

**Grundkurs Öffentliches Recht III -
Allgemeines Verwaltungsrecht**

Mittwoch, den 30. April / Dienstag, den 6. Mai 2003

I. Rechts- und Handlungsformen der Verwaltung

Vom organisationsrechtlichen komme ich nun zum materiellrechtlichen Teil der Vorlesung, dem Hauptteil. Hier geht es nicht um die Frage, wie Verwaltung organisiert ist, sondern um die Frage, was Verwaltung tut. Auch dies ist, platt gesagt, ein weites, unübersehbares Feld, das juristische Strukturierung erfordert. Solche Strukturierung leisten die im Kern übereinstimmenden Begriffe "Rechts- und Handlungsform". Rechts- oder Handlungsform ist eine Form, in der die Verwaltung tätig wird. Soweit die Verwaltung öffentlich-rechtliche Regelungen erlässt, kommen als Formen in Betracht: Rechtsnormen, die abstrakt-generell gelten, wie Verordnung, Satzung oder Verwaltungsvorschrift, oder Einzelakte, die nur für Einzelfälle gelten, wie Verwaltungsakte, verwaltungsrechtliche Verträge oder innerdienstliche Weisungen. Daneben gibt es den Bereich schlicht-hoheitlichen, d.h. öffentlich-rechtlichen, aber nicht regelnden Verwaltungshandelns, mit einer großen Zahl von Handlungsformen wie Auskünfte, Empfehlungen oder Warnungen. Schließlich gibt es den Bereich privatrechtlichen Verwaltungshandelns mit den üblichen privatrechtlichen Handlungsformen, wie Kauf- oder Dienstvertrag, die in dieser Vorlesung nicht mehr vorgestellt werden müssen.

Indem nach Handlungsformen gefragt wird, wird das unübersehbare Verwaltungshandeln standardisiert und rechtlichen Regeln zugeordnet. Wenn man z.B. weiß, dass die Bewilligung von Sozialhilfe ebenso wie ein Einberufungsbescheid Verwaltungsakte sind, kann man auf sie beide die Regelungen des VwVfG und der VwGO über Verwaltungsakte anwenden. Man muss dann Regelungen des Verwaltungsverfahrens und des gerichtlichen Verfahrens nicht

gesondert für Sozialhilfebewilligungen und Einberufungsbescheide lernen, sondern kann die Informationen, die in der Handlungsform "Verwaltungsakt" gespeichert sind, auf beide und auf zahlreiche weitere Verwaltungsakte anwenden. Das ist gemeint, wenn Handlungsformen der Verwaltung Speicherfunktion zugeschrieben wird. Die Speicherfunktion bewirkt eine Standardisierung, die es ermöglicht, eine unübersehbare Vielfalt einheitlich zu beurteilen. Es bedeutet eine erhebliche Vereinfachung, wenn es nicht für Sozialhilfe- und Einberufungsbescheide und die unübersehbare Vielzahl weiterer Bescheide jeweils besondere Verfahrens- und Prozessregeln gibt, sondern wenn einheitliche Regeln einheitlich auf alle Bescheide angewandt werden können, unter der einen Voraussetzung, dass es sich um Verwaltungsakte handelt.

Die Speicherfunktion der wichtigsten Rechts- und Handlungsformen der Verwaltung, des Verwaltungsakts, äußert sich in drei Richtungen. Stellen Sie sich vor, dass Sie anhand der Definition in § 35 VwVfG ermittelt haben, dass eine staatliche Maßnahme die Qualität eines Verwaltungsaktes hat. Es fragt sich nun, was aus der Qualifizierung folgt. Diese Frage lässt sich in drei Richtungen beantworten. Aus der Qualifizierung als Verwaltungsakt folgt zunächst die Anwendbarkeit des VwVfG, denn ein Verwaltungsverfahren wird in § 9 VwVfG als die nach außen wirkende Tätigkeit definiert, die auf den Erlass eines Verwaltungsaktes gerichtet ist. Aus der Qualifizierung als Verwaltungsakt folgt gemäß § 42 I VwGO sodann, dass Rechtsschutz mit der Anfechtungsklage oder der Verpflichtungsklage gewährt wird, damit mit Klagearten, für die besondere prozessuale Regelungen gelten. Aus der Qualifizierung als Verwaltungsakt folgt schließlich, dass sich die zwangsweise Durchsetzung der Maßnahme nach den Regeln des Verwaltungsvollstreckungsrechts richtet. § 6 I VwVG setzt - ebenso wie § 42 I VwGO und § 9 VwVfG - das Vorliegen eines Verwaltungsaktes voraus. Der Verwaltungsaktsbegriff hat damit

