

**Grundkurs "Öffentliches Recht III
Allgemeines Verwaltungsrecht"**

Montag, den 8. Januar 2007

**I. Anknüpfung an den Stoff, der vor Weihnachten zuletzt
behandelt worden ist**

Vor Weihnachten haben wir die Vorlesung mit Sonderformen konsensualen Verwaltungshandelns (informelles Verwaltungshandeln, Zusicherung, Zusage) unterbrochen. Um den gedanklichen Faden der Vorlesung wieder aufzugreifen, kehre ich zu der Übersicht über Handlungsformen zurück, die der deutschen öffentlichen Verwaltung zur Verfügung stehen. Diese Übersicht umfasst vier Gruppen von Handlungsformen

1. Handlungsformen, die öffentlich-rechtlich, rechtsförmlich und normativ sind: Verordnung, Satzung, Verwaltungsvorschrift.
2. Handlungsformen, die öffentlich-rechtlich, rechtsförmlich und einzelfallbezogen sind: Verwaltungsakt, Vertrag, Zusicherung, Zusage, innerdienstliche Weisung.
3. Handlungsformen, die öffentlich-rechtlich, aber nicht rechtsförmlich sind: schlichtes Verwaltungshandeln.
4. Handlungsformen, die privatrechtlich sind: privatrechtliche Schuld- und Gesellschaftsverträge.

Die ersten drei Gruppen von Handlungsformen gehören zusammen, weil sie öffentlich-rechtlich sind und damit insbesondere uneingeschränkt den rechtsstaatlichen Anforderungen des Grundgesetzes unterliegen. Von diesen drei Gruppen haben wir die erste vollständig und die zweite ganz überwiegend abgearbeitet. Auf die innerdienstlichen Weisungen, den Rest, der aus der zweiten Gruppe bleibt, möchte ich in dieser Vorlesung nicht eingehen, weil dies in eine Sondermaterie führen würde, das öffentliche Dienstrecht. Es bleibt die dritte Gruppe, das schlichte Verwaltungshandeln oder - synonym - das schlicht-

hoheitliche Verwaltungshandeln oder die Verwaltungsrealakte. Sie stehen am Anfang der heutigen Vorlesungsstunde. Danach geht es um die rechtsstaatlichen Anforderungen an die öffentlich-rechtlichen Handlungsformen. Dies betrifft vor allem Fragen des Verwaltungsverfahrens, die anhand des VwVfG darzustellen sind. Danach, wahrscheinlich erst ab Donnerstag, ist das privatrechtliche Verwaltungshandeln in den Blick zu nehmen; Stichworte werden dann sein: Verwaltungsprivatrecht, fiskalisches Verwaltungshandeln, Privatisierung.

II. Schlicht-hoheitliches Verwaltungshandeln

1. Begriff und Beispiele

Will man den Begriff des schlicht-hoheitlichen Verwaltungshandelns definieren, so muss man sich darüber im Klaren sein, dass dies eine Sammelkategorie ist, unter deren Dach in der Sache ganz Unterschiedliches zusammenkommt, weil es in Bezug auf abstrakte juristische Merkmale übereinstimmt. **Definition:** Das schlicht-hoheitliche Verwaltungshandeln umfasst alle Maßnahmen der Verwaltung, die erstens nach öffentlichem, nicht nach privatem Recht zu beurteilen und die zweitens nicht auf einen Rechtserfolg, sondern auf einen tatsächlichen Erfolg gerichtet sind. Der Verwaltungsakt ist auf einen Rechtserfolg gerichtet, in Gestalt der Regelung, der eintritt, weil er von der Behörde gewollt ist. Gleiches gilt für den verwaltungsrechtlichen Vertrag, nur dass dieser keine einseitige, sondern eine konsensuale Regelung ist. Im Unterschied dazu ist z.B. mit einer behördlichen Auskunft kein rechtlicher Erfolg intendiert, sondern nur ein tatsächlicher Erfolg, nämlich die Erweiterung des Informationsstandes desjenigen, dem die Auskunft erteilt wird. Die behördliche Auskunft ist darum ein typisches Beispiel für schlicht-hoheitliches Verwaltungshandeln. In Anlehnung an einen aus der Zivilrechtsdogmatik stammenden Begriff kann man sie auch als einen Realakt bezeichnen. Die Begriffe "schlicht-hoheitliches Verwaltungshandeln" und "öffentlich-rechtlicher Realakt" sind wohl deckungsgleich.

Zum Zwecke eines Überblicks über die verschiedenen Erscheinungsformen schlicht-hoheitlichen Verwaltungshandelns ist ein Begriffspaar von Nutzen, das allerdings empirischer Natur ist und an das keine Rechtsfolgen geknüpft werden. Dies ist die Unterscheidung zwischen dem Informationshandeln und den tatsächlichen Verrichtungen der Verwaltung. Zum Informationshandeln der Verwaltung gehören Auskünfte, behördliche Warnungen und Empfehlungen, Berichte, Vorlesungen oder der Schulunterricht. Tatsächliche Verrichtungen der Verwaltung sind z.B. die Dienstfahrt, die Durchführung einer Schutzimpfung, die Errichtung eines neuen Verwaltungsgebäudes, der winterliche Streudienst auf öffentlichen Straßen.

2. Rechtliche Problemschwerpunkte

Bei der rechtlichen Begutachtung schlicht-hoheitlichen Verwaltungshandelns kommt es typischerweise auf die folgenden Fragen an.

