

NOMOSKOMMENTAR

Fehling | Kastner | Störmer [Hrsg.]

Verwaltungs- recht

VwVfG | VwGO | Nebengesetze

Handkommentar

5. Auflage



Nomos

NOMOSKOMMENTAR

Prof. Dr. Michael Fehling, LL.M. (Berkeley)

Prof. Dr. Berthold Kastner

Dr. Rainer Störmer [Hrsg.]

Verwaltungsrecht

VwVfG | VwGO | Nebengesetze

Handkommentar

5. Auflage

Achim Bostedt, Vorsitzender Richter am Verwaltungsgericht Freiburg i. Br. | **Prof. Dr. Claudia Danker**, Hochschule Stralsund | **Prof. Dr. Sven Eisenmenger**, Hochschule in der Akademie der Polizei Hamburg | **Dr. Sigrid Emmenegger**, Vizepräsidentin des Verwaltungsgerichts Koblenz | **Prof. Dr. Michael Fehling**, LL.M. (Berkeley), Bucerius Law School Hamburg | **Wiss. Mit. Constantin Glaesner**, Bucerius Law School Hamburg | **Wiss. Mit. Lisa Hamacher**, Bucerius Law School Hamburg | **Hans-Jörg Holtbrügge**, Richter am Bundesverwaltungsgericht, Leipzig | **Michael Just**, Richter am Finanzgericht Sachsen-Anhalt, Dessau-Roßlau | **Prof. Dr. Berthold Kastner**, Hochschule für Polizei Baden-Württemberg | **Dr. Steffen Kautz**, Rechtsanwalt, München | **Dr. Hanno-Dirk Lemke**, Richter am Landessozialgericht Berlin-Brandenburg | **Wiss. Mit. Matthias Leymann**, Bucerius Law School Hamburg | **Dr. Hans-Jochem Mayer**, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht und Verwaltungsrecht, Bühl | **Winfred Porz**, Richter am Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz, Koblenz | **Prof. Dr. Kyrill-Alexander Schwarz**, Julius-Maximilians-Universität Würzburg | **Christoph Sennekamp**, Präsident des Verwaltungsgerichts Freiburg i.Br. | **Dr. Rainer Störmer**, Vorsitzender Richter am Bundesverwaltungsgericht, Leipzig | **Prof. Dr. Jörg Philipp Terhechte**, Leuphana Universität Lüneburg | **Prof. (apl.) Dr. Peter Unruh**, Präsident des Landeskirchenamtes der Ev.-Luth. Kirche in Norddeutschland/Georg-August-Universität Göttingen | **Prof. Dr. Martin Wickel**, LL.M. (University of Michigan), HafenCity Universität Hamburg | **Sandra Wilbert**, Rechtsanwältin, Hamburg



Nomos

Zitierhinweis: HK-VerwR/Bearbeiter, § ... Rn.

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8487-4810-5

5. Auflage 2021

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2021. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten.

Vorwort

Wie die Vorauflagen wurde auch die 4. Auflage des Handkommentars freundlich aufgenommen, so dass wir nach vier Jahren die 5. Auflage vorlegen können. Zu dem bewährten Konzept und zur Auswahl der Fundstellen verweisen wir auf das Vorwort zur 3. Auflage. Der Handkommentar erläutert mit dem Verwaltungsverfahrensgesetz sowie dem Verwaltungszustellungs- und Verwaltungsvollstreckungsgesetz nicht nur das gesamte Allgemeine Verwaltungsrecht, sondern mit der Verwaltungsgerichtsordnung auch das Verwaltungsprozessrecht einschließlich der Anwaltsgebühren im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess. Dies erlaubt es, Wechselbezüge umfassend herauszuarbeiten. Unnötige Doppelkommentierungen werden durch Querverweise vermieden.

Die Kommentierung befindet sich grundsätzlich auf dem Stand von Juli 2020. Vereinzelt konnte noch später Rechtsprechung eingearbeitet werden. Aus aktuellem Anlass wurden dabei insbesondere Entscheidungen zu Corona-Verordnungen der Länder berücksichtigt.

Der Kreis der Autoren hat sich nur leicht verändert. Neu im Autorenkreis ist Herr Richter am Bundesverwaltungsgericht Hans-Jörg Holtbrügge; er hat die Kommentierung der §§ 55a–55c, 60 und 99 VwGO von Herrn Richter am Oberverwaltungsgericht Winfred Porz übernommen. Die erstmalige Kommentierung des § 35a VwVfG ist von den Wissenschaftlichen Mitarbeitern an der Bucerius Law School Constantin Glaesner und Matthias Leymann verfasst worden.

Erneut haben wir vielen Helfern zu danken, ohne deren oft überobligatorischen Einsatz ein Werk dieses Umfangs nicht zu bewältigen gewesen wäre. Neben dem Nomos-Verlag gilt unser besonderer Dank den wissenschaftlichen Mitarbeitern an der Bucerius Law School, insbesondere Matthias Leymann und Constantin Glaesner, sowie den studentischen Mitarbeitern Liv Hagmann und Maximilian Tränkner.

Kritik und Verbesserungsvorschläge sind auch zur Neuauflage herzlich willkommen und werden – ungeachtet der alleinigen Verantwortung der Autoren für ihre Kommentierung – erbeten unter Michael.Fehling@law-school.de oder Berthold.Kastner@t-online.de oder rainer.stoermer11@gmail.com

Hamburg – Freiburg i.Br. – Leipzig, im Oktober 2020

Michael Fehling

Berthold Kastner

Rainer Störmer

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	5
Bearbeiterverzeichnis	11
Abkürzungsverzeichnis	13
Literaturverzeichnis	31

Verwaltungsverfahrensgesetz

In der Fassung der Bekanntmachung vom 23. Januar 2003

(BGBl. I S. 102) (FNA 201-6)

zuletzt geändert durch Art. 5 Abs. 25 G zur Einführung einer Karte für Unionsbürger und Angehörige des Europäischen Wirtschaftsraums mit Funktion zum elektronischen Identitätsnachweis sowie zur Änd. des PersonalausweisG und weiterer Vorschriften vom 21. Juni 2019

(BGBl. I S. 846, geändert durch G v. 20.11.2019, BGBl. I S. 1626)

Einleitung zum Verwaltungsverfahrensgesetz	39
Teil I Anwendungsbereich, örtliche Zuständigkeit, elektronische Kommunikation, Amtshilfe, europäische Verwaltungszusammenarbeit (§§ 1 – 8e)	85
Abschnitt 1 Anwendungsbereich, örtliche Zuständigkeit, elektronische Kommunikation (§§ 1 – 3a)	85
Abschnitt 2 Amtshilfe (§§ 4 – 8)	142
Abschnitt 3 Europäische Verwaltungszusammenarbeit (§§ 8a – 8e)	175
Teil II Allgemeine Vorschriften über das Verwaltungsverfahren (§§ 9 – 34)	190
Abschnitt 1 Verfahrensgrundsätze (§§ 9 – 30)	190
Abschnitt 2 Fristen, Termine, Wiedereinsetzung (§§ 31 – 32)	419
Abschnitt 3 Amtliche Beglaubigung (§§ 33 – 34)	444
Teil III Verwaltungsakt (§§ 35 – 53)	457
Abschnitt 1 Zustandekommen des Verwaltungsaktes (§§ 35 – 42a)	457
Abschnitt 2 Bestandskraft des Verwaltungsaktes (§§ 43 – 52)	627
Abschnitt 3 Verjährungsrechtliche Wirkungen des Verwaltungsaktes (§ 53)	778
Teil IV Öffentlich-rechtlicher Vertrag (§§ 54 – 62)	790
Teil V Besondere Verfahrensarten (§§ 63 – 78)	946
Abschnitt 1 Förmliches Verwaltungsverfahren (§§ 63 – 71)	946
Abschnitt 1a Verfahren über eine einheitliche Stelle (§§ 71a – 71e)	1025
Abschnitt 2 Planfeststellungsverfahren (§§ 72 – 78)	1054
Teil VI Rechtsbehelfsverfahren (§§ 79 – 80)	1267

Teil VII Ehrenamtliche Tätigkeit, Ausschüsse (§§ 81 – 93)	1287
Abschnitt 1 Ehrenamtliche Tätigkeit (§§ 81 – 87)	1287
Abschnitt 2 Ausschüsse (§§ 88 – 93)	1308
Teil VIII Schlussvorschriften (§§ 94 – 103)	1328

Verwaltungsgerichtsordnung

In der Fassung der Bekanntmachung vom 19.3.1991
(BGBl. I S 686) (FNA III 340-1)
zuletzt geändert durch Art. 181 Elfte ZuständigkeitsanpassungsVO
vom 19. Juni 2020 (BGBl. I S. 1328)

Einleitung zur Verwaltungsgerichtsordnung	1334
Teil I Gerichtsverfassung (§§ 1 – 53)	1356
1. Abschnitt Gerichte (§§ 1 – 14)	1356
2. Abschnitt Richter (§§ 15 – 18)	1385
3. Abschnitt Ehrenamtliche Richter (§§ 19 – 34)	1392
4. Abschnitt Vertreter des öffentlichen Interesses (§§ 35 – 37)	1410
5. Abschnitt Gerichtsverwaltung (§§ 38 – 39)	1415
6. Abschnitt Verwaltungsrechtsweg und Zuständigkeit (§§ 40 – 53)	1419
Teil II Verfahren (§§ 54 – 123)	1853
7. Abschnitt Allgemeine Verfahrensvorschriften (§§ 54 – 67a)	1853
8. Abschnitt Besondere Vorschriften für Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen (§§ 68 – 80b)	1996
9. Abschnitt Verfahren im ersten Rechtszug (§§ 81 – 106)	2192
10. Abschnitt Urteile und andere Entscheidungen (§§ 107 – 122)	2441
11. Abschnitt Einstweilige Anordnung (§ 123)	2643
Teil III Rechtsmittel und Wiederaufnahme des Verfahrens (§§ 124 – 153)	2692
12. Abschnitt Berufung (§§ 124 – 131)	2692
13. Abschnitt Revision (§§ 132 – 145)	2816
14. Abschnitt Beschwerde, Erinnerung, Anhörungsrüge (§§ 146 – 152a)	2889
15. Abschnitt Wiederaufnahme des Verfahrens (§ 153)	2930
Teil IV Kosten und Vollstreckung (§§ 154 – 172)	2942
16. Abschnitt Kosten (§§ 154 – 166)	2942
17. Abschnitt Vollstreckung (§§ 167 – 172)	3057
Teil V Schluß- und Übergangsbestimmungen (§§ 173 – 195)	3080

Verwaltungs-Vollstreckungsgesetz

Vom 27. April 1953 (BGBl. I S. 157)
(FNA 201-4)

zuletzt geändert durch Art. 42 Elfte ZuständigkeitsanpassungsVO
vom 19. Juni 2020 (BGBl. I S. 1328)

Einführung zum Verwaltungsvollstreckungsgesetz	3204
Erster Abschnitt Vollstreckung wegen Geldforderungen (§§ 1 – 5b)	3207
Zweiter Abschnitt Erzwingung von Handlungen, Duldungen oder Unterlassungen (§§ 6 – 18)	3226
Dritter Abschnitt Kosten (§§ 19 – 19a)	3338
Vierter Abschnitt Übergangs- und Schlußvorschriften (§§ 20 – 22)	3345

Verwaltungszustellungsgesetz

Vom 12. August 2005 (BGBl. I S. 2354)
(FNA 201-9)

zuletzt geändert durch Art. 11 Abs. 3 eIDAS-Durchführungsgesetz
vom 18. Juli 2017 (BGBl. I S. 2745)

Einführung zum Verwaltungszustellungsgesetz	3347
§ 1 Anwendungsbereich	3349
§ 2 Allgemeines	3352
§ 3 Zustellung durch die Post mit Zustellungsurkunde	3354
§ 4 Zustellung durch die Post mittels Einschreiben	3358
§ 5 Zustellung durch die Behörde gegen Empfangsbekanntnis; elektronische Zustellung	3361
§ 5a Elektronische Zustellung gegen Abholbestätigung über De-Mail-Dienste	3366
§ 6 Zustellung an gesetzliche Vertreter	3369
§ 7 Zustellung an Bevollmächtigte	3370
§ 8 Heilung von Zustellungsmängeln	3373
§ 9 Zustellung im Ausland	3375
§ 10 Öffentliche Zustellung	3377
Stichwortverzeichnis	3381

Bearbeiterverzeichnis

Achim Bostedt, Vorsitzender Richter am Verwaltungsgericht Freiburg i. Br.
(§§ 80–80b, 117, 122–123 VwGO)

Prof. Dr. Claudia Danker, Hochschule Stralsund
(§§ 2–12, 15–34 VwGO, Einleitung, §§ 1–5 VwVG, Einleitung, §§ 1–10 VwZG)

Prof. Dr. Sven Eisenmenger, Hochschule in der Akademie der Polizei Hamburg
(§§ 42a, 71a–71e VwVfG)

Dr. Sigrid Emmenegger, Vizepräsidentin des Verwaltungsgerichts Koblenz
(§§ 113, 118–120 VwGO)

Prof. Dr. Michael Fehling, LL.M. (Berkeley), Bucerius Law School Hamburg
(§§ 20–21, §§ 54–71 VwVfG, § 106 VwGO, mit *Hamacher* und *Wilbert*: § 102a VwGO)

Wiss. Mit. Constantin Glaesner, Bucerius Law School Hamburg
(mit *Leymann*: § 35a VwVfG)

Wiss. Mit. Lisa Hamacher, Bucerius Law School Hamburg
(mit *Fehling* und *Wilbert*: § 102a VwGO)

Hans-Jörg Holtbrügge, Richter am Bundesverwaltungsgericht, Leipzig
(§§ 55a–55b VwGO, mit *Porz*: §§ 55c, 60, 99 VwGO)

Michael Just, Richter am Finanzgericht Sachsen-Anhalt, Dessau-Roßlau, und
Wiss. Mit. beim Landesverfassungsgericht Sachsen-Anhalt
(Anhang zu § 41, §§ 115–116, 154–166, 173–195 VwGO)

Prof. Dr. Berthold Kastner, Hochschule für Polizei Baden-Württemberg
(§§ 1–8e, 48–52, 79–103 VwVfG, Einleitung, §§ 1, 13–14, 35–39, 58–59,
68–79 VwGO)

Dr. Steffen Kautz, Rechtsanwalt, München
(§§ 124–131 VwGO [zuvor *Schäfer*]; §§ 132–153 VwGO)

Dr. Hanno-Dirk Lemke, Richter am Landessozialgericht Berlin-Brandenburg
(Vorbemerkung zu den §§ 6–18, §§ 6–20 VwVG)

Wiss. Mit. Matthias Leymann, Bucerius Law School Hamburg
(mit *Glaesner*: § 35a VwVfG)

Dr. Hans-Jochem Mayer, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht und
Verwaltungsrecht, Bühl
(Anhang VwGO Anwaltliche Gebühren)

Winfred Porz, Richter am Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz, Koblenz
(§§ 11–19 VwVfG, §§ 54–55, 56–56a, 61–67a, 81–85, 87–98, 167–172 VwGO,
mit *Holtbrügge*: §§ 55c, 60, 99 VwGO)

Prof. Dr. Kyrrill-Alexander Schwarz, Julius-Maximilians-Universität Würzburg
(Einleitung, §§ 9–10, 22–35, 37–42, 43–47 VwVfG, §§ 57, 114 VwGO)

Christoph Sennekamp, Präsident des Verwaltungsgerichts Freiburg i.Br.
(§§ 42, 103–105 VwGO)

Dr. Rainer Störmer, Vorsitzender Richter am Bundesverwaltungsgericht, Leipzig
(§ 36 VwVfG, §§ 86, 100–102 VwGO)

Prof. Dr. Jörg Philipp Terhechte, Leuphana Universität Lüneburg
(§ 53 VwVfG, §§ 43–44a, 107–112 VwGO)

Prof. (apl.) Dr. Peter Unruh, Präsident des Landeskirchenamtes der Ev.-Luth.
Kirche in Norddeutschland/Georg-August-Universität Göttingen
(§§ 40, 45–53, § 121 VwGO)

Prof. Dr. Martin Wickel, LL.M. (Univ. of Michigan), HafenCity Universität
Hamburg
(§§ 72–78 VwVfG)

RAin Sandra Wilbert, trûon Rechtsanwâlter
(mit *Fehling* und *Hamacher*: § 102a VwGO)

Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG)

In der Fassung der Bekanntmachung vom 23. Januar 2003¹ (BGBl. I S. 102)
(FNA 201–6)

zuletzt geändert durch Art. 11 Abs. 2 eIDAS-Durchführungsgesetz
vom 18. Juli 2017 (BGBl. I S. 2745)

Einleitung zum Verwaltungsverfahrensgesetz

Literatur: *Achterberg*, Einwirkungen des Verfassungsrechts auf das Verwaltungsrecht, JA 1980, 210 ff, 273; *Appel*, Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischen Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch, VVDStRL 67 (2007), 226; *Battis*, Verwaltungsrecht als konkretisiertes Gemeinschaftsrecht, DÖV 2001, 988; *Berg*, Die Rechtsprechung zum Verwaltungsverfahrensgesetz seit 1998, JZ 2005, 1039; *Berger*, Der automatisierte Verwaltungsakt. Zu den Anforderungen an eine automatisierte Verwaltungsentscheidung am Beispiel des § 35a VwVfG; NVwZ 2018, 1260; *Biaggini*, Die Entwicklung eines Internationalen Verwaltungsrechts als Aufgabe der Rechtswissenschaft, VVDStRL 67 (2007), 413; *Blanke*, Vertrauensschutz im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht, 2000; *Bonk*, Strukturelle Änderungen des Verwaltungsverfahrens durch das Genehmigungsverfahrenbeschleunigungsgesetz, NVwZ 1997, 320; *Brohm*, Rechtsstaatliche Vorgaben für informelles Verwaltungshandeln, DVBl. 1994, 133; *Burgi*, Rechtsregime in Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts I, 2012, § 18; *ders.*, Die dienende Funktion des Verwaltungsverfahrens: Zweckbestimmung und Fehlerfolgenrecht in der Reform, DVBl. 2011, 1317; *ders./Durner*, Modernisierung des Verwaltungsverfahrensrechts durch Stärkung des VwVfG, 2012; *Burmeister*, Verträge und Absprachen zwischen der Verwaltung und Privaten, VVDStRL 53 (1993), 190; *Classen*, Das nationale Verwaltungsverfahren im Kraftfeld im europäischen Gemeinschaftsrechts, DV 31 (1998), 307; *ders.*, Die Entwicklung eines Internationalen Verwaltungsrechts als Aufgabe der Rechtswissenschaft, VVDStRL 67 (2007), 365; *ders.*, Unabhängigkeit und Eigenständigkeit der Verwaltung – zu einer Anforderung des Europarechts an das nationale Verwaltungsrecht in Müller-Graff/Schmahl/Skouris, FS Dieter Scheuing, 2011, 293; *v. Danwitz*, Fünfzehn Jahre Verwaltungsverfahrensgesetz, JURA 1994, 281; *ders.*, Verwaltungsrechtliches System und Europäische Integration, 1996; *ders.* Zur Grundlegung einer Theorie der subjektiven Gemeinschaftsrechte, DÖV 1996, 481; *Degenhart*, Das Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag, DVBl. 1982, 872; *Di Fabio*, Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, VVDStRL 57 (1997), 235; *Durner*, Schutz der Verbraucher durch Regulierungsrecht, VVDStRL 70 (2010), 398; *Ehlers*, Die Einwirkungen des Rechts der Europäischen Gemeinschaften auf das Verwaltungsrecht, DVBl. 1991, 605; *Eifert*, Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischen Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch, VVDStRL 67 (2007), 286; *ders.*, Legitimationsstrukturen internationaler Verwaltung in Trute/Groß/Röhl/Möllers, Allgemeines Verwaltungsrecht – zur Tragfähigkeit eines Konzepts, 2008, 307 ff; *Eisenmenger*, Moderne Verwaltung – Modernes Verfahren – 12 Gründe für die Neuregelung des Verwaltungsverfahrensgesetzes des Bundes, GewArch 2012, 145; *Fehling*, Verwaltung zwischen Unparteilichkeit und Gestaltungsaufgabe, 2001; *ders.*, Informelles Verwaltungshandeln in Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts II, 2008, § 38; *ders.*, Das Verhältnis von Recht und außerrechtlichen Maßstäben in Trute/Groß/Röhl/Möllers, Allgemeines Verwaltungsrecht – zur Tragfähigkeit eines Konzepts, 2008, 461 ff; *ders.*, Eigenwert des Verfahrens im Verwaltungsrecht, VVDStRL 70 (2010), 278; *ders.*, Europäisches Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozessrecht in Terhechte, Verwaltungsrecht der Europäischen Union, 2011, § 12; *Giegerich*, Europarecht und deutsches Recht – Wechselwirkungen in der Fallbearbeitung, JuS 1997, 39, 335, 426, 522, 619, 714; *Grabitz*, Europäisches Verwaltungsrecht – Gemeinschaftsrechtliche Grundsätze des Verwaltungsverfahrens, NJW 1989, 1776; *Guckelberger*, Informatisierung der Verwaltung und Zugang zu Verwaltungsinformationen, VerwArch 2006,

1 Neubekanntmachung des VwVfG idF der Bek. v. 21.9.1998 (BGBl. I 3050) in der ab 1.2.2003 geltenden Fassung.

62; *Gurlit*, Eigenwert des Verfahrens im Verwaltungsrecht, VVDStRL 70 (2010), 227; *Hellermann*, Schutz der Verbraucher durch Regulierungsrecht, VVDStRL 70 (2010), 366; *Hill*, Rechtsstaatliche Bestimmtheit oder situationsgerechte Flexibilität des Verwaltungshandelns, DÖV 1987, 885; *Hoffmann-Riem*, Tendenzen der Verwaltungsrechtsentwicklung, DÖV 1997, 433; *ders./Schmidt-Aßmann/Voßkuhle*, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 2006; Bd. 2, 2008; *Iglesias*, Zu den Grenzen der verfahrensrechtlichen Autonomie der Mitgliedstaaten bei der Anwendung des Gemeinschaftsrechts, EuGRZ 1997, 289; *Kadelbach*, Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluss, 1999; *Kabl*, Grundrechtsschutz durch Verfahren in Deutschland und in der EU, VerwArch 95 (2004), 1; *ders.*, 35 Jahre Verwaltungsverfahrensgesetz – 35 Jahre Europäisierung des Verwaltungsverfahrensrechts, NVwZ 2011, 449; *Kersten*, Herstellung von Wettbewerb als Verwaltungsaufgabe, VVDStRL 69 (2009), 288; *Knemeyer*, Von der rechtmäßigen zur auch guten Verwaltung. Zum Instrument einer selbst gesetzten Behördenverfassung in Baumeister/Roth/Ruthig, FS Wolf-Rüdiger Schenke, 2011, 933 ff; *Koch*, Einwirkungen des Gemeinschaftsrechts auf das nationale Verfahrensrecht, EuZW 1995, 78; *Krebs*, Verträge und Absprachen zwischen der Verwaltung und Privaten, VVDStRL 53 (1993), 248; *Ladeur*, Die Bedeutung eines allgemeinen Verwaltungsrechts für ein Europäisches Verwaltungsrecht in Trute/Groß/Röhl/Möllers, Allgemeines Verwaltungsrecht – zur Tragfähigkeit eines Konzepts, 2008, 795 ff; *Mager*, Die europäische Verwaltung zwischen Hierarchie und Netzwerk in Trute/Groß/Röhl/Möllers, Allgemeines Verwaltungsrecht – zur Tragfähigkeit eines Konzepts, 2008, 369 ff; *Mann*, Großvorhaben als Herausforderung für den demokratischen Rechtsstaat, VVDStRL 72 (2012), 544; *Masing*, Der Rechtsstatus des Einzelnen im Verwaltungsrecht in Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts I, 2006, § 7; *Maurer*, Das Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes, JuS 1976, 485; *Mayer*, Europäisches Verwaltungsrecht und nationales Verfassungsrecht in Terhechte, Verwaltungsrecht der Europäischen Union, 2011, § 8; *Michael*, Verfassung im Allgemeinen Verwaltungsrecht, VVDStRL 75 (2015), 131; *Möllers*, Materielles Recht – Verfahrensrecht – Organisationsrecht in Trute/Groß/Röhl/Möllers, Allgemeines Verwaltungsrecht – zur Tragfähigkeit eines Konzepts, 2008, 489 ff; *Ohler*, Europäisches und nationales Verwaltungsrecht in Terhechte, Verwaltungsrecht der Europäischen Union, 2011, § 9; *Ossenbühl*, Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag, NVwZ 1982, 471; *Peine*, Grenzen der Privatisierung – verwaltungsrechtliche Aspekte, DÖV 1997, 353; *Pietzker*, Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag, VVDStRL 41 (1983), 183; *Pitschas*, Maßstäbe des Verwaltungshandelns in Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts II, 2008, § 42; *Prell*, E-Government: Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht?, NVwZ 2018, 1255; *Potacs*, Herstellung von Wettbewerb als Verwaltungsaufgabe, VVDStRL 69 (2009), 254; *Pünder*, Grundlagen des Verwaltungsverfahrensrechts, JuS 2011, 289; *Rengeling*, Rechtsgrundsätze beim Verwaltungsvollzug des Europäischen Gemeinschaftsrechts, 1977; *ders.*, Deutsches und Europäisches Verwaltungsrecht – wechselseitige Einwirkungen, VVDStRL 53 (1993), 202; *Rofnagel/Knopp*, Mobilisierte Verwaltung: Perspektiven und rechtlicher Gestaltungsbedarf, DÖV 2006, 982; *Ruffert*, Rechtsquellen und Rechtsschichten des Verwaltungsrechts in Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts I, 2006, § 17; *ders.*, Von der Europäisierung des Verwaltungsrechts zum Europäischen Verwaltungsverband, DÖV 2007, 761; *Schliesky*, Von der organischen Verwaltung Lorenz von Steins zur Netzwerkverwaltung im Europäischen Verwaltungsverband, DÖV 2009, 641; *Schmidt-Aßmann*, Der Beitrag der Gerichte zur verwaltungsrechtlichen Systembildung, VBIBW 1988, 381; *ders.* Die Lehre von den Rechtsformen des Verwaltungshandelns, DVBl. 1989, 533; *ders.*, Deutsches und Europäisches Verwaltungsrecht – Wechselseitige Einwirkungen, DVBl. 1993, 924; *ders.*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung, 2. Aufl., 2004; *ders.*, Verwaltungsverfahren und Verwaltungskultur NVwZ 2007, 40; *ders.*, Verwaltungsverfahren in HStR V, 2007, § 109; *ders.*, Verfassungsprinzipien für den Europäischen Verwaltungsverband in Hoffmann-Riem/*ders.*/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts I, 2006, § 5; *ders.*, Der Verfahrensgedanke im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht in Hoffmann-Riem/*ders.*/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts II, 2008, § 27; *Schmidt-Preuß*, Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, VVDStRL 57 (1997), 160; *Schneider*, Strukturen und Typen von Verwaltungsverfahren in Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts II, 2008, § 28; *Schoch*, Die Europäisierung des Allgemeinen Verwaltungsrechts, JZ 1995, 109; *ders.*, Außerrechtliche Standards des Verwaltungshandelns als gericht-

liche Kontrollmaßstäbe in Trute/Groß/Röhl/Möllers, Allgemeines Verwaltungsrecht – zur Tragfähigkeit eines Konzepts, 2008, 543 ff; *Scholz*, Zum Verhältnis von Europäischem Gemeinschaftsrecht und nationalem Verwaltungsverfahrensgesetz – Zur Rechtsprechung des EuGH im Fall „Alcan“, DÖV 1998, 261; *Schulze-Fielitz*, Grundmodi der Aufgabewahrnehmung in Hoffmann-Riem/Schmidt-Alßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts I, 2006, § 12; *Schwarz*, Vertrauensschutz im Spannungsfeld von EuGH und Bundesverfassungsgericht, DV 34 (2001), 397; *ders.*, Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip, 2002; *Schwarze*, Europäisches Verwaltungsrecht, Entstehung und Entwicklung im Rahmen der Europäischen Gemeinschaft, 1988; *ders.*, Der Beitrag des Europäischen Gerichtshofs zur Europäisierung des Verwaltungsrechts, EuropaR 1997, 419; *Sommermann*, Europäisches Verwaltungsrecht oder Europäisierung des Verwaltungsrechts – Inkonsistenzen in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes, DVBl. 1996, 889; *ders.*, Europäisches Verwaltungsrecht als „die großartigste Rechtsbildung der Weltgeschichte“? – Die Vision von Lorenz v. Stein aus heutiger Perspektive, DÖV 2007, 859; *Stegmüller*, Vollautomatisierte Verwaltungsakte – eine kritische Sicht auf die neuen § 24 I 3 und § 35a VwVfG, NVwZ 2018, 353; *Sydow*, Europäisierte Verwaltungsverfahren, JuS 2005, 97, 202; *Szczekalla*, Handlungsformen im europäischen Verwaltungsrecht in Terhechte, Verwaltungsrecht der Europäischen Union, 2011, § 5; *Terhechte*, Europäisches Verwaltungsrecht und europäisches Verfassungsrecht in *ders.*, Verwaltungsrecht der Europäischen Union, 2011, § 7 (zit. als *Terhechte* in VerwR-EU); *Thieme*, Über die Notwendigkeit einer Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, DÖV 1996, 757; *Unrub*, Kritik des privatrechtlichen Verwaltungshandelns, DÖV 1997, 653; *Waechter*, Großvorhaben als Herausforderung für den demokratischen Rechtsstaat, VVDStRL 72 (2012), 499; *Wahl*, Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag, VVDStRL 41 (1983), 151; *ders.*, Das Verhältnis von Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozessrecht in europäischer Sicht, DVBl. 2003, 1285; *Werner*, Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht, DVBl. 1959, 527; *Wollenschläger*, Verfassung im Allgemeinen Verwaltungsrecht, VVDStRL 75 (2015), 187; *Würtenberger*, Akzeptanz durch Verwaltungsverfahren, NJW 1991, 257; *Ziekow*, Das Verwaltungsverfahrensgesetz in der Digitalisierung der Verwaltung, NVwZ 2018, 1169; *Zuleeg*, Deutsches und Europäisches Verwaltungsrecht – wechselseitige Einwirkungen, VVDStRL 53 (1993), 154.

