

# LEHRSTUHL FÜR ÖFFENTLICHES RECHT

## **Wirtschaftsverwaltungsrecht**

Skript

von

**K. A. Schachtschneider**

**unter Mitarbeit von**

**A. Emmerich-Fritsche/M. Kläver/P. Wollenschläger**

**1999**

## **Grundbegriffe des Allgemeinen Verwaltungsrechts**

### **Sedes materiae**

Das Allgemeine Verwaltungsrecht regelt Verhaltensprinzipien der Verwaltung, ohne daß damit schon Maßstäbe für Maßnahmen der Verwaltung in konkreten Lebenssituationen gegeben wären. Das Allgemeine Verwaltungsrecht ist untrennbar mit dem Verwaltungsverfahren- und dem Verwaltungsprozeßrecht verbunden. Die Rechtsinstitute sind aufeinander abgestimmt, ja das Allgemeine Verwaltungsrecht ist maßgeblich vom Verwaltungsprozeßrecht her bestimmt. Verwaltungshandeln vollzieht sich in bestimmten Rechtsformen, insbesondere durch den Verwaltungsakt, aber auch durch Verwaltungsverträge, und durch schlichte Maßnahmen. Der Verwaltungsakt etwa setzt die gesetzlichen Entscheidungen materiellrechtlich in die Verwaltungswirklichkeit um und bildet zugleich das Kernstück des Verwaltungsverfahrens. Materielle Vorschriften und Verfahrensvorschriften sind darum eine Wirkungseinheit. Das Allgemeine Verwaltungsrecht befaßt sich vornehmlich mit dem Werden, Sein und Wirken von Verwaltungsakten und ordnet das Verwaltungsverfahren vor allem im Verhältnis der Verwaltung zu den Betroffenen/Bürgern, im sog. Außenrechtskreis.

Die großen verwaltungsrechtlichen Kodifikationen haben eigenständige allgemein

verwaltungsrechtliche und verwahrungsverfahrensrechtliche Gesetzesteile oder sogar Sondergesetze, wie für das Steuerrecht die Abgabenordnung (in der Neufassung von 1977) oder für das Sozialversicherungsrecht der Allgemeine Teil (SGB I) und das Verwaltungsverfahren (SGB X) des Sozialgesetzbuches. In allen Verwaltungsgesetzen können Vorschriften allgemeinverwaltungsrechtlicher Art oder verfahrensrechtlicher Art stehen.

Wenn keine Spezialvorschriften existieren, so findet für die Ausführung des Bundesrechts durch den Bund und durch die Länder im Auftrag des Bundes das Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes vom 25. Mai 1976, das am 1. Januar 1977 in Kraft getreten ist, Anwendung. Die Länder haben dieses Gesetz auch für die Ausführung von Bundesrecht als eigene Angelegenheiten im Sinne des Artikels 83 GG anzuwenden, wenn sie die öffentlich-rechtliche Verwaltungstätigkeit nicht landesrechtlich durch ein Verwaltungsverfahrensgesetz geregelt haben. Fast alle Länder haben jedoch eigene Verwaltungsverfahrensgesetze erlassen (vgl. nur das Bayerische Verwaltungsverfahrensgesetz), die sich stark an das Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes anlehnen, ja die weitestgehend inhaltsgleich sind. Diese Gesetze oder andere landesrechtliche Spezialgesetze gelten auch für die Ausführung des Landesrechts.

In der Verwaltungsrechtspraxis ist somit jeweils zu prüfen, welche allgemeinen Verwaltungsvorschriften materieller oder formeller Art für die konkrete Angelegenheit anzuwenden sind. Erst wenn die speziellen Verwaltungsgesetze nichts ergeben, sind die allgemeinen Vorschriften heranzuziehen. Die Fragen der Gesetzeskonkurrenz werfen dabei mancherlei Probleme auf. Folgender Text ist am Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes orientiert.

## § 1

### **Der Verwaltungsakt**

#### **I. Bedeutung des Verwaltungsaktes**

Ein Schlüsselbegriff des Verwaltungsrechts ist der des Verwaltungsaktes. Er ist eine Schöpfung der Verwaltungsrechtslehre des 19. Jahrhunderts (Otto Mayer)<sup>1</sup>. Der Begriff des Verwaltungsaktes ist in § 35 VwVfG und in den entsprechenden

---

<sup>1</sup> H. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Aufl. 1997, § 9, Rn. 2, S. 174.

Ländergesetzen, für Bayern in Art. 35 BayVwVfG, legaldefiniert (vgl. a. § 118 AO, § 31 SGB V).

Beispiele für Verwaltungsakte sind: Bauerlaubnis, Gewerbeverbot, Genehmigung zur Errichtung eines Kernkraftwerks, Gebührenbescheid, Erteilung eines Abiturzeugnisses, Einberufung zum Wehrdienst, Vergabe eines Slot.

Der Verwaltungsakt ist als Begriff sowohl im materiellen Verwaltungsrecht als auch im Verwaltungsverfahrenrecht und im Verwaltungsprozeßrecht bedeutsam<sup>2</sup>.

Im materiellen Verwaltungsrecht ist der Verwaltungsakt verankert, weil er unter Zugrundelegung der einschlägigen materiellen Rechtsnormen des öffentlichen Rechts die Rechtslage im Einzelfall verbindlich feststellt.

Im Verwaltungsprozeßrecht hat der Verwaltungsakt klageartbestimmende Bedeutung. Die Anfechtungs- und die Verpflichtungsklage nämlich als die wichtigsten Klagearten der Verwaltungsgerichtsordnung (§ 42 Abs. 1 VwGO) sind an den Begriff des Verwaltungsaktes gekoppelt, in dem mit der Anfechtungsklage die Aufhebung eines Verwaltungsaktes und mit der Verpflichtungsklage die Verurteilung zum Erlaß eines abgelehnten oder unterlassenen Verwaltungsaktes begehrt werden kann. Materieller Rechtsschutz ist vielfach mit dem Argument versagt worden, der Kläger streite nicht um einen Verwaltungsakt, der gegen ihn gerichtet sei oder von ihm beansprucht werden könne<sup>3</sup>, etwa wenn er als Grundstücksinhaber einen Baudispens bekämpft oder als Konkurrent die Subventionierung eines Unternehmers unterbinden wollte. Die Gerichte haben schließlich die Nachbarschutz- und die Konkurrentenklage anerkannt und damit den Verwaltungsaktscharakter des Baudispenses für den Nachbarn sowie den Verwaltungsaktscharakter der Subventionen für den Konkurrenten akzeptiert und damit der Sache nach den materiellen Rechtsschutz erweitert. Heute kommt dem Institut des Verwaltungsaktes keine Bedeutung mehr für die Eröffnung des Rechtsweges zu<sup>4</sup>. Die Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) macht allerdings in §§ 68 ff. die Zulässigkeit einer Klage vor dem Verwaltungsgericht auf Aufhebung oder Verpflichtung zum Erlaß eines abgelehnten oder unterlassenen Verwaltungsaktes - Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage gemäß § 42 Abs. 1 VwGO - von besonderen Voraussetzungen abhängig. Diese besonderen Sachentscheidungsvoraussetzungen begrenzen die Möglichkeiten des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes. Wird

---

<sup>2</sup> H. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 9, Rn. 37, S. 197 ff.

<sup>3</sup> Dazu Ch.-F. Menger/H.-U. Erichsen, Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, VerwArch 58 (1967), 70 (78); vgl. BVerwGE 18, 154 (155).

<sup>4</sup> BVerwGE 23, 223 (224); 47, 247 (251); 60, 144 (148).

der Verwaltungsakt nicht innerhalb der Widerspruchs- oder Klagefrist der §§ 70 Abs. 1, 74 Abs. 1 VwGO angefochten, so tritt die sogenannte (formelle) Bestandskraft ein. Der Verwaltungsakt wird dann, mit Ausnahme des Falles seiner Nichtigkeit, unabhängig davon, ob er rechtmäßig ist, als verbindlich, weil unanfechtbar behandelt. Der Verwaltungsakt kann danach nur noch nach Maßgabe der §§ 48 ff. VwGO von der Verwaltung aufgehoben oder geändert (neubeschieden) werden<sup>5</sup>.

## **II. Begriffe des Verwaltungsaktes**

Nach § 35 S. 1 VwVfG ist Verwaltungsakt "jede Verfügung, Entscheidung oder andere hoheitliche Maßnahme, die eine Behörde zur Regelung eines Einzelfalles auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts trifft und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist".

### **1. Maßnahme**

Verwaltungsakte können, wie § 35 VwVfG deutlich macht, als "Verfügungen, Entscheidungen oder andere hoheitliche Maßnahmen" ergehen. Maßnahme ist der weiteste Begriff, der durch die vorhergehenden beispielhaft erläutert wird. Maßnahme ist jedes zweckgerichtete Verhalten, welches Personen (natürlichen oder juristischen Personen) oder deren Untergliederungen zurechenbar ist<sup>6</sup>. Als Maßnahme i.S.d. § 35 VwVfG sind auch non-verbale Handlungen, wie Zeichen, Körperbewegungen (z.B. Handzeichen des Verkehrspolizisten), welche etwas zum Ausdruck bringen sollen, anzusehen (vgl. § 37 Abs. 2 S. 1 VwVfG)<sup>7</sup>. Entscheidungen der Verwaltung ergehen heute vielfach maschinell oder EDV-gestützt. Beispiele sind der per Computer gefertigte Steuerbescheid und die Verkehrsampel. Auch sie sind "Maßnahmen" i.S.d. § 35 VwVfG (vgl. § 28 Abs. 2 Nr. 4, § 37 Abs. 4, § 39 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG)<sup>8</sup>. Bedenken, daß solche automatisierten Verwaltungsverfahren keine menschlichen Maßnahmen seien, ist damit zu begegnen, daß die Programmierung und Entscheidung immer durch den Menschen bestimmt ist.

### **2. Hoheitlich**

---

<sup>5</sup> *H.-U. Erichsen*, Das Verwaltungshandeln, in: *H.-U. Erichsen* (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht (AllgVerwR), 10. Aufl. 1995, § 12, S. 243.

<sup>6</sup> *H.-U. Erichsen*, AllgVerwR, § 12, Rn. 7, S. 246.

<sup>7</sup> *H.-U. Erichsen*, Das Verwaltungshandeln, AllgVerwR, § 12, Rn. 7, S. 246.

<sup>8</sup> Vgl. BVerwGE 45, 189 (190 f.).

Die Maßnahme muß nach § 35 S. 1 VwVfG "hoheitlich" sein. Der Begriff zeigt, wie sehr der Gesetzgeber vom Staatsbegriff des 19. Jahrhunderts geprägt ist. Die Republik (vgl. Art. 20 Abs. 1 GG) beruht auf der Willensautonomie der Bürger (vgl. Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG)<sup>9</sup>, was ein "hoheitliches" Handeln des Staates gegenüber dem Bürger, der dann als Untertan begriffen werden müßte, ausschließt.

Lehre und Praxis setzen deshalb das Kriterium "hoheitlich" mit dem Kriterium "auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts" gleich. Alles Staatliche ist Ausübung von Staatsgewalt und damit hoheitlich<sup>10</sup>. Der Staat und auch seine selbständigen Einheiten handeln vielfach in Privatrechtsform. Das läßt die Fiskusdoktrin zu. Sie ist fragwürdig. Privatrechtlichkeit setzt Privatheit voraus und nimmt Privatheit in Anspruch. Diese ist staatswidrig (dazu näher zu 6).

### 3. Behörde

Die Maßnahme muß nach § 35 S. 1 VwVfG von einer Behörde getroffen worden sein. § 1 Abs. 4 VwVfG (Art. 1 BayVwVfG) definiert Behörde im Sinne des Verwaltungsverfahrensgesetzes weit als "jede Stelle, die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt". "Stelle" i.S. des Verwaltungsverfahrensgesetzes ist nicht etwa der Bund, das Land, die Gemeinde als juristische Personen, d.h. der Träger öffentlicher Verwaltung selbst, der seinerseits über Behörden verfügt. Der Behördenbegriff ist weit gefaßt und beschränkt sich nicht auf die in den staatlichen Verwaltungsapparat eingegliederten Stellen. "Stelle" i.S. des § 1 Abs. 4 VwVfG ist eine durch Rechtssätze des öffentlichen Organisationsrechts geschaffene, mit Personal und Sachmitteln ausgestattete Organisation, wenn sie Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt<sup>11</sup>. "Öffentliche Verwaltung" ist grundsätzlich der Vollzug von Rechtssätzen des öffentlichen Rechts. Die anderen Funktionen des Staates sind die Gesetzgebung des Gesetzgebers und die Rechtsprechung der Gerichte. Auch der Präsident des Bundestages fungiert als Behörde, wenn er von seinem Hausrecht Gebrauch macht und anordnet, einen Zwischenrufer von der Galerie zu entfernen.

Behördenfunktionen i.S. des VwVfG messen die Praxis und die herrschende Lehre

---

<sup>9</sup> Dazu K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi, Grundlegung einer Allgemeinen Republiklehre. Ein Beitrag zur Freiheits-, Rechts- und Staatslehre*, 1994, S. 10 ff., 71 ff., 207 ff.

<sup>10</sup> Näher K. A. Schachtschneider, *Der Anspruch auf materiale Privatisierung. Exemplifiziert am Beispiel des staatlichen und kommunalen Vermessungswesens in Bayern*, 2005, S. 264 ff.

<sup>11</sup> H.-U. Erichsen, *AllgVerwR*, § 12, Rn. 10, S. 248; vgl. a. BVerwGE 10, 20 (48).

aber auch natürlichen oder juristischen Personen des Privatrechts zu, soweit diese durch oder aufgrund eines Gesetzes mit einer Rechtsstellung ausgestattet sind, gegenüber Dritten Staatsgewalt auszuüben. Man nennt dies *Beleihung*. Der Sachverständige des TÜV soll mit Zuteilung der Prüfplakette nach § 29 StVZO einen Verwaltungsakt erlassen<sup>12</sup>. Das Rechtsinstitut der Beleihung verkennt den Begriff der Staatsgewalt, die nicht auf Private übertragbar ist. Richtigerweise wird in den vermeintlichen Beleihungsfällen die Ausübung privater Gewalt staatlich anerkannt und geschützt<sup>13</sup>.

#### 4. Regelung

a) Regelung im Sinne des § 35 VwVfG ist die rechtliche Regelung. Eine *rechtliche* Regelung wurde früher zu Unrecht den Maßnahmen im sogenannten besonderen Gewaltverhältnis, wozu z.B. das Strafvollzugsverhältnis, das Wehrdienstverhältnis, das Amtsverhältnis und das Schulverhältnis, aber auch das Studienverhältnis gerechnet wurden, aberkannt<sup>14</sup>. Nach Art. 20 Abs. 3 GG ist die Verwaltung immer an die Gesetze und das Recht und gemäß Art. 1 Abs. 3 GG immer an die Grundrechte gebunden. Das Verwaltungshandeln hat unter freien Menschen, also in der Republik, durchgehend Regelungsqualität, weil alle Verhältnisse der Menschen (Bürger) zu ihrem Staat Rechtsverhältnisse sind.

