstellung von Mitteln im **Haushaltsplan** (Etatlegitimierung) i.V.m. **Vergaberichtlinien** (Verwaltungsvorschriften).

511

Beispiel: Im Haushaltsplan des Landes X sind Mittel zur Bekämpfung der BSE-Krise und zur Förderung der ökologischen Milch- und Viehwirtschaft bereitgestellt. Ein entsprechender ministerieller Runderlass (= Verwaltungsvorschrift) beschreibt die näheren Voraussetzungen, unter denen die Gelder vergeben werden.

Hier ist die Förderung der Landwirte mit keiner Rechtsbeeinträchtigung verbunden, so dass die Bereitstellung von Mitteln im Haushaltsplan i.V.m. dem Runderlass genügt.

Hinweis für die Fallbearbeitung: In einer Anfechtungssituation wird die Problematik des Gesetzesvorbehalts in der Leistungsverwaltung regelmäßig in zwei Konstellationen relevant:

512

Zum einen ist es möglich, dass die Behörde eine zuvor gewährte Leistung zurückfordert, weil angeblich die Voraussetzungen der Mittelvergabe nicht (mehr) vorliegen. Die Rückforderung der Mittel beinhaltet zugleich regelmäßig die Aufhebung des ursprünglichen Bewilligungsbescheids. Dieser Aufhebungsakt stellt einen belastenden Verwaltungsakt dar, der einer gesetzlichen Rechtsgrundlage bedarf. Soweit keine spezielle Rechtsgrundlage besteht, kommen die §§ 48 f. VwVfG in Betracht. Bei der Frage, ob nun § 48 VwVfG oder § 49 VwVfG einschlägig ist, kommt es darauf an, ob der ursprüngliche Bewilligungsbescheid rechtmäßig (dann § 49 VwVfG)

oder rechtswidrig (dann § 48 VwVfG) war. Bei der Prüfung der Rechtmäßigkeit des ursprünglichen Bewilligungsbescheids ist dann auf das (nicht vorhandene) Erfordernis der Rechtsgrundlage einzugehen. Sollte sich auch aus keinem sonstigen Grund die Rechtswidrigkeit des Bewilligungsbescheids ergeben, ist für den Aufhebungsakt § 49 VwVfG einschlägig.

Die Problematik des Gesetzesvorbehalts in der Leistungsverwaltung wird auch immer dann relevant, wenn eine Leistung an einen Konkurrenten des Klägers vergeben wurde und der Kläger diese Begünstigung angreift („**Konkurrentenabwehrklage**“). Hier macht der Kläger regelmäßig geltend, die Leistungsvergabe an den Konkurrenten sei rechtswidrig, weil sie ohne erforderliche Rechtsgrundlage erfolgte. Der Klausurbearbeiter muss dann darlegen, dass im Rahmen der Leistungsgewährung grundsätzlich von dem abgeschwächten Gesetzesvorbehalt (bei Subventionen von einer Etatlegitimierung) auszugehen und nur in Ausnahmefällen (gezielter Eingriff in Grundrechte Dritter; grobe Wettbewerbsverzerrung) über die Etatlegitimierung hinaus ein formell-materielles Gesetz zu fordern ist. Liegt kein solcher Ausnahmefall vor, ist die Konkurrentenabwehrklage erfolglos.

aa. Einzelne Rechtsgrundlagen

- 513 Rechtsgrundlagen können sich aus speziellen fachgesetzlichen, aber auch aus allgemeinen Regelungen ergeben. Dabei ist der (allgemeine) Grundsatz zu beachten, dass die speziellen Rechtsgrundlagen den allgemeinen vorgehen (lex specialis derogat legi generali). Denn spezielle Rechtsgrundlagen sind oft tatbestandlich enger gefasst und stellen höhere Anforderungen an die Rechtmäßigkeit des Eingriffs. Dieser Grundsatz würde missachtet, wenn man im Anwendungsbereich einer speziellen Rechtsgrundlage auf eine allgemeine Rechtsgrundlage zurückgreifen dürfte. Daher sind spezielle Rechtsgrundlagen in ihrem Anwendungsbereich grundsätzlich abschließend. Liegen deren Voraussetzungen vor, darf grds. nicht auf die allgemeinen Rechtsgrundlagen zurückgegriffen werden.

a.) Spezielle Rechtsgrundlagen

- 514 In Anwendung des o.g. Grundsatzes ist bei der Frage nach der Rechtsgrundlage für den Erlass des Verwaltungsakts zunächst das einschlägige Fachgesetz aufzusuchen. Insbesondere das VersG, das VereinsG, das WaffG, das GastG, die GewO, die Beamtenengesetze etc. enthalten eine Vielzahl fachbereichsspezifischer und damit grds. abschließender Rechtsgrundlagen.

Beispiele: Die Untersagung der Ausübung eines Gewerbes wegen Unzuverlässigkeit lässt sich auf § 35 I GewO stützen; die Erlaubnis zum Betrieb einer Gaststätte kann wegen Fehlens der Zuverlässigkeit gem. § 15 I GastG i.V.m. § 4 I S. 1 Nr. 1 GastG zurückgenommen werden.

- 515 Aufgrund der Regelungsdichte des öffentlichen Rechts ist davon abzuraten, möglichst viele Rechts- oder Anspruchsgrundlagen auswendig zu lernen. Entscheidend ist, eine Rechtsgrundlage an dem jeweiligen Modalverb „muss“, „darf“, „kann“ oder „ist befugt“, das der Behörde eine entsprechende Befugnis erteilt, erkennen zu können.
- 516 Insbesondere im Polizei- und Ordnungsrecht kann auch eine **Rechtsverordnung**, die aufgrund einer Ermächtigung im Landespolizeigesetz erlassen wurde, als Rechtsgrundlage für den Erlass von Verfügungen (Verwaltungsakte) fungieren. Sollte sich in einem solchen Fall herausstellen, dass die Rechtsverordnung rechtswidrig und somit nichtig ist, ist auch der darauf basierende Verwaltungsakt (mangels wirksamer Rechtsgrundlage) rechtswidrig (und wohl auch nichtig). Außerhalb des Polizei- und

Ordnungsrechts kommen verordnungsbasierte Rechtsgrundlagen zum Erlass belastender Maßnahmen v.a. im Straßenverkehrsrecht (StVO, StVZO, FZV, FeV) vor.

Beispiel: Das Verbot des Führens eines Kfz wegen Ungeeignetheit kann auf § 3 StVG i.V.m. § 3 I FeV gestützt werden.

Auch eine **Satzungsbestimmung** kann Rechtsgrundlage für den Erlass von Verwaltungsakten sein. Auch hier gilt (wie bei der Rechtsverordnung) die Folge: Ist die Satzung rechtswidrig und nichtig, ist auch der darauf basierende Verwaltungsakt rechtswidrig (und ggf. nichtig) (Vorbehalt des Gesetzes). Zu beachten sind aber Heilungsmöglichkeiten bzw. Unbeachtlichkeitsregelungen in Bezug auf Satzungen (vgl. etwa §§ 214, 215 BauGB hinsichtlich Bebauungspläne).

517

b.) Allgemeine Rechtsgrundlagen

In Ermangelung einer spezialgesetzlichen Rechtsgrundlage ist bei der Fallbearbeitung auf die allgemeinen Rechtsgrundlagen zurückzugreifen. Dabei muss beachtet werden, dass eine spezialgesetzliche Rechtsgrundlage in ihrem Anwendungsbereich nicht einschlägig sein darf. Grundsätzlich ist es untersagt, bei bloßem Nichtvorliegen ihrer Tatbestandsvoraussetzungen auf die allgemeinen Institute zurückzugreifen (s.o.). Dies zu tun wäre nicht nur systemwidrig, sondern würde vielmehr die Gefahr der Umgehung der engeren Tatbestandsvoraussetzungen der Spezialgesetze in sich bergen, die in ihrem engeren Anwendungsbereich grundsätzlich eine abschließende Regelung darstellen (s.o.). Nur wenn nach entsprechender Auslegung das einschlägige Spezialgesetz den Sachverhalt nicht abschließend regelt, kann subsidiär auf die allgemeinen Institute zurückgegriffen werden.

518

Beispiele:

- (1) Im Polizei- und Ordnungsrecht greifen z.B. bei fehlender Anwendbarkeit des VersG die Rechtsinstitute des Landespolizeigesetzes. In Betracht kommen dort zunächst die normierten Standardmaßnahmen und schließlich – wenn der Sachverhalt nicht in deren Regelungsbereich fällt oder sie den Sachverhalt nicht abschließend regeln – die Befugnisgeneralklausel.
- (2) Im Bereich der Rücknahme und des Widerrufs von (begünstigenden) Verwaltungsakten ist darauf zu achten, dass spezielle Rechtsgrundlagen oft in dem einschlägigen Spezialgesetz vorhanden sind. Das trifft etwa auf das Gaststättenrecht (§ 15 GastG: Rücknahme/Widerruf der Gaststättenerlaubnis) und das Immissionsrecht (§ 21 BImSchG: Widerruf einer Anlagengenehmigung) zu. Weitere abschließende Sondervorschriften sind etwa § 10 BtMG für die Rücknahme und den Widerruf betäubungsmittelrechtlicher Genehmigungen, § 45 WaffG für die Rücknahme und den Widerruf waffenrechtlicher Erlaubnisse oder Zulassungen, § 3 I StVG für die Entziehung der Fahrerlaubnis und § 14 BBG, § 12 BeamStG hinsichtlich der Rücknahme beamtenrechtlicher Ernennungen. Ein Rückgriff auf die allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetze (vgl. §§ 48, 49 VwVfG) ist nur dann zulässig, wenn der jeweilige Sachverhalt nicht unter die in Betracht kommende Spezialregelung subsumierbar ist.⁹⁷⁵ So enthalten bspw. die Landesbauordnungen keine Rechtsgrundlagen für die Aufhebung von Baugenehmigungen, sodass auf die §§ 48, 49 VwVfG zurückzugreifen ist.

Hinweis für die Fallbearbeitung: In der Fallbearbeitung könnte die Prüfung wie folgt eingeleitet werden: „Die ... (konkrete Einzelmaßnahme) ordnet an, dass ... (deren Inhalt). Es handelt sich somit um einen belastenden Verwaltungsakt. Dieser ist ein Instrument der Eingriffsverwaltung. Eingriffe in Freiheit und Eigentum bedürfen

519

⁹⁷⁵ Vgl. dazu näher Rn 644 ff.

wegen der rechtsstaatlichen Bindung der Verwaltung einer gesetzlichen Grundlage. Es gilt der sog. Vorbehalt des Gesetzes, Art. 20 III GG. Die ... (konkrete Maßnahme) bedarf daher einer Rechtsgrundlage. In Betracht kommt § ...".

(Gedanklich) muss sodann die Normenhierarchie⁹⁷⁶ durchlaufen werden: EU-Recht (dazu sogleich), Bundesverfassungsrecht, allgemeine Regeln des Völkerrechts, Bundesparlamentsgesetze, Bundesrechtsverordnungen), Landesverfassungsrecht, Landesparlamentsgesetze, sonstiges untergesetzliches Landesrecht.

bb. Folgen des Fehlens einer Rechtsgrundlage

- 520 Greift die Behörde in Grundrechte ein, ohne dass dies von einer gesetzlichen Rechtsgrundlage gedeckt wäre, verstößt sie gegen den Grundsatz vom „Vorbehalt des Gesetzes“, der besagt, dass die Verwaltung nur dann in grundrechtliche Schutzbereiche eingreifen darf, wenn ihr das durch den Gesetzgeber gestattet worden ist, Art. 20 III GG (Stichwort: „nicht ohne Gesetz“, vgl. Rn 190 ff.). Jedoch kann der wegen Fehlens einer Rechtsgrundlage rechtswidrige Verwaltungsakt durch nachträglichen Erlass einer Rechtsgrundlage rückwirkend rechtmäßig werden, sofern das Gesetz rückwirkend gilt.⁹⁷⁷ Dabei ist jedoch zu beachten, dass sich die rückwirkende Geltung eines Gesetzes am Maßstab des grundsätzlich geltenden Rückwirkungsverbots messen lassen muss.⁹⁷⁸

cc. Einfluss des EU-Rechts

- 521 Aufgrund der zunehmenden Europäisierung des Verwaltungsrechts⁹⁷⁹ und des Anwendungsvorrangs des unmittelbar anwendbaren EU-Rechts vor nationalem Recht⁹⁸⁰ muss bei der Frage nach der Vereinbarkeit der Rechtsgrundlage mit höherrangigem Recht immer häufiger auf Rechtsakte der Europäischen Union eingegangen werden. Das führt zwar zu einer Unübersichtlichkeit im Prüfungsaufbau⁹⁸¹, lässt sich aber nicht vermeiden, möchte man die geltende Rechtslage abdecken.
- 522 So kann zunächst zu untersuchen sein, ob eine unmittelbar anwendbare Norm des EU-Rechts⁹⁸² eine Rechtsgrundlage für das Eingreifen deutscher Behörden in die Rechte der Bürger darstellen kann. Nach der Rechtsprechung des BVerfG⁹⁸³ ist das der Fall, soweit sie vom deutschen Zustimmungsgesetz in Bezug auf das betreffende EU-Primärrecht gedeckt sind. Prüfungsmaßstab ist aber das EU-Recht (dazu Rn 165 ff.). Daher ist das EU-Recht als möglicher Prüfungsmaßstab heranzuziehen, wenn die streitentscheidende Norm selbst dem EU-Recht entstammt. Gleiches gilt, wenn die Rechtsgrundlage in Betracht kommende Norm nicht direkt dem EU-Recht entstammt, sondern in seinem Vollzug von der Bundesrepublik Deutschland erlassen wurde. Des Weiteren gilt dies für einen Rechtsstreit, der zumindest vordergründig mittels eines nationalen Rechtssatzes entschieden wird, aber mit höherrangigem EU-Recht kollidieren kann.⁹⁸⁴

⁹⁷⁶ Zur Normenhierarchie vgl. Rn 149 ff.

⁹⁷⁷ Vgl. *Schenke*, NVwZ 2015, 1341.

⁹⁷⁸ Vgl. dazu *R. Schmidt*, Staatsorganisationsrecht, Rn 289 ff.

⁹⁷⁹ Vgl. Rn 165 ff., 250, 691, 1348.

⁹⁸⁰ Zum Anwendungsvorrang siehe Rn 172a.

⁹⁸¹ Immerhin sind bis zu 7 Rechtskreise zu beachten: Völkerrecht, EU-Recht, Bundesverfassungsrecht, einfaches Bundesrecht, Landesverfassungsrecht, einfaches Landesrecht, Kommunalrecht.

⁹⁸² Unmittelbar anwendbar ist zunächst das Primärrecht wie der EUV und der AEUV. Auch bestimmtes Sekundärrecht wie die Verordnung ist unmittelbar anwendbar. Zur unmittelbar anwendbaren Richtlinie sowie zur Rechtsquellenlehre vgl. Rn 170 ff. bzw. 125 ff.

⁹⁸³ BVerfGE 89, 155, 175 (Maastricht) bestätigt in BVerfGE 102, 147, 161 ff. (Bananenmarktordnung).

⁹⁸⁴ Diese Fallgruppe wird vor allem dann relevant, wenn auf der Grundlage von § 48 VwVfG rechtswidrige Subventionsverhältnisse (rück-)abgewickelt werden. Vgl. dazu die ausführliche Darstellung auf der Internetseite des Verlags. Zur Prüfung der Vereinbarkeit des nationalen Gesetzes mit höherrangigem EU-Recht vgl. *R. Schmidt*, VerwProzR, Rn 660 ff.

Zu beachten ist aber, dass Rechtsakte der EU von keinem nationalen Gericht verworfen werden können (vgl. Art. 267 AEUV). Im Rahmen der deutschen Verwaltungsgerichtsbarkeit wäre für eine Prinzipalkontrolle auch schon der Verwaltungsrechtsweg nicht eröffnet.⁹⁸⁵ Im Rahmen einer Inzidentkontrolle muss das Gericht bei *Zweifel*⁹⁸⁶ über die Rechtmäßigkeit der betreffenden Norm des Sekundärrechts den Fall nach Maßgabe des Art. 267 AEUV dem Gerichtshof der EU vorlegen.

Beispiel⁹⁸⁷: Das in Art. 38 I S. 1 und 20 I GG festgeschriebene und gem. Art. 79 III GG unveränderliche Demokratieprinzip schützt den Einzelnen nicht nur davor, dass der Gesetzgeber ungezügelt Kompetenzen auf die EU überträgt, sondern auch davor, dass die EU bzw. eines ihrer Organe die ihr bzw. ihm übertragenen Kompetenzen überschreitet.⁹⁸⁸ Hat also bspw. das BVerfG Zweifel daran, dass das Public Sector Purchase Programme (PSPP) der Europäischen Zentralbank zum Ankauf von Wertpapieren des öffentlichen Sektors mit dem Verbot monetärer Staatsfinanzierung (Art. 123 I AEUV) und dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung (Art. 5 I EUV i.V.m. Art. 119, 127 ff. AEUV) vereinbar ist, kann es gem. Art. 256 III, 267 AEUV dem EuGH die Frage zur Prüfung und Entscheidung vorlegen (sog. Vorabentscheidungsverfahren).

b. Formelle Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsakts

Wie bereits erläutert, kann der Verwaltungsakt in formeller und materieller Hinsicht mit der Rechtsordnung kollidieren. Stellt sich nach dessen Prüfung die Fehlerhaftigkeit des zu untersuchenden Verwaltungsakts heraus, sind die differenzierten Rechtsfolgen (**Fehlerfolgen**) zu behandeln, die sich im Zusammenhang mit der Fehlerhaftigkeit ergeben. Der rechtswidrige, aber nicht nichtige Verwaltungsakt ist wirksam. Er ist aber anfechtbar und aufhebbar (vgl. § 113 I S. 1 VwGO, § 43 II/III und § 44 VwVfG). Das eröffnet den Anwendungsbereich der Anfechtungsklage.

Formell fehlerhaft ist der Verwaltungsakt, wenn er nicht von der örtlich, sachlich und instanziell **zuständigen Behörde** erlassen wurde. Gleiches gilt, wenn **Verfahrens-** oder **Formvorschriften** missachtet wurden bzw. Verstöße hiergegen nicht der Heilung zugänglich (§ 45 VwVfG) sind.⁹⁸⁹

Hinweis für die Fallbearbeitung: Die einzelnen Voraussetzungen der formellen Rechtmäßigkeit sind nur zu prüfen, wenn der Sachverhalt entsprechende Hinweise und Angaben enthält. Ansonsten gilt es lediglich festzustellen, dass der Sachverhalt in *formeller* Hinsicht keine Anhaltspunkte für eine Rechtmäßigkeitsprüfung bietet. Sagt also der Sachverhalt z.B. nichts hinsichtlich einer vorherigen Anhörung (§ 28 I VwVfG) ist diese als gegeben zu unterstellen.

Dieser Grundsatz gilt insbesondere für das prüfungsrelevante allgemeine **Polizei- und Ordnungsrecht** (vgl. *R. Schmidt*, POR, Rn 1 ff.).

- Die **sachliche Zuständigkeit** ist eine Frage der Eilfallkompetenz und bei Vorliegen einer (unterstellten) Gefahr für die öffentliche Sicherheit gegeben.
- Die **örtliche Zuständigkeit** ist i.d.R. unerheblich, weil die Vollzugsbeamten der Polizei im gesamten Gebiet des jeweiligen Bundeslandes befugt sind (über das Gebiet hinaus nur aufgrund eines entsprechenden Staatsvertrags bzw. aufgrund einer „Freigabeerteilung“ in dem Polizeigesetz des anderen Bundeslandes).

⁹⁸⁵ Vgl. *R. Schmidt*, VerwProzR, Rn 25 ff.

⁹⁸⁶ Vgl. den Unterschied zum deutschen Verfassungsrecht (Art. 100 I GG), wonach Zweifel nicht genügen. Vielmehr muss dort das vorlegende Gericht von der Verfassungswidrigkeit überzeugt sein. Halten dagegen ein nationales Gericht oder sogar eine nationale Behörde ein Gesetz für mit EU-Recht unvereinbar, bedarf es einer Vorlage gem. Art. 267 AEUV nicht. Das Gesetz darf nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der EU schlicht nicht angewendet werden.

