

A. Grundstrukturen des allgemeinen Verwaltungsrechts

§ 1 Verwaltung und Verwaltungsrecht

I. Geschichte der Verwaltung und des Verwaltungsrechts

1. Der Verwaltungsstaat

Die Verwaltung ist in fast alle Lebensbereiche der Menschen vorgedrungen. Dies deshalb, weil in der modernen, komplexen Welt entsprechender Verwaltungsbedarf besteht: Das Lebensmittelrecht regelt den sicheren Verkehr und Umgang mit Nahrungs- und Genussmitteln, das Recht der Daseinsvorsorge die Zurverfügungstellung und Nutzung öffentlicher Infrastruktureinrichtungen, wie Eisenbahnen, Schwimmbäder, Post etc., das Schul- und Hochschulrecht regelt unsere Rechtsbeziehungen im Bildungsbereich. Neue Regelungsbedarfe führen zu neuen Verwaltungsaufgaben, die neuer Verwaltungsgesetze bedürfen: Das Umweltrecht, das Internetrecht, das Telekommunikationsrecht und das Gentechnikrecht sind Beispiele hierfür. Heute kann mit Fug und Recht gesagt werden, dass die Bundesrepublik Deutschland ein Verwaltungsstaat ist,¹ d.h. ein Staat, der maßgeblich durch die Verwaltung gesteuert wird. Der Verwaltungsstaat versteht sich folglich von den Aufgaben der Verwaltung her. Diese waren – und sind – im Laufe der Zeit einem stetigen Wandel unterworfen, der seinen Grund in der fundamentalen Frage hat, welcher Angelegenheiten sich der Staat annehmen soll.

2. Verwaltung im absolutistischen Staat

Im absolutistischen Staat (17. und 18. Jhr.) hatte der Fürst die Machtstellung der Stände zunehmend beschränkt, das Ständerecht des Adels zurückgedrängt und wurde selbst der alleinige und unbeschränkte Herrscher („princeps legibus solutus“; „the King can do no wrong“). Dem Landesherrn war es möglich, sich über das Votum der Stände und ihre Rechte hinwegzusetzen (ius eminens = übergeordnetes Recht). Im „Policey“-Verständnis des Absolutismus² war die umfassende Fürsorge der Bevölkerung Aufgabe des Fürsten, und damit des Staates und seiner Behörden (Beamtenapparat neuartiger Prägung). „Policey“, das umfasste damals die gesamte innere Verwaltung mit Ausnahme von Militär und Finanzen, das ius polittiae demnach die umfassende Polizeigewalt. Dieses weite Verständnis staatlicher Aufgaben wurde damit gerechtfertigt, dass das Wohl des Staates und das der von ihm beherrschten Untertanen identisch sei: Was den Staat stärke, komme den Untertanen zugute. Aufgabe des Staates war es daher, die „gemeinschaftliche Glückseligkeit“³ zu fördern. Dies ist aber nicht im Sinne einer Sozialpolitik nach heutigem Verständnis aufzufassen, weil das ius eminens nicht mit einem (verfassungsrechtlichen) Handlungsauftrag an den absolutistischen Fürsten verbunden

1 Schuppert, Verwaltungswissenschaft, 2000, S. 51.

2 Drews/Wacke /Vogel/Martens, Gefahrenabwehr, 9. Aufl., 1986, S. 3.

3 Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Band 1, 1988, S. 380.

war, sondern diesem die alleinige Herrschaft ermöglichen sollte. Erfasst waren nahezu alle Lebensbereiche; das schloss das Bettel- und Armenwesen, die Vermehrung der Bevölkerung, Luxus- und Religionspolizei sowie die Sittenpolizei (etwa Kleiderordnungen) ein, was eine willkürliche und umfassende Bevormundung der Untertanen zuließ. Selbst eine äußere – naturrechtliche – Grenze für das, was Polizei ist und was man berechtigt sei, dafür zu tun und zu fordern, war kaum zu erkennen. *Otto Mayer* hatte festgestellt: „Das *ius politiae* ist schließlich eine Art Generalklausel für alles mögliche.“⁴

Ein Verwaltungsrecht als eigenes Rechtsgebiet gab es nicht. Unter Polizeiwissenschaft und Kameralwissenschaft wurde die Verwaltungsführung behandelt. Allenfalls in Lehrbüchern des Staatsrechts konnte man etwas über die Verwaltung erfahren.⁵

- 3 Exkurs Fiskustheorie:** In dieser Zeit entstand die Fiskustheorie. Aus der Vorstellung, dass der Fürst als absoluter Herrscher, der über dem Gesetz stehe, sich einerseits selbst nicht rechtswidrig verhalten könne, andererseits aber das Bedürfnis bestand, bei Eingriffen des Fürsten in Rechte der Untertanen (*iura quaesita* = wohlerworbene Rechte) auf privatrechtlicher Grundlage Ansprüche geltend machen zu können, wurde der „Fiskus“ als eine Rechtspersönlichkeit (Wirtschaftssubjekt) neben dem Staat als Hoheitsträger (Landesherrn und Soldat) entwickelt. Der Fiskus war der als Person fingierte Träger staatlichen Vermögens und geldwerter Rechte,⁶ der nun auch von Privatleuten vor Gericht verklagt werden konnte. Die Fiskustheorie hat heute ihre Grundlage verloren, sie wirkt aber immer noch in der Vorstellung nach, der privatrechtlich handelnde Staat sei anders zu beurteilen als der hoheitlich handelnde bis hin zur Zuweisung der Amtshaftungsprozesse an die ordentliche Gerichtsbarkeit (Art. 34 S. 3 GG, § 71 Abs. 2 VwGO, § 40 Abs. 2 VwGO).

