

RECHTSWISSENSCHAFTEN
UND VERWALTUNG

Recht und Verwaltung

Felix Bruckert/Michael Frey

Staatsrecht aus Verwaltungsperspektive

für Prüfung und Berufseinstieg

Kohlhammer

Kohlhammer

Staatsrecht aus Verwaltungsperspektive

für Prüfung und Berufseinstieg

von

Felix Bruckert

Professor Dr. jur. Michael Frey, Mag. rer. publ.

Verlag W. Kohlhammer

1. Auflage 2021

Alle Rechte vorbehalten

© W. Kohlhammer GmbH, Stuttgart

Gesamtherstellung: W. Kohlhammer GmbH, Stuttgart

Print:

ISBN 978-3-17-040936-1

E-Book-Formate:

pdf: ISBN 978-3-17-040937-8

epub: ISBN 978-3-17-040938-5

Dieses Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwendung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechts ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und für die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen. Für den Inhalt abgedruckter oder verlinkter Websites ist ausschließlich der jeweilige Betreiber verantwortlich. Die W. Kohlhammer GmbH hat keinen Einfluss auf die verknüpften Seiten und übernimmt hierfür keinerlei Haftung.

Vorwort zur ersten Auflage

Dass das Verwaltungsrecht in einem besonders engen Verhältnis zum Staats- und Verfassungsrecht steht, hat bereits *Fritz Werner* mit dem Titel seines berühmten Aufsatzes „Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht“ im Jahr 1959 prägnant auf den Punkt gebracht. In der verwaltungsrechtlichen Tätigkeit und Fallbearbeitung spiegeln sich staats- und verfassungsrechtliche Elemente auf vielfältige, wenn auch teilweise versteckte, Weise wider. Nur selten kann ein verwaltungsrechtlicher Fall gelöst werden, ohne zumindest kurz an die Prüfung von Grundrechten zu denken. Manche Verwaltungsrechtsgebiete sind gar vollumfänglich von grundrechtlichen Auswirkungen durchzogen. Man denke an das Versammlungsrecht und den *Brokdorf*-Beschluss des BVerfG, der beinahe als Lehrbuch für die Anwendung des Versammlungsgesetzes gelten kann.

Staatsrecht hat für die Verwaltung(spraxis) also hohe Bedeutung. Gleichwohl bereitet die Anwendung staatsrechtlicher Grundsätze in der Fallpraxis nicht selten Probleme. Das mag zum einen an der großen Fülle des staatsrechtlichen Stoffes (Staatsrecht I, II und III) liegen, welche die Verwaltung neben der auch sonst überwältigenden Stofffülle des Fachrechts zu bewältigen hat. Zum anderen wird Staatsrecht – naheliegenderweise – zumeist aus Sicht der Verfassungsorgane erläutert, eingebettet in Verfahren vor dem BVerfG. Für die untere Verwaltungsbehörde folgt hieraus ein enormer Aufwand an Auswahl und Übertragung der für sie wichtigen Aussagen auf den Einzelfall.

Es war den Autoren seit langem ein Anliegen, die wichtigsten Aspekte des Staatsrechts aus Perspektive der Verwaltung aufzuarbeiten und deren Einbau in die Einzelfallprüfung zu erläutern. Das vorliegende Buch beschränkt sich daher stark auf diejenigen Prinzipien und Grundsätze des Staatsorganisationsrechts und diejenigen Grundrechte, die in der verwaltungsrechtlichen Fallbearbeitung am häufigsten relevant werden. Die Darstellung erfolgt knapp und prägnant, ohne breite Ausführungen von Streitständen. Nach einem kurzen Überblick wird der Fokus auf zentrale Fragen des Prüfungsauf- und -einbaus gelegt. Eine ausführliche Auseinandersetzung mit ausgewählten Problemen erfolgt im zweiten Teil. Er ist mit zahlreichen Anmerkungen und „Merk-Kästen“ sowie Vertiefungshinweisen für die Verwaltungspraxis angereichert. So soll den Leserinnen und Lesern das notwendige Wissen in aufeinander aufbauenden Schichten vermittelt werden. Die Fälle des zweiten Teils werden durch die kostenlos zur Verfügung gestellten Online-Fälle ergänzt, auf sie wird an den entsprechenden Stellen hingewiesen. Hinweise zum Zugang zu den Online-Fällen befinden sich zu Beginn des zweiten Teils.

Die Autoren bedanken sich ganz besonders bei Herrn Prof. Dr. *Heinz-Joachim Peters* für die kollegiale Unterstützung bei der Entstehung dieses Werkes. Unserem Lektor, Herrn Ass. Jur. *Stefan Bahnert*, gebührt Dank für die angenehme und zielführende Zusammenarbeit.

Vorwort zur ersten Auflage

Die Autoren hoffen, dass dieses Buch den Zugang aktueller und künftiger Verwaltungsmitarbeiterinnen und -mitarbeiter zum Staatsrecht erleichtert. Sie freuen sich über Verbesserungsvorschläge und Kritik (Felix.Bruckert@Outlook.de; Frey@HS-Kehl.de).

Heidelberg/Kehl, im April 2021

Felix Bruckert

Michael Frey

Inhaltsverzeichnis

Vorwort zur ersten Auflage	V
Literaturverzeichnis	XI
Abkürzungsverzeichnis	XIII
Einführung	1
Erster Teil Staatsrecht in der Fallbearbeitung der Verwaltung . . .	5
1. Kapitel Für die Fallbearbeitung relevante Elemente des Staatsorganisationsrechts	7
A. Überblick über die Staatsstrukturprinzipien des Art. 20 GG	7
I. Das Bundesstaatsprinzip, Art. 20 Abs. 1 GG	7
1. Inhalt des Bundesstaatsprinzips	7
2. Der Verwaltungsaufbau im Bundesstaat	8
II. Die Gewaltenteilung, Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG	10
III. Das Rechtsstaatsprinzip, Art. 20 Abs. 3 GG	12
1. Normenhierarchie	12
2. Gesetzmäßigkeit der Verwaltung	14
3. Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.	15
4. Rechtssicherheit	16
B. Effektiver Rechtsschutz	18
C. Die Bindung der Verwaltung an Gesetz und Recht als Grundlage des Prüfprogramms	21
2. Kapitel Grundrechte des deutschen Verfassungsrechts	28
A. Funktionen der Grundrechte	28
I. Der Standardfall: Grundrechte als Abwehrrechte	29
II. Schutzpflichten des Staates	30
III. Leistungs- und Teilhaberechte	31
IV. Weitere Funktionen.	33
B. Prüfung der Grundrechte	34
I. Zur Reihenfolge der Grundrechtsprüfung	34
II. Zur Prüfung von Freiheitsgrundrechten in ihrer Funktion als Abwehrrechte.	37
1. Eröffnung des Schutzbereichs	37
2. Eingriff in den Schutzbereich	43
3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung des Eingriffs.	45

