

**Grundkurs Öffentliches Recht III –  
Allgemeines Verwaltungsrecht**

Donnerstag, den 19. Oktober 2006

---

**I. Einteilung der Verwaltungstätigkeit nach der von ihr benutzten Handlungsform**

Nach der von ihr benutzten Handlungsform kann man die Verwaltungstätigkeit in vier große Gruppen einteilen. Zwei dieser Gruppen erfassen öffentlich-rechtliches Handeln der Verwaltung, die zwei anderen zivilrechtliches Handeln. Öffentlich-rechtlich sind die hoheitliche und die schlicht-hoheitliche Verwaltung. Zivilrechtlich sind das Verwaltungsprivatrecht und die fiskalische Verwaltung; bei der fiskalischen Verwaltung kann man weiter Hilfsgeschäfte und erwerbswirtschaftliche Betätigung unterscheiden.

**Hoheitlich** ist Verwaltung, die sich der Handlungsformen des öffentlichen Rechts bedient, und zwar solcher Handlungsformen, die es der Verwaltung ermöglichen, ihren Willen einseitig (= hoheitlich) fest- und durchzusetzen. Hoheitliche Verwaltung äußert sich im Erlass von (belastenden oder begünstigenden) Verwaltungsakten oder von Rechtsverordnungen oder Satzungen. Beispiele wären der Erlass von Steuerbescheiden oder von Baugenehmigungen.

**Schlicht-hoheitliche** Verwaltung hat mit der hoheitlichen Verwaltung gemeinsam, dass sie öffentlich-rechtlich und nicht privatrechtlich ist. Ihre „Schlichtheit“ besteht darin, dass die Verwaltung nicht einseitig Rechtsfolgen festsetzt, sondern sich entweder konsensualer Methoden bedient (öffentlich-rechtlicher Vertrag, öffentlich-rechtliches Benutzungsverhältnis) oder Realakte setzt (Informationshandeln, wie Mitteilungen, Auskünfte, Empfehlungen, Warnungen, usw.; tatsächliches Verhalten, wie Fahrten mit einem Polizei- oder Feuerwehrfahrzeug).

**Verwaltungsprivatrecht** meint die Wahrnehmung öffentlich-rechtlicher Aufgaben der Verwaltung mit Handlungsformen des Zivilrechts. Hinsichtlich der verfolgten Ziele stimmt das Verwaltungsprivatrecht mit der hoheitlichen Verwaltung überein; die Ziele sind öffentlich-rechtlich. Der Unterschied liegt in den verwendeten Mitteln (Handlungsformen). Diese sind zivilrechtlich, insbesondere schuldrechtliche Verträge. Insbesondere bei der

rechtlichen Ausgestaltung öffentlicher Einrichtungen und ihrer Benutzung (Verkehrsbetriebe, Versorgungswirtschaft, kulturelle Einrichtungen) hat die Verwaltung ein doppeltes Wahlrecht. Sie kann einmal zwischen einer öffentlich-rechtlichen und einer zivilrechtlichen Organisation der Aufgabenträgerschaft wählen. Sie kann sodann wählen, ob das Benutzungsverhältnis zwischen Aufgabenträger und Benutzer öffentlich-rechtlich (dann schlichte Hoheitsverwaltung) oder zivilrechtlich (dann Verwaltungsprivatrecht) ausgestaltet sein soll.

**Fiskalische** Verwaltung umfasst die Hilfsgeschäfte und die erwerbswirtschaftliche Tätigkeit der Verwaltung. Beide vollziehen sich nicht nur in Rechtsformen des Zivilrechts. Bei beiden nimmt die Verwaltung auch keine staatlichen Aufgaben wahr, im Unterschied zur hoheitlichen Verwaltung und zum Verwaltungsprivatrecht, sondern tritt auf wie jeder Privatmann auch. Beispiele für Hilfsgeschäfte sind die Beschaffung der für die Verwaltungstätigkeit erforderlichen Sachgüter (z.B. der Kauf eines Computers für ein Sekretariat). Beispiele für erwerbswirtschaftliche Tätigkeit, also die Teilnahme der Verwaltung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr, sind die Berliner Wasserbetriebe (BWB) oder die Bewag, Erstere eine Anstalt des öffentlichen Rechts, Letztere eine Aktiengesellschaft. Unter „Fiskus“ versteht man den Staat als Teilnehmer am Privatrechtsverkehr. In dieser Bedeutung kommt das Wort in § 89 I BGB vor. Verwaltungsprivatrecht und fiskalische Verwaltung stimmen hinsichtlich der Rechtsform überein, unterscheiden sich aber hinsichtlich des Inhalts der Tätigkeit. Beim Verwaltungsprivatrecht geht es inhaltlich um die Wahrnehmung staatlicher Aufgaben; bei der fiskalischen Verwaltung ist das nicht der Fall.