3. Verwaltung im liberalen Rechtsstaat

- 4** Die Ideen von einem liberalen Rechtsstaat – wie sie im 19. Jahrhundert verfochten wurden – standen einem absolutistischen Staatsverständnis diametral entgegen. Das geistige Fundament des liberalen Rechtsstaats reicht bis in die Aufklärung zurück, in der die Stellung des Menschen und seine Beziehung zum Staat neu definiert wurden. So hatte *Johann Stephan Pütter* bereits in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts eine Beschränkung der Staatstätigkeit gefordert, weil der Bürger nicht „zu seinem Glück gezwungen“ werden dürfe, und *Adam Smith*⁷ hatte 1776 in seinem Werk zum Wohlstand der Nationen aus volkswirtschaftlichen Gründen einen freiheitlichen Staat propagiert, doch erst im liberalen Rechtsstaat, wie er sich im 19. Jahrhundert zu entwickeln begann, wird diese Forderung Programm eines neuen Staats- und Verwaltungsverständnisses: Der Staat soll sich aus dem gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Bereich zurückziehen und auf die Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung konzentrieren; die allgemeine Wohlfahrt soll nicht seine Sache sein.⁸ Es geht um den Schutz individueller Freiheit vor obrigkeitlicher Bevormundung, Willkür und „Zwangsbeglückung“⁹.

4 *Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, Band I, 3. Aufl., 1924, S. 30.

5 *Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, Band I, 3. Aufl., 1924, S. 18.

6 *Forsthoff*, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Band I, AT, 10. Aufl., 1973, S. 29.

7 *Smith*, Der Wohlstand der Nationen (Rechtenwald, Hrsg.), 7. Aufl., 1996, S. 582.

8 Vgl. etwa *von Humboldt*, Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staates zu bestimmen, 1792 (IV und VIII).

9 *Stolleis*, Entwicklungsstufen der Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Vosskuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band 1, 2. Aufl., 2012, S. 63 [77].

Ausdruck dieses Staats- und Verwaltungsverständnisses ist die Eingriffsverwaltung, die mit Erlaubnisvorbehalten, Befehlen, gegebenenfalls auch hoheitlichem Zwang in Freiheit und Eigentum der Bürger zur Abwehr von Gefahren eingreift. Für den liberalen Rechtsstaat sind zwei Verfassungsgrundsätze maßgebend: Die Teilung der Staatsgewalten, d. h. die Abgrenzung der vollziehenden Gewalt gegenüber Gesetzgebung und Rechtsprechung, sowie die Vorgabe, dass Eingriffe des Staates in die Rechte der Bürger einem gesetzlichen Reglement unterliegen müssen. Mit diesen Bedingungen war das Fundament für die Entfaltung einer eigenen Verwaltungsrechtswissenschaft gelegt. Es bildete sich das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung heraus: Die Verwaltungsbehörden sind an die Gesetze gebunden und dürfen sie nicht aufheben oder abändern (Vorrang des Gesetzes Rn. 31), aber auch Eingriffe in Freiheit und Eigentum der Bürger bedürfen einer gesetzlichen Grundlage (Vorbehalt des Gesetzes Rn. 32). Obwohl erst spät ergangen (1882), war das „*Kreuzberg-Urteil*“ des Preußischen OVG für diese Bindung der Verwaltung an das Gesetz wegweisend:¹⁰

Das Berliner Polizeipräsidium hatte eine Rechtsverordnung „zum Schutze des auf dem Kreuzberge bei Berlin zur Erinnerung an die Siege der Freiheitskriege errichteten, im Jahre 1878 erhöhten Nationaldenkmals“ erlassen, wonach Gebäude nur in solcher Höhe errichtet werden durften, „dass dadurch die Aussicht von dem Fuße des Denkmals auf die Stadt und deren Umgebung nicht behindert und die Ansicht des Denkmals nicht beeinträchtigt wird“. Das PrOVG wies auf die Gesetzesbindung der Verwaltung hin und lehnte es ab, § 10 II 17 preuß. ALR, der die Aufgabe der Polizei i. S. d. „Erhaltung der öffentlichen Ruhe, Sicherheit und Ordnung“ bestimmt, als wohlfahrtspolizeiliche Ermächtigung auszulegen. Die Rechtsgrundlage erfasse nicht „alles, was die Interessen des öffentlichen Wohls, des Gemeinwohls“ angehe, sondern sei nur eine Rechtsgrundlage zur Gefahrenabwehr. Für den Schutz der Ästhetik des Denkmals sei das Polizeipräsidium folglich nicht zuständig gewesen.