Inhaltsverzeichnis

III.	Zur Prüfung von Freiheitsgrundrechten in ihrer Funktion als Schutzrechte	52
1.	Schutzbereich: Herleitung des Schutzgehalts.	52
2.	Eingriff: Unterlassen einer möglichen Handlung.	53
3.	Rechtfertigung: Schranke und Untermaßverbot.	53
IV.	Zur Prüfung von Gleichheitsrechten	54
1.	Fallgestaltungen	54
2.	Grundsätzlicher Prüfungsaufbau, Willkürformel und neue Formel	56
C.	Einbau der Grundrechte in die verwaltungsrechtliche Fallbearbeitung und Aufbauschemata	57
I.	Grundsätzliches	57
1.	Rechtsgrundlage: Grundsätzlich keine Normverwerfungskompetenz der Verwaltung – auch nicht bei Verletzung von Grundrechten	57
2.	Tatbestand: Auslegung und Subsumtion.	58
3.	Rechtsfolge: Ermessensgrenze	62
II.	Aufbauschemata für die inzidente Prüfung von Grundrechten im Rahmen der Prüfung der Rechtmäßigkeit einer behördlichen Maßnahme.	63
III.	Besonderheiten der Schutzkonstellationen	67
1.	Schutzansprüche als Zusatzfrage	67
2.	Schutzansprüche als Hauptfrage	67
3.	Rechtbehelfssituation.	68
3. Kapitel	Einzelne Grundrechte	69
A.	Freiheitsrechte	69
	Art. 1 Abs. 1 GG Menschenwürde	69
	Art. 2 Abs. 1 GG Allgemeine Handlungsfreiheit	70
	Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG Allgemeines Persönlichkeitsrecht.	71
	Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit	72
	Art. 2 Abs. 2 S. 2, 104 GG Freiheit der Person	73
	Art. 4 Abs. 1, 2 GG Glaubensfreiheit	73
	Art. 4 Abs. 1 GG Gewissensfreiheit	75
	Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG Meinungs- und Informationsfreiheit	75
	Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG Presse, Rundfunk und Film	76
	Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG Kunstfreiheit	77
	Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG Wissenschaftsfreiheit	78
	Art. 6 Abs. 1, 2 GG Ehe-, Familien- und Elternrecht.	79
	Art. 8 Abs. 1 GG Versammlungsfreiheit	80
	Art. 11 Abs. 1 GG Freizügigkeit.	82

Inhaltsverzeichnis

Art. 12 Abs. 1 GG Berufsfreiheit	83
Art. 13 GG Unverletzlichkeit der Wohnung	84
Art. 14 Abs. 1 und 3 Eigentum und Erbrecht	86
B. Gleichheitsrechte	88
Art. 3 Abs. 1 GG Allgemeines Gleichheitsrecht	88
Art. 3 Abs. 2, 3 GG Besondere Diskriminierungsverbote	89
Zweiter Teil Fallübungen	91
1. Fall Verspätete Hundesteuer	93
2. Fall Wer entscheidet hier eigentlich was?	106
3. Fall Reiten im Walde.	120
4. Fall Grenzen der Toleranz	128
5. Fall Die Studentenpartys	135
6. Fall Prozession im Naturschutzgebiet	150
7. Fall Kopftuchverbot.	161
8. Fall Silhouetten in der Fußgängerzone	179
9. Fall Rechts vor links?.	188
10. Fall Vertrauen ist gut, Kontrolle ist besser	205
11. Fall Würstchenbauchladen	217
12. Fall Jahrmarkt mit Hindernissen.	228
13. Fall Der rücksichtslose Vermieter	244
14. Fall Zugang zur Stadthalle	255
Stichwortverzeichnis	263

Die Online-Fälle können unter <http://dl.kohlhammer.de/978-3-17-040936-1> abgerufen werden.

Literaturverzeichnis

I. Zum Staatsrecht

- BeckOK GG*, Beck'scher Onlinekommentar zum Grundgesetz, Epping/Hillgruber (Hrsg.), 46. Ed. 2021, C. H. Beck, München
- Detterbeck*, Öffentliches Recht, 11. Auflage 2018, Vahlen, München
- Gröpl/Windthorst/von Coelln*, Studienkommentar GG, 4. Auflage 2020, C. H. Beck, München
- Isensee/Kirchhof*, Handbuch des Staatsrechts, Bd. III: Demokratie – Bundesorgane, 3. Auflage 2005, C. F. Müller, Heidelberg
- Isensee/Kirchhof*, Handbuch des Staatsrechts, Bd. IX: Allgemeine Grundrechtslehren, 3. Auflage 2011, C. F. Müller, Heidelberg
- Jarass/Pieroth*, Grundgesetz, 16. Auflage 2020, C. H. Beck, München
- Kingreen/Poscher*, Grundrechte Staatsrecht II, 36. Auflage 2020, C. F. Müller, Heidelberg
- Maunz/Dürig*, Grundgesetz Kommentar, 92. EL 2020, C. H. Beck, München
- Morlok*, Parteiengesetz, 2. Auflage 2013, Nomos, Baden-Baden
- Von Münch/Mager*, Staatsrecht II Grundrechte, 7. Auflage 2018, Kohlhammer, Stuttgart

II. Zum Allgemeinen Verwaltungsrecht

- BeckOK VwGO*, Beck'scher Onlinekommentar VwGO, Posser/Wolff (Hrsg.), 56. Ed. 2021, C. H. Beck, München
- BeckOK VwVfG*, Beck'scher Onlinekommentar VwVfG, Bader/Ronellenfitsch (Hrsg.), 50. Ed. 2021, C. H. Beck, München
- Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Auflage 2020, C. H. Beck, München
- Kopp/Ramsauer*, VwVfG, 21. Auflage 2020, C. H. Beck, München
- Mann/Sennekamp/Uechtritz*, VwVfG, 2. Auflage 2019, Nomos, Baden-Baden
- Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Auflage 2020, C. H. Beck, München
- Schoch/Schneider*, VwGO Kommentar, 39. EL 2020, C. H. Beck, München
- Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG Kommentar, 9. Auflage 2018, C. H. Beck, München

III. Zum besonderes Verwaltungsrecht

- Aker/Hafner/Notheis*, Gemeindeordnung Gemeindehaushaltsverordnung Baden-Württemberg, 2. Auflage 2019, Boorberg, Stuttgart
- BeckOK BeamtR He*, Beck'scher Onlinekommentar Beamtenrecht Hessen, Brinktrine/Masuch (Hrsg.), 14. Ed. 2021, C. H. Beck, München
- BeckOK GewO*, Beck'scher Onlinekommentar Gewerberecht, Pielow (Hrsg.), 52. Ed. 2020, C. H. Beck, München
- BeckOK KommR*, Beck'scher Onlinekommentar Kommunalrecht BW, Dietlein/Pautsch (Hrsg.), 12. Ed. 2021, C. H. Beck, München
- BeckOK LBO BW*, Beck'scher Onlinekommentar Bauordnungsrecht Baden-Württemberg, Spannowsky/Uechtritz (Hrsg.), 16. Ed. 2021, C. H. Beck, München
- BeckOK PolG BW*, Beck'scher Onlinekommentar Polizeirecht Baden-Württemberg, Möstl/Trurnit (Hrsg.), 21. Ed. 2021, C. H. Beck, München
- BeckOK UmweltR*, Beck'scher Onlinekommentar Umweltrecht, Giesberts/Reinhardt (Hrsg.), 57. Ed. 2020, C. H. Beck, München
- Bruckert/Frey/Kron/Marz*, Besonderes Verwaltungsrecht, 2020, Kohlhammer, Stuttgart
- Engel/Heilsborn*, Kommunalrecht Baden-Württemberg, 11. Auflage 2018, Nomos, Baden-Baden
- Ennuschat/Wank/Winkler*, Gewerbeordnung Kommentar, 9. Auflage 2020, C. H. Beck, München
- Erbguth/Mann/Schubert*, Besonderes Verwaltungsrecht, 13. Auflage 2019, C. F. Müller, Heidelberg

