

1. Abschnitt: Die öffentliche Verwaltung

1. Die Bedeutung der öffentlichen Verwaltung für jeden Einzelnen

Das Verwaltungsrecht befasst sich mit dem Handeln der öffentlichen Verwaltung. Um zu erkennen, inwieweit jeder Mensch täglich von der öffentlichen Verwaltung betroffen ist, betrachten wir den Tageslauf eines Bürgers oder einer Bürgerin, den/die wir „den¹ Bürger B“ nennen wollen:

Nach dem Aufstehen schaltet B das Licht an und nutzt den von einem öffentlichen Elektrizitätswerk verteilten Strom. Das anschließend benötigte Wasser wird von einem gemeindlichen Wasserwerk geliefert und durch die von der Gemeindeverwaltung unterhaltene Kanalisation abgeleitet. Währenddessen leert die gemeindliche Müllabfuhr die Mülltonne. Fährt B mit dem Auto zur Arbeit, ist er auf die von der Verwaltung gebauten und unterhaltenen Straßen und auf Verkehrsregelungen angewiesen. Seine Kinder fahren mit öffentlichen Verkehrsmitteln zur Schule und werden von Lehrern unterrichtet. Im Berufsleben kommt B am intensivsten mit der Verwaltung in Berührung, wenn er – wie ca. 4,2 Millionen² – selbst dort Dienst tut. Aber auch als Arbeitnehmer in einem privatwirtschaftlichen Betrieb verlässt er sich darauf, dass die von ihm benutzten Maschinen von den Arbeitsschutzbehörden überwacht und für sicher befunden worden sind. Vor Straftaten schützt ihn, so gut es geht, die Polizei. Wird er krank, kann er z. B. im städtischen Krankenhaus oder in einer staatlichen Universitätsklinik behandelt werden. Die Kosten zahlt die Krankenkasse, oft ein Verwaltungsträger wie beispielsweise die Allgemeine Ortskrankenkasse. Wird er arbeitslos, unterstützt ihn die Arbeitsagentur finanziell und hilft ihm bei der Suche nach einem neuen Arbeitsplatz. Ob die Behörden in dem nötigen Umfang verhindern, dass der Wald, durch den sein Spaziergang oder sein Waldbau führt, nicht abgeholt und nicht durch Abgase zerstört wird, ist bekanntlich umstritten; immerhin bemühen sich eine Reihe von Behörden um den Schutz der Umwelt. Für die Freizeitgestaltung sorgt die Gemeinde durch Anlage und Unterhaltung von Sportplätzen, Schwimmbädern, Theatern und Museen. Ein intensiver Kontakt weniger angenehmer Art sei nicht verschwiegen: Im Auftrag der Finanzverwaltung und der Sozialversicherungsträger zieht der Arbeitgeber Steuern und Beiträge vom Entgelt ab. Dafür sichert z. B. die Deutsche Rentenversicherung im Alter den Lebensunterhalt durch Zahlung einer Rente.

Nimmt man hinzu, dass der Mensch meist in einem von der Gemeinde, vom Kreis oder Land betriebenen Krankenhaus geboren wird und auf einem gemeindlichen Friedhof seine letzte Ruhe findet, wird deutlich, wie sehr wir alle von der öffentlichen Verwaltung begleitet werden und in welch vielfältiger Weise wir von ihr abhängig sind³.

2. Der Begriff der öffentlichen Verwaltung

Bei der obigen Betrachtung des Tagesablaufs „des Bürgers B“ wurde davon ausgegangen, dass so Unterschiedliches aus der Verwaltungspraxis wie Müllabfuhr, AOK, Polizei,

-
- 1 Männliche Bezeichnungen stehen in diesem Buch aus Vereinfachungsgründen zugleich für weibliche (vgl. § 12 GO NRW).
 - 2 Zusammengefasst sind die Vollzeit- und Teilzeitbeschäftigte des Bundes, der Länder, der Gemeinden und der Sozialversicherung; bei Einbeziehung der „sonstigen öffentlichen Einrichtungen“: 5,8 Mio. (Quelle: Statistisches Bundesamt, Fachserie 14, Reihe 6, Personal des öffentlichen Dienstes. Vgl. www.destatis.de).
 - 3 Vgl. Hofmann/Theisen/Bätge, Kommunalrecht in NRW, Einleitung zu Abschnitt 2, zum besonders vielfältigen Bezug der Bürger zur „ihrer“ jeweiligen Kommunalverwaltung.

Schule und Friedhof etc. zur öffentlichen Verwaltung gehört. Dies bedarf der Begründung und Abgrenzung, zumal es auch Privat-Krankenkassen, private Müllentsorger, private Theater und neben den öffentlich-rechtlichen Fernsehanstalten⁴ auch zahlreiche kommerzielle („private“) Fernsehanbieter⁵ gibt. Manche Verkehrsunternehmen und die meisten Energieversorgungsunternehmen sind Aktiengesellschaften oder GmbHs – gehören auch diese zur öffentlichen Verwaltung?

2.1 Öffentliche Verwaltung als staatliche Verwaltung

- 4** Die öffentliche Verwaltung als Gegenstand des Verwaltungsrechts ist gleichbedeutend mit „staatlicher“ Verwaltung, wobei „staatlich“ an dieser Stelle in einem weiten Sinn verstanden wird und auch die Gemeinde-(Kommunal-) Verwaltung mit einschließt. Der erste Schritt zur Bestimmung dessen, was öffentliche Verwaltung bedeutet, dient deshalb der Abgrenzung der staatlichen Verwaltung von der nichtstaatlichen, also der privaten Verwaltung, zu der beispielsweise die Personal- und Finanzverwaltung großer Unternehmen, die Geschäftsführung eines Vereins, die Verwaltung privaten Vermögens gehören.

