

**Grundkurs Öffentliches Recht III -
Allgemeines Verwaltungsrecht**

Donnerstag, den 30. Oktober 2003

I. Einteilung der Verwaltungstätigkeit nach der Rechtsform

Nützlich für die Systematisierung des Allgemeinen Verwaltungsrechts ist die Einteilung der Verwaltungstätigkeit nach ihrer Rechtsform. Hiermit endete die letzte Vorlesungseinheit; hier knüpfe ich heute wieder an mit einer Zusammenfassung der Ergebnisse zu dem Fall der behördlichen Warnung vor Zusatzstoffen in Babynahrung. Die Warnung haben wir als öffentlich-rechtliches, nicht privatrechtliches Handeln qualifiziert. Weiterhin haben wir sie als Realakt eingestuft. Fasst man beides zusammen, so ergibt sich, dass diese Warnung schlicht hoheitlich ist. Daraus wiederum folgt, dass Schadensersatzansprüche von Herstellern von Babynahrung wegen Umsatzeinbußen, die von der Warnung verursacht werden, sich nach § 839 BGB, Art. 34 GG und nicht nach den allgemeinen zivilrechtlichen Regeln der §§ 823 ff. BGB richten. Daraus folgt weiter, dass ein Anspruch auf Widerruf der Warnung als deren Kehrseite ebenfalls öffentlich-rechtlich sein muss und vor den Verwaltungsgerichten, nicht den Zivilgerichten zu verfolgen ist.

Aus den beiden inzwischen vorgestellten Fällen (Schwimmbad und Babynahrung) kann man ableiten: Nur der Staat kann öffentlich-rechtlich handeln, die staatliche Verwaltung kann aber nicht nur öffentlich-rechtlich, sondern auch privatrechtlich handeln (Wahlrecht). Geht man davon aus, so kann man die Tätigkeit der Verwaltung in vier Rechtsformen einteilen. Dies sind 1. hoheitliche Verwaltung und 2. schlicht-hoheitliche Verwaltung, beides öffentlich-rechtliche Formen, und 3. Verwaltungsprivatrecht sowie 4.

fiskalische Hilfsgeschäfte und erwerbswirtschaftliche Betätigung, beide privatrechtlich.

Hoheitlich ist die Verwaltung, die sich der Rechtsformen des öffentlichen Rechts bedient, und zwar solcher Rechtsformen, die es der Verwaltung ermöglichen, einseitig (= hoheitlich) ihren Willen fest- und durchzusetzen. Hoheitliche Verwaltung äußert sich typischerweise im Erlass von Verwaltungsakten oder von Rechtsverordnungen oder Satzungen. Man spricht auch von obrigkeitlicher Verwaltung. Beispiele für hoheitliche Verwaltung sind der Erlass von Steuerbescheiden oder Verfügungen von Polizeibeamten.

Schlicht-hoheitliche Verwaltung hat mit der hoheitlichen Verwaltung gemeinsam, dass sie sich nach den Regeln des öffentlichen Rechts vollzieht. Die Schlichtheit besteht darin, dass die Verwaltung nicht einseitig Rechtsfolgen festsetzt, sondern sich entweder konsensualer Methoden bedient (verwaltungsrechtlicher Vertrag, öffentlich-rechtliches Benutzungsverhältnis) oder mit Hilfe von Realakten vorgeht (Mitteilungen, Auskünfte, Empfehlungen, Warnungen etc.).

Das Verwaltungsprivatrecht regelt die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben; insoweit stimmt sein Anwendungsbereich mit demjenigen der obrigkeitlichen oder schlichten Hoheitsverwaltung überein. Die Abweichung liegt darin, dass die öffentlichen Aufgaben nicht in Formen des öffentlichen, sondern in Formen des privaten Rechts wahrgenommen werden. Insbesondere bei der Regelung der Benutzung öffentlicher Einrichtungen und Anstalten (Verkehrsbetriebe, Versorgungswirtschaft, Badeanstalten, Bibliotheken, Museen, usw.) hat die Verwaltung ein Wahlrecht, ob sie diese Rechtsverhältnisse öffentlich-rechtlich - dann (schlicht-)hoheitliche Verwaltung - oder privatrechtlich - dann Verwaltungsprivatrecht - ausgestaltet. Weiterhin hat sie ein Wahlrecht zwischen einer öffentlich-rechtlichen und einer privatrechtlichen Organisation der Aufgabenträgerschaft.