a) Abgrenzung Öffentliches Recht - Privatrecht

Schlicht-hoheitliches Verwaltungshandeln ist öffentlich-rechtliches Handeln. Seine Rechtmäßigkeit und die Folgen, die an Rechtsverstöße zu knüpfen sind, beurteilen sich nach öffentlichem Recht. Allerdings kann ein Realakt der Verwaltung auch privatrechtlicher Natur sein. So ist die Fahrt eines Behördenbediensteten in einem Pkw, etwa im Hinblick auf die Haftung bei Unfällen, nach Zivilrecht zu beurteilen, wenn die Fahrt dem privatrechtlichen Tätigkeitsbereich der Behörde zuzuordnen ist. Sie ist dagegen nach öffentlichem Recht zu beurteilen, stellt also ein schlicht-hoheitliches Verwaltungshandeln dar, wenn die Zielsetzung, die der Bedienstete bei der Fahrt verfolgt hat, dem öffentlich-rechtlichen Aufgabenkreis seiner Behörde zuzuordnen ist und die Fahrt selbst in einem so engen inneren und äußeren Zusammenhang zu dem öffentlich-rechtlichen Aufgabenkreis steht, dass sie als dessen Bestandteil angesehen werden muss. Dieses Beispiel

verallgemeinernd lässt sich sagen, dass ein Realakt als solcher gegenüber der Unterscheidung von öffentlichem Recht und Privatrecht indifferent ist. Um diese Unterscheidung, die für den Rechtsweg oder für das Haftungsregime wichtig ist, gleichwohl vornehmen zu können, muss eine Verbindung zwischen dem Realakt und einer behördlichen Zwecksetzung hergestellt werden, die ihrerseits nach dem Schema Öffentliches Recht / Zivilrecht qualifiziert werden kann.

b) Rechtliche Anforderungen an einen Verwaltungsrealakt

Ist ein Realakt in dieser Weise dem öffentlichen Recht zuzuordnen, so stellt sich als nächstes die Frage, welche Anforderungen das öffentliche Recht an seine Rechtmäßigkeit stellt. Die Frage kann nicht pauschal beantwortet werden. Die Anforderungen sind je nach dem Typ des in Rede stehenden Realakts verschieden und überdies gesetzlich zum Teil nicht positiviert.

Eine Auskunft muss durch die zuständige Behörde erfolgen und hat "richtig, klar, unmissverständlich, eindeutig und vollständig" zu sein (vgl. Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl., 1998, S. 47). Eine Dienstfahrt ist rechtmäßig, wenn sie in Übereinstimmung mit den Regeln des Straßenverkehrsrechts stattfindet. Eine behördliche Warnung vor einem namentlich bezeichneten Produkt muss von der zuständigen Stelle aufgrund einer dem Vorbehalt des Gesetzes genügenden Eingriffsermächtigung erfolgen.

c) Folgen einer Verfehlung dieser rechtlichen Anforderungen

Genügt ein schlicht-hoheitliches Verwaltungshandeln den für es geltenden rechtlichen Anforderungen nicht, so stellt sich, anders als bei Verwaltungsakt, verwaltungsrechtlichem Vertrag oder sonstigem rechtsförmlichen Verwaltungshandeln nicht die Frage der Auswirkungen auf die Rechtswirksamkeit. Bei einem schlicht-hoheitlichen Verwaltungshandeln ist diese Frage sinnlos, weil ein solches Verwaltungshandeln nicht auf einen rechtlichen, sondern nur auf einen tatsächlichen Erfolg

gerichtet ist, also gar keinen Rechtsakt hervorbringt, der unwirksam sein könnte.

Die Folgen, die an eine Verfehlung der rechtlichen Anforderungen an Realakte geknüpft sind, sind vielmehr anderer Natur. Ist ein Realakt rechtswidrig, so ist die Behörde verpflichtet, dessen tatsächliche Folgen zu beseitigen und einen rechtmäßigen Zustand (wieder)herzustellen; gegebenenfalls schuldet sie dem Bürger auch Schadensersatz oder Entschädigung bzw. Unterlassung. Wenn z.B. beim Ausbau einer öffentlichen Straße widerrechtlich Teile eines benachbarten privaten Grundstücks in Anspruch genommen und bepflanzt werden, hat der Eigentümer Anspruch auf Rückgängigmachung dieser Straßenbaumaßnahmen.

d) Gerichtlicher Rechtsschutz

Kommt es zwischen dem Bürger und der Verwaltung über die Rechtmäßigkeit von schlicht-hoheitlichem Verwaltungshandeln oder über die Frage, ob die Verwaltung zu einem schlicht-hoheitlichen Verwaltungshandeln verpflichtet ist, zum Streit, so wird verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz durch die allgemeine Leistungsklage gewährt. Diese Klage ist in der VwGO nicht ausdrücklich geregelt, ihre Zulässigkeit wird von dieser aber vorausgesetzt, wie man z.B. den §§ 43 II 1 und 113 IV entnehmen kann. Die Leistung der Verwaltung, auf die diese Klage gerichtet ist, kann in einem positiven Tun, aber auch in einem Unterlassen bestehen. Die Unterlassungsklage ist ein Unterfall der allgemeinen Leistungsklage. Die allgemeine Leistungsklage ist in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten im Sinne von § 40 I VwGO die richtige Klageart, die nicht auf die Aufhebung oder den Erlass eines Verwaltungsaktes gerichtet sind und deren Rechtsschutzziel auch durch keine andere Klageart, z.B. die Normenkontrolle nach § 47 VwGO, erreicht werden kann. Wenn man im Rahmen einer Zulässigkeitsprüfung festgestellt hat, dass der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten eröffnet ist und die allgemeine Leistungsklage die richtige Klageart ist, muss man, vorbehaltlich ausdrücklicher Hinweise im Sachverhalt, nur noch eine

Zulässigkeitsvoraussetzung prüfen: ob nämlich in analoger Anwendung von § 42 II VwGO der Kläger klagebefugt ist, also geltend machen kann, in eigenen Rechten verletzt zu sein. Die Erfordernisse eines Widerspruchsverfahrens und von Klagefristen gelten für die allgemeine Leistungsklage nicht. Bei ihr besteht die Zulässigkeitsstation i.d.R. aus den Punkten: Rechtsweg, Klageart und Klagebefugnis. In der Begründetheitsstation geht es um die Frage, ob der geltend gemachte Leistungsanspruch (gegebenenfalls Unterlassungsanspruch) besteht.

III. Begriff und Rechtsquellen von Verwaltungsverfahren

Thema der Vorlesung waren bis jetzt die Organisation und die Handlungsformen der Verwaltung, die Handlungsformen in vier Gruppen gegliedert: exekutive Rechtsetzung, Regelung von Einzelfällen, schlicht-hoheitliches Handeln, privatrechtliches Handeln, von denen die ersten drei Gruppen vorgestellt worden sind (s.o.). Diesen Handlungsformen sind jeweils Regelungen über das Verfahren ihres Zustandekommens zugeordnet, den Gruppen 2 und 3 das VwVfG.