Eine Maßnahme der Verwaltung hat dann *Regelungscharakter*, wenn sie nach ihrem Erklärungsgehalt darauf zielt, eine Rechtsfolge zu setzen<sup>15</sup>. Die Verfügung, Entscheidung oder sonstige Maßnahme muß dahin gerichtet sein, gegenüber dem oder den Einzelnen festzulegen, *was für ihn oder diese Rechtens sein soll* (Otto Mayer)<sup>16</sup>.

b) Keinen Regelungscharakter sollen sogenannte *Realakte* (rein tatsächliches Verwaltungshandeln) haben, die keine unmittelbaren Rechtswirkungen hervorbringen sollen. Als Beispiele werden die Unterhaltung des städtischen Freibads, Hinweise, Belehrungen, Auskünfte, Untersuchungsberichte<sup>17</sup>, schlichte Zahlungsaufforderungen<sup>18</sup>, aber auch die Beurteilung eines Beamten durch den Dienstvor-

<sup>12</sup> BayVGH DÖV 1975, 210 f.; H.-U. Erichsen, AllgVerwR, § 12, Rn. 15, S. 249.

<sup>13</sup> K. A. Schachtschneider, Das Verfassungsprinzip der Selbstverwaltung, Manuskript.

<sup>14</sup> E. Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Band. I, Allgemeiner Teil, 10. Aufl 1973, S. 127 ff.; 425 ff. (kritisch).

<sup>15</sup> Zur Abgrenzung gegenüber Realakten etwa BVerwGE 77, 268 (271 ff.).

<sup>16</sup> O. Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Bd. I, 1924, Neudruck 1961, S. 95 ff.

<sup>17</sup> BVerwGE 14, 329; 59, 319; H. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 9, m. 8, S. 177.

<sup>18</sup> BVerwGE 29, 310 (312).

gesetzten<sup>19</sup> genannt. Viele sogenannte "Realakte" der Verwaltung haben Regelungscharakter, weil sie die Rechte einzelner betreffen. Ein Untersuchungsbericht, der negative Untersuchungen in Bezug auf einen einzelnen enthält, gestaltet ein Rechtsverhältnis, trifft eine Regelung. Das gilt erst recht für die dienstliche Beurteilung eines Beamten.

c) *Vorbereitungs- und Teilakte* haben keinen selbständigen Regelungsgehalt, wenn und weil sie keine abschließende Regelung enthalten. Keine Teilakte in diesem Sinn sind die *Teilgenehmigung* und der *Vorbescheid*, die für die Genehmigung von Bauwerken und Betriebsanlagen eine Rolle spielen. Sie betreffen zwar nur einen Teil des zur Genehmigung gestellten Antrags oder nur einzelne Genehmigungsvoraussetzungen. Sie sind aber insoweit abschließend<sup>20</sup>. Die Teilgenehmigung (z.B. die Genehmigung für den Bau des Kellergeschosses) ist ein Endbescheid, der auf einen Teil des gesamten Vorhabens beschränkt ist. Der Vorbescheid beschränkt sich auf einzelne Genehmigungsvoraussetzungen (z.B. bauplanungsrechtliche Zulässigkeit), entscheidet über diese aber abschließend und verbindlich. Als unselbständige Teilakte werden genannt die Bewertung einer Klassenarbeit und die Einzelnoten eines Abschluszeugnisses, die Ladung zur schriftlichen Prüfung. Doch auch die Ladung zur schriftlichen Prüfung hat Regelungscharakter, insbesondere wenn die Prüfung etwa auf einen religiösen Feiertag des Kandidaten fällt, aber auch allgemein. Denn die Prüfung gilt als nicht bestanden, wenn der Prüfling der Ladung nicht Folge leistet. Auch die Einzelnote hat Regelungscharakter, wenn sie etwa für die Zulassung zum Studium rechtserheblich ist<sup>21</sup>.

d) Dem jeweiligen Regelungsinhalt entsprechend läßt sich zwischen *imperativen, gestaltenden und feststellenden* Verwaltungsakten unterscheiden.

α) *Imperative Verwaltungsakte* ge- oder verbieten ein bestimmtes Tun, Dulden oder Unterlassen; nur sie sind vollstreckungsfähig und gegebenenfalls vollstreckungsbedürftig (Beispiele: Steuerbescheid, Geschwindigkeitsbegrenzungen, Gewerbeuntersagung gemäß § 35 GewO).

β) *Gestaltende Verwaltungsakte* sollen ein Rechtsverhältnis begründen, ändern oder aufheben (Beispiele: Genehmigungen, Immatrikulation, Einbürgerung, Beförderung, Pensionierung).

---

<sup>19</sup> H. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 9, Rn. 8, S. 177.

<sup>20</sup> H. Mauer, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 9, Rn. 10, S. 178.

<sup>21</sup> HessVGh, DVBl 1974, 469; OVG Berlin, DVBl 1975, 731.

γ) Maßnahmen einer Behörde auf *Feststellung* einer bestimmten, rechtlich erheblichen Eigenschaft einer Person, etwa der Staatsbürgerschaft, des Wahlrechts, des Wohnsitzes, die Anerkennung als Kriegsdienstverweigerer<sup>22</sup> oder einer Sache, etwa des Einheitswertes eines Grundstückes, sind feststellende Verwaltungsakte<sup>23</sup>. Es könnte fraglich sein, ob die "Feststellung" eines Rechtszustandes eine "Regelung" im Sinne des § 35 VwVfG ist. Dies ist zu bejahen<sup>24</sup>. Die Verwaltung ist mit dem Vollzug der Gesetze betraut. Sie hat das Recht nach Maßgabe der Gesetze zu erkennen. Das kann auch durch die Feststellung, ob bestimmte Tatbestandsmerkmale eines Gesetzes erfüllt sind, geschehen. Der Regelungscharakter liegt in der *verbindlichen* Feststellung der Rechtslage. Eine Regelung i.S. des § 35 VwVfG setzt keine imperativische Funktion voraus. Auch § 113 Abs. 2 VwGO geht von der Möglichkeit feststellender Verwaltungsakte aus.

e) Ergeht die Maßnahme erneut, ohne daß eine neue Entscheidung in der Sache fallen soll, so fehlt dieser *wiederholenden Verfügung* der Regelungscharakter. Sie ist anders als der sogenannte *Zweitbescheid*, der die Rechtsfolge (mit neuer Begründung) in der Sache erneut setzen will, kein Verwaltungsakt. Während gegen den Zweitbescheid eine Anfechtungsklage oder, wenn er erneut einen Antrag ablehnt, eine Verpflichtungsklage zulässig ist, kann die wiederholende Verfügung nur mit einer auf Wiederaufgreifen des Verwaltungsverfahrens gerichteten (Verpflichtungs-) Klage angegriffen werden<sup>25</sup>. Auch bloßen Bekanntgaben, Warnungen und Empfehlungen wird der Regelungs- und damit der Verwaltungsaktcharakter abgesprochen<sup>26</sup>. Entsprechendes gilt für Auskunft und Beratung (vgl. § 25 VwVfG). Auch die von der Auskunft abzugrenzende *Zusage*, eine Selbstverpflichtung der Verwaltung zu einem späteren Tun oder Unterlassen<sup>27</sup> (für den Erlaß eines Verwaltungsakts geregelt in § 38 Abs. 1 S. 1 VwVfG), gilt wegen § 38 Abs. 2 VwVfG, welcher die Regelungen des VwVfG über den Verwaltungsakt lediglich für *entsprechend* anwendbar erklärt, nicht als Verwaltungsakt im Sinne des VwVfG<sup>28</sup>.

<sup>22</sup> BVerwGE 65, 287 (288); 69, 90 (91).

<sup>23</sup> Vgl. BVerwGE 14, 151 (152); 34, 353 (354); *H.-U. Erichsen*, AllgVerwR, § 12, Rn. 24, S. 253.

<sup>24</sup> Vgl. BVerwGE 58, 37 (38 f.).

<sup>25</sup> *H.-U. Erichsen*, AllgVerwR, § 12, Rn. 27, S. 256; dazu auch *K. A. Schachtschneider*, Neubescheidung nach Rechtskraft im Sozialversicherungsrecht und im allgemeinen Verwaltungsrecht, Verwaltungsarchiv 1972, S. 112 ff., 277 ff.

<sup>26</sup> *H.-U. Erichsen*, AllgVerwR, § 12, Rn. 28, S. 257.

<sup>27</sup> BVerwGE 26, 31 (36).

<sup>28</sup> *H.-U. Erichsen*, AllgVerwR, § 12, Rn. 29, S. 257 f.; vgl. *H. Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 9, Rn. 58 ff., S. 211 ff.



Beispiele für Zusage oder Zusicherung sind: die Zusicherung, eine Baugenehmigung zu erteilen, oder von der Einberufung zum Wehrdienst abzusehen, die Zusage, bestimmte Erschließungsmaßnahmen vorzunehmen.

Die Vorläufigkeit der Regelung - *vorläufige Verwaltungsakte* - (vgl. § 36 Abs. 2 Nr. 1 und 2 VwVfG, §§ 164, 165 AO, § 42 SGB I), z.B. Subventionsbewilligung "vorbehaltlich der Ergebnisse der noch durchzuführenden Betriebsprüfung" nimmt einer Entscheidung nicht den Regelungscharakter i.S. des § 35 VwVfG<sup>29</sup>. Durch den abweichenden Endbescheid wird der vorläufige Bescheid nicht zurückgenommen, sondern ersetzt und "erledigt" (§ 43 Abs. 2 VwVfG).

## 5. Einzelfall

Der Verwaltungsakt regelt nach § 35 Abs. 1 S. 1 VwVfG einen *Einzelfall*; er individualisiert in der Regel ein Gesetz, das auf einen Lebenssachverhalt angewandt wird.

a) Der Einzelfall wird üblicherweise als "*konkret-individuelle*", für einen bestimmten Sachverhalt, an einen bestimmten Adressaten (-kreis) gerichtete Entscheidung definiert. (Beispiel: Erteilung einer Genehmigung für eine bestimmte Anlage an eine bestimmte Unternehmung gemäß § 4 BImSchG). Der einen "Einzelfall" regelnde Verwaltungsakt wird unterschieden von der "*abstrakt-generellen*" Rechtsnorm (Gesetz, Verordnung, Satzung), die eine an einen nicht vorhersehbaren Adressatenkreis gerichtete Regelung für eine nicht im einzelnen bestimmte Vielzahl von Sachverhalten enthält<sup>30</sup>. (Beispiel: 4. Bundesimmissionsschutzverordnung, die in ihrem Anhang die Arten und Spezifika von Anlagen auflistet, welche genehmigungsbedürftig sind). Das Kriterium der Regelung eines Einzelfalles soll die Abgrenzung des Verwaltungsaktes vom (auch materiellen) Gesetz leisten, das prinzipiell als generell abstrakte Regelung des Staates verstanden wird. Eine derartige Differenzierung versucht in den Begriffen des Verwaltungsaktes oder des Gesetzes die typischen Funktionen der unterschiedlichen Funktionsträger, nämlich zum einen die der Legislative, zum anderen die der Exekutive, zu erfassen, freilich vergeblich.

---

<sup>29</sup> Vgl. BVerwGE 67, 99 ff.; dazu *H.-U. Erichsen*, AllgVerwR, § 12, Rn. 31, S. 258; *H. Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 9, Rn. 636 ff., S. 216 f.

<sup>30</sup> *H. Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 9, Rn. 14, S. 180.

b) Die *Allgemeinheit* als Wesensmerkmal eines Gesetzes<sup>31</sup> wird durch die material beschreibenden Begriffe *generell/abstrakt*, jedenfalls in einem freiheitlich demokratischen Gemeinwesen, nicht ausreichend erfaßt. Die Allgemeinheit eines Gesetzes ist nicht material, sondern *formal*, als das Gesetz aller, als *volonté générale*, als Willen des Volkes (Art. 20 Abs. 2 GG), welches durch das Parlament als Gesetzgebungsorgan vertreten wird (Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG), zu verstehen<sup>32</sup>. Die Definition des Gesetzes als material generell/abstrakte Entscheidung hat wegen Artikel 19 Abs. 1 S. 1 GG eine gewisse Berechtigung, weil grundrechtseinschränkende Gesetze "allgemein" sein müssen und "nicht nur für den Einzelfall gelten" dürfen. Dennoch können auch Gesetze individuell sein, die sogenannten Einzelfall- oder Maßnahmengesetze. Ein Gesetz kann material einen Einzelfall regeln, formal aber allgemein sein. Notwendig wird der formale Gesetzesbegriff, wenn auf die Wichtigkeit einer staatlichen Entscheidung abgestellt wird. Etwa die Entscheidung über den Standort eines Atomkraftwerkes kann als so gewichtig angesehen werden, daß sie nicht durch Verwaltungsakt, sondern nur durch Gesetz getroffen werden darf.

Weil sie die Begriffe generell/abstrakt und individuell/konkret als materielle Unterscheidungskriterien zwischen Verwaltungsakt und Rechtsnorm zugrundelegt, stuft die Rechtsprechung etwa die Allgemeinverbindlichkeitserklärung von Tarifverträgen gemäß § 5 Tarifvertragsgesetz als eine "Rechtsnorm sui generis" ein<sup>33</sup>.

c) Die Definitionsmerkmale individuell/konkret sind unergiebig. Eine Regelung kann sich auch an eine im Zeitpunkt ihres Erlasses bestimmte Zahl von Adressaten für unbestimmt viele Sachverhalte richten. Beispiel sei eine Anordnung, in der einem Unternehmer aufgegeben wird, an den Tagen, an denen nicht durch natürliche Witterungseinflüsse allgemeine Glatteisgefahr gegeben sei, sondern sich durch die Abdämpfe der von ihm betriebenen Kühltürme in deren Umgebung Glätte gebildet habe, den hierdurch verursachten polizeiwidrigen Zustand zu beseitigen<sup>34</sup>. Derartige Regelungen werden als individuell/abstrakt eingestuft und als Verwaltungsakte qualifiziert<sup>35</sup>.

---

<sup>31</sup> H. Hofmann, Das Postulat der Allgemeinheit des Gesetzes, in: Ch. Starck (Hrsg.), Die Allgemeinheit des Gesetzes, 1987, S. 9 (insbes. 33 ff.) zum Problem des Allgemeinheitsbegriffs.

<sup>32</sup> Vgl. Art. 6 S. 1 der französischen Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte v. 26.10.1789: "Das Gesetz ist Ausdruck des allgemeinen Willens."; H. Hofmann, Das Postulat der Allgemeinheit des Gesetzes, S. 20 ff.; K. A. Schachtschneider, Res publica res populi, S. 275 ff., 325 ff., insb. S. 519 ff.

<sup>33</sup> BVerfGE 44, 322 (338 ff.).

<sup>34</sup> OVG NW, OVG 16, 289 f.