Betrachtet man allein die Tätigkeit, lässt sich nicht hinreichend präzise abgrenzen, was Aufgabe des Staates ist und welche Tätigkeiten dem privaten (einschließlich kommerziellen) Bereich zuzuordnen sind. Zwar gibt es einen Kernbereich ausschließlich staatlicher Aufgaben. Hierzu gehören die Aufgaben der Polizei und anderer Behörden, die Zwang ausüben dürfen (z. B. der Finanzämter); zur Zwangsanwendung ist nur der Staat befugt (Gewaltmonopol des Staates). Die meisten anderen Tätigkeiten sind aber auch als Handlungsweisen Privater denkbar: Auch Privatpersonen, gewerbliche Unternehmen und Vereine können beispielsweise öffentliche Verkehrsmittel oder Rundfunksender betreiben, Strom erzeugen und verteilen, Schulen (Privatschulen) und Krankenhäuser (Privatkliniken) unterhalten, können Hilfsbedürftige unterstützen. Deshalb lässt sich der Bereich der Staatstätigkeit allgemein nur so bestimmen, dass er alle gesetzlich übertragenen sowie die zulässigerweise freiwillig übernommenen Aufgaben umfasst. Prinzipiell kann der Staat Aufgaben aller Art übernehmen; sein Wirkungsbereich ist gegenständlich (fast) unbegrenzt.

Das ergibt sich aus den Vorschriften des Grundgesetzes: Art. 30 GG spricht nur allgemein von der „Ausübung der staatlichen Befugnisse“ und der „Erfüllung der staatlichen Aufgaben“, ohne diese näher zu bestimmen. In Art. 87 Abs. 3 S. 2 GG ist ausdrücklich vorgesehen, dass dem Bund neue Aufgaben erwachsen können, ohne dass näher bestimmt ist, wann das der Fall ist. Aus Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG ergibt sich, dass die Gemeinden „alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft ... in eigener Verantwortung regeln“⁶, was auch gegebenenfalls neu entstehende Aufgaben umfasst.

- 5** Wichtige rechtliche Schranken staatlicher Tätigkeit bilden die Grundrechte (z. B. verbietet Art. 6 Abs. 1 GG dem Staat, etwa durch eine „Ehevermittlungsbehörde“ den Ehepartner zu suchen). Für die einzelnen organisatorischen Gliederungen des Staates (z. B. Bund, Länder, Gemeinden) ergeben sich Schranken ihres Wirkungsbereichs aus den Zuständigkeitsvorschriften bzw. der Verbandskompetenz⁷. Weitere Grenzen bil-

⁴ Z. B. WDR (Westdeutscher Rundfunk) in Köln – als größte Landesrundfunkanstalt Deutschlands, also als Teil der „ARD“ (Arbeitsgemeinschaft der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten der Bundesrepublik Deutschland), kurz des „Ersten Programms“; vgl. zum Umfang der Verwaltungstätigkeit des WDR: VG Köln, NWVBL, 2010, 155.

⁵ Z. B. RTL in Köln – als erfolgreichster kommerzieller Sender Deutschlands.

⁶ Vgl. zu Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG und zur kommunalen Selbstverwaltung eingehend: Hofmann/Theisen/Bätge, Kommunalrecht in NRW, 2.2–2.2.8.

⁷ Zur Verbandskompetenz vgl. unten RdNr. 576.

den sonstige Gesetze, die Haushaltsvorschriften und – faktisch – die nur beschränkt vorhandenen finanziellen, personellen und technischen Möglichkeiten. In diesem Bereich ist auch das später zu behandelnde Stichwort „Privatisierung“⁸ von Bedeutung.

2.2 Die Gewaltenteilungslehre als Grundlage für die Begriffsbestimmung der Verwaltung

Nach der Lehre von der Dreiteilung der Gewalten (auch: Funktionen) ist zu unterscheiden:

- Erste Gewalt: Gesetzgebung, Legislative;
- Zweite Gewalt: Vollziehende Gewalt, Regierung und Verwaltung, Exekutive;
- Dritte Gewalt: Rechtsprechung, Judikative.

Die Gewaltenteilung als organisatorisches Grundprinzip des Rechtsstaates ergibt sich aus Art. 1 Abs. 3, 20 Abs. 2 S. 2, 70, 83, 92 GG. Ihre Behandlung im Einzelnen gehört in das Staatsrecht⁹.

Jeder der dabei verwendeten drei Begriffe – Gesetzgebung, Verwaltung, Rechtsprechung – hat einen doppelten Sinn: Im Vordergrund steht der materielle Sinn, der eine bestimmte Art der Staatstätigkeit beschreibt. Beispielsweise umfasst die Gesetzgebung im materiellen Sinn den „Erlass von Gesetzen und anderen Rechtsnormen“. Der organisatorische Sinn beschreibt jeweils ein bestimmtes Staatsorgan oder eine Organgruppe: Bei der Ersten Gewalt sind es die Parlamente (die gesetzgebenden Körperschaften und Organe), bei der Zweiten Gewalt Regierung und Verwaltungsbehörden, bei der Dritten Gewalt die Gerichte.