Das Verwaltungsrecht unterscheidet sich hier vom Zivilrecht. Dort ist das Zustandekommen von Rechtsgeschäften nicht an die Beachtung bestimmter Verfahrensschritte geknüpft. Es herrscht Privatautonomie, und es gibt allenfalls Regelungen, die, wie das Verbot arglistiger Täuschungen, diese Freiheit von außen begrenzen. Im Verwaltungsrecht ist dagegen das Zustandekommen öffentlich-rechtlicher Rechtsakte formalisiert. Bestimmte Verfahrensschritte sind gesetzlich fixiert und damit einer freien Gestaltung durch die Beteiligten entzogen.

Der Zusammenhang zwischen öffentlich-rechtlichen Handlungsformen und dem Verfahren ihres Zustandekommens wird in § 9 VwVfG deutlich. Danach ist Verwaltungsverfahren die nach außen wirkende Tätigkeit der Behörden, die auf den Erlass eines Verwaltungsaktes oder den Abschluss eines verwaltungsrechtlichen

Vertrages gerichtet ist; es schließt deren Erlass bzw. Abschluss ein. Diese Norm beschränkt den Anwendungsbereich des VwVfG auf die beiden wichtigsten Handlungsformen der Verwaltung: nämlich Verwaltungsakt und verwaltungsrechtlichen Vertrag.

Neben Verwaltungsakt und verwaltungsrechtlichem Vertrag gibt es weitere Handlungsformen, z.B. schlichtes Verwaltungshandeln, wie die Warnung vor gefährlichen Lebensmitteln, oder privatrechtliche Rechtsgeschäfte. Soweit dies rechtsstaatlich geboten ist, werden die Vorschriften des VwVfG auf die von ihm nicht erfassten Handlungsformen - erfasst sind Verwaltungsakt und verwaltungsrechtlicher Vertrag - analog angewandt. § 9 VwVfG ist nicht so zu verstehen, dass die Regelungen des VwVfG über das Verwaltungsverfahren exklusiv für Verwaltungsakte und verwaltungsrechtliche Verträge gelten. So ist z.B. dem Hersteller von Lebensmitteln rechtliches Gehör zu gewähren, bevor öffentlich vor seinen Produkten wegen möglicher Gesundheitsgefahren gewarnt wird, es sei denn, dass Gefahr im Verzuge ist; sowohl dieser Grundsatz wie auch die Ausnahme ergeben sich aus § 28 I / II 1 VwVfG, der analog anzuwenden ist.

Während einerseits das VwVfG zum Teil auf schlichtes Verwaltungshandeln analog angewandt wird, unterfallen andererseits nicht alle Verwaltungsakte oder verwaltungsrechtlichen Verträge seinem Anwendungsbereich. Auf die Abgrenzung zwischen Bundes- und Landesverwaltung in § 1 BVwVfG und auf die Ausnahmeregelungen in § 2 VwVfG habe ich schon hingewiesen. Zur Wiederholung möchte ich an einem Fall verdeutlichen, wie leicht man auf die falsche Fährte geraten kann, wenn man die Regelungen über den Anwendungsbereich der VwVfGe übersieht:

X bewirbt sich um eine Beamtenstelle in der Bundesverwaltung. Die Einstellungsbehörde hegt Zweifel an der Verfassungstreue des Bewerbers. X wird deshalb zu einem persönlichen Gespräch mit zwei Mitarbeitern der Personalverwaltung geladen. X kommt dieser Einladung nach, erscheint aber in Begleitung eines Rechtsanwalts. Kann X beanspruchen, dass das Gespräch im Beisein

dieses Rechtsanwalts stattfindet?

Ein solcher Anspruch könnte sich aus § 14 IV 1 VwVfG ergeben. Das setzt voraus, dass das persönliche Gespräch eine "Verhandlung" oder "Beratung" im Rahmen eines Verwaltungsverfahrens ist, dass der Rechtsanwalt ein "Beistand" ist und dass gegen den Rechtsanwalt kein Versagungsgrund nach den Abs. 5 und 6 von § 14 besteht. Alle diese Fragen sind positiv zu beantworten. Wir haben es mit einer "Beratung" im Rahmen eines Verwaltungsverfahrens zu tun, denn die Einstellung von Bundesbeamten stellt öffentlich-rechtliche Verwaltungstätigkeit von Bundesbehörden dar (§ 1 I Nr. 1 VwVfG), und die Entscheidung über die Ernennung bzw. deren Ablehnung ist ein Verwaltungsakt im Sinne von § 9 VwVfG. "Beistand" im Sinne von § 14 IV ist jede natürliche Person, die einen Beteiligten in dem Verwaltungsverfahren unterstützt, ohne vertretungsbefugt zu sein. Dies trifft auf den Rechtsanwalt zu, wie auch § 3 I BRAO zu entnehmen ist. Ein Ausschlussgrund kann gegenüber einem Rechtsanwalt nach § 14 VI 2 VwVfG nicht geltend gemacht werden, weil der Rechtsanwalt die Befugnis zur geschäftsmäßigen Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten hat. Als Zwischenergebnis ist also festzuhalten, dass X einen Anspruch darauf zu haben scheint, das persönliche Gespräch nur im Beisein des Rechtsanwalts zu führen.

Nach § 2 III Nr. 2 gilt § 14 VwVfG jedoch nicht für die Tätigkeit der Behörden bei Leistungs-, Eignungs- und ähnlichen Prüfungen. Prüfung ist nach h.L. nicht nur die in einem förmlichen Verfahren abzulegende und als solche ausdrücklich bezeichnete Prüfung, z.B. das Abitur oder ein juristisches Examen, sondern jede staatliche Tätigkeit, die der Feststellung von Eignung und Leistung dient. Dies ist bei einem Vorstellungsgespräch, in dem es um die Verfassungstreue eines Beamtenbewerbers geht, der Fall, weil die Verfassungstreue ein Bestandteil der von Art. 33 II GG geforderten "Eignung" ist. Ein Anspruch auf Beisein eines Rechtsanwalts bei dem Vorstellungsgespräch besteht darum nicht. So BVerwGE 62, 169; str.