A. Allgemeine Aussagen	1	chem und privatem Recht	29
I. Der Begriff der staatlichen Verwaltung	2	2. Das VwVfG als Teilmaterie des Verwaltungsverfahrensgesetzes	30
1. Der Begriff der Verwaltung im materiellen Sinne	3	a) Abgrenzungen, insbesondere die „Drei-Säulen-Theorie“	31
2. Der Begriff der Verwaltung im formellen Sinne	11	b) Annex-Materien	34
3. Der Begriff der Verwaltung im organisatorischen Sinne ..	12	3. Das Verhältnis bundes- und landesrechtlicher Bestimmungen	36
II. Der Gegenstand des Verwaltungsverfahrensgesetzes	13	a) Der Geltungsbereich des VwVfG	36
1. Das Verwaltungsrecht als Teil des öffentlichen Rechts ..	16	b) Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes für das VwVfG	37
a) Die Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht	18	c) Die Verwaltungsverfahrensgesetze der Länder ..	39
aa) Das theoretische Problem	18	III. Der materielle Anwendungsbereich des VwVfG	41
bb) Die Behandlung des Problems im Einzelfall	24	1. Beschränkung auf öffentlich-rechtliche Verwaltungstätigkeit	42
b) Wechselbeziehungen zwischen öffentlichem und privatem Recht	26	2. Subsidiarität der Anwendung der Bestimmungen des VwVfG	43
c) Einzelfragen der Abgrenzung zwischen öffentli-			

3. Analoge Anwendung der Bestimmungen des VwVfG ..	44	3. Verwaltungsvollzug des Unionsrechts	100
4. Die Anwendung auf sonstiges Verwaltungshandeln	45	a) Der gemeinschaftseigene Vollzug	101
5. Das Recht der Vergabe öffentlicher Aufträge	46	b) Der mitgliedstaatliche Vollzug	102
IV. Das Verhältnis von Verfahrensrecht und Prozessrecht	50	c) Das Effizienzgebot	106
B. Historische Entwicklung des Verwaltungsverfahrenrechts	52	d) Das Diskriminierungsverbot	108
I. Die Geschichte der Kodifikation bis zur Gründung der Bundesrepublik Deutschland	52	4. Allgemeine (Verwaltungs-) Rechtsgrundsätze im Unionsrecht	110
II. Die Rechtslage in der Bundesrepublik Deutschland vor dem Erlass des VwVfG	54	III. Verwaltungsrecht und Regelungen des Europarates	111
III. Die Entstehungsgeschichte des VwVfG	55	1. Menschenrechtsschutz durch Verwaltungsverfahren	111
IV. Der gegenwärtige Stand der Kodifikation	57	2. Entschließungen des Europarates zum Verwaltungsverfahren	112
V. Die zukünftige Entwicklung des VwVfG	61	D. Das Verwaltungsverfahren als konkretisiertes Verfassungsrecht	113
1. Reformbedarf und Reformüberlegungen	61	I. Verwaltungsverfahren im Spannungsfeld von Grundrechtsschutz und Verfahrenseffizienz ..	115
2. Das Problem des schlichten Verwaltungshandelns	63	II. Der Schutz subjektiver öffentlicher Rechte und das Verwaltungsverfahren	117
3. Das Problem des konsensualen (informellen) Verwaltungshandelns	67	1. Die Lehre von den subjektiven öffentlichen Rechten	118
4. Einschaltung Privater und Verwaltungsverfahren	70	a) Begriff und Voraussetzungen des subjektiven öffentlichen Rechts	118
C. Die Europäisierung des Verwaltungsverfahrenrechts	74	b) Die Funktion des subjektiven öffentlichen Rechts	122
I. Allgemeine Aussagen	74	2. Subjektive Rechte im Verwaltungsverfahren	123
II. Verwaltungsrecht in der Europäischen Union	76	III. Verfassungsrechtliche Vorgaben eines verfassungskonformen Verwaltungsverfahrenrechts	126
1. Das Unionsrecht	76	1. Grundrechtliche Gewährleistungen	127
a) Das primäre Unionsrecht	77	a) Grundrechtsschutz durch Verfahren	127
b) Das sekundäre Unionsrecht	80	b) Die Garantie der Menschenwürde	130
2. Das Verhältnis von Unionsrecht und nationalem Recht	85	c) Die Bedeutung des Gleichheitssatzes im Verwaltungsverfahren	131
a) Das Rangverhältnis	85	2. Sonstige verfassungsrechtliche Anforderungen an das Verwaltungsverfahren	132
aa) Allgemeine Aussagen	85	a) Das Rechtsstaatsprinzip ..	132
bb) Die These vom „absoluten“ Vorrang des Unionsrechts	89	b) Das Demokratieprinzip ..	133
cc) Die These vom „bedingten“ Vorrang des Unionsrechts	91	c) Das Sozialstaatsprinzip ..	134
b) Verbleibende nationale Spielräume	97	d) Das Bundesstaatsprinzip ..	135

A. Allgemeine Aussagen

„Der Rechtsstaat ist der Staat des wohlgeordneten Verwaltungsrechts ... Dabei wird bald mehr die objektive Rechtsordnung für die Verwaltung betont, bald mehr das Recht des Einzelnen gegenüber der Verwaltung.“¹ In dieser Aussage finden sich nahezu alle das Wesen des modernen Verwaltungsrechts konstituierenden Merkmale, nämlich zum einen die **rechtsstaatliche Fundierung des Verwaltungsrechts** und damit das Gebot rechtmäßigen Verwaltungshandelns, zum anderen die dem Interesse der Allgemeinheit „dienende“ **objektive Funktion des Verwaltungsrechts** und daneben gleichrangig die **Bedeutung des subjektiven Rechts** als zweitem Strukturelement neben der Gesetzesbindung der Verwaltung. Um die Wirkungskraft des Verwaltungsrechts in seiner Reichweite zutreffend würdigen zu können, bedarf es in einem ersten Schritt einer Analyse des Begriffs der staatlichen Verwaltung und dann in einem weiteren Schritt einer Darstellung des Gegenstandes des Verwaltungsverfahrenrechts.

I. Der Begriff der staatlichen Verwaltung

Der Terminus „Verwaltung“ findet vielfältige Verwendung sowohl auf verfassungsrechtlicher – man denke hier nur an die Art. 83 ff. GG² – als auch auf einfachgesetzlicher Ebene – hier sei nur der Begriff der „Verwaltungstätigkeit“ in § 1 erwähnt (→ § 1 Rn. 40 ff.). Ohne Existenz einer Legaldefinition wird der Begriff vorausgesetzt, was aber in Anbetracht der Vielschichtigkeit und des diffusen Charakters der Bezeichnung „Verwaltung“³ die Durchdringung der Materie nicht erleichtert. Vor diesem Hintergrund werden in der Verwaltungsrechtswissenschaft im Wesentlichen⁴ drei verschiedene Begriffe unterschieden.⁵

1. Der Begriff der Verwaltung im materiellen Sinne. Verwaltung im materiellen Sinne wird definiert aus der Perspektive der jeweils durch den Staat wahrzunehmenden Verwaltungsangelegenheiten. Maßgeblich sind bei diesem Ansatz also die jeweiligen **Staatsaufgaben**. Dabei werden diese Aufgaben sowohl **negativ** als auch **positiv** umschrieben. Zudem finden sich auch **Kombinationen** dieser Ansätze.

Auf der Grundlage des Gewaltenteilungsprinzips geht der Versuch einer **negativen Begriffsbestimmung** davon aus, dass Verwaltung diejenige staatliche Tätigkeit ist, die weder legislativer noch judikativer Natur ist.⁶ Abgesehen von dem Einwand, dass eine solche Definition nicht davon entpflichtet, dann die Handlungsformen der Exekutive und der Judikative präzise zu beschreiben⁷ und dem Umstand, dass eine solche Negativumschreibung auch kaum der zentralen Bedeutung der Verwaltung im gewaltenteilenden Rechtsstaat gerecht zu werden

1 O. Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1, 3. Aufl., 1924, 58.

2 Zum Verwaltungsbegriff der Art. 83 ff. vgl. Maunz/Dürig/Kirchhof GG Art. 83 Rn. 42 ff.; Trute in MKS Art. 83 Rn. 16 f.

3 Zu diesem Problem in aller Deutlichkeit: Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 1, wonach Verwaltung „... sich zwar beschreiben, aber nicht definieren läßt.“

4 Im Schrifttum werden daneben noch die *Verwaltung im modalen Sinne* und im *ökonomischen Sinne* unterschieden, vgl. nur: Stober in WBS VerwR I § 3 Rn. 26 ff.

5 Hierzu und zum folgenden: Maurer/Waldhoff AllgVerwR § 1 Rn. 1 ff.

6 Dies ist die sog. Subtraktionstheorie, vgl. grundlegend: W. Jellinek, Verwaltungsrecht, 3. Aufl., 1948: Verwaltung als „... Tätigkeit des Staates oder eines sonstigen Trägers öffentlicher Gewalt außerhalb von Rechtsetzung und Rechtsprechung“ – ihm mit gewissen Modifikationen folgend: Schmitz in SBS VwVfG § 1 Rn. 138.

7 Dazu auch Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 1; Maurer/Waldhoff AllgVerwR § 1 Rn. 6.

vermag,⁸ sprechen aber auch weitere Gründe gegen diesen Ansatz. Die bei diesem Definitionsversuch implizierte Vorstellung einer eindeutigen Trennung der Gewalten ist bei näherer Betrachtung nicht durchzuhalten; die Überschneidungen sind vielmehr von solcher Natur, dass – unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts⁹ – nur ein – allerdings hinsichtlich seiner Konturen nicht eindeutiger – **Kernbereich der jeweiligen Staatsfunktion** geschützt wird. Eine strikte Gewaltentrennung ist der grundgesetzlichen Ordnung danach nicht zu entnehmen.¹⁰

- 5 So lassen sich auf der einen Seite für das Parlament Emanationen staatlicher Gewalt nachweisen, die sich gerade nicht auf den Erlass materieller Gesetze beschränken. Dies sind zum einen die Befugnis zum **Erlass formeller Gesetze** wie beispielsweise dem **Haushaltsgesetz** nach Art. 110 GG¹¹ oder auch der Bereich der sog. **Maßnahmegesetze**.¹² Auch die **Kontrollfunktion des Parlaments**¹³ ist bei einem engen Gewaltenteilungsverständnis kaum dem Bereich der Legislative zuzuordnen. Dies gilt auch für die **Entlastung der Bundesregierung** nach Art. 114 I GG¹⁴ und die **Finanzkontrolle** nach Art. 114 II GG,¹⁵ die sich nicht in das klassische System der Gewaltenteilung einordnen lassen.
- 6 Auf der anderen Seite lassen sich auch Beteiligungsrechte der Exekutive an der legislativen Tätigkeit wie beispielsweise die in Art. 113 GG normierten **Zustimmungsvorbehalte**¹⁶ nachweisen; auch der Erlass von **Rechtsverordnungen** nach Art. 80 GG ist bei einem materiellen Gesetzesbegriff „gesetzgeberische“ Tätigkeit mit Bindungswirkung für den Normadressaten, nur durch einen anderen Normgeber als dem Parlament.¹⁷
- 7 Daneben ist auch die Tätigkeit der Gerichte nicht auf die Rechtsprechung beschränkt. Hier sei neben der **Führung der Handelsregister** nach § 8 HGB¹⁸ vor allem die Befugnis zum Erlass sog. „**Justizverwaltungsakte**“ nach § 23 I EGGVG genannt.¹⁹
- 8 Zudem ist zu berücksichtigen, dass auch Staatstätigkeiten existieren, die sich bei herkömmlichem Verständnis keiner der drei Gewalten zuordnen lassen. Dies ist

8 Kopp/Ramsauer § 1 Rn. 10.

9 Zur Kernbereichslehre vgl. nur: BVerfG – 2 BvF 2/58, E 9, 268 (280); 2 BvF 1/69 ua, E 30, 1 (28); 2 BvE 11, 15/83, E 67, 100 (139); 2 BvR 1178/86 ua, E 77, 1 (59). Der Begriff des „Kernbereichs exekutiver Eigenverantwortung“ wird – soweit ersichtlich – erstmals verwendet von Scholz AöR 105 (1980), 564 (598); ausführlich mwN: Hain in MKS Art. 79 Rn. 95 ff.; Maunz/Dürig/Klein Art. 44 Rn. 147; Sommermann in MKS Art. 20 Rn. 205 ff.

10 BVerfG – 2 BvF 2/93, E 95, 1 (15): „Das Prinzip der Gewaltenteilung ist nirgends rein verwirklicht.“ Ferner aus dem Schrifttum: Sommermann in MKS Art. 20 Rn. 200.

11 BVerfG – 2 BvE 1/74, E 45, 1 (32): „... Hoheitsakt in Gesetzesform ...“. Zum Charakter des Haushaltsgesetzes mit unterschiedlicher Akzentuierung vgl. ferner: Heintzen in MKS Art. 110 Rn. 31 ff.; Hillgruber in MKS Art. 110 Rn. 95.

12 Siehe zur Zulässigkeit solcher Maßnahmegesetze nur aus der Rspr. des Bundesverfassungsgerichts: BVerfG – 2 BvL 15/67, E 25, 371 (396); 1 BvL 17/72, E 36, 383 (400).

13 Dazu auch: Achterberg, Parlamentsrecht, 1984, 410 ff.; Krebs, Kontrolle in staatlichen Entscheidungsprozessen, 1984, 120 ff.

14 Ausführlich: Schwarz in MKS Art. 114 Rn. 6, 37 ff.

15 Vgl. Müller DVBl. 1994, 1276 (1277); Schwarz in MKS Art. 114 Rn. 47 aE; Stern, Staatsrecht, Bd. 2, 1980, S. 448.

16 Schwarz in MKS Art. 113 Rn. 8 ff.

17 Siehe nur: Brenner in MKS Art. 80 Rn. 14; Maurer/Waldhoff AllgVerwR § 4 Rn. 20, 21.

18 Dazu auch EuGH – Rs C-182/00, EuZW 2002, 127 (128.).

19 Zu der rechtlichen Bewertung dieser Justizverwaltungsakte siehe nur Bonk/Schmitz in SBS VwVfG § 1 Rn. 205; Schliesky in Knack/Henneke § 2 Rn. 43 f.

zum einen die Regierungstätigkeit selbst,²⁰ zum anderen aber sind dies auch exekutivische Handlungen wie beispielsweise die Kontrolle der Rechnungshöfe, denen eine Sonderstellung im Dienste der Gewaltenteilung und -kontrolle zukommt.²¹

Vor dem Hintergrund der zuvor beschriebenen Unzulänglichkeiten finden sich denn in der Literatur auch diverse **positive Umschreibungen** der Verwaltung im materiellen Sinne, die sich allerdings in aller Regel darauf beschränken, einzelne Merkmale der Verwaltung zu betonen.²² So finden sich Ansätze, die als Charakteristika auf die Lösung konkreter Aufgaben am Maßstab bzw. innerhalb der Schranken der Rechtsordnung,²³ auf die Sozialgestaltung im Rahmen der Gesetze und auf dem Boden des Rechts,²⁴ auf den Einsatz hoheitlicher Mittel,²⁵ auf die Herstellung verbindlicher Entscheidungen,²⁶ auf die Verwirklichung des gesetzgeberischen Willens²⁷ oder auf die Verwirklichung der Staatszwecke im Einzelfall²⁸ abstellen. Weitere Definitionen umschreiben die Tätigkeit der Verwaltung als die den Organen der vollziehenden Gewalt und bestimmten diesen zugeordneten Rechtssubjekten übertragene eigenverantwortliche ständige Erledigung der Aufgaben eines Gemeinwesens durch konkrete nach außen gerichtete Maßnahmen mit rechtlicher Bindung nach (mehr oder weniger spezifiziert) vorgegebener Zielsetzung.²⁹ Daneben wird Verwaltung auch umschrieben als die Wahrnehmung politischer Handlungsoptionen im Wege des problem- und zielorientierten Einsatzes tatsächlicher oder rechtlicher Ressourcen durch ein darauf spezialisiertes Organisationssystem.³⁰

Vor diesem Hintergrund finden sich zunehmend **Ansätze in der Literatur**, die sowohl **negative** als auch positive Definitionsmerkmale verbinden. Ein typisches Beispiel ist die Definition der Verwaltung nach *K. Stern*, der zunächst im Wege eines Negativ-Verfahrens die rechtsetzende Tätigkeit, die Regierung, die staatsleitende Planung, den Bereich der militärischen Verwaltung und die Rechtsprechung ausschließt und dann die Tätigkeit der Verwaltung als die den Organen der vollziehenden Gewalt und bestimmten diesen zugeordneten Rechtssubjekten übertragene eigenverantwortliche ständige Erledigung der Aufgaben eines Gemeinwesens durch konkrete nach außen gerichtete Maßnahmen mit rechtlicher Bindung nach (mehr oder weniger spezifiziert) vorgegebener Zielsetzung bezeichnet.³¹ Ähnlich ist auch der Ansatz einer „*verfeinerten Substraktionsklausel*“,³² der ebenfalls zunächst bestimmte Tätigkeiten ausscheidet, um dann den Begriff der Verwaltung durch eine nach Aufgaben und Zwecken differenzierte Typisierung von Verwaltungsformen anzureichern, wobei im Ergebnis die Bereiche der

20 *Stober* in WBS VerwR I § 3 Rn. 4.

21 *Schwarz* in MKS Art. 114 Rn. 47.

22 Ein guter Überblick über die verschiedenen Ansätze findet sich bei: *Stober* in WBS VerwR I § 3 Rn. 5 f.

23 *G. Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl., 1960, S. 610.

24 *Forsthoff*, Verwaltungsrecht, S. 6.

25 *Giese*, AllgVerwR, 3. Aufl., 1952, S: 6.

26 *Lubmann*, Theorie der Verwaltungswissenschaft, 1966, 67. Ähnlich auch *Thieme*, Verwaltungslehre, 4. Aufl. 1984, Rn. 8 f.

27 *Jesch*, Gesetz und Verwaltung, 1961, S. 205; *Rupp*, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, 2. Aufl. 1991, S. 135.

28 So beispielsweise *Peters*, Lehrbuch der Verwaltung, 1949, S. 5 ff.

29 Vgl. dazu *Stern*, Staatsrecht, Bd. 2, 1980, S. 738.

30 *Scherzberg*, Die Öffentlichkeit der Verwaltung, 2000, S. 76.

31 Vgl. dazu *Stern*, Staatsrecht, Bd. 2, 1980, S. 738.

32 So *Battis*, AllgVerwR, 3. Aufl. 2002, 3.

ordnenden und leistenden Verwaltung sowie die Abgaben- und die Bedarfsverwaltung zu unterscheiden sind. Gleichwohl ist zu konstatieren, dass die vielfältigen Erscheinungsformen öffentlicher Verwaltung jedem Versuch einer abschließenden Definition erhebliche Schwierigkeiten bereiten, es mithin bei dem **Befund** bleiben muss, dass **Verwaltung sich weniger definieren als vielmehr nur beschreiben lässt.**³³

- 11 **2. Der Begriff der Verwaltung im formellen Sinne.** Demgegenüber ist **Verwaltung im formellen Sinne** die von Verwaltungsbehörden im organisatorischen Sinne – was sowohl die unmittelbare Staatsverwaltung als auch die Träger mittelbarer Staatsverwaltung umfasst – ausgeübte Tätigkeit ungeachtet der Frage, ob es sich um Verwaltungstätigkeit im materiellen Sinne handelt.³⁴ Dieser Definitionsansatz lässt dabei allerdings die Frage nach den rechtlichen Rahmenbedingungen für das „Ob“ einer Verwaltungstätigkeit, die nach Maßgabe des Verfassungsrechts und des einfachen Gesetzesrechts zu beantworten ist, außer Acht.³⁵
- 12 **3. Der Begriff der Verwaltung im organisatorischen Sinne.** Schließlich stellt der Begriff der **Verwaltung im organisatorischen Sinne** auf die Gesamtheit der Verwaltungsträger und ihrer Untergliederungen ab, soweit diese vom Staat getragen und überwiegend materiell verwaltend tätig werden.³⁶ Verwaltungsträger sind danach alle **juristischen Personen des öffentlichen Rechts** sowie die **Privatrechtssubjekte**, die ausschließlich einem oder mehrerer der zuvor genannten juristischen Personen des öffentlichen Rechts zugeordnet sind.³⁷

II. Der Gegenstand des Verwaltungsverfahrensgesetzes

- 13 Wenn das **Verwaltungsrecht** als die **Summe der geschriebenen und ungeschriebenen Rechtssätze des öffentlichen Rechts** definiert werden kann, die entweder die staatliche Verwaltung im organisatorischen Sinne konstituieren oder aber die Tätigkeit der Verwaltung selbst regeln,³⁸ so sind die Normen des Verwaltungsrechts gleichwohl nicht nur für die Verwaltung selbst maßgeblich; sie entfalten ihre Rechtswirkungen vielmehr auch und gerade im Verhältnis der Verwaltung zum Bürger und begründen so für die Subjekte des Verwaltungsrechtsverhältnisses Rechte und Pflichten.
- 14 Dabei ist – insoweit für die deutsche Rechtstradition typisch – zwischen den Bestimmungen des allgemeinen und des besonderen Verwaltungsrechts zu unterscheiden:³⁹ Das **allgemeine Verwaltungsrecht** stellt die Summe der Regelungen, allgemeinen Grundsätze und Rechtsinstitute dar, die gewissermaßen als „Allgemeiner Teil“ in allen Bereichen des Verwaltungsrechts zu beachten sind. Demgegenüber erfasst das **besondere Verwaltungsrecht** die für die einzelnen Tätigkeits-

33 Forsthoff, Verwaltungsrecht, 1; ihm folgend auch: Maurer/Waldhoff AllgVerwR § 1 Rn. 8.

34 So übereinstimmend: Battis, AllgVerwR, 3. Aufl., 2002, 1; Bonk/Schmitz in SBS § 1 Rn. 139; Maurer/Waldhoff AllgVerwR § 1 Rn. 2; Stober in WBS VerwR I § 3 Rn. 23.

35 Zur notwendigen Differenzierung gegenüber dem Verfahrensrecht als formellem Recht siehe nur Schmidt-Aßmann in Isensee/Kirchhof StaatsR-HdB § 109 Rn. 5 ff.

36 Vgl. hierzu und zum folgenden nur: Maurer/Waldhoff AllgVerwR § 1 Rn. 2.

37 Umstritten ist vor diesem Hintergrund auch die Einordnung sog. gemischtwirtschaftlicher Unternehmen – dazu auch Mann, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, 2003, S. 13 – sowie privater Rechtssubjekte, denen die Ausübung staatlicher Gewalt im Einzelfall übertragen wurde, also den sog. „Beliehenen“.

38 Mit gewissen Modifikationen, aber in der Sache identisch Maurer/Waldhoff AllgVerwR § 3 Rn. 1.

39 Andere Beispiele für eine Unterscheidung mit dem Versuch, Bauformen der verwaltungsrechtlichen Verfahrenslehre zu entwickeln, finden sich bei Schmidt-Aßmann in Isensee/Kirchhof StaatsR-HdB V § 109 Rn. 50 ff. mit der Unterscheidung von Verteilungs-, Qualitätssicherungs- und Risikoverfahren.

felder der Verwaltung maßgeblichen Rechtsvorschriften, wobei aber die hier angedeutete Trennung in Anbetracht der zunehmenden Ausdifferenzierung des Verwaltungsrechts nicht mehr in aller Schärfe durchgehalten werden kann.⁴⁰ Entscheidend für die Bedeutung des allgemeinen Verwaltungsrechts ist aber der Umstand, dass das allgemeine Verwaltungsrecht erst in der Lage ist, dem besonderen Verwaltungsrecht Ordnung⁴¹ und Struktur zu vermitteln und so zur Stabilität eines rechtsstaatlichen Grundsätzen verpflichteten Verfahrensrechts beizutragen.

Insgesamt enthält das **Verwaltungsverfahrensgesetz** – allerdings nicht umfassend, sondern durchaus fragmentarisch⁴² – nicht nur **Verfahrensregeln** (Amtshilfe, Verfahrensgrundsätze, Fristbestimmungen, Vorschriften für das Beglaubigungsverfahren, Bestimmungen über das förmliche Verwaltungsverfahren usw), sondern auch **Bestimmungen des materiellen Verwaltungsrechts** in den normativen Vorgaben für den Verwaltungsakt, für den öffentlich-rechtlichen Vertrag und für die Planfeststellung. Während das VwVfG selbst nur das Verfahrensrecht für die öffentlich-rechtliche Verwaltungstätigkeit von Bundesbehörden normiert und das die Verwaltungsverfahrensgesetze der Länder die Tätigkeit von Landesbehörden erfassen, so sind diese normativen Vorgaben nicht abschließender Natur. Sie werden zum einen bereichsspezifisch – wie hier nur die Figur der Rechtsnachfolge⁴³ in § 4 III 1 BBodSchG hinreichend illustrieren kann – ergänzt; zum anderen können bestimmte Rechtsfiguren – wie beispielsweise das rechtsstaatliche **Übermaßverbot**,⁴⁴ der Gedanke der **Selbstbindung der Verwaltung**,⁴⁵ das Gebot des **Vertrauensschutzes**,⁴⁶ das Institut des **Folgenbeseitigungsanspruchs**⁴⁷ – unmittelbar aus dem Verfassungsrecht deduziert werden.

1. Das Verwaltungsrecht als Teil des öffentlichen Rechts. Ungeachtet anderer Stimmen in der Literatur⁴⁸ ist das **allgemeine Verwaltungsrecht eine Disziplin des Öffentlichen Rechts**.⁴⁹ Gerade weil der Frage nach der Zuordnung einer bestimmten Materie zum öffentlichen Recht in der Praxis eine zentrale Bedeutung zukommt, bedarf es einer Abgrenzung des öffentlichen Rechts von anderen Rechtsgebieten, insbesondere dem Privatrecht. Dabei ist nicht nur auf einen entscheidenden systemimmanenten Unterschied zwischen dem öffentlichen Recht einerseits und dem Zivilrecht andererseits hinzuweisen.⁵⁰ So basiert das Zivilrecht auf dem Gedanken der verfassungsrechtlich geschützten Privatautonomie⁵¹ und stellt Regelungen für den rechtsgeschäftlichen Verkehr und Institute für die Ge-

40 Zu diesem Phänomen vgl. mwN *Maurer/Waldhoff* AllgVerwR § 3 Rn. 3.

41 Siehe insoweit nur den Titel der grundlegenden Monographie von *Schmidt-Aßmann* AllgVerwR, passim.

42 *Kopp/Ramsauer* Einführung I Rn. 1.

43 Umfassend zum Problem der Rechtsnachfolge: *Dietlein*, Nachfolge im öffentlichen Recht, 1999, passim; *Nolte/Niestedt* JuS 2000, 1071 ff. (1172 ff.).

44 *Slink* in FG 50 Jahre BVerwG Bd. 2, 445 ff.

45 Aus der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zur Ableitung der administrativen Selbstbindung aus Art. 3 I GG vgl. nur BVerwG – VIII C 104.69, E 34, 278 (280); I C 52.75, E 61, 15 (18); I C 34.93, E 100, 335 (339 f.); III C 6.95, E 104, 220 (223).

46 *Blanke*, Vertrauensschutz im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht, 2000, passim; *Schwarz*, Vertrauensschutz, passim.

47 Umfassend insoweit auch die Darstellung bei *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 286 ff.

48 So insbesondere *Bullinger*, Öffentliches Recht und Privatrecht, 1968, S. 75 ff.

49 Allg. Ansicht, vgl. *Di Fabio* VVDStRL 57 (1997), 235 (275); *Kempen*, Formenvahlfreiheit der Verwaltung, 1989, 5 ff.; *Maurer/Waldhoff* AllgVerwR § 3 Rn. 7.

50 Hierzu und zum Folgenden siehe nur: *Maurer/Waldhoff* AllgVerwR § 3 Rn. 8.

51 BVerfG – 1 BvR 567/89, E 89, 214 (231). *Kunig* in MKS GG Art. 2 Rn. 16; *Starck* in MKS Art. 2 Rn. 145 mwN.

staltung von Privatrechtsverhältnissen zur Verfügung. Demgegenüber regelt das öffentliche Recht die Begründung und Begrenzung staatlicher Befugnisse, normiert also mögliche Rechtfertigungen für staatliches Handeln.

- 17 Neben diesen eher theoretischen Erwägungen spielt die Unterscheidung zwischen den Rechtskreisen des öffentlichen und des privaten Rechts aber neben der bereits im Grundgesetz vorausgesetzten Zweiteilung⁵² vor allem auf der Ebene **einfachgesetzlicher Bestimmungen** eine zentrale Rolle: Nach § 40 I VwGO sind die Verwaltungsgerichte für „*öffentlich-rechtliche Streitigkeiten*“ zuständig (→ VwGO § 40 Rn. 94 ff.), während nach § 13 GVG die ordentliche Gerichtsbarkeit für die „*bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten*“ zuständig ist. Aber auch die Bestimmungen des VwVfG setzen die Unterscheidung voraus, wenn nach § 1 I die Vorschriften des Verwaltungsverfahrensgesetzes nur für die „*öffentlich-rechtliche Verwaltungstätigkeit*“ gelten und Verwaltungsakte und verwaltungsrechtliche Verträge schon nach der Legaldefinition in § 35 bzw. in § 54 nur „*auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts*“ erlassen bzw. geschlossen werden können. Schließlich setzt die Verwaltungsvollstreckung in § 1 VwVG die Existenz von „*öffentlich-rechtlichen Geldforderungen*“ voraus.
- 18 a) Die Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht. aa) Das theoretische Problem. Nach den vorstehenden Ausführungen bedarf es daher einer **Abgrenzung zwischen dem Bereich des öffentlichen Rechts und dem des Privatrechts** (→ VwGO § 40 Rn. 102 ff.). Dafür werden im Einzelnen in ihren Nuancierungen unterschiedliche Theorien vertreten,⁵³ die allerdings nur bedingt tauglich sind, eine hinreichende Unterscheidung beider Rechtskreise vorzunehmen.⁵⁴
- 19 Nach der – auf *Ulpian*⁵⁵ zurückgehenden – **Interessentheorie** ist der Bereich des öffentlichen Rechts dann berührt, wenn es um die Bestimmung und Durchsetzung öffentlicher Interessen geht, während die Durchsetzung privater Interessen für das Privatrecht charakteristisch ist. So zutreffend dieser Ansatz grundsätzlich auch sein mag, so übersieht er gleichwohl, dass Rechtssätze sowohl öffentliche Interessen als auch Privatinteressen – und zwar gegenläufige ebenso wie gleichgerichtete – berücksichtigen können.⁵⁶ Sie leidet zudem an einer die Problematik verkürzenden Gleichsetzung der Begriffe „öffentliches Interesse“ und „öffentliches Recht“ einerseits und „privates Recht“ und „privates Interesse“ andererseits.⁵⁷

52 Dazu nur mit weiteren Nachweisen: *Ehlers/Schneider* in SSB § 40 Rn. 21.

53 Schon im Jahr 1904 wurden 17 (!) Theorien gezählt, vgl. dazu: *Hollinger*, Das Kriterium des Gegensatzes zwischen dem öffentlichen und dem privaten Recht, 1904, S. 11 ff. Einen ausführlichen Überblick über den Streitstand in der Gegenwart bieten die Darstellungen des Problems bei: *Burgi* in HSV VerwR I § 18 Rn. 18 ff.; *Pietzner/Ronellenfisch* § 5 Rn. 21 ff.; *Ramsauer* Assessorprüfung, 7. Aufl. 2010, § 32; *Schliesky* in Knack/Henneke § 1 Rn. 9 ff.; *Sodan* in NK-VwGO § 40 Rn. 287 ff.; *Stober* in WBS VerwR II § 22 Rn. 14 ff.

