

NOMOSSTUDIUM

Sauer

Examinatorium

Allgemeines Verwaltungsrecht und Verwaltungsprozessrecht



Nomos

NOMOSSTUDIUM

Prof. Dr. Heiko Sauer
Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn

Examinatorium

Allgemeines Verwaltungsrecht und Verwaltungsprozessrecht

unter Mitarbeit von
Matthias Mayer



Nomos

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

ISBN 978-3-8329-7533-3 (Print)

ISBN 978-3-7489-0395-6 (ePDF)

1. Auflage 2020

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2020. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten.

Vorwort

In einer konzentrierten Examensvorbereitung bleibt für die Auseinandersetzung mit klassischen Lehrbüchern meistens nicht die Zeit. Diese Werke problematisieren regelmäßig auch nicht im Kern die Umsetzung vorhandenen Wissens in eine Falllösung, wie sie der juristischen Examenspraxis ganz überwiegend entspricht. Deshalb besteht das typische Problem von Examenskandidat*innen in der Frage, womit sie sich gezielt auf die Anforderungen des Staatsexamens vorbereiten sollen. Für das Verwaltungsrecht kommt hinzu, dass es aufgrund des Stoffumfangs und der im Vergleich zum Zivilrecht und zum Strafrecht erheblich größeren Bedeutung des Prozessrechts nicht leicht ist, den Überblick zu behalten, zu verstehen, wie die einzelnen Bereiche miteinander zusammenhängen, und dabei Wichtiges von Unwichtigem zu unterscheiden. Diesen Problemen will dieses Examinatorium für den Kernbereich des Verwaltungsrechts abhelfen, indem es eine Lücke in der Ausbildungsliteratur schließt: Ich möchte damit den Studierenden für ihre Examensvorbereitung ein Angebot machen, das eine auf das Verständnis der Grundlagen und der Zusammenhänge des Allgemeinen Verwaltungsrechts und des Verwaltungsprozessrechts setzende Wiederholung des examensrelevanten Stoffs ermöglicht. Denn noch mehr als in den übrigen Bereichen des Examensstoffs ist im Verwaltungsrecht ein solides Grundverständnis erforderlich, das sich aufgrund der Fülle unterschiedlicher Details zum Beginn der Examensvorbereitung oft noch nicht eingestellt hat. Es stellt sich auch nicht unbedingt ein, wenn man nur mit und anhand von Fällen lernt und versucht, sich in der angeblich für Examenszwecke aufbereiten aktuellen Rechtsprechung auszukennen, auf die es nach meiner Erfahrung als Prüfer im Staatsexamen kaum je ankommt.

Das Examinatorium bleibt einerseits hinter einem Lehrbuch zurück, weil es sich bei der Darstellung des examensrelevanten Stoffs inhaltlich auf das Unerlässliche beschränkt. Dabei habe ich bewusst auf die gängige Ausbreitung aller möglichen Fallkonstellationen und auf die Darstellung aktueller Entscheidungen verzichtet, nicht jedoch auf die Veranschaulichung von Problemen durch einzelne Beispiele. Das Examinatorium geht andererseits über ein klassisches Lehrbuch hinaus: Erstens verzahnt es den Stoff des Allgemeinen Verwaltungsrechts durchgängig mit dem des Verwaltungsprozessrechts und durch zahlreiche Verweise auf die typischen Problemkonstellationen auch intensiv mit dem Besonderen Verwaltungsrecht sowie dem Verfassungsrecht und dem europäischen Unionsrecht. Zweitens legt es besonderen Wert auf die Frage, wie mit dem vorhandenen Wissen und Verständnis ein Klausurfall gelöst werden kann: Deshalb arbeitet das Examinatorium intensiv mit Aufbauhinweisen, mit – vereinheitlichenden – Prüfungsschemata und mit Formulierungstipps. Drittens geht es im Überblick auf einige examensrelevante Spezialbereiche des Allgemeinen Verwaltungsrechts ein, die oft separat, dann aber gemessen an den Bedürfnissen von Studierenden zu breit dargestellt werden: auf das Staatshaftungsrecht, das Verwaltungsvollstreckungsrecht und das Recht der öffentlichen Sachen. Damit sollte das Examinatorium dazu geeignet sein, ausgerichtet auf die Lösung verwaltungsrechtlicher Fälle den examensrelevanten Stoff zu wiederholen, dabei Verständnislücken zu schließen und sich damit für die schriftlichen und die mündlichen Examensprüfungen im Verwaltungsrecht fit zu machen.

Das Examinatorium geht maßgeblich auf Unterlagen zurück, die ich für meine verwaltungsrechtlichen Veranstaltungen im universitären Repetitorium nutze und die ich, auch aufgrund vieler guter Hinweise von Studierenden, über die Jahre sukzessive er-

weitert und verbessert habe. Diese Unterlagen habe ich neu aufbereitet und strukturiert und namentlich um die Spezialbereiche des Allgemeinen Verwaltungsrechts ergänzt. Hierbei war mir mein wissenschaftlicher Mitarbeiter *Matthias Mayer* eine sehr engagierte, zuverlässige und für den Abschluss des Manuskripts letztlich unverzichtbare Hilfe, für die ich mich ganz herzlich bedanken möchte.

Das Examinatorium ergänzt mein im Jahr 2018 in der gleichen Reihe erschienenes „Klausurtraining Allgemeines Verwaltungsrecht und Verwaltungsprozessrecht“, mit dem ich den Versuch unternommen habe, eine verwaltungsrechtliche Fallbearbeitungslehre für Examenskandidat*innen vorzulegen. Durch die zahlreichen Verweise des Examinatoriums auf die dortigen Fälle ist es möglich, den hier dargestellten Stoff noch intensiver mit der Fallbearbeitung zu verknüpfen. Die Arbeit mit beiden Büchern ist insofern zwar sinnvoll, aber nicht zwingend, denn jedes steht für sich. Hinweise auf Fehler und Verbesserungsvorschläge nehme ich unter sauer@jura.uni-bonn.de gern entgegen. Ich würde mich freuen, wenn die Nutzer*innen dieser Bücher das Gefühl bekämen, dass sie den spezifischen Bedürfnissen in der Examensphase entsprechen, und wenn sie vielleicht auch ein wenig die Scheu vor dem Verwaltungsrecht verlören. Ich wünsche allen Studierenden in dieser nicht leichten Phase ihres Studiums gutes Gelingen!