1. Die Arten des Verwaltungsverfahrens

Innerhalb der vom VwVfG geregelten Verwaltungsverfahren unterscheidet man zwei Gruppen: nicht-förmliche und förmliche Verwaltungsverfahren.

a) Das nicht-förmliche Verwaltungsverfahren

Gemäß § 10 VwVfG gilt der Grundsatz der **Nicht-Förmlichkeit** des Verfahrens. Die Nicht-Förmlichkeit äußert sich darin, dass, vorbehaltlich spezialgesetzlicher Regelungen, für ein solches Verfahren nur die "Allgemeinen Vorschriften über das Verwaltungsverfahren" gelten, die den II. Teil des VwVfG bilden (§§ 9 - 34), ferner die ungeschriebenen Verfahrensprinzipien, die aus dem Rechtsstaatsprinzip und den Grundrechten als Verfahrensgarantien abgeleitet werden. Das Verfahren soll einfach und zweckmäßig durchgeführt werden. Dieser Grundsatz stellt keinen Freibrief dar. Er enthebt die Behörde insbesondere nicht der Pflicht, den entscheidungserheblichen Sachverhalt von Amts wegen zu ermitteln (§ 24 I VwVfG): Untersuchungsgrundsatz. Der Grundsatz der Nicht-Förmlichkeit bewirkt eine Entlastung des Verwaltungsverfahrens, die rechtsstaatlich vertretbar ist, weil bei belastenden Verwaltungsakten auf Antrag des Betroffenen eine Überprüfung der gefundenen Entscheidung in einem weiteren Verwaltungsverfahren, dem Widerspruchsverfahren, und in einem gerichtlichen Verfahren mit bis zu drei Instanzen stattfindet.

b) Die förmlichen Verwaltungsverfahren (§§ 63 ff., 72 ff. VwVfG)

Ausnahmen vom Grundsatz der Nicht-Förmlichkeit sieht das Gesetz insbesondere dann vor, wenn das Verwaltungsverfahren irreversibel, gerichtlich zum Teil nicht rückgängig zu machende Fakten setzen oder wenn es zu besonders sensiblen Grundrechtseingriffen führen kann. Die Förmlichkeit wird dabei in zwei Stufen gesteigert. Die beiden Steigerungsstufen der Förmlichkeit, welche die Aufnahme von Momenten des gerichtlichen Verfahrens in das

Verwaltungsverfahren bewirken, sind das förmliche Verwaltungsverfahren (§§ 63 - 71 VwVfG) und das Planfeststellungsverfahren (§§ 72 - 78 VwVfG). Einzelne Elemente dieser Formalisierung sind: die Schriftlichkeit der maßgebenden Verfahrenshandlungen, besondere Vorschriften über die Anhörung der Beteiligten und von Zeugen und Sachverständigen, das Erfordernis einer mündlichen Verhandlung, die Schriftlichkeit und Zustellungspflichtigkeit der Entscheidung.

Auf Einzelheiten kann ich hier nicht eingehen. Sie müssen sie auch nicht wissen. Hervorheben möchte ich drei Punkte:

--> Sowohl bei Verwaltungsakten, die in einem förmlichen Verwaltungsverfahren erlassen worden sind, als auch bei Planfeststellungsbeschlüssen bedarf es vor Erhebung der verwaltungsgerichtlichen Klage keines Vorverfahrens (§§ 70, 74 I 2 VwVfG).

--> Der Planfeststellungsbeschluss hat Konzentrationswirkung; er ersetzt alle nach sonstigen Gesetzen erforderlichen Genehmigungen (im Fall einer Anlagengenehmigung nach dem BimSchG möglicherweise Baugenehmigung, wasserrechtliche Bewilligung, Zustimmung der Naturschutzbehörde usw.); diese Genehmigungsverfahren werden in dem einen Planfeststellungsverfahren gebündelt (§ 75 I VwVfG).

--> Zur Beschleunigung von Genehmigungsverfahren hat der Gesetzgeber in den §§ 71a - 71e VwVfG Vorschriften geschaffen, die einer Überbürokratisierung entgegen wirken sollen.

Die Frage, wann statt des nicht-förmlichen Verwaltungsverfahrens ein förmliches Verwaltungsverfahren nach den §§ 63 ff. oder ein Planfeststellungsverfahren nach den §§ 72 ff. stattzufinden hat, wird durch Normen des Besonderen Verwaltungsrechts beantwortet. Verfahren nach Maßgabe der §§ 63 ff. oder 72 ff. VwVfG finden nur statt, wenn diese Normen von Besonderem Verwaltungsrecht ausdrücklich für anwendbar erklärt worden sind. So gibt es in Berlin eine Verordnung, die bestimmt, welche Verwaltungsakte eines förmlichen Verwaltungsverfahrens bedürfen (FörmVfVO vom 14. Mai 1980 (GVBl. S. 991) (Rechtsgrundlage § 4 I lit. a) des

Gesetzes über das Verfahren der Berliner Verwaltung)). Planfeststellungsverfahren sind z.B. vorgesehen für den Bau von Bundesfernstraßen (§ 17 BFStrG) und von Landesstraßen (§§ 20 ff. Berl. StrG).

c) Rechtsbehelfsverfahren

Ein Sonderfall des Verwaltungsverfahrens ist das Widerspruchsverfahren, für das gemäß § 79, 2. HS VwVfG die Vorschriften dieses Gesetzes (scil. VwVfG) entsprechend gelten, soweit nicht die VwGO und die zu deren Ausführung ergangenen Gesetze der Bundesländer vorrangige Regelungen beinhalten. In dieser Vorschrift dokumentiert sich die Doppelnatur des Widerspruchsverfahrens: Dieses ist teils Verwaltungsverfahren, teils gerichtliches Vorverfahren. Eine vollständige Regelung des Widerspruchsverfahrens in der VwGO wäre nicht möglich gewesen, weil dem Bundesgesetzgeber dafür die Gesetzgebungskompetenz fehlt. Die VwGO enthält nur solche Aussagen zum Vorverfahren, die von der Kompetenz aus Art. 74 I Nr. 1 VwGO für "das gerichtliche Verfahren" gedeckt werden.

