

Öffentliches Recht

Vorlesung FOM SS 06

Rechtsanwalt Dr. iur. M. Aden *

Literatur

Ipsen, Jörn	Verwaltungsrecht Heymanns Verlag 2005
Kopp/Schenke	Verwaltungsgerichtsordnung München
Kopp/Ramsauer	Verwaltungsverfahrenrecht 8. Aufl. München 2003 (zitiert: K/R)
Schmidt, Rolf	Grundrechte, Bremen 2003

(zusätzlich vgl. Anhang)

Hinweise zur Vorlesung

Dieses Skript will einen möglichst vollständigen Überblick über das gesamte öffentliche Recht geben; daher sind auch die Teile 1, 2 und 3 schriftlich ausgeführt.

In der Vorlesung werden die Teile 1 – 3 aber nur kurz berührt werden, da erwartet wird, dass die Studenten diese Fächer schon gehört haben oder gesondert hören werden. Das Hauptgewicht wird auf dem Verwaltungsrecht liegen. Das ist auch der Bereich, mit welchem der Student im praktischen Berufsleben am ehesten Berührung kommen wird.

Dieses Skript ersetzt kein Lehrbuch, es kann aber in einem ersten Durchlauf wie ein solches benutzt werden. Der Student ist aufgefordert, zu jeder Frage, die in der Vorlesung oder auch in diesem Skript genannt wird, eines der eingeführten Lehrbücher zu konsultieren. Über das Internet sind die meisten zitierten Urteile unmittelbar einsehbar.

An verschiedenen Stellen sind Exkurse in die Fußnoten gestellt. Diese sind zum Verständnis des Manuskripts und der Vorlesung nicht unbedingt nötig. Sie enthalten aber weiterführende und vertiefende Gedanken in Bezug auf die gegenwärtige Wirklichkeit des öffentlichen Rechts.

An verschiedenen Stellen des Manuskripts finden sich **Prüffragen**. Diese beantworten sich nicht von selbst aus dem Text sondern aus dem Gesamtverständnis. Der Student ist

* Dieses selbst geschriebene Skript enthält leider eine Reihe von Schreibfehlern.

aufgefordert, diese möglichst für sich zu beantworten und ggfs in der Vorlesung zur Diskussion zu stellen.

Im Anhang ist der lehrreiche Artikel aus **Wikipedia** zum Verwaltungsrecht wiedergegeben, welcher nebst angegebenen Links zur Lektüre und Vertiefung empfohlen werden kann.

Rechtlicher Hinweis:

Der Verfasser nimmt an diesem Skript alle Rechte gemäß Urheberrechtsgesetz für sich in Anspruch. Verwendung und Kopienahme dieses Textes ist nur für eingeschriebene Studenten der FOM erlaubt.

Gliederung

1. Teil

Überblick : Nationales öffentliches Recht im globalen Rahmen

I. Begriff des Öffentliches Rechts

1. Ausgangsfrage: Was ist Öffentliches Recht?
2. Entwicklung und Systematik des Verwaltungsrechts
3. Verhältnis zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht

II. Völkerrecht und nationales Wirtschaftsverwaltungsrecht

1. Völkerrecht als Staatenrecht
2. Völkergewohnheitsrecht und allgemeine Rechtsgrundsätze
 - a. Zweiseitige völkerrechtliche Verträge
 - b. Mehrseitige/multilaterale völkerrechtliche Verträge

III. Grundrechte in der Gesamtrechtsordnung

1. Verhältnis zum Völkerrecht
2. Verhältnis zum Recht der EU

IV. Völkerrechtliche Grenzen der Staatsgewalt (Auswärtige Gewalt).¹

1. Grundsatz
2. Außenwirtschaftsrecht
3. Internationale Regelungskompetenz des nationalen Gesetzgebers
4. Hinreichende Anknüpfung

2. Teil Der Staat als Quelle und Träger des Öffentlichen Rechts

I. Geschichtliche Grundlagen

1. Antike

¹ Dieser Teil ist entnommen dem Buch des Verfassers; *Internationales Privates Wirtschaftsrecht*, München 2006

2. Mittelalter
3. Neuzeit ab dem 30. jährigen Krieg
4. Heute
 - a. Reichsverfassung von 1871
 - b. Reichsverfassung von 1919
 - c. Grundgesetz 1949

II. Grundbegriffe des allgemeinen Staatsrechts

1. Staatsgebiet
2. Staatsvolk
 - a. Staatsangehörigkeit
 - b. Fremdenrecht
3. Einheitsstaat - Bundesstaat - Staatenbund
 - a. Einheitsstaat: Beispiele: Frankreich , England, China, Japan, Indonesien
 - b. Bundesstaaten: Beispiele Belgien, Österreich, Schweiz, USA, Indien, Malaysia ua
 - c. Zwischenformen: Großbritannien, Spanien, Kanada, Rußland,

3. Teil Der rechtliche Rahmen der Verwaltung

I. Voraussetzungen des Verwaltungshandelns

1. Rechtsstaat
 - a. Rechtsstaatsprinzip
 - b. Gewaltenteilung
2. Aufbau der Rechtsordnung
 - a. Verfassung - Grundgesetz
 - b. Formelles Gesetz
 - c. Rechtsverordnung
 - d. Satzung
 - e. Gewohnheitsrecht - Richterrecht
 - f. Verwaltungsvorschriften
 - g. Verwaltungsakt
 - h. Allgemeinverfügung

II. Gesetzmäßigkeit der Verwaltung

1. Vorrang des Gesetzes

2. Vorbehalt des Gesetzes
 - a. Eingriffsverwaltung
 - b. Leistungsverwaltung
3. Verhältnismäßigkeitsgrundsatz - Übermaßverbot
4. Rückwirkungsverbot und Vertrauensschutz
5. Verwaltung des Bundes - Verwaltung der Länder

III. Träger der öffentlichen Verwaltung

1. Bundesverwaltung
 - a. Bundesministerien
 - b. Sonderverwaltungen im Bereich der Ministerien
 - c. Selbstverwaltungskörperschaften (Körperschaften, Anstalten, Stiftungen des ö.R.)
 - d. Gerichte
2. Bundesländer
 - a. Bundesrecht und Landesrecht
 - b. Regierung der Bundesländer
3. Staat - Regierungsbezirk - Kreis - Gemeinde
4. Gemeinden
 - a. Gemeinde als Träger kommunaler Selbstverwaltung
 - b. Gemeinde als untere staatliche Verwaltungsbehörde
5. Sonderverwaltungsbereiche der Länder
 - a. Landschaftsverbände
 - b. Körperschaften, Anstalten, Stiftungen des ö. R. des Landes

IV. Grundrechte als der Rechtsrahmen des Verwaltungshandelns

1. Veränderung des ursprünglichen Sinnes der Grundrechte
2. Grundrechtsfähigkeit
3. Grundrechtsbindung
 - a. Gesetzgebung
 - b. Verwaltung
 - c. Gerichtsbarkeit

V. Einzelne Grundrechte

1. Art. 1: Menschenwürde
2. Art. 2: Freiheitsrechte
3. Art. 3: Gleichheit
4. Art. 4 : Gewissensfreiheit
5. Art. 5: Gedanken- und Meinungsfreiheit
6. Art. 8: Versammlungsfreiheit
7. Art. 14: Eigentumsgarantie
8. Verstehbarkeit von Gesetzen als Verfassungssatz

VI. Rechtsschutz

1. Rechtsschutzgarantie gemäß Art. 19 GG
2. Gerichtsverfassung
3. Verfassungsgerichtsbarkeit

4. Teil Allgemeines Verwaltungsrecht

I. Begriff der Verwaltung

II. Organisation der Verwaltung

1. Privatwirtschaft und öffentliche Verwaltung
2. Öffentliches Dienstrecht
 - a. Privatrechtliche Dienstverhältnisse:
 - b. Beamtenverhältnis
 - c. Beamtenbesoldung

III. Verwaltung zwischen Rechtsbindung und Gestaltungsfreiheit

1. Gesetzesvorbehalt und Gesetzmäßigkeit der Verwaltung
2. Gesetzeskonkretisierung durch die Verwaltung
3. Verwaltungsermessen
4. Unbestimmter Rechtsbegriffe

IV. Hierarchie

1. Fachaufsicht
2. Rechtsaufsicht

V. Verhältnis zwischen Bürger und Verwaltung

1. Verwaltungsrechtsverhältnisses
 - a. Materielles Verwaltungsrechtsverhältnis
 - b. Verfahrensrechtliches Verwaltungsrechtsverhältnis
 - c. Einfaches Verwaltungsverfahren
 - d. Förmliches Verwaltungsverfahren
2. Subjektive öffentliche Rechte
 - a. Ausdrückliche Anspruchslage
 - b. Allgemeine Anspruchslage

VI. Verwaltungsakt als zentrale Handlungsform der Verwaltung

1. Begriff des Verwaltungsakts (VA)
2. Funktionen
 - a. Konkretisierung – und Umsetzungsfunktion
 - b. Titelfunktion, Vollstreckungsfunktion
 - c. Verfahrensfunktion, Rechtsschutzfunktion
3. Erlass des Verwaltungsaktes
 - a. Ermächtigungsgrundlage
 - b. Form des Verwaltungsakts
 - c. Bekanntgabe des Verwaltungsaktes, § 41

VII. Formen des VA

1. Belastender VA
2. Begünstigender VA
3. Nebenbestimmungen zu Verwaltungsakten
4. VA mit Drittwirkung, § 50
5. Zusicherung, § 38

- a. Voraussetzungen der Zusicherung
- b. Wegfall der Bindungswirkung

VIII. Begründung des Verwaltungsaktes, § 39

- 1. Grundsatz
- 2. Ermessen
 - a. Grundsatz
 - b. Grenzen des Ermessens
 - c. Beurteilungsspielräume

IX. Rechtmäßige und rechtswidrige Verwaltungsakte

- 1. Rechtmäßigkeit
- 2. Fehlerhaftigkeit – Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts
 - a. Nichtigkeit des Verwaltungsaktes
 - b. Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts
- 3. Nebenbestimmungen zu Verwaltungsakten
- 4. Belastender und begünstigender Verwaltungsakt
- 5. Rücknahme von Verwaltungsakten
- 7. Widerruf von Verwaltungsakten mit Drittwirkung

VI. Weitere Handlungsformen der Verwaltung

- 1. Verwaltungsrechtlicher Vertrag, §§ 54 ff
 - a. Grundsatz
 - b. Vergleichsvertrag
- 2. Schlichtes Verwaltungshandeln

5. Teil Besonderes Verwaltungsrecht

I. Polizei- und Ordnungsrecht

- 1. Grundlagen
- 2. Zuständigkeiten

3. Öffentliche Sicherheit

II. Staatshaftungsrecht

1. Grundsätze

2. Amtshaftung

3. Folgenbeseitigungsanspruch

4. Enteignung und Aufopferung

- a. Grundsatz

- b. Der enteignungsgleiche Eingriff - Aufopferungsanspruch

- c. Der enteignender Eingriff

III. Gewerberecht

1. Grundsatz der Gewerbefreiheit

2. Anwendungsbereich der Gewerbeordnung

3. Eröffnung eines Gewerbes

4. Gewerbebetriebe, welche einer besonderen Überwachung bedürfen

5. Gewerbeaufsicht

IV. Grundlagen des Baurechts

1. Grundsätze

2. Bauleitplanung

3. Flächennutzungsplan

4. Bebauungspläne

5. Sicherung der Bauleitplanung

6. Außenbereich

V. Grundzüge des Kommunalrechts

1. Grundsatz der kommunalen Selbstverwaltung

2. Kommunales Steuerrecht

3. Staatliche Steuern zu Gunsten der Kommune

6. Teil Der verwaltungsgerichtliche Prozeß

1. Grundsätze
2. Klagearten
3. Vorverfahren
4. Durchführung des Klageverfahrens
5. Einstweiliger Rechtsschutz, § 123 VwGO
6. Einstweiliger Rechtsschutz gegen belastende Verwaltungsakte, § 80 Abs.5

1. Teil

Überblick: Nationales öffentliches Recht im globalen Rahmen

I. Begriff des Öffentlichen Rechts

1. Ausgangsfrage: Was ist Öffentliches Recht?

1. Das Recht ist ein Gefüge von Normen, welches den rechtsfähigen Personen (Rechtssubjekten) Rechtsansprüche zuweist. **Rechtsansprüche** entstehen – wie im Privatrecht - durch Vertrag oder Gesetz.

2. **Öffentliches Recht** ist die Gesamtheit der Normen, durch welche ein Hoheitsträger (Staat oder mit Hoheitsrechten ausgestattete Stelle, Behörde) unmittelbar durch das Gesetz oder aufgrund von Verwaltungshandeln, welches das Gesetz konkretisiert, Rechte oder Pflichten von Rechtssubjekten begründet.

3. **Privatrecht** ist der Rechtsbereich, den die Rechtssubjekte durch Verträge frei gestalten können. Insoweit es im Privatrecht zwingende, also durch Vertrag nicht abdingbare, Vorschriften gibt (die meisten Vorschriften des Gesellschafts – und Unternehmensrechts, des Zivilprozeßrechts, Formvorschriften wie § 311 b. BGB usw), handelt es sich auch hier funktionell um öffentliches Recht. In diesem Sinne ist auch das Strafrecht öffentliches Recht. Von *diesem öffentlichen Recht* ist hier nicht die Rede.

4. Öffentliches Recht im engeren Sinne bezeichnet die Gesamtheit der Normen, durch welche ein **Hoheitsträger** gesetzlich vorgeschriebene oder zugelassene Aufgaben wahrnimmt und dabei unmittelbar durch das Gesetz oder durch Verwaltungsakt (ggfs sonstiges Verwaltungshandeln Rechte oder Pflichten von Rechtssubjekten begründet.

5. Das **Völkerrecht** ist Teil des öffentlichen Rechtes. Das Völkerrecht strahlt durch völkerrechtliche Verträge und durch Artikel 25 Grundgesetz unmittelbar und mittelbar in das innerstaatliche öffentliche Recht ein. Seine Bedeutung für das nationale Wirtschaftsverwaltungsrecht ist auf Grund der steigenden Dichte internationaler wirtschaftlicher Verflechtungen (EU, WTO) von zunehmender Bedeutung.²

6. Der rechtliche Rahmen, in welchem Verwaltungshandeln geschieht, heißt Verwaltungsrecht. Die allgemeinen Grundsätze des **Verwaltungsrechts** heißen Allgemeines Verwaltungsrecht. Die Rechtsgebiete, welche bestimmte Aufgabenbereiche der Verwaltung beschreiben (z.B. Öffentliche Sachen, Staatshaftung, Kommunalrecht, Polizeirecht, Gewerberecht, Wirtschaftsverwaltungsrecht uvam) gehören zum Besonderen Verwaltungsrecht.

7. Das **Steuerrecht** ist funktional ein Teil des Verwaltungsrechts. Es wird aber wegen seiner besonderen Zielsetzung und des Umfangs der dazu gehörenden Normen als eigener Rechtsbereich behandelt und ist daher nicht Gegenstand der verwaltungsrechtlichen Betrachtung.

² vgl. Aden aaO

8. Die Formen, in welchen Verwaltungsentscheidungen getroffen werden, werden vom **Verwaltungsverfahrenrecht** beschrieben.

9. In Deutschland herrscht ein nach Art und Umfang auf der Welt fast einmaliges System der gerichtlichen Überprüfung von Verwaltungshandeln durch Spezialgerichte: **Verwaltungsgerichte** – Oberverwaltungsgerichte – Bundesverwaltungsgericht. Diese treffen ihre Entscheidungen im Rahmen der Verwaltungsgerichtsordnung, welche eine auf den Verwaltungsprozess angepaßte Zivilprozessordnung ist.

10. Während der private Bürger seine Rechte grundsätzlich nur aufgrund eines vollstreckungsfähigen Gerichtsurteils durchsetzen kann, genießen staatlichen Behörden - aber nur im Bereich der **hoheitlichen Betätigung** - das Privileg, ohne Einschaltung von Gerichten unmittelbar **vollstreckbare** Entscheidungen zu treffen. Diese Entscheidungen können im Verwaltungsprozess angegriffen werden, i.d. R. Anfechtungsklage.

11. Die **Vollstreckung von Verwaltungsentscheidungen** geschieht durch von den Behörden jeweils besonders beauftragte Vollstreckungsbeamte, welche sich notfalls - ebenso wie der Gerichtsvollzieher nach der ZPO - der öffentlichen Polizei als Hilfe bedienen kann.

2. Entwicklung und Systematik des Verwaltungsrechts

Die Unterscheidung zwischen privatem und öffentlichem Recht geht letztlich zurück auf das römische Recht. Im Mittelalter entstand als besonderer Teil des öffentlichen Rechts das Kirchenrecht. Eine ähnliche Unterscheidung wie bei uns findet in Frankreich und anderen Staaten Kontinentaleuropas statt.

England und die ihm folgenden Staaten haben hier wie sonst ein anderes rechtliches Konzept. Von der Sache her ist das öffentliche Recht auch in diesen Staaten bekannt. Hier wird aber nicht der strenge systematische Unterschied wie bei uns zwischen öffentlichem und privatem Recht gemacht.³

3. Verhältnis zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht

Die herkömmliche Unterscheidung zwischen privatem und öffentlichem Recht ist in unserer Rechtsordnung so selbstverständlich geworden, dass sie selten infrage gestellt wird. Ein wichtiger Aspekt der historischen Ausbildung des öffentlichen Rechtes liegt darin, dass bis weit in das 19. Jahrhundert hinein größere Einheiten überhaupt nur als staatliche bzw kirchliche Organisationen und Institutionen denkbar waren. Die größten privatrechtlichen Unternehmungen hatten vor Beginn der Industrialisierung kaum mehr als 10 Mitarbeiter. Die einzigen Bereiche, in welchen eine größere Anzahl von Mitarbeitern in Betracht kam, die großen Gutsbetriebe insbesondere in Ostdeutschland, waren zwar formal privatrechtlich geprägt, konservierten aber noch bis in das 20. Jahrhundert Rechtsverhältnisse, welche eigentlich aus der Feudalzeit stammten.

³ Exkurs: Auch die kommunistischen Staaten (ZB frühere DDR) kannten in diesem Sinne ein öffentliches Recht nicht. oder man kann umgekehrt sagen: das Recht war entsprechend der sozialistischen Theorie insgesamt öffentliches Recht. Der Bereich des privaten Rechts war auf wenige Restbestände, wie Geschäfte des täglichen Lebens, beschränkt.

Erst ab etwa 1850 entstehen große Industriebetriebe, damit Anwendungsbereiche des privaten Rechtes, welche dessen herkömmliche Perspektive sprengten, etwa Industrieverbände und Gewerkschaften.⁴

Im Allgemeinen gilt daher, dass als öffentliches Recht der Bereich angesehen wurde, welcher größere Einheiten betraf, während das private Recht Rechtsansprüche nur zwischen einzelnen Bürgern regelte. Mit der zunehmenden Größe von wirtschaftlichen Unternehmungen wird es aber eigentlich immer weniger sinnvoll, einen grundsätzlichen und systematischen Unterschied zwischen privaten und öffentlichen Recht zu machen. Wichtige Gesetze der Wirtschaft (Kartellgesetz, Wettbewerbsvorschriften, im Grunde alle zwingenden Vorschriften, welche sich auf Verträge auswirken) sind funktionell Teil des öffentlichen Rechts, weil sie einer vertraglichen Regelung nicht oder nur eingeschränkt zugänglich sind. Es stellt sich daher perspektivisch die Frage, ob die traditionelle Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht beibehalten werden wird. Es ist anzunehmen, dass auch in Deutschland/Kontinentaleuropa eine Entwicklung stattfinden wird, welche wie in den USA öffentliches und privates Recht ununterscheidbar ineinander vermengt.

Öffentliches Recht wird zum Verwaltungsrecht, wenn es von Trägern staatlicher Hoheitsgewalt zur Gestaltung öffentlicher Angelegenheiten angewendet wird.

Für alle praktischen Zwecke kann man sagen: Öffentliches Recht ist das Recht, welches einer vertraglichen Regelung grundsätzlich nicht zugänglich ist. In dem Maße, in dem das Verwaltungsrecht – wie in Deutschland seit einigen Jahrzehnten zu beobachten – den öffentlichrechtlichen Vertrag akzeptiert, scheint der systematische Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht weiter zurückzutreten.

II. Völkerrecht und nationales Wirtschaftsverwaltungsrecht

1. Völkerrecht als Staatenrecht

In der traditionellen Betrachtung ist das Völkerrecht nur das Recht zwischen Staaten und verpflichtet nur diese bzw Völkerrechtsobjekte. Einzelpersonen oder private Einrichtungen konnten aus dem Völkerrecht keine Rechte herleiten und auch daraus nicht verpflichtet werden.

Diese traditionelle Betrachtung ist heute nicht mehr aufrechtzuerhalten.

2. Völkergewohnheitsrecht und allgemeine Rechtsgrundsätze

a. Zweiseitige völkerrechtliche Verträge

Beispiel: Investitionsschutzabkommen, Doppelbesteuerungsabkommen

b. Mehrseitige/multilaterale völkerrechtliche Verträge

⁴ Es ist daher bezeichnend, dass die großen deutschen Unternehmen ihre wichtigen Mitarbeiter auch Beamte nannten. Der Verfasser dieses Manuskripts hat nach seinem Eintritt in die Deutsche Bank (1975) noch den schönen Titel eines „Oberbeamten“ erringen dürfen, den es damals auch z.B. bei der Siemens AG und bei Krupp noch gab.

Beispiel: EU- Verträge, WTO - Vertragswerk.

III. Grundrechte in der Gesamtrechtsordnung

1. Verhältnis zum Völkerrecht

Deutschland ist Partner einer Vielzahl zweiseitiger oder mehrseitiger völkerrechtlicher Verträge. Diese Verträge werden durch innerstaatliche Gesetze umgesetzt (ratifiziert) und gelten dann unmittelbar. Von wachsender Bedeutung sind die Beschränkungen der Souveränität durch Europäische Gesetzgebung und Rechtsentwicklung (Entscheidungen des EuGH).⁵

Überschneidungen der Grundrechte gemäß GG können vorkommen mit den Menschenrechten, wie sie in völkerrechtlichen Verträgen proklamiert werden (z.B. Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK) und ihrer Interpretation durch die zuständigen Gerichte. Artikel 25 GG erkennt dieses an, indem gesagt wird: *Die allgemeinen Regeln des Völkerrechts sind Bestandteil des Bundesrechts. Sie gehen den Gesetzen vor und erzeugen Rechte und Pflichten unmittelbar für die Bewohner des Bundesgebiets.*

Die Formulierung *allgemeine Regeln des Völkerrechtes* macht deutlich, dass nicht jede völkerrechtliche Regel Bestandteil des Bundesrechtes ist, sondern nur eine solche, die sich weltweit allgemeiner Anerkennung erfreut. Welche Regeln also gemäß Artikel 25 unmittelbar in Deutschland gelten, bedarf im Einzelfall der Feststellung.⁶ Aus dieser Formulierung ist weiter herzuleiten, dass das Grundgesetz den allgemeinen Regeln des Völkerrechts vorgehen will.

2. Verhältnis zum Recht der EU

Von besonderer praktischer Bedeutung ist die Frage, nach dem Verhältnis zwischen dem europäischen Recht und dem Grundgesetz. Ausgangspunkt ist, dass das europäische Recht grundsätzlich den Vorrang beanspruchen kann vor den nationalen Rechtsordnungen.⁷ Im Einzelfall kann europäisches Recht unmittelbar in Grundrechte des Bürgers eingreifen. Dann entsteht die Frage, ob das Bundesverfassungsgericht solche Eingriffe überprüfen kann.

Hier sind von großer Bedeutung sind zwei Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichtes, die *Solange- I-Entscheidung*⁸ und die *Solange II - Entscheidung*.⁹ In der ersten Entscheidung hat das Bundesverfassungsgericht gesagt: *Wird europäisches Gemeinschaftsrecht durch inländische Verwaltungsakte vollzogen, erfolgt die Überprüfung der nationalen Rechtsanwendungsakte so lange am Maßstab des Grundgesetzes, wie das Gemeinschaftsrecht keine in dem deutschen Grundrechtsstandard vergleichbaren Grundrechtskatalog etabliert hat.* In der zweiten Entscheidung wird gesagt: Akte der EU - Behörden und ihre Umsetzung im Inland werden grundsätzlich *nicht* mehr am Maßstab des Grundgesetzes geprüft, **solange**

⁵ **Exkurs:** Die Rechtsprechung Europäischen Gerichtshofs in den so genannten Centrosfällen hat das Gesellschaftsrecht in Deutschland und anderen EU-Staaten nachhaltig beeinflusst, ohne dass die nationalen Gesetzgeber sich in der Lage sein, irgend etwas dagegen zu tun; vgl. allg. Aden, Internationales Privates Wirtschaftsrecht, München 2006.

⁶ BVerfGE 46,367 ff (Bankkonto einer ausländischen Botschaft)

⁷ so ausdrücklich: EuGH Slg 1964, 1251 : Costa/Enel

⁸ BVerfGE 37, 271 ff

⁹ BVerfGE 73, 339 ff

auf Gemeinschaftsebene, insbesondere durch die Rechtsprechung des EuGH ein dem deutschen Standard entsprechender Grundrechtsschutz besteht.

Das Ergebnis beider Entscheidungen: Das Bundesverfassungsgericht zieht sich vor dem Europäischen Recht zurück, behält aber die Zuständigkeit zu überprüfen, ob EU - Recht einen dem deutschen Standard entsprechenden Grundrechtsschutz bietet.¹⁰

IV. Völkerrechtliche Grenzen der Staatsgewalt (Auswärtige Gewalt). •

Fälle

1. Beispiel: Der deutsche Bundestag erlässt ein Gesetz, wonach Autos deutscher Herstellung in England nicht links, sondern rechts fahren müssen. Der in Paris lebende P hat sich mit seinem BMW an dieses Gesetz gehalten und in einem dadurch verursachten Unfall dem K einen Schaden zugefügt. K verklagt ihn in Paris. P meint, er habe sich an das Gesetz verhalten und sei an dem Unfall nicht schuld. Zu Recht?
2. Im Jahre 1982 erließ der amerikanische Kongress ein Gesetz, welches Ausländern, wenn sie Tochtergesellschaften amerikanischer Unternehmen waren, oder wenn sie amerikanische Patente benutzten, unter Strafandrohung verbot, mit der Sowjetunion Geschäfte zu machen, welche dem Bau der Erdgasleitung von Nordsibirien nach Westeuropa Vorschub leisten können. D aus Deutschland meint daraufhin, ihm seine die Erfüllung seines dem deutschen Recht unterstehenden Vertrages mit S unmöglich geworden. S verlangt die Erfüllung bzw Schadensersatz. ¹¹Zu Recht?
3. R war Russe mit deutschen Vorfahren und hatte aufgrund Art. 116 GG die deutsche Staatsangehörigkeit erworben. Er hatte zuletzt in Brasilien gelebt, wo er starb und ein Testament zugunsten seiner brasilianischen Freundin gemacht hat. Seine in Deutschland lebenden ehelichen Kinder meinen, auf den Erbfall sei deutsches Erbrecht anzuwenden, und verlangen den Pflichtteil. Die in Russland lebende Ehefrau E verlangt auch etwas aus dem Erbe. Welches Recht wird ein deutsches, brasilianisches, russisches Gericht anwenden? ¹²

1. Grundsatz

Aus dem Souveränitätsgrundsatz folgt, dass Gesetze nur in dem Staat gelten, der sie erlassen hat. In diesem Rahmen werden Gesetze eines Staates und deren Auswirkungen grundsätzlich in allen anderen Staaten als rechtsgültig anerkannt.¹³ Die Umkehrung ist der Grundsatz der Nichteinmischung in die inneren Angelegenheiten eines anderen Staates. Gesetze eines Staates, welche sich nicht an diese Schranken halten, sind insoweit völkerrechtswidrig. Wenn

¹⁰ Der zu Grunde liegende Rechtsgedanke entspricht etwa dem des Art. 6 EGBGB.

* Dieser Teil ist entnommen dem Buch des Verfassers; *Internationales Privates Wirtschaftsrecht*, München 2006

¹¹ Die USA haben mehrfach solche Gesetze erlassen, .z. B. das Helms - Burton Act, welches den von den USA gegen Kuba verhängten Sanktionen dadurch Nachdruck verschaffen sollte, dass auch anderen Staaten der Handel mit Kuba verboten wurde; ähnlich das d' Amato – Act betreffend Iran und Libyen.

¹² Art. 116 I Grundgesetz bestimmt: *Deutscher im Sinne dieses Grundgesetzes ist, wer die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt oder als Flüchtling oder Vertriebener deutscher Volkszugehörigkeit oder als dessen Ehegatte oder Abkömmling in dem Gebiet des Deutschen Reiches nach dem Stand vom 31. Dezember 1937 Aufnahme gefunden hat.* Auf Grund dieser Vorschrift sind zahllose Menschen namentlich in Russland potenzielle deutsche Staatsangehörige (Rußlanddeutsche). Verstößt Art. 116 GG als Einmischung in innerrussische Angelegenheiten gegen das Völkerrecht?

¹³ Es ergeben sich allerdings heute Schranken aus dem allgemein anerkannten humanitären Völkerrecht, vgl. oben I I I.

Staat A seinen Gesetzen eine Wirkung im Staat B oder noch darüber hinaus beilegt, werden diese in B nicht anerkannt. Ein Gesetz wie im Fall 1 wäre ein Übergriff des deutschen Gesetzgebers in die inneren Angelegenheiten Englands. Ein solches Gesetz wäre als Verstoß gegen die Grundregeln des Völkerrechts, Art. 25 GG, auch in Deutschland verfassungswidrig. Es entfaltet daher weder in Deutschland noch sonst auf der Welt Rechtswirkungen. Das Gericht in Paris würde sich also darum nicht kümmern und den P verurteilen.

Wirtschaftsgesetze zerfallen in deutscher Systematik in zwei Gruppen, nämlich

- Privatrechtliche Gesetze, welche die Vertragsfreiheit der Parteien regeln und lenken;
- Öffentlich - rechtliche Vorschriften, die dem Wirtschaftsverwaltungsrecht zuzurechnen sind und die Volkswirtschaft eines Staates insgesamt betreffen.

Gesetze, welche die grenzüberschreitende wirtschaftliche Betätigung der Bürger betreffen, führen zu Fragen des anwendbaren Rechts, welche im Internationalen Privatrecht behandelt werden. Gesetze, welche das öffentliche Wirtschaftsrecht im Verkehr mit dem Ausland betreffen, können unter dem Begriff des Außenwirtschaftsrechts zusammengefasst werden.

2. Außenwirtschaftsrecht

Gesetze und Normen, welche den Handel eines Staates mit Personen in anderen Staaten regeln, bezeichnet man als Außenwirtschaftsrecht. Es handelt sich um öffentlichrechtliche Vorschriften. Hauptansatzpunkte des Außenwirtschaftsrechts sind Einfuhr- und Ausfuhrbeschränkungen. Auf der Importseite ist ein wichtiges Instrument zur Steuerung der Außenwirtschaft der Zoll, welcher auf die zu importierende Ware erhoben wird und diese für das Inland künstlich verteuert. Als Schutzzoll dient er der Abwehr ausländischer Güter zum Schutz von im Inland produzierten Waren.¹⁴ Auf der Exportseite wird das Außenwirtschaftsrecht durch absolute Verbote oder Verbote mit Genehmigungsvorbehalt durchgesetzt, und als ein Unterfall der letzteren durch die Kontingentierung, also die mengenmäßige Beschränkung von Im- und Exporten. Die Brücke zum privaten Wirtschaftsrecht ergibt sich aus § 134 BGB. Ein Vertrag mit einem in- oder ausländischen Partner ist unwirksam, wenn er gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, dazu gehören auch die auf das AWG gestützten außenwirtschaftliche Beschränkungen.

Gesetzliche Grundlage ist das Außenwirtschaftsgesetz, AWG. In dessen § 1 ist der Grundsatz des deutschen Außenwirtschaftsrechts niedergelegt. Erlaubnis mit Verbotsvorbehalt: Der Wirtschaftsverkehr mit dem Ausland ist frei, er kann aber durch das Gesetz oder durch Verordnungen aufgrund dieses Gesetzes beschränkt werden. Andere Staaten, z. B. die USA, gehen den umgekehrten Weg, nämlich den des Verbots mit Erlaubnisvorbehalt. Außenwirtschaftsverkehr ist „grundsätzlich“ verboten, wird aber im Einzelfall oder in Bereichen erlaubt.

Die aufgrund des AWG bzw der darauf gestützten Verordnungen erlassenen Beschränkungen dessen Wirtschaftsverkehrs mit dem Ausland sind das Instrument, mit welchem Deutschland bzw die EG z. B. Sanktionen der Vereinten Nationen gegenüber anderen Staaten umgesetzt. Das Außenwirtschaftsrecht ist zwar grundsätzlich weiterhin nationales deutsches Recht, seine Anwendungsbereiche werden aber durch europäisches Recht überlagert und zum Teil ganz

¹⁴ Im April 2005 wurde in der EU die Einführung höherer Importzölle auf chinesische Textilwaren gefordert und diskutiert, da die EU – Hersteller gegen die niedrigen Preise aus China nicht konkurrieren konnten.

verdrängt. Ein nationales deutsches Zollrecht gibt es seit Jahren nicht mehr. An dessen Stelle ist wie in anderen EU-Mitgliedstaaten der einheitliche europäische Zolltarif getreten.

3. Internationale Regelungskompetenz des nationalen Gesetzgebers

Was immer man zuhause tut, es wirkt sich auch auf Außenstehende aus. So hat auch jedes nationale Gesetz irgendwie Auswirkungen im Ausland. Das deutsche Steuerrecht z. B. hat eine sehr große Bedeutung für seine Nachbarstaaten Luxemburg, Schweiz und Liechtenstein. Das sind – aus dortiger Sicht – positive Wirkungen, insofern nämlich deutsche Steuerflüchtlinge dort Möglichkeiten nutzen, ihr Vermögen zu schützen, die dort legal, für das deutsche Recht aber illegal sind. Eine gezielte Änderung des deutschen Rechts hätte für diese Staaten höchst unerfreuliche Wirkungen. Die Einführung der Todesstrafe und Folter in Albanien hätte wegen des dann folgenden Zustroms von Asylanten erhebliche Auswirkungen auf Deutschland. Die Körperschaftssteuersätze in den neuen Beitrittsländern der EU¹⁵ werden in den Kernländern der EU als ausgesprochene „Kampfpreise“ empfunden, durch welche, wie es schon Irland nach seinem EU – Beitritt praktiziert hatte, Gesellschaftsgründungen ins Land gelockt werden sollen. In allen diesen Fällen stellt sich zwar letztlich die Frage, ob „die“ das dürfen. Die Antwort wird aber sein, daß Staat A sich nicht drum zu kümmern braucht, wie Staat B reagiert, wenn er bei sich etwas regelt. Völkerrechtliche Fragen entstehen erst, wenn unmittelbare Auswirkungen jenseits der Grenzen drohen oder gar bezweckt sind.¹⁶

4. Hinreichende Anknüpfung

Ein Gesetz wie im Fall 1 wäre ohne weiteres völkerrechtswidrig, im Fall 2 nur hinsichtlich seiner Wirkungen im Ausland.¹⁷ Im Fall 2 hatte das Embargo - Gesetz immerhin darauf abgestellt, dass das ausländische Unternehmen amerikanische Patente nutzte, oder dass es sich um Tochtergesellschaften amerikanischer Gesellschaften handelte. Völkerrechtlich stellte sich also in diesem Fall die Frage, ob die genannten Anknüpfungspunkte hinreichend waren, um eine auch für ausländische Personen gültige Regelung zu treffen. Die Frage wurde außerhalb der USA allgemein verneint.¹⁸

Im Fall 3 stellt sich die Frage ähnlich. Es ist an sich eine unzulässige Einmischung in die inneren Angelegenheiten eines anderen Staates, wenn eine bestimmte Gruppe von dessen Staatsangehörigen (Russen mit deutschen Vorfahren) von einem anderen Staat (hier: Deutschland) als potentiell eigene Staatsangehörige reklamiert wird. Die Frage ist also, ob es ein hinreichender Anknüpfungspunkt für die Wirkungserstreckung des deutschen Staatsangehörigkeitsrechts ist, dass eine Person dem – übrigens nicht näher definierten - deutschen Volkstum angehört.¹⁹ Außerhalb Deutschlands wird bzw. wurde diese Frage sehr

¹⁵ z. B. Baltische Staaten, Slowakei ua

¹⁶ Dieses war etwa zur Zeit des Kommunismus der Fall bei der Verseuchung der Oberelbe in der Tschechoslowakei oder der offenbar gezielten Verseuchung der Oberläufe von Werra und Fulda durch die damalige DDR.

¹⁷ Berg/Nachtsheim RIW 03, 15f: *Für die Wirkungserstreckung nationaler Gesetze über die nationalen Grenzen hinaus gilt das Auswirkungsprinzip (effects doctrine), welches sich im Völkerrecht zum Territorialitätsprinzip konkretisiert.*

¹⁸ Die EU hat mit VO EG 2271/96 ein Abwehrmittel geschaffen, vgl Kayser, Joachim *Gegenmaßnahmen im Außenwirtschaftsrecht und das System des europäischen Kollisionsrechts*, Frankfurt 2001.

¹⁹ **Exkurs:** Diese von der Sowjetunion als völkerrechtswidrig angesehene Vorschrift wurde von Deutschland begründet: Sowjetbürger mit deutschen Vorfahren waren in der Kriegszeit nicht wie sowjetische Staatsangehörige behandelt worden, sondern wie Deutsche, mit denen man sich in Kriegszustand befand. Israel gibt in gleicher Weise den Juden in aller Welt einen Einbürgerungsanspruch. Der Einbürgerungsanspruch der so genannten Russlanddeutschen war ursprünglich aus humanitären Gründen sinnvoll, hat aber im Laufe der Zeit zu wenig sinnvollen Konsequenzen geführt.

kritisch behandelt. Es kommt also in Betracht, dass ein russisches Gericht auf den Erbfall russisches Recht anwendet, weil es die deutsche Staatsangehörigkeit des R nicht anerkennt. Ein deutsches Gericht würde natürlich deutsches Recht anwenden, und deutsche Staatsangehörigkeit bei R annehmen, ein brasilianisches Gericht würde angesichts der völkerrechtlichen Unsicherheit in bezug auf die Staatsangehörigkeit des R möglicherweise brasilianisches Recht als das Recht des letzten Wohnsitzes anwenden.

Die Frage, wie eng ein Sachverhalt mit dem gesetzgebenden Staat verbunden sein muss, damit seine Auswirkungen im Ausland als noch völkerrechtsgemäß angesehen werden, wird vom Völkergewohnheitsrecht unklar beantwortet. Es ist aber internationaler Konsens, dass es auf folgende Kriterien besonders ankommt:

- **Persönliche Verknüpfung** eines im Ausland betroffenen Staatsangehörigen oder Wohnsitzers mit dem Gesetzgebungsstaat
- **Sachliche Verknüpfung** zum eigenen Staatsgebiet, z. B. Immissionen über die Grenze
- **Auswirkungsprinzip:** dieses ist praktisch eine Fortsetzung der sachlichen Verknüpfung; das Auswirkungsprinzip hat eine besondere Bedeutung im internationalen Kartellrecht.
- **Schutzprinzip:** Es gilt als völkerrechtlich zulässig, dass ein Staat zum Schutz seiner Bürger und Institutionen vor schweren Beeinträchtigungen Maßnahmen trifft, die sich im Ausland auswirken.
- **Universalitätsprinzip:** Ein Staat trifft Maßnahmen, welche elementare Grundsätze des Menschenrechts so weit wie möglich umsetzen bzw. verhindern. Genannt werden die Bereiche Völkermord, Sklaverei, Frauen – und Drogenhandel; vgl. § 5 StGB.