Nutzt die Verwaltung die Organisations- und Handlungsformen des Zivilrechts und entfaltet sie Tätigkeiten, die nicht oder nur mittelbar in einem Zusammenhang mit der Erfüllung öffentlicher Aufgaben stehen, so wächst ihr aber in keinem Fall zu, was man im Zivilrecht **Privatautonomie** und im Verfassungsrecht Grundrechtsfähigkeit nennt. Durch die Wahl zivilrechtlicher Formen erlangt die Verwaltung nie die Freiheiten eines Privatmanns. Trotzdem wird bei Privatisierungen gern 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, einem bekannten Verwaltungsrechtler der

Weimarer Zeit, stammt der Vergleich, mit der Verwaltung sei es wie mit einem Offizier. Beide legten Zivil an, weil sie sich darin freier fühlen könnten.

## **II. Rechtliche Bedeutung von Einteilungen der Verwaltungstätigkeit**

Einteilungen der Verwaltung nach Handlungsformen oder in Eingriffs- und Leistungsverwaltung haben rechtliche Bedeutung.

Die Einteilung in Eingriffs- und Leistungsverwaltung hat Bedeutung für den Gesetzesvorbehalt. Nur die Eingriffsverwaltung bedarf einer umfassenden gesetzlichen Ermächtigung, die Leistungsverwaltung dagegen nicht.

Die Einteilung nach den Handlungsformen hat u.a. Bedeutung für den gerichtlichen Rechtsschutz. Bei Streitigkeiten mit der öffentlich-rechtlich handelnden Verwaltung ist gemäß der Generalklausel in § 40 Abs. 1 VwGO der Verwaltungsrechtsweg eröffnet, bei Streitigkeiten mit der zivilrechtlich handelnden Verwaltung gemäß der Generalklausel in § 13 GVG der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten.

## **III. Fallbeispiel zu schlicht-hoheitlichem Verwaltungshandeln**

**Sachverhalt:** Gestützt auf Untersuchungsergebnisse der Berliner Lebensmittelüberwachungsbehörden gibt der Senator für Gesundheit folgende Mitteilung an die Medien: „In Babynahrung der Firmen Hipp, Milupa und Schlecker sind Pflanzenschutzmittel gefunden worden. Eine Gesundheitsgefahr bei Verkehr besteht zwar nicht. Diese Zusatzstoffe werden aber vom Lebensmittelrecht verboten.“ Im Folgenden werden die betroffenen Produkte genau bezeichnet; sie können zudem auf einer Internetseite des Senators abgerufen werden. Nachträglich stellt sich heraus, dass die Mitteilung des Senators falsch ist, soweit es um Produkte der Firma Hipp geht.

Die Firma Hipp verlangt wegen des durch diese Mitteilung verursachten Umsatzeinbruchs vom Land Berlin Schadensersatz nach § 839 BGB, Art. 34 GG (Amtshaftung). Das Land verteidigt sich u.a. mit dem Argument, Amtshaftung setze ein Handeln in Ausübung eines öffentlichen Amtes, also ein öffentlich-rechtliches Handeln voraus, der Senator habe aber

nicht anders gehandelt wie eine private Verbraucherschutzorganisation. Liegt ein Handeln in Ausübung eines öffentlichen Amtes vor?

Die Firma Hipp verlangt vom Senator für Gesundheit weiter einen öffentlichen Widerruf der von ihm über sie aufgestellten Behauptungen. Als dieser sich weigert, erhebt sie vor dem Verwaltungsgericht (VG) Berlin eine Widerrufsklage. Ist für diese Klage der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten gegeben?