Doch konnte der Staat kein „Nachtwächterstaat“ sein – und war es auch nie¹¹ – sondern musste sich der sozialen Konflikte annehmen, wo die gesellschaftlichen Selbstregulierungskräfte versagten.¹² Bereits *Robert v. Mohl*,¹³ einer der Wegbereiter der Dogmatik des Verwaltungsrechts, hat in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts den Staatszweck auch auf den Wohlfahrtsgedanken erstreckt und gefordert, die **Leistungsverwaltung** in das öffentliche Recht zu integrieren. Für *Mohl* war Verwaltung noch eine politische Aufgabe, die die Verfassungsgrundsätze zu verwirklichen und dabei nach rechtsstaatlichen Grundsätzen zu agieren hatte. Der Rechtsstaat sollte aber nicht Schranke staatlicher Tätigkeit sein, sondern ihr Ziel. Wurde zu Anfang des 19. Jahrhunderts noch grundlegend zwischen Staatsrecht/Staatswissenschaft und Privatrecht unterschieden,¹⁴ war es *Mohls* Verdienst, früh erkannt zu haben, dass die Verwaltung in Abgrenzung zum Verfassungsrecht, aber doch in Bezugnahme auf dieses, zu „verrechtlichen“ ist.

Diese beiden Anforderungen an das Verwaltungsrecht sind noch heute grundlegend für die moderne Verwaltungsrechtsdogmatik: In einem Rechtsstaat ist es

10 Vom 14.6.1882, PrOVG 9, S. 353 ff.

11 *Stolleis*, Verwaltungslehre und Verwaltungswissenschaft 1803–1866, in: Jeserich/Pohl/von Unruh, Deutsche Verwaltungsgeschichte, Band 2, 1983, S. 84.

12 Zur Bedeutung für die Entwicklung des öffentlichen Rechts instruktiv: *Rinken*, Das Öffentliche als verfassungstheoretisches Problem, 1971, S. 158 f.

13 *Von Mohl*, Die Polizei-Wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaats, Band I, 3. Aufl., 1866, S. 5.

14 *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, Band 1, 1840, S. 22.

Aufgabe der Verwaltungsrechtsdogmatik, die Verwaltung in die Lage zu versetzen, die an sie gestellten Aufgaben effektiv zu erfüllen („Bereitstellungsfunktion des Rechts“¹⁵) und die Bürger vor Eingriffen in ihre Rechte durch die Verwaltung zu schützen. Oder *O. Mayer*: „Der Rechtsstaat ist der Staat des wohlgeordneten Verwaltungsrechts“.¹⁶

Gegen Ende des 19. Jahrhunderts sind die Staatsaufgaben deutlich gewachsen (Verstaatlichung des Eisenbahn- und Hüttenwesens, Aufbau des Telegraphenwesens, Schaffung einer Sozialversicherung). Dies hatte auch Bedeutung für die Verwaltung, die Art ihrer Aufgabenerfüllung und für die Verwaltungsrechtsdogmatik: Während des 1. Weltkriegs begann der Staat mit den Instrumenten des öffentlichen und privaten Rechts intensiv die Grundversorgung der Bevölkerung und die Kriegswirtschaft zu organisieren („Kriegsverwaltungsrecht“).¹⁷ Im Bereich der Ernährungsverwaltung stand an leitender Spitze das Kriegsernährungsamt, dem Lebensmittelstellen und Spezialbehörden unterstellt waren. Soweit die Behörden neben der Verwaltung mit dem Warenumsatz beauftragt waren, wurden ihnen hierfür Geschäftsabteilungen in Form von Gesellschaften mit beschränkter Haftung „angegliedert“, deren Gesellschafter in der Regel das Reich, die Bundesstaaten, Kommunen und manchmal Private waren. Der Zugriff des Staates auf das Privatrecht führte zur Gemeinwohlbindung privatrechtlichen Handelns und später zur Entwicklung eines Verwaltungsprivatrechts (Rn. 291 ff.).

4. Der moderne Verwaltungsstaat

- 8 a) **Leistungsverwaltung, Daseinsvorsorge und Sozialstaat.** Die Verwaltungsrechtsdogmatik hat sich lange Zeit auf das Recht der Eingriffsverwaltung konzentriert. Erst *Ernst Forsthoff* hat die Leistungsverwaltung 1938 grundlegend als das Recht der „Daseinsvorsorge“ konzipiert und diesen Typusbegriff in die Verwaltungswissenschaft eingeführt. Weil der moderne Mensch auf Infrastruktur angewiesen ist (Trinkwasser, Elektrizität, Gas, Personen- und Güterverkehr etc.), ist deren Zurverfügungstellung Aufgabe der leistenden Verwaltung geworden. Leistungsverwaltung ist der dogmatische Oberbegriff für eine Verwaltung, die dem Bürger eine Teilhabe an staatlichen Einrichtungen und Leistungen gewährt. Das Recht der Leistungsverwaltung regelt diese Teilhabe.
- 9 Das Grundgesetz hat den **Sozialstaat**¹⁸ in Art. 20 Abs. 1 GG in Verfassungsrang erhoben, ohne diesen näher zu konkretisieren. Jedenfalls ist es ein grundsätzliches Anliegen des Sozialstaats, für das Zusammenleben der Bürger und ihre soziale Absicherung Sorge zu tragen. Der Sozialstaat hat sich in erster Linie als Verwaltungsstaat entwickelt, weil die umfassende Sozialgestaltung und Umverteilung durch die Verwaltung erfolgt und auch nur durch die Verwaltung erfolgen kann.
- 10 b) **Die Planungsverwaltung.** Über die Leistungsverwaltung hinaus ist für den Sozialstaat auch die **planende Verwaltungstätigkeit** prägend geworden. Planung ist eine besondere Form lenkender Verwaltung. Es werden objekt- oder raumbezogene Gestaltungen für einen längeren Zeitraum konzipiert, indem vielfältige öf-

15 *Schuppert*, Verwaltungswissenschaft, 2000, S. 976.