54 So auch: *Maurer/Waldhoff* AllgVerwR § 3 Rn. 19.

55 Dig. I 1. 1. § 2: „*Publicum ius est, quod ad statum rei romanae spectat, privatum ius est, quod ad singulorum utilitatem spectat.*“

56 Zur Kritik an der Interessentheorie siehe auch: *Achterberg* AllgVerwR, 2. Aufl. 1986, § 1 Rn. 16; *Bull/Mehde* AllgVerwR Rn. 67; *Erichsen* JURA 1982, 537 (538 f.); *Ipsen* AllgVerwR Rn. 17 ff.; *Ipsen/Koch* JuS 1992, 809 (810); *Sodan* in NK-VwGO § 40 Rn. 291.

57 Dazu ausführlich *Ipsen* AllgVerwR Rn. 16 ff.

Der klassischen Verwaltung des Konstitutionalismus mit der Handlungsform des Befehls entsprechend ist eine Rechtsfrage nach der sog. **Subjektionstheorie**⁵⁸ (auch als **Subordinationstheorie** bezeichnet) dann dem öffentlichen Recht zuzuordnen, wenn sie durch die Verwaltung einseitig auf der Grundlage eines Über- bzw. Unterordnungsverhältnisses geregelt werden kann. Das Privatrecht zeichnet sich demgegenüber durch die prinzipielle Gleichordnung der Rechtsobjekte aus.⁵⁹ Auch dieser Ansatz vermag abgesehen von der zweifelhaften Annahme vorrechtlicher Über- und Unterordnungsverhältnisse unter der Herrschaft des Grundgesetzes⁶⁰ bei näherer Betrachtung nicht zu überzeugen, übersieht er doch zum einen die Existenz von Über- und Unterordnungsverhältnissen im Privatrecht – hier seien als Beispiele nur das Weisungsrecht des Arbeitgebers und das Hausrecht genannt – ebenso wie die Existenz von vertraglichen Gleichordnungsverhältnissen im öffentlichen Recht.⁶¹ Zudem ist die Theorie auch kaum geeignet, das – in der Praxis immer bedeutsamer werdende – Phänomen der Leistungsverwaltung zu erklären.⁶² Ferner weist die Subjektionstheorie eine entscheidende methodologische Schwäche auf: Wenn nämlich das Über- und Unterordnungsverhältnis erst durch bestimmte Rechtssätze konstituiert werden soll, dann ist das Vorliegen einer solchen Über- bzw. Unterordnung die Rechtsfolge der Anwendung des öffentlichen Rechts und kann nicht zirkelschlussartig zur Begründung des öffentlich-rechtlichen Charakters der entsprechenden maßgeblichen Normen herangezogen werden.⁶³

Für die auf *H.J. Wolff*⁶⁴ zurückgehende in einer formalen und einer materiellen Ausprägung vertretene **Subjektstheorie**⁶⁵ ist maßgeblich auf die Zuordnungsobjekte der jeweiligen Rechtsvorschriften abzustellen. Danach gehören Normen, die jedermann berechtigen oder verpflichten, dem Privatrecht an, während Rechtsätze, deren berechtigtes oder verpflichtetes Zuordnungsobjekt ausschließlich ein Träger hoheitlicher Gewalt ist, dem öffentlichen Recht zuzuordnen sind. Auch dieser Ansatz begegnet indes Bedenken,⁶⁶ da er zum einen übersieht, dass Vorschriften des öffentlichen Rechts nicht zwingend nur den Staat ansprechen, und zum anderen die Anknüpfung an das Zuordnungsobjekt eines Rechtssatzes

58 Vgl. insoweit nur aus der Rechtsprechung: BVerwG – V C 11 u. 16.61, E 14, 1 (4); V C 68.69, E 37, 243 (245); GSZ 1/75, BGHZ 66, 229 (233 ff.); Gemeinsamer Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes, – GemS-OGB 1/86, BGHZ 102, 280 (283); GemS-OGB 1/88, BGHZ 108, 284 (286). Die Theorie wurde früher schon durch das Reichsgericht vertreten, vgl. RG – V 62/41, RGZ 167, 281 (287).

59 Als prominenter Vertreter sei hier nur *Forsthoff*, Verwaltungsrecht, 113, genannt: „*Der Unterscheidung des öffentlichen und des bürgerlichen Rechts liegt die Tatsache zugrunde, daß die im Recht erfaßten Sozialbeziehungen entweder auf Unterordnung oder auf Gleichordnung beruhen. Im ersten Falle ist der einseitige, mit Zwang verbundene Befehl, im zweiten das auf der Willensautonomie beruhende Rechtsgeschäft das typische Gestaltungsmittel. Das öffentliche Recht ist grundsätzlich Subordinationsrecht, das Privatrecht grundsätzlich Koordinationsrecht.*“

60 Dazu *Ehlers/Schneider* in SSB § 40 Rn. 220 mwN in Fn. 820; *Sodan* in NK-VwGO § 40 Rn. 295.

61 *Achterberg*, AllgVerwR, 2. Aufl. 1986, § 1 Rn. 15; *Sodan* in NK-VwGO § 40 Rn. 294.

62 Zur Kritik daher auch: *Ehlers/Schneider* in SSB, VwGO § 40 Rn. 220; *Erichsen* JURA 1982, 537 (539 f.); *Ipsen* AllgVerwR Rn. 22 ff.; *Maurer/Waldhoff* AllgVerwR § 3 Rn. 16.

63 So insbesondere: *Erichsen* JURA 1982, 537 (539); *Sodan* in NK-VwGO § 40 Rn. 296.

64 *Wolff/Bachof*, Verwaltungsrecht, Band 1, 9. Aufl. 1974, S. 99. Diesem Ansatz im Wesentlichen folgend: *Bullinger*, Öffentliches Recht und Privatrecht, 1968, S. 75; *Ipsen/Koch* JuS 1992, 809 (812); *Kopp/Schenke* § 40 Rn. 11; *Scherzberg* JuS 1992, 205 (206); *Schmidt*, Die Unterscheidung von privatem und öffentlichem Recht, 1985, S. 107 ff.; 147 ff.; 246 ff.

65 Ausführlich zu den einzelnen Ausformungen: *Stober* in WBS § 22 Rn. 28.

66 Zur Kritik vgl. nur: *Bull/Mehde* AllgVerwR Rn. 71.

nicht zugleich auch ein Urteil über den Rechtscharakter eines Rechtssatzes erlaubt.

- 22 Vor diesem Hintergrund erscheint eine im Einzelfall befriedigende Lösung nur möglich mit der **Sonderrechtstheorie**, einer Abwandlung der Subjektstheorie.⁶⁷ Danach ist eine Norm dem öffentlichen Recht zuzuordnen, wenn sie spezifische Rechte und Pflichten für einen Träger öffentlicher Gewalt als solchem – aber nicht zwingend ausschließlich – begründet, modifiziert oder aufhebt.⁶⁸ Der Hoheitsträger muss also gerade in seiner Eigenschaft als Hoheitsträger berechtigt oder verpflichtet werden.
- 23 Eine zivilrechtliche Norm ist demgegenüber dann gegeben, wenn sie alle der Rechtsnorm unterworfenen Rechtssubjekte in gleicher Weise betrifft und zwar unabhängig, ob es sich um eine natürliche oder juristische Person bzw. um juristische Personen des Privatrechts oder des öffentlichen Rechts handelt.
- 24 **bb) Die Behandlung des Problems im Einzelfall.** Wenngleich in der Regel die Zuordnung einer bestimmten Norm zum öffentlichen Recht oder zum Privatrecht keine Schwierigkeiten bereiten dürfte, so können sich im **Einzelfall** doch **Zuordnungsprobleme** ergeben. Soweit die maßgebliche streitentscheidende Norm eindeutig zuzuordnen ist, sind Hinweise auf die verschiedenen Abgrenzungstheorien entbehrlich. Nur wenn Zweifel hinsichtlich der Zuordnung der Bestimmung oder des entsprechenden Handelns zum Privatrecht oder zum öffentlichen Recht bestehen, ist auf die oben dargestellten Theorien näher einzugehen. Dabei können ergänzend und das Theorienproblem insoweit konkretisierend die folgenden Gesichtspunkte herangezogen werden.⁶⁹
- 25 Eine erste Klärung der Frage kann unter Berücksichtigung der Rechtsform der Beteiligten⁷⁰ erfolgen. Handelt es sich um ein Rechtsverhältnis, an dem ausschließlich natürliche Personen oder juristische Personen des Privatrechts beteiligt sind, so dürfte mit Ausnahme der Fallkonstellation einer Beleihung, die dem öffentlichen Recht zuzuordnen ist,⁷¹ das maßgebliche Recht auch dem Zivilrecht angehören. Soweit das Verwaltungshandeln sich wie beispielsweise im Bereich der Eingriffsverwaltung der Rechtsform des Verwaltungsaktes bedient und insoweit ein Über- und Unterordnungsverhältnis besteht, kann auch auf die Subordinationstheorie zurückgegriffen werden. Soweit dagegen eindeutig festgestellt werden kann, dass durch eine bestimmte Norm ein Träger öffentlicher Gewalt gerade in seiner Eigenschaft als Hoheitsträger berechtigt oder verpflichtet wird, liegt eine Zuordnung unter Berücksichtigung der Sonderrechtslehre nahe. Lässt sich auf der Grundlage dieser Erwägungen eine Zuordnung nicht vornehmen, so

67 *Bull/Mehde* AllgVerwR Rn. 72; *Ramsauer* Assessorprüfung, 7. Aufl. 2010, § 32 Rn. 6 ff.

68 Sehr anschaulich BVerwG – III C 52.87, E 82, 278 (281): „Für den öffentlich-rechtlichen Charakter der Absatzmaßnahme ist ... entscheidend, dass sich die Beklagte ... als Trägerin hoheitlicher Gewalt besonderer Rechtssätze des öffentlichen Rechts bedient, die das Zustandekommen und die Abwicklung des Geschäfts eigenständig und umfassend regeln. ... mithin nach einem Sonderrecht, das die im allgemeinen Rechtsverkehr geltenden Vorschriften des Privatrechts verdrängt.“

69 Zum folgenden vgl. auch: *Ramsauer* Assessorprüfung § 32 Rn. 6 ff.; *Sodan* in NK-VwGO § 40 Rn. 310.

70 Exemplarisch ist insoweit die Entscheidung des VG Hannover – 6 A 4856/02, NdsVBl. 2003, 305 zum presserechtlichen Informationsanspruch gegen eine juristische Person des Privatrechts, die sich mehrheitlich im Besitz der öffentlichen Hand befindet mit umfangreichen Nachweisen aus Rechtsprechung und Literatur.

71 Dazu an dieser Stelle nur: *Ehlers* in SSB § 40 Rn. 300 f.; *Ramsauer* Assessorprüfung, 7. Aufl. 2010, § 32 Rn. 20 ff.

kann ergänzend auf den Gedanken des Zusammenhangs⁷² und der Zielsetzung sowie den Zweck des Verwaltungshandelns abgestellt werden. Diese Kriterien können auch bei der Problematik eines Widerrufs- oder Unterlassungsbegehrens zur Lösung herangezogen werden, da grundsätzlich sowohl das Privatrecht als auch das öffentliche Recht⁷³ entsprechende Ansprüche kennen.⁷⁴ Bei Ansprüchen auf Rückzahlung zu Unrecht gewährter Leistungen ist ebenfalls die Rechtsnatur des Leistungsverhältnisses maßgeblich; bei einem privatrechtlich ausgestalteten Verhältnis finden die §§ 812 ff. BGB Anwendung, bei einem öffentlich-rechtlichen Leistungsverhältnis ist Anspruchsgrundlage dagegen der öffentlich-rechtliche Erstattungsanspruch.⁷⁵ Auch das Problem des Hausverbotes,⁷⁶ das grundsätzlich sowohl nach Maßgabe der privatrechtlichen Besitz- und Eigentumsrechte (§§ 859 f., 803, 1004 BGB) als auch auf der Grundlage der öffentlich-rechtlichen Sachherrschaft gelöst werden kann, lässt sich mit Zweckerwägungen der einen oder der anderen Materie zuordnen. Die Benutzung öffentlicher Anstalten und Einrichtungen kann sowohl privatrechtlich als auch öffentlich-rechtlich ausgestaltet sein.⁷⁷ Für die Zuordnung maßgeblich dürfte hier die Ausgestaltung des Benutzungsverhältnisses sein (Allgemeine Geschäftsbedingungen oder Satzung; Nutzungsentgelt oder Gebühr). Soweit ein öffentlich-rechtlich begründeter Zulassungsanspruch besteht, beurteilt sich das Problem der Zulassung (also die Frage nach dem „Ob“) nach Maßgabe des öffentlichen Rechts; ob auch die Ausge-

72 So beispielsweise in BGH – III ZR 173/74, BGHZ 68, 217 (218).

73 Allerdings differiert die Begründung in der Rechtsprechung zum Widerrufsanspruch erheblich. So sieht der VGH BW die Rechtsgrundlage „... unmittelbar in den Grundrechten, vor allem in Art. 20 III, aber auch in Art. 14, 12 und 2 GG.“ Vgl. – 14 S 942/85, NJW 1986, 340; neuere Entscheidungen dieses Gerichts rekurrieren auf eine „... entsprechende Anwendung des § 1004 BGB“, vgl. nur: – 1 S 1088/90, NVwZ 1993, 285; 1 S 2410/01, NVwZ-RR 2002, 525, wegen Äußerungen einer Gemeindefraktion im nichtamtlichen Teil eines Amtsblatts, die nicht Erfüllung öffentlicher Aufgaben abgeben wurden. Das OVG NW leitet den Widerrufsanspruch aus § 1004 BGB, den Unterlassungsanspruch dagegen aus den Grundrechten ab, vgl. – 20 B 1361/84, DÖV 1985, 285. Neuere Entscheidungen stellen zunehmend auf die Frage einer Grundrechtsverletzung ab, vgl. nur OVG NRW – 5 B 1821/93, NJW 1995, 1629; VGH BW – 10 S 176/96 (nicht rechtskräftig), NJW 1997, 754 (755); BayVGH – 7 CE 95.462, NVwZ 1995, 793 (794). Zuletzt zum Problem informalen Staatshandelns am Beispiel hoheitlicher Warnungen BVerfG – 1 BvR 558/91 ua, E 105, 252 ff. („Glykol“); 1 BvR 670/91, E 105, 279 ff. („Oscho“); siehe aus jüngerer Zeit auch noch BVerfG – 10 C 6.16, E 159, 327 zur Rechtswidrigkeit einer Aufforderung eines Oberbürgermeisters, an einer Gegen demonstration teilzunehmen (DüGiDa); vgl. dazu auch noch Lindner/Bast NVwZ 2018, 708 ff.

74 Zum öffentlich-rechtlichen Unterlassungs- und Widerrufsanspruch vgl. nur Di Fabio JuS 1997, 1 (2); Lindner/Bast NVwZ 2018, 708 ff.; Maurer/Waldhoff AllgVerwR § 3 Rn. 23; Ossenbühl/Cornils StaatsHaftR, 6. Aufl. 2013, 300 ff.

75 Dazu aus der Rechtsprechung: BVerfG – VII C 71.63, E 20, 295 (297); 4 C 5.86, E 80, 170 (177); 7 C 56.93, E 100, 56 (59); zum öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch im Verhältnis Bund-Länder siehe nur: BVerfG – 3 A 1.01, E 116, 234 (240 f.); ausführlich zum öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch: Ossenbühl/Cornils StaatsHaftR, 6. Aufl. 2013, 414 ff.

76 Vgl. dazu nur OVG NW – 25 E 1298/94, NJW 1995, 1573 zur privatrechtlichen Natur eines durch eine Sparkasse ausgesprochenen Hausverbots; vgl. ferner OVG NW – 25 E 960/97, NVwZ-RR 1998, 595; VG Berlin – 27 A 344/00, NJW 2002, 1003 ff.; BayVGH – 7 CE 03.1294, NVwZ-RR 2004, 185 f.; Brüning DÖV 2003, 389 ff.; Ipsen/Koch JuS 1992, 809 (813 f.); Maurer/Waldhoff AllgVerwR § 3 Rn. 24; Ramsauer Assessorprüfung, 7. Aufl. 2010, § 32 Rn. 33 ff.

77 Zu diesem Problemkreis: Maurer/Waldhoff AllgVerwR § 3 Rn. 26; Ramsauer Assessorprüfung, 7. Aufl. 2010, § 32 Rn. 36 ff.; Einen instruktiven Grenzfall bietet insoweit die Entscheidung des BayVGH zum Anspruch auf Bewirtschaftung des Restaurants in einer als gemeindlicher Einrichtung gewidmeten Stadthalle, für den der Zivilrechtsweg nach § 13 GVG gegeben ist, vgl. BayVGH – 4 C 01.2061, NVwZ-RR 2002, 465 (465 f.).

- staltung und die Abwicklung des Nutzungsverhältnisses (also das „Wie“ der Nutzung) öffentlich-rechtlicher Natur sind, ist demgegenüber umstritten.⁷⁸
- 26 **b) Wechselbeziehungen zwischen öffentlichem und privatem Recht.** Mit der Zuordnung einer bestimmten Materie oder Rechtsnorm zum Bereich des öffentlichen Rechts sind aber wechselseitige Einflüsse beider Rechtsgebiete nicht ausgeschlossen,⁷⁹ es handelt sich vielmehr um **Teilmaterien einer einheitlichen Rechtsordnung.**
- 27 So können sich zum einen aus dem Verwaltungsrecht **privatrechtsgestaltende Wirkungen**⁸⁰ ergeben.⁸¹ Zu diesem Komplex gehören auch die Fälle, in denen das Verwaltungsrecht der Erfüllung eines an sich bestehenden privatrechtlichen Anspruchs zwingend entgegensteht, wobei aber im Einzelfall Härteklauseln zur Vermeidung unbilliger Härtefälle Anwendung finden können.⁸² Zum anderen besteht die Möglichkeit, dass **Tatbestandsmerkmale privatrechtlicher Normen an verwaltungsrechtliche Vorschriften** anknüpfen.⁸³
- 28 Umgekehrt kann auch das **Privatrecht** entweder kraft ausdrücklicher Anordnung oder stillschweigend **auf das öffentliche Recht einwirken.**⁸⁴ Ein Beispiel für eine ausdrückliche Anordnung der Anwendung privatrechtlicher Vorschriften findet sich in § 62 I Nr. 2 VwGO (→ VwGO § 62 Rn. 9 ff.). Stillschweigend setzt auch die Eigentumsgarantie des Art. 14 I GG die Existenz zivilrechtlicher Bestimmungen voraus, weil das Eigentum maßgeblich – wenn auch nicht ausschließlich⁸⁵ – durch die Zivilrechtsordnung determiniert wird.⁸⁶ Zentrale Bedeutung gewinnt das Zivilrecht schließlich im Bereich **verwaltungsrechtlicher Schuldverhältnisse**, bei denen die besonderen Bestimmungen des Schuldrechts des BGB analog anzuwenden sind.⁸⁷
- 29 **c) Einzelfragen der Abgrenzung zwischen öffentlichem und privatem Recht.** Einzelfragen der Abgrenzung zwischen öffentlichem und privatem Recht werden bei der Kommentierung zu § 40 VwGO (→ VwGO § 40 Rn. 102 ff.) dargestellt.

78 Zu dem hier nur angedeuteten Problem der sog. „Zwei-Stufen-Theorie“ vgl. ausführlich auch: *Eblers/Schneider* in SSB § 40 Rn. 260 ff.; *Sodan* in NK-VwGO § 40 Rn. 327 ff.; *Stober* in WBS § 22 Rn. 54 ff.

79 Grundlegend: *Burgi* in HSV VerwR I § 18 Rn. 2, 18 ff.

80 Dazu ausführlich: *Manssen*, Privatrechtsgestaltung durch Hoheitsakt, 1994, S. 12 ff., 274 ff.

81 Als Beispiel sei hier nur das durch Verwaltungsakt ausgeübte Vorkaufsrecht nach § 28 II BauGB genannt, mit dem die Gemeinde in einen privatrechtlichen Vertrag eintreten kann. Daneben können Genehmigungen und Bewilligungen zu einem Ausschluss privatrechtlicher Ansprüche führen, vgl. nur die entsprechenden Bestimmungen in § 14 BImSchG, § 11 I WHG und § 23 GenTG.

82 Vgl. insoweit BGH – V ZR 82/91, BGHZ 120, 239 (244 ff.) zum nachbarrechtlichen Anspruch gegen das Quaken von Fröschen, gegen die aber nach Maßgabe des Naturschutzrechts nicht vorgegangen werden kann.

83 So können verwaltungsrechtliche Bestimmungen auch Schutzgesetze iSv § 823 II BGB sein, vgl. insoweit nur BGH – V ZR 74/92, BGHZ 122, 1 (3 ff.) zum Problem der zivilrechtlichen Durchsetzung einer in einer Baugenehmigung enthaltenen Lärmschutzaufgabe. Ferner zum Problem auch: *Sprau* in Palandt BGB § 823 Rn. 56 ff.

84 Ausführlich dazu *de Wall*, Die Anwendbarkeit privatrechtlicher Vorschriften im Verwaltungsrecht, 1999, S. 109 ff.

85 Vielmehr ist von einem spezifischen verfassungsrechtlichen Eigentumsbegriff auszugehen, vgl. dazu nur: BVerfG – 1 BvL 19/75 ua, E 42, 263 (292 f.).

86 Vgl. grundlegend in der Rechtsprechung, BVerfG – 1 BvL 77/78, E 58, 300 (335). *Depenheuer/Froese* in MKS Art. 14 Rn. 51.

87 Ausführlich zu verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnissen: *de Wall*, Die Anwendbarkeit privatrechtlicher Vorschriften im Verwaltungsrecht, 1999, S. 218 ff.; *Ossenbühl/Cornils* Staats-HaftR, 6. Aufl. 2013, 402 ff.; *Schlette*, Die Verwaltung als Vertragspartner, 2000; *Windthorst* Jus 1996, 695 ff.

2. Das VwVfG als Teilmaterie des Verwaltungsverfahrensrechts. Der Normkomplex „Verwaltungsverfahrensgesetz“ begründet kein einheitliches Verwaltungsverfahrensrecht; es handelt sich bei den bundes- und landesverfahrensrechtlichen Regelungen nur um eine Teilkodifikation des Verfahrensrechts. Dies folgt zum einen schon aus § 2 II, der die zentralen Bereiche der Abgabenerhebung nach Maßgabe der AO (§ 2 II Nr. 1) und der Sozialverwaltung nach Maßgabe des SGB (§ 2 II Nr. 4) aus dem Anwendungsbereich des VwVfG ausnimmt;⁸⁸ zum anderen sind Verwaltungsverfahren nach § 9 nur solche, die auf den Erlass eines Verwaltungsaktes oder den Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrages gerichtet sind.⁸⁹ Damit sind auch alle weiteren Handlungsformen (schlichtes Verwaltungshandeln oder das Verwaltungsprivatrecht) der Verwaltung prinzipiell ebenso ausgeschlossen wie Verfahren, die auf den Erlass von Satzungen oder Rechtsverordnungen abzielen (→ § 9 Rn. 23 ff.). Eine dritte Beschränkung folgt aus dem Grundsatz der Subsidiarität des allgemeinen Verwaltungsverfahrensrechts⁹⁰ (→ § 1 Rn. 48 ff.), wonach die Bestimmungen des besonderen Verwaltungsrechts den Bestimmungen des VwVfG vorgehen (§ 1 I letzter Hs., II. letzter Hs.).

a) Abgrenzungen, insbesondere die „Drei-Säulen-Theorie“. Mit den speziellen verfahrensrechtlichen Kodifikationen für die Bereiche der Finanzverwaltung und der Sozialverwaltung, denen mit der Finanzgerichtsordnung (FGG) und dem Sozialgerichtsgesetz (SGG) auch spezielle verwaltungsgerichtliche Verfahrensordnungen entsprechen, soll den bereichsspezifischen Besonderheiten dieser Materien Rechnung getragen werden.⁹¹

Allerdings ist nicht zu übersehen, dass die Spezialgesetze zum einen in erheblichem Maße nicht nur inhaltliche, sondern zum Teil auch wörtliche Übereinstimmungen mit dem allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetz aufweisen, daneben aber zum anderen das Verhältnis der verfahrensrechtlichen Bestimmungen zum gerichtlichen Verfahren nicht vollkommen widerspruchsfrei ausgestaltet ist,⁹² wenn beispielsweise kommunale Abgaben, die ungeachtet der Verweisung auf die Bestimmungen der AO in den jeweiligen Kommunalabgabengesetzen⁹³ nur im Verwaltungsrechtsweg angegriffen werden können.⁹⁴

Die Unterschiede zwischen den jeweiligen Verfahrensordnungen sind aber auch für die Auslegung der einzelnen Bestimmungen dann relevant, wenn Regelungen des VwVfG zur Ausfüllung tatsächlich bestehender Lücken herangezogen werden können.⁹⁵ Umgekehrt dürfte es allerdings schon unter methodischen Gesichtspunkten zweifelhaft sein, aus abweichenden Regelungen der AO oder des SGB X⁹⁶ allgemeine Rechtsgedanken zu deduzieren.⁹⁷

b) Annex-Materien. Das VwVfG und die Verwaltungsverfahrensgesetze der Länder enthalten nicht nur Bestimmungen über das Verwaltungsverfahren iSv § 9; vielmehr sind zum Teil auch annexe Materien geregelt, die der Sache nach dem

88 Ausführlich dazu: Henneke/Ruffert in Knack/Henneke Vor § 1 Rn. 6; Sachs in SBS Einleitung Rn. 50 f.

89 Vgl. insoweit auch Kopp/Ramsauer Einführung I Rn. 3.

90 Kopp/Ramsauer Einführung I Rn. 3, § 1 Rn. 30 ff.; Schliesky in Knack/Henneke § 1 Rn. 64 ff.

91 Vgl. insoweit nur Sachs in SBS Einleitung Rn. 50 f.

92 Anders unter Hinweis auf die an die Behördenorganisation anknüpfende Verwaltungsgerichtsbarkeit Sachs in SBS Einleitung Rn. 50 f.

93 Vgl. § 11 NdsKAG; § 12 KAG NW; vgl. dazu Schmitz in SBS § 2 Rn. 67.

94 Ehlers/Schneider in SSB § 40 Rn. 691.

95 Schmitz in SBS § 1 Rn. 223 ff.; Schliesky in Knack/Henneke § 1 Rn. 65.

96 Eine wechselseitige Analogie befürwortet beispielsweise Bielefeld, Das soziale Verfahrensrecht des SGB X, 1997, S. 201 ff.

97 Wie hier auch Sachs in SBS Einleitung Rn. 59.

- Bereich des materiellen Verwaltungsrechts zuzuordnen sind, aber als **Ausdruck allgemeiner Rechtsgrundsätze** im Zusammenhang mit dem allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetz geregelt wurden (→ Rn. 15).⁹⁸
- 35 Im Einzelnen sind dies im VwVfG die Bestimmungen der §§ 4–8 über die **Amtshilfe**, die als staatliches Organisationsrecht die Beziehungen zwischen Behörden regeln, die §§ 33 und 34 über **amtliche Beglaubigungen**, die §§ 35–37 S. 1 über den **Begriff des Verwaltungsaktes**, die Zulässigkeit von **Nebenbestimmungen** und über die **inhaltliche Bestimmtheit** von Verwaltungsakten, ferner die Regelung über das **Ermessen** in § 40, die **Nichtigkeitsvorschrift** des § 44, die Bestimmung über die **Umdeutung** von Verwaltungsakten nach § 47, die Bestimmungen der §§ 48 und 49 über die **Aufhebung** von Verwaltungsakten und die Vorschrift über das **Wiederaufgreifen des Verfahrens** in § 51.
- 36 **3. Das Verhältnis bundes- und landesrechtlicher Bestimmungen.** a) Der **Geltungsbereich des VwVfG.** Nach § 1 I Nr. 1 gilt das VwVfG primär für Behörden des Bundes⁹⁹ sowie für bundesunmittelbare Körperschaften,¹⁰⁰ Anstalten¹⁰¹ und Stiftungen des öffentlichen Rechts.¹⁰² Für Landesbehörden gilt das VwVfG demgegenüber nur nach Maßgabe von § 1 I Nr. 2 und der Abs. 2 und 3. Da aber in allen Ländern die öffentlich-rechtliche Verwaltungstätigkeit der Behörden durch entsprechende Landes-Verwaltungsverfahrensgesetze geregelt ist, beschränkt sich der Anwendungsbereich des VwVfG auf die öffentlich-rechtliche Verwaltungstätigkeit des Bundes.¹⁰³
- 37 **b) Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes für das VwVfG.** Anders als für das gerichtliche Verfahren in Art. 74 I Nr. 1 GG besteht **keine ausdrückliche Gesetzgebungskompetenz** des Bundes für das Verwaltungsverfahren. Die Zuständigkeit ergibt sich vielmehr als **Annexkompetenz** zur sachlichen Regelungskompetenz der Art. 70 ff. GG.¹⁰⁴ Auf der anderen Seite räumt das Grundgesetz in Art. 84 I GG den Ländern die Verwaltungskompetenz für das Verwaltungsverfahren ein, wenn sie Bundesgesetze in landeseigener Verwaltung ausführen. Im Ergebnis treffen also zwei nicht deckungsgleiche Kompetenzen aufeinander, es handelt sich um einen Fall „**gespaltener**“ **Kompetenzen**. Eine umfassende Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes für das Verwaltungsverfahren der Behörden des Bundes

98 *Kopp/Ramsauer* Einführung I Rn. 14.