Bonn, im Dezember 2019

Heiko Sauer

Inhalt

Einleitung: Unterteilungen des verwaltungsrechtlichen Stoffs und Stoffauswahl	17
A. Allgemeines Verwaltungsrecht und Verwaltungsprozessrecht	17
B. Allgemeine und besondere Teile des Allgemeinen Verwaltungsrechts	17
C. Allgemeines und besonderes Verwaltungsrecht	18
1. Kapitel: Grundlagen und Grundbegriffe des Verwaltungsrechts	21
A. Begriffe und Typen der Verwaltung	21
I. Die Verwaltungsbegriffe und ihre Bedeutung	21
II. Gesetzesvollzug und „gesetzesfreie“ Verwaltung	22
III. Eingriffsverwaltung, Leistungsverwaltung und planende Verwaltung	22
IV. Öffentlich-rechtlich und privatrechtlich handelnde Verwaltung	23
1. Grundlagen: Formenwahlfreiheit der Verwaltung und „Privatisierung“	23
2. Rechtsbindungen bei privatrechtlichem Handeln der Verwaltung	24
3. Klassische Problemfälle der Abgrenzung von öffentlich-rechtlichem und privatrechtlichem Handeln	25
B. Rechtsgrundlagen des Verwaltungsrechts	29
I. Verfassungsgrundlagen des Verwaltungsrechts	29
1. Verfassungsrecht und Verwaltungsrecht	29
2. Verfassungsgrundlagen des materiellen Verwaltungsrechts	30
a) Gesetzesbindung der Verwaltung	30
aa) Vorrang des Gesetzes	30
bb) Vorbehalt des Gesetzes	31
b) Vertrauensschutz	32
c) Verhältnismäßigkeitsgebot	33
3. Verfassungsgrundlagen des Verwaltungsprozessrechts	33
II. Unionsrechtliche Vorgaben für das Verwaltungsrecht	34
III. Bundesrecht	35
1. Materielles Recht: das Verwaltungsverfahrensgesetz und das besondere Verwaltungsrecht des Bundes	35
2. Prozessrecht: Verwaltungsgerichtsordnung und Gerichtsverfassungsgesetz	36
IV. Die Bedeutung des Landesrechts im Verwaltungsrecht	37
1. Materielles Recht: die Verwaltungsverfahrensgesetze und das besondere Verwaltungsrecht der Länder	37
2. Prozessrecht: Ausführungsrecht der Länder zur Verwaltungsgerichtsordnung	37
C. Wesentliche Funktionen des allgemeinen Verwaltungsrechts	38
I. Überblick	38
II. Verwaltungsrecht als Verfahrensrecht	38
1. Kurzer Überblick über das Verwaltungsverfahrensgesetz	38
2. Ablauf und wesentliche Grundsätze des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens	39
III. Verwaltungsrecht als Organisationsrecht	39
1. Klausurbedeutung und Schwierigkeiten des Organisationsrechts	39

2. Öffentlich-rechtliche Organisationsformen und Grundbegriffe des Verwaltungsorganisationsrechts	40
3. Verteilung der Verwaltungskompetenzen	41
a) Verfassungsrechtliche Grundlagen	41
b) Unmittelbare und mittelbare Staatsverwaltung	42
c) Die Bestimmung der zuständigen Behörde in verwaltungsrechtlichen Fällen	43
4. Aufbau, Zuständigkeiten und Spruchkörper der Verwaltungsgerichtsbarkeit	44
IV. Verwaltungsrecht als „Instrumentenkasten“	45
2. Kapitel: Die Prüfung der Erfolgsaussichten verwaltungsgerichtlicher Rechtsbehelfe	47
A. Die Prüfung der Zulässigkeit verwaltungsgerichtlicher Rechtsbehelfe	47
I. Erläuterung der Vorgehensweise	47
II. Die Prüfung der Zulässigkeit verwaltungsgerichtlicher Rechtsbehelfe	47
1. Konnexität von Verwaltungsprozessrecht und materiellem Verwaltungsrecht	47
2. Vorschlag eines einheitlichen Prüfungsschemas für die Zulässigkeit verwaltungsrechtlicher Rechtsbehelfe	48
3. Erläuterung des Prüfungsschemas mit Beispielen und Formulierungshinweisen	50
a) Zur Bedeutung der §§ 17 ff. VVG für die Zulässigkeitsprüfung	50
b) Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs	50
aa) Grundlagen und aufdrängende Sonderzuweisungen	50
bb) Öffentlich-rechtliche Streitigkeit	51
cc) Nichtverfassungsrechtliche Streitigkeit	53
dd) Abdrängende Sonderzuweisungen	54
ee) Schaubild zur Prüfung der Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs	56
ff) Formulierungsbeispiele zur Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs	56
c) Statthafte Rechtsschutzform	58
d) Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts	58
e) Klagebefugnis	58
aa) Grundkonzeption und Anwendungsbereich	58
bb) Materiell-rechtliche Grundlage: das subjektiv-öffentliche Recht	59
(1) Grundlagen	59
(2) Die Ermittlung subjektiv-öffentlicher Rechte	59
(3) Anspruch und subjektiv-öffentliches Recht	61
cc) Die Prüfung der Klagebefugnis in der Klausur	62
dd) Formulierungsbeispiele	62
f) Richtiger Beklagter	64
g) Beteiligtenfähigkeit	65
h) Prozessfähigkeit	65
i) Klageartspezifische Zulässigkeitsvoraussetzungen	66
aa) Das Widerspruchsverfahren	66

bb) Klagefrist	67
j) Rechtsschutzbedürfnis	68
k) Ergebnis	69
l) Formulierungsbeispiel für eine unproblematische Zulässigkeitsprüfung	69
4. Anhang: Prozessuale Erleichterungen	71
a) Klagehäufung, § 44 VwGO	71
b) Beiladung, § 65 VwGO	71
B. Die Prüfung der Begründetheit verwaltungsgerichtlicher Rechtsbehelfe	72
I. Klausurtypische Begründetheitsprobleme im Überblick	72
II. Leitfragen der Begründetheitsprüfung	73
1. Hat die Verwaltung rechtmäßig gehandelt?	73
a) Grundlagen	73
b) Prüfungsaufbau	74
2. Hat der Kläger einen Anspruch auf ein bestimmtes Verwaltungshandeln?	75
3. Besteht ein Rechtsverhältnis?	76
a) Grundlagen	76
b) Verbindung zu Rechtmäßigkeits- und Anspruchsaufbau	76
III. Verwaltungsrechtliche Anspruchsgrundlagen	77
1. Klausurwichtige Anspruchsnormen im Verwaltungsrecht	77
2. Klausurwichtige ungeschriebene Anspruchsgrundlagen im Verwaltungsrecht	78
a) Einführung	78
b) Der allgemeine verwaltungsrechtliche Folgenbeseitigungsanspruch	79
c) Der öffentlich-rechtliche Unterlassungsanspruch	81
d) Der öffentlich-rechtliche Erstattungsanspruch	82
IV. Typische Problemkonstellationen bei der Begründetheitsprüfung	83
1. Der entscheidungserhebliche Zeitpunkt im Verwaltungsrecht	83
2. Das Nachschieben von Gründen im Verwaltungsprozess	85
3. Fehlerfolgenregeln im Verwaltungsrecht	86
4. Fragestellungen im Zusammenhang mit der verwaltungsgerichtlichen Kontrolldichte	87
a) Verfassungsrechtliche Grundlagen	87
b) Grundlagen von Ermessen und Beurteilungsspielraum	88
c) Einzelfragen des Ermessens	89
aa) Ermessen, Sollvorschriften und intendiertes Ermessen	89
bb) Ermessensreduzierung auf Null und Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung	89
cc) Ermessensfehlerlehre und Folgen von Ermessensfehlern	90
d) Einzelfragen des Beurteilungsspielraums	92
3. Kapitel: Handlungsformen und Rechtsschutzkonstellationen im Verwaltungsrecht	94
A. Grundlagen	94
I. Bedeutung und Wechselbezüglichkeit von Handlungsformen und Rechtsschutz im Verwaltungsrecht	94

