

# Allgemeines Verwaltungsrecht

Priv.-Doz. Dr. Claudio Franzius

[claudio.franzius@rz.hu-berlin.de](mailto:claudio.franzius@rz.hu-berlin.de)

# Warum Verwaltungsrecht?

- Staatsexamen
- Praxis und Alltag des Öffentlichen Rechts
- Spröde, aber wissenschaftlich interessant (Interdisziplinarität)
- Wandel von Staatlichkeit

# Gliederung

## I. Einführung

§ 1 Verwaltung und Verwaltungsrecht

§ 2 Verwaltungsrecht, Verfassungsrecht, Europarecht: Rechtsquellen der Verwaltung

§ 3 Grundbegriffe des Verwaltungsrechts: Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, Ermessen und Beurteilungsspielraum, subjektiv-öffentliches Recht

## II. Handeln durch Verwaltungsakt

§ 4 Funktion, Begriff und Arten des Verwaltungsakts

§ 5 Einführung in das Verwaltungsprozessrecht: Abwehr und Anspruch im System der Klagearten

§ 6 Wirksamkeit, Bekanntgabe und Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen des Verwaltungsakts

§ 7 Verwaltungsverfahren

# Gliederung

## III. Gestaltungsoptionen und Aufhebung von Verwaltungsakten

§ 8 Nebenbestimmungen zum Verwaltungsakt

§ 9 Behördliche Aufhebung von Verwaltungsakten: Leitgedanken und Gesetzssystematik

§ 10 Rücknahme und Widerruf des Verwaltungsakts, Wiederaufgreifen des Verfahrens

## IV. Erweiterungen der Perspektive

§ 11 Öffentlich-rechtlicher Vertrag

§ 12 Vollstreckung von Verwaltungsakten

§ 13 Europäisches Verwaltungsrecht und Reformoptionen

## Arbeitsmaterialien

- Gesetzestext (mit VwVfG und VwGO)
- Skript (5 Teile) und Folien zum Allgemeinen Verwaltungsrecht  
<http://www.jura.uni-hamburg.de/albers>
- Lehrbuch zum Allgemeinen Verwaltungsrecht
  - *Wilfried Erbguth*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl 2013 (Nomos)
  - *Hartmut Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011 (C.H. Beck)
  - *Steffen Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Aufl. 2013 (C.H. Beck)
- *Ingo Richter/Gunnar Folke Schuppert/Christian Bumke*, Casebook Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 2000, § § 1-21 (mit Entscheidungsauszügen)
- Zeitung lesen!

## § 1 Verwaltung und Verwaltungsrecht

- Begriff der Verwaltung

"Verwaltung lässt sich beschreiben, aber nicht definieren"

Verwaltung als vollziehende Gewalt (Exekutive). Dazu gehören Regierung und Verwaltung. Die spezifisch staatsleitende und richtungsweisende Regierungstätigkeit, wie die Bestimmung der Richtlinien durch den Bundeskanzler nach Art. 65 S. 1 GG und das Treffen politischer Entscheidungen sind keine Verwaltungstätigkeit. Es sind vielmehr Maßnahmen eines Verfassungsorgans in Ausübung verfassungsrechtlicher Kompetenzen.

Abgrenzung im Einzelfall schwierig, weil auch Verfassungsorgane im Einzelfall verwaltend tätig werden können (Beispiele: Warnungen der Bundesregierung vor Jugendsekten; Äußerung des Bundeskanzlers, eine bestimmte Partei sei verfassungsfeindlich und gehöre verboten)

- Verwaltung im formellen Sinne (als die von Verwaltungsbehörden ausgeübte Tätigkeit) und im materiellen Sinne (als diejenige Staatstätigkeit, welche die Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben zum Gegenstand hat). Das lässt sich aber nicht positiv, sondern nur negativ bestimmen, sog. Substraktionsmethode

## Verwaltung

- ist Rechtsanwendung,
- aber nicht allein. Die Exekutive ist auch zur **Rechtsetzung** berechtigt, etwa zum Verordnungserlass nach Art. 80 GG.
- Mit der Verantwortung für die Durchführung des verwaltungsgerichtlichen **Vorverfahrens** ( § § 68 ff. VwGO) obliegen der Exekutive auch judikative Angelegenheiten.
- Hinzu kommt die methodische Einsicht, dass in jeder Rechtsanwendung zugleich ein Moment der Rechtserzeugung steckt.

## Formen und Funktionen moderner Verwaltung

- negative Begriffsbestimmung: Verwaltung im materiellen Sinne ist diejenige Staatstätigkeit, die **nicht** Gesetzgebung und **nicht** Rechtsprechung (aber auch nicht Regierungstätigkeit) ist.
- Innerhalb der Verwaltung lassen sich bestimmte Funktionen ausmachen, die Verwaltung also nach Zweck und Rechtswirkungen der Verwaltungstätigkeit unterscheiden. Hilfreich ist eine aufgabenbezogene Typik des Verwaltungshandelns:
  - Eingriffsverwaltung
  - Leistungsverwaltung (Daseinsvorsorge)
  - Gewährleistungs- und Regulierungsverwaltung
- Früher war auch die Unterscheidung zwischen gesetzesakzessorischer und nichtgesetzesakzessorischer ("gesetzesfreier") Verwaltung verbreitet. Letztere wird ohne gesetzliche Grundlage tätig.

## Verwaltungsrecht und Verfassungsrecht

- Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht (Fritz Werner):  
**Konstitutionalisierungsthese**
- Art. 20 Abs. 3 GG: Bindung an die parlamentarische Gesetzgebung und Kontrolle durch die Gerichte. **Art. 19 Abs. 4 GG eröffnet Rechtsschutz** gegen Maßnahmen der öffentlichen Gewalt, soweit Bürger hierdurch in eigenen Rechten verletzt werden.
- Art. 1 Abs. 3 GG: **Bindung an die Grundrechte** und Selbstbindung der Verwaltung bei der Behandlung gleich gelagerter Fälle. Schutzpositionen müssen im Rahmen von Ermessensspielräumen beachtet werden.
- Prinzipien des Rechts- und Sozialstaates (Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 GG) begründen **allgemeine Grundsätze des Verwaltungsrechts**, wie den Vertrauensschutz, aber auch Verhältnismäßigkeit von Mittel und Zweck

# Verwaltungsrecht als öffentliches Recht

- Gewaltmonopol des Staates

Merke: **Auctoritas, non veritas facit legem** (Thomas Hobbes) = Die Gewalt (oder Macht), nicht die Wahrheit "macht" (produziert) das Recht

- Verfassungsrecht und Verwaltungsrecht

Gesetzesbindung der Verwaltung, Art. 20 Abs. 3 GG

Maßstäbe rechtmäßigen Verwaltungshandeln: Ermächtigungsgrundlage, Zuständigkeit, Beachtung von Verfahrens- und Formvorschriften, Vorliegen der Voraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage, richtiger Adressat, kein Verstoß gegen höherrangiges Recht, insbesondere Grundrechte, Verhältnismäßigkeit

- Öffentliches Recht und Privatrecht

– Rechtswegeröffnung, § 13 GVG, § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO

– Anwendbarkeit des VwVfG (nur bei öffentlichrechtlicher Verwaltungstätigkeit)

– Bestimmung des Verwaltungsaktbegriffs nach § 35 VwVfG ("hoheitliches Handeln auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts")

- Wann aber handelt es sich um öffentliches Recht?

# Verwaltungsrecht als Teil des Öffentlichen Rechts

- Verhältnis zwischen Verfassungs- und Verwaltungsrecht, vgl. Art. 20 Abs. 3 GG:  
Vorrang der Verfassung vor dem Gesetzesrecht: Bei der Frage, inwieweit verfassungsrechtliche Wertungen – zB die objektiv-rechtliche Funktion der **Grundrechte als Werteordnung** – das Verwaltungsrecht prägen (sollen), wurden und werden die Akzente unterschiedlich gesetzt:
  - Otto Mayer (1924): Verfassungsrecht vergeht, Verwaltungsrecht besteht
  - Fritz Werner (1957): Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht

Diskutieren Sie diese Zitate!

- Einfluss des Unionsrechts auf das Verwaltungsrecht, schwächere Einflüsse des Völkerrechts
- Was gehört zum Verwaltungsrecht?
  - Allgemeines Verwaltungsrecht, zB Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG)
  - Besonderes Verwaltungsrecht, zB: Gesetz zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung - SOG)

# Verwaltungsrecht und Verwaltungsprozessrecht

- materielles Recht und Prozessrecht
- Fragen des materiellen Verwaltungsrechts sind teilweise mit prozessualen Fragen verknüpft, etwa
  - die Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht bei der "**Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs**" ( § 40 VwGO lesen!) im Gegensatz zum ordentlichen Rechtsweg ( § 13 GVG)
  - die Frage, ob ein Verwaltungshandeln als Verwaltungsakt ( § 35 VwVfG) einzuordnen ist. Nur dann ist "**statthafte Klageart**" die Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage ( § 42 Abs. 1 VwGO lesen!)
  - das subjektiv-öffentliche Recht, das die **Klagebefugnis** ( § 42 Abs. 2 VwGO lesen!) begründet und dessen Fehlen eine Klage bereits unzulässig machen kann.
- Funktionaler Zusammenhang zwischen Verwaltungsverfahren und verwaltungsgerichtlichem Rechtsschutz

# Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit

- Verwaltung

- als **vollziehende** Gewalt:

- Das Gesetz wird vollzogen. Primäre Rechtsanwendung

- Verwaltungsgerichtsbarkeit

- als **nachvollziehende** Gewalt:

- Die Gerichte setzen sich nicht an die Stelle der Verwaltung, werden wie die Verwaltung aber ebenfalls rechtsanwendend tätig, indem sie die Rechtsanwendung der Verwaltung nachvollziehen und auf ihre Richtigkeit überprüfen: Den Gerichten ist die Kompetenz zur Letztentscheidung zugewiesen, es sei denn, der Gesetzgeber weist der Verwaltung gestalterische Spielräume zur Letztentscheidung zu: Ermessen oder Beurteilungsspielraum.

## Fallbeispiel

- Das Sportförderungsgesetz des Landes X bestimmt:  
"Zum Bau von Sportanlagen können Sportvereinen auf Antrag Grundstücke aus dem Grundvermögen der Gemeinden übertragen werden. Der Erwerb erfolgt für den Sportverein kostenlos. Der Gemeinde wird die Hälfte des Grundstückswertes aus Landesmitteln erstattet."
- Der Sportverein S stellt bei der Gemeinde G einen Antrag auf Übertragung eines in ihrem Eigentum stehenden Grundstücks, auf dem er einen Sportplatz errichten möchte. Dieser Antrag wird positiv beschieden.
- Als G vom Land X die Erstattung der Hälfte des Grundstückswertes verlangt, kommt es zum Streit über den von G geltend gemachten Grundstückswert. G verweigert nun die Übertragung des Grundstücks an V.
- Vor welchem Gericht kann V von der Gemeinde G die Überlassung des Grundstücks verlangen?

# Abgrenzung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht

- Interesstheorie

Öffentliches Recht liegt vor, wenn die fragliche Norm zumindest überwiegend dem öffentlichen (allgemeinen) Interesse und nicht einem privaten Interesse dient (Ulpian). Öffentlich-rechtliche Vorschriften richten sich aber auch an Individualinteressen (etwa mit subjektiven Rechtspositionen gegenüber der Verwaltung), deshalb wenig brauchbar.

- Subordinationstheorie

Ein Rechtsverhältnis ist öffentlich-rechtlich, wenn zwischen Behörde und Bürger ein Über- und Unterordnungsverhältnis besteht. Öffentliches Recht ist Subordinationsrecht, das Privatrecht dagegen Koordinationsrecht (**Relikt aus dem 19. Jahrhundert**).

- Sonderrechtstheorie (modifizierte Subjektstheorie)

Eine Norm ist öffentlich-rechtlich, wenn sie ausschließlich einen Hoheitsträger als solchen berechtigt oder verpflichtet. Um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit handelt es sich dann, wenn die streitentscheidenden Vorschriften zum öffentlichen Recht gehören.  
**Öffentliches Recht ist Sonderrecht des Staates.**

*lesen: Detterbeck, § 2 Rn. 16-45; Maurer, § 3 Rn. 7-17; Erbguth, § 5 Rn. 4-21.*

## Lösung des Beispielsfalls

- **Aufsuchen der "streitentscheidenden" Norm**

Übertragung des Grundstücks von G auf V erfolgt nach Maßgabe des Sportförderungsgesetzes des Landes X. Das Gesetz enthält die im Streit stehenden Vorschriften. Sind die öffentlich-rechtlich, ist der Verwaltungsrechtsweg eröffnet ( § 40 Abs. 1 VwGO). Tragen sie dagegen privatrechtlichen Charakter, sind die Zivilgerichte zuständig ( § 13 GVG).

- Das Gesetz verbindet privatrechtliche Tatbestände (Übertragung von Eigentum) mit öffentlichen Zwecken (Förderung bzw. Subventionierung von Sportvereinen), so dass eine eindeutige Zuordnung der einschlägigen Bestimmungen zum öffentlichen oder privaten Recht ausscheidet. Deshalb ist auf die Abgrenzungstheorien einzugehen:

**Interessentheorie:** Vergabe von Grundstücken zum Bau von Sportanlagen dient dem Allgemeininteresse, aber zu einer praktikablen Abgrenzung taugt die Theorie wenig.