Literaturverzeichnis

- Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger*, BauGB Kommentar, 140. EL 2020, C. H. Beck, München
- Führ*, Gemeinschaftskommentar zum Bundesimmissionsschutzgesetz, 2. Auflage 2019, Carl Heymann, Köln
- Jarass*, Bundesimmissionsschutzgesetz Kommentar, 13. Auflage 2020, C. H. Beck, München
- Kenntner*, Öffentliches Recht Baden-Württemberg, 3. Auflage 2021, Nomos, Baden-Baden
- Kingreen/Poscher*, Polizei- und Ordnungsrecht, 11. Auflage 2020, C. H. Beck, München
- Kloepfer*, Umweltrecht, 4. Auflage 2016, C. H. Beck, München
- Landmann/Rohmer*, Gewerbeordnung Kommentar, 85. EL 2020, C. H. Beck, München
- Michel/Kienzle/Pauly*, Das Gaststättengesetz, 14. Auflage 2003, Carl Heymann, Köln
- Plate/Schulze/Fleckenstein*, Kommunalrecht Baden-Württemberg, 8. Auflage 2018, Kohlhammer, Stuttgart
- Ruder*, Polizeirecht Baden-Württemberg, 8. Auflage 2015, Nomos, Baden-Baden
- Schönleiter*, Gaststättengesetz Kommentar, 2012, Nomos, Baden-Baden
- Stephan/Deger*, Polizeigesetz für Baden-Württemberg, 7. Auflage 2014, Boorberg, Stuttgart
- Stober/Eisenmenger*, Öffentliches Wirtschaftsrecht – Besonderer Teil, 17. Auflage 2019, Kohlhammer, Stuttgart

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
Abs.	Absatz
APR	Allgemeines Persönlichkeitsrecht
Art.	Artikel
BauGB	Baugesetzbuch
Bd.	Band
BImSchG	Bundesimmissionsschutzgesetz
bspw.	beispielsweise
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BW	Baden-Württemberg
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
d. h.	das heißt
DVO	Durchführungsverordnung
f.	folgend
ff.	folgende
GastG	Gaststättengesetz
GastVO BW	Gaststättenverordnung (Baden-Württemberg)
GBL	Gesetzblatt
gem.	gemäß
GemO BW	Gemeindeordnung (Baden-Württemberg)
GewO	Gewerbeordnung
GewOZuVO BW	Verordnung der Landesregierung über Zuständigkeiten nach der Gewerbeordnung (Baden-Württemberg)
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
h. A.	herrschende Ansicht
h. M.	herrschende Meinung
Hs.	Halbsatz
i. d. R.	in der Regel
i. H. v.	in Höhe von
i. S. d.	im Sinne des
i. S. v.	im Sinne von
i. V. m.	in Verbindung mit
inkl.	inklusive
insb.	insbesondere
KAG BW	Kommunalabgabengesetz (Baden-Württemberg)
LGastG BW	Landesgaststättengesetz (Baden-Württemberg)
LKrO BW	Landkreisordnung (Baden-Württemberg)
LV BW	Verfassung des Landes Baden-Württemberg
LVG BW	Landesverwaltungsgesetz (Baden-Württemberg)

Abkürzungsverzeichnis

LVwVfG	Landesverwaltungsverfahrensgesetz (Baden-Württemberg)
LVwVG BW	Landesverwaltungsvollstreckungsgesetz (Baden-Württemberg)
m. a. W.	mit anderen Worten
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
o. g.	oben genannt
OVG	Oberverwaltungsgericht
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
PolG BW	Polizeigesetz (Baden-Württemberg)
PZU	Postzustellungsurkunde
Rspr.	Rechtsprechung
Rn.	Randnummer
S.	Seite/Satz
s.	siehe
SchG BW	Schulgesetz (Baden-Württemberg)
sog.	sogenannt
str.	streitig
StrG BW	Straßengesetz (Baden-Württemberg)
u. a.	unter anderem
umstr.	umstritten
v. a.	vor allem
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwV	Verwaltungsvorschrift
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz

Einführung

Als Staatsrecht werden diejenigen geschriebenen und ungeschriebenen Rechtsätze angesehen, die die **Grundordnung des Staates** regeln. Dies sind in Deutschland im Wesentlichen die Regelungen des Grundgesetzes. Staatsrecht wird typischerweise in die Bereiche Staatsorganisationsrecht (Staatsrecht I) und Grundrechte (Staatsrecht II) unterteilt. 1

Zum **Staatsorganisationsrecht** gehören im deutschen Staatsrecht die Regelungen über die Staatszielbestimmungen, die Verfassungsorgane und die Staatsfunktionen, außerdem die hier nicht behandelten Verfahren vor dem BVerfG (z. B. die Verfassungsbeschwerde).

Grundrechte beinhalten zentrale Vorgaben für staatliches Handeln. Sie gewährleisten Freiheit und Gleichheit, begrenzen in ihrer Funktion als Abwehrrecht das Ausmaß staatlichen Handelns und umfassen in ihrer Funktion als Leistungs- und Teilhaberechte Ansprüche des Einzelnen gegen den Staat. Im Grundgesetz stehen sie im I. Abschnitt, den Artikeln 1 bis 19. Es finden sich auch ähnliche Rechte außerhalb dieses Abschnittes, sie heißen „grundrechtsgleiche Rechte“.¹ Daneben befasst sich das Staatsrecht III mit der Verzahnung von Verfassungs- und Völker- sowie Unionsrecht. Also bspw. mit der Frage, wann Europarecht in Deutschland anzuwenden ist, oder inwiefern Unionsrecht Vorrang vor nationalem Recht genießt.

Im Zentrum des Staatsrechts stehen typischerweise die Verfassungsorgane und Verfahren vor dem BVerfG. Auswirkungen des Staatsrechts auf Einzelmaßnahmen der Verwaltung werden häufig nur am Rande erörtert. Daher gestaltet es sich für die Verwaltung oft schwierig, sich die konkreten Auswirkungen der staatsrechtlichen Vorgaben für ihr Verhalten abzuleiten. 2

Der Staatsaufbau, Gesetzgebungskompetenzen, Staatszielbestimmungen (etwa der Tierschutz, Art. 20a GG) wie auch Grundrechte können aber **maßgeblich das Handeln der öffentlichen Verwaltung beeinflussen**. Das betrifft in etwa den Hauptfall der Begrenzung eines Ermessensspielraums der Verwaltung, aber auch die Auslegung gesetzlicher Tatbestandsmerkmale oder die Frage, ob die Verwaltung einschreiten muss oder nicht. Gleichwohl ist die Perspektive der Verwaltung in zentralen Punkten von denen der Gesetzgebung und Rechtsprechung zu unterscheiden. Daher ist es für die Arbeit in der Verwaltung wichtig, das Staatsrecht auch aus einem anderen Blickwinkel zu betrachten.

Unterschiede machen sich schon im **Prüfungsschema** etwa einer grundrechtlichen Prüfung bemerkbar. Grundrechte werden typischerweise aus der dreistufigen Schutzbereichs-Eingriffs-Rechtfertigungs-Prüfung aus Sicht des BVerfG erörtert. Hierbei kommen die Auslegung und Anwendung des einfachen Rechts nur selten und nur inzident zur Sprache. Die Verwaltung geht jedoch zunächst von 3

1 Man leitet diese Bezeichnung hauptsächlich aus der Unterscheidung in Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG ab.

der Anwendung des einfachen Rechts aus und muss grundrechtliche Einflüsse dann inzident in dieser Prüfung abarbeiten.