⁹⁸⁷ Vgl. BVerfG NJW 2017, 2894 ff. (Vorlagebeschluss in Bezug auf Anleihenkaufprogramm der EZB).

⁹⁸⁸ Siehe dazu im Einzelnen *R. Schmidt*, Staatsorganisationsrecht, Rn 357e ff.

⁹⁸⁹ § 46 VwVfG betrifft hingegen nur den Aufhebungsanspruch, lässt die formelle Rechtswidrigkeit aber unberührt.

- Auch **Verfahren** und **Form** bereiten i.d.R. keine Schwierigkeiten: Die **Anhörung** des Betroffenen ist wegen regelmäßig vorliegender Gefahr im Verzug, jedenfalls aber wegen Vorliegens eines öffentlichen Interesses, entbehrlich (vgl. § 13 I Nr. 2 i.V.m. § 28 II Nr. 1 VwVfG). Polizeiliche Verwaltungsakte können **mündlich** oder in anderer Weise erlassen werden (vgl. § 37 II S. 1 VwVfG) und bedürfen **keiner Begründung** (vgl. § 39 I S. 1 VwVfG). Ist in diesem Zusammenhang die **Rechtsbehelfsbelehrung** unterblieben oder fehlerhaft (etwa, weil diese entgegen § 58 I VwGO nicht schriftlich oder elektronisch erfolgt ist), hat dies nur die Verlängerung der Rechtsbehelfsfrist auf **ein Jahr** zur Folge (§ 58 II VwGO).

Aus diesen Überlegungen folgt, dass längere Ausführungen zur formellen Rechtmäßigkeit einer Gefahrenabwehrverfügung meist fehl am Platz sind und daher unterbleiben sollten. Vielmehr genügt i.d.R. eine kurze Darstellung der obigen Ausführungen.

Außerhalb des Polizei- und Ordnungsrechts liegt das Erfordernis, die Zuständigkeit der handelnden Behörde und die ordnungsgemäße Einhaltung von Verfahrens- und Formvorschriften zu prüfen, unter der oben genannten Voraussetzung näher:

aa. Zuständigkeit der Behörde

- 526 Gibt der Sachverhalt entsprechenden Anlass, ist die sachliche, örtliche und instanzielle Zuständigkeit der handelnden Behörde zu prüfen. Prüfungsrelevant ist oft nur die *sachliche* Zuständigkeit, da die örtliche und instanzielle Zuständigkeit eine Angelegenheit der (in einer Klausur regelmäßig nicht bekannten) Verwaltungsorganisation ist. Hintergrund ist, dass die *Durchführung* der (Bundes-)Gesetze, d.h. die Regelung der Verwaltung, grundsätzlich eine Angelegenheit der Länder ist (vgl. Art. 83 ff. GG). Dann ist es auch Aufgabe der Länder, die Behördeneinrichtung zu regeln (vgl. bereits Rn 66 ff.). Soweit erforderlich, muss die entsprechende Zuweisungsnorm in den Ausführungsgesetzen zu den Bundesgesetzen gefunden werden. Die *Landesgesetze* enthalten i.d.R. selbst Bestimmungen über die Behördenzuständigkeit.

Beispiel: Gemäß § 3 II HmbSOG ist die Vollzugspolizei zuständig, unaufschiebbare Maßnahmen der Gefahrenabwehr zu treffen.

a.) Örtliche Zuständigkeit

- 527 Gemeint ist der **räumliche Tätigkeitsbereich** der handelnden Behörde. Sofern spezialgesetzliche Regelungen fehlen, bestimmen die Verwaltungsverfahrensgesetze der Länder (bzw. § 3 VwVfG des Bundes) die örtliche Zuständigkeit. Ein Verstoß gegen § 3 I Nr. 1 VwVfG führt nach § 44 II Nr. 3 VwVfG immer zur Nichtigkeit. §§ 45, 46 VwVfG sind nicht anwendbar.

b.) Sachliche/funktionell-instanzielle Zuständigkeit

- 528 Welche Behörde sachlich (z.B. Gewerbebehörde oder IHK) oder funktionell-instanziell (z.B. Gewerbe(aufsichts)behörde, Handwerkskammer oder Handwerksinnung, untere oder mittlere Verwaltungsbehörde) zuständig ist, entscheidet sich nach den Vorschriften des der Rechtsgrundlage zugrunde liegenden Normengefüges.

Beispiel: Nach § 71 I S. 1 AufenthG sind für aufenthalts- und passrechtliche Maßnahmen die Ausländerbehörden zuständig. Wer Ausländerbehörde ist, bestimmt sich nach den landesrechtlichen Ausführungsgesetzen zum AufenthG. In den meisten Landesgesetzen wurden die Kreisverwaltungsbehörden als Ausländerbehörden bestimmt.

Hinweis für die Fallbearbeitung: An dieser Stelle wird noch einmal deutlich, wie sinnvoll es ist, bei der Prüfung der Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsakts zunächst dessen Rechtsgrundlage zu benennen, da sich die Zuständigkeit der Behörde nicht selten aus der Rechtsgrundlage ergibt.

Im Rahmen der Prüfung der sachlich/funktionell-instanziellen Zuständigkeit ist dann zunächst die **Verbandskompetenz** zu klären, d.h. die Frage zu beantworten, welchem Verband (Bund, Land, Gemeinde) die Verwaltungsaufgabe zugewiesen ist. Ausgangspunkt ist die bereits erwähnte Regelung der Art. 83 ff. GG, wonach grundsätzlich die *Länder* auch die (Bundes-)Gesetze (als eigene Angelegenheiten) ausführen. In den Bundesgesetzen ist daher regelmäßig nur die Funktionsbezeichnung der zuständigen Behörde enthalten. Die Länder regeln dann die Einrichtung(en) der Behörden (Art. 84 I GG). Sie bestimmen, welche Behörde im Verwaltungsaufbau tatsächlich zuständig ist.

Ist die Verbandskompetenz geklärt, muss die **Organkompetenz** untersucht, d.h. es muss festgestellt werden, welcher Behörde des Verbands die Aufgabe zugewiesen ist. Diese Frage beantwortet das jeweilige Landesrecht (bei der Ausführung eines Bundesgesetzes i.d.R. das Ausführungsgesetz zu diesem Bundesgesetz).

Verstöße gegen die sachliche/funktionell-instanzielle Zuständigkeit haben i.d.R. lediglich die (formelle) Rechtswidrigkeit zur Folge. Auch hier ist § 45 VwVfG nicht anwendbar. Auch eine Unbeachtlichkeit nach § 46 VwVfG scheidet aus, da dessen Wortlaut sich ausdrücklich *nicht* auf „sachlich“ bezieht. Eine Nichtigkeit nach § 44 I VwVfG ist die Ausnahme und im Rahmen der Auslegung dieser Vorschrift zu ermitteln.

530

Problematisch ist es, wenn eine sachlich unzuständige Behörde einen Verwaltungsakt erlassen hat und dieser Verwaltungsakt wegen Rechtswidrigkeit gem. § 48 VwVfG zurückgenommen werden soll. In diesem Fall richtet sich die Zuständigkeit der den Rücknahmebescheid erlassenden Behörde nach dem jeweils anzuwendenden Fachrecht. Fehlen derartige Regelungen, ist nach allgemeinen verwaltungsverfahrensrechtlichen Grundsätzen die Behörde zuständig, die zum Zeitpunkt der Rücknahmeentscheidung für den Erlass des aufzuhebenden Verwaltungsakts sachlich zuständig wäre.⁹⁹⁰

531

Beispiel⁹⁹¹: Zur Regelung offener Vermögensfragen nach dem VermG ist die jeweilige untere Landesbehörde (Amt zur Regelung offener Vermögensfragen) sachlich zuständig. Trifft aber eine sachlich unzuständige Behörde (etwa das Landratsamt) eine bestimmte, später wegen Rechtswidrigkeit aufzuhebende Regelung, ist nicht etwa das Landratsamt, sondern das Amt zur Regelung offener Vermögensfragen für den Erlass des Rücknahmebescheids zuständig. Anderenfalls würde eine Perpetuierung der Unzuständigkeit stattfinden.

Ein besonderes Problem bereitet die **reformatio in peius**: Unter einer *reformatio in peius* (Verböserung) im Widerspruchsverfahren versteht man das Abändern der Entscheidung der Erstbehörde durch die Widerspruchsbehörde *zuungunsten* des Widerspruchsführers. Problematisch ist nicht nur die *Zulässigkeit* einer *reformatio in peius* im Widerspruchsverfahren, sondern auch, dass selbst wenn man von deren Zulässigkeit ausgeht, sich die Frage nach der instanziellen Zuständigkeit der Widerspruchsbehörde stellt. Da die Problematik der *reformatio in peius* die gesamte Klausurprüfung durchzieht, ist eine sinnvolle Darstellung nur im inhaltlichen Kontext gewährleistet. Daher wird auf die Ausführungen bei R. Schmidt, VerwProzR, 845 ff. verwiesen.

532

⁹⁹⁰ BVerwGE 110, 226, 230 ff.

⁹⁹¹ Nach BVerwGE 110, 226 ff.

bb. Einhaltung von Verfahrensvorschriften

- 533 Zur formellen Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsakts gehört weiterhin die Einhaltung von Verfahrensvorschriften. Welche Verfahrensvorschriften zu beachten sind, richtet sich nach dem konkreten Verwaltungsverfahren.

a.) Verhältnis von VwVfG, AO, SGB und sonstigem Verfahrensrecht

- 534 Verwaltungsverfahren werden nicht nur im VwVfG, sondern – für den Bereich der Finanzverwaltung – auch in der **Abgabenordnung (AO)** und – für den Bereich der Sozialverwaltung – im **Sozialgesetzbuch (SGB)** geregelt. Das führt ggf. zur Notwendigkeit der Abgrenzung des VwVfG zur AO bzw. zum SGB I und X. Da diese Abgrenzung jedoch bereits bei Rn 216 ff. vorgenommen wurde, wird insoweit darauf verwiesen.

b.) Begriff und Arten des Verwaltungsverfahrens

- 535 Zwar werden im Regelfall Verwaltungsakte im nichtförmlichen Verwaltungsverfahren gem. §§ 9 ff. VwVfG erlassen, jedoch enthält das VwVfG für einige besondere Verfahrensarten besondere Vorschriften, nämlich für das **Planfeststellungsverfahren** die §§ 72 ff. VwVfG und für das **förmliche Verwaltungsverfahren** die §§ 63 ff. VwVfG.

- 536 ■ Für das **Planfeststellungsverfahren** (§§ 72 ff. VwVfG) wesentlich sind die Regelungen über das Anhörungsverfahren (§ 73 VwVfG) und den Planfeststellungsbeschluss (§ 74 VwVfG) als besondere Art des Verwaltungsakts.

Beispiele: Planfeststellungsverfahren finden sich vor allem im Verkehrsrecht (z.B. in § 17 I FStrG, §§ 14 ff. WaStrG, §§ 8 ff. LuftVG) und im Umweltrecht (z.B. in § 35 II KrWG, § 9b I S. 1 AtomG).⁹⁹² Die §§ 72 ff. VwVfG gelten nur insoweit, als in den Spezialgesetzen keine abweichenden Sonderregelungen enthalten sind.

- 537 ■ Das in §§ 63 ff. VwVfG geregelte **förmliche Verwaltungsverfahren** findet nur statt, wenn es durch Rechtsvorschrift angeordnet ist (§ 63 I VwVfG).

Beispiele: § 11 WHG, §§ 36, 105, 160 IV BBergG, §§ 10 ff. BImSchG

Auch im förmlichen Verfahren sind grds. die allgemeinen Vorschriften der §§ 9 ff. VwVfG anwendbar, sofern sich in den §§ 64 bis 71 VwVfG keine abweichenden Regelungen finden. Kennzeichnend für das förmliche Verfahren ist, dass die Behörde vor der Entscheidung eine **mündliche Verhandlung** durchzuführen hat, deren Ablauf in § 68 VwVfG im Einzelnen geregelt ist. Gemäß § 65 VwVfG sind Zeugen zur Aussage sowie Sachverständige zur Erstattung von Gutachten verpflichtet.

- 538 ■ Liegt keine der genannten besonderen Verfahrensarten vor, richten sich die Anforderungen an das Verfahren nach den allgemeinen Vorschriften über das **nichtförmliche Verfahren** nach den §§ 9 ff. VwVfG. Danach ist das Verfahren an bestimmte Formen nicht gebunden, außer wenn Rechtsvorschriften eine besondere Form vorschreiben. Verfahrens- und Mitwirkungsvorschriften im Rahmen des nichtförmlichen Verfahrens stellen z.B. dar:

- ⇒ Beteiligung von Beteiligten und Drittbetroffenen (§§ 13 ff. VwVfG, § 10 BImSchG)
- ⇒ Beteiligung der Öffentlichkeit (§ 10 BImSchG)
- ⇒ Pflicht zur Untersuchung des Sachverhalts (§ 24 VwVfG)
- ⇒ vorherige Anhörung der Beteiligten (§ 28 VwVfG, § 14 PBefG)
- ⇒ keine Befangenheit des handelnden Amtswalters (§ 21 VwVfG)
- ⇒ Mitwirkung von EU-Stellen (Art. 107 ff. AEUV, § 16 III GentechnikG)

⁹⁹² Siehe dazu etwa BVerwG NVwZ 2020, 252.

- ⇒ Umweltverträglichkeitsprüfung (nach dem UVPG)
- ⇒ Abmahnung vor Untersagung (§ 25 I S. 2 PBefG)

c.) Einzelne Verfahrenshandlungen /-bestimmungen

Von Prüfungsrelevanz sind v.a. die **Anhörung** Beteiligter (§ 28 VwVfG), die Besorgnis der **Befangenheit** (§ 21 VwVfG) und der **Untersuchungsgrundsatz** (§ 24 VwVfG). Ferner können das Beteiligungsrecht (§ 13 VwVfG) und das Recht auf Akteneinsicht (§ 29 VwVfG) ein Thema sein.

539

aa.) Vorherige Anhörung des Betroffenen, § 28 VwVfG

(a.) Grundsätzliche Pflicht zur vorherigen Anhörung, § 28 I VwVfG

Jedenfalls vor Erlass eines **belastenden** Verwaltungsakts muss die Behörde dem Betroffenen (sofern er Verfahrensbeteiligter nach § 13 VwVfG ist) gem. § 28 I VwVfG Gelegenheit geben, sich zu den entscheidungserheblichen Tatsachen zu äußern (sog. Anhörung). Sinn der Anhörung sind die Parteiöffentlichkeit des Verfahrens und das Vertrauensverhältnis zwischen Bürger und Behörde. Darüber hinaus ist die Anhörung entsprechend dem Grundgedanken aus Art. 103 I GG (rechtliches Gehör) eine Folge des Rechtsstaatsprinzips und der Menschenwürde, die es verbietet, den Menschen zu einem Objekt staatlichen Handelns zu machen. Sie ist aber auch ein wichtiges Mittel zur Aufklärung des Sachverhalts gem. § 24 VwVfG. Dies gilt insbesondere für Ermessensentscheidungen, da eine ordnungsgemäße Ermessensausübung die Kenntnis aller relevanten Umstände erfordert. Eine nicht oder nicht ordnungsgemäß durchgeführte, nach § 28 I VwVfG aber erforderliche Anhörung führt somit nicht nur zur grundsätzlichen formellen Rechtswidrigkeit, sondern kann auch wegen eines Ermessensfehlers zur materiellen Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts führen.

540

Zu einer ordnungsgemäßen Anhörung gehört zunächst, dass die Behörde mitteilt, sie beabsichtige den Erlass eines bestimmten Verwaltungsakts.⁹⁹³ Der Betroffene muss zudem erkennen können, weshalb und wozu er sich äußern kann und mit welcher Entscheidung er zu rechnen hat.⁹⁹⁴ Daher sind in der Anhörung die wesentlichen rechtlichen Grundlagen für die (beabsichtigte) Entscheidung mitzuteilen. Inhaltlich bezieht sich gem. § 28 I VwVfG das Äußerungsrecht auf die entscheidungserheblichen Tatsachen. Das sind Tatsachen, die der späteren Verwaltungsentscheidung zugrunde liegen. Da aber das Gesetz davon ausgeht, dass das spätere Ergebnis der Verwaltungsentscheidung noch nicht feststeht, da noch unklar ist, ob der Behörde bereits alle entscheidungserheblichen Tatsachen vorliegen, und der Betroffene bislang der Behörde noch nicht bekannte Tatsachen kennen könnte, sind Tatsachen bereits dann entscheidungserheblich, wenn sie entscheidungserheblich sein könnten⁹⁹⁵ („potentielle Entscheidungserheblichkeit“). In welcher Form sich der Betroffene äußern darf oder muss, schreibt das Gesetz – bis auf wenige Ausnahmefälle (vgl. etwa § 67 I VwVfG oder § 73 VI VwVfG) – nicht vor. Es wird vertreten, dass dann die Behörde die Form der Anhörung nach ihrem Ermessen bestimmen dürfe; sie dürfe entscheiden, ob die Anhörung schriftlich, mündlich oder auch fernmündlich erfolge⁹⁹⁶. Die üblicherweise gewählte Schriftform („Ihnen wird hiermit Gelegenheit gegeben, sich innerhalb von 14 Tagen nach Erhalt dieses Schreibens schriftlich oder elektronisch zum Sachverhalt zu äußern“) wird von den Gerichten – soweit ersichtlich – nicht beanstandet.

541

⁹⁹³ BVerwG NJW 2012, 2823, 2824.

⁹⁹⁴ BVerwG NVwZ 2018, 268, 269.

⁹⁹⁵ Herrmann, in: BeckOK, VwVfG, § 28 Rn 16 mit Verweis auf Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 28 Rn 33.

⁹⁹⁶ Herrmann, in: BeckOK, VwVfG, § 28 Rn 17.

- 542 Dem Betroffenen ist zudem für seine Äußerung ausreichend **Zeit** einzuräumen. Wie lang die Äußerungsfrist zu bemessen ist, richtet sich nach der Schwierigkeit und Komplexität der Sache, über die entschieden werden soll. Muss sich der Betroffene etwa fachlich oder juristisch beraten lassen, bevor er sich in qualifizierter Weise gegenüber der Behörde äußern kann, ist ihm eine längere Äußerungsfrist einzuräumen, als dies bei einfach gelagerten Sachverhalten der Fall ist. In der Praxis wird durchgängig eine Äußerungsfrist von 2 Wochen (zwischen Zugang des Anhörungsschreibens und der Absendung der Stellungnahme ohne Berücksichtigung der Postlaufzeiten⁹⁹⁷) gewährt, was jedenfalls grundsätzlich angemessen erscheint. Hat der Betroffene die Anhörungsfrist verstreichen lassen, ist die Behörde befugt, allein auf der Grundlage der ihr vorliegenden Tatsachen zu entscheiden. Hat die Behörde die Frist zur Äußerung unangemessen kurz bemessen, ist der Verwaltungsakt grds. **rechtswidrig**, wenn sich der Betroffene zu dessen Erlass nicht geäußert hat.⁹⁹⁸ Es bleibt aber die Möglichkeit der Heilung bzw. Unbeachtlichkeit (Rn 549 ff.). Denn wenn eine Heilung oder eine Unbeachtlichkeit bei unterbliebener Anhörung möglich sind, muss dies erst recht gelten, wenn eine Anhörungsmöglichkeit geschaffen wurde, aber lediglich die Anhörungsfrist zu kurz bemessen war.
- 543 Fraglich ist, ob eine Anhörung gem. § 28 I VwVfG auch dann erforderlich ist, wenn der Antrag auf Erlass eines **begünstigenden** Verwaltungsakts **abgelehnt** werden soll.

Beispiel: G beantragt eine Gaststättenerlaubnis (vgl. § 2 I GastG). Die Behörde ist der Meinung, dass G nicht die erforderliche Zuverlässigkeit besitze (vgl. § 4 I S. 1 Nr. 1 GastG), und beabsichtigt, den Antrag abzulehnen. Muss G zuvor angehört werden?