II. Tatsächliches und rechtliches Verständnis von Handlungsformen der Verwaltung am Beispiel des Plans	94
III. Handlungsformen und Rechtsschutz im Überblick	95
1. Überblick über die Handlungsformen der Verwaltung	95
2. Überblick über den verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz	96
a) Rechtsschutzformen	96
b) Wesentliche Unterscheidungen in Bezug auf den verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz	97
aa) Rechtsschutz in der Hauptsache und einstweiliger Rechtsschutz	97
bb) Repressiver und vorbeugender Rechtsschutz	97
cc) Außenrechtsstreit und Innenrechtsstreit	97
B. Der Verwaltungsakt und der Rechtsschutz im Zusammenhang mit dem Verwaltungsakt	99
I. Der Verwaltungsakt als Handlungsform der Verwaltung	99
1. Grundlagen	99
a) Wesen und Bedeutung des Verwaltungsakts	99
b) Arten des Verwaltungsakts	99
c) Grundsätzliche Wirksamkeit des rechtswidrigen Verwaltungsakts	100
d) Bestandskraft des Verwaltungsakts	101
e) Verwaltungsakt-Befugnis	101
2. Die einzelnen Merkmale des Verwaltungsakts	102
a) Hoheitliche Maßnahme auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts	102
b) Behörde	102
c) Regelung	103
d) Einzelfall	104
e) Unmittelbare Rechtswirkung nach außen (Außenwirkung)	105
3. Wirksamkeit und Bekanntgabe von Verwaltungsakten	107
a) Begriff und Rechtswirkung der Bekanntgabe des Verwaltungsakts	107
b) Bekanntgabe und Zustellung von Verwaltungsakten	108
c) Sonderproblem Bekanntgabe von Verkehrszeichen	108
4. Rechtmäßigkeit und Fehlerfolgen beim Verwaltungsakt	109
a) Die Rechtmäßigkeit von Verwaltungsakten und ihre Prüfung	109
b) Fehlerfolgenregime: §§ 42 ff. VwVfG	110
II. Nebenbestimmungen zum Verwaltungsakt und Rechtsschutz gegen Nebenbestimmungen	112
1. Wesen, Zweck und Zulässigkeit von Nebenbestimmungen	112
2. Die verschiedenen Arten von Nebenbestimmungen	113
3. Nebenbestimmungen und modifizierende Gewährungen	114
4. Rechtsschutz gegen Nebenbestimmungen	114
III. Die Aufhebung von Verwaltungsakten: §§ 48–51 VwVfG	116
1. Grundlagen und Gesetzessystematik	116
2. Die Rücknahme rechtswidriger Verwaltungsakte nach § 48 VwVfG	119
3. Der Widerruf rechtmäßiger Verwaltungsakte nach § 49 VwVfG	120
4. Die Aufhebung von Verwaltungsakten während des Rechtsbehelfsverfahrens nach § 50 VwVfG	121

5.	Das Wiederaufgreifen des Verwaltungsverfahrens nach § 51 VwVfG	122
6.	Aufhebung von Verwaltungsakten und europäisches Unionsrecht	123
a)	Die Rückforderung unionsrechtswidriger Beihilfen	123
aa)	Unionsrechtlicher Hintergrund	123
bb)	Unionsrechtliche Modifikationen bei der Anwendung von § 48 VwVfG	124
b)	Die Rücknahme unanfechtbarer unionsrechtswidriger belastender Verwaltungsakte	125
IV.	Die Verwaltungsakt-Klagen	125
1.	Grundlagen	125
2.	Zulässigkeitsprobleme der Verwaltungsakt-Klagen	126
a)	Statthaftigkeit der Verwaltungsakt-Klagen	126
b)	Durchführung und klassische Probleme des Widerspruchsverfahrens	128
aa)	Durchführung des Widerspruchsverfahrens	128
bb)	Einlassen der Behörde auf einen unzulässigen Widerspruch	129
cc)	Die reformatio in peius im Widerspruchsverfahren	129
3.	Begründetheitsprüfung bei den Verwaltungsakt-Klagen	131
a)	Anfechtungsklage	131
b)	Verpflichtungsklage	132
4.	Die Fortsetzungsfeststellungsklage als verlängerte Verwaltungsakt-Klage	133
a)	Rechtsnatur und Anwendungsbereich der Fortsetzungsfeststellungsklage	133
b)	Die Erledigung des Verwaltungsakts	134
c)	Zulässigkeitsprobleme der Fortsetzungsfeststellungsklage	134
d)	Begründetheitsprüfung bei der Fortsetzungsfeststellungsklage	136
C.	Der Realakt und der Rechtsschutz im Zusammenhang mit dem Realakt	136
I.	Der Realakt als Handlungsform der Verwaltung	136
II.	Die allgemeine Leistungsklage zur Abwehr von Realakten oder zur Durchsetzung von Ansprüchen auf Realakte	137
1.	Grundlagen	137
2.	Zulässigkeitsfragen der allgemeinen Leistungsklage	137
3.	Begründetheitsprüfung bei der allgemeinen Leistungsklage	137
III.	Der vorbeugende Rechtsschutz gegen Realakte	138
1.	Unterscheidung zwischen vorbeugendem und vorläufigem Rechtsschutz	138
2.	Voraussetzungen der Inanspruchnahme vorbeugenden Rechtsschutzes	138
D.	Der Verwaltungsvertrag und der Rechtsschutz im Zusammenhang mit dem Verwaltungsvertrag	139
I.	Der Vertrag als Handlungsform der Verwaltung	139
1.	Grundlagen	139
2.	Das Regelungssystem der §§ 54 bis 62 VwVfG	140
3.	Ungeregelte Fragestellungen	141
a)	Die Abgrenzung von verwaltungsrechtlichen und privatrechtlichen Verträgen	141
b)	Die Abgrenzung zwischen Vertrag und Verwaltungsakt	142

c) Weitere Vertragstypen	142
4. Das Fehlerfolgenregime des § 59 VwVfG	142
a) Rechtswidrigkeit und Nichtigkeit des Verwaltungsvertrags	142
b) Die Nichtigkeit von Verwaltungsverträgen im Einzelnen	143
c) Folgen nichtiger Verträge	144
5. Leistungsstörungen und Rechtswegfragen	144
II. Klausur- und Rechtsschutzkonstellationen beim Verwaltungsvertrag	145
E. Die Feststellungsklage und ihre Querschnittsfunktion im Rechtsschutzsystem	146
I. Grundlagen	146
II. Subsidiarität der Feststellungsklage	148
III. Zulässigkeitsfragen der allgemeinen Feststellungsklage	148
IV. Begründetheitsprüfung bei der allgemeinen Feststellungsklage	149
F. Normsetzung der Verwaltung und Rechtsschutz gegen Normen der Verwaltung	149
I. Normsetzung der Verwaltung	149
II. Rechtsschutz gegen Normen im Verwaltungsrecht	150
1. Die Unterscheidung zwischen prinzipalem und inzidentem Rechtsschutz	150
2. Das verwaltungsgerichtliche Normenkontrollverfahren nach § 47 VwGO	152
a) Statthaftigkeit	152
b) Zulässigkeitsprüfung im Übrigen	152
c) Begründetheitsprüfung	153
III. Klagen auf Normerlass im Verwaltungsrecht	153
G. Innenrecht der Verwaltung und Innenrechtsstreit	154
I. Rechtsbeziehungen des Innenrechts	154
II. Handlungsformen des Innenrechts	154
1. Überblick	154
2. Vertiefung zur Außenwirkung von Verwaltungsvorschriften	155
III. Der Innenrechtsstreit	156
1. Grundlagen	156
2. Zulässigkeitsprüfung	156
3. Begründetheitsprüfung	158
4. Kapitel: Der einstweilige Rechtsschutz im Verwaltungsprozess	159
A. Grundlagen	159
I. Rechtlicher und tatsächlicher Hintergrund	159
II. Arten einstweiligen Rechtsschutzes in der Verwaltungsgerichtsordnung	159
B. Der einstweilige Rechtsschutz nach §§ 80–80b VwGO	160
I. Wesen und Rechtsfolgen der aufschiebenden Wirkung nach § 80 Abs. 1 VwGO	160
II. Das Entfallen der aufschiebenden Wirkung nach § 80 Abs. 2 VwGO	161
III. Die Aussetzung der Vollziehbarkeit eines Verwaltungsakts nach § 80 Abs. 4 und Abs. 5 VwGO	163
1. Aussetzung durch die Behörde	163
2. Aussetzung durch das Gericht	163
a) Grundlagen	163