Naturgemäß decken sich grundsätzlich der materielle und der organisatorische Bereich, d.h. die Gesetzgebung im materiellen Sinn obliegt den Gesetzgebungsorganen, die Verwaltungstätigkeit den Verwaltungsbehörden und die Rechtsprechung den Gerichten. Es gibt aber Abweichungen, insbesondere dürfen Organe der Zweiten Gewalt unter den Voraussetzungen des Art. 80 GG Rechtsverordnungen erlassen und damit materielle Gesetzgebungsaufgaben wahrnehmen. Auch wegen solcher Diskrepanzen hat die Unterscheidung der Gewalten im materiellen und im organisatorischen Sinn Bedeutung.

Aufgrund dieser Überlegungen ist der Begriff der Verwaltung materiell und organisatorisch näher zu bestimmen:

2.2.1 Welche Tätigkeit unter den weitgefassten Begriff des „Verwaltens“ (Verwaltung im materiellen Sinn) fällt, lässt sich nicht mit einer Kurzdefinition beschreiben.

1. Am einfachsten ist die Bestimmung nach der sog. Subtraktionsformel. Sie geht von der Überlegung aus, dass sich eher feststellen lässt, was „Gesetzgebung“ und was „Rechtsprechung“ ist. Das, was übrig bleibt, ist die Verwaltungstätigkeit. Folglich ist Verwaltung im materiellen Sinne jede Staatstätigkeit, die weder Gesetzgebung noch Rechtsprechung ist¹⁰.

Diese Begriffsbestimmung erhält ihren Inhalt durch die Bestimmung dessen, was „Gesetzgebung“ und was „Rechtsprechung“ ist:

- **Gesetzgebung** ist der Erlass allgemeiner Regelungen für das Zusammenleben der Personen in der Gesellschaft, wobei die Gesetze die grundlegenden Entscheidungen für das Gemeinwesen treffen.

⁸ Zur Privatisierungsdiskussion vgl. unten RdNr. 28.

⁹ Vgl. z.B. für viele: Bätge in Sensburg, Staats- und Europarecht, 1. Kapitel, H II 1; Röckinghausen in Sensburg, Staats- und Europarecht, 2. Kapitel B II; Schwacke/Schmidt, 3. Teil 2.4.2.1; Schmalz, RdNr. 88 ff.

¹⁰ Dieser Formel folgte vor allem die ältere Verwaltungsrechtslehre (Otto Mayer, Walter Jellinek).

- **Rechtsprechung** ist die Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten durch einen neutralen Dritten sowie die Verhängung von Strafen.

Allerdings sind die Begriffe von Gesetzgebung und Rechtsprechung keineswegs eindeutig. Beispielsweise lässt sich kaum ausreichend begründen, weshalb der Erlass des für den Staat geltenden Haushaltplanes durch Haushaltsgesetz (Art. 110 Abs. 2 GG) erfolgt und somit Gesetzgebung ist, während der Erlass entsprechender Haushaltssatzungen durch die Gemeinden¹¹, ferner auch die Aufstellung von Bebauungsplänen und zahlreiche andere (Verwaltungs-) Planungen zur Verwaltungstätigkeit gehören. Immerhin ermöglicht die Subtraktionsformel in den Fällen eine Entscheidung, in denen Gesetzgebung oder Rechtsprechung eindeutig vorliegt oder nicht vorliegt.

- 10** 2. Es gibt auch positive Definitionen von Verwaltung, die aber sehr abstrakt sind. Danach ist Verwaltung „die planmäßige, in ihren Zielen und Zwecken durch die Rechtsordnung und innerhalb dieser durch die politischen Entscheidungen der Regierung bestimmte und zugleich begrenzte Tätigkeit öffentlicher Gemeinwesen zur Gestaltung und Gewährleistung des sozialen Zusammenlebens durch konkrete Maßnahmen“.¹²

Oder etwa: „Verwaltung im materiellen Sinne kann ... definiert werden als manifaltige, zweckbestimmte, idR organisierte, fremdnützige und verantwortliche, nur teilplanende, selbstbeteiligt ausführende und gestaltende Wahrnehmung von Angelegenheiten, insbesondere durch Herstellung diesbezüglicher Entscheidungen.“¹³

- 11** 3. Schließlich besteht die Möglichkeit einer Begriffsbestimmung durch Aufzählen. Danach fallen in den Bereich der Zweiten Gewalt u. a. folgende Tätigkeiten:

- Das Setzen bestimmter politischer Ziele (z. B. in der Außenpolitik, der Verkehrspolitik, der Energiepolitik), wobei allerdings politische Entscheidungen des Parlaments Vorrang haben.
- Der Vollzug der Gesetze, aber auch die Mitwirkung bei der Vorbereitung der Gesetze.
- Die Sicherung gegen existenzielle Risiken (z. B. Sozialversicherung, Sozialleistung, Arbeitsförderung), sowie das Beheben von Notlagen und Missständen in den von den Gesetzen (noch) nicht geregelten Bereichen (z. B. Subventionsgewährung bei extremem Anstieg der Energiekosten).
- Die Gewährleistung, Schaffung und Unterhaltung von Einrichtungen, die für das gesellschaftliche Zusammenleben unentbehrlich oder doch nützlich sind (z. B. Einrichtungen des Verkehrs, der Versorgung, der Entsorgung, der Bildung, Kultur, Theater, Sportanlagen).
- Das Beobachten der gesellschaftlichen Entwicklung durch Sammeln von Informationen und Daten, u. a. um dem Gesetzgeber Unterlagen für Regelungen an die Hand zu geben.
- Die Sicherung der Ordnung nach innen und außen (z. B. Polizei, Bundeswehr).
- Die Beschaffung der finanziellen Mittel zur Erfüllung der Verwaltungsaufgaben (z. B. Steuer- und Zollverwaltung).