Systematisierungsfunktion. Er verknüpft Verfahrens-, Prozess- und Vollstreckungsrecht - alles Materien des Allgemeinen Verwaltungsrechts - mit allen Bereichen des Besonderen Verwaltungsrechts. Handlungsformen erleichtern Ihnen weiter das Lernen. Stellen Sie sich vor, Sie erfahren kurz vor einer Klausur in der Vorgerücktenübung im Öffentlichen Recht, dass deren Hauptgegenstand das öffentliche Baurecht ist. Sie möchten sich in diese Materie einarbeiten, haben aber weder Vorkenntnisse noch Zeit. Das einfachste in dieser Situation ist es, sich an den typischen Handlungsformen der Bauverwaltung zu orientieren. Diesen Handlungsformen lassen sich nämlich Klausurtypen zuordnen. Typische Handlungsformen der Bauverwaltung sind die Baugenehmigung und die Beseitigungsverfügung. Zu jeder dieser Handlungsformen lässt sich ein Klausurschema entwickeln. Baurecht wird so lernbar. Es macht wenig Sinn, die Beschäftigung mit Baurecht an der Vielzahl materieller Regelungen, etwa über Brandwände oder Kleinsiedlungsgebiete, auszurichten. Sinnvoll ist es dagegen, sich an den typischen Handlungsformen eines Verwaltungsbereiches zu orientieren, denn jede dieser Handlungsformen steht für einen juristischen Problemtyp. Handlungsformen kann man - dies ist sicher eine kühne Analogie - mit Standardsituationen im Fußball vergleichen. Jeder Handlungsform entspricht ein typischer Prüfungsablauf.

Im Folgenden werde ich Ihnen die Handlungsformen der Verwaltung einzeln darstellen - wie ein Fußballtrainer, der mit seiner Mannschaft Standardsituationen übt. Diese Handlungsformen kann man in vier Gruppen zerlegen, die zugleich einen Überblick über das Weitere geben.

Zur ersten Gruppe gehört öffentlich-rechtliches Handeln der Verwaltung mit Regelungsgehalt, das für eine Vielzahl von Personen und Fällen gilt. Einfacher gesagt geht es um die Rechtsetzung der Exekutive, um Rechtsverordnungen, Satzungen und Verwaltungsvorschriften. Die zweite Gruppe besteht aus

öffentlich-rechtlichem Handeln der Verwaltung mit Regelungsgehalt, das aber nicht abstrakt-generell ist, sondern dessen Regelungsgehalt sich nur in Einzelfällen entfaltet: Hierher gehören der Verwaltungsakt, der verwaltungsrechtliche Vertrag und die innerdienstliche Weisung. Diese Gruppe wird uns am längsten beschäftigen. Die dritte Gruppe besteht aus öffentlich-rechtlichem Handeln der Verwaltung ohne Regelungsgehalt, z.B. Auskünfte, Empfehlungen, Warnungen, Realakte. Die vierte Gruppe schließlich besteht aus privatrechtlichem Handeln der Verwaltung. Ebenso wie die Verwaltung privatrechtlich organisiert sein kann, kann sie auch privatrechtlich handeln. Insoweit habe ich Ihnen nur zu erläutern, wann diese Option besteht. Über die Regeln, die Anwendung finden, wenn diese Option zulässigerweise gewählt wird, brauche ich dagegen grundsätzlich nichts zu sagen, sondern kann auf die Lehrveranstaltungen zum Privatrecht verweisen.

II. Exekutive Rechtsetzung

Rechtsetzung ist üblicherweise eine Aufgabe der Gesetzgebungsorgane, im Bund von Bundestag und Bundesrat. Die Exekutive, die Verwaltung, hat nach dem Rollenverständnis des Gewaltenteilungsprinzips Recht im Einzelfall anzuwenden. Umgekehrt hat der Gesetzgeber sich der Regelung von Einzelfällen zu enthalten, wie Art. 19 II GG für grundrechtseingreifende Gesetze hervorhebt. Zur Problematik von Maßnahmegesetzen, über die in den 60er Jahren viel diskutiert worden ist: BVerfGE 25, 371 (396); 36, 383 (400). Demgemäß gehört zu den Definitionsmerkmalen der wichtigsten Handlungsform der Verwaltung, des Verwaltungsakts, gemäß § 35 S. 1 VwVfG der Einzelfallbezug.