16 *Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, Band I, 3. Aufl., 1924, S. 58.

17 *Stolleis*, Öffentliches Recht und Privatrecht im Prozeß der Entstehung des modernen Staates, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann, Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 1996, S. 41 [58]: „Anwachsen“ des öffentlichen Rechts.

18 Zur Entwicklung: *Enders*, Sozialstaatlichkeit im Spannungsfeld von Eigenverantwortung und Fürsorge, VVDStRL 64 (2004), S. 9 ff.

fentliche und private Interessen miteinander durch Abwägung in Ausgleich gebracht werden, wie z. B. bei der Raumordnung, der Bauleitplanung, der Fachplanung für Infrastruktureinrichtungen. Das Verwaltungsverfahrensgesetz stellt hierfür ein komplexes Planungsverfahrenrecht zur Verfügung (Rn. 273 ff.).

c) Gewährleistungsverwaltung und Privatisierung. Einer Verfestigung des – despektierlich verstandenen – Wohlfahrtsstaats stehen gegenwärtig Staats- und Verwaltungsreformen auf der Grundlage eines neuen Verständnisses der Staat-Bürger-Beziehung entgegen, vielfach verbunden mit einem Rückzug des Staates und einer stärkeren Eigenverantwortung des Bürgers und der Unternehmen. Der moderne Sozialstaat hat sich in vielen Bereichen zu einem **Gewährleistungsstaat** entwickelt in dem Sinne, dass die Verwaltung nur noch die Verantwortung für die Gewährleistung einer öffentlichen Aufgabe, ggf. verbunden mit einer Grundsicherung übernimmt, die Erfüllung im Einzelnen aber Privaten überlässt. In der Gestaltung der **Aufgabenprivatisierung** bei gleichzeitiger Sicherstellung einer hinreichenden Aufgabenwahrnehmung durch Private liegt eine der größten Herausforderungen für das moderne Verwaltungsrecht. 11

Die **Regulierungsverwaltung** ist eine besondere Facette der Gewährleistungsverwaltung. Das Regulierungsverwaltungsrecht entwickelt sich derzeit als ein neues Rechtsgebiet der Gewährleistungsverwaltung in bestimmten liberalisierten Wirtschaftssektoren der Daseinsvorsorge (z. B. Elektrizitäts- und Gasversorgung, Telekommunikation, Post, Bahn).¹⁹ Die Regulierungsverwaltung hat einen gesetzlich definierten Auftrag: einerseits Wettbewerb zu gewährleisten, andererseits eine Grundsicherung der Bevölkerung sicherzustellen. Gewährleistungsverwaltung und Regulierungsverwaltung sind Ausdruck des Übergangs vom „leistungsgewährenden zum leistungsgewährleistenden Staat“.²⁰ Je komplexer der von Privaten wahrzunehmende Gemeinwohlaufrag ist und je höher die Anforderungen an diesen sind, umso stärker muss die Verwaltung steuern und regulieren.²¹ 12

d) Die Risikoverwaltung. Hinzu kommen neue Gefährdungsszenarien, die mit den überkommenen verwaltungsrechtlichen Instrumenten etwa des Polizeirechts nicht mehr aufgefangen werden können. Moderne Technik und Chemie (Gentechnik, Nanotechnologie, Atomenergie, chemische Stoffe, Arzneimittel) schaffen neue Schadensmöglichkeiten, die weit in die Zukunft reichen, ohne dass ihre konkrete Ausgestaltung angesichts immer komplexerer Wirkungszusammenhänge vorweggenommen und beurteilt werden kann, zumindest aber, ohne dass die Eintrittswahrscheinlichkeit empirisch antizipierbarer Folgen anhand der Lebenserfahrung bestimmt werden kann.²² Auch auf den internationalen Terrorismus kann mit den herkömmlichen kausalen Instrumenten des Polizeirechts nicht mehr angemessen reagiert werden; die Verwaltung muss daher oftmals prospektiv tätig werden. Gegenstand des sich etablierenden **Risikoverwaltungsrechts** ist es, ent- 13

19 Storr, Soll das Recht der Regulierungsverwaltung übergreifend geregelt werden?, DVBl 2006, S. 1017 [1018]; Trute, Regulierung – am Beispiel des Telekommunikationsrechts, in: FS für Brohm, 2002, S. 169, [170]; Masing, Die US-amerikanische Tradition der Regulated Industries und die Herausbildung eines europäischen Regulierungsverwaltungsrechts, AöR 128 (2003), S. 558 ff.

20 Bullinger, Regulierung als modernes Instrument zur Ordnung liberalisierter Wirtschaftszweige, DVBl 2003, S. 1355 [1357].