Offenkundig handelt es sich hier aber nicht um eine abschließende Aufzählung, sondern nur um einige besonders wichtige und typische Tätigkeitsbereiche aus der Praxis der Verwaltung.

- 12** Zusammenfassend kann der **Begriff der Verwaltung** so bestimmt werden, dass erstens durch Anwendung der Subtraktionsformel die eindeutig zur Gesetzgebung und Recht-

11 Vgl. Hofmann/Theisen/Bätge, Kommunalrecht in NRW, 2.4.1.5.

12 Bachof, Evangelisches Staatslexikon, 6. Auflage, Spalte 2772/3.

13 So Wolff/Bachof/Stöber/Kluth I § 3.

sprechung gehörenden Tätigkeiten ausgeschieden werden; zweitens wird eine der positiven Begriffsbestimmungen herangezogen; drittens erfolgt eine Konkretisierung durch die typischen Tätigkeitsbereiche der Verwaltung.

2.2.2 Was organisatorisch unter Verwaltung zu verstehen ist, lässt sich klarer bestimmen:

1. Zunächst gibt es Vorschriften in der Verfassung, nach denen bestimmte Organe und Organgruppen der Exekutive zugewiesen werden. Nach Art. 87 Abs. 1 und 2 GG sind das beispielsweise der Auswärtige Dienst, die Bundesfinanzverwaltung und bestimmte Sozialversicherungsträger.
2. Für andere Organe, insbesondere für die Gemeinden (vgl. Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG), fehlt eine ausdrückliche verfassungsrechtliche Einordnung in den Bereich der Zweiten Gewalt (ob allein die Bezeichnung als Selbst „verwaltung“ in Art. 28 Abs. 2 S. 2 GG ausreicht, ist fraglich). Als Kriterien für die Zuordnung zur Zweiten Gewalt kommen in diesen Fällen (also auch hinsichtlich der Gemeinden) in Betracht:
 - In Abgrenzung zur Rechtsprechung: Die Organe der Verwaltung sind weisungsgebunden, die Richter sind unabhängig und weisungsfrei (Art. 97 GG).
Jedoch ist dieses Merkmal allenfalls als Indiz zu werten. Denn es gibt auch weisungsfreie Verwaltung, wozu insbesondere die Rechnungshöfe gehören (z. B. Art. 114 Abs. 2 GG). Auch die zur Zweiten Gewalt gehörende Regierung ist nicht weisungsgebunden.
 - In Abgrenzung zur Ersten Gewalt: Die Parlamentsabgeordneten werden gewählt, während die Mitglieder der Verwaltung ernannt werden.
Jedoch werden einerseits die Mitglieder des Bundesrats, eines Gesetzgebungsorgans, nicht gewählt, sondern von den Landesregierungen entsandt. Andererseits werden die Mitglieder des Gemeinderats, eines Organs der Selbst „verwaltung“, mit gleicher demokratischer Legitimation wie Bundestags- und Landtagsabgeordnete gewählt. Also hat auch dieses Merkmal nur Indizfunktion.

Deshalb lässt sich in den Fällen, in denen eine verfassungsrechtliche Zuordnung fehlt, nur auf die Tätigkeit des jeweiligen Organs abstellen. **Verwaltungsorgane** sind diejenigen Staatsorgane, deren hauptsächliche Tätigkeit Verwaltungstätigkeit im materiellen¹⁴ Sinne ist.

Danach gehört die gesamte Kommunalverwaltung einschließlich ihrer Vertretungskörperschaften (Gemeinde-/Stadtrat, Bezirksvertretung, Kreistag) zur Verwaltung im organisatorischen Sinne. Bei ihnen überwiegt die Verwaltungstätigkeit. Das gilt auch für die Tätigkeit der (durch demokratische Wahl legitimierten) Vertretungskörperschaften, da auch diese in ihrer Praxis vor allem in wichtigen Verwaltungsangelegenheiten entscheiden; ihre Rechtsetzungstätigkeit (Erlass von Satzungen) tritt dahinter deutlich zurück¹⁵.

2.3 Begriffbestimmungen

Die Begriffsbestimmungen für die Verwaltung im materiellen und im organisatorischen Sinn bedürfen noch einer Korrektur. Innerhalb der Zweiten Gewalt sind zu unterscheiden:

1. Die Tätigkeit der Regierung umfasst – unbeschadet der Vorrangstellung des Parlaments – die politische Staatsleitung, insbesondere die Bestimmung der Richtlinien der Politik und die Vorbereitung der Gesetze. Organisatorisch gehören zur Regierung die Bundes- und Landesregierungen als Kollegialorgane sowie die Minister als Mitglieder der Regierungen.

¹⁴ Erläutert oben 2.1.1 (RdNr. 8 ff.).

¹⁵ Vgl. Hofmann/Theisen/Bätge, Kommunalrecht in NRW, 2.1.2.2.2; problematisierend Dolderer, DÖV 2009, 146 ff.

Tätigkeit und Organisation der Regierung sind Gegenstand des Verfassungsrechts und nicht des Verwaltungsrechts. Die Regierung in diesem Sinne wird auch als Gouvernante bezeichnet.