## **1. Amtshaftung**

Ein Amtshaftungsanspruch setzt ein Handeln in Ausübung eines öffentlichen Amtes voraus. Fraglich ist darum, ob der Senator so gehandelt hat, als er die Mitteilung über die Babynahrung der Firma Hipp an die Medien gegeben hat. Diese Mitteilung müsste dann als schlicht-hoheitliches Verwaltungshandeln zu qualifizieren sein.

Dieselbe Frage würde sich im Übrigen in dem Stadtbad-Wilmersdorf-Fall stellen, wenn nach einem Unfall ein Badegast Schadensersatzansprüche wegen Verletzung der Verkehrssicherungspflicht geltend machte. Es müsste dann geklärt werden, ob das Stadtbad bei der von ihr schuldhaft verletzte Verkehrssicherungspflicht in Ausübung eines öffentlichen Amtes oder ob es privatrechtlich gehandelt hat (wobei Unterlassen einem Handeln gleichsteht).

### **a) „In Ausübung eines öffentlichen Amtes“?**

Die Formulierung „in Ausübung eines öffentlichen Amtes“ (Art. 34 Satz 1 GG) ist so zu verstehen, dass es darauf ankommt, ob die schadensverursachende Handlung oder Unterlassung, hier die Mitteilung an die Medien, nach öffentlichem Recht zu beurteilen ist. Eine Handlung, die nach öffentlichem Recht zu beurteilen ist, erfolgt in Ausübung eines öffentlichen Amtes. Sollte die Handlung dagegen nach Zivilrecht zu beurteilen sein, so ist nicht § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG einschlägig, sondern die Regelungen über zivilrechtliche Deliktshaftung, insbesondere die §§ 823 ff. BGB. Eine dritte Möglichkeit gibt es nicht.

Diese Fragestellung könnte Anlass sein, über die Abgrenzung von öffentlichem Recht und Zivilrecht nachzudenken. Die dazu vertretenen Theorien stelle ich Ihnen sogleich vor. Ich

sage aber zuvor, dass solches Nachdenken und solche Theorien in dem vorliegenden Fall letztlich in eine Sackgasse führen.

## **b) Abgrenzung zwischen Zivilrecht und öffentlichem Recht**

Im Kern werden drei Theorien vertreten, um öffentliches und Zivilrecht voneinander abzugrenzen.

Interessentheorie: Öffentliches Recht sind die dem öffentlichen Interesse, Zivilrecht die privaten Interessen dienenden Rechtssätze. Die sich am Inhalt von Rechtssätzen orientierende Interessentheorie trifft einen Kerngedanken der Unterscheidung von öffentlichem und Zivilrecht, liefert aber kein präzises Kriterium. Der Begriff des „Interesses“ ist unscharf; viele Rechtssätze berücksichtigen sowohl öffentliche als auch private Interessen.

Subjektionstheorie: Diese Theorie stellt auf die an einem Rechtsverhältnis Beteiligten ab. Das öffentliche Recht wird durch ein Verhältnis der Über- und Unterordnung (Subjektion) gekennzeichnet, das Privatrecht durch ein Verhältnis der Gleichordnung. Für das öffentliche Recht typisch ist deshalb die einseitig verbindliche Regelung durch Verwaltungsakt. Diese Theorie passt gut auf die Bedürfnisse der hoheitlich handelnden Eingriffsverwaltung und berücksichtigt die Besonderheiten der Leistungs- (und der fiskalischen) Verwaltung nicht hinreichend, die nicht einseitig und befehlend, möglicherweise aber doch öffentlich-rechtlich agiert.

Modifizierte Subjektstheorie (Sonderrechts-, Zuordnungstheorie): Dem Öffentlichen Recht gehören diejenigen Rechtssätze an, bei denen Berechtigter oder Verpflichteter nur ein Träger öffentlicher Gewalt sein kann, und zwar in dessen Eigenschaft als Hoheitsträger, nicht als Fiskus. Dem Privatrecht sind dagegen die für Jedermann geltenden Rechtssätze zuzurechnen, den Staat einbegriffen, weil er hier keine Sonderrolle beanspruchen kann. Das Zivilrecht ist also das Jedermannrecht, das öffentliche Recht ist also das Sonderrecht des Staates, darum Sonderrechtstheorie.