21 Storr, Gemeinnützigkeit und Verfassung, in: Eilmansberger u. a., Das Recht der Non-Profit-Organisationen, 2006, S. 25 [43].

22 Vgl. Preuß, Risikoversorge als Staatsaufgabe, in: Grimm, Staatsaufgaben, 1994, S. 523 [530].

sprechende „Risiken“ angesichts menschlicher Unwissenheit rechtsdogmatisch aufzuarbeiten und in das Verwaltungsrecht zu integrieren.²³

- 14 e) **Die integrierte Verwaltung.** Auch das Europarecht hat inzwischen ganz erhebliche Bedeutung für die Verwaltung und das Verwaltungsrecht erlangt. Die intensive Integration der Mitgliedstaaten in die EU verlangt eine weitreichende Anpassung nationaler Rechtsordnungen an das Unionsrecht, ihre Öffnung, Kompatibilisierung und Harmonisierung, mithin eine „**Europäisierung des Verwaltungsrechts**“. Zudem muss die Verwaltung zunehmend mit Bürgern, Unternehmen und Verwaltungen aus anderen Ländern grenzübergreifend kommunizieren und kooperieren. Auch ausländische Rechtsakte können in Deutschland Geltung beanspruchen und deutsche Verwaltungsbehörden binden.
- 15 f) **Die elektronische Verwaltung.** Die Möglichkeit **elektronischer Aktenführung** und **elektronischer Korrespondenz** schafft neue Möglichkeiten für die Verwaltung, aber auch neue Aufgaben (z. B. Datenschutz). Seit 2002 lässt das VwVfG eine Kommunikation, seit 2006 das VwZG förmliche Zustellungen auf elektronischem Wege zu. Noch immer hat sich der „elektronische Verwaltungsakt“²⁴ in der Praxis nicht so durchgesetzt wie es möglich wäre. 2017 sind die rechtlichen Rahmenbedingungen bedeutend verbessert worden. Die Übermittlung elektronischer Dokumente ist zulässig, soweit der Empfänger hierfür einen Zugang eröffnet (§ 3a Abs. 1 VwVfG). Ein Verwaltungsakt kann vollständig durch automatische Einrichtungen erlassen werden, sofern dies durch Rechtsvorschrift zugelassen ist (§ 35a VwVfG). Allerdings darf weder ein Ermessen noch ein Beurteilungsspielraum bestehen.

5. Fazit

- 16 Damit bleibt festzuhalten: Aufgaben und Funktionen von Verwaltung, Verwaltungswissenschaft und Verwaltungsrecht sind von den Aufgaben, die dem Staat gestellt werden, abhängig. Heute hat die Verwaltung eine derart zentrale Bedeutung für das Zusammenleben der Menschen erlangt, dass der Verwaltungsstaat mit den Konnotationen „Universalität“, „Ubiquität“ und „Omnipräsenz“ verbunden wird.²⁵ Die zwei grundlegenden Anforderungen an das Verwaltungsrecht und die Verwaltungsrechtsdogmatik bleiben daher bestehen: Die Verwaltung in die Lage zu versetzen, die ihr gestellten Aufgaben effektiv zu erfüllen, und die Bürger vor übermäßigen Eingriffen in ihre subjektiven Rechte zu schützen.

II. Öffentliches und privates Recht

1. Das öffentliche Recht als Sonderrecht des Staates

- 17 Die Rechtsordnung gliedert sich in das öffentliche und in das private Recht. Während das private Recht die Rechtsbeziehungen der Rechtsbürger (Privaten) untereinander regelt, umfasst das öffentliche Recht die Rechtsverhältnisse zwischen Trä-

23 *Scherzberg*, Risikosteuerung durch Verwaltungsrecht: Ermöglichung oder Begrenzung von Innovationen?, VVDStRL 63 (2003), S. 214 ff.; *Lepsius*, Risikosteuerung durch Verwaltungsrecht: Ermöglichung oder Begrenzung von Innovationen?, VVDStRL 63 (2003), S. 264 ff.; zur konkreten Umsetzung im Gentechnikrecht mit europarechtlichen Implikationen: *Calliess/Korte*, Das neue Recht der Grünen Gentechnik im europäischen Verwaltungsverbund, DÖV 2006, S. 11 ff.

24 *Storr*, Elektronische Kommunikation in der öffentlichen Verwaltung, MMR 2002, S. 579 ff.

25 *Schuppert*, Verwaltungswissenschaft, 2000, S. 54 f.

gern öffentlicher Gewalt und Privaten, sowie zwischen Trägern öffentlicher Gewalt untereinander.