<sup>35</sup> H.-U. Erichsen, AllgVerwR, § 12, Rn. 45, S. 267.

Schließlich kann sich eine Regelung an eine im Zeitpunkt ihres Erlasses unbestimmte Anzahl von Adressaten für einen räumlich und/oder zeitlich bestimmten Sachverhalt richten. Eine solche (vermeintlich) generell/konkrete Regelung, die auch als Verwaltungsakt anerkannt ist, liegt etwa vor, wenn eine Straße wegen dort bestehender Explosionsgefahr gesperrt wird oder eine Demonstration für einen bestimmten, geplanten Termin verboten wird<sup>36</sup>.

d) § 35 S. 2 BVerwVfG selbst stuft, widersprüchlich zum Tatbestandsmerkmal "Einzelfall" in Satz 1, die *Allgemeinverfügung* als Verwaltungsakt ein. Die Allgemeinverfügung regelt einen Einzelfall mit Wirkung für einen nur allgemein bestimmten Personenkreis; sie ist also, wie man sagt, konkret, aber *generell*. Dazu gehören etwa bestimmte Verkehrszeichen, wie ein Parkverbot<sup>37</sup>. Auch die Widmung von Sachen, wie etwa die Widmung eines Weges als öffentliche Straße oder die Festsetzung eines Wasserschutzgebietes nach § 19 Abs. 1 WHG, werden als Allgemeinverfügungen behandelt. Das VwVfG unterscheidet die *personenbezogene* (1. Variante) und die *sachbezogene* Allgemeinverfügung (2. Variante). Sachbezogene Allgemeinverfügungen (z.B. Widmung einer Verkehrsfläche zu einer öffentlich-rechtlichen Straße nach § 2 Abs. 1 FStrG, Umbenennung einer Straße) werden auch als *dingliche Verwaltungsakte* bezeichnet<sup>38</sup> (ein fragwürdiger Begriff). Unter *Benutzungsregelungen* (3. Variante) fallen etwa Regelungen über die Benutzung von Anstalten und öffentlichen Einrichtungen (Badeanstalten, Bibliotheken) durch die Anstaltsleitung.

e) Im Unterschied zur Allgemeinverfügung faßt die *Sammelverfügung* dagegen mehrere Einzelverfügungen in einer bestimmten Angelegenheit für bestimmte Personen zusammen. Eine Sammelverfügung ist etwa die Weisung eines Verkehrspolizisten an die vor einer Kreuzung wartenden Kraftfahrer, die Kreuzung zu überqueren.

f) All dies zeigt, daß das Merkmal "Einzelfall", welches davon abhängig gemacht wird, ob eine Entscheidung "konkret-individuell" oder "abstrakt-generell" wirkt, ein in der Sache widersprüchliches, ungeeignetes, nicht hinreichend bestimmtes Kriterium ist. § 35 VwVfG ist einer mangelhaften Lehre gefolgt, die weder das All-

---

<sup>36</sup> H.-U. Erichsen, AllgVerwR, § 12, Rn. 46, S. 267.

<sup>37</sup> BVerwGE 59, 221 (224 f.); BVerwG DÖV 1988, 694; BayVGh NVwZ 1984, 383 f.; vgl. zu den Verkehrszeichen ausführlicher H. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 39, Rn. 36 ff., S. 193 ff.

<sup>38</sup> BayVGh, BayVBl 1983, 20; BVerwG NVwZ 1986, 834 (835); vgl. a. H. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 9, Rn. 56 ff., S. 208 ff.

gemeinheitsprinzip noch dessen demokratisch-republikanischen Gehalt zu erfassen vermochte. Der Gesetzgeber hat die Wahl, ob er Regelungen durch Verwaltungsakte oder Verordnungen vorsieht. Maßgeblich ist somit nicht die abstrakt-generelle beziehungsweise konkret-individuelle Materie der Regelung, sondern die *äußere Form* als Gesetz, Verordnung oder Verwaltungsakt<sup>39</sup>. Gesetze und Verwaltungsakte lassen sich nur institutionell, also danach unterscheiden, ob die Legislative oder die Exekutive entschieden hat. Jede Regelung der Verwaltung ist ein Verwaltungsakt. Es gibt keinen Begriff des Einzelfalles, der eine Unterscheidung vom Begriff des Gesetzes funktional zu leisten vermag. Das erweisen die Pläne, die Diskont- und Mindestreservestzusetzungen, die Verkehrszeichen und viele Beispiele mehr. Alles, was der Gesetzgeber entscheiden kann, kann auch die Verwaltung entscheiden. Die Frage ist, ob sie es im Staat des Rechts, der Republik, die demokratisch sein muß, darf. Sie hat den Gesetzesvorrang (Art. 20 Abs. 3 GG) zu beachten, aus dem das Prinzip des (totalen) Gesetzesvorbehalts folgt. Das Volk spricht durch Gesetze seinen Willen aus. An diesen ist die Verwaltung, die vollziehende Gewalt, gebunden. Das Gesetz kann aber nur bestimmen, wenn es bestimmt ist. Unbestimmte Gesetze sind verfassungswidrig und nichtig. Auch ein offensichtlicher Formenmißbrauch hat nicht zur Folge, daß ein Gesetz, eine Verordnung oder Satzung als Verwaltungsakt angesehen werden könnte<sup>40</sup>. Als Rechtsverordnungsgeber (Art. 80 GG) ist die Exekutive im übrigen Gesetzgeber.

## 6. Auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts

Nur hoheitliche Maßnahmen *auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts* können Verwaltungsakte sein, nicht solche auf dem Gebiet des Privatrechts. Nach der von den Verwaltungsgerichten praktizierten Subjektslehre ist öffentliches Recht das Recht, das einen Hoheitsträger als solchen oder einen Gewaltunterworfenen (Mensch/Bürger/Untertan/Privaten) als solchen berechtigt oder verpflichtet. Der Begründer der modernen Subjektslehre ist *Hans J. Wolff*<sup>41</sup>. Diese Subjektslehre geht davon aus, daß der Staat auch privatrechtlich handeln könne und ist bemüht, das privatrechtliche von dem öffentlich-rechtlichen Handeln des Staates zu trennen. Da diese Lehre weder ein Kriterium für das Hoheitliche eines Hoheitsträgers noch für den Gegensatz, das Privatheitliche, nennt (und auch nicht nennen kann), gibt die Definition nicht mehr her als die kritikwürdige Feststellung, daß Hoheitsträger auch privatheitlich zu handeln pflegen, d.h. das öffentliche Recht meiden und sich dem

---

<sup>39</sup> BVerfGE 11, 16; 34, 307; BVerwGE 3, 258 (262); 6, 148; 18, 1; 18, 155 (251); 29, 207; 30, 287; 70, 77.

<sup>40</sup> *F. Kopp*, *Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG)*, 6. Aufl. 1996, § 35, Rn. 30.

<sup>41</sup> *H. J. Wolff/O. Bachof/R. Stober*, *Verwaltungsrecht I*, 10. Aufl. 1994, § 22, Rn. 25 ff. (S. 200 ff.).

Privatrecht, insbesondere dem privatheitlichen Wirtschaftsrecht, unterwerfen können, wie das vor allem die öffentlichen Unternehmen praktizieren (Fiskusdogma). Die Subjektslehre überwindet die Schwächen<sup>42</sup> der Subjektionslehre, die immerhin versucht hat, ein materielles Kriterium für die Unterscheidung von öffentlichem Recht und Privatrecht anzubieten, nämlich das der Unterordnung als das Kennzeichen des öffentlichen Rechts im Gegensatz zur Gleichordnung als das Kennzeichen des Privatrechts. Die Subjektslehre überläßt die Differenzierung der Willkür der Praxis. Ohne eine Lehre vom Staat und damit vom privaten Menschen läßt sich der Begriff des öffentlichen Rechts nicht bestimmen. Richtigerweise ist alles Recht öffentliches Recht, das den Staat betrifft. Dabei gehören zum Staat außer dem Volk in seiner staatlich organisierten Gesamtheit alle staatlichen Organe, welche die Staatsgewalt des Volkes ausüben (Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG), unabhängig von der Rechtsform. Aber auch der Mensch kann in bestimmten Funktionen zum Staat gehören, etwa als Beamter, Richter oder Soldat. Auch der Bürger handelt funktional staatlich, insoweit sein Handeln von den allgemeinen, also den staatlichen, Gesetzen bestimmt ist. Aber für den Begriff des öffentlichen Rechts kommt es auf die institutionelle Staatlichkeit an, zu der der Bürger nur in besonderen Funktionen gehört, etwa als Wähler. Soweit der Mensch zur freien Willkür berechtigt bleibt, ist er Privater. Die Verhältnisse der Privaten zueinander sind durch das Privatrecht geregelt, das auch durch allgemeine Gesetze, also vom Staat gesetzt wird. Wenn der Staat (die öffentliche Hand) an einem Rechtsverhältnis beteiligt ist (einseitig oder beidseitig), ist die Regelung öffentlich. Diese strenge Subjektstheorie, die in etwa schon im römischen Recht praktiziert wurde (*publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem*, ULPIAN D 1, 1, 1, 2) bestreitet die Privatrechtsfähigkeit des Staates<sup>43</sup>. Folglich läßt sich das Staatliche nicht in einen hoheitlichen und einen nicht-hoheitlichen, nämlich fiskalischen, Bereich teilen, wie das § 35 S. 1 VwVfG versucht. Diese Vorschrift akzeptiert das demokratiewidrige Fiskusdogma, mittels dessen sich der Staat dem für ihn geschaffenen Recht, insbesondere dem Verfassungsgesetz (Grundgesetz) zu entziehen versucht (Flucht in das Privatrecht). § 35 S. 1 VwVfG ist somit (entgegen der Praxis) extensiv dahin auszulegen, daß alle

---

<sup>42</sup> Diese Lehre entstammt dem überkommenen monarchischen Prinzip. Die Republik ist gekennzeichnet durch die Bürgerlichkeit, welche mit der Autonomie des Willens, dem Recht zur Selbstgesetzgebung, d.h. der Freiheit verbunden ist. Der Bürger ist in der Republik nicht der staatlichen Obrigkeit unterworfen, also kein "Untertan", sondern Herr seiner selbst. Die Subordinationslehre ist daher zur Abgrenzung von privatem und öffentlichem Recht untauglich. Außerdem erfaßt sie viele Bereiche modernen staatlichen Handelns, wie die Leistungsverwaltung und insbesondere fiskalisches Handeln des Staates und seiner Untergliederungen, nicht.

<sup>43</sup> K. A. *Schachtschneider*, Staatsunternehmen und Privatrecht. Kritik der Fiskustheorie, exemplifiziert an § 1 UWG, 1986.

Entscheidungen der Verwaltung Verwaltungsakte sind, nicht nur die hoheitlichen Maßnahmen auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts. Die staatliche Verwaltung (vollziehende Gewalt) handelt ausschließlich durch oder auf Grund von Verwaltungsakten, soweit sie nicht durch Erlaß von Rechtsverordnungen (Art. 80 GG) an der Gesetzgebung beteiligt ist.

### 7. Unmittelbare Rechtswirkung nach außen

a) Die Regelung muß nach § 35 VwVfG eine *unmittelbare Rechtswirkung nach außen* entfalten. Eine Regelung mit *Außenwirkung* wird dann angenommen, wenn die Maßnahme darauf gerichtet ist, den Rechtskreis einer natürlichen oder juristischen Person zu erweitern, zu verringern oder feststellend zu gestalten<sup>44</sup> oder Pflichten und Rechte für den Bürger oder sonstige Rechtspersonen außerhalb der Verwaltung zu begründen<sup>45</sup>. Damit sollen die Entscheidungen im sogenannten Innenrechtskreis aus dem Begriff des Verwaltungsaktes ausgeklammert werden. Der "Innenrechtskreis" bezeichnet die vielfältigen Beziehungen innerhalb der staatlichen Organisation, die durch Kompetenzen und Hierarchie bestimmt sind. Er wird durch Verwaltungsvorschriften und innerdienstliche Einzelanweisungen geregelt, denen von der Praxis und herrschenden Lehre zwar nicht mehr der Rechtscharakter, wohl aber die Rechtswirkung gegenüber dem Bürger abgesprochen wird<sup>46</sup>. Das überzeugt nicht, weil der Gleichheitssatz, auf den sich jeder Bürger berufen kann, der anders behandelt wird als ein anderer, jedenfalls angewandten Verwaltungsvorschriften rechtliche Maßstäblichkeit nach außen verschafft. Verwaltungsvorschriften und auch Einzelanweisungen legen fest, was in der Sache zu geschehen hat, und sind darum durch das rechtsstaatliche Sachlichkeitsprinzip verbindlich. Sie sind Rechtssätze der Verwaltung.

Nicht zum sogenannten Innenrechtskreis gehören grundsätzlich Maßnahmen einer juristischen Person des öffentlichen Rechts gegenüber einer anderen, etwa Maßnahmen des Bundes gegenüber einem Land oder Maßnahmen eines Landes gegenüber einer Kommune.

b) Die Rechtswirkung soll *unmittelbar* sein, wenn und soweit die Maßnahme in ihrem ausdrücklich formulierten oder zu erschließenden Entscheidungssatz (Tenor) die angestrebten Rechtsfolgen gegenüber der natürlichen oder juristischen Person

---

<sup>44</sup> H.-U. Erichsen, AllgVerwR, § 12, Rn. 34, S. 260; vgl. auch BVerwGE 55, 280 (285); 60, 144 (145).

<sup>45</sup> H. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 9, Rn. 26, S. 185.

<sup>46</sup> H.-U. Erichsen, AllgVerwR, § 12, Rn. 32, S. 259 f.; H. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 9, Rn. 27 ff., S. 186 ff.

bezeichnet. Rechtsfolgen, welche aus dem Tenor der Entscheidung nicht hervorgehen, könnten den Verwaltungsaktscharakter der Maßnahme nicht begründen<sup>47</sup>. Weist z.B. eine übergeordnete Behörde die nachgeordnete Bauaufsichtsbehörde an, bestimmte Baustoffe einer Unternehmung wegen ihrer Gefährlichkeit zu verbieten, so sei dies eine amtsadressierte Regelung, welche, obwohl die Unternehmung hierdurch nachteilig betroffen wird, keine Regelung mit unmittelbarer Außenwirkung, mithin keinen Verwaltungsakt, darstellen soll<sup>48</sup>.

Mangels unmittelbarer Rechtserheblichkeit gegenüber dem Bürger, dem kein Recht auf Einschreiten der Aufsichtsbehörde zukomme, sei die Weigerung der höheren Behörde oder der Aufsichtsbehörde, gegen eine ihrer Aufsicht unterstehende Behörde oder Körperschaft im Aufsichtswege vorzugehen, kein Verwaltungsakt<sup>49</sup>. Diese Dogmatik soll wiederum den Rechtsschutz gegen die Aufsichtsmaßnahmen ausschließen.