- ⇒ Nach der Rspr. des BVerwG⁹⁹⁹ muss der Betroffene nicht angehört werden, wenn der Erlass eines ihn begünstigenden Verwaltungsakts abgelehnt wird. Gestützt auf den Wortlaut des § 28 I VwVfG begründet das BVerwG seine Auffassung maßgeblich damit, dass ein Ablehnungsbescheid nicht in die Rechte des Betroffenen eingreife. Das gelte auch dann, wenn der beantragte Verwaltungsakt zwar erlassen, aber mit einer belastenden Nebenbestimmung versehen werden solle.
- ⇒ Demgegenüber steht die h.L.¹⁰⁰⁰ auf dem Standpunkt, dass auch eine ablehnende Entscheidung für den Betroffenen eine Belastung darstelle. Alle belastenden, in eine rechtlich geschützte Position eines Beteiligten eingreifenden Verwaltungsakte einschließlich belastender Nebenbestimmungen im Rahmen eines im Übrigen begünstigenden Verwaltungsakts bedürften daher einer vorherigen Anhörung.
- ⇒ Stellungnahme: Die Rspr. ist dem methodischen Einwand ausgesetzt, dass der Antragsteller im Zeitpunkt der Antragstellung nicht alle erdenklichen (späteren) Entscheidungsgründe der Behörde in Betracht ziehen kann, sein Antrag sich also nicht entsprechend auf alle Entscheidungsgründe beziehen kann. Daher muss ihm für den Fall, dass sich die Begründung der Behörde auf andere Tatsachen stützt, als er in seinem ursprünglichen Antrag genannt hat, die Gelegenheit eingeräumt werden, eine entsprechende Stellungnahme in Form einer Anhörung abgeben zu können.

Folgt man daher der h.L., muss G angehört werden. Unterlässt die Behörde dies, liegt es nahe, an die formelle Rechtswidrigkeit des Ablehnungsbescheids zu denken. Allerdings ist die Heilungsmöglichkeit nach § 45 I Nr. 3, II VwVfG (Nachholung der Anhörung bis zum Abschluss der letzten Tatsacheninstanz eines gerichtlichen Verfahrens) zu beachten.

⁹⁹⁷ Herrmann, in: BeckOK, VwVfG, § 28 Rn 19 mit Verweis auf Ritgen, in: Knack/Henneke, VwVfG, § 28 Rn 20.

⁹⁹⁸ Neumann, NVwZ 2000, 1244, 1246.

⁹⁹⁹ BVerwGE 66, 184, 186; vgl. auch VGH Mannheim NVwZ 1994, 919.

¹⁰⁰⁰ Vgl. nur Maurer/Waldhoff, AllgVerwR, § 19 Rn 28; Badura, in: Erichsen/Ehlers, AllgVerwR, § 37 Rn 15; Ehlers, Jura 1991, 208, 213; ders., Jura 1996, 617, 618; Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 28 Rn 26 m.w.N.

Problematisch wird es, wenn es sich bei dem beantragten Verwaltungsakt um einen **Ermessensverwaltungsakt** handelt. Nach der Rspr. des BVerwG¹⁰⁰¹ ist auch bei Ermessensverwaltungsakten eine Heilung des ursprünglichen Verfahrensmangels nach § 45 I Nr. 3 VwVfG durch Nachholung der Anhörung zulässig. Nach der Gegenauffassung ist eine Heilung durch Nachholung der Verfahrenshandlung nur dann möglich, wenn das Nachholverfahren geeignet ist, eine Änderung des fraglichen Verwaltungsakts herbeizuführen. Daher könne z.B. bei Ermessensverwaltungsakten eine Heilung der Verletzung der Anhörungspflicht im Widerspruchsverfahren nicht erfolgen, wenn die Widerspruchsbehörde den Verwaltungsakt nur im Hinblick auf die Rechtmäßigkeit, nicht aber auf die Zweckmäßigkeit hin überprüfen könne.¹⁰⁰² Das ist immer dann der Fall, wenn die Widerspruchsbehörde lediglich eine Rechtsaufsicht gegenüber der Ausgangsbehörde hat. Ist die Widerspruchsbehörde dagegen identisch mit der Ausgangsbehörde, kann auf jeden Fall eine Heilung stattfinden.

(b.) Entfall oder Unterbleiben der Anhörung nach § 28 II, III VwVfG

Nach § 28 II VwVfG *kann* (dazu sogleich bei Rn 545) von der Anhörung abgesehen werden, wenn sie nach den Umständen des Einzelfalls nicht geboten ist. Zur Konkretisierung nennt § 28 II VwVfG fünf Nummern, die freilich nicht abschließend sind (vgl. „insbesondere“). **Prüfungsrelevant** sind vor allem folgende Fälle:

544

- Nach § 28 II **Nr. 1** VwVfG kann von der Anhörung abgesehen werden, wenn eine sofortige Entscheidung wegen **Gefahr im Verzug** oder im öffentlichen Interesse notwendig erscheint. Hierunter fallen vor allem **Eilentscheidungen** auf dem Gebiet des Polizei- und Ordnungsrechts. Gefahr im Verzug ist dann anzunehmen, wenn eine vorherige, selbst telefonische Anhörung die notwendigen Maßnahmen in unvertretbarem Maße verzögern würde, insbesondere weil der mit der Maßnahme verfolgte Zweck **vereitelt oder wesentlich erschwert** würde.

Beim Verzicht auf die Anhörung ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten. So kann es im Einzelfall angebracht sein, zur sofortigen Abwehr einer Gefahr ohne Anhörung zunächst nur vorläufige Maßnahmen zu ergreifen und erst nach Anhörung die endgültige Regelung zu treffen.¹⁰⁰³

- Nach § 28 II **Nr. 4** VwVfG kann von der Anhörung abgesehen werden, wenn die Behörde eine **Allgemeinverfügung** (vgl. § 35 S. 2 VwVfG) oder gleichartige Verwaltungsakte in größerer Zahl oder Verwaltungsakte mit Hilfe automatischer Einrichtungen erlassen will. Als Allgemeinverfügungen kommen insbesondere **Verkehrszeichen** in Betracht.

Diese Regelung trägt vor allem verwaltungspraktischen Gesichtspunkten Rechnung. Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Vorschrift ist jedoch, dass die Verwaltungsakte einen Sachverhalt betreffen, bei dem das rechtliche Gehör keine allzu große Bedeutung hat. So ist § 28 II Nr. 4 VwVfG z.B. **nicht anwendbar**, wenn durch eine Allgemeinverfügung einzelne Bürger in **besonderer Weise** betroffen werden.

Beispiel: Bei der Widmung einer Straße ist die Anhörung der Anlieger nicht nach § 28 II Nr. 4 VwVfG entbehrlich.

- Nach § 28 II **Nr. 5** VwVfG kann von der Anhörung abgesehen werden, wenn eine Maßnahme in der **Verwaltungsvollstreckung** getroffen werden soll. Dazu zählen vor allem die Androhung, Festsetzung und Anwendung von Zwangsmitteln, auch Maßnahmen im Wege des Sofortvollzugs (§ 6 II VwVfG) und der unmittelbaren Ausführung. **Nicht** unter Nr. 5 fällt dagegen ein **Kostenbescheid**, durch den nach der Vollstreckung die Kosten derselben vom Pflichtigen angefordert werden. Hier handelt es sich nicht mehr um eine Maßnahme in der Verwaltungsvollstreckung, sondern um eine Maß-

¹⁰⁰¹ BVerwG NVwZ 1984, 578, 579.

¹⁰⁰² Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 45 Rn 41.

¹⁰⁰³ Vgl. VG Berlin NJW 2002, 1063, 1064; OVG Weimar DVBl 1996, 1446, 1447.

nahme nach Abschluss der Vollstreckung. Eine Anhörung ist daher grundsätzlich erforderlich. Sinn der Ausnahme ist nämlich die Verhinderung einer Vollstreckungsvereitelung. Diese Gefahr besteht nach Abschluss der Vollstreckung bei Erlass eines Kostenbescheids gerade nicht mehr.¹⁰⁰⁴

- 545** Aufgrund der Formulierung „kann“ ist klar, dass allein das Vorliegen der Voraussetzungen des § 28 II VwVfG die Anhörung **nicht automatisch** entbehrlich macht. Vielmehr steht der Verzicht auf die Anhörung im **Ermessen** der Behörde. Die Behörde muss also unter Abwägung aller Umstände eine ermessensfehlerfreie Entscheidung treffen. Sie muss insbesondere prüfen, ob nicht gleichwohl besondere Umstände des Einzelfalls die Anhörung gebieten. Übt die Behörde dieses Ermessen nicht aus, ist die Anhörung trotz Vorliegens der Voraussetzungen des § 28 II VwVfG nicht entbehrlich und der gleichwohl ergangene Verwaltungsakt grds. rechtswidrig.¹⁰⁰⁵
- 546** Fraglich ist, ob die Behörde darüber hinaus verpflichtet ist, die Entscheidung über den Verzicht auf die Anhörung besonders zu **begründen**.
- Teilweise wird diese Frage verneint mit dem Argument, die Begründungspflicht gelte nur für das materielle Recht, nicht aber für das Verfahrensrecht.¹⁰⁰⁶
 - Demgegenüber geht die h.M. von einem Begründungserfordernis aus. Zwar handele es sich bei der Entscheidung, von der Anhörung abzusehen, nicht um einen Verwaltungsakt, sondern um eine bloße verfahrensleitende Entscheidung, die nicht unmittelbar dem Begründungszwang nach § 39 VwVfG unterliege, dennoch müsse die Behörde im Hinblick auf Art. 19 IV GG die Gründe für ihre Entscheidung offenlegen. Dieser Befund sei auch sachgerecht, weil nur dann der Bürger die Möglichkeit habe zu überprüfen, ob das Absehen von der Anhörung ermessensfehlerfrei erfolgt sei.¹⁰⁰⁷
- 547** Ist die Anhörung des Betroffenen erforderlich, muss diesem gem. § 28 I VwVfG **Gelegenheit** gegeben werden, sich zu den für die Entscheidung erheblichen **Tatsachen** zu äußern; Gelegenheit zu Rechtsausführungen (Rechtsgespräch) kann dagegen nicht beansprucht werden.¹⁰⁰⁸

Die Beantwortung der Frage, welche Tatsachen **entscheidungserheblich** sind, bestimmt sich nach der rechtlichen Einschätzung der anhörenden Behörde. Diese braucht die Anhörung also nur auf solche Tatsachen zu erstrecken, auf die es für ihre Entscheidung nach ihrer rechtlichen Beurteilung ankommt.¹⁰⁰⁹

Beispiel: Kommt es nach Auffassung der Behörde für den Erlass einer Gewerbeunter-sagung (vgl. § 35 GewO) allein auf die Nichtabführung von Sozialversicherungsbeiträgen an, muss dem Gewerbetreibenden nur bezüglich dieses Sachverhalts Gelegenheit zur Stellungnahme gewährt werden. Wird eine Anhörung zu anderen Tatsachen (etwa Steuerstraftaten) nicht durchgeführt, ist § 28 VwVfG nicht verletzt. Etwas anderes gilt nur dann, wenn sich die spätere Untersagungsverfügung (auch) auf diese anderen Tatsachen stützt.

¹⁰⁰⁴ OVG Koblenz DVBl 1999, 216.

¹⁰⁰⁵ Vgl. BVerwG NVwZ 1984, 577; VGH Kassel NVwZ-RR 1989, 113, 114; *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 28 Rn 45; *Ehlers*, Jura 1996, 617, 620.

¹⁰⁰⁶ VGH Mannheim DÖV 1981, 971, 973. Nach BVerwG DVBl 1983, 999 muss die Behörde jedenfalls in der mündlichen Verhandlung die Gründe offenlegen.

¹⁰⁰⁷ OVG Münster NJW 1978, 1765; NVwZ 1982, 326; OVG Bremen DÖV 1980, 180; *Ehlers*, Jura 1996, 617, 620; *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 28 Rn 45.

¹⁰⁰⁸ *Kopp/Ramsauer*, VwVfG § 28 Rn 42; *Ehlers*, Jura 1996, 617, 619; differenzierend *Kallerhoff/Mayen*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, § 28 Rn 39, wonach zwischen Rechtsgrundlagen und Rechtsgespräch zu unterscheiden sei. Zu den entscheidungserheblichen Tatsachen i.S.d. § 28 VwVfG gehörten auch die maßgeblichen Rechtsgrundlagen, auf die die Behörde deshalb hinzuweisen habe.

¹⁰⁰⁹ BVerwG DVBl 1983, 271, 273; *Ehlers*, Jura 1996, 617, 620; a.A. *Kopp/Ramsauer*, VwVfG § 28 Rn 33.

Hinweis für die Fallbearbeitung: Enthält der Sachverhalt keine Angaben darüber, ob eine Anhörung stattgefunden hat, ist eine ordnungsgemäße Anhörung zu unterstellen. Lediglich bei Maßnahmen der Vollzugspolizei darf bei Fehlen entsprechender Sachverhaltsinformation u.U. das Fehlen einer erforderlichen Anhörung unterstellt werden. Legt der Sachverhalt das Fehlen einer erforderlichen Anhörung nahe, sollte wie folgt vorgegangen werden:

Ist die Anhörung eines Beteiligten (§ 13 VwVfG) unterblieben, ist in einer Prüfungsarbeit zunächst zu untersuchen, ob die Anhörung nicht nach § 28 II VwVfG entfallen konnte bzw. nach § 28 III VwVfG zu unterbleiben hatte. Bei der Prüfung der Ausnahmetatbestände des § 28 II Nr. 2-5 VwVfG sind enge Maßstäbe anzulegen, da der Anspruch auf rechtliches Gehör zu den Grundsätzen eines Rechtsstaates zählt (s.o.). Schließlich ist zu beachten: Erst wenn die Voraussetzungen des § 28 II, III VwVfG nicht vorliegen, kommt eine Prüfung der Heilungsvorschrift des § 45 I Nr. 3 VwVfG und der Unbeachtlichkeitsregel des § 46 VwVfG in Betracht, da nur das Fehlen einer „pflichtigen“ Anhörung zu einem Verfahrensfehler führt.

(c.) Heilung der unterbliebenen Anhörung gemäß § 45 I Nr. 3 VwVfG

Die Fehlerfolge des unter Verletzung von zwingenden Verfahrensvorschriften zustande gekommenen Verwaltungsakts ist stets die formelle **Rechtswidrigkeit**.¹⁰¹⁰ Das kann auch aus § 59 II Nr. 2 VwVfG geschlossen werden, der die Formulierung enthält: „... wenn ein Verwaltungsakt mit entsprechendem Inhalt nicht nur wegen eines Verfahrens- oder Formfehlers ... rechtswidrig wäre“. Zu beachten ist aber die Regelung des § 45 I, II VwVfG, wonach **bestimmte formelle Fehler** des Verwaltungsakts durch **Nachholung** der versäumten Handlung **geheilt** werden können.

549

Heilung bedeutet, dass die Rechtswidrigkeit entfällt; d.h. der formell rechtswidrige Verwaltungsakt wird **formell rechtmäßig**.

550

Ist die gem. § 28 I VwVfG erforderliche *Anhörung* unterblieben und kein Grund ersichtlich, dass sie gem. § 28 II, III VwVfG entbehrlich war bzw. zu unterbleiben hatte, kann der Fehler nach § 45 I Nr. 3 VwVfG dadurch geheilt werden, dass die Anhörung während des **Vorverfahrens** oder sogar noch während des **verwaltungsgerichtlichen Verfahrens** (§ 45 II VwVfG, siehe sogleich) erfolgt. Der Grund hierfür besteht darin, dass durch die Begründung des Ausgangsverwaltungsakts dem Betroffenen die maßgeblichen Tatsachen bekannt sind und ihm durch die Rechtsbehelfsbelehrung eine Äußerungsmöglichkeit gegeben wurde. Freilich greifen diese Überlegungen nicht, wenn der Verwaltungsakt weder mit einer Begründung noch mit einer Rechtsbehelfsbelehrung versehen wurde. In jedem Fall setzt die Heilung eines Anhörungsmangels gem. § 45 I Nr. 3, II VwVfG voraus, dass die Anhörung nachträglich ordnungsgemäß durchgeführt und ihre Funktion für den Entscheidungsprozess der Behörde uneingeschränkt erreicht wird.¹⁰¹¹ Das ist dann der Fall, wenn die nachgeholtete Anhörung zu der unterlassenen qualitativ gleichwertig ist, d.h. wenn sie den Entscheidungsprozess der Behörde uneingeschränkt erreicht.¹⁰¹² Äußerungen und Stellungnahmen von Beteiligten im Widerspruchsverfahren bzw. im gerichtlichen Verfahren erfüllen diese Voraussetzung grds. nicht, außer, wenn die Einlassung des Betroffenen den Entscheidungsprozess der Behörde uneingeschränkt erreicht.¹⁰¹³

551

¹⁰¹⁰ In Extremfällen kann sogar die Nichtigkeit gem. § 44 VwVfG vorliegen. Im Normalfall ist der Verwaltungsakt wegen Verstoßes gegen eine Verfahrens- oder Formvorschrift aber nur rechtswidrig und aufhebbar (§ 43 VwVfG).

¹⁰¹¹ BVerwG NVwZ 2018, 268, 269.

¹⁰¹² VGH Kassel NVwZ-RR 2012, 163 f. Siehe auch BVerwG NVwZ 2011, 115, 119; NJW 2012, 2823, 2825; NVwZ-RR 2016, 449, 450; NVwZ 2018, 268, 269.

¹⁰¹³ BVerwG NVwZ 2018, 268, 269.

552

Beispiel¹⁰¹⁴: E ist Inhaber eines Bergbauunternehmens und Eigentümer eines Grundstücks, auf dem sich ein Freilager für grundeigene Bodenschätze befindet. Er wendet sich im Klagewege gegen einen Planfeststellungsbeschluss für den Neubau einer Bundesfernstraße. Gleichwohl erlässt die Behörde gegenüber E eine Duldungsverfügung, d.h. die Anordnung, E habe auf dem Grundstück Vorarbeiten i.S.d. § 16a FStrG zu dulden, und erklärt diese für sofort vollziehbar. Bei den Vorarbeiten handele es sich um die Herstellung von zwei Bohrpfählen mit einer Länge von etwa 45 m und einem Durchmesser von 1,20 m bis 1,50 m, die aus Beton ausgeführt und anschließend einer Probelastung unterzogen werden sollen. Danach sollen die Pfähle „bis knapp unter Geländeoberkante rückgebaut“ werden. Zur Begründung ist weiter ausgeführt, die Vorarbeiten seien erforderlich, um im Hinblick auf den zeitnahen Baubeginn der Bundesfernstraße die Baumaßnahme rechtzeitig ausschreiben zu können. Eine vorherige Anhörung des E fand nicht statt.

Gegen diese Verfügung erhebt E Anfechtungsklage und beantragt im Rahmen vorläufigen Rechtsschutzes, die aufschiebende Wirkung der Klage gegen die Duldungsverfügung wiederherzustellen.

Das BVerwG hat entschieden, dass das Aufschubinteresse des E das Interesse der Behörde an der sofortigen Vollziehbarkeit der umstrittenen Duldungsverfügung überwiegt. Denn bei summarischer Prüfung, wie sie das Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes kennzeichnet, sei die Klage des E unter formellen und materiellen Gesichtspunkten erfolversprechend. Die angefochtene Duldungsverfügung erweise sich schon aus formellen Gründen als offensichtlich rechtswidrig. Sie verstoße gegen § 28 I VwVfG, weil E nicht angehört worden sei, eine Anhörung weder entbehrlich gewesen noch ordnungsgemäß nachgeholt worden sei. Insbesondere sei im laufenden Hauptsacheverfahren keine ordnungsgemäße Anhörung erfolgt. Äußerungen und Stellungnahmen von Beteiligten im gerichtlichen Verfahren erfüllten die Voraussetzungen einer Anhörung grds. nicht. Der Anregung der Behörde, im gerichtlichen Verfahren zu klären, ob das Betriebsgelände und insbesondere das Freilager des E derzeit überhaupt genutzt werde, sei nicht zu folgen, da dies Gegenstand der nach § 28 I VwVfG gebotenen Anhörung hätte sein müssen. Nach gegenwärtigem Sachstand lasse sich auch nicht eindeutig sagen, ob der Verfahrensverstoß die Entscheidung in der Sache beeinflusst haben kann¹⁰¹⁵, was nach § 46 VwVfG zur Unbeachtlichkeit führen könnte.