Ferner darf die Verwaltung (formelle) Gesetze nicht einfach unangewendet lassen, selbst wenn sie das Gesetz als verfassungswidrig anerkennt (fehlende Normverwerfungskompetenz). Die Prüfung von Gesetzen spielt aus Praxissicht daher keine oder allenfalls eine stark untergeordnete Rolle.

- 4 Weitere Unterschiede ergeben sich aus der Stellung der Verwaltung als Teil der Exekutive: Als ausführende Gewalt sieht sich die Exekutive den Vorgaben des Gesetzgebers und der Kontrolle durch die Gerichte gegenüber.

Der **Gesetzgeber** konkretisiert die abstrakten Vorgaben des Grundgesetzes für bestimmte Lebensbereiche durch einfache Gesetze. Er regelt jedoch keine Einzelfälle, sondern erlässt **abstrakte Normen**, die für eine Vielzahl von Fällen gelten. Ohne Gesetz darf die öffentliche Verwaltung grundsätzlich nicht handeln (sog. Vorbehalt des Gesetzes: „kein Handeln ohne Gesetz“).² Ferner darf sie nur innerhalb der Gesetze handeln (sog. Vorrang des Gesetzes: „kein Handeln gegen das Gesetz“).

Die **Rechtsprechung** nimmt hingegen eine **Kontrolle** des Verwaltungshandelns **im Nachhinein** vor. Sie prüft das Verwaltungshandeln grundsätzlich vollumfänglich, in bestimmten – gesetzlich angeordneten – Fällen bleiben der Verwaltung gerichtlich nicht oder nur teilweise überprüfbare Spielräume. Dazu zählen insb. Beurteilungs- und Ermessensspielräume.

- 5 Während der Gesetzgeber die wesentlichen Regelungen für eine unbestimmte Anzahl an Fällen vorgibt und Richter Maßnahmen prüfen, die bereits erlassen wurden, müssen sich Verwaltungsmitarbeiter damit auseinandersetzen, wie Gesetze **auf den Einzelfall anzuwenden** sind, welche Maßnahmen im konkreten Fall möglich und **rechtmäßig** wären und welche von diesen Maßnahmen die **zweckmäßigste** darstellt.

Staatsrechtliche Vorgaben beeinflussen diese Entscheidung. Die Verwaltung muss insb. alle betroffenen Grundrechte und Staatszielbestimmungen **erfassen**, in nachvollziehbarer Weise für den konkreten Fall **gewichten** und zueinander **ins Verhältnis setzen**. Dazu ein einleitendes

- 6 **Beispiel:** E beantragt für sein Eiscafé eine straßenrechtliche Sondernutzungserlaubnis nach § 16 Abs. 1, 2 StrG BW zur Außenbewirtung mit 20 Sitzplätzen inkl. Tischen. Das Eiscafé befindet sich am Beginn einer Fußgängerzone. Dort ist die Straße noch nicht so breit wie im späteren Verlauf der Fußgängerzone.
- 7 Im Beispielsfall darf die Verwaltung handeln, weil der **Gesetzgeber** mit § 16 Abs. 1, 2 StrG BW eine Rechtsgrundlage für den Erlass der Sondernutzungserlaubnis geschaffen hat. Die abstrakten tatbestandlichen Voraussetzungen, die der Gesetzgeber dort normiert hat („Sondernutzung einer Straße“), liegen vor. Für

2 Im Einzelnen wird nach der h. M. danach differenziert, ob die Verwaltung im Bereich der Eingriffs- oder Leistungsverwaltung handelt. Bei Letzterem genügt – sofern nicht zugleich in Rechte Dritter eingegriffen wird – irgendeine gesetzliche Ermächtigung, etwa ein vom Gesetzgeber gebilligter Ausgabeposten im Haushalt, siehe dazu Grzeszick, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 20 VI Rn. 117 ff.

den Fall, dass die Tatbestandsvoraussetzungen vorliegen, hat der Gesetzgeber der Verwaltung Ermessen eingeräumt (§ 16 Abs. 2 S. 1 StrG BW: „nach pflichtgemäßem Ermessen“). Im Rahmen dieses Ermessens muss die **Verwaltung** alle Handlungsmöglichkeiten berücksichtigen und alle konkret betroffenen Interessen, insb. Grundrechte, ermitteln.

Als Handlungsmöglichkeiten kommt von der Versagung der Erlaubnis über eine nur beschränkte Erlaubnis (bspw. nur 14 Sitzplätze) über eine Erlaubnis mit Nebenbestimmungen (bspw. befristet auf drei Monate) bis hin zur antragsgemäßen Erteilung eine Vielzahl an Maßnahmen in Betracht, die der Verwaltung vom Gesetzgeber ermöglicht wurden. Es liegt nun an der Verwaltung, die zweckmäßige Maßnahme zu finden. Sie kann dabei der Berufsfreiheit einen hohen Stellenwert einräumen und eine Sondernutzungserlaubnis für das Aufstellen von 20 Stühlen inkl. Tischen erlassen. Sie kann aber einzelfallabhängig auch der Bewegungsfreiheit den Vorrang einräumen und nur eine Erlaubnis für 16 Plätze erlassen. **8**

Hat sie sich etwa für den Erlass der Erlaubnis für nur 16 Plätze entschieden, kann das Verwaltungsgericht auf eine Klage hin nur überprüfen, ob die Behörde ihr Ermessen gar nicht, zweckwidrig oder unter Missachtung der gesetzlichen Grenzen ausgeübt hat.³ Begeht die Verwaltung keiner dieser drei Ermessensfehler, kann sie sowohl die eine als auch die andere Entscheidung erlassen. **9**

Diese Überlegungen spiegeln sich in der Erstellung eines Gutachtens sowie dem Schreiben eines Bescheides wider. In Gutachten, in denen ähnlich der Richterperspektive nach der Rechtmäßigkeit einer konkreten Maßnahme gefragt wird, sind Grundrechte und Staatszielbestimmungen nur als Grenze der Entscheidung zu prüfen. **10**

In der Praxis bzw. in praxisorientierten Fallgestaltungen ist hingegen nach der zweckmäßigen Entscheidung gefragt. Dann müssen nicht nur die Grenzen des Handelns ermittelt, sondern auch der Ermessensspielraum „mit Leben gefüllt“ werden. Hierbei können Elemente des Staatsorganisationsrechts (bspw. Vertrauensschutz) oder Grundrechte die Entscheidung beeinflussen.

Auf der anderen Seite befassen sich viele der „klassischen“ staatsrechtlichen Fälle mit Problemen der Verfassungsorgane oder betreffen hauptsächlich die Gesetzgebung. Sie sind für die Verwaltung nur von untergeordneter oder mittelbarer Relevanz. **11**

³ Das ergibt sich für die gerichtliche Prüfung aus § 114 VwGO, der insofern das Pendant zu § 40 (L)VwVfG darstellt.