Die drei Theorien schließen einander nicht aus. Ihr Verhältnis darf man sich nicht als einen Meinungsstreit vorstellen, der zugunsten einer dieser Theorien zu entscheiden ist. Vielmehr werden im Einzelfall alle drei Theorien nebeneinander im Sinne von Indizienlieferanten herangezogen. Dies ist nahe liegend, weil alle drei einen richtigen Kern haben: Sowohl das öffentliche Interesse wie die Innehabung von Herrschaftsgewalt wie die Sonderstellung des Staates sprechen für Öffentlich-Rechtlichkeit. Fraglich ist dabei, wie ergiebig die Theorien im Einzelfall sind; fraglich ist nie, ob die Theorien dem Grunde nach richtig sind.

### **c) Ergiebigkeit der Abgrenzungstheorien im vorliegenden Fall**

Alle drei Theorien qualifizieren Rechtsnormen und ordnen diese Rechtsnormen entweder dem Zivilrecht oder dem öffentlichen Recht zu. Darum geht es in dem vorliegenden Fall letztlich aber nicht. Auch ohne Theorieaufwand versteht sich, dass Art. 34 GG i.V.m. § 839 BGB, also die Regelung über die Staatshaftung, öffentliches Recht ist und dass die §§ 823 ff. BGB Zivilrecht sind. Fraglich ist, welcher der beiden Normen auf die Mitteilung des Senators für Gesundheit an die Medien zuzuordnen ist. Es geht also nicht um die Zuordnung von Rechtsnormen, sondern um die Zuordnung eines Sachverhalts. Hierauf geben die Theorien, die öffentliches und Zivilrecht abgrenzen, keine, zumindest keine unmittelbare Antwort.

Dies verallgemeinernd, kann man sagen, dass die Bedeutung des Theorienstreits über die Abgrenzung von Zivilrecht und öffentlichem Recht leicht überschätzt wird. Die Zuordnung einer Rechtsnorm zu einem der beiden Normkomplexe wird aber zumeist unproblematisch sein. Die Zahl echter Zweifelsfälle ist gering. Viel häufiger ist die Konstellation, in der öffentliches Recht und Zivilrecht ähnliche Normen aufweisen, und unklar ist, welcher der beiden Normen ein Sachverhalt zuzuordnen ist. Die drei Theorien betreffen die zumeist unproblematische Frage, ob eine Rechtsnorm zivilrechtlich oder öffentlich-rechtlich ist. Problematischer kann die Frage sein, ob ein Sachverhalt zivilrechtlich oder öffentlich-rechtlich ist. Dieses Problem tritt z.B. bei Schadensersatzansprüchen auf, weil es sowohl im Zivilrecht als auch im öffentlichen Recht deliktische Ansprüche gibt; es kann weiter im Vertragsrecht auftreten, weil es sowohl ein zivilrechtliches als auch ein öffentlich-rechtliches Vertragsrecht gibt; es kann schließlich im Prozessrecht auftreten, weil es zivilrechtliche Streitigkeiten gibt, für die gemäß § 13 GVG die ordentlichen Gerichte zuständig sind, und öffentlich-rechtliche Streitigkeiten, die gemäß § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO grundsätzlich in die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte fallen.

### **d) Die Zuordnung von Sachverhalten zu Rechtsnormen**

Ob im vorliegenden Fall der Schadensersatzanspruch der Firma Hipp nach Art. 34 GG i.V.m. § 839 BGB oder nach den §§ 823 ff. BGB zu beurteilen ist, hängt davon ab, wie die Mitteilung des Senators für Gesundheit zu qualifizieren ist.

Die Antwort auf diese Frage wäre einfach, wenn es sich bei der Mitteilung um einen Rechtsakt handelte, der – im Unterschied zu einer Rechtsnorm – zwar nur einen konkreten Sachverhalt beträfe, der aber eine rechtliche Qualität hätte. Denn auch Rechtsakte können, wie Rechtsnormen, nur entweder zivilrechtlich oder öffentlich-rechtlich sein. Dies ist eine klare Alternative, die Drittes oder Mischungen ausschließt. So ist bei einem Verwaltungsakt klar, dass er nach öffentlichem Recht zu beurteilen ist.