Keine unmittelbare Regelungswirkung nach außen wird auch schlichten Informationen beigemessen. Auch diese Sicht ist streitbar. Die Informationen müssen aber mit hinreichender Sorgfalt gegeben werden; denn sonst kann der Dienstherr nach § 839 BGB, Art. 34 GG schadenersatzpflichtig aus Amtspflichtsverletzung werden.

c) Entscheidungen gegenüber Dritten, insbesondere Bürgern, die einen Verwaltungsakt nur vorbereiten, etwa wenn sich verschiedene rechtlich selbständige Einheiten des Staates ins Benehmen setzen, zustimmen, angehört werden müssen, u. ä., sollen keinen Verwaltungsaktscharakter haben. Es handele sich um *mehrstufige Verwaltungsakte*<sup>50</sup>. Regelung nach außen sei nur die Entscheidung der Stelle, die die Entscheidung dem Bürger gegenüber bekannt mache.

Maßnahmen im Innenrechtskreis (z.B. Zustimmung der Gemeinde) seien nur dann Verwaltungsakte, wenn sie auf unmittelbare Bewirkung einer Rechtsfolge für ein anderes Außenrechtssubjekt gerichtet seien<sup>51</sup>. Soweit beispielsweise die nach außen handelnde Behörde Organ der Gemeinde ist, wird das Planungsrecht der Gemeinde,

---

<sup>47</sup> BVerwGE 60, 144 (145 ff.); 81, 258 (260 ff.); 90, 220 (222 f.).

<sup>48</sup> H.-U. Erichsen, AllgVerwR, § 12, Rn. 35, S. 260; a.A., einen Verwaltungsakt in diesem Fall bejahend: VGH Baden-Württemberg, DRZ 1950, 500 f.

<sup>49</sup> BayVGH München OVG 20, 43; VG Frankfurt, NJW 1962, 698; BSG DVBl 1968, 809.

<sup>50</sup> Begriffsprägung durch Ch.-F. Menger, Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, VerwArch 50 (1959), 387 (397).

<sup>51</sup> H.-U. Erichsen, AllgVerwR, § 12, Rn. 40, S. 265; H. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 9, Rn. 30, S. 189; BVerwGE 28, 145.

das dieser im Rahmen des Selbstverwaltungsrechts (Art. 28 Abs. 2 GG, Art. 11 Abs. 2 BayVerf) zusteht, durch die Erteilung oder Versagung der Zustimmung seitens der mitwirkenden Behörde gemäß § 36 Abs. 1 BauGB oder § 9 Abs. 2 FStrG (Zustimmung der Straßenbaubehörde zu einer Baugenehmigung) tangiert. Die Mitwirkungshandlung ist deshalb ein Verwaltungsakt<sup>52</sup>. Nach anderer Meinung seien Mitwirkungsakte zwar im Verhältnis zu anderen Verwaltungsträgern meist Verwaltungsakte, wenn diese dadurch in ihrem Rechtskreis betroffen sind, nicht aber gegenüber dem Bürger<sup>53</sup>. Die Maßnahme kann jedoch als Verwaltungsakt nur allgemein qualifiziert werden<sup>54</sup>. Aspekte der Klagebefugnis (§ 42 Abs. 2 VwGO) dürfen nicht in den Verwaltungsaktsbegriff gemischt werden.

e) Die herrschende Praxis und Lehre erkennt Entscheidungen im Innenrechtskreis jedoch als Verwaltungsakte an, etwa innerdienstliche Weisungen, wenn diese einen Beamten zugleich in seinem beamtenrechtlichen Status berühren<sup>55</sup>. Wenn etwa der Beamte sich mit der angewiesenen Amtshandlung für ihn erkennbar strafbar machen oder gegen die Menschenwürde verstoßen würde, so hat er dagegen nicht nur Remonstrationsrechte, d.h. er darf und soll sich, weil er für die Rechtmäßigkeit seines Handelns verantwortlich ist, an den nächst höheren Vorgesetzten wenden, der die Verantwortung für die Entscheidung zu übernehmen hat, sondern er darf und muß die Maßnahme (§ 38 Abs. 2 BRRG) ablehnen und kann darum auch in Verwaltungsgerichtsverfahren streiten.

f) Das Kriterium der unmittelbaren Rechtswirkung nach außen ist problematisch, weil es im Grunde kein verwaltungsrechtliches Handeln ohne Außenwirkung gibt. Man denke nur an die als Verwaltungsvorschriften erlassenen Steuerrichtlinien. Eine interne Verwaltungspraxis entfaltet über das aus dem grundrechtlichen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) fließende Gebot gleichmäßiger Gesetzesanwendung Außenwirkung. In der Republik ist darüber hinaus alles Handeln der Verwaltung für den Bürger rechtserheblich. Das Merkmal "unmittelbarer Rechtswirkung nach außen" beruht auf der kritikwürdigen Trennung von Staat und Gesellschaft, welche den Bürger entgegen Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG auf bestimmte ihm zugewiesene Rechtskreise verweist und die politische Freiheit des Bürgers negiert<sup>56</sup>.

---

<sup>52</sup> VG München, BayVBl 1975, 422.

<sup>53</sup> F. Kopp, VwVfG, § 35, Rn. 40.

<sup>54</sup> H.-U. Erichsen, AllgVerwR, § 12, Rn. 40, S. 266.

<sup>55</sup> Dazu näher H.-U. Erichsen, AllgVerwR, § 12, Rn. 37, S. 262 f.

<sup>56</sup> K. A. Schachtschneider, Res publica res populi, S. 210, 468 ff., 504 ff., 1045 ff.



Mit dem Kriterium der unmittelbaren Außenwirkung des Verwaltungsaktsbegriffs hat sich der Gesetzgeber gegen die selbständige Angreifbarkeit der Mitwirkungsentscheidungen und die umfassende Kontrollierbarkeit des ihn nachteilig betreffenden Verwaltungshandelns durch den Bürger entschieden. Das Kriterium der Unmittelbarkeit der Regelung nach außen ist umso weniger aussagekräftig, als die vielfältige Regelungswirkung von Verwaltungsakten, die sich nicht auf den Adressaten des Verwaltungsakts beschränkt, anerkannt ist.

### III. Janusköpfige Verwaltungsakte

Ein Verwaltungsakt kann Regelungswirkung nicht nur in einer Richtung, etwa gegenüber einem Bürger, haben, sondern in mehrfacher Richtung (*Stichwort: Verwaltungsakt mit Drittwirkung*). Typisches Beispiel ist die (für den Bauherrn begünstigende) Bauerlaubnis, die den Nachbarn in seinen Rechten beeinträchtigt. Diese *Doppel-/Mehrfachwirkung* hängt nicht davon ab, daß der Verwaltungsakt allen Betroffenen bekannt gemacht wird. Die Nichtbekanntgabe bewirkt lediglich eine Verlängerung der Anfechtungsmöglichkeiten; das zeigt schon § 58 VwGO, der die Anfechtungsfrist auf ein Jahr verlängert, wenn dem Verwaltungsakt keine Rechtsbehelfsbelehrung beigegeben ist. Zwar ist jeder Verwaltungsakt jedem Betroffenen nach § 41 VwVfG bekanntzumachen, nur lassen sich die Streuwirkungen eines Verwaltungsaktes von der Behörde nicht immer richtig einschätzen, zumal sie auch von der Beurteilung der Außenregelungswirkungen abhängt, die letztlich das Gericht trifft. Nicht immer sind auch alle Betroffenen bekannt, ohne daß die Voraussetzungen für eine öffentliche Bekanntmachung gemäß § 41 Abs. 3 VwVfG vorliegen. Man nennt diese Verwaltungsakte mit Doppel- oder Mehrfachwirkung auch janusköpfige Verwaltungsakte. Beispiele sind etwa der Baudispens, der von der Einhaltung nachbarschützender Normen befreit; er begünstigt den Bauherrn und belastet den Nachbarn; jedenfalls regelt er nach beiden Seiten. Genauso ist es bei der Verlängerung der Sperrstunde für eine Gaststätte. Nicht dazu gehört aber die Entscheidung des Dienstherrn für die Einstellung eines Bewerbers, die notwendig zur Ablehnung aller anderen Bewerber führt; dabei handelt es sich um jeweils selbständige Verwaltungsakte. Der Rechtsschutz gegen janusköpfige Verwaltungsakte führt zu Besonderheiten, weil etwa der den Baudispens angreifende Nachbar nicht nur in einem Interessengegensatz zum Bauherrn steht, wenn die Baubehörde den rechtlichen Bedenken des Nachbarn entgegenkommen will, muß sie die Begünstigung des Bauherrn aufheben oder einschränken. Die Prinzipien der Gesetzmäßigkeit des Vertrauensschutzes kommen hier in besonderer Weise in Konflikt. § 50 VwVfG hat diesen Konflikt dahingehend entschieden, daß der Vertrauensschutz aus §§ 48, 49 BVerwVfG den Begünstigten nicht zugute kommt,

wenn auf Anfechtung des Dritten, also des Nachbarn hin, der Dispens in Verwaltungsvorverfahren oder in verwaltungsrechtlichen Verfahren im Sinne des Widerspruchs oder der Klage aufgehoben wird. Das bedeutet, daß derartige Verwaltungsakte erst dann Bestandskraft haben, wenn auch der durch die Begünstigung des einen Bürgers belastete andere Bürger nicht mehr anfechten kann.

#### **IV. Belastende und begünstigende Verwaltungsakte**

Die Verwaltungsakte werden von der Interessenlage des Betroffenen her eingeteilt in *belastende* und *begünstigende* Verwaltungsakte. Der belastende Verwaltungsakt wirkt sich für den Betroffenen nachteilig aus, entweder weil er in dessen Rechte eingreift oder weil er eine beantragte Vergünstigung ablehnt. Belastend ist etwa der Steuerbescheid, also alle Eingriffe in Freiheit und Eigentum, aber auch die Ablehnung einer Begünstigung, etwa einer beantragten Ausbildungsförderung oder einer Bauerlaubnis, sowie alle Gebote und Verbote. Während die Beschränkung von Freiheit und Eigentum als Eingriff bezeichnet wird (Stichwort: Eingriffsverwaltung), ist die Ablehnung einer Begünstigung, Verweigerung zu nennen. Der begünstigende Verwaltungsakt begründet oder bestätigt einen rechtlich erheblichen Vorteil (Legaldefinition des § 48 Abs. 1 S. 2 VwVfG). Begünstigend ist etwa die Gewährung von Subventionen, wie der Ausbildungsförderung, die Erteilung einer Bauerlaubnis, die Immatrikulation, aber auch die Aufhebung von Belastungen, etwa eines rechtswidrigen Eingriffs. Ein Verwaltungsakt kann für den einzelnen Betroffenen sowohl begünstigend als auch belastend sein (z.B. Teilbewilligung von Wohngeld)<sup>57</sup>.

Nicht jede Begünstigung ist in der Verwaltungsrechtsprache als Leistung zu bezeichnen, wie etwa die Gewährung einer Rente oder einer Subvention (Stichwort: Leistungsverwaltung). Die Aufhebung einer fehlerhaften Belastung kann Wiedergutmachung genannt werden. Die Unterscheidung zwischen belastenden und begünstigenden Verwaltungsakten ist also keineswegs identisch mit der Unterscheidung Eingriffs- und Leistungsverwaltung. Das Gewerbeamt etwa gehört als Bestandteil des Polizeirechts zur typischen Eingriffsverwaltung. Die vielfältigen präventiven Kontrollinteressen des Staates haben formelle Gewerbeverbote zur Folge, die im Sinne der Gewerbebefreiheit durch Genehmigungen und Konzessionen wieder aufgehoben werden. Diese begünstigenden Verwaltungsakte räumen lediglich die Freiheit wieder ein, die im Kontrollinteresse zurückgestellt war. Der

---

<sup>57</sup> H. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 9, Rn. 49, S. 204.

Eingriff ist durch Gesetz vorgenommen worden; der Verwaltungsakt begünstigt nur dadurch, daß er die Freiheit wieder herstellt. Das bleibt Eingriffsverwaltung. Aber auch Verwaltungsbereiche, deren Eingriffshaftigkeit typisch ist, wie die Steuerverwaltung, kennt Leistungen im Sinne der Leistungsverwaltung. Im Steuerrecht gehört dazu der gesamte Bereich der indirekten Subventionen, d. h. der unterschiedlichen Zwecken folgenden Steuererleichterungen. Umgekehrt ist jede Ablehnung einer Leistung ein belastender Verwaltungsakt. Das Verwaltungsverfahrensrecht differenziert darum auch nicht nach Eingriffs- und Leistungsverwaltung, obwohl es typische Interessenlagen der Eingriffsverwaltung gibt, nämlich die Abwehr des Staates, und der Leistungsverwaltung, nämlich den Schutz des Vertrauens in einmal gewährte Leistungen und die nachträgliche Korrektur fehlerhaft abgelehnter Leistungen.

### **V. Wirksamkeit und Bindungswirkung des Verwaltungsaktes**

Gemäß § 41 Abs. 1 VwVfG muß ein Verwaltungsakt denjenigen Beteiligten (vgl. § 13 VwVfG), für den er bestimmt ist (Adressat) oder der von ihm betroffen ist (so der Dritte beim Verwaltungsakt mit belastender Drittwirkung), amtlich bekanntgegeben werden.

Erst mit der Bekanntgabe wird der Verwaltungsakt dem Adressaten oder dem Dritten gegenüber (äußerlich) wirksam (§ 43 Abs. 1 VwVfG). Der (noch) nicht bekanntgegebene Verwaltungsakt ist noch kein Verwaltungsakt<sup>58</sup>. Diese gesetzliche Regelung der äußeren Wirksamkeit entspricht rechtstaatlichen Grundsätzen. Der Verwaltungsakt bleibt wirksam, solange und soweit er nicht durch die Behörde zurückgenommen oder widerrufen, durch gerichtliches Urteil aufgehoben oder durch Zeitablauf oder auf andere Weise erledigt ist (§ 43 Abs. 2 VwVfG).

### **VI. Nebenbestimmungen zu Verwaltungsakten**

Nebenbestimmungen zu einem Verwaltungsakt sind gegenüber der Versagung oder Aufhebung eines Verwaltungsaktes ein milderer Mittel. Sie verwirklichen damit das Gebot der Verhältnismäßigkeit<sup>59</sup>.

Die Voraussetzungen, unter denen Verwaltungsakte mit Nebenbestimmungen versehen werden können, sind in § 3 VwVfG geregelt.

---

<sup>58</sup> H. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, " 9, Rn. 64, S. 218.

<sup>59</sup> H. J. Wolff/O. Bachof/R. Stober, Verwaltungsrecht I, § 47, Rn. 1, S. 664.

## 1. Arten der Nebenbestimmungen

### a) Befristung

Ein Verwaltungsakt ist dann befristet (vgl. § 163 BGB), wenn der Anfang, das Ende oder die Dauer seiner Wirksamkeit zeitlich bestimmt ist (vgl. z.B. §§ 33a Abs. 1 S. 2, 55 Abs. 3 GewO).