553

Die Anwendbarkeit der Heilungsvorschrift des § 45 I VwVfG hat – wie bereits zum Ausdruck gebracht – auch eine **zeitliche Dimension**: Gemäß § 45 II VwVfG können bestimmte Verfahrenshandlungen (z.B. die Anhörung eines Beteiligten oder die Mitwirkung einer anderen Behörde), die unter Verletzung von Verfahrens- oder Formvorschriften unterblieben sind, noch **bis zum Abschluss der letzten Tatsacheninstanz eines Verwaltungsgerichtsverfahrens** (also nicht im Revisionsverfahren) mit heilender Wirkung nachgeholt werden (s.o.). Die Heilung des Verwaltungsakts durch Behebung des Verfahrensfehlers erfolgt dann mit Ex-nunc-Wirkung.¹⁰¹⁶

554

Selbstverständlich ist die genannte Zeitgrenze eine Obergrenze. Verfahrensfehler sind so früh wie möglich auszuräumen. Deshalb ist die Heilung bereits im Widerspruchsverfahren vorzunehmen. Da bis zum Abschluss des Abhilfeverfahrens (§ 72 VwGO) die Ausgangsbehörde zuständig ist, ist zunächst diese verpflichtet, den Verfahrensfehler auszuräumen. Hilft die Ausgangsbehörde dem Widerspruch nicht ab, gibt sie den Vorgang somit an die nächsthöhere Behörde (Widerspruchsbehörde) ab, muss diese den Verfahrensfehler ausräumen. Die Heilung durch die Widerspruchsbehörde kommt allerdings nur dann in Frage, wenn diese zur vollen Überprüfung der Recht- und Zweckmäßigkeit befugt ist. Ist das – etwa im Rahmen der Rechtsaufsicht – nicht der Fall, kann eine Heilung zunächst nur im

¹⁰¹⁴ Nach BVerwG NVwZ 2018, 268.

¹⁰¹⁵ BVerwG NVwZ 2018, 268, 269.

¹⁰¹⁶ *Schenke*, NVwZ 2015, 1341, 1348.

Abhilfeverfahren der Ausgangsbehörde erfolgen. Stellt die Widerspruchsbehörde einen Verfahrensfehler fest, setzt sie die Entscheidung aus und gibt den ganzen Vorgang zurück an die Ausgangsbehörde. Wurde der Verfahrensfehler während des Widerspruchsverfahrens geheilt, entfällt die (formelle) Rechtswidrigkeit. Der Verwaltungsakt darf wegen dieses geheilten Fehlers nicht mehr aufgehoben werden.

Kommt es zum Verwaltungsgerichtsverfahren, ist zu beachten, dass die Heilung keinesfalls durch das Verwaltungsgericht erfolgt, sondern *durch die Behörde während des Gerichtsverfahrens*. Eine Heilung von Verwaltungsverfahrensfehlern durch das Gericht wäre auch schon mit dem Gewaltenteilungsprinzip nicht vereinbar. Außerdem kommen in den überwiegenden Fällen die Verwaltungsverfahrensgesetze der Länder zur Anwendung. Der Bundesgesetzgeber (die VwGO ist ein Bundesgesetz) ist nicht befugt, Heilungsvorschriften über das Landesverfahrensrecht zu erlassen. Die Nachholung der Verfahrenshandlung während des Gerichtsverfahrens soll durch § 45 II VwGO daher lediglich „bis zum Abschluss der letzten Tatsacheninstanz eines gerichtlichen Verfahrens“ ermöglicht werden. Selbstverständlich kommen wie im Verwaltungsverfahren nur Heilungsgründe des § 45 I VwVfG in Betracht. Der dort enumerativ genannte Katalog ist abschließend. Schließlich ist zu beachten, dass auch bei der Heilung während des Verwaltungsprozesses nur *die* Behörde tätig werden kann, die die volle Entscheidungskompetenz über die betreffende Frage des Streitgegenstands hat. So kann bei Ermessensverwaltungsakten in Selbstverwaltungsangelegenheiten der Ausgangsbehörde nur diese – und nicht die Widerspruchsbehörde – den betreffenden Verfahrensfehler heilen, da die Überprüfungsfunktion der Widerspruchsbehörde hinter der der Ausgangsbehörde zurückbleibt, da sie hier nur Rechtsaufsicht, keine Fachaufsicht hat.

555

Fehlt einem Verwaltungsakt die erforderliche **Begründung** oder ist die erforderliche **Anhörung** eines Beteiligten vor Erlass des Verwaltungsakts unterblieben und ist dadurch die rechtzeitige Anfechtung des Verwaltungsakts versäumt worden, gilt die Versäumung der Rechtsbehelfsfrist als nicht verschuldet. Hier findet eine **Wiedereinsetzung in den vorigen Stand** statt (§§ 45 III, 32 VwVfG). Allerdings muss ein Ursachenzusammenhang zwischen der unterbliebenen erforderlichen Anhörung und der Versäumung der rechtzeitigen Anfechtung schlüssig dargelegt und glaubhaft gemacht werden.¹⁰¹⁷

556

bb.) Besorgnis der Befangenheit, § 21 VwVfG

§ 21 VwVfG will (wie § 20 VwVfG) verhindern, dass an der Behördenentscheidung Personen mitwirken, bei denen Umstände vorliegen, die objektiv geeignet sind, Misstrauen gegen ein sachgemäßes, unparteiisches Verwaltungsverfahren aufkommen zu lassen.¹⁰¹⁸ Der Verwaltungsakt ist daher formell rechtswidrig, wenn die Besorgnis besteht, der handelnde Amtswalter sei bei der Entscheidung über den Verwaltungsakt befangen gewesen.¹⁰¹⁹

557

Befangenheit liegt vor, wenn der Amtswalter nicht unparteiisch sachlich, also mit der gebotenen Distanz, Unbefangenheit und Objektivität entscheidet, sondern sich von persönlichen Vorurteilen oder sonstigen sachfremden Erwägungen leiten lässt.¹⁰²⁰ **Besorgnis** der Befangenheit ist gegeben, wenn er bei verständiger Würdigung des dem Amtswalter bekannten Sachverhalts Grund zu der Annahme hat, der Amtswalter

558

¹⁰¹⁷ BGH NJW 2001, 233. Zu § 45 III VwVfG vgl. *Allesch*, NVwZ 2003, 444 ff.

¹⁰¹⁸ *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 20 Rn 6 i.V.m. § 21 Rn 1, 5.

¹⁰¹⁹ VGH Mannheim NVwZ 2002, 235; *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 21 Rn 13.

¹⁰²⁰ VGH Mannheim NVwZ 2002, 235; *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 21 Rn 5.

habe eine innere Haltung eingenommen, welche die gebotene Unparteilichkeit und Unvoreingenommenheit störend beeinflussen kann.¹⁰²¹

Beispiel: Wenn persönliche Animositäten zwischen dem Amtswalter und dem Bürger, dem gegenüber ein belastender Verwaltungsakt erlassen wurde, bestehen, liegt die Besorgnis der Befangenheit vor. Der Verwaltungsakt ist **formell rechtswidrig**. Eine **Heilung** nach § 45 VwVfG kommt **nicht** in Betracht, da ein Verstoß gegen § 21 VwVfG nicht vom Katalog des § 45 VwVfG umfasst ist. Ob der Fehler nach § 46 VwVfG **unbeachtlich** ist, hängt davon ab, ob in der Sache keine andere Entscheidung ergehen konnte (tatsächliche Alternativlosigkeit). Dies kann erst nach entsprechender Prüfung der materiellen Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts beantwortet werden.

Von einer Nichtigkeit nach § 44 VwVfG kann dagegen wohl nicht ausgegangen werden, da die Befangenheit i.d.R. nicht so offensichtlich bzw. gravierend ist, dass von einem besonders schwerwiegenden Fehler i.S.d. § 44 I VwVfG gesprochen werden müsste.

559 Zu beachten ist aber, dass nach h.M. die Besorgnis der Befangenheit von einem Verfahrensbeteiligten **geltend gemacht werden muss**. Kennt der Beteiligte den Befangenheitsgrund, muss er ihn vor Erlass des Verwaltungsakts oder zumindest unmittelbar nach Bekanntwerden bei der Behörde geltend machen.¹⁰²² Anderenfalls verwirkt er nicht nur seine Befugnis, den Befangenheitsgrund noch im laufenden Verwaltungsverfahren geltend zu machen, sondern auch sein Recht, den Mangel des Verfahrens später (etwa im Widerspruchsverfahren oder im Verwaltungsprozess) geltend zu machen.¹⁰²³

560 Wird dem Verfahrensbeteiligten der Befangenheitsgrund dagegen erst nach Erlass des Verwaltungsakts bekannt, muss er ihn ebenfalls unverzüglich, spätestens mit dem Widerspruch gegen den Verwaltungsakt, rügen. Wird die Rüge erst im späteren Verwaltungsprozess vorgebracht, ist sie verspätet.¹⁰²⁴

Hinweis für die Fallbearbeitung: Geht aus dem Sachverhalt hervor, dass der den Verwaltungsakt erlassende Amtswalter bei der Entscheidung befangen war, führt das i.d.R. zwar zur Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts, der Befangenheitsgrund muss aber vom Betroffenen unverzüglich geltend gemacht werden. Enthält der Sachverhalt hierzu keine Angaben, ist die Rüge nach der hier vertretenen Auffassung zu unterstellen. Folgt man dieser Auffassung nicht, ist zu unterstellen, dass eine Rüge nicht erfolgt ist, was dazu führt, dass der Verwaltungsakt (zumindest aus diesem Grund) nicht aufgehoben werden kann.

cc.) Verstoß gegen den Untersuchungsgrundsatz nach § 24 VwVfG

561 Gemäß § 24 VwVfG hat die Behörde den Sachverhalt **umfassend** zu ermitteln. Dieser sog. Untersuchungsgrundsatz (Amtsermittlungsgrundsatz) bestimmt, dass die Behörde den für die Sachentscheidung maßgeblichen Sachverhalt ermitteln und feststellen muss. Dabei hat sie Art und Umfang der Ermittlungen **pflichtgemäß** festzulegen.

562 Zwar folgt aus der systematischen Stellung des § 24 VwVfG, dass sich der Untersuchungsgrundsatz lediglich auf das Verwaltungsverfahren gem. §§ 9 ff. VwVfG bezieht, also auf ein Verfahren, dem entweder der Erlass eines Verwaltungsakts oder das Zustandekommen eines verwaltungsrechtlichen Vertrags folgen. Gleichwohl ist der Vorschrift ein allgemeiner Rechtsgedanke zu entnehmen, dass der Untersuchungsgrundsatz grds. auch auf Verfahren

¹⁰²¹ BGH NSTZ 2018, 483, 439 (zur Besorgnis der Befangenheit bei einem Richter); *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 21 Rn 5.

¹⁰²² *Neumann*, NVwZ 2000, 1244, 1245; *Schmitz*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 21 Rn 15.

¹⁰²³ *Neumann*, NVwZ 2000, 1244, 1246; *Schmitz*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 21 Rn 16.

¹⁰²⁴ OVG Koblenz DVBl 1999, 1597.

zum Erlass von Rechtsverordnungen und Satzungen sowie auf verwaltungsprivatrechtliche Handlungen der Verwaltung zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben anwendbar ist.¹⁰²⁵

Der Untersuchungsgrundsatz gilt selbstverständlich auch beim Einsatz automatischer Einrichtungen, d.h. vor dem vollautomatisierten Erlass eines Verwaltungsakts (siehe dazu Rn 379i f.), § 24 I S. 3 VwVfG. Der Gesetzesbegründung zufolge soll die Regelung klarstellen, dass für den Einzelfall bedeutsame tatsächliche Angaben des Betroffenen Berücksichtigung finden müssen. Zugleich stelle die Vorschrift die Effizienz des Einsatzes automatischer Einrichtungen dadurch sicher, dass nicht jedweder individuelle Vortrag zu einer Aussteuerung und Einzelfallprüfung führen müsse. Bei individuellem Einzeltvortrag müsse demnach eine Aussteuerung und – je nach Relevanz für das Verfahren – eine weitere Bearbeitung außerhalb des automatisierten Verfahrens erfolgen oder es könne eine Rückführung in dieses erfolgen.¹⁰²⁶

Unterlässt die Behörde eine sachlich notwendige Aufklärung des Sachverhalts, liegt ein Verfahrensfehler vor. Eine **Heilung** dieses Fehlers nach § 45 VwVfG kommt **nicht** in Betracht, da der Untersuchungsgrundsatz nicht im Katalog des § 45 VwVfG aufgeführt ist. In Betracht kommt aber eine **Unbeachtlichkeit** des Fehlers nach § 46 VwVfG. Dazu muss aber offensichtlich sein, dass sich der Fehler nicht auf das Ergebnis der Entscheidung ausgewirkt hat. Dies wird i.d.R. aber anzunehmen sein, wenn der Behörde bei ihrer fehlerhaften Entscheidung Spielräume eingeräumt waren (Ermessen, Beurteilungsspielraum, planerische Abwägungsentscheidung), die sie in materiell-rechtlicher Sicht falsch gehandhabt hat und/oder wenn die Entscheidung aufgrund mangelnder Sachverhaltsaufklärung auf einer unrichtigen oder unvollständigen Grundlage getroffen wurde.¹⁰²⁷ Dann besteht ein **Aufhebungsanspruch** gem. § 113 I S. 1 VwGO.

563

dd.) Unbeachtlichkeit von Verfahrensfehlern, § 46 VwVfG

§ 46 VwVfG betrifft den Aufhebungsanspruch eines nicht nach § 45 VwVfG geheilten oder heilbaren Verfahrens- oder Formfehlers.

564

Gemäß § 46 VwVfG bleibt es zwar bei der formellen Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts, jedoch **entfällt** der **Aufhebungsanspruch**, d.h. Widerspruch oder Anfechtungsklage sind zwar zulässig, aber unbegründet, wenn der betreffende Verfahrens- oder Formfehler bei objektiver Betrachtungsweise die Entscheidung in der Sache tatsächlich nicht beeinflusst hat (*tatsächliche Alternativlosigkeit*).

565

§ 46 VwVfG dient damit der Prozessökonomie: Materiell rechtmäßige Verwaltungsentscheidungen sollen nicht wegen eines formellen Fehlers aufgehoben werden. Denn hier könnte die Behörde unter Beachtung von Form, Verfahren und örtlicher Zuständigkeit sofort einen neuen Verwaltungsakt gleichen Inhalts erlassen. Dabei kommt es nicht darauf an, ob es sich um eine gebundene Verwaltungsentscheidung oder um eine Ermessensentscheidung handelt, sondern auf den konkreten Einfluss des Fehlers auf die Entscheidung in der Sache (dazu Rn 568).

566

Die in § 46 VwVfG geforderte „**Offensichtlichkeit**“ liegt vor, wenn die fehlende Kausalität klar erkennbar ist, gleichsam „ins Auge springt“. Besteht dagegen die Möglichkeit, dass ohne den Fehler die Entscheidung in der Sache anders ausgefallen wäre, führt der Verfahrensfehler auch nach der Neufassung des Verwaltungsakts zu dessen Aufhebung.¹⁰²⁸

567

¹⁰²⁵ Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 24 Rn 4.

¹⁰²⁶ BT-Drs. 18/8434, S. 122.

¹⁰²⁷ Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 24 Rn 38. Vgl. auch *Beaucamp*, JA 2007, 117, 119.

¹⁰²⁸ Vgl. VG Berlin NJW 2002, 1063, 1064; Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 46 Rn 27.

568 Anders als in § 75 I a VwVfG¹⁰²⁹ bezieht sich die Offensichtlichkeit in § 46 VwVfG nicht auf das Vorliegen eines Mangels bei dem Entscheidungsfindungsprozess der Behörde, sondern auf die **Kausalität** des Fehlers für die Sachentscheidung. Bei rechtlich gebundenen Verwaltungsakten ist die „Offensichtlichkeit“ der Einflusslosigkeit des Fehlers daher unproblematisch. Im Rahmen von Ermessensentscheidungen bedarf es in der Regel einer gesonderten Prüfung. Tiefgründige und u.U. zeitintensive Untersuchungen, ob ein Verfahrens- oder Formfehler die Ermessensentscheidung der Behörde beeinflusst hat, kommen dabei zwar nicht in Betracht. Allerdings reicht mit Blick auf die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung (Art. 20 III GG) und die Rechtsschutzgarantie (Art. 19 IV GG) die bloße – einer objektiven Betrachtung entgegenstehende – **Behauptung** der Behörde, sie habe in jedem Fall wie geschehen entschieden, **nicht** aus, um die Aufhebung des Verwaltungsakts abzuwenden. Vielmehr muss das Gericht – und damit der Klausurbearbeiter – diese Frage an **objektiven Maßstäben** prüfen und zu dem Ergebnis kommen, dass der Fehler das Entscheidungsergebnis **tatsächlich** beeinflusst bzw. nicht beeinflusst hat.¹⁰³⁰

569

Fazit: Tatsächliche Alternativlosigkeit liegt nur vor, wenn das Gericht zu dem Ergebnis kommt, dass sich ein Fehler schon „rechnerisch“ nicht auf das Ergebnis ausgewirkt haben könne. Bei offener Entscheidung kann die fehlende Kausalität demnach kaum „offensichtlich“ sein. Die Beweislast für die Offensichtlichkeit trägt auf jeden Fall die Behörde. Werden bspw. durch den Verfahrensverstoß Grundrechtspositionen verletzt, *muss* dies in Ermangelung einer tatsächlichen Alternative zur Aufhebung des Verwaltungsakts führen. Die Behörde wird den Gegenbeweis nicht erbringen können.

570

Könnte in der Sache keine andere Entscheidung ergehen, hängt der Erfolg der Klage maßgeblich von der **Anwendbarkeit** des § 46 VwVfG ab. Diese Vorschrift steht gemäß § 1 VwVfG unter dem bereits erläuterten Anwendungsvorbehalt „inhaltsgleicher oder entgegenstehender“ Bestimmungen in anderen bundesrechtlichen Rechtsvorschriften (vgl. dazu Rn 216 ff.). So gehen dem § 46 VwVfG Rechtsvorschriften vor, die ausdrücklich oder nach ihrer *Ratio* die **Fehlerfolgen abschließend regeln** und in diesem Sinne **weitere Unerheblichkeitsgründe** vorsehen oder umgekehrt **absolute Aufhebungsgründe** anerkennen. § 46 VwVfG findet also keine Anwendung, wenn eine spezialgesetzliche absolute Verfahrensvorschrift (wie bspw. eine des BNatSchG) greift.¹⁰³¹ Darüber hinaus ist die Anwendung von § 46 VwVfG bei Vorschriften ausgeschlossen, die – wie die §§ 13 II S. 2, 67 f., 72 und 73 VwVfG und entsprechende Bestimmungen anderer Gesetze – nach ihrem offensichtlichen Sinn und Zweck für ein rechtsstaatlich geordnetes Verfahren wesentlich sind. Nicht anwendbar ist § 46 VwVfG auch bei personenbezogenen Entscheidungen sowie bei komplexen Abwägungs-, Beurteilungs- und Ermessensentscheidungen (s.o.), weil hier die „Offensichtlichkeit“ des Ergebnisses gerade nicht vorliegt. Im Gegenteil muss widerlegbar davon ausgegangen werden, dass ein Fehler im Verfahren die Entscheidung beeinflusst hat.

571

Absolute Wirkung i.S. eines Ausschlusses von § 46 VwVfG haben wegen des Erfordernisses effektiver, einheitlicher Wirkung des EU-Rechts in allen Mitgliedstaaten (*effet utile*) auch die **Verfahrensvorschriften nach EU-Recht** (bspw. Art. 108 AEUV) und die entsprechenden deutschen Vorschriften, soweit sie der **Umsetzung von EU-Recht**, insbesondere von Richtlinien, dienen und insoweit an die Vorgaben des EU-Rechts gebunden sind.

¹⁰²⁹ Danach sind Mängel erheblich, wenn „sie offensichtlich und auf das Abwägungsergebnis von Einfluss gewesen sind“.

¹⁰³⁰ Vgl. *Bonk*, NVwZ 2001, 636, 641; *Sodan*, DVBl 1999, 729, 738; *Hufen*, JuS 1999, 313, 318.

¹⁰³¹ *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 46 Rn 7.