Diese Unterscheidung ist historisch-funktionell und verfassungsrechtlich zu erklären. O. Mayer hatte auf die besondere Rechtsnatur und Funktion des Staates hingewiesen und dargelegt, dass das öffentliche Recht nicht lediglich ein besonderes Zivilrecht sein kann, sondern eigener Rechtsart sein muss. Denn der Staat ist „ausgestattet mit rechtlich überwiegender Macht über die Menschen seines Machtbereichs“ und darf sie „massenweise opfern... für die Zukunft der geschichtlichen Größe Volk“. Das öffentliche Recht, so stellt er fest, „ist... nichts anderes als die Ordnung von Verhältnissen, an welchen ein Träger öffentlicher Gewalt als solcher und damit die öffentliche Gewalt selbst beteiligt ist.“²⁶

Diese Formulierung ist heute sicherlich zu martialisch, doch ist es in der Tat das Eigentümliche des öffentlichen Rechts, das Sonderrecht des Staates zu sein, das ihn legitimiert, mit den ihm eigenen Rechtsinstrumenten öffentliche Aufgaben wahrzunehmen. Dabei stellt das öffentliche Recht besondere Rechtsinstrumente zur Verfügung, die das Privatrecht nicht kennt, insbesondere die Möglichkeit, durch einseitiges Handeln Recht zu setzen. Ein typisches Instrument hoheitlichen Handelns ist der Verwaltungsakt (Rn. 144 ff.), der der Behörde die Möglichkeit gibt, gegenüber dem Bürger einseitig Rechtsfolgen anzuordnen. Öffentlich-rechtlich ist die Kompetenz, Satzungen oder Rechtsverordnungen zu erlassen. Andererseits kann auch nicht geleugnet werden, dass schon seit geraumer Zeit – im Zuge einer umfassenden Privatisierung öffentlicher Agenden und des Bedürfnisses nach flexibleren Lösungen in jüngerer Zeit sogar verstärkt – ein Trend besteht, für Verwaltungsaufgaben stärker das Privatrecht zu nutzen, das häufig angepasste Lösungen ermöglicht. Deshalb ist es auch Aufgabe der Verwaltungsrechtswissenschaft, eine „Flucht ins Privatrecht“ (Rn. 283 ff.) kritisch zu begleiten, ggf. zu stoppen.

Dem gegenläufig ist eine Entwicklung zu erkennen, durch die das Privatrecht zunehmend „veröffentlich-rechtlich“ wird. Plakative Beispiele hierfür sind das Diskriminierungsverbot im Kartellrecht (§ 20 GWB), die Kontrahierungspflicht im Regulierungsrecht (§ 20 Abs. 1 EnWG) oder die Verpflichtung von Energienetzbetreibern, vorrangig Strom aus erneuerbaren Energien oder aus Grubengas vorrangig physikalisch abzunehmen, zu übertragen und zu verteilen (§ 11 EEG). Aber auch das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz²⁷ kann hier genannt werden. Dies alles sind Vorgaben, die die Vertragsfreiheit privater Unternehmen im öffentlichen Interesse einer bestimmten Wettbewerbs-, Energie- oder Gesellschaftspolitik beschränken. Der Grund für die stärkere Regulierung des Wettbewerbs- und Energierechts liegt auf der Hand: Die Verpflichtung, die Unternehmenspolitik im Allgemeininteresse auszurichten, oblag ursprünglich öffentlichen Unternehmen; deren Funktionen haben im privatisierten Umfeld aber private Unternehmen übernommen.

2. Die verfassungsrechtlichen Aussagen zu einem Sonderrecht des Staates

Auch das Grundgesetz stellt an das Handeln des Staates besondere Anforderungen und knüpft daran Rechtsfolgen. Damit ist zwar nicht unbedingt die Unterschei-

²⁶ Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Band I, 3. Aufl., 1924, S. 15.

²⁷ Vom 14.8.2006, BGBl I, S. 1897.

derung in öffentliches und privates Recht verfassungsrechtlich vorgegeben; doch ergibt sich daraus ein Sonderrecht des Staates:

- So binden die **Grundrechte** Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht (Art. 1 Abs. 3 GG). Art. 20 Abs. 3 GG trifft für den staatsorganisationsrechtlichen Teil des GG eine weitgehend parallele Bestimmung.
- Wird jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt, steht ihm der **Rechtsweg** offen (Art. 19 Abs. 4 GG). Das Grundrecht soll Rechtsschutz dort gewährleisten, wo sich der Einzelne in einem Verhältnis typischer Abhängigkeit und Unterordnung zum Träger staatlicher Gewalt befindet.²⁸
- Die Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse ist als ständige Aufgabe in der Regel **Angehörigen des öffentlichen Dienstes** zu übertragen, die in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen (Art. 33 Abs. 4 GG). Art. 12a Abs. 3 GG nennt dies ein öffentlich-rechtliches Dienstverhältnis.
- Verletzt jemand in Ausübung eines ihm anvertrauten öffentlichen Amtes die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so trifft die **Verantwortlichkeit** grundsätzlich den Staat oder die Körperschaft, in deren Dienst er steht (Art. 34 S. 1 GG).
- Art. 74 Abs. 1 Nr. 27 GG weist die Regelungen über **Statusrechte und -pflichten** der Beamten der Länder, Gemeinden und anderen Körperschaften des öffentlichen Rechts der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz zu; Art. 86 GG nennt die Anstalten des öffentlichen Rechts (vgl. z.B. auch Art. 87 Abs. 2 und 3 GG).