99 Ausführlich zum Behördenbegriff: *Kopp/Ramsauer* § 1 Rn. 22 f.; *Schmitz* in SBS § 1 Rn. 226 ff.

100 Als Körperschaften des öffentlichen Rechts werden durch staatlichen Hoheitsakt geschaffene mitgliedschaftlich organisierte Verwaltungseinheiten bezeichnet, die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnehmen. Zu unterscheiden sind Gebiet-, Real-, Personal- und Verbandskörperschaften. *Maurer/Waldhoff* AllgVerwR § 23 Rn. 36 ff.; *Schliesky* in Knack/Henneke § 1 Rn. 47.

101 Nach der klassischen Definition von *O. Mayer* (Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 2, 3. Aufl., 1924, 268, 331) sind Anstalten des öffentlichen Rechts „... ein Bestand von Mitteln, sächlichen wie persönlichen, welche in der Hand eines Trägers öffentlicher Verwaltung einem besonderen öffentlichen Zweck dauernd zu dienen bestimmt sind.“

102 Stiftungen des öffentlichen Rechts sind (in der Regel) durch staatlichen Hoheitsakt errichtete rechtsfähige Organisationen, die mit einem vom Stifter zweckgebunden zur Verfügung gestellten Bestand an Vermögenswerten (Kapital oder Sachgüter) Aufgaben der öffentlichen Verwaltung erfüllen. *Maurer/Waldhoff* AllgVerwR § 23 Rn. 62; *Schliesky* in Knack/Henneke § 1 Rn. 54.

103 Dies entspricht den Bestrebungen des Bundesrates im Gesetzgebungsverfahren, vgl. insoweit auch die amtliche Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 18.7.1973, BT-Drs. VII/910, 99 f.

104 Allgemeine Ansicht, vgl. nur: *Broß* in MKS Art. 84 Rn. 15, Art. 85 Rn. 7; *Dittmann* in Sachs Art. 84 Rn. 5; *Trute* in MKS Art. 84 Rn. 7 ff., 12 ff.

als auch der Länder ist wegen der im Grundgesetz angelegten Zuständigkeitsverteilung ausgeschlossen.¹⁰⁵

Im Einzelnen ist daher von folgenden Prämissen auszugehen: Zunächst besteht eine Bundeskompetenz für die Regelung des Verfahrens der Bundesbehörden iSv der Art. 86 ff. GG aus Art. 70 ff. iVm Art. 86 ff. GG.¹⁰⁶ Ferner besteht eine Kompetenz nach Art. 70 ff. iVm Art. 85 I GG und nach den Grundsätzen der Kompetenz kraft Sachzusammenhangs für Regelungen hinsichtlich des Verfahrens von Landesbehörden im Bereich der Bundesauftragsverwaltung nach Art. 85 GG.¹⁰⁷ Daneben besteht eine Bundeskompetenz nach Art. 70 ff. iVm Art. 84 I GG und nach den Grundsätzen der Kompetenz kraft Sachzusammenhangs für Regelungen bezüglich des Verfahrens von Landesbehörden im Bereich des Vollzugs von Bundesgesetzen durch die Länder als eigene Angelegenheit nach Art. 84 I GG, dh bei Zustimmung des Bundesrates im Einzelfall.¹⁰⁸ Demgegenüber gilt das Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes nicht für den Vollzug von Landesgesetzen durch Landesbehörden.

c) Die **Verwaltungsverfahrensgesetze der Länder**. Mangels einer umfassenden bundesrechtlichen Regelung für das Verwaltungsverfahren haben alle Länder auf der Grundlage von § 1 III VwVfG eigene Verwaltungsverfahrensgesetze erlassen, um so die **Rechtseinheit im Verwaltungsverfahrenrecht in der Bundesrepublik Deutschland** zu wahren. Dabei haben sich die Länder unterschiedlicher Regelungsmechanismen bedient: Die sog. **Vollgesetze** wiederholen den Wortlaut der bundesgesetzlichen Vorgabe vollinhaltlich und ergänzen diesen durch landesspezifische Regelungen. Die sog. **Verweisungsgesetze** beschränken sich demgegenüber auf eine entweder **dynamische** oder **statische Verweisung** auf das Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes und regeln nur **landesrechtliche Abweichungen vom Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes**.

Verfassungsrechtliche Bedenken gegen eine Gesetzgebungstechnik der dynamischen Verweisung im Bereich des Verwaltungsverfahrens bestehen nicht. Auch wenn grundsätzlich im Bereich des Gesetzesvorbehalts uneingeschränkte dynamische Verweisungen jedenfalls insoweit bedenklich erscheinen,¹⁰⁹ als der Landesgesetzgeber nicht mehr selbst über den Inhalt eines Gesetzes entscheiden kann, sondern dies vielmehr einem anderen – wengleich ebenfalls demokratisch legitimierten – Gesetzgeber überlässt, so dürften diese Kritikpunkte nicht gegen die Zulässigkeit der jeweiligen Verweisungen in den Verwaltungsverfahrensgesetzen der Länder Berlin, Rheinland-Pfalz und Sachsen sprechen. Eine dynamische Verweisung ist nach allgemeiner Ansicht¹¹⁰ unter Berücksichtigung der wesentlichen Strukturentscheidungen der Verfassung und insbesondere der Grundrechte jeden-

105 Vgl. nur: *Maunz* in FS Boorberg Verlag, 1977, 95 ff.

106 BVerfG – 2 BvF 1/64, E 26, 338 (369 ff.); *Schmitz* in SBS § 1 Rn. 34; *Kopp/Ramsauer* Einführung I Rn. 15.

107 Vgl. insoweit *Kopp/Ramsauer* Einführung I Rn. 15; *Wittinger* in Obermayer/Funke-Kaiser Einleitung Rn. 24 ff.

108 *Schmitz* in SBS § 1 Rn. 36; *Wittinger* in Obermayer/Funke-Kaiser Einleitung Rn. 24 ff.

109 Dazu auch BVerfG – 1 BvF 3/53, E 5, 25 (31); 2 BvR 487/80, E 73, 261 (272); ferner: *Karpen*, Die Verweisung als Mittel der Gesetzgebungstechnik, 1970, S. 115 ff., 181 ff.; *Ossenbühl* DVBl. 1967, 401 ff.; *Sommermann* in MKS Art. 20 Rn. 290; *Stern*, Staatsrecht, Bd. 2, 1980, S. 635.

110 *Kopp/Ramsauer* Einführung I Rn. 9; *Schmitz* in SBS § 1 Rn. 36; Rn. *Schmitz* NJW 1998, 2866 (2867). Für die Verfassungswidrigkeit der dynamischen Verweisklauseln – aber mit der Möglichkeit der verfassungskonformen Interpretation als statische Verweisungsgesetze – in Rheinland-Pfalz und Sachsen: *Schliesky* in Knack/Henneke § 1 Rn. 82; *Wittinger* in Obermayer/Funke-Kaiser Einleitung Rn. 40 f.

falls dann zulässig, wenn der Gesetzgeber mit sachgerechten Mitteln ein von der Verfassung anerkanntes Ziel verfolgt und die verweisende Norm Inhalt und Reichweite der Verweisung klar begrenzt.¹¹¹ Ein solches Ziel dürfte auch die **Einheitlichkeit des Verwaltungsverfahrensrechts** in der Bundesrepublik Deutschland sein.¹¹²

III. Der materielle Anwendungsbereich des VwVfG

- 41 Auch wenn das Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes grundsätzlich für die gesamte öffentlich-rechtliche Verwaltungstätigkeit von Bundesbehörden und Landesbehörden, soweit sie Bundesrecht vollziehen, gilt, so wird dieser Grundsatz aber in mehrfacher Hinsicht erheblich eingeschränkt.
- 42 **1. Beschränkung auf öffentlich-rechtliche Verwaltungstätigkeit.** Wenn der Anwendungsbereich des Verwaltungsverfahrensgesetzes nach § 1 I und II auf die „öffentlich-rechtliche Verwaltungstätigkeit“ beschränkt ist (→ § 1 Rn. 39 ff.), so findet das VwVfG grundsätzlich **keine Anwendung auf privatrechtliches Handeln**;¹¹³ auch das **Verwaltungsprivatrecht**¹¹⁴ und der Bereich der **Privatisierung öffentlicher Aufgaben** fallen nicht unter den Anwendungsbereich des Verwaltungsverfahrensgesetzes.¹¹⁵ Dies wirft die Frage nach der Abgrenzung von öffentlichem und privatem Recht auf (→ Rn. 18 ff.). Daneben muss es sich auch um **Verwaltungstätigkeit** handeln, was die unter → Rn. 3 ff. genannten Abgrenzungsfragen mit sich bringt.
- 43 **2. Subsidiarität der Anwendung der Bestimmungen des VwVfG.** Eine weitere Beschränkung des materiellen Anwendungsbereichs des Verwaltungsverfahrensgesetzes folgt aus der **Subsidiaritätsklausel** in § 1 I letzter Hs., II letzter Hs. (→ § 1 Rn. 48 ff.). Danach findet das VwVfG keine Anwendung, soweit Rechtsvorschriften des Bundes – Gesetze und Rechtsverordnungen, nicht aber Satzungen¹¹⁶ – inhaltsgleiche oder entgegenstehende Bestimmungen enthalten. Da die Subsidiaritätsklausel nur Bundesrecht betrifft, werden Landesgesetze grundsätzlich nach Maßgabe von Art. 31 GG durch das VwVfG des Bundes als höherrangiges Recht verdrängt. Da aber das VwVfG keine Geltung für die Ausführung von Landesrecht durch Landesbehörden beanspruchen kann und die Länder auf der Grundlage von § 1 III eigene Verwaltungsverfahrensgesetze erlassen haben, die ihrerseits auch Subsidiaritätsklauseln enthalten, gilt der Grundsatz der Subsidiarität daher im Ergebnis auch gegenüber landesgesetzlichen Spezialregelungen.¹¹⁷
- 44 **3. Analoge Anwendung der Bestimmungen des VwVfG.** Soweit das VwVfG kraft gesetzlicher Regelung (§§ 1 und 2) nicht anwendbar ist bzw. keine abschließende Regelung einer bestimmten Materie enthält, können auch die bereits vor dem Erlass des VwVfG durch Rechtsprechung und Lehre entwickelten **Grund-**

111 Sommermann in MKS GG Art. 20 Rn. 290.

112 So: BayVerfGH – Vf.1-VII/88, NVwZ 1989, 1053 (1053 f.).

113 Gemeinsamer Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes – GmS-OGB 1/85, BGHZ 97, 312 (316 f.); *Funke-Kaiser* in Obermayer/Funke-Kaiser § 1 Rn. 7; *Schmitz* in SBS § 1 Rn. 83 ff.

114 BGH – III ZR 179/83, NJW 1985, 1892 (1894); siehe auch: *Schliesky* in Knack/Henneke § 1 Rn. 30.

115 *Kopp/Ramsauer* § 1 Rn. 16; *Maurer/Waldhoff* AllgVerwR § 5 Rn. 9.

116 Allgemeine Ansicht, vgl. nur: *Schmitz* in SBS § 1 Rn. 211; *Maurer/Waldhoff* AllgVerwR § 5 Rn. 15 f.

117 *Schmitz* in SBS § 1 Rn. 220 mwN.

sätze eines rechtsstaatlichen Verfahrensrecht analog Anwendung finden.¹¹⁸ Allerdings müssen diese allgemeinen Grundsätze, soweit Wortlaut, Sinn und Zweck einer Anwendung nicht entgegenstehen, im Einklang mit den Bestimmungen des VwVfG ausgelegt werden.¹¹⁹

4. Die Anwendung auf sonstiges Verwaltungshandeln. Überaus problematisch und umstritten ist die Frage, ob, unter welchen Voraussetzungen und in welchen Grenzen einzelne Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes auf Handlungen angewendet werden können, die außerhalb eines Verwaltungsverfahrens nach § 9 ergehen.¹²⁰ Eine analoge Anwendung dürfte – was aber eine Prüfung im Einzelfall erforderlich macht¹²¹ – jedenfalls dann zulässig sein, wenn die Bestimmungen zum einen Ausdruck allgemeiner Rechtsgedanken sind und zum anderen der jeweilige Verwaltungsbereich Regelungslücken aufweist und eine vergleichbare Interessen- bzw. Konfliktlage besteht.

5. Das Recht der Vergabe öffentlicher Aufträge. Mit der durch die Vergaberichtlinien der Gemeinschaft¹²² veranlassten Änderung des Vergaberechts (→ VwGO § 40 Rn. 126 ff.) in der Bundesrepublik Deutschland ist diese Materie durch die §§ 97 ff. in das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) implementiert worden.¹²³ Danach ist die öffentliche Hand ab Erreichen bestimmter Schwellenwerte¹²⁴ im Interesse einer sachgerechten Auswahl zu einem Ausschreibungsverfahren verpflichtet. Materiellrechtliche Kernprinzipien¹²⁵ des neuen Vergaberechts sind danach die Transparenz der Vergabeverfahren (§ 97 I), der Grundsatz der Gleichbehandlung der Bewerber mit der Möglichkeit der gesetzlichen Einschränkung dieses Grundsatzes (§ 97 II und IV), der Grundsatz der Auftragsvergabe an fachkundige leistungsfähige und zuverlässige Unternehmen (§ 97 IV) und als zentrales Element die gesetzliche Einräumung subjektiv einklagbarer Rechte der Unternehmer gegenüber dem Auftraggeber (§ 97 VII).

Allerdings hat die Novellierung des Vergaberechts keine Änderung der Rechtsnatur der Auftragsvergabe zur Folge. Diese ist weiterhin als fiskalisches Hilfsgeschäft anzusehen,¹²⁶ was die Anwendung der Bestimmungen des VwVfG grundsätzlich ausschließt.¹²⁷ Allerdings räumt die Novellierung den Mitbietern die Möglichkeit ein, entweder nach § 103 GWB eine Vergabeprüfstelle anzurufen oder nach §§ 107 ff. GWB bei einer Vergabekammer einen Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens zu stellen. Das Verfahren vor der Vergabekammer

118 BVerwG – XI C 29/93 - NJW 1995, 1977.

119 Zum vorstehenden auch: *Kopp/Ramsauer* Einführung I Rn. 43; *Schmitz* in SBS § 1 Rn. 223 ff.

120 Dazu auch die weiterführenden Nachweise bei: *Kirchberg/Herrmann* in PHdB-VerwS § 2 Rn. 2 aE; *Kopp/Ramsauer* Einführung I Rn. 43; *Ritgen* in Knack/Henneke Vor § 9 Rn. 8 ff.

121 *Schmitz* in SBS § 1 Rn. 156.

122 Umfassender Überblick über die Vergaberichtlinien der Gemeinschaft bei: *Seidel/Mertens* in Dausen/Ludwigs, HdB EU-Wirtschaftsrecht, 44. Ergl., 2018, H IV Rn. 30 ff.

123 Gesetz zur Änderung der Rechtsgrundlagen für die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergaberechtsänderungsgesetz – VgRÄG) vom 29.5.1998, BGBl. I 2512.

124 Die Höhe der maßgeblichen Schwellenwerte erschließt sich aus § 100 I GWB iVm § 2 der Vergabeverordnung vom 9.1.2001 (BGBl. I 110).

125 Dazu *Seidel/Mertens* in Dausen/Ludwigs, HdB EU-Wirtschaftsrecht, 44. Ergl., 2018, H IV Rn. 208 ff.

126 Dazu ausführlich: *Burgi* NZBau 2002, 57 (58); *Ehlers* in SSB § 40 Rn. 277 ff. – anderer Ansicht aber *Schlette*, Die Verwaltung als Vertragspartner, 2000, S. 146, 153 wegen der einheitlichen Einordnung der Beschaffungsverträge als öffentlich-rechtlich.

127 *Kopp/Ramsauer* Einführung I Rn. 52.

ist ein **Verwaltungsverfahren**,¹²⁸ auf das neben den speziellen Bestimmungen des GWB auch das VwVfG bzw. die Verwaltungsverfahrensgesetze der Länder Anwendung finden.¹²⁹ Die **Entscheidung der Vergabekammer** ergeht nach § 114 III 1 GWB als sog. **streitentscheidender Verwaltungsakt**,¹³⁰ der allerdings nicht durch Widerspruch und Anfechtungsklage, sondern nur im Wege der sofortigen Beschwerde nach § 116 GWB beim Vergabesenat des jeweils zuständigen Oberlandesgerichts angefochten werden kann.¹³¹

48 Ob die Regeln des Vergaberechts auch auf **öffentlich-rechtliche Beschaffungsverträge**, die unter den Anwendungsbereich des VwVfG fallen, Anwendung finden können, ist umstritten. Während die Rechtsprechung¹³² eine Anwendung des Vergaberechts auf öffentlich-rechtliche Verträge ablehnt, befürwortet demgegenüber ein Großteil des Schrifttums¹³³ die Anwendung der §§ 97 ff. GWB mit dem Argument, die Vergabe in der Form öffentlich-rechtlicher Verträge sei ein Bedarfsdeckungsgeschäft, das unter den Anwendungsbereich der gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsregelungen falle.

49 Besonders problematisch ist die Frage, welches **Rechtsregime für die Vergabe öffentlicher Aufträge** gilt, die **unterhalb des Schwellenwertes** für die Anwendung der Bestimmungen des GWB liegen.¹³⁴ Während die Rechtsprechung¹³⁵ auf der Grundlage einer rein fiskalischen Betrachtung einen verwaltungsrechtlichen Schutz der Mitbieter unter Hinweis auf das Fehlen eines subjektiv-öffentlichen Rechts auf Zuschlagserteilung ablehnt, geht die Literatur¹³⁶ in Anlehnung an die „Zwei-Stufen-Theorie“ von einer der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle zugänglichen öffentlich-rechtlichen Auswahlentscheidung und der anschließenden Umsetzung durch einen privatrechtlichen Vertrag aus und gewährt so auch außerhalb des Anwendungsbereichs der Normen des GWB effektiven Schutz.

IV. Das Verhältnis von Verfahrensrecht und Prozessrecht

50 Aus der Perspektive des Adressaten hoheitlicher Verwaltung kommt dem Verhältnis von Verfahrensrecht und Prozessrecht besondere Bedeutung zu. Ausgehend von dem Befund,¹³⁷ dass der **Verwaltungsgerichtsbarkeit** primär aus einer **ex-post-Perspektive** eine **Schutz- und Durchsetzungsfunktion bei subjektiven Rechten** zukommt und die **Verwaltung** in erster Linie aus einer **ex-ante-Perspektive** zu einer

128 Ausführlich zum Verfahren *Seidel/Mertens* in Dausen/Ludwigs, HdB EU-Wirtschaftsrecht, 44. Ergl., 2018, H IV Rn. 416 ff.

129 OLG Jena – 6 Verg 3/00, NZBau 2000, 539 (540); *Ritgen* in Knack/Henneke Vor § 9 Rn. 70; *Kopp/Ramsauer* Einführung I Rn. 52b; *Schmitz* in SBS § 9 Rn. 99.

130 Zur Begrifflichkeit: *Stelkens* in SBS § 35 Rn. 126a.

131 Zur Kritik an dieser wenig systemgerechten Regelung siehe auch *Kopp/Ramsauer* Einführung I Rn. 52g.

132 Siehe insoweit nur: Gemeinsamer Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes – GmS-OGB 1/85, BGHZ 97, 312 (317); NdsOVG – 1 M 2747/99, NdsVBl. 1999, 285; OLG Celle- 13 Verg 7/99, NZBau 2000, 299 (300); anders dagegen OLG Koblenz – Verg 4/00, NZBau 2001, 283 (284).

133 Vgl. nur *Burgi* NZBau 2002, 57 ff.; *Gurlit*, Verwaltungsvertrag und Gesetz, 2000, S. 331.

134 Ausführlich dazu mwN: *Sodan* in NK-VwGO § 40 Rn. 335 ff.; *Mangold*, Primärrechtsschutz im Vergaberecht, 2015, passim.

135 So BVerwG – VI B 10/07, NVwZ 2007, 820 ff.

136 P.-M. *Huber*, Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht, 1991, 465; *Kopp/Ramsauer* Einführung I Rn. 53d; *Schliesky* DVBl. 1999, 78 ff.; *Stelkens* in SBS § 35 Rn. 125; dagegen aber *Schlette*, Die Verwaltung als Vertragspartner, 2000, S. 146, 153.

137 Vgl. insoweit auch mit weiterführenden Hinweisen: in Rn. *Kopp/Ramsauer* Einführung I Rn. 40 ff.; *Schmidt-Aßmann* in HSV VerwR I § 5 Rn. 70 ff.; *ders./Schenk* in SSB, Einleitung, Rn. 196 ff.; *Schmitz* in SBS § 1 Rn. 58 f.; *Ule/Laubinger* VerwVerfR § 3 Rn. 9 ff.

wirksamen, zweckmäßigen und zeitnahen Umsetzung rechtlicher Vorgaben berufen ist und so zur Verwirklichung des öffentlichen Interesses beitragen will, so bestehen ungeachtet dieser prinzipiellen Unterschiede aber auch zentrale Gemeinsamkeiten und Interdependenzen zwischen Verwaltungsverfahren und gerichtlichem Verfahren. So kann ein weitreichender Schutz im Verwaltungsverfahren einerseits ebenso einen Rückbau gerichtlicher Kontrollmechanismen ermöglichen wie umgekehrt andererseits ein effektives gerichtliches Rechtsschutzverfahren auch Beschränkungen im Verwaltungsverfahren zu legitimieren vermag.¹³⁸

Im Ergebnis darf aber nicht übersehen werden, dass sich das **Verwaltungsverfahren** und die **gerichtliche Kontrolle** hinsichtlich ihrer **Aufgaben und Zielsetzungen** deutlich unterscheiden. Wenn sich die Verwaltung in erster Linie – aber nicht ausschließlich – auf den Gesetzesvollzug beschränkt und diese dabei an die Vorgaben des Verwaltungsverfahrensgesetzes gebunden ist, so sind die Verwaltungsgerichte nach dem Grundsatz der Gewaltenteilung dazu berufen, das Verwaltungshandeln im Rahmen eines konkreten Rechtsschutzbegehrens nach Abschluss des in eigener Zuständigkeit und Verantwortung durch die Exekutive durchgeführten Verwaltungsverfahrens zu kontrollieren.¹³⁹ Gerade diese Kontrollfunktion der Judikative wird aber im gewaltenteilenden Rechtsstaat in erheblichem Maße relativiert, wenn die Heilung von Verfahrensfehlern auch noch im gerichtlichen Verfahren möglich ist (→ § 45 Rn. 35 ff., → VwGO § 114 Rn. 85 ff.).

51

B. Historische Entwicklung des Verwaltungsverfahrenrechts¹⁴⁰

I. Die Geschichte der Kodifikation bis zur Gründung der Bundesrepublik Deutschland

Zeichnete sich die Verwaltung im absoluten Staat des 17. und 18. Jahrhunderts als Emanation des **Wohlfahrtsstaates** oder **Polizeistaates**¹⁴¹ noch als eine umfassende und intensive, aber zugleich auch rechtlich ungebundene Tätigkeit aus, so ist eine entscheidende Zäsur für das Verständnis des Verwaltungsrechts die Ausprägung einer Verwaltung im **liberalen Rechtsstaat im 19. Jahrhundert**.¹⁴² Zentrale Forderung war die Beschränkung der Verwaltungstätigkeit auf den Bereich Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, während der private, gesellschaftliche und wirtschaftliche Bereich weitgehend der Selbststeuerung überlassen bleiben sollte.¹⁴³ Gerade in diesem Zusammenhang kommt der Ausprägung des Gesetzesvorbehalts eine besondere Bedeutung zu, wenn Eingriffe in Freiheit und Eigentum nur noch auf der Grundlage einer von der Volksvertretung beschlossenen gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage als zulässig angesehen

52

138 Dazu ausführlich: *Schwarze*, Der funktionale Zusammenhang von Verwaltungsverfahrenrecht und verwaltungsgerichtlichem Rechtsschutz, 1974, S. 17 f., 35 f., 44 ff.

139 Zur Dogmatik eines wirksamen und ausgewogenen Rechtsschutzes vgl. nur: *Schmidt-Aßmann/Schenk* in SSB, Einleitung, Rn. 152 ff.; zur individualrechtsschützenden Funktion des Verwaltungsprozesses insbesondere aaO Rn. 164 ff.

140 Ausführliche Darstellungen zur Entwicklung des Verwaltungsverfahrenrechts finden sich bei: *Henneke/Ruffert* in Knack/Henneke Vor § 1 Rn. 1 ff.; *Sachs* in SBS Einleitung Rn. 1 ff.; § 2 Rn. 1 ff.; *Stober* in WBS VerwR I § 7 ff.; *Ule/Laubinger* VerwVerfR § 6 Rn. 1 ff.; *Wittinger* in Obermayer/Funke-Kaiser Einleitung Rn. 2 ff.

141 Zur „Policywissenschaft“ von 1800 ausführlich nur *Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. 2, 1992, S. 243 ff.

142 Zur Verwaltung im bürgerlichen Rechtsstaat vgl. auch: *Stober* in WBS VerwR I § 9.

143 Zum Dualismus von Staat und Gesellschaft vgl. *Rupp* in Isensee/Kirchhof StaatsR-HdB § 28 Rn. 4 ff.

wurden.¹⁴⁴ Demgegenüber waren die Bereiche der Leistungsverwaltung, die Verwaltungsorganisation und die dem Staatsinternum zugeordneten sog. besonderen Gewaltverhältnisse nicht zwingend an das Erfordernis einer gesetzlichen Regelung geknüpft. Mit der zunehmenden Abhängigkeit des Individuums vom Staat als Folge von Industrialisierung und Technisierung, von Urbanisierungstendenzen, von Verarmungserscheinungen weiter Teile der Bevölkerung – also der Herausbildung der **modernen Industriegesellschaft** – nahm auch die soziale Aktivität des Staates zu.¹⁴⁵ Neben den Bereich der Gefahrenabwehr als legitimem und notwendiger Staatsaufgabe traten unter dem Stichwort des **sozialen Rechtsstaates** zunehmend die Aufgaben der Vorsorge im kulturellen, sozialen und wirtschaftlichen Bereich. Diese Entwicklung kulminiert in der Ausprägung des sozialen Rechtsstaates als **Synthese von Sozialauftrag und Rechtsstaatlichkeit**, der die soziale Gestaltung mit den Mitteln des Rechts in den Grenzen des Rechts durch den Gesetzgeber verlangt.¹⁴⁶

- 53 Diese historische Entwicklung der Verrechtlichung der Verwaltung spiegelt sich auch in der Ausprägung der Verwaltungsrechtswissenschaft wider. War diese zunächst durch die **staatswissenschaftliche Methode**¹⁴⁷ bestimmt, die in deskriptiver Weise von der Verwaltungsorganisation und den Aufgaben und Tätigkeiten der Verwaltung ausging und in erster Linie die insoweit maßgeblichen Rechtsvorschriften systematisierte und erläuterte, so erfolgt mit der **juristischen Methode**¹⁴⁸ dann eine Herausbildung allgemeiner Begriffe, eine Analyse übergreifender Gesichtspunkte und Prägung generell gültiger Strukturen des Verwaltungsrechts – also der Herausbildung eines Systems des allgemeinen Verwaltungsrechts. Parallel wirkte sich auch die Errichtung einer Verwaltungsgerichtsbarkeit¹⁴⁹ auf die Entwicklung des Verwaltungsrechts aus, konzipierte und konkretisierte diese doch in erheblichem Maße bis heute gültige Verwaltungsrechtsgrundsätze. Ungeachtet der weiteren wissenschaftlichen Durchdringung des Verwaltungsrechts¹⁵⁰ und des damit verbundenen wissenschaftlichen Ertrages konnten sich unter der Geltung der **Weimarer Reichsverfassung** die verfassungsrechtlichen Veränderungen nicht grundlegend im Bereich des Verwaltungsrechts auswirken.¹⁵¹

144 Vgl. zur Bedeutung des Gesetzesvorbehalts auch in seiner historischen Dimension *Maurer/Waldhoff AllgVerwR* § 6 Rn. 9 ff.; *Reimer* in *HSV VerwR I* § 9 Rn. 23 ff.

145 Dazu an dieser Stelle nur *Forsthoff*, Die Verwaltung als Leistungsträger, 1938, passim; *ders.*, Der Staat der Industriegesellschaft, 1971, passim; ausführlich zu *Forsthoff* und dem Problem der leistenden Verwaltung aus jüngerer Zeit *Ronellenfitsch*, Daseinsvorsorge als Rechtsbegriff in Blümel, Ernst Forsthoff, 2003, S. 53 ff.

146 Vgl. BVerfG- 1 BvR 220/51, E 1, 97 (105); 1 BvL 17/73, E 43, 213 (226); 1 BvR 195/77, E 53, 164 (184) – std. Rspr.; *Schnapp* in *MKS Art. 20 Rn. 19*; *Sommermann* in *MKS Art. 20 Rn. 98 ff.*; *Stern*, Staatsrecht Bd. 1, 2. Aufl., 1984, 887 („Direktivcharakter“); *Wittreck* in *Dreier Art. 20 (Sozialstaat) Rn. 30 f.*

147 Zur ersten Phase eines eigenständigen Verwaltungsrechts vgl. die Darstellung bei *Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. 2, 1992, S. 258 ff.

148 Die bis heute klassische Darstellung des Verwaltungsrechts des liberalen Rechtsstaates findet sich bei *O. Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, 2 Bde, 1. Aufl. 1895/1896. *Schmidt-De Caluwe*, Der Verwaltungsakt in der Lehre Otto Mayers, 1999, passim.