Erster Teil Staatsrecht in der Fallbearbeitung der Verwaltung

Für die Verwaltung spielen nicht alle Elemente des Staatsrechts eine wesentliche Rolle. So kommen aus dem Staatsorganisationsrecht hauptsächlich die Staatszielbestimmungen in Frage. Ihnen wird daher im 1. Kapitel ein kurzer Überblick gewidmet. Grundrechte hingegen spielen auch und gerade für das Verwaltungshandeln eine zentrale Rolle. Ihre Behandlung in der Fallbearbeitung wird daher zunächst im Allgemeinen (2. Kapitel) behandelt, bevor sodann auf die wichtigsten Grundrechte eingegangen wird (3. Kapitel). **12**

1. Kapitel Für die Fallbearbeitung relevante Elemente des Staatsorganisationsrechts

A. Überblick über die Staatsstrukturprinzipien des Art. 20 GG

Die Voraussetzungen des Verwaltungshandelns lassen sich erklären, wenn man sich die Rolle der Verwaltung als ausführende Gewalt (Exekutive) im Staatsaufbau und die Bedeutung bestimmter Elemente des Staatsorganisationsrechts für die Verwaltung verdeutlicht. Zu diesen wichtigen Elementen zählen das **Bundesstaatsprinzip**, die **Gewaltenteilung** und das **Rechtsstaatsprinzip**. 13

I. Das Bundesstaatsprinzip, Art. 20 Abs. 1 GG

1. Inhalt des Bundesstaatsprinzips

Nach Art. 20 Abs. 1 GG ist die Bundesrepublik Deutschland ein „**Bundesstaat**“ (und kein Staatenbund oder Einheitsstaat). Der deutsche Bundesstaat besteht aus einer zweigliedrigen Ordnung aus Bund und den Ländern. Sowohl dem Bund als auch den Ländern kommt damit Staatsqualität zu. Daraus ergibt sich, dass neben dem Grundgesetz des Bundes auch jedes Land eine eigene Verfassung hat, das neben dem Grundgesetz von der Verwaltung des jeweiligen Landes zu beachten ist. Diese Landesverfassungen dürfen dem Grundgesetz nicht widersprechen (Art. 28 Abs. 1 GG). Das **Grundgesetz geht** den Länderverfassungen als höherrangiges Recht **vor**. Das folgt aus Art. 31 GG („Bundesrecht bricht Landesrecht“) i. V. m. Art. 142 GG. 14

Gemeinden sind hingegen kein drittes Glied in dieser Ordnung. Den Gemeinden wird zwar die kommunale Selbstverwaltung verfassungsrechtlich garantiert (Art. 28 Abs. 2 GG), eine eigene Staatsqualität haben sie aber nicht, sie sind stattdessen Teil der Länder und kein gleichgestellter föderaler Teil der Bundesrepublik.

Innerhalb dieses zweigliedrigen Aufbaus ist die Ausübung der staatlichen Befugnisse und die Erfüllung der staatlichen Aufgabe grundsätzlich Sache der Länder, Art. 30 GG. Dieser Grundsatz wird für die Gesetzgebungskompetenzen in den Art. 70 ff. GG wiederholt und konkretisiert. Was die Ausführung der Gesetze durch die Verwaltung betrifft, so zeichnet sich folgendes Bild ab: 15

Landesgesetze werden ausschließlich von den Landesverwaltungen ausgeführt. Gem. Art. 83 GG führen die Länder auch die Bundesgesetze als eigene Angelegenheit aus, soweit im GG nichts anderes bestimmt ist (Landeseigenverwaltung, Art. 84 GG). Daneben bestehen die Bundesauftragsverwaltung (Art. 85 GG) und die Bundeseigenverwaltung (Art. 86 ff. GG). Nur im letzten Fall tritt der Bund nach außen hin auf. Handelt das Land im Rahmen der Landeseigenverwaltung oder der Bundesauftragsverwaltung, hat es nach außen hin die ausschließliche

Wahrnehmungskompetenz und ist daher in diesen Fällen auch „richtiger Beklagter“ i. S. d. § 78 VWGO.

- 16** Den Ländern obliegt dem Grunde nach auch die Gesetzgebungskompetenz für das Verfahren vor den Landesverwaltungen. Dieses Verhältnis spiegelt sich auch in der Vorrangregelung des § 1 Abs. 3 VwVfG des Bundes wider, wonach die Landesverwaltungsgesetze auch bei der Durchführung von Bundesrecht Vorrang vor dem VwVfG haben. Daneben bestimmen die Länder auch welche Behörde für die Durchführung der Gesetze zuständig ist. In Baden-Württemberg ist dies zumeist in sog. Zuständigkeitsverordnungen geregelt. Der Bund kann Zuständigkeiten und Verfahren der *Landesverwaltungen* nur in den Grenzen der Art. 84, 85 GG und im Rahmen sog. Annexkompetenzen regeln.⁴ Insb. kann er nicht (mehr) den Gemeinden eine Aufgabe zuweisen, Art. 84 Abs. 1 S. 7, 85 Abs. 1 S. 2 GG.⁵

2. Der Verwaltungsaufbau im Bundesstaat

- 17** Baden-Württemberg hat den Verwaltungsaufbau im LVG BW und das Verfahren inkl. der örtlichen Zuständigkeit im LVwVfG geregelt. Kenntnisse über den Verwaltungsaufbau sind zentral für die Bestimmung der **Zuständigkeiten** der Ausgangs- und Widerspruchsbehörden, den Prüfungsumfang der Widerspruchsbehörde und die Bestimmung des Klagegegners. Baden-Württemberg folgt dem **dreigliedrigen Verwaltungsaufbau**, der dem Grunde nach auch auf Bundesebene besteht: untere, höhere und oberste Verwaltungsbehörde. Neben diesen sog. allgemeinen Verwaltungsbehörden bestehen sowohl auf Bundes- wie auch auf Landesebene besondere Verwaltungsbehörden⁶, die hier nicht weiter erörtert werden sollen.
- 18** Im Einzelnen bedeutet der Aufbau grob gesagt Folgendes: Sehr wichtige Angelegenheiten mit Tragweite für das gesamte Bundesland werden in der Regel von den Ministerien als oberste Verwaltungsbehörde ausgeführt.⁷ Sehr wichtige Angelegenheiten mit Tragweite über das Gebiet mehrerer Stadt- und Landkreise hinaus werden von den vier Regierungspräsidien als höhere Verwaltungsbehörde erfüllt.⁸ **Ministerien und Regierungspräsidien** sind **keine Körperschaften** bzw. juristischen Personen. Sie sind **Behörden** des Landes Baden-Württemberg, das als Gebietskörperschaft juristische Person ist. Wenn sie handeln, wird also das Land unmittelbar tätig. Man spricht daher von der **unmittelbaren Staatsverwaltung**, wobei mit „Staat“ das Land gemeint ist. Auf dritter Stufe können

⁴ Von Münch/Mager, Staatsrecht I, Rn. 449, 454 ff.

⁵ Alte Regelungen wie § 1 Abs. 3 BauGB bleiben aber noch bestehen, ausführlicher dazu Engel/Heilsborn, Kommunalrecht, § 3 Rn. 1 ff.

⁶ In Baden-Württemberg die Landesoberbehörden und höhere sowie untere Sonderbehörden, § 23 Abs. 1 LVG BW. Das sind etwa die staatlichen Rechnungsprüfungsämter oder die Nationalparkverwaltung im Nationalpark Schwarzwald, § 23 Abs. 3 LVG BW.

⁷ Etwa für Genehmigungen über den Betrieb von Atomkraftwerken (§ 25 Abs. 2 AtG) oder die Widmung von Bundesfernstraßen, etwa Bundesautobahnen (§ 2 Abs. 6 FStrG).