**Subordinationstheorie** kommt zu keinem eindeutigen Ergebnis: Die aus dem Bereich der Leistungsverwaltung hervorgehende Rechtsbeziehung zwischen V und G ist weder durch ein Über- bzw. Unterordnungsverhältnis noch durch Gleichrangigkeit gekennzeichnet.

**Modifizierte Subjektstheorie:** Gesetz berechtigt G und verpflichtet L, also ausschließlich Hoheitsträger, deshalb liegt eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vor, die vor dem Verwaltungsgericht zu klären ist.

## Unterscheidung zwischen Öffentlichem Recht und Privatrecht

- spielt in der Fallbearbeitung bei der Bestimmung des zulässigen Rechtswegs eine Rolle. Für öffentlich-rechtliches Handeln nichtverfassungsrechtlicher Art ist grundsätzlich der **Verwaltungsrechtsweg gemäß § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO** eröffnet (erster Prüfungspunkt bei einer Klage!)
- Ist eine aufdrängende Sonderzuweisung (zB § 126 BBG) nicht ersichtlich, müssen nach § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO drei Voraussetzungen kumulativ geprüft werden:
  1. **Öffentlich-rechtlicher Charakter der Streitigkeit** in Abgrenzung zum Privatrecht
  2. Streitigkeit muss nichtverfassungsrechtlicher Art sein, in Abgrenzung zum Verfassungsrecht (und der Zuständigkeit der Verfassungsgerichte). Verfassungsrechtliche Streitigkeit, wenn a) ausschließlich Staatsverfassungsorgane und b) Staatsverfassungsrecht streitig ist (sog. doppelte Verfassungsunmittelbarkeit)
  3. Keine abdrängende Sonderzuweisung an eine andere Gerichtsbarkeit, zB für Entschädigungsansprüche § 40 Abs. 2 S. 1 VwGO (mit der Gegen Ausnahme in § 40 Abs. 2 S. 1 2. HS!)
- § 17 Abs. 2 S. 1 GVG (Entscheidung auch über konkurrierende zivilrechtliche Rechtsgrundlagen), § 17a Abs. 2 GVG (Verweisung des Rechtsstreits an das zuständige Gericht)

## Unterschiedliche Funktionen

- Öffentliches Recht: Staatliche Durchsetzung politisch definierten Gemeinwohls, aber besondere Bindungen staatlicher Autorität. Der Befugnis zur einseitigen Verpflichtung des Bürgers mit Befehl und Zwang durch Verwaltungsakt **korrespondiert** die Gesetzesbindung der Verwaltung. Demgegenüber enthält das Privatrecht die Mittel der Bürger zur privatautonomen, grundsätzlich auf Konsens angewiesenen (vertraglichen) Gestaltung.
- Historischer Wandel und zunehmende **Einebnung der Strukturunterschiede**, jedenfalls Relativierung der starren Zweiteilung, vor allem durch
  - **Wahlfreiheit** der öffentlichen Hand zwischen öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Organisations- und Handlungsformen (mit verbleibenden Bindungen der Verwaltung beim Einsatz des Privatrechts = Verwaltungsprivatrecht)
  - **Einbeziehung Privater** (mit ihrer Handlungslogik) in die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben (funktionale Privatisierung bzw. regulierte Selbstregulierung)
- Annäherung der beiden Teilrechtsordnungen, die wechselseitig auf die andere Teilrechtsordnung und deren Prinzipien zurückgreifen. Öffentliches Recht und Privatrecht als **wechselseitige Auffangordnungen!**

## Privatrechtliches Handeln der Verwaltung

- Originär privatrechtliches Handeln der Verwaltung

zum Beispiel fiskalische Hilfsgeschäfte, erwerbswirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand, Vergabe öffentlicher Aufträge ( § § 97 ff. GWB). Beispiel: Behörde kauft neue Computer.

- Wahrnehmung von materiellen Verwaltungsaufgaben in der Form des Privatrechts

Zwar kann die leistende Verwaltung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht **wählen**, soweit sie nicht gesetzlich auf öffentlich-rechtliches Handeln festgelegt ist. Dann wird das Privatrecht jedoch durch öffentlich-rechtliche Bindungen (insbes. an die Grundrechte) überlagert. Anwendungsfelder dieses "**Verwaltungsprivatrechts**" sind Einrichtungen der Daseinsvorsorge und die Subventionsvergabe.

- Abgrenzungstheorien für die Zuordnung von Rechtsätzen zum Öffentlichen Recht oder Privatrecht haben nur eingeschränkten Nutzen.

Ist schon unklar, welche Norm "streitentscheidend" ist, helfen auch die Abgrenzungstheorien nicht weiter. Es muss auf Indizien und den Gesamtzusammenhang zurückgegriffen werden.

Tendenz zur **Kasuistik**:

## Zuordnungsprobleme

- Realakte: Abwehr von Immissionen  
nach h.M. ist der Zweck der Einrichtung, von der die Immission (zB Lärm) ausgeht, entscheidend. Ist dieser hoheitlicher Natur, liegt öffentliches Recht vor.
- Ähnliches gilt bei beehrter Unterlassung und beehrtem Widerruf von **Äußerungen eines Hoheitsträgers**. Nur dann, wenn die Äußerung im Rahmen der öffentlich-rechtlichen Amtsausübung gefallen ist, sind sie der Behörde zuzurechnen und wie deren sonstiges Handeln öffentlich-rechtlicher Natur.
- Auch bei der Teilnahme am Straßenverkehr eines Amtsträgers fehlen Rechtsvorschriften, nach denen eine Zuordnung erfolgen könnte.  
Die Rspr. stellt auf den **Zweck der Fahrt** ab. Bei der Verfolgung von Verwaltungszwecken (Dienstfahrt) ist öffentliches Recht einschlägig, bei fiskalischer Tätigkeit ist die Teilnahme am Straßenverkehr privatrechtlich. Die zutreffende Gegenauffassung stellt auf die **Inanspruchnahme von Hoheitsrechten** ab. Danach ist die Teilnahme am Straßenverkehr nur dann als öffentlich-rechtlich zu qualifizieren, wenn konkret Hoheitsrechte (zB "Blaulicht") in Anspruch genommen werden (Erbguth § 5 Rn. 16-20; Maurer § 3 Rn. 30).
- Hausverbot: Zweck der Anwesenheit des Störers im Verwaltungsverbäude *oder* Zweck des Hausverbotes. Die Aufrechterhaltung des ungestörten Dienstbetriebs ist als öffentlich-rechtlich zu qualifizieren, dazu folgende Beispiele.

## Fallbeispiel 1

VGH Mannheim, NJW 1994, 2500

A ist Angestellter der Universität. Die Universitätsverwaltung hat das Arbeitsverhältnis fristlos gekündigt; dagegen hat A geklagt. Er kommt immer wieder in die Universität, geht in die Universitätsbibliothek und verwickelt deren Mitarbeiter in Gespräche, in denen er sich über die Hochschulleitung beschwert und die Mitarbeiter, die ihm widersprechen, beschimpft. Daraufhin spricht die Universitätsverwaltung für die Dauer des derzeit schwebenden Kündigungsprozesses ein Hausverbot aus. A möchte dagegen vor dem Verwaltungsgericht klagen.

Wäre dies zulässig ?

# Zuordnungsprobleme

- Verträge nach öffentlichem Recht oder Privatrecht

denn es gibt auch öffentlich-rechtliche Vertragsnormen ( § § 54 ff. VwVfG). Abgrenzung erfolgt nach dem Vertragsgegenstand, also nach objektiven Kriterien und nicht nach dem Willen der Vertragsparteien.

- Zugang zu und Benutzung von öffentlichen Einrichtungen

Hier gilt nach h.M. die Zwei-Stufen-Theorie: Das "**ob**" der Benutzung (Zugangsrecht) ist stets öffentlich-rechtlich. Das gilt jedenfalls dann, soweit das Zugangsrecht durch öffentlich-rechtliche Rechtsätze gewährt wird. Beim "**Wie**" der Benutzung (Benutzungsverhältnis) kann die Verwaltung dagegen zwischen öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Ausgestaltung wählen. Ist diese Wahl nicht ausdrücklich getroffen worden, so sind Indizien für die Zuordnung entscheidend.

# Zuordnungsprobleme

- Subventionsvergabe

bei Krediten gilt die Zwei-Stufen-Theorie, wobei die Kreditabwicklung (Rückzahlungsmodalitäten) grundsätzlich in die 2. Stufe gehören. Ist für das "Wie" aber kein Regelungsbereich mehr vorhanden (zB bei verlorenen Zuschüssen), wird auf die 2. Stufe verzichtet und die Subventionsvergabe ist ausschließlich öffentlich-rechtlicher Natur. Das gilt auch dann, wenn eine **Bank als privatrechtliche Abwicklungstelle** eingeschaltet ist, soweit die Entscheidungsbefugnisse gänzlich bei der bewilligenden Stelle (also auch die Kündigungs- und Rückzahlungsmöglichkeit) liegen.

- "Liturgisches Glockengeläut"

entscheidend soll der Status der Kirche sein. Handelt es sich um öffentlich-rechtliche Körperschaften (wie bei den christlichen Großkirchen und der jüdischen Gemeinschaft), ist öffentliches Recht einschlägig (nicht beim "verweltlichten" Stundenschlag, wo Privatrecht gilt). Anderenfalls (zB bei muslimischen Gemeinschaften) bleibe es bei Privatrecht. Diese Differenzierung überzeugt nicht.

Die zutreffende **Gegenauffassung** stellt darauf ab, dass alle Kirchen gesellschaftlich-freie Organisationen (Art. 4 GG) sind. Der rein formale und historisch bedingte Körperschaftsstatus (Art. 140 GG iVm Art. 136 ff. WRV) führt nicht zur Staatlichkeit und steht hier (anders als bei der Kirchensteuer) der Annahme von Privatrecht nicht entgegen.

## Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs, § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO

- keine auf- oder abdrängende Sonderzuweisung, so dass § 40 VwGO maßgeblich
- öffentlich-rechtliche Streitigkeit (regelmäßig Schwerpunkt der Prüfung): Hier helfen die Abgrenzungstheorien wenig. Man sollte die Problemfälle kennen, zB Hausverbot.
- nichtverfassungsrechtlicher Art (keine doppelte Verfassungsunmittelbarkeit)
- Beachte: Tastender Gutachtenstil, gar mit einleitenden Fragesätzen („Es müsste ...“), ist nur angezeigt, wenn etwas problematisch ist. Ansonsten genügt jeweils eine kurze Feststellung; bei der öffentlich-rechtlichen Streitigkeit ist in der Regel nur kurz die benutzte Abgrenzungstheorie zu nennen sowie darunter zu subsumieren (in 2 Sätzen)

## Wann liegt eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vor?

- unproblematisch, wenn "**streitentscheidende**" Normen (nennen!) dem öffentlichen Recht angehören (zB SOG).

Die zur Abgrenzung des öffentlichen vom privaten Recht entwickelten "Theorien" sind **nur in Zweifelsfällen** heranzuziehen. Sie helfen nicht weiter, wenn eine gesetzliche Regelung fehlt oder wenn sowohl Normen des öffentlichen Rechts als auch des privaten Rechts in Betracht kommen. Ist es schwierig, die für den Fall streitentscheidende Norm zu finden, muss nach anderen Kriterien gesucht werden (Qualifikations-, nicht bloß Zuordnungsproblem).

- Maßgeblich kann 1) der Aufgabenbereich der Behörde (Eingriffs- oder Fiskalverwaltung), die 2) Heranziehung der **Zwei-Stufen-Lehre** (vor allem im Bereich der Leistungsverwaltung mit der Frage, ob die Leistung gewährt wird) oder 3) die gewählte Handlungsform (Verwaltungsakt) sein.

Problemfälle: **Tatsächliches Handeln** (Realakte) wie die Dienstfahrt oder ehrverletzende Äußerungen des Beamten, aber auch Immissionen. Es wird auf den Zweck der Handlung und den Gesamtzusammenhang der Tätigkeit abgestellt. Auch Rechtsakte können sich einer klaren Zuordnung zum öffentlichen Recht entziehen, zB **Hausverbot**. Liegt ihm der Zweck der Aufrechterhaltung des ungestörten Dienstbetriebs zugrunde, ist das Hausverbot öffentlich-rechtlich.

## Öffentliches Recht und Privatrecht

- Verwaltungsrechtsweg: § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO
- Gehört die streitentscheidende Norm dem öffentlichen Recht an, muss auf die Abgrenzungstheorien nicht eingegangen werden.
- Schwierig ist es, wenn sich entweder keine Rechtsgrundlage für das Handeln der Behörde finden lässt oder verschiedene Rechtsgrundlagen (privatrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Natur) in Betracht kommen. Dann helfen auch die Abgrenzungstheorien wenig.
- Die zu beurteilende Tätigkeit ist dann als öffentlich-rechtlich einzuordnen, wenn die Maßnahme in engem Zusammenhang zu einem Verwaltungshandeln steht, das eindeutig dem öffentlichen Recht unterfällt. Zu unterscheiden sind Realakte und Rechtsakte.