Dieselben Kriterien gelten im Grundsatz auch bei der Bestimmung der internationalen Zuständigkeit der Gerichtsbarkeit eines Staates.²⁰ Es ergibt sich aus Vorstehendem, dass Fragen der Wirkungserstreckung nationaler Gesetze ins Ausland im Wesentlichen auf dem Gebiet des öffentlichen Wirtschaftsrechts, des Außenwirtschaftsrechts im engeren Sinne, problematisch werden.

²⁰Vgl. Geimer S. 56 RN 166 f und S. 156 RN 373ff

2. Teil Der Staat als Quelle und Träger des Öffentlichen Rechts

I. Geschichtliche Grundlagen

1. Antike

Begriff und Wesen des Staates, Formen des idealen Staates, Fragen des Staatsaufbaus wurden schon früh von den griechischen und römischen Philosophen behandelt.²¹

Verfassungen oder Staatsgrundgesetze in geschriebener Form gab es damals nicht.²²

2. Mittelalter

Im Unterschied etwa zur chinesischen Geschichte spielt in der mittelalterlichen europäischen Geschichte der Gegensatz zwischen dem weltlichen Staat und der Kirche eine entscheidende, oft verhängnisvolle Rolle. In der italienischen Renaissance (15. Jahrhundert) entstehen erstmals seit der Antike staatsrechtliche Überlegungen (Machiavelli).²³

Das Mittelalter kennt erste Ansätze von staatlichen Verfassungen. Die Goldene Bulle von 1356 unter Kaiser Karl IV, welche das Wahlverfahren für den Kaiser festhielt, kann als die älteste deutsche und damit auch europäische Verfassungsurkunde angesehen werden.²⁴

3. Neuzeit ab dem 30. jährigen Krieg²⁵

Die faktische Zerstörung des mittelalterlichen deutschen Kaiserreichs und des mittelalterlichen Lehnsrechts führt in Deutschland zu einer grundsätzlichen Umgestaltung des Verfassungsrechts.²⁶ Die im Westfälischen Frieden 1648 festgeschriebene Beeinflussung des Deutschen Reiches allgemein, insbesondere aber von mehreren seiner kleineren Territorien beschleunigt die Entwicklung zur Verselbständigung der deutschen Staaten (Österreich, Preußen, Bayern und Sachsen), welche nur noch sehr locker, am Ende fast gar nicht mehr unter dem gemeinsamen Band des Kaisers stehen.

Das mittelalterliche Kaiserreich endet im Jahre 1806 ziemlich ruhmlos. Es wurde, nachdem die französische Fremdherrschaft beendet war, von einem Staatenbund (Deutscher Bund)

²¹ Von herausragender Bedeutung: *Politeia – Der Staat* von Platon (um 400 v. Chr.) Cicero: *De re publica* (um 50 v. Chr.). ganz ähnliche Überlegungen fanden fast zeitgleich in China statt (Konfuzius).

²² Exkurs: Allerdings hat Aristoteles (um 400 v. Chr.) ein Werk geschrieben, *Der Staat der Athener*, welches im Grunde die ungeschriebene Verfassung Athen darstellt.

²³ Exkurs: Als M.'s Hauptwerk gilt *Il principe* (Der Fürst): In diesem Werk, welches aus heutiger Sicht vielfach moralische Ablehnung hervorruft, findet sich die – leider auch heute nicht abwegige Behauptung – dass eine Regierung am besten daran tut, dem Volk die Unwahrheit zu sagen, es insbesondere zu belügen, wenn die von ihm etwas Unangenehmes gefordert werden soll. Dieses in einer besonderen historischen Situation geschriebene Werk ist leider von unverminderter Aktualität angesichts der vielfachen Wortbrüche, welche im modernen Verfassungsstaat vor und nach den Wahlen stattfinden.

²⁴ Natürlich gibt es hier wie in allen Bereichen historische Vorstücke.

²⁵ Von 1618 – 1648: ein als Religionskrieg begonnener Krieg um die Vorherrschaft in Europa, letztlich zwischen Österreich und Frankreich. .

²⁶ Herausragender Denker Samuel Pufendorf (1632 - 1694).

unabhängiger deutscher Staaten fortgesetzt, in welchem bis 1866 Österreich-Ungarn die Führung hatte.

4. Heute

a. Reichsverfassung von 1871

Aufklärung und politische Entwicklung (Unabhängigkeit der Vereinigten Staaten von Amerika) haben die Einführung von Staatsgrundgesetzen (Verfassungen) zur Folge. Erste förmliche Verfassung der Welt ist die des Staates Virginia.

Das 19. Jahrhundert kann auch als das Jahrhundert bezeichnet werden, in welchem der Konstitutionalismus (der Frage, ob ein Staat eine geschriebene Verfassung braucht oder nicht) sich gegenüber den monarchischen Kräften durchsetzt.

Die Neubegründung des Deutschen Reiches 1871 geschieht auf der Grundlage einer Verfassung, welche sich ohne pathetische Ambitionen auf Organisationsfragen des Staates beschränkt.²⁷

b. Reichsverfassung von 1919

Nach der Niederwerfung Deutschlands und dem Ende der Monarchie wird in Anlehnung an ausländische Beispiele eine im formalen Sinne fast perfekte Verfassung eingeführt. (Hauptverfasser: Hugo Preuß).²⁸

c. Grundgesetz 1949

Nach dem Zweiten Weltkrieg wird ein von den Siegermächten eingesetzter Verfassungsausschuss mit der Ausarbeitung einer neuen Verfassung beauftragt, das heutige Grundgesetz.

Es besteht offensichtlich die Gefahr, dass das Grundgesetz im Rahmen der politischen Auseinandersetzungen an Würde und Gewicht verliert. Die willkürliche Auflösung des Bundestags im Jahre 2005, die immer größere Bedeutung von so genannten Koalitionsverträgen sind dafür Anzeichen.

²⁷ **Exkurs:** Diese Reichsverfassung enthielt keine Grundrechte. Die Tatsache, dass das damalige Deutsche Reich zweifellos ein Rechtsstaat war, in welchem alle heute bekannten Grundrechte geachtet wurden und um Vielfaches besser geachtet wurden als während der Nazi Diktatur, während welcher die Weimarer Reichsverfassung formal weiter galt, führt allerdings der Frage, ob die schriftliche Fixierung von Grundrechten überhaupt eine sehr sinnvolle Sache ist. Bekanntlich hat Großbritannien bis heute keine solche geschriebene Verfassung. Was nicht im Rechtsbewusstsein des Volkes lebt, hat auch dann keinen Sinn, wenn man es feierlich aufschreibt.

²⁸ **Exkurs:** Diese Verfassung heißt die *Weimarer Reichsverfassung* nach dem Ort, in welchem sie beschlossen wurde. Versammlungsort des damaligen Reichstags war das Nationaltheater in Weimar, wohin sich er sich begeben hatte, weil in Berlin kommunistische Banden die Ordnung bedrohten und teilweise die Macht an sich gerissen hatten.

II. Grundbegriffe des allgemeinen Staatsrechts

1. Staatsgebiet

Es gelten dieselben Grundsätze wie im Völkerrecht. Da über die deutsche Ostgrenze (Oder - Neiße-Linie) nicht mehr gesprochen wird, bleibt für Deutschland heute allenfalls problematisch die Frage, wie weit sein Hoheitsgebiet in das Vorland unter der Nordsee reicht.

Hierzu gibt es völkerrechtliche Abmachungen; hinsichtlich der Nutzung der offenen See welche nach traditionellem Völkerrecht niemanden gehört, gibt es das so genannte UN – Seerechtsabkommen.

2. Staatsvolk

a. Staatsangehörigkeit, Art. 116 GG

Es gelten dieselben Grundsätze wie im Völkerrecht. Deutscher Staatsangehöriger wird man aufgrund des Staatsangehörigkeitsgesetzes, welches grundsätzlich an die Geburt von deutschen Eltern anknüpft. Andere Staaten, etwa Nordamerika und Argentinien, knüpfen an den Geburtsort an. Ein in den USA geborenes Kind deutscher Eltern hat daher sowohl die deutsche wie auch die amerikanische Staatsangehörigkeit und muss sich mit Eintritt der Volljährigkeit entscheiden.

In Deutschland wie in allen anderen Staaten ist eine Einbürgerung durch Verwaltungsakt möglich, allgemein unter zwei Voraussetzungen

- Verweildauer von mehreren Jahren im Staat
- Nachweis der Bereitschaft, sich in diesem Staat als Bürger aufzuführen(Integrationsbereitschaft).

b. Fremdenrecht

Die bis ins 19. Jahrhundert sehr wichtige Unterscheidung zwischen eigenen Staatsbürgern und Fremden hat in den zivilisierten Staaten der Welt kontinuierlich an Bedeutung verloren.²⁹ In Bezug auf die meisten Rechtsgebiete besteht kein Unterschied mehr zwischen Staatsangehörigen und im Staate lebenden Fremden.

Der sichtbarste Unterschied ist der des Wahlrechts. Heute kommt wieder stärker hinzu das Eintritts- und Bleiberecht. Im Rechtssinne hat nur ein Deutscher einen Rechtsanspruch auf ein Bleiberecht in Deutschland.

3. Einheitsstaat - Bundesstaat - Staatenbund

a. Einheitsstaat: Beispiele: Frankreich , England, China, Japan, Indonesien

Für die innere Organisation eines Staates gibt es weltweit im Wesentlichen zwei Typen.

- Einheitsstaat und

²⁹ **Exkurs:** Man lese einmal unter diesem Gesichtspunkt den bekannten Roman *Die Buddenbrooks*, um zu erkennen wie wichtig in den deutschen Teilstaaten (in diesem Fall der Stadtstadt Lübeck) das Bürgerrecht war.

- Bundesstaat.

Im Einheitsstaat ist die gesamte Staatsgewalt in der Zentralregierung gebündelt. Die staatlichen Untergliederungen (Provinzen, Departements) handeln nur in dem von der Zentrale gesteckten Rahmen. Es besteht daher, jedenfalls in der Theorie, ein unmittelbarer Instanzenzug von Staatschef zum Dorfpolizisten. dasselbe gilt letztlich für alle weiteren Bereiche des Verwaltungshandelns.

Das aus deutscher Sicht bekannteste Beispiel eines Zentralstaates ist Frankreich. Theoretisch, und gelegentlich auch praktisch, ist daher der Bau einer Brücke über einen Bach Chefsache des Staatspräsidenten.³⁰ Aber auch England und die skandinavischen Staaten folgen diesem Modell, desgleichen China, Japan, Indonesien uvm.

b. Bundesstaaten: Beispiele Belgien, Österreich, Schweiz, USA, Indien, Malaysia ua

Der Grundgedanke des Bundesstaates besteht in der Aufgabenteilung. Die untere Einheit (Land, Region oä) soll möglichst umfassend ihre eigenen Angelegenheiten regeln. Die Zentralregierung soll nur zuständig werden, wenn eine übergreifende Lösung erforderlich ist. (*Subsidiaritätsgrundsatz*).

Dieser Grundsatz ist – bisher offenbar mit geringem Erfolg – auf Betreiben Deutschlands auch in die Dokumente des Europäischen Rechtes eingeflossen.

Das in Deutschland und anderen ähnlich organisierten Staaten geltende System führt daher dazu, dass die Zentralregierung deutlich weniger Macht hat als die Regierung in einem Zentralstaat.³¹ Der deutsche Bundeskanzler hat keine Befehlsgewalt über die Polizei, den diese ist Ländersache, er kann keine Schuldirektoren ernennen (was z.B. der französische Staatspräsident könnte). Der amerikanische Präsident hat – ebenso wie der deutsche Bundeskanzler - keinen unmittelbaren Einfluss darauf, wie ein US-Bundesstaat seine Universitäten organisiert, ob eine Straße renoviert, ein Strafgefangener entlassen wird usw.. .

c. Zwischenformen: Großbritannien, Spanien, Kanada, Rußland,

Nachdem der Zentralstaat französischer Prägung im 19. und 20. Jahrhundert in den neuen Staatsgründungen nach dem 2. WK Vorbildcharakter gehabt hat, scheint es heute in vielen Staaten eine Rückbesinnung auf die Regionalisierung zu geben. Von besonderem Interesse sind die Entwicklungen in Großbritannien (faktische Selbstständigkeit Schottlands innerhalb des Vereinigten Königreichs) und die Autonomiebestrebungen in Spanien (Katalonien).

³⁰ Politische Karrieren in Frankreich beginnen sehr oft mit dem Bürgermeisteramt in der Heimatgemeinde; diese erwartet dann, dass der Gewählte etwas für die Heimat tue.

³¹ Die in Deutschland geltende bundesstaatliche Verfassung leitet sich aus den Zeiten der Gründung des 1. Deutschen Reiches (Karl d. Gr. um 800 n. Chr.) her.

3. Teil **Der rechtliche Rahmen der Verwaltung**

I. **Voraussetzungen des Verwaltungshandelns**

1. **Rechtsstaat**

a. **Rechtsstaatsprinzip**

Als Rechtsstaatsprinzip versteht man heute das Recht eines jeden Bürgers, seine wirklichen oder behaupteten Rechte durch

- ein unabhängiges Gericht
- in einem geregelten Verfahren
- mit rechtlichem Gehör
- gegenüber jedermann, auch gegenüber dem Staat und seinen Behörden, und zwar auch, wenn diese hoheitliche handeln

überprüfen bzw feststellen zu lassen.³²

Der Rechtsschutz gegenüber dem hoheitlichen Handeln des Staates ist in vielen Staaten der Erde aus deutscher Sicht unzureichend. Art. 19 Abs. 4 GG regelt diesen aber ausdrücklich.

Zum Rechtsstaatsprinzip rechnen auch folgende Grundsätze, welche sich unmittelbar aus den beiden Hauptgedanken des Rechts überhaupt, nämlich Gerechtigkeit und Rechtssicherheit, herleiten:

- Vertrauensschutz, d.h. Verbot der Rückwirkung von Gesetzen, vgl. auch Art. 103 GG
- Übermaßverbot/ Grundsatz: Eingriff und Belastung des/der Bürger muß mit dem erstrebtem Ziel in einem angemessenen Verhältnis stehen.
- Staatshaftung: Der Rechtsstaat muß sich selbst an das Recht halten und für von ihm verübtes Unrecht haften.

b. **Gewaltenteilung**

Die bereits im Mittelalter praktizierte faktische Teilung der Staatsmacht in wurde im 18. Jahrhundert durch den Engländer John Locke und insbesondere den Franzosen Montesquieu theoretisch ausformuliert.

- Rechtssetzung: Art. 30, 70 ff GG
- Rechtsanwendung: Art. 62 und 83 GG zu den Aufgaben von Regierung und Verwaltung
- Rechtsprechung: Art. 92 GG

³² **Exkurs:** Der moderne Rechtsstaat ist zwar nicht ohne Vorbilder aus der klassischen Antike, im Wesentlichen ist er aber ein Ergebnis der durch die Reformation 1517 angestoßenen Neubewertung des Individuums. Nicht ohne Vorbilder, aber in dieser Form eine Weltneuheit, war die Einrichtung des Reichskammergerichts nach dem dreißigjährigen Krieg, welches grundsätzlich jedem Reichsbürger die Möglichkeit eröffnete, auch gegen jedermann auch gegen seinen Landesherrn Klage zu erheben.

Das Prinzip der Gewaltenteilung gilt heute wohl in allen Verfassungsstaaten der Welt und hat in Deutschland Verfassungsrang, Art. 20 II GG.³³

Der theoretische überzeugende Grundsatz wird in der Verfassungswirklichkeit aber vielfach durchbrochen. Man spricht von einer Gewaltenverschränkung.³⁴ Damit ist ausgedrückt, dass die grundsätzlich unterschiedlichen Gewalten sich letztlich doch gegenseitig bedingen.

2. Aufbau der Rechtsordnung

a. Verfassung - Grundgesetz

Das Recht ist ein System von Vorschriften. System bedeutet, dass es ein Oben und Unten gibt. Innerhalb einer staatlichen Rechtsordnung steht die Verfassung/Grundgesetz oben. Es ist daher ein Grundsatz in allen Verfassungsstaaten, dass Gesetze und behördliche Akte, welche gegen die Verfassung verstoßen, unwirksam sind.

Die Verfassung ist ein vom Gesetzgeber (=das vom Volk gewählte Parlament) beschlossenes Gesetz, welches üblicherweise durch besondere Mehrheitserfordernisse dagegen geschützt wird, allzu oft und willkürlich geändert zu werden.³⁵

b. Formelles Gesetz

Formelle Gesetze werden von einem Gesetzgeber (Parlament) mit in der Regel einfacher Mehrheit beschlossen.

c. Rechtsverordnung

Rechtsverordnung ist eine von einer Behörde erlassene Anordnung, welche grundsätzlich die dieselbe Bedeutung wie ein Gesetz hat; vgl. Art. 80 GG. Der Unterschied zum Gesetz besteht darin, dass eine Rechtsverordnung einer besonderen gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage bedarf. Eine deutsche Rechtsverordnung beginnt daher ausnahmslos damit, dass die Rechtsgrundlage, aufgrund derer die Verordnung erlassen wird, genannt wird, etwa wie folgt:

Auf der Grundlage des Gesetzes vom 3.12.1987 (Bundesgesetzblatt I, Seite 4723) über die Beförderung von Insektenleichen wird hiermit verordnet:

§ 1usw.

Eine RechtsVO ist ungültig, wenn sie gegen die Ermächtigungsgrundlage oder ein anderes Gesetz oder gar gegen die Verfassung verstößt. Ebenso sind unwirksam alle Verwaltungsakte, welche sich auf eine solche Rechtsverordnung stützen.

³³ **Exkurs:** Dieser Grundsatz war allerdings in der Reichsverfassung von 1871 viel klarer durchgeführt als im GG. Der Kaiser als „Hauptverwaltungsbeamter“ des Reiches stand, da er kraft Erbrechts und nicht durch Wahlen berufen wurde, viel unabhängiger neben den beiden anderen Gewalten als die heutige Bundesregierung. Die Weimarer Reichsverfassung führte diesen Grundsatz ebenfalls durch, indem der Reichspräsident, wie in den USA, direkt vom Volk gewählt wurde. Beispielfhaft ist bis heute die seit ihrem Inkrafttreten 1776 insofern unveränderte US – Verfassung.

³⁴ Kirchhof NJW 01, 1332 f

³⁵ Exkurs: Hier ist auf die Besonderheit hinzuweisen, dass das Grundgesetz *nicht* von einem gewählten deutschen Parlament beschlossen wurde, sondern aufgrund eines Entwurfes eines Verfassungsausschusses von den Siegermächten in Kraft gesetzt wurde.

d. Satzung

Selbstverwaltungskörperschaften (Kommunen, Körperschaften und Anstalten des öR wie Ärzte- oder Anwaltskammern, AOK us) verwalten sich, wie der Namen sagt, selbst. Das geschieht durch Satzungen, welche idR die Vertreterversammlung erlässt. Die Satzung bedarf keiner speziellen Ermächtigungsgrundlage; sie darf nur nicht höherem Recht widersprechen.³⁶

Satzungen öffentlich - rechtlicher Körperschaften (z.B. kommunale Satzungen) haben in dem betreffenden Gebiet (Gemeinde oder Kreis) die Bedeutung einer Rechtsverordnung: Sie sind also insoweit ungültig, als sie gegen höherrangiges Recht verstoßen (landesrechtliche KommunalO, sonstiges Landesrecht, Bundesrecht, Grundgesetz). Sie bedürfen aber - im Gegensatz zur RechtsVO - keiner ausdrücklichen Ermächtigungsgrundlage. Anders ausgedrückt: Die Ermächtigungsgrundlage folgt aus der für diese Körperschaft gesetzlich geschaffenen Satzungsautonomie.

e. Gewohnheitsrecht - Richterrecht

Es ist bekannt, dass in England und die dem englischen Recht folgenden Staaten das Gewohnheitsrecht eine besondere Rolle spielt. Aber auch in Deutschland ist Gewohnheitsrecht eine anerkannte Rechtsquelle.

Es ist im Einzelfall allerdings schwierig, die Geltung des Gewohnheitsrechts und seinen Inhalt festzustellen. Eine ständige Rechtsprechung wird man nach Ablauf einiger Jahre (genaue Anzahl ist nicht anzugeben) als Gewohnheitsrecht ansehen dürfen.³⁷

f. Verwaltungsvorschriften

Verwaltungsvorschriften sind Regelungen und Anordnungen, welche den internen Dienstablauf einer Behörde betreffen. Verwaltungsvorschriften haben grundsätzlich keine unmittelbare Wirkung nach außen, sie sind kein Recht im eigentlichen Sinne. Maßnahmen, welche auf Verwaltungsvorschriften zurückgehen, sind daher in der Regel kein Verwaltungsakt.

g. Verwaltungsakt

Der Verwaltungsakt konkretisiert den Willen des Gesetzes bzw einer auf ein Gesetz gestützten Rechtsverordnung für einen bestimmten Einzelfall. Er wird von einer Behörde erlassen.

h. Allgemeinverfügung

§ 35 Satz 2 Verwaltungsverfahrensgesetz definiert: *Allgemeinverfügung ist ein Verwaltungsakt, der sich an einen nach allgemeinen Merkmalen bestimmten oder bestimmbar Personenkreis richtet oder die öffentlich-rechtliche Eigenschaft einer Sache oder ihre Benutzung durch die Allgemeinheit betrifft.*

Die Allgemeinverfügung ist also gewissermaßen ein Zwischending zwischen Verwaltungsakt und Rechtsverordnung. Rechtssystematisch ist sie daher nicht ganz einfach.

³⁶ Ipsen RN 108 f

³⁷ Ipsen RN 135 f

II. Gesetzmäßigkeit der Verwaltung

1. Vorrang des Gesetzes

Die zuvor genannten rechtsstaatlichen Grundsätze finden im Verwaltungsrecht ihre besondere praktische Bedeutung. Der Vorrang des Gesetzes bedeutet, dass Verwaltungshandeln natürlich keine Gesetze verletzen darf, aber darüber hinaus gilt: Verwaltungshandeln ist überhaupt nur zulässig, soweit es von der Rechtsordnung erlaubt ist..

Unterschied zum Privatrecht: Bürger gestalten ihre Angelegenheiten im Rahmen der Vertragsfreiheit völlig frei und brauchen dazu keine Erlaubnis des Gesetzes – bis an die Grenze der Sittenwidrigkeit und des gesetzlichen Verbotes (§§ 134, 138 BGB).

2. Vorbehalt des Gesetzes

a. Eingriffsverwaltung

Man unterscheidet zwei wesentliche Bereiche der Verwaltung,

- die Eingriffsverwaltung und
- die Leistungsverwaltung.

In der Eingriffsverwaltung werden aufgrund des Gesetzes Verwaltungsakte erlassen, welche einen Bürger belasten (z.B. Entzug der Fahrerlaubnis, Verweigerung der Baugenehmigung, Ordnungsverfügung zum Abriss eines baufälligen Gebäudes und so weiter).

Der Vorbehalt des Gesetzes besagt: der Staat hat nur dann einen Anspruch darauf, einen Bürger zu belasten, wenn das Gesetz ihn dazu befugt.³⁸

b. Leistungsverwaltung

Die Leistungsverwaltung bezeichnet den Bereich der öffentlichen Verwaltung, in welcher, wie der Name sagte, der Staat beziehungsweise der staatliche Kläger bestimmte Leistungen an den Bürger erbringt, z. B. Wohngeldbescheid, Gewährung von Sozialhilfe und so weiter. Auch für die Leistungsverwaltung gilt selbstverständlich der Vorbehalt des Gesetzes: es dürfen keine Begünstigungen an Bürger verteilt werden, welche das Gesetz nicht vorsieht.

3. Verhältnismäßigkeitsgrundsatz - Übermaßverbot

Dieser Grundsatz besagt, dass eine Behörde die ihr gesetzlich zustehenden Möglichkeiten stets in der Weise nutzen muss, dass der betroffene Bürger am wenigsten belastet wird. Verwaltungsakt oder ein sonstiges Verwaltungshandeln, welches über das Ziel hinaus schießt, ist auch dann rechtswidrig, wenn das Gesetz an sich eine solche Maßnahme noch erlaubt.³⁹

³⁸ Ipsen RN 144 f

³⁹ Ipsen RN 65 f

4. Rückwirkungsverbot und Vertrauensschutz

Nach diesem Grundsatz dürfen staatliche Akte grundsätzlich nur für die Zukunft wirken. Der Bürger soll die Möglichkeit haben, sich in seinem Handeln einzurichten und soll darauf vertrauen dürfen, dass die Rechtslage, welche bei Vornahme einer Handlung besteht, nicht später rückwirkend wegfällt und dann rechtswidrig wird.⁴⁰

Zu den größten Herausforderungen des modernen Rechtsstaats gehört, dass der Staat, insbesondere im Steuerrecht, immer wieder versucht, an dieser Schraube zu drehen, leider häufig mit Zustimmung des Bundesverfassungsgerichts.

5. Verwaltung des Bundes - Verwaltung der Länder

In einem Bundesstaat wie Deutschland ist zu unterscheiden zwischen der Verwaltung des Bundes und der Verwaltung des betreffenden Bundeslandes. Bei 16 Bundesländern haben wir es in Deutschland daher mit 17 verschiedenen Verwaltungsbereichen zu tun. Grundsätzlich gilt, dass die Bundesverwaltung keine Befugnis hat, den Verwaltungen der Länder Weisungen zu erteilen.

Auch wenn es sich um die Umsetzung von Bundesrecht handelt, haben die Bundesbehörden kein entsprechendes Weisungsrecht. Auch das Bundesrecht wird von den Landesverwaltungen in eigener Verantwortung umgesetzt.

III. Träger der öffentlichen Verwaltung

1. Bundesverwaltung

a. Bundesministerien

Die Bundesministerien haben im Wesentlichen zwei Funktionen

- Vorbereitung von Gesetzen
- Verwaltung der Bundesregierung. Diese Verwaltung wird allerdings oft durch Sonderbehörden wahrgenommen, vgl. b

b. Sonderverwaltungen im Bereich der Ministerien

Den verschiedenen Ministerien sind Sonderbehörden zugeordnet, z. B.

- Wirtschaftsministerium: Bundeskartellamt, Bundesamt für die gewerbliche Wirtschaft
- Sozialministerium: Bundesagentur für Arbeit
- Finanzministerium: Bundesaufsichtsamt für Finanzdienstleistungen
- Bundesinnenministerium: Bundeskriminalamt

usw.

c. Selbstverwaltungskörperschaften (Körperschaften, Anstalten, Stiftungen des ö.R.)

⁴⁰ Ipsen RN 728 f

Es gibt eine Reihe von Körperschaften, oft als Selbstverwaltungskörperschaften organisiert, welche unter der Rechtsaufsicht der Bundesregierung beziehungsweise des zuständigen Ministeriums stehen, z. B. Bundesanstalt für Angestelltenversicherung,

Darüber hinaus gibt es öffentlich - rechtliche Stiftungen oder in anderer Rechtsform organisierte Einrichtungen zur Wahrnehmung öffentlicher Belange (z.B. Kulturstiftung des Bundes; Goethe-Institut e.V.)

d. Gerichte

Die Gerichte sind im Grundsatz Ländersache. Zur Wahrung der einheitlichen Rechtsprechung in Deutschland sind aber Bundesgerichte eingerichtet, welche in der Zuständigkeit des Bundesjustizministeriums stehen. Die Gerichtsbarkeit gehört, soweit sie Recht anwendet und Urteile spricht, nicht zum Verwaltungsrecht. Gerichte sind naturgemäß von Weisungen unabhängig, die Zuständigkeit des Bundes- bzw Landesjustizministeriums bezieht sich daher ausschließlich auf die Wahrnehmung von technischen und organisatorischen Fragen, wie z. B. der Umbau des ehemaligen Reichsgerichts in Leipzig zum nunmehrigen Bundesverwaltungsgericht und so weiter.

Gerichte sind grundsätzlich auch Behörden. Ihr Aufbau entspricht im Wesentlichen dem der sonstigen Verwaltungsbehörden. Insofern diese Behörde, etwa der Oberlandesgerichtspräsident, hoheitliche Maßnahmen vornimmt, spricht man von Justizverwaltungsrecht. Hierunter fallen etwa Maßnahmen im Bereich der Dienstaufsicht über Personal, im Haushalts – und Rechnungswesen, bei der Ausbildung des juristischen Nachwuchses usw. In Bezug auf diese Akte gelten die allgemeinen Regeln des Verwaltungsrechts.⁴¹

2. Bundesländer

a. Bundesrecht und Landesrecht

Die Bundesrepublik Deutschland ist, wie der Name sagt, eine Bundes - Republik. In der Theorie geht daher die Staatsgewalt von den Bundesländern aus, welche bestimmte Bereiche ihrer Hoheitsgewalt an den „Bund“, die Körperschaft des öffentlichen Rechtes mit dem Namen Bundesrepublik Deutschland abgegeben haben.⁴²

Das Grundgesetz trägt dieser Theorie dadurch Rechnung, dass die Bundesländer grundsätzlich eine allumfassende Gesetzgebungszuständigkeit haben. Das Grundgesetz schreibt also nicht vor, in welchen Bereichen die Ländergesetze machen dürfen – das entscheiden sie alleine. Das Grundgesetz gibt umgekehrt an, in welchen Bereichen der Bundestag die Gesetzgebungskompetenz hat

⁴¹ Kopp/Ramsauer § 2 RNr 33 f

⁴² Dasselbe staatsrechtliche Konzept herrscht auch in Österreich, der Schweiz und USA. – **Exkurs:** Im 2. deutschen Kaiserreich war die Frage, ob der Zentralstaat überhaupt originäre Hoheitsrechte habe, oder diese nicht viel mehr ausschließlich von den konstituierenden Teilen des Reiches (ZB Königreich Preußen, Königreich Bayern usw) abgeleitet waren. Zum Beispiel: bis 1919 gab es keine deutsche Staatsangehörigkeit (der Großvater des Verfassers war Staatsangehöriger von Hamburg, und nur über die Zugehörigkeit des Stadtstaates Hamburg zum Deutschen Reich galt er auch als Deutscher). Dasselbe Konzept gibt es heute noch in der Schweiz: Schweizer Staatsangehöriger wird man dadurch, dass man Heimatrecht in einer Schweizer Gemeinde findet .Nach dem Aufbau des Grundgesetzes kann diese Frage zwar theoretisch heute auch gestellt werden, sie führt aber heute zu nichts.

- ausschließliche Gesetzgebungszuständigkeit, Art. 73 GG
- neben den Ländern konkurrierende Gesetzgebungszuständigkeit, Art. Art. 74 GG.

Die entscheidende Vorschrift im deutschen Verfassungsrecht ist daher Artikel 31 Grundgesetz: *Bundesrecht bricht Landesrecht*. Unbeschadet also des umfassenderen Gesetzgebungsrechts der Bundesländer ist gesichert, dass keine Vorschrift der Bundesländer einer Vorschrift des Bundesrechtes widersprechen darf. Schlagwortartig: Eine Rechtsverordnung des Bundes steht über der Verfassung eines Landes.

Die Bundesländer haben sich eigene Verfassungen gegeben. Diese spielen aber wegen Artikel 31 GG in der Rechtspraxis keine wichtige Rolle. Ein oft zitiertes Beispiel ist, dass die hessische Landesverfassung ein Grundrecht auf Streik kennt. Das Grundgesetz kennt ein solches Recht nicht, auch das bundesrechtliche Arbeitsrecht verhält sich zu dieser Frage differenziert. Diese Vorschrift der hessischen Verfassung ist daher nicht mehr als ein leeres Wort.

Die Verwaltung ist grundsätzlich Angelegenheit der Länder. Diese führen die Bundesgesetze in eigener Verantwortung durch. Eigene Bundesverwaltung gibt es nur in gesetzlich vorgeschriebenen besonderen Bereichen (Bundeskriminalamt, Bundesnachrichtendienst, Statistisches Bundesamt usw.)

b. Regierung der Bundesländer

Die Verfassungen der Bundesländer sehen grundsätzlich einen ähnlichen Aufbau vor wie im Bund. Als Schulbeispiel wird gelegentlich die Frage diskutiert: Dürfte das Bundesland Bayern die Monarchie wieder einführen? Die Antwort ergibt sich aus Artikel 20 Grundgesetz in Verbindung mit Artikel 31. Eine Monarchie widerspricht dem demokratischen Aufbau unseres Staatswesens. Die Wiedereinführung der Monarchie wäre daher verfassungswidrig.⁴³

Die Landesregierungen sind daher grundsätzlich ebenso strukturiert wie die Bundesregierung. Dasselbe gilt für die Landesministerien, welche eine entsprechende Bedeutung haben wie die Bundesministerien. Auch auf Landesebene gibt es eine Vielzahl von Sonderbehörden, welche unter der Rechts – und Dienstaufsicht der entsprechenden Ministerien stehen, zum Beispiel in Nordrhein-Westfalen das Landesamt für Umweltschutz und viele andere mehr.

Merke:

Rechtsaufsicht: Die vorgesetzte Stelle muß aber darf nur prüfen, ob die nachgeordnete das Recht einhält. Sie darf aber nicht selbst entscheiden.

Fachaufsicht: Die vorgesetzte Stelle muß und darf prüfen, ob die nachgeordnete eine sachlich vernünftige Entscheidung trifft; sie darf ggfs selbst entscheiden

⁴³ Exkurs: Es wäre dagegen wohl nicht verfassungswidrig, wenn das z.B. Bundesland Bayern seinen Anschluss an Österreich oder das Saarland seine Vereinigung mit Frankreich beschließen würde. Strafrechtlich verboten ist lediglich die *gewaltsame* Abtrennung eines Teils von Deutschland.

3. Staat - Regierungsbezirk - Kreis - Gemeinde

Bis 1945 war das Deutsche Reich in Bundesstaaten organisiert, unter denen das Land Preußen (gleichbedeutend mit dem ehemaligen Königreich Preußen) das größte war. Preußen als solches war Einheitsstaat und in Provinzen unterteilt.⁴⁴ Die preußischen Provinzen waren in Regierungsbezirke unterteilt. An der Spitze der Provinz stand der Oberpräsident, an der Spitze des Regierungsbezirks der Regierungspräsident. Die Regierungsbezirke wiederum waren im Landkreis unterteilt, an deren Spitze der Landrat stand, der Landkreis bestand aus mehreren selbstständigen Gemeinden, an deren Spitze jeweils ein gewählter Bürgermeister stand. Zum Beispiel: Der Oberpräsident für die Provinz Schlesien residierte daher in Breslau; unter ihm gab es die Regierungsbezirke Oppeln, Liegnitz usw.⁴⁵

Der Verwaltungsaufbau in den deutschen Bundesländern folgt heute noch weitgehend diesem Muster. Die größeren Flächenländer (Nordrhein-Westfalen, Niedersachsen und Bayern) kennen daher die Mittelinstanz Regierungspräsidium/Bezirksregierung.⁴⁶

4. Gemeinden

a. Gemeinde als Träger kommunaler Selbstverwaltung

Die kommunale Selbstverwaltung ist gemäß Art. 28 Absatz 2 GG garantiert. Den Gemeinden ist das *Recht gewährleistet, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln*. Der Rahmen, in welchem kommunale Selbstverwaltung stattfindet, ist in den landesrechtlichen, Gemeindeordnungen beschrieben.⁴⁷

Im Bereich der kommunalen Selbstverwaltung unterstehen die Gemeinden keiner Fachaufsicht, sondern nur einer Rechtsaufsicht.⁴⁸ Beispiel: Die Aufsichtsbehörde (Regierungspräsident/Ministerium) hat keine Mitsprachemöglichkeit bei der Frage, ob in der

⁴⁴ Exkurs: Die preußische Verwaltung galt jedenfalls bis zum Ende des Ersten Weltkrieges als vorbildlich nicht nur in Deutschland sondern weit darüber hinaus. Auch im Ausland galt das Deutsche Reich vor dem 1. Weltkrieg wohl als der am besten verwaltete Staat Europas und damit der Welt. Die klassischen Tugenden des Verwaltungsbeamten (Unbestechlichkeit, Selbstverantwortung im Rahmen gegebener Anweisungen und Verantwortungsgefühl gegenüber dem Staat) wurden in besonderem Maße mit dem preußischen Beamten verbunden. Die preußische Verwaltung hat daher die Verwaltung auch in den anderen deutschen Staaten nachhaltig geprägt. Von besonderer Bedeutung war die Funktion der Verwaltungsgerichte, welche im Grunde ohne richtiges Vorbild in anderen Staaten Europas zu dem Zwecke eingerichtet waren, das Verwaltungshandeln des Staates einer rechtlichen Überprüfung zu unterwerfen.

⁴⁵ Exkurs: Diese Provinzeinteilung bestimmte auch die Einrichtung und Zuständigkeit der Gerichte, so hatte in Preußen jede Provinz jeweils ihr Oberlandesgericht (das OLG Stettin war also zuständig für Pommern). Ähnliches galt für andere Einrichtungen des preußischen Staates, z.B. die noch heute öffentlich - rechtlich organisierten Provinzialversicherungen in Nordrhein-Westfalen und anderen ehemals zu Preußen gehörenden Teilen der Bundesrepublik Deutschland sind Erinnerungen daran.

⁴⁶ Exkurs: Es wird immer wieder diskutiert, ob die Mittelinstanz abzuschaffen sei. Der ursprüngliche Grund für die Einrichtung der preußischen Regierungsbezirke lag wohl in den Schwierigkeiten der Kommunikation (verhältnismäßig große Entfernungen im Osten Deutschlands, noch kein Telefon usw.). Die heutigen technischen Möglichkeiten scheinen dafür zu sprechen, die Mittelinstanz mit den Landesministerien zu verschmelzen. In kleineren Bundesländern wie dem Saarland und Mecklenburg-Vorpommern haben daher die Ministerien auch die Funktion der Regierungspräsidien.

⁴⁷ vgl. Gemeindeordnung (GO NW) für das Land Nordrhein - Westfalen in der Fassung vom 14.7.1994 mit zahlreichen Änderungen seither

⁴⁸ vgl. § 11 GO NW: *Die Aufsicht des Landes schützt die Gemeinden in ihren Rechten und sichert die Erfüllung ihrer Pflichten.*

§ 119: *Die Aufsicht des Landes erstreckt sich darauf, dass die Gemeinden im Einklang mit den Gesetzen verwaltet werden (allgemeine Aufsicht). Absatz 2: So weit die Gemeinden ihre Aufgaben nach Weisung erfüllen (§ 3 Absatz 2) richtet sich die Aufsicht nach den hierüber erlassenen Gesetzen (Sonderaufsicht).*

Gemeinde G die Fläche A oder Fläche B Gewerbegebiet werden soll, ob eine Straße nach Konrad Adenauer oder Erich Ollenhauer benannt werden soll usw. Die Aufsichtsbehörde hat auch keinerlei Befugnis, eine finanzstarke Gemeinde daran zu hindern, ein zweites und drittes Hallenbad zu bauen, welches objektiv nicht notwendig wäre. die Aufsichtsbehörde hat lediglich die Befugnis auf die Einhaltung des Rechts zu achten. Solange der rechtliche Rahmen eingehalten wird, kann die Gemeinde mit ihrem Geld machen, was sie will.⁴⁹

b. Gemeinde als untere staatliche Verwaltungsbehörde

Die Gemeinden haben eine doppelte Funktion. Sie sind nicht nur Träger der kommunalen Selbstverwaltung, sondern der Staat bedient sich gleichsam der von ihr vorgehaltenen verwaltungsrechtlichen Infrastruktur zur Durchsetzung seiner eigenen *staatlichen* Verwaltungsziele.