Beispiel:

Eine Befristung ist gegeben, wenn ein Markthändler eine Standerlaubnis bis zur Eröffnung des Christkindelmarktes erhält.

### b) Bedingung

Wird ein Verwaltungsakt unter einer Bedingung erlassen (vgl. § 158 BGB), hängt der Eintritt (aufschiebende Bedingung) oder die Beendigung (auflösende Bedingung) der mit dem Verwaltungsakt erstrebten Wirkungen von einem bestimmten künftigen Ereignis ab, von dem (zum Zeitpunkt des Verwaltungsaktserlasses) ungewiß ist, ob es überhaupt eintreten wird<sup>60</sup> (vgl. §§ 36 Abs. 2 Nr. 2 VwVfG, 12 Abs. 1 BImSchG).

Beispiele:

Wird eine Baugenehmigung mit der Bedingung erteilt, daß noch Einstellplätze für PKWs geschaffen werden müssen, oder wird eine Einberufung zum Wehrdienst vorsorglich für den Verteidigungsfall ausgesprochen<sup>61</sup>, so ist dies eine *aufschiebende Bedingung*<sup>62</sup>. Der Verwaltungsakt wird in beiden Fällen erst wirksam, wenn die Bedingung eintritt. Beispiel einer *auflösenden Bedingung* wäre eine Aufenthaltserlaubnis für einen Ausländer für die Dauer der Beschäftigung bei einem bestimmten Arbeitgeber.

Bedingte Verwaltungsakte ersparen der Verwaltung, wenn die Bedingung nicht eintritt, die Rücknahme oder den Widerruf des Verwaltungsaktes. Bedeutsam ist dies besonders im Subventionsrecht.

Eine besondere Art auflösender Bedingung ist der *Widerrufsvorbehalt* (z.B. Beamtenverhältnis auf Widerruf oder auf Probe §§ 31 bzw. 32 BBG)

---

<sup>60</sup> BVerwGE 29, 261.

<sup>61</sup> BVerwGE 57, 69 (80).

<sup>62</sup> BVerwGE 29, 261 (263 ff).

### c) Auflage

Eine Auflage ist ein mit einem begünstigenden Verwaltungsakt verbundene bestimmte Forderung, durch die von dem Betroffenen ein bestimmtes Tun, Dulden oder Unterlassen verlangt wird<sup>63</sup> (vgl. z.B. §§ 33a Abs. 1 S. 2, 55 Abs. 3 GewO; § 12 Abs. 1 BImSchG).

#### Beispiel:

Eine Fahrerlaubnis wird erteilt mit der Auflage beim Fahren eine geeignete Sehhilfe zu tragen.

Während Bedingung und Befristung integrierender Teil des Verwaltungsaktes sind, ist die Auflage ihrerseits ein selbständig anfechtbarer Verwaltungsakt. Sie ist aber in ihrem Bestand abhängig von der Wirksamkeit des Hauptverwaltungsaktes. Wird die Auflage nicht erfüllt, rechtfertigt dies den Widerruf des Hauptverwaltungsaktes.

### d) Sogenannte modifizierende Auflage

Nicht Nebenbestimmung, sondern wesentlicher Inhalt des Verwaltungsaktes ist die fälschlich so genannte modifizierende Auflage. Sie modifiziert den Gegenstand des Verwaltungsaktes qualitativ. Eine beantragte Begünstigung wird anders als beantragt gewährt ("mit der Maßgabe, daß ..."). Es wird z.B. eine niedrigere Sozialleistung gewährt als beantragt.

Die modifizierende Auflage kann auch mit einer Ablehnung verbunden sein, so etwa die Genehmigung einer immissionsrechtlichen Anlage mit der Maßgabe nur schwefelarmes Heizöl, also kein anderes, zu verwenden<sup>64</sup> oder die Genehmigung einer Lackier- und Trockenanlage unter Beifügung von Lärmgrenzwerten<sup>65</sup>.

Die selbständige Auflage wird mit der Formel "ja, aber", die modifizierende Auflage mit der Formel "nein, aber" verdeutlicht<sup>66</sup>.

Die modifizierende Auflage kann - anders als die Auflage - nicht selbständig mit der Anfechtungsklage angegriffen werden. Beharrt der Antragsteller auf dem

---

<sup>63</sup> H. J. Wolff/O. Bachof/R. Stober, Verwaltungsrecht I, § 47, Rn. 8, S. 666.

<sup>64</sup> BVerwGE 69, 37.

<sup>65</sup> BayVGH BayVbl 1985, 149.

<sup>66</sup> H. J. Wolff/O. Bachof/R. Stober, Verwaltungsrecht I, § 47, Rn. 13, S. 668.

ursprünglich beantragten Verwaltungsakt, muß er eine Verpflichtungsklage erheben<sup>67</sup>.

## **2. Rechtsschutzaspekte**

Auf welchem Wege gegen fehlerhafte Nebenbestimmungen Rechtsschutz zu erlangen ist, ist strittig. Besonders problematisch ist die Frage, ob belastende Nebenbestimmungen mit der isolierten Anfechtungsklage anfechtbar sind oder ob Verpflichtungsklage gegen den Gesamtverwaltungsakt erhoben werden muß<sup>68</sup>. Die Rechtsprechung geht nunmehr von der prinzipiellen selbständigen Anfechtbarkeit sämtlicher Nebenbestimmungen aus<sup>69</sup>. Dafür spricht, daß die Behörde, wenn eine Auflage nicht erfüllt wird, zum Widerruf der gewährten Begünstigung berechtigt ist (§ 49 Abs. 2 S. 2 VwVfG).

### **§ 2**

#### **Fehlerhafte Verwaltungsakte: Rechtswidrigkeit - Nichtigkeit - Verfahrensfehlerhaftigkeit - offenbare Unrichtigkeit**

##### **I. Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes**

Jeder Rechtsfehler im Entscheidungsverfahren oder des Entscheidungsinhaltes macht einen Verwaltungsakt rechtswidrig; die Rechtswidrigkeit kann also verfahrensmäßig oder sachlich/material bestimmt sein.

##### **1. Formelle Rechtmäßigkeit**

Die formelle (verfahrensmäßige) Rechtmäßigkeit verlangt, daß der Verwaltungsakt

- aa) von der zuständigen Behörde
- bb) unter Beachtung der vorgeschriebenen Verfahrensbestimmungen (z.B. Antrag, Anhörung des Betroffenen gemäß § 28 VwVfG, Mitwirkung anderer Behörden)

---

<sup>67</sup> BVerwGE 36, 145 (154); 69, 37 (47).

<sup>68</sup> Dazu m.N. *H. J. Wolff/O. Bachof/R. Stober*, Verwaltungsrecht I, § 47, Rn. 21 ff., S. 671 ff.

<sup>69</sup> BVerwGE 55, 135 (137); 56, 254 ff.

cc) in der gebotenen Form erlassen wird (grundsätzliche Formfreiheit vgl. § 37 Abs. 2 S. 1 VwVfG, Begründung schriftlicher Verwaltungsakte gemäß § 39 Abs. 1 VwVfG).

Ziel des Verwaltungsverfahrens ist der Erlass eines rechtmäßigen, und auch zweckmäßigen Verwaltungsaktes. Nur ist die Zweckwidrigkeit kein Verwaltungsfehler, der zur Rechtswidrigkeit führt. Die rechtswidrige Verfahrenshandhabung, also der Verfahrensfehler, führt nur zur Aufhebung eines Verwaltungsaktes, wenn der Verwaltungsakt "in der Sache" nicht rechtmäßig ist (§ 46 VwVfG). Wenn ein fehlerhaftes Verfahren ein rechtmäßiges Ergebnis gezeitigt hat, besteht kein Bedürfnis, das Ergebnis zu annullieren, d. h. den Verwaltungsakt aufzuheben, um in erneuten Verfahren zu demselben Ergebnis zu kommen. Das gilt nicht, wenn ein fehlerfreies Verfahren eine andere Entscheidung, die ebenso rechtmäßig wäre, hätte erbringen können, insbesondere, wenn der Verwaltung ein Ermessen zugestanden hat. Nur der strikt gesetzgebundene Verwaltungsakt behält seine Bestandskraft trotz fehlerhaften Verfahrens, fehlerhafter Form oder Verletzung der örtlichen Zuständigkeit. Verfahrensfehler, die zur Nichtigkeit eines Verwaltungsaktes nach § 44 VwVfG führen, bleiben nicht folgenlos und können auch nicht nach § 45 VwVfG geheilt werden. Ein nichtiger Verwaltungsakt bedarf keiner Aufhebung.

Bestimmte Verfahrens- oder Formfehler können auch beim Erlass eines nicht streng gesetzgebundenen Verwaltungsaktes geheilt werden. Anträge können nachträglich gestellt (§ 45 Abs. 1 Nr. 1 VwVfG), Begründungen und Anhörungen von Beteiligten nachgeholt (§ 45 Abs. 1 Nr. 2 bzw. Nr. 3 VwVfG), der Beschluß eines Ausschusses, dessen Mitwirkung erforderlich ist, kann nachträglich gefaßt und die erforderliche Mitwirkung einer anderen Behörde nachgeholt werden (§ 45 Abs. 1 Nr. 4 des VwVfG). Für die Heilungshandlungen hatte die Behörde früher nur Zeit bis zum Abschluß des Vorverfahrens oder, falls ein Vorverfahren nicht stattfindet, bis zur Erhebung der verwaltungsgerichtlichen Klage. In der Fassung des VwVfG seit 1996 sind Heilungshandlungen bis zum Abschluß des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens möglich. Fehlen dem Verwaltungsakt die erforderliche Begründung oder ist ein Beteiligter nicht angehört worden, obwohl es erforderlich war, so hilft § 45 Abs. 3 VwVfG dadurch, daß die Versäumung der Rechtsbehelfsfristen als nicht erfolgt gilt und die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand vom Zeitpunkt der Nachholung der unterlassenen Verfahrenshandlung an erlaubt wird.

## **2. Materielle Rechtmäßigkeit**

Die materielle Rechtmäßigkeit bezieht sich auf die sachliche Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts.

- a) Der Verwaltungsakt muß sich auf eine gesetzliche Grundlage stützen lassen (Vorbehalt des Gesetzes). Diese muß im übrigen mit höherrangigem Recht, insbesondere mit Verfassungsrecht, vereinbar sein.
- b) Der Verwaltungsakt muß mit den bestehenden Gesetzen, Rechtsgrundsätzen und Rechtsvorschriften, insbesondere und vor allem mit der Verfassung übereinstimmen (Vorrang von Gesetz und Recht). Er muß insbesondere den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit mit seinen Teilkriterien, Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit achten.
- c) Der Verwaltungsakt muß frei von Ermessensfehlern, Beurteilungsfehlern usw. sein.
- d) Der Verwaltungsakt muß inhaltlich bestimmt sein (§ 37 Abs. 1 VwVfG). Er muß so formuliert sein, daß der Adressat den Regelungsgehalt des Verwaltungsaktes klar erkennen kann.

*Maßgeblicher Zeitpunkt* für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes, ist grundsätzlich die *Zeit seines Erlasses*. Nachträgliche Änderungen der dem Verwaltungsakt zugrunde liegenden Sach- und Rechtslage beeinflussen die Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit nicht mehr. Der rechtswidrig gewordene Verwaltungsakt (Dauerverwaltungsakt) ist nach der Widerrufsregelung (dazu u.) zu behandeln.

### **3. Umdeutung**

Ein fehlerhafter Verwaltungsakt kann nach § 47 VwVfG in einen anderen rechtmäßigen Verwaltungsakt umgedeutet werden, wenn das Ziel das gleiche ist, dieselbe Behörde den anderen Verwaltungsakt hätte erlassen können und die materiell rechtlichen Voraussetzungen für die andere Entscheidung gegeben sind. Die Umdeutung darf der erkennbaren Absicht der Erlaßbehörde nicht widersprechen und in den Rechtsfolgen nicht ungünstiger für den Betroffenen sein als der fehlerhafte Verwaltungsakt. Auch darf der Vertrauensschutz des Betroffenen der Umdeutung nicht entgegenstehen; die Behörde müßte den fehlerhaften Verwaltungsakt auch noch gemäß § 48 VwVfG zurücknehmen können. Eine Umdeutung einer gesetzlich gebundenen Entscheidung in eine Ermessensentscheidung ist unzulässig. § 47 VwVfG lehnt sich an die Umdeutungsvorschrift des § 140 BGV für private Rechtsgeschäfte an.



#### **4. Berichtigungen**

Offenbare Unrichtigkeiten wie Schreibfehler und Rechenfehler können jederzeit berichtigt werden; sie sind zu berichtigen, wenn ein Beteiligter daran ein berechtigtes Interesse hat (§ 42 VwVfG). Das entspricht dem privatrechtlichen Grundsatz: *falsa demonstratio non nocet*.

#### **5. Rechtsfolgen der Rechtswidrigkeit**

Die Rechtsfolgen der Rechtswidrigkeit sind nach der Schwere und Tragweite des Verstoßes gegen das Prinzip der Gesetzmäßigkeit abgestuft. Während nach § 134 BGB grundsätzlich jede Rechtswidrigkeit zur Nichtigkeit des privaten Rechtsgeschäfts führt, bewirkt die Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsaktes grundsätzlich nur dessen Anfechtbarkeit und damit dessen Aufhebbarkeit.

Das Aufhebungsverfahren kann derjenige, der durch den Verwaltungsakt belastet ist und geltend machen will, durch den rechtswidrigen belastenden Verwaltungsakt in seinen Rechten verletzt zu sein, durch Anfechtung einleiten, sei es im Verwaltungsvorverfahren durch Widerspruch oder Einspruch, sei es in Klageverfahren durch (nach einem Vorverfahren, falls dies vorgeschrieben ist) Anfechtungsklage (Anfechtbarkeit). Auch ohne eine derartige Aufhebungsinitiative kann und muß, wenn nicht der Vertrauensschutz entgegensteht, die Verwaltung den rechtswidrigen Verwaltungsakt selbst aufheben (Aufhebbarkeit). Das ist eine Frage der Bestandskraft (vgl. §§ 48, 49 VwVfG).

### **II. Nichtigkeit des Verwaltungsaktes**

#### **1. Nichtigkeitsgründe**

Schwerwiegende Verstöße und deren Offenkundigkeit (nach der Betrachtung eines aufmerksamen und verständigen Bürgers<sup>70</sup>) machen einen Verwaltungsakt gemäß § 44 Abs. 1 VwVfG über die Aufhebbarkeit hinaus nichtig. Die Beständigkeit des Verwaltungsaktes trotz etwaiger Rechtsfehler, die sich aus der dem Recht und dem Gesetz verantwortlichen Amtlichkeit der Verwaltung und deren Amtswaltern (Amtsprinzip) herleitet, läßt sich nicht mehr rechtfertigen, wenn ein Verwaltungsakt

---

<sup>70</sup> H. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 10, Rn. 32, S. 284.

an offenkundigen und schwerwiegenden Fehlern leitet<sup>71</sup>. Im übrigen wird die Bestandskraft durch den regelmäßigen *Suspensiveffekt* von Widerspruch und Anfechtungsklage oder der Möglichkeit vorläufigen Bestandsregelungen der Richter relativiert (§ 80 VwGO).