Doch die Verwaltung führt Recht nicht nur aus. Sie kann Recht auch setzen. **Beispiele:** Der Senat von Berlin erlässt eine Kampfhundeverordnung; der Fachbereich Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin beschließt

eine Promotionsordnung. Diese Beispiele verdeutlichen, dass die Verwaltung nicht nur Einzelfallregelungen, sondern auch abstrakt-generelle Regelungen erlassen kann (= Rechtsnormen). Abstrakt bedeutet dabei: für eine unbestimmte Vielzahl von Anwendungsfällen; generell bedeutet: für eine unbestimmte Vielzahl von Personen. Verwaltungsakte regeln dagegen Einzelfälle. Sie sind konkret-individuell, nicht abstrakt-generell. Mit diesen Begriffspaaren lässt sich der Gegensatz von Norm und Einzelakt umschreiben. Es bleiben als Problemfälle die konkret-generellen und die seltenen abstrakt-individuellen Regelungen. Hier kann man über die Zuordnung streiten und hat man gestritten. So ist eine Verkehrsampel konkret-generell, weil sie zwar nur einen Sachverhalt, nämlich die Vorfahrtsregelung an einer bestimmten Stelle, betrifft, aber für eine unbestimmte Vielzahl von Verkehrsteilnehmern gilt. Der Gesetzgeber hat diesen Grenzfall in § 35 S. 2 VwVfG der Kategorie des Verwaltungsakts zugeschlagen.

1. Formelle / materielle Gesetze

Für das Verständnis der exekutiven Rechtsetzung ist die Unterscheidung von formellen und materiellen Gesetzen wichtig. Gesetz im formellen Sinne ist jeder Rechtsakt, der von den verfassungsmäßigen Gesetzgebungsorganen, im Bund Bundestag und Bundesrat, in dem vorgesehenen Verfahren erlassen worden ist, ohne Rücksicht auf den Inhalt. Gesetz im materiellen Sinne ist jede abstrakt-generelle Regelung ohne Rücksicht auf ihren Urheber.

Ein Gesetz im formellen ist typischerweise auch ein Gesetz im materiellen Sinne. Dies muss aber nicht so sein. Bundestag und Bundesrat können in der Form eines Gesetzes auch Rechtsakte erlassen, die keine abstrakt-generellen Regelungen sind. Die beiden wichtigsten Beispiele sind das Zustimmungsgesetz zu einem völkerrechtlichen Vertrag gemäß Art. 59 II 1 GG und das Haushaltsgesetz gemäß Art. 110 II 1

GG. Beides sind Einzelfallregelungen; ihre Rechtswirkung beschränkt sich auf eine Ermächtigung der Bundesregierung; sie entfalten keine Rechtswirkungen im Verhältnis zum Bürger. Das Grundgesetz spricht überwiegend von Gesetz, ohne den Unterschied zwischen materiellen und formellen Gesetzen deutlich zu machen. In Art. 104 I GG geschieht dies doch. Wenn dort als Grundlage für eine Freiheitsbeschränkung und -erst recht - eine Freiheitsentziehung ein förmliches Gesetz verlangt wird, heißt dies, dass ein nur materielles Gesetz, d.h. exekutive Rechtsetzung nicht genügt. Wäre z.B. die Vorladung zur Teilnahme am Verkehrsunterricht eine Freiheitsbeschränkung, würde § 48 der Straßenverkehrsordnung als Rechtsgrundlage nicht ausreichen. Ein formelles Gesetz verlangt überdies Art. 100 I GG; dies wird vom BVerfG mit der ratio legis, die Verwerfungskompetenz beim Bundesverfassungsgericht zu monopolisieren, begründet. Bei exekutivem Recht sei eine solche Monopolisierung nicht erforderlich.

Die Exekutive kann, fasst man zusammen, Gesetze erlassen, allerdings nur materielle Gesetze, das sind abstrakt-generelle Regelungen. Unter der Sammelbezeichnung "exekutives Recht" bündelt man Rechtsverordnungen, Satzungen und Verwaltungsvorschriften.

2. Rechtsverordnungen

Rechtsverordnungen sind materielle Gesetze, die von der Exekutive in Ausübung von Gesetzgebungsmacht erlassen werden, welche ihr die Legislative übertragen hat. Rechtsverordnungen bezeichnet man darum auch als delegierte Rechtsnormen. Über die möglichen Adressaten einer solchen Delegation und über die Möglichkeit einer Weitergabe der Delegation (Subdelegation) informiert die einschlägige Vorschrift der Verfassung, für Verordnungsermächtigungen in förmlichen Bundesgesetzen Art. 80 GG und für Verordnungsermächtigungen in förmlichen Gesetzen des Landes Berlin

Art. 64 VvB.