## Realakte und Rechtsakte

- Beispiel für Realakt: Dienstfahrt des Polizeibeamten, der einen Unfall verursacht. Der Geschädigte möchte seinen Schaden ersetzt bekommen.
- Hier gibt es keine Rechtsgrundlage, um dessen Zuordnung es geht. In Rede steht tatsächliches Handeln. Hier wird auf den Zweck der Fahrt und den Gesamtzusammenhang der Tätigkeit abgestellt.
- Ist das Ziel der Fahrt hoheitlich einzustufen, sollte nach früheren Rechtsprechung die Streitigkeit als öffentlich-rechtlich eingestuft werden (allerdings mit Sonderzuweisung nach Art. 34 S. 3 GG mit der Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte). Ist der Zweck der Fahrt die Beschaffung mit Bedarfsgegenständen (Fiskalverwaltung) dagegen zivilrechtliche Streitigkeit.
- Heute gilt, dass alle Verkehrsteilnehmer haftungsrechtlich gleichgestellt sind (also zivilrechtlich haften), es sei denn, es sind hoheitliche Sonderrechte in Anspruch genommen worden und die Teilnahme am Straßenverkehr war nach außen hin als hoheitliche Tätigkeit erkennbar (zB Baulicht).

## Beispiel für Rechtsakt

OVG NW, NJW 1998, 1425

S ist Student, Doktorand und über zivilrechtliche Werkverträge wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Universität. Nachdem er mehrfach in verschiedenen Zusammenhängen Mitarbeiterinnen der Universität sexuell belästigt hat, wird das Beschäftigungsverhältnis gekündigt. Außerdem verhängt der Rektor der Universität gegen S ein Hausverbot unter Anordnung der sofortigen Vollziehung. Das Hausverbot führt dazu, dass S die Universitätsbibliothek nicht mehr benutzen darf. S sieht seinen Dokortitel schwinden und möchte klagen.

Handelt es sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit ?

## Lösung: Hausverbot

Die Behandlung des Hausverbotes ist, was die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs betrifft, umstitten.

M<sub>1</sub> Rechtsprechung stellt auf das **Ziel ab, das der vom Hausverbot Betroffene** verfolgt. Betritt er das Gebäude mit einem öffentlichen Interesse, zum Beispiel, um Widerspruch gegen eine Abrissverfügung einzulegen, ist das Hausverbot öffentlich-rechtlich zu beurteilen. Ging es ihm um Vertragsverhandlungen mit der Behörde, so kann für das Hausverbot das Zivilrecht einschlägig sein. Bei randalierenden Demonstranten ist ein Hausverbot im Zweifel nach öffentlichem Recht zu beurteilen.

M<sub>2</sub> Vorzugswürdig ist jedoch die Gegenansicht, die auf den **Zweck des ausgesprochenen Hausverbots** abstellt und sich an der Widmung des Gebäudes und der öffentlich-rechtlichen Sachherrschaft orientiert. Dient das Hausverbot der Aufrechterhaltung des ungestörten Dienstbetriebs, wird also mit der Unterbindung von Störungen die Funktionsfähigkeit der Verwaltung sichergestellt, ist das Hausverbot öffentlich-rechtlich zu beurteilen und der Verwaltungsrechtsweg ist eröffnet.

Beispiel: Die Polizei hat einen Hinweis erhalten, nachdem sich in einem vor dem Sitz der Landesregierung abgestellten Fahrzeug ein Sprengsatz befinden soll. Das dem E gehörende Fahrzeug wird durch Sprengstoffexperten der Polizei durchsucht. Dabei musste der Wagen aufgebrochen werden. E möchte den entstandenen Schaden ersetzt bekommen. Welchen Rechtsweg muss er beschreiten?

- **Aufdrängende Sonderzuweisung** an die Verwaltungsgerichte (-)
- Generalklausel des § 40 Abs. 1 VwGO: **Öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art?**  
Öffentlich-rechtlich ist eine Streitigkeit, wenn die streitentscheidende Norm dem öffentlichen Recht angehört. Streitgegenstand ist hier der Schaden infolge des gewaltsamen Öffnen und Durchsuchens des Fahrzeugs durch die Polizei. Das richtet sich nach Polizeirecht und damit öffentlich-rechtlichen Vorschriften. Es handelt sich auch um keine verfassungs-rechtliche Streitigkeit, denn es fehlt an der **doppelten Verfassungsunmittelbarkeit**: Weder E noch die Polizei nehmen unmittelbar am Verfassungsleben teil noch streiten sie über direkt aus der Verfassung folgenden Rechte und Pflichten.
- Aber es gibt für den Erstattungsanspruch eine **abdrängende Sonderzuweisung** zu den Zivilgerichten, so etwa für den Entschädigungsanspruch des Nichtstörers, anders in Hamburg: Hier ist das VG zuständig für die Entschädigung des Nichtstörers bzw. Polizeihelfers ( § 10 Abs. 3, 5 SOG).

## Abdrängende Sonderzuweisungen

- Art. 34 S. 3 GG: Amtshaftungsansprüche
- Art. 14 Abs. 3 S. 4 GG: Streitigkeiten über die Höhe von Enteignungsentschädigungen
- § 23 EGGVG: Verfügungen von Justizbehörden auf dem Gebiet der Strafrechtspflege
- § 49 Abs. 6 S. 3 VwVfG: Geltendmachung des aufgrund des Widerrufs eines Verwaltungsakts entstandenen Vertrauensschadens.
- Entschädigungsansprüche bei Inanspruchnahme eines Nichtstörers im Rahmen der Gefahrenabwehr nach Landesrecht (nicht in Hamburg!)

## Zusammenfassung: öffentlich-rechtliche Streitigkeit?

- wenn **streitentscheidende Norm** zum öffentlichen Recht gehört (zB SOG)
- Nur dann, wenn die Zuordnung der einschlägigen Bestimmungen zum öffentlichen oder zum privaten Recht ausscheidet, ist auf die **Abgrenzungstheorien** einzugehen (modifizierte Subjektstheorie)
- Es gibt Konstellationen, in denen die Zuordnung relativ einfach vorzunehmen ist: Handelt die Behörde im Bereich der **Fiskalverwaltung** zur Bedarfsdeckung, ist der Weg zu den ordentlichen Gerichten eröffnet. Im Bereich der Leistungsverwaltung hilft die **Zwei-Stufen-Lehre**, wonach der Zugang zu öffentlichen Einrichtungen oder die Ver-gabe von staatlichen Subventionen hinsichtlich des "ob" dem öffentlichen Recht angehört.
- Aber es gibt auch Problemfälle, wo sich entweder keine Rechtsgrundlage für das Handeln der Behörde finden lässt oder verschiedene Rechtsgrundlagen privatrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Natur in Betracht kommen. Merke: Bei Dienstfahrten des Beamten, Äußerungen der Behörde oder Immissionen kommt es auf den Zweck oder **Gesamtzusammenhang der Tätigkeit** an. Umstritten ist der Rechtsweg bei der Klage gegen ein Hausverbot.

## § 2 Rechtsquellen der Verwaltung

- Europäisches Unionsrecht
- Verfassungsrecht (und allgemeine Regeln des Völkerrechts)
- **Parlamentsgesetze**: Gesetze im formellen Sinne (d.h. vom Parlament als Gesetzgebungsorgan erlassen) und im materiellen Sinne (d.h. mit abstrakt genereller Wirkung und Verbindlichkeit gegenüber dem Bürger)
- Untergesetzliche Rechtsnormen (Gesetze nur im materiellen Sinne), also **Rechtsverordnungen** der Exekutive aufgrund gesetzlicher Ermächtigung (vgl. Art. 80 GG) und Satzungen als autonomes (Art. 80 GG gilt nicht!) Recht von Selbstverwaltungskörperschaften (zB von Gemeinden) für ihre Mitglieder
- **Verwaltungsvorschriften** (mit grundsätzlich allein verwaltungsinterner Wirkung ohne unmittelbare Außenwirkung gegenüber dem Bürger)
- Geschäftsordnungen als Innenrecht eines Verwaltungs- oder Verfassungsorgans (zB Geschäftsordnung des Gemeinderates)
- Gewohnheitsrecht?

# Europarecht

- **Grundlagen der EU**

Gründungsverträge

früher: Europäische Gemeinschaften, insbes: EG-Vertrag

heute: Europäische Union: Vertrag über die Europäische Union (EUV) und Vertrag über die Arbeitsweise der Union (AEUV)

- **Rechtsnatur** der EU ist umstritten. Vielfach wird die Union als ein supranationaler Staatenverbund eigener Art („sui generis“) angesehen. Teilweise ist auch von einem Verfassungsverbund die Rede.
- **Geltungsvorrang** der Verfassung und **Anwendungsvorrang** des Unionsrechts  
spanisches Tribunal constitucional: *supremacía* der Verfassung und *primacía* des Unionsrechts.

# Rechtsquellen des Unionsrechts

- Primäres Unionsrecht  
Gründungsverträge und allgemeine Rechtsgrundsätze

- Sekundäres Unionsrecht, Art. 288 AEUV

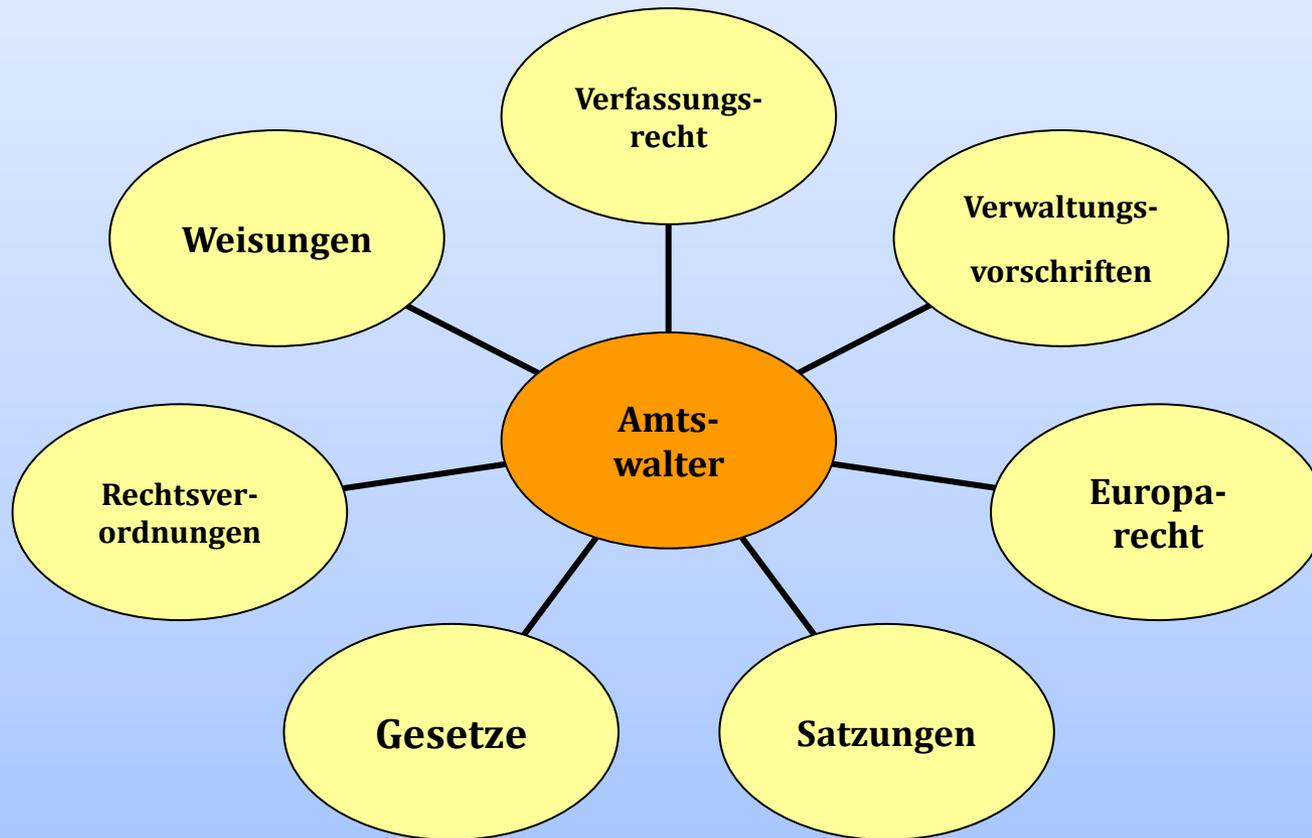
## **unmittelbar geltende Verordnungen**

allgemeine Geltung und unmittelbare Geltung, d.h. Behörden und Gerichte müssen die Vorgaben der VO beachten, umsetzen und entgegenstehendes nationales Recht außer Acht lassen. Privatpersonen erhalten ggf. Rechte oder Pflichten.