149 Zur Geschichte des Verwaltungsrechtsschutzes und der Entwicklung der Verwaltungsgerichtsordnung siehe nur: *Schmidt-Aßmann/Schenk* in *SSB*, Einleitung, Rn. 70 ff.

150 Hier seien exemplarisch nur die Werke von *F. Fleiner*, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 1. Aufl. 1911, 8. Aufl. 1928 und *W. Jellinek*, Verwaltungsrecht, 1. Aufl. 1927, 3. Aufl., 1931 genannt.

151 So auch in der Bewertung *Maurer/Waldhoff AllgVerwR* § 2 Rn. 11; *Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. 2, 1999, S. 240 ff.

II. Die Rechtslage in der Bundesrepublik Deutschland vor dem Erlass des VwVfG

Nach der **Auflösung rechtsstaatlicher Bindungen** eines dem „Führerprinzip“ unterworfenen Verwaltungsrechts¹⁵² und der Umdeutung von Rechtspositionen in Pflichten waren es unter der Geltung des Grundgesetzes Rechtsprechung¹⁵³ und Lehre, die maßgeblich die Entwicklung des Verwaltungsrechts determiniert haben. Gerade die Grundrechtsbindung der vollziehenden Gewalt nach Art. 1 III GG, die Bindung an Recht und Gesetz in Art. 20 III GG und die Möglichkeit einer gerichtlichen Kontrolle haben maßgeblich zur **Bildung eines verfassungsrechtlich geprägten Verwaltungsrechts** beigetragen. 54

III. Die Entstehungsgeschichte des VwVfG

War vor der Kodifikation des VwVfG die Rechtslage auf dem Gebiet des Verwaltungsverfahrenrechts durch eine Vielzahl gesetzlicher Regelungen und die besondere Bedeutung der Rechtsprechung für die Entwicklung ungeschriebener Rechtsgrundsätze gekennzeichnet, so fehlte im Bereich des Bundesrechts eine allgemeine Verfahrensordnung. Vielmehr waren die Länder um eine Kodifikation des Verwaltungsverfahrenrechts bemüht.¹⁵⁴ Allerdings konnten diese Gesetze eine bundeseinheitliche Kodifikation nicht ersetzen, machten vielmehr wegen der Gefahr einer Zersplitterung des Rechts und dem damit einhergehenden Verlust an Rechtssicherheit eine gesetzliche Regelung geradezu erforderlich. 55

Nach diversen Vorarbeiten¹⁵⁵ sowohl der politischen Akteure als auch der Wissenschaft¹⁵⁶ brachte die Bundesregierung zunächst im Jahr 1970 einen Entwurf¹⁵⁷ eines Verwaltungsverfahrensgesetzes im Bundestag ein, der aber nach der vorzeitigen Parlamentsauflösung aufgrund des Diskontinuitätsprinzips nicht weiter verfolgt wurde. Mit Datum vom 18.7.1973 legte die Bundesregierung einen überarbeiteten, die neuesten Entwicklungen¹⁵⁸ in Rechtsprechung und Literatur 56

152 Zur Verwaltung im „Führerstaat“ siehe ausführlich: *Sachs* in SBS Einleitung Rn. 4; *Stober* in WBS VerwR I § 10. Beispielfhaft sei hier im Übrigen nur die Auflösung rechtsstaatlicher Bindungen im Bereich der Aufhebung von Verwaltungsakten unter Hinweis auf die politischen Notwendigkeiten der Volksgemeinschaft als legitimer Erwägung für den Widerruf von Einbürgerungen und die Aberkennung der Staatsangehörigkeit genannt. Dazu ausführlich: *Schwarz*, Vertrauensschutz, S. 95 f.

153 So zur begrenzten Rücknahme rechtswidriger begünstigender Verwaltungsakte die Revisionsentscheidung des Bundesverwaltungsgerichts, vgl. BVerwG – VI C 88.57, E 9, 251 ff. Ähnlich bedeutsam ist die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Figur des „besonderen Gewaltverhältnisses“, BVerfG – 2 BvR 41/71, E 33, 1 (10 ff.).

154 Im Einzelnen galten vor der Kodifikation des VwVfG bereits das VwVfG des Landes Bremen vom 11.4.1934 idF der Bekanntmachung vom 1.4.1960 (GBl. 37), das Landesverwaltungsverfahrensgesetz des Landes Baden-Württemberg vom 7.11.1955 (GBl. 225), das Erste Vereinfachungsgesetz des Landes Nordrhein-Westfalen vom 23.7.1957 (GV NW S 189), das Gesetz über das Verfahren der Berliner Verwaltung vom 2.10.1958 (GVBl. 951) und das Landesverwaltungsverfahrensgesetz für Schleswig-Holstein vom 18.4.1967 (GVOBl S 131).

155 Umfassende Darstellungen der Entwicklung finden sich bei *Wittinger* in Obermayer/Funke-Kaiser Einleitung Rn. 18 ff.; *Sachs* in SBS Einleitung Rn. 10 ff. und 14 ff.

156 Siehe insbesondere den Beschluss des Deutschen Juristentages von 1960 zu dem Thema: „Empfiehl es sich, den allgemeinen Teil des Verwaltungsrechts zu kodifizieren?“, in dem es hieß, dass „... jede gesetzliche Regelung im Bereich des Allgemeinen Verwaltungsrechts dem Ziel der Rechtseinheit und Rechtssicherheit dienen (muss)“. Auch die deutsche Staatsrechtslehre hatte sich mit der Notwendigkeit einer Kodifikation befasst, vgl. nur die Gutachten von *Bettermann* VVDStRL 17 (1959), 118 ff. und *Melichar* VVDStRL 17 (1959), 183 ff.

157 Entwurf vom 21.9.1970, BT-Drs. VII/1173. *Sachs* in SBS Einleitung Rn. 32 ff.

158 Zu den Einzelheiten der neu aufgenommenen Bestimmungen vgl. die Nachweise bei *Wittinger* in Obermayer/Funke-Kaiser Einleitung Rn. 18.

berücksichtigenden Entwurf¹⁵⁹ vor. Der Bundestag billigte am 15.1.1976¹⁶⁰ diesen Entwurf mit Änderungen und Ergänzungen. Nachdem der Bundesrat – insbesondere wegen der Kompetenzfrage – am 20.2.1976 den Vermittlungsausschuss angerufen hatte,¹⁶¹ stimmte der Bundesrat am 9.4.1976, nachdem am 1.4.1976 der Bundestag die Änderungen bestätigt hatte,¹⁶² dem Vorschlag des Vermittlungsausschusses zu.¹⁶³ Das Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes wurde am 25.5.1976 ausfertigt und am 29.5.1976 verkündet.¹⁶⁴ Es trat nach § 103 am 1.1.1977 in Kraft.

IV. Der gegenwärtige Stand der Kodifikation

- 57 Nachdem die Änderungen des VwVfG zunächst im wesentlichen nur redaktioneller Natur waren,¹⁶⁵ erfolgte eine erste substantielle Änderung durch **Art. 1 des Gesetzes zur Änderung verwaltungsverfahrenrechtlicher Vorschriften** vom 2.5.1996,¹⁶⁶ der zum einen die §§ 2 II Nr. 4, 48, 49 und 50 änderte und zum anderen den für Rücknahme und Widerruf geltenden § 49a einfügte, durch den die bis dahin § 44a BHO geregelte Möglichkeit eines rückwirkenden Widerrufs von Subventionsbescheiden in das VwVfG integrierte.
- 58 Im Interesse einer Stärkung des „Standorts Deutschland“ durch den Abbau bestehender oder vermeintlicher Hemmnisse insbesondere im Genehmigungsverfahren und als Beitrag zu einer Flexibilisierung des Verwaltungsverfahrens erfolgten substantielle Änderungen durch **Art. 1 des Gesetzes zur Beschleunigung von Genehmigungsverfahren** (Genehmigungsverfahrenbeschleunigungsgesetz – GenBeschlG) vom 12.9.1996.¹⁶⁷ Zentrale Bedeutung kam zum einen den Änderungen des Planfeststellungsrechts in den §§ 72 ff. zu (→ § 72 Rn. 60 ff.). Zum anderen – und mit erheblicher verfassungsrechtlicher Brisanz – erfolgte in § 45 eine Änderung hinsichtlich der Heilungsmöglichkeiten von Verfahrensfehlern nach Abschluss des Verwaltungsverfahrens (→ § 45 Rn. 35 ff.) und in § 46 hinsichtlich der Unbeachtlichkeit von Verfahrensfehlern (→ § 46 Rn. 23 ff.), wenn „... offensichtlich ist, dass die Verletzung die Entscheidung in der Sache nicht beeinflusst hat.“
- 59 Durch **Art. 1 des Zweiten Gesetzes zur Änderung verwaltungsverfahrenrechtlicher Vorschriften** vom 6.8.1998¹⁶⁸ erfolgten einige redaktionelle Anpassungen sowie die Bereinigung von Unstimmigkeiten, die durch die vorangegangenen Reformgesetze verursacht waren. Geändert wurden die §§ 15 I, 16 I Nr. 3, 33, 41 II, 44 I, 50 und 61 I; die (durch Zeitablauf gegenstandslos gewordenen) §§ 97–99 und 102 wurden aufgehoben.
- 60 Um den Einstieg in eine umfassend elektronisch gestützte Verwaltung zu ermöglichen, erfolgte durch **Art. 1 des Dritten Gesetzes zur Änderung verwaltungsverfahrenrechtlicher Vorschriften** vom 21.8.2002¹⁶⁹ die Regelung elektronischer Kommunikationsformen im gesamten Verwaltungsverfahren. Mit dem Vierten

159 BT-Drs. VII/910.

160 Deutscher Bundestag, Stenographische Berichte, 212. Sitzung, 14695 (C).

161 BR-Drs. 45/76.

162 Deutscher Bundestag, Stenographische Berichte, 232. Sitzung, 16227 (D).

163 BR-Drs. 223/76.

164 BGBl. I 1253.

165 Überblick bei: *Sachs* in SBS Einleitung Rn. 4.

166 BGBl. I 656.

167 BGBl. I 1354.

168 BGBl. I 2022.

169 BGBl. I 3322.

Gesetz zur Änderung verwaltungsverfahrenrechtlicher Vorschriften vom 11.12.2008¹⁷⁰ sind diverse allgemeine verwaltungsverfahrenrechtliche Anforderungen der Dienstleistungsrichtlinie¹⁷¹ im Verwaltungsverfahrensgesetz umgesetzt worden. Im Zuge der Umsetzung soll das Verwaltungsverfahrenrecht insgesamt maßvoll und zugleich zukunftsweisend angepasst und damit das Leistungsangebot der Verwaltung für Bürger und Wirtschaft verbessert werden.¹⁷² Die vorläufig letzte Änderung erfuhr das VwVfG durch Art. 11 Abs. 2 eIDAS-Durchführungsgesetz vom 18.7.2017¹⁷³, das der Durchführung der Verordnung (EU) Nr. 910/2014 vom 23.7.2014 über elektronische Identifizierung und Vertrauensdienste für elektronische Transaktionen im Binnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 1999/93/EG dient.

V. Die zukünftige Entwicklung des VwVfG

1. Reformbedarf und Reformüberlegungen. War schon in der Vergangenheit das **Verwaltungsverfahrenrecht** in erheblichem Maße durch die **Wissenschaft**¹⁷⁴ nicht nur begleitet, sondern auch **konturiert** worden, so gilt dieser Befund auch für die Gegenwart.¹⁷⁵ Wesentliche **Akzentuierungen** eines **leistungsfähigen Ver-**

170 BGBl. I 2418.

171 Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.12.2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt (ABl. EG Nr. L 376 S 36).

172 So auch die amtliche Begründung, BT-Drs. XVI/10493, 1.

173 BGBl. I 2745.

174 Dies belegen schon die durchaus auch zukunftsbezogenen Themenstellungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtler, vgl. *Bettermann* VVDStRL 17 (1958), 118; *Melichar* VVDStRL 17 (1958), 183; *Mallmann* VVDStRL 19 (1960), 165; *Zeidler* VVDStRL 19 (1960), 208; *Vogel* VVDStRL 24 (1965), 125; *Herzog* VVDStRL 24 (1965), 183; *Ossenbühl* VVDStRL 29 (1970), 137; *Galluas* VVDStRL 29 (1970), 211; *Kisker* VVDStRL 32 (1973), 149; *Püttner* VVDStRL 32 (1973), 200; *Scholz* VVDStRL 34 (1975), 145; *Schmidt-Aßmann* VVDStRL 34 (1975), 221; *Scheuing* VVDStRL 40 (1981), 153; *Hoffmann-Riem* VVDStRL 40 (1981), 187; *Raschauer* VVDStRL 40 (1981), 240; *Wahl* VVDStRL 41 (1982), 151; *Pietzcker* VVDStRL 41 (1982), 193; *Bryde* VVDStRL 46 (1987), 181; *Haverkate* VVDStRL 46 (1987), 217; *Mußgnug* VVDStRL 47 (1988), 114; *Hufen* VVDStRL 47 (1988), 142; *Hill* VVDStRL 47 (1988), 172; *Ipsen* VVDStRL 48 (1989), 177; *Murswiek* VVDStRL 48 (1989), 207; *Schlink* VVDStRL 48 (1989), 235; *Burmeister* VVDStRL 52 (1992), 190; *Krebs* VVDStRL 52 (1992), 248; *Hengstschläger* VVDStRL 54 (1994), 165; *Osterloh* VVDStRL 54 (1994), 204; *Bauer* VVDStRL 54 (1994), 243; *Jaag* VVDStRL 54 (1994), 287; *Schmidt-Preuß* VVDStRL 56 (1996), 160; *Di Fabio* VVDStRL 56 (1996), 235; *Würtenberger* VVDStRL 58 (1998), 139; *Riedel* VVDStRL 58 (1998), 180; *Heintzen* VVDStRL 62 (2002), 220; *Voßkuhle* VVDStRL 62 (2002), 266; *Scherzberg* VVDStRL 63 (2003), 214; *Lepsius* VVDStRL 63 (2003), 264; *Gröschner* VVDStRL 63 (2003), 344; *Masing* VVDStRL 63 (2003), 377; *Pache* VVDStRL 66 (2006), 106; *Groß* VVDStRL 66 (2006), 152; *Appel* VVDStRL 67 (2007), 226; *Eifert* VVDStRL 67 (2007), 286; *Classen* VVDStRL 67 (2007), 365; *Biaggini* VVDStRL 67 (2007), 413; *Potacs* VVDStRL 69 (2009), 254; *Kersten* VVDStRL 69 (2009), 288; *Gurlit* VVDStRL 70 (2010), 227; *Fehling* VVDStRL 70 (2010), 278; *Hellermann* VVDStRL 70 (2010), 366; *Durner* VVDStRL 70 (2010), 398; *Stelkens* VVDStRL 71 (2011), 369; *Mehde* VVDStRL 71 (2011), 418; *Waechter* VVDStRL 72 (2012), 499; *Mann* VVDStRL 72 (2012), 544.

175 Hier seien nur die folgenden Sammelbände der Schriften zur Reform des Verwaltungsrechts genannt: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Schuppert*, Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 1993; *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann*, Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns, 1994; *Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem*, Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, 1997; *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann*, Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht, 1998; *Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem*, Strukturen des Europäischen Verwaltungsrechts, 1999; *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann*, Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft, 2000; *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann*, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, 2002; *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann*, Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, 2004.

waltungsrechts, das den Anforderungen der Moderne gerecht zu werden vermag, müssen sich immer in dem Spannungsfeld bewegen, das durch das Postulat einer effektiven und zeitnahen Erledigung von Verwaltungsaufgaben ebenso bestimmt wird wie durch rechtsstaatliche Sicherungen und Vorkehrungen im Interesse der Bürger. Dies zu bewerkstelligen versucht auch das Gesetz zur Verbesserung der Öffentlichkeitsbeteiligung und Vereinheitlichung von Planfeststellungsverfahren vom 31.5.2013,¹⁷⁶ das darauf abzielt, durch die Einführung einer frühen Öffentlichkeitsbeteiligung die Planung von Vorhaben zu optimieren, Transparenz zu schaffen und so insgesamt die Akzeptanz von Genehmigungs- und Planfeststellungsentscheidungen zu fördern.¹⁷⁷

- 62 Da das Verwaltungsverfahrensgesetz insoweit fragmentarischer Natur ist, als es in § 9 nur die Verfahrenshandlungen erfasst, die auf den Erlass eines Verwaltungsaktes oder den Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrages abzielen, hat dies zwar zum einen den Vorteil, dass außerhalb dieser Handlungsformen die rechtlichen Bindungen des VwVfG grundsätzlich – eine andere Frage ist die Möglichkeit einer analogen Anwendung der Bestimmungen des VwVfG (→ Rn. 44) – nicht durchgreifen. Zum anderen ist aber auch zu konstatieren, dass die rechtsstaatliche Steuerungswirkung des VwVfG selbst nicht eingreifen kann, die Herausbildung von Strukturbestimmungen vielmehr Rechtsprechung und Literatur überlassen bleibt.¹⁷⁸
- 63 2. Das Problem des schlichten Verwaltungshandelns. Ein erstes Problem wirft der Bereich des schlichten Verwaltungshandelns in der Form von staatlichen Informationen, Empfehlungen und Warnungen auf,¹⁷⁹ für den die normativen Vorgaben des Verwaltungsverfahrensgesetzes keine Antworten geben können, die nach allgemeiner Ansicht¹⁸⁰ aber als eine besondere Form des Realaktes anzusehen sind (→ § 35 Rn. 54 f.).
- 64 Der Bereich staatlicher Informationen, Empfehlungen und Warnungen ist zum einen wegen der möglichen – insbesondere grundrechtsrelevanten – Auswirkungen im Hinblick auf das Erfordernis einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage problematisch. Ohne an dieser Stelle ausführlich auf das verfassungsrechtliche Problem des Grundrechtsschutzes bei faktischen Beeinträchtigungen¹⁸¹ einzugehen, besteht jedenfalls dahin gehend Einigkeit, dass bei einer rechtlich erheblichen Beeinträchtigung einer grundrechtlich geschützten Position auch eine ge-

176 BGBl. I 1388.

177 BT-Drs. 17/9666 vom 16.5.2012; ausführlich dazu auch Gard, Die frühe Öffentlichkeitsbeteiligung, 2018, 46 ff.

178 Zum vorstehenden vgl. auch: Kopp/Ramsauer Einführung I Rn. 69 ff.

179 Grundlegend dazu schon W. Jellinek, Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 1948, 23 f., der Auskünfte, Mahnungen und Warnungen als Beispiele schlichter Hoheitsverwaltung nennt. Gröschner DVBl. 1990, 619; Gusy NJW 2000, 977; Heintzen NJW 1990, 1448; P.-M. Huber JZ 2003, 290; Leidinger DÖV 1993, 925; Murswiek DVBl. 1997, 1021; Sodan DÖV 1987, 585; Zuck MDR 1988, 1020.

180 Kopp/Ramsauer Einführung I Rn. 71; Maurer/Waldhoff AllgVerwR § 15 Rn. 8. Zuletzt zum Problem informalen Staatshandelns am Beispiel hoheitlicher Warnungen aus der Rechtsprechung: BVerfG – 1 BvR 558/91 ua, E 105, 252 ff. („Glykol“); 1 BvR 670/91, E 105, 279 ff. („Osho“).

181 Di Fabio JuS 1997, 1 (4 f.); Dreier in Dreier Vorb Rn. 125 ff.; Manssen in MKS Art. 12 Rn. 86 ff.; Sachs in Stern/Sachs Staatsrecht, Bd. III/2, 1994, 158 ff.; Schoch DVBl. 1991, 667 (671).

setzliche Ermächtigung erforderlich ist.¹⁸² Dem entspricht auch die Gesetzgebungspraxis, soweit sie entsprechende Befugnisnormen beispielsweise in § 8 ProdSG, § 69 IV AMG und § 6 GSG erlassen hat.

Zum anderen stellt sich die Frage nach einer – zumindest **sinngemäßen** – **Beachtung der Vorgaben des VwVfG**. Dabei dürfte die Antwort unter Berücksichtigung der Art des Verwaltungshandelns und dem Ausmaß der Grundrechtsbeeinträchtigung unterschiedlich ausfallen. Fehlt es an einer Grundrechtsgefährdungslage, besteht insoweit kein Anlass für eine sinngemäße Anwendung verfahrensrechtlicher Bestimmungen. Wenn aber das Verwaltungshandeln erkennbar geeignet ist, grundrechtlich geschützte Positionen zu tangieren, sollte die Verwaltung auf das ihr zur Verfügung stehende verfahrensrechtliche Instrumentarium zurückgreifen, um so die Position der Betroffenen zu stärken; dies gilt insbesondere für die Anhörung nach § 28.¹⁸³ Im Ergebnis ist auch das schlichte Verwaltungshandeln an die allgemeinen Zulässigkeits- und Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen gebunden;¹⁸⁴ es handelt sich lediglich um **gesetzesfreie**, aber **nicht rechtsfreie Verwaltungstätigkeit**.

Ein weiteres Problem ergibt sich aus der Frage nach der **Zuständigkeit** der jeweils handelnden Behörde.¹⁸⁵ Soweit das behördliche Handeln durch eine Gefahr im Sinne des Polizeirechts veranlasst wird, dürfte ein Rückgriff auf polizeirechtliche Kompetenznormen ausreichend sein.¹⁸⁶ Aber gerade bei regierungsamtlichen Warnungen und bei Warnungen, die nicht gegen eine polizeirechtliche Gefahr gerichtet sind, vermag dieses Kriterium nicht durchzugreifen. Insoweit hat auch das Bundesverfassungsgericht für Warnungen der Bundesregierung die Kompetenz zur Informationsstätigkeit aus der gesamtstaatlichen Verantwortung der Staatsleitung abgeleitet.¹⁸⁷

3. Das Problem des konsensualen (informellen) Verwaltungshandelns. Das Verwaltungshandeln bedient sich zunehmend informeller Absprachen,¹⁸⁸ die als Absprachen einen informellen Charakter haben, weil sie gerade nicht den traditionellen Formen des Verwaltungshandelns zugeordnet werden, sondern ein solches vorbereiten oder ersetzen wollen. Ein weiteres typusbestimmendes Merkmal ist die rechtliche Unverbindlichkeit. Die **Vorteile**¹⁸⁹ solcher **informellen Handlungsoptionen** bestehen insbesondere in der Flexibilität, mit der konsensual auf Veränderungen reagiert werden kann. Daneben tragen sie zur Verfahrensbeschleunigung

182 Anders offenbar aber das Bundesverfassungsgericht – 1 BvR 670/91, E 105, 279 (304): „Derartige faktisch-mittelbare Wirkungen entziehen sich typischerweise einer Normierung.“ Deutliche Kritik insoweit bei: *Bethge* JURA 2003, 327 (332 f.); *P.-M. Huber* JZ 2003, 290 (294 f.).

183 *Schmitz* in SBS § 1 Rn. 45 ff.; vgl. dazu auch *Hochhuth* NVwZ 2003, 30.

184 *Schmidt-Aßmann* DVBl. 1989, 533 (541).

185 Ausführlich dazu auch *Di Fabio* JuS 1997, 1 (3).

186 *Maurer/Waldhoff* AllgVerwR § 15 Rn. 12.

187 BVerfG – 1 BvR 558/91 ua, E 105, 252 (270); 1 BvR 670/91, E 105, 279 (306). Kritisch gegenüber dem – unzulässigen – Schluss von der Aufgabe auf die Befugnis: *P.-M. Huber* JZ 2003, 290 (295).

188 *Bauer* VerwArch 78 (1987), 241; *Bohne* VerwArch 75 (1984), 343; *Brohm* DVBl. 1994, 133; *Dreier* Informales Verwaltungshandeln, Staatswissenschaft & Staatspraxis 1993, 647; *Eberle* DV 17 (1984), 439; *Fehling* in HSV VerwR II § 38; *Kirchberg/Herrmann* in PHdB-VerwS § 2 Rn. 121 ff.; *Kopp/Ramsauer* Einführung I Rn. 74 f.; *Kunig/Rublack* JURA 1990, 1; *Maurer/Waldhoff* AllgVerwR § 15 Rn. 14 ff.; *Schlette*, Die Verwaltung als Vertragspartner, 2000, S. 216 ff.; *Schulte* DVBl. 1988, 512; *Korte* in WBS VerwR I § 57 Rn. 15 ff.

189 Dazu: *Bauer* VerwArch 78 (1987), 241 (250 ff.); *Dreier* Informales Verwaltungshandeln, Staatswissenschaft & Staatspraxis 1993, 647 (656 f.); *Henneke* in Knack/Henneke Vor § 35 Rn. 41 ff.

gung und zur verbesserten Akzeptanz staatlicher Entscheidungen bei. **Gefahren**¹⁹⁰ resultieren aus der Möglichkeit einer Umgehung und Relativierung staatlicher Vorgaben¹⁹¹ sowie aus dem Verlust an gerichtlichen Kontrollmöglichkeiten. Dementsprechend ist schlichtes Verwaltungshandeln auch ausgeschlossen, wenn eine Pflicht zum Erlass eines Verwaltungsaktes besteht,¹⁹² weil dem schlichten Verwaltungshandeln gerade keine gesetzesvertretende Funktion zukommt.

68 Die **Besonderheit informellen Verwaltungshandelns** liegt in dem Umstand begründet, dass es gerade **rechtlich nicht verbindlich** ist.¹⁹³ Insoweit können sich sowohl die Verwaltung als auch der Bürger nicht nur bei einer Änderung der Sach- und Rechtslage, sondern auch bei einer Änderung der jeweiligen Einschätzung von der Absprache Abstand nehmen, ohne dass rechtliche Bindungen nach Maßgabe des Vertrauensschutzprinzips¹⁹⁴ des Grundsatzes von Treu und Glauben oder der Selbstbindung der Verwaltung begründet werden können.¹⁹⁵

69 Die Bestimmungen des **Verwaltungsverfahrensgesetzes** können auf das **informelle Verwaltungshandeln** – anders als dies vereinzelt in der Literatur¹⁹⁶ gefordert wird – **keine Anwendung** finden,¹⁹⁷ weil Konsequenz einer Formalisierung des informellen Verwaltungshandelns der Verlust des informellen Charakters wäre (→ § 54 Rn. 37). Allerdings dürfen rechtsstaatliche Mindeststandards – gerade im Hinblick auf möglicherweise durch die Absprachen betroffene Dritte¹⁹⁸ – nicht unterlaufen werden.¹⁹⁹

70 **4. Einschaltung Privater und Verwaltungsverfahren.** Ein weiterer Impuls²⁰⁰ für die Modernisierung des Verwaltungsverfahrens folgt aus dem Umstand, dass die Verwaltung in Anbetracht der zunehmenden Komplexität der wahrzunehmenden staatlichen Aufgaben, unter Berücksichtigung der finanziellen Notlagen öffentlicher Haushalte von Bund, Ländern und Kommunen und bei Wahrnehmung der veränderten politischen und ökonomischen Einsichten in die Fähigkeiten, aber auch die zunehmenden Schwächen von Staat, Wirtschaft und gesellschaftlichen Kräften ihre Aufgaben nicht nur in der Form des Privatrechts wahrnehmen kann, sondern sie sich zunehmend bei der Erfüllung von Staatsaufgaben der Einbezie-

190 Vgl. insoweit *Battis*, AllgVerwR, 3. Aufl. 2002, 253; *Bauer* VerwArch 78 (1987), 241 (254 ff.); *Hoffmann-Riem* VVDStRL 40 (1981), 187 (203 ff.); ausführlich jüngst auch *Fehling* in HSV VerwR II § 38 Rn. 43 ff.

191 Vor diesem Hintergrund bildet der Vorrang des Gesetzes eine wesentliche Grenze für das informelle Verwaltungshandeln, siehe dazu auch: *Battis*, AllgVerwR, 3. Aufl. 2002, 253; *Fehling* in HSV VerwR II § 38 Rn. 76 ff.

192 Vgl. *Bobne* VerwArch 75 (1984), 343 (368); *Korte* in WBS VerwR I § 57 Rn. 25.

193 Rechtliche Verbindlichkeit für die Beteiligten kann sich nur aus den Handlungsformen eines öffentlich-rechtlichen Vertrages, eines Vorbescheides oder einer Zusage ergeben; umfassend dazu auch *Fehling* in HSV VerwR II § 38 Rn. 7 ff.

194 Zur Anwendung des Vertrauensschutzgedankens bei behördlichen Auskünften vgl. *Schwarz*, Vertrauensschutz, S. 350 f.

195 Zum vorstehenden vgl. auch *Maurer/Waldhoff* AllgVerwR § 15 Rn. 20.

196 *Hoffmann-Riem* VVDStRL 40 (1981), 187 (224); *Kunig/Rublack* JURA 1990, 1 (6); *Leidinger* DÖV 1993, 925 (934).

197 So insbesondere: *Dreier* Staatswissenschaft & Staatspraxis 1993, 647 (662 f.); *Kopp/Ramsauer* Einführung I Rn. 76; *Maurer/Waldhoff* AllgVerwR § 15 Rn. 21.

198 Zu diesem Problem ausführlich *Henneke* in Knack/Henneke Vor § 35 Rn. 44.

199 Dazu auch *Kopp/Ramsauer* Einführung I Rn. 76; *Maurer/Waldhoff* AllgVerwR § 15 Rn. 21.

200 So finden sich im politischen Bereich Bestrebungen, Regeln über verwaltungsrechtliche Kooperationsverhältnisse in das VwVfG zu integrieren, vgl. dazu auch die dem Bundesministerium des Innern erstatteten Gutachten von *Schuppert*, Grundzüge eines zu entwickelnden VerwaltungsKooperationsrechts, 2001 und *Ziekow*, Verankerung verwaltungsrechtlicher Kooperationsverhältnisse (Public Private Partnership) im Verwaltungsverfahrensgesetz, 2001.

hung Privater (sowohl Einzelpersonen als auch juristischer Personen des Privatrechts) bedient.²⁰¹

Dabei werden herkömmlich **drei Privatisierungsbegriffe** unterschieden: die **Vermögensprivatisierung**, die **Organisations-** und die **Aufgabenprivatisierung**, wobei diese Formen in der Praxis aber auch kombiniert werden. Bei der **Vermögensprivatisierung**²⁰² überträgt der Staat Grundstücke oder Beteiligungen an Wirtschaftsunternehmen der öffentlichen Hand an Private, ohne dass sich damit der Bestand öffentlicher Aufgaben ändert. Bei der **formellen Organisationsprivatisierung**,²⁰³ die sich insbesondere im Bereich der Leistungsverwaltung und bei Staatsaufgaben erwerbswirtschaftlich-fiskalischen Charakters findet, wird lediglich die Form der Aufgabenerledigung modifiziert; die Wahl einer privatrechtlichen Form führt aber nicht dazu, dass die betreffende Aufgabe aus dem Bereich der staatlichen Verantwortung fällt. Bei der **materiellen Aufgabenprivatisierung**²⁰⁴ verzichtet die Verwaltung auf die Wahrnehmung einer genuin staatlichen Aufgabe und überträgt sie auf Unternehmen, an denen der Staat gar nicht oder nicht mehrheitlich beteiligt ist.