Einfacher strukturiert sind die fiskalischen Hilfsgeschäfte und die erwerbswirtschaftliche Betätigung der Verwaltung. Diese vollziehen sich nicht nur in Formen des Privatrechts. Die Verwaltung nimmt dabei auch - im Unterschied zum Verwaltungsprivatrecht - keine öffentlichen Aufgaben wahr, sondern tritt auf wie jeder Privatmann auch. Beispiele sind die Beschaffung der für die Verwaltungstätigkeit erforderlichen Sachgüter; z.B. der Kauf eines Computers für ein Sekretariat oder eines Grundstücks für ein Verwaltungsgebäude. Weiterhin gehört in diese Gruppe die Teilnahme der Verwaltung am wirtschaftlichen Leistungsaustausch, z.B. durch die Berliner Wasserbetriebe, BWB, eine Anstalt des öffentlichen Rechts, an der sich aber auch Private beteiligen können, oder die Bewag, eine Aktiengesellschaft.

Das Verwaltungsprivatrecht, die fiskalischen Hilfsgeschäfte und die erwerbswirtschaftliche Betätigung der Verwaltung werden unter dem Begriff der fiskalischen Verwaltung zusammengefasst. Dabei versteht man unter "Fiskus" den Staat in seiner Eigenschaft als Teilnehmer am Privat**rechts**verkehr. In dieser Bedeutung kommt das Wort in § 89 I BGB ausdrücklich vor. Die Zusammenfassung dieser Erscheinungsformen der Verwaltung darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass der Staat beim Verwaltungsprivatrecht öffentliche Aufgaben wahrnimmt, im Übrigen aber nicht. Nur der Rechts**form** nach weisen Verwaltungsprivatrecht und fiskalische Hilfsgeschäfte Gemeinsamkeiten auf; der wahrgenommenen Aufgabe nach muss man dagegen Verwaltungsprivatrecht von den fiskalischen Hilfsgeschäften abgrenzen und in einem Zusammenhang mit der Hoheitsverwaltung sehen.

In allen Fällen privatrechtsförmlichen Handelns der Verwaltung muss eines klar sein. Der Verwaltung stehen nur die Rechtsformen privaten Handelns zur Verfügung; weiterhin hat sie die Befugnis, Tätigkeiten zu entfalten, die nicht oder

nur mittelbar in einem Zusammenhang mit der Erfüllung hoheitlicher Aufgaben stehen (Erwerbswirtschaft, fiskalische Hilfsgeschäfte). In keinem Fall wächst der Verwaltung auf dem Feld des Privatrechts aber das zu, was man im Zivilrecht **Privatautonomie** und im öffentlichen Recht Grundrechtsfähigkeit nennt. Durch die Wahl privatrechtlicher Rechtsformen erlangt die Verwaltung nie ganz die Freiheiten eines Privatmanns, insbesondere nicht grundrechtliche Freiheit. Trotzdem wird von einer "Flucht ins Privatrecht" gesprochen. So unterliegt die Verwaltung, wenn sie für ihre Zwecke eine GmbH gründet, bei der Festsetzung der Vergütung für den Geschäftsführer möglicherweise nicht den Restriktionen des Haushaltsrechts; dies kann erwünscht sein, um für einen verdienten Politiker eine attraktive Position zu schaffen. Von Walter Jellinek stammt der Vergleich, dass es mit der Verwaltung genau so sei wie mit einem Offizier: Beide legten Zivil an, weil sie sich darin freier fühlten. Diese Freiheit wird aber von öffentlich-rechtlichen Bindungen eingeschränkt, die auch für privatrechtliches Verwaltungshandeln gelten, die ich hier aber noch nicht im Einzelnen darstellen will; dies würde zu kompliziert.

Eines dürfte als Ertrag der vorgenommenen Einteilungen der Verwaltung klar sein. Sie führen auf unterschiedliche rechtliche Regeln.