## **umsetzungsbedürftige Richtlinien**

- (1) Erfordernis einer Rechtsnorm zur innerstaatlich verbindlich wirkenden Umsetzung
- (2) Unmittelbare Wirkung bei abgelaufener Umsetzungsfrist unter weiteren Voraussetzungen

# Maßstäbe des Verwaltungshandelns



# Öffentliche Verwaltung im demokratischen Rechtsstaat

- **Rechtsstaatlichkeit**

Rechtsstaatlich muss die Kompetenzordnung hinreichend klar und durchschaubar sein, damit der Bürger weiß, an wen er sich mit seinem Anliegen wenden und gegen wen er seine Ansprüche durchsetzen kann. Auch muss er wissen, wen er für Fehlverhalten (gerichtlich oder politisch) verantwortlich machen kann.

- **Demokratische Kontrolle**

Auch zwecks demokratischer Kontrolle ist Verantwortungsklarkeit gefordert. Nur bei klaren Kompetenzstrukturen und Verantwortungsketten lässt sich die Verwaltung durch die gewählte Regierung demokratisch steuern, d.h. nur so werden politische Vorgaben umgesetzt und nur so kann jemand für eventuelle Fehler politisch verantwortlich gemacht werden.

## Gesetzliche Regelungen

Rechtsnormen, die von den verfassungsrechtlich vorgesehenen Gesetzgebungsorganen im verfassungsrechtlich vorgeschriebenen Gesetzgebungsverfahren erlassen worden sind, also die Parlamentsgesetze als **formelle Gesetze**.

Gesetze enthalten abstrakt-generelle Regelungen. **Abstrakt**, weil sie nicht auf den Einzelfall zugeschnitten sind, sondern für eine Vielzahl von Fällen Anwendung findet. **Generell**, weil sie nicht für eine bestimmte Person, sondern für "jedermann" gelten.

Gesetze im (nur) materiellen Sinn sind dagegen auch die untergesetzlichen Rechtsnormen, wozu Rechtsverordnungen und Satzungen gehören.

## Rechtsverordnungen

Rechtsverordnungen sind Rechtsnormen, die von Exekutivorganen (Regierung, Ministerien, Verwaltungsbehörden) erlassen werden. Sie unterscheiden sich nicht durch ihren Inhalt oder ihre Bindungswirkung, sondern durch den **Normgeber** von den formellen Gesetzen.

Die Exekutive darf eine Rechtsverordnung nur auf Grund einer Ermächtigung durch ein Parlamentsgesetz erlassen, das **nach Inhalt, Zweck und Ausmaß hinreichend bestimmt ist, Art. 80 Abs. 1 GG**. Außerdem gilt der Vorrang des Gesetzes; eine Rechtsverordnung kann durch Gesetz aufgehoben oder abgeändert werden.

*Beispiele:* Ordnungsbehördliche Verordnungen, Kampfhundeverordnungen, Sperrgebietsverordnungen, Biergartenverordnungen

# Satzungen

Satzungen sind Rechtsnormen, die von einer juristischen Person des öffentlichen Rechts (z.B. Gemeinden und Landkreise, Universitäten, Industrie- und Handelskammern, Ärztekammern, Sozialversicherungsträger, aber auch Rundfunkanstalten) zur Regelung ihrer Angelegenheiten erlassen werden.

Sie unterscheiden sich von Rechtsverordnungen dadurch, dass sie nicht von staatlichen Exekutivorganen (zB Bundesregierung), sondern von rechtlich selbständigen, wenn auch dem Staat eingegliederten Organisationen stammen.

## Verwaltungsvorschriften

Verwaltungsvorschriften sind verwaltungsinterne Regelungen, mit denen eine übergeordnete Behörde, etwa ein Ministerium, für sich selbst oder die ihr untergeordneten Instanzen gesetzliche Regelungen konkretisiert oder Bereiche reguliert, in denen es keine gesetzlichen Regelungen gibt.

Verwaltungsvorschriften dienen also der Selbststeuerung der arbeitsteilig organisierten, hierarchischen Verwaltung.

Verwaltungsvorschriften haben grundsätzlich keine Rechtswirkungen nach außen und sind grundsätzlich nicht gerichtlich anfechtbar. Im Falle einer so genannten Selbstbindung der Verwaltung können sie aber über Art. 3 Abs. 1 GG außenwirksam werden und die aus Art. 3 Abs. 1 GG herleitbaren individuellen Rechte inhaltlich stützen.

## Gewohnheitsrecht

Voraussetzung des Gewohnheitsrechts ist erstens eine längere und allgemeine Übung, die als Rechtssatz formulierbar und insofern hinreichend bestimmt ist. Zweitens die Überzeugung der Beteiligten, dass diese Übung rechtlich geboten ist. Gewohnheitsrecht dient der Lückenfüllung.

Im Verwaltungsrecht ist bei der Anerkennung von Gewohnheitsrecht der – kollidierende – Grundsatz des Vorrangs und Vorbehalts des Gesetzes besonders zu beachten.

*Beispiele* (partiellen) Gewohnheitsrechts im Bereich des Verwaltungsrechts finden sich im Staatshaftungsrecht, zB beim öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch.

## Richterrecht

Richterrecht entsteht durch die Konkretisierung und Weiterentwicklung des Gesetzes durch die Gerichte; es kann Rechtsfortbildungsfunktionen haben.

Verfestigt es sich zu einer ständigen Rechtsprechung der obersten Instanzen, entfaltet es Steuerungsfunktionen für das Verwaltungshandeln, auch wenn man Richterrecht nicht als Rechtsquelle im engeren Sinne ansehen kann.

## Normverwerfungskompetenz der Verwaltung

- Muss die zum Vollzug verpflichtete Behörde ein Gesetz anwenden, das sie für rechtswidrig und damit nichtig hält?

M<sub>1</sub> Der Beamte darf ein solches Gesetz nicht anwenden.

M<sub>2</sub> Der Beamte muss ein solches Gesetz anwenden.

M<sub>3</sub> Der Beamte muss das Verfahren aussetzen und die Frage seinem Vorgesetzten vorlegen. Hält dieser die Vorschrift für rechtswidrig, muss er genauso handeln (remonstrieren), bis schließlich die Bundes- oder Landesregierung mit der Sache befasst ist. Dieser steht die Möglichkeit der **abstrakten Normenkontrolle nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG** offen.

- Problem: Eilentscheidungen, wo eine vertretbare Ansicht des Beamten ausreicht. Auch wenn er irrt und sein Handeln rechtswidrig sein sollte, handelt er nicht schuldhaft und muss eine Amtshaftung nicht befürchten.

## Zwei Probleme

- **Wie sieht es mit untergesetzlichen Normen aus?**

gegen eine Verwerfungskompetenz bei materiellen Gesetzen (zB Satzungen oder Rechtsverordnungen wie einem Bebauungsplan) spricht, dass es eine Nichtbeachtung der Kompetenzordnung darstellen würde. Zuständig für die Aufhebung einer Norm ist das Organ, das die Norm erlassen hat. Das Verfahren ist auszusetzen und die Norm zuständigkeitsgemäß aufzuheben.

- **Bei der Anwendung von Unionsrecht gilt abweichendes:**

Mitgliedstaatliche Behörden dürfen eine nationale Norm nicht anwenden, die sie für unionsrechtswidrig halten. Faktisch hat die Exekutive hier eine Normverwerfungskompetenz. Sie folgt aus dem Anwendungsvorrang des Unionsrechts.

## Art. 100 GG

- schützt das **Parlamentsgesetz** durch ein Verwerfungsmonopol des Bundesverfassungsgerichts. Andere Gerichte dürfen sich über den Willen des Parlamentsgesetzgebers nicht hinwegsetzen und ein Gesetz nicht unangewendet lassen, weil es für verfassungswidrig gehalten wird. Rechtsverordnungen und Satzungen erfasst Art. 100 GG nicht.
- Demgegenüber sagt Art. 100 GG zur Verwerfungskompetenz des **Verwaltungsbeamten** nichts. Wendet er ein formelles Gesetz nicht an, weil er es für verfassungswidrig hält, aber nicht remonstrieren kann, steht dem Art. 100 Abs. 1 GG nicht entgegen, weil die Vorschrift an die Letztentscheidungskompetenz der Gerichte anknüpft und deshalb die unter dem Vorbehalt gerichtlicher Bestätigung handelnden Verwaltungsbehörden nicht erfasst.

# Außenrecht und Innenrecht

- Außenrecht

= Rechtsbeziehungen zwischen der Verwaltung und den Bürgern oder sonstigen, der Verwaltung gegenüberstehenden juristischen Personen

**Rechtsformen:** Rechtsverordnungen, Satzungen, Verwaltungsakte, Verträge, Pläne, Realakte

- Innenrecht

= Regelungen im internen Bereich der Verwaltungsträger, insbesondere

- der internen Verteilung von Zuständigkeiten, Aufgaben und Befugnissen,
- der intern verbindlichen Konkretisierung der Wahrnehmung von Aufgaben und Befugnissen,
- der personellen Besetzung innerhalb einer Behörde

**Rechtsformen:** Verwaltungsvorschriften, Weisungen, Geschäftsordnungen

## Zwei Perspektiven auf das Verwaltungsrecht

- **Rechtsschutzperspektive**

Beim Verwaltungshandeln wird gefragt: Leidet es an Rechtsmängeln und wie kann dagegen gerichtlich vorgegangen werden?

- **Steuerungsperspektive**

Verwaltungsrecht dient nicht bloß dem Rechtsschutz. Erwünscht ist nicht nur rechtmäßiges Verwaltungshandeln, sondern auch sachrichtiges, gemeinwohldienliches Handeln. Dadurch geraten neben den rechtlichen auch nicht-rechtliche Maßstäbe des Verwaltungshandelns in den Blick (zB Zweckmäßigkeit, Effizienz).

Dies ist stärker die (in der Praxis vorherrschende) Perspektive der gestaltenden Verwaltung.

## § 3 Grundbegriffe des Verwaltungsrechts

Vieles, um nicht zu sagen, nahezu alles, dreht sich im Verwaltungsrecht um drei Problemkomplexe, die zugleich die Grundbegriffe des Verwaltungsrechts markieren: Es sind dies Fragen um:

1. den **Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung** (mit dem Vorrang und dem Vorbehalt des Gesetzes),
2. die Entscheidungsspielräume der Verwaltung (mit den Kategorien des **Ermessens und des unbestimmten Rechtsbegriffs** mit oder ohne Beurteilungsspielraum der Verwaltung), sowie
3. der verwaltungsprozessualen Frage nach dem Vorliegen eines **subjektiv-öffentlichen Rechts**, woran der Zugang zum Gericht (und die gerichtliche Kontrolle der Verwaltungsentscheidung) geknüpft ist.

# Gesetzmäßigkeit der Verwaltung

- **Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung**

Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, verankert in **Art. 20 Abs. 3 GG**, bindet die Verwaltung an die Regelungen des Gesetzgebers. Dies ist Voraussetzung für die Kontrolle durch die Verwaltungsgerichtsbarkeit, die die Beachtung der Gesetze durch die Verwaltung zu überprüfen hat.

- **Vorrang des Gesetzes**

Dieser Grundsatz betrifft die *Bindung* der Verwaltung an die *bestehenden* Gesetze. Die Verwaltungsbehörden müssen - positiv - den Gesetzen entsprechend handeln und dürfen (negativ) keine gegen die Gesetze verstoßenden Maßnahmen treffen. Das Prinzip des Vorrangs des Gesetzes gilt für formelle Gesetze, aber auch für die Rechtsverordnungen und Satzungen im Rahmen der gesetzlichen Verordnungs- oder Satzungsermächtigung.

- **Vorbehalt des Gesetzes**

Das Prinzip des Vorbehalts des Gesetzes verlangt mehr als das Prinzip des Vorrangs des Gesetzes, indem es sich nicht auf die Bindung an das bestehende Gesetz und auf dessen Vorrang beschränkt, sondern eine – gegebenenfalls neue – gesetzliche Grundlage für die Verwaltungstätigkeit verlangt.

# Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes

- **Relativierung der Gesetzesbindung?**

Spielräume für Duldung rechtswidriger Zustände (Beispiele: Verzicht auf Abrissverfügung gegenüber einem Schwarzbau oder Gewerbeuntersagung wegen Unzuverlässigkeit)

- **Normverwerfungskompetenz der Verwaltung?**

Verwaltung hält das anzuwendende Gesetz für verfassungswidrig und will es nicht anwenden. Hier bestehen drei Auffassungen, vgl. Erbguth § 7 Rn. 18-21.

- **Wurzeln und Verankerung des Gesetzesvorbehalts**

Unterscheidung hinsichtlich der Verankerung:

- demokratisch-rechtsstaatlicher Gesetzesvorbehalt  
Herleitung: Demokratieprinzip und Rechtsstaatsprinzip
- grundrechtliche Gesetzesvorbehalte  
Herleitung: jeweiliges Grundrecht

- Unterscheidung: Gesetzesvorbehalt, Parlamentsvorbehalt, Rechtssatzvorbehalt

Vorsicht: Die Terminologie ist nicht immer einheitlich!