§ 3 GO NW: *Den Gemeinden können durch Gesetz Pflichten aufgegeben werden.* Entsprechende Vorschriften enthalten die Gemeindeordnungen auch der anderen Bundesländer. Ganz allgemein gilt, dass die Gemeinden als untere staatliche Verwaltungsbehörde mit der Durchführung sämtlicher Bundes – und Landesgesetze betraut sind, soweit sich nicht aus dem Gesetz oder Zuständigkeitsregeln, welche auf ein Gesetz zurückgehen, eine andere Zuständigkeit, etwa des Ministeriums oder einer Sonderbehörde, ergibt. Zu solchen Pflichtaufgaben gehört z.B.:

- Durchführung des Meldegesetzes,
- Paßwesen und Einbürgerung
- Führung der Geburts- und Sterberegister
- Unterhaltung von Schulen und Kindergärten
- Erteilung und Entziehung von Fahrerlaubnissen
- Durchführung der landesrechtlichen Bauleitplanung uvam.

Von besonderer Bedeutung im Rahmen dieser Pflichtaufgaben sind die allgemeinen Polizeiaufgaben. Der Bürger verwechselt oft die uniformierte Schutzpolizei und die ebenfalls Polizei genannte Verwaltungsaufgabe des Staates zum Schutz des Bürgers vor Gefahren. Polizeirecht ist also nicht in das Recht, welches die Rechtsverhältnisse der Polizisten regelt, wie man sie auf der Straße als Verkehrspolizisten trifft, sondern das Recht, unter welchen Voraussetzungen der Staat, und in diesem Fall die Gemeinde als die untere staatliche Verwaltungsbehörde, in Freiheitsrechte des Bürgers eingreifen darf, um diesen selbst oder die Allgemeinheit vor Gefahren zu schützen.

Im Bereich der Pflichtaufgaben sind die Gemeinden an die Weisungen der vorgesetzten Behörde auch in fachlicher Hinsicht gebunden. In diesem Bereich tritt der Staat dem Bürger am unmittelbarsten entgegen.

5. Sonderverwaltungsbereiche der Länder

⁴⁹ **Exkurs:** Dieser Grundsatz des deutschen Gemeinderechts hat nach der Wiedervereinigung in den ostdeutschen Bundesländern zum Teil zu erheblichen Schwierigkeiten geführt. Die unerfahrenen Gemeindeverwaltungen wurden von Investoren mit Angeboten überhäuft, die zum Teil dazu führten, völlig überdimensionierte Kläranlagen zu bauen, Freizeitparks und Erlebniskindergärten herzustellen usw. Da die Gemeinden nach der Wiedervereinigung praktisch alle schuldenfrei waren (im Gegensatz zu den meisten westdeutschen Gemeinden), dauerte es eine gewisse Zeit, bis die Aufsichtsbehörden (in der Regel das Innenministerium) feststellte, was eigentlich passierte. Viele ostdeutsche Gemeinden, welche inzwischen längst ihre Bürgermeister ausgetauscht haben, leiden heute noch an den Folgen dieser Fehlentwicklungen der ersten Jahre.

a. Landschaftsverbände

Ähnlich wie auf Bundesebene gibt es auch in den Bundesländern Sonderverwaltungsgebiete für bestimmte Bereiche des öffentlichen Lebens. In Nordrhein-Westfalen sind herauszuheben die im Wesentlichen als Rechtsträger für Landes Krankenhäuser agierenden

- Landschaftsverband Rheinland und
- Landschaftsverband Westfalen-Lippe,

b. Körperschaften, Anstalten, Stiftungen des ö. R. des Landes

In jedem Bundesland gibt es landeseigene Anstalten und Körperschaften, welche bestimmte öffentliche Aufgaben wahrnehmen. diese Institutionen können entweder unmittelbar in die staatliche Verwaltung eingegliedert sein (wie die meisten Universitäten) und auch als rechtlich selbstständige Körperschaften organisiert sein (z. B. der Westdeutsche Rundfunk als öffentlichrechtliche Körperschaft in der Trägerschaft des Landes Nordrhein-Westfalen).

Zu nennen sind:

- Statistische Landesämter,
- Landesbürgschaftsbanken
- Landesentwicklungsanstalten,
- Landesrundfunkanstalten
- usw.

Aufgabe: Finden Sie weitere Institutionen dieser Art.

Die Bereiche Schule, Universität und Kultur sind als originäre Staatsaufgabe nicht Bundes-, sondern Ländersache. Ausnahmen:

- Universität der Bundeswehr
- Einrichtungen der auswärtigen Kulturpolitik,

Die staatlichen Universitäten sind traditionell Teil der staatlichen Verwaltung. Sie stehen bis heute mehrheitlich als unselbstständige Anstalten im Kompetenzbereich des jeweiligen Landes - Kultusministeriums.⁵⁰ Zunehmend aber werden die Universitäten als der selbstständige Körperschaften organisiert, z.B. die Universität Göttingen (Stiftung des öffentlichen Rechts).

⁵⁰ **Exkurs:** Der traditionelle Name für die zuständigen Ministerien ist *Kultus* (nicht: Kultur!) *ministerium*. Damit wird eine Erinnerung an das Staatskirchenrecht wach gehalten. Bis 1918 waren in Deutschland die evangelischen Landeskirchen unmittelbar Teil der staatlichen Verwaltung, Pastoren waren staatliche Beamte. das Kultusministerium war daher in erster Linie zuständig für die Rechtsaufsicht und die Angelegenheiten der Kirchen. In den skandinavischen Ländern und in England herrscht dieses System des Staatskirchentums weiterhin. Der norwegische König ist Oberhaupt der norwegischen lutherischen Kirche ebenso wie die englische Königin das Oberhaupt der anglikanischen Kirche ist. Seit dem Inkrafttreten der Weimarer Reichsverfassung haben die Kirchen in Deutschland den Status von öffentlich-rechtlichen Körperschaften, gehören aber nicht mehr zur staatlichen Verwaltung.

Körperschaften des öffentlichen Rechtes entstehen aufgrund eines Gesetzes. Beispiel: Die weiterhin in den meisten Fällen als Körperschaften des öffentlichen Rechts organisierten Sparkassen sind organisiert aufgrund der Landessparkassengesetze.⁵¹

IV. Grundrechte als der Rechtsrahmen des Verwaltungshandelns

1. Veränderung des ursprünglichen Sinnes der Grundrechte

Historisch sind die Grundrechte Abwehrrechte gegenüber dem Staat, sie begründeten also an sich keine Leistungsansprüche

- von Privatpersonen unter einander
- des Bürgers gegenüber dem Staat auf besondere Leistungen (etwa Sozialhilfe und so weiter)

Erst die Entwicklung des modernen sozialen Staates zum allumfassenden Leistungsstaat, der seine Bürger von der Wiege bis zur Bahre begleitet, leitet und z.T. bevormundet, hat in den letzten Jahrzehnten dazu geführt, dass die Grundrechte zunehmend auch als eigene Anspruchsgrundlagen des Bürgers gegenüber dem Staat und seinen Behörden entwickelt wurden. Das System des Sozialrechts (z.B. Sozialhilfe, Kindergeld, BAFöG, Wohngeld usw), welches in der Bundesrepublik Deutschland weit über den ursprünglichen Bereich der Sozialgesetzgebung unter Bismarck hinausgegangen ist, ist dafür ein Beispiel.

Der ursprüngliche Sinn der Grundrechte und Freiheitsrechte hat sich so geradezu in sein Gegenteil verkehrt.⁵²

2. Grundrechtsfähigkeit

Jede natürliche Person wird aus den Grundrechten berechtigt. Problematisch ist die Frage, ob auch juristische Personen an dem Grundrechtsschutz teilnehmen können. Diese können nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts die Grundrechte nur dann in Anspruch nehmen, insofern sie nach ihrer Satzung/Geschäftszweck mit diesen eine besondere Beziehung haben, z.B. Medienunternehmen haben Anspruch auf freie Meinungsäußerung gemäß Art. 5.⁵³

⁵¹ **Exkurs:** Traditionell waren auch die Landesbanken in Deutschland Körperschaften des öffentlichen Rechts und als solche Teile der Sparkassenorganisation; zum Teil besteht diese Rechtsform noch, ihre spezifische Bedeutung tritt aber zurück. Aufgrund der gewandelten wirtschaftlichen Auffassungen, insbesondere aber aufgrund des zum Teil massiven Drucks der Europäischen Gemeinschaft haben sich die deutschen Bundesländer veranlasst gesehen, die Struktur der Landesbanken (Regionalprinzip und die Gewährträgerhaftung) zu ändern. Es liegt hier ein Beispiel dafür vor, wie durch europäisches Recht in nachhaltiger Weise auf das nationale Wirtschaftsrecht eingewirkt wurde.

⁵² Exkurs: Neuere demographische Umfragen ergeben, dass die Freiheit in Deutschland als kein besonders hohes und Gut angesehen wird, und dass die soziale Sicherheit in der Wertung der Bürger deutlich höher steht. Das hat Auswirkungen auf das Verständnis der Grundrechte insgesamt:

⁵³ Exkurs: Mit diesen Gedanken hängt letztlich zusammen, dass die Medienunternehmen von der Unternehmensmitbestimmung nach dem Mitbestimmungsgesetz ausgenommen sind. ein besonderes Problem in diesem Zusammenhang ist die Behandlung von öffentlich-rechtlichen Körperschaften. Da diese als Teil der Staatsverwaltung gelten, die Grundrechte aber in ihrem Wesensgehaltsabwehrrecht die gegenüber Eingriffen des Staates sind, ist es an sich ein Widerspruch in sich, den öffentlich - rechtlichen Körperschaften, z.B. den Rundfunkanstalten, den Grundrechtsschutz zuzubilligen. Fragen dieser Art sind in der verfassungsrechtlichen Diskussion sehr strittig.

Die Grundrechte gelten für Deutsche und Ausländer, wobei einzelne Grundrechte, zum Beispiel Versammlungsfreiheit, Artikel 8, für Ausländer eingeschränkt werden können.

3. Grundrechtsbindung

a. Gesetzgebung

Gemäß Artikel I III GG sind die Grundrechte unmittelbar geltendes Recht in Deutschland. Die Gesetzgebung ist an die Grundrechte gebunden. Gesetze welche gegen das Grundgesetz verstoßen, können daher für verfassungswidrig erklärt werden und sind ab dann ungültig.

b. Verwaltung

Die Verwaltungsbehörden des Bundes und der Länder dürfen nur im Rahmen des Grundgesetzes handeln. Was dieses im Einzelfall bedeutet, kann allerdings sehr schwierig sein zu entscheiden. Im Bereich der hoheitlichen Verwaltung gelten die Grundrechte unmittelbar; im Bereich der fiskalischen⁵⁴ Betätigung von Hoheitsträgern gelten die Grundrechte zwar im Prinzip auch, aber nicht mit derselben Strenge. Im Einzelfall gelten Besonderheiten je nach der Art der Verwaltungstätigkeit.

Beispiel: Die Gemeinde G kauft ihr gesamtes Büromaterial bei dem Schwager S des Bürgermeisters. Dessen qualifiziertes Fachgeschäft steht in Konkurrenz zu dem ebenfalls guten Fachgeschäft des F. Hat F einen Anspruch darauf, dass die Gemeinde ihre Aufträge gleichmäßig zwischen S. und F verteilt?

Die Antwort in diesen und ähnlichen Fällen, die insbesondere im kommunalen Bereich vorkommen, ist sehr schwierig. Allgemeine Aussage ist:

- Der private Bürger darf seine Aufträge nach Willkür vergeben; der Privatmann darf grundsätzlich auch nach völlig unsachlichen Gesichtspunkten (z.B. Rasse oder Religionszugehörigkeit) entscheiden⁵⁵
- die öffentliche Hand (gleichgültig ob sie hoheitlich oder fiskalisch handelt), darf nicht willkürlich entscheiden, sondern muss von dem Gleichheitsgebot ausgehen und darf ihre Entscheidungen nur nach sachlichen Gesichtspunkten treffen.

c. Gerichtsbarkeit

Alle Gerichte, nicht nur die Verfassungsgerichte, sind an das Grundgesetz gebunden. Bei der Auslegung von Gesetzen haben sich die Richter von der Wertentscheidung des Grundgesetzes leiten zu lassen.

Beispiel: N ist ein bekannter Sportreiter; er wird in einer Werbemaßnahme der Firma F., welche sexuelle Stärkungsmittel für Männer vertreibt, auf einem großen Plakat mit dem Produkt in Verbindung gebracht. N fragt, ob er einen Schmerzensgeldanspruch entgegen F hat.

⁵⁴ **fiskalisch** = die privatrechtliche Betätigung eines Hoheitsträgers; Beispiel: das Finanzamt kauft Heizöl für seine Diensträume; **hoheitlich** = das Finanzamt erlässt einen Steuerbescheid gegenüber dem Heizölhändler.

⁵⁵ Über die Grenzen der Willkürfreiheit im privaten Recht, insbesondere im Bereich des Arbeitsrechtes und der Vergabepaxis großer öffentlich tätiger Unternehmen, insbesondere auch unter dem Gesichtspunkt des Kartellrechts (Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung) ist hier nicht zu sprechen. Ebenso sei hier ausgeklammert die Reichweite des europarechtlichen Antidiskriminierungsrechts.

Nach dem Wortlaut des BGB war die Frage zu verneinen. Der Bundesgerichtshof hat jedoch das Schadensersatzrecht des BGB nach der Wertentscheidung insbesondere des Art. 1 GG ausgelegt und über die Zuerkennung eines an sich gesetzlich nicht vorgesehenen Schmerzensgeldes die Möglichkeit eines effektiven Schutzes der Menschenwürde gegeben.

Übersicht Geltung der Grundrechte

Hoheitliches Handeln	Verfolgung rechtlicher Belange durch privatrechtliche Formen (Verwaltungsprivatrecht)	Fiskalisches Handeln von Behörden	Private Betätigung der Bürger und Unternehmen
Unbeschränkte Geltung der Grundrechte für alle Handlungen der öffentlichen Verwaltung.	Grundsätzlich ebenfalls unbeschränkte Geltung der Grundrechte. sachgerechte Unterschiede können vorkommen	Die Grundrechte gelten eingeschränkt; Art. 3 (Gleichheitssatz) verdünnt sich zu einem Willkürverbot.	Keine Bindung an die Grundrechte. Ausnahmen können im Arbeitsrecht und für solche Unternehmen gelten, welche eine besondere Marktstellung haben.

V. Einzelne Grundrechte

1. Art. 1: Menschenwürde

Die Würde des Menschen beginnt bereits vor seiner Geburt, so dass die Rechtsfähigkeit gemäß § 1 BGB über Art.1 GG teilweise nach vorne gezogen wird; ebenso wird auch die Würde des Menschen über seinen Tod hinaus geschützt gegen ehrverletzende Aussagen.⁵⁶

Aus dem Begriff der Menschenwürde lassen sich für eine Reihe von Lebensbereichen bestimmte Folgerungen bzw rechtliche Begrenzungen für die Gestaltungsfreiheit ziehen, beispielhaft sind zu nennen:

- Demütigungen und Erniedrigungen zum Beispiel im Arbeitsrecht (Mobbing)
- Rufschädigende Behauptungen im Schadensersatzrecht und im Strafrecht
- Verbot der heimlichen Aufnahme von Telefongesprächen
- Begrenzung der Meinungsfreiheit, wenn es sich um die Entwürdigung des Menschen handelt (Sendungen wie Big Brother, Ausstellung Körperwelten; Schockwerbung wie von Benneton).

Im Bereich des Verwaltungshandelns stellt sich, insbesondere etwa im Sozialrecht, die Frage, inwieweit die Knappheit von Finanzmitteln gegenüber diesem Verfassungsgrundsatz eingesetzt werden kann.

2. Art. 2: Freiheitsrechte

Beispiel:

⁵⁶ BVerfGE 30, 173 (Mephisto)

1. Schlachter S führt ein alt eingeführtes Schlachtereigeschäft in der Gemeinde G und liefert tadellose Qualität, freilich zu nicht ganz billigen Preisen. F, ein Filialist mit bereits über 1000 Filialen in Deutschland und bekannter Milliardär möchte in G. eine Filiale aufmachen und auch Fleisch verkaufen. Die Erfahrungen aus anderen Orten zeigen, dass örtliche Handwerksbetriebe dadurch kaputt gehen. S beantragt bei der Gemeinde G., dem F die Eröffnung einer Filiale zu verbieten. S begründet das u. a. auch damit, dass die Arbeitsplätze in seinem Betrieb gefährdet seien, dass F bereits reich genug sei, und er selber im Falle einer Schließung eines Betriebes arbeitslos werden würde und letztlich dem Sozialstaat zur Last fallen werde. Dies alles unterlegt er mit einem Gutachten der zuständigen Industrie- und Handelskammer. Die Gemeinde möchte den Mittelstand in G erhalten und neigt dazu, dem Antrag des S zu folgen. Zu Recht?

2. A ist Eigentümer eines Waldgrundstücks einem Privatsee in der Gemeinde G, an dessen gegenüberliegenden Ufer ein öffentlicher Wanderweg vorbeiführt, welcher von der nahe gelegenen Ortschaft viel genutzt wird. A und seine Familie und auch seine Freunde haben die Angewohnheit nackt zu baden und sich nach dem Badevergnügen in einer erotisch bestimmten Weise zu präsentieren. Die Gemeinde G. möchte dem aufgeben, entweder einen Schutzzaun zu errichten oder die Nacktbaderei sein zu lassen. A. ist der Meinung, er könne auf seinem Grundstück machen, was er wolle. Wer hat Recht?

Durch Art. 2 GG wird jedes menschliche Tun und Unterlassen geschützt. Dieses gilt insbesondere für den wirtschaftlichen Bereich. Das marktwirtschaftliche auf Wettbewerb gründende Wirtschaftssystem ist als solches im Grundgesetz nicht geschützt. Aus Art. 2 ist jedoch herzuleiten, dass jeder Bürger alleine oder in Gemeinschaft mit anderen (Gesellschaftsrecht) seinen wirtschaftlichen Vorteil suchen darf, und zwar grundsätzlich ohne Grenzen. Wer bereits Milliardär ist, hat das verfassungsmäßige Recht, noch reicher werden zu können; er muss sich auch nicht darum kümmern, ob bei der Verfolgung seiner wirtschaftlichen Ziele seine Mitbewerber wirtschaftlich auf der Strecke bleiben und verarmen. Die Grenze ist allein das Gesetz. Es ist also im Verwaltungsrecht niemals ein Argument, dass ein Bürger bereits genug Geld habe und nicht noch mehr verdienen müsse.⁵⁷

Die Vertragsfreiheit und der Grundsatz des freien Wettbewerbs in der Marktwirtschaft werden letztlich aus in dieser Vorschrift hergeleitet. Ihr Anwendungsbereich ist ebenso (un-) begrenzt wie es auch die menschliche Freiheit ist. Die menschliche Freiheit wird aber beschränkt durch

- die Freiheit des/der individuellen Mitmenschen
- die Gesamtinteressen der Gemeinschaft, in welcher man lebt
- diese Gesamtinteressen werden zunehmend durch das übergreifende Gesamtinteresse der Menschheit mitbestimmt

Artikel 2 muss daher in besonderem Maße von der Rechtsordnung ausgestaltet werden. Die Freiheitsrechte nach dieser Verfassungsvorschrift stehen daher ausdrücklich unter dem Vorbehalt *der Rechte anderer und der verfassungsmäßigen Ordnung und des Sittengesetzes*.

⁵⁷ Exkurs: Das Kartellgesetz wirkt zwar in gewissen Bereichen als eine Art Bereicherungsbremse für einzelne Unternehmen. Der Ansatz des Gesetzes ist aber ein ganz anderer, und insofern eine konsequente Fortführung des in Artikel zwei Grundgesetz ausgesprochenen Gedankens. Der Wettbewerb als Institution soll geschützt werden, nicht ein einzelner Wettbewerber; aus diesem Grunde kennt das deutsche und europäische Kartellrecht bisher keine Vorschrift, welche es dem Staat erlaubt, So und so reiche Unternehmen zu zerlegen, die es nach amerikanischem Kartellrecht möglich ist.

Im Grunde entwickeln sich sämtliche Rechtsfragen aufgrund der Grundrechte aus dem richtigen Verständnis des Freiheitsrechts in Abwägung zu den Freiheitsrechten anderer Menschen und der Gemeinschaft. Mehr als allgemeine Grundsätze werden wohl niemals gegeben werden können. Das Freiheitsrecht ist auch in besonderem Maße abhängig von den Entwicklungen der allgemeinen Anschauungen.

3. Art. 3: Gleichheit

In dem Gleichheitssatz gemäß Art. 3 GG konkretisiert sich der allgemeine Gerechtigkeitsgedanke. Dieser Satz findet seine früheste und allgemeinste Anwendung als Gleichheit vor dem Gesetz. Gleichheit vor dem Gesetz bedeutet die Gleichheit angesichts der Rechtsanwendung durch die Gerichte und Verwaltungsbehörden. Sie bedeutet, wie jedermann weiß, nicht in jedem Fall tatsächliche Gleichheit: Wer wohlhabend ist und sich einen qualifizierten Anwalt leisten kann, hat zwar in Deutschland nicht dieselben Vorteile gegenüber seinem Gegner wie in USA, aber auch uns wirkt sich das aus!

Ungleichheiten sind ein Teil des wirklichen Lebens. Es ist – jedenfalls in der Sicht eines liberalen Staatsverständnisses – nicht die Aufgabe des Staates, Unterschiede einebnen. Inhalt dieses Verfassungsgebotes ist es nur, dass der Staat ohne sachlichen Grund keine Unterschiede begründen oder verstärken darf.⁵⁸

Verfassungsrechtlich verboten ist die Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem.⁵⁹ Problem: Was ist wesentlich gleich? Jahrhunderte lang galt in Europa, daß Adlige und Bürgerliche bei der Bewerbung um ein öffentliches Amt durchaus nicht gleich waren. Auch hier ist die eigentliche Frage, was gleich und was ungleich ist, rechtlich letztlich nichts entscheiden, sie wandelt sich mit den gesellschaftspolitischen Gesamt Anschauungen.

In dem Maße, wie sich die Auffassung von den Grundrechten verändert hat, nämlich von einem Schutzrecht gegenüber Willkürakten des Staates zu einem allgemeinen Leistungsanspruch gegenüber der Gemeinschaft, wird Art.3 offenbar immer stärkerem Maße als eine Art Bügeleisenvorschrift verstanden, aus welche sich ergebe, dass alles gleich sei und niemand mehr sein und haben dürfe als der Nachbar.⁶⁰

⁵⁸ Exkurs: Was ist ein (un-)sachlicher Grund? hier schwanken die Meinungen sehr mit den wandelnden gesellschaftspolitischen Entwürfen und Gesamtzusammenhängen. Religions – und Konfessionszugehörigkeit und Rasse gelten heute als Standardbeispiel eines unsachlichen Grundes bei der Beurteilung eines Menschen. Jahrhunderte lang war es in Europa selbstverständlich, dass es ein sachlicher, sogar ein sehr schwer wiegender sachlicher, Grund sei, jemanden von Staatsdienst auszuschließen, wenn er nicht der christlichen Religion, und zwar der staatlich anerkannten Konfession, angehöre. Disraeli, der berühmteste englische Staatsmann des 19. Jhdts, konnte daher nur deswegen ins Parlament gewählt und später Ministerpräsident sein, weil sein Vater von der jüdischen Religion zur protestantischen übergetreten war. Der nachmalige deutsche Außenminister Walter Rathenau (erm. 1922) konnte nicht Reserveoffizier werden, weil er Jude war. Bis zum Ende des Zweiten Weltkrieges galt es, trotz grundsätzlicher rechtlicher Gleichstellung der Schwarzen in Amerika, als selbstverständlich, daß nur Weiße Offizier werden konnten und nur Weiße in der amerikanischen Marine dienen durften. Das Ansehen der Streitkräfte im In – und Ausland hätte darunter leiden können- so war jedenfalls damals die Meinung.

⁵⁹ BVerfGE 98,365 und oft.

⁶⁰ **Exkurs:** Auch das Konzept der sozialen Marktwirtschaft fordert nicht in die Gleichheit aller in Bezug auf alle Lebenslagen, sondern nur die Gleichheit der Wettbewerbsbedingungen für alle. Aus dem Grundsatz der sozialen Marktwirtschaft folgt also, dass der Staat verpflichtet ist, solche Gruppen, welche einen typischen Wettbewerbsnachteil gegenüber der normalen Kohorte (also der gleichartigen und gleichaltrigen Mitbürgern) haben durch staatliche Maßnahmen so auszustatten bzw nachzurüsten, dass sie – um in einem Bilde zu sprechen – zum selben Zeitpunkt von derselben Linie los laufen können um am Wettbewerb des Lebens teilzunehmen.

4. Art. 4 : Gewissensfreiheit

Beispiel:

Die mit Arbeitserlaubnis in Deutschland lebende Syrerin S, mohammedanischen Glaubens, ist in dem Warenhaus des W als Kosmetikberaterin angestellt. Einige Zeit nach Inkrafttreten des Arbeitsverhältnisses entdeckt S bei sich eine Zunahme ihres Glaubens und entschließt sich, zum Dienst ein Kopftuch zu tragen, wie sie glaubt, dass es ihre Religion vorschreibe. W fordert von ihr, während der Kundenberatung das Kopftuch abzunehmen. Als S sich weigert, kündigt W.⁶¹ Zu Recht?

Dieser Artikel war von besonderer Bedeutung, um der individuellen Glaubensfreiheit in religiösen Fragen zum Durchbruch zu verhelfen. Die Reformation Martin Luthers, das vielleicht größte Ereignis der abendländischen Geistesgeschichte, hatte letztlich nichts anderes zum Ziel, als den einzelnen Menschen von der Bevormundung durch geistige Vormünder wie Kirche und Priester zu befreien. Letzten Endes ist Art. 4 die gesetzliche Form des Ergebnisses der Reformation.

In der heutigen Verfassungswirklichkeit hat sich die Bedeutung des Artikels verändert im Sinne einer Anspruchsgrundlage von Individuen gegenüber dem Staat auf Gewährleistung von bestimmten Rechten im Zusammenhang mit ihren individuellen Glaubensvorstellungen. Von besonderer Bedeutung ist heute die so genannte negative Glaubensfreiheit geworden, nämlich die Freiheit, über den eigenen Konfessions- und Glaubensstand keinerlei Auskunft geben zu müssen und auch überhaupt keinen Glauben anzuhängen.⁶²

Die besonderen Probleme, welche sich in Deutschland ebenso wie in den anderen christlich geprägten Staaten Europas dadurch ergeben, dass immer mehr Menschen aus muslimischen Ländern bei uns dauerhaft sesshaft werden, waren den Vätern des Grundgesetzes selbstverständlich nicht vorhersehbar. Die in Bezug auf die Glaubensfreiheit auf der Grundlage eines christlichen Weltbildes formulierten Grundrechte werden daher auf eine harte Probe gestellt, wenn sie auch früher fremde Religionen angewendet werden sollen.

Im Fall zu prüfen, ob W der S Weisung erteilen darf, während des Kundenkontakts keine Kopfbedeckung zu tragen. Aus dem Arbeitsvertrag, welcher durch die Wertentscheidung des Grundgesetzes ergänzt wird, sowie aus ergänzenden Erwägungen, welche aus § 242 BGB folgen, ergibt sich, dass der Arbeitgeber auf verständige Interessen des Arbeitnehmers

Soziale Marktwirtschaft und der Gleichheitssatz sollen sich aber dann nicht mehr darum kümmern, wie der Wettkampf ausgeht. Die Aufgabe der Rechtsordnung bleibt darauf beschränkt, darüber zu wachen, dass die Wettkampfbedingungen eingehalten werden.

⁶¹ BVerfG v. 30.7.03 NZA 03, 959

⁶² **Exkurs:** Die religiöse Indifferenz des Grundgesetzes und der anderen westlichen Verfassungsstaaten ist im Grunde eine völlige Verfälschung des dieser Vorschrift ursprünglich zugrunde liegenden Gedankens. Ausgangspunkt der europäischen Forderung Glaubens- und Religionsfreiheit war, dass jedermann frei sein sollte, die im Christentum offenbarte Religion in den Formen zu verehren und zu pflegen, wie er es für richtig hielt. Es war aber dabei vorausgesetzt, dass kein Mensch so verwegen sein könnte, die Wahrheit der christlichen Religion in Zweifel zu ziehen. Die Aufklärung hat dazu geführt, dass die Religion immer mehr aus dem Bereich des Öffentlichen in den privaten Bereich zurückgedrängt wurde. Das heute vorherrschende Schlagwort *Religion ist Privatsache* mag daher der heutigen Verfassungswirklichkeit entsprechen, seine Verwirklichung ist aber zugleich das Ende des abendländischen Weltentwurfes.

Rücksicht zu nehmen hat. Die Religionsfreiheit ist gem. Art. 4 Abs. 2 Grundgesetz geschützt, sodass auch die Muslimin ihren Glauben grundsätzlich jederzeit frei, und sogar aktiv, vertreten kann, auch am Arbeitsplatz. Aber auch S darin ihre Rechte nur so ausüben, dass die verfassungsmäßig geschützten Rechte des W nicht beeinträchtigt werden. W hat einen Anspruch darauf, dass seine unternehmerischen Ziele nicht durch unangebrachte Glaubensaktivitäten beeinträchtigt werden. Das Recht hat daher die kollidierenden Interessen gegeneinander abzuwägen. Das BVerfG kam zu dem viele erstaunenden Ergebnis, dass das Recht der S, am Arbeitsplatz ein Kopftuch zutragen, das wirtschaftliche Interesse des Arbeitgebers überwiege.⁶³

5. Art. 5: Gedanken- und Meinungsfreiheit

Jeder hat das Recht, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten und sich aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert zu unterrichten. Das so in Art.5 festgelegte Grundrecht der Meinungs- und Unterrichtsfreiheit ist gleichsam die praktische Fortsetzung des in Art. 4 ausgesprochenen Grundgedankens.⁶⁴

Auch dieses Grundrecht findet naturgemäß seine Schranken in den allgemeinen Gesetzen. Die Meinungsfreiheit darf also dazu nicht benutzt werden, andere zu schädigen, in ihrer Ehre herabzusetzen (Verbot der Verleumdung und Beleidigung, Kreditschädigung usw).⁶⁵

Insbesondere im Bereich des Rechts des unlauteren Wettbewerbs (UWG), insbesondere bei Bestimmung der Sittenwidrigkeit gemäß Paragraph eins UWG, wird auf Seiten des Werbenden regelmäßig mit diesem Grundrecht argumentiert, welches ihm erlaube, auch recht deutliche Worte über seine Mitbewerber zu äußern. Die richtige Eingrenzung dieses Grundrechts, unter das es zu einer Beschränkung der Meinungsfreiheit kommt, ist daher ein ständiger niemals Inländer Prozess insbesondere einer Wettbewerbswirtschaft.

In der politischen Wirklichkeit der Bundesrepublik Deutschland und anderer westlicher Staaten kollidiert dieses Grundrecht zunehmend mit dem schleichenden Zwang zur politischen Korrektheit. Es sind eine Reihe von Themenbereichen im öffentlichen Leben tabuisiert, über welche praktisch nicht gesprochen werden kann, ohne sich der Gefahr auszusetzen, gesellschaftlich und gelegentlich auch strafrechtlich stigmatisiert zu werden. Es

⁶³ **Exkurs:** Diese nach Meinung des Verfassers völlig verfehlt Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ist hier nicht im Einzelnen zu kommentieren. Der schwerste Fehler des Bundesverfassungsgerichts in dieser Entscheidung liegt darin, nicht geklärt zu haben, inwieweit das Tragen eines Kopftuchs von der islamischen Religion (gegebenenfalls von welcher Sekte?) als verpflichtend angesehen wird. Im Koran steht dazu jedenfalls nichts. Das BVerfG und die vielen eifrigen Diskutanten in dieser Frage übersehen die einfache Weisheit, dass Verbotenes Spaß macht. Es macht offenbar bestimmten mohammedanischen Einwanderern Spaß, die westliche Öffentlichkeit mit solchen Dingen zu provozieren und sich daran zu freuen, das die selbst glaubenslos gewordenen Richter aus lauter Unsicherheit solche Manifestationen für echte Glaubensinhalte halten. Aus der islamischen Türkei wird am 14.2.06 gemeldet: Einer staatlichen Lehrerin, welche auf dem Weg zum Arbeitsplatz das Kopfe trug, es aber entsprechend den staatlichen Gesetzen vor Betreten der Schulehofes wieder abnahm, wurde nicht zur Beförderung zugelassen, weil es Staatsbeamten überhaupt verboten sei, dass Kopftuch in der Öffentlichkeit zu tragen.

⁶⁴ Exkurs: Dem Art. 5 liegt damit ein bestimmtes Menschenbild zu Grunde. Es reicht dem abendländischen Menschen offenbar nicht, in seinem Inneren still seinen Gedanken nachzuhängen, er muss sie auch äußern und damit Mission treiben können.

⁶⁵ BVerfGE 7. 198 ff (Lüth – Urteil): *Das Recht zur Meinungsäußerung muss zurücktreten, wenn schutzwürdige Interessen eines anderen von höherem Rang durch die Betätigung der Meinungsfreiheit verletzt würden..*

ist bereits ein Ausfluss der politischen Korrektheit, wenn der Verfasser hier auf Beispiele verzichtet.⁶⁶

6. Art. 8: Versammlungsfreiheit

Das Grundrecht der Versammlungsfreiheit kann als eine Fortsetzung des Grundrechtes gemäß Art. 5 angesehen werden. Wer seine Meinung frei bildet (Art. 4) und öffentlich äußert (Art. 5) soll auch in der Lage sein, Anhänger für seine Meinung zu gewinnen. Das kann nur geschehen durch die Bildung von Vereinigungen. Arbeitnehmerorganisationen des 19. Jahrhunderts, auch das Entstehen der politischen Parteien, sind ganz entscheidend mit diesem Grundrecht verbunden. Die in der heutigen deutschen Wirtschaftsverfassung wichtige Tarifautonomie, die Freiheit also der Tarifpartner, ohne Einmischung des Staates die Bedingungen, unter welchen abhängige Arbeit geleistet wird, festzulegen, folgt aus diesem Grundrecht.

Die Vereinigungsfreiheit ist ein politisch brisantes Recht. Einerseits ist sie die Voraussetzung eines demokratischen Willensbildungsprozesses, auf der anderen Seite finden über Vereinigungen auch die Kräfte zusammen, welche den Rechtsstaat und die Rechtsordnung bekämpfen.⁶⁷ Es ist daher bezeichnend, dass der unter der Diktatur des Kaisers Napoleon zu Stande gekommene französische Code Civil keinerlei Aussagen zur Vereinigungsfreiheit und zum Vereinsrecht macht, während das um 100 Jahre jüngere deutsche BGB das Vereinsrecht ausführlich regelt. Die Vereinigungsfreiheit spielt insbesondere eine Rolle für die Begründung des Streikrechts oder allgemein des Arbeitskampfes.⁶⁸

7. Art. 14: Eigentumsgarantie

Das Grundgesetz wurde erlassen angesichts der Bedrohung des Kommunismus, welcher mit seiner marxistischen Forderung der Abschaffung des Eigentums an den Produktionsmitteln eine der schwersten Herausforderungen der europäischen Kultur der letzten zwei Jahrhunderte war. Die ausdrückliche Festschreibung des Eigentumsschutzes und auch des Erbrechts in Art. 14 GG ist daher zwar aus heutiger Sicht ziemlich selbstverständlich, verdient aber unter Berücksichtigung der Verhältnisse von 1949 unseren Respekt.

⁶⁶ Es sei aber auf § 125 StGB (Volksverhetzung) hingewiesen.

⁶⁷ **Exkurs:** Bei genauer Betrachtung, ist es nicht der Gleichheitssatz oder der Satz von der Meinungsfreiheit welches die Geschichte bewegt, sondern dieses Grundrecht der Vereinigungsfreiheit. Das Römische Reich war zu allen Zeiten sehr liberal. Die Grundrechte, welche wir feierlich in unseren Verfassungen niederlegen, haben gleichsam von selbst gegolten. Mit einer ganz gewichtigen Ausnahme: jede Form von Vereinsbildung war bei Todesstrafe verboten! Es war sogar verboten, in den einzelnen Städten freiwillige Feuerwehren aufzubauen. Zu Grunde lag der richtige Gedanke: Die Macht der Mächtigen kann durch die Menge nur dann gebrochen werden, wenn diese sich organisiert. Aus diesem Grunde war auch die Entstehung der christlichen Kirche als einer mit dem Staat konkurrierenden Organisation die entscheidende Herausforderung für das Römische Reich, an welcher dieses – jedenfalls in der Sichtweise vieler Historiker – letztlich zu Grunde gegangen ist. unter diesem Gesichtspunkt ist auch das besondere Verhältnis zwischen der DDR und anderen Diktaturen zu den Kirchen zu sehen: die Bildung von privater einen konnte verwaltungsrechtlich unterbunden werden, die Kirchen aber standen praktisch und weit gehend auch rechtlich außerhalb des staatlichen Zugriffs. Zu Beginn der Unabhängigkeitsbewegungen in den Kolonien der europäischen Staaten standen einzelne Komitees und Gruppierungen. Insbesondere an der Unabhängigkeitsbewegung im vormaligen Niederländisch-Indien (heutiges Indonesien) kann sehr gut nachvollzogen werden, wie sich über die Vereinigungsfreiheit langsam die Unabhängigkeitsbewegung entwickelte, aber auch wie der holländische Staat die Vereinigungsfreiheit in besonderem Maße bekämpfte, um diesen Bewegungen entgegenzutreten.

⁶⁸ Exkurs: Die moderne Ausformung der Versammlungsfreiheit ist der freie Zugang zum Internet.

Geschützt ist nicht das individuelle Eigentum eines Menschen an einer bestimmten Sache. dieses kann jederzeit entzogen werden, wenn es dem öffentlichen Wohl dient. Geschützt ist das Eigentum als Institution, als Rechtsinstitut, welches dem Bürger/Unternehmen den absoluten Rechtsschutz für die von ihm erzielten wirtschaftlichen Erfolge zuweist. Die Eigentumsgarantie bezieht sich daher nicht nur auf bewegliche oder unbewegliche Sachen im Sinne von §§ 90 ff BGB, sondern umfasst sämtliche Vermögenspositionen, die einen wirtschaftlichen Wert haben. Fanatikerfratzen sind also auch erfasst Leistungsschutzrechte und Ansprüche, welche nicht ohne weiteres als dingliche Recht im Sinne des BGB gelten. Geschützt ist das Eigentum nicht nur des einzelnen Bürgers, sondern auch das von juristischen Personen.