Neben dieser Generalklausel für die Nichtigkeit von Verwaltungsakten, der große praktische Bedeutung wegen der Unsicherheit der materiellen Kriterien im Gegensatz zu dem Bedürfnis nach Rechtsklarheit und Rechtssicherheit nicht zukommt, normiert § 44 Abs. 2 VwVfG weitere spezielle Nichtigkeitsgründe, deren Handhabung größere Rechtssicherheit und damit größere Praxisrelevanz mit sich bringt, nämlich, wenn ein schriftlicher Verwaltungsakt die erlassende Behörde nicht erkennen läßt, wenn der Verwaltungsakt der durch eine Rechtsvorschrift geforderten Urkundlichkeit nicht genügt (z. B. Einbürgerung eines Ausländers ohne die nach § 16 Abs. 1 RuStAG erforderliche Aushändigung der Einbürgerungsurkunde), wenn bei ortsgebundenen Rechten oder Rechtsverhältnissen oder in Angelegenheiten, die sich auf unbewegliches Vermögen beziehen, nicht die örtlich zuständige Behörde tätig geworden ist, wenn der Verwaltungsakt tatsächlich undurchführbar ist (z. B. Abbruchverfügung für ein bereits beseitigtes Haus), wenn er die Begehung einer rechtswidrigen Tat verlangt, die einen Straf- oder Bußgeldtatbestand verwirklicht (z. B. Anordnung zum Eindringen in eine Wohnung unter Verstoß gegen § 123 StGB - Hausfriedensbruch), oder wenn er gegen die guten Sitten verstößt. Die guten Sitten bilden keine Generalklausel, welche die Verwaltung bindet, weil die guten Sitten privatheitlich sind, der Staat aber nur an die staatlichen Gesetze gebunden ist<sup>72</sup>. Diese Nichtigkeitsklausel ist verfassungswidrig und nichtig. In der Praxis hat sie sich als unbrauchbar erwiesen. Zur Eingrenzung der Generalklausel des § 44 Abs. 1 VwVfG stellt § 44 Abs. 3 Nr. 1 VwVfG klar, daß die Verletzung der örtlichen Zuständigkeit außer in dem soeben genannten Fall oder die Mitwirkung einer durch Interessenverbundenheit befangenen Person (wie es § 20 Abs. 1 Nr. 2 - 6 VwVfG näher normiert) oder der Mangel der rechtlich vorgeschriebenen Ausschußmitwirkung oder Beschlußfähigkeit dieses Ausschusses oder der rechtlich vorgeschriebenen Mitwirkung einer anderen Behörde einen Verwaltungsakt allein nicht nichtig sein läßt. Nach Abs. 4 des § 44 VwVfG bewirkt die Teilnichtigkeit eines Verwaltungsaktes dessen Gesamtnichtigkeit, wenn der nichtige Teil so wesentlich ist, daß die Behörde den Verwaltungsakt ohne den nichtigen Teil nicht erlassen hätte. Diese Vorschrift folgt dem Prinzip des § 139 BGB zur Teilnichtigkeit von privaten Rechtsgeschäften.

---

<sup>71</sup> Vgl. H. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 10, Rn. 31, S. 247.

<sup>72</sup> K. A. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, 1986, S. 438 ff.; ders., Das Sittengesetz und die guten Sitten, Festschrift Werner Thieme, 1993, S. 195 (224).

## 2. Rechtsfolgen der Nichtigkeit

Der nichtige Verwaltungsakt ist von vornherein unwirksam und unverbindlich. Er entfaltet keinerlei Wirkung, auch nicht, wenn er nicht angefochten wird. Die Anfechtungsfristen gelten nicht. Von ihm geht aber eine Scheinwirkung aus, die umso größer ist, je unklarer es ist, ob die Fehler so schwerwiegend und so offenkundig sind, daß sie die Nichtigkeit bewirken. Wegen dieser Scheinwirkung besteht ein Anspruch auf Feststellung der Nichtigkeit, wenn der Antragsteller daran ein rechtliches Interesse hat (§ 44 Abs. 5 VwVfG). Mit der Anfechtungsklage kann auch die Aufhebung eines nichtigen Verwaltungsaktes erstritten werden, obwohl dieser wirkungslos ist. § 43 VwGO sieht daneben auch die Feststellungsklage vor.

### § 3

#### Die Bestandskraft der Verwaltungsakte

Die Bestandskraft der Verwaltungsakte wird in den §§ 43 bis 52 VwVfG behandelt<sup>73</sup>. § 43 Abs. 1 S. 1 VwVfG erklärt Verwaltungsakte in dem Zeitpunkt für wirksam, in dem sie demjenigen, für den sie bestimmt sind oder der von ihnen betroffen ist, bekanntgegeben werden, und zwar nach § 43 Abs. 1 S. 2 VwVfG mit dem Inhalt, mit dem sie bekanntgegeben werden. § 43 Abs. 2 VwVfG enumeriert zugleich die Möglichkeiten der Durchbrechung der Bestandskraft, nämlich durch Rücknahme, Widerruf, anderweitige Aufhebung, durch Zeitablauf oder Erledigung auf andere Weise. Nach § 43 Abs. 3 VwVfG sind nichtige Verwaltungsakte unwirksam, so daß diese keine Bestandskraft entfalten.

Bei der Bestandskraft wird ähnlich wie bei der Rechtskraft von Richtersprüchen zwischen formeller und materieller Bestandskraft unterschieden:

Formelle Bestandskraft ist a) die Unanfechtbarkeit eines Verwaltungsaktes durch Widerspruch oder Anfechtungsklage durch den oder die Betroffenen, den Empfänger, und b) die Unabänderlichkeit durch Rücknahme, Widerruf, Wiederaufgreifen des Verfahrens durch die Verwaltung.

---

<sup>73</sup> Dazu *H.-U. Erichsen*, AllgVerwR, § 16, S. 297; *H. Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 11, Rn. 1 ff., S. 262 ff.

Materielle Bestandskraft ist die Verbindlichkeit des Verwaltungsaktes für den oder die Betroffenen, für die Verwaltung, für die Gerichte und für Dritte, eben die rechtliche Wirkung des Verwaltungsaktes.

### **I. Formelle Bestandskraft aus der Sicht des Bürgers**

Nach seiner Bekanntgabe kann ein Verwaltungsakt angefochten werden. Die Anfechtbarkeit ist in dem Verwaltungsverfahrensgesetz geregelt. Dies wird in § 79 VwVfG ausdrücklich angesprochen, dessen Kernsatz lautet: "Für förmliche Rechtsbehelfe gegen Verwaltungsakte gilt die Verwaltungsgerichtsordnung". Rechtsbehelfe der Anfechtung sind im Verwaltungsvorverfahren der Widerspruch (§§ 68 ff. VwGO) oder der Einspruch, im verwaltungsgerichtlichen Verfahren die Anfechtungsklage oder im Prozeß gegen die Ablehnung eines beantragten Verwaltungsaktes die Verpflichtungsklage (§ 42 Abs. 1 VwGO).

#### **1. Widerspruch**

Gemäß §§ 68 ff. VwGO ist grundsätzlich vor Erhebung der Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage als verwaltungsrechtliches Vorverfahren das Widerspruchsverfahren durchzuführen. Wurde eine Klage vor dem Verwaltungsgericht erhoben, ohne daß das Widerspruchsverfahren durchgeführt wurde, hat das Gericht die Klage als unzulässig abzuweisen.

Das Widerspruchsverfahren entfällt allerdings, wenn eine Bundesbehörde oder eine oberste Landesbehörde den Verwaltungsakt erlassen hat, ein Dritter durch den Widerspruchsbescheid erstmalig beschwert (belastet) wird (§ 68 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 und 2 VwGO) oder ein Gesetz vom Verfahren absieht (§ 68 Abs. 1 S. 1 VwGO), wie vielfach für Verwaltungsakte der Hochschulen. Bisweilen schreiben die Gesetze das Widerspruchsverfahren aber auch unabhängig davon, welche Behörde den Verwaltungsakt erlassen hat, vor, wie dies in § 126 BRRG für alle Klagen der Beamten, Ruhestandsbeamten, früheren Beamten und der Hinterbliebenen aus dem Beamtenverhältnis der Fall ist. Die Widerspruchsfrist beträgt gemäß § 70 VwGO einen Monat nach Bekanntgabe des Verwaltungsaktes an den Beschwerden. Bei unverschuldeter Fristversäumung kommt die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand in Betracht (§ 70 Abs. 2 i.V.m. § 60 VwGO). Fehlt dem Verwaltungsakt eine Rechtsbehelfsbelehrung, so beträgt die Widerspruchsfrist ein Jahr nach Erlass des Verwaltungsaktes (§§ 70 Abs. 2, 58 VwGO)<sup>74</sup>.

---

<sup>74</sup> F. Kopp/W.-R. Schenke, VwGO, § 58, Rn. 16 ff. (S. 788 ff.); H. Maurer, Allgemeines Verwaltungs-

Den Widerspruchsbescheid erläßt in der Regel die nächsthöhere Behörde. Ist diese eine oberste Bundes- oder oberste Landesbehörde, so ist dies die Behörde, die den Verwaltungsakt erlassen hat, in Selbstverwaltungsangelegenheiten die Selbstverwaltungsbehörde, jeweils soweit Gesetze nicht etwas anderes bestimmen (§ 73 Abs. 1 VwGO). Für das Vorverfahren können besondere Ausschüsse eingerichtet werden. Der Widerspruchsbescheid ist zu begründen, mit einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen und zuzustellen (§§ 73 Abs. 3 VwGO).

Wird über einen Widerspruch oder über einen Antrag auf Vornahme eines Verwaltungsaktes ohne hinreichenden Grund in angemessener Frist sachlich nicht entschieden, so kann die Klage auch ohne Vorverfahren erhoben werden (Untätigkeitsklage nach § 75 VwGO). Eine solche Klage ist grundsätzlich nicht vor Ablauf von drei Monaten seit Einlegung des Widerspruchs oder seit Antrag auf Vornahme eines Verwaltungsaktes zulässig.

Die Klagefrist nach Zustellung des Widerspruchsbescheides beträgt ebenfalls einen Monat. Ist ein Vorverfahren nicht erforderlich, so muß die Klage innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe des Verwaltungsaktes erhoben werden (§ 74 VwGO).

## 2. Anfechtungsklage

Die Anfechtung eines Verwaltungsaktes setzt voraus, daß der Anfechtende durch den Verwaltungsakt beschwert ist<sup>75</sup>, d. h. der Verwaltungsakt muß ihn belasten, entweder in seine Rechte (insbesondere in Freiheit und Eigentum) eingreifen oder Begünstigungen verweigern, also Anträge ablehnen. Das Erfordernis der Beschwer verhindert die sogenannte Popularklage. Eine andere Ansicht sieht die Popularklage dadurch verhindert, daß der Kläger gemäß § 42 Abs. 2 VwGO geltend machen muß, durch den Verwaltungsakt oder seine Ablehnung oder Unterlassung in seinen Rechten verletzt zu sein<sup>76</sup>. Diese Rechtsverletzung, um die in der Hauptsache gestritten wird, muß er für die Zulässigkeit des Widerspruchs oder der Klage substantiiert behaupten.

Ausnahmsweise kann auch ein Interessenverband Verwaltungsakte anfechten, durch die der Verband nicht unmittelbar beschwert ist, sondern die Interessenten, die er

---

recht, § 10, Rn. 28, S. 240.

<sup>75</sup> So zum Begriff der Beschwer vgl. *K. Redeker/H.-J. v. Oertzen*, VwGO, § 124, Rn. 4.

<sup>76</sup> So *F. Kopp/W.-P. Schenke*, VwGO, § 42, Rn. 59.

vertritt. Das muß durch ein spezielles Gesetz zugelassen sein (Verbandsklage)<sup>77</sup>.

Die Entscheidung darüber, wer durch einen Verwaltungsakt oder eine sonstige Verwaltungsmaßnahme beschwert ist, vermittelt Rechtsschutz; denn die Praxis stellt nicht darauf ab, ob der Anfechtende sich subjektiv in seinen Interessen beeinträchtigt fühlt, sondern ob ihm objektiv schützenswerte Interessen zugestanden werden können<sup>78</sup>. Die Zuerkennung einer Beschwerde findet ihr Pendant in der Zuerkennung subjektiver Rechte, von deren Verletzung die Begründetheit der Anfechtung abhängt.

Im Vorverfahren auf den Widerspruch hin wird nicht nur die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes überprüft, sondern auch seine Zweckmäßigkeit (§ 68 Abs. 1 VwGO), wenn der Verwaltung Ermessen eingeräumt ist. Es wird neu in der Sache entschieden. Das ist auch der Grund, warum Selbstverwaltungskörperschaften im Widerspruchsverfahren selbst entscheiden. Die Aufsichtsbehörden sind nämlich weitgehend auf die Rechtsaufsicht beschränkt und dürfen darum die Zweckmäßigkeit des Verwaltungshandelns der Selbstverwaltungskörperschaft nicht überprüfen. Allerdings sind die Aufsichtsrechte über die Selbstverwaltungsträger mehr und mehr erweitert worden, zumal im Interesse der Einheitlichkeit des Hochschulwesens die über die Hochschulen, insbesondere in Studienzeit-, Prüfungs- und Personalfragen. Auch in dem von dem Betroffenen initiierten Widerspruchsverfahren wird Aufsicht über die Verwaltung durch die Verwaltung ausgeübt, sei es Rechtsaufsicht, sei es Fachaufsicht. Der gerichtliche Rechtsschutz ist dagegen immer auf die Überprüfung der Rechtmäßigkeit beschränkt. Auch die Ermessenshandhabung kann nur daraufhin kontrolliert werden, ob sie rechtswidrig (Ermessensüberschreitung, -unterschreitung oder -mißbrauch) ist.

### 3. Vollziehung und Vollstreckung

Grundsätzlich sind Verwaltungsakte erst durchsetzbar (vollziehbar und vollstreckbar), wenn sie unanfechtbar sind (§ 6 Verwaltungsvollstreckungsgesetz des Bundes; VwVG). Für öffentlich rechtliche Geldforderungen gelten Besonderheiten, z.B. für solche des Bundes kann die Vollstreckung schon angeordnet werden, wenn seit der Bekanntgabe des Leistungsbescheides die Frist von einer Woche verstrichen ist (§ 3

---

<sup>77</sup> Zur Verbandsklage siehe *F. Kopp/W.-R. Schenke*, VwGO, Rn. 26 zu § 40, Rn. 171 und Rn. 180 zu § 42. So scheitern Klagen von Naturschutzverbänden oft daran, daß der Verband für seine Mitglieder klagt, nicht aber die Verletzung eigener Rechte darlegen kann. Als Beispiel für eine gesetzlich vorgesehene Verbandsklage ist § 13 Abs. 2 Nr. 2 und 3 UWG zu nennen.