- 16** 2. Der übrige Teil der Zweiten Gewalt ist die Verwaltung im engeren Sinne (**Exekutive ieS**), der vor allem der Vollzug der Gesetze dem Bürger gegenüber obliegt.

Die Praxis der Ministerien weist eine Doppelstellung auf: In erster Linie unterstützen sie den Minister in seiner Eigenschaft als Mitglied der Regierung, gehören insoweit in den Regierungs- und damit Verfassungsbereich (vgl. Art. 65 S. 2 GG). Außerdem sind sie oberste Bundes- bzw. Landesbehörden und gehören insoweit zum Bereich der Verwaltung ieS. Vor allem in den Ländern ist dieser Tätigkeitsbereich der Ministerien in der Verwaltungspraxis umfassender als der der Beteiligung an der Staatsleitung.

2.4 Organisatorischer Verwaltungsbegriff

- 17** Zur Bestimmung dessen, was als öffentliche Verwaltung Gegenstand des Verwaltungsrechts ist, wird zweckmäßigerweise an den organisatorischen Begriff der Verwaltung angeknüpft. Danach gehören zur Verwaltung alle Organe der Zweiten Gewalt, ausgenommen die Regierung. Also befasst sich das Verwaltungsrecht umfassend mit der Tätigkeit der Exekutive ieS.

3. Arten und Unterscheidungen der öffentliche Verwaltung

3.1 Inhalt der Verwaltungsaufgaben

- 18** Am nächsten liegt eine Unterscheidung nach dem konkreten **Inhalt der Verwaltungsaufgaben**. Danach gibt es beispielsweise die Polizei- und Ordnungsverwaltung, die Bauverwaltung oder die Finanzverwaltung.

Die Aufzählung weiterer Beispiele würde einen langen Katalog ergeben, der dennoch nicht vollständig wäre. Sein systematischer Wert wäre gering. Einen Überblick über die jeweilige konkrete Verwaltungspraxis geben die Aufgabengliederungspläne der Ministerien, der Bezirksregierungen und der Kommunalverwaltungen.

3.2 Eingriffsverwaltung und Leistungsverwaltung

In der früheren Verwaltungsrechtslehre stand im Vordergrund die Unterscheidung zwischen **Eingriffsverwaltung** und **Leistungsverwaltung**.

- 18a** 3.2.1 Ausgangspunkt ist dabei die Betrachtung der einzelnen Verwaltungsmaßnahme und ihrer Auswirkung auf die Rechtssphäre des Bürgers.

- 19** 1. Es handelt sich um Eingriffsverwaltung, wenn die einzelne Verwaltungsmaßnahme in Rechte des Bürgers eingreift. Das ist wegen der gebotenen weiten Auslegung des Art. 2 Abs. 1 GG bei jeder belastenden Maßnahme der Fall. Kennzeichen der Eingriffsverwaltung sind „Befehl“ und „Zwang“.

Praxisbeispiele hierzu: Polizei- und Ordnungsverfügungen, Steuerbescheide, nichtgerichtliche Disziplinarmaßnahmen im Beamtenrecht.

- 20** 2. Davon zu unterscheiden sind begünstigende Verwaltungsmaßnahmen, insbesondere soweit Leistungen erbracht werden.

Praxisbeispiele hierzu: die Erteilung von Erlaubnissen, die Gewährung von Sozialleistungen oder von Wirtschaftssubventionen.

Diese Unterscheidung zwischen Eingriffs- und Leistungsverwaltung hat ihre haupt-sächliche Bedeutung bei der Frage, inwieweit für die einzelnen Maßnahmen gesetzliche Grundlagen erforderlich sind, und ist später noch genauer beim Prinzip vom Vorbe-halt¹⁶ des Gesetzes zu behandeln.

3.2.2 Eine Systematisierung ganzer Verwaltungsbereiche aufgrund der vorgenannten Unterscheidung ist nur sehr begrenzt möglich. In keinem Bereich der Verwaltungspraxis wird nur mit dem Mittel des Eingriffs gearbeitet; umgekehrt gibt es kaum Bereiche, in denen auf den Erlass belastender Maßnahmen verzichtet werden kann.

Beispielsweise handelt eine typische Eingriffsbehörde wie die Polizei nicht mit dem Mittel des Eingriffs, wenn sie im Straßenverkehr liegengebliebene Fahrzeuge abschleppen lässt oder auf der Autobahn vor einem Stau warnt. Die Ordnungsbehörde handelt zwar typischerweise durch belastende Verfügungen, erteilt vielfach aber auch Erlaubnisse und Genehmigungen (Fahrerlaub-nis, Baugenehmigung), handelt also mit dem Mittel des begünstigenden Verwaltungsakts. Die Finanzverwaltung, ebenfalls eine typische Eingriffsverwaltung, kann für die Gewährung von Investitionszulagen, also die Entscheidung über die Erbringung von Leistungen, zuständig sein. Umgekehrt kann das für Aufgaben der Leistungsverwaltung zuständige Sozialamt zu viel ge-zahlte Sozialhilfeleistungen durch belastenden Verwaltungsakt zurückverlangen. Die Sozialversi-cherungsverwaltung, eine typische Leistungsverwaltung, bedarf für die von ihr zu erbringenden Leistungen einer Aufbringung der Mittel durch die Versicherten; diese Beitragspflicht kann durch Erlass von (belastenden) Bescheiden und deren Vollstreckung durchgesetzt werden.