b)	Entscheidungsmaßstab	164
aa)	Ausgangslage	164
bb)	Bedeutung der Begründungsanforderung in § 80 Abs. 3 VwGO für die Erfolgsaussichten eines Antrags auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung	164
c)	Einzelfragen	166
aa)	Faktischer Vollzug	166
bb)	Vollziehbarkeitsanordnungen beim Verwaltungsakt mit Doppelwirkung	166
d)	Rechtsbehelfe	167
IV.	Prüfung der Erfolgsaussichten von Anträgen nach § 80 Abs. 5 VwGO	167
1.	Zulässigkeitsprüfung	167
2.	Begründetheitsprüfung	168
C.	Der einstweilige Rechtsschutz nach § 123 VwGO	170
I.	Grundlagen	170
II.	Zulässigkeitsprüfung	171
III.	Begründetheitsprüfung	171
IV.	Einzelfragen	172
1.	Das sogenannte Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache	172
2.	Einstweilige Anordnungen bei behördlichen Ermessensentscheidungen	173
D.	Der einstweilige Rechtsschutz nach § 47 Abs. 6 VwGO	173
E.	Unionsrechtliche Einflüsse auf den einstweiligen Rechtsschutz im Verwaltungsprozess	174
5. Kapitel:	Wichtige Spezialgebiete des Allgemeinen Verwaltungsrechts	176
A.	Vorbemerkung	176
B.	Bedeutung, System und Einzelfragen des Staatshaftungsrechts	176
I.	Grundlagen	176
1.	Anliegen der Darstellung	176
2.	Die Unterscheidung zwischen rechtswidrigem und rechtmäßigem Handeln im Staatshaftungsrecht	177
II.	Entwicklungslinien des Staatshaftungsrechts	178
1.	Amtshaftung und Aufopferung als historisch überlieferte Anspruchsgrundlagen des Staatshaftungsrechts	178
a)	Amtshaftung	178
b)	Aufopferung	179
2.	Die Rechtsentwicklung unter dem Grundgesetz	180
a)	Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff	180
b)	Folgenbeseitigungsanspruch	181
c)	Unionsrechtlicher Staatshaftungsanspruch	181
3.	Kodifikationsbestrebungen im Staatshaftungsrecht	182
III.	Staatshaftung und Verfassung	182
1.	Verfassungsrechtliche Verankerung	182
2.	Richterliche Rechtsfortbildung	183
3.	Primärrechtsschutz und Sekundärrechtsschutz im öffentlichen Recht	183

IV. Systematisierung der staatshaftungsrechtlichen Anspruchsgrundlagen nach Anspruchszielen	184
1. Ausgangslage: Restitutions- und Kompensationsansprüche im Staatshaftungsrecht	184
2. Überblick über die Kompensationsansprüche des Staatshaftungsrechts	186
a) Schadensersatzansprüche	186
aa) Amtshaftungsanspruch	186
bb) Haftung im Rahmen verwaltungsrechtlicher Schuldverhältnisse	188
b) Entschädigungsansprüche	190
aa) Entschädigungsansprüche bei rechtmäßigem Staatshandeln („eigentliche Sonderopferhaftung“)	190
(1) Aufopferungsanspruch	190
(2) Polizeirechtlicher Entschädigungsanspruch bei rechtmäßigem Handeln	191
(3) Enteignungsentuschädigung	191
(4) Ausgleichspflichtige Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums	191
(5) Anspruch aus enteignendem Eingriff	192
bb) Entschädigungsansprüche aus dem Bereich der Staatsunrechtshaftung („uneigentliche Sonderopferhaftung“)	193
(1) Anspruch aus aufopferungsgleichem Eingriff	193
(2) Polizeirechtlicher Entschädigungsanspruch bei rechtswidrigem Handeln	194
(3) Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff	194
cc) Gesamtübersicht zu den Entschädigungsansprüchen	195
3. Die Haftung für Verletzungen des Völker- oder Europarechts	196
a) Staatshaftung für Verletzungen des Völkerrechts	196
b) Staatshaftung für Verletzungen des Unionsrechts	196
V. Systematisierung der Voraussetzungen der einzelnen Anspruchsinstitute	197
VI. Zur Vorgehensweise in Klausuren	200
C. Überblick über das Verwaltungsvollstreckungsrecht	203
I. Grundlagen	203
1. Funktion des Verwaltungsvollstreckungsrechts	203
2. Examensrelevanz und typische Klausurkonstellationen	203
3. Rechtsgrundlagen	204
4. Anwendungsbereich des Verwaltungsvollstreckungsrechts bei gefahrenabwehrrechtlichen Standardermächtigungen	204
II. Zwangsmittel, Vollstreckungsvoraussetzungen und Ablauf der Vollstreckung	205
1. Zwangsmittel	205
a) Ersatzvornahme	205
b) Zwangsgeld	205
c) Unmittelbarer Zwang	206

d) Die Abgrenzung von Ersatzvornahme und unmittelbarem Zwang anhand des Abschleppens von Kraftfahrzeugen	206
2. Die allgemeinen Vollstreckungsvoraussetzungen	207
a) Vorliegen eines wirksamen und vollstreckbaren Verwaltungsakts	207
b) Das Problem des Rechtswidrigkeitszusammenhangs in der Verwaltungsvollstreckung	207
3. Das Vollstreckungsverfahren	208
a) Überblick	208
b) Androhung des Zwangsmittels	209
c) Festsetzung des Zwangsmittels	209
d) Anwendung des Zwangsmittels	209
4. Vollstreckung ohne Grundverfügung	210
a) Grundlagen	210
b) Voraussetzungen des sofortigen Vollzugs	210
c) Sofortiger Vollzug trotz Grundverfügung	211
III. Rechtsschutz gegen Vollstreckungsmaßnahmen	211
1. Grundlagen	211
2. Verwaltungsvollstreckungsrecht und Amtshilfe	212
IV. Prüfungsschemata	212
D. Überblick über das Recht der öffentlichen Sachen	214
I. Grundlagen	214
II. Der öffentlich-rechtliche Status einer Sache	215
1. Begründung	215
2. Änderung und Aufhebung	216
III. Die Nutzung öffentlicher Sachen	216
1. Die Nutzung öffentlicher Sachen kraft Widmung: öffentliche Sachen im Gemeingebrauch	216
2. Die Nutzung öffentlicher Sachen kraft besonderer Zulassung: öffentliche Sachen im Anstaltsgebrauch und im Sondergebrauch	217
3. Keine allgemeine Nutzungsmöglichkeit: öffentliche Sachen im Verwaltungsgebrauch	218
IV. Typische Klausurprobleme	218
1. Die Abgrenzung zwischen Gemeingebrauch und Sondernutzung	218
2. Der straßenrechtliche Anliegergebrauch	219
3. Die Zulassung zu öffentlichen Einrichtungen der Gemeinde	219
V. Das Recht der öffentlichen Sachen auf einen Blick	220
Stichwortverzeichnis	221