⁸ Etwa das sog. Raumordnungsverfahren (§ 18 Abs. 1 LPiG) oder die Erklärung zum Naturschutzgebiet oder Naturpark (§ 23 Abs. 3 NatSchG).

auch Landratsämtern oder Gemeinden **Aufgaben des Landes** zugewiesen werden (Regelfall⁹).

Gemeinden sind eigene Gebietskörperschaften, also **juristische Personen des öffentlichen Rechts**. Als eigenständige Gebietskörperschaften verwalten sie sich und ihre Aufgaben selbstständig (kommunale Selbstverwaltung, Art. 28 Abs. 2 GG). Das gilt auch, wenn ihnen als sog. **untere Verwaltungsbehörde** nach §§ 15 ff. LVG BW **Landesaufgaben als Pflichtaufgaben nach Weisung** (§ 15 Abs. 2 LVG BW) übertragen werden. Sie handeln dabei im eigenen Namen, erlassen also eigene Verwaltungsakte.¹⁰ Man spricht daher von **mittelbarer Staatsverwaltung**. Konkret zuständige Behörde¹¹ ist der Bürgermeister, nicht der Gemeinderat, § 15 Abs. 2 LVG BW.

Landkreise sind wie Gemeinden Gebietskörperschaften. Auch ihnen können Pflichtaufgaben nach Weisung übertragen werden (mittelbare Staatsverwaltung). Regelfall ist jedoch, dass das Landratsamt **selbst als staatliche Behörde** (unmittelbare Staatsverwaltung) tätig wird, was sich aus § 15 Abs. 1 Nr. 1 LVG BW und § 1 Abs. 3 S. 1, 2 LKrO BW ergibt. Das Landratsamt kann also Behörde des Landkreises wie auch Behörde des Landes sein. Diese Besonderheit wird als **Doppelfunktionalität des Landratsamtes** bezeichnet. Wenn das Landratsamt als untere Verwaltungsbehörde handelt, ist also nicht der Landkreis, sondern das Land richtiger Beklagter i. S. d. § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO.

Die genannten Behörden (Ministerien, Regierungspräsidien, Landratsämter, Bürgermeister) haben weitere Untergliederungen, die für den Staatsaufbau nicht weiter bedeutend sind: Dezernate, Ämter, Fachbereiche etc. Es handelt sich um bloße innerorganisatorische Aufteilungen der Verwaltung. Sie werden unterschiedlich bezeichnet und ihr Aufgabenbereich ist unterschiedlich weit. Im Stadtkreis A kann bspw. nach der innerorganisatorischen Verteilung der Zuständigkeit das „Sozialamt“ für die polizeiliche Einweisung von Obdachlosen zuständig sein, während im Stadtkreis B dafür das „Ordnungsamt“ zuständig ist.

Wichtiger Teil des dreistufigen Verwaltungsaufbaus des Landes ist die sog. **Fachaufsicht**, § 2 LVG BW. Fachaufsicht bedeutet, dass jegliches Handeln einer staatlichen Behörde auf **Recht- und Zweckmäßigkeit** überprüft werden kann, § 3

9 In Deutschland wird ein dezentrales System verfolgt, das in der Regel der kleinsten, sach nächsten Einheit die Zuständigkeit zuweist, siehe für Baden-Württemberg Art. 70 Abs. 2 S. 2 LV BW. Das geht insb. zulasten der Kosteneffizienz, sorgt aber für Bürgernähe. Die Zuständigkeitsverteilung zwischen der Europäischen Union und den Mitgliedsstaaten folgt derselben Idee (sog. Subsidiaritätsprinzip, Art. 5 Abs. 1 S. 2, Abs. 3 EUV), siehe zum Ganzen *Frey/Bruckert*, Der Subsidiaritätsgrundsatz als fundamentales Prinzip im Unionsrecht und im Grundgesetz: Inhalt, Ausgestaltung und Reichweite: ein Konzept – zwei Konzeptionen?, VR 2018, 181.

10 Und sind daher „richtige Beklagte“ i. S. d. § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO.

11 Der Behördenbegriff wird unterschiedlich benutzt. Einerseits – wie hier – zur Bezeichnung einer Untergliederung eines Verwaltungsträgers (bei der Gemeinde etwa: Gemeinderat und Bürgermeister). Andererseits – wie § 15 Abs. 1 LVG BW das mit Bezug auf die Gemeinden macht – zur Bezeichnung eines Verwaltungsträgers selbst. Siehe dazu *Engel/Heilsborn*, Kommunalrecht, § 9 Rn. 5; *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rn. 199 ff.

Abs. 2 LVG BW. Die Fachaufsicht wird stets von den Behörden ausgeübt, die in der Stufe über der handelnden Behörde stehen.¹²

23 Aufbau der allgemeinen Verwaltungsbehörden in Baden-Württemberg

	Unmittelbare Staatsverwaltung			Mittelbare Staatsverwaltung		
Verwaltungsträger (Körperschaft)	Land			Landkreis	Gemeinde	
Organ	Ministerium	Regierungspräsidium	Landratsamt		Bürgermeister	Bürgermeister oder Gemeinderat
Handelt als ...	Oberste Verwaltungsbehörde	Höhere Verwaltungsbehörde	Untere Verwaltungsbehörde	Behörde des Landkreises	Untere Verwaltungsbehörde	Behörde der Gemeinde
Beispiele	Wirtschafts- und Umweltministerium als oberste Baurechtsbehörden, § 46 Abs. 1 Nr. 1 LBO BW	Höhere Bau-rechtsbehörde, § 46 Abs. 1 Nr. 2 LBO BW; höhere Immis-sionsschutzbe-hörden, § 1 Abs. 2 Nr. 2 ImSch-ZuVO BW	Untere Bau-rechtsbehörde, § 46 Abs. 1 Nr. 3 LBO BW, § 15 Abs. 1 Nr. 1 LVG BW; untere Immis-sionsschutzbe-hörden, § 1 Abs. 2 Nr. 3 ImSch-ZuVO BW, § 15 Abs. 1 Nr. 1 LVG BW	Träger der Abfallent-sorgung, § 6 Abs. 2 LAbfG BW; Wohngeld-stelle, Abs. 1 WoG-GaG BW; Träger der Straßen-baulast für Kreisstra-ßen, § 43 Abs. 2 StrG BW	Untere Bau-rechtsbe-hörden, § 46 Abs. 1 Nr. 3 LBO BW; Gr. Kreis-stadt (§§ 15 Abs. 1, 19 LVG BW) oder Stadt-kreis (§ 15 Abs. 1 Nr. 2 LVG BW); niemals die kreisangehörige Ge-meinde	Kreisange-hörige Ge-meinden als untere Baurechts-behörde unter den Voraus-setzungen des § 46 Abs. 2 LBO BW; Träger der Bauleitpla-nung, § 1 Abs. 3 BauGB

II. Die Gewaltenteilung, Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG

24 Staatsgewalt wird durch die Gesetzgebung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung ausgeübt, Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG. Die Verwaltung ist Teil der vollziehenden Gewalt und ihr Aufgabenbereich daher von der Gesetzgebung und der Rechtsprechung abzugrenzen. Eine positive Definition dessen, was Verwaltung ausmacht, ist kaum möglich. Überwiegend wird ihr Aufgabenbereich negativ abgegrenzt: Verwaltungstätigkeit umfasst, was weder Gesetzgebung noch Rechtsprechung ist.¹³

25 Gewaltenteilung bedeutet nicht, dass alle drei Gewalten unabhängig voneinander existieren und arbeiten. Im Gegenteil: Die Verwaltung vollzieht die vom Gesetzgeber erlassenen Gesetze und wird von den Gerichten kontrolliert. Der Gesetzgeber regelt Zuständigkeiten der Verwaltung, Kontrollmöglichkeiten und

¹² Die Ministerien über die Regierungspräsidien (§ 14 Abs. 2 LVG BW), die Regierungspräsidien und die Ministerien über die Landratsämter (§ 20 Abs. 2 LVG BW) und – soweit sie als untere Verwaltungsbehörde handeln – die Stadtkreise, Großen Kreisstädte und Verwaltungsgemeinschaften (§ 21 Abs. 2 LVG BW).