<sup>78</sup> BVerwGE 92, 313 (317).

VwVG). Die Länder haben entsprechende Regelungen.

#### **4. Suspensiveffekt**

Durch die Anfechtung eines Verwaltungsaktes wird die Unanfechtbarkeit bis zur endgültigen Entscheidung über die Anfechtung, möglicherweise also bis zur Rechtskraft eines über die Anfechtungsklage entscheidenden gerichtlichen Urteils, hinausgeschoben. Die Anfechtung hat im Regelfall Suspensiveffekt (§ 80 Abs. 1 VwGO); der Verwaltungsakt entfaltet, solange der Suspensiveffekt besteht, noch keine durchsetzbare Wirkung.

Vielfach besteht ein Bedürfnis nach sofortiger Vollziehbarkeit von Verwaltungsakten. Der Suspensiveffekt entfällt darum nach § 80 Abs. 2 VwGO:

- a) bei der Anforderung von öffentlichen Abgaben und Kosten
- b) bei unaufschiebbaren Anordnungen und Maßnahmen von Polizeivollzugsbeamten,
- c) wenn die sofortige Vollziehung auf öffentlichem Interesse oder aus Interesse eines Beteiligten angeordnet ist (dies bedarf einer speziellen Begründung, § 80 Abs. 3 VwGO),
- d) in sonstigen besonders durch Bundesgesetz angeordneten Fällen.

Hat die Anfechtung aus diesen Gründen keinen Suspensiveffekt, so kann dieser jedoch entweder von der Behörde oder auf Antrag durch das Gericht, das über die Anfechtungsklage zu entscheiden hätte, wiederhergestellt werden (§ 80 Abs. 4, 5, 6, 7 VwGO). Dabei kann, wenn der Verwaltungsakt bereits vollzogen ist, auch die Aufhebung der Vollziehung angeordnet werden. Die Wiederherstellung des Suspensiveffektes kann auch von der Leistung einer Sicherheit oder von anderen Auflagen abhängig gemacht werden. Sie kann befristet werden. In besonderen Eilfällen kann der Vorsitzende der zuständigen Kammer oder des zuständigen Senats alleine entscheiden.

Wegen der übermäßig langen Dauer der Verfahren zur Hauptsache ist gegenwärtig die aufschiebende Wirkung des § 80 VwVG in vielen Fällen das bedeutendste und oft alleinige Instrument eines effektiven Rechtsschutzes (Beispiel: Relegation aus der Hochschule, Untersagung eines Gewerbes, Einberufungsbescheid). Die Gerichte entscheiden in diesen Eilverfahren auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung nur cursorisch und pflegen den Einzelnen in seinen Rechten nur zu schützen, wenn er ein besonderes Rechtsschutzbedürfnis hat, das durch die Klarheit seines Rechtes, dessen Verletzung er geltend macht, erheblich gestützt wird.

#### **5. Eilrechtsschutz**

Suspensiveeffekt kann es nur bei der Anfechtung belastender Verwaltungsakte geben. Begehrt jemand eine Begünstigung durch die Verwaltung, so kann er vorläufigen Rechtsschutz nur mit der einstweiligen Anordnung nach § 123 VwGO erreichen. Mit einstweiligen Anordnungen darf prinzipiell aber das Ergebnis der Hauptsacheentscheidung nicht vorweggenommen werden. Darin liegt eine erhebliche Einschränkung des Eilrechtsschutzes. Ein weiteres Risiko des Eilrechtsschutzes ist die Schadenersatzpflicht nach § 123 Abs. 3 VwGO i.V.m. § 945 ZPO, die eine verschuldensunabhängige Schadenersatzpflicht begründet. Sie findet keine Anwendung auf die Fälle der Wiederherstellung des Suspensiveffektes nach § 80 Abs. 4 und 6 VwGO, beispielsweise bei einstweiligem Rechtsschutz gegen den Vollzug von angefochtenen Verwaltungsakten. Sonst könnte ein Nachbar den Baudispens für einen Bauherrn nicht ohne das Risiko angreifen, im Falle des Unterliegens dem Bauherrn den Schaden ersetzen zu müssen, der dadurch entstanden ist, daß sich das Bauvorhaben verzögert hat. Ohne den Suspensiveffekt kann der Bauherr jedoch das Bauvorhaben formell baurechtsmäßig durchführen, so daß eine später erlassene Abrißverfügung rechtswidrig wäre; denn eine Abrißverfügung setzt voraus, daß der Bau im Zeitpunkt seiner Errichtung sowohl formell als auch materiell baurechtswidrig war<sup>79</sup>. Diese für den Nachbarn recht glückliche Verfahrensrechtslage setzt jedoch voraus, daß seine Anfechtung des Baudispenses auch suspensive Wirkung für den durch den Dispens begünstigten Bauherrn hat. Über diese Frage besteht Streit. Das OVG Münster etwa hat nur vorläufigen Rechtsschutz für den Nachbarn nach § 123 VwGO zugelassen und damit dem Nachbarn das volle Schadenersatzrisiko zugeschoben<sup>80</sup>. Nach heute herrschender Auffassung hat jedoch der Widerspruch des Nachbarn aufschiebende Wirkung gemäß § 80 Abs. 1 S. 1 VwGO mit der Folge, daß ihn keine Schadenersatzpflicht trifft<sup>81</sup>.

## II. Formelle Bestandskraft aus der Sicht der Verwaltung

Der für den Betroffenen unanfechtbare Verwaltungsakt kann von der Verwaltung selbst noch aufgehoben oder abgeändert werden. Grundprinzip ist die Verwirklichung der Gesetzmäßigkeit, d. h. der rechtswidrige Verwaltungsakt kann und soll prinzipiell korrigiert werden. Mit dem Prinzip der Gesetzmäßigkeit konkurriert

---

<sup>79</sup> Zu den Begriffen der formellen und materiellen Illegalität im Bauordnungsrecht siehe *M. Oldiges*, Bauordnungsrecht, in: Steiner (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, S. 606 ff.

<sup>80</sup> NJW 1966, 2181 ff.

<sup>81</sup> Vgl. *L. Knemeyer*, Bauplanungs- und Bauordnungsrecht, in: Berg/Knemeyer/Papier/Steiner, *Staats- und Verwaltungsrecht in Bayern*, S. 354.



das Prinzip des Vertrauensschutzes, das nicht minder Bestandteil des Rechtsstaatsgebotes ist<sup>82</sup>, und seinen einfachgesetzlichen Ausfluß in den § 48 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 bis 4, § 49 Abs. 3 VwGO gefunden hat. Das Vertrauensschutzprinzip ist in jünster Zeit jedoch durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs erheblich eingeschränkt worden<sup>83</sup>. Bei der Änderung oder Aufhebung von Verwaltungsakten durch die Verwaltung spricht das Gesetz, abhängig davon, ob es sich um einen rechtswidrigen oder rechtmäßigen Verwaltungsakt handelt, von der Rücknahme oder vom Widerruf des rechtmäßigen bzw. rechtswidrigen Verwaltungsaktes<sup>84</sup>.

### 1. Rücknahme und Vertrauensschutz

a) Der *rechtswidrig belastende*, also eingreifende oder verweigernde Verwaltungsakt kann von der Verwaltung ganz oder teilweise mit Wirkung für die Zukunft oder für die Vergangenheit zurückgenommen werden (§ 48 Abs. 1 S. 1 VwVG). Eine solche Rücknahme begünstigt den Betroffenen und kann darum dessen Widerspruch nicht finden. Derartige Maßnahmen dürfen jedoch rechtskräftige Richtersprüche nicht überspielen<sup>85</sup> und nicht Dritte rechtswidrig belasten.

b) *Rechtswidrig begünstigende* Verwaltungsakte darf die Verwaltung nur dann für die Vergangenheit oder für die Zukunft zurücknehmen, wenn das dem schützenswerten Vertrauen des Begünstigten nicht widerspricht (§ 48 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 und 3 VwVfG). Hier drückt sich das Spannungsverhältnis zwischen Gesetzmäßigkeits- und Vertrauensschutzprinzip aus. Das Vertrauen ist in der Regel schutzwürdig, wenn die Leistungen, die aufgrund des rechtswidrigen Verwaltungsaktes gewährt wurden, verbraucht sind oder zumutbar nicht rückgängig zu machende Vermögensdispositionen getroffen wurden, nicht jedoch, wenn der Verwaltungsakt von dem Begünstigten

α) durch "arglistige Täuschung, Drohung oder Bestechung erwirkt" wurde (§ 48 Abs. 2 S. 3 Nr. 1 VwVfG),

---

<sup>82</sup> BVerfGE 50, 244 (250); 59, 128 (164).

<sup>83</sup> EuGH v. 12.05.1998, Rs. C-366/95, EuZW 1998, S. 499 ff.; EuGH v. 16.07.1998, Rs. C-298/96, EuZW 1998, S. 603 ff.

<sup>84</sup> Zu der Terminologie H. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 11, Rn. 11 ff., S. 267 ff.

<sup>85</sup> K. A. Schachtschneider, Das Rechtsstaatsprinzip der Republik, Lehrstuhlskript, S. 84, 207; ders., Neubeschreibung nach Rechtskraft im Sozialversicherungsrecht und im allgemeinen Verwaltungsrecht, VerwArch 63 (1972), S. 112 ff., 277 ff.

↳) "Angaben gemacht wurden, die in wesentlichen Beziehungen unrichtig oder unvollständig waren" (§ 48 Abs. 2 S. 3 Nr. 2 VwVfG) oder  
 √) der Begünstigte "die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes kannte oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht kannte" (§ 48 Abs. 2 S. 3 Nr. 3 VwVfG).

Die von der Verwaltung erbrachten Leistungen muß der Begünstigte gemäß § 49 a Abs. 1 VwVfG nach Rücknahme oder Widerruf des Verwaltungsaktes oder nach Eintritt einer auflösenden Bedingung des Verwaltungsaktes auch für die Vergangenheit nach Maßgabe des § 49 a VwVfG erstatten. Prinzipiell gilt das Bereicherungsrecht des BGB (§§ 812 ff. BGB). Auf den Wegfall der Bereicherung (§ 818 Abs. 3 BGB) kann sich der Entreicherte nicht berufen, soweit er die Umstände kannte oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht kannte, die zur Rücknahme, zum Widerruf oder zur Unwirksamkeit des Verwaltungsaktes geführt haben (§ 49 a Abs. 2 VwVfG).

Diese Regelung gilt jedoch nur für einmalige oder laufende Geldleistungen oder teilbare Sachleistungen. In anderen Fällen kann der Verwaltungsakt im Sinne des Gesetzmäßigkeitsprinzips immer zurückgenommen werden. Dem Betroffenen ist jedoch auf Antrag der Vertrauensschaden zu ersetzen, wenn sein Vertrauen unter Abwägung mit den öffentlichen Interessen schutzwürdig ist (§ 48 Abs. 3 S. 1 VwVfG). Der Vertrauensschadenersatzanspruch ist (wie im bürgerlichen Recht nach § 122 Abs. 1 BGB) auf das Interesse am Bestand des Verwaltungsaktes (im Zivilrecht spricht man vom Erfüllungsinteresse) beschränkt. Ist der Erlaß des Verwaltungsaktes dem Begünstigten in der oben bezeichneten Weise vorwerfbar, so ist sein Vertrauen nicht schutzwürdig und er hat keinen Ausgleichsanspruch. Den Ausgleichsanspruch kann er auch nur innerhalb eines Jahres von dem Zeitpunkt an geltend machen, in dem die Behörde ihn darauf hingewiesen hat (§ 48 Abs. 3 S. 4 VwVfG).

Die Behörde wiederum hat nach Kenntnis der Tatsachen, welche es rechtfertigen, den Verwaltungsakt zurückzunehmen, auch nur ein Jahr Zeit für diese Rücknahme (§ 48 Abs. 4 VwVfG).

## **2. Widerruf**

a) Auch rechtmäßige Verwaltungsakte können, auch wenn sie unanfechtbar geworden sind, widerrufen werden. Das regelt § 49 VwVfG. Ist der Verwaltungsakt nicht begünstigend, also belastend, so kann die Verwaltung unabhängig von dessen Unanfechtbarkeit ihn ganz oder teilweise mit Wirkung für die Zukunft (nicht für die Vergangenheit) widerrufen (§ 49 Abs. 1 VwVfG), es sei denn

- α) ein Verwaltungsakt gleichen Inhalts müsste erneut erlassen werden oder  
 \_) der Widerruf ist aus anderen Gründen unzulässig, etwa wegen einer  
 spezialgesetzlichen Regelung oder wegen des Gleichheitssatzes.
- b) Ein begünstigender rechtmäßiger Verwaltungsakt darf wiederum nur unter den  
 Vertrauensschutz wahren Voraussetzungen und auch nur ganz oder teilweise mit  
 Wirkung für die Zukunft ebenfalls unabhängig von seiner Unanfechtbarkeit  
 widerrufen werden (§ 49 Abs. 2 VwVfG), und zwar nur,
- α) wenn eine Rechtsvorschrift den Widerruf zuläßt oder dieser im Verwaltungs-  
 akt vorbehalten ist (§ 49 Abs. 2 Nr. 1 VwVfG),
  - \_) wenn der Begünstigte eine Auflage des Verwaltungsaktes nicht oder nicht  
 fristgerecht erfüllt hat (§ 49 Abs. 2 Nr. 2 VwVfG),
  - ∇) wenn nachträglich Tatsachen eingetreten sind, die die Behörde berechtigen  
 würden, den Verwaltungsakt nicht zu erlassen, und wenn ohne den Widerruf das  
 öffentliche Interesse gefährdet würde (§ 49 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG),
  - δ) wenn nachträglich eine Rechtsvorschrift geändert wird, die die Behörde  
 berechtigen würde, den Verwaltungsakt nicht zu erlassen, soweit der  
 Begünstigte von der Begünstigung noch keinen Gebrauch gemacht oder  
 aufgrund des Verwaltungsakts noch keine Leistung empfangen hat, und wenn  
 ohne den Widerruf das öffentliche Interesse gefährdet würde (§ 49 Abs. 2 Nr. 4  
 VwVfG),
  - ε) um schwere Nachteile für das Gemeinwohl zu verhüten oder zu beseitigen (§  
 49 Abs. 2 Nr. 5 VwVfG).
- c) Der Widerruf eines Verwaltungsaktes, der eine einmalige oder laufende  
 Geldleistung oder teilbare Sachleistung zur Erfüllung eines bestimmten Zweckes  
 gewährt oder hierfür Voraussetzung ist, kann im Gegensatz zu den Regelungen des  
 § 49 Abs. 1 und 2 VwVfG unter den in § 49 Abs. 3 VwVfG genannten  
 Voraussetzungen auch mit Wirkung für die Vergangenheit widerrufen werden. Als  
 Widerrufsgründe führt das Gesetz an:
- α) wenn die Leistung nicht, nicht alsbald nach der Erbringung oder nicht mehr  
 für den in dem Verwaltungsakt bestimmten Zweck verwendet wird (§ 49 Abs. 3  
 Nr. 1 VwVfG);
  - \_) wenn mit dem Verwaltungsakt eine Auflage verbunden ist und der  
 Begünstigte diese nicht oder nicht innerhalb einer ihm gesetzten Frist erfüllt hat  
 (§ 49 Abs. 3 Nr. 2 VwVfG).
- d) Die Behörde hat nur ein Jahr Zeit nach Kenntnis der Tatsachen, die den Widerruf  
 rechtfertigen (§ 49 Abs. 2 und Abs. 3 i.V.m. § 48 Abs. 4 VwVfG), zu widerrufen.  
 Mit dem Wirksamwerden des Widerrufs (§ 43 Abs. 1 VwVfG) wird der widerrufene