Der Staat kann daher das Eigentum zum öffentlichen Wohl entziehen. Der Eigentümer hat aber einen Anspruch auf Entschädigung. Zu beachten: Das Grundgesetz fordert keine Entschädigung zum Verkehrswert, obwohl dieses heute der Rechtsprechenden entspricht.

8. Verstehbarkeit von Gesetzen als Verfassungsgrundsatz?

Zunehmend wird ein Problem deutlich: Gesetze werden immer komplizierter und gelegentlich auch unsinniger; oft schaut der Gesetzgeber selbst nicht mehr durch.⁶⁹ Ist der Bürger in solchen Fällen wirklich verpflichtet, solche Gesetze zu befolgen?

VI. Rechtsschutz

1. Rechtsschutzgarantie gemäß Art. 19 GG

Recht und Gerechtigkeit sind hohe Dinge, aber man muss sie auch verwirklichen! Das kann nur durch eine funktionierende Gerichtsverfassung geschehen. Unabdingbare Voraussetzung für einen freiheitlichen Rechtsstaat ist daher der Rechtsschutz des Bürgers durch unabhängige Gerichten.

2. Gerichtsverfassung

Der Aufbau der deutschen Gerichtsbarkeit ergibt sich aus dem Gerichtsverfassungsgesetz. Die besondere Aufspaltung unseres Gerichtswesens in verschiedene Zweige wie Zivilgerichtsbarkeit, Verwaltungsgerichtsbarkeit und so weiter ist verfassungsrechtlich an sich nicht vorgegeben. Verfassungsrechtlich zwingend ist lediglich, dass es überhaupt einen Rechtsschutz gibt, und zwar auch gegenüber staatlichen Akten.

Während die Zivilgerichtsbarkeit eine uralte Errungenschaft der Menschheit ist, stellte die Verwaltungsgerichtsbarkeit eine verhältnismäßig neue Entwicklung dar, die auch bisher noch bei weitem nicht alle Staaten der Erde erfasst hat. Die Verwaltungsgerichtsbarkeit ist im Grunde eine Fortsetzung der Grundrechts - Systematik ins Reale und Praktische: Wenn der Staat verpflichtet ist, dem Bürger gegenüber bestimmte Rechte einzuhalten beziehungsweise in bestimmte seiner Freiheitsrechte nicht einzugreifen, dann muss dieses auch durch unabhängige Gerichte gewährleistet werden. das geschieht dadurch, dass der Bürger in Deutschland grundsätzlich gegenüber jeglicher von staatlicher Betätigung die in unmittelbar in seinen Rechten berührt, ein Klagerecht hat. Mit der Klage kann verlangt werden, dass die staatliche Maßnahme für ungültig erklärt wird und zurückgenommen werden muss

⁶⁹ Ein besonders eindrucksvolles Beispiel dafür ist wiedergegeben in NJW 9/2006: *Kafkaeske Normgebung oder Karikatur ?*

(Anfechtungsklage); sie findet ihr Gegenstück in der so genannten Verpflichtungsklage, mit welcher der Staat verpflichtet wird bestimmte Maßnahmen, die er im Widerspruch zu Recht und Gesetz nicht vornimmt, vorzunehmen.⁷⁰

3. Verfassungsgerichtsbarkeit

Die nationalsozialistische Diktatur konnte, soweit rechtliche Fragen dafür verantwortlich zu machen sind, dadurch gelingen, dass die Weimarer Reichsverfassung praktisch ohne Federlesens an die Seite geschoben werden konnte. Das bekannte Ermächtigungsgesetz von 1934 mochte für sich genommen noch gerade als verfassungsmäßig angesehen werden können, zumal es entsprechende Ermächtigungsgesetze bereits unter Reichspräsident Ebert gegeben hatte. Offensichtlich und völlig verfassungswidrig waren spätere Gesetze, etwa das Reichsgesetz über die Vereinigung der Ämter des Staatsoberhauptes mit dem des Reichskanzlers.

Diese und ähnliche Erfahrungen haben den Verfassungsgeber des Grundgesetzes veranlasst, einen besonderen Rechtszug einzurichten, mit welchem die Verfassung geschützt und ausgelegt würde. Gedankliche Vorbilder gab es in der Verfassung der Vereinigten Staaten von Amerika. Die Einrichtung des Bundesverfassungsgerichts als des faktisch höchsten Gerichtes in Deutschland war daher ein erheblicher Schritt in der Rechtsentwicklung Deutschlands aber darüber hinaus auch in anderen Staaten, welches sich bei der Einrichtung einer eigenen Verfassungsgerichtsbarkeit an die deutsche Regelung angelehnt haben.

Das Bundesverfassungsgericht ist nicht die vierte Instanz oberhalb der normalen Bundesgerichte. Das Bundesverfassungsgericht ist nur zuständig, wenn nach Erschöpfung des normalen Rechtsweges ein Bürger in den Grundrechten verletzt wird. Eine solche Grundrechtsverletzung kann in jeder vom staatlichen Handeln liegen, aber auch darin, dass ein Urteil eines Obersten Bundesgerichtes (etwa des Bundesgerichtshofs oder des Bundesfinanzhofs) zu einer Entscheidung kommt, welche das Bundesverfassungsgericht als grundrechtswidrig, etwa als Verstoß gegen den Gleichheitssatz, ansieht. Aufgrund der Tatsache, dass die Finanzgerichtsbarkeit nur zwei Instanzen hat, ist es – insgesamt wohl zum Schaden des Ansehens des Bundesverfassungsgerichts – oft soweit gekommen, dass dieses in vielen Fällen faktisch als dritte Instanz der Finanzgerichtsbarkeit wahrgenommen wird.

⁷⁰ **Exkurs:** Die heutige Form der Verwaltungsgerichte stammt im Wesentlichen aus der Zeit des heute, insbesondere im Zuge der politischen Korrektheit, zu Unrecht verfeimten preußischen Staates. Dieser war einer der fortschrittlichsten Rechtsstaaten, welche die Welt kannte. Ein Verwaltungsrechtsschutz, welcher auch nur annähernd die Schutzdichte erreicht wie das deutsche Verwaltungsrecht, ist weder in den angelsächsischen Staaten noch in Frankreich und damit auch in den allermeisten Staaten der Welt nicht bekannt.

4. Teil Allgemeines Verwaltungsrecht

I. Begriff der Verwaltung

Verwaltung ist die Gestaltung öffentlicher Angelegenheiten durch einen Träger hoheitlicher Gewalt im Rahmen des Rechts.

Diese Definition bedeutet im Einzelnen:

Gestaltung bedeutet die planmäßige Einrichtung und Regelung von Angelegenheiten in Bezug auf ein bestimmtes Ziel.

Öffentlich sind solche Angelegenheiten, welches sich über das materielle und ideelle Interesse einzelner hinaus auf eine unbestimmte Vielzahl von Bürgern beziehen; es muss nicht notwendig jede einzelne Bürger betroffen sein, wenn nur grundsätzlich jeder Bürger daran teilnehmen oder davon betroffen sein kann.

Träger hoheitlicher Gewalt ist der Staat oder die von ihm im Rahmen des Verfassungsrechts eingerichteten Behörden, welche aufgrund des Rechtes die Befugnis haben, durch Verwaltungsakt oder sonstiges Verwaltungshandeln Handlungspflichten der Bürger zu oder Handlungspflichten des Staates gegenüber dem Bürger zu begründen.

Im Rahmen des Rechts bedeutet, dass Verwaltung nichts gegen das Gesetz gestalten darf (was selbstverständlich ist), Verwaltung darf überhaupt nichts tun, was nicht durch das Gesetz und die Verfassung rechtliche Ordnung gedeckt ist.

II. Organisation der Verwaltung

1. Privatwirtschaft und öffentliche Verwaltung

Wenn mehr als eine Person ein gemeinschaftliches Ziel verfolgen, entstehen Fragen der Zuständigkeit, also der Abgrenzung von Herrschaftsbereichen. Mit der Zahl der für das gemeinschaftliche Ziel arbeitenden Menschen steigen die Anforderungen an die Organisation, es entstehen Hierarchien, also Weisungsverhältnisse von oben nach unten.

In privatrechtlich organisierten Einheiten (Einzelunternehmen, Verein, GmbH, usw) werden organisatorische Fragen im Rahmen des Vertragsrechtes gelöst. Fragen, welche in der Betriebswirtschaftslehre als Betriebsorganisation behandelt werden, erscheinen daher rechtlich unter den Themen Unternehmensrecht, Arbeitsrecht usw.

Sachlich im Wesentlichen identische Fragen entstehen auch in der öffentlichen Verwaltung. Eine Polizeibehörde oder ein Gericht, ein Landratsamt und eine Bezirksregierung müssen geführt werden, die Mitarbeiter müssen also durch organisatorische Maßnahmen auf das jeweilige Ziel der Institution ausgerichtet werden, grundsätzlich in derselben Weise, wie es in einem Wirtschaftsunternehmen geschieht.

Die Organigramme von öffentlichen Verwaltungen und Wirtschaftsunternehmen unterscheiden sich daher zwar hinsichtlich der unterschiedlichen Zwecksetzung der Institution (eine Marketing- oder Werbeabteilung, eine Abteilung für Forschung und Entwicklung wird

man in einer öffentlichen Verwaltung weniger finden, auch keine Steuerabteilung, da öffentliche Körperschaften/Institutionen keine Steuern bezahlen), im übrigen werden aber sehr viele Abteilungen und Einheiten nicht nur ähnlich heißen sondern auch ähnlich strukturiert sein. Das wird etwa zutreffen auf die Personalabteilung, interne Revision und so weiter. Entsprechend der systematischen Unterscheidung in unserem Recht zwischen privatem und öffentlichem Recht unterlägen die entsprechenden organisatorischen Maßnahmen dem öffentlichen Recht und sind daher tendenziell enger an das Gesetz/Erfassung der gebundenen (Gleichheitssatz!) Als in einem privatrechtlich organisierten Unternehmen.

2. Öffentliches Dienstrecht

Der öffentliche Dienst kennt

- privatrechtliche Dienstverhältnisse und
- das öffentlich-rechtliche Beamtenverhältnis.

a. Privatrechtliche Dienstverhältnisse:

Es gilt grundsätzlich die Regel des allgemeinen Arbeitsrechts. Die Verhältnisse werden durch privatrechtlichen Vertrag begründet und beendet, öffentliche Bedienstete können daher gekündigt werden und genießen Kündigungsschutz im Rahmen des Kündigungsschutzgesetzes. Allerdings gelten aufgrund der Besonderheit des Arbeitgebers eigene Tarifverträge für den öffentlichen Dienst (die Dienstleistungsgewerkschaft Ver.di hat im öffentlichen Dienst ihr besonderes Betätigungsfeld).

Die betriebliche Mitbestimmung wird für öffentliche Behörden nicht durch das Betriebsverfassungsgesetz, sondern landesrechtlich geltendes Personalvertretungsrecht gewährleistet.

b. Beamtenverhältnis

Das Beamtenverhältnis wird nicht nur durch Vertrag begründet; es handelt sich um ein öffentlichrechtliches Dienstverhältnis, welches durch einen Verwaltungsakt begründet wird (mitwirkungsbedürftiger Verwaltungsakt, weil der zu ernennende Beamte mit seiner Ernennung einverstanden sein muss). Artikel 33 Absatz 3 Grundgesetz bestimmt: *Das Recht des öffentlichen Dienstes ist unter Berücksichtigung der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums zu regeln.*

Die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums gehen davon aus, dass die wichtigeren Aufgaben des Staates von besonders qualifizierten und verlässlichen Personen wahrgenommen werden müssen. Dieser Personenkreis wird durch ein besonders gestaltetes Dienstverhältnis an seinen Dienstherrn gebunden, das Beamtenverhältnis. Dieses soll den Beamten durch eine angemessene Versorgung materiell so stellen, dass er ohne Sorgen um das tägliche Brot seinen Amtsgeschäften nachgehen kann, und dass er auch andererseits den Verlockungen aufgrund von Bestechungen und freundlichen Zuwendungen widerstehen kann.⁷¹

⁷¹ **Exkurs:** Die Privilegien des Beamten aufgrund der beamtenrechtlichen Vorschriften müssen daher im Zusammenhang gesehen werden mit den Vorschriften gemäß §§ 331 ff Strafgesetzbuch. Vorteilsannahme und Bestechlichkeit sind nur strafbar, wenn es sich um einen Amtsträger (das kann allerdings auch ein privatrechtlich Angestellter im öffentlichen Dienst sein) handelt. Die entsprechenden Vergehen außerhalb des öffentlichen Dienstes werden, etwa in § 17 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, eher beiläufig behandelt.

Das Beamtenverhältnis ist ein Sonderrechtsverhältnis zwischen dem Beamten und seinem Dienstherrn und durch folgende Hauptpunkte bestimmt:

- Der Beamte verpflichtet sich, grundsätzlich lebenslang seine gesamte Leistungsfähigkeit der Erfüllung eines Amtes zu widmen
- Dafür erhält er vom Dienstherrn nach den Grundsätzen der beamtenrechtlichen Fürsorgepflicht eine lebenslange Versorgung.
- Der Beamte wird also nicht für seine Arbeit bezahlt, sondern er wird von seinem Dienstherrn alimentiert, damit er – gleichsam freiwillig – sein Amt ausfüllen kann.⁷²

In Deutschland gibt es drei Typen von Beamten:

1. Bundesbeamte: es geht das Bundesbeamtengesetz
2. Landesbeamte: es gelten die Landesbeamtengesetze

c. Beamtenbesoldung

Die privatrechtlich Angestellten im öffentlichen Dienst erhalten eine Vergütung entsprechend dem geltenden Tarifvertrag. Die höchste Eingruppierung liegt bei Tarifgruppe I a und geht hinunter bis Tarifgruppe XII; in der Praxis ist aber wohl in die niedrigste noch übliche Tarifgruppe heute etwa VIII oder IX.

Für die Besoldung von Beamten gibt es besondere Besoldungsgruppen, deren Zählung umgekehrt geht: A – 16 ist oben, A – 1, die es aber praktisch heute auch nicht mehr gibt, ganz unten. A – 13 ist die Eingangsstufe für den Akademiker und ist mit herkömmlicher Weise mit dem Titel (.... rat) verbunden. Der Regierungsrat, der Vermessungsrat, der Medizinalrat, der der Studienrat usw weiter bekommen daher A – 13. Werden diese zum Oberrat befördert, also Oberregierungsrat, Obervermessungsrat usw, erhalten sie A -14; die nächste Stufe ist Direktor (Regierungsdirektor usw), A – 15. Der Direktor als Leiter einer Unterabteilung/ Behörde, also Direktor des Gesundheitsamtes, Oberstudiendirektor, als Leiter eines Gymnasiums, usw bekommt A - 16. Diese Besoldung steigt mit den Dienstaltersstufen, so dass jeweils in 2- Jahresrhythmus der Beamte auch ohne Beförderung ein etwas höheres Gehalt bekommt. Die Berechnung des Dienstalters ist daher für den Beamten ein wichtiges Datum, auch für die spätere Berechnung seiner Pension. In den höheren Beamtenrängen (Behördenleiter, Präsidenten) wird die B - Besoldung verdient. B – Gehälter sind Festgehälter und steigen nicht mehr mit dem Dienstalter. Wer in jungen Jahren zum Präsidenten befördert wird, hat daher einen Vorteil gegenüber demjenigen, der erst spät, nachdem er die höchste Dienstaltersstufe erreicht hat, in dasselbe Amt kommt. Die Höhe der Beamtenbesoldung wird bei Bundesbeamten durch Bundesgesetz, bei Landesbeamten durch Landesgesetz beziehungsweise durch entsprechende Rechtsakte der anderen Körperschaften festgesetzt. es ist also in den jeweiligen Veröffentlichungen nachzulesen, wie viel z.B. der Präsident eines Oberlandesgerichts verdient.

3. Sonderformen

Es gibt verschiedene Sonderformen des Beamtenrechts, z.B.

- Kommunale Beamte: es gelten die Landesbeamtengesetze in Verbindung mit dem jeweiligen Kommunalrecht
- Richter: Richtergesetz
- Soldatengesetz
- Beamte von besonderen Körperschaften des öffentlichen Rechtes, z. B. Kirchenbeamte.

⁷² Ein äußeres Zeichen dieser Alimentationspflicht ist, dass der Beamte sein *Gehalt* grundsätzlich am Anfang des Monats bekommt, während der privatrechtliche Arbeitnehmer das *Entgelt* für seine geleistete Arbeit erst am Ende des Monats erhält.

III. Verwaltung zwischen Rechtsbindung und Gestaltungsfreiheit

1. Gesetzesvorbehalt und Gesetzmäßigkeit der Verwaltung

Fall:

Die Landesregierung Nordrhein -Westfalen beschloss, nicht aufgrund eines Gesetzes sondern als Organisationsmaßnahme aus Kostengründen, das Innenministerium und das Justizministerium des Landes zu einem einzigen Ministerium zusammenzufassen. War das zulässig?

Träger öffentlicher Gewalt verfügen über öffentliches Eigentum und öffentliche Interessen, sie greifen in Freiheitsrechte der Bürger ein (Eingriffsverwaltung) und gewähren einzelnen Bürgern Vorteile (Leistungsverwaltung). die Tätigkeit der Verwaltung kann daher grundsätzlich nur im Rahmen der Gesetze geschehen.

Insofern die *Eingriffsverwaltung* dem Bürger Handlungsanweisungen erteilt (z. B. einen morschen Baum zu entfernen), oder bestimmter Handlungen zu unterlassen (z.B. gewerblich Bier auszuschenken ohne eine Erlaubnis nach dem Gaststättengesetz) braucht die Verwaltung eine Anspruchsgrundlage für ihr Begehren. Diese Anspruchsgrundlage ergibt sich ausschließlich aus dem Gesetz beziehungsweise aus Rechtsnormen, welche auf der Grundlage eines Gesetzes stehen (Rechtsordnung).

Insofern im Rahmen der *Leistungsverwaltung* einzelnen Bürgern Vorteile gegeben werden, die nicht allen anderen Bürgern zugewendet werden, muss sich diese unterschiedliche Behandlung aus dem Gesetz ergeben. Ein Anspruch des Bürgers gegen den Staat auf Zahlung von z. B. Kindergeld ergibt sich daher nur in dem Rahmen, wie das Kindergeldgesetz es vorsieht, nicht aber in dem Rahmen, wie der zuständige Behördenleiter glaubt, dass die Bedürfnislage des Empfängers sei.

Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung ist einerseits ein unverzichtbarer Grundsatz einer rechtsstaatlichen Ordnung. Auf der anderen Seite ist deutlich, dass die strenge Bindung an das im Gesetz häufig zur Unbeweglichkeit der Verwaltung führt. Die meisten Vorwürfe, welche von Seiten der Bürger gegenüber der öffentlichen Verwaltung erhoben werden (Amtsschimmel, Formalisten, Silbenstecher usw) haben letztlich ihren Grund darin, dass die Beamten nur im Rahmen ihrer gesetzlichen Zuständigkeit (schon das Wort Zuständigkeit erregt bei vielen Bürgern Aggression!) und grundsätzlich nach dem Gesetz. entscheiden dürfen, nicht danach, was sie im Einzelfall für richtig halten.

Die Reichweite des Gesetzesvorbehalts ist im Einzelfall unklar. Im Fall hat der Verfassungsgerichtshof NRW ausgeführt:

Der Vorbehalt des Gesetzes erschöpft sich nicht in der rechtsstaatlichen Forderung nach einer gesetzlichen Grundlage für Grundrechtseingriffe. Erfasst werden darüber hinaus auch andere für das Gemeinwesen grundlegende Entscheidungen. In diesen Bereichen muss staatliches Handeln durch ein förmliches Gesetz legitimiert werden. Rechtsstaatsprinzip und Demokratieprinzip verbieten es, diese Regelungen der Entscheidungsmacht der Exekutive zu überlassen. Die Entscheidung, die Geschäftsbereiche eines Innenministeriums und eines Justizministeriums zu einem

*neuen Ministerium zusammenzuführen, ist wesentlich im Sinne des Vorbehalts des Gesetzes.*⁷³

2. Gesetzeskonkretisierung durch die Verwaltung

Die Gewaltenteilung ist ein Verfassungsgrundsatz. Das Grundgesetz geht wie die Verfassungen anderer moderner Staaten davon aus, dass es eine grundsätzliche Zuständigkeitszuweisung für den Gesetzgeber, die Verwaltung und die Gerichtsbarkeit gibt. Diese dürfen sich nicht überschneiden unter gegenseitig aufheben.

- Gesetze sind allgemeine Anweisungen des Gesetzgebers zur Beantwortung von Fragen, deren konkrete Umstände zur Zeit der Schaffung des Gesetzes noch nicht bekannt waren.
- Verwaltung führt Gesetze aus, indem die allgemeine Regel auf einen konkreten Fall angewendet wird.
- Gerichtsbarkeit überprüft, ob die Verwaltung Gesetze anwendet oder außerhalb der Rechtsordnung fungiert.

Aufgabe:

Erläutern, weswegen ein Ermächtigungsgesetz wie das von 1933 und darauf gestützte Maßnahmen heute rechtswidrig wären

3. Verwaltungsermessen

Beispiel:

Türkin T, kurdischer Nationalität, lebt seit vielen Jahren in Essen/Deutschland. Ihr in der Türkei wohnender Bruder B wird Chef einer kurdisch – separatistischen Gruppierung. Erkenntnisse des BND lassen vermuten, dass nationalistische türkische Gruppen versuchen werden, die T als Geisel zu nehmen, um auf B politischen Druck auszuüben. Die Ausländerbehörde in Essen möchte es soweit nicht kommen lassen, dass auf deutschem Boden innertürkische Konflikte ausgetragen werden und möchte T gemäß § 55 I Aufenthaltsg⁷⁴ ausweisen. geht das?

Wie es in einem privaten Verträge unmöglich ist, sämtliche Möglichkeiten im Voraus zu fixieren, so dass im Einzelfall nach Treu und Glauben, § 242 BGB, entschieden werden muss, wozu ein Schuldner verpflichtet ist, so kann auch im Rahmen der öffentlichen Verwaltung von einem Gesetz nicht erwartet werden, dass es alle möglichen Fälle voraussieht. Der Vorrang des Gesetzes schließt daher nicht, dass der Verwaltung bei der Umsetzung der gesetzlichen Vorschrift ein manchmal sehr weites Ermessen eingeräumt wird.

Dass geschieht über auslegungsbedürftige und manchmal sehr allgemein formulierte Vorschriften. Während im Privatrecht grundsätzlich zulässig ist, dass jedermann nach seinem

⁷³ JuS 99, 1122

⁷⁴ Dieser lautet: *Ein Ausländer kann ausgewiesen werden, wenn sein Aufenthalt die öffentliche Sicherheit und Ordnung oder sonstige erhebliche Interessen der Bundesrepublik Deutschland beeinträchtigt.*

freien Belieben, auch willkürlich, das eine tut und das andere lässt, gilt im Verwaltungsrecht der Grundsatz des gebundenen Ermessens. Es gibt kein freies Belieben: bei der Umsetzung eines Gesetzes in eine konkrete Verwaltungsentscheidung muss das Ermessen sachgerecht sein und den erkennbaren Umständen Rechnung tragen. Eine fehlerhafte Ermessensentscheidung (Ermessens Fehlgebrauch) führt zur Rechtswidrigkeit der Verwaltungsentscheidung.

Einer gerichtlichen Überprüfung unterliegt nur der Ermessens Fehlgebrauch. Dieser liegt vor, wenn die Behörde nicht alle Umstände des Falles in ihre Überlegungen einbezogen hat und/oder wenn sie sachfremde Erwägungen bei der Entscheidungsfindung berücksichtigt hat. aus dem Prinzip der Gewaltenteilung folgt aber, dass das Gericht ist eine eigene rechtliche Bewertung nicht zu einer heimlichen Verwaltungsentscheidung Grundwerten darf.

Ein Ermessensfragegebrauch kann auch darin liegen, dass die Verwaltungsbehörde einen ihr vom Gesetz eingeräumten Ermessenspielraum nicht sieht oder nicht nutzt. Das Gericht hat daher nicht zu überprüfen, ob die Verwaltungsbehörde ihr Ermessen zweckmäßig gebraucht hat.

Im Fall: Auf ein Verschulden des Ausländers kommt es nach dem Gesetz nicht an! Prüfen Sie: was ist hier aus Ihrer Sicht angemessen?

4. Unbestimmter Rechtsbegriffe

Fall:

K ist Kandidat in einer Juristischen Staatsprüfung mit recht guten Vornoten. Er beantwortet eine besonders schwierige Frage sehr detailreich, während einer der drei Prüfer in der NJW blättert. Der Prüfer P erklärt die Antwort des K für Unsinn und bewertet diesen Prüfungsteil mit „nicht ausreichend“. K fragt, ob er gegen diese Beurteilung Rechtsschutz hat.⁷⁵

Das Gesetz kann im Rahmen seiner allgemeinen Anweisungen nicht für alle Fälle die bestmögliche Lösung vorskizzieren. Wie auch im Privatrecht (vgl. § 242 BGB, Treu und Glauben, § 138. gute Sitten, und sonst) werden im öffentlichen Recht unbestimmte Rechtsbegriffe verwendet, welche der Konkretisierung im Einzelfall bedürfen. Das öffentliche Recht ist durch *unbestimmte Rechtsbegriffe* geradezu geprägt, z.B.

- *natürliche Lebensgrundlagen*, § 1 Abs. 5 BauG
- *angemessene Versorgung mit Wohnraum*, § 1 WoFG
- *Vorgänge, die für die Gewässer der Nutzung von Bedeutung sind*, § 21 WHG
- *Durchschnitt, über dem Durchschnitt, besonders herausragende Leistung* usw, Prüfungsordnungen

und beliebig viele mehr.

Unbestimmte Rechtsbegriffe sind Rechtsbegriffe und können daher gerichtlich überprüft werden. Das Bundesverfassungsgericht sagt: der aus dem Grundgesetz folgende Anspruch des Bürgers auf eine wirksame gerichtliche Kontrolle führt zu der grundsätzlichen Pflicht der

⁷⁵ vgl. BVerfG NJW 93, 917

Gerichte, die angefochtenen Verwaltungsakte *in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht vollständig nachzuprüfen*.⁷⁶

Es folgt aber aus dem Grundsatz der Gewaltenteilung, dass die Gerichte auch bei der Beurteilung unbestimmter Rechtsbegriffe sich nicht an die Stelle der Verwaltungsbehörde setzen dürfen. Es ist daher von Fall Zufall, je nach den Umständen und dem Zweck des Gesetzes, den Behörden ein Beurteilungsspielraum zuzubilligen, in welchen ein Gericht mit Rechtsgründen nicht eingreifen darf. Das Gericht kann nur prüfen, ob der Beurteilungsspielraum im Rahmen eines fehlerhaften Ermessens ausgefüllt wurde.

Fall: Die in den Prüfungsordnungen verwendeten Begriffe durchschnittlich usw sind unbestimmte Rechtsbegriffe, welche grundsätzlich rechtlich überprüft werden können. Die Prüfer haben aber einen Beurteilungsspielraum. Das Gericht kann nur überprüfen, ob dieser richtig ausgefüllt wurde. Wenn ein Prüfer nicht zuhört, dann ist unabhängig von dem Inhalt des Prüfungsgesprächs davon auszugehen, dass die Entscheidung fehlerhaft war.

IV. Hierarchie

Beispiel:

1. A ein neu eingestellte Mitarbeiter der Deutschen Bank, noch ohne jeglichen Dienstgrad ganz unten, hat über ein aktuelles bankrechtliches Thema einen juristischen Aufsatz geschrieben. Sein unmittelbarer Vorgesetzter hält diesen Aufsatz für gut und unbedenklich. Durch einen Zufall erfährt das Vorstandsmitglied V von der bevorstehenden Publikation des Aufsatzes. V ruft A an und verbietet ihm die Publikation. A meint, V habe gar keine Befugnis, ihm die Publikation zu verbieten, nachdem sein unmittelbarer Vorgesetzter ihr zugestimmt hat. Zu recht?
2. Unternehmen U hat bei der zuständigen Baubehörde der Stadt S eine Abbruchgenehmigung für ein Gebäude erhalten. Das vorgesetzte Regierungspräsidium hält die die Abbruchgenehmigung für unzulässig, da nach ihrer Meinung das Gebäude als Denkmal schutzwürdig sei. Stadt S sieht das anders; um den drohenden Abbruch zu verhindern hebt das Regierungspräsidium die Abbruchgenehmigung auf. U ist der Meinung, dass das Regierungspräsidium dazu gar nicht befugt sei. Zu recht?⁷⁷

Organisationen werden dadurch zu Organisationen, dass sie einen einheitlichen Willen bilden. Das setzt voraus, dass es einen hierarchischen Zug von oben nach unten gibt. Die namentlich in der Managementliteratur diskutierten Fragen von Personalführung, Betriebsorganisation usw betreffen im Kern fast ausschließlich die Frage, wie die Instanzenzüge und Unterordnungsverhältnisse gestaltet werden sollen. Grundsätzlich stehen sich zwei Positionen gegenüber: Zentrale Willensbildung aufgrund der strategischen Weitsicht der obersten Führung hat – weit gehende Freiräume für die unteren Dienstgrade aufgrund ihrer größeren Praxisnähe.

Das deutsche Verwaltungsrecht kennt er zwei unterschiedliche Formen von hierarchischen Verhältnissen.

- Fachaufsicht und

⁷⁶ NVwZ 02, 1368

⁷⁷ vgl. VGH BW VBIBW 92, 376

- Rechtsaufsicht

1. Fachaufsicht

Fachaufsicht besagt, dass die vorgesetzte Stelle der nachgeordneten Weisungen im Einzelfall erteilen kann, welche diese erfüllen muß. Dieses ist das Modell, welches in der Wirtschaft mehr oder weniger unreflektiert angewendet wird. Im Fall 1 kam es daher für A von vornherein überhaupt nicht in Betracht, über die Weisung des obersten Chefs auch nur nachzudenken.⁷⁸ Innerhalb einer Behörde gilt dieser Grundsatz der Fachaufsicht, der Präsident einer Behörde hat daher wenigstens formalrechtlich die Befugnis, dem Hausmeister zu sagen, ob er den Schlüssel ein oder zweimal umdrehen soll.

2. Rechtsaufsicht

Im Rahmen der Unterstellungsverhältnissen von Behörden zueinander (z.B. Ministerium – Regierungspräsidium – untere Verwaltungsbehörde/Stadt) findet jedoch i.d.R. keine Fachaufsicht statt, sondern eine reine Rechtsaufsicht. Die Fachbehörde hat grundsätzlich selbstständig zu entscheiden. Die vorgesetzte Behörde hat in der Regel nur die Befugnis, die Einhaltung des Rechts zu überwachen, darf aber ihr eigenes Ermessen nicht an Stelle des Ermessens der Fachbehörde stellen.

Fall 2: Es war zu prüfen, ob das vorgesetzte Regierungspräsidium befugt war, die von S erteilte Abbruchgenehmigung aufzuheben. Das wurde im konkreten Fall verneint. Die Abbruchgenehmigung hatte nicht gegen geltendes Recht verstoßen, die von S. angestellten Erwägungen waren nur von anderer Art als sie im Regierungspräsidium angestellt worden waren.

Die Trennung von Fach – und Rechtsaufsicht ist oft schwierig. Sie ist aber ein wesentliches Element einer freiheitlichen und praxisbezogenen Verwaltung. es ist ein Kennzeichen von diktatorischen oder autoritären Staatswesen, wenn in der Unterschied zwischen rechts und nach Aussichten völlig verwischt wird. in der ehemaligen DDR sprach man von „Durchstellen.“, wenn aus der obersten Ebene Einzelanweisungen zur Durchsetzung des Sozialismus erteilt wurden.⁷⁹

V. Verhältnis zwischen Bürger und Verwaltung

⁷⁸ **Exkurs:** Der deutsche Jurist wird bis zum Zweiten Staatsexamen hauptsächlich in den Strukturen des öffentlichen Dienstes geschult. Tritt er in ein Wirtschaftsunternehmen ein, erlebt er eine völlig andere hierarchische Wirklichkeit. Während es im öffentlichen Dienst erlaubt und häufig auch verlangt wurde, ohne Rücksicht auf Vorgaben der Vorgesetzten Entscheidungen vorzubereiten, herrscht in der Wirtschaft in der Regel ein völlig anderer Zug: der Chef hat recht, auch in den Dingen, die eigentlich nicht mehr seine Zuständigkeit sind! Wenn der Chef sagt, das Komma kommt links hin –dann steht es links!

⁷⁹ **Exkurs:** Es ist fast ein Verstoß gegen die heute geforderte politische Korrektheit, wenn darauf hingewiesen wird, dass in der nationalsozialistischen Diktatur die herkömmliche preußische Verwaltung im Grunde überhaupt nicht berührt wurde. Es gab keine Durchstellerei wie später in der DDR. Auch dem praktisch allmächtigen Führer war es daher nicht möglich, Verwaltungsentscheidungen, geschweige Entscheidungen eines Gerichts Urteils direkt zu beeinflussen oder an sich zu ziehen. Was es allerdings gab, waren Sonderbehörden und Sondergerichte mit (im Laufe der Zeit immer weitergehenden) Sonderaufträgen, welche die herkömmlichen Zuständigkeiten der etablierten Verwaltungsbehörden an die Seite drängten. Auf diese Weise war es möglich, dass neben einer an sich normal und rechtsstaatlich funktionierenden Verwaltung völlig unerhörte Rechtsbrüche in Deutschland vorkamen. Auf dieser Erfahrung beruht Artikel 101 GG, wonach Ausnahmegerichte unzulässig sind.

Beispiel:

1. Bürger B wohnt in der Gemeinde G. in der Heinrich v. Treitzschke - Straße, einer der besseren Wohnlagen der Gemeinde. V, Mitglied des Stadtrates von G, hat herausgefunden, dass der Historiker Heinrich v. T. sich vor etwa 150 Jahren antisemitisch geäußert habe. Auf ihren Antrag beschließt daher die Gemeindeverwaltung, die Straße auf den Namen eines bekannten Gewerkschafters und Antifaschisten umzubenennen. B fragt, ob er sich dagegen wehren könne.⁸⁰
2. Bürger B möchte ein in Deutschland bisher nicht bekanntes Wettsystem einführen und beantragt auf der Grundlage des landesrechtlichen Wettgesetzes beim zuständigen Ministerium die Zulassung als Wettunternehmer. Das Ministerium verweigert die Genehmigung, weil es bereits ein ausreichendes Angebot an Lotterien und Sportwetten gebe. Hat B einen Anspruch auf Zulassung?⁸¹
3. Gastwirt G. beantragt einer Gaststättenkonzession eine Gaststätte in unmittelbarer Nähe der Kirche der Kirchengemeinde K. G hat sämtliche Voraussetzungen gemäß Gaststättengesetz erfüllt. K hat nichts dagegen, dass G. einer Gaststätte betreibt, verlangt aber, dass dieses nicht in unmittelbarer Nähe der Kirche sei. K K. beantragt, die Konzession zu verweigern. Zu Recht?⁸²

1. Verwaltungsrechtsverhältnisses

a. Materielles Verwaltungsrechtsverhältnis

In § 241 BGB wird das Schuldverhältnis als ein Rechtsverhältnis beschrieben, *kraft dessen der Gläubiger berechtigt ist, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern. Die Leistung kann auch in einem Unterlassen bestehen.*

Das bedeutet im Umkehrschluss, dass eine Person von einer anderen eine Leistung oder Unterlassung nicht fordern kann, wenn nicht durch Vertrag oder Gesetz ein Schuldverhältnis begründet ist. Dieselben Grundsätze gelten an sich auch im Verwaltungsrecht. Das Verwaltungsrechtsverhältnis ist das öffentlich – rechtliche Gegenstück zum privaten Schuldverhältnis. Ein Verwaltungsrechtsverhältnis kann sich – wie im Privatrecht - unmittelbar aus dem Gesetz bzw dem Zusammenspiel der Rechtsordnung insgesamt oder durch einen öffentlich-rechtlichen Vertrag ergeben. In Anlehnung an § 241 BGB kann man daher sagen: Das Verwaltungsrechtsverhältnis ist ein Rechtsverhältnis, kraft dessen der Staat/Behörde von dem Bürger und umgekehrt der Bürger von dem Staat/Behörde ein bestimmtes Handeln oder Unterlassen verlangen kann.

Begriffe und Reichweite des Verwaltungsrechtsverhältnisses sind im Einzelnen streitig. Insgesamt hilft aber die Annahme eines solchen Rechtsverhältnisses bei dem Verständnis der gegenseitigen Anspruchspositionen zwischen Bürger und Staat im Bereich des öffentlichen Rechts.⁸³

b. Verfahrensrechtliches Verwaltungsrechtsverhältnis

⁸⁰ BayVGH NVwZ-RR 96, 344

⁸¹ BVerwG 96, NVwZ 95, 475

⁸² BVerwGE 10, 92

⁸³ Kopp/Ramsauer Einf. RNR 68

§ 9 Verwaltungsverfahrensgesetz definiert: *Das Verwaltungsverfahren im Sinne dieses Gesetzes ist die nach außen wirkende Tätigkeit der Behörden, die auf die Prüfung der Voraussetzungen, die Vorbereitung und den Erlass eines Verwaltungsaktes und auf den Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrags gerichtet ist; es schließt den Erlass des Verwaltungsaktes und den Abschluss des öffentlichrechtlichen Vertrags ein.*

Es wird zwischen dem materiellen und dem verfahrensrechtlichen Verwaltungsrechtsverhältnis unterschieden. Aus dem materiellen Rechtsverhältnis (siehe a) ergeben sich unmittelbare Anspruchslagen; aus dem verfahrensrechtlichen Verhältnis ergeben sich gegenseitige Ansprüche in Bezug auf die Durchsetzung eines materiellen Anspruches. Die Konkretisierung von öffentlichrechtlichen Ansprüchen (also wohl der Behörde gegenüber dem Bürger durch belastenden Verwaltungsakt als auch umgekehrt des Bürgers gegenüber der Behörde durch Begünstigenden Verwaltungsakt) grundsätzlich durch Verwaltungsakte erfolgt kommen hilfsweise durch öffentlich-rechtlichen Vertrag, ist es konsequent, wenn der Gesetzgeber das verfahrensrechtliche Verwaltungsrechtsverhältnis als den Vorgang beschreibt, in welchem ein Verwaltungsakt vorbereitet und erlassen wird.

c. Einfaches Verwaltungsverfahren

Das Gesetz unterscheidet zwischen dem einfachen Verwaltungserfahren und dem förmlichen Verwaltungsverfahren. Das einfache, nicht förmliche Verwaltungsverfahren ist in den §§ 9 ff Verwaltungsverfahrensgesetz geregelt. Die Vorschriften enthalten allgemeine Anweisungen darüber, wer an dem Verfahren beteiligt ist und wie die Behörde zu ihrer Entscheidung kommt. Vermutlich hätte der Gesetzgeber sich mit der für weniger Wertung zufrieden geben dürfen und einen einzigen Paragraphen formulieren müssen, der etwa gelautet hätte:

Eine Verwaltungsbehörde entscheidet unter Berücksichtigung des Grundsatzes des rechtlichen Gehörs, Art. 103 GG, und der allgemein geltenden Grundsätze des Prozessrechts durch Verwaltungsakt, schlichtes Verwaltungshandeln oder durch den Abschluss eines verwaltungsrechtlichen Vertrages. Im Verwaltungsverfahren gilt der Amtsermittlungsgrundsatz

d. Förmliches Verwaltungsverfahren

In §§ 63 ff Verwaltungsverfahrensgesetz ist das so genannte förmliche Verwaltungsverfahren geregelt. Dieses kommt immer dann zur Anwendung, wenn ein Gesetz ein solches Verfahren ausdrücklich vorschreibt, § 63 Abs. 1. allgemein gesagt kommt das förmliche Verwaltungsverfahren in Betracht, wenn über größere Vorhaben zu entscheiden ist, vgl. § 7 Atomgesetz betreffend die Genehmigung von Kernkraftwerken. Planfeststellung gemäß § 17 Fernstraßengesetz, § 104 BauG ua. In der Regel enthalten die Spezialgesetze, also das Atomgesetz usw, weitere Spezialvorschriften für das jeweils einzuhaltende Verfahren.