¹³ *Ronellenfisch*, in: BeckOK VwVfG, § 1 Rn. 11.

Umfang der Kontrolle (siehe VwGO). Die Gerichte wiederum kontrollieren Verwaltungs- aber auch Gesetzgebungsakte. **Gewaltenteilung** bedeutet aber, dass jede Gewalt einen eigenen Aufgabenbereich hat, der von den anderen beiden Gewalten unangetastet bleibt. Bei der Exekutive spricht man insofern vom Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung. Auch außerhalb dieses Kernbereichs hat die gegenseitige Kontrolle Grenzen, insb. bei sog. **Entscheidungsspielräumen** der Verwaltung. Solche Spielräume müssen nach h. M.¹⁴ **gesetzlich angeordnet** sein. **Gerichte** prüfen Entscheidungen der Verwaltung, die auf Grundlage eines eingeräumten Entscheidungsspielraums erlassen wurden, nicht vollumfänglich, sondern nur auf bestimmte Fehler, siehe → Online-Fall 4¹⁵, → Fall 2. Wichtigster Entscheidungsspielraum ist der **Ermessensspielraum**, der gem. § 114 VwGO nur auf die drei **Ermessensfehler** (Ausfall, Fehlgebrauch und Überschreitung) zu prüfen ist; ein Gericht kann hier keine eigene Ermessensentscheidung im Sinne einer Zweckmäßigkeitserwägung anstellen.¹⁶

Beispiel:

Gastwirt G hat in einem Zeitraum von drei Wochen in sieben Fällen Alkohol an Minderjährige ausgeschenkt. In einem dieser Fälle gab er der 15-jährigen M neun Tequila-Shots, obwohl M bereits erkennbar betrunken war. M wurde mit einer Alkoholvergiftung im Krankenhaus behandelt.

Nach dem Vorfall widerruft die zuständige Gaststättenbehörde die Gaststätterlaubnis¹⁷ und ordnet die Schließung der Gaststätte¹⁸ an, verbunden mit der Anordnung der sofortigen Vollziehung¹⁹ der beiden Maßnahmen. Sie droht ferner die Festsetzung eines **Zwangsgeldes**²⁰ **in Höhe von 500 €** für den Fall an, dass G die Gaststätte nicht binnen einer Woche schließt. G weigert sich und erhebt einen erfolglosen Widerspruch.

In der daraufhin eingelegten Anfechtungsklage prüft das Verwaltungsgericht insb., ob die Behörde ihr Ermessen überschritten hat, § 114 VwGO. Für die Androhung des Zwangsgeldes läuft dies auf eine Überprüfung dahingehend hinaus, ob die behördliche Einschätzung der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit eines Zwangsgeldes in Höhe von 500 € in Ordnung ist (Verhältnismäßigkeit).

Im Fall lagen **immense Gefahren** für die Gesundheit vieler Minderjähriger vor (viele Fälle in kurzer Zeit, junge Personen, viel Alkohol, keine Einsicht des G). Unter Beachtung dieser Interessen, hätte die Behörde wohl auch ein Zwangsgeld in Höhe von 1.000 € oder mehr androhen können. Sie hätte auch 250 € androhen können, wenn sie das zunächst für ausreichend hält. Sie hätte ggf. auch anstelle eines Zwangsgeldes die unmittelbare Ausführung durch sog. Versiegelung der Gaststätte androhen können.

14 Sog. *normative Ermächtigungslehre*, dazu *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 19 Abs. 4 Rn. 184 ff.

15 Die Online-Fälle sind unter <http://dl.kohlhammer.de/978-3-17-040936-1> abrufbar.

16 *Decker*, in: BeckOK VwGO, § 114 Rn. 26.

17 § 15 Abs. 2 GastG (in Baden-Württemberg i. V. m. § 1 LGastG BW).

18 § 31 GastG i. V. m. § 15 Abs. 2 GewO (in Baden-Württemberg i. V. m. § 1 LGastG BW).

19 § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO.

20 § 2 Nr. 2, 18, 20 Abs. 1 S. 1, 23 LVwVG BW.

26

27

All diese Maßnahmen wären vom Ermessensspielraum der Behörde gedeckt. Das Gericht kann **keine Überschreitung des Ermessensspielraumes** feststellen. Hält das Gericht ein Zwangsgeld von 250 € oder 1.000 € für sinnvoller (zweckmäßiger), kann es die Entscheidung der Behörde gleichwohl nicht abändern. Das Gericht darf keine eigene Ermessensentscheidung anstelle der Verwaltung treffen.

III. Das Rechtsstaatsprinzip, Art. 20 Abs. 3 GG

- 28** Das Rechtsstaatsprinzip stellt ein sehr weitreichendes verfassungsrechtliches Prinzip dar. Er zerfällt in den formellen Rechtsstaatsbegriff, nachdem sich jede staatliche Maßnahme an Gesetz und Recht messen lassen können muss und den materiellen Rechtsstaatsbegriff, nachdem jedes staatliche Handeln sich auch materiell vom Gerechtigkeitsgedanken leiten lassen muss. Darüber hinaus haben Rechtsprechung und Literatur zahlreiche weitere wichtige Grundsätze aus dem Rechtsstaatsprinzip entwickelt.

Die konkreten Aussagen des Rechtsstaatsprinzips zu umschreiben ist keine einfache Aufgabe, weil es sich zum Teil mit anderen Prinzipien (insb. dem Demokratieprinzip) überschneidet. Im Folgenden sollen die für die Verwaltung wichtigsten Aspekte des Rechtsstaatsprinzips erläutert werden. Dazu zählen die Normenhierarchie, die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und die Rechtssicherheit.²¹

1. Normenhierarchie

- 29** Die Normenhierarchie ordnet die verschiedenen Rechtsvorschriften und gibt Aufschluss darüber, welche Norm sich im Kollisionsfall durchsetzt.
- 30** **Verfassungsgesetze** stehen an höchster Stelle der Normenhierarchie. Dies sind das Grundgesetz und die Länderverfassungen. Auf der Ebene der sog. „einfachen Gesetze“ wird zwischen Gesetzen im formellen und Gesetzen im materiellen Sinn unterschieden. **Gesetze im formellen Sinne** sind solche, die formell, d. h. unter Mitwirkung des Parlaments (Bundestag; Landtag) zustande gekommen sind. **Gesetze im materiellen Sinne** sind alle abstrakt-generellen Regelungen, die Rechte und Pflichten für Bürger und sonstige Personen regeln (Außenwirkung). Generell meint für jedermann, abstrakt meint für eine unbestimmte Vielzahl von Fällen. Gesetze im formellen Sinn sind meist auch Gesetze im materiellen Sinn,²² aber nicht alle Gesetze im materiellen Sinn sind auch Gesetze im formellen Sinn (z. B. Rechtsverordnungen, Satzungen).