Streitigkeiten mit der privatrechtlich handelnden Verwaltung sind bürgerlich-rechtliche Streitigkeiten; für solche Streitigkeiten sind gemäß § 13 GVG die ordentlichen Gerichte zuständig; diese Gerichte entscheiden nach Maßgabe von Zivilrecht, das aber in einer unklaren, hier noch nicht zu besprechenden Weise von öffentlichem Recht - insbesondere Grundrechten und rechtsstaatlichen Grundsätzen jedes Verwaltungshandelns - überformt wird.

Streitigkeiten mit der öffentlich-rechtlich handelnden Verwaltung sind dagegen öffentlich-rechtliche

Streitigkeiten, über die gemäß § 40 I VwGO grundsätzlich die Gerichte der allgemeinen Verwaltungsgerichtsbarkeit entscheiden, in Berlin das eine Verwaltungsgericht, das es in der Stadt gibt, das Obergerverwaltungsgericht als Berufungsinstanz und das Bundesverwaltungsgericht als Revisionsinstanz. Sofern die Verwaltung hoheitlich, durch Verwaltungsakt gehandelt hat, beurteilt sich die Rechtmäßigkeit dieses Handelns nach besonderen Regeln über Verwaltungsakte; diese Regeln kommen nicht zur Anwendung bei schlicht-hoheitlichem Handeln.

II. Eingreifende und leistende Verwaltung

Auch die Einteilung in eingreifende und leistende Verwaltung leistet solche Orientierung über Rechtswege und Rechtmäßigkeitsanforderungen. Eingreifende Verwaltung kann dabei nur öffentlich-rechtliche Verwaltung sein.

Eingriffsverwaltung liegt vor, wenn die Verwaltung einseitig handelnd in die Rechtssphäre, in die Grundrechte des Bürgers, eingreift und dessen Freiheit oder Eigentum beschränkt, wenn sie also dem Bürger Verpflichtungen oder Belastungen auferlegt. Leistungsverwaltung liegt vor, wenn die Verwaltung dem Bürger Leistungen oder sonstige Vergünstigungen gewährt. Im ersten Fall tritt die Verwaltung dem Bürger befehlend gegenüber, im zweiten Fall helfend und fördernd. Die Unterscheidung hat rechtliche Bedeutung für den Gesetzesvorbehalt. Nur die Eingriffsverwaltung bedarf einer umfassenden gesetzlichen Ermächtigung, die Leistungsverwaltung dagegen nicht, zumindest nicht aus grundrechtlich-rechtsstaatlicher Sicht.

Die Begriffe Eingriff und Leistung (hinzu kommt als dritter Planung) bezeichnen dabei nicht nur die Mittel, derer die

Verwaltung sich im Einzelfall bedient, sondern auch die Zwecke der Verwaltungstätigkeit. Bezieht man das Wort "Eingriff" auf den Verwaltungszweck, so ist Eingriffsverwaltung diejenige Verwaltung, deren Zweck darin besteht, in die freie Betätigung des Individuums einzugreifen, um Beachtung der Gesetze sicherzustellen und so die öffentliche Sicherheit und Ordnung aufrechtzuerhalten. Statt von Eingriffs- könnte man auch von Ordnungsverwaltung sprechen. Der Zweck der Leistungsverwaltung besteht darin, durch die gezielte Unterstützung einzelner und die Bereitstellung öffentlicher Einrichtungen die Lebensbedingungen der Bürger zu gewährleisten und zu verbessern.