Die Mitteilung des Senators an die Medien ist aber kein Rechtsakt, sondern ein Realakt, ein tatsächliches Verhalten. Sie ist nicht auf Setzung einer Rechtsfolge gerichtet, sondern bezweckt ein tatsächliches Verhalten: nämlich dass die Konsumenten von Babynahrung von den Ergebnissen der lebensmittelchemischen Untersuchungen Kenntnis erlangen und ihren Konsum danach ausrichten können. Da ein Realakt kein Rechtsakt ist, ist er gegen die Unterscheidung von Zivilrecht und öffentlichem Recht indifferent; dies gilt etwa für Medienmitteilung oder auch für Autofahrten. Betrachtet man ihn isoliert, so kann man ihn nicht nach zivilrechtlich oder öffentlich-rechtlich qualifizieren.

Damit stellt sich die Qualifikationsfrage neu. Bei ihrer Beantwortung ist davon auszugehen, dass Zivilrecht das Jedermannrecht, öffentliches Recht das Sonderrecht ist. Daraus folgt, dass ein Realakt grundsätzlich zivilrechtlich zu beurteilen ist und für eine davon abweichende öffentlich-rechtliche Qualifikation besondere Umstände vorliegen müssen. Drei Kriterien, die kumulativ erfüllt sein müssen, lassen sich nennen: **(1)** Der Realakt muss von einem Hoheitsträger stammen; **(2)** der Realakt muss in einem Zusammenhang mit einer öffentlich-rechtlichen Aufgabe dieses Hoheitsträgers stehen; **(3)** dieser Zusammenhang muss hinreichend eng sein. Sind diese Kriterien nicht erfüllt, so bleibt es bei der Anwendung von Zivilrecht.

**Zu 1:** Ist der Urheber des Realakts organisatorisch nicht einem Hoheitsträger (= Staat) zuzuordnen, scheidet öffentliches Recht aus, denn öffentlich-rechtlich können nur Hoheitsträger handeln. Hat ein Hoheitsträger gehandelt, so scheidet damit aber Zivilrecht noch nicht aus, denn Hoheitsträger können beides: zivilrechtlich oder öffentlich-rechtlich handeln.

**Zu 2:** Da ein Realakt indifferent gegen die Unterscheidung von Zivilrecht und öffentlichem Recht ist, kann diese Alternative nur geklärt werden, indem man den Realakt in einen Kontext stellt, der gegenüber dieser Unterscheidung nicht indifferent ist. Dieser Kontext erschließt sich aus dem Zweck, der mit dem Realakt verfolgt wird. Ist dieser Zweck die Wahrnehmung einer Aufgabe, die dem Hoheitsträger durch eine Norm des öffentlichen Rechts gestellt wird, so führt dies zu einer „Abfärbung“, die auch den Realakt öffentlich-rechtlich macht.

So ist es hier. Dem Senator obliegt kraft öffentlichem Recht die Aufgabe der Lebensmittelüberwachung. Dies unterscheidet ihn von einer privaten Verbraucherschutzorganisation, die diese Aufgabe nicht hat.

Der Zusammenhang mit dieser Aufgabe ist auch hinreichend eng. Dies ergibt sich u.a. daraus, dass die Medienmitteilung auf Untersuchungsergebnisse der Lebensmittelüberwachungsbehörden gestützt wird, die ebenfalls nur öffentlich-rechtlich gewonnen worden sein können.

#### **e) Ergebnis**

Die Antwort auf die Ausgangsfrage steht nun fest. Der Senator hat öffentlich-rechtlich gehandelt, allerdings nicht durch Rechtsakt, sondern durch Realakt. Da für öffentlich-rechtlich auch hoheitlich gesagt werden kann, haben wir es im Sinne der Vierteilung der Verwaltungstätigkeit, die hier vorgestellt worden ist, mit schlicht-hoheitlicher Verwaltung zu tun. „Schlicht“ meint Realakt im Unterschied zu Rechtsakt; „hoheitlich“ meint öffentlich-rechtlich im Unterschied zu zivilrechtlich. Für die Haftungsfrage ergibt sich damit als Konsequenz, dass ein Handeln in Ausübung eines öffentlichen Amtes vorliegt. Die weiteren Voraussetzungen eines Amtshaftungsanspruchs sind nach der Fallfrage nicht zu prüfen.