# „Wesentlichkeitstheorie“

## *Begriff*

Die Gesetzgebung hat in grundlegenden normativen Bereichen alle wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen (= zu verantworten). Wesentlich sind vor allem solche Entscheidungen, die wesentlich für die Verwirklichung der Grundrechte sind.

## *Relevanz*

- Bestimmung der Delegationskompetenzen nach Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG im Eingriffsbereich
- Bindungen für staatliche Institutionen, z.B. Regelungen im Strafgefangenenverhältnis oder im Schulverhältnis, hier etwa Einführung des Sexualkundeunterrichts, Regelungen über Versetzung
- Regelung des Leistungsbereichs, z.B. bei Subventionen

## *Folgen*

Die Verwaltung benötigt für ihr Handeln über den Eingriffsabwehrbereich hinaus eine gesetzliche Grundlage. Diese gesetzliche Grundlage muss ggf. eine hohe Regelungsdichte aufweisen und das Handeln der Verwaltung entsprechend determinieren.

# Die demokratische Legitimation der Verwaltung

- *klassische Konzeption*: Legitimation der Verwaltung durch die Legitimationskette vom Volk über das Parlament zur Verwaltung, die bis hin zum einzelnen Beamten (durch die Ernennung) entsteht, und durch die Organisationsform der Hierarchie
- *moderne Konzeptionen*: Legitimation der Verwaltung auch durch neue Formen der Gesetzesgestaltung, durch die Verankerung von Bürgernähe und Betroffenenbeteiligung, durch die Institutionalisierung der Öffentlichkeit (Transparenz) der Verwaltung sowie durch neue Formen interner und externer Kontrolle

vertiefend (für Interessierte): *Hans-Heinrich Trute*, Die demokratische Legitimation der Verwaltung, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 2. Aufl. 2012, § 6.

## Beispielsfall

Die B-GmbH verlegt in B. eine regionale Tageszeitung, deren Auflage rückläufig ist. Weil im Landeshaushaltsplan entsprechende Mittel für eine finanzielle Unterstützung regionaler Unternehmen bereitgestellt sind, weist das Wirtschaftsministerium der B-GmbH nach Maßgabe der Vergaberichtlinien eine Subvention in Höhe von 100.000 Euro zu. Wie ist die Vergabe zu beurteilen?

- Wonach richtet sich die Vergabe? Aufsuchen einer Norm
- hier sind Mittel im Landeshaushaltsplan für eine finanzielle Unterstützung regionaler Unternehmen bereitgestellt, die nach Maßgabe von "Vergaberichtlinien" ausbezahlt werden. Reicht das aus?
- **Problem des Gesetzesvorbehalts im Subventionsrecht**  
Anerkannt ist, dass nicht für sämtliche Verwaltungstätigkeiten ein Gesetz erforderlich ist. Einen Totalvorbehalt gibt es nicht. Umstritten ist aber, ob für eine Subventionierung der vorliegenden Art auf das Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage verzichtet werden kann.

## Reichweite des Gesetzesvorbehalts ...

- **Eingriffsverwaltung**

unterliegt umfassendem Rechtssatzvorbehalt. Ein Tätigwerden im Bereich der Eingriffsverwaltung (zB Polizeirecht, Gewerberecht, Bauordnungsrecht) bedarf der formell-gesetzlichen Grundlage.

Geht es um mittelbare oder faktische "Eingriffe" (wie zum Beispiel im Falle von Warnungen durch öffentliche Stellen), ist die Rechtsprechung großzügiger und lässt ein Tätigwerden der Regierung ausreichen.

- **Leistungsverwaltung**

Für die leistende Verwaltung gilt die Wesentlichkeitstheorie. Es ist aber umstritten, ob auch die begünstigende Verwaltungstätigkeit dem Vorbehalt des Gesetzes unterliegt. Zwar ist vieles gesetzlich geregelt (zB die Ausbildungsförderung nach dem Bafög oder § 31 Abs. 1 SGB I). Das gilt aber nicht für die Vergabe von staatlichen Leistungen. Die Rechtsprechung lässt für das "**Ob**" der Subventionierung die Feststellung im Haushaltsgesetz (auf Bundesebene Art. 110 Abs. 1 und 2 GG) ausreichen. Die Kriterien für die Vergabe der Subvention, also das "**Wie**" der Leistung, dürfe in Verwaltungsvorschriften (Vergaberichtlinien) festgelegt werden.

## ... in der Leistungsverwaltung

- Rechtsprechung: Haushaltsgesetz reicht aus
- Schrifttum: Ausweisung im Haushaltsgesetz genügt nicht den Anforderungen des Gesetzesvorbehalts. Haushaltsgesetz ist ein formelles Gesetz, bindet jedoch nur die Behörden, entfaltet aber **keine Außenwirkung** im Verhältnis zum Bürger. Das gilt auch für die Vergaberichtlinien. Sie sind lediglich Innenrecht.
- hM hält die Bereitstellung der Mittel im Haushaltsplan aber für nicht ausreichend, wenn die Subvention mit **gezielten Eingriffen in die Grundrechte** von nicht am Förderungsverhältnis beteiligten Dritten verbunden ist.
- So liegt der Fall hier. Bei Pressesubventionen sind die Auswirkungen auf die durch Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG geschützte Pressefreiheit zu berücksichtigen. Diese Verfassungsnorm enthält nicht nur ein Abwehrrecht gegen staatliche Eingriffe in die Pressefreiheit, sondern auch eine objektiv-rechtliche Institutsgarantie der freien Presse. Die Medien müssen ihre Aufgaben unabhängig von staatlichem Einfluss wahrnehmen können. Die staatliche Förderung des einen (zu Lasten des anderen) Unternehmens, droht die Neutralität des geförderten Unternehmens zu untergraben und bedarf einer formell-gesetzlichen Grundlage. Anderenfalls ist die Gewährung rechtswidrig, vgl. OVG Berlin, NJW 1975, 1938 f.

## Gesetzesvorbehalt im Subventionsrecht

- Soweit ein **Grundrechtseingriff** vorliegt, ist ein Gesetz erforderlich  
abstrakte Möglichkeit, dass durch die Subventionierung der Marktzutritt eines Konkurrenten erschwert wird, reicht für die Annahme eines Grundrechtseingriffs nicht aus. Der Staat eröffnet mit der Subventionsvergabe dem Adressaten eine zusätzliche Handlungsmöglichkeit, die von der hM nicht per se als Eingriff in die Grundrechte des (leer ausgehenden) Konkurrenten verstanden wird.
- Scheidet ein Grundrechtseingriff aus, kann aber dennoch ein Gesetz erforderlich sein, wenn es sich um eine **wesentliche Angelegenheit** handelt.  
Ob auch eine nicht eingreifende Subvention eine wesentliche Angelegenheit darstellt, die aus demokratischen Gründen – und nicht allein aus rechtsstaatlich-grundrechtlichen Gründen – eine gesetzliche Grundlage erfordern, ist umstritten.  
Die **Lehre vom Subventionsgesetzesvorbehalt** bejaht dies, da jede Förderung eines Wirtschaftsunternehmens die Wettbewerbsbedingungen auf dem Markt verändert und die Bedingungen beeinflusst, unter denen sich grundrechtliche Freiheit entfaltet.  
Die Rechtsprechung lässt einen Ansatz im Haushaltsgesetz ausreichen, sei es, dass damit das wesentliche definiert ist oder – richtigerweise – mit der Begründung, dass es keiner parlamentsgesetzlichen Grundlage bedarf. Es reicht eine parlamentarische Willensäußerung, also kein Gesetz, sondern Parlamentsbeschluss.

# Grundbegriffe des Verwaltungsrechts

1. Gesetzesbindung der Verwaltung
2. „Ermessen“ und „unbestimmter Rechtsbegriff“
3. Subjektiv-öffentliche Rechte

## Beispielsfall

- Eine Demonstration nimmt einen gewalttätigen Verlauf. Die Polizei löst die Versammlung nach § 15 VersG auf. Sie entscheidet sich zum Einschreiten, weil man bei der Anwendung unmittelbaren Zwangs den bekannten „Randalierern“ eine „Abreibung“ verpassen will.
- § 15 Abs. 1 VersG  
„Die zuständige Behörde kann die Versammlung (...) verbieten oder von bestimmten Auflagen abhängig machen, wenn nach den zur Zeit des Erlasses der Verfügung erkennbaren Umständen die öffentliche Sicherheit oder Ordnung bei Durchführung der Versammlung (...) unmittelbar gefährdet ist.“

# Verfassungsrechtlicher Rahmen

- **Gesetzesbindung** (Art. 20 Abs. 3 GG)
- **Rechtsschutzgarantie** (Art. 19 Abs. 4 GG)
- Zu unterscheiden sind drei Ebenen der Rechtsanwendung:
  - **Interpretationsebene:** Auslegung des Normtatbestands. Hier steht die Verwaltung vor Erkenntnisproblemen.
  - **Konkretisierungsebene:** Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff räumen der Verwaltung einen Entscheidungsspielraum ein. Die Grenzen des Spielraums sind kein Erkenntnisproblem, sondern ein Kompetenzproblem, vor allem im Hinblick auf die
  - **Kontrollebene:** Hat die Verwaltung eine Ermessensentscheidung zu treffen, ist ihr gegenüber den Gerichten die Letztentscheidungsbefugnis eingeräumt.

## Gesetzeskonkretisierung im Einzelfall

- Beispiel: § 3 Abs. 1 SOG

Die Verwaltungsbehörden treffen (...) nach pflichtgemäßem Ermessen die im Einzelfall zum Schutz der Allgemeinheit oder des Einzelnen erforderlichen Maßnahmen, um bevorstehende Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung abzuwehren oder Störungen der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung zu beseitigen (Maßnahmen der Gefahrenabwehr).

- Entscheidungskompetenzen im Verhältnis zum Gesetzgeber

werden beschränkt durch den Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, ergeben sich im Übrigen aber aus der **Rolle der Verwaltung**, die allgemein-abstrakten gesetzlichen Regelungen im Einzelfall umzusetzen und dabei zu konkretisieren.

- Letztentscheidungskompetenzen im Verhältnis zu den Gerichten

- im **Tatbestand** unbestimmter Rechtsbegriffe (selten) oder
- in der **Rechtsfolge**, wenn der Verwaltung durch die Norm Ermessen eingeräumt ist (häufig).

## Warum Ermessen?

- Noch einmal unser Beispielfall:

Die Polizei löst die Versammlung nach § 15 VersG auf. Sie entscheidet sich zum Einschreiten, weil man bei der Anwendung unmittelbaren Zwangs den „Randalierern“ eine „Abreibung“ verpassen will.

- § 15 Abs. 1 VersG

„Die zuständige Behörde **kann** (= Ermessen) die Versammlung verbieten oder von bestimmten Auflagen abhängig machen, wenn nach den zur Zeit des Erlasses der Verfügung erkennbaren Umständen die öffentliche Sicherheit oder Ordnung bei Durchführung der Versammlung unmittelbar gefährdet ist.“

# Einräumung von Entscheidungsspielräumen

- Freiräume für flexibles Reagieren auf Umstände des Einzelfalls, zur Herstellung von Einzelfallgerechtigkeit, aber auch bei der Planung, etwa für den Erlass eines Bebauungsplans ( § 1 BauGB).
- Arten des Ermessens
  - **Rechtssetzungs- und Verwaltungsermessen**

Soweit die Verwaltung ermächtigt ist, Satzungen oder Rechtsverordnungen zu erlassen, hat sie (1) den gesetzlichen Rahmen der Ermächtigung einzuhalten, (2) die gesetzlichen Verfahrensvorschriften und (3) die verfassungsrechtlichen Vorgaben zu beachten. Darüber hinausgehende Zweckmäßigkeitserwägungen sind den Gerichten beim Rechtssetzungsermessen verwehrt.
  - **Entschließungsermessen und Auswahlermessen**

„Die Polizei **darf** die **notwendigen** Maßnahmen treffen, um eine im einzelnen Fall bestehende Gefahr für die öffentliche Sicherheit abzuwehren.“

Hier hat die Behörde einen Spielraum, **ob** sie tätig wird (Entschließungsermessen). Sie hat aber auch einen Spielraum hinsichtlich der Auswahl der Maßnahmen, also **wie** sie tätig wird, zum Beispiel wer zur Gefahrenabwehr herangezogen wird (Auswahlermessen).

# Wie erkenne ich Ermessen?

- **Formulierung**

zum Beispiel „**darf**“ oder „**kann**“ statt „ist“ oder „muss“

„**Soll**“ eine bestimmte Entscheidung getroffen werden, ist im Rahmen der Ermessensausübung zu prüfen, ob ein atypischer Fall vorliegt, der es rechtfertigt, von dieser Entscheidung abzusehen.

- **Rechtsfolgenproblem**

Ermessen ist die rechtsfolgenbezogene Letztentscheidungsbefugnis der Verwaltung.

Von Ermessen sprechen wir, wenn der Verwaltung bei der Verwirklichung eines gesetzlichen Tatbestands ein Entscheidungsspielraum eingeräumt ist, ob und wie sie von der Rechtsfolge einer Norm Gebrauch macht (Rechtsfolgenermessen).

Kennzeichnend für behördliches Ermessen ist, dass mehrere Verhaltensweisen vom Gesetz gedeckt und damit rechtmäßig sind.