3. Die Konsequenzen einer Unterscheidung in öffentliches und privates Recht

20 Die Unterscheidung in öffentliches und privates Recht hat folgende Konsequenzen:

- für die **Handlungsform**: § 35 S. 1 VwVfG definiert einen Verwaltungsakt als eine Verfügung, Entscheidung oder andere hoheitliche Maßnahme, die eine Behörde zur Regelung eines Einzelfalls auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist. Eine Allgemeinverfügung ist ein Verwaltungsakt, der sich an einen nach allgemeinen Merkmalen bestimmten oder bestimmbar Personenkreis richtet oder die öffentlich-rechtliche Eigenschaft einer Sache oder ihre Benutzung durch die Allgemeinheit betrifft (§ 35 S. 2 VwVfG). Schließlich definiert § 54 VwVfG den öffentlich-rechtlichen Vertrag als einen Vertrag, der ein Rechtsverhältnis auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts begründet.
- für die Anwendung des **Verfahrensrechts**: Nach § 1 VwVfG gilt das Verwaltungsverfahrensgesetz für die öffentlich-rechtliche Verwaltungstätigkeit der Behörden, wobei § 1 Abs. 4 VwVfG die Behörde – wenig erhellend – im Sinne des VwVfG als jede Stelle definiert, die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt.
- für den unterschiedlichen **Rechtsweg**: Der Verwaltungsrechtsweg ist in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nicht-verfassungsrechtlicher Art gegeben, soweit Streitigkeiten nicht durch Bundesgesetz einem anderen Gericht ausdrücklich zugewiesen sind (§ 40 Abs. 1 S. 1 VwGO). Demgegenüber gehören vor die ordentlichen Gerichte die bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, die Fami-

²⁸ BVerfG vom 13.6.2006, 1 BvR 1160/03 – „Rechtsschutz unter den Schwellenwerten“, Rn. 51.

liensachen und die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit sowie die Strafsachen, für die nicht entweder die Zuständigkeit von Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichten begründet ist oder aufgrund von Vorschriften des Bundesrechts besondere Gerichte bestellt oder zugelassen sind (§ 13 GVG).

- für den **Rechtsschutz**: Ist das Begehren des Bürgers auf den Erlass oder auf Aufhebung eines Verwaltungsakts § 35 VwVfG gerichtet, ist vor Erhebung einer Verpflichtungs- oder einer Anfechtungsklage (s. § 42 Abs. 1 VwGO) regelmäßig ein Widerspruchsverfahren, also ein Vorverfahren (§ 68 VwGO) durchzuführen (vgl. aber jetzt abweichende landesrechtliche Regelungen, etwa Art 15 BayAGVwGO und § 110 JustG NRW). Die Erhebung des Widerspruchs gegen einen Verwaltungsakt (Anfechtungswiderspruch) suspendiert grundsätzlich dessen Regelungswirkung (sog. aufschiebende Wirkung des Widerspruchs, § 80 Abs. 1 VwGO Rn. 329).
- für die **Vollstreckung**: Die Vollstreckung öffentlich-rechtlicher Geldforderungen und von Verwaltungsakten erfolgt auf Grundlage des Verwaltungsvollstreckungsgesetzes durch die Verwaltung selbst (vgl. z. B. §§ 1 ff. und 6 ff. VwVG Rn. 310 ff.). Zivilrechtliche Forderungen hingegen werden nach der ZPO dergestalt vollstreckt, dass der Betreffende zunächst einen Titel erwirken muss; Vollstreckungsorgan ist sodann der Gerichtsvollzieher (§ 753 ZPO).
- für **Entschädigungs-/Schadensersatzansprüche** im Fall fehlerhaften staatlichen Handelns: Privatrechtliches Handeln des Staates richtet sich nach privatrechtlichem Haftungsregime (z. B. BGB, StVG), öffentlich-rechtliches nach besonderen öffentlich-rechtlichen Vorschriften (z. B. § 839 BGB i. V. m. Art. 34 GG, StHG einiger Länder) und Rechtsinstituten (enteignungsgleicher und enteignender Eingriff sowie Aufopferung Rn. 366 ff.).

Obgleich die Abgrenzung des öffentlichen vom privaten Recht grundlegend für die Bestimmung des Verwaltungsrechts ist, ist es bisher nicht gelungen, eine griffige Formel zu finden. Vier Abgrenzungstheorien sind von Bedeutung.

4. Die Abgrenzungstheorien zur Bestimmung öffentlich-rechtlicher Rechtsnormen und Maßnahmen

a) **Die Interessentheorie.** Die Interessentheorie geht auf den römischen Juristen Ulpian²⁹ (170 bis 228 n. Chr.) zurück. Danach gehören zum öffentlichen Recht die Rechtssätze, die der Verwirklichung des öffentlichen Interesses dienen, zum Privatrecht diejenigen, die das private Interesse betreffen („**publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem**“). In der Tat sind „privates Interesse“ und „öffentliches Interesse“, „Privatnützigkeit“ und „Gemeinwohlorientierung“, „Selbstbestimmung“ und „öffentliche Aufgabe“ maßgebende rechtsdogmatische Parameter. Doch ist der Interessentheorie entgegenzuhalten, dass sich öffentliches und privates Interesse regelmäßig nicht streng trennen lassen und viele Gesetze öffentliches und privates Interesse zugleich regeln. Z. B. dient die Regulierung der Elektrizitäts- und Gasversorgungsnetze den Zielen der Sicherstellung eines wirksamen und unverfälschten Wettbewerbs bei der Versorgung mit Elektrizität und Gas und der Sicherung eines langfristig angelegten leistungsfähigen und zuverlässigen Betriebs von Energieversorgungsnetzen (§ 1 Abs. 2 EnWG) – was sowohl im Interesse der Allgemeinheit, wie auch im Interesse bestimmter Marktteilnehmer und der Verbraucher liegt. Außerdem setzt