## **2. Widerruf**

Schadensersatz und Widerruf haben materiell-rechtlich gemeinsam, dass sie sich auf inhaltlich einander entsprechende Anspruchsgrundlagen des Zivilrechts und des öffentlichen Rechts stützen lassen: quasi-negatorischer Anspruch bzw. Folgenbeseitigungsanspruch. Da die Medienmitteilung des Senators hier öffentlich-rechtlich zu qualifizieren ist, richtet sich



auch ihr Widerruf als deren Kehrseite nach öffentlichem Recht, also nach dem Folgenbeseitigungsanspruch.

Die Fallfrage lautet aber nicht: Sind die Voraussetzungen für diesen Anspruch erfüllt? Die Fallfrage lautet vielmehr: Sind für die Geltendmachung dieses Anspruchs die Verwaltungsgerichte zuständig?

Dies richtet sich nach § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO. Danach kommt es grundsätzlich darauf an, ob eine Streitigkeit vorliegt, die öffentlich-rechtlich ist. Nicht nur Rechtsnormen, nicht nur Rechts- und Realakte, sondern auch Streitigkeiten müssen nach dem Schema Zivilrecht / öffentliches Recht eingeteilt werden. Die Einteilungen sind untereinander verknüpft. Öffentlich-rechtlich sind Streitigkeiten, die aufgrund von Normen des öffentlichen Rechts zu entscheiden sind. Dies ist hier der Fall, weil der zugrunde liegende Realakt öffentlich-rechtlich zu qualifizieren ist. Für den Widerrufsanspruch ist damit der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten gegeben.

Am Rande sei bemerkt, dass dies für den Schadensersatzanspruch nicht gilt. Für ihn ist nämlich der Zusatz „soweit die Streitigkeiten nicht durch Bundesgesetz einem anderen Gericht ausdrücklich zugewiesen sind“ in § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO einschlägig. Gemäß Art. 34 Satz 3 GG entscheiden über Amtshaftungsklagen nicht die Verwaltungs-, sondern die ordentlichen Gerichte. Eine solche Verweisung gibt es für den Widerrufsanspruch nicht. Auf Einzelheiten möchte ich hier nicht eingehen, weil wir erst am Anfang der Beschäftigung mit Verwaltungsrecht stehen und dies zu kompliziert würde.

#### **IV. Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes**

Weiterhin möchte ich das Zivilrecht, das ich zu Anfang in den Vordergrund gerückt habe, um Ihnen eine Brücke von Ihrer bisher zivilrechtlich geprägten Ausbildung in das Verwaltungsrecht zu bauen, vorübergehend in den Hintergrund treten lassen und mich der öffentlichlich-rechtlichen, der hoheitlichen Verwaltungstätigkeit zuwenden. Um ein Schema für die Überprüfung von dessen Rechtmäßigkeit zu entwickeln, muss ich zwei verfassungsrechtliche Prinzipien vorstellen, die in einem engen Zusammenhang mit der Unterscheidung von eingreifender und leistender Verwaltung stehen.

Bei diesen zwei Prinzipien handelt es sich um den Vorrang und um den Vorbehalt des Gesetzes; sie werden beide zusammengefasst im 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 die Gesetze, Vorbehalt des Gesetzes bedeutet, dass die Verwaltung nicht ohne Gesetz handeln darf. Der Unterschied zwischen beiden Prinzipien wird deutlich, wenn es kein einschlägiges Gesetz gibt. 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 einem solchen Handeln entgegenstehen, wenn dieses ohne Gesetz unzulässig wäre.

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 findet sich nicht unmittelbar im Wortlaut dieser Norm wieder, wird aber ebenfalls daraus abgeleitet. Die Bindung der Verwaltung an das Gesetz würde nämlich in Frage gestellt, wenn die Verwaltung in einem nennenswerten Umfang ohne gesetzliche Grundlage handeln dürfte. Denn bei einem Handeln ohne Gesetz gibt es kein Gesetz, das zu beachten wäre, so dass der Vorrang des Gesetzes ins Leere liefe.

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 oder im Internet zugänglich gemacht werden, ist dies Verwaltungshandeln; eine gesetzliche Grundlage ist dafür aber sicher nicht erforderlich. Es gibt sie auch nicht.