Die Einteilung der Verwaltungstätigkeit in Eingriffsverwaltung und Leistungsverwaltung ist für das Verständnis der Theorien zur Abgrenzung von öffentlichem Recht und Privatrecht nützlich. Die Subjektionstheorie stammt aus dem 19. Jahrhundert. Damals war Verwaltung in erster Linie Eingriffsverwaltung; eine Leistungsverwaltung, insbesondere soziale Staatstätigkeit gab es erst in Ansätzen. Infolgedessen konnte eine im 19. Jahrhundert entwickelte Theorie zur Abgrenzung von öffentlichem und privatem Recht sich auf die Eingriffsverwaltung mit den für sie typischen Über- / Unterordnungsverhältnissen konzentrieren. Diese Theorie verliert aber in dem Maße an Aussagekraft, wie die Aufgaben der Verwaltung sich erweitern. Auf die Leistungsverwaltung, die zu der Eingriffsverwaltung in dem Maße hinzutritt, wie der Staat sich nicht nur als liberaler Rechtsstaat, sondern als sozialer Rechtsstaat begreift, passt die Denkweise in Über- / Unterordnungsverhältnissen nicht. Der daseinsvorsorgende Staat tritt seinem Bürger nicht einseitig obrigkeitlich, sondern sozial fürsorgend gegenüber. Für den fortbestehenden Bereich der Eingriffsverwaltung wird die Subjektionstheorie durch diese Entwicklung nicht falsch. Sie muss nur im Bereich der Leistungsverwaltung durch weitere Kriterien ergänzt werden. Gerade hierin liegt der Sinn der

Subjektstheorie. Sie ist im Verhältnis zur Subjektionstheorie abstrakter und bietet ein Kriterium, das sowohl auf die Eingriffs- wie auf die Leistungsverwaltung passt, was aber nicht ausschließt, dass sie im Bereich der Eingriffsverwaltung nach wie vor durch die Subjektionstheorie, die anschaulicher ist, konkretisiert wird.

III. Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes

Die beiden Einteilungsschemata für Verwaltungshandeln - die Differenzierung nach hoheitlichem und fiskalischem und die Differenzierung nach eingreifender und leistender Verwaltung - führen auf zwei Prinzipien des Verwaltungsrechts, die an den Anfang der Vorlesung gehören, weil sie Aussagen über die Gesetzesbindung der Verwaltung treffen und damit für die rechtliche Bewertung von Verwaltungshandeln weichenstellend sind. Bei diesen beiden Grundsätzen handelt es sich um den Vorrang und den Vorbehalt des Gesetzes. Beide werden zusammengefasst durch den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, der sich aus Art. 20 Abs. 3 GG und Art. 66 Abs. 1 VvB ergibt.

Vorrang des Gesetzes bedeutet, dass die Verwaltung nicht gegen das Gesetz, Vorbehalt des Gesetzes, dass die Verwaltung nicht ohne Gesetz handeln darf. Der Unterschied zwischen beiden Grundsätzen wird deutlich, wenn ein Gesetz fehlt. In diesem Fall kann der Vorrang des Gesetzes einem Handeln der Verwaltung nicht entgegenstehen, denn ein Gesetz, gegen das verstoßen werden könnte, gibt es nicht; wohl aber kann der Vorbehalt des Gesetzes ihm entgegenstehen.

Der Vorrang des Gesetzes folgt unmittelbar aus Art. 20 Abs. 3 GG, der die vollziehende Gewalt an Gesetz und Recht bindet. Der Vorbehalt des Gesetzes folgt ebenfalls aus Art. 20 Abs. 3 GG, obwohl er sich nicht unmittelbar im

Verfassungswortlaut wiederfindet. Die Verortung auch des Gesetzesvorbehalts bei Art. 20 III GG entspricht der Ansicht des BVerfG. Die Bindung der Verwaltung an das Gesetz würde nämlich in Frage gestellt, wenn die Verwaltung auch ohne gesetzliche Grundlage handeln dürfte: Sie könnte so umgangen werden, denn bei einem Handeln ohne Gesetz gibt es eben kein Gesetz, das die Verwaltung zu beachten hätte.

Während das Vorrangprinzip für jedes Handeln der Verwaltung gilt, ist dies beim Vorbehalt des Gesetzes nicht der Fall. Nicht jedes Verwaltungshandeln bedarf einer gesetzlichen Grundlage. Wenn z.B. in einer Vorlesung an dieser Universität Skripten ausgeteilt werden, ist dies Verwaltungshandeln, aber eine gesetzliche Grundlage dafür sicher nicht erforderlich. Es gibt sie auch nicht.