Das förmliche Verwaltungsverfahren ist dem Gerichtsverfahren stark angenähert. auch hier gilt der Amtsermittlungsgrundsatz, die Verwaltungsbehörde hat also von sich aus, auch ohne besondere Anträge der Beteiligten, die Sach- und Rechtslage zu ermitteln und aufgrund des Rechtes zu entscheiden. Das Verfahrensergebnis ist aber kein gerichtliches Urteil, sondern ein Verwaltungsakt, verwaltungsrechtlicher Vertrag oder ein schlichtes Verwaltungshandeln. Die Entscheidung kann ihrerseits unter den Voraussetzungen der Verwaltungsgerichtsordnung im verwaltungsgerichtlichen Prozess angefochten werden kann.

2. Subjektive öffentliche Rechte

a. Ausdrückliche Anspruchslage

Wenn das Gesetz dem Bürger ausdrücklich einen Anspruch zubilligt, etwa auf Erteilung einer Gaststättenerlaubnis, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen gegeben sind, oder auf Zahlung von Kindergeld aufgrund des Kindergeldgesetzes, ist eine Anspruchslage des Bürgers relativ leicht festzustellen. Diese wird allerdings der bisher nur aus dem Gesetz allgemein folgende Anspruch des Bürgers durch den Verwaltungsakt der zuständigen Behörde konkretisiert.

b. Allgemeine Anspruchslage

Die Lehre von den subjektiv öffentlichen Rechten gehört wohl zu den umstrittensten Fragen des deutschen Verwaltungsrechts.⁸⁴ Zwei Grundpositionen sind zu bedenken

- die öffentliche Verwaltung darf nicht dadurch paralysiert werden, dass jeder Bürger die Einhaltung einer jeden Rechtsvorschrift ständig anmahnt und gegebenenfalls gerichtlich durchgesetzt
- die Rechtsordnung, und die öffentliche Verarbeitung, welche diese Rechtsordnung im konkreten Fall umsetzt, sind nicht Selbstzweck sondern dienen dem Wohl der Allgemeinheit und damit letztlich auch dem einzelnen Bürger.

Aus der Rechtsordnung insgesamt, insbesondere aber aus den Grundrechten, an denen sich das Verwaltungshandeln stets messen lassen muss, ergeben sich allgemein Pflichten des Staates und seiner Behörden, bestimmte Handlungen vorzunehmen oder zu unterlassen. Die Rechtsordnung wendet sich an sich an die Allgemeinheit und begründet, wenn nicht ausdrücklich etwas anderes gesagt ist (vgl. a) für den einzelnen Bürger grundsätzlich keine unmittelbaren Ansprüche gegenüber dem Staat/Behörden auf ein bestimmtes Verwaltungshandeln.

Die Allgemeinheit besteht aber letztlich aus einzelnen Bürgern. Das Verwaltungsverfahren dient daher auch dem einzelnen Bürger, wenn sich in einem konkreten Fall seine Interessen und Belange als schutzwürdig erscheinen. Man spricht dann von subjektiv öffentlichen Rechten, also Rechten, welche auf Grund einer besonderen Verdichtung der individuellen Interessenlage zu *subjektiven* Rechten dieses Bürgers geworden sind. Subjektive öffentliche Rechte können entstehen durch einfache Gesetze, Verfassungsrecht, Rechtsverordnungen und Satzungen, aber auch durch die unmittelbare Geltung des Völkerrechts gemäß Artikel 25 Grundgesetz sowie durch Gewohnheitsrecht. Allgemein gesagt: subjektive öffentliche Rechte können entstehen aus der Gesamtrechtsordnung.

In Fall 1. ergibt sich: Nach der zuständigen bayerischen Gemeindeordnung entscheiden die Gemeinden ohne Rücksprache mit den Bürgern über die Benennung von Straßen. Es ist daher zu prüfen, ob MB auf Grund eines Gesetzes einen Anspruch darauf hat, dass die Gemeinde von diesem Recht Abstand nimmt, beziehungsweise der Straße, in welcher er wohnt einen bestimmten Namen zu geben oder nicht zugeben.

Ein solches Recht kann sich mangels einer konkreten Rechtsvorschrift nur aus dem Grundgesetz ergeben, etwa aus dem Gedanken, dass aus dem grundgesetzlich geschützten

⁸⁴ all. K/R Einf. RNr. 70 ff,

Eigentum des B. an seinem Haus, Art. 14, ein weiterführende Anspruch hergeleitet werden kann, dass er durch unpassende Namensgebung seiner Wohnstraße nicht in eine soziale Schicht gestellt wird, in welcher er sich nicht sehen möchte. soweit erreicht in das Eigentum aber nicht. B hat keinen Anspruch auf die Beibehaltung des herkömmlichen Namens.

In Fall 2: Es gelten dieselben Grundsätze wie im Fall 1, so dass zu fragen ist, ob mangels einer ausdrücklichen Gesetzesvorschrift B aus dem Grundgesetz einen Anspruch auf Zulassung haben kann. Ausgangspunkt ist Artikel 12 Grundgesetz, welcher die Berufsfreiheit regelt. Die Berufsfreiheit kann zwar unter dem Gesichtspunkt öffentlichen Wohls beschränkt werden. Das beklagte Land wird daher im Zweifel argumentieren, dass ein Übermaß von Lotterie- und Wettangeboten die Spielleidenschaft der Bevölkerung unangemessen fördere. Es wird sich aber entgegenhalten lassen müssen, dass es selber von dem Betrieb solcher Unternehmungen Nutzen ziehe. In der Abwägung wird daher die Berufsfreiheit des B vorgehen, so dass ihm die Genehmigung erteilt werden muss.

Fall 3: Eine Privatperson, welche sich möglicherweise auch an der kirchennahen Gaststätte stören würde, hätte von vornherein keine Aussicht zu obsiegen. Für K aber kommt in Betracht, aus Art.4 GG einen besonderen Anspruch herzuleiten, der dieser Artikel zwar nicht nur, aber auch die Kirchen schützen will.

VI. Verwaltungsakt als zentrale Handlungsform der Verwaltung

Fälle

1. S hat ihr Grundstück in einem Naturschutzgebiet an den Käufer K. verkauft. Eine Kopie des Kaufvertrages geht wie üblich bei der Oberfinanzdirektion O ein. Auf Weisung des Umweltministeriums erklärte O gegenüber dem K. in einem Telefongespräch, dass das Vorkaufsrecht gemäß Naturschutzgesetz ausgeübt werde. K. möchte sich dagegen wehren. Handelt es sich eigentlich um eine hoheitliche Maßnahme oder um eine privatrechtliche Willenserklärung?
2. T hat eine Fahrerlaubnis. Nach mehrfachen Verkehrsverstößen fordert ihn die Straßenverkehrsbehörde zur Vorbereitung der Entscheidung über die Entziehung der Fahrerlaubnis wegen mangelnder Befähigung zum Führung eines Kraftfahrzeugs auf, ein psychologisches Gutachten (Idiotentest) beizubringen. T fühlt sich durch diese Aufforderung, an einem Idiotentest teilzunehmen, beleidigt und fragt, ob er dagegen vorgehen kann.⁸⁵
3. A betreibt einen Laden; er ist Anlieger einer Hauptverkehrsstraße. Wegen des besonders hohen Verkehrsaufkommens verfügt die Straßenverkehrsbehörde auf der Straßenseite des A absolutes Halteverbot mit der Möglichkeit des kurzfristigen Be- und Entladens. A befürchtet eine Beeinträchtigung seines Umsatzes und fragt, was er dagegen tun kann.⁸⁶
4. L ist er Leiterin eines Gymnasiums. In dieser Eigenschaft obliegt ihr die Aufgabe, die Lehre an ihrer Schule, auch den S, dienstlich zu beurteilen. L und S sind, ohne verheiratet zu sein, liiert. Die Aufsichtsbehörde glaubt daher, dass L. bei einer Beurteilung befangen ist, und entbindet sie von dieser Aufgabe. L bestreitet, befangen zu sein, und besteht darauf, die Beurteilung selbst durchzuführen. Was kann sie machen?⁸⁷

⁸⁵ vgl. BVerwGE 34, 248

⁸⁶ vgl. BVerfGE 92, 32

⁸⁷ vgl. BVerwG NVwZ 94, 785

1. Begriff des Verwaltungsakts (VA)

Der Verwaltungsakt ist die zentrale Handlungsform der Verwaltung. Vom VA wird unterschieden in das schlicht hoheitliche Handeln. Die Handlungsformen der Verwaltung haben sich im Wesentlichen um den Begriff des Verwaltungsaktes herum entwickelt, oder mit anderen Worten: es gibt verschiedene Betätigungen der Behörde welche deswegen nicht Verwaltungsakt heißen, weil eine der genannten Definitionsmerkmale fehlt; deren rechtlichen Einordnung geschieht von Fall zu Fall.

§ 35 Verwaltungsverfahrensgesetz definiert den VA wie folgt:

Verwaltungsakt ist jede Verfügung, Entscheidung oder andere hoheitliche Maßnahme, die eine Behörde zur Regelung eines Einzelfalls auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist.

Fall 1 : Hoheitliche Maßnahme

Das Vorkaufsrecht beruht auf einer Vorschrift des öffentlichen Rechts seine Ausübung wird durch einen Hoheitsträger ausgesprochen. Wenn das Vorkaufsrecht ausgeübt wird, führt dieses zwar zum Abschluss eines privaten Vertrages, aber materiell wird eine Maßnahme des öffentlichen Rechts wahrgenommen. Man spricht in diesen Fällen von einem privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakt.

Fall 2: Regelung

Das von der Behörde geforderte Gutachten hat weder positiv noch negativ zwingende Folgen. Die Behörde ist lediglich befugt, aus der Nichtbeibringung des Gutachtens Schlüsse zu ziehen, z.B. dass T. zur Führung von Kraftfahrzeugen ungeeignet ist. Daraufhin kann sie dem T durch Verwaltungsakt die Fahrerlaubnis entziehen, erst dieses wäre eine Regelung. Die Aufforderung, das Gutachten beizubringen, regelt noch gar nichts. Es liegt noch kein Verwaltungsakt vor, Rechtsschutz dagegen ist nicht möglich.

Fall 3 : eines Einzelfalls

Früher wurde die Meinung vertreten, dass Verkehrszeichen Rechtsverordnungen seien. heute wird allgemein angenommen, dass es sich um VA (Allgemeinverfügung) handelt. Systematisch ist schwer zu verstehen, warum eine behördliche Maßnahme, welches sich an eine unbestimmte Vielzahl von Verkehrsteilnehmern wendet, noch als Regelung eines Einzelfalls angesehen werden kann. Letztlich sind es aber praktische Erwägungen, welche für die Einordnung als Verwaltungsakt sprechen.⁸⁸ A kann also gegen das Verkehrsschild Anfechtungsklage erheben.

Fall 4: nach außen gerichtet

Die Maßnahme der Aufsichtsbehörde regelt unmittelbar nur das Dienstverhältnis zu L. Diese Regelung hat keine Außenwirkung. Es handelt sich daher nicht um einen Verwaltungsakt.

⁸⁸ K/R § 35 112 ff

2. Funktionen

Die Bedeutung des VA zeigt sich in seinen Funktionen, welche allgemein wie folgt beschrieben werden.⁸⁹

a. Konkretisierung – und Umsetzungsfunktion

Durch den VA werden allgemeine Rechtsnormen durch einen Rechtsbefehl im Einzelfall in der Wirklichkeit umgesetzt. Die Verwaltung vollzieht Gesetz und Recht, indem sie dem einzelnen Bürger gegenüber Rechte und Pflichten durch VA festsetzt, wie sie sich aus der entsprechenden Rechtsnorm ergeben.

b. Titelfunktion, Vollstreckungsfunktion

Soweit ein Verwaltungsakt einen vollstreckbaren Inhalt hat, ist er nach den Regeln des Verwaltungsvollstreckungsgesetzes des Bundes und der Länder ohne weiteres vollstreckbar. Die Verwaltungsbehörde kann durch den Erlass eines Verwaltungsaktes also ihre Vollstreckungstitel selbst schaffen.

c. Verfahrensfunktion, Rechtsschutzfunktion

Aufgrund seiner Titel Funktionen ist der Verwaltungsakt auch das zentrale Institut im Verwaltungsgerichtsprozess. Die entscheidenden und wichtigsten Aussagen des Rechts zum Rechtsschutz im Verwaltungsverfahren, Fragen des rechtlichen Gehörs der Vollstreckbarkeit usw beziehen sich auf den Verwaltungsakt.

3. Erlass des Verwaltungsaktes

Fälle

Das Energieunternehmen E erhält die beantragte Genehmigung, eine 10 km lange Freileitung (Strommasten) zu errichten. Diese wird auf einem Waldrücken verlaufen. G. ist Eigentümer eines Wohngrundstückes im Schutzstreifen der geplanten Trasse. Er fürchtet sich vor dem Elektromog und möchte gegen die Genehmigung angehen. Ist das möglich?

a. Ermächtigungsgrundlage

Ein Verwaltungsakt darf nur erlassen werden, wenn die erlassende Behörde dazu eine Ermächtigungsgrundlage hat. Man spricht von einer doppelten Ermächtigung:

- in materieller Hinsicht ist eine gesetzliche Grundlage erforderlich, damit der entsprechende Gegenstand von der Behörde überhaupt geregelt werden darf
- in formeller Hinsicht ist eine Ermächtigung erforderlich, dass die Behörde in der Form eines Verwaltungsaktes entscheiden darf.

Die zweite Frage ist insbesondere dann wichtig, wenn es um Zahlungsansprüche der Behörde gegenüber dem Bürger geht. Verwaltungsakte sind, wenn sie bestandskräftig sind, unmittelbar

⁸⁹ K/ R § 35 RNr 5 ff

vollstreckbar. Bescheide, die nicht als VA ergehen, stellen hingegen lediglich die privatrechtliche Fälligkeit einer Forderung fest, so dass die Behörde zur weiteren Durchsetzung der Forderung eine gerichtliche Klage erheben muss.

b. Form des Verwaltungsakts

Verwaltungsakte ergehen grundsätzlich schriftlich, sie können aber auch mündliche ergehen müssen dann jedoch schriftlich bestätigt werden. § 37 VwVfG.

Aus dem Verwaltungsakt muss sich die erlassende Behörde ergeben. Er muss unterschrieben sein; Ausnahme § 37 Abs. 5.

c. Bekanntgabe des Verwaltungsaktes, § 41

Der VA ist demjenigen bekannt zu geben, für den er bestimmt ist und der von ihm betroffen wird. Letzteres betrifft den Fall, dass neben dem unmittelbar Betroffenen auch weitere Beteiligte (§ 13) an dem Verfahren beteiligt sind.

VII. Formen des VA

1. Belastender VA

Die praktisch häufigste Erscheinungsform ist die des belastenden Verwaltungsaktes, mit welchem die Behörde dem Bürger bestimmte Handlungspflichten auferlegt oder eine begehrte Handlung verweigert. Beispiel: Entzug einer Fahrerlaubnis, Verweigerung einer Ausnahmegenehmigung uä.

2. Begünstigender VA

Der begünstigende Verwaltungsakt erzeugt für den Begünstigten bestimmte Rechte. Es gelten dieselben Grundsätze wie für den erlassenen Verwaltungsakt, insbesondere in Bezug auf den Gesetzesvorrang. und der Schwede Tom erlassenen Verwaltungsakt ergeben sich bei der Frage der Rücknahme eines rechtswidrigen beziehungsweise Widerruf eines rechtmäßigen Verwaltungsaktes.

3.. Nebenbestimmungen zu Verwaltungsakten

Wie im Privatrecht eine Verpflichtung, die freiwillig übernommen wird, mit beliebigen Bedingungen und Auflagen versehen werden kann, so gilt auch für den Verwaltungsakt, dass die Behörde ihn mit Nebenbestimmungen ausstatten kann. Allerdings gilt auch hier der Gesetzesvorbehalt. § 36 sagt: *Ein Verwaltungsakt, auf den ein Anspruch besteht, darf mit einer Nebenbestimmung nur versehen werden, wenn sie durch Rechtsvorschrift zugelassen ist oder wenn sie sicherstellen soll, dass die gesetzlichen Voraussetzungen des Verwaltungsaktes erfüllt werden.*

4. VA mit Drittwirkung, § 50

In vielen Fällen werden durch einen Verwaltungsakt nicht nur die Interessen der unmittelbar Betroffenen berührt, sondern auch die von anderen Personen. § 50 setzt voraus, dass der Dritte in einem solchen Fall unmittelbaren Rechtsschutz gegen einen solchen Verwaltungsakt in Anspruch nehmen kann. Voraussetzung ist aber, dass der Dritte in einem subjektiven öffentlichen Rechte beeinträchtigt ist.⁹⁰

Fall 1: Die mögliche Beeinträchtigung von Gesundheit und Eigentum auf Seiten des A durch die Trassenführung im dürften ausreichen, um ein subjektiv öffentliches Recht des A zu begründen, welches ihnen befugt, als Dritter gegen den Verwaltungsakt vorzugehen. Im Ergebnis wird der keinen Erfolg haben, da sein Privatinteresse gegenüber den überwiegenden öffentlichen Interessen an der Stromversorgung zurückzutreten hat.

5. Zusicherung, § 38

a. Voraussetzungen der Zusicherung

§ 38 Abs. 1 bestimmt: *Eine von der zuständigen Behörde erteilte Zusage, einen bestimmten Verwaltungsakt später zu erlassen oder zu unterlassen (Zusicherungen), bedarf zu ihrer Wirksamkeit der schriftlichen Form.*

Absatz 3: Ändert sich nach Abgabe der Zusicherung die Sach - oder Rechtslage derart, dass die Behörde bei Kenntnis der nachträglich eingetretenen Änderung die Zusicherungen nicht gegeben hätte oder aus rechtlichen Gründen nicht hätte geben dürfen, ist die Behörde an die Zusicherung nicht mehr gebunden.

Die verwaltungsrechtliche Zusage kann verglichen werden mit dem privatrechtlichen Vorvertrag. In vielen Fällen ist es für Bürger oder Wirtschaftsunternehmen wichtig, die Meinung einer Behörde zu einem bestimmten Vorhaben zu wissen, bevor ernsthafte Investitionen getätigt werden. Grundsätzlich sind zwei Möglichkeiten gegeben:

- Auskunft: der Bürger fragt die Behörde, was man von einem bestimmten Vorhaben meint, und ob z. B. die erforderliche Ausnahmegenehmigung für einen Abenteuerspielplatz im Außenbereich des Baugebiets erteilt werden wird. Eine Auskunft des unverbindlich, und daher für den Investor in der Regel nicht viel wert.
- verbindliche Zusage: hier handelt es sich um eine Selbstverpflichtung der Behörde, einen Verwaltungsakt mit einem bestimmten Inhalt zu erlassen, wobei in der Regel diese Verpflichtung von bestimmten Bedingungen abhängig gemacht wird. z.B.: Der Betrieb einer geruchsintensiven Schweinemästerei im Außenbereich wird erteilt, in der Erwartung, dass eine bestimmte, noch in Erprobung befindliche Anlagetor Beseitigung, bestimmte Richtwerte ergibt und in der Anlage eingesetzt wird.

Die Rechtsnatur der Zusicherung ist zweifelhaft. Die herrschende Meinung geht davon aus, dass es sich um einen Verwaltungsakt handelt. damit gelten für diese Zusicherung die allgemeinen Regeln für den Verwaltungsakt, insbesondere das Erfordernis der Ermächtigungsgrundlage.

Die Zusicherung stellt eine verbindliche Selbstverpflichtung der Behörde dar, einen künftigen Verwaltungsakt erlassen oder ihn nicht zu erlassen. Eine Zusicherung muss sich daher immer auf einen inhaltlich bestimmten künftigen Verwaltungsakt beziehen. Eine allgemeine

⁹⁰ K/R § 50 15 ff

Zusicherung ist daher begrifflich ausgeschlossen. Nicht ausgeschlossen wird aber, dass die Zusicherung bestimmte Vorbehalte und Bedingungen enthält.

Keine Zusicherungen im Sinne des Gesetzes sind allgemeine Erklärungen einer Behörde, wie die schlichte Bekanntgabe einer bevorstehenden Planung, die bloße Duldung einer baurechtswidrigen Anlage usw.

Auskünfte: Keine Zusicherungen im Sinne des Gesetzes sind Auskünfte, Erklärungen, Hinweise zu Rechtsfragen, welche das künftige Verhalten der Behörde beeinflussen können. Dasselbe gilt für ein Verhalten der Behörde, welches eine bestimmte Erwartung geweckt hat. Hier kommt allerdings in Betracht, dass die Behörde aufgrund vorangegangenen Tuns einen Vertrauenstatbestand schafft, an dem sie sich festhalten lassen muss.

Vorbescheid: Der Vorbescheid ist keine Zusicherung sondern ein Verwaltungsakt, welcher aus einer zukünftig zu regelnden Sache einen Teilbereich bereit jetzt regelt.⁹¹

Konzeptgenehmigung: Bei größeren Vorhaben ist es oft nicht möglich, die Details der Planung zu dem Zeitpunkt fertig zu haben, zu welchem die Investitionen getätigt werden müssen, beziehungsweise wenn privatrechtliche Verpflichtungen verbindlich gemacht werden müssen (z. B. Finanzierungszusagen)..Diese genannte Konzeptgenehmigung spricht sich darüber aus, ob ein Plan grundsätzlich genehmigungsfähig ist, steht allerdings unter zusätzliche Unsicherheiten hinsichtlich der weiteren Entwicklung des Plans.

b. Wegfall der Bindungswirkung

Die Formulierung in § 38 III erinnert an § 313 BGB. Es sind im Wesentlichen dieselben Gesichtspunkte, welche in beiden Fällen dazu führen, dass eine an sich bestehende rechtliche Verpflichtung den veränderten Umstände angepasst wird.

VIII. Begründung des Verwaltungsaktes, § 39

1. Grundsatz

Der Verwaltungsakt muss begründet werden (Ausnahme § 39 Absatz 2). *In der Begründung sind die wesentlichen tatsächlichen und rechtlichen Gründe mitzuteilen, die die Behörde zu ihrer Entscheidung bewogen haben. Die Begründung von Ermessensentscheidungen und soll auch die Gesichtspunkte erkennen lassen, von denen die Behörde bei der Ausübung ihres Ermessens ausgegangen ist.*

Vereinfacht kann gesagt werden: Eine Begründung muss das leisten, wozu sie da ist, nämlich den Betroffenen entweder zu überzeugen, dass die Entscheidung richtig ist, oder ihm die Möglichkeit zu geben, seine Aussichten in einem eventuellen Verwaltungsstreitverfahren zu prüfen.

2. Ermessen

a. Grundsatz

⁹¹ K/R § 38 RNr 13

§ 40 sagt: *Ist die Behörde ermächtigt, nach ihrem Ermessen zu handeln, hat sie ihr Ermessen entsprechend dem Zweck der Ermächtigung auszuüben und die gesetzlichen Grenzen des Ermessens einzuhalten.*

In außerordentlich vielen Fällen verwendet das Gesetz Ausdrücke wie *kann, soll darf, ist befugt*, und ähnliche Ausdrücke, welche zum Ausdruck bringen, dass das Gesetz nicht eine ganz bestimmte Entscheidung, sondern unter verschiedene Arten von Entscheidungen nach Lage die angemessenste Variante befiehlt.

Funktionell entspricht § 40 dem § 242 BGB: beide Vorschriften sind dadurch ärgerlich, dass sie so weit gefasst sind, dass sie sich einer klaren juristischen Anwendung nur schwer erschließen. Beiden Vorschriften ist aber auch gemeinsam, dass es ohne eine solche Weite nicht geht. Die Einzelfälle des Lebens können weder von den Vertragspartnern (§ 242 BGB) noch vom Gesetzgeber vorausgesehen werden. § 40 ist damit die Vorschrift, durch welche die Behörde verpflichtet wird, nach Treu und Glauben unter Rücksicht auf die Verkehrssitte und die Gegebenheiten des Einzelfalls zu entscheiden. Die Vorgaben, welche das Gesetz darüber hinaus macht (Zweck der Ermächtigung und des Ermessens) sind nicht mehr als allgemeine Leitlinien. Der Bürger hat in diesen Fällen keinen Anspruch auf eine bestimmte Entscheidung, sondern nur darauf, dass die Behörde ihr Ermessen richtig anwendet.

Es ist insbesondere zu berücksichtigen, dass eine moderne Verwaltung nicht nur reiner Gesetzesvollzug ist, sondern auch eine aktive Gestaltung der öffentlichen Belange im Rahmen des Gesetzes. Die Behörde muss daher gewisse Freiheiten haben, um ihren Auftrag in einer modernen Gesellschaft zu erfüllen. Dagegen entsteht sofort wieder das Problem der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung: wenn der Gesetzgeber die Ermessensspielräume zu weit bemisst, kann der Bürger praktisch nicht voraussehen, unter welchen Voraussetzungen die Behörde einschreitet. Das kann mit Art. 19 IV GG kollidieren.

b. Grenzen des Ermessens

Zweck der Ermächtigung: Ermessen ist nie Beliebigkeit, sondern pflichtgemäß. Die Behörde hat sich also an den sachlichen Zecken der Ermächtigungsgrundlage zu orientieren. Die Behörde hat also eine Zielbestimmung vorzunehmen und ihr Ermessen ist daher in der Weise einzusetzen, dass dieses Ziel so erreicht wird, dass der Bürger am wenigsten belastet wird.

Gesetzliche Grenzen: Diese können sich insbesondere aus der verfassungsmäßigen Ordnung ergeben; es versteht sich daher von selbst, dass die Behörde bei der Ausübung ihres Ermessens den Gleichheitssatz beachtet, die Bekenntnisfreiheit gemäß Art. 4 berücksichtigt usw.

Reduktion des Ermessensspielraums auf Null: Es kommen Fälle vor, in denen zwar an sich verschiedene Entscheidungsmöglichkeiten offen stehen, in denen aber nach Lage der Dinge nur eine einzige Entscheidung richtig sein kann. In diesem Fall reduziert sich der im Gesetz gegebene Spielraum auf Null, die Behörde muss in diesem Sinne entscheiden; ggfs hat der Bürger einen Rechtsanspruch auf Entscheidung in diesem Sinne.

Nichtgebrauch des Ermessens: Eine Ermessensentscheidung ist fehlerhaft, wenn die Behörde fälschlich der Meinung war, in ihrer Entscheidung gebunden zu sein obwohl sie tatsächlich einen Ermessensspielraum hatte.

Ermessens Fehlgebrauch: unter diesen Oberbegriffe werden eine Reihe von ihrerseits wieder sehr komplexen Sachverhalten begriffen, zum Beispiel: Unverhältnismäßigkeit: eine an sich zulässige Entscheidung wird dadurch rechtswidrig, wenn mit falschen Mitteln das richtige Ziel erreicht wird.

c. Beurteilungsspielräume

Ein Beurteilungsspielraum liegt vor, wenn die Behörde kraft Gesetzes die Befugnis hat, in eigener Verantwortung über Tatbestandsvoraussetzungen der Ermächtigungsnorm zu entscheiden.⁹² Zu Grunde liegt der Gedanke, dass zwar gemäß Artikel 19 GG jeder staatliche Eingriff der richterlichen Kontrolle unterliegen soll. Es folgt aber aus dem Grundsatz der Gewaltenteilung, dass der Richter sich nicht an die Stelle der Verwaltungsbehörde setzen kann. Die Abgrenzung zwischen Ermessensspielraum, welcher der richterlichen Kontrolle in vollem Umfang unterliegt, und dem Beurteilungsspielraum, welcher der richterlichen Kontrolle nur teilweise unterliegt, ist im Einzelfall sehr schwer.

Prüffrage: Definieren Sie und grenzen gegeneinander ab Freiheit – (Gesetzes-)Gehorsam - Ermessen - Willkür

IX. Rechtmäßige und rechtswidrige Verwaltungsakte

1. Rechtmäßigkeit

Der rechtmäßige Verwaltungsakt entfaltet alle genannten Funktionen. Ein Verwaltungsakt ist rechtmäßig, wenn er folgende Kriterien erfüllt: Der VA ist

- ohne Ermessensfehler
- von einer zuständigen Behörde
- auf Grund einer gültigen Ermächtigungsgrundlage
- im Rahmen der von der Ermächtigungsgrundlage gezogenen Grenzen

erlassen worden.

Die Ermächtigungsgrundlage ist gültig, wenn sie unmittelbar auf ein Gesetz oder eine Rechtsverordnung gestützt wird, und diese sowohl gültig zu Stande gekommen ist und nicht gegen höherrangiges Recht (z.B. Grundgesetz) verstoßen.

Prüffrage: Definieren Sie Rechtswidrigkeit im BGB und vergleichen Sie den Begriff mit dem im Verwaltungsrecht. Denken Sie auch an § 823 II BGB.

2. Fehlerhaftigkeit – Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts

a. Nichtigkeit des Verwaltungsaktes

⁹² K/R § 40 RNr 71 ff

Der VA kann nichtig sein. Das ist der Fall, wenn er an einem besonders groben Fehler leidet, z. B. eine absolut unzuständige Behörde hat den VA erlassen, etwa der Polizeipräsident erteilt eine Baugenehmigung; oder: aus dem VA ist gar nicht ersichtlich, welche Behörde ihn erlassen hat.

Die Nichtigkeitsgründe ergeben sich aus § 44 VwVfG. Ein nichtiger Verwaltungsakt ist, wie der Name sagt, nichtig und kann von betroffenen Bürger als nicht existent angesehen werden.

b. Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts

Der Verwaltungsakt konkretisiert das Gesetz für einen Einzelfall. Wenn es daher keine gesetzliche Grundlage für diese Konkretisierung gibt (Ermächtigungsgrundlage, oder wenn die erlassende Behörde die Ermächtigungsgrundlage falsch bewertet hat) ist der Verwaltungsakt nicht nichtig, sondern nur rechtswidrig. Er ist als hoheitliche Art wirksam und entfaltet in die Wirkungen eines normalen VA. Auch der rechtswidrige VA ist vollstreckbar.

Der rechtswidrige VA kann aber im Verwaltungsprozess angegriffen und gegebenenfalls auf Anfechtungsklage des Betroffenen vom Verwaltungsgericht aufgehoben werden, so dass seine Wirkungen entfallen.

Prüffrage: Was war doch gleich Nichtigkeit im BGB? Gibt es Ähnlichkeiten ?

3. Nebenbestimmungen zu Verwaltungsakten, § 36

Im Privatrecht kann die Willenserklärung bzw ein Vertrag in seiner Gültigkeit von dem Eintritt bestimmter Bedingungen abhängig gemacht werden. Das gilt auch für den Verwaltungsakt. Der Verwaltungsakt kann daher, insbesondere wenn er eine Begünstigung enthält, Nebenbestimmungen (Auflagen und Bedingungen) enthalten.

Es gilt aber auch für diese Nebenbestimmungen der allgemeine Grundsatz, dass Verwaltungshandeln nur im Rahmen des Rechts stattfinden darf. Insofern der VA in einer Nebenbestimmung eine Belastung für den Bürger enthält, muß für diese ebenfalls eine Ermächtigungsgrundlage gegeben sein.

Prüffrage: Nebenbestimmungen zu Willenserklärungen im BGB – gibt es so etwas eigentlich auch?

4. Belastender und begünstigender Verwaltungsakt

Der Verwaltungsakt kann den Bürger in seinen Rechten beschränken, etwa in dem ihm aufgegeben wird eine bestimmte Handlung zu tun oder nicht vorzunehmen (belastender Verwaltungsakt).

Der Verwaltungsakt kann den Bürger auch begünstigen (z.B. Zuwendungsbescheid des Frauenministeriums zu Gunsten des Frauenrates NW, zwecks Sicherung von dessen finanzieller Beweglichkeit; begünstigender Verwaltungsakt).

5. Rücknahme von Verwaltungsakten, § 48

Die erlassende Behörde kann einen rechtswidrigen belastenden Verwaltungsakt gemäß § 48 VwVfG zurücknehmen, und auch dann, wenn er unanfechtbar und damit rechtskräftig und vollstreckbar geworden ist.

Handelt es sich um einen begünstigenden Verwaltungsakt ist die Rücknahmebefugnis beschränkt durch das Vertrauen, welches der Begünstigte berechtigterweise in die Bestandskraft des Verwaltungsaktes setzen durfte. (§ 48 Abs. 2).

Prüffrage: Kann man eigentlich eine Willenserklärung im BGB so einfach widerrufen? Ähnlichkeiten zum Verwaltungsrecht?

7. Widerruf von Verwaltungsakten mit Drittwirkung

Als Widerruf wird die Rücknahme eines rechtmäßigen Verwaltungsaktes bezeichnet, § 49 VwVfG. Ein rechtmäßiger begünstigender Verwaltungsakt darf grundsätzlich nicht widerrufen werden, es sei denn, dass dieses durch die Ermächtigungsgrundlage ausdrücklich zugelassen ist, und aus anderen schwer wiegenden Gründen, welche das Gesetz in § 49 Absatz 2 beschreibt.

VI. Weitere Handlungsformen der Verwaltung

1. Verwaltungsrechtlicher Vertrag, §§ 54 ff

a. Grundsatz

Der Vertrag ist an sich das Rechtsinstitut des Privatrechts. In herkömmlicher Sichtweise hat der Vertrag im Verwaltungsrecht keinen Platz. Bis vor wenigen Jahrzehnten galt daher der Grundsatz, dass ein verwaltungsrechtlicher Vertrag nur zulässig sei, wenn er von Gesetz ausdrücklich erlaubt war.⁹³

Spätestens aufgrund von § 54 VwVfG ist hier eine erhebliche Liberalisierung eingetreten. Diese Vorschrift lautet:

Ein Rechtsverhältnis auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts kann durch Vertrag begründet, geändert oder aufgehoben werden (öffentlich-rechtlicher Vertrag), soweit Rechtsvorschriften nicht entgegenstehen. Insbesondere kann die Behörde, anstatt einen Verwaltungsakt zu erlassen, einen öffentlich-rechtlichen Vertrag mit denjenigen schließen, an den sie sonst den Verwaltungsakt richten würde.

Der öffentlich-rechtliche Vertrag bietet vielfältige Vorteile, birgt aber auch Gefahren. Positiv ist zu bewerten, dass der Bürger als Vertragspartner eines Vertrages am Prozess des

⁹³ K/R § 54 RNr 1, 13

Aushandeln der Vertragsbedingungen aktiv beteiligt ist und nicht nur wie bei einem Verwaltungsakt passiv den Befehl (=VA) der Behörde entgegennimmt. Als Vertragspartner kann der Bürger seine Interessen besser zur Geltung bringen als im Rahmen einer nach § 28 vorgesehenen Anhörung vor Erlass eines Verwaltungsakts.

Als Gefahr des öffentlich-rechtlichen Vertrages muss gesehen werden die Möglichkeit oder Versuchung, dass die Behörde über diesen Weg des geringsten Widerstands an sich zwingende Rechtsvorschriften unterläuft. (Ausverkauf von Hoheitsrechten).

b. Vergleichsvertrag

§ 55 sagt: *Ein öffentlich-rechtlich der Vertrag im Sinne des § 54, durch den eine bei verständiger Würdigung des Sachverhalts oder der Rechtslage bestehende Ungewissheit durch ein gegenseitiges Nachgeben beseitigt wird (Vergleich), kann geschlossen werden, wenn die Behörde den Abschluss des Vergleichs zur Beseitigung der Ungewissheit nach pflichtgemäßem Ermessen für zweckmäßig hält.*

Der Grundgedanke des Vergleichsvertrages folgt wieder dem privatrechtlichen Muster, § 779 BGB. Die Weisheit: ein schlechter Vergleich ist besser als ein guter Prozess, gilt auch im Verwaltungsrecht.

Die grundsätzliche Problematik dieses Vertrages besteht aber darin, dass eine Behörde sich von zwingenden rechtlichen Regeln löst, weil sie deren Geltung oder tatbestandlichen Voraussetzungen in einem konkreten Fall für nicht gegeben oder zweifelhaft ansieht. Es kann also eine gewisse Verlockung für die Verwaltung darin liegen, an Stelle einer umfangreichen und komplexen Prüfung der Sach – und Rechtslage über einen Vergleichsvertrag eine Angelegenheit „unbürokratisch“ zu erledigen.⁹⁴

2. Schlichtes Verwaltungshandeln

Fall:

Das ostasiatischen Land T ist ein beliebtes Ferienziel für deutsche Urlauber und wird insbesondere über den Reiseveranstalter R in den Saisonmonaten Juli/August angefliegen. R hat während dieser Monate Tausende von Hotelbetten für deutsche Urlauber im Voraus gebucht. Nach den Informationen des Auswärtigen Amtes drohen während der Saisonmonate in T schwere soziale Unruhen. Das Auswärtige Amt erlässt daher eine allgemeine Warnung an deutsche Urlauber, während dieser Zeit T Urlaub zu machen. Daraufhin gehen die Buchungen zurück oder werden storniert. R hält die Situation in T für bei weitem nicht so dramatisch und fragt,

- ob die Bundesrepublik Deutschland durch Gerichtsbeschluss gezwungen werden kann, kann, diese Warnung zurückzunehmen.
- nachdem die Unruhen tatsächlich ausgeblieben sind, fragt R, nach Schadensersatzansprüchen gegen die Bundesrepublik Deutschland.