Auch wenn nach allgemeiner Ansicht²⁰⁵ die Verwaltung berechtigt ist, sich der Organisations- und Handlungsformen des Privatrechts zu bedienen, sofern die Verwendung der jeweiligen Rechtsform nicht durch die Rechtsordnung verboten ist, so lassen sich insoweit auch **verfassungsrechtliche Grenzen der Privatisierung** bestimmen. Diese ergeben sich zum einen aus den in Art. 87 ff. festgelegten Organisationsformen. Problematisch ist, ob aus dem Funktionsvorbehalt des Art. 33 IV GG auch eine Grenze der Privatisierung folgt,²⁰⁶ wobei es entscheidend auf die Interpretation des Begriffs der Ausübung „hoheitlicher Befugnisse“ ankommt. Im Übrigen bedarf es bei der Privatisierung einer Verwaltungsaufgabe, die der Verwaltung als Pflichtaufgabe durch Gesetz übertragen worden ist, selbst in formeller Hinsicht einer gesetzlichen Grundlage.²⁰⁷

Ein weiteres Problem der **materiellen Privatisierung** folgt aus dem Umstand, dass grundsätzlich mit der Aufgabenerledigung **staatliche Ingerenzmöglichkeiten** verloren gehen, gleichwohl aber das Bedürfnis nach gesetzlich normierter Steuerung und Kontrolle bestehen bleiben kann. Insoweit stellt sich auch die Frage nach der Konzeption eines sog. **Gewährleistungsverwaltungsrechts**.²⁰⁸

201 *Bauer* VVDStRL 54 (1994), 243; *Burgi*, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, 1999; *Di Fabio* JZ 1999, 585; *Gramm*, Privatisierung und notwendige Staatsaufgaben, 2001; *Hengstschläger* VVDStRL 54 (1994), 165; *Heintzen* VVDStRL 62 (2002), 220; *Jaag* VVDStRL 54 (1994), 287; *Kämmerer*, Privatisierung: Typologie – Determinanten – Rechtspraxis – Folgen, 2001.

202 Dazu auch mwN: *Battis* AllgVerwR, 3. Aufl. 2002, 58; *Kopp/Ramsauer* Einführung I Rn. 87a; *Schmitz* in SBS § 1 Rn. 133.

203 Vgl. insoweit mwN: *Battis* AllgVerwR, 3. Aufl. 2002, 58; *Kopp/Ramsauer* Einführung I Rn. 87b; *Schmitz* in SBS § 1 Rn. 124 ff.

204 Siehe dazu mwN: *Battis* AllgVerwR, 3. Aufl., 2002, 58; *Burgi*, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, 1999, S. 86 f.; *Kopp/Ramsauer* Einführung I Rn. 88; *Schmitz* in SBS § 1 Rn. 129 ff.

205 Zum Grundsatz der Formenwahlfreiheit der Verwaltung vgl. *v. Danwitz* JuS 1995, 1 (1 f.); ferner aus der Rechtsprechung: BVerwG – VIII C 6.60, E 13, 47 (54); IV C 18.91, E 92, 56 (61 ff.).

206 Umfangreiche Darstellung des Problems bei *Jachmann* in MKS Art. 33 Rn. 31 f., 35, 38; *Kunig* in MKS Art. 33 Rn. 42.

207 So *Kopp/Ramsauer* Einführung I Rn. 88; *Schmitz* in SBS § 1 Rn. 122; *Schoch* DVBl. 1994, 962 (974).

208 Ausführlich dazu *Voßkuhle* VVDStRL 62 (2002), 266 (307 ff.).

C. Die Europäisierung des Verwaltungsverfahrensrechts

I. Allgemeine Aussagen

- 74 Von zunehmender Bedeutung für das nationale Verwaltungsverfahren sind die Europäische Integration und das europäische Unionsrecht und die dadurch determinierten politischen und rechtlichen Rahmenbedingungen.²⁰⁹ Das Spannungsverhältnis zwischen nationalem Verwaltungsverfahren und Gemeinschaftsrecht resultiert insbesondere aus dem Umstand, dass die **materiellen Vorgaben des Unionsrechts nach Maßgabe des nationalen Verwaltungsverfahrensrechts** umzusetzen sind und gleichwohl die Anwendung des nationalen Rechts weder eine Diskriminierung bewirken noch die einheitliche und effektive Anwendung des Unionsrechts in Frage stellen darf.
- 75 Dieses **Konfliktpotential** folgt aus dem speziellen Verhältnis des Unionsrechts zu den nationalen Rechtsordnungen. Anders als das Völkerrecht, das nach allgemeiner Ansicht im innerstaatlichen Rechtskreis nur gilt, wenn es auf der Grundlage einer innerstaatlichen Rechtsnorm in nationales Recht transformiert wird (**Transformationslehre**) oder wenn ein innerstaatlicher Rechtsakt die Anwendung der völkerrechtlichen Norm im innerstaatlichen Bereich befiehlt (**Vollzugslehre**),²¹⁰ beansprucht das **Europäische Unionsrecht** teilweise seine **unmittelbare Geltung** in den Mitgliedstaaten ohne staatlichen Umsetzungsakt.²¹¹

II. Verwaltungsrecht in der Europäischen Union

- 76 **1. Das Unionsrecht.** Das Recht der Europäischen Union lässt sich in zwei Gruppen einteilen, nämlich einerseits das sogenannte **primäre** und andererseits das sogenannte **sekundäre** bzw. abgeleitete oder organschaffene **Unionsrecht**.
- 77 **a) Das primäre Unionsrecht.** Zum **primären Unionsrecht** als „Verfassung“ der Gemeinschaft gehören die **Gründungsverträge der Europäischen Gemeinschaften** EG, EGKS und EAG, denen die grundlegenden Vorstellungen über die Ziele, die Organisation, die Kompetenzen und die Funktionsweise der Gemeinschaften zu entnehmen sind. Dem gleichgestellt sind die späteren **Änderungen und Ergänzungen**.
- 78 Ferner sind dem **ungeschriebenen primären Unionsrecht** die **allgemeinen Rechtsgrundsätze** zuzuordnen.²¹² Dies sind insbesondere die **Grundrechte**,²¹³ die der EuGH im Wege „wertender Rechtsvergleichung“²¹⁴ unter Berücksichtigung der Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten²¹⁵ und der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)²¹⁶ entwickelt hat und die nach Art. 6 II EUV von der Union und den Gemeinschaften als Bestandteil der Gemeinschaftsrechts-

209 *Schmidt-Aßmann* in Isensee/Kirchhof StaatsR-HdB V § 109 Rn. 83 ff.; *ders.* in HSV VerwR I § 5 Rn. 29 ff.; umfassend auch *Kahl NVwZ* 2011, 449 ff.

210 Zu diesen beiden Arten der innerstaatlichen Geltung des Völkerrechts vgl. nur: *Herdegen* Völkerrecht, 6. Aufl. 2007, § 22 Rn. 7.

211 Dazu EuGH – Rs 6/64, Slg 1964, 1251 (1269); Rs 106/77, Slg 1978, 629 (643 ff.), ferner aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts: BVerfG – 2 BvR 226/69, E 31, 145 (173 f.). § 33 Rn. 9 f.; *Ruffert* in HSV VerwR I § 17 Rn. 121 ff.; *Streinz* EuropaR Rn. 470.

212 Dazu auch *Pieper* in Dauses/Ludwigs, HdB EU-Wirtschaftsrecht, 44. Ergl., 2018, B I. Rn. 68 ff.; *Streinz* EuropaR Rn. 449 ff.; *Wegener* in Calliess/Ruffert EUV Art. 19 Rn. 36.; ausführlich dazu auch *Terhechte* in VerwR-EU § 7 Rn. 19 ff.

213 Ausführlich *Kingreen* in Calliess/Ruffert EUV Art. 6 Rn. 4 ff.; *Pieper* in Dauses/Ludwigs, HdB EU-Wirtschaftsrecht, 44. Ergl., 2018, B I. Rn. 75; *Streinz* EuropaR Rn. 731 ff.

214 Siehe nur: *Starck* JZ 1997, 1021 (1029 f.).

215 Grundlegend EuGH – Rs 11/70, Slg 1970, 1125 (1135).

216 EuGH – Rs 4/73, Slg 1974, 491 (507).

ordnung zu achten sind.²¹⁷ Neben diesen grundrechtlichen Verbürgungen sind auch die **aus dem Rechtsstaatsprinzip entwickelten Grundsätze** der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung,²¹⁸ der Rechtssicherheit,²¹⁹ des Vertrauensschutzes²²⁰ und der Verhältnismäßigkeit²²¹ Bestandteile des primären Unionsrechts Schließlich gehört – allerdings von deutlich untergeordneter Bedeutung – auch das **Gewohnheitsrecht** zum Bestand des primären Unionsrechts.²²²

Dabei kommt dem **Primärrecht Vorrang** gegenüber dem Sekundärrecht zu; es ist der **Maßstab für die Rechtmäßigkeit des Sekundärrechts**.²²³ Die vertraglich normierten Befugnisse sind insoweit Grund und Grenze des Handelns der Unionsorgane.

b) Das sekundäre Unionsrecht. Das sekundäre Unionsrecht umfasst das von den Organen der Union in Ausfüllung der vertraglichen Ermächtigungen gesetzte Recht. Dies sind nach Art. 288 AEUV **Verordnungen, Richtlinien, Beschlüsse** sowie **Empfehlungen und Stellungnahmen**.

Verordnungen²²⁴ sind in allen ihren Teilen verbindliche abstrakt-generelle Rechtssätze des sekundären Unionsrechts, die ohne mitgliedstaatlichen Umsetzungsakt unmittelbar gelten und bei hinreichender Bestimmtheit Rechte und Pflichten begründen können.

Richtlinien²²⁵ als Instrumente indirekter bzw. kooperativer zweistufiger Rechtsetzung sind hinsichtlich ihres Ziels für die Mitgliedstaaten verbindlich; sie überlassen aber die Wahl der Form und der Mittel den innerstaatlichen Stellen, soweit sich diese zur Gewährleistung der praktischen Wirksamkeit unter Berücksichtigung des mit ihnen verfolgten Zwecks am besten eignen. Die Richtlinie bedarf also der Umsetzung durch die Mitgliedstaaten. Erfolgt diese nicht ausreichend oder nicht rechtzeitig, so kann die Richtlinie zugunsten des Bürgers unmittelbare Wirkung²²⁶ entfalten, wenn sie inhaltlich ausreichend bestimmt und unbeding ist und keines weiteren Anwendungsaktes mehr bedarf.

217 Ausführlich dazu: *Kingreen* in Calliess/Ruffert EUV Art. 6 Rn. 4 ff.; *Rengeling*, Grundrechtsschutz in der Europäischen Gemeinschaft, 1993, passim.

218 Siehe nur: *Terhechte* VerwR-EU § 7 Rn. 25.

219 Ausführlich mit umfangreichen Nachweisen aus der Rechtsprechung des EuGH *Schwarz*, Vertrauensschutz, S. 388 ff.; jüngst auch *Terhechte* VerwR-EU § 7 Rn. 22 ff.

220 *Blanke*, Vertrauensschutz im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht, 460 ff.; *Borchardt*, Der Grundsatz des Vertrauensschutzes im europäischen Gemeinschaftsrecht, 1988, passim; *Schwarz*, Vertrauensschutz, S. 376 ff.; *Terhechte* VerwR-EU § 7 Rn. 22 f.

221 Siehe insoweit jeweils mwN: *Koch*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, 2003, passim; *Mayer* § 8 Rn. 63 ff.; *Pache* NVwZ 1999, 1033 ff.; *Schwarz*, Vertrauensschutz, S. 553 f.; *Stettner* in Dausen/Ludwigs, HdB EU-Wirtschaftsrecht, 44. Ergl, 2018, B III Rn. 78; *Terhechte* VerwR-EU § 7 Rn. 21.

222 Dazu mwN: *Pieper* in Dausen/Ludwigs, HdB EU-Wirtschaftsrecht, 44. Ergl, 2018, B I Rn. 178 ff.

223 *Ruffert* in Calliess/Ruffert AEUV Art. 288 Rn. 8; *ders.* in HSV VerwR I § 17 Rn. 30 ff.; *Schmidt-Aßmann* in HSV VerwR I § 5 Rn. 19.

224 Zur Verordnung als Rechtsakt iSv Art. 288 AEUV vgl. *von Dawitz* in Dausen/Ludwigs, HdB EU-Wirtschaftsrecht, 44. Ergl., 2018, B II. Rn. 30 ff.; *Ruffert* in Calliess/Ruffert AEUV Art. 288 Rn. 16 ff.; *Streinz* EuropaR Rn. 467 ff.

225 *von Dawitz* in Dausen/Ludwigs, HdB EU-Wirtschaftsrecht, 44. Ergl., 2018, B II. Rn. 37 ff.; *Ruffert* in Calliess/Ruffert AEUV Art. 288 Rn. 23 ff.; *ders.* in HSV VerwR I § 17 Rn. 128 ff.; *Streinz* EuropaR Rn. 471 ff.

226 Siehe dazu mit weiteren Einzelheiten *Ruffert* in Calliess/Ruffert AEUV Art. 288 Rn. 47 ff.; *ders.* in HSV VerwR I § 17 Rn. 135 ff.; *Streinz* EuropaR Rn. 478 ff.

- 83 **Beschlüsse**²²⁷ sind verbindliche Rechtsakte von Organen der Union auf dem Gebiet des Unionsrechts für Einzelfälle, die sich sowohl an einzelne oder eine Vielzahl von Personen – hier zumindest teilweise dem Verwaltungsakt des nationalen Rechts vergleichbar²²⁸ – als auch an einzelne Mitgliedstaaten richten können.
- 84 **Empfehlungen** und **Stellungnahmen** sind unverbindliche, aber gleichwohl nicht rechtlich bedeutungslose Handlungsformen der Unionsorgane.²²⁹ Während Empfehlungen dem Adressaten ein bestimmtes Verhalten nahe legen, weisen Stellungnahmen mehr den Charakter sachverständiger Äußerungen auf.²³⁰
- 85 **2. Das Verhältnis von Unionsrecht und nationalem Recht. a) Das Rangverhältnis. aa) Allgemeine Aussagen.** Ausgehend von dem Befund, dass dem Unionsrecht unmittelbare Geltung im nationalen Rechtskreis zukommt (→ Rn. 69), stellt sich die Frage nach dem **Rangverhältnis von Unionsrecht und nationalem Recht**.²³¹ Auch wenn Einigkeit dahin gehend besteht, dass primäres und sekundäres Unionsrecht dem Recht der Mitgliedstaaten grundsätzlich vorgehen, so differieren doch die Begründungen für dieses Ergebnis erheblich.
- 86 Erstmals in der Rechtssache *Costa./ENEL*²³² eingehend begründet, vertritt der EuGH seitdem in ständiger Rechtsprechung²³³ in Übereinstimmung mit Teilen des europarechtlichen Schrifttums²³⁴ die These von einem **Vorrang des Unionsrechts kraft Autonomie der Unionsrechtsordnung**, weil diese im Gegensatz zu den gewöhnlichen völkerrechtlichen Verträgen eine eigene (selbstständige) Rechtsordnung geschaffen hätte.
- 87 Auch das Bundesverfassungsgericht hat den Vorrang des Unionsrechts schon früh anerkannt, sieht aber als **Geltungsgrund** für den Vorrang nicht die Eigenständigkeit des Unionsrechts, sondern vielmehr den **innerstaatlichen Rechtsanwendungsbefehl** der auf der Grundlage von Art. 23 GG (früher maßgeblich Art. 24 GG) erlassenen Zustimmungsgesetze zu den Gründungsverträgen.²³⁵ Die dem Rechtsanwendungsbefehl der Zustimmungsgesetze immanente Anerkennung ermöglicht es dem Unionsrecht, entgegenstehendes nationales Recht zu überlagern und partiell zu verdrängen.²³⁶
- 88 Umstritten²³⁷ ist, ob der **Vorrang des Unionsrechts als Geltungsvorrang** oder lediglich als **Anwendungsvorrang** zu verstehen ist. Bei einem Geltungsvorrang wäre im Konfliktfall entgegenstehendes nationales Recht nichtig; der bloße Anwendungsvorrang führt dazu, dass mit dem Unionsrecht kollidierendes nationales Recht zwar gültig bleibt, aber insoweit unanwendbar ist, als das Unionsrecht

227 Vgl. zu Entscheidungen (im Wesentlichen auf Beschlüsse übertragbar) als Rechtshandlungen auch *Ruffert* in Calliess/Ruffert AEUV Art. 288 Rn. 85 ff.; *Streinz* EuropaR Rn. 509 ff.

228 *Streinz* EuropaR Rn. 514.

229 Dazu mwN: *Ruffert* in Calliess/Ruffert AEUV Art. 288 Rn. 95 ff.; *Streinz* EuropaR Rn. 521 ff.

230 Siehe nur: *Ruffert* in Calliess/Ruffert AEUV Art. 288 Rn. 95.

231 Ausführlich dazu *Schmidt-Aßmann* in HSV VerwR I § 5 Rn. 19; *Schwarz*, Vertrauensschutz, 533 ff.; *Stettner* in Dausies/Ludwigs, HdB EU-Wirtschaftsrecht, 44. Ergl, 2018, A IV Rn. 25 ff.; *Streinz* EuropaR Rn. Rn. 194 ff.

232 EuGH – Rs 6/64, Slg 1964, 1251 (1269 ff.).

233 EuGH – Rs 14/68, Slg 1969, 1 (15); Rs 11/70, Slg 1970, 1125 (1135); Rs 34/73, Slg 1973, 981 (991); Rs 106/77, Slg 1978, 629 (643 f.); Rs 44/79, Slg 1979, 3727 (3728); Rs C-213/89, Slg 1990, 2433 (2473).

234 Grundlegend: *Ipsen*, Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1972, S. 58 ff.; *Pernice* VVDStRL 61 (2001), 148 (182 ff.).

235 BVerfG – 1 BvR 248/63 ua, E 22, 293 (296); 2 BvR 225/69, E 31, 145 (173 f.).

236 BVerfG – 2 BvR 197/83, E 73, 339 (375); 2 BvR 687/85, E 75, 223 (244 f.); 1 BvR 1025/82 ua, E 85, 191 (204).

237 Zu diesem Problem: *Streinz* EuropaR Rn. 221f.

selbst unmittelbare Anwendung verlangt. Da das Unionsrecht aber anders als das nationale Verfassungsrecht mit Art. 31 GG keine Kollisionsregel enthält, ist mit der herrschenden Meinung von einem Anwendungsvorrang auszugehen,²³⁸ was im Übrigen auch dem Bedürfnis nach einer einheitlichen Geltung und Wirksamkeit des Unionsrechts ebenso Rechnung trägt wie es eine übermäßige Beeinträchtigung der nationalen Rechtsordnungen vermeidet.²³⁹

bb) Die These vom „absoluten“ Vorrang des Unionsrechts. Aus der Perspektive des EuGH kommt dem Unionsrecht ein absoluter bzw. unbedingter Vorrang zu. Dabei erfährt der Vorranganspruch des Unionsrechts seinerseits Beschränkungen aus den Allgemeinen Rechtsgrundsätzen wie dem Gedanken des Vertrauensschutzes, die selbst Bestandteile des Unionsrechts sind.²⁴⁰ Vor diesem Hintergrund ist auch nachvollziehbar, dass nach Ansicht des EuGH Rechtsakte der Union ausschließlich am Maßstab der durch den Gerichtshof entwickelten allgemeinen Rechtsgrundsätze überprüft werden.

Im Ergebnis ist es gerade das Effektivitätsgebot,²⁴¹ das in Verbindung mit dem Anwendungsvorrang des Unionsrechts das entscheidende Instrument zur faktischen Außerkraftsetzung des nationalen Rechts sein dürfte, wenn es als gemeinschaftsrechtliches „Optimierungsgebot“ eine einheitliche und umfassende Durchsetzung des Unionsrechts in den Mitgliedstaaten sicherstellen und damit zugleich das Entstehen oder Fortbestehen eines gemeinschaftsrechtswidrigen Zustandes verhindern will.²⁴² Dieser integrationsfördernde Ansatz stellt damit sicher, dass die Überprüfungs- und Verwerfungskompetenz allein dem EuGH und nicht den jeweiligen nationalen Verfassungsgerichten zugewiesen ist.²⁴³

cc) Die These vom „bedingten“ Vorrang des Unionsrechts. Demgegenüber geht das nationale Verfassungsrecht von der Vorstellung eines lediglich begrenzten Vorrangs des Unionsrechts aus. Das Unionsrecht darf also die konstitutiven Elemente der Verfassungsordnung der Bundesrepublik Deutschland nicht antasten.²⁴⁴ Die integrationsbedingte Vorrangstellung des Unionsrechts bleibt also unangetastet, wenn und soweit es nicht mit zentralen nationalen Verfassungsgrundsätzen kollidiert (vgl. Art. 23 I 3 GG). Insoweit kommt dem Bundesverfassungsgericht für die Gewährleistung von unabdingbarer Grundrechtsstandards gegenüber Grundrechtseingriffen, die von europäischen Organen ausgehen, eine aus der

238 MWN *Haratsch/Koenig/Pechstein* EuropaR Rn. 198 ff.

239 Zu diesem Aspekt auch *Streinz* EuropaR Rn. 221.

240 So der EuGH in folgenden Entscheidungen zum Vertrauensschutz: Rs 1/73, Slg 1973, 723 (729); Rs 74/74, Slg 1975, 533 (549); Rs 170/86, Slg 1988, 2355 (2372); –Rs C-177/90, Slg 1992, 35 (62); verb Rs C-104/89 u. C-37/90, Slg 1992, 3061 (3132); Rs C-22/94, Slg 1997, 1809 (1836 f.).

241 Dazu auch: *Classen* DV 31 (1998), 307 (332 f.); *Pihs*, Der Vollzug von Gemeinschaftsrecht, 1997, S. 96 f., 102, 105, 440; *Richter*, Rückforderung staatlicher Beihilfen nach §§ 48, 49 VwVfG bei Verstoß gegen Art. 92 ff. EGV, 1995, S. 55 f.; *Suerbaum*, Die Kompetenzverteilung beim Verwaltungsvollzug des Europäischen Gemeinschaftsrechts in Deutschland, 1998, S. 158 ff.

242 Zum Verständnis des Effektivitätsgebotes als Optimierungsgebot vgl. nur: *Blanke*, Vertrauensschutz im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht, 1999, S. 455; *Schmidt-Aßmann* DVBl. 1993, 924 (931); *Schoch* JZ 1995, 109 (113); *Schwarz*, Vertrauensschutz, S. 538.

243 So auch in der Bewertung: *Caspar* DÖV 2000, 349 (350).

244 So dürften auch die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts zum unabdingbar gebotenen wirksamen Grundrechtsschutz auch gegenüber der Hoheitsgewalt der Gemeinschaft zu verstehen sein. Vgl. insoweit die Erwägungen in der Maastricht-Entscheidung: BVerfG – 2 BvR 2134/92 ua, E 89, 155 (174 f.).

- „Letztverantwortung“²⁴⁵ des integrationsoffenen Staates resultierende „Wächterfunktion“²⁴⁶ zu.
- 92 Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum **Spannungsverhältnis von nationalem und communautärem Recht** zeichnet sich durch mehrere Etappen aus, die das gesamte Potential einer möglichen rechtlichen Bewertung des Konfliktfeldes zwischen zwei konkurrierenden Rechtsordnungen aufzeigen.²⁴⁷
- 93 So hatte das Bundesverfassungsgericht in der **Solange-I-Entscheidung**²⁴⁸ aus dem Jahr 1974 im Wege eines konkreten Normenkontrollverfahrens nach Art. 100 I GG über eine Verordnung der Europäischen Gemeinschaft zu entscheiden. Mit der Aussage des Gerichts, dass eine grundrechtsverletzende Vorschrift des Unionsrechts nicht angewandt werden dürfe,²⁴⁹ nahm das Bundesverfassungsgericht für sich zunächst eine eigenständige und umfassende Prüfungskompetenz für die Anwendung des Unionsrechts im nationalen Recht in Anspruch.²⁵⁰
- 94 Deutlich integrationsfreundlicher zeigte sich das Gericht dann in der **Eurocontrol-I-Entscheidung**.²⁵¹ Danach seien „... die fundamentalen Rechtsgrundsätze, die in den Grundrechten des Grundgesetzes anerkannt und verbürgt sind ...“, ein „... unaufgebarerer Bestandteil des Verfassungsgefüges.“²⁵²
- 95 Eine der **Solange-I-Entscheidung** nahezu diametral entgegengesetzte Position bezieht das Bundesverfassungsgericht dann in der **Solange-II-Entscheidung** aus dem Jahr 1986.²⁵³ Die in der **Solange-I-Entscheidung** noch aufgestellte Forderung nach einem dem nationalen Recht entsprechenden Grundrechtskatalog wurde fallengelassen, die zuvor in Anspruch genommene Prüfungskompetenz auf den EuGH übertragen und damit aus der Perspektive des Unionsrechts ein wesentlich integrationsfreundlicherer Standpunkt eingenommen.²⁵⁴
- 96 Eine erneute Kurskorrektur, die nicht nur einen nationalen Grundrechtsschutz gegenüber dem europäischen Unionsrecht ermöglichen, sondern zugleich auch als Ermächtigung zur Korrektur eines durch den EuGH geformten europäischen Grundrechtsschutzes zu verstehen ist,²⁵⁵ erfolgte mit der sog. **Maastricht-Entscheidung**²⁵⁶ des Bundesverfassungsgerichts im Jahr 1993. Bereits im sog. **Tabak-Beschluss**²⁵⁷ vorbereitet, hat das Gericht den „grundrechtlichen Zügel“²⁵⁸ fester angezogen. Ausgehend von dem Befund, dass Akte einer von der Staatsgewalt der Mitgliedstaaten geschiedenen öffentlichen Gewalt gleichwohl die Grundrechtsträger im jeweiligen nationalen Bereich berühren können, sind nach der **Maastricht-Entscheidung** diese Akte auch prinzipiell am Maßstab der Grundrechte zu überprüfen. Die noch im **Solange-II-Beschluss** erkennbare Rücknahme der Prüfungskompetenzen zugunsten des EuGH wird nahezu aufgegeben und

245 Zu dieser Bezeichnung siehe Götz JZ 1993, 1081 (1082).

246 Schröder DVBl. 1994, 316 (322).

247 Dazu umfassend auch: Caspar DÖV 2000, 349 (350 f.); Classen in MKS Art. 23 Rn. 49 ff.; Friauf/Scholz, Europarecht und Grundgesetz, 1990, S. 78 ff.; Gersdorf DVBl. 1994, 674 (674 f.); Götz JZ 1993.

248 BVerfG – 2 BvL 51/71, E 37, 271 ff.

249 BVerfG – 2 BvL 51/71, E 37, 271 (288).

250 So in der Bewertung auch Caspar DÖV 2000, 349 (351).

251 BVerfG – 2 BvR 107/77 ua, E 58, 1 ff.

252 BVerfG – 2 BvR 107/77 ua, E 58, 1 (41); ebenso: 2 BvR 1058/79, E 59, 63 (91).

253 BVerfG – 2 BvR 197/83, E 73, 339 ff.

254 BVerfG – 2 BvR 197/83, E 73, 339 (387).

255 So auch Schröder DVBl. 1994, 316 (322).

256 BVerfG – 2 BvR 2134/92 ua, E 89, 155 ff.

257 BVerfG (K) – 2 BvA 3/89, NJW 1990, 974.

258 So die pointierte Bezeichnung bei Isensee in FS für K. Stern (1997), 1239 (1258).

durch ein „Kooperationsverhältnis“²⁵⁹ ersetzt, „... in dem der Europäische Gerichtshof den Grundrechtsschutz in jedem Einzelfall für das gesamte Gebiet der Europäischen Unionen garantiert, das Bundesverfassungsgericht sich deshalb auf eine generelle Gewährleistung der unabdingbaren Grundrechtsstandards beschränken kann.“²⁶⁰ Letzte Änderungen in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts betrafen zunächst in der „Lissabon-Entscheidung“ die (europarechtsfreundlich auszuübende) Befugnis des Gerichts zur Grundrechts- und Kompetenzkontrolle sowie zur Möglichkeit der Identitätskontrolle²⁶¹ sowie zuletzt die deutliche Rücknahme der Kontrollkompetenzen des Bundesverfassungsgerichts in der „Honeywell-Entscheidung“. Danach wird die Unanwendbarkeit eines EU-Rechtsakts als ausbrechender Rechtsakt nur festgestellt, wenn die Kompetenzüberschreitung offensichtlich ist und erheblich ins Gewicht fällt.²⁶²

b) Verbleibende nationale Spielräume. Die Antwort auf die Frage nach verbleibenden nationalen Spielräumen auch und gerade im Bereich des Verwaltungsverfahrensrechts kann sich nur aus der Aufteilung der **Gesetzgebungskompetenzen zwischen Union und Mitgliedstaaten** ergeben. Bei der Frage nach den Kompetenzen der Union lassen sich ausschließliche, konkurrierende, parallele und geteilte Kompetenzen nachweisen.²⁶³

Während die **ausschließliche Zuständigkeit** dort vorliegt, wo die Mitgliedstaaten auch unabhängig von einem konkreten Tätigwerden der Union nicht handlungsbefugt sind,²⁶⁴ zeichnen sich demgegenüber **konkurrierende Unionskompetenzen** dadurch aus, dass der Union zwar eine Kompetenz zugewiesen ist, die Mitgliedstaaten aber zur Rechtssetzung befugt sind, solange die Union von ihrer Kompetenz keinen oder keinen erschöpfenden Gebrauch gemacht hat.²⁶⁵ Allerdings sind die Mitgliedstaaten bei der Ausübung dieser Kompetenz an die Vorgabe des Art. 4 III EUV gebunden und müssen daher alle Maßnahmen unterlassen, die die Verwirklichung der Vertragsziele gefährden könnten.²⁶⁶ **Parallele Kompetenzen** liegen demgegenüber dann vor, wenn eine Materie im Unionsrecht und im nationalen Recht nicht nach einheitlichen Gesichtspunkten beurteilt wird und sie daher auch Gegenstand paralleler Verfahren vor den Unionsorganen und den jewei-

259 *Classen* in MKS Art. 23 Rn. 74 ff.; *Gersdorf* DVBl. 1994, 674 (674 f.); *Heintzen* AöR 119 (1994), 564 (583 ff.); *Oppermann* DVBl. 1994, 901 (906 f.); *Pernice*, Gedächtnisschrift für E. Grabitz (1995), 523 (527 ff.); *Schwarze* in FG 50 Jahre BVerwG, 223 ff.; *Selmer*, Die Gewährleistung der unabdingbaren Grundrechtsstandards durch den EuGH, 1998, 31 ff.