d) Massenverfahren

Die Massenverfahren sind kein besonderer Verfahrenstyp. Es handelt sich um nicht-förmliche oder förmliche, um Planfeststellungs- oder Widerspruchsverfahren mit einer großen Zahl von Beteiligten. Ein Beispiel war das Verfahren zur Genehmigung des Kernkraftwerks Brokdorf, in dem über 75.000 Personen Einwendungen erhoben haben. Die Vorschriften über "Massenverfahren" dienen dem Zweck, technischen und rechtlichen Schwierigkeiten entgegenzuwirken, die aus diesem Massenandrang entstehen. Zu diesem Zweck gibt das VwVfG der Verwaltung zwei Handhaben:

a) In förmlichen und in Planfeststellungsverfahren können bei Beteiligung von mehr als 50 Personen die Ladung zum mündlichen Termin, sonstige Bekanntmachungen sowie die Entscheidung

öffentlich bekannt gemacht werden, was z.B. durch die Publikation der entsprechenden Rechtsakte in einer örtlichen Tageszeitung geschehen kann. Die ansonsten erforderlichen individuellen Bekanntmachungen bzw. Zustellungen werden dadurch ersetzt. Vgl. § 74 V 2 Nr. 4 VwVfG).

b) In allen Verwaltungsverfahren, in denen mehr als fünfzig gleichförmige Einwendungen erhoben werden, kann nach Maßgabe der §§ 17 - 18 VwVfG ein gemeinsamer Vertreter bestellt werden, der die Interessen der Vertretenen wahrzunehmen hat, dabei alle Verfahrenshandlungen wirksam vornehmen kann und vor allem an Weisungen nicht gebunden ist. Durch die Vertretung soll eine Bündelung sachlich gleicher Einwendungen erreicht werden. Zu den Kosten für einen Vertreter § 19 III VwVfG.

e) Gestufte Verwaltungsverfahren

Von einem gestuften Verwaltungsverfahren spricht man, wenn ein Verfahren in mehrere thematisch aufeinander bezogene Teilschritte zerlegt wird. So erfolgte die Genehmigung der Errichtung und des Betriebs eines Kernkraftwerks regelmäßig nicht in einem Verfahren, an dessen Ende eine Genehmigung steht, sondern in mehreren Teilverfahren, an deren Ende jeweils Teilgenehmigungen stehen. Eine solche Aufteilung ist bei Großprojekten zur Entflechtung der dort zu behandelnden komplizierten Fragen sinnvoll.

2. Die Beteiligten im Verwaltungsverfahren

Für alle Verwaltungsverfahren gemeinsam gelten die Regelungen über die Beteiligten in den §§ 11 bis 13 VwVfG. Die Beteiligten sind neben der Behörde die Akteure des Verwaltungsverfahrens. Die Frage, wer beteiligt sein kann und wer beteiligt ist, gehört darum zu den Fragen, die bei der Beschäftigung mit einem Verwaltungsverfahren als eine der ersten geklärt werden muss.

Das VwVfG regelt diese Fragen in drei Schritten. **(1)** § 11 ist zu

entnehmen, wer beteiligungsfähig ist. Die Beteiligungsfähigkeit wird in § 11 Nr. 1 und 2 VwVfG an die Rechtsfähigkeit nach Zivilrecht angeknüpft. **(2)** § 12 VwVfG regelt, wer von den nach § 11 Beteiligungsfähigen handlungsfähig ist. Das Verhältnis zwischen Beteiligungs- und Handlungsfähigkeit entspricht dabei dem Verhältnis zwischen Rechts- und Geschäftsfähigkeit nach BGB. **(3)** § 13 VwVfG sagt schließlich, wer, unabhängig von der Frage ihrer Beteiligungs- und Handlungsfähigkeit, in einem konkreten Verwaltungsverfahren beteiligt ist. Zu unterscheiden sind zwei Gruppen von Beteiligten. Kraft Gesetzes sind nach § 13 I Nr. 1 - 3 beteiligt: Antragsteller und Antragsgegner, der (potenzielle) Adressat eines Verwaltungsaktes und der (potenzielle) Vertragspartner der Behörde (erste Gruppe). Die zweite Gruppe von Beteiligten sind die Beigeladenen. Diese Gruppe setzt sich aus denjenigen zusammen, die von der Behörde durch Verwaltungsakt zu dem Verfahren gemäß § 13 I Nr. 4 und II als Dritte hinzugezogen worden sind, weil ihre rechtlichen Interessen durch den Ausgang des Verfahrens berührt werden können, so etwa die rechtlichen Interessen des Nachbarn in einem Baugenehmigungsverfahren.

Die Behörde ist nach der Konzeption des VwVfG nicht Beteiligte in einem Verwaltungsverfahren, sondern Herrin dieses Verfahrens. Die Behörde ist insbesondere nicht "Antragsgegner" im Sinne von § 13 I Nr. 1 VwVfG. Beispiel für einen Antragsgegner: Der Störer, gegen den die Polizei auf Antrag eines Bürgers vorgehen soll.

3. Der Ablauf des Verwaltungsverfahrens

Die wesentlichen Aussagen über den Beginn eines Verwaltungsverfahrens und dessen Gestaltung durch die Behörde als "Herrin des Verfahrens" enthalten die §§ 22 und 24 VwVfG. Die rechtlichen Aussagen dieser beiden Normen werden in zwei Gegensatzpaaren verdeutlicht, die über das VwVfG hinaus für alle Verfahrensarten des staatlichen Rechts von Bedeutung sind. Dies sind die Gegensätze zwischen dem Offizial- und dem Dispositionsprinzip

sowie zwischen dem Untersuchungs- und dem Beibringungsgrundsatz.
Hinweis: Grundsatz und Prinzip meinen im Folgenden dasselbe; die Divergenz beruht allein auf Sprachusancen.

a) Der Gegensatz zwischen Offizial- und Dispositionsprinzip

Der Gegensatz zwischen Offizial- und Dispositionsprinzip betrifft die Frage, **ob** ein Verwaltungsverfahren eingeleitet und fortgesetzt werden soll.

Dispositionsprinzip bedeutet, dass die Entscheidung über die Einleitung und die Fortführung eines Verwaltungsverfahrens allein beim Bürger liegt. Innerhalb des § 22 VwVfG sind dem Dispositionsprinzip die 2. Alternative von Nr. 1 und die Nr. 2 zuzuordnen, also die Fälle, dass die Behörde auf Antrag tätig werden muss und dass die Behörde ohne Antrag nicht tätig werden darf. Hier hat es der Bürger in der Hand, durch die Stellung eines Antrags die Einleitung eines Verwaltungsverfahrens zu erzwingen oder zu ermöglichen sowie durch das Nicht-Stellen eines Antrags ein Verwaltungsverfahren zu verhindern; der Bürger kann weiterhin durch die Rücknahme eines Antrags die Behörde zwingen, ein eröffnetes Verwaltungsverfahren einzustellen.