Einleitung: Unterteilungen des verwaltungsrechtlichen Stoffs und Stoffauswahl

A. Allgemeines Verwaltungsrecht und Verwaltungsprozessrecht

Im allgemeinen Verwaltungsrecht werden diejenigen grundsätzlichen Fragen behandelt, die in allen Sachgebieten des Verwaltungshandelns relevant werden können. Es geht dabei insbesondere um die Handlungsformen der Verwaltung und um die darauf bezogenen Rechtsschutzfragen sowie um das Organisations- und Verfahrensrecht der Verwaltung. Diese Aufzählung zeigt bereits, dass das allgemeine Verwaltungsrecht mit dem Verwaltungsprozessrecht eng verwoben ist: Aus der Sicht der von einer Maßnahme der Verwaltung betroffenen Bürger*innen stellt sich nicht nur die Frage, ob diese Maßnahme rechtmäßig oder rechtswidrig ist, sondern auch oder sogar vor allem, wie sie sich gegen die Maßnahme zur Wehr setzen können. Diese Rechtsschutzperspektive erhält im Verwaltungsrecht ein besonderes Gewicht dadurch, dass es namentlich in Form des Verwaltungsakts Maßnahmen gibt, die trotz ihrer Rechtswidrigkeit wirksam sein können¹. Insbesondere hier hilft den Betroffenen die materielle Beurteilung des Verwaltungsakts als rechtswidrig nicht weiter – entscheidend ist, in welcher Weise sie gegen den Verwaltungsakt wegen seiner Rechtswidrigkeit vorgehen können. Durch diese überragende Bedeutung der Rechtsschutzperspektive im Verwaltungsrecht wächst dem Verwaltungsprozessrecht auch in der Ausbildung mit Recht eine besondere, dem Gewicht des materiellen Rechts entsprechende Bedeutung zu. Ihm kommt also anders als dem Zivilprozessrecht in der zivilrechtlichen Ausbildung bis zum ersten Staatsexamen nicht die Rolle einer bloßen Ergänzung des materiellen Verwaltungsrechts zu; es wird, ungeachtet der verbreiteten, aber didaktisch unglücklichen Trennung in zwei Vorlesungen, vielmehr in seiner instrumentellen Bedeutung für die Durchsetzung des materiellen Rechts stets mitbetrachtet. Deshalb begreift dieses Examinatorium das allgemeine Verwaltungsrecht und das Verwaltungsprozessrecht als zwei intensiv aufeinander bezogene und miteinander verwobene Teile eines Ganzen: Unter allgemeinem Verwaltungsrecht wird daher das Zusammenspiel von materiellem Verwaltungsrecht und Verwaltungsprozessrecht verstanden. Die Vermittlung des materiellen und prozessrechtlichen Stoffs als Einheit kann das Grundverständnis im Verwaltungsrecht, das dieses Buch erreichen will, wesentlich befördern: Die Unterschiede zwischen den Klagearten der Verwaltungsgerichtsordnung erklären sich beispielsweise durch die unterschiedlichen materiellen Handlungsformen der Verwaltung, während die Abgrenzung zwischen öffentlich-rechtlichem und privatrechtlichem Handeln der Verwaltung in Prüfungsaufgaben wie unten dargestellt praktisch immer als Problem der Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs relevant wird². Deshalb ist dieses Buch entgegen dem verbreiteten Vorgehen auch nicht in einen materiellen und einen prozessrechtlichen Teil untergliedert; beides wird vielmehr in der Hoffnung der Förderung des Verständnisses für die Zusammenhänge aufeinander bezogen dargestellt.

1

B. Allgemeine und besondere Teile des Allgemeinen Verwaltungsrechts

Es gibt einige Materien des Verwaltungsrechts, die sich in der klassischen Trennung zwischen allgemeinem und besonderem Verwaltungsrecht nicht ohne Weiteres zuord-

2

1 S. dazu unten Rn. 159.

2 S. unten Rn. 57.

nen lassen. Schon deshalb geraten sie häufig aus dem Blickfeld der Studierenden, obwohl sie in ihren Grundzügen durchaus examensrelevant sind. Sie werden hier unter Inkaufnahme des darin liegenden begrifflichen Widerspruchs als besondere Teile des Allgemeinen Verwaltungsrechts aufgefasst und in dem für Examenszwecke erforderlichen Umfang mitbehandelt. Von herausgehobener Bedeutung ist dabei das in Vorlesungspraxis und Ausbildungsliteratur teilweise zusammen mit dem allgemeinen Verwaltungsrecht, teilweise aber auch separat dargestellte Staatshaftungsrecht. Um zugunsten von Strukturverständnis das System dieses besonders verwirrend erscheinenden Rechtsgebiets hervortreten zu lassen, werden unter dem Dach des Staatshaftungsrechts nur die Geldleistungsansprüche gegen den Staat zusammengefasst³; dagegen werden die auf ein tatsächliches Handeln der Verwaltung gerichteten Ansprüche als inhärente Bestandteile des allgemeinen Verwaltungsrechts verstanden und deshalb bei den verwaltungsrechtlichen Anspruchsgrundlagen behandelt⁴. Sicher weniger examensrelevant sind das Recht der öffentlichen Sachen und das Verwaltungsvollstreckungsrecht, die sich ebenfalls als Spezialmaterien des allgemeinen Verwaltungsrechts begreifen lassen. Es gibt aber einige Fragestellungen des Rechts der öffentlichen Sachen, namentlich die Abgrenzung von Gemeingebrauch und Sondernutzung⁵, die examensrelevant sind und die deshalb auch hier dargestellt werden. Das Verwaltungsvollstreckungsrecht wird zwar typischerweise im Zusammenhang mit dem Polizei- und Ordnungsrecht geprüft, kann aber potenziell jeden verwaltungsrechtlichen Sachverhalt „verlängern“ und wird deshalb ebenfalls in seinen Grundstrukturen vorgestellt⁶.

C. Allgemeines und besonderes Verwaltungsrecht

- 3 Unter dem besonderen Verwaltungsrecht versteht man diejenigen Sachbereiche des Verwaltungshandelns, die im Bundesrecht oder im Landesrecht spezialgesetzlich geregelt sind. Es wäre dabei kaum möglich, die Rechtsgebiete des besonderen Verwaltungsrechts abschließend aufzuzählen; neben Bekanntem wie dem Polizeirecht, dem Baurecht, dem Umweltrecht oder dem Gewerberecht gehört auch „Exotischeres“ wie das Gefahrstoffrecht, das Außenwirtschaftsrecht oder das Fahrerlaubnisrecht dazu. Nach den Prüfungsvorgaben des Landesrechts gehören in aller Regel nur das Polizei- und Ordnungsrecht, das Kommunalrecht und das öffentliche Baurecht zum Prüfungsstoff im Examen, teilweise auch nur „im Überblick“⁷. Diese Einteilung des verwaltungsrechtlichen Stoffs in verschiedene Fächer kann zu Fehlschlüssen verleiten: Zum einen suggeriert sie eine inhaltliche Abgeschlossenheit der Rechtsgebiete des besonderen Verwaltungsrechts, obwohl sich hier in aller Regel besondere Fragen mit Problemen des allgemeinen Verwaltungsrechts verbinden. Geht beispielsweise die Gemeinde gegen eine Maßnahme der Kommunalaufsicht vor, so stellt sich die Frage, ob diese Maßnahme als Verwaltungsakt ergangen ist. Die Prüfungsaufgabe in einem der genannten Gebiete des besonderen Verwaltungsrechts ist deshalb, schon weil praktisch immer nach den Erfolgsaussichten eines Rechtsbehelfs gefragt wird, immer auch und nicht selten überwiegend eine solche des allgemeinen Verwaltungsrechts. Zum anderen gehen Stu-

3 S. unten Rn. 342 ff.

4 S. unten Rn. 119 ff.

5 S. dazu unten Rn. 418 ff.

6 S. unten Rn. 376 ff.

7 S. zB § 11 Abs. 2 Nr. 13 JAG NRW; § 18 Abs. 2 Nr. 5 lit. c) JAPO Bayern; § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 lit. f) JAG Hessen; § 8 Abs. 2 Nr. 5 lit. d) JAG Saarland; § 14 Abs. 2 Nr. 4 lit. c) ThürJAPO. Machen Sie sich unbedingt mit den Vorgaben des Bundeslands vertraut, in dem Sie Ihr Examen ablegen.