Zusammenfassung: Nach dem bisher Gesagten bleibt die **Rechtswidrigkeit** des Verwaltungsakts durch die Regelung des § 46 VwVfG **unberührt**. Lediglich die Folgen des Verfahrens- oder Formfehlers werden modifiziert: Es **entfällt** der in § 113 I S. 1 VwGO formulierte **Aufhebungsanspruch**. Die Klage ist in einem solchen Fall unbegründet. Als Form- und Verfahrensfehler, die nach § 46 VwVfG unbeachtlich sein können, kommen insbesondere in Betracht:

- fehlende örtliche (nicht aber sachliche, vgl. den Umkehrschluss aus § 44 III Nr. 1 VwVfG) Zuständigkeit der handelnden Behörde mit Ausnahme des (klausurunbedeutenden) § 44 III Nr. 1 i.V.m. § 44 II Nr. 3 i.V.m. § 3 I Nr. 1 VwVfG.
- unterbliebene Mitwirkung Dritter, § 13 VwVfG. Nicht anwendbar ist § 46 VwVfG aber bei unterbliebener *notwendiger* Beteiligung, z.B. eines Hauptbeteiligten, und bei unterbliebener Hinzuziehung im Falle der Notwendigkeit nach § 13 II VwVfG, da dies nicht nur ein Verfahrens- oder Formfehler ist, sondern die Wirksamkeit des Verwaltungsakts betrifft.¹⁰³²
- fehlende (aber erforderliche) Anhörung eines Beteiligten, § 28 I VwVfG
- Vorliegen der Besorgnis der Befangenheit des handelnden Amtswalters, § 21 VwVfG
- unzulängliche Ermittlung des maßgeblichen Sachverhalts gem. §§ 24, 26 VwVfG
- Fehlen einer erforderlichen Begründung des Verwaltungsakts gem. § 39 VwVfG
- Verletzung von Formvorschriften, etwa von Formvorschriften über die Protokollführung zu Beweis Zwecken. Hat der Formfehler aber die Nichtigkeit der Entscheidung zur Folge (etwa wenn die Schriftform zwingend vorgeschrieben ist und eine Verletzung dieser Vorschrift die Nichtigkeit vorschreibt), ist § 46 VwVfG unanwendbar.

Hinweis für die Fallbearbeitung: Liegt ein Verfahrensfehler vor, ist stets an eine Heilung nach § 45 VwVfG zu denken. Ob aber ein formeller Fehler heilbar ist, kann dahinstehen, wenn gem. § 46 VwVfG „offensichtlich“ ist, dass die Verletzung des Verfahrensrechts die Entscheidung in der Sache tatsächlich nicht beeinflusst hat. Denn ist offensichtlich, dass der formelle Fehler die Verwaltungsentscheidung nicht beeinflusst hat, ist der Fehler eben unbeachtlich gem. § 46 VwVfG. Eine Heilung nach § 45 VwVfG ist nicht erforderlich. Dogmatisch korrekt geht deshalb **die Prüfung des § 46 VwVfG der des § 45 VwVfG vor!** Prüft man dementsprechend die Voraussetzungen des § 46 VwVfG, müsste an dieser Stelle der Fallbearbeitung an sich die vollständige materielle Begründetheitsprüfung des Verwaltungsakts, wie sie auch im Übrigen durchzuführen wäre (Vereinbarkeit mit der Rechtsgrundlage, Beachtung der Verhältnismäßigkeit, fehlerfreie Ermessensbetätigung), erfolgen. Nur wenn nach entsprechender Prüfung die Voraussetzungen des § 46 VwVfG nicht vorlägen, wäre § 45 VwVfG zu prüfen. Da aber selbst in amtlichen Musterlösungen zu Examensklausuren zunächst § 45 VwVfG geprüft wird (in solchen „Musterlösungen“ wird übrigens auch der Verwaltungsrechtsweg als Zulässigkeitsvoraussetzung einer Klage geprüft, obwohl dies der klaren Regelung des § 17a II GVG widerspricht), wird auch vorliegend diesem „bewährten“ Aufbau gefolgt. Bei der Prüfung der formellen Rechtmäßigkeit/Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts sollte daher zunächst nur die Heilungsvorschrift des § 45 VwVfG behandelt werden.¹⁰³³ Wird diese Prüfung mit dem Ergebnis abgeschlossen, dass der Verwaltungsakt wegen eines Verfahrensfehlers **rechtswidrig** ist, sollte im Anschluss daran folgender Hinweis auf § 46 VwVfG erfolgen:

„Ob der Fehler nach § 46 VwVfG unbeachtlich ist und den Aufhebungsanspruch des Klägers ausschließt, hängt davon ab, ob in der Sache keine andere Entscheidung ergehen konnte (tatsächliche Alternativlosigkeit). Dies kann erst nach entsprechen-

¹⁰³² Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 46 Rn 19.

¹⁰³³ Vgl. auch *Beaucamp*, JA 2007, 117, 120.

der Prüfung der materiellen Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts beantwortet werden“.

Anschließend wird die materielle Rechtmäßigkeit/Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts geprüft. Ergibt sich bei dieser Prüfung, dass der Verwaltungsakt materiell rechtmäßig ist, kann daran bspw. folgende Formulierung angehängt werden:

„Mit Blick auf den festgestellten Verstoß gegen ... (bspw. gegen § 21 VwVfG) ist nun auf die Unbeachtlichkeitsregelung des § 46 VwVfG einzugehen, wonach ein Aufhebungsanspruch ausgeschlossen ist, wenn in der Sache keine andere Entscheidung hätte ergehen können (tatsächliche Alternativlosigkeit). Das ... (bspw. das Ordnungsamt) müsste also bei fehlerfreiem Vorgehen in der gleichen Weise entschieden haben. Der ... (bspw. der Widerruf der Gaststättenerlaubnis) ist eine gebundene Entscheidung, d.h. die Behörde ist bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen verpflichtet, die ... (Gaststättenerlaubnis) aufzuheben. Die Ermittlungen der Behörde haben ergeben, dass die Voraussetzungen des ... (§ 15 II GastG) vorliegen. Das ... (Ordnungsamt) hätte also auch bei Einhaltung der Verfahrensvorschrift des ... (§ 21 VwVfG) in der Sache die gleiche Entscheidung treffen müssen. Der Fehler im Verwaltungsverfahren war daher unbeachtlich.“¹⁰³⁴

Schließlich ist zu beachten, dass die §§ 45, 46 VwVfG nur für Fehler im Verwaltungsverfahren nach §§ 9 ff. VwVfG angewendet werden dürfen. Für Fehler im Normsetzungsverfahren (Rechtsverordnungen, Satzungen) sind sie unanwendbar. Hier gilt grundsätzlich, dass auch ein formeller Fehler zur Nichtigkeit und damit zur Begründetheit der Klage/des Normenkontrollverfahrens (§ 47 VwGO) führt. Allerdings sind auch hier besondere Heilungs-/Unbeachtlichkeitsvorschriften zu beachten. So sind bei einer bauplanungsrechtlichen Satzung (Bebauungsplan) die §§ 214, 215 BauGB zu beachten. Vgl. dazu ausführlich *R. Schmidt*, BauR, Rn 18 ff.

ee.) Recht auf Akteneinsicht, § 29 VwVfG

- 573a** § 29 I VwVfG gewährt den Beteiligten (§ 13 VwVfG) eines laufenden Verwaltungsverfahrens ein Recht auf Akteneinsicht. Dieses Recht ist allerdings auf solche Akten beschränkt, deren Kenntnis zur Geltendmachung oder Verteidigung von rechtlichen Interessen des Beteiligten erforderlich ist (§ 29 I S. 1 VwVfG). Ausnahmen vom Akteneinsichtsrecht sind in § 29 II VwVfG geregelt.
- 573b** Gewährt § 29 I VwVfG nur Verfahrensbeteiligten ein Akteneinsichtsrecht, folgt daraus, dass Nichtverfahrensbeteiligten ein solches Recht nicht zusteht. Freilich schießt dies nicht aus, dass die Behörde Akteneinsicht gewähren kann (Ermessensentscheidung). Ein Anspruch auf Ausübung dieses behördlichen Ermessens besteht aber grds. nicht. Lediglich im Fall eines berechtigten Interesses an der Einsichtnahme nimmt die Rspr. ein subjektives Recht auf Betätigung dieses Ermessens an.¹⁰³⁵
- 573c** Zu beachten ist, dass die Regelung des § 29 VwVfG durch Spezialregelungen verdrängt sein kann. Das betrifft z.B. das **Informationsfreiheitsgesetz** (IFG – dazu Rn 232 und 387), das **Umweltinformationsgesetz** (UIG – dazu Rn 387) und das **Verbraucherinformationsgesetz** (VIG – dazu Rn 387).¹⁰³⁶

ff.) Beteiligung, § 13 VwVfG

- 573d** § 13 I VwVfG sagt, wer Beteiligter eines Verwaltungsverfahrens ist. So sind insbesondere Antragsteller und Antragsgegner kraft Gesetzes Beteiligte (§ 13 I Nr. 1

¹⁰³⁴ Vgl. auch den Abschlussfall bei Rn 587.

¹⁰³⁵ BVerwGE 61, 15, 22 f.

¹⁰³⁶ Zur Reichweite der Auskunftsansprüche nach IFG, UIG und VIG vgl. aus jüngerer Zeit BVerwG NVwZ 2020, 880 ff.; BVerwG NVwZ 2024, 425 ff.

VwVfG).¹⁰³⁷ Dritte werden durch Hinzuziehung Beteiligte (§ 13 II VwVfG). Gemäß § 13 II S. 1 VwVfG kann die Behörde von Amts wegen oder auf Antrag diejenigen, deren rechtliche Interessen durch den Ausgang des Verfahrens berührt werden können, als Beteiligte hinzuziehen (einfache Hinzuziehung). Hat der Ausgang des Verfahrens rechtsgestaltende Wirkung für einen Dritten, ist dieser gem. § 13 II S. 2 VwVfG auf Antrag als Beteiligter zu dem Verfahren hinzuzuziehen (notwendige Hinzuziehung). Ob eine einfache oder notwendige Hinzuziehung vorliegt, beantwortet das jeweilige Fachgesetz. Am anschaulichsten stellt sich die Rechtslage bei der Erteilung einer Ausnahme von einer nicht zwingenden bauordnungsrechtlichen Vorschrift dar. Nach den diesbezüglichen Bestimmungen der Landesbauordnungen¹⁰³⁸ sind die Eigentümer benachbarter Grundstücke vor Erteilung einer Befreiung zu beteiligen, soweit sie nicht die Lagepläne und Bauzeichnungen des Vorhabens unterschrieben oder der Erteilung der Befreiung schriftlich zugestimmt haben. Mit der notwendigen Hinzuziehung soll gewährleistet werden, dass die Nachbarinteressen gewahrt werden. Dementsprechend liegt ein besonders schwerer Fehler i.S.d. § 44 I VwVfG vor, wenn die Behörde die notwendige Beteiligung unterlässt und die Fehlerhaftigkeit der Unterlassung offensichtlich ist. Anderenfalls liegt nur eine formelle Rechtswidrigkeit vor, wobei jedoch eine Heilung nach § 45 VwVfG mangels Einschlägigkeit dieser Norm nicht in Betracht kommt. In Betracht kommt aber eine Unbeachtlichkeit nach § 46 VwVfG.

gg.) Vom Verfahren ausgeschlossene Personen, § 20 VwVfG

§ 20 VwVfG ist (wie § 21 VwVfG¹⁰³⁹) Ausdruck des Rechtsstaatsprinzips; die Vorschrift soll ein der Rechtsstaatlichkeit verbundenes, d.h. faires, objektives, unparteiisches, von sachfremden Erwägungen unbeeinflusstes, allein an Gesetz und Recht (Art. 20 III GG) orientiertes Verwaltungsverfahren gewährleisten.¹⁰⁴⁰ Es sollen keine Personen am Verwaltungsverfahren mitwirken, bei denen Umstände vorliegen, die objektiv geeignet sind, Misstrauen gegen ein sachgemäßes, unparteiisches Verhalten aufkommen zu lassen.¹⁰⁴¹ Folgerichtig stellt § 20 I S. 1 Nr. 1 VwVfG klar, dass in einem Verwaltungsverfahren insbesondere nicht tätig sein darf, wer selbst Beteiligter (i.S.v. § 13 VwVfG) ist. Ist die am Verfahren beteiligte Person gleichwohl für die Behörde tätig und erlässt einen Verwaltungsakt, ist dieser wegen § 44 I, III Nr. 2 VwVfG grds. nichtig.¹⁰⁴²

573e

Beispiel: G ist Sachwalter in der Ordnungsbehörde und für die Erteilung von Gaststättenerlaubnissen nach §§ 2 ff. GastG zuständig. Da er selbst nebenberuflich an den Wochenenden eine Bierkneipe betreiben möchte, erteilt er sich selbst die dafür erforderliche Genehmigung.

Eine sich selbst erteilte Genehmigung muss selbstverständlich nichtig sein. Alles andere wäre mit dem Rechtsstaatsprinzip schlechterdings unvereinbar. § 44 I VwVfG i.V.m. dem Umkehrschluss aus § 44 III Nr. 2 VwVfG, wo nur auf § 20 I S. 1 Nr. 2-6 VwVfG, nicht auch auf Nr. 1 VwVfG Bezug genommen wird, stellt dies klar. G ist Beteiligter des Verwaltungsverfahrens (§ 13 I Nr. 1 VwVfG) und fällt daher unter § 20 I S. 1 Nr. 1

¹⁰³⁷ Nicht Beteiligter ist die Behörde selbst. Eine institutionelle Befangenheit kennt das VwVfG nicht (BVerwG NVwZ-RR 2016, 449, 451; *Tegethoff*, NVwZ 2018, 1081, 1083). Auch können Beliehene (dazu Rn 110 ff.) nicht Beteiligte sein, da sie durch die Beleihung ja Behörde sind (siehe BVerwG NVwZ-RR 2013, 357, 359; NVwZ-RR 2016, 449, 450; *Tegethoff*, NVwZ 2018, 1081, 1083).

¹⁰³⁸ Vgl. BaWü: § 55 LBO; Bay: Art. 66 LBO; Brand: § 70 LBO; Brem: § 70 LBO; Hamb: § 71 LBO; Hess: § 71 LBO; MV: § 70 LBO; Nds: § 72 LBO; NRW: § 69 LBO; Rhlpf: § 68 LBO; Saar: § 71 LBO; Sachs: § 70 LBO; SchlHolst: § 72 LBO; Thür: § 69 LBO.

¹⁰³⁹ Siehe oben Rn 557 ff.

¹⁰⁴⁰ Allgemeine Auffassung, vgl. nur *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 20 Rn 1.

¹⁰⁴¹ *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 20 Rn 6.

¹⁰⁴² Besteht indes lediglich die Besorgnis der Befangenheit (§ 21 VwVfG – dazu Rn 557 ff.), führt dies nicht zur Nichtigkeit, sondern nur zur Rechtswidrigkeit mit den bei Rn 557 ff. genannten Rechtsfolgen.

VwVfG. Somit durfte er nicht über die Gaststättenerlaubnis entscheiden, die er selbst beantragt hatte. Die gleichwohl erteilte Erlaubnis ist gem. § 44 I, III Nr. 2 VwVfG nichtig.

- 573f** § 20 I S. 1 Nr. 2-6 VwVfG nennt Personen, die zu dem Beteiligten in einer besonderen Beziehung stehen (Angehöriger, Stellvertreter, Beschäftigter des Beteiligten) oder außerhalb ihrer amtlichen Eigenschaft in der Angelegenheit ein Gutachten abgegeben haben oder sonst tätig geworden sind. Erfolgt gleichwohl eine Mitwirkung in dem betreffenden Verwaltungsverfahren, führt dieser Verfahrensfehler wegen § 44 III Nr. 2 VwVfG nicht von vornherein zur Nichtigkeit des Verwaltungsakts. Ist der Verwaltungsakt also nicht nach § 44 I (oder II) VwVfG nichtig, liegt „nur“ eine formelle Rechtswidrigkeit vor, die zwar nicht der Heilung nach § 45 VwVfG zugänglich ist, aber der Unbeachtlichkeitsregelung des § 46 VwVfG unterliegen kann. Der Begriff des Angehörigen i.S.d. § 20 I S. 1 Nr. 2 und 4 VwVfG ist in § 20 V VwVfG definiert.
- 573g** Gleichwohl sind Verwaltungsakte, die unter Verstoß gegen § 20 I VwVfG erlassen worden sind, nicht stets nichtig bzw. rechtswidrig. So bestimmt § 20 III VwVfG, dass Personen, die nach § 20 I VwVfG vom Verwaltungsverfahren ausgeschlossen sind, bei Gefahr im Verzug unaufschiebbare Maßnahmen treffen dürfen. Damit soll gewährleistet werden, dass eine zwingend notwendige, unaufschiebbare Entscheidung nicht an § 20 I VwVfG scheitert. Darin liegt kein Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip, weil der Betroffene die Möglichkeit hat, gerichtlichen einstweiligen Rechtsschutz (§§ 80 V, 123 VwGO) oder zumindest nachträglichen gerichtlichen Rechtsschutz zu erwirken.
- 573h** Dem Beteiligten steht gem. § 20 I S. 2 VwVfG gleich, wer durch die Tätigkeit oder durch die Entscheidung einen unmittelbaren Vorteil oder Nachteil erlangen kann. Dies gilt gem. § 20 I S. 3 VwVfG nicht, wenn der Vor- oder Nachteil nur darauf beruht, dass jemand einer Berufs- oder Bevölkerungsgruppe angehört, deren gemeinsame Interessen durch die Angelegenheit berührt werden.

cc. Einhaltung von Formvorschriften

a.) Form i.e.S.

- 574** Für das Verwaltungsverfahren gilt der Grundsatz der **Formfreiheit**, (§§ 10, 37 II S. 1 VwVfG), wonach ein Verwaltungsakt schriftlich, elektronisch, mündlich oder in anderer Weise erlassen werden kann. Soweit dieser Grundsatz greift, ist der Erlass also auch via **E-Mail** zulässig, wobei gem. § 37 III S. 1 VwVfG der elektronische Verwaltungsakt die erlassende Behörde erkennen lassen und die Unterschrift oder die Namenswiedergabe des Behördenleiters, seines Vertreters oder seines Beauftragten (also i.d.R. des Sachbearbeiters) enthalten muss.

Beispiel: Da weder das Hochschulgesetz noch die Satzungen (insbesondere die Prüfungsordnung) der Hochschule H eine Formvorschrift für den Erlass von prüfungsrechtlichen Verwaltungsakten enthalten, teilt die zuständige Mitarbeiterin des Prüfungsamts dem Studierenden S in einem pdf.-Dokument – verschickt via einfacher E-Mail – mit, dass er zur Bearbeitung der Bachelorarbeit mit dem Thema „Zur Zulässigkeit elektronischer Verwaltungsakte“ zugelassen ist.

- 575** Zu beachten sind jedoch spezialgesetzliche Regelungen – v.a. außerhalb des VwVfG – wie etwa das **Schriftformerfordernis**. Insbesondere im Fachrecht bestehen oft Rechtsvorschriften, wonach Verwaltungsakte **schriftlich** erlassen werden müssen.

Beispiele: Erteilung einer Baugenehmigung nach der Landesbauordnung (z.B. § 72 II BremLBO) oder einer immissionsrechtlichen Anlagengenehmigung (z.B. § 10 VII BImSchG); Erlaubnisurkunde gem. § 3 GastG; Ernennungsurkunde nach § 10 II BBG bzw.

§ 8 II BeamStG. Vgl. ferner § 16 S. 1 StAG, § 38 BBG, § 5 PBefG, §§ 33 IV, 36 I S. 2 VermG, § 4 II FeV und auch § 37 I, III und IV VwVfG selbst.