Fraglich ist damit, nach welchen Kriterien die Reichweite des Gesetzesvorbehalts zu bestimmen ist und zwischen einem Verwaltungshandeln, für das eine gesetzliche Grundlage erforderlich ist, und einem Verwaltungshandeln, für das keine gesetzliche Grundlage erforderlich ist, unterschieden werden kann. Diese Frage hat für die rechtlichen Anforderungen an Verwaltungshandeln eine weichenstellende Bedeutung. Verwaltungshandeln kann nur dann an einem Gesetz gemessen werden, wenn es ein Gesetz gibt. Fehlt ein Gesetz, so stellt sich, logisch der Frage des Gesetzesvorrangs vorgeordnet, die Frage des Gesetzesvorbehalts. Greift der Gesetzesvorbehalt, fehlt aber ein Gesetz, so ist das

Verwaltungshandeln rechtswidrig; es verstößt zwar nicht gegen ein Gesetz, wohl aber gegen die Verfassung, konkret gegen den Vorbehalt des Gesetzes.

Ist die Rechtmäßigkeit von Verwaltungshandeln zu prüfen, so 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.

### **1. Freiheit und Eigentum – Formel**

Die älteste noch gültige Antwort auf die gestellte Frage ist die „Freiheit und Eigentum“-Formel, deren Grundlage Art. 20 Abs. 3 GG ist. Die Verwaltung bedarf dann einer gesetzlichen Grundlage für ihr Handeln, wenn sie in Freiheit oder Eigentum der Bürger **eingreift**. Solange z.B. ein Polizeiwagen nur Streife fährt, ist eine gesetzliche Grundlage nicht erforderlich, denn die Streifenfahrt greift in niemandes Freiheit oder Eigentum ein. Allenfalls mögliche Kriminelle können sich beobachtet fühlen; dies ist rechtlich aber irrelevant, weil es keine Freiheit gibt, unbeobachtet kriminell zu sein. Die Rechtslage ändert sich, wenn die Besatzung des Streifenwagens, die eben noch Streife gefahren ist, einen Autofahrer anhält und zwingt, sich einem Alkoholtest zu unterziehen. 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.

### **2. Grundrechtliche Gesetzesvorbehalte und rechtsstaatlicher Vorbehalt des Gesetzes**

Die „Freiheit und Eigentum“-Formel wird aus dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 bis 3 GG hergeleitet. Sie 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 Vorbehalte deutlich zu machen, bezeichnet man sie zum Teil bewusst nicht als Vorbehalte des Gesetzes, sondern als

Gesetzesvorbehalte; dies ist eine terminologische Feinsinnigkeit, hinter der sich wenig sachliche Unterschiede verbergen. Da ist zum anderen die Wesentlichkeitstheorie, die sich aus dem Demokratie- und dem Rechtsstaatsprinzip ergibt und deren Zweck darin besteht, die beiden anderen Arten von Gesetzesvorbehalten zu ergänzen, nicht sie zu ersetzen.

### **3. Wesentlichkeitstheorie**

Die Wesentlichkeitstheorie besagt, dass der parlamentarische Gesetzgeber in grundlegenden normativen Bereichen, zumal im Bereich der Grundrechtsausübung, soweit dieser 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 für Fragen, die normativ, d.h. abstrakt-generell beantwortet werden können, nicht dagegen für die Entscheidung von Einzelfällen. So mag eine konkrete verteidigungspolitische Entscheidung politisch so wesentlich sein wie sie will, z.B. die Zustimmung zum Nato-Doppelbeschluss als Antwort auf die sowjetische Hochrüstung Anfang der 1980er Jahre: Allein dies löst noch nicht den Gesetzesvorbehalt aus. Eine parlamentsgesetzliche Grundlage für die Zustimmung der Bundesrepublik Deutschland zum Nato-Doppelbeschluss war nicht erforderlich.

In dem so eingegrenzten Bereich ist wesentlich vor allem, was grundrechtsrelevant ist, was also den Schutzbereich einzelner Grundrechte berührt. Mit diesem Kriterium nähert die Wesentlichkeitstheorie sich der Freiheit-und-Eigentum-Formel an, sie ist aber weiter gefasst als diese, weil „Berührung“ eines Grundrechts weniger verlangt als „Eingriff in ein Grundrecht“. So kann man darüber streiten, ob die Einführung von Sexualkundeunterricht an staatlichen Schulen, bei dem nicht lediglich Kenntnisse über biologische Fakten vermittelt werden, im herkömmlichen Sinne ein Eingriff in das Erziehungsrecht der Eltern ist, das Art. 6 Abs. 2 GG schützt. Leichter zu begründen ist, dass es sich um eine staatliche Maßnahme handelt, die für die Ausübung dieses Erziehungsrechts wesentlich ist. Aus diesem Grund hat das BVerfG die Einführung dieses Sexualkundeunterrichts einem Gesetzesvorbehalt unterstellt (BVerfGE 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 grundrechtliche Schutzgüter der Bürger, braucht man die Wesentlichkeitstheorie nicht. Hier