Offizialprinzip bedeutet demgegenüber, dass es nicht in der Hand des Bürgers, sondern in der Hand der Behörde liegt zu entscheiden, ob ein Verwaltungsverfahren durchgeführt wird. Das Offizialprinzip ist in zwei Unterprinzipien aufzugliedern: Das Legalitäts- und das Opportunitätsprinzip. Unter der Geltung des Legalitätsprinzips muss die Behörde von Gesetzes wegen ein Verwaltungsverfahren eröffnen, wenn bestimmte gesetzliche Voraussetzungen vorliegen. Ebenso wie unter dem Dispositionsprinzip ist sie in ihrer Entscheidung nicht frei; die Bindung wird ihr aber nicht vom Bürger, sondern vom Gesetz auferlegt. Dem Legalitätsprinzip ist der Tatbestand des § 22 S. 2 Nr. 1 VwVfG zuzuordnen (Die Behörde muss aufgrund von Rechtsvorschriften von Amts wegen tätig werden.). Opportunitätsprinzip bedeutet, dass die Behörde nach eigenem, pflichtgemäßem

Ermessen über die Einleitung eines Verwaltungsverfahrens entscheidet. Diesen Fall erhebt § 22 S. 1 VwVfG zur gesetzlichen Regel.

Mit einiger Vereinfachung kann man sagen, dass in Verwaltungsverfahren, die auf den Erlass eines begünstigenden Verwaltungsaktes abzielen, das Dispositionsprinzip gilt, während Verwaltungsverfahren, die auf den Erlass eines belastenden Verwaltungsaktes zielen, vom Offizialprinzip beherrscht werden. So steht der Erlass von Polizeiverfügungen gemäß § 17 I Berl. ASOG im pflichtgemäßen Ermessen der Polizei, während über die Leistung von Ausbildungsförderung gemäß § 46 I BAföG nur auf schriftlichen Antrag entschieden wird.

b) Der Gegensatz zwischen Untersuchungs- und Beibringungsgrundsatz

Der Gegensatz zwischen Untersuchungs- und Beibringungsgrundsatz betrifft die Frage, wie der für die Entscheidung, die in dem Verwaltungsverfahren getroffen werden soll, erhebliche Sachverhalt zu ermitteln ist. Untersuchungsgrundsatz bedeutet, dass die verfahrensleitende Behörde Art und Umfang der Ermittlungen bestimmt, ohne an das Vorbringen und die Beweisanträge der Beteiligten gebunden zu sein. Die Behörde bedient sich vielmehr der Beweismittel, die sie nach pflichtgemäßem Ermessen zur Ermittlung des Sachverhalts für erforderlich hält. Dabei ist die Behörde verpflichtet, alle für den Einzelfall bedeutsamen, auch die für die Beteiligten günstigen Umstände zu berücksichtigen. Mit anderen Worten: Die Behörde ermittelt den Sachverhalt von Amts wegen. § 24 I VwVfG ordnet an, dass der Untersuchungsgrundsatz für das Verwaltungsverfahren die kaum von Ausnahmen durchbrochene Regel ist.

Das Gegenmodell, der Beibringungsgrundsatz, kann hier darum nicht an einem Verwaltungsverfahren verdeutlicht werden, sondern an dem Verfahren, in dessen Recht er am reinsten verwirklicht ist: das ist der Zivilprozess. Beibringungsgrundsatz bedeutet,

dass es Sache der Beteiligten, im Zivilprozess also der Parteien, ist, den Sachverhalt zu ermitteln und dass das Gericht an das Vorbringen und an die Beweisanträge der Parteien grundsätzlich gebunden ist. Der Beibringungsgrundsatz weist den Parteien also eine aktivere Rolle zu; wenn ein Sachverhalt von beiden Parteien übereinstimmend geschildert wird, ist im Extremfall das Gericht an diese Version auch dann gebunden, wenn feststeht und dem Gericht bekannt ist, dass sie mit der Realität nicht übereinstimmt.

Allerdings sind auch unter dem Untersuchungsgrundsatz die Beteiligten nicht zur Passivität verurteilt. Nach § 26 II 1, 2 VwVfG sollen die Beteiligten bei der Ermittlung des Sachverhalts mitwirken und ihnen bekannte Tatsachen und Beweismittel angeben. Diese Regelung begründet keine Mitwirkungspflicht, sondern nur eine Mitwirkungsobliegenheit. Wird sie verletzt, so kann sie nicht zwangsweise durchgesetzt werden. Die einzige Sanktion besteht darin, dass die Behörde im Rahmen der Beweiswürdigung ein Verhalten, das gegen § 26 II VwVfG verstößt, zulasten des Beteiligten berücksichtigt. Das möchte ich an einem Beispiel illustrieren. X bewirbt sich um die Einstellung als Sportlehrer im Schuldienst des Landes Berlin. Im Rahmen des Einstellungsverfahrens fordert die zuständige Behörde in rechtlich zulässiger Weise den X auf, sich einem AIDS-Test zu unterziehen. X kommt dieser Aufforderung nicht nach. Diese Weigerung führt dazu, dass Zweifel an der gesundheitlichen Eignung des X für eine Tätigkeit als Sportlehrer nicht ausgeräumt werden. Zwar ist die Einstellungsbehörde nicht berechtigt, zu unterstellen, X leide an AIDS. Wohl aber darf sie bei ihrer Entscheidung davon ausgehen, dass die gesundheitliche Eignung von X nicht abschließend festgestellt werden könne. Da die gesundheitliche Eignung unabdingbare Voraussetzung für eine Einstellung ist und deshalb abschließend festgestellt werden muss, wird die Unaufklärbarkeit der Frage, ob X an AIDS erkrankt ist, zur Ablehnung von dessen Einstellungsantrag führen.