Der Sinn der Delegation ist eine Entlastung der Parlamente. Diese sollen sich auf grundlegende politische Entscheidungen konzentrieren und ihre Arbeitskraft nicht an entscheidungsarme technische oder kurzfristige Details vergeuden. Als Beispiel sei auf die Kapazitätsverordnungen des Hochschulrechts hingewiesen. Die Grundsätze und Kriterien für die Berechnung der Kapazität von Hochschulen gibt der förmliche (= parlamentarische) Gesetzgeber vor. Er trifft damit die eigentlichen und politisch kontroversen Entscheidungen, bei deren Anwendung dann wenig Spielraum bleiben soll. Die Umsetzung dieser Vorgaben in einer Verordnung ist dagegen Sache der Exekutive. Das Parlament wäre damit überfordert; nur die Exekutive mit ihrer größeren Personal- und Arbeitskapazität ist in der Lage, die überdies semesterweise fällig werdenden Detailfestlegungen zu berechnen.

Das Verhältnis von förmlichem Gesetz und Rechtsverordnung wird von folgenden Grundsätzen geprägt:

1. Verordnungen sind nur auf formell-gesetzlicher Grundlage möglich. Die Befugnis, Verordnungen zu erlassen, muss vom Parlament ausdrücklich verliehen sein.

2. Weil Verordnungsrecht aus dem Gesetzesrecht abgeleitetes Recht ist, stehen Verordnungen im Rang unter den formellen Gesetzen und sind im Konfliktfall nichtig.

3. Um den Gefahren zu begegnen, dass das Parlament substantielle Entscheidungsbefugnisse auf die Exekutive verlagert und sich aus der Verantwortung stiehlt und dass die Exekutive sich durch den Gebrauch unbestimmter Verordnungsermächtigungen parlamentarische Befugnisse aneignet, muss eine parlamentarische Verordnungsermächtigung nach Inhalt, Zweck und Ausmaß bestimmt sein (Art. 80 I 2 GG;

Art. 64 I 2 VvB). Diese Normen sind Konkretisierungen der Wesentlichkeitstheorie, die neben ihnen keine Anwendung mehr zu finden braucht. Sie fordern, dass Tendenz und Programm der Rechtsetzung so genau umrissen sind, dass schon aus der gesetzlichen Ermächtigung erkennbar und voraussehbar ist, was in der Verordnung dem Bürger gegenüber zulässig sein soll. Ein Beispiel für eine Verordnungsermächtigung, die nach Inhalt, Zweck und Ausmaß bestimmt ist, ist § 52 BWahlO. Die grundlegenden Entscheidungen zum Wahlrecht, insbesondere die Entscheidung für ein personalisiertes Verhältniswahlssystem, findet man im BWG. § 52 I BWahlG gibt dem Verordnungsgeber in 16 Ziffern Detailregelungen ohne politisches Gewicht auf. Auf dieser Grundlage ist die Bundeswahlordnung erlassen worden.

4. Die Fragen, wer eine Verordnung geben darf und in welchem Verfahren dies geschieht, richten sich im wesentlichen nach der jeweiligen Verordnungsermächtigung. Aber auch Art. 80 GG enthält Vorgaben: Abs. 1 Satz 1 zu den zulässigen Delegataren, Abs. 1 Satz 4 zur Subdelegation, Abs. 2 zur Frage, ob Verordnungen der Zustimmung des Bundesrates bedürfen. Wie alle Rechtsnormen bedürfen Verordnungen zu ihrem Inkrafttreten der Verkündung, die im Bundesgesetzblatt oder anderen amtlichen Organen erfolgt. Vgl. hierzu auch das Gesetz über die Verkündung von Rechtsverordnungen des Bundes (Sartorius Nr. 70).

3. Satzungen

Während Verordnungen typischerweise Recht der unmittelbaren Staatsverwaltung sind, sind Satzungen immer Recht der mittelbaren Staatsverwaltung. Rechtsetzer sind hier also Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts, die Satzungen im Rahmen der ihnen gesetzlich verliehenen Autonomie erlassen. Auch Satzungen sind abgeleitetes Recht; die Befugnis zur Satzungsgebung muss

durch die Verfassung oder durch förmliche Gesetze verliehen sein. Ein Beispiel für die Verleihung von Satzungsautonomie unmittelbar durch die Verfassung ist Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG: Mit "regeln" ist der Erlass von Satzungen gemeint.