Die Betätigung des Ermessens richtet sich darauf, unter Einbeziehung der konkreten Umstände und der gesetzlichen Zwecksetzung im Wege der **Abwägung** eine dem Einzelfall angemessene und sachgerechte (zweckmäßige) Lösung zu finden.

## Grenzen des Ermessens

- Ermessensentscheidungen sind gerichtlich daraufhin zu überprüfen, ob die Behörde ihre rechtlichen Bindungen gewahrt und keinen Ermessensfehler begangen hat.
- Dafür gibt es in § 40 VwVfG auch einen Anknüpfungspunkt:  
„Ist die Behörde ermächtigt, nach ihrem Ermessen zu handeln, hat sie ihr Ermessen entsprechend dem **Zweck** der Ermächtigung auszuüben und die gesetzlichen **Grenzen** des Ermessens einzuhalten.“
- Das gilt auch für die Gerichte, wie § 114 S. 1 VwGO deutlich macht:  
„Soweit die Verwaltungsbehörde ermächtigt ist, nach ihrem Ermessen zu handeln, prüft das Gericht auch, ob der Verwaltungsakt oder die Ablehnung oder Unterlassung des Verwaltungsakts rechtswidrig ist, weil die gesetzlichen **Grenzen** des Ermessens überschritten sind oder von dem Ermessen in einer dem **Zweck** der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise Gebrauch gemacht ist.“
- Es gibt im Rechtsstaat kein freies Ermessen, sondern nur pflichtgemäß auszuübendes, also **rechtlich gebundenes Ermessen**. Von den Gerichten wird es nur auf eine fehlerfreie Ausübung kontrolliert.

# Ermessensfehler

- Ermessensausfall

Die Behörde ist sich nicht bewusst, über Handlungsalternativen zu verfügen. Beispiel: Behörde hält sich trotz der Einräumung von Ermessen in § 15 VersG für verpflichtet, die Versammlung aufzulösen.

- Ermessens Fehlgebrauch

Die Behörde ist sich ihres Ermessens bewusst, trifft aber eine Entscheidung, die **nicht dem Zweck der Ermächtigung entspricht**. Beispiel: Normzweck der Ermessensausübung nach § 15 Abs. 1 VersG ist die effektive und verhältnismäßige Gefahrenabwehr, nicht aber die Ermöglichung einer abschreckenden Sanktionierung. Im „Versammlungsfall“ ist die Entscheidung deshalb ermessensfehlerhaft und damit rechtswidrig.

- Ermessensüberschreitung

Die Behörde muss sich mit ihrer Ermessensentscheidung innerhalb des ihr eröffneten Korridors an Gestaltungsoptionen halten. Sie darf **keine Rechtsfolge wählen, die im Gesetz nicht vorgesehen** ist oder im Einzelfall gegen ein anderes Gesetz bzw. die Verfassung verstößt.

Ein wichtiger Fall der Ermessensüberschreitung ist die Wahl einer unverhältnismäßigen Rechtsfolge. Beispiel: Fehlende Erforderlichkeit eines Versammlungsverbotes, wenn Gefahren für die öffentliche Sicherheit durch Auflagen wirksam begegnet werden kann.

# Ermessenssteuerung und Ermessensreduzierung

- generelle Ermessensausübung durch (verwaltungsinterne) Ermessensrichtlinien.  
Beispiel: Die Verwaltung erlässt eine Richtlinie, nach der Gebührenforderungen bis zur Höhe von 3 € nicht zwangsweise beizutreiben sind. Damit wird eine Selbstbindung der Verwaltung ausgelöst, von der nicht ohne Grund abgewichen werden kann.
- **Ermessensreduzierung**  
Eine Ermessensreduzierung auf Null liegt vor, wenn alle anderen Entscheidungen außer einer Alternative im obigen Sinne ermessensfehlerhaft wären. Dann liegt im konkreten Anwendungsfall eine gebundene Entscheidung vor.  
Gründe sind vor allem die **Selbstbindung der Verwaltung** aus Art. 3 Abs. 1 GG: Wenn die Verwaltung in anderen vergleichbaren Fällen ihr Ermessen in einer bestimmten Art und Weise ausgeübt hat, dann muss sie es auch im neuen Anwendungsfall so tun.  
Auch die **Grundrechte** können aus dem generellen „können“ ein im Einzelfall bestehendes „müssen“ machen. Beispiel: Nach § 76 Abs. 1 HBauO **kann** gegenüber dem Bauherrn eine Abrissverfügung ergehen. Ist das Gebäude einsturzgefährdet, **muss** gegebenenfalls wegen der Grundrechte Dritter (zB dort spielende Kinder, vgl. Art. 2 Abs. 1 GG) die Abrissverfügung erlassen werden. Das muss entsprechend begründet werden.  
Was wäre, wenn der Abriss des rechtswidrig errichteten Gebäudes angeordnet wird, weil der Bauherr seine Hundesteuer nicht regelmäßig bezahlt hat?

## Unbestimmte Rechtsbegriffe ...

- Beispiel

Eine baurechtliche Vorschrift verbietet, dass der Anteil der Fensterflächen einer Fassade 50% übersteigt. Was aber sind **Fenster**?

Neben eindeutig zu bejahenden Fällen (zB Schaufenster) und eindeutig zu verneinenden Fällen (zB Betonfertigteile) gibt es „umstrittene“ Fälle, etwa die Frage, ob **Glasbausteine** als Fenster im Sinne der baurechtlichen Vorschrift gelten, vgl. BGH, NJW 1960, 2092 f.

Ob unbestimmten Rechtsbegriffen eine Letztentscheidungskompetenz der Verwaltung entnommen werden kann, ist kein Problem der Rechtsfolge, sondern ein

- Tatbestandsproblem

Es sind Begriffe (zB „öffentliche Sicherheit“ oder „Zuverlässigkeit“), für deren Auslegung typischerweise eine Wertung erforderlich ist. Dem Rechtsanwender obliegt die Auslegung und Festlegung des genauen Begriffsinhalts. Hifestellung bieten Verwaltungsvorschriften. Die letztverbindliche Konkretisierungskompetenz liegt regelmäßig aber nicht bei der Verwaltung, **sondern bei den Gerichten.**

Beispiel: Ob ein Gastwirt nach § 4 Abs. 1 Nr. 1 GastG „zuverlässig“ ist oder nicht, kann im gerichtlichen Verfahren ebenso gut entschieden werden wie im Verwaltungsverfahren.

## ... mit oder ohne Beurteilungsspielraum

- Austauschbarkeit von Ermessen und unbestimmtem Rechtsbegriff  
Beispiel aus dem Bremer Nebentätigkeitsrecht für Beamte: „Die Genehmigung zur Nebentätigkeit **kann** versagt werden“. Früher hieß es: „Die Nebentätigkeitsgenehmigung wird nur versagt, wenn **dienstliche Interessen** entgegenstehen“.
- Dogmatisch: Kein Tatbestandsermessen, sondern Beurteilungsermächtigung  
Keine klare Ermächtigung der Verwaltung zur letztverbindlichen Konkretisierung. Das ist erst der Fall, wenn zur Unbestimmtheit ein Beurteilungs- oder Gestaltungsspielraum hinzutritt.  
Ein behördlicher Beurteilungsspielraum ist die tatbestandsbezogene Letztentscheidungs-  
befugnis der Verwaltung. Dafür gibt es keine vergleichbaren Regelungen wie § 40 VwVfG oder § 114 VwGO. Und es ist eher selten, dass der Gesetzgeber der Verwaltung einen Beurteilungsspielraum ausdrücklich zuweist.
- Merke: Unbestimmten Rechtsbegriffen ist in der Fallbearbeitung nur ausnahmsweise ein Beurteilungsspielraum für die Verwaltung zu entnehmen.

## Warum ist das so?

- Verfassungsrechtliche Determinanten
  - Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG: **Grundregel der vollständigen Überprüfung** der Entscheidung, soweit rechtliche Bindungen bestehen. Die Kontrolldichte folgt dem Kontrollmaßstab (und damit gesetzgeberischen Entscheidungen).
  - Gesetzesbindung der Verwaltung nach Art. 20 Abs. 3 GG: Nach der **normativen Ermächtigungslehre** muss der Verwaltung vom Gesetzgeber ein Beurteilungsspielraum zugewiesen sein. Nicht der negative Aspekt der Unbestimmtheit des Gesetzes, sondern der positive Aspekt der besonderen Ermächtigung der Verwaltung entscheidet über eine Reduktion des gerichtlichen Kontrollauftrags.
- Merke: Allein aus dem Vorliegen eines unbestimmten Rechtsbegriffs folgt noch keine Letztentscheidungsbefugnis der Verwaltung. Die Anerkennung eines Beurteilungsspielraums ist die **begründungsbedürftige** Ausnahme.

## BVerfGE 103, 142 (156)

„Die Pflicht zur vollständigen Überprüfung hat Grenzen. Die gerichtliche Überprüfung kann nicht weiter reichen als die materiell-rechtliche Bindung (...); die geschützten Rechtspositionen selbst ergeben sich nicht aus Art. 19 Abs. 4 GG, sondern werden darin vorausgesetzt (...). Die gerichtliche Kontrolle endet also dort, wo das materielle Recht der Exekutive in verfassungsrechtlich unbedenklicher Weise Entscheidungen abverlangt, ohne dafür hinreichend bestimmte Entscheidungsprogramme vorzugeben (...). Normativ eröffneten Gestaltungs-, Ermessens- und Beurteilungsspielräumen der Behörden steht Art. 19 Abs. 4 GG daher nicht von vornherein entgegen.“

## BVerfGE 129, 1 (22)

„Demgegenüber kann es weder der Verwaltung noch den Gerichten überlassen werden, ohne gesetzliche Grundlage durch die Annahme behördlicher Letztentscheidungsrechte die Grenzen zwischen Gesetzesbindung und grundsätzlich umfassender Rechtskontrolle der Verwaltung zu verschieben. Anderenfalls könnten diese ‚in eigener Sache‘ die grundgesetzliche Rollenverteilung zwischen Exekutive und Judikative verändern. Nimmt ein Gericht ein behördliches Letztentscheidungsrecht an, das mangels gesetzlicher Grundlage nicht besteht, und unterlässt es deshalb die vollständige Prüfung der Behördenentscheidung auf ihre Gesetzmäßigkeit, steht dies nicht nur in Widerspruch zur Gesetzesbindung der Gerichte (Art. 20 Abs. 3 GG), sondern verletzt vor allem auch das Versprechen wirksamen Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG).“

## noch einmal unser Versammlungsfall:

- Die Polizei löst die gewalttätige Versammlung nach § 15 VersG auf.  
„Die zuständige Behörde **kann (= Ermessen)** die Versammlung verbieten oder von bestimmten Auflagen abhängig machen, wenn nach den zur Zeit des Erlasses der Verfügung erkennbaren Umständen die **öffentliche Sicherheit (= unbestimmter Rechtsbegriff)** oder Ordnung bei Durchführung der Versammlung unmittelbar gefährdet ist.“
- Das Ermessen in § 15 Abs. 1 VersG wird **erst ausgelöst, wenn alle Tatbestandsvoraussetzungen vorliegen**. Dazu gehört, dass bei der (1) Durchführung der Versammlung (2) die öffentliche Sicherheit (3) unmittelbar gefährdet ist.  
Der unbestimmte Rechtsbegriff „öffentliche Sicherheit“ ist vage, enthält aber keine Beurteilungsermächtigung, so dass der Verwaltung insoweit keine Letzt Konkretisierungs-kompetenz gegenüber den Gerichten zusteht!
- Deshalb ist der unbestimmte Begriff zu **definieren** und unter ihn zu **subsumieren**. Hat die Polizei das „falsch“ gemacht, ist die Entscheidung schon deshalb rechts-widrig, so dass es auf Fehler bei der Ermessensausübung nicht ankommt.

# Beurteilungsspielräume der Verwaltung

- Fallgruppen

- Prüfungsentscheidungen

- zB „**mangelhaft**“ ( § 44 Abs. 4 HmbSG)

- Beamtenrechtliche Beurteilungen

- zB Versetzung aus „**dienstlichen Gründen**“ ( § 28 Abs. 2 BBG)

- Wertende Entscheidungen pluralistisch zusammengesetzter Gremien

- zB Beurteilung der „**Eignung zur Jugendgefährdung**“ durch die Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Medien ( § § 17 ff. JuSchG)

- Prognoseentscheidungen und Risikobewertungen

- zB Schutzvorkehrungen nach dem „**Stand von Wissenschaft und Technik**“ gegen Gefahren durch den Betrieb von Kernkraftwerken ( § 7 Abs. 2 Nr. 3 AtG) oder gentechnischer Anlagen ( § 13 Abs. 1 Nr. 4 GenTG).

- Begründung

funktionale Grenzen der Rechtsprechung im „Nachvollziehen“ der Verwaltungsentscheidung (materieller Aspekt) oder normative Ermächtigung zur Letztentscheidung (formeller Aspekt), aber stets bezogen auf die Subsumtion, nicht auf die Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs.