Das Wort "sollen" in § 26 II 1 VwVfG bedeutet nicht

"grundsätzlich müssen, in atypischen Fällen können" und auch nicht "Ordnungsvorschrift" (hierzu Hinweis auf den schon behandelten § 60 II 2 VwVfG); es bedeutet "Obliegenheit". Echte Rechtspflichten, die gegen den Willen des Beteiligten zwangsweise durchgesetzt werden, müssen in einer Rechtsvorschrift besonders vorgesehen sein; so § 26 II 3 VwVfG. § 26 II selbst ist keine Grundlage für solche Pflichten. Beispiel für eine besondere Rechtsvorschrift ist § 65 I 1 VwVfG, der im förmlichen Verwaltungsverfahren Zeugen zur Aussage und Sachverständige zur Erstattung von Gutachten verpflichtet. § 2a II 1 BerlVwVfG stellt klar, dass auch die Pflicht zur Abgabe personenbezogener Daten oder von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen gesondert begründet werden muss.

c) Die Verfahrensrechte der Beteiligten

Das Verwaltungsverfahren ist vom Untersuchungs- oder, was synonym ist, vom Amtsermittlungsgrundsatz geprägt. Die Herrschaft über das Verfahren liegt bei der Behörde. Den Bürger haben wir bis jetzt als jemanden kennengelernt, der mit Mitwirkungsobliegenheiten oder Mitwirkungspflichten belastet wird. Damit ist das Bild aber nicht komplett. Das VwVfG verleiht dem Bürger gegen die verfahrensleitende Behörde auch Verfahrensrechte, die seine Stellung verbessern. Dies sind vor allem:

- > das Recht auf Gehör (§ 28 VwVfG)
- > das Recht auf Akteneinsicht (§ 29 VwVfG)
- > das Recht auf Geheimhaltung (§ 30 VwVfG)
- > das Beratungs- und Auskunftsrecht (§ 25 VwVfG)
- > das Recht auf Vertretung (§ 14 VwVfG).

aa) Das Recht auf Gehör

Nach § 28 I VwVfG muss, bevor ein Verwaltungsakt erlassen wird, der in Rechte eines Beteiligten eingreift, diesem Beteiligten Gelegenheit gegeben werden, sich zu den für die Entscheidung erheblichen Tatsachen zu äußern. Der Anspruch auf rechtliches

Gehör wird von der h.L. als verfassungsrechtlich geboten angesehen, obwohl Art. 103 I GG rechtliches Gehör nur in gerichtlichen, nicht in behördlichen Verfahren verlangt. Wegen des verfassungsrechtlichen Hintergrundes erscheinen Teilen der Literatur zwei tatbestandliche Eingrenzungen in § 28 I VwVfG als zu eng: die Eingrenzung auf eingreifende Verwaltungsakte und damit der Ausschluss der Ablehnung (aber: bei Ablehnung wird dem Erfordernis rechtlichen Gehörs durch das Antragserfordernis bereits Rechnung getragen) sowie die Eingrenzung auf die entscheidungserheblichen Tatsachen und damit der Ausschluss von Rechtsfragen.

Für die rechtliche Beurteilung von Verwaltungsakten kommt § 28 I VwVfG aus zwei Gründen eine entgegen dem ersten Anschein geringe Bedeutung zu. § 28 II / III VwVfG begründen in der Abstufung einer Kann- und einer Muss-Vorschrift Ausnahmen; §§ 45 und 46 VwVfG beinhalten Heilungs- und Unbeachtlichkeitsvorschriften für den Fall einer Verletzung.

bb) Das Recht auf Akteneinsicht

§ 29 I VwVfG begründet einen Anspruch auf Einsicht in die Verfahrensakten, soweit deren Kenntnis für die Beteiligten zur Geltendmachung oder Verteidigung ihrer rechtlichen Interessen erforderlich ist. Der Anspruch auf Gestattung der Akteneinsicht besteht nicht, soweit durch sie die ordnungsgemäße Erfüllung der Aufgaben der Behörde oder schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen des Staates oder Dritter beeinträchtigt werden (§ 29 II VwVfG). Der Anspruch besteht bis zum Abschluss des Verwaltungsverfahrens. Wann ein Verwaltungsverfahren abgeschlossen ist, ist im Gesetz nicht geregelt und darum streitig. Die einen sagen, dass das Verfahren mit der Bekanntgabe der Entscheidung ende. Besteht die Entscheidung im Erlass eines Verwaltungsaktes, so hat das zur Folge, dass § 29 VwVfG als Anspruchsgrundlage auszuschneiden hat, wenn der Adressat Akteneinsicht begehrt, um die Erfolgsaussichten eines Rechtsmittels besser beurteilen zu können. Nimmt man dagegen an,

das Verwaltungsverfahren dauere bis zum Eintritt der Unanfechtbarkeit eines Verwaltungsverfahrens oder bis zur Einleitung eines Rechtsmittelverfahrens an, so ist § 29 VwVfG in der geschilderten Situation als Anspruchsnorm einschlägig. Der sich hier andeutende Streit wird dadurch entschärft, dass diejenigen, die § 29 VwVfG nicht für einschlägig halten, dem Bürger einen Anspruch auf fehlerfreie Ermessensentscheidung der Behörde über ein Akteneinsichtsgesuch zubilligen und das Ermessen im Lichte von Art. 19 IV GG (effektiver Rechtsschutz) für auf Null reduziert ansehen; dazu BVerwGE 68, 300. – Gemäß § 29 III 1 VwVfG erfolgt die Akteneinsicht bei der Behörde. Ein Anspruch darauf, die Akten bei der Behörde auszuleihen und mit nach Hause zu nehmen, besteht nicht. Einen Anspruch auf Aktenüberlassung hat in analoger Anwendung von § 100 II 2 VwGO nur der bevollmächtigte Rechtsanwalt.

cc) Das Recht auf Geheimhaltung

Nach § 30 VwVfG haben die Beteiligten einen Anspruch darauf, dass ihre Geheimnisse von der Behörde nicht unbefugt offenbart werden. Diese Norm ist das Pendant dazu, dass das Verwaltungsrecht die Beteiligten verpflichtet bzw. ihnen zur Obliegenheit macht, der Behörde geheimhaltungsbedürftige Tatsachen zu offenbaren. Seitdem das BVerfG im Dezember 1983 das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung erfunden hat, ist sie praktisch überflüssig.