260 BVerfG – 2 BvR 2134/92 ua, E 89, 155 (175). Im Übrigen hat auch das Bundesverfassungsgericht gewisse Gewährleistungsdifferenzen zwischen europäischem und nationalem Grundrechtsschutz nicht ausgeschlossen. Vgl. BVerfGE – 2 BvR 2/34/92 ua, E 89, 155 (174); vgl. insoweit auch BVerfG EuGRZ 2000, 328 (333).

261 BVerfG – 2 BvE 2,5/08 ua – BVerfGE 123, 267 (353 ff.); dazu auch *Isensee* ZRP 2010, 33 ff.; *Kirchhof* NJW 2011, 3681 ff.; *Proelß* EuropaR 2011, 241 ff.; *Vofskuble* NVwZ 2010, 1 ff.

262 BVerfG – 2 BvR 2661/06, E 126, 286 (300 ff.); dazu auch *Kirchhof* NJW 2011, 3681 ff.; *Pötters* EuropaR 2011, 580 ff.

263 *v. Bogdandy* in Grabitz/v. Bogdandy/Nettesheim, Europäisches Außenwirtschaftsrecht, 1994, S. 21; *Calliess*, Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip in der EU, 2. Aufl., 1999, S. 76 ff.; *ders.* in Calliess/Ruffert EUV Art. 5 Rn. 19 ff.; *Dittert*, Die ausschließlichen Kompetenzen der EG im System des EG-Vertrages, 2001, S. 160 ff.; *Nettesheim* in v. Bogdandy, Europäisches Verfassungsrecht, 2003, S. 415 ff.; *Schwarz* ZEuS 2003, 51 (59 f.); *Weiß* in GHN AEUV Art. 207 Rn. 3 ff.

264 Dazu *Calliess* in Calliess/Ruffert EUV Art. 5 Rn. 26; *Himmelmann*, EG-Umweltrecht und nationale Gestaltungsspielräume, 1997, S. 78 ff.

265 *Calliess* in Calliess/Ruffert EUV Art. 5 Rn. 26.

266 Vgl. insoweit mwN *Kahl* in Calliess/Ruffert EUV Art. 4 Rn. 101 ff.

- ligen nationalen Behörden sein können.²⁶⁷ Diese Vorgehensweise stellt sicher, dass die jeweiligen Kompetenzdefizite der Union einerseits und der Mitgliedstaaten andererseits bezüglich der Abschlussbefugnis kompensiert werden können,²⁶⁸ ohne dass sich damit etwas an der prinzipiellen Kompetenzteilung zwischen den Mitgliedstaaten und der Gemeinschaft ändert.²⁶⁹ Auch bei parallelen Zuständigkeiten sind sowohl die Mitgliedstaaten als auch die Gemeinschaft an den Grundsatz der Unionstreue gebunden.²⁷⁰ Bei den **geteilten** – oder in Anlehnung an den englischen Sprachgebrauch („*jointly competent*“) auch als **gemeinsam** bezeichneten – **Kompetenzen** werden bestimmte Aufgaben von der Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten gemeinsam wahrgenommen.²⁷¹
- 99 Grundsätzlich folgt aus der Wahrnehmung einer Kompetenz durch die Union eine **Kompetenzsperre** in dem Umfang, in dem die Union rechtsetzend tätig geworden ist. Allerdings bestehen keine Bedenken gegen deklaratorische Vorschriften,²⁷² die ohne eigenen Regelungsgehalt lediglich auf das Unionsrecht verweisen.
- 100 **3. Verwaltungsvollzug des Unionsrechts.** Das Unionsrecht wird grundsätzlich entweder durch die Unionsorgane selbst oder durch die Mitgliedstaaten vollzogen, wobei aber zunehmend auch Misch- und Kooperationsformen an Bedeutung gewinnen.²⁷³ Dabei wirken **europäisches Verwaltungsrecht** – also das EG-Eigenverwaltungsrecht und das für die Mitgliedstaaten verbindliche Unionsverwaltungsrecht – und **mitgliedstaatliches Verwaltungsrecht** zunehmend aufeinander ein.
- 101 **a) Der gemeinschaftseigene Vollzug.** Für den gemeinschaftseigenen Vollzug gilt ausschließlich das Unionsrecht. Da es bisher an einem kodifizierten Verwaltungsverfahrenrecht für diese Form des Verwaltungsvollzugs fehlt, muss insoweit auf die **allgemeinen Rechtsgrundsätze** des Verwaltungsrechts (→ Rn. 104) als **Allgemeinem Teil des Verwaltungsverfahrenrechts** zurückgegriffen werden.²⁷⁴
- 102 **b) Der mitgliedstaatliche Vollzug.** Im Regelfall wird das Unionsrecht von den Mitgliedstaaten der Union vollzogen (sog. **indirekter Verwaltungsvollzug**). Dies entspricht dem auch in der Rechtsprechung des EuGH²⁷⁵ anerkannten **Grundsatz der institutionellen und verfahrensmäßigen Autonomie der Mitgliedstaaten**,²⁷⁶ kraft derer die Mitgliedstaaten das Unionsrecht auf der Grundlage eigener Hoheitsmacht vollziehen und ihnen dabei eine prinzipiell unbegrenzte Verfahrens-

267 Calliess in Calliess/Ruffert EUV Art. 5 Rn. 27.

268 Vgl. insoweit nur: *Kabl* in Calliess/Ruffert EUV Art. 4 Rn. 92.

269 Streinz EuropaR Rn. 152 ff.

270 *Kabl* in Calliess/Ruffert EUV Art. 4 Rn. 104.

271 Zur Figur der „gemischten Abkommen“ *Kabl* in Calliess/Ruffert EUV Art. 4 Rn. 95.

272 Vgl. dazu aus der Rechtsprechung des EuGH – Rs 5/72, Slg 1973, 981 (982); Rs 50/76, Slg 1977, 137 (149).

273 Zu möglichen Mischformen siehe auch: *Schmidt-Aßmann* DVBl. 1993, 924 (934 f.); *Stettner* in Dausen/Ludwigs, HdB EU-Wirtschaftsrecht, 44. Ergl., 2018, B III Rn. 30 f.

274 Zum Eigenverwaltungsrecht der EU-Administration ausführlich auch *Schmidt-Aßmann* in HSV VerwR I § 5 Rn. 35 ff.

275 EuGH – Rs 265/78, Slg 1980, 617 (639); Rs C-142/87, Slg 1990, 959 (1019); Rs C-24/95, Slg 1997, 1591 (1616); Rs C-366/95, Slg 1998, 2661 (2682); Rs C-298/96, Slg 1998, 4767 (4790 f.).

276 Dazu: *Blanke*, Vertrauensschutz im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht, S. 446 ff.; *Classen* DV (31) 1998, 307 (307 f.); *Ehlers* DVBl. 1991, 605 (611); *Hanf* ZaöRV 1999, 51 (60); *Kopp/Ramsauer* Einführung II Rn. 38; *Pihs*, Der Vollzug von Gemeinschaftsrecht, 1997, S. 96 f. („Prinzip der institutionellen Eigenständigkeit“); *Schmidt-Aßmann* DVBl. 1993, 924 (930); *ders.* in HSV VerwR I § 5 Rn. 19 ff.; *Stettner* in Dausen/Ludwigs, HdB EU-Wirtschaftsrecht, 44. Ergl., 2018, B III Rn. 9 f.

und Organisationshoheit zusteht. Die Mitgliedstaaten üben insoweit originäre staatliche Hoheitsgewalt aus.²⁷⁷

Dabei ist zwischen dem **unmittelbaren mitgliederschaftlichen Vollzug** und dem **mittelbaren mitgliederschaftlichen Vollzug** zu unterscheiden.²⁷⁸ Mit dieser Differenzierung ist aber ein **Konflikt zwischen verschiedenen Rechtsordnungen** vorprogrammiert, wenn aus der Sicht der nationalen Rechtsordnung materielles Unionsrecht unter Rückgriff auf nationales Verfahrensrecht beschränkt werden soll oder umgekehrt das materielle Unionsrecht für die Anwendung des nationalen Verfahrensrechts Vorgaben insoweit statuiert, als die Mitgliedstaaten beim Verwaltungsvollzug gemeinschaftsrechtlich determinierte Schranken ihres autonomen Handelns beachten müssen.²⁷⁹ Damit steht die **mitgliedstaatliche Verfahrensaunomie** unter dem **Vorbehalt anderweitiger gemeinschaftsrechtliche Vorgaben**.²⁸⁰

Dieser Differenzierung entsprechend sind die **gemeinschaftsrechtlichen Direktiven für den Verwaltungsvollzug von abgestufter Intensität**: Während – wie bereits dargelegt – beim Vollzug von Unionsrecht durch Unionsorgane der genuin gemeinschaftsrechtliche Vertrauensschutz alleiniger Maßstab ist,²⁸¹ so sind davon – insbesondere im Beihilferecht²⁸² – Fallgestaltungen zu unterscheiden, in denen entweder die Beihilfegewährung aus Unionsmitteln durch staatliche Behörden auf der Grundlage gemeinschaftsrechtlicher Bestimmungen erfolgt, es aber an gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen über die Rücknahme fehlt²⁸³ oder in denen staatliche Behörden Subventionen aus nationalen Mitteln aufgrund von nationalen Vorschriften unter Verstoß gegen die Beihilfeverbotsvorschriften der Art. 107 und 108 AEUV gewähren.²⁸⁴

In beiden Fällen wird das **nationale Verwaltungsverfahrenrecht für Gemeinschaftszwecke instrumentalisiert**,²⁸⁵ wobei eine Gemengelage aus den Vorgaben des Unionsrechts bzw. deren Konkretisierung durch den EuGH einerseits und den ergänzend hinzutretenden nationalen Normen andererseits entsteht, die ge-

277 BVerfG – 2 BvL 51/71, E 37, 271 (283). Schwarz, Vertrauensschutz, S. 437; Streinz in Isensee/Kirchhof StaatsR-HdB Bd. VI, § 182 Rn. 5.

278 Zum vorstehenden: Blanke, Vertrauensschutz im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht, 1999, S. 443; v. Danwitz, Verwaltungsrechtliches System, S. 281 f.; Henneke/Ruffert in Knack/Henneke Vor § 1 Rn. 76 ff.; Kadelbach, Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß, S. 462 ff.; Schoch JZ 1995, 109 (113); Sinnaeve, Die Rückforderung gemeinschaftsrechtswidriger nationaler Beihilfen, 1997, S. 33; Suerbaum, Die Kompetenzverteilung beim Verwaltungsvollzug des Europäischen Gemeinschaftsrechts in Deutschland, 1998, S. 123 ff.; Wittinger in Obermayer/Funke-Kaiser Einleitung Rn. 78 ff.

279 Schoch JZ 1995, 109 (113).

280 So auch Classen DV 31 (1998), 307 (308).

281 Vgl. aus der Rechtsprechung des EuGH – Rs 14/61, Slg 1962, 511 (549 ff.); Rs 111/63, Slg 1965, 883 (911 f.); Rs 14/81, Slg 1982, 749 (764); Rs 133/84, Slg 1986, 1259 (1277); Rs 15/85, Slg 1987, 1005 (1036).

282 Ausführlich zum gemeinschaftsrechtlichen Begriff der Beihilfe: Bär-Bouyssière in Schwarze AEUV Art. 107 Rn. 26 ff.; Geurts, Der Grundsatz des Vertrauensschutzes bei der Aufhebung von Verwaltungsakten im deutschen, französischen und europäischen Recht 1997, S. 284 ff.; Michels, Vertrauensschutz beim Vollzug von Gemeinschaftsrecht und bei der Rückforderung rechtswidriger Beihilfen, 1996, S. 31 ff.; Richter, Rückforderung staatlicher Beihilfen nach §§ 48, 49 VwVfG bei Verstoß gegen Art. 92 ff. EGV, 1995, S. 88 f.; Sinnaeve, Die Rückforderung gemeinschaftsrechtswidriger nationaler Beihilfen, 1997, S. 28 ff.

283 EuGH – Rs 265/78, Slg 1980, 617 (630); verb Rs 119/79 ua, Slg 1980, 1863 (1877); verb Rs 146/81 ua, Slg 1982, 1503 (1532); Rs 298/96, Slg 1998, 4767 (4791).

284 Vgl. EuGH – Rs 310/85, Slg 1987, 901 (927); verb Rs C-278/92 ua, Slg 1994, 4103 (4168 f.); Rs C-169/95, Slg 1997, 135 (162); Rs C-24/95, Slg 1997, 1591 ff.; Rs C-6/97, Slg 1999, 2981 ff.; Rs C-75/97, Slg 1999, 3671 ff.

285 Vgl. Schoch JZ 1995, 109 (113), Schwarz, Vertrauensschutz, S. 439.

eignet ist, das vom Gedanken der Verfahrensautonomie geprägte Regel-Ausnahme-Verhältnis zwischen Unionsrecht und nationalem Recht erheblich zu modifizieren, wenn nicht im Ergebnis sogar umzukehren. Insoweit erfährt der Grundsatz der verfahrensmäßigen Autonomie der Mitgliedstaaten erhebliche Beschränkungen durch den Vorranganspruch des Unionsrechts, der seine Konkretisierung insbesondere in den zentralen Vorgaben des „Effizienzgebotes“ (→ Rn. 106 f.) und des „Diskriminierungsverbotes“ (→ Rn. 108 f.) erfahren hat.

- 106 c) Das **Effizienzgebot**. Das **Effizienzgebot** – auch als „Schranke der praktischen Durchsetzbarkeit“,²⁸⁶ „Effektivitätsgebot“,²⁸⁷ „Gebot praktischer Wirksamkeit“,²⁸⁸ „Effektivitätsprinzip“,²⁸⁹ „Beeinträchtigungsverbot“²⁹⁰ oder „Vereitelungsverbot“²⁹¹ bezeichnet – verlangt in der Diktion des EuGH²⁹² in erster Linie, dass nationale Regelungen nicht die **Tragweite** und die **Wirksamkeit** insoweit beeinträchtigen dürfen, als sie die Verwirklichung der gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften „praktisch unmöglich“ machen würden.
- 107 Betrachtet man die **Entwicklungsgeschichte dieses Grundsatzes**, so lässt sich eine ständige Verschärfung nachweisen. Ging der Gerichtshof zu Anfang davon aus, dass die Anwendung nationaler Rechtsvorschriften die Wiedereinziehung von Subventionen nicht praktisch unmöglich machen solle,²⁹³ so hieß es in einer späteren Entscheidung, dass die Anwendung dieser Vorschriften die Tragweite und die Wirksamkeit des Unionsrechts nicht beeinträchtigen dürfe.²⁹⁴ In der Entscheidung „*Deutsche Milchkontor*“ wurden durch den EuGH schließlich beide Kriterien zusammengefasst.²⁹⁵
- 108 d) Das **Diskriminierungsverbot**. In der Diktion des EuGH²⁹⁶ verlangt das **Diskriminierungsverbot**, dass der Vollzug des Unionsrechts durch Bestimmungen des nationalen Rechts nicht zu Unterschieden im Vergleich zu solchen Verfahren führen darf, in denen über gleichartige, aber rein auf der Grundlage des nationalen Rechts zu entscheidende Rechtsfragen judiziert wird.
- 109 Im Ergebnis lassen sich der Rechtsprechung des EuGH damit **zwei Facetten des Diskriminierungsverbotes** entnehmen: So darf eine Diskriminierung durch die

286 *Happe* NVwZ 1993, 32 (33).

287 *Berninghausen*, Die Europäisierung des Vertrauensschutzes, 1998, S. 51; *Blanke*, Vertrauensschutz im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht, 1999, S. 448 f.; *Schoch* JZ 1995, 109 (113); *Terhechte* VerwR-EU § 7 Rn. 35.

288 *Kadelbach* in *v. Danwitz*, Auf dem Wege zu einer Europäischen Staatlichkeit, 1993, S. 131 (134).

289 So bei *Streinz* in FS für U. Everling, Band II (1988), 1491 (1501); *Terhechte* VerwR-EU § 7 Rn. 35.

290 *Michels*, Vertrauensschutz beim Vollzug von Gemeinschaftsrecht und bei der Rückforderung rechtswidriger Beihilfen, 1996, S. 82; *Scheuing* EuropaR 1985, 229 (236); *Zuleeg* VVDStRL 53 (1994), 154 (193).

291 *Magiera* in FS für B. Börner (1992), 213 (224); *Pache* NVwZ 1994, 318 (321).

292 EuGH – verb Rs 205–215/82, Slg 1983, 2633 (2665 f.); Rs C-142/87, Slg 1990, 959 (1019); Rs C-366/95, Slg 1998, 2661 (2682); Rs C-298/96, Slg 1998, 4767 (4790 f.).

293 EuGH – Rs 265/78, Slg 1980, 617 (630).

294 EuGH – verb Rs 146/81 ua, Slg 1982, 1503 (1535).

295 EuGH – verb Rs 205–215/82, Slg 1983, 2633 (2666): „Die Anwendung des nationalen Rechts darf erstens die Tragweite und die Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts nicht beeinträchtigen. Das wäre vor allem dann der Fall, wenn diese Anwendung die Wiedereinziehung von zu Unrecht geleisteten Zahlungen praktisch unmöglich machen würde.“ Zur Grenze der praktischen Unmöglichkeit vgl. auch noch EuGH – Rs C-6/97, Slg 1999, 2981 (3008 f.); Rs C-75/97, Slg 1999, 3671 (3711).

296 So der EuGH in folgenden Entscheidungen: verb Rs 119/79 ua, Slg 1980, 1863 (1879); verb Rs 205–215/82, Slg 1983, 2633 (2665 f.); Rs C-366/95, Slg 1998, 2661 (2682); Rs C-298/96, Slg 1998, 4767 (4790 f.).

Anwendung des nationalen Rechts weder zulasten noch zugunsten der Union erfolgen. Insbesondere darf die Anwendung des nationalen Verwaltungsverfahrens nicht dazu führen, dass die Gemeinschaft besser gestellt wird als in den allein auf der Grundlage nationalrechtlicher Bestimmungen zu entscheidenden Fallgestaltungen.²⁹⁷ Gleichwohl kann nicht übersehen werden, dass die Anwendung des Diskriminierungsverbots durch den EuGH insoweit problematisch ist, als sie im Ergebnis zu einer ungleichen Behandlung in verschiedenen Mitgliedstaaten führen kann, da das Diskriminierungsverbot sich nur auf die Rechtslage innerhalb der jeweiligen Mitgliedstaaten bezieht, nicht aber die Unterschiede zwischen den einzelnen Mitgliedstaaten zu beseitigen geeignet ist.²⁹⁸

4. Allgemeine (Verwaltungs-) Rechtsgrundsätze im Unionsrecht. Von zentraler Bedeutung sowohl für den direkten als auch für den indirekten Verwaltungsvollzug sind die **allgemeinen (Verwaltungs-)Rechtsgrundsätze** im Unionsrecht, die der EuGH durch einen Vergleich gemeinsamer oder gemeinsam anerkannter Rechtsgrundsätze in den Mitgliedstaaten gewinnt. Im Einzelnen²⁹⁹ sind dies der Grundsatz der **Gesetzmäßigkeit der Verwaltung**, also die Bindung der Gemeinschaftsbehörden an das primäre und sekundäre Unionsrecht und die Bindung mitgliedstaatlicher Behörden an das gemeinschaftsrechtskonforme nationale Recht, der Grundsatz des **Vorbehalts des Gesetzes**, der Maßnahmen mit Eingriffscharakter nur auf der Grundlage einer gemeinschaftsrechtlichen Ermächtigung gestattet, die Grundsätze der begrenzten Einzelermächtigung nach Art. 5 I EUV und der Subsidiarität nach Art. 5 III EGV, das Verhältnismäßigkeitsprinzip nach Art. 5 III EGV, die Grundsätze der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes als dessen spezieller Ausprägung, die Beachtung des Bestimmtheitsgebotes, der Grundsatz der Unparteilichkeit (→ § 20 Rn. 9 f.), das Gebot der umfassenden und sorgfältigen Sachverhaltsermittlung, das Fairnessgebot und der Grundsatz der Waffengleichheit, der Grundsatz der Unparteilichkeit, die Pflichten zur Anhörung der von einer Maßnahme betroffenen Adressaten, der Anspruch der Beteiligten auf Akteneinsicht, die Verpflichtung zur Begründung von Rechtsakten der Union, Möglichkeiten der Vertretung und Beratung, der Grundsatz gerichtlicher Kontrolle, der Anspruch auf Ersatz von Schäden, die aus der Ausübung der Amtstätigkeit von Gemeinschaftsorganen und Gemeinschaftsbediensteten resultieren.

III. Verwaltungsrecht und Regelungen des Europarates

1. Menschenrechtsschutz durch Verwaltungsverfahren. Die Entstehung eines europäischen Verwaltungsverfahrens wird ferner durch Regelungen des Europarats in erheblichem Maße geprägt.³⁰⁰ Hier ist in erster Linie die Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) zu nennen. Die Schutzfunktion der EMRK zeigt sich insbesondere beim Menschenrechtsschutz durch ein entsprechendes **Verfahren**, beim **Willkürverbot**, beim **Recht auf ein faires Verfahren**, bei Rechten der Betroffenen auf **vollständige Information**, **Anh-**

297 *Michels*, Vertrauensschutz beim Vollzug von Gemeinschaftsrecht und bei der Rückforderung rechtswidriger Beihilfen, 1996, S. 87 f.; *Sinnaeve*, Die Rückforderung gemeinschaftsrechtswidriger nationaler Beihilfen, 1997, S. 138.

298 *Mattfeld*, Anmerkung zum Urte. des EuGH vom 21.9.1983 in der Rs 205–215/82 EuropaR 1984, 174 (175 f.); *Streinz* in Isensee/Kirchhof StaatsR-HdB VII § 182 Rn. 25.

299 *Kopp/Ramsauer* Einführung II Rn. 23 ff.

300 Dazu ausführlich zur Bedeutung der EMRK für das Verwaltungsrecht nunmehr auch *Ruffert* in HSV VerwR I § 17 Rn. 143 ff.; *Schmidt-Aßmann* in HSV VerwR II § 27 Rn. 25 ff.

rung und Berücksichtigung seiner Ansichten im Verfahren, bei der Einräumung angemessener Fristen für Rechtsmittel und beim Verbot überlanger Verfahren.

- 112 2. Entschließungen des Europarates zum Verwaltungsverfahren. Ferner lassen sich materielle Standards für das Verwaltungsverfahrensgesetz den Entschlüssen des Europarats entnehmen, die allerdings in Anbetracht der umfassenden Kodifizierung verfahrensrechtlicher Standards in der Bundesrepublik Deutschland keinen Anlass für eine Ergänzung des VwVfG boten.³⁰¹ Hier ist insbesondere³⁰² die Resolution (77) 31 on the Protection of the Individual in Relation to the Act of Administrative Authorities vom 28.9.1977 zu nennen.³⁰³ Danach sind die folgenden Grundsätze maßstabprägend für das nationale Verwaltungsverfahren: Anspruch auf Gehör, Anspruch auf Akteneinsicht, Anspruch des Bürgers, sich im Verwaltungsverfahren beraten und vertreten zu lassen, die Pflicht zur Begründung von Verwaltungsakten und die Pflicht zur Befügung einer Rechtsbehelfsbelehrung.

D. Das Verwaltungsverfahrensgesetz als konkretisiertes Verfassungsrecht

- 113 Das Verwaltungsverfahrensgesetz des demokratischen Rechtsstaates wird ungeachtet der These von *Otto Mayer* – „Verfassungsrecht vergeht, Verwaltungsverfahrensgesetz besteht“³⁰⁴ – in erheblicher Weise durch das Verfassungsrecht determiniert, wie es auch *Fritz Werner* mit seiner These „Verwaltungsverfahrensgesetz als konkretisiertes Verfassungsrecht“³⁰⁵ umschrieben hat. Beide Aussagen stehen in einem nur scheinbaren Widerspruch zueinander, weil die Verfassungsabhängigkeit der Verwaltung auch durch *Mayer* nicht in Abrede gestellt,³⁰⁶ sondern vielmehr nur zum Ausdruck gebracht wird, dass nicht jede Änderung des Verfassungsrechts zugleich Auswirkungen auf das Verwaltungsverfahrensgesetz haben muss.³⁰⁷
- 114 Insgesamt werden daher die Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes des Bundes sowie die entsprechenden landesrechtlichen Vorschriften durch die Grundentscheidungen des Grundgesetzes ebenso determiniert wie – für die Landesverwaltungsverfahrensgesetze der Länder – durch das Landesverfassungsrecht. Dem Verwaltungsverfahrensgesetz kommt im Hinblick auf die verfassungsrechtlichen Vorgaben inhaltlicher Art eine dienende Funktion zu. Ein dem materiellen Rechtsstaatsgedanken verpflichtetes Verwaltungsverfahrensgesetz muss sich insoweit als grundrechtsschützendes Verwaltungsverfahrensgesetz erweisen.

I. Verwaltungsverfahrensgesetz im Spannungsfeld von Grundrechtsschutz und Verfahrenseffizienz

- 115 Das Verwaltungsverfahrensgesetz wird geprägt durch das Bemühen um einen Ausgleich des Spannungsverhältnisses, das durch den Aspekt eines umfassenden Grundrechtsschutzes einerseits ebenso gekennzeichnet wird wie durch den Ge-

301 Zu den Auswirkungen auf andere Mitgliedstaaten vgl. *Stelkens* in SBS Europäisches Verwaltungsverfahrensgesetz, Europäisierung des Verwaltungsverfahrens und Internationales Verwaltungsverfahren Rn. 25 ff.

302 Daneben seien hier noch die Recommendation No. R (80) 2 Concerning the Exercise of Discretionary Powers by Administrative Authorities vom 11.3.1980 -und die Recommendation No. R (87) 16 of the Committee of Ministers to Member States on Administrative Procedures affecting a large Number of Persons genannt.

303 Abgedruckt bei *Stelkens* in SBS Europäisierung des Verwaltungsverfahrensrechts, Rn. 29.

304 *O. Mayer*, Deutsches Verwaltungsverfahrensgesetz, Bd. 1, 3. Aufl., 1924, VI.

305 So der Titel des Beitrages in DVBl. 1959, 527 ff.

306 Dazu *Bachof* VVDStRL 30 (1971), 193 (204 f.).

307 So auch in der Bewertung *Achterberg* AllgVerwR, 2. Aufl. 1986, § 4 Rn. 1.

danken einer **funktionsfähigen und wirksamen Verwaltung** andererseits.³⁰⁸ Bei der verfassungskonformen Auflösung dieses Spannungsverhältnisses ist zum einen den berechtigten Interessen der Verwaltung an der Wahrnehmung und Erfüllung der ihr zugewiesenen Aufgaben und zum anderen den geschützten subjektiven Rechtspositionen Rechnung zu tragen.

Der einfachgesetzlich in § 10 S 2 normierte Effizienzgedanke, der seine Konkretisierung in den Geboten der Einfachheit und Zügigkeit und in dem Gebot der Zweckmäßigkeit findet (→ § 10 Rn. 12 ff.),³⁰⁹ ist auch verfassungsrechtlich radiert.³¹⁰ Zwar dürfen Effizienzerwägungen nicht um ihrer selbst willen angestellt werden; sie können und dürfen – insoweit allerdings notwendige – Voraussetzung für die Verwirklichung des demokratischen Verfassungsstaates sein. **Effizienzerwägungen** auf der Ebene des Verfassungsgerichts sind insoweit am Gedanken der Freiheitsverwirklichung ausgerichtete **akzessorische Maximen** für staatliches Handeln,³¹¹ die sowohl dem Individualwohl als auch dem Wohl der Allgemeinheit verpflichtet sind.³¹²

116

II. Der Schutz subjektiver öffentlicher Rechte und das Verwaltungsverfahren

Das Verwaltungsverfahren dient auch und insbesondere dem **Schutz subjektiver öffentlicher Rechte**.³¹³ Diese Rechtspositionen können begründet werden durch die Grundrechte,³¹⁴ durch materielle³¹⁵ Gesetze,³¹⁶ Rechtsverordnungen, Satzungen, aber auch durch unmittelbar geltende Vorschriften des Unionsrechts,³¹⁷ durch völkerrechtliche Verträge,³¹⁸ durch auf der Grundlage von Art. 25 GG geltendes Völkerrecht, durch Wohnheitsrecht oder durch allgemeine ungeschriebene Rechtsgrundsätze.

117

1. Die Lehre von den subjektiven öffentlichen Rechten. a) Begriff und Voraussetzungen des subjektiven öffentlichen Rechts. Das subjektiv-öffentliche Recht be-

118

308 Hierzu auch *Hill* DÖV 1987, 885 ff.; *Niedobitek* DÖV 2000, 761 ff.; *Wittinger* in Obermayer/Funke-Kaiser Einleitung Rn. 59.

309 Zur Verfahrenseffizienz siehe auch: *Ritgen* in Knack/Henneke § 10 Rn. 9; *Kopp/Ramsauer* § 10 Rn. 16a f.; *Schmitz* in SBS § 10 Rn. 20 ff.; *Wittinger* in Obermayer/Funke-Kaiser § 10 Rn. 19 ff.