ergibt sich die Regelungszuständigkeit des Gesetzgebers bereits aus dem rechtsstaatlichen Vorbehalt des Gesetzes und aus den grundrechtlichen Gesetzesvorbehalten. Anders ist die im Bereich der Leistungsverwaltung, wo der Staat nicht in von ihm vorgefundene Freiheit eingreift, sondern durch Leistungen auf die Lebensverhältnisse der Bürger gestaltend einwirkt. Dieser Bereich wird vom rechtsstaatlichen Vorbehalt des Gesetzes und von den grundrechtlichen Gesetzesvorbehalten zum Teil nicht erfasst. Gleichwohl soll eine Regelung durch den parlamentarischen Gesetzgeber verfassungsrechtlich geboten sein. Die Lücke, die es hier zu schließen gilt, füllt die Wesentlichkeitstheorie.

Begreift man die Wesentlichkeitstheorie als ein Instrument, um Regelungsmaterien unter Gesetzesvorbehalt zu stellen, die nach den herkömmlichen Gesetzesvorbehalt vorbehaltfrei sind, die aber nach den Wertungen des Demokratie- und des Rechtsstaatsprinzips gesetzlich geregelt sein müssten, verliert die Wesentlichkeitstheorie einiges von ihrer Unschärfe. Sie erscheint dann als subsidiär anzuwendendes Instrument, das im Bereich der Eingriffsverwaltung nicht gebraucht wird, wohl in der Leistungsverwaltung.

## **V. Prüfungsschema für hoheitliches Verwaltungshandeln**

Konzentrieren wir uns auf diesen engeren Bereich der Eingriffsverwaltung, die zugleich hoheitliche Verwaltung ist, so genügt das, was ich in den beiden ersten Doppelstunden über die Tätigkeit der Verwaltung gesagt habe, um ein erstes, noch abstraktes Prüfungsschema für Maßnahmen dieser Eingriffsverwaltung zu formulieren, dessen einzelne Punkte ich in den nächsten Teilen der Vorlesung konkretisieren werde.

- I. Ermächtigung
- II. Formelles
- III. Materielles

Bei I. geht es um die Fragen, ob es eine gesetzliche Ermächtigung gibt und ob es eine Ermächtigung geben muss. Denkbare Antworten sind: (1) Eine Norm kommt als Ermächtigung in Betracht; (2) mehrere Normen kommen als Ermächtigung in Betracht, was das Zusatzproblem aufwirft, in welchem Verhältnis diese Normen zueinander stehen und in welcher Reihenfolge sie zu prüfen sind (ähnliche Fragen kennen Sie aus dem Zivilrecht, wenn mehrere Anspruchsgrundlagen in Betracht kommen); (3) keine Norm kommt als

Ermächtigung in Betracht, so dass die Verwaltungsmaßnahme gegen den Vorbehalt des Gesetzes verstößt (so dieser eingreift) und darum rechtswidrig ist.

Die Punkte II. und III. können nur in Bezug auf eine bestimmte Ermächtigung geprüft werden, nie isoliert davon. Es geht darum, ob die Verwaltungsmaßnahme den Anforderungen dieser Ermächtigung in formeller und in materieller Hinsicht entspricht. Die Reihenfolge von II. und III. und auch ihre Abgrenzung ist eine Frage der Zweckmäßigkeit, die nur im Einzelfall abschließend beantwortet werden kann; in der Regel empfiehlt es sich, mit dem Formellen anzufangen, weil es einfacher ist.

Das Formelle wird untergliedert in Zuständigkeit, Verfahren und Form (im engeren Sinne), das Materielle wird untergliedert in die Prüfung der tatbestandlichen Voraussetzungen und, ggfs., in die Prüfung der Ermessensbetätigung (Beispiel: § 15 Abs. 2 Versammlungsgesetz).