Solange hierbei keine besondere Formvorschrift besteht (vgl. z.B. § 10 II BBG, der zur Ernennung eines Beamten die Aushändigung der Ernennungsurkunde verlangt und damit die Unzulässigkeit der elektronischen Form impliziert), können schriftlich zu erlassende Verwaltungsakte auch **elektronisch** erlassen werden. Denn gem. § 3a II S. 1 VwVfG kann eine durch Rechtsvorschrift angeordnete Schriftform, soweit nicht durch Rechtsvorschrift etwas anderes bestimmt ist, durch die elektronische Form ersetzt werden. Voraussetzung ist dabei, dass der Empfänger hierfür einen **Zugang eröffnet** (§ 3a I VwVfG) und – um die Authentizität zu sichern – die Behörde das elektronische Dokument mit einer qualifizierten elektronischen **Signatur** versieht (§ 3a II S. 2 VwVfG). Dafür ist ein individuell dem jeweils zeichnungsbefugten Behördenmitarbeiter zugeordnetes, d.h. auf diesen ausgestelltes, zeitlich begrenzt gültiges Signaturzertifikat erforderlich. Es ist offensichtlich, dass die ständige Neuausstellung und Neuordnung mit einem nicht unerheblichen organisatorischen Aufwand verbunden ist. Alternativ kann gem. § 3a III Nr. 3a) VwVfG bei elektronischen Verwaltungsakten oder sonstigen elektronischen Dokumenten der Behörde die Schriftform auch ersetzt werden, indem diese mit dem *qualifizierten elektronischen Siegel der Behörde* versehen werden. Hier ist also nicht mehr ein individuell jedem einzelnen zeichnungsberechtigten Behördenmitarbeiter zugeordnetes Signaturzertifikat erforderlich, sondern Kennzeichen ist die Verwendung eines elektronischen Behördensiegels. Freilich müssen in diesem Fall organisatorische Vorkehrungen zur Nachvollziehbarkeit der Nutzung des Siegels getroffen werden. Schließlich bietet das Gesetz durch § 3a III Nr. 3b) VwVfG die Möglichkeit, bei elektronischen Verwaltungsakten die Schriftform durch Versendung einer De-Mail-Nachricht nach § 5 V De-Mail-Gesetz zu ersetzen, bei der die Bestätigung des akkreditierten Diensteanbieters die erlassende Behörde als Nutzer des De-Mail-Kontos erkennen lässt.

576

Mit Einwilligung des Beteiligten kann gem. § 41 IIa S. 1 VwVfG ein elektronischer Verwaltungsakt auch in der Form erlassen werden, dass er vom Beteiligten (i.S.v. § 13 VwVfG) oder von seinem Bevollmächtigten über öffentlich zugängliche Netze (d.h. eine Internetplattform) **abgerufen** wird. Bei dieser Form des Erlasses übermittelt die Behörde den Verwaltungsakt also nicht an den Adressaten, sondern die Behörde stellt den elektronischen Verwaltungsakt zur Abholung bereit und informiert den Empfänger hierüber (per E-Mail). Um zu gewährleisten, dass nur der Berechtigte (d.h. der Adressat oder dessen Bevollmächtigter) auf den Verwaltungsakt zugreifen, diesen herunterladen und speichern kann, muss die Behörde geeignete Identifizierungsmittel verwenden (§ 41 IIa S. 2 VwVfG). Der elektronisch bereitgestellte Verwaltungsakt muss gem. § 41 IIa S. 2 VwVfG zudem speicherbar sein, damit er seine Wirksamkeit entfalten kann. Ein System mit reiner Lesefunktion reicht deshalb nicht aus.¹⁰⁴³ Um den Zugang nachweisen zu können, muss der erstmalige Abruf des elektronischen Verwaltungsakts protokolliert werden.¹⁰⁴⁴ Siehe dazu auch Rn 477d f.

577

Formfehler sind nicht gem. § 45 VwVfG heilbar, weil diese Art formeller Defizite in der Vorschrift nicht genannt ist. In Betracht kommt aber eine **Unbeachtlichkeit** gem. § 46 VwVfG. Allerdings sind Formverstöße nur dann unbeachtlich, wenn sie nicht zur Nichtigkeit des Verwaltungsakts nach § 44 VwVfG führen. Das ist z.B. der Fall, wenn die Aushändigung einer **Urkunde** erforderlich gewesen wäre (vgl. § 44 II

578

¹⁰⁴³ Siehe BT-Drs. 18/8434, S. 122 f.

¹⁰⁴⁴ Siehe BT-Drs. 18/8434, S. 123.

Nr. 2 VwVfG) oder wenn die Ersetzung der Schriftform durch die elektronische Form zwingend ausgeschlossen ist (s.o.). Zur tatsächlichen Alternativlosigkeit vgl. Rn 624.

b.) Begründungserfordernis

579 § 39 I S. 1 VwVfG bestimmt, dass ein schriftlicher oder elektronischer sowie schriftlich oder elektronisch bestätigter Verwaltungsakt mit einer Begründung zu versehen ist.¹⁰⁴⁵

580 **Begründung** bedeutet, dass die wesentlichen tatsächlichen und rechtlichen Gründe, welche die Behörde zu ihrer Entscheidung bewogen haben, im Bescheid mitzuteilen sind.¹⁰⁴⁶

581 Wie die vorherige Anhörung ist auch die Begründung insbesondere eines belastenden Verwaltungsakts in einem Rechtsstaat eine Selbstverständlichkeit. Denn oft versetzt nur sie den Adressaten in die Lage, die Verwaltungsentscheidung nachzuvollziehen und die Erfolgsaussichten eines etwaigen Rechtsbehelfs einzuschätzen. Daher verlangt das Begründungserfordernis, dass der ermittelte **Sachverhalt** und dessen **rechtliche Bewertung** beschrieben werden. Die Begründung von **Ermessensentscheidungen** soll außerdem die Gesichtspunkte erkennen lassen, von denen die Behörde bei der Ausübung des Ermessens ausgegangen ist (§ 39 I S. 3 VwVfG).¹⁰⁴⁷

Eine bloße Angabe der **Rechtsgrundlage** für das fragliche Verwaltungshandeln genügt dem Begründungserfordernis dagegen **nicht**. In diesem Fall ist von einem Fehlen der Begründung auszugehen. Ebenso wenig darf sich die Begründung in formelhaften, allgemeinen, nichtssagenden Darlegungen erschöpfen. Auch genügt es nicht, wenn Gesetzeswortlaut oder Sachverhalt wiedergegeben werden. Die Begründung muss so ausführlich sein, dass sie dem Bürger die Möglichkeit gibt, sich inhaltlich mit ihr auseinanderzusetzen.

Beispiel: G betreibt in der Innenstadt eine Kneipe. Nachdem die Polizei wegen diverser gemeldeter Drogengeschäfte bereits mehrmals Razzien durchgeführt hat und dabei auch Unterlagen sichergestellt hat, die die Unzuverlässigkeit des G zum Betreiben einer Gaststätte belegen, entzieht die zuständige Gaststättenbehörde dem G mit schriftlichem Bescheid die Konzession. In der Begründung heißt es: „Die Erlaubnis zum Betrieb der Gaststätte wird wegen festgestellter Unzuverlässigkeit widerrufen“.

Rechtsgrundlage für den Widerruf ist § 15 II i.V.m. § 4 I S. 1 Nr. 1 GastG. Auch wenn danach der Widerruf der Gaststättenerlaubnis materiell gerechtfertigt ist, verlangt § 39 I VwVfG in formeller Hinsicht eine Begründung, in der die wesentlichen tatsächlichen und rechtlichen Gründe, welche die Behörde zu ihrer Entscheidung bewogen haben, im Bescheid neben der Nennung der Rechtsgrundlage mitzuteilen sind. Daran fehlt es vorliegend. Die lapidare Aussage, die Unzuverlässigkeit sei festgestellt worden, genügt den Anforderungen, die an eine Begründung zu stellen sind, nicht.

582 **Nicht** entscheidend ist es, ob die Begründung **inhaltlich richtig** ist. Die Richtigkeit der Begründung (insbesondere der Umstand, dass die Behörde bei einer Ermessensentscheidung wesentliche Gründe außer Acht gelassen hat) ist eine Frage der materiellen Rechtmäßigkeit (und bei Ermessensentscheidungen gemäß den Anforderungen des § 40 VwVfG im Rahmen der materiellen Rechtmäßigkeit zu prüfen; zum Ermessen vgl. Rn 295 ff.). Aus formeller Sicht kommt es lediglich darauf an, *dass* eine Begründung mitgeteilt worden ist.¹⁰⁴⁸

¹⁰⁴⁵ Andere Verwaltungsakte müssen also nicht begründet werden.

¹⁰⁴⁶ Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 39 Rn 18.

¹⁰⁴⁷ Vgl. dazu BVerwG NJW 1998, 2233, 2234.

¹⁰⁴⁸ Vgl. Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 39 Rn 2.

Unter bestimmten Voraussetzungen ist die gesetzlich angeordnete Begründung jedoch **entbehrlich**. Das betrifft die in § 39 II VwVfG abschließend genannten Fälle. Typischer Klausurfall ist das Vorliegen der Voraussetzung des § 39 II Nr. 5 VwVfG (öffentliche Bekanntgabe einer Allgemeinverfügung). Liegt aber eine Entbehrlichkeit nicht vor und **fehlt** die erforderliche Begründung, liegt ein Formfehler vor, der grds. die **formelle Rechtswidrigkeit** des zu begründenden Verwaltungsakts zur Folge hat. Soweit die Begründung den Rechtsschutzsuchenden in seinen Rechten verletzt, besteht insoweit ein **Aufhebungsanspruch** (vgl. § 113 I S. 1 VwGO). Allerdings ist zuvor stets danach zu fragen, ob die Behörde eine fehlende, aber erforderliche Begründung nachholen kann, bzw., ob sie auch ergänzende Gründe nachreichen darf. Während der zuerst genannte Fall als „**Nachholen der Begründung**“ bezeichnet wird, ist der zweite als „**Nachschieben von Gründen**“ bekannt.

c.) Heilung der fehlenden Begründung nach § 45 I Nr. 2 VwVfG

Die zur Heilung von Anhörungsfehlern gemachten Ausführungen gelten entsprechend auch für die Begründungsfehler. Insoweit wird auf die obigen Ausführungen (Rn 549) verwiesen. Im Folgenden wird daher nur noch auf die begründungsspezifischen Besonderheiten eingegangen: Das betrifft konkret die Frage, ob die Behörde eine unterbliebene, aber erforderliche (also nicht gem. § 39 II VwVfG entbehrliche) Begründung nachträglich abgeben, d.h. nachholen kann. Diese Frage bejaht § 45 I Nr. 2 VwVfG. Nach h.M. kann die Begründung sowohl von der Ausgangsbehörde als auch von der Widerspruchsbehörde nachgeholt werden. Das Nachholen einer Begründung führt – wie das Nachholen einer Anhörung – zu einer Heilung des Fehlers und kann – ebenfalls wie die Anhörung – bis zum Abschluss der letzten Tatsacheninstanz eines Verwaltungsgerichtsverfahrens (also nicht im Revisionsverfahren) erfolgen (§ 45 II VwVfG). Die Heilung nach § 45 I Nr. 2 VwVfG bezieht sich aber nur auf das Nachholen einer Begründung. Daher sind ein **Auswechseln** oder ein **Ändern der Begründung** eines zunächst anders begründeten Verwaltungsakts **nicht möglich**.¹⁰⁴⁹ Bei Nachholung einer Begründung in Bezug auf eine Ermessenentscheidung (d.h. bei Nachholung von Ermessenserwägungen) muss deutlich werden, welche Ermessenserwägungen nunmehr die Begründung des Verwaltungsakts tragen sollen. Dazu muss die Behörde darlegen, welche ursprünglichen Ermessenserwägungen sie aufrechterhält, welche sie fallengelassen hat und auf welche neuen Ermessenserwägungen sich die nachgeholt Begründung nunmehr stützt.¹⁰⁵⁰

Im **Beispiel** von Rn 581 wäre eine Nachholung der erforderlichen Begründung möglich (§ 45 I Nr. 2 VwVfG). Dies könnte etwa dadurch geschehen, dass der Widerspruchsbescheid, der infolge eines von G eingelegten Widerspruchs ergeht, die erforderliche Begründung enthält. Auch könnte die Behörde im Rahmen eines Verwaltungsgerichtsverfahrens (Tatsacheninstanz) die Begründung für ihre Entscheidung nachholen (§ 45 II VwVfG). Da es sich beim Widerruf nach § 15 II i.V.m. § 4 I S. 1 Nr. 1 GastG nicht um eine Ermessenentscheidung, sondern um eine gebundene Verwaltungsentscheidung handelt, genügt es, wenn die Behörde schlicht die Begründung ihrer Widerrufsentcheidung nachliefert. Dies hätte eine Heilung des formellen Fehlers zur Folge.

Hinweis für die Fallbearbeitung: Von der soeben beschriebenen Nachholung einer Begründung gem. § 45 I Nr. 2 VwVfG abzugrenzen ist das bereits erwähnte **Nachschieben von Gründen**. Dort geht es um die Frage, ob die Behörde im späteren Verwaltungsgerichtsverfahren bei der Nachprüfung der Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts *ergänzende Ermessenserwägungen* nachschieben darf, weil sie

¹⁰⁴⁹ Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 45 Rn 19.

¹⁰⁵⁰ Tegethoff, NVwZ 2018, 1081, 1084 mit Verweis auf BVerwG NVwZ 2012, 698, 699; VGH München NVwZ-RR 2016, 491.

befürchtet, die bisherigen genügten nicht, um den Prozess zu gewinnen. Dies wird zwar prozessual durch § 114 S. 2 VwGO ermöglicht, ist richtigerweise aber ein Problem der materiellen Rechtmäßigkeit, darf also nicht in der formellen Rechtmäßigkeit geprüft werden. Vgl. dazu die Ausführungen bei *R. Schmidt*, VerwProzR, Rn 739 f. Allerdings kann in Prüfungsarbeiten ein kurzer Hinweis auf die erkannte Problematik angemessen sein: „Bei der Frage der Zulässigkeit des Nachschiebens von Gründen handelt es sich um ein Problem der materiellen Rechtmäßigkeit im Rahmen der verwaltungsprozessualen Überprüfung des Verwaltungsakts“.

Fazit: § 39 VwVfG betrifft gemäß seiner Rechtsnatur als reine Formvorschrift lediglich das Fehlen einer erforderlichen Begründung. Prüfungsstandort ist daher die formelle Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts. Das Fehlen einer erforderlichen Begründung kann gem. § 45 I Nr. 2, II VwVfG mit heilender Wirkung nachgeholt werden. Zu beachten ist, dass §§ 39, 45 I Nr. 2, II VwVfG lediglich darauf abstellen, dass überhaupt eine Begründung vorliegt bzw. nachgeholt wird. Ob die Begründung inhaltlich dem materiellen Recht entspricht, ist – bei Ermessensverwaltungsakten unter Zugrundelegung des § 40 VwVfG – eine Frage der materiellen Rechtmäßigkeit.

d.) Unbeachtlichkeit von Formfehlern nach § 46 VwVfG

585 Die obigen Ausführungen zur Unbeachtlichkeit einer fehlenden Anhörung gelten sinngemäß auch für Formfehler. Daher muss insbesondere bei Fehlen einer erforderlichen Begründung immer die Unbeachtlichkeitsregel des § 46 VwVfG berücksichtigt werden.

Hinweis für die Fallbearbeitung: Insgesamt ist zu beachten, dass im Hinblick auf § 44 VwVfG nur weniger schwerwiegende Verfahrens- oder Formfehler über § 46 VwVfG zur Unbeachtlichkeit führen können. Da § 46 VwVfG von einer materiellen Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts ausgeht und diese noch nicht geprüft wurde, ist der Prüfungsstandort der Vorschrift unklar. Könnte ein Fall des § 46 VwVfG vorliegen, sollte dies an dieser Stelle der Fallbearbeitung festgestellt und sodann die materielle Rechtmäßigkeitsprüfung durchgeführt werden, um die Offensichtlichkeit des Formfehlers festzustellen. Gegebenenfalls ist der Fehler beachtlich und die Klage demzufolge begründet! Zu beachten ist aber, dass es nur verhältnismäßig wenige Prüfungsarbeiten gibt, in denen die formellen und verfahrensmäßigen Voraussetzungen des Verwaltungsakts wirklich erheblich werden. Demgemäß sollten (wie bereits dargelegt) die Darstellungen über Form und Verfahren – von Ausnahmefällen abgesehen – kurz gehalten werden.

dd. Keine Rechtmäßigkeitsvoraussetzung: Rechtsbehelfsbelehrung

586 Auch wenn einige Rechtsvorschriften vorschreiben, dass bestimmte Verwaltungsakte eine Rechtsbehelfsbelehrung enthalten müssen (vgl. etwa § 37 VI VwVfG), übt eine fehlende oder fehlerhafte Rechtsbehelfsbelehrung keinen Einfluss auf die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts aus, sondern lediglich auf die Rechtsbehelfsfrist (grundsätzlich ein Jahr statt einen Monat, vgl. §§ 58 II, 70 I, 74 I VwGO). Vgl. dazu ausführlich *R. Schmidt*, VerwProzR, Rn 274, 293.

Hinweis für die Fallbearbeitung: In Prüfungsarbeiten wird oftmals übersehen, dass bei mündlichen Verwaltungsakten die Widerspruchsfrist regelmäßig ein Jahr (und nicht einen Monat) beträgt, weil § 58 I VwGO eine schriftliche (bzw. bei elektronischen Verwaltungsakten die elektronische) Rechtsbehelfsbelehrung verlangt und es an dieser bei mündlichen Verwaltungsakten gerade fehlt. Zu beachten ist aber stets: Eine fehlende oder fehlerhafte Rechtsbehelfsbelehrung übt keinen Einfluss auf die Wirksamkeit bzw. Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts aus. Denn sie ist – wie sich aus § 37 VI S. 1 VwVfG ergibt – nicht Bestandteil des Verwaltungs-

akts; sie ist dem Verwaltungsakt lediglich beizufügen. Ausschließlich die Widerspruchs- bzw. Klagefrist wird modifiziert: Jahresfrist gem. § 58 II VwGO.

ee. Abschlussfall zur formellen Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsakts

587

G betreibt die Gaststätte *ZUM ROSTIGEN ANKER* in Cuxhaven. Zu seinen ständigen Gästen zählt auch eine Gruppe von Jugendlichen, denen er neben Bier auch andere alkoholische Getränke ausschenkt. In der näheren Umgebung kommt es häufig zu nächtlichen Störungen und Schlägereien angetrunkenener Jugendlicher.

Obwohl G bereits mehrfach von empörten Nachbarn zur Rede gestellt wurde, ändert er sein Verhalten gegenüber den Jugendlichen nicht.

Nachdem es erneut zu einer nächtlichen Störung durch alkoholisierte Jugendliche gekommen ist, wendet sich die aufgebrachte Nachbarin N mit der Bitte um Hilfe an das zuständige Ordnungsamt. Dabei schildert sie dem zuständigen Sachbearbeiter S ihre Beobachtungen. S ist hocheifrig, denn er kennt G und möchte es diesem mal so richtig „heimzahlen“. Der Sohn des S wird nämlich ständig vom Sohn des G drangsaliert. S verspricht der N daher gerne, sich der Sache persönlich anzunehmen. So geschieht es. S erlässt umgehend einen an G adressierten Bescheid mit folgendem Inhalt:

„Ihre Erlaubnis für den Betrieb der Gaststätte ZUM ROSTIGEN ANKER in Cuxhaven wird gemäß § 15 II GastG widerrufen, da bei Ihnen die Voraussetzungen des § 4 I S. 1 Nr. 1 GastG, insbesondere ein Verstoß gegen die Vorschriften des Jugendschutzes, vorliegen. Sie haben Ihren Gaststättenbetrieb umgehend einzustellen.“

Eine Rechtsbehelfsbelehrung ist dem Bescheid nicht beigelegt. G legt gleich nach Erhalt dieses Bescheids schriftlich Widerspruch ein. Dabei erläutert er, wie sich der Sachverhalt für ihn darstellt.

Die zuständige Widerspruchsbehörde, der Bürgermeister der Stadt Cuxhaven, prüft den Fall eingehend und kommt nach Gesprächen mit Nachbarn, dem örtlichen Polizeirevier und mit G zu dem Ergebnis, dass die materiellen Voraussetzungen des § 15 II i.V.m. § 4 I S. 1 Nr. 1 GastG erfüllt sind. Ist der Widerspruch des G begründet?

Lösungsgesichtspunkte:

Der Widerspruch des G ist begründet, wenn der Widerrufsbescheid des Ordnungsamtes rechtswidrig ist und G dadurch in seinen Rechten verletzt bzw. wenn der Widerrufsbescheid unzumutbar ist und den G dadurch in seinen rechtlich geschützten Interessen beeinträchtigt (§§ 68 ff. i.V.m. 113 I S. 1 VwGO analog).

I. Rechtsgrundlage

Da der Widerrufsbescheid in das Grundrecht der Berufsfreiheit eingreift, ist eine Rechtsgrundlage erforderlich. Für den Widerruf einer Gaststättenerlaubnis stellt § 15 II i.V.m. § 4 I Nr. 1 GastG die einschlägige Rechtsgrundlage dar.