dierende häufig davon aus, dass verwaltungsrechtliche Klausuren oder Aktenvorträge nur entweder dem allgemeinen Verwaltungsrecht oder einem der Rechtsgebiete des besonderen Verwaltungsrechts entnommen werden können, in denen nach den Prüfungsordnungen Kenntnisse vorhanden sein müssen. Demgegenüber muss betont werden, dass eine verwaltungsrechtliche Prüfungsaufgabe in jedem noch so entlegenen erscheinenden Gebiet des besonderen Verwaltungsrechts verankert sein kann. Das gilt umso mehr, als sich das allgemeine Verwaltungsrecht ohne eine Anknüpfung zu irgendeinem Teil des besonderen Verwaltungsrechts gar nicht prüfen lässt, ganz so wie sich im Strafrecht alle Probleme des allgemeinen Teils bei der Prüfung eines Straftatbestands aus dem Besonderen Teil stellen. Das bedeutet aber nicht, dass etwa das Chemikalienrecht, das Hochschulzulassungsrecht oder das ärztliche Approbationsrecht als solche examensrelevant wären; es geht dann vielmehr um eine Kombination von Fragestellungen des allgemeinen Verwaltungsrechts, die als solche erkannt werden müssen, mit der Fähigkeit, mit einem unbekanntem Gesetz handwerklich sauber umzugehen⁸. Soweit also eine Prüfungsaufgabe einem unbekanntem Teil des Besonderen Verwaltungsrechts entnommen ist, wird das Verständnis für die Grundstrukturen des Verwaltungsrechts verlangt und abgeprüft.

Es ist deshalb für die Examensvorbereitung nicht nötig und auch nicht zu empfehlen, sich mit anderen als den in der jeweiligen Prüfungsordnung genannten Gebieten des Besonderen Verwaltungsrechts näher zu beschäftigen. Eine Ausnahme gilt für einige wenige typischerweise klausurrelevante Rechtsgebiete; zu nennen sind hier das Gewerbeamt, das Immissionsschutzrecht, das Beamtenrecht, das in aller Regel im Zusammenhang des Polizeirechts mitbehandelte Versammlungsrecht⁹ und das Straßenrecht. Aber auch für diese Rechtsgebiete ist kein Gesamtüberblick erforderlich. Im Ausgangspunkt bekannt sein sollten nur einige wenige immer wiederkehrende klausurrelevante Normen und Fragestellungen:

- Im **allgemeinen Gewerbeamt**¹⁰ geht es in aller Regel um die Gewerbeuntersagung wegen Unzuverlässigkeit nach § 35 GewO¹¹, um die Schließungsverfügung wegen formeller Illegalität nach § 15 Abs. 2 GewO oder um die Zulassung zu einer festgesetzten Veranstaltung aufgrund von § 70 GewO¹². Im **Gaststättenrecht** als besonderem Gewerbeamt geht es meistens um die Versagung oder Aufhebung einer Gaststättenerlaubnis nach §§ 4, 15 GastG oder nach Landesrecht¹³ bzw. um Auflagen zu dieser Erlaubnis nach § 5 GastG oder nach Landesrecht.
- Zum **Immissionsschutzrecht** sollte man wissen, dass es im Immissionsschutzgesetz des Bundes (BImSchG) nur um anlagenbezogenen Immissionsschutz geht¹⁴ (s. §§ 1 und 2 BImSchG – der verhaltensbezogene Lärm, um den es etwa bei der Außengastronomie geht¹⁵, ist nach dem Kompetenztitel in Art. 74 Abs. 1 Nr. 24 GG Ländersache).

4

8 S. dazu auch *Sauer*, Klausurtraining Allgemeines Verwaltungsrecht und Verwaltungsprozessrecht, 2018, Rn. 8 und insbesondere die Fälle 2, 4, 5 und 10.

9 Zum Zusammenspiel der beiden Gebiete *Meßmann*, JuS 2007, S. 524 ff.

10 Dazu *Wormit*, JuS 2017, S. 641 ff.

11 S. dazu noch unten Rn. 129 ff.

12 S. dazu *Sauer*, Klausurtraining Allgemeines Verwaltungsrecht und Verwaltungsprozessrecht, 2018, Fall 12.

13 In der Föderalismusreform I hat der Bund die Gesetzgebungskompetenz für das Gaststättenrecht verloren, s. Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG. Nach Art. 125a Abs. 1 GG bleibt das Gaststättengesetz des Bundes aber in Kraft, soweit es nicht durch Landesrecht ersetzt wurde, und in einigen Ländern ist es noch nicht zum Erlass eines eigenen Gaststättengesetzes gekommen.

14 S. dazu *Sauer*, Klausurtraining Allgemeines Verwaltungsrecht und Verwaltungsprozessrecht, 2018, Fall 11.

15 S. dazu *Sauer*, Klausurtraining Allgemeines Verwaltungsrecht und Verwaltungsprozessrecht, 2018, Fall 8.

che und in den Landesimmissionsschutzgesetzen geregelt) und dass es zwischen genehmigungsbedürftigen (§§ 4 ff. BImSchG) und nicht genehmigungsbedürftigen Anlagen (§§ 22 ff. BImSchG, um diese Normen geht es im Pflichtfach meistens) unterscheidet. Wichtig ist auch der Katalog von Definitionen (namentlich die Definition der „schädlichen Umwelteinwirkungen“), den § 3 BImSchG enthält. Angesichts der erheblichen Praxisrelevanz sollte außerdem jedenfalls die Existenz von Vorschriften zur Luftqualität (Luftreinhalteplanung) in §§ 44 ff. BImSchG bekannt sein.

- In Prüfungsaufgaben des **Beamtenrechts** ist zunächst die aufdrängende Sonderzuweisung in § 54 Abs. 1 BeamtStG (für Beamt*innen der Länder) bzw. in § 126 BBG (für Beamt*innen des Bundes) zu beachten¹⁶. Im Beamtenrecht ist zudem in aller Regel das Vorverfahren durchzuführen¹⁷. Eine typische materielle Fragestellung ist, ob und vor allem wann Maßnahmen im Beamtenverhältnis den Charakter eines Verwaltungsakts annehmen¹⁸. Relevant werden sodann im Klausurklassiker der beamtenrechtlichen Konkurrentenklage der Art. 33 Abs. 5 GG entnommenen ungeschriebene Grundsatz der Ämterstabilität, die beamtenrechtlichen Einstellungs Voraussetzungen der Eignung, Befähigung und Leistung sowie der Art. 33 Abs. 2 GG entnommene, die Klagebefugnis begründende Bewerbungsverfahrenanspruch¹⁹. Die ebenfalls klassische Problemstellung der Rückforderungen von Dienstbezügen durch den Dienstherrn (beachten Sie hier als Rechtsgrundlage § 12 Abs. 2 BBesG sowie die Parallelnormen der Landesbesoldungsgesetze) erfordert keine Spezialkenntnisse und ergänzt meistens Fragen der Aufhebung von Verwaltungsakten nach §§ 48, 49 VwVfG.
- Im **Straßenrecht** geht es um die Benutzung öffentlicher Straßen und dabei meistens um die Abgrenzung zwischen erlaubnisfreiem Gemeingebrauch und erlaubnisbedürftiger Sondernutzung²⁰, zu der die Straßengesetze der Länder detaillierte Regelungen einschließlich des Einschreitens gegen eine unerlaubte Sondernutzung enthalten²¹. Relevant werden können dabei auch der jeweilige Widmungszweck oder der Anliegergebrauch.

16 S. dazu und zum Verhältnis zu § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO unten Rn. 55.

17 § 126 Abs. 2 Satz 1 BBG; § 54 Abs. 2 Satz 1 BeamtStG.

18 S. dazu unten Rn. 170.

19 S. *Brinktrine*, Jura 2015, S. 1192 (1194 ff.); *Sauer*, Klausurtraining Allgemeines Verwaltungsrecht und Verwaltungsprozessrecht, 2018, Fall 10.