dd) Beratungs- und Auskunftsrecht

Nach § 25 VwVfG soll die Behörde die Abgabe von Erklärungen, die Stellung von Anträgen oder die Berichtigung von Anträgen oder Erklärungen anregen, wenn diese offensichtlich nur versehentlich oder aus Unkenntnis unterblieben oder unrichtig abgegeben oder gestellt worden sind. Weiterhin erteilt die Behörde den Beteiligten, soweit erforderlich, Auskunft über ihre Rechte und Pflichten im Verwaltungsverfahren. Über den Umfang der behördlichen Pflichtigkeit kann, wie die Formulierungen "soll"

und "soweit erforderlich" deutlich machen, nur im Einzelfall Klarheit erzielt werden.

ee) Recht auf Vertretung

Gemäß § 14 I VwVfG kann sich der Beteiligte durch einen Bevollmächtigten vertreten lassen; gemäß § 14 IV VwVfG darf er zu Verhandlungen und Besprechungen mit einem Beistand erscheinen. Der Bevollmächtigte vertritt den Beteiligten in einem rechtlichen Sinne. Der Beistand unterstützt ihn beim mündlichen Vortrag. Auch dieses Verfahrensrecht ist verfassungsrechtlich unterfangen. So hat das BVerfG aus Art. 2 I GG i.V.m. dem Rechtsstaatsprinzip das Recht auch eines Zeugen abgeleitet, sich bei der Vernehmung durch einen Rechtsbeistand unterstützen zu lassen (E 38, 105).

4. Die Beendigung des Verwaltungsverfahrens

Während die Einleitung des Verwaltungsverfahrens in § 22 VwVfG normiert ist, fehlt eine entsprechende Regelung für die Beendigung des Verfahrens. Auf den daraus resultierenden Meinungsstreit habe ich bei der Darstellung zu § 29 VwVfG schon hingewiesen. Die einen meinen, ein Verwaltungsverfahren gemäß § 9 VwVfG ende mit dem Erlass eines Verwaltungsakts oder dem Abschluss eines verwaltungsrechtlichen Vertrags. Die Gegenposition meint, im Fall des Verwaltungsakts ende das Verwaltungsverfahren erst mit dem Eintritt von dessen Unanfechtbarkeit oder mit der Eröffnung eines Rechtsmittelverfahrens. Auch bei verwaltungsrechtlichen Verträgen sei das Verfahren nicht beendet, solange die für die Wirksamkeit des Vertrags erforderlichen Mitwirkungshandlungen nach § 58 VwVfG ausstehen.

5. Rechtsnachfolge in öffentlich-rechtliche Rechte und Pflichten

Nicht mehr zum Verwaltungsverfahrensrecht gehört die Frage nach

der Rechtsnachfolge in öffentlich-rechtliche Rechte und Pflichten. Sie steht aber in einem engen Zusammenhang damit. Das Problem liegt darin, ob andere Personen als die, die Beteiligte in einem Verwaltungsverfahren waren und denen gegenüber eine Entscheidung ergangen ist, aus dieser Entscheidung im Wege der Rechtsnachfolge Rechte ableiten können oder ob sie im Wege der Rechtsnachfolge in die Pflichten einrücken, die durch eine solche Entscheidung begründet worden sind.

Die Problematik der Rechtsnachfolge in verwaltungsrechtliche Rechte und Pflichten des Bürgers ist umstritten, weil es keine allgemeinen verwaltungsrechtlichen Regeln darüber gibt, sondern nur punktuelle Aussagen im Besonderen Verwaltungsrecht. Ich will das Problem zunächst mit zwei Beispielsfällen verdeutlichen. **(1)** X wird durch Verfügung der Bauaufsichtsbehörde aufgegeben, ein von ihm illegal errichtetes Gebäude abzureißen. Nachdem Rechtsmittel gegen die Abrissverfügung keinen Erfolg hatten, droht die Verwaltung dem untätigen X mit einem zwangsweisen Abriss des Gebäudes durch einen von ihr beauftragten Unternehmer. Um dem zuvorzukommen, veräußert X das Grundstück mit dem abzureißenden Gebäude an seine Nichte. Gilt die Abrissverfügung nun auch für die Nichte? **(2)** X betreibt eine ordnungsgemäß genehmigte Gaststätte. Als X stirbt, will seine Nichte die Gaststätte übernehmen. Muss sie sich den Gaststättenbetrieb erneut genehmigen lassen oder gilt die dem X erteilte Genehmigung auch für sie?

Die Beantwortung dieser beiden Fragen macht die herrschende Lehre, da in beiden Fällen keine spezialgesetzlichen Regelungen eingreifen, davon abhängig, ob die öffentlich-rechtliche Position, die zur Rechtsnachfolge ansteht, höchstpersönlichen Charakter hat oder nicht. Letzteres (kein höchstpersönlicher Charakter) sei insbesondere bei Rechtspositionen der Fall, die ein dingliches Gepräge hätten, weil sie sach-, vor allem grundstücksbezogen seien. Geht man hiervon aus, so ist die Gastättenerlaubnis nicht vererbbar. Sie hat zwar insoweit ein dingliches Gepräge, als Fragen des Lärmschutzes unabhängig von

der Person des Gaststätteninhabers zu beurteilen sind. Allerdings zählt § 4 I Nr. 1 GastG zu den Versagungsgründen auch die persönliche Unzuverlässigkeit des Betriebsinhabers. Diese Frage kann nur individuell geklärt werden. Ihre Beantwortung ist höchstpersönlich. Die Nichte rückt darum nicht in die gaststättenrechtliche Position des X ein, sondern muss eine neue Genehmigung beantragen. Anders im 1. Fall. Hier kommt es für die Rechtmäßigkeit der Abrissverfügung in keiner Weise auf persönliche Eigenschaften oder Verhältnisse des Eigentümers an. Die Abrissverfügung hat dagegen ein rein dingliches Gepräge und wirkt darum auch gegenüber dem Rechtsnachfolger.

Die Ausführungen über die Rechtsnachfolge in verwaltungsrechtliche Rechte und Pflichten kann man so zusammenfassen: Vorbehaltlich spezieller rechtlicher Regelungen liefert das Gegensatzpaar "dinglich" - "höchstpersönlich" das entscheidende Kriterium.