3.3 Typischer Gehalt und Zweck der Verwaltungstätigkeit

Also ist eine systematische Einordnung ganzer Verwaltungsbereiche besser in der Weise möglich, dass auf den **typischen Gehalt und Zweck** der Verwaltungstätigkeit im Ganzen abgestellt wird. Das führt zu folgender Unterscheidung:

1. Als ordnende Verwaltung werden diejenigen Verwaltungsbereiche bezeichnet, de-ren typischer Zweck auf die Verhinderung und Beseitigung von Störungen und Misständen gerichtet ist. Sie arbeitet idR mit dem Mittel des Eingriffs.

Als Praxisbeispiele sind hier vor allem zu nennen die Bereiche der Polizeiverwaltung und der kommunalen Bauordnungsverwaltung oder der Straßenverkehrsverwaltung.

Wie eng hier Eingriff und Begünstigung zusammenhängen, zeigt das mögliche Ver-halten der Baubehörde im Falle eines Bauantrages: Wird dem Antrag durch Erteilung einer Baugenehmigung stattgegeben, so handelt es sich im Regelfall um eine ausschließlich begünstigende Maßnahme. Wird der Antrag abgelehnt, bedeutet dies im Grunde ein Bauverbot, das als Eingriff qualifiziert werden kann. In gleicher Weise entscheidet die Straßenverkehrsbehörde über den Antrag auf eine Fahrerlaubnis entweder durch Erteilung oder durch Ablehnung; eine erteilte Fahrerlaubnis kann entzogen und später wieder erteilt werden. Sämtliche genannten Maßnahmen dienen als „Ordnungsverwaltung“ der Ordnung des Soziallebens im Bereich des Bauens bzw. des Straßenverkehrs.

2. Erbringt ein Verwaltungszweig typischerweise Leistungen, handelt es sich um Leis-tungsverwaltung.

Wichtige Praxisbeispiele sind hier die Sozialverwaltung (Sozialversicherung, Sozialhilfe, Wohngeld), die (Subventionen gewährende) Wirtschaftsverwaltung und die Schul- und Hochschulverwaltung. Vor allem die Gemeinden erbringen gegenüber der Bürgerschaft Leis-tungen aller Art durch „gemeindliche Einrichtungen“¹⁷ wie Versorgungsbetriebe (Wasser, Strom, Gas), Verkehrsbetriebe, Krankenhäuser, Theater, Museen, Sportanlagen.

¹⁶ Erläutert unten in RdNr. 198 ff.

¹⁷ Grundlegend: Mohl, Die kommunalen öffentlichen Einrichtungen, Diss., 88; vgl. Hofmann/Theisen/Bätge, Kommunalrecht in NRW, 2.3.4.1.

Allerdings ist auch diese Unterscheidung (zwischen 1. und 2.) nicht unproblematisch. Einerseits erbringt auch die „ordnende Verwaltung“ im Grunde eine erhebliche „Leistung“ gegenüber der Gesellschaft, wobei man als Praxisbeispiel nur daran zu denken braucht, welche planerischen, technischen und juristischen Aufwendungen erforderlich sind, um sicheres und geordnetes Bauen zu gewährleisten. Andererseits gibt es Verwaltungsbereiche, deren Tätigkeit von dem dadurch begünstigten Bürger als Leistung empfunden wird, die aber in die Umweltgüter der Allgemeinheit eingreifen, wie das z. B. der Fall ist beim Bau von Verkehrswegen (Straßen, Flughäfen, Schienenwegen, Kanälen), der Wasserversorgung durch Inanspruchnahme von Grundwasser und die Erteilung von Kraftwerksgenehmigungen nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz. Bei der Schaffung von Verkehrswegen, die früher als Leistungsverwaltung angesehen wurde, ist mittlerweile anerkannt, dass es sich hierbei um „Eingriffe in Natur und Landschaft“ handelt (§§ 14 ff. BNatSchG), die einen derartigen Umfang angenommen haben, dass ihr Eingriffsscharakter teilweise den Leistungscharakter überwiegt. Ähnlich zu beurteilen ist der Aufbau von Datensammlungen: Er ist teils Leistung, teils aber auch Gefährdung der Rechtssphäre des Bürgers und damit ein Eingriff in dessen Rechtsstellung.

Es ist nicht möglich, mit der Alternative „Eingriffs-/Leistungsverwaltung“ die gesamte Verwaltungspraxis zu erfassen, da viele Verwaltungsbereiche außerhalb dieser Unterscheidung liegen. Beispielsweise arbeitet die Finanzverwaltung zwar überwiegend mit dem Mittel des Eingriffs, bezweckt aber nicht die Ordnung des Soziallebens, sondern die Beschaffung von Geldmitteln für den Staat.

Diesen Zuordnungsschwierigkeiten hat man dadurch zu begegnen versucht, dass man neue Aufgabenkategorien eingeführt hat (z. B. Daseinsvorsorge, planende Verwaltung, lenkende Verwaltung, Verwaltung durch Kooperation zwischen Staat und Wirtschaft, Verwaltung durch „mittelbares Einwirken“), oder dass man Aufgaben als Querschnittsaufgaben bezeichnet (z. B. den Umweltschutz). Keiner dieser Begriffe hat bisher so feste Konturen erhalten, dass er die obigen Unterscheidungen ablösen oder im Rahmen einer befriedigenden Systematik ergänzen könnte¹⁸.