20 S. zum Straßenrecht im Kontext des Rechts der öffentlichen Sachen unten Rn. 407 ff.; s. außerdem *Sauer*, Klausurtraining Allgemeines Verwaltungsrecht und Verwaltungsprozessrecht, 2018, Fälle 3 und 9.

21 S. zB §§ 14 ff. StrWG NRW; §§ 13 ff. StrG BaWü; Art. 14 ff. BayStrWG.

1. Kapitel: Grundlagen und Grundbegriffe des Verwaltungsrechts

A. Begriffe und Typen der Verwaltung

I. Die Verwaltungsbegriffe und ihre Bedeutung

Wer vom Verwaltungsrecht als dem Recht der Verwaltung spricht, sollte eigentlich von einem bestimmten Begriff der Verwaltung ausgehen. Was Verwaltung – gemeint ist im Verwaltungsrecht nur die öffentliche Verwaltung – bedeutet, ist allerdings alles andere als klar. Mit der Verwaltung kann nämlich nur die Organisation, also die Gesamtheit von Verwaltungseinheiten und -organen gemeint sein. Ein organisatorischer Begriff der Verwaltung bezeichnet also letztlich die Summe aller Verwaltungsstellen. Mit Verwaltung kann aber auch die Tätigkeit gemeint sein, also das Verwalten. Diese Tätigkeit kann sich bei formellem Verständnis dadurch als Verwaltung auszeichnen, dass es um die gesamte Tätigkeit der Verwaltung im organisatorischen Sinn geht, ohne dass näher betrachtet wird um welche Handlungen es im Einzelnen geht. Es kann aber auch in materiellem Sinn danach gefragt werden, ob sich eine Tätigkeit eigentlich inhaltlich als Verwaltung darstellt. Dies lässt sich dann in negativem Sinn dadurch bestimmen, dass mit der Verwaltung weder die Gesetzgebung noch die Rechtsprechung gemeint ist. Ganz trennscharf ist dieses materielle Verständnis der Verwaltung aber nicht: Immerhin gehört auch der Erlass abstrakt-genereller Regelungen grundsätzlich zur Tätigkeit der Verwaltung im organisatorischen Sinn, wenn man an Rechtsverordnungen und Satzungen denkt¹. Und wo es um die nicht rechtsprechende Tätigkeit der Justizbehörden geht, mag man von Verwaltung sprechen – der Gesetzgeber sieht für den Rechtsschutz gegen Justizverwaltungsakte in § 23 EGGVG aber den ordentlichen Rechtsweg vor. Eine Positivbestimmung dessen, was das Verwalten ausmacht, wäre deshalb sicher wünschenswert, ist aber nie befriedigend gelungen. Damit stellt sich die Frage nach den Auswirkungen der Unklarheiten des Verwaltungsbegriffs für die Bearbeitung von Fällen. Sie sind gering, denn in den meisten Fallkonstellationen spielen diese Schwierigkeiten keine Rolle: Zum einen lässt sich in sehr vielen Fällen, beispielsweise bei der Verfügung eines Maulkorbzwangs für einen bissigen Hund durch eine Ordnungsbehörde², nach allen Begriffsverständnissen von Verwaltung sprechen. Zum anderen stellt sich die Frage, ob man es mit Verwaltung zu tun hat, bei der Lösung von Fällen in aller Regel so nicht: Denn dabei stehen die Frage nach dem Vorliegen einer öffentlich-rechtlichen Streitigkeit und damit die Abgrenzung öffentlich-rechtlichen Verwaltungshandelns von privatrechtlichem Verwaltungshandeln³, die Unterscheidung zwischen verfassungsrechtlichen und nicht-verfassungsrechtlichen Streitigkeiten⁴ oder der Behördenbegriff ganz im Vordergrund. § 1 Abs. 4 VwVfG geht von einem funktionellen, also auf die Erfüllung öffentlicher Aufgaben abstellenden, Behördenbegriff aus⁵, so dass auch hier keine Definition von Verwaltung benötigt wird.

5

1 Dazu unten Rn. 268.

2 Die jeweiligen Halterpflichten, die teilweise aufgrund von speziellen Befugnissen oder im Wege der ordnungsbehördlichen Generalklausel durchgesetzt werden können, befinden sich in den Hundegesetzen der Länder oder in entsprechenden Verordnungen, s. etwa § 5 Abs. 2 Satz 3 LHundG NRW; § 4 Abs. 4 HuV BaWü.

3 S. unten Rn. 12 und 58 ff.

4 S. unten Rn. 63.

5 S. dazu näher unten Rn. 165.

II. Gesetzesvollzug und „gesetzesfreie“ Verwaltung

- 6 Dem klassischen Gewaltenteilungsdemokratie folgend geht es bei der Verwaltung um die Anwendung von Gesetzen, also der Produkte der gesetzgebenden Gewalt, auf den Einzelfall. Wenn *Otto Mayer* dem Verwaltungsakt die Rolle zugedacht hat, zu bestimmen, was im Einzelfall rechtens sein soll⁶, so kann man dies über die Handlungsform des Verwaltungsakts hinaus verallgemeinern: Eine zentrale Aufgabe der Verwaltung ist der Vollzug von Gesetzen, dh die Anwendung abstrakter Regelungen auf durch bestimmte rechtliche und tatsächliche Umstände gekennzeichnete Fallkonstellationen. Art. 1 Abs. 3 und Art. 20 Abs. 3 GG sprechen ja auch nicht von der Verwaltung, sondern von der vollziehenden Gewalt. Dieser Vollzug kann in dem Erlass eines Verwaltungsakts, aber auch in einem Realakt oder im Abschluss eines verwaltungsrechtlichen Vertrags liegen⁷. In dem auch quantitativ bedeutsamen Vollzug von Gesetzen erschöpft sich das Tätigkeitsspektrum der Verwaltung jedoch nicht: Eröffnet beispielsweise eine Stadt ein Museum, so geschieht das in der Wahrnehmung eigener Verantwortung und nicht in Konkretisierung einer gesetzgeberischen Vorentscheidung. Es ist also grundsätzlich möglich, dass die Verwaltung ohne gesetzliche Vorprogrammierung handelt; wenn hier von „gesetzesfreier“ Verwaltung gesprochen wird, so ist das insofern missverständlich, als die Verwaltung angesichts ihrer Verfassungsbindung nie ganz ohne rechtliche Bindungen agiert. Umgekehrt bedeutet die grundsätzliche Möglichkeit nicht gesetzesdeterminierten Handelns aber nicht, dass die Verwaltung stets ohne gesetzliche Grundlage handeln dürfte; inwieweit das der Fall ist, bestimmt sich nach der Reichweite des Gesetzesvorbehalts⁸. Insbesondere darf die Verwaltung in die Grundrechte der Bürger*innen nicht ohne gesetzliche Ermächtigung eingreifen.

III. Eingriffsverwaltung, Leistungsverwaltung und planende Verwaltung

- 7 Damit ist der Bereich der Eingriffsverwaltung bereits angesprochen, der in der Ausbildung überragende Bedeutung hat: Hier greift die Verwaltung auf gesetzlicher Grundlage in die Rechte Einzelner ein, namentlich in die Grundrechte. Wegen des herrschenden Verständnisses von Art. 2 Abs. 1 GG als Auffanggrundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit⁹ ist dies sehr häufig der Fall. In der juristischen Ausbildung steht in diesem Bereich das Polizei- und Ordnungsrecht ganz im Vordergrund; aber auch das übrige besondere Verwaltungsrecht ist in wesentlichen Teilen der Eingriffsverwaltung zuzurechnen. Die rechtliche Bedeutung dieser Zuordnung erschöpft sich allerdings darin, die unbestrittene Reichweite des Gesetzesvorbehalts zu markieren. Davon abgegrenzt wird klassischerweise die Leistungsverwaltung, also der Bereich, in dem die Verwaltung – wie vor allem, aber nicht allein im Sozialrecht – Geld- oder Sachleistungen oder andere Vorteile wie etwa Studienplätze gewährt. Der Begriff der Leistungsverwaltung impliziert dabei keine besonderen Rechtsfolgen, insbesondere nicht die Unanwendbarkeit des Gesetzesvorbehalts – vielmehr ist hier gerade umstritten, wie weit der Gesetzesvorbehalt reicht¹⁰. Weder dem Leistungs- noch dem Eingriffsbereich zuzurechnen ist die planende Tätigkeit der Verwaltung namentlich im Bereich der Bodennutzung: Hier geht es darum, vorhandene Flächen sinnvoll zu nutzen, etwa für die Ver-

6 *S. Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. I, 1895, S. 97.