Verwaltungshandeln kann auch in anderen Formen stattfinden als durch Verwaltungsakt. Das so genannte schlichte Verwaltungshandeln ist im Grunde nur negative, nämlich dadurch definiert, dass den Willensäußerungen einer Verwaltungsbehörde die Charakteristika des

⁹⁴ K/R § 55 RNr 3 ff

Verwaltungsaktes fehlen. Als schlichtes Verwaltungshandeln kommen in Betracht Mitteilungen, Gutachten, Warnungen, Empfehlungen.⁹⁵

Fall: Die Warnung ist kein Verwaltungsakt, denn es wird kein Rechtsverhältnis konkretisiert. Die Handlung des Auswärtigen Amtes hat dennoch erhebliche Auswirkungen, und es kommt unter den Voraussetzungen der Staatshaftung ein Anspruch auf Widerruf / Schadensersatz. in Betracht

⁹⁵ Kopp/Ramsauer § 35 RNr. 47

5. Teil Besonderes Verwaltungsrecht

I. Polizei- und Ordnungsrecht

Fälle

1. Auf dem Kreuzberg in Berlin steht ein Kriegerdenkmal für die Gefallenen der Befreiungskriege⁹⁶. E beabsichtigt, in der Nähe ein mehrstöckiges Haus zu bauen; dadurch würde der freie Blick auf das Denkmal beeinträchtigt. Die Ordnungsbehörde will das verhindern und erlässt eine Verfügung, wonach solche Häuser wie von E geplant nicht zulässig seien. Zu Recht?⁹⁷
2. Mieter M, der seit 40 Jahren in derselben Wohnung des Vermieters V wohnt, ist durch rechtskräftiges Urteil verpflichtet worden, die Wohnung zu räumen. Für M bricht eine Welt zusammen, und er droht, Selbstmord zu verüben, falls er wirklich vom Gerichtsvollzieher aus der Wohnung gewiesen werden wird. Nachbarn des M. nehmen diese Selbstmorddrohung ernst und informieren das Ordnungsamt der Staat S. Was darf/kann S unternehmen?⁹⁸
3. E ist Eigentümer eines Wohnhauses mit Garten in einer Großstadt. In seinem Garten hat er einen Teich angelegt, in welchem sich zu seiner großen Freude viele Frösche eingefunden haben. Seine Nachbarn teilen diese Freude nicht, sie fühlen sich durch das Gequacke gestört. Nachbar N ist besonders betroffen und bittet, nachdem E sich als unzugänglich erwiesen hat, die Ordnungsbehörde um ihr Einschreiten. Was kann/darf diese tun?
4. M betreibt seit Jahren im Außenbereich der Gemeinde G eine Schweinemästerei, für welche er alle erforderlichen Genehmigungen hat. Der Betrieb erzeugt erhebliche Gerüche. Die Gemeinde G wächst, und das Wohngebiet rückt immer näher an den Betrieb des M heran. Die neuen Anwohner fühlen sich durch die Gerüche belästigt. G erlässt eine Verfügung, wonach dem M der weitere Betrieb der Mästerei verboten wird. Zu Recht?

1. Grundlagen

Die historische Grundlage des Staates ist es, für Recht und Ordnung zu sorgen. Der Staat hat dagegen nicht die Aufgabe, dem Bürger das Leben zu verschönern oder ihm zu sagen, wie er leben soll und was er gut und schön finden soll. Die klassische Aufgabe des Staates ist daher eigentlich ausschließlich das Polizeirecht.

⁹⁶ So wird der Krieg genannt, welche zur Beseitigung der französischen Fremdherrschaft unter Napoleon führte; wichtig: Schlacht bei Leipzig 1813 (daher dort: Völkerschlachtdenkmal).

⁹⁷ Wesentlicher Inhalt des berühmten Kreuzbergurteils. Aus Wikipedia: Das so genannte **Kreuzbergurteil** ist ein Urteil des OVG vom 19. April 1956. In der Sache ging es darum, dass das OVG eine Verfügung erlassen hatte, die den Eigentümern der Grundstücke rund um den Kreuzberg das Verbot, Gebäude über einer bestimmten Höhe zu errichten. Zweck dieses Verbots war, die Sicht auf das gerade neu errichtete Kreuzbergdenkmal freizuhalten. Dem Eigentümer eines nahegelegenen Grundstücks war deswegen eine Genehmigung versagt worden, wogegen er geklagt hatte. Das Obergericht erklärte die Polizeiverordnung für unwirksam mit dem Argument, die Verfügung sei nur für die Wahrung der öffentlichen Sicherheit zuständig, nicht aber für die Wahrung ästhetischer Interessen.

⁹⁸ vgl. BayObLG DÖV 89, 273

Polizeirecht ist das Recht, aufgrund dessen der Staat und seine Behörden über die Einhaltung von Gesetzen wachen und Gefahren von der Allgemeinheit und ggfs von dem einzelnen Bürger abwehren. Dieser Grundsatz wurde in dem berühmten Kreuzbergerurteil ausgesprochen; Fall 1: Die Pflege und Stärkung vaterländischer Gefühle mag wünschenswert sein, sie ist aber nicht die Aufgabe der Polizei.

Der Staat kann eine unmittelbar drohende Gefahr dadurch bekämpfen, daß entsprechende Verwaltungsakte erlassen werden, er kann aber auch präventiv in der Gefahrenabwehr tätig werden, indem er drohende Gefahren erkennt und die Bürger durch Verwaltungsakt zu entsprechendem Handeln/Unterlassen auffordert.

Die Rechtsgrundlage für polizeiliche Eingriffe findet sich in Spezialgesetzen. Das VersammlungsG ist ein solches. Art. 8 GG erlaubt freie Versammlung, grundsätzlich. Wenn eine solche aber zu einer Gefahr werden kann, dann kann die Polizeibehörde sie unter den Bedingungen des § 5 VersammlungsG verbieten, oder ggfs auflösen, § 13.

Als allgemeine Auffanggesetze für Fälle, in denen ein Spezialgesetz fehlt, gelten die landesrechtlichen Polizei- bzw Ordnungsbehördengesetze. In Nordrhein-Westfalen das Gesetz über Aufbau und Befugnisse der Ordnungsbehörden (Ordnungsbehördengesetzes in der Fassung vom 13. Mai 1980; vgl. Anhang I .

Prüffrage: Ist der Grundgedanke des Kreuzbergerurteils heute noch aktuell?

2. Zuständigkeiten

Zuständig sind die in den jeweiligen Spezialgesetzen genannten Behörden. Für die allgemeine Gefahrenabwehr, sind die Gemeinden als untere staatliche Verwaltungsbehörde zuständig, welche – in Nordrhein-Westfalen – das OBG ausführen.

3. Öffentliche Sicherheit

Der Begriff öffentliche Sicherheit ist bei der Anwendung der Generalklausel des § 14 OBG von überragender Bedeutung. Der Begriff umfasst

- Interessen der Allgemeinheit (Staat und seine Einrichtungen)
- Schutz der besonderen Rechtsgüter der Personen (Eigentum, Leben und Gesundheit)
- besondere durch Einzelgesetze geschützte Rechtsgüter

Öffentliche Ordnung wird vom Bundesverfassungsgericht definiert:⁹⁹ *Die Gesamtheit der ungeschriebenen Regeln für das Verhalten des einzelnen in der Öffentlichkeit, deren Befolgung nach den jeweils herrschenden und mit dem Wertgehalt des Grundgesetz zu vereinbarenden sozialen und ethischen Anschauungen als unerlässliche Voraussetzung eines geordneten menschlichen Zusammenlebens innerhalb eines Gebiets.*

Fall 2: In dieser Definition ergibt sich, dass es zwar grundsätzlich dem freien Willen eines Menschen überlassen bleiben mag, ob er seinem Leben ein Ende macht (der Selbstmord ist nicht strafbar!) Dennoch wird ein solcher Fall als allgemeines Unglück angesehen, dem weder die Mitmenschen noch die Behörde tatenlos zusehen können / Art. 1 GG). Die Behörde hat

⁹⁹ NVwZ 04, 90 ff

daher aufgrund des allgemeinen Polizeirechts die Pflicht, diese Gefahr abzuwenden. In Betracht kommt, dass S durch einen Verwaltungsakt den Vermieter V. verpflichtet, M für eine gewisse Zeit weiter in der Wohnung zu belassen, oder dass M im Rahmen der sonst geltenden Gesetze in einer solchen Weise untergebracht wird, dass eine Selbstmordgefahr ausgeschlossen wird.

Der Bereich des Ordnungs- und Polizeirechts ist also der Bereich, in welchem die Behörde, selbstverständlich im Rahmen der vom Gesetz gezogenen Grenzen, das größte Ermessen hat und auch verpflichtet ist, ihr Ermessen anzuwenden.

Grundsätzlich ist jeder Bürger verpflichtet, die von ihm ausgehende Gefahr selbst beseitigen, und wenn er es nicht tut, darf die Behörde an seiner Stelle einschreiten. Das gilt auch für solche Gefahren, die nur scheinbar entstehen (z. B.: Bürger B. kommt aus China zurück, und es besteht der falsche Verdacht, einer schweren ansteckenden Krankheit).

Eine Gefahr kann aber auch von Gegenständen ausgehen. In diesem Fall ist der Eigentümer verpflichtet, Maßnahmen der Gefahrenabwehr zu dulden und im Rahmen der Gesetze auch selbst vorzunehmen. Wenn er es nicht tut, hat die Behörde nach pflichtgemäßem Ermessen die Maßnahmen zu treffen, welche zur Gefahrenabwehr nötig sind. Fall 3: E verhält sich nicht rechtswidrig. Im Grundsatz ist es sogar erwünscht, dass er seinen Gartenteich als Lebensraum für Frösche zur Verfügung stellt. Die Ordnungsbehörde kann nur eingreifen, wenn von einer Sache oder einem Tier eine Gefahr ausgeht (Zustandshaftung); § 18 OBG – NRW. Die entscheidende Frage ist also, ob das Gequacke eine Gefahr im Sinne des Gesetzes ist. Diese Frage kann nur nach den konkreten Umständen beantwortet werden: Die Antwort fällt in der Nähe eines Krankenhauses gewiß anders aus als in der Nähe eines Gewerbegebiets.

Besonders problematisch sind Fälle nach Art von Nr. 4. M stört – keine Frage. Aber M war ehe da, und die neuen Anwohner hätten Gelegenheit gehabt, sich vorher zu erkundigen. Aber auch die Anschauungen über das, was zumutbar ist, ändern sich. M muß weichen.

Prüffrage: Erfinden Sie mindestens 3 Fälle, in denen nach Ihrer Meinung die Ordnungsbehörde einschreiten müsste.

II. Staatshaftungsrecht

Fälle

1. Am 30. Mai 1999 führte die NATO im Rahmen des Kosovokrieges einen Luftangriff in Jugoslawien durch, der zehn Zivilisten das Leben kostete und 37 weitere z.T. schwer verletzte. Zu diesen gehören die Kläger. Die beklagte Bundesrepublik Deutschland hat, mit Zustimmung des Bundestages, an den Kriegshandlungen insgesamt, wenn auch nicht an diesem konkreten Angriff, teilgenommen. Die Kläger verlangen von der Beklagten Ersatz ihrer Schäden. Zu Recht? ¹⁰⁰
2. Der fraktionslose Bundestagsabgeordnete H hat keine realistische Aussicht, bei der nächsten Bundestagswahl wieder in das Parlament gewählt zu werden. Er hat seine private Lebensplanung aber darauf abgestellt, dass er für die verbleibenden 24 Monate seine Abgeordnetendiäten bekommen wird. Nach der verlorenen Landtagswahl in Nordrhein-Westfalen ruft der Bundeskanzler überraschenderweise Neuwahlen aus. Der Bundespräsident löst den Bundestag auf. Vorausgegangen war eine wochenlange

¹⁰⁰ LG Bonn JZ10.12.03 JZ 04, 572 mit Anm. Dörr

öffentliche Diskussion darüber, ob ein Fall des Art. 68 Grundgesetz gegeben sei. In der Neuwahl verliert H sein Mandat; er fragt, ob der Ansprüche ggfs gegen wen hat.

3. B ist Bauträger und hat aus einer erst noch projektierten Baumaßnahme bereits 10 Wohnungen verkauft, und einen Gewinn von 100.000 € kalkuliert. Entgegen einer von der Gemeinde G. gemachten Zusicherung wird ihm die Baugenehmigung für das Projekt doch nicht erteilt. Gleichzeitig war ihm von G aufgegeben worden, den bereits errichteten Bauzaun wieder zu entfernen. Da B daran nicht gehalten hat, hat die Behörde ihm ein Ordnungsgeld von 1000 € auferlegt und vollstreckt. Vom Verwaltungsgericht wird G verpflichtet, die Baugenehmigung zu erteilen. Inzwischen hat sich der Markt gedreht. Der Gewinn des B ist auf 10.000 € geschrumpft. B. fragt, ob er, gegebenenfalls gegen wen Ansprüche hat.
4. E ist Eigentümer eines Grundstücks in bevorzugter Lage der Gemeinde G. E hofft darauf, dass dieses Grundstück einmal zu Bauland wird. G beschließt aber, das Grundstück des E in die Planung eines neuen Friedhofs einzubeziehen. 1 m² Bauland kostet in der Lage etwa 300 DM/ m²; der Grünflächen wird höchstens 10 DM/ m² bezahlt. E fragt ob Ansprüche hat.
5. Bei der Verfolgung eines Bankräubers wird der unbeteiligte Bürger B durch den Schusswaffeneinsatz eines Polizisten des Landes NRW verletzt. B verlangt Ersatz seiner Schäden und Schmerzensgeld. Zu Recht? An wen muss er sich wenden?
6. In Essen-Burgaltendorf wurde im Deipenbecktal eine neue Versorgungsleitung gelegt. Dadurch war diese Straße für etwa 9 Monate gesperrt. Die am Eingang der Straße liegende Tankstelle des T konnte nur mit Mühe angefahren werden. T erlitt einen erheblichen Umsatzeinbruch; seinen Nettoschaden beziffert er auf 50.000 € T fragt, ob er Ansprüche hat und gegebenenfalls gegen wen.
7. E ist Eigentümer eines landwirtschaftlich genutzten Grundstücks in der Nähe der Stadt Flensburg, F. In unmittelbarer Nähe dieses Grundstücks legte die Stadt F eine Deponie an. Die Deponie erweist sich für die Möwen von der nahen Ostsee als attraktive Futterstelle; allerdings benutzen diese ihren Weg dorthin auch dazu, ihren Speiseplan um die von K. jeweils ausgelegte Saat zu bereichern. Als Folge davon wird auf dem Grundstück des G. keine Saat mehr reif, weil die Möwen zuvor alles weg gefressen haben. E fragt, ob er Ansprüche gegen F hat.

1. Grundsätze

Aus dem Rechtsstaatsprinzip folgt, dass der Bürger sich gegen rechtswidrige Akte der öffentlichen Hand zur Wehr setzen darf. Aus diesem Grundsatz folgt zwingend ein weiterer: wenn ein Bürger aufgrund einer Handlung einer Behörde einen für ihn rechtswidrigen Schaden erleidet, haftet grundsätzlich der Staat.

Der Bereich des Staatshaftungsrechts erscheint im Wesentlichen in folgenden drei Formen.

- Schadensersatzhaftung aufgrund von Pflichtverletzungen des Staates: Dieser Grundsatz ist durch Artikel 34 Grundgesetz verfassungsrechtlich abgesichert (Amtshaftung), § 893 BGB.
- Folgenbeseitigungsanspruch: Auf Grund einer Pflichtverletzung eines Amtsträgers kommt nicht nur ein unmittelbarer Schaden des betroffenen Bürgers in Betracht, es

müssen auch die Folgen beseitigt werden, welche aufgrund eines Verwaltungshandelns, welche sich möglicherweise erst im Rahmen eines Gerichtsverfahrens als rechtswidrig herausstellt, zeigen. Der Folgenbeseitigungsanspruch ist daher systematisch eine Ergänzung der Amtshaftungsanspruchs.

- Ansprüche aus Enteignung/Aufopferung: Rechtmäßige Maßnahmen des Staates können gegenüber einem Bürger unrechtmäßig sein bzw zu Nachteilen führen, welche diesem nicht zuzumuten sind. Dieser Grundsatz ergibt sich aus Art.14 GG: es kann zwar rechtmäßig sein, wenn der Staat zu Gunsten der Allgemeinheit einen Einzelbürger besonders belastet; es ist aber rechtswidrig, ihn das auferlegte Opfer nicht zu vergüten.

2. Amtshaftung

Artikel 34 lautet: *Verletzt jemand in Ausführung eines ihm anvertrauten öffentlichen Amtes die ihm einen Dritten gegenüber obliegenden Amtspflicht, so trifft die Verantwortlichkeit grundsätzlich den Staat oder die Körperschaft, in deren Dienst er steht.*

Es handelt stets ein individueller Mensch, keine abstrakte Behörde. Ein Schadensersatzanspruch richtet sich daher gegen eine Person, welche unter den konkreten Umständen rechtswidrig und schuldhaft gehandelt hat. Die Anspruchsgrundlage für einen Schadensersatzanspruch aufgrund einer Pflichtverletzung im öffentlichen Dienst ist daher § 839 BGB. Nur wenn § 839 BGB erfüllt ist, tritt über Art. 34 GG die Haftung des Staates für seinen Amtsträger ein.¹⁰¹

Voraussetzung für diesen Anspruch ist, dass der Amtsträger hoheitlich gehandelt hat. Hoheitlich ist hier zu verstehen wie in der VwGO, also unter Ausschluß des Verfassungsrechts. Auch ein Gerichtsurteil ist ein Hoheitsakt. Wenn der/die ein Fehlurteil treffen, dann gilt grundsätzlich dasselbe, allerdings gilt gemäß § 839 II BGB das so genannte Richterprivileg: Der Richter hat eine gewisse Gestaltungs- und Auslegungsfreiheit; ein Fehlurteil führt daher nur zu einem Schadensersatzanspruch, wenn dieses zugleich eine Straftat des Richters darstellt, z.B. er entscheidet aufgrund einer Bestechung.¹⁰²

¹⁰¹ **Exkurs:** Systematisch kann man an daher Artikel 34 GG mit § 278, 831 BGB (Haftung für den Erfüllungs- bzw Verrichtungsgehilfen) vergleichen. Grundsätzlich kommt in Betracht, dass der Beamte/öffentliche Bedienstete auch persönlich haftet. Aufgrund des öffentlichen Dienstrechts kommt aber eine persönliche Haftung des Bediensteten nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit in Betracht. Für die Praxis des Staatshaftungsrechts ist die persönliche Haftung des Bediensteten für den Gläubiger in aller Regel ohne Interesse.

Im privaten Arbeitsrecht ist die Rechtslage ähnlich: Das Sozialgesetzbuch VII regelt die gesetzliche Unfallversicherung. § 2 beschreibt den Personenkreis der kraft Gesetzes versicherten Personen, § 2 Nr. 1 nennt Beschäftigte. Dieser Begriff ist zwar nicht ganz identisch mit dem des Arbeitnehmers, Arbeitnehmer sind aber auf jeden Fall Beschäftigte im Sinne dieses Gesetzes. Arbeitnehmer sind mithin kraft Gesetzes gegen Unfallschäden, welche sie im Rahmen ihrer Beschäftigung erleiden, versichert. Die Versicherungsbeiträge sind gem. § 150 vom Unternehmer aufzubringen. Da der Arbeitnehmer im Falle eines Arbeitsunfalls also bereits durch die Versicherung schadlos gestellt wird, benötigt er den privatrechtlichen Anspruch gegen den Schädiger nicht mehr. Im Ergebnis sind also der Unternehmer und Arbeitskollege durch die Unfallversicherung geschützt. Wurde der Unfall durch Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit herbeigeführt, hat der Unfallversicherungsträger gegenüber dem Schädiger, der im Verhältnis zum Geschädigten gem. §§ 104ff frei ist, einen Ersatzanspruch in der Höhe, wie ihn der Geschädigte nach allgemeinem Recht, §§ 823ff BGB, gegen den Schädiger hätte.

¹⁰² Der EuGH (Az: C-173/03) befindet darüber hinaus, dass ein Schadensersatzanspruch des Bürgers wegen Fehlurteil auch dann bestehe, wenn ein nationales Gericht das *europäische Recht und die Rechtsprechung des EuGH offensichtlich verkannt* hat und so zu einem „falschen“ Urteil gekommen sei; vgl. FAZ v. 14. 6. 06 .

Im Bereich des privatrechtlichen Handelns (fiskalisch) bleibt es bei der normalen Haftung für vertragliches oder deliktisches Verschulden gemäß BGB.

Fall 1: Abgrenzung von der Haftung für völkerrechtliches Unrecht. Das Verteidigungsministerium an der Entstehung eines Schadens mitgewirkt. Ein Schadensersatzanspruch der Kläger kam daher in Betracht, wenn die Handlung rechtswidrig war. Das Landgericht Bonn hat einen Schadensersatzanspruch aber abgewiesen, da das hoheitliche Handeln der Bundesrepublik Deutschland auf dem Gebiet des Völkerrechtes nicht gerichtlich nachprüfbar sei.

Fall 2: Die Entscheidungen des Bundespräsidenten unterliegen wie die politischen Entscheidungen der Regierung nicht der gerichtlichen Nachprüfung.

Prüffrage: Der Bundestag macht ein unsinniges Gesetz. Folgen? Der Bundestag erlässt ein von der EU vorgegebenes Gesetz nicht/ zu spät. Folgen?

3. Folgenbeseitigungsanspruch

Ein rechtswidriges Verwaltungshandeln kann einen Nachteil bewirken, der nicht nur durch Geld ausgeglichen werden kann. Das kommt insbesondere in Betracht, wenn aufgrund eines rechtswidrigen oder später als rechtswidrig erkannten Verwaltungsaktes weitere Verwaltungsakte oder Verwaltungshandeln stattfinden. Es kommt dann ein Anspruch in Betracht auf Beseitigung der Folgen der Maßnahmen, für welche nur eine Behörde zuständig ist, insbesondere durch Erlass von Rücknahmebescheiden (Widerruf des VA).

Ein Folgenbeseitigungsanspruch kommt insbesondere in Betracht, wenn ein Verwaltungsakt zurückgenommen wird. Hat der Betroffene in Hinblick auf einen solchen Verwaltungsakt bereits Aufwendungen gemacht, so sind diese zu erstatten. § 48 Absatz 3 VwVfG ist daher ein Anwendungsfall des Folgenbeseitigungsanspruchs. Darüber hinaus hat der Betroffene Anspruch auf Rückgängigmachung aller durch eine bereits erfolgte Vollziehung des zurückgenommenen Verwaltungsakts unmittelbar herbeigeführten Folgen nach allgemeinen Grundsätzen.

Fall 3: Im weiteren Vollzug der von G als rechtsgültig angesehenen Verweigerung der Baugenehmigung wurde dem B auferlegt, dem Bauzaun wieder abzureißen. Zur Beseitigung der Folgen des rechtswidrigen Verwaltungsaktes muss daher auch der, für sich genommen rechtmäßige, zweite Bescheid aufgehoben werden und die gezahlte Geldbuße erstattet werden.

4. Enteignung und Aufopferung

a. Grundsatz

Unproblematisch sind die Fälle, in welchen aufgrund eines förmlichen Gesetzes oder in Vollzug eines Gesetzes Eigentum entzogen wird (z.B. zum Bau einer Bundesstraße). Nicht jede Vermögenseinbuße in Folge eines öffentlichrechtlichen Handelns führt aber zu einem Erstattungsanspruch.

Ein praktisch wichtiger Fall der Enteignung findet sich in §§ 45 ff Baugesetz, wonach im Rahmen eines Umlegungsverfahrens zur Durchführung eines Bebauungsplans Grundstücke

enteignet und neu zugeteilt werden können. Ebenso können gemäß §§ 80 ff BauGB. Grundstücke enteignet werden, wenn dieses erforderlich ist, um einen Bebauungsplan oder eine Bauleitplanung in angemessener Weise durchzuführen. Eine Enteignung ist nur zulässig, wenn das Wohl der Allgemeinheit sie erfordert und der Enteignungszweck auf andere zumutbare Weise nicht erreicht werden kann, § 87 I BauGB. Zur Entschädigung vgl. §§ 93 ff.¹⁰³

Rechtliche Schwierigkeiten treten auf, wenn Vermögenspositionen eines Bürgers nicht förmlich entzogen werden, aber infolge staatlichen Handelns derartig umgestaltet werden, oder in ihrer Nutzung beeinträchtigt werden, dass der Bürger einen messbaren Nachteil dadurch hat.

Fall 4: Art. 14 GG enthält auch Absatz 2: *Eigentum verpflichtet*. Es liegt der Gedanke zugrunde, dass der Eigentümer, insbesondere der Grundstückseigentümer, durch die Allgemeinheit und ihre Rechtsordnung im Genuss seines Eigentums geschützt wird; im Gegenzug wird von ihm erwartet, dass er zu Gunsten der Allgemeinheit zumutbare Beeinträchtigungen seines Eigentums hinnimmt. Als allgemeine Regel kann heute angesehen werden: hoheitliche Beschränkung der Nutzung – und Verfügungsbeschränkungen des Eigentums stellen keine Enteignung dar, sind daher in der Regel nicht zu entschädigen

b. Der enteignungsgleiche Eingriff - Aufopferungsanspruch

Ein Ausspruch des Bundesgerichtshofs lautet: Wenn schon der rechtmäßige Eingriff in das Eigentum zu einer Entschädigung führt, dann erst recht der rechtswidrige. Die Rechtsfigur des enteignungsgleichen Eingriffs ist durch die Rechtsprechung aus dem ursprünglichen Schutzbereich des Art. 14 GG herausgenommen worden.¹⁰⁴ Es wird heute ein gewohnheitsrechtlicher Satz angenommen (also einfachgesetzlich – kein Verfassungsgesetz!) wonach derjenige, welchem durch rechtswidriges Verwaltungshandeln ein Sonderopfer auferlegt wird, einen Anspruch auf Entschädigung hat.

Eine besondere Anwendung des Aufopferungsanspruchs findet sich z. B. in § 39 Ordnungsbehördengesetz NRW. Nach dieser Vorschrift hat B im Fall 5 einen Anspruch gegen das Land.

c. Der enteignender Eingriff

Von einem enteignenden Eingriff spricht man, wenn kein Eingriff in das Eigentum stattfindet, wenn jedoch aufgrund eines sonst rechtmäßigen Verwaltungshandelns eine unvorhergesehene Nebenfolge eintritt, welche zu einem besonderen Vermögensopfer eines Bürgers führt.

Fälle 5 und 6.

¹⁰³ Exkurs: §§ 104 ff BauGB regeln im Einzelnen das Enteignungsverfahren. Diese zum Teil sehr speziellen Vorschriften können allgemein als Beispiel dafür genommen werden, wie ein solches Verfahren auch in anderen Fällen abläuft.

¹⁰⁴ Exkurs: Auf eine Darlegung der Rechtsprechung wird hier verzichtet. Der Leitgedanke dieser Rechtsprechung ist: der umfangreiche Rechtsschutz des Bürgers gegen rechtswidrige Verwaltung handeln reicht aus, um den Bürger im Genuss seiner Rechte zu lassen. Es bleiben aber Fälle, in denen aufgrund der Bestandskraft rechtswidrigen Verwaltungshandelns Nachteile entstehen, die weder durch das Amtshaftungsrecht noch durch den Enteignungsbegriff abgedeckt werden.

III. Gewerberecht

Fälle:

1. In der Stadt S gibt es drei Apotheken, die bereits vor Jahrhunderten, im Jahre 1680 vom damaligen Kurfürsten mit dem Landesherrlichen Privileg ausgestattet, bestehen. A, der sein Studium als Apotheker erfolgreich abgeschlossen hat und die weiteren Berufsvoraussetzungen erfüllt, beantragt bei S, die Genehmigung, eine Apotheke aufzumachen. S ist der Meinung, es bestehe kein Bedürfnis für eine weitere Apotheke und lehnt den Antrag ab. A. fragt, ob er etwas dagegen machen könne.¹⁰⁵
2. Der belgische Unternehmer U stellt Schränke her; als er von einem Hauseigentümer in Aachen den Auftrag erhält, in dessen Wohnzimmer eine Schrankwand einzubauen, verlangte die zuständige Handwerkskammer, dass U sich in Aachen als Handwerker registrieren lasse. U, der schon in Belgien registriert ist, sieht das nicht ein. Zu Recht?¹⁰⁶

1. Grundsatz der Gewerbefreiheit

§ 15 der DDR - VO vom 12.7.1972 über die Förderung des Handwerks bei Dienst – und Reparaturleistungen und die Regelung der privaten Gewerbetätigkeit lautete wie folgt: *Zur Ausübung privater Gewerbetätigkeit kann Bürgern auf Antrag eine Gewerbe genehmigung erteilt werden.*¹⁰⁷

§ 1 Gewerbeordnung lautet: *Der Betrieb eines Gewerbes ist jedermann gestattet, soweit nicht durch dieses Gesetz Ausnahmen oder Beschränkungen vorgeschrieben oder zugelassen sind.*

Der Vergleich dieser beiden Vorschriften sagt über die unterschiedlichen Systeme des Kommunismus und der Marktwirtschaft mehr als viele Abhandlungen. Der Grundsatz der Gewerbefreiheit, welche sich im Laufe des 19. Jahrhunderts in Deutschland und allgemein in Europa durchsetzte, dürfte eine der größten freiheitlichen Durchbrüche sein, die unsere europäische Kultur zu verzeichnen hat. Die allgemeine Gewerbefreiheit ist mit den Worten des heutigen Verfassungsrechts Ausfluss des allgemeinen Freiheitsrechts gemäß Art. 2 GG. Die zum Schutze der Allgemeinheit erforderlichen Regelungen, welche auch eine Einschränkung der Berufs- und Gewerbefreiheit beinhalten können, leiten sich aus Art. 12 GG ab.

Der Ausgangsfall gibt vereinfacht die Problematik des berühmten Apothekenurteils des Bundesverfassungsgerichts wieder. Tatsächlich sahen die landesrechtlichen Vorschriften vor, dass eine Apotheke nur neu eröffnet werden dürfe, wenn ein *Bedürfnis* dafür bestehe. Bedürfnis ist ein unbestimmter Rechtsbegriff, welcher von der Behörde grundsätzlich autonom auszulegen ist und vom Verwaltungsgericht nur auf Ermessensfehler überprüft werden kann. Zu prüfen war aber, ob eine Bedürfnisprüfung mit dem Grundgesetz übereinstimmte, ob, konkret gesagt, die Zugangsbeschränkung für Neubewerber mit Art. 2, 12 GG in Einklang zu bringen war. Das wurde vom Bundesverfassungsgericht verneint.

Objektive Zugangsvoraussetzungen für die Ausübung einer bestimmten Tätigkeit sind nur zulässig, wenn sie zur Abwehr schwerer Gefahren für ein überragendes Gemeinschaftsgut geboten sind. Aus diesem Grunde ist es zulässig, den Zugang zum Apothekerberuf, ebenso

¹⁰⁵ vgl. BVerfGE 7, 377 f. (Apothekenurteil)

¹⁰⁶ Nach EuGH DVBl 2001, 114

¹⁰⁷ DDR - GBL II, Nr. 47, S. 541.- Die weiteren Voraussetzungen für die Errichtung eines privaten Gewerbebetriebs in einem System des Kommunismus sind hier nicht auszuführen.

wie zum Beruf des Arztes, Rechtsanwalts uä, von der Ablegung eines staatlichen Examens abhängig zu machen.

Das durch diese Zugangsbeschränkungen geschützte Gemeinschaftsgut liegt auf der Hand: Schutz der Volksgesundheit, Sauberkeit des Rechtswesens usw. Es ist aber kein überragendes Gemeinschaftsgut, dass ein individueller Apotheker, Arzt oder Rechtsanwalt ausreichend verdient. A erhielt daher die Genehmigung.

Dieses Urteil hat eine ganze Reihe von weiteren Folgen ausgelöst. Auch die ursprünglich im Gaststättengesetz und anderen Gesetzen vorgesehene Bedürfnisprüfung für die Zulassung eines Gewerbes ist seither generell weggefallen.¹⁰⁸

Fall 2: Als europarechtliche Fortsetzung des epochalen Apothekenurteils kann man die Entwicklung des europäischen Rechtes ansehen. Zugangsbeschränkungen, welche innerstaatlich verfassungsgemäß sind (Eintragung in die Handwerkerrolle zur Ausübung des Handwerkerberufes) dürfen nicht, auch nicht indirekt dazu genutzt werden, um EU – Ausländer an ihrer Berufstätigkeit in Deutschland zu hindern.¹⁰⁹

2. Anwendungsbereich der Gewerbeordnung

Die Gewerbeordnung folgte der klassischen Einteilung in Gewerbe und freie Berufe, welche auch den Kaufmanns Begriff bestimmt und im Steuerrecht Bedeutung hat. Die Gewerbeordnung gilt daher nicht für die Tätigkeit der Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater uä. Auch weitere Berufsfelder, welche durch Spezialgesetze geregelt sind (Fischereiwesen) fallen nicht in den Rahmen dieses Gesetzes, § 6.

3. Eröffnung eines Gewerbes

Allgemeine Voraussetzung für den Betrieb eines Gewerbes ist, dass der Unternehmer dieses der für den betreffenden Ort zuständigen Behörde anzeigt, § 14 GewO.

Wenn für den Betrieb eine besondere Erlaubnis, Genehmigung usw erforderlich ist, das ist etwa für die Eröffnung einer Gaststätte der Fall, und der Betrieb ohne diese Zulassung betrieben wird, kann die Gewerbeaufsicht den Betrieb schließen.

4. Gewerbebetriebe, welche einer besonderen Überwachung bedürfen

¹⁰⁸ Exkurs: Es gibt aber auch heute gewisse Bereiche, in welchen der Zugang von Neubewerbern in ein Amt/Gewerbe von einer Bedürfnisprüfung abhängig gemacht wird. Wichtigster Fall ist die Zulassung zum Notariat. Der Verfasser hat Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit der derzeitigen Praxis, wonach ein Notariat nur dann vergeben wird, wenn nach den Vorstellungen des Landes - Justizministeriums dafür ein Bedürfnis besteht. Ein weiterer Bereich ist etwa die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft am Bundesgerichtshof. Merkwürdigerweise wird dieser Bereich – soweit zu sehen – fast nie thematisiert. Es herrscht hier ein geschlossener Kreis von Anwälten, welche sich die wegen der hohen Streitwerte interessanten Fälle teilen. Neuzulassungen finden nur aufgrund eines komplizierten Verfahrens unter Berücksichtigung der Bedürfnislage statt. Auch diese Praxis hält der Verfasser ebenso für verfassungswidrig wie die der Erteilung von Taxikonzessionen nach dem Personenbeförderungsgesetz.

¹⁰⁹ Exkurs: Hier ist ein Fragenkreis berührt, der weit über den Bereich des vorliegenden Skripts geht. Der aufmerksame Zeitungsleser kommt praktisch täglich mit Fragen dieser Art in Kontakt. Diese Fragen können vereinfacht formuliert werden: Inwieweit sind die in Deutschland noch verfassungsgemäßen Berufsbeschränkungen und Regelungen für die Berufsausübung mit dem europäischen Recht, insbesondere dem Gebot der Nichtdiskriminierung, vereinbar?

In den §§ 29 ff GewO werden eine Reihe von Gewerbebetrieben oder gewerblichen Betätigungen aufgeführt, welche einer besonderen Überwachung bedürfen. Eine solche Überwachung findet grundsätzlich nur unter dem Gesichtspunkt des Schutzes der Allgemeinheit vor unredlichen gewerblichen Betätigungen statt. Eine Bedürfnisprüfung kommt nicht mehr in Betracht.

Beispiel: Der Betrieb eines Privatkrankenhauses bedarf einer Konzession, § 30 GewO. Diese Konzession darf nur versagt werden wenn – und es folgen in Abs. 1 Nr. 1 – 4 eine Reihe von Ausschlussgründen, welche sich letztlich unter dem Grund zusammenfassen: Die Konzession ist zu versagen, wenn der Betrieb dieses Krankenhauses eine Gefahr für die Allgemeinheit ist.

Die in § 30 und anderen Vorschriften immer wieder gebrauchte Formulierung: *Die Konzession ist nur zu versagen, wenn ..* bedeutet, dass der Antragsteller einen öffentlichrechtlichen Anspruch auf die Erteilung der Erlaubnis hat, wenn er die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt. Anders gesagt: In Bezug auf das Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen hat die Behörde einen Ermessens – und Beurteilungsspielraum, welcher im Rahmen der allgemeinen Regeln gerichtlich überprüft werden kann. Sind die Voraussetzungen aber erfüllt, dann ist die Behörde verpflichtet, die Erlaubnis (begünstigender Verwaltungsakt) zu erteilen.

Gemäß § 30 Nr. 1 ist z. B. die Konzession zu versagen, *wenn Tatsachen vorliegen, welche die Unzuverlässigkeit des Unternehmers in Beziehung auf die Leitung oder Verwaltung des Privatkrankenhauses dartun.* Die (Un-)Zuverlässigkeit ist ein unbestimmter Rechtsbegriff und muss in Hinblick auf das von § 30 Gewerbeordnung verfolgte Ziel ausgelegt werden: es reicht also nicht aus, dass der Unternehmer sonst ein feiner Kerl ist und noch niemals straffällig geworden ist. Die Zuverlässigkeit muss sich aus dem angestrebten Verantwortungsbereich herleiten. die Tatsache, dass der Antragsteller bisher lediglich als Koch oder Kellner tätig war, führt in diesem Fall vermutlich zur Unzuverlässigkeit; im Fall von § 4 Nr. 1 Gaststättengesetz hingegen wäre ein solcher Lebenslauf geradezu ein Ausweis der Zuverlässigkeit für den Betrieb einer Gaststätte.

Straftaten im Lebenslauf des Antragstellers führen nicht ohne weiteres zu Unzuverlässigkeit, insbesondere dann nicht, wenn sie mit dem beantragten Gewerbe nichts zu tun haben. wer bisher als hoch Verräter oder verfassungsfeindliche strafrechtlich verfolgt worden war, wird keine Schwierigkeiten haben, darzulegen, dass er nunmehr mit dem Betrieb einer Pizzeria ruhigere Fahrwasser aufsuchen will. Es sei denn – die Behörde hat den durch Tatsachen begründeten Verdacht, dass unter dem Deckmantel der Pizzeria ein neues Netzwerk von Verfassungsfeinden aufgebaut werden soll.

5. Gewerbeaufsicht

Die Gewerbeordnung ist als Gesetz vielfach Ermächtigungsgrundlage für Rechtsverordnungen, welche die Regelung von einzelnen Gewerbebezweigen und Betätigungen ordnen. neben der Gewerbeordnung gibt es eine ganze Reihe von Vorschriften, welche Einzelheiten regeln, insbesondere zur Arbeitssicherheit, Gesundheitsschutz usw. Die Durchführung dieses Gesetzes, überhaupt des Gewerberechts ist gemäß Landesrecht besonderen Beamten der stete/Gemeinden als Pflichtaufgabe übertragen; § 139 b GewO.

Die Beamten der Gewerbeaufsicht haben dieselbe Befugnis wie die Ortspolizeibehörde (Ordnungsamt). eine Gaststätte, welche verdorbenes Fleisch verarbeitet, kann daher zum Schutz der Allgemeinheit geschlossen werden (belastender Verwaltungsakt).