In der Verwaltungspraxis haben folgende Bereiche einen so weitgehend selbständigen Charakter, dass sie von der Ordnungsverwaltung und der Leistungsverwaltung zu unterscheiden sind:

- 25** 3. Die **Abgabenverwaltung**, insbesondere die Finanzverwaltung. Ihr typischer Gehalt und Zweck ist auf die Deckung des Finanzbedarfs des Staates gerichtet.
- 4. Die **Bewirtschaftungsverwaltung** ordnet und verteilt knappe Güter.
- 5. Die **Beschaffungsverwaltung** organisiert das für die Tätigkeit der Verwaltung benötigte Personal und die benötigten Sachmittel (Grundstücke, Räume, Büro- und Heizmaterial, Fahrzeuge, EDV-Anlagen).
- 6. Die **erwerbswirtschaftliche Verwaltung** betrifft den Bereich, in dem der Staat wie ein Privater am Wirtschaftsleben teilnimmt.

Praxisbeispiele zur erwerbswirtschaftlichen Verwaltung: Verkauf von Gelegenheit zur Werbung an die Wirtschaft durch öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten, Verkauf von Holz aus dem Staatsforst.

3.4 Unterscheidungen

- 26** Folgende weitere Unterscheidungen sind in einem späteren Zusammenhang zu behandeln (oder haben keine größere selbständige Bedeutung, so dass die nachfolgenden Hinweise ausreichen):

¹⁸ Vgl. auch Treutner, Kooperativer Rechtsstaat – Das Beispiel Sozialverwaltung, 98.

- Unterscheidung nach dem Träger der Verwaltung: Bundesverwaltung, Landesverwaltung einschließlich der Gemeinde- und Kreisverwaltung.
- Unterscheidung nach der Weisungsabhängigkeit von der Regierung: Unmittelbare Staatsverwaltung und mittelbare¹⁹ Staatsverwaltung; ähnlich: Staatsverwaltung (ieS) und Selbstverwaltung; in diesem Zusammenhang hat auch der Unterschied zwischen Selbstverwaltung und Fremdverwaltung (Auftragsverwaltung) Bedeutung.
- Unterscheidung nach dem anwendbaren Recht: Öffentlich-rechtliche²⁰ (hoheitliche) und privatrechtliche (fiskalische) Verwaltung.
- Innerhalb der öffentlich-rechtlichen Verwaltung kann nach den angewandten rechtstechnischen Mitteln unterschieden werden: Verwaltung durch Erlass einseitiger Regelungen (Verwaltungsakte, Rechtsverordnungen und Satzungen) und durch sonstige, nicht regelnde Maßnahme²¹ (schlichte Hoheitsverwaltung).
- Nach dem Verhältnis des Verwaltungshandelns zum Gesetz unterscheidet man einerseits die gesetzesabhängige (gesetzesakzessorische) Verwaltung, die sich wiederum aufteilen lässt in gebundene Verwaltung und Ermessensverwaltung²², und andererseits die nicht-gesetzesakzessorische, frei gestaltende Verwaltung (z. B. im kulturellen Bereich: Das städtische Symphonieorchester „spielt nach Noten, nicht nach gesetzlichen Vorschriften“).

4. Aufgaben der öffentlichen Verwaltung

Die Auffassung darüber, welche **Aufgaben** solche der **öffentlichen Verwaltung** sind, hat im Laufe der Zeit stark geschwankt. Der absolutistische Staat (16.–18. Jahrhundert) nahm in Anspruch, sich um das gesamte Wohlergehen der Bevölkerung zu kümmern und beispielsweise sogar die Kleidung durch Kleiderordnungen vorzuschreiben²³. Im 19. Jahrhundert forderte hingegen z. B. Wilhelm von Humboldt „im Namen der Freiheit, dass sich die staatliche Tätigkeit auf die Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit zu beschränken habe“. Jedoch führten die sozialen Probleme, welche die Industrialisierung mit sich brachte, aber auch die Weltkriege des 20. Jahrhunderts und ihre Folgen zu einer expandierenden Verwaltungstätigkeit des Staates. Diese Entwicklung nimmt heute – je nach Aufgabengebiet – noch zu, ist teilweise aber auch beendet oder sogar rückläufig.

27

In einem Spannungsverhältnis zur demokratisch legitimierten Verwaltung stehen wirtschaftlich, politisch oder ideologisch motivierte Deregulierungs- und Ökonomisierungskonzepte:

28

Eine der Grenzlinien zwischen den Aufgaben des Staates und denen der Privatpersonen bzw. der Privatwirtschaft wird seit einiger Zeit unter dem Stichwort „**Privatisierung**“ erörtert. Teilweise aus praktischen Gründen, teilweise aber aus ideologischen Gründen („Privat vor Staat“) wurde insbesondere seit den 90er Jahren versucht, Aufgaben von der öffentlichen Hand auf die Privatwirtschaft zu verlagern. Hier ist inzwischen teilweise Ernüchterung und Zurückhaltung eingekehrt.

Praxisfelder der ehemaligen Privatisierungseuphorie sind die Müllentsorgung, der öffentliche Nahverkehr, das Fernsehen und insbesondere auch Bereiche der Daseinsvorsorge auf kommunaler Ebene.