Fraglich ist damit, nach welchen Kriterien die Reichweite des Vorbehalts des Gesetzes zu bestimmen ist und zwischen einem Verwaltungshandeln, für das eine gesetzliche Grundlage erforderlich ist, und einem Verwaltungshandeln, auf welches dies nicht zutrifft, unterschieden werden kann. Diese Frage ist der Frage nach dem Gesetzesvorrang logisch vorrangig, denn von ihr hängt ab, ob es überhaupt ein dann vorrangiges Gesetz geben muss.

Sie ist höchst praktisch. Wenn nach der Rechtmäßigkeit eines Verwaltungshandelns gefragt ist, muss als erstes geklärt werden, ob dieses Handeln einer gesetzlichen Grundlage bedarf. Ist dies der Fall, so muss als nächstes gefragt werden, welche Normen als gesetzliche Grundlage in Betracht kommen. Diese Normen sind in einem Obersatz der Prüfung voranzustellen, ähnlich wie eine zivilrechtliche Prüfung mit der Aufzählung der Normen beginnt, die Anspruchsgrundlage sein können; nur dass im Verwaltungsrecht nicht von Anspruchsgrundlagen, sondern von Ermächtigungsgrundlagen oder - einfacher - von Ermächtigungen gesprochen wird.

Die älteste noch gültige Antwort auf die gestellte Frage ist die "Freiheit und Eigentum"-Formel, als deren Grundlage Art. 20 Abs. 3 GG angegeben wird. Die Verwaltung bedarf dann einer gesetzlichen Grundlage für ihr Handeln, wenn sie in Freiheit und Eigentum **eingreift**. Diese gesetzliche Grundlage nennt man Eingriffsermächtigung oder Ermächtigung oder in schlechtem, in Bürokratendeutsch Ermächtigungsgrundlage. Solange z.B. ein Polizeiwagen nur Streife fährt, ist eine gesetzliche Grundlage nicht erforderlich, denn die Streifenfahrt greift in niemandes Freiheit oder Eigentum ein. Die Rechtslage ändert sich, wenn die Besatzung des Streifenwagens, der eben noch Streife gefahren ist, einen Autofahrer zum Anhalten zwingt und ihn einem Alkoholtest unterzieht. Dies ist ein Eingriff in die Freiheit des Autofahrers, für die es eine Ermächtigung, z.B. im Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung des Landes Berlin, geben muss, welches das Handeln der Polizei regelt. Eingriff im Sinne der "Freiheit- und Eigentum"-Formel ist dasselbe wie in der Grundrechtsdogmatik.

Die "Freiheit und Eigentum"-Formel ist Ausdruck des Vorbehalts des Gesetzes, der Teil des Rechtsstaatsprinzips ist. Dieser Vorbehalt des Gesetzes ist in neuerer Zeit in zwei Richtungen ergänzt und verfeinert worden. Da sind einmal spezielle Gesetzesvorbehalte des Verfassungsrechts, die insbesondere den Grundrechten beigefügt sind; um die Besonderheiten dieser speziellen Regelungen deutlich zu machen, bezeichnet man sie zum Teil bewusst nicht als Vorbehalte des Gesetzes, sondern als Gesetzesvorbehalte. Da ist zum anderen die Wesentlichkeitstheorie, die sich aus dem Demokratie- und dem Rechtsstaatsprinzip ergibt und deren Zweck nicht darin besteht, die anderen Gesetzesvorbehalte zu ersetzen, sondern darin, sie zu ergänzen und in Zweifelsfällen weitere Kriterien zu liefern.

Die Wesentlichkeitstheorie besagt, dass der parlamentarische Gesetzgeber in grundlegenden normativen Bereichen, zumal im