IV. Die Grundlagen des Baurechts

1. Grundsätze

Die Hauptrechtsgrundlage für das öffentliche Baurecht in Deutschland ist das bundesrechtliche Baugesetzbuch (BauGB). Dieses wird durch die Landesbauordnungen und weitere Rechtsvorschriften ergänzt. Gemäß § 1 Abs. 3 Baugesetzbuch haben die *Gemeinden Bauleitpläne aufzustellen, sobald und soweit es für die städtebauliche Entwicklung und Ordnung erforderlich ist.*

Die Bauleitpläne sind den Zielen der Raumordnung anzupassen. Hiermit ist verwiesen auf das bundesrechtliche Raumordnungsgesetz (ROG), dessen § 1 sagt: *Der gesamte Raum der Bundesrepublik Deutschland und seine Teilräume sind durch zusammenfassende, übergeordnete Raumordnungspläne und durch Abstimmung raumbedeutsamer Planungen und Maßnahmen zu entwickeln, zu ordnen und zu sichern.*

Als Folge der Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern kann das Raumordnungsgesetz keine allgemeine Raumordnung für ganz Deutschland vorschreiben. Aus Sicht des Verfassers wären etwa folgende Vorschriften sinnvoll:

- Das Bundesland Mecklenburg - Vorpommern wird als Naturschutzgebiet ausgewiesen. In einem Küstenstreifen von 10 km Breite entlang der Ostsee ist jede Bautätigkeit von der Zustimmung des Bundesinnenministers abhängig.
- Das Gebiet des Kommunalverbandes Ruhr (Ruhrgebiet) ist als größter industrieller Verdichtungsraum Deutschlands durch Maßnahmen des öffentlichen Personennahverkehrs besonders auszustatten. oä

Solche Bundesgesetze wären aber als Kompetenzüberschreitung des Bundes derzeit verfassungswidrig. Das Raumordnungsgesetz kann lediglich allgemeine Richtlinien erlassen, innerhalb deren die Länder die Raumordnung vorzunehmen und im gesamtstaatlichen Zusammenhang abzustimmen haben. Hierüber sprechen sich die §§ 6 ff ROG aus.

2. Bauleitplanung

Die Gemeinden haben im Rahmen der grundgesetzlich geschützten kommunalen Selbstverwaltung im Prinzip die Befugnis, auf ihrem Gebiet zu machen, was sie wollen. Diese Befugnis kann durch das Gesetz eingeschränkt werden. Das geschieht durch das BauG, ein Bundesgesetz. Die Gemeinden sind daher verpflichtet, Bauleitpläne aufzustellen.

§ 2 sagt: *Die Bauleitpläne sind von der Gemeinde in eigener Verantwortung aufzustellen.* Die Pläne sind zwar der Aufsichtsbehörde zur Genehmigung vorzulegen, § 6. Es wäre aber ein Verstoß gegen die Eigenverantwortung der Gemeinde, wenn die Aufsichtsbehörde eine Fachaufsicht ausüben könnte, etwa in der Weise, dass konkrete Anweisungen gegeben werden, welche Flächen wie zu nutzen sind. Das Aufsichtsrecht bezieht sich daher lediglich auf die rechtliche Überprüfung, also auf Übereinstimmung der Planung mit dem Landes – oder Bundesrecht.

Der Begriff Bauleitplan ist in § 1 Abs. 2 definiert nämlich

- Flächennutzungsplan

- Bebauungsplan

3. Flächennutzungsplan

Der Flächennutzungsplan beschreibt in § 5 genau das, was eigentlich ein Plan sein soll: er enthält eine noch nicht verbindliche Aussage der Gemeinde darüber, wie das Gemeindegebiet genutzt werden soll. Er bereitet die erst vor. Im Flächennutzungsplan ist insbesondere anzugeben, welche Flächen

- für eine Bebauung
- für öffentliche Nutzung, Schulen, Erholungsanlagen, Grünflächen, Friedhöfe
- landwirtschaftliche Nutzung, Forstwirtschaft

vorgesehen sind.

4. Bebauungspläne

Auf der Grundlage des Flächennutzungsplans sind der oder die Bebauungspläne zu entwickeln. Im Flächennutzungsplan ist die für die Bebauung vorgesehene Fläche ausgewiesen. Der Bebauungsplan beschreibt im einzelnen, Art und Maß der baulichen Nutzung, § 9, zum Beispiel

- Bauweise,
- Größe, Breite und Tiefe der Baugrundstücke
- höchst zulässige Zahl der Wohnungen in Wohngebäuden
- besondere Nutzungszwecke der Flächen, Nr. 9 usw.

Die aufgrund des Gesetzes erlassene Baunutzungsverordnung regelt weitere Einzelheiten, insbesondere die Aufteilung des Baugebietes in reine Wohngebiete, Mischgebiete, Gewerbegebiete usw.

Technische Fragen für die Durchführung von Bauten, insbesondere Sicherheitsfragen, werden von den Landesbauordnungen geregelt, vgl. Bauordnung NRW.

Ein Bebauungsplan ist als gemeindliche Satzung grundsätzlich verbindlich, er kann jedoch von der Gemeinde aufgehoben und geändert werden. § 39 gibt dem Bürger, welcher im Vertrauen auf den Bestand des Bebauungsplans bereits Aufwendungen gemacht hat, einen Anspruch auf Ersatz seines Vertrauensschadens.

5. Sicherung der Bauleitplanung

Das Gesetz sieht verschiedene Möglichkeiten vor, um der Behörde die ungehinderte Durchführung der Bauleitplanung zu gewährleisten. Gemäß § 14 BauG kann eine Veränderungssperre verhängt werden., und gemäß §15 ist die Behörde befugt, die Entscheidung über Baugenehmigungen bis zu 12 Monaten auszusetzen, *wenn zu befürchten ist, dass die Durchführung der Planung durch das Vorhaben unmöglich gemacht oder wesentlich erschwert werden würde.*

§ 24 gibt er der Gemeinde ein allgemeines Vorkaufsrecht für Grundstücke im Bereich eines Bebauungsplans, so weit damit gesetzlich beschriebene Zwecke der Bauleitplanung erfüllt werden können.

6. Außenbereich

Eine Bebauung außerhalb des Bebauungsplans ist nicht grundsätzlich unzulässig. § 35 sagt: *Im Außenbereich ist ein Vorhaben nur zulässig, wenn öffentliche Belange nicht entgegenstehen, und wenn weitere Bedingungen erfüllt sind.*

Vereinfacht gesagt: Bei Bauvorhaben innerhalb eines Bebauungsplans hat die Behörde die Pflicht, eine Baugenehmigung zu erteilen und gegebenenfalls zu beweisen, dass eine solche Pflicht nicht bestehe; bei Bauvorhaben im Außenbereich muss der Antragsteller den Beweis führen, dass öffentliche Belange dadurch nicht geschädigt werden.

V. Grundzüge des Kommunalrechts

Fall

Gemeinde G. hat eine Satzung erlassen, die einen Anschluss – und Benutzungszwang bezüglich ihres Klärwerks vor mit der Folge, dass alle Bürger von G die Kosten dieses Klärwerks mittragen müssen. Bürger B. fühlt sich durch diese Satzung beschwert und rügt, dass diese Satzung ohne förmliche Rechtsgrundlage ergangen sei. Zu Recht? ¹¹⁰

1. Grundsatz der kommunalen Selbstverwaltung

Das Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden ist grundgesetzlich garantiert, Art. 28 GG. Das Kommunalrecht aber ist Landesrecht, es gelten die landesrechtlichen Gemeindeordnungen, Landkreisordnungen usw. das jeweilige Landesrecht kann daher die Rechte und Pflichten der Selbstverwaltungskörperschaften regeln, es darf aber der Wesensgehalt der Selbstverwaltung nicht angetastet werden. Es stellt sich daher hier, wie in vielen andern rechtlichen Bereichen das Problem des durch einfaches Gesetz nicht einschränkbareren Wesensgehalts eines Grundrechtes; vgl. Art. 19 Abs. 2. ¹¹¹

Aus dem Grundsatz der kommunalen Selbstverwaltung folgt die Satzungsautonomie einer Gemeinde/Landkreis. Die kommunale Gebietskörperschaft kann daher ihre Angelegenheiten frei regeln. Das geschieht durch gemeindliche Satzungen. Rechtsverordnungen und Verwaltungsakte brauchen eine spezielle Ermächtigungsgrundlage, um rechtmäßig zu sein. Im Unterschied dazu brauchen gemeindliche Satzungen im Rahmen ihrer Selbstverwaltungszuständigkeit keine Ermächtigungsgrundlage. Sie dürfen nur nicht gegen höherrangiges Recht (Landes – oder Bundesrecht) verstoßen. Das kann auch das Grundgesetz sein, insbesondere das Recht auf Eigentum des Bürgers. Im Fall greift die gemeindliche

¹¹⁰ BverfG 33, 125 ff

¹¹¹ Exkurs: Kommunale Selbstverwaltung ist nicht selbstverständlich. England, oft als Erfinder von Demokratie usw angesehen, kennt eine kommunale Selbstverwaltung in unserem Sinne gar nicht. Fast alle wichtigen Fragen werden wie auch in Frankreich von der Zentralregierung geregelt; vgl. The Economist v. 25. Februar 2006, S. 37: Local Democracy: *The government in Westminster allows them (= den Gemeinden und Städten) a little autonomy over planning, issuing alcohol licenses collecting rubbish and the design of lamp posts, but that's about it.*

In Deutschland hat kommunale Selbstverwaltung eine bis ins Mittelalter reichende Geschichte. Insbesondere das Lübecker und Magdeburger Stadtrecht waren ab 1200 Jahrhunderte lang die Grundlage der Gemeindeverfassung im Bereich der Deutschen Hanse (von Flandern über Skandinavien bis in Baltikum und Russland, z.B. Nowgorod). Die Grundsätze wurden in Preußen, und damit beispielhaft für Deutschland und andere Länder, völlig neu ausgeformt im Zuge der Stein – Hardenbergschen Reform ab 1810. Hierauf basiert auch noch unser heutiges Recht.

Satzung in die Vermögensposition des Bürgers ein, indem er gezwungen wird Leistungen zu bezahlen, welche er nicht in Anspruch nehmen möchte. Eine solche Satzung bedarf einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage.

Außerhalb des Bereichs der Selbstverwaltung, also im Bereich der Auftragsverwaltung, beim Vollzug staatlicher Gesetze, ist eine Gemeinde nur befugt, eine Satzung erlassen, wenn dazu eine spezielle Ermächtigungsgrundlage besteht.

Prüffrage: Was gehört zum Wesengehalt der Selbstverwaltung ?

2. Kommunales Steuerrecht

Es würde aus dem Grundsatz der Selbstverwaltung wohl weiter folgen, dass Gemeinden zur Deckung ihres Finanzbedarfs überhaupt eigene Steuern erfinden und erheben dürfen.¹¹² § 1 Kommunalabgabengesetz NRW sagt daher ganz konsequent: *Die Gemeinden und Gemeindeverbände sind berechtigt, nach Maßgabe dieses Gesetzes Abgaben (Steuern, Gebühren und Beiträge) zu erheben, soweit nicht Bundes- oder Landesgesetze etwas anderes bestimmen.*

Die Gemeinden dürfen sogar grundsätzlich eigene Steuern erfinden. Um einem möglichen Missbrauch vorzubeugen bestimmt allerdings § 2 Abs. 2 KAG .NRW: *Eine Satzung, mit der eine im Land nicht erhobene Steuer erstmalig oder erneut eingeführt werden soll, bedarf zu ihrer Wirksamkeit der Genehmigung des Innenministeriums und des Finanzministeriums.*

Aus dieser Regelung folgt zunächst, dass eine Gemeinde keine Einkommens-, Umsatz- usw. oder andere Steuern erheben kann. Denn diese Steuerarten sind bereits bundes- oder landesrechtlich geregelt. Es ist aber nicht grundsätzlich ausgeschlossen, dass eine einzelne Gemeinde eine besondere eigene Steuer erhebt.

Die Finanzierung der Gemeinde findet aber über staatliche Steuern statt, zu deren Erhebung der Gemeinde ein bestimmter Freiraum zugewiesen ist.

Prüffrage: Gemeinde G möchte eine Fahrradsteuer erheben. Was halten Sie davon?

3. Staatliche Steuern zu Gunsten der Kommune

Selbstverwaltung ohne Geld geht nicht. Artikel 28 Abs. 2 Satz 3 GG sagt: *Die Gewährleistung der Selbstverwaltung umfasst auch die Grundlagen der finanziellen Eigenverantwortung; zu diesen Grundlagen gehört eine den Gemeinden mit Hebesatzrecht zustehende wirtschaftskraftbezogene Steuerquelle.* Art. 106 Abs. 6 GG bestimmt daher, dass das Aufkommen aus der Grund- und Gewerbesteuer den Gemeinden zusteht.

Die Gemeinden können im Wesentlichen folgende Kommunalabgaben erheben (kleine Unterschiede können sich landesrechtlich einstellen):

- Grundsteuer
- Gewerbesteuer

¹¹² Exkurs: Das ist etwa die Regel in der Schweiz. Die unterschiedliche Art der Steuererhebung nach Gemeinde-Kantons- und Bundessteuern macht insbesondere den Vergleich in der effektiven Unternehmenssteuerbelastung zwischen Deutschland und der Schweiz sehr schwer. Dasselbe gilt für viele US – Bundesstaaten.

- Hundesteuer
- Benutzungsgebühren für gemeindliche Anlagen
- Erschließungsbeiträge
- Kurtaxe

Die Gemeinden erheben diese Steuern im Rahmen bundes – und landesrechtlicher Vorschriften.

Prüffrage: Gemeinde G führt eine allgemeine Bürgerberatung ein für alle Fragen, die so vorkommen können, auch rechtliche. Dafür erhebt sie eine Gebühr. Was halten Sie davon?

5. Teil Der verwaltungsgerichtliche Prozeß

Fall

F ist König und bewohnt ein Schloß in einer sonst ruhigen Landschaft. Die Ruhe wird nur von dem ständigen Geklapper der Mühle des Müllers A gestört. F lädt den A vor und bietet ihm einen hohen Preis für die Mühle, um sie dann abreißen zu lassen. A weigert sich. Die Mühle habe bereits seinen Vorfahren gehört, er werde sie weiter betreiben. Der König droht: Dann nehme ich Ihm die Mühle eben ohne Bezahlung weg! Was kann A tun?¹¹³

I. Grundsätze

Gemäß Artikel 19 GG hat der Bürger einen umfassenden Rechtsschutz gegen staatliches Handeln, welches ihn belastet. Der Rechtsschutz wird durch die Verwaltungsgerichtsbarkeit dargestellt. Diese tritt aber grundsätzlich erst ein, nachdem die Behörde verwaltungsintern die Rechtmäßigkeit ihres Vorgehens erneut überprüft hat (Widerspruchsverfahren). Der Schutz gegen Akte von Hoheitsträgern bzw der Verwaltung ist historisch eine recht junge Errungenschaft und den meisten Ländern der Erde auch heute nicht gegeben.¹¹⁴

Von zentraler Bedeutung für das verwaltungsgerichtliche Verfahren ist § 40 Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO). In dessen Absatz 1 heißt es: *Der Verwaltungsrechtsweg ist in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nicht verfassungsrechtlicher Art gegeben, soweit die Streitigkeiten nicht durch Bundesgesetz einem anderen Gericht ausdrücklich zugewiesen sind.*

Diese Vorschrift ist also als eine allgemeine Zuständigkeitsvorschrift zu verstehen. Sie setzt die Rechtswegegarantie des Art. 19 GG in die Praxis um, aus welchen sich ergibt, dass in unserem Staat ein umfassender Rechtsschutz auch gegenüber den Akten des Staates besteht. Im einzelnen ergibt sich hieraus:

Streitigkeit: Es muss sich um eine Streitigkeit handeln, es muss also ein Bürger ein *eigenes* Recht geltend machen, welches ihm von einer anderen Stelle bestritten wird. Die Verwaltungsgerichtsbarkeit ist nicht zuständig zur Lösung allgemeiner Rechtsfragen. Verbot der Popularklage.

Öffentlich-rechtlicher Art: Private Streitigkeiten zwischen Bürgern gehören vor die ordentliche Gerichtsbarkeit. Für die Frage, ob eine Streitigkeit vor die ordentlichen Gerichte oder die Verwaltungsgerichte gehört, kommt es darauf an, ob die Streitigkeit nach der Natur des Rechtsverhältnisses, aus dem der Klageanspruch hergeleitet wird, zivilrechtlich oder öffentlichrechtlich ist. *Öffentlich-rechtlich ist die Streitigkeit, wenn sie sich als Folge eines Sachverhalts darstellt, der nach öffentlichem Recht zu*

¹¹³ vgl. Wikipedia: Müller – Arnold – Fall. A soll dem König auf diese Drohung trotzig geantwortet habe: *Es gibt ja noch das Kammergericht zu Berlin!* So ähnlich wurde der früher allgemein bekannte Lesebuchfall vom Streit zwischen König Friedrich dem Großen (1740 – 86) und dem Müller Arnold erzählt; vgl. J.P. Hebel im Schatzkästlein des Rheinischen Hausfreundes. Der Sachverhalt war aber doch wohl etwas anders.

¹¹⁴ Exkurs: Die Schweiz diskutiert im Jahre 2006 die Einrichtung einer durchstrukturierten Verwaltungsgerichtsbarkeit. Staaten angelsächsischer Rechtsprägung kennen eine Verwaltungsgerichtsbarkeit gar nicht; Rechtsschutz findet nur in einem Verfahren statt, welches unserem Vorverfahren gemäß § 68 VwGO entspricht. Nur im Einzelfall aufgrund von Sonderregeln werden die normalen Gerichte zuständig. Im Kommunismus gab es selbstverständlich keinerlei Rechtsschutz gegen Hoheitsakte.

*beurteilen ist. Maßgeblich ist die wahre Natur des behaupteten Rechtsverhältnisses, nicht die rechtliche Qualifizierung durch den Antragsteller selbst.*¹¹⁵

Nicht verfassungsrechtlicher Art: Für Fragen des Verfassungsrechts (z.B.: die Fraktion der CDU ist der Meinung, dass hinsichtlich eines von ihr behaupteten Skandals einen parlamentarischer Untersuchungsausschuss eingerichtet werden müsse, was die Mehrheitsfraktion SPD ablehnt – oder umgekehrt) sind die Verfassungsgerichte zuständig, also das Bundesverfassungsgericht oder die Landesverfassungsgerichte.

Sonderzuständigkeit aufgrund ausdrücklicher Regelung: Der wichtigste und bekannteste Anwendungsfall einer solchen Sonderzuweisung ist Artikel 14 Abs. 3 Satz 4, wonach die die Höhe einer öffentlichrechtlichen Entschädigung im Enteignungsfall nicht von den Verwaltungsgerichten, sondern von den ordentlichen, den Zivilgerichten entschieden wird, vgl. § 40 Abs. 2 VwGO

Öffentlich-rechtlich sind auch Streitigkeiten mit den Sozialversicherungsträgern. Diese Streitigkeiten sind aber aufgrund ausdrücklicher Regelung den Sozialgerichten zugewiesen. Die Sozialgerichte sind daher systematisch als Sonderform der Verwaltungsgerichtsbarkeit anzusehen.

2. Klagearten

Im Zivilprozessrecht spielt die Klageart zwar auch eine gewisse Rolle, z.B.:

- Leistungsklage: A verlangt von B etwas (z.B. Zahlung, Handlung).
- Unterlassungsklage: A verlangt von B eine Handlung zu unterlassen
- Feststellungsklage: A verlangt die Feststellung, dass er ein von B bestrittenes Recht habe, etwas zu tun (z.B. einen dem B gehörenden Weg zu benutzen) oder als negative Feststellungsklage: dass er nicht verpflichtet sei, etwas zu tun.

Die Klageart ist aber hier bei weitem nicht so wichtig ist die im Verwaltungsprozess.

Für die prozessuale Behandlung von öffentlichrechtlichen Streitigkeiten ist die Klageart wichtig. Die Verwaltungsgerichtsordnung unterscheidet zwischen drei Klagearten:

Anfechtungsklage, § 42 Abs. 1: Mit der Anfechtungsklage wird ein Verwaltungsakt angefochten; auf Grund einer erfolgreichen Anfechtungsklage hebt das Verwaltungsgericht einen Verwaltungsakt auf.

Verpflichtungsklage, § 42 Abs. 2: Mit dieser Klage wird ein Anspruch geltend gemacht auf Erlass eines bestimmten Verwaltungsakts; aufgrund der erfolgreichen Klage wird die Behörde verpflichtet, den Verwaltungsakt zu erlassen. Das Verwaltungsgericht erlässt niemals den Verwaltungsakt selbst!

Feststellungsklage, § 43: Mit dieser auch im Zivilprozessrecht bekannten Klageart soll festgestellt werden, ob ein bestimmtes öffentlich-rechtliches Recht besteht.

¹¹⁵ OVG Münster NWBL 04, 479

Allgemeine Leistungsklage: Diese Klageart ist in der VwGO nicht ausdrücklich geregelt, ihre Zulässigkeit ergibt sich aber aus § 113 Abs. 4.

Systematisch ergeben sich viele Ähnlichkeiten mit den Vorschriften der Zivilprozessordnung. diese bleibt auch weiterhin das Grundmodell des Verwaltungs – Gerichtsverfahrens.

Prüffrage: Vergleichen Sie die oa Klagearten im Zivil – und Verwaltungsprozeß – welche entspricht welcher?

3. Vorverfahren

§ 68 Abs. 1 VwGO sagt: *Vor Erhebung der Anfechtungsklage sind Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit des Verwaltungsaktes in einem Vorverfahren nachzuprüfen.*

Absatz 2: Für die Verpflichtungsklage gilt Absatz 1 entsprechend, wenn der Antrag auf Vornahme eines Verwaltungsaktes abgelehnt worden ist.

Für die Durchführung des Vorverfahrens gelten §§ 70 ff.

Zu Grunde liegt die Überlegung, dass die Behörde aufgrund der Argumente des Bürgers den Sachverhalt erneut prüfen soll, damit möglichst ein Streitiges Verfahren vermieden wird.

Prüffrage: Überlegen Sie, ob Sie im Zivilprozeß ein Verfahren kennen, welches dem Vorverfahren etwa entspricht.

4. Durchführung des Klageverfahrens

Nicht ganz fiktiver Fall:

Der jetzige Bundesminister M hat 2005 in einer Rede die Praktiken gewisser Investmentbanker mit einer Heuschreckenplage verglichen. B ist eine Bank, die auf diesem Gebiet erst tätig werden möchte. B verlangt aber schon jetzt einen Widerruf von M. Zu Recht?

Für den verwaltungsprozessualen Rechtsschutz gegen einen belastenden Verwaltungsakt (Anfechtungsklage) ergibt sich folgendes

Schema:

I. Zulässigkeit der Klage

1. Ordnungsgemäße Klageerhebung (§§ 81 ff VwGO)
2. Deutsche Gerichtsbarkeit
3. Zulässigkeit des Verwaltungsrechtswegs
 - a. Zulässigkeit kraft Sonderzuweisung
 - b. Zulässigkeit gemäß § 40 Absatz 1 VwGO (Generalklausel)
 - aa. legt eine öffentlichrechtliche Streitigkeit vor

- bb. ist diese verfassungsrechtlicher Art?
- cc. ist eine Sonderzuständigkeit eines anderen Gerichtszweigs gegeben?

4. Ist die Klageart als Anfechtungsklage statthaft?

- a. Klagegegenstand, § 79 VwGO - Isolierte Anfechtung des Widerspruchsbescheids?
- b. Liegt VA im Sinne von § 35 VwFG vor?
 - aa. Hoheitlich?
 - bb. Behörde
 - cc. Regelung
 - dd. Einzelfall
 - ee. Öffentliches Recht
 - ff. Außenwirkung
- c. ordnungsgemäße Bekanntgabe

5. Klagebefugnis gemäß § 42 Abs. 2 VwGO

6. Erfolglos durchgeführtes Widerspruchsverfahren, § 68 VwGO

7. Einhaltung der Klagefrist, § 74

8. Richtiger Beklagter

9. Zulässigkeitsvoraussetzungen in Bezug auf die Beteiligten, Prozessfähigkeit usw.

10. Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis?

II. Begründetheit der Klage

1. Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts

- a. Ermächtigungsgrundlage
- b. Verfassungsmäßigkeit der Ermächtigungsgrundlage

2. formelle Rechtmäßigkeitserfordernisse

3. materielle Rechtmäßigkeitserfordernisse

- a. Vereinbarkeit des VA mit sonstigen einfachen Recht
- b. Bestimmtheit des VA
- c. richtiger Adressat der Maßnahme
- d. richtige Ermessensausübung
- e. Verletzung eines subjektiv-öffentlichen Rechts durch VA.

5. Einstweiliger Rechtsschutz, § 123 VwGO

Der einstweiligen Verfügung in der Zivilprozessordnung entspricht im Verwaltungsprozess die einstweilige Anordnung gemäß § 123.

Darin heißt es: *Auf Antrag kann das Gericht, auch schon vor Klageerhebung, eine einstweilige Anordnung in Bezug auf den Streitgegenstand treffen, wenn die Gefahr besteht,*

dass durch die Veränderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung eines Rechts des Antragstellers vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte.

6. Einstweiliger Rechtsschutz gegen belastende Verwaltungsakte, § 80 Abs.5

Ein Verwaltungsakt, auch ein möglicherweise rechtswidriger Verwaltungsakt, wird grundsätzlich sofort vollstreckbar. Die Erhebung der Anfechtungsklage hat aber grundsätzlich eine aufschiebende Wirkung (§ 80 Abs. 1), so genannter Suspensiveffekt, mit der Folge, dass der Verwaltungsakt bis zum endgültigen rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens, was mehrere Jahre in Anspruch nehmen kann, nicht vollstreckt werden kann. Die Anfechtungsklage kann also den Gang der Verwaltung ganz empfindlich beeinträchtigen und verzögern. Aus diesem Grunde gibt § 80 Abs. 1 Nr. 4 der Behörde die Möglichkeit, den Suspensiveffekt auszusetzen, *wenn die sofortige Vollziehung des Verwaltungsaktes im öffentlichen Interesse oder im überwiegenden Interesse eines Beteiligten...ist.*

Gegen diese Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit ist wiederum ein Rechtsschutz gemäß § 80 Abs. 5, möglich. Es heißt darin: *Auf Antrag kann das Gericht die aufschiebende Wirkung.... ganz oder teilweise anordnen,.. ganz oder teilweise wiederherstellen.*

Mai 2006

Dr. M. Aden

Anhang I

Gesetz über Aufbau und Befugnisse der Ordnungsbehörden - **Ordnungsbehördengesetz (OBG) - in der Fassung der Bekanntmachung vom 13. Mai 1980**

Inhaltsverzeichnis

Gliederungsnummer 2060

Teil I

Aufgaben und Organisation der Ordnungsbehörden

- § 1 Aufgaben der Ordnungsbehörden
- § 2 Vollzugshilfe der Polizei
- § 3 Aufbau
- § 4 Örtliche Zuständigkeit
- § 5 Sachliche Zuständigkeit
- § 6 Außerordentliche Zuständigkeit
- § 7 Aufsichtsbehörden
- § 8 Unterrichtsrecht
- § 9 Weisungsrecht gegenüber örtlichen und Kreisordnungsbehörden
- § 10 Selbsteintritt
- § 11 Befugnisse der Kommunalaufsichtsbehörden
- § 12 Sonderordnungsbehörden
- § 13 Dienstkräfte der Ordnungsbehörden

Teil II

Befugnisse der Ordnungsbehörden

Abschnitt 1

Ordnungsverfügungen

- § 14 Voraussetzungen des Eingreifens
- § 15 Grundsatz der Verhältnismäßigkeit
- § 16 Ermessen
- § 17 Verantwortlichkeit für das Verhalten von Personen
- § 18 Verantwortlichkeit für den Zustand von Sachen
- § 19 Inanspruchnahme nicht verantwortlicher Personen
- § 20 Form
- § 21 Wahl der Mittel
- § 22 Fortfall der Voraussetzungen
- § 23 Versagung ordnungsbehördlicher Erlaubnisse
- § 24 Geltung des Polizeigesetzes

Abschnitt 2

Ordnungsbehördliche Verordnungen

- § 25 Allgemeines
- § 26 Verordnungsrecht der Ministerien
- § 27 Verordnungsrecht der Ordnungsbehörden

- § 28 Vorrang höherer Rechtsvorschriften
- § 29 Inhalt
- § 30 Form
- § 31 Zuwiderhandlungen gegen ordnungsbehördliche Verordnungen
- § 32 Geltungsdauer
- § 33 Verkündung
- § 34 Inkrafttreten
- § 35 Änderung oder Aufhebung
- § 36 Aufhebung durch die Aufsichtsbehörde
- § 37 Wirkung von Gebietsveränderungen
- § 38 Sonstige Anordnungen

Teil I

Aufgaben und Organisation der Ordnungsbehörden

§ 1

Aufgaben der Ordnungsbehörden

(1) Die Ordnungsbehörden haben die Aufgabe, Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung

abzuwehren (Gefahrenabwehr).

(2) Die Ordnungsbehörden führen diese Aufgaben nach den hierfür erlassenen besonderen Gesetzen

und Verordnungen durch. Soweit gesetzliche Vorschriften fehlen oder eine abschließende Regelung

nicht enthalten, treffen die Ordnungsbehörden die notwendigen Maßnahmen zur Gefahrenabwehr

nach diesem Gesetz.

(3) Andere Aufgaben nehmen die Ordnungsbehörden nach den Vorschriften dieses Gesetzes insoweit wahr, als es durch Gesetz oder Verordnung bestimmt ist.

§ 2 (Fn 2)

Vollzugshilfe der Polizei

Die Polizei leistet den Ordnungsbehörden Vollzugshilfe nach den Vorschriften der §§ 47 bis 49 des

Polizeigesetzes des Landes Nordrhein-Westfalen (PolG NW).

§ 3 (Fn 3)

Aufbau

(1) Die Aufgaben der örtlichen Ordnungsbehörden nehmen die Gemeinden, die Aufgaben der Kreisordnungsbehörden die Kreise und kreisfreien Städte als Pflichtaufgaben zur Erfüllung nach

Weisung (§ 9) wahr; dies gilt auch für die ihnen als Sonderordnungsbehörden übertragenen

Teil III

Allgemeine Bestimmungen

§ 39 Zur Entschädigung verpflichtende Maßnahmen

§ 40 Art, Inhalt und Umfang der Entschädigungsleistung

§ 41 Verjährung des Entschädigungsanspruchs

§ 42 Entschädigungspflichtiger

§ 43 Rechtsweg für Entschädigungs- und Erstattungsansprüche

§ 44 Einschränkung von Grundrechten

§ 45 Kosten

§ 46 Gebühren

Teil IV

Übergangs- und Schlußbestimmungen

§ 47 Überleitung der Zuständigkeiten

§ 48 Besondere Regelungen über die Zuständigkeit

§ 49 Änderung von Bezeichnungen

§ 50 Verwaltungsvorschriften

§ 51 Nichtanwendung und Aufhebung von Vorschriften

§ 52 Inkrafttreten

(2) Landesordnungsbehörden sind die Bezirksregierungen.

§ 4 (Fn 4)

Örtliche Zuständigkeit

(1) Örtlich zuständig ist die Ordnungsbehörde, in deren Bezirk die zu schützenden Interessen verletzt

oder gefährdet werden.

(2) Ist es zweckmäßig, ordnungsbehördliche Aufgaben in benachbarten Bezirken einheitlich zu

erfüllen, so erklärt die den beteiligten Ordnungsbehörden gemeinsame Aufsichtsbehörde eine dieser

Ordnungsbehörden für zuständig.

§ 5 (Fn 5)

Sachliche Zuständigkeit

(1) Für die Aufgaben der Gefahrenabwehr sind die örtlichen Ordnungsbehörden zuständig. Werden

den Ordnungsbehörden der Großen und Mittleren kreisangehörigen Städte Aufgaben durch besondere gesetzliche Vorschrift zugewiesen, nehmen sie diese als örtliche Ordnungsbehörden wahr.

(2) Die Zuständigkeit der Landes- und Kreisordnungsbehörden bestimmt sich nach den hierüber

erlassenen gesetzlichen Vorschriften.

(3) Für den Erlaß von ordnungsbehördlichen Verordnungen gelten die §§ 26 und 27.

§ 6

Außerordentliche Zuständigkeit

(1) Bei Gefahr im Verzug oder in den gesetzlich vorgesehenen Fällen kann jede Ordnungsbehörde in

ihrem Bezirk die Befugnisse einer anderen Ordnungsbehörde ausüben. Dies gilt nicht für den Erlaß

ordnungsbehördlicher Verordnungen.

(2) Erfordert die Erfüllung ordnungsbehördlicher Aufgaben Maßnahmen auch in benachbarten

Bezirken und ist die Mitwirkung der dort örtlich zuständigen Ordnungsbehörden nicht ohne eine

Verzögerung zu erreichen, durch die der Erfolg der Maßnahme beeinträchtigt wird, so kann die

eingreifende Ordnungsbehörde auch in benachbarten Bezirken die notwendigen unaufschiebbaren

Maßnahmen treffen.

(3) Die allgemein zuständige Ordnungsbehörde ist über die getroffenen Maßnahmen unverzüglich zu

unterrichten.

§ 7 (Fn 3)

Aufsichtsbehörden

(1) Die Aufsicht über die örtlichen Ordnungsbehörden in den Kreisen führt der Oberkreisdirektor als untere staatliche Verwaltungsbehörde.

(2) Die Aufsicht über die kreisfreien Städte als örtliche Ordnungsbehörden und über die Kreisordnungsbehörden führt die Bezirksregierung. Sie ist gleichzeitig obere Aufsichtsbehörde über die kreisangehörigen Gemeinden als örtliche Ordnungsbehörden.

(3) Oberste Aufsichtsbehörde ist das jeweils zuständige Ministerium.

§ 8

Unterrichtungsrecht

Die Aufsichtsbehörden können sich jederzeit über die Angelegenheiten der Ordnungsbehörden unterrichten.

§ 9 (Fn 3)

Weisungsrecht gegenüber örtlichen und Kreisordnungsbehörden

(1) Die Aufsichtsbehörden können Weisungen erteilen, um die gesetzmäßige Erfüllung der ordnungsbehördlichen Aufgaben zu sichern.

(2) Zur zweckmäßigen Erfüllung der ordnungsbehördlichen Aufgaben dürfen die Aufsichtsbehörden

a) allgemeine Weisungen erteilen, um die gleichmäßige Durchführung der Aufgaben zu sichern,

b) besondere Weisungen erteilen, wenn das Verhalten der zuständigen Ordnungsbehörde zur Erledigung ordnungsbehördlicher Aufgaben nicht geeignet erscheint oder überörtliche Interessen gefährden kann.

(3) Zur zweckmäßigen Erfüllung von ausländer- und paßrechtlichen Angelegenheiten dürfen die

Aufsichtsbehörden besondere Weisungen auch erteilen, wenn die Bundesregierung, das Bundesministerium des Innern oder die von ihnen bestimmte Stelle in Angelegenheiten des Ausländerwesens und des Paßwesens Weisungen erteilen können oder die Entscheidung im Einzelfall im Benehmen mit einer der genannten Stellen ergehen muß.

(4) Weisungen zur Erledigung einer bestimmten ordnungsbehördlichen Aufgabe im Einzelfalle führt

der Hauptverwaltungsbeamte als staatliche Verwaltungsbehörde durch, sofern die Aufsichtsbehörde

dies in der Weisung festlegt. Dies gilt auch für solche Weisungen, deren Geheimhaltung im Interesse

der Staatssicherheit erforderlich ist.

(5) Das Weisungsrecht der Aufsichtsbehörden erstreckt sich nicht auf den Erlaß ordnungsbehördlicher Verordnungen.

§ 10

Selbsteintritt

(1) Führt der Hauptverwaltungsbeamte die Weisung nach § 9 Abs. 4 nicht innerhalb der bestimmten

Frist durch, so können die Aufsichtsbehörden die Befugnisse der ihrer Aufsicht unterstehenden

Ordnungsbehörden in entsprechender Anwendung des § 109 Abs. 2 der Gemeindeordnung selbst

ausüben oder die Ausübung einem anderen übertragen.

(2) Die allgemein zuständige Ordnungsbehörde ist über die getroffene Maßnahme unverzüglich zu

unterrichten.

§ 11

Befugnisse der Kommunalaufsichtsbehörden

Die Behörden der allgemeinen Aufsicht über die Gemeinden und Gemeindeverbände haben auch in

ordnungsbehördlichen Angelegenheiten die Befugnisse der §§ 107 bis 111 der Gemeindeordnung.

§ 12

Sonderordnungsbehörden

(1) Sonderordnungsbehörden sind die Behörden, denen durch Gesetz oder Verordnung auf bestimmten Sachgebieten Aufgaben der Gefahrenabwehr oder in ihrer Eigenschaft als Sonderordnungsbehörden andere Aufgaben übertragen worden sind.

(2) Für die Sonderordnungsbehörden gelten die Vorschriften dieses Gesetzes, soweit nicht durch

Gesetz oder Verordnung Abweichendes bestimmt ist.

§ 13 (Fn 6)

Dienstkräfte der Ordnungsbehörden

Die Ordnungsbehörden führen die ihnen obliegenden Aufgaben mit eigenen Dienstkräften durch.

Die Dienstkräfte müssen einen behördlichen Ausweis bei sich führen und ihn bei Ausübung ihrer

Tätigkeit auf Verlangen vorzeigen. § 68 Abs. 2 Satz 3 des Verwaltungsvollstreckungsgesetzes für

das Land Nordrhein-Westfalen (VwVG NW) bleibt unberührt.

Teil II

Befugnisse der Ordnungsbehörden

Abschnitt 1

Ordnungsverfügungen

§ 14

Voraussetzungen des Eingreifens

(1) Die Ordnungsbehörden können die notwendigen Maßnahmen treffen, um eine im einzelnen Falle

bestehende Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung (Gefahr) abzuwehren.

(2) Zur Erfüllung der Aufgaben, die die Ordnungsbehörden nach besonderen Gesetzen und Verordnungen durchführen (§ 1 Abs. 2 Satz 1 und Abs. 3), haben sie die dort vorgesehenen Befugnisse. Soweit solche Gesetze und Verordnungen Befugnisse der Ordnungsbehörden nicht

enthalten, haben sie die Befugnisse, die ihnen nach diesem Gesetz zustehen.

§ 15

Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

(1) Von mehreren möglichen und geeigneten Maßnahmen haben die Ordnungsbehörden diejenige zu

treffen, die den Einzelnen und die Allgemeinheit voraussichtlich am wenigsten beeinträchtigt.

(2) Eine Maßnahme darf nicht zu einem Nachteil führen, der zu dem erstrebten Erfolg erkennbar

außer Verhältnis steht.

(3) Eine Maßnahme ist nur solange zulässig, bis ihr Zweck erreicht ist oder sich zeigt, daß er nicht

erreicht werden kann.

§ 16

Ermessen

Die Ordnungsbehörden treffen ihre Maßnahmen nach pflichtgemäßem Ermessen.

§ 17 (Fn 7)

Verantwortlichkeit für das Verhalten
von Personen

(1) Verursacht eine Person eine Gefahr, so sind die Maßnahmen gegen diese Person zu richten.

(2) Ist die Person noch nicht 14 Jahre alt oder ist für sie zur Besorgung aller ihrer Angelegenheiten

ein Betreuer bestellt, können Maßnahmen auch gegen die Person gerichtet werden, die zur Aufsicht

über sie verpflichtet ist. Dies gilt auch, wenn der Aufgabenkreis des Betreuers die in § 1896 Abs. 4

und § 1905 des Bürgerlichen Gesetzbuchs bezeichneten Angelegenheiten nicht erfaßt.

(3) Verursacht eine Person, die zu einer Verrichtung bestellt ist, die Gefahr in Ausführung der Verrichtung, so können Maßnahmen auch gegen die Person gerichtet werden, die die andere zu der

Verrichtung bestellt hat.