²¹ Vor allem die letzten zwei Ausgestaltungen werden oftmals auch direkt aus den Grundrechten hergeleitet, für die Verhältnismäßigkeit etwa *Huster/Rux*, in: BeckOK GG, Art. 20 Rn. 190.

²² Ausnahme ist z. B. das Haushaltsgesetz (Art. 110 Abs. 2 S. 1 GG), das keine Rechte und Pflichten für Bürger regelt, sondern den Haushaltsplan (und andere Regelungen) festlegt.

Rechtsverordnungen sind Gesetze, die von Exekutivorganen (Regierungen, Verwaltungsbehörden) zur Regelung **staatlicher Angelegenheiten** erlassen werden. Weil sie nicht von Parlamenten, sondern von der Exekutive erlassen werden, sind sie Gesetze im materiellen, nicht aber im formellen Sinn. Dazu zählen die StVO, die GastVO BW, Polizeiverordnungen (§§ 17 Abs. 1, 1 Abs. 1 PolG BW) oder die DVO zum PolG. Erforderlich für den Erlass einer Rechtsverordnung ist eine formell-gesetzliche Grundlage.²³ Die Verwaltung erhält hier also eine vom Gesetzgeber **abgeleitete** (delegierte) Rechtssetzungsmacht. 31

(Öffentlich-rechtliche) **Satzungen** sind Rechtsvorschriften, die von einer juristischen Person des öffentlichen Rechts im Rahmen **ihrer** gesetzlichen **Autonomie** mit Wirkung für die ihr angehörigen Personen erlassen werden. Satzungen sind also Ausdruck der Selbstverwaltung, wie sie Gemeinden und Landkreise (kommunale Selbstverwaltung, Art. 28 Abs. 2 GG, Art. 71 Abs. 1 LV BW) aber auch Hochschulen, berufsständische Kammern oder Rundfunkanstalten (sog. funktionale Selbstverwaltung) innehaben. Beispiele sind Bebauungspläne (§ 10 BauGB), die Hauptsatzung, Benutzungssatzungen für öffentliche Einrichtungen, Satzungen der Hochschulen und Universitäten. 32

Verwaltungsvorschriften sind abstrakt-generelle Regelungen, die von einer Behörde gegenüber ihren nachgeordneten Behörden oder durch einen Vorgesetzten gegenüber seinen unterstellten Mitarbeitern erlassen werden. Verwaltungsvorschriften sind reines **Verwaltungsinnenrecht** ohne Außenwirkung. Sie enthalten keine Rechtsgrundlagen, um (belastende) Verwaltungsakte zu erlassen. Sie dienen vielmehr der Regelung bestimmter Verwaltungsabläufe, der einheitlichen Auslegung von Tatbestandsmerkmalen oder der einheitlichen Anwendung des Ermessens. Außenwirkung erlangen sie daher allenfalls mittelbar, wenn sie von der Behörde in vergleichbaren Fällen zur Auslegung des Gesetzes herangezogen wurde (sog. Selbstbindung der Verwaltung über Art. 3 Abs. 1 GG). Beispiele sind die VwV-StVO, die VwV-Denkmalförderung oder die VwV-Korruptionsverhütung und -bekämpfung. 33

Eine Sonderstellung haben die **TA Luft** und die **TA Lärm** inne. Sie sind Verwaltungsvorschriften bei deren Erlass ein Verfassungsorgan (der Bundesrat), das an der Gesetzgebung mitwirkt, beteiligt war, § 48 BlmSchG. Wegen dieses (aufwendigen) Verfahrens wird ihnen eine **normkonkretisierende Wirkung** zugesprochen, sodass sie – ausnahmsweise – auch von den Gerichten beachtet werden.

Nur geringe Bedeutung hat **ungeschriebenes Recht**. Hierunter fallen aus geschriebenem Recht abgeleitete Prinzipien einerseits und das sog. Gewohnheitsrecht andererseits. Es kann auf allen Ebenen der Normenhierarchie vorkommen und spielt in der Praxis hauptsächlich im Staatshaftungsrecht eine Rolle. 34

²³ Das regeln Art. 80 Abs. 1 GG und Art. 61 LV BW.

35 Normenhierarchie (vereinfachter Überblick)

	Gesetz im formellen oder materiellen Sinne	Erlassende Stelle	Unmittelbare Außenwirkung
Unionsrecht EUV, AEUV, Richtlinien, Verordnungen, Beschlüsse	Formell und materiell	Europäisches Parlament und Europäischer Rat	Ja
Verfassung Grundgesetz Landesverfassung	Formell und materiell	Bzgl. Änderungen: Verfassungsändernder Gesetzgeber, Art. 79 Abs. 1 GG	Ja
Parlamentsgesetz BlmSchG, StVG, GewO, PolG BW, GemO BW, LBO BW, LHO	Formell und materiell	Bundestag und Bundesrat; Landtag	Ja
(Rein) formelles Parlamentsgesetz Haushaltsgesetz 2020, Staatshaushaltsgesetz 2020/2021	Formell	Bundestag; Landtag	Nein, Verpflichtung richtet sich nur an Exekutive im Innenverhältnis
Rechtsverordnung StVO, BauNVO, 4. BlmSchV, Polizeiverordnungen	Materiell	Jede (ermächtigte) Stelle der Exekutive	Ja
Satzungen Hauptsatzung, Bebauungsplan	Materiell	Jede Selbstverwaltungskörperschaft	Ja
Verwaltungsvorschriften VV-LHO, VwV-StVO	Mangels unmittelbarer Außenwirkung kein Gesetz	Jede Stelle der Exekutive	Grundsätzlich nein, ggf. mittelbar über Art. 3 Abs. 1 GG

2. Gesetzmäßigkeit der Verwaltung

- 36** Unter dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung versteht man einerseits den Vorbehalt des Gesetzes und andererseits den Vorrang des Gesetzes. Unter dem **Vorbehalt des Gesetzes** versteht man, dass die Verwaltung nur handeln darf, wenn sie durch ein formelles Gesetz dadurch ermächtigt wird („Kein Handeln ohne Gesetz“). Dies gilt unstreitig für den gesamten Bereich der Eingriffsverwaltung (also bei „klassischen Eingriffen“). Darüber hinaus ist streitig, ob auch bei bloß mittelbar-faktischen Eingriffen oder in der Leistungsverwaltung eine Rechtsgrundlage benötigt wird.²⁴ Unter dem **Vorrang des Gesetzes** versteht man die Bindung der Exekutive an die bestehenden Gesetze, einschließlich des Verfassungs- und Europarechts („Kein Handeln gegen das Gesetz“).
- 37** Die einzelnen Auswirkungen dieses tragenden Grundsatzes für das Verwaltungshandeln bzw. das Prüfungsschema des Verwaltungshandelns werden sogleich unter → Rn. 57 ff. ausführlich erörtert. Hier sollen noch die unterschiedlichen Begriffe erläutert werden anhand des folgenden

²⁴ Mehr dazu unten → Rn. 58 ff., siehe auch *Huster/Rux*, in: BeckOK GG, Art. 20 Rn. 174 ff.