Bereich der Grundrechtsausübung, soweit diese staatlicher Regelung zugänglich ist, alle wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen hat und nicht an die Verwaltung delegieren darf. Diese Theorie gilt nur in grundlegenden normativen Bereichen, also Bereichen, die durch abstrakt-generelle Regelungen geordnet werden können, z.B. nicht im Bereich der Außenpolitik. So mag eine verteidigungspolitische Entscheidung politisch so wesentlich sein wie sie will: allein dies begründet noch keinen Gesetzesvorbehalt. In dem so eingegrenzten Bereich ist wesentlich, was grundrechtsrelevant ist, was also den Schutzbereich einzelner Grundrechte berührt. Mit diesem Kriterium nähert sich die Wesentlichkeitstheorie wieder der Freiheit-und-Eigentum-Formel; sie geht aber darüber hinaus, weil sie nicht nur Eingriffe in grundrechtliche Schutzbereiche erfasst, sondern auch sonstige staatliche Maßnahmen, die für die Ausübung grundrechtlicher Freiheit bedeutsam sind. So kann man darüber streiten, ob Sexualkundeunterricht an staatlichen Schulen im herkömmlichen Sinne ein Eingriff in das Erziehungsrecht der Eltern ist, das Art. 6 Abs. 2 GG schützt. In jedem Fall handelt es sich aber um eine staatliche Maßnahme, die für die Ausübung dieses Erziehungsrechtes wesentlich ist, sofern nicht lediglich Kenntnisse über biologische und andere Fakten vermittelt werden. Aus diesem Grund hat das BVerfG die Einführung des Sexualkundeunterrichts an staatlichen Schulen einem Gesetzesvorbehalt unterstellt (E 47, 46, insb. 78 ff.).

Man kann diese Rechtsprechung des BVerfG verallgemeinern. Im Bereich der Eingriffsverwaltung, also bei staatlichen Eingriffen in Freiheit, Eigentum und sonstige Grundrechte der Bürger, braucht man die Wesentlichkeitstheorie nicht. Hier ergibt die Regelungszuständigkeit des Gesetzgebers sich bereits aus dem rechtsstaatlichen Vorbehalt des Gesetzes und den grundrechtlichen Gesetzesvorbehalten. Anders ist dies im Bereich der Leistungsverwaltung, wo der Staat nicht in Freiheit eingreift, sondern durch Leistungen auf die

Lebensverhältnisse der Bürger einwirkt. In diesem Bereich sind der rechtsstaatliche Vorbehalt des Gesetzes und zum Teil auch die grundrechtlichen Gesetzesvorbehalte nicht anwendbar. Gleichwohl hält man eine Regelung durch die Legislative für unentbehrlich. Die Lücke, die es damit zu füllen gilt, schließt die Wesentlichkeitstheorie.

Wenn man die Wesentlichkeitstheorie als ein Instrument begreift, Regelungsmaterien unter Gesetzesvorbehalt zu stellen, die nach den herkömmlichen Gesetzesvorbehalten an sich vorbehaltlos sind, die aber nach den Vorstellungen des Demokratie- und Rechtsstaatsprinzips gesetzlich geregelt werden müssten, verliert die Wesentlichkeitstheorie einiges von ihrer Unschärfe. Sie wird dann zu einem subsidiär anwendbaren Instrument, das im Bereich der Eingriffsverwaltung nicht gebraucht wird, sondern nur in der Leistungsverwaltung.

IV. Zusammenfassung

Ich möchte zu Ende dieser Vorlesungseinheit zusammenfassen, was wir bis jetzt besprochen haben. Ich habe begonnen mit der Frage, was das Spezifische dieser Vorlesung ausmacht, und habe Organisation und Funktion der öffentlichen Verwaltung - in Abgrenzung zu privatrechtlichen Gestaltungen - genannt. Danach habe ich versucht, Verwaltung als Organisation oder Funktion zu definieren, konnte aber statt einer Definition nur Einteilungen nennen. Diese Einteilungen habe ich auf die Frage der Rechtmäßigkeit von Verwaltungshandeln bezogen als der Kernfrage eines rechtsstaatlichen Verwaltungshandelns. Die Beschäftigung mit der Rechtmäßigkeitsfrage hat aufblitzen lassen, was in einem juristischen Studium besonders interessiert: Hinweise zur Falllösung, etwa Prüfungsschemata. Sie hat uns auf Unterscheidungen wie die vom Vorbehalt und vom Vorrang des Gesetzes oder von öffentlichem und privatem Recht geführt, die für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit von Verwal-

tungshandeln und damit die Wahl des richtigen Prüfungsschemas wichtig ist. Bevor das Handeln der Verwaltung zu stark in den Vordergrund rückt, soll die Organisationsfrage angegangen werden, die in der Tat weniger fallrelevant und mehr Verständnisvoraussetzung ist.