II. Formelle Rechtmäßigkeit des Bescheids

1. Zuständigkeit der Behörde und des Amtswalters

Laut Sachverhalt ist S der zuständige Sachbearbeiter der zuständigen Ordnungsbehörde.

2. Verfahrensanforderungen (§§ 9 ff. VwVfG)

Das VwVfG enthält für einige besondere Verfahrensarten besondere Vorschriften, nämlich für das Planfeststellungsverfahren die §§ 72 ff. sowie für das förmliche Verwaltungsverfahren die §§ 63 ff. Liegt eine solche besondere Verfahrensart – wie hier – nicht vor, richten sich die Anforderungen an das Verfahren nach den allgemeinen Vorschriften über das nichtförmliche Verfahren nach den §§ 9 ff. VwVfG.

a. Verstoß gegen den Untersuchungsgrundsatz (§ 24 VwVfG)

Bedenken an der formellen Rechtmäßigkeit könnten sich zunächst aufgrund der Vorschrift des § 24 VwVfG (Untersuchungsgrundsatz) ergeben. Nach dieser Vorschrift hat die Behörde den Sachverhalt umfassend zu ermitteln. Dies ist im vorliegenden Fall nicht geschehen,

da S den Bescheid allein aufgrund der Angaben der N erlassen hat. Insbesondere hat er keine eigenen Ermittlungen angestellt und sich auch nicht von der Richtigkeit der von N gemachten Angaben überzeugt. Damit liegt ein Verfahrensfehler vor.

Eine Heilung dieses Fehlers nach § 45 VwVfG kommt nicht in Betracht, da der Untersuchungsgrundsatz nicht im Katalog des § 45 VwVfG aufgeführt ist.

In Betracht kommt aber eine **Unbeachtlichkeit** des Fehlers nach § 46 VwVfG. Dazu dürfte der Fehler jedoch das Ergebnis der Sachentscheidung offensichtlich nicht beeinflusst haben. Dies ist i.d.R. aber der Fall, wenn der Behörde bei ihrer Entscheidung Spielräume eingeräumt waren (Ermessen, Beurteilungsspielraum, planerische Abwägungsentscheidung) und/oder die Entscheidung aufgrund der mangelnden Sachverhaltsaufklärung auf einer unrichtigen oder unvollständigen Grundlage getroffen wurde. Ist das der Fall, besteht ein **Aufhebungsanspruch** gem. § 113 I S. 1 VwGO. Vorliegend hat sich der von N geschilderte Sachverhalt, den S seiner Entscheidung zugrunde gelegt hat, jedoch als zutreffend erwiesen. Der Verstoß gegen den Untersuchungsgrundsatz wirkt sich hier also nicht auf die Rechtmäßigkeit des Widerrufsbescheids aus. Insoweit besteht kein Aufhebungsanspruch seitens des G.

b. Besorgnis der Befangenheit des S (§ 21 I S. 1 VwVfG)

Zweifel an der formellen Rechtmäßigkeit des Bescheids bestehen aufgrund der Mitwirkung des S. Denn dieser könnte aufgrund der genannten Vorfälle gem. § 21 I S. 1 VwVfG befangen sein.

Befangenheit liegt nach allgemeiner Auffassung vor, wenn der Amtswalter nicht unparteiisch sachlich, also mit der gebotenen Distanz, Unbefangenheit und Objektivität entscheidet, sondern sich von persönlichen Vorurteilen oder sonstigen sachfremden Erwägungen leiten lässt. Das ist immer dann anzunehmen, wenn persönliche Animositäten zwischen dem Amtswalter und dem Bürger, demgegenüber ein belastender Verwaltungsakt erlassen werden soll, bestehen. Da solche im vorliegenden Fall zwischen S und G bestehen, liegt eine Besorgnis der Befangenheit vor.

Der Widerrufsbescheid ist damit formell rechtswidrig.

Insbesondere kommt eine Heilung nach § 45 VwVfG nicht in Betracht, da ein Verstoß gegen § 21 VwVfG nicht vom Katalog des § 45 VwVfG umfasst ist.

Ob der Fehler nach § 46 VwVfG unbeachtlich ist, hängt davon ab, ob in der Sache keine andere Entscheidung hätte ergehen können (tatsächliche Alternativlosigkeit). Dies kann erst nach entsprechender Prüfung der materiellen Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts beantwortet werden.

c. Nicht erfolgte Anhörung (§ 28 VwVfG)

Zu untersuchen ist weiterhin, ob dem G vor Erlass des Bescheids die Gelegenheit hätte gegeben werden müssen, sich zu den für die Entscheidung erheblichen Tatsachen zu äußern, § 28 I VwVfG. Da dem G die Gaststättenerlaubnis, also ein Recht i.S.d § 28 VwVfG entzogen worden ist (belastender VA) und er damit auch Beteiligter i.S.d. § 13 I Nr. 2 VwVfG ist, hätte er grundsätzlich zuvor angehört werden müssen. Eine solche Gelegenheit ist ihm seitens des Ordnungsamtes aber nicht gegeben worden. Da auch keine Ausnahmetatbestände des § 28 II und III VwVfG vorliegen, die eine Anhörung ausnahmsweise entbehrllich machen, liegt auch aus diesem Grund ein Verfahrensfehler vor.

Auch hier stellt sich wieder die Frage nach den Folgen dieses Verfahrensfehlers. Hier kommt insbesondere die Heilung des Fehlers gemäß § 45 I Nr. 3 VwVfG (Nachholung der Anhörung) in Betracht. In zeitlicher Hinsicht erlaubt es § 45 II VwVfG, die Anhörung des G noch bis zum Abschluss des Verwaltungsgerichtsverfahrens mit heilender Wirkung nachzuholen. Vorliegend hat G in seinem Widerspruch erläutert, wie sich der Sachverhalt für ihn darstellt, sodass aus diesem Grunde diese Voraussetzung der formellen Rechtmäßigkeit ex nunc bewirkt wird.

d. Fehlende Begründung (§ 39 VwVfG)

Gemäß § 39 I sind die wesentlichen tatsächlichen und rechtlichen Gründe im Bescheid mitzuteilen, die die Behörde zu ihrer Entscheidung bewogen haben. Da die Voraussetzungen des § 39 II VwVfG, die eine Begründung ausnahmsweise entbehrllich machen, hier

nicht gegeben sind, bedarf der Bescheid einer Begründung. Eine solche muss den ermittelten Sachverhalt und dessen rechtliche Bewertung enthalten. Der Widerrufsbescheid des Ordnungsamtes enthält lediglich die Bezeichnung der Normen, auf die er gestützt wurde, jedoch wurden dem G weder der ermittelte Sachverhalt noch die Bewertung in Bezug auf die rechtlichen Tatbestandsvoraussetzungen zur Kenntnis gegeben. Eine Begründung i.S.d § 39 VwVfG fehlt also.

Aber auch dieser Fehler kann durch Nachholung der Begründung (§ 45 I Nr. 2 VwVfG) bis zum Abschluss der letzten Tatsacheninstanz eines verwaltungsgerichtlichen Verfahrens gemäß § 45 II VwVfG geheilt werden. Vorliegend hat die Widerspruchsbehörde mit einem ordnungsgemäß begründeten Widerspruchsbescheid Gelegenheit, diesen Formfehler zu heilen.

e. Fehlende Rechtsbehelfsbelehrung (§ 58 VwGO)

Vorliegend wurde der Widerrufsbescheid nicht mit einer Rechtsbehelfsbelehrung versehen. Dies hat gemäß § 58 VwGO jedoch nicht die formelle Rechtswidrigkeit des Bescheids zur Folge, sondern führt lediglich dazu, dass sich die Frist zur Einlegung eines Rechtsbehelfs (Widerspruch oder Klage) auf ein Jahr ab der Zustellung des Bescheids verlängert.

3. Zwischenergebnis

Der Widerruf der Gaststättenerlaubnis des G durch die Ordnungsbehörde ist wegen Verstoßes gegen § 21 VwVfG formell rechtswidrig. Insbesondere kommt eine Heilung nach § 45 VwVfG nicht in Betracht, da ein Verstoß gegen § 21 VwVfG nicht vom Katalog des § 45 VwVfG umfasst ist. Ob der Fehler nach § 46 VwVfG unbeachtlich ist, hängt davon ab, ob in der Sache keine andere Entscheidung hätte ergehen können (tatsächliche Alternativlosigkeit). Dies kann erst nach entsprechender Prüfung der materiellen Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts beantwortet werden.

II. Materielle Rechtmäßigkeit

Rechtsgrundlage für den Widerruf der Gaststättenerlaubnis ist - wie gesagt - § 15 II i.V.m. § 4 I Nr. 1 GastG. Dessen Voraussetzungen sind erfüllt, da G regelmäßig Alkohol an Jugendliche verkauft, also die Vorschriften des Jugendschutzes nicht eingehalten hat. Daher war seine Gaststättenerlaubnis zu widerrufen. Der Widerrufsbescheid des Ordnungsamtes ist somit mit § 15 II i.V.m. § 4 I Nr. 1 GastG vereinbar. Zur Frage, ob dieses Ergebnis aufgrund der starren Rechtsfolge des § 15 II i.V.m. § 4 I Nr. 1 GastG mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit vereinbar ist oder ob die Behörde dem G zuvor nicht eine „**Abmahnung**“ hätte erteilen müssen, vgl. die Ausführungen unter Rn 853 ff.

III. Subjektive Rechtsverletzung

Fraglich ist, ob die Rechtswidrigkeit eines VA aus rein formellen Gründen auch eine Verletzung subjektiver Rechte des Betroffenen bewirken kann. In Rechtsprechung und Literatur ist heute allgemein anerkannt, dass das Verwaltungsverfahren allgemeinen Verfassungsbezug hat. Die Grundrechte, die vom Menschen als eigenverantwortlicher und selbstständiger Persönlichkeit ausgehen, verlangen, dass der Einzelne nicht nur als Objekt des staatlichen Verfahrens behandelt, sondern als „mündiger Bürger“ und Partei mit eigenen Rechten in den Entscheidungsprozess einbezogen wird. Das Rechtsstaatsprinzip fordert nicht nur eine klare und berechenbare, sondern auch eine faire Verfahrensgestaltung. Dem dienen vor allem die Verfahrensrechte.

Ein Verstoß gegen eine Verfahrensanforderung hat daher auch die Verletzung subjektiver öffentlicher Rechte des Betroffenen zur Folge. G ist daher hier auch in seinen Rechten verletzt.

IV. Ausschluss des Aufhebungsanspruches (§ 46 VwVfG)

Mit Blick auf den festgestellten Verstoß gegen § 21 VwVfG ist nun auf die Unbeachtlichkeitsregelung des § 46 VwVfG einzugehen, wonach ein Aufhebungsanspruch ausgeschlossen ist, wenn in der Sache keine andere Entscheidung hätte ergehen können (tatsächliche Alternativlosigkeit). Das Ordnungsamt müsste also bei fehlerfreiem Vorgehen in der gleichen Weise entschieden haben.

Der Widerruf der Gaststättenerlaubnis ist eine gebundene Entscheidung, d.h. die Behörde ist bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen verpflichtet, die Gaststättenerlaubnis aufzuheben. Die Ermittlungen des Bürgermeisters haben ergeben, dass die Voraussetzungen des § 15 II GastG vorliegen. Das Ordnungsamt hätte also auch bei Einhaltung der Verfahrensvorschrift des § 21 VwVfG in der Sache die gleiche Entscheidung treffen müssen. Die Befangenheit des G war daher unbeachtlich.

V. Ergebnis

Der Widerspruch des G ist unbegründet (jedenfalls, sofern man nicht zuvor eine „Abmahnung“ seitens der Behörde fordert).

c. Die materielle Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsakts

- 588 Der (belastende) Verwaltungsakt ist nur dann materiell rechtmäßig, wenn er sich auf eine **gesetzliche Rechtsgrundlage**, die ihrerseits rechtmäßig ist, stützen lässt. Stützen lässt sich der Verwaltungsakt auf seine Rechtsgrundlage, wenn er die in ihr normierten Voraussetzungen erfüllt. Des Weiteren muss die den Verwaltungsakt erlassende Behörde das Ermessen fehlerfrei ausgeübt haben bzw. sie darf nicht gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verstoßen und sie muss den Bestimmtheitsgrundsatz beachtet haben. Das diesbezügliche Prüfungsschema wurde bereits bei Rn 508 dargestellt. Zu den Folgen des Fehlens einer Rechtsgrundlage vgl. Rn 520.

aa. Rechtmäßigkeit der Rechtsgrundlage

- 589 Um als Gesetz im Sinne des Vorbehalts des Gesetzes zu fungieren, muss die Rechtsgrundlage ihrerseits rechtmäßig, d.h. mit höherrangigem Recht vereinbar sein. Ist sie das nicht, kann folgerichtig auch der Verwaltungsakt nicht rechtmäßig sein.

Hinweis für die Fallbearbeitung: In der Fallbearbeitung genügt es daher nicht, lediglich die Vereinbarkeit des Verwaltungsakts mit seiner Rechtsgrundlage zu prüfen. Dem Vorbehalt des Gesetzes ist nur dann Genüge getan, wenn auch die Rechtsgrundlage rechtmäßig ist. Im Zweifel ist auch deren Rechtmäßigkeit zu prüfen. Da die Prüfung der Vereinbarkeit der Rechtsgrundlage mit höherrangigem Recht (EU-Recht, deutsches Verfassungsrecht) ausführlich bei *R. Schmidt*, Verw-ProzR, Rn 627 ff./657 ff. behandelt wird, wird insoweit darauf verwiesen.

bb. Verwaltungsaktbefugnis

- 590 Es leuchtet ein, dass ein Verwaltungsakt u.a. nur dann rechtmäßig sein kann, wenn die Behörde zur Wahl der Handlungsform *Verwaltungsakt* auch befugt ist. Die Frage kann zudem deshalb nicht dahinstehen, weil nur ein Verwaltungsakt von der Behörde für sofort vollziehbar erklärt (vgl. § 80 II S. 1 Nr. 4 VwGO) und mit Mitteln des Verwaltungszwangs durchgesetzt werden kann, ohne dass es eines gerichtlichen Vollstreckungstitels bedarf.¹⁰⁵¹ Daher hat der Bürger ein berechtigtes Interesse daran, dass die Behörde nur dann durch Verwaltungsakt handelt, wenn sie diese Handlungsform auch wählen darf. Ob dies der Fall ist, beantwortet das materielle Recht.
- 591 Unproblematisch liegt eine Verwaltungsaktbefugnis vor, wenn das Gesetz diese Handlungsform ausdrücklich vorschreibt. Das ist z.B. bei § 49 a I S. 2 VwVfG der Fall. Hier muss man sogar von einem **Verwaltungsaktvorbehalt** sprechen. Das Gleiche gilt, wenn das Gesetz die Behörde zu einer Änderung oder Aufhebung eines zuvor erlassenen Verwaltungsakts ermächtigt (vgl. z.B. §§ 48, 49 VwVfG). Insbesondere die Aufhebung eines Verwaltungsakts stellt den *actus contrarius* zum ursprünglich erlassenen Verwaltungsakt dar und hat daher grundsätzlich in derselben Handlungsform

¹⁰⁵¹ Zum Grundsatz der Selbstvollstreckung vgl. *R. Schmidt*, Verw-ProzR, Rn 877 ff.

zu erfolgen. Daraus folgt, dass eine zur Änderung oder Aufhebung eines Verwaltungsakts ermächtigende Rechtsnorm gleichzeitig eine entsprechende Verwaltungsbefugnis enthält.

Auch liegt eine Verwaltungsaktbefugnis vor, wenn das Gesetz zwar nicht den Terminus *Verwaltungsakt* enthält, jedoch zu Maßnahmen ermächtigt, die nach der Begriffsdefinition des § 35 VwVfG Verwaltungsakte darstellen und die mit **Rechtseingriffen** verbunden sind. Das ist insbesondere im Polizei- und Ordnungsrecht der Fall, etwa wenn die Polizei einen Platzverweis erteilt, eine Person vorlädt oder Maßnahmen auf der Grundlage der Befugnisklausel ergreift.

592

Im Übrigen ist jeweils durch Auslegung der gesetzlichen Rechtsgrundlage zu ermitteln, ob die Behörde eine Verwaltungsaktbefugnis besitzt. Im Zweifel ist von einer solchen Befugnis auszugehen, wenn der Gesetzgeber das Verhältnis zwischen der Behörde und den Bürgern **subordinationsrechtlich** (also einseitig anordnend) ausgestaltet hat.¹⁰⁵²

593

Umgekehrt ist eine Verwaltungsaktbefugnis immer dann **abzulehnen**, wenn sich die Behörde **koordinationsrechtlich** „auf eine Stufe der Gleichordnung“ mit dem Bürger gestellt hat. Das ist insbesondere bei öffentlich-rechtlichen Verträgen (§§ 54 ff. VwVfG) der Fall: Schließt die Behörde mit dem Bürger einen öffentlich-rechtlichen Vertrag, darf sie, wenn Probleme bei der Vertragsdurchführung auftreten, ihre Ansprüche nicht einfach mit Hilfe eines Verwaltungsakts durchsetzen (zur Erinnerung: ein Verwaltungsakt darf mit Mitteln des Zwangs durchgesetzt werden, ohne dass es eines gerichtlichen Vollstreckungstitels bedarf); sie hat ihre Verwaltungsaktbefugnis verloren.¹⁰⁵³

594

Hinweis für die Fallbearbeitung: Erlässt die Behörde einen Verwaltungsakt, obwohl sie keine Verwaltungsaktbefugnis hat, ist der Verwaltungsakt schon allein deshalb rechtswidrig (aber nicht nichtig)¹⁰⁵⁴ und kann vom betroffenen Bürger erfolgreich angefochten werden. Auf die Frage, ob der Verwaltungsakt auch inhaltlich rechtswidrig ist, kommt es streng genommen dann zwar nicht mehr an, gleichwohl muss die (übrige) materielle Prüfung – gegebenenfalls hilfsgutachtlich – fortgeführt werden. Denn anders als ein Gericht darf der Verfasser eines Rechtsgutachtens grds. die Prüfung nicht abbrechen, wenn er eine Rechtsverletzung des Betroffenen festgestellt hat. Vielmehr muss er den Sachverhalt unter allen rechtlichen Gesichtspunkten prüfen, sofern die Fallfrage nicht ein anderes bestimmt. Schließlich ist zu beachten, dass in Prüfungsarbeiten der Schwerpunkt nur selten in der Verwaltungsaktbefugnis liegen dürfte und dass daher nur selten auf sie eingegangen zu werden braucht. Existiert eine gesetzliche Vorschrift, die die Behörde zu Rechtseingriffen ermächtigt, kann stillschweigend auf die Befugnis der Behörde, die gesetzliche Ermächtigung in der Handlungsform des Verwaltungsakts umzusetzen, geschlossen werden.

cc. Vereinbarkeit des Verwaltungsakts mit der Rechtsgrundlage

Der Verwaltungsakt ist mit der Rechtsgrundlage vereinbar, wenn – soweit vorhanden – unbestimmte Rechtsbegriffe richtig ausgelegt und Beurteilungsspielräume sowie planerische Abwägungsentscheidungen eingehalten bzw. fehlerfrei ausgeübt wurden. Schließlich müssen Ermessensspielräume eingehalten, der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und der Bestimmtheitsgrundsatz beachtet werden.

595

¹⁰⁵² So auch die Rspr., vgl. nur BVerwGE 18, 283, 285 f.; 21, 270, 272 f.

¹⁰⁵³ Insoweit lediglich klarstellend BVerwGE 50, 171, 173 ff.; 59, 60, 62 ff.

¹⁰⁵⁴ Zur Unterscheidung zwischen Rechtswidrigkeit und Nichtigkeit vgl. Rn 503 und 633 ff.

a.) Unbestimmte Rechtsbegriffe

596 Wie bereits eingehend bei Rn 259 ff. dargelegt, kann der Gesetzgeber nicht alle erdenklichen Lebenssachverhalte antizipiert in den Normen aufnehmen. Dafür bietet die Rechtswirklichkeit zu viele Besonderheiten und Verschiedenartigkeiten. Daher muss der Wortlaut einer Norm – freilich unter Beachtung des Bestimmtheitsgrundsatzes – ein bestimmtes Maß an Abstraktheit aufweisen. Darüber hinaus muss es der Verwaltung möglich sein, auch ungewöhnliche Situationen zu regeln. Aus diesem Grund enthalten Normen nicht selten generalklauselartige Formulierungen, sog. unbestimmte Rechtsbegriffe.