(4) Die Absätze 1 bis 3 sind nicht anzuwenden, soweit andere Vorschriften dieses Gesetzes oder

andere Rechtsvorschriften bestimmen, gegen wen eine Maßnahme zu richten ist.

§ 18 (Fn 7)

Verantwortlichkeit für den Zustand
von Sachen

(1) Geht von einer Sache oder einem Tier eine Gefahr aus, so sind die Maßnahmen gegen den Eigentümer zu richten. Soweit nichts anderes bestimmt ist, sind die nachfolgenden für Sachen geltenden Vorschriften entsprechend auf Tiere anzuwenden.

(2) Die Ordnungsbehörde kann ihre Maßnahmen auch gegen den Inhaber der tatsächlichen Gewalt

richten. Sie muß ihre Maßnahmen gegen den Inhaber der tatsächlichen Gewalt richten, wenn er diese

gegen den Willen des Eigentümers oder eines anderen Verfügungsberechtigten ausübt oder auf einen

im Einverständnis mit dem Eigentümer schriftlich oder protokollarisch gestellten Antrag von der

zuständigen Ordnungsbehörde als allein verantwortlich anerkannt worden ist.

(3) Geht die Gefahr von einer herrenlosen Sache aus, so können die Maßnahmen gegen denjenigen

gerichtet werden, der das Eigentum an der Sache aufgegeben hat.

(4) § 17 Abs. 4 gilt entsprechend.

§ 19

Inanspruchnahme nicht verantwortlicher
Personen

(1) Die Ordnungsbehörde kann Maßnahmen gegen andere Personen als die nach den §§ 17 oder 18

Verantwortlichen richten, wenn

1. eine gegenwärtige erhebliche Gefahr abzuwehren ist,

2. Maßnahmen gegen die nach den §§ 17 oder 18 Verantwortlichen nicht oder nicht rechtzeitig möglich sind oder keinen Erfolg versprechen,

3. die Ordnungsbehörde die Gefahr nicht oder nicht rechtzeitig selbst oder durch

Beauftragte abwehren kann und

4. die Personen ohne erhebliche eigene Gefährdung und ohne Verletzung höherwertiger Pflichten in Anspruch genommen werden können.

(2) Die Maßnahmen nach Absatz 1 dürfen nur aufrechterhalten werden, solange die Abwehr der

Gefahr nicht auf andere Weise möglich ist.

(3) § 17 Abs. 4 gilt entsprechend.

§ 20

Form

(1) Anordnungen der Ordnungsbehörde, durch die von bestimmten Personen oder einem bestimmten

Personenkreis ein Handeln, Dulden oder Unterlassen verlangt oder die Versagung, Einschränkung

oder Zurücknahme einer rechtlich vorgesehenen ordnungsbehördlichen Erlaubnis oder Bescheinigung ausgesprochen wird, werden durch schriftliche Ordnungsverfügungen erlassen. Der

Schriftform bedarf es nicht bei Gefahr im Verzug; die getroffene Anordnung ist auf Verlangen

schriftlich zu bestätigen, wenn hieran ein berechtigtes Interesse besteht.

(2) Ordnungsverfügungen dürfen nicht lediglich den Zweck haben, die den Ordnungsbehörden

obliegende Aufsicht zu erleichtern. Schriftliche Ordnungsverfügungen müssen eine Rechtsmittelbelehrung enthalten.

§ 21

Wahl der Mittel

Kommen zur Abwehr einer Gefahr mehrere Mittel in Betracht, so genügt es, wenn eines davon

bestimmt wird. Dem Betroffenen ist auf Antrag zu gestatten, ein anderes ebenso wirksames Mittel

anzuwenden, sofern die Allgemeinheit dadurch nicht stärker beeinträchtigt wird. Der Antrag kann

nur bis zum Ablauf einer dem Betroffenen für die Ausführung der Verfügung gesetzten Frist, anderenfalls bis zum Ablauf der Klagefrist, gestellt werden.

§ 22

Fortfall der Voraussetzungen

Fallen die Voraussetzungen einer Ordnungsverfügung, die fortdauernde Wirkung ausübt, fort, so

kann der Betroffene verlangen, daß die Verfügung aufgehoben wird. Die Ablehnung der Aufhebung

gilt als Ordnungsverfügung.

§ 23

Versagung ordnungsbehördlicher Erlaubnisse

Die Ordnungsbehörde darf eine Erlaubnis oder Bescheinigung, auf die der Antragsteller unter bestimmten Voraussetzungen einen Rechtsanspruch hat (gebundene Erlaubnis), nur versagen, wenn

diese Voraussetzungen nicht vorliegen. Sie darf eine Erlaubnis oder Bescheinigung, deren Erteilung

in das pflichtgemäße Ermessen der Ordnungsbehörde gestellt ist (freie Erlaubnis), vorbehaltlich

anderer gesetzlicher Vorschriften nur versagen, wenn dies der Erfüllung ordnungsbehördlicher Aufgaben dient.

§ 24 (Fn 8)

Geltung des Polizeigesetzes

Folgende Vorschriften des Polizeigesetzes des Landes Nordrhein-Westfalen gelten entsprechend für die Ordnungsbehörden, soweit dies zur Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlich ist:

1. § 9,
2. § 10 mit Ausnahme des Absatzes 1 Nr. 2 und des Absatzes 3 Satz 1 Nr. 2,
3. § 11,
4. § 12 mit Ausnahme des Absatzes 1 Nr. 4,
5. § 13,
6. § 15,
7. §§ 22 und 23,
8. § 24 mit Ausnahme der Absätze 2, 4 und 5,
9. § 26 mit Ausnahme des Absatzes 1 Satz 3,
10. § 27 mit Ausnahme des Absatzes 2,
11. §§ 28 bis 30,
12. § 32,
13. § 34 mit Ausnahme von Absatz 2, § 35 mit Ausnahme von Absatz 1 Nr. 4, §§ 36 bis 46.

Abschnitt 2

Ordnungsbehördliche Verordnungen

§ 25

Allgemeines

Ordnungsbehördliche Verordnungen sind die auf Grund der Ermächtigung in den §§ 26 und 27

erlassenen Gebote oder Verbote, die für eine unbestimmte Anzahl von Fällen an eine unbestimmte

Anzahl von Personen gerichtet sind. Die Vorschriften dieses Gesetzes über ordnungsbehördliche

Verordnungen finden auch dann Anwendung, wenn besondere Gesetze zum Erlaß ordnungsbehördlicher Verordnungen ermächtigen und nichts anderes vorsehen.

§ 26 (Fn 9)

Verordnungsrecht der Ministerien

(1) Das Innenministerium und im Benehmen mit ihm die zuständigen Ministerien können innerhalb

ihres Geschäftsbereichs ordnungsbehördliche Verordnungen zur Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung erlassen.

(2) Die Ministerien dürfen Verordnungen nach Absatz 1 nur erlassen, wenn eine einheitliche Regelung für das ganze Land oder für Landesteile, die mehr als einen Regierungsbezirk umfassen, geboten ist.

(3) Die von den Ministerien erlassenen Verordnungen sind unverzüglich dem Landtag vorzulegen.

Sie sind auf Verlangen des Landtags aufzuheben. Die Aufhebung wird mit ihrer Veröffentlichung

gemäß § 33 rechtswirksam.

§ 27

Verordnungsrecht der Ordnungsbehörden

(1) Die Ordnungsbehörden können zur Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder

Ordnung Verordnungen erlassen.

(2) Die Landesordnungsbehörden dürfen Verordnungen nur erlassen, wenn eine einheitliche Seite 9 von 18

Regelung für den ganzen Regierungsbezirk oder für Gebiete, die mehr als einen Kreis oder eine

kreisfreie Stadt umfassen, geboten ist.

(3) Die Kreise dürfen Verordnungen nur erlassen, wenn eine einheitliche Regelung für den Kreis

oder für Gebiete, die mehr als eine Gemeinde umfassen, geboten ist.

(4) Zuständig für den Erlass von Verordnungen der örtlichen Ordnungsbehörden und der Kreisordnungsbehörden ist die Vertretung. Hebt der Kreistag im Falle des § 34 Abs. 3 Satz 4 der

Kreisordnung, der Rat der Gemeinde im Falle des § 43 Abs. 1 Satz 5 der Gemeindeordnung eine

Verordnung auf, so wird die Aufhebung mit ihrer Verkündung rechtswirksam.

§ 28

Vorrang höherer Rechtsvorschriften

(1) Ordnungsbehördliche Verordnungen dürfen keine Bestimmungen enthalten, die mit den Verordnungen einer höheren Behörde in Widerspruch stehen.

(2) Ist eine Angelegenheit durch ordnungsbehördliche Verordnung einer höheren Behörde geregelt,

so darf sie nur insoweit, durch Verordnung einer nachgeordneten Ordnungsbehörde ergänzend geregelt werden, als die Verordnung der höheren Behörde dies ausdrücklich zuläßt.

§ 29 (Fn 9)

Inhalt

(1) Ordnungsbehördliche Verordnungen müssen in ihrem Inhalt bestimmt sein. Sie dürfen nicht

lediglich den Zweck haben, die den Ordnungsbehörden obliegende Aufsicht zu erleichtern.

(2) Hinweise auf Bekanntmachungen, Festsetzungen oder sonstige Anordnungen außerhalb der

ordnungsbehördlichen Verordnungen sind unzulässig, soweit die Anordnungen, auf die verwiesen

wird, Gebote oder Verbote von unbeschränkter Dauer enthalten. Soweit ordnungsbehördliche Verordnungen der Ministerien überwachungsbedürftige oder sonstige Anlagen betreffen, an die

bestimmte technische Anforderungen zu stellen sind, kann in ihnen hinsichtlich der technischen

Vorschriften auf Bekanntmachungen besonderer sachverständiger Stellen unter Angabe der Fundstelle verwiesen werden.

§ 30

Form

Ordnungsbehördliche Verordnungen müssen

1. eine Überschrift tragen, die ihren Inhalt kennzeichnet;

2. in der Überschrift als „Ordnungsbehördliche Verordnung“ bezeichnet sein;

3. im Eingang auf die Bestimmungen des Gesetzes Bezug nehmen, auf Grund deren sie erlassen sind;

4. auf die Zustimmung der Stellen hinweisen, deren Zustimmung gesetzlich vorgeschrieben ist;

5. den örtlichen Geltungsbereich angeben;
6. das Datum angeben, unter dem sie erlassen sind; für ordnungsbehördliche Verordnungen der Kreisordnungsbehörden und örtlichen Ordnungsbehörden ist dies das Datum des Tages, an dem die Verordnung ausgefertigt worden ist;
7. die Behörde bezeichnen, die die Verordnung erlassen hat.

§ 31

Zu widerhandlungen gegen ordnungsbehördliche Verordnungen

(1) In ordnungsbehördlichen Verordnungen können für den Fall einer vorsätzlichen oder fahrlässigen

Zu widerhandlung Geldbußen und die Einziehung der durch die Zu widerhandlung gewonnenen oder erlangten Gegenstände angedroht werden.

(2) Zuständige Behörden im Sinne des § 36 Abs. 1 Nr. 1 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten

(OWiG) sind die Ordnungsbehörden nach § 5 und die sachlich zuständigen Sonderordnungsbehörden.

(3) Ist die Zu widerhandlung gegen eine ordnungsbehördliche Verordnung nach Bundes- oder Landesrecht mit Strafe bedroht, so soll in der Verordnung auf die Strafvorschrift hingewiesen werden.

§ 32

Geltungsdauer

(1) Die ordnungsbehördlichen Verordnungen sollen eine Beschränkung ihrer Geltungsdauer enthalten. Die Geltung darf nicht über 20 Jahre hinaus erstreckt werden. Verordnungen, die keine

Beschränkung der Geltungsdauer enthalten, treten 20 Jahre nach ihrem Inkrafttreten außer Kraft.

(2) Die Vorschrift des Absatzes 1 findet keine Anwendung auf Verordnungen, durch die ordnungsbehördliche Verordnungen abgeändert oder aufgehoben werden.

§ 33 (Fn 10)

Verkündung

Ordnungsbehördliche Verordnungen der Ministerien sind in dem Gesetz- und Verordnungsblatt für

das Land Nordrhein-Westfalen, Verordnungen der Landesordnungsbehörden in den Regierungsamtsblättern zu verkünden. Die Verordnungen der örtlichen Ordnungsbehörden und der

Kreisordnungsbehörden sind vom Hauptverwaltungsbeamten auszufertigen und an der Stelle zu

verkünden, die für die öffentliche Bekanntmachung von Satzungen vorgesehen ist.

§ 34

Inkrafttreten

Ordnungsbehördliche Verordnungen treten, soweit in ihnen nichts anderes bestimmt ist, eine Woche

nach dem Tage ihrer Verkündung in Kraft. Ein früherer Zeitpunkt für das Inkrafttreten soll nur dann

bestimmt werden, wenn es im öffentlichen Interesse geboten ist; jedoch darf dieser Zeitpunkt nicht

vor dem Tage nach der Verkündung liegen.

§ 35

Änderung oder Aufhebung

Eine ordnungsbehördliche Verordnung wird durch Verordnung derjenigen Behörde geändert oder aufgehoben, die sie erlassen hat oder die für ihren Erlaß im Zeitpunkt der Änderung oder Aufhebung sachlich zuständig ist.

Seite 11 von 18

§ 36 (Fn 11)

Aufhebung durch die Aufsichtsbehörde

Werden Verordnungen der örtlichen Ordnungsbehörden oder der Kreisordnungsbehörden durch

Maßnahmen der Aufsichtsbehörden aufgehoben, so ist die Aufhebung nach § 33 zu verkünden.

§ 37

Wirkung von Gebietsveränderungen

(1) Werden Gebietsteile in Bezirke der Ordnungsbehörden eingegliedert, so treten die in diesen

Gebietsteilen geltenden ordnungsbehördlichen Verordnungen außer Kraft; gleichzeitig treten in den

eingegliederten Teilen die ordnungsbehördlichen Verordnungen des aufnehmenden Bezirks in Kraft.

(2) Wird aus Bezirken von Ordnungsbehörden oder Teilen von ihnen der Bezirk einer neuen Ordnungsbehörde gebildet, so treten die in den einzelnen Teilen geltenden Verordnungen mit Ablauf

von sechs Monaten nach der Neubildung außer Kraft. Dies gilt nicht für Verordnungen solcher

Ordnungsbehörden, deren Bezirk durch die Zusammenlegung nicht verändert wird.

(3) Die Rechtsänderungen sind gemäß § 33 zu veröffentlichen.

§ 38

Sonstige Anordnungen

Soweit die Ordnungsbehörden durch Gesetz zum Erlaß von Festsetzungen,

Bekanntmachungen oder

sonstigen Anordnungen ermächtigt sind, die Rechte und Pflichten begründen, gilt vorbehaltlich

anderweitiger gesetzlicher Regelung folgendes:

a) Auf Anordnungen, die an eine bestimmte Person gerichtet sind, finden die Bestimmungen über Ordnungsverfügungen mit Ausnahme der §§ 14 und 21 Anwendung.

b) Auf allgemeinverbindliche Anordnungen finden § 29, § 30 mit Ausnahme der Nummer 2 und § 33 Anwendung.

Teil III

Allgemeine Bestimmungen

§ 39

Zur Entschädigung verpflichtende Maßnahmen

(1) Ein Schaden, den jemand durch Maßnahmen der Ordnungsbehörden erleidet, ist zu ersetzen,

wenn er

a) infolge einer Inanspruchnahme nach § 19 oder

b) durch rechtswidrige Maßnahmen, gleichgültig, ob die Ordnungsbehörden ein Verschulden trifft oder nicht,

entstanden ist.

(2) Ein Ersatzanspruch besteht nicht,

a) soweit der Geschädigte auf andere Weise Ersatz erlangt hat oder

b) wenn durch die Maßnahme die Person oder das Vermögen des Geschädigten geschützt worden ist.

(3) Soweit die Entschädigungspflicht wegen rechtmäßiger Maßnahmen der Ordnungsbehörden in anderen gesetzlichen Vorschriften geregelt ist, finden diese Anwendung.

§ 40

Art, Inhalt und Umfang

der Entschädigungsleistung

(1) Die Entschädigung nach § 39 Abs. 1 wird nur für Vermögensschäden gewährt. Für entgangenen

Gewinn, der über den Ausfall des gewöhnlichen Verdienstes oder Nutzungsentgelts hinausgeht, und

für Vermögensnachteile, die nicht in unmittelbarem Zusammenhang mit der zu entschädigenden

Maßnahme stehen, ist jedoch eine Entschädigung nur zu leisten, wenn und soweit dies zur Abwendung unbilliger Härten geboten erscheint.

(2) Die Entschädigung ist in Geld zu gewähren. Hat die zur Entschädigung verpflichtende Maßnahme der Ordnungsbehörde die Aufhebung oder Verminderung der Erwerbsfähigkeit oder eine

Vermehrung der Bedürfnisse oder den Verlust oder die Verminderung eines Rechts auf Unterhalt zur

Folge, so ist die Entschädigung durch Entrichtung einer Geldrente zu gewähren. Statt der Rente kann

eine Abfindung in Kapital verlangt werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt.

(3) Die Entschädigung ist nur gegen Abtretung der Ansprüche zu gewähren, die dem Entschädigungsberechtigten auf Grund der Maßnahme, auf der die

Entschädigungspflichtung

beruht, gegen Dritte zustehen.

(4) Hat bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des von der Maßnahme der Ordnungsbehörde Betroffenen mitgewirkt, so ist das Mitverschulden bei der Bemessung der Entschädigung zu berücksichtigen.

(5) Soweit die zur Entschädigung verpflichtende Maßnahme eine Amtspflichtverletzung darstellt,

bleiben die weitergehenden Ersatzansprüche unberührt.

§ 41

Verjährung des Entschädigungsanspruchs

Der Entschädigungsanspruch verjährt in drei Jahren von dem Zeitpunkt an, in welchem der Geschädigte von dem Schaden und von der zur Entschädigung verpflichteten Körperschaft

Kenntnis

erlangt, ohne Rücksicht auf diese Kenntnis in dreißig Jahren von der Entstehung des

Entschädigungsanspruchs an.

§ 42

Entschädigungspflichtiger

(1) Entschädigungspflichtig ist der Träger der ordnungsbehördlichen Kosten (§ 45). Dies gilt auch

dann, wenn die Maßnahme auf Ersuchen der Ordnungsbehörde von der Polizei durchgeführt worden

ist. Soweit eine Entschädigungspflicht lediglich durch die Art der Durchführung des Ersuchens

entsteht, ist der Träger der Polizeikosten dem Träger der ordnungsbehördlichen Kosten erstattungspflichtig.

(2) Wer nach § 39 Abs. 1 Buchstabe a zum Ersatz verpflichtet ist, kann in entsprechender Anwendung der Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über die Geschäftsführung ohne Auftrag den Ersatz seiner Aufwendungen von den nach §§ 17 und 18 ordnungspflichtigen Personen verlangen.

§ 43

Rechtsweg für Entschädigungs-, Ersatz- und Erstattungsansprüche

(1) Über die Entschädigungsansprüche nach den §§ 39 bis 42 entscheiden im Streitfall die ordentlichen Gerichte.

(2) Über die Erstattungsansprüche nach § 42 Abs. 1 Satz 3 sowie über die Ersatzansprüche nach § 42

Abs. 2 entscheiden im Streitfall die Verwaltungsgerichte.

§ 44

Einschränkung von Grundrechten

Durch dieses Gesetz werden die Grundrechte auf körperliche Unversehrtheit

(Artikel 2 Abs. 2 Satz 1 des Grundgesetzes)

Freiheit der Person

(Artikel 2 Abs. 2 Satz 2 des Grundgesetzes)

und auf

Unverletzlichkeit der Wohnung

(Artikel 13 des Grundgesetzes)

eingeschränkt.

§ 45

Kosten

(1) Die Kosten, die durch die Tätigkeit der Landesordnungsbehörden entstehen, trägt das Land. Die

Kosten, die durch die Tätigkeit der Kreisordnungsbehörden und der örtlichen Ordnungsbehörden

entstehen, tragen die Kreise, die kreisfreien Städte und die Gemeinden.

(2) Die Kosten der Abschiebung und Zurückschiebung von Ausländern trägt auch in den Fällen des

Absatzes 1 Satz 2 das Land.

§ 46

Gebühren

Die Erhebung von Gebühren für Amtshandlungen der Ordnungsbehörden richtet sich nach dem

Gebührengesetz für das Land Nordrhein-Westfalen (GebG NW) vom 23. November 1971 (GV. NW.

S. 354), geändert durch Gesetz vom 11. Oktober 1977 (GV. NW. S. 354), und den hierzu erlassenen

Gebührenordnungen.

Teil IV

Übergangs- und Schlußbestimmungen

§ 47

Überleitung der Zuständigkeiten

(1) Werden in Gesetzen oder Verordnungen die Polizei oder die Polizeibehörden zur Durchführung von Aufgaben, die nach Inkrafttreten dieses Gesetzes den Ordnungsbehörden obliegen, als zuständig

bezeichnet, so nehmen die Ordnungsbehörden nach § 5 oder die Sonderordnungsbehörden im Rahmen ihres jeweiligen Aufgabenbereichs diese Aufgaben wahr.

(2) An die Stelle der Befugnis zum Erlaß von Polizeiverordnungen im Rahmen des § 1 Abs. 3 tritt

die Befugnis zum Erlaß von ordnungsbehördlichen Verordnungen.

§ 48 (Fn 12)

Besondere Regelungen

über die Zuständigkeit

(1) Die Kreisordnungsbehörden sind zuständig für die Genehmigung der Anlage, Erweiterung und

Schließung von kommunalen und privaten Begräbnisplätzen.

(2) Paßbehörden für Deutsche sind die örtlichen Ordnungsbehörden.

(3) Die örtlichen Ordnungsbehörden sind unbeschadet der Zuständigkeit der Polizeibehörden zuständig für die Überwachung des ruhenden Straßenverkehrs. Die Kreisordnungsbehörden und die

Großen kreisangehörigen Städte im Sinne von § 4 der Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-

Westfalen sind unbeschadet der Zuständigkeit der Polizeibehörden zuständig für die Überwachung

der Einhaltung zulässiger Höchstgeschwindigkeiten und der Befolgung von Lichtzeichenanlagen im

Straßenverkehr an Gefahrenstellen. Auf Bundesautobahnen und den vom Innenministerium nach §

12 des Polizeiorganisationsgesetzes bestimmten autobahnähnlichen Straßen erfolgt die Überwachung

durch die Kreisordnungsbehörden nur mit in festinstallierten Anlagen eingesetztem technischen

Gerät.

(4) Die Bergbehörden sind zuständig für Maßnahmen zur Abwehr von Gefahren aus verlassenen

Grubenbauen, die nicht mehr der Bergaufsicht unterliegen.

(5) Das zuständige Ministerium kann im Einvernehmen mit dem Innenministerium in ordnungsbehördlichen Verordnungen abweichend von § 5

a) auf den Gebieten des Immissionsschutzes, der Anlagensicherheit nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz, der Gentechnik, der Wasser- und Abfallwirtschaft sowie der Altlastensanierung das Staatliche Umweltamt,

b) auf dem Gebiet des Gesundheitsschutzes in der Arbeitswelt und des sonstigen technischen Gefahrenschutzes das Staatliche Amt für Arbeitsschutz,

c) auf dem Gebiet des Sprengstoffwesens - unbeschadet einer nach Buchstaben a) und b) zulässigen Zuständigkeitsregelung - die Kreispolizeibehörde

für zuständig erklären. In den Fällen des Satzes 1 Buchstaben a) und b) tritt im Bereich der Bergaufsicht das Bergamt an die Stelle der dort genannten Behörden.

§ 49 (Fn 13)

Änderung von Bezeichnungen

(1) Die Bezeichnungen ändern sich wie folgt:

Bauaufsicht

statt Baupolizei

Bergaufsicht

statt Bergpolizei

Bergverordnung

statt Bergpolizeiverordnung oder Polizeiverordnung, soweit es sich um das Gebiet der Bergaufsicht handelt

Deichaufsicht

statt Deichpolizei

Feld- und Forstschutz

statt Feld- und Forstpolizei

Gesundheitsaufsicht

statt Gesundheitspolizei

Gewerbeüberwachung

statt Gewerbepolizei

Marktauf sicht

statt Marktpolizei

Ordnungsgemäße Reinigung

statt Polizeimäßige Reinigung

Ordnungsbehördliche Verordnung

statt Polizeiverordnung, soweit es sich nicht um das Gebiet der Bergaufsicht handelt

Veterinäraufsicht

statt Veterinärpolizei

Viehseuchenverfügung

statt Viehseuchenpolizeiliche Anordnung, die an eine bestimmte Person gerichtet ist

Viehseuchenverordnung

statt Viehseuchenpolizeiliche Anordnung, sofern sie verbindliche Kraft für eine unbestimmte Zahl von Personen hat

Gewässeraufsicht

statt Wasserpolizei

Straßenaufsicht

statt Wegepolizei

(2) Die sich aus der Überleitung von Zuständigkeiten (§ 47) ergebenden Änderungen bleiben unberührt.

§ 50 (Fn 14)

Verwaltungsvorschriften

Das Innenministerium erläßt im Einvernehmen mit dem zuständigen Ministerium die zur Durchführung dieses Gesetzes erforderlichen Verwaltungsvorschriften.

§ 51

Nichtanwendung und Aufhebung

von Vorschriften

(1) Mit dem Inkrafttreten dieses Gesetzes ist das Polizeiverwaltungsgesetz vom 1. Juni 1931 (Gesetzsamml. S. 77), zuletzt geändert durch Gesetz vom 15. Dezember 1952 (GV. NW. S. 423),

von den Ordnungsbehörden nicht mehr anzuwenden.

(2) Soweit in Gesetzen und Verordnungen auf aufgehobene oder nicht anzuwendende Vorschriften

Bezug genommen ist, erstreckt sich die Bezugnahme auf die entsprechenden Vorschriften dieses

Gesetzes.

§ 52

Inkrafttreten

Das Gesetz tritt am 1. Januar 1957 in Kraft. (Fn 15)

Fn 1

GV. NW. 1980 S. 528, geändert durch Art. 1 Verwaltungsverfahrensrechts-Anpassungsgesetz v. 18. 5. 1982 (GV. NW. S. 248), Art. 1 d. 3. FRG v. 26. 6. 1984 (GV. NW. S. 370), § 12 d. LMBVG NW v. 19. 3. 1985 (GV. NW. S. 259), Art. 18 RBG 87 NW v. 6. 10. 1987 (GV. NW. S. 342), Art. 3 d. GFDPol v. 7. 2. 1990 (GV. NW. S. 46, ber. 1991 S. 149), Gesetz v. 7. 3. 1990 (GV. NW. S. 201), Art. 7 d. Gesetzes zur Änderung d. Verwaltungsverfahrensgesetzes f. d. Land Nordrhein-Westfalen und zur Änderung anderer landesrechtl. Vorschriften v. 24. 11. 1992 (GV. NW. S. 446), Art. 3 d. 1. VwStrukturRG v. 15. 12. 1993 (GV. NW. S. 987), Gesetz v. 20. 12. 1994 (GV. NW. S. 1115), Artikel 2 d. Gesetzes zur Änderung d. Polizeigesetzes und des Ordnungsbehördengesetzes v. 18.12.2001 (GV. NRW. S. 870); Artikel 3 d. Gesetzes v. 8.7.2003 (GV. NRW. S. 410), in Kraft getreten am 24. Juli 2003.

Fn 2

§ 2 geändert durch Art. 3 d. GFDPol v. 7. 2. 1990 (GV. NW. S. 46); in Kraft getreten am 1. Mai 1990.

Fn 3

§ 3 Abs. 2, § 7 Abs. 2 und 3 und § 9 Abs. 3 geändert durch Art. 3 d. 1. VwStrukturRG v. 15. 12. 1993 (GV. NW. S. 987); in Kraft getreten am 1. April 1994.

Fn 4

§ 4 geändert durch Art. 1 Verwaltungsverfahrensrechts-Anpassungsgesetz v. 18. 5. 1982 (GV. NW. S. 248); in Kraft getreten am 1. Juli 1982, Art. 18 RBG 87 NW v. 6. 10. 1987 (GV. NW. S. 342); in Kraft getreten am 13. Oktober 1987.

Fn 5

§ 5 geändert durch Art. 6 2. FRG v. 18. 9. 1979 (GV. NW. S. 552); in Kraft getreten am 1. Januar 1981.

Fn 6

§ 13 Abs. 2 gestrichen mit Wirkung vom 1. Januar 1985 durch Art. 1 3. FRG v. 26. 6. 1984 (GV. NW. S. 370).

Fn 7

§ 17 Abs. 2 und § 18 Abs. 1 geändert durch Art. 7 d. Gesetzes v. 24. 11. 1992 (GV. NW. S. 446); in Kraft getreten am 12. Dezember 1992.

Fn 8

§ 24 zuletzt geändert durch Artikel 3 d. Gesetzes v. 8.7.2003 (GV. NRW. S. 410); in Kraft getreten am 24. Juli 2003.

Fn 9

§ 26 Abs. 1 und § 29 Abs. 2 geändert durch Art. 3 d. 1. VwStrukturRG v. 15. 12. 1993 (GV. NW. S. 987); in Kraft getreten am 1. April 1994.

Fn 10

§ 33 geändert durch Art. 1 3. FRG v. 26. 6. 1984 (GV. NW. S. 370); in Kraft getreten am 1. Januar 1985, Art. 3 d. 1. VwStrukturRG v. 15. 12. 1993 (GV. NW. S. 987); in Kraft getreten am 1. April 1994.

Fn 11

§ 36 geändert durch Art. 1 3. FRG v. 26. 6. 1984 (GV. NW. S. 370); in Kraft getreten am 1. Januar 1985.

Fn 12

§ 48 zuletzt geändert durch Gesetz v. 20. 12. 1994 (GV. NW. S. 1115); in Kraft getreten am 31. Dezember 1994.

Fn 13

§ 49 geändert durch Gesetz v. 19. 3. 1985 (GV. NW. S. 259); in Kraft getreten am 1. Januar 1986.

Fn 14

§ 50 geändert durch Art. 3 d. 1. VwStrukturRG v. 15. 12. 1993 (GV. NW. S. 987); in Kraft getreten am 1. April 1994.

Fn 15

Die Vorschrift betrifft das Inkrafttreten des Ordnungsbehördengesetzes in der Fassung vom 16. Oktober 1956. Die vorstehende Neubekanntmachung gilt ab 1. Juli 1980. Die von 1969 bis zu diesem Zeitpunkt eingetretenen Änderungen ergeben sich aus der voran gestellten Bekanntmachung.

Verwaltungsrecht

aus Wikipedia, der freien Enzyklopädie

Das **Verwaltungsrecht** ist das Recht der , der Staats , und als solches - insbesondere neben dem - eine Teilmaterie des . Das Verwaltungsrecht regelt insbesondere die Rechtsbeziehungen des Staates zu seinen Bürgern, aber auch die Funktionsweise der Institutionen der Verwaltung und ihr Verhältnis zueinander. Innerhalb des Verwaltungsrechts wird üblicherweise zwischen allgemeinem und besonderem Verwaltungsrecht unterschieden. Dabei legt das allgemeine Verwaltungsrecht die Grundlagen und Grundsätze der Verwaltung und ihrer Tätigkeit fest. Das besondere Verwaltungsrecht stellt fachspezifische Rechtsregeln für spezielle Tätigkeiten einzelner Verwaltungszweige auf (z.B. Baurecht, Kommunalrecht, Straßenverkehrsrecht etc.)

Inhaltsverzeichnis

[Verbergen]

- 1 Verwalten
- 2 Grundsätze des Verwaltungsrechts
- 3 Das allgemeine Verwaltungsrecht
- 4 Das besondere Verwaltungsrecht
- 5 Verwaltungsprozessrecht
- 6 Literatur

Verwalten

Verwalten ist das **Besorgen eigener oder fremder Angelegenheiten**. Die Staatsverwaltung ist die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch die Organe des Staates. Sie bildet einen Teil der Staatsgewalt, die sich in Gesetzgebung, Rechtsprechung und Verwaltung äußert (vgl. Dreiteilung der Gewalten, Montesquieu; 8, 63). Die öffentliche Verwaltung umfasst die Tätigkeiten, die der Staat oder ein anderes öffentl.-rechtliches Gemeinwesen (insbes. ein Verband) zur **Erreichung seiner Zwecke unter eigener Rechtsordnung entfaltet und die weder Gesetzgebung noch Rechtsprechung** sind [MODEL-CREIFELDS: S. 229].

Grundsätze des Verwaltungsrechts

1. Grundsatz vom (Art.20 I/II GG)

- kein Handeln ohne Gesetz

2. Grundsatz vom (Art. 20 III GG)

- kein Handeln gegen das Gesetz

3. Grundsatz der

- die Verwaltung darf nicht stärker in die Rechte der Bürger eingreifen, als es ihr Ziel erfordert

Siehe auch:

[]

Das allgemeine Verwaltungsrecht

Das allgemeine Verwaltungsrecht regelt die grundlegenden Rechtsinstitute und Verfahrensweisen, die dem Grunde nach in jedem Verwaltungsverfahren - unabhängig von dem jeweiligen Sachgebiet - anzutreffen sind und benötigt werden können.

Im einzelnen betrifft das allgemeine Verwaltungsverfahrensrecht

1. die **Handlungsformen** der Verwaltung, namentlich

- den ,
- den ,
- die ,
- die ,
- den ,

2. das Verfahren für das Zustandekommen von Verwaltungsentscheidungen (**Verwaltungsverfahren**), insbesondere

- den Ablauf des allgemeinen , vor allem die Rechte und Pflichten der Verfahrensbeteiligten,
- die besonderen Verfahrensarten, nämlich
 - das ,
 - das

3. die **zwangsweise Durchsetzung** von Verwaltungsentscheidungen (), insbesondere

- das ,
- die ,

- o den

4. die **Organisation** der Verwaltung

Das allgemeine Verwaltungsrecht ist kodifiziert für die Verwaltungstätigkeit der Bundesbehörden im (Bundes-) (VwVfG) und für die Verwaltungstätigkeit der Landesbehörden in den entsprechenden Landesverwaltungsverfahrensgesetzen, die allerdings mit dem Bundes-Verwaltungsverfahrensgesetz weitgehend inhaltsgleich sind. Für einzelne Aspekte des allgemeinen Verwaltungsrechts sind daneben Spezialgesetze einschlägig, so etwa die des Bundes und der Länder für die zwangsweise Durchsetzung von Verwaltungsentscheidungen. Bis heute sind einzelne Teile jedoch auch noch nicht kodifiziert.

[]

Das besondere Verwaltungsrecht

Das besondere Verwaltungsrecht ist das "spezielle Verwaltungsrecht", das auf die Erfordernisse jeweils bestimmter, sachlicher Verwaltungsaufgaben besonders zugeschnitten ist. Die Bestimmungen des besonderen Verwaltungsrechts treten neben das allgemeine Verwaltungsrecht, indem sie auf dessen Bestimmungen aufbauen, sie ergänzen oder auch modifizieren. Umgekehrt vervollständigt das allgemeine Verwaltungsrecht das besondere dort, wo letzteres keine eigenständigen Regelungen getroffen hat.

Die folgende Aufstellung gibt eine mögliche, verbreitete systematische Strukturierung des besonderen Verwaltungsrechts wieder, *ohne dass diese Aufstellung vollständig, in jeder Hinsicht überschneidungsfrei oder gar die einzig richtige wäre*. Sind einzelne Materien vorrangig mit einem bestimmten Gesetz verbunden, so ist auch dieses (in Klammern) angegeben:

1. das Ordnungsrecht bzw. das Recht der

- o das allgemeine und
- o das (die)
- o das
- o das

2. das (die und)

3. das Raumordnungs-, Bau- und Fachplanungsrecht

- o das **Raumordnungs-** und **Landesplanungsrecht** (das - ROG)
- o das **Städtebaurecht** (das - BauGB)

4. das Wirtschaftsverwaltungs- und Wirtschaftsaufsichtsrecht

- o das (die - GewO), einschließlich

- Hartmut Maurer: *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 15. Auflage, München 2004.
- : *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 7. Auflage, Heidelberg 2004.
- Eberhard Schmidt-Aßmann (Hrsg.): *Besonderes Verwaltungsrecht*, 13. Aufl., Berlin 2005.

Kategorie: Allgemeines Verwaltungsrecht

aus Wikipedia, der freien Enzyklopädie

Das allgemeine Verwaltungsrecht ist eine Teilmaterie des öffentlichen Rechts. Es umfasst die Grundlehren des Verwaltungs- und Verwaltungsverfahrensrechts, also insbesondere die Lehre von den Handlungsformen der Verwaltung, die Bestimmungen über den Ablauf des Verwaltungsverfahrens, die Grundprinzipien verwaltungsrechtlicher Rechtsnormen und die Verwaltungsorganisation. Zur Einführung vgl. den Artikel. Nicht zum allgemeinen Verwaltungsrecht gehört das Verwaltungsprozessrecht.

Artikel in der Kategorie "Allgemeines Verwaltungsrecht"

80 Artikel aus dieser Kategorie angezeigt

A	F	R (Forts.)
• Abwägungsfehler	• Fiskus	• Rechtsbehelf
• Actus contrarius	• Freigabe	• Runderlass
• Amtsermittlungsgrundsatz G		• Rücknahme
• Amtshilfe	• Gebundene Entscheidung	S
• Amtssprache	• Gebühr	• Satzung
• Amtsträger	• Gegenvorstellung	• Sofortvollzug
• Anhörung	• Genehmigungsvorbehalt	• Staatsaufsicht
• Anstaltslast	• Geschäftsordnung	• Staatshaftungsrecht
• Antrag	• Gespaltene Nutzungsregelung	• Säumniszuschlag
• Antragsverfahren		U
• Aufhebung (Verwaltungsakt)	H	• Unbestimmter Rechtsbegriff
• Auflage (Bedingung)	• Handlungsfähigkeit	• Unterbrechung (Recht)
• Aussetzung der Vollziehung	• Hoheit (Staatsrecht)	V
• Außenwirkung	• Hoheitsakt	• Verfügung
	I	• Verjährung

- B**
- Beleihung
 - Bescheid
 - Bestandskraft
 - Beurteilungsspielraum
- D**
- Daseinsvorsorge
 - Dringlichkeitsantrag
- E**
- Eingriffsverwaltung
 - Einvernehmen
 - Entschädigung
 - Erlass
 - Ermessen
 - Erörterungstermin
- J**
- Justizverwaltungsakt
- L**
- Leistungsbescheid
 - Leistungsverwaltung
- M**
- Maßnahme (Recht)
 - Minusmaßnahme
- N**
- Nebenbestimmung
- O**
- Öffentlich-rechtlicher Vertrag
 - Öffentliches Interesse
 - Opportunitätsprinzip
- P**
- Planfeststellung
 - Präklusion
 - Public Private Partnership
- Q**
- Querulant
 - Querulanz
- R**
- Realakt
- Verordnung**
- Verwaltungsakt
 - Verwaltungshelfer
 - Verwaltungsleistung
 - Verwaltungsprivatrecht
 - Verwaltungsvereinbarung
 - Verwaltungsverfahren
 - Verwaltungsverfahrensgesetz
 - Verwirkung
 - Vollzugshilfe
 - Von Amts wegen
 - Vorverfahren
- W**
- Widerruf (Verwaltungsakt)
 - Widerspruch (Recht)
- Z**
- Zustellung