19 Vgl. Hofmann/Theisen/Bätge, Kommunalrecht in NRW, 2.1.2.1 und 2.1.2.2.

20 Dazu unten RdNr. 324 ff.

21 Dazu unten RdNr. 326 ff.

22 Dazu unten RdNr. 392 ff.

23 Menger, Deutsche Verfassungsgeschichte der Neuzeit, RdNr. 97.

Dabei ergibt sich die Problematik, dass

1. durch die Privatisierung immer der Einfluss des öffentlichen Interesses gemindert²⁴ wird,
2. dass oft die Stellung der Beschäftigten verschlechtert wird und
3. dass zum Teil außerdem durch „verschlankte Standards“ auch die Leistungen für die Bürger reduziert werden.
4. Zudem zeigen die rechtstatsächlichen Fakten der letzten Jahre, dass im Zusammenhang mit Privatisierungen wiederholt Staatsanwaltschaften und Strafgerichte tätig werden mussten – nicht nur im Müllentsorgungsbereich²⁵ und bei der Übertragung der Bauaufsicht auf Private. Bei letzterem hat es in Folge einer Privatisierung der Bauaufsicht²⁶ sogar Tote gegeben.

Allein die staatliche bzw. kommunale Tätigkeit ist demokratisch legitimiert und dem Gemeinwohl verpflichtet; bei Abgabe von Aufgaben durch Privatisierung darf nicht unbeachtet bleiben, dass „Private“ bzw. „der Markt“ die Bereiche „Soziales“, „Verbraucherschutz“ oder „Umweltschutz“ in der Regel nur unzureichend berücksichtigen (strukturelles Marktversagen). Grundsätzlich stellt sich die Frage, ob es im Sinne der Gemeinwohlorientierung sachgerecht ist, größere Elemente der öffentlichen Daseinsvorsorge (z. B. Energie- und Wasserversorgung, Gesundheit, Bildung) der Renditeorientierung des Marktes zu überlassen. Wenn das primäre Ziel privatwirtschaftlicher Unternehmen die Gewinnmaximierung (bzw. der Shareholder Value) ist, verliert die vorher öffentliche Aufgabe bei Privatisierung ihre Ausrichtung am Allgemeininteresse.

Beispiel für die aktuellen **Abkehrtendenzen von der früheren Privatisierungseuphorie** ist die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts²⁷ zu den Grenzen der Privatisierung auf kommunaler Ebene: „Die Gemeinden sind infolge der Selbstverwaltungsgarantie nicht nur vor Eingriffen durch den Bund und die Länder in dem Kernbestand ihres Aufgabenbereichs geschützt, sondern aus Art 28 Abs. 2, Satz 1 GG ergibt sich auch eine Bindung der Gemeinden hinsichtlich der Aufrechterhaltung dieses Bestandes und damit die grundsätzliche Pflicht der gemeindlichen Wahrung und Sicherung ihres eigenen Aufgabenbestandes, wenn dieser in den Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft wurzelt.“ (BVerwG, NVwZ 2009, 1306, RdNr. 27)

„Es steht ... nicht im freien Ermessen einer Gemeinde, freie Selbstverwaltungsangelegenheiten zu übernehmen oder sich auch jeder Zeit wieder dieser Aufgaben zu entledigen. Gehören Aufgaben zu den Angelegenheiten des örtlichen Wirkungskreises, so darf sich die Gemeinde im Interesse einer wirksamen Wahrnehmung dieses örtlichen Wirkungskreises, der ausschließlich der Gemeinde, letztlich zum Wohle der Gemeindeangehörigen, anvertraut ist, nicht ihrer gemeinwohlorientierten Handlungsspielräume begeben. Der Gemeinde steht es damit nicht grundsätzlich zu, sich ohne weiteres der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft zu entledigen. Andernfalls hätten es die Gemeinden selbst in der Hand, den Inhalt der kommunalen Selbstverwaltung durch Abstoßen oder Nichtwahrnehmung ihrer ureigenen Aufgaben auszuhöhlen.“ (BVerwG, NVwZ 2009, 1307, RdNr. 29)

Eine weitere Grenzlinie zwischen den Aufgaben des Staates und denen der Privatwirtschaft wird unter den Stichworten „**öffentlicht-private Partnerschaften (ÖPP)**“ bzw. „**public-private partnership (PPP)**“ erörtert.

²⁴ Peter Hauschild u. a. „Privatisierung, Kommunen im Fadenkreuz“ 2004; Huffschmid, „Wie geht Privatisierung?“ 2008; Kippels, Demokratie und Exekutive, S. 17, 37–41, in: Czerwig/Lorig/Treutner, Die öffentliche Verwaltung in der Demokratie der Bundesrepublik Deutschland, 2009.

²⁵ ZEIT 13.5.2004: „Das Stadtparlament merkte gar nicht, wie es die Kontrolle verlor ...“.

²⁶ Zur problematischen „Privatisierung der Bauaufsicht“ z. B. durch (legales) „Weiterreichen der Aufsichtspflichten“ von der Bezirksregierung Düsseldorf an die Stadt Köln und von dort an die Kölner Verkehrs-Betriebe AG (KVB), die zugleich Bauherrin war (vor dem Einsturz des Stadtrarchivs bei der U-Bahn-Erweiterung in Köln): Oebbecke: „Wir sind zu weit gegangen“ (SPIEGEL 14, 2009, S. 37). – „Zu spät hat die ... zuständige Bezirksregierung Düsseldorf nach der Katastrophe ... die Aufsicht wieder an sich gezogen. Sie hätte sie erst gar nicht abgeben sollen“, Kölner Stadtanzeiger, 15.2.2010. – Vgl. dazu zusammenfassend: Landtags-Drucksache (NRW) 14/10742 vom 2.3.2010.

²⁷ BVerwG, Urteil vom 27.5.2009, Az.: 8 C 10/08; NVwZ 2009, 1305 ff.