# Reichweite und gerichtliche Überprüfung

- Beispiel: Schülerin S rügt die Bewertung der Abiturklausur im Fach Deutsch mit mangelhaft als rechtswidrig. Die Bewertung sei viel zu streng. Ihre Interpretation des Gedichts sei vertretbar. Kann S die Überprüfung der Bewertung ihrer Klausur erreichen?
- Kontrollmaßstäbe am Beispiel von **Prüfungsentscheidungen**
  - Liegt ein Verstoß gegen Verfahrensvorschriften vor?
  - Ist der Prüfer von einem unrichtigen Sachverhalt ausgegangen?
  - Hat sich der Prüfer von sachfremden Erwägungen leiten lassen?
  - Wurden allgemein anerkannte Bewertungsgrundsätze nicht beachtet?  
Bemerkungen wie „völlig abwegig“ verstoßen gegen das Gebot der Sachlichkeit, das seinerseits keinen „Wortwahlspielraum“ eröffnet, a.A. OVG Lüneburg, NordÖR 2012, 98.
- Aber es gibt Besonderheiten:  
Beurteilungsspielraum nur für **prüfungsspezifische Wertungen**, weil Prüfungssituation nicht wiederholbar ist (viel zu „strenge“ Bewertung).  
Demgegenüber unterliegen **fachliche Beurteilungen** der Richtigkeitskontrolle. Eine mit gewichtigen Argumenten folgerichtig begründete Auffassung darf nicht als „falsch“ bewertet werden, auch wenn sie der Prüfer subjektiv für unzutreffend hält.

## Hinweise für die Fallbearbeitung

- Rechtsgrundlage
- Tatbestandsvoraussetzungen
  - Formelle Rechtmäßigkeit
  - Ist die Entscheidung materiell rechtmäßig?
    - Regel:** Auslegung des Tatbestandsmerkmals, zB „öffentliche Sicherheit“
    - Ausnahme:** Besonders zu begründen ist das Vorliegen eines Beurteilungsspielraums mit der Beschränkung der gerichtlichen Kontrolle auf Beurteilungsfehler.
- Rechtsfolge: gebundene Entscheidung oder Ermessensentscheidung?
  - Ermessen („kann“ statt „ist“)
  - Ermessensfehler, insbesondere Unverhältnismäßigkeit
    - Regel:** Kontrolliert werden nur Ermessensfehler, sog. „Fehlerkontrolle“
    - Ausnahme:** Besonders zu begründen ist, warum aus dem generellen „können“ im konkreten Einzelfall ein „müssen“ wird (Ermessensreduzierung auf Null).

## Literatur

- in den Akzenten unterschiedlich:
  - *Winfried Erbguth*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 2013, § 14 Rn. 25-50 (mit zuletzt behandeltem Beispielsfall)
  - Der Klassiker: *Hartmut Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 7.
  - sehr knapp: *Steffen Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Aufl. 2013, § 8 Rn. 311-389.
- vertiefend:
  - *Matthias Jestaedt*, Maßstäbe des Verwaltungshandelns, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2010, § 11.

# Grundbegriffe des Verwaltungsrechts

1. Gesetzesbindung der Verwaltung
2. „Ermessen“ und „unbestimmter Rechtsbegriff“  
Wiederholung an einem Beispielsfall
3. Subjektiv-öffentliche Rechte

## Beispiel

Türsteher G betreibt in B ohne erforderliche Genehmigung ein Bewachungsgewerbe nach § 34a GewO.

Sachbearbeiter K versagt G die Fortsetzung seines Gewerbes, weil G ihm am Wochenende den Zutritt zum „angesagten“ Club C verwehrt und ihn vor seiner Freundin blamiert hat.

Dabei berücksichtigt K nicht, dass die Voraussetzungen für die Erteilung einer Genehmigung an G nach § 34a Abs. 1 GewO vorliegen.

Ist die Verfügung rechtmäßig?

## Vorschriften

### § 15 Abs. 2 S. 1 GewO

Wird ein Gewerbe, zu dessen Ausübung eine Erlaubnis, Genehmigung, Konzession oder Bewilligung (Zulassung) erforderlich ist, ohne diese Zulassung betrieben, so **kann** die Fortsetzung des Betriebes von der zuständigen Behörde verhindert werden.

### § 34a Abs. 1 GewO

Wer gewerbsmäßig Leben oder Eigentum fremder Personen bewachen will (Bewachungsgewerbe), bedarf der **Erlaubnis** der zuständigen Behörde. Die Erlaubnis kann mit Auflagen verbunden werden, soweit dies zum Schutze der Allgemeinheit oder der Auftraggeber erforderlich ist.

## Lösung

- Nach § 15 Abs. 2 S. 1 GewO **kann** die Fortsetzung des Betriebs von der zuständigen Behörde verhindert werden, wenn ein Gewerbe ohne die dafür erforderliche Zulassung betrieben wird.
- Für ein Bewachungsgewerbe benötigt G gemäß § 34a Abs. 1 GewO eine Erlaubnis, die er nicht besitzt. Der **Tatbestand** der Vorschrift für die Untersagungsverfügung ( § 15 Abs. 2 S. 1 GewO) ist erfüllt.
- Hat die Behörde aber ihr Ermessen bei der Entscheidung über die Fortsetzung des Gewerbes ordnungsgemäß ausgeübt? K hat sich von persönlichem Missfallen leiten lassen. Wegen **Ermessensmissbrauchs** (Ermessens Fehlgebrauch: Entscheidung entspricht nicht dem Zweck der Ermächtigung) ist die Entscheidung materiell rechtswidrig.

## Lösung

- Darüber hinaus könnte sich ein Ermessensfehler auch aus der Verletzung des **Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes** ergeben.

Als milderes Mittel gegenüber der Versagung des Gewerbes kommt die Erlaubniserteilung an G gemäß § 34a GewO in Betracht, weil die Voraussetzungen dafür laut Sachverhalt vorlagen.

Es fehlt somit an der Erforderlichkeit des Vorgehens. Auch aus diesem Grund ist die Entscheidung ermessensfehlerhaft und rechtswidrig.

- Das Gericht hebt die Entscheidung auf, §§ 113, 114 VwGO.

# Subjektive öffentliche Rechte

## Objektives Recht und subjektive Rechte

Das Verwaltungsrecht regelt

einerseits **objektive Rechtsbindungen** für die Verwaltung, also Rechtmäßigkeitsmaßstäbe, an die sich die Verwaltung halten muss, um nicht rechtswidrig zu handeln,

andererseits **subjektive Rechte** des Bürgers gegenüber der Verwaltung, aufgrund derer die rechtlich geschützte Person von der Verwaltung die Beachtung der objektiven Rechtsbindungen verlangen und gerichtlich durchsetzen kann.

## Beispiel

B beantragt und erhält eine Genehmigung zum Bau eines Eigenheims auf seinem Grundstück.

Sein Nachbar N ist der Auffassung, dass die Genehmigung des ihn störenden Gebäudes gegen rechtliche Vorschriften verstößt und deshalb rechtswidrig ist.

Er erhebt vor dem Verwaltungsgericht Anfechtungsklage.

## Objektives Recht und subjektive Rechte

Hinter subjektiven Rechten steht die Aufwertung des Bürgers vom **Objekt** staatlichen Handelns ("Untertan") zum **Rechtssubjekt** durch die Möglichkeit, selbständig gegenüber dem Staat aufzutreten.

Jedes subjektive öffentliche Recht ist in objektivem Recht enthalten. Aber nicht alles objektive Recht vermittelt subjektive Rechte.

Ein subjektives Recht beruht auf dem objektiven Rechtssatz, indem es der subjektivrechtlich geschützten Person ermöglicht, die objektivrechtliche Bindung der Verwaltung gegenüber der Verwaltung selbst oder vor Gericht geltend zu machen. Objektivrechtlicher Normgehalt und subjektive Rechte sind Komponenten *eines* Rechtssatzes mit unterschiedlicher Funktion.

Subjektives öffentliches Recht = dem einzelnen kraft öffentlichen Rechts verliehene Rechtsmacht, vom Staat zur Verfolgung eigener Interessen ein bestimmtes Verhalten verlangen zu können.

## subjektive Rechte

- **einerseits**

können sie nicht generell ausgeschlossen werden. Sonst wäre der Einzelne lediglich Untertan und Objekt staatlichen Handelns. Das widerspräche der Würde des Menschen (Art. 1 Abs. 1 GG) und den Grundrechten.

- **andererseits**

schafft Art. 19 Abs. 4 GG keine subjektiven Rechte, sondern setzt sie voraus. **Der Gesetzgeber kann Rechtsschutz auch anders gewähren**, bitte genau lesen: § 42 Abs. 2 VwGO.

## Materielles Recht und Prozessrecht

- **Art. 19 Abs. 4 GG: Individualrechtsschutzgarantie**

hängt davon ab, dass jemand durch die öffentliche Gewalt *in seinen Rechten* verletzt ist. Gerichtsschutz wird nur garantiert, soweit der Kläger ein subjektiv-öffentliches Recht geltend machen kann. Einen allgemeinen Gesetzesvollziehungsanspruch gibt es nicht.

- **§ 42 Abs. 2 VwGO: Klagebefugnis bei Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen**

hängt davon ab, dass der Kläger geltend macht, durch den Verwaltungsakt oder seine Ablehnung *in eigenen Rechten* verletzt zu sein. Das schließt eine Popularklage aus.

## Rechtsschutz

- Verletztenklage, nicht Interessentenklage.
- **"Systementscheidung" zugunsten des Individualrechtsschutzes**  
im Gegensatz zur objektiven Rechtmäßigkeitskontrolle. Das bedeutet, dass der Zugang zum Gericht auf diejenigen Personen begrenzt ist, die eigene Rechte als verletzt rügen.
- Aber es gibt Ausnahmen, die im **"System"** selbst angelegt sind  
Beispiel: die naturschutzrechtliche Verbandsklage nach § 64 Abs. 1 BNatSchG. Der Gesetzgeber hat hier von der Öffnungsklausel des § 42 Abs. 2 Var. 1 VwGO Gebrauch gemacht.
- Konkrete Normenkontrolle nach § 47 Abs. 2 VwGO  
verlangt als Zulässigkeitsvoraussetzung mit der **Antragsbefugnis** das Vorliegen eines subjektiven öffentlichen Rechts, erlaubt aber auf der Ebene der Begründetheit dieses Rechtsbehelfs die objektive Rechtskontrolle (zum Beispiel von Bebauungsplänen).

## Zulässigkeits- und Begründetheitsebene

- für die Klagebefugnis ( § 42 Abs. 2 VwGO) reicht die mögliche Verletzung eines subjektiven Rechts aus, sog. **Möglichkeitstheorie**.

Das bedeutet, dass eine Rechtsverletzung des Klägers **nicht von vornherein ausgeschlossen** ist, weil die Vorschrift lediglich objektives Recht darstellt, aber keine subjektiven Rechten enthält. Beispiel: § 5 Abs. 1 BImSchG.

- Ob eine **Rechtsverletzung des Klägers** tatsächlich vorliegt, ist keine Frage der Klagebefugnis, sondern eine Voraussetzung der Begründetheit der Klage ( § 113 VwGO), deren Prüfung stets mit einem richtigen Obersatz eingeleitet wird

zum Beispiel für die Anfechtungsklage: Die Klage ist begründet, wenn der Verwaltungsakt rechtswidrig ist und der Kläger dadurch **in seinen Rechten** verletzt ist, § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO.

und beendet werden muss.

## § 5 Abs. 1 BImSchG

Genehmigungsbedürftige Anlagen sind so zu errichten und zu betreiben, dass zur Gewährleistung eines hohen Schutzniveaus für die Umwelt insgesamt

1. schädliche Umwelteinwirkungen (...) für die Allgemeinheit und die Nachbarschaft nicht hervorgerufen werden können;
2. Vorsorge gegen schädliche Umwelteinwirkungen und sonstige Gefahren, erhebliche Nachteile und erhebliche Belästigungen getroffen wird, insbesondere durch die dem Stand der Technik entsprechenden Maßnahmen.

## Herleitung subjektiver Rechte

- Grundrechtsnormen, zB Art. 2 Abs. 1 GG: Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit ...
- Soweit nicht ein eindeutiges Recht oder ein eindeutiger Anspruch formuliert ist, muss man aus dem objektiven Rechtssatz im Wege der **Interpretation** herleiten, inwieweit der Rechtssatz welchen Personen subjektive Rechte vermittelt.

Grundrechte geben grundsätzlich auch subjektive Rechte her. Ihr subjektiv-rechtlicher Aussagegehalt kann bei der Beurteilung der Frage, ob gesetzliche Vorschriften subjektive Rechte vermitteln, im Wege der verfassungskonformen Auslegung herangezogen werden.

## Rechte und Pflichten

- Einem subjektiven öffentlichen Recht korrespondiert eine entsprechende Rechtspflicht.
- **Umgekehrt gibt es jedoch häufiger (objektive) Rechtspflichten ohne korrespondierendes subjektives öffentliches Recht.** Der Bürger mag sich dann durch die Verwaltungsentscheidung "gestört" fühlen und die Entscheidung sogar rechtswidrig sein. Er kann die rechtswidrige Entscheidung aber nicht rügen und vor Gericht bringen.
- Das ist Gegenstand der Klagebefugnis, deren Voraussetzungen § 42 Abs. 2 VwGO nach Maßgabe einer kaum zu überschauenden und irritierenden Rechtsprechung festlegt.