21

29 *Digesten* 1, 1, 1, 2; abgedruckt z. B. bei: Raiser/Filip-Fröschl, *Texte zum Römischen Recht*, 1998, S. 12.

die Verwirklichung des öffentlichen Interesses nicht voraus, dass die öffentliche Hand sich öffentlich-rechtlicher Handlungsformen bedienen muss. So werden Bürger, die z. B. ehrenamtlich öffentliche Aufgaben übernehmen und gemeinnützig tätig werden, nicht unbedingt öffentlich-rechtlich tätig (z. B. eine private Umweltschutzorganisation macht auf Missstände im Umweltbereich aufmerksam). Umgekehrt kann die öffentliche Hand mit privatrechtlichen Mitteln öffentliche Aufgaben erfüllen (z. B. Kauf eines Grundstücks, um darauf einen Spielplatz zu bauen).

- 22 b) Die Subordinationstheorie (oder Subjektionslehre).** Nach der Subordinationstheorie handelt es sich um öffentliches Recht, wenn zwischen den Rechtssubjekten eines Rechtsverhältnisses ein **hoheitliches Über-/Unterordnungsverhältnis** besteht. Um Privatrecht soll es sich handeln, wenn das Rechtsverhältnis durch Gleichordnung geprägt ist.³⁰ Diese begriffliche Anleihe an ein veraltetes absolutistisches Staatsdenken überzeugt jedoch heute nicht (mehr). Der Subordinationstheorie kann daher nicht kritiklos gefolgt werden. Der Haupteinwand muss dahin gehen, dass das Denken in Über-/Unterordnungsverhältnissen in einem freiheitlichen Verfassungsstaat nicht mehr angebracht ist.³¹ Rechtsverhältnisdogmatisch stehen den hoheitlichen Rechten des Staates nämlich Grundrechte der Bürger gegenüber, die dessen Hoheitsmacht begrenzen. Von einem Über-/Unterordnungsverhältnis zu sprechen, würde dem nicht gerecht werden. Selbst das besondere Gewaltverhältnis – wie es ursprünglich für Strafgefangene, Soldaten und andere Personen konzipiert worden ist, die in einer besonderen Beziehung zum Staat stehen – ist als Rechtsinstitut, in dem die Geltung der Grundrechte relativiert sein soll, vom Bundesverfassungsgericht schon früh verworfen worden.³²

Exkurs Besonderes Gewaltverhältnis: Das Rechtsinstitut des besonderen Gewaltverhältnisses wurde im Konstitutionalismus entwickelt. *O. Mayer* hatte das Gewaltverhältnis definiert als „umfassende rechtliche Abhängigkeit..., in welcher der Untertan zum Staat steht“, das besondere Gewaltverhältnis sollte „die verschärfte Abhängigkeit (meinen), welche zugunsten eines bestimmten Zwecks öffentlicher Verwaltung begründet wird, für alle Einzelnen, die in den besonderen Zusammenhang treten.“³³ Das besondere Gewaltverhältnis sollte einen „Zustand verminderter Freiheit“ bedeuten, die Grundrechte sollen gerade hier nur eingeschränkt Anwendung finden,³⁴ Grundrechtseingriffe sollten hier keinem Gesetzesvorbehalt unterliegen. Doch gewährt das Grundgesetz umfassenden Grundrechtsschutz (Art. 1 Abs. 3 GG).

Außerdem sind besondere „Über-/Unterordnungsverhältnisse“ auch im privatrechtlichen Bereich bekannt (z. B. das elterliche Erziehungsrecht), und das öffentliche Recht kennt Gleichordnung z. B. zwischen zwei Hoheitsträgern, insbesondere zwei im hierarchischen Staatsaufbau auf gleicher Stufe stehenden Behörden.

30 BGHZ 82, 375 [383] – „Brillenselbstabgabestellen“.

31 Gröschner, Das Überwachungsrechtsverhältnis, 1992, S. 46 f.

32 BVerfGE 33, 1 [12] – „Strafgefangene“.

33 Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Band I, 3. Aufl., 1924, S. 101 f.

34 Es sei am Rande vermerkt, dass die Doktrin *Otto Meyers*, wie die allgemein vorherrschende konstitutionalistische Grundrechtsdoktrin, bei alledem noch nicht von einer Grundrechtsbindung der Legislative ausging; Grundrechte galten vielmehr nur innerhalb einfachen Gesetzesrechts. In der Folge erschien der Gesetzgeber als Souverän, der selbst über grundrechtliche Interessen letztlich frei disponieren konnte. Zum Ganzen Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Band I, 3. Aufl., 1924, S. 70. Siehe ferner Hueber, *Otto Mayer – Die „juristische Methode“ im Verwaltungsrecht*, Berlin 1982, S. 84 f.; Heyen, *Otto Mayer – Studien zu den geistigen Grundlagen seiner Verwaltungsrechtswissenschaft*, Berlin 1981, S. 123; Poscher, Grundrechte als Abwehrrechte. Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit, 2003, S. 24 ff. jew. m. w. N.