Satzungen sollen nicht primär den parlamentarischen Gesetzgeber entlasten; in ihnen werden nicht eigentlich parlamentarische und damit aus der Sicht der Verwaltung fremde Angelegenheiten geregelt. Satzungen sollen es juristischen Personen der mittelbaren Staatsverwaltung ermöglichen, ihre eigenen Angelegenheiten zu ordnen. Um diesen Unterschied zu verbalisieren, bezeichnet man Satzungebung als dezentralisierte im Unterschied zur Verordnunggebung als dekonzentrierte Rechtsetzung.

Aus diesem Unterschied folgt ein weiterer: Während Rechtsverordnungen im ganzen Gebiet des Bundes bzw. eines Landes gelten, so wie förmliche Gesetze, entfalten Satzungen ihre Wirkung nur im Bereich juristischer Personen des öffentlichen Rechts, der z.Tl. territorial, in jedem Fall aber sachlich begrenzt ist. Beispiele für Satzungen sind Immatrikulations-, Studien-, Prüfungs-, Promotions- und Habilitationsordnungen, die für die jeweilige Universität, zum Teil den jeweiligen Fachbereich gelten.

Wegen dieser Unterschiede - Selbstverwaltung und Begrenzung auf einen Selbstverwaltungsträger - ist es konsequent, dass Art. 80 GG und die entsprechenden Vorschriften der Landesverfassungen für Satzungen nicht gelten. Denn die Gefahr einer Gewichtsverschiebung vom Parlament auf die Exekutive besteht wegen ihres beschränkten Wirkungskreises in einem geringeren Maße. Viele Themen, die in Satzungen geregelt sind, so die Promotion an den einzelnen Fachbereichen von Universitäten, könnten in förmlichen Gesetzen kaum geregelt werden. Ein Satzungeber ist mithin für ein Parlament ein weniger gefährlicher Konkurrent als ein Verordnunggeber.

Weiterhin ist Sitzungsgewalt, wie parlamentarische Gesetzgebung und anders als Verordnunggebung, selbst unmittelbar demokratisch legitimiert, etwa durch Kommunalwahlen, Sozialwahlen oder Wahlen zu akademischen Vertretungsgremien. Aus diesem Grund müssen Sitzungsermächtigungen inhaltlich weniger bestimmt sein als Verordnungsermächtigungen. Bei der Sitzung wird die geringere sachlich-inhaltliche demokratische Legitimation durch ein von der Volksvertretung beschlossenes Gesetz kompensiert durch eine eigene personell-demokratische Legitimation des Gremiums, das die Sitzung beschließt, etwa eines Gemeinderates. Trotzdem findet auf die Sitzung die Wesentlichkeitstheorie als verfassungsrechtlicher Kontrollmaßstab Anwendung; sie wird nicht von nur für Rechtsverordnungen geltenden Regelungen wie Art. 80 I 1 als *leges speciales* verdrängt.

Darin kommt zum Ausdruck, dass Sitzungsgewalt trotz eigener personeller demokratischer Legitimation nicht grenzenlos sein darf. Insbesondere Selbstverwaltungskörperschaften denken legitimerweise in erster Linie an ihre Mitglieder, nicht an Dritte oder die Allgemeinheit. In deren Interessen Grenzen zu ziehen, ist Sache des Gesetzgebers als Vertreter der staatlichen Allgemeinheit. Überdies darf das Parlament die Verantwortung für Grundrechtseingriffe nicht mit einer pauschalen Sitzungsermächtigung aus der Hand geben. Ein Beispiel, in dem beide Gesichtspunkte zusammenkamen, ist der Facharztbeschluss des BVerfG (E 33, 125 [157 ff.]). Danach ist der Erlass statusbildender Normen (über die Voraussetzungen für die Anerkennung als Facharzt, zugelassene Fachrichtungen, Mindestdauer der Ausbildung, Anerkennungsverfahren, etc.) Sache des parlamentarischen Gesetzgebers. Die Ärztekammern haben insoweit keine Befugnisse. Das BVerfG leitet dies nicht aus einer analogen Anwendung von Art. 80 I GG her, sondern aus der Wesentlichkeitstheorie.

Bei diesen Unterschieden sollen abschließend die Gemeinsamkeiten von Rechtsverordnung und Satzung hervorgehoben werden: Beide sind exekutives Recht, das einer - wenn auch je unterschiedlich gearteten - parlamentsgesetzlichen Grundlage bedarf, und beide stehen im Rang unter dieser gesetzlichen Grundlage und unter anderen Parlamentsgesetzen.