## Rechte und Pflichten

- Das subjektive öffentliche Recht hat eine **Filterfunktion für den Zugang zum Gericht.**
- Die Klagebefugnis knüpft an die Möglichkeit einer eigenen Rechtsverletzung und damit an ein subjektives öffentliches Recht an ( § 42 Abs. 2 Var. 2 VwGO). Damit eine Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage nicht nur zulässig, sondern auch begründet ist, muss eine Verletzung in eigenen Rechten tatsächlich gegeben sein ( § 113 Abs. 1 S. 1 bzw. § 113 Abs. 5 VwGO).
- Um ein solches Recht bejahen zu können, ist zunächst eine Norm zu suchen, die eine Rechtspflicht der Verwaltung begründet. Auf diese Norm kann sich der Kläger nur berufen, wenn die Vorschrift zumindest auch dem Schutz der Interessen einzelner Bürger dient (Individualinteresse).

## Beispiele

- § 1 VersG: **Jedermann** hat das Recht, öffentliche Versammlungen und Aufzüge zu veranstalten und an solchen Veranstaltungen teilzunehmen.
  
- § 5 BImSchG: Genehmigungsbedürftige Anlagen sind so zu errichten und zu betreiben, dass zur Gewährleistung eines hohen Schutzniveaus für die Umwelt insgesamt schädliche Umwelteinwirkungen und sonstige Gefahren, erhebliche Nachteile und erhebliche Belästigungen für die Allgemeinheit und die **Nachbarschaft** nicht hervorgerufen werden können.

Wie aber sieht es mit § 34 BauGB aus?

- § 34 BauGB: Innerhalb der im Zusammenhang bebauten Ortsteile ist ein Vorhaben zulässig, wenn es sich nach Art und Maß der baulichen Nutzung, der Bauweise und der Grundstücksfläche ... in die Eigenart der näheren Umgebung einfügt ....

## "Schutznormtheorie"

Soweit nicht ein eindeutiges Recht oder ein eindeutiger Anspruch formuliert ist, muss man aus dem objektiven Rechtssatz im Wege der Interpretation herleiten, welchen Personen und inwieweit er subjektive Rechte vermittelt. Die Formel hierfür lautet: Ist die Rechtsnorm in sachlicher und persönlicher Hinsicht *zumindest auch* dem Schutz der Interessen der jeweiligen Person zu dienen bestimmt? (Schutznormtheorie). **Ein bloßes Interesse oder eine Störung reicht nicht aus, die fragliche Vorschrift muss vielmehr gerade auch den Kläger schützen.**

Im Baurecht muss die Vorschrift eine **nachbarschützende Wirkung** haben, damit der Nachbar sich auf diese berufen kann. Früher lehnte die Rspr einen Nachbarschutz bauplanungsrechtlicher Vorschriften weitgehend ab. Das änderte sich mit der Zulässigkeit von Nachbarklagen auf der Grundlage von Art. 14 Abs. 1 GG, soweit die Baugenehmigung die vorgegebene Grundstückssituation nachhaltig verändere und dadurch den Nachbarn **schwer und unerträglich** treffe. Heute lehnt die Rspr den Rückgriff auf Art. 14 GG ab und leitet den Nachbarschutz aus dem objektivrechtlichen **Gebot der Rücksichtnahme** ab, das ausnahmsweise nachbarschützende Charakter erlangt, wenn "in qualifizierter und zugleich individualisierender Weise auf schutzwürdige Interessen eines abgegrenzten Kreises Dritter Rücksicht zu nehmen" ist.

Nachdem die Verankerung dieses Grundsatzes zunächst fraglich war, wird er heute aus dem **Tatbestandsmerkmal des "Sich-Einfügens"** i.S. des § 34 Abs. 1 BauGB bzw. aus dem Tatbestandsmerkmal der **"öffentlichen Belange"** i.S. des § 35 Abs. 2 BauGB hergeleitet. Dieser Schutz stellt weniger hohe Anforderungen als der unmittelbare Rückgriff auf Art. 14 GG ("schwer und unerträglich").

## Lösung des Beispielfalls

- Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs (+)
- Anfechtungsklage als statthafte Klageart (+)
- Klagebefugt ( § 42 Abs. 2 VwGO) ist N nur, wenn er sich auf eine Vorschrift berufen kann, die ein subjektives öffentliches Recht vermittelt.

Teilweise ist das ausdrücklich ausgeschlossen, zB bei der Pflicht der Gemeinde zur Bauleitplanung. Auf die Aufstellung von Bebauungsplänen besteht **kein Anspruch**, vgl. § 1 Abs. 3 S. 2 BauGB.

Teilweise kann das Vorliegen eines subjektiven öffentlichen Rechts aber auch **mit einem Satz bejaht** werden. So liegt es im Falle einer den Kläger belastenden Maßnahme, wenn dieser Adressat dieser Maßnahme ist.

Denn Adressaten eines belastenden Verwaltungsakts können sich jedenfalls auf Grundrechte als Abwehrrechte, subsidiär auf die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) berufen, sog. **Adressatentheorie**.

## Lösung

- Anders liegt der Fall hier, wo N nicht Adressat der Maßnahme (das ist B, er hat den Verwaltungsakt erhalten) sondern Dritter ist, sog. **Drittanfechtungsklage**.
- Dann muss durch Auslegung ermittelt werden, ob die gesetzliche Vorschrift, die als verletzt gerügt wird, auch ein subjektives öffentliches Recht gewährt und der Kläger zum geschützten Personenkreis zählt (Schutznormlehre). Dass die Genehmigung gegen rechtliche Vorschriften verstößt, reicht nicht aus.

Abstandsvorschriften des Bauordnungsrechts (zB Regelungen über den seitlichen Grenzabstand, etwa § 6 HBauO) sollen Brandschutz und ein gewisses Maß an Licht- und Luftzufuhr der Nachbargrundstücke gewährleisten, schützen damit die individuellen Rechte eines bestimmbaren Personenkreises, nämlich der Nachbarn. N fällt unter diesen Personenkreis, denn er ist Nachbar.

- Somit kann sich N, was die Beachtung des seitlichen Grenzabstands betrifft, auf ein subjektives öffentliches Recht berufen und die Beachtung der Vorschrift durch die Behörde verlangen.

## Nachbarklage

im Baurecht: Eine Norm dient dann auch den Interessen des Betroffenen, wenn sich aus individualisierenden Tatbestandsmerkmalen der Norm ein Personenkreis entnehmen lässt, der von der Allgemeinheit verschieden ist.

Anders ausgedrückt:

Einzelne müssen durch die Norm **derart qualifiziert betroffen** sein, dass sie dadurch individualisiert und aus der Allgemeinheit herausgehoben werden.

## Wäre eine Klage vor dem Verwaltungsgericht zulässig?

- N begehrt die Aufhebung der Baugenehmigung, die einen Verwaltungsakt darstellt. Statthafte Klageart ist die Anfechtungsklage, § 42 Abs. 1 VwGO.
- N muss dann aber geltend machen können, durch die Baugenehmigung in seinen Rechten verletzt zu sein, § 42 Abs. 2 VwGO. Das ist der Fall, wenn die Verletzung seiner Rechte **möglich** ist. Da die Baugenehmigung nicht an ihn adressiert ist, sondern nur mittelbar trifft, muss die drittschützende Wirkung der als verletzt gerügten Vorschrift gesondert festgestellt werden.
- Hier rügt N einen Verstoß gegen die Abstandsregelung des § 6 HBauO. Diese dient – zumindest auch – den individuellen Rechten der Nachbarn. N ist Nachbar und gehört zu dem von der Vorschrift geschützten Personenkreis. Die Verletzung der Vorschrift muss lediglich möglich sein.

Soweit das genehmigte Vorhaben den vorgeschriebenen Grenzabstand unterschreitet, ist eine Verletzung der Einhaltung des Grenzabstands nicht ausgeschlossen und die Klagebefugnis gegeben.

## subjektives öffentliches Recht und Klagebefugnis

- **Norm des öffentlichen Rechts**

Nicht bloßes Interesse oder Situationsvorteil, keine Norm des Privatrechts

- **Auch dem Schutz von Individualinteressen gewidmet?**

Nach der Schutznormlehre wird das objektive Recht ausgeschieden, das ausschließlich der Allgemeinheit dient.

- **Gehört der Kläger zum Kreis der geschützten Personen?**

Kläger darf nicht lediglich Teil der Allgemeinheit, also nicht Teil der allgemeinen Öffentlichkeit sein.

- **Möglichkeit der Rechtsverletzung**

wenn das behauptete Recht nicht offensichtlich und eindeutig nach keiner Betrachtungsweise dem Kläger zusteht. Ob es tatsächlich verletzt ist, spielt für die Klagebefugnis keine Rolle.

## Problembereiche

- **Verfahrensfehler** (zB die Nichteinhaltung von Beteiligungsvorschriften) eröffnen nach traditioneller Auffassung ein subjektiv-öffentliches Recht nur dann, wenn zugleich die Verletzung eines materiellen Rechts droht.
- Der Anwendungsvorrang einfach-gesetzlicher Vorschriften schließt es nicht aus, im Rahmen der Auslegung, ob der Vorschrift individualschützende Wirkung zukommt, auf die **Grundrechte** zurückzugreifen. Im Zweifel spricht eine grundrechtskonforme Auslegung für die Annahme von Individualschutz.
- Das **Unionsrecht** kennt zwar ebenfalls subjektive öffentliche Rechte, ist in der Anerkennung aber großzügiger (normative Interessenklage). Die Vorschrift muss auch dem Schutz personaler Interessen zu dienen bestimmt sein und die Rechtsschutz suchende Person muss in diesem Rechtsgut tatsächlich betroffen sein können.

Europarecht gewährt subjektive Rechte zur Durchsetzung des objektiven Rechts. Dadurch gerät die Schutznormtheorie unter Anpassungsdruck (Beispiel: Anspruch auf Erstellung von Aktionsplänen gegen Feinstaub, vgl. Fall 26 aus dem Skript).

## Europarecht

- schafft ebenfalls keine Popularklagen, erkennt individuelle Rechtspositionen aber in weiterem Umfang an.

Geschützt werden vielfach bereits Interessen, nicht nur konkrete Rechte.

Die **tatsächliche Betroffenheit kann ausreichen**, eine rechtliche Betroffenheit wird nicht immer gefordert.

Denn das Unionsrecht bezweckt nicht nur den Schutz individueller Rechte, sondern mobilisiert den Bürger zur Durchsetzung des materiellen Europarechts.

- **Zwei dogmatische Konstruktionsmöglichkeiten**

Europarechtliche Forderung eines Klagerechts als "**anderweitige gesetzliche Bestimmung**" im Sinne des § 42 Abs. 2 Var. 1 VwGO (sog. prozessuale Lösung) oder: Interpretation der "**Rechte**" im Sinne des § 42 Abs. 2 Var. 2 VwGO in unionsrechtskonformer Auslegung des nationalen Prozessrechts mit der erleichterten Anerkennung eines subjektiven öffentlichen Rechts (materielle Lösung).

## Recht auf ermessensfehlerfreie Entscheidung

- Die **Behörde ist verpflichtet**,
  - ermessensfehlerfrei zu entscheiden und
  - im Fall der Ermessensreduzierung die einzig noch verbleibende ermessensfehlerfreie Entscheidung zu treffen.
- Dementsprechend hat der **Bürger einen Anspruch**
  - auf eine ermessensfehlerfreie Entscheidung bzw.
  - auf eine der Ermessensreduzierung entsprechende Entscheidung,

soweit die das Ermessen begründende Rechtsnorm nicht nur dem öffentlichen Interesse, sondern auch dem Interesse des betroffenen Bürgers zu dienen bestimmt ist. Es gibt keinen allgemeinen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung.

## Zwei Konstellationen

- **Ansprüche auf fehlerfreie Ermessensentscheidung**

Soweit eine Ermessensnorm auch subjektive Rechte gewährt, hat die geschützte Person einen Anspruch darauf, dass die Entscheidung ermessensfehlerfrei ist.

I.d.R. folgt daraus aber nur ein Anspruch darauf, dass keine fehlerhafte Entscheidung gefällt wird. Das ist beim Klageantrag zu beachten: Das Gericht hebt eine fehlerhafte Entscheidung auf, kann in der Sache aber nicht selbst entscheiden und **verweist die Sache an die Verwaltungsbehörde zur erneuten Entscheidung zurück**.

- **Ansprüche im Falle der Ermessensreduktion auf Null**

In manchen Fällen reduziert sich das Ermessen so weit, dass nur eine einzige Entscheidung ermessensfehlerfrei ist (Ermessensreduktion auf Null).

Nur dann hat der betroffene Bürger einen Anspruch auf eine bestimmte Entscheidung; in diesen Fällen darf das Gericht **durchentscheiden**, d.h. in der Sache abschließend ohne Zurückverweisung entscheiden.