597 **Unbestimmte Rechtsbegriffe** sind Gesetzesbegriffe, die auf der Tatbestandsseite einer Norm stehen und bei der Rechtsanwendung des einschlägigen Tatbestands im Einzelfall einer Auslegung bedürfen.

Beispiele: *Schwerwiegende* Erbkrankheit i.S.v. § 3a III S. 1 Nr. 2 i.V.m. § 3a II S. 1 ESchG; *Unzuverlässigkeit* in § 35 I GewO oder in § 4 I S. 1 Nr. 1 GastG¹⁰⁵⁵; *Ungeeignetheit* in § 3 I StVG i.V.m. § 3 I FeV (ggf. i.V.m. § 46 I FeV); *öffentliche Sicherheit* z.B. in §§ 3 I HmbSOG, 11 HessSOG oder 11 NdsPOG (polizeiliche Befugnisgeneralklausel); *öffentliches Interesse* in § 80 II S. 1 Nr. 4 VwGO; *Gemeinwohl* in Art. 14 III S. 1 GG; *Einfügen* in § 34 BauGB; *öffentliche Belange* in § 35 II/III BauGB etc.

598 Die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe ist grundsätzlich **gerichtlich voll überprüfbar**, da es sich um Rechtsanwendung handelt und derartige Akte wegen der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 IV S. 1 GG einer gerichtlichen Kontrolle zugänglich sein müssen. Außerdem kann es keine Bandbreite möglicher Entscheidungen geben: Entweder ist z.B. der Straßenverkehrsteilnehmer gem. § 3 I StVG (ggf. i.V.m. § 46 I FeV) ungeeignet oder er ist es nicht. Daraus folgt die gerichtliche Überprüfbarkeit im konkreten Fall. Vgl. dazu die ausführlichen Erläuterungen bei Rn 259 ff.

b.) Beurteilungsspielräume

599 Zwar fordert das Rechtsstaatsprinzip grundsätzlich die volle richterliche Kontrolle von Hoheitsakten (s.o.), eine Ausnahme von diesem Postulat ist aber dort zu machen, wo die richterliche Kontrolle aufgrund atypischer und/oder komplexer Sachumstände außergewöhnlichen Schwierigkeiten begegnet und einem besonders prädestinierten Entscheidungsträger eine spezifische Sachkompetenz zukommt.¹⁰⁵⁶ Besondere Bedeutung haben dabei sog. „prognostische Entscheidungen“. Das sind Entscheidungen, bei denen die Subsumtion unter einen unbestimmten Rechtsbegriff von zukunftsgerichteten komplexen Wertungen und/oder von komplexen Diagnosen abhängt.¹⁰⁵⁷ Voraussetzung für die Anerkennung eines solchen gerichtlich nicht näher überprüfbaren Beurteilungsspielraums ist aber gerade wegen Art. 20 III GG und Art. 19 IV S. 1 GG eine gesetzliche Ermächtigung, d.h. entweder eine ausdrückliche Einräumung eines Beurteilungsspielraums oder jedenfalls die Verwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen, die durch Auslegung zu einem Beurteilungsspielraum führen¹⁰⁵⁸, der gerichtlich (und damit vom Bearbeiter einer Klausur oder Hausarbeit) nur dahingehend überprüfbar ist, ob der gesetzliche Rahmen, der dem Gesetzesanwender eingeräumt wurde, überschritten wurde, ob also Beurteilungsfehler gemacht wurden. Da der

¹⁰⁵⁵ Vgl. dazu auch VG Stuttgart 8.9.2016 – 4 K 3630/16.

¹⁰⁵⁶ Vgl. BVerwG NVwZ 2010, 321, 322 f.; NVwZ 2008, 1359, 1360; BVerwGE 79, 208, 213; VGH Mannheim NVwZ 2001, 937; *Maurer/Waldhoff*, AllgVerwR, § 7 Rn 31 ff.; *Beaucamp*, JA 2002, 314, 315. Allesamt zurückgehend auf die von *Bachof* (JZ 1955, 97 ff.) entwickelte Lehre vom Beurteilungsspielraum.

¹⁰⁵⁷ Vgl. BVerwG NVwZ 2016, 327, 328; NVwZ 2008, 1359, 1360; NVwZ-RR 2002, 49; BVerfGE 88, 40, 60; BVerwGE 62, 330, 340; VGH Mannheim NVwZ 2001, 1434; *Beaucamp*, JA 2002, 314, 319.

¹⁰⁵⁸ Vgl. nur BVerfGE 129, 1, 22; BVerwG NVwZ 2016, 327, 328.

- Abmahnung 916 ff.
- Abwägungsentscheidung 293, 995 ff.
- Administrativenteignung 1155 ff., 1185
- Akteneinsicht 387
- Akzessorietätstheorie 39, 56
- Allgemeinverfügung 410, 493
- Amtsermittlungsgrundsatz 561
- Amtshaftung 1062 ff.
- Amtspflicht 1075
- Amtspflichten im Baurecht 1081
- Amtsübertragungstheorie 1112
- Anfechtbarkeit VA 626
- Anfechtungsklage 632
- Angemessenheit einer Maßnahme 322
- Anhörung des Betroffenen 540 ff.
- Anliegerrecht 1144
- Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung 248
- Anspruch auf Tätigwerden 247
- Anstalten öffentlichen Rechts 99 ff.
- Anstellungstheorie 1112
- Anvertrauenstheorie 1112
- Anwendungsvorrang 151, 179 ff., 241
- Aufhebung VA 644 ff.
- Aufhebung VA im Rechtsbehelfsverfahren 752 ff.
- Aufhebung VA trotz Bestandskraft 757
- Auflage 804
- Auflagenvorbehalt 807
- Aufopferungsanspruch 1250 ff.
- Aufsichtsbehörden 439 ff.
- Auftragsvergabe 47
- Ausführung der Gesetze 1 ff.
- Ausgeschlossene Personen 573e ff.
- Ausgleichspflicht bei ISB 1195
- Auskunft 387, 394
- Auslegungsmethoden 269 ff.
- Ausnahmebewilligung 359
- Außenwirkung 430
- Auswahlmessen 305

- Bedingung 799**
- Befangenheit 557 ff.
- Befehlende Verwaltungsakte 352
- Befreiung 359
- Befristung 797
- Begründungserfordernis 579
- Begünstigende Verwaltungsakte 356
- Behördenaufbau 66 ff.
- Behördenzuständigkeit 526
- Behördliche Äußerung 55
- Behördliche Warnung 57, 387, 893 ff.
- Beihilfeverfahren EU 691 ff.
- Bekanntgabe VA 469 ff.
- Belastende Verwaltungsakte 357
- Beleihung 50, 110 ff., 383, 1067, 1119
- Benahmen 434
- Beschlüsse der EU 185
- Bestandskraft VA 349
- Bestimmtheit VA 607
- Betriebsverhältnis 458
- Beurteilungsspielräume 283 ff., 599
- Bewertungen im Internet 906
- Brasserie 1354
- Bundesauftragsverwaltung 8
- Bundesmittelbehörden 73
- Bundesoberbehörde 72

- Bundesunterbehörden 74
- Bundesverwaltung 70 ff.
- Bürgerschaft 1015

- Datenschutz-Grundverordnung 174**
- Darlehen 1015
- Daseinsvorsorge 19
- Dispens 359
- Doppelte Verfassungsunmittelbarkeit 63
- Drittbezug der Amtspflicht 1087
- Drittsschutz 234
- Drittwirkung 360, 481, 489, 653

- Echte Nebenbestimmungen 796 ff.**
- Ehrverletzende Äußerungen 55
- Eigenbetrieb 104, 1033
- Eigener Wirkungskreis 89, 93, 440
- Eigentumsbegriff 1137 ff.
- Eingerichteter und ausgeübter Gewerbebetrieb 1139
- Eingliederungsverhältnis 457 ff.
- Eingriffsverwaltung 15, 203
- Einschreiben 480c
- Einstufiger Verwaltungsakt 367
- Einvernehmen 435
- Einzelfallmerkmal 406 ff.
- Elektronische Bekanntgabe VA 477a
- Elektronische Form 477a, 477d, 478
- Emissionen 912 ff.
- Enteignender Eingriff 1235 ff.
- Enteignungsentschädigung 1127 ff.
- Enteignungsrechtliche Vorwirkung 1179a
- Enteignungsgleicher Eingriff 1204 ff.
- Entschädigung 1186
- Entschließungsermessen 304
- Erforderlichkeit einer Maßnahme 320
- Ermessen 295 ff., 601 ff.
- Ermessensfehler 311 ff.
- Ermessensreduzierung auf Null 146, 330
- Erstattungsanspruch 1321
- Erwerbswirtschaftliche Betätigung 44, 1046
- Etatlegitimierung 206
- EU-Beihilfeverfahren 691 ff.
- EU-Grundrechtecharta 171, 172a
- EU-Recht 170 ff., 250, 521 ff.
- EU-Recht und Staatshaftung 1348 ff.
- Europäische Union 170 ff.

- Facharztbeschluss 137**
- Fachaufsicht 89, 93, 440
- Fehlerunabhängige Rechtswirksamkeit VA 347
- Feststellende Verwaltungsakte 354
- Fiktion der Bekanntgabe 478
- Fiktiver Verwaltungsakt 379a
- Fiskalische Hilfsgeschäfte 43
- Fiskalverwaltung 24, 42 ff., 1041
- Folgenbeseitigungsanspruch 1274 ff.
- Folgenentschädigungsanspruch 1304
- Förderungsverwaltung 206
- Formelle Rechtmäßigkeit VA 523 ff.
- Formelles Gesetz 128
- Förmliche Zustellung 480 ff.
- Formvorschriften 574 ff.
- Francovich 1349
- Frist Widerspruch 482 ff.
- Funktionstheorie 1112

Sachverzeichnis

- Gebietskörperschaften 84
- Geeignetheit einer Maßnahme 318
- Geltungsvorrang 150
- Gemeinden 84
- Gemeingebrauch 1027
- Gemeinschaftsrechtswidrige Beihilfen 700 ff.
- Gemeinwohlerfordernis 1176
- Genehmigungsfiktion 379a
- Gerichtlicher Sachverständiger 1121
- Gesetz 128
- Gesetzesvertretende Verwaltungsvorschriften 868
- Gesetzmäßigkeit der Verwaltung 196 ff.
- Gewährleistungsverwaltung 20, 124
- Gewaltenteilung 1 ff.
- Gewohnheitsrecht 139
- Glykolwein 57, 895 ff., 899
- Grundrechte der EU 171, 172a
- Grundsatz der Verhältnismäßigkeit 316, 605
- Grundverhältnis 459

- Haftungsausschluss** 1103
- Handlungsformen der Verwaltung 345 ff.
- Haushaltsplan 206
- Hausverbot 51
- Heilung der fehlenden Begründung 584
- Heilung von Formfehlern 584
- Heilung von Verfahrensfehlern 549 ff.
- Hoheitliche Maßnahme 381

- Immissionen** 54
- Informales Verwaltungshandeln 393, 913 ff.
- Informationsfreiheitsgesetz 232, 387, 573c
- Inhalts- und Schrankenbestimmung 1152 ff., 1190
- Innerdienstliche Maßnahmen 432, 463
- Intendiertes Ermessen 306
- Interessenklage 250
- Interessentheorie 33
- Internetportal 906

- Jemand i.S.d. Amtshaftung** 1066 ff.
- Judikatives Unrecht 1123, 1350
- Jugendsekten 57, 895 ff.
- Junktimklausel 1170

- Kapazitätsvorbehalt** 244
- Kausalität 1102
- Kommunalaufsicht 441
- Kommunen 84
- Kontrollerlaubnis 246, 358
- Körperschaften öffentlichen Rechts 83 ff.

- Landesoberbehörden** 76
- Landesverwaltung 75 ff.
- Legislativenteignung 1155 ff.
- Legislatives Unrecht 1091, 1221, 1348, 1354
- Legitimationskette 113
- Leistungsverwaltung 18, 206

- Maastricht** 169
- Mehrstufige Verwaltungsakte 367, 433
- Mittelbare Staatsverwaltung 82 ff.
- Mittelstufe 73, 77
- Mitwirkungsbedürftiger VA 365
- Modifizierende Auflage 810
- Modifizierende Genehmigungen 794

- Modifizierte Subjektstheorie 29
- Möglichkeitstheorie 233

- Nebenbestimmungen zum VA 401, 784 ff.**
- Nichtanwendungskompetenz 157
- Nichtigkeit VA 633
- Nichtigkeitsstheorie 153
- Nizza 172
- Normatives Unrecht 1091, 1221, 1348, 1354
- Normenkollision 150
- Normexterne Wirkung der Grundrechte 242
- Norminterne Wirkung der Grundrechte 242
- Normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften 867 ff., 877 ff.

- Oberste Bundesbehörde** 71
- Oberste Landesbehörden 76
- Observanz 140
- Öffentlich-Private Partnerschaft (ÖPP) 118 f., 1049 f.
- Öffentlich-rechtliche Emissionen 54, 912 ff.
- Öffentlich-rechtlicher Erstattungsanspruch 1321
- Öffentlich-rechtlicher Unterlassungsanspruch 1314 ff.
- Öffentlich-rechtlicher Vertrag 924 ff.
- Öffentlich-rechtliches Schuldverhältnis 1339 ff.
- Öffentliche Auftragsvergabe 47
- Öffentliche Bekanntgabe VA 479
- Öffentliche Einrichtungen 48, 1031 ff.
- Öffentliche Sachen 1022 ff.
- Öffentliche Warnungen 57, 387, 893 ff.
- Öffentlicher Personennahverkehr 1037
- Organisatorische Verwaltungsvorschriften 865
- Organleihe 12, 86
- Osho 900

- Parlamentarischer Untersuchungsausschuss** 65
- Parlamentsvorbehalt 137, 197 ff.
- Pauschalreisenrichtlinie 1346
- Personalkörperschaften 90
- Planerische Abwägungsentscheidungen 293, 995
- Planung 993 ff.
- Postzustellungsurkunde 480c
- Präventive Aufsichtsmittel 443
- Präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt 246, 358
- Primärrecht EU 171
- Privatisierung 21, 118 ff.
- Privatrechtliches Handeln d. Verwaltung 1008 ff.
- Prüfungsentscheidungen 284
- Prüfungskompetenz 156
- Public Private Partnership (PPP) 118 f., 1049 f.

- Rangordnung der Rechtsquellen** 149
- Realakt (schlichtes Verwaltungshandeln) 387, 891 ff.
- Rechtsaufsicht 89, 93, 440
- Rechtsbehelfsbelehrung 477, 498, 586
- Rechtsgestaltende Verwaltungsakte 353
- Rechtsgrundlage für Erlass VA 509
- Rechtsquellen des Verwaltungsrechts 125
- Rechtsverordnung 131 ff., 831 ff.
- Rechtswidrigkeit VA 503
- Regelungsfunktion Verwaltungsakt 384
- Regiebetrieb 104, 1033
- Regulierungsverwaltung (-ermessen) 124
- Remonstrations 159

Sachverzeichnis

- Repressive Aufsichtsmittel 445
Repressives Verbot mit Befreiungsvorbehalt 359
Richterrecht 141
Richtlinien der EU 174 ff.
Rücknahme VA 658 ff.
Rufschädigende Äußerungen 55
- Salvatorische Klausel** 1171
Satzungen 135 ff., 859 ff.
Schaden 1095
Schlichtes Verwaltungshandeln 387, 891 ff.
Schriftform VA 477
Schweretheorie 1152
Scientology 57, 893 ff.
Sekundärrecht EU 174
Selbstbindung der Verwaltung 146, 332
selbstvollziehende Gesetze 852
Sondernutzung 1028
Sonderopfer 1152, 1219, 1244, 1266
Sonderrechtstheorie 29
Sonderstatusverhältnis 457 ff.
Spruchrichterprivileg 1106
Staatsaufsicht 89, 93, 441
Staatshaftung und EU-Recht 1348 ff.
Staatshaftungsrecht 1061 ff.
Staatskommissar 445
Stiftung öffentlichen Rechts 108
Subjektives öffentliches Recht 228 ff.
Subordinationstheorie 35
Subsidiarität der Amtshaftung 1105
Subsidiarität der Verwaltungsverfahrensgesetze 219
Subventionen 48, 210, 691 ff., 1011 ff.
- Technische Anleitung** 877 ff.
Teilakte 390
Teilgenehmigung 373
Teilnichtigkeit VA 641
Theorie des modifiz. Privateigentums 1024
- Übertragener Wirkungskreis** 89, 93, 440
Umdeutung eines VA 623 ff.
Umweltinformationsgesetz 254, 387, 573c
Unbeachtlichkeit von Formfehlern 585
Unbeachtlichkeit von Verfahrensfehlern 564
Unbestimmte Rechtsbegriffe 259 ff., 596 ff.
Unechte Nebenbestimmungen 788
Unionsrechtswidrige Beihilfen 700 ff.
Unmittelbare Rechtswirkung nach außen 430
Unmittelbare Staatsverwaltung 68 ff.
Unterlassungsanspruch 1314 ff.
Unterstufe 74, 79
Untersuchungsausschuss 65
Untersuchungsgrundsatz 561 ff.
- Verbandskörperschaft** 96
Verbraucherinformationsgesetz 387, 573c
Verfahrenshandlung 391
Verfassungsrecht 61 ff.
Verhältnismäßigkeitsgrundsatz 316, 605
Verjährung der Amtshaftung 1111
Verkammerung 90
Verkehrsschilder 421, 493 ff.
Verletzung der Amtspflicht 1077
Verzichtbarkeitstheorie 153
- Verordnungen der EU 174
Verschulden 1092
Versorgungstätigkeit des Staates 48
Vertragsformverbot 959
Verwaltung eigener Vermögensgegenstände 46
Verwaltungsakt 346 ff.
Verwaltungsakt mit Drittwirkung 360, 481, 489, 653
Verwaltungsakt mit Doppelwirkung 360
Verwaltungsaktfugnis 590
Verwaltungsaktvorbehalt 591
Verwaltungsbegriff 5
Verwaltungshelfer 114, 383, 1067
Verwaltungsorganisation 66 ff.
Verwaltungsprivatrecht 21, 24, 48, 1009 ff.
verwaltungsrechtliches Schuldverhältnis 1339
Verwaltungsverfahren 535 ff.
Verwaltungsverfahrensgesetze 216 ff.
Verwaltungsvertrag 924 ff.
Verwaltungsvollstreckung 1051 ff.
Verwaltungsvorschriften 142 ff., 864 ff.
Verwaltungszustellungsgesetz 480 ff.
Verweisungsprivileg bei Amtshaftung 1104
Verwerfungskompetenz 157
vollständig automatisiert erlassener VA 379i
Vollziehende Gewalt 5
Vorbehalt des Gesetzes 190 ff.
Vorbehalt des Möglichen 244
Vorbereitungsakte 371, 391
Vorbescheid 371b
Vorläufiger Verwaltungsakt 375
Vorrang des Unionsrechts 176 ff.
Vorrang des Gesetzes 187 ff.
Vorrang des Primärrechtsschutzes 1128, 1173
Vorrang des Unionsrechts 176 ff.
Vorsorglicher Verwaltungsakt 378
- Warnungen** 57, 387, 893 ff.
Werkzeugtheorie 1068
Wesentlichkeitsrechtsprechung 131, 137, 192
Widerruf VA 721 ff.
Widerrufsvorbehalt 801
Widerspruch 627
Widerspruchsfrist 482 ff.
Widmung 1023
Wiederaufgreifen des Verfahrens 758 ff.
Wiederholende Verfügung 379, 764
- Zitiergebot** 131, 844
Zeitpunkt für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit 612
Zentralstufe 71, 76
Zuordnungstheorie 29
Zusage 396
Zuschuss 1017
Zusicherung 396
Zuständigkeit der Behörde 526
Zustellung 480 ff.
Zwang 1051 ff.
Zwangsmitgliedschaft 92
Zwei-Stufen-Theorie 1015, 1033
Zweitbescheid 379, 764