7 Näher zu den einzelnen verwaltungsrechtlichen Handlungsformen unten Rn. 151.

8 S. unten Rn. 17.

9 *Kingreen/Poscher*, Staatsrecht II, 35. Aufl. 2019, Rn. 437; *Michael/Morlok*, Grundrechte, 7. Aufl. 2019, Rn. 435.

10 S. unten Rn. 31.

kehrsinfrastruktur, für die wirtschaftliche Nutzung, aber auch und nicht minder für den Umweltschutz, und dabei durch eine sinnvolle planerische Konzeption Nutzungskonflikte zu vermeiden oder auszugleichen. Die planende Tätigkeit der Verwaltung ist in Form des öffentlichen Baurechts examensrelevant, wobei es in baurechtlichen Fällen nicht um die Planung selbst geht, hier insbesondere in Form der Aufstellung von Bebauungsplänen nach §§ 2 ff. BauGB; die Mehrzahl der baurechtlichen Aufgabenstellungen betrifft vielmehr die Zulassung von bzw. das Einschreiten gegen bauliche Vorhaben auf der Grundlage der Ergebnisse einer bestehenden Planung oder auch in Abwesenheit einer Planung.

IV. Öffentlich-rechtlich und privatrechtlich handelnde Verwaltung

1. Grundlagen: Formenwahlfreiheit der Verwaltung und „Privatisierung“

In Abwesenheit konkreter gesetzlicher Festlegungen hat die Verwaltung grundsätzlich ein Wahlrecht, in welcher (Rechts-)Form sie öffentliche Aufgaben erfüllt. Sie kann sich also grundsätzlich auch der Formen des Privatrechts bedienen oder Private in die Erfüllung öffentlicher Aufgaben einbinden. Welche Grenzen das Verfassungsrecht diesem Wahlrecht zieht, ist bisher nicht abschließend geklärt. Man geht zwar davon aus, dass in bestimmten hoheitlichen Kernbereichen, etwa im Bereich des staatlichen Gewaltmonopols (zB Polizei und Justiz), die Aufgaben aus verfassungsrechtlichen Gründen weder durch Private noch in den Formen des Privatrechts erfüllt werden dürfen¹¹; wie weit solche Kernbereiche allerdings zu bemessen sind, wird aber unterschiedlich gesehen, soweit sich nicht eine Verpflichtung zur hoheitlichen Aufgabenerfüllung aus dem Gesetz ergibt¹². Man sollte hier allerdings nicht pauschal sagen, hier dürfe nicht „privatisiert“ werden, denn es gibt unterschiedliche Formen und vor allem Intensitäten der Privatisierung, die allgemein die Verlagerung staatlicher Aufgaben in den privatrechtlichen Bereich bezeichnet¹³: Bei der bloßen **Organisationsprivatisierung** (auch: formellen Privatisierung) wird eine öffentliche Aufgabe zwar in den Formen des Privatrechts erledigt, sie bleibt in der Sache aber in hoheitlicher Hand. Denn hier steht ein Hoheitsträger nach wie vor allein oder beherrschend hinter einem Privatrechtssubjekt, dem die Aufgabenerledigung übertragen wird. Beispiele sind die kommunale Stadthallen-GmbH mit der Stadt als Alleingesellschafterin oder die Deutsche Bahn AG, deren Aktien allein der Bund hält. Bei der **Erfüllungsprivatisierung** (auch: funktionale Privatisierung) werden Private, meistens durch privatrechtliche Verträge, in die Aufgabenerfüllung eingebunden, etwa Bauunternehmungen im Straßenbau. Dagegen wird eine öffentliche Aufgabe bei der **Aufgabenprivatisierung** (auch: materiellen Privatisierung) als solche zur privaten Aufgabe und dann durch Privatrechtssubjekte erledigt, die nicht mehr dem Einfluss der öffentlichen Hand unterliegen. Diese verschiedenen Formen der Privatisierung unterliegen unterschiedlich engen verfassungsrechtlichen Grenzen.

8

11 Detterbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Aufl. 2019, Rn. 900.

12 S. dazu etwa Schoch, Jura 2008, S. 672 (680).

13 So etwa Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl. 2017, § 23 Rn. 67.

Übersicht: Privatisierungsformen

Organisationsprivatisierung („formell“)	Erfüllungsprivatisierung („funktional“)	Aufgabenprivatisierung („materiell“)
Aufgabenerfüllung durch Hoheitsträger in privatrechtlicher Rechtsform	Einbindung Privater in die Aufgabenerfüllung eines Hoheitsträgers	Aufgabenerfüllung durch Privatrechtssubjekte

- 9 Dass die Verwaltung sich grundsätzlich privatrechtlicher Formen bedienen kann, zieht im Hinblick auf die Lösung von Fällen vor allem zwei Fragen nach sich: erstens die Frage nach den Rechtsbindungen bei privatrechtlichem Handeln und zweitens die Frage, wie man öffentlich-rechtliches und privatrechtliches Verwaltungshandeln voneinander abgrenzt.

2. Rechtsbindungen bei privatrechtlichem Handeln der Verwaltung

- 10 Die Frage, ob sich die Verwaltung durch privatrechtliche Organisations- und Handlungsformen öffentlich-rechtlichen Bindungen entziehen kann („Flucht ins Privatrecht“), wird für verschiedene Fallgruppen privatrechtlichen Tätigwerdens seit jeher kontrovers diskutiert. Üblicherweise werden dabei drei Fallgruppen privatrechtlichen Verwaltungshandelns unterschieden:

- die **privatrechtlichen Hilfsgeschäfte** der Verwaltung (zB Beschaffung von Sachmitteln);
- die **erwerbswirtschaftliche Betätigung** der Verwaltung (meist als Problem des Kommunalrechts);
- und das sog. **Verwaltungsprivatrecht** (die eigentliche Erfüllung von Verwaltungsaufgaben in Privatrechtsform).

- 11 Die ersten beiden Fallgruppen unterscheiden sich dadurch vom Verwaltungsprivatrecht, dass es hier noch nicht (Hilfsgeschäfte) oder gar nicht (Wirtschaftsteilnahme) um die Erfüllung öffentlicher Aufgaben geht. Daraus wurde teilweise hergeleitet, öffentlich-rechtliche Bindungen bestünden nicht bzw. nur in eingeschränktem Maße¹⁴. Mit Blick auf Art. 1 Abs. 3 und Art. 20 Abs. 3 GG kann man hingegen heute annehmen, dass die Verwaltung stets öffentlich-rechtlich und insbesondere grundrechtlich gebunden ist – auch dann, wenn sie privatrechtlich tätig wird¹⁵.

14 BGH vom 26.10.1961 – KZR 1/61, BGHZ 36, 91 (93 f.).

15 So jetzt auch BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 19.7.2016 – 2 BvR 470/08, Rn. 29 ff., JuS 2017, S. 286 ff.