310 So *Wittinger* in Obermayer/Funke-Kaiser Einleitung Rn. 57.

311 Vgl. zu diesem Gedanken auch *Schwarz* BayVBl. 1998, 710 (712).

312 Grundlegend zu dieser doppelten Zielsetzung *G. Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl. 1960, S. 263.

313 Ausführlich zu den subjektiv-öffentlichen Rechten auch *Masing* in HSV VerwR I § 7 Rn. 98 ff.

314 Vgl. insoweit nur: *P.-M. Huber* AllgVerwR S. 113 ff.; *Kopp/Ramsauer* Einführung I Rn. 62; *Maurer/Waldhoff* AllgVerwR § 8 Rn. 10 f.; *Sachs* in SBS § 40 Rn. 133; *Sodan* in NK-VwGO § 42 Rn. 386 ff.; *Wahl* in SSB Vor § 42 II Rn. 49 ff.

315 Also nicht durch Verwaltungsvorschriften, die bei einer gleichmäßigen Verwaltungsübung lediglich zu einem Anspruch auf Gleichbehandlung führen, vgl. insoweit auch *Kluth* in WBS VerwR II § 43 Rn. 33.

316 Für einen prinzipiellen Anwendungsvorrang des „einfachen Rechts“ vor der Verfassung spricht sich aus *Sodan* in NK-VwGO § 42 Rn. 392; ähnlich auch *P.-M. Huber* AllgVerwR S. 115 ff.; *Maurer/Waldhoff* AllgVerwR § 8 Rn. 11; *Wahl* in SSB Vor § 42 II Rn. 75 ff.

317 Grundlegend EuGH – Rs 26/62, Slg 1963, 1 (25); Rs 6/64, Slg 1964, 1251 (1273 f.); Rs 57/65, Slg 1966, 257 (266 f.). Zur Herleitung subjektiv-öffentlicher Rechte aus Vorschriften des Gemeinschaftsrechts siehe auch *Ruffert* DVBl. 1998, 69 ff.

318 BVerwG – VII C 12.92, E 91, 327 (330 f.). Ferner auch: *Kluth* in WBS VerwR I § 43 Rn. 50 f.

- zeichnet in seiner im Wesentlichen³¹⁹ von *G. Jellinek*³²⁰ und *O. Bühler*³²¹ begründeten und von *O. Bachof*³²² weiterentwickelten Ausformung die einem **Rechtssubjekt durch öffentlich-rechtliche Normen eingeräumte Rechtsmacht, mithilfe der Rechtsordnung eigene Interessen zu verfolgen**. Dabei folgt aus der prinzipiellen Anerkennung des subjektiven öffentlichen Rechts nicht zwingend, dass dieses auch einen konkreten Inhalt haben muss.
- 119 Mit der Anerkennung subjektiver öffentlicher Rechte wird der Einzelne nicht nur als Rechtssubjekt anerkannt; ihm wird vor allem die Möglichkeit eröffnet, selbstständig dem Staat gegenüber aufzutreten und die Befolgung der ihn betreffenden Gesetze zu verlangen. Der Einzelne ist – insoweit auch Konsequenz der Menschenwürdegarantie des Art. 1 I GG – nicht mehr lediglich Objekt staatlichen Handelns. Im Ergebnis bedeutet die **Gewährleistung subjektiver öffentlicher Rechte die Anerkennung einer Grundbedingung eines freiheitlichen, demokratischen, sozialen und rechtsstaatlichen Gemeinwesens**.³²³
- 120 Nach der bis heute ungeachtet aller Kritik³²⁴ in **Rechtsprechung**³²⁵ und **Literatur**³²⁶ herrschenden **Schutznormtheorie** liegt ein subjektiv öffentliches Recht dann vor, wenn ein Rechtssatz des öffentlichen Rechts erstens eine bestimmte Verhaltenspflicht – dies umfasst auch bei Ermessensnormen das Recht auf ermessensfehlerfreie Entscheidung³²⁷ – enthält, wenn dieser Rechtssatz zweitens zumindest auch der Befriedigung von Individualinteressen und nicht ausschließlich der Verwirklichung öffentlicher Interessen zu dienen bestimmt ist und wenn er zuletzt dem Träger der Interessen auch die Rechtsmacht zur Durchsetzung dieser Rechtspositionen einräumt.
- 121 Ob eine Rechtsnorm auch dem Schutz von Individualinteressen zu dienen bestimmt ist, muss – soweit der Wortlaut nicht so eindeutig ist wie beispielsweise im früheren § 4 BSHG „Anspruch auf Sozialhilfe“ – durch **Auslegung** ermittelt werden.³²⁸ Dabei kommt es nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts³²⁹ entscheidend darauf an, ob die jeweilige Norm auch aufgrund **individualisierender Tatbestandsmerkmale** einen von der **Allgemeinheit abgrenzbaren geschützten Personenkreis** erkennen lässt.

319 Zur geschichtlichen Entwicklung der Lehre von den subjektiven öffentlichen Rechten siehe nur *Bauer*, Geschichtliche Grundlagen der Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht, 1986, passim; *Kaufmann*, Untersuchungsgrundsatz und Verwaltungsgerichtsbarkeit, 2002, 138 ff.; *Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. 2, 1992, S. 374 ff.

320 System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl., 1905, S. 41 ff.

321 Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung, 1914, S. 9 ff., 21, 223 ff.

322 Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates VVDStRL 12 (1953), 36 (72 ff.).

323 Zum vorstehenden vgl. auch: *Maurer/Waldhoff AllgVerwR* § 8 Rn. 4; *Schmidt-Aßmann* in *Maunz/Dürig* Art. 19 IV Rn. 117.

324 Zur Kritik siehe nur die umfangreichen Darlegungen bei *Sodan* in *NK-VwGO* § 42 Rn. 389 ff.; *Wahl* in *SSB* Vor § 42 II Rn. 96.

325 Grundlegend *BVerwG – V C 78.54*, *BVerwGE* 1, 159 (161 f.), seitdem st. Rspr., vgl. nur zuletzt: *VII C 15.94*, *E 97*, 39 (40 f.); *III C 8.94*, *E 98*, 118 (120 f.).

326 *Huber*, Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht, 1991, S. 100 ff.; *Ramsauer AöR* 111 (1986), 501 (509 ff.); *Sachs* in *SBS* § 40 Rn. 133; *Schmidt-Aßmann/Schenk* in *SSB*, Einleitung Rn. 20; *Kluth* in *WBS VerwR I* § 43 Rn. 24 ff.; umfassend jüngst auch *Schmidt-Preuß* in *FS* *Iensee*, 2007, 597 (606 f.).

327 Zu diesem Problem siehe: *Sachs* in *SBS* § 40 Rn. 135 ff.; *Schmidt-Aßmann* in *Maunz/Dürig* Art. 19 IV Rn. 135.

328 *P.-M. Huber AllgVerwR* S. 111 f.; *Kopp/Ramsauer* Einführung I Rn. 58a; *Maurer/Waldhoff AllgVerwR* § 8 Rn. 9; *Schmidt-Aßmann* in *Maunz/Dürig* Art. 19 IV Rn. 127 ff.; *ders./Schenk* in *SSB*, Einleitung Rn. 20.

329 Siehe nur *BVerwG – IV C 36.85*, *E 81*, 329 (334).

b) Die Funktion des subjektiven öffentlichen Rechts. Zentrale Bedeutung kommt dem subjektiven öffentlichen Recht im Hinblick auf den verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz zu. Die Bestimmungen der VwGO sind, wie die Klagebefugnis in § 42 II, die Antragsbefugnis in § 47 II im Normenkontrollverfahren und die Notwendigkeit der Rechtsverletzung in § 113 I und V für Anfechtungs- und Verpflichtungsklage belegen, auf den Schutz individueller Rechte ausgelegt.³³⁰ Die behauptete Verletzung subjektiver öffentlicher Rechte als Angelpunkt der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 IV GG³³¹ erhebt damit eine entscheidende Frage des materiellen Verwaltungsrechts zur wesentlichen Problematik der Zulässigkeit eines verwaltungsgerichtlichen Verfahrens.

2. Subjektive Rechte im Verwaltungsverfahren. Die Lehre von den subjektiven öffentlichen Rechten gilt grundsätzlich auch im Verwaltungsverfahren.³³² Dementsprechend kann der Einzelne auch die Einhaltung der Vorschriften der verfahrensrechtlichen Bestimmungen verlangen, soweit diese auch seinem Schutz zu dienen bestimmt sind.³³³ Solche Rechtspositionen finden sich insbesondere in den allgemeinen Verfahrensgrundsätzen, die wie das Akteneinsichtsrecht und die Befangenheitsregeln der Rechtsverfolgung dienen, ferner in Bestimmungen, die das Einbringen der Vorstellungen der Beteiligten in das Verfahren ermöglichen sollen. Subjektiv öffentliche Rechte können auch aus dem Gebot der Sachverhaltsaufklärung folgen.

Bei der Begründung subjektiver öffentlicher Rechte aus Verfahrensvorschriften ist insbesondere die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Grundrechtsschutz durch Verfahren zu berücksichtigen. So hatte das Gericht im Mülheim-Kärlich-Beschluss eine Grundrechtsverletzung in der Missachtung der Vorschriften gesehen, die der Gesetzgeber gerade in Erfüllung seiner grundrechtlichen Schutzpflichten erlassen hatte.³³⁴ Sind also Verfahrensvorschriften gerade dazu bestimmt, den materiellen Rechtsgüterschutz zu verstärken, so begründen diese Normen, wenn und soweit sie der Wahrung eigener Interessen dienen, auch subjektive Rechte.³³⁵

Allerdings ist bei der Ableitung von subjektiven öffentlichen Rechten aus Verfahrensvorschriften zu berücksichtigen, dass diese Bestimmungen gerade der optimalen Durchsetzung materieller Rechtspositionen dienen sollen. Vor diesem Hintergrund nimmt auch das Bundesverwaltungsgericht in ständiger Rechtsprechung an, dass eine Verletzung von Verfahrensrechten nur dann die Klagebefugnis im Verwaltungsprozeß begründen kann, wenn der Verfahrensverstöß sich auch auf die materiellrechtliche Position des Klägers ausgewirkt hat.³³⁶

III. Verfassungsrechtliche Vorgaben eines verfassungskonformen Verfahrensrechts

Wie bereits oben (→ Rn. 113 ff.) ausgeführt, kommt den Grundentscheidungen des Verfassungsrechts eine zentrale Bedeutung bei der Auslegung und Anwen-

330 Aus der Rechtsprechung BVerwG – IV C 9.86, E 78, 347 (348); Wahl in SSB Vor § 42 II Rn. 42 f.

331 Schmidt-Aßmann/Schenk in SSB, Einleitung Rn. 18 ff.

332 BVerwG – IV C 50.71, E 44, 235 (239 f.); IV C 97.77, E 62, 243 (246 ff.); vgl. ferner dazu: Kopp/Ramsauer Einführung I Rn. 65; Masing in HSV VerwR I § 7 Rn. 98 ff.

333 Hierzu und zum folgenden: Schmidt-Aßmann in Isensee/Kirchhof StaatsR-HdB § 109 Rn. 21 ff.

334 BVerfG – 1 BvR 385/77, E 53, 30 (65 f.).

335 Kluth in WBS VerwR I § 43 Rn. 39.

336 Vgl. insoweit nur BVerwG – VII C 84.78, E 61, 256 (275); VII C 29.85, E 75, 285 (291); Kopp/Ramsauer Einführung I Rn. 65; Kluth in WBS VerwR I § 43 Rn. 39.

dung des Verwaltungsverfahrensgesetzes zu. Das Verwaltungsverfahrenrecht dient – und das ist die entscheidende individualgerichtete Schutzfunktion – auch der Verwirklichung und Durchsetzung des Verfassungsrechts. Dabei entfaltet das Verfassungsrecht seine praktischen Wirkungen durch den **Grundsatz der verfassungskonformen Auslegung und Anwendung des Verfahrensrechts**. Dies bedeutet, dass der Gesetzgeber ungeachtet des ihm eingeräumten Regelungs- und Gestaltungsspielraums bei der einfachgesetzlichen Ausgestaltung des Verwaltungsverfahrenrechts nicht frei ist. Insoweit besteht im Bereich des Verwaltungsverfahrenrechts eine doppelte Anbindung an die verfassungsrechtlichen Vorgaben: Schon der Gesetzgeber ist nach Art. 1 III GG an die Grundrechte und nach Art. 20 III GG an die verfassungsmäßige Ordnung gebunden, die **Grundrechtsgebundenheit der Verwaltung**, die zunächst nach Art. 20 III GG an Gesetz und Recht gebunden ist, ergibt sich ebenfalls aus Art. 1 III GG.

- 127 **1. Grundrechtliche Gewährleistungen. a) Grundrechtsschutz durch Verfahren.** Die Grundrechte des Grundgesetzes haben insoweit **unmittelbare Auswirkungen auf das Verwaltungsverfahrenrecht**, als sie den Inhalt, die Gestaltung, die Auslegung und die Anwendung maßgeblich determinieren. Dies bedeutet, dass der Gesetzgeber verpflichtet ist, ein **grundrechtsadäquates** und dem Grundrechtsschutz dienendes **verfahrensrechtliches Instrumentarium** zur Verfügung zu stellen. Daher muss das Verwaltungsverfahren so ausgestaltet sein, dass es den jeweils grundrechtsspezifischen Anforderungen Rechnung trägt und auch dem Gebot eines effektiven Rechtsschutzes dieses Grundrechts genügen kann.³³⁷
- 128 Das Bundesverfassungsgericht³³⁸ hat in nunmehr ständiger Rechtsprechung die **Erweiterung grundrechtlichen Schutzes durch ein entsprechendes Verfahren** anerkannt. Nach dieser Judikatur ist ein prozeduraler Grundrechtsschutz gerade dann erforderlich, wenn eine gerichtliche Kontrolle erst zu einem Zeitpunkt stattfinden könne, in dem etwaige Grundrechtsverletzungen nicht mehr zu korrigieren sind.
- 129 Auch in der Literatur ist der verfahrensrechtliche Aspekt des Grundrechtsschutzes anerkannt.³³⁹ Wesentlicher Aspekt der verfahrensrechtlichen Absicherung der Grundrechte ist die Beeinflussung des Verfahrensrechts durch die Grundrechte, die gerade zu ihrer Verwirklichung und Effektivierung auf das Verfahrensrecht angewiesen sind.³⁴⁰ Dabei ist aber zu berücksichtigen, dass sub specie Schutz durch Verfahren der Grundrechtsschutz nicht mehr allein aus seiner abwehrenden Funktion gegenüber dem Staat interpretiert werden kann, sondern der Staat selbst den Schutz bewirken muss.³⁴¹ Die **Grundrechte verlangen** daher auch eine **grundrechtsadäquate Verfahrensgestaltung**.³⁴²
- 130 **b) Die Garantie der Menschenwürde.** Mit Blick auf das Verwaltungsverfahren konstituiert die in Art. 1 I GG normierte Verpflichtung zur Achtung und zum Schutz der Menschenwürde zum einen das **Recht auf rechtliches Gehör**, das nur für die Judikative in Art. 103 I GG ausdrücklich verfassungsrechtlich verankert

337 Zur Grundrechtsrelevanz des Verwaltungsverfahrens: *Schmidt-Aßmann* in Isensee/Kirchhof StaatsR-HdB § 109 Rn. 21 ff.; *Schmitz* in SBS § 1 Rn. 45 ff.; *Ule/Laubinger* VerwVerfR § 1 Rn. 12; *Wittinger* in Obermayer/Funke-Kaiser Einleitung Rn. 54.

338 BVerfG – 1 BvR 385/77, E 53, 30 (65); 1 BvL 20/81, E 63, 131 (143); 1 BvR 209/83 ua, E 65, 1 (44); 1 BvR 419/81 ua, E 84, 34 (46); 1 BvL 30/88, E 90, 60 (95).

339 *Häberle* VVDStRL 30 (1971), 43 (86 ff., 121 ff.); *Schmidt-Aßmann* in Isensee/Kirchhof StaatsR-HdB § 109 Rn. 21 ff.; *Starck* in FG 50 Jahre BVerwG Bd. 2, 480 ff.

340 Vgl. insoweit das Sondervotum *Böhmer*, BVerfG – 1 BvR 361/78, E 49, 228 (235).

341 So zutreffend: *Stern*, Staatsrecht III/1, 1988, S. 976.

342 BVerfG – 1 BvR 209/83 ua, E 65, 1 (44).

wurde,³⁴³ im Verwaltungsverfahrenrecht dagegen eine einfachgesetzliche Positionierung mit der Bestimmung über die **Anhörung** in § 28 erfahren hat.³⁴⁴ Dieses Recht bedarf zu seiner effektiven Wahrnehmung einer zusätzlichen Erweiterung durch das Recht auf Akteneinsicht nach § 29.³⁴⁵

c) **Die Bedeutung des Gleichheitssatzes im Verwaltungsverfahren.** Auch der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 I GG entfaltet seine Wirkungen in mehrfacher Hinsicht im Verwaltungsverfahren.³⁴⁶ Eine über einen längeren Zeitraum dauernde Verwaltungspraxis kann im Ergebnis zu einer **Selbstbindung der Verwaltung**³⁴⁷ führen, die gleich gelagerte Sachverhalte auch gleich behandeln muss, soweit nicht besondere Umstände eine Änderung mit Wirkung pro futuro gestatten.

2. **Sonstige verfassungsrechtliche Anforderungen an das Verwaltungsverfahren.**

a) **Das Rechtsstaatsprinzip.** Aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20, Art. 28 I GG) lassen sich für das Verwaltungsverfahren die folgenden Grundprinzipien ableiten:

- das **Gebot materieller Gerechtigkeit**, das eine verfahrensrechtliche Parallele im Gebot des fairen Verfahrens findet,³⁴⁸
- der **Grundsatz der Gewaltenteilung**³⁴⁹ (Art. 20 II GG), der zur Verwirklichung effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 IV GG) die Kontrolle der Verwaltung durch unabhängige Gerichte vorsieht,
- der **Vorrang des Gesetzes** als Verpflichtung der Verwaltung, nur im Einklang mit dem geltenden Recht zu handeln,³⁵⁰
- der **Vorbehalt des Gesetzes** als Schutzprinzip mit der Forderung, dass Eingriffe in Freiheit und Eigentum nur auf gesetzlicher Grundlage erfolgen dürfen,³⁵¹

343 Zu den Adressaten von Art. 103 I GG vgl. nur: *Nolte/Aust* in MKS Art. 103 Rn. 17, zur Anhörung im Verwaltungsverfahren Rn. 20.

344 Zum Menschenwürdebezug dieser Bestimmung vgl. nur *Kallerhoff/Mayen* in SBS § 28 Rn. 2; *Grünewald* in Obermayer/Funke-Kaiser § 28 Rn. 2; *Kopp/Ramsauer* § 28 Rn. 3; *Ule/Laubinger VerwVerfR* § 1 Rn. 7; aA *Ritgen* in Knack/Henneke § 28 Rn. 12 (rechtsstaatliches Gebot).

345 Auch dieses Recht wird aus Art. 1 I GG abgeleitet: *Kallerhoff/Mayen* in SBS § 29 Rn. 4 f.; *Grünewald* in Obermayer/Funke-Kaiser § 29 Rn. 4; *Kopp/Ramsauer* § 29 Rn. 2.

346 Zum vorstehenden siehe nur: *Boysen* in MKS GG Art. 3 Rn. 34 ff.; *Hill DÖV* 1987, 885 (894); *Starck* in MKS Art. 3 Rn. 244.

347 Vgl. dazu nur *Boysen* in MKS Art. 3 Rn. 76 ff.; *Heun* in Dreier Art. 3 Rn. 57; *Mertens*, Die Selbstbindung der Verwaltung aufgrund des Gleichheitssatzes, 1963, S. 63 ff.; *Starck* in MKS Art. 3 Rn. 245; *Stober* in WBS VerwR I § 24 Rn. 26; *Wallerath*, Die Selbstbindung der Verwaltung, 1968, S. 35 ff.

348 Vgl. zum Fairnessgebot im Prüfungsverfahren BVerwG – VI C 8.97, E 107, 363 (368 f., 376); ferner zur Fairness: *Sachs* in Sachs Art. 20 Rn. 163; *Sobota*, Das Prinzip Rechtsstaat, 1997, S. 145 ff., 502 ff.; *Stern*, Staatsrecht I, 2. Aufl., 1984, S. 825 Fn. 377; *Wittinger* in Obermayer/Funke-Kaiser Einleitung Rn. 66; im Zusammenhang mit der Forderung nach verfahrensbezogener Unparteilichkeit auch *Fehling*, Unparteilichkeit und Gestaltungsaufgabe, S. 292 ff.

349 *Wittinger* in Obermayer/Funke-Kaiser Einleitung Rn. 66.

350 Vgl. insoweit nur: *Hill DÖV* 1987, 885 (893); *Sachs* in Sachs Art. 20 Rn. 112; *Schulze-Fielitz* in Dreier Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 92 ff.; *Sommerrmann* in MKS Art. 20 Rn. 271 ff.; *Kluth* in WBS VerwR I § 30 Rn. 5; *Ule/Laubinger VerwVerfR* § 1 Rn. 8; *Wittinger* in Obermayer/Funke-Kaiser Einleitung Rn. 66.

351 *Achterberg JA* 1982, 210 (211); *Hill DÖV* 1987, 885 (893); *Sachs* in Sachs Art. 20 Rn. 113 ff.; *Schulze-Fielitz* in Dreier GG Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 105 ff.; *Sommerrmann* in MKS Art. 20 Rn. 273 ff.; *Kluth* in WBS VerwR I § 30 Rn. 28 *Wittinger* in Obermayer/Funke-Kaiser Einleitung Rn. 66 ff.

- das Postulat der **Rechtssicherheit**,³⁵²
 - der **Bestimmtheitsgrundsatz**,³⁵³
 - die Beachtung des **Vertrauensschutzes**,³⁵⁴
 - der Grundsatz der **Verhältnismäßigkeit**,³⁵⁵
 - das Postulat der **Verfahrensgerechtigkeit**³⁵⁶ durch das Recht auf Anhörung und Akteneinsicht, soweit dies nicht auf Art. 1 I GG gestützt wird,³⁵⁷ durch die Verpflichtung zur unparteilichen Amtsausübung und zur umfassenden Sachverhaltsaufklärung im Verwaltungsverfahren.
- 133 b) Das **Demokratieprinzip**. Das Demokratieprinzip³⁵⁸ spiegelt sich im Verwaltungsverfahren wider zum einen durch die **unmittelbare Legitimation** des Verfahrens durch **angemessene Mitwirkungsmöglichkeiten** des Einzelnen und zum anderen durch die **mittelbare demokratische Legitimation** von Verfahrensentscheidungen auf der Grundlage eines formellen Gesetzes als **Konsequenz des Gesetzesvorbehalts**, ergänzt durch Aufsichtsbefugnisse und Weisungsrechte.³⁵⁹
- 134 c) Das **Sozialstaatsprinzip**. Das von den Behörden im Rahmen der **Gesetzesauslegung** und bei **Ermessensentscheidungen** zu beachtende **Sozialstaatsprinzip**³⁶⁰ (Art. 20 I, Art. 28 I GG) mit seinem Direktiv-Charakter³⁶¹ findet im Verwaltungsverfahren eine Konkretisierung in den **Fürsorge- und Betreuungspflichten** der Verwaltung durch Beratung und Auskunft gegenüber dem Bürger.
- 135 d) Das **Bundesstaatsprinzip**. Das Bundesstaatsprinzip³⁶² (Art. 20 I, Art. 28 I GG) mit seiner Kompetenzordnung verlangt zur Koordinierung der verschiedenen Verwaltungsebenen als Ausdruck der **Einheit der Staatsgewalt** das Prinzip der

352 *Schulze-Fielitz* in Dreier Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 146 ff.; *Sommerrmann* in MKS Art. 20 Rn. 288; *Wittinger* in Obermayer/Funke-Kaiser Einleitung Rn. 66.

353 *Hill* DÖV 1987, 885 (893 f.); *Sachs* in Sachs Art. 20 Rn. 126 ff.; *Schulze-Fielitz* in Dreier Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 129 ff.; *Sommerrmann* in MKS Art. 20 Rn. 289 ff.; *Wittinger* in Obermayer/Funke-Kaiser Einleitung Rn. 66f.

354 *Sachs* in Sachs Art. 20 Rn. 131 ff.; *Schulze-Fielitz* in Dreier Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 146 ff.; *Schwarz*, Vertrauensschutz, S. 321 ff. (zum Vertrauensschutz gegenüber der Exekutive); *Sommerrmann* in MKS Art. 20 Rn. 292 ff.; *Wittinger* in Obermayer/Funke-Kaiser Einleitung Rn. 66 ff.

355 *Achterberg* JA 1982, 210 (211); *Sachs* in Sachs Art. 20 Rn. 145 ff.; *Schulze-Fielitz* in Dreier Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 179 ff.; *Sommerrmann* in MKS Art. 20 Rn. 308 ff.; *Kluth* in WBS VerwR I § 30 Rn. 13; *Wittinger* in Obermayer/Funke-Kaiser Einleitung Rn. 66.

356 *Rütgen* in Knack/Henneke § 28 Rn. 12; *Sachs* in Sachs Art. 20 Rn. 165; *Wittinger* in Obermayer/Funke-Kaiser Einleitung Rn. 66.

357 *Kallerhoff/Mayen* in SBS § 28 Rn. 2, § 29 Rn. 4; *Grünewald* in Obermayer/Funke-Kaiser § 28 Rn. 2, § 29 Rn. 3; *Kopp/Ramsauer* § 28 Rn. 3, § 29 Rn. 2.

358 Zur Bedeutung des Demokratieprinzips für das Verwaltungsverfahren vgl. nur: *Achterberg* JA 1982, 210 (213 f.); *Hill* DÖV 1987, 885 (894); *Schmidt-Aßmann* in Isensee/Kirchhof StaatsR-HdB § 109 Rn. 33 ff.; *Ule/Laubinger* VerwVerfR § 1 Rn. 11; *Schaefer* DV 49 (2016), 463 ff.; *Wittinger* in Obermayer/Funke-Kaiser Einleitung Rn. 68 ff.

359 Dazu auch *Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung, 1993, S. 270 ff.; *Sommerrmann* in MKS Art. 20 Rn. 82.

360 Zur Bedeutung des Sozialstaatsprinzips im Verwaltungsverfahren siehe auch: *Achterberg* JA 1982, 210 (212 f.); *Hill* DÖV 1987, 885 (894); *Wittinger* in Obermayer/Funke-Kaiser Einleitung Rn. 67; *Ule/Laubinger* VerwVerfR § 1 Rn. 6.

361 Vgl. BVerfG – 1 BvR 220/51, E 1, 97 (105); 1 BvL 17/73, E 43, 213 (226); 1 BvR 195/77, E 53, 164 (184) – std. Rspr.; *Wittreck* in Dreier Art. 20 (Sozialstaat) Rn. 24; *Hill* DÖV 1987, 885 (894); *Schnapp* in MKS Art. 20 Rn. 49; *Sommerrmann* in MKS Art. 20 Rn. 98 f.; *Stern* Staatsrecht I, 2. Aufl. 1984, S. 887.

362 Zur Bedeutung des Bundesstaatsprinzips für die Verwaltung siehe nur *Achterberg* JA 1982, 210 (214 f.).

Amtshilfe (Art. 35 I GG), wie es in den §§ 4–8 seine Konkretisierung gefunden hat.³⁶³

Teil I

Anwendungsbereich, örtliche Zuständigkeit, elektronische Kommunikation, Amtshilfe, europäische Verwaltungszusammenarbeit

Abschnitt 1 Anwendungsbereich, örtliche Zuständigkeit, elektronische Kommunikation

§ 1 Anwendungsbereich

(1) Dieses Gesetz gilt für die öffentlich-rechtliche Verwaltungstätigkeit der Behörden

- 1. des Bundes, der bundesunmittelbaren Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts,
- 2. der Länder, der Gemeinden und Gemeindeverbände, der sonstigen der Aufsicht des Landes unterstehenden juristischen Personen des öffentlichen Rechts, wenn sie Bundesrecht im Auftrag des Bundes ausführen, soweit nicht Rechtsvorschriften des Bundes inhaltsgleiche oder entgegenstehende Bestimmungen enthalten.

(2) ¹Dieses Gesetz gilt auch für die öffentlich-rechtliche Verwaltungstätigkeit der in Absatz 1 Nr. 2 bezeichneten Behörden, wenn die Länder Bundesrecht, das Gegenstände der ausschließlichen oder konkurrierenden Gesetzgebung des Bundes betrifft, als eigene Angelegenheit ausführen, soweit nicht Rechtsvorschriften des Bundes inhaltsgleiche oder entgegenstehende Bestimmungen enthalten. ²Für die Ausführung von Bundesgesetzen, die nach Inkrafttreten dieses Gesetzes erlassen werden, gilt dies nur, soweit die Bundesgesetze mit Zustimmung des Bundesrates dieses Gesetz für anwendbar erklären.

(3) Für die Ausführung von Bundesrecht durch die Länder gilt dieses Gesetz nicht, soweit die öffentlich-rechtliche Verwaltungstätigkeit der Behörden landesrechtlich durch ein Verwaltungsverfahrensgesetz geregelt ist.

(4) Behörde im Sinne dieses Gesetzes ist jede Stelle, die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt.

Verwandte Normen: § 1 SGB X; §§ 1, 6 I AO

Literatur: Böckenförde, Die Organisationsgewalt im Bereich der Regierung, 2. Aufl 1998; Gramm, Schranken der Personalprivatisierung bei der inneren Sicherheit – Zugleich ein Beitrag zur Rechtsdogmatik des Art 33 IV GG, VerwArch 1999, 329; v. Heimburg, Verwaltungsaufgaben und Private, 1982; Nehab, Die Zwangsbefugnisse des Schiffskapitäns, DÖV 2013, 555; Voßkuhle, Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, VVDStRL 62 (2003), 266; s.a. Literatur zur Einl VwVfG.

A. Allgemeines	1	B. Einzelerläuterungen	5
I. Normzweck; Entstehungsschichte	1	I. Bundesstaatliche Abgrenzung des Anwendungsbereiches	6
II. Prüfungsaufbau; Tenorierung ...	3	II. Behörde	7

363 Vgl. Hoffmann/Hug in Obermayer/Funke-Kaiser Vor § 4 Rn. 4; Wittinger in Obermayer/Funke-Kaiser Einleitung Rn. 72.