Verwaltungsakt unwirksam, wenn die Behörde keinen anderen Zeitpunkt bestimmt (§ 49 Abs. 4 VwVfG).

e) Bei dem Widerruf eines begünstigenden Verwaltungsaktes hat der Begünstigte, außer in den Fällen  $\alpha$ ) und  $\_$ ), in denen er generell nicht schutzwürdig erscheint, einen Anspruch auf Entschädigung seines Vermögensteils, den er durch sein Vertrauen auf den Bestand des Verwaltungsaktes erleidet, soweit sein Vertrauen nach den oben erwähnten Kriterien schutzwürdig ist (§ 49 Abs. 6 VwVfG).

f) Während für die Streitigkeiten um den Erstattungsanspruch und den Ausgleichsanspruch nach § 48 VwVfG, also in den Rücknahmefällen, außer für den Fall, daß es um eine Entschädigung wegen enteignungsgleichen Eingriff geht, der Verwaltungsrechtsweg gegeben ist, hat der Gesetzgeber für die Streitigkeiten um den Vertrauensschadenersatzanspruch wegen Widerrufs rechtmäßiger Verwaltungsakte ausschließlich den ordentlichen Rechtsweg, also den Zivilrechtsweg (§ 49 Abs. 6 S. 3 VwVfG), vorgesehen. Der Gesetzgeber scheint im Widerruf rechtmäßiger begünstigender Verwaltungsakte Nähe zu Enteignungsmaßnahmen zu sehen, für die Art. 14 Abs. 3 S. 4 GG den ordentlichen Rechtsweg vorschreibt (vgl. auch § 40 Abs. 2 VwGO). Diese Aufspaltung der Rechtswege für unterschiedliche Ansprüche gegen den Staat aus möglicherweise einheitlichen Lebenssachverhalten ist rechtspolitisch bedenklich.

e) Die Einschränkungen für den Widerruf und für die Rücknahme begünstigender Verwaltungsakte im Interesse des Vertrauensschutzes des Begünstigten gelten nach § 50 VwVfG nicht, wenn der Verwaltungsakt von einem Dritten angefochten worden ist und die Behörde diesen im Vorverfahren oder im Gerichtsverfahren aufhebt, um dem Widerspruch oder der Klage des Dritten, etwa des durch einen Baudispens benachteiligten Nachbarn, abzuhelpen<sup>86</sup>. Diese Vorschrift entscheidet den Konflikt bei einem janusköpfigen Verwaltungsakt. Durch die Anfechtung des Drittbetroffenen erhält die Behörde die Entscheidungsmöglichkeit zurück, ohne daß sie auf das Vertrauen des Begünstigten Rücksicht nehmen muß. Kommt die Behörde dem anfechtenden Dritten entgegen, so kommen auch keine Schadenersatzansprüche des Begünstigten gegen den erfolgreich belasteten Dritten in Betracht, die dieser riskiert, wenn er Eilrechtsschutz, etwa nach § 123 VwGO (einstweilige Anordnung), betreibt. Es wird auch vertreten, daß der Vertrauensschutz des Begünstigten selbst dann entfällt, wenn die Behörde auf Anfechtung des

---

<sup>86</sup> Zur Aufhebbarkeit von begünstigenden Verwaltungsakten mit belastender Drittwirkung *H. Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 11, Rn. 67 ff., S. 308 ff.; *H.-U. Erichsen*, AllgVerwR, § 19, Rn. 1, S. 326.

Drittbelasteten nicht aus Rechtsgründen den Verwaltungsakt zurücknimmt oder widerruft, sondern aus Ermessensgründen<sup>87</sup>. Die Behörde hat aber ihr Ermessen zugunsten des Begünstigten festgelegt und darf nur noch im Interesse des Gesetzmäßigkeitsprinzips den Verwaltungsakt aufheben. § 50 VwVfG ist insoweit restriktiv zu interpretieren.

### 3. Wiederaufgreifen des Verfahrens

Die Bestandskraft von Verwaltungsakten wird auch durch die Möglichkeit, das Verfahren wieder aufzugreifen, relativiert (§ 51 VwVfG). Unanfechtbare Verwaltungsakte sind auf Antrag des Betroffenen aufzuheben und neu zu bescheiden, wenn

- α) die Sach- oder Rechtslage sich nachträglich zugunsten des Betroffenen geändert hat (§ 51 Abs. 1 Nr. 1 VwVfG), oder
- \_) neue, für den Betroffenen günstigere, Beweismittel vorliegen (§ 51 Abs. 1 Nr. 2 VwVfG), oder
- γ) die Wiederaufnahmegründe entsprechend § 580 ZPO gegeben sind (§ 51 Abs. 1 Nr. 3 VwVfG).

Während in den Fällen α) und \_) Rechtskraftprobleme nicht auftreten, weil im Falle α) der Streitgegenstand sich durch die Veränderung der Sach- oder Rechtslage ändert und der Fall \_) so behandelt wird, als hätte sich die Sachlage eben wegen der neuen Beweissituation geändert, wird die Rechtskraft wie im allgemeinen Prozeßrecht durch schwerwiegende Verfahrensfehler, die Wiederaufnahmegründe darstellen, relativiert. Darüber hinaus darf die Rechtskraft prinzipiell nicht eingeschränkt werden. Der Natur der Sache nach sind die Nichtigkeitsgründe des § 579 ZPO nicht einbezogen, weil sie sich durchgehend auf die Besetzung des Gerichts oder die Vertretung vor Gericht beziehen. Die Wiederaufnahmegründe des § 580 ZPO (Restitutionsgründe) sind die schuldhaft Verletzung der Eidespflicht durch den Prozeßgegner, die Urkundenfälschung, die strafbare Verletzung der Wahrheitspflicht durch Zeugen oder Sachverständige, die strafbare Erwirkung des Urteils durch eine Partei oder deren Vertreter, etwa durch Prozeßbetrug, die strafbare Handlung eines Richters im Rechtsstreit (praktisch nur Rechtsbeugung) die rechtskräftige Aufhebung eines präjudiziellen Urteils oder das Auffinden oder die Benutzbarkeit eines älteren rechtskräftigen Urteils in derselben Sache oder einer anderen Urkunde, die eine günstigere Entscheidung herbeigeführt hätte.

Die Zulässigkeit dieses Antrags auf Wiederaufnahme setzt weiterhin voraus, daß der

---

<sup>87</sup> So beispielsweise *F. Kopp*, VwVfG, § 50, Rn. 4, S. 1228.

Betroffene ohne grobes Verschulden außerstande war, den Wiederaufgreifensgrund in den früheren Verfahren, insbesondere durch Rechtsbehelf, geltend zu machen (§ 51 Abs. 2 VwVfG). Außerdem hat er nur eine Frist von drei Monaten nach Kenntnis des Grundes für das Wiederaufgreifen, um dieses zu initiieren (§ 51 Abs. 3 VwVfG).

Das Wiederaufgreifen des Verfahrens ist von der Neubescheidung in derselben Sache ohne Veränderung der Sach- oder Rechtslage oder ohne das Auffinden neuer Beweismittel, also von der Ersetzung eines Erstbescheides durch einen Zweitbescheid zu unterscheiden.

### **III. Die materielle Bestandskraft**

An den unanfechtbaren Verwaltungsakt sind die Beteiligten, d. h. der Betroffene und die Verwaltung, aber auch die Gerichte, gebunden, selbst wenn der Verwaltungsakt rechtswidrig ist. Nur der nichtige Verwaltungsakt ist unwirksam (§ 43 Abs. 3 VwVfG).

Der wirksame und damit bindende Verwaltungsakt muß beachtet werden. Ein Verkehrszeichen etwa, ein Verwaltungsakt, gilt. Dessen Nichtbeachtung ist ein Verstoß gegen die Straßenverkehrsordnung und damit eine Ordnungswidrigkeit oder möglicherweise sogar eine Straftat. Wer, nachdem ihm die Fahrerlaubnis entzogen wurde, fährt, begeht Fahren ohne Fahrerlaubnis, eine Straftat. Der Strafrichter hat nicht zu prüfen, ob die Fahrerlaubnis zu Recht entzogen worden ist. Der genehmigte Bau ist rechtmäßig, selbst wenn er materiell baurechtswidrig ist. Sein Abriß kann nicht verlangt werden, weil die formelle Baurechtmäßigkeit ihn trägt. Die Subvention, die aufgrund des Subventionsbescheides erteilt ist, kann nicht zurückgefordert werden, wenn nicht dieser Bescheid gemäß § 48 VwVfG zurückgenommen oder gemäß § 49 VwVfG widerrufen worden ist.

Umstritten ist die Bindung des Richters an den nichtangefochtenen Verwaltungsakt, der rechtswidrig ist, insbesondere im Amtshaftungsprozeß nach § 839 BGB, Art. 34 GG. Der Erlaß eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes ist regelmäßig eine Amtspflichtverletzung, die, bei Verschulden den Amtswalters, den Dienstherrn zum Schadenersatz verpflichtet. Fraglich ist, ob der rechtswidrige Verwaltungsakt zunächst durch die Verwaltung oder das Verwaltungsgericht aufgehoben sein muß, bevor die Rechtswidrigkeit desselben und damit die Rechtswidrigkeit der pflichtwidrigen Amtshandlung im Amtshaftungsprozeß, einem Prozeß vor den

ordentlichen Gerichten (1. Instanz: Landgericht) geltend gemacht werden kann. Nach Praxis und herrschender Meinung ist das nicht erforderlich, weil auch im Amtshaftungsprozeß der Verwaltungsakt selbst angegriffen wird, wenn auch nur mit der sekundären Schadenersatzrechtsfolge<sup>88</sup>; anders wäre es, wenn die Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsaktes nur Vorfrage wäre, weil dann die Gültigkeit/-Wirksamkeit des Verwaltungsaktes von dem Gericht zu beachten wäre. Der ordentliche Richter darf allerdings den Verwaltungsakt nicht aufheben, wenn er dessen Rechtswidrigkeit erkannt hat, weil das Aufhebungsrecht nur die Verwaltungsgerichtsbarkeit besitzt, während der ordentliche Richter in diesem Verfahren nur auf Schadenersatz erkennen darf.

#### IV. Erstbescheid - Zweitbescheid

Der Zweitbescheid regelt dieselbe Sache wie der Erstbescheid erneut (Neubescheidung), ohne daß die Sach- oder Rechtslage sich geändert hat oder ohne daß neue Beweismittel verfügbar geworden sind.

Grundsätzlich steht es im Ermessen der Verwaltung, ob sie einen Antrag neu bescheidet, d. h., ob sie eine entschiedene Sache noch einmal aufgreift und den Erstbescheid zurücknimmt, wie der Kannformulierung des § 48 Abs. 1 S. 1 VwVfG zu entnehmen ist. Verschiedentlich ist der Verwaltung die Neubescheidung jedoch vorgeschrieben, wie im Sozialversicherungsrecht durch § 44 Abs. 1 S. 1 SGB X, welche den Sozialversicherungsträger verpflichten, eine Leistung zu gewähren, wenn er sich von der Unrechtmäßigkeit der Leistungsverweigerung überzeugt haben. Dieses Ermessen oder auch diese Pflicht der Verwaltung werden eingeschränkt oder ausgeschlossen, wenn es der Vertrauensschutz des Begünstigten erfordert, wie es zum Rücknahme- und Widerrufsrecht schon dargestellt ist. Diese Problematik befaßt sich mit der Wiedergutmachung fehlerhafter Leistungsverweigerungen, setzt also Belastungen durch den Erstbescheid voraus.

Neubescheidung überwindet die Bestandskraft des Verwaltungsaktes, die mit der Unanfechtbarkeit eintritt, im Interesse der Gesetzmäßigkeit. Die Verwaltung entscheidet im Neubescheidungsverfahren zweierlei:

Erstens die Neubescheidungsfrage, ob also die bereits entschiedene Sache wieder aufgegriffen werden soll oder werden muß. Eine solche Verpflichtung begründet auch § 51 Abs. 1 Nr. 3 VwVfG, der Fälle einbezieht, in denen sich die Identität der Entscheidungen nicht durch Veränderung der Sach-, Rechts- oder Beweislage geändert hat.

Zweitens entscheidet die Verwaltung noch einmal in der bereits entschiedenen

---

<sup>88</sup> BGHZ 113, 17 ff. (18 ff.), *F. Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, S. 122 ff.

Sache. Diese Zweiteilung des Wiederholungsverfahrens ist aus dem gerichtlichen Wiederaufnahmeverfahren bekannt, nämlich die Entscheidung darüber, ob der Wiederaufnahmegrund durchgreift (*iudicium rescindens*) und die Entscheidung in der alten und neuen Hauptsache (*iudicium rescissorium*). Lehnt es die Verwaltung ab, erneut in die Sachprüfung einzutreten, so ist diese Ablehnung ein eigenständiger angreifbarer Verwaltungsakt. Auch der Zweitbescheid in der Sache ist ein neuer Verwaltungsakt, gegen den die jeweiligen Rechtsmittel gegeben sind.

Ist jedoch der Erstbescheid rechtskräftig, also durch unangreifbares gerichtliches Urteil bestätigt, indem etwa die Verpflichtungsklage nach der Verweigerung einer begehrten Leistung abgelehnt worden ist, so ist die beanspruchte Leistung endgültig aberkannt. Nur noch die Veränderung der Sach-, Rechts- oder Beweislage oder ein gerichtliches Wiederaufnahmeverfahren können dann zu einer neuen Entscheidung führen. Keinesfalls ist ein Rechtsstreit um dieselbe, schon gerichtlich entschiedene Sache mehr zulässig. Die Verwaltung kann auf die Rechtskraft des Urteils auch nicht verzichten<sup>89</sup>, wenn die Verwaltung zur Neubescheidung verpflichtet ist; anders das Bundessozialgericht, wenn nur eine Neubescheidungsbefugnis, aber keine Neubescheidungspflicht besteht<sup>90</sup>. Trotz der Rechtskraft und obwohl wegen der Rechtskraft ein erneuter Rechtsstreit um die Wiederholung der Leistungsverweigerung unzulässig ist, lassen die Rechtsprechung und der größere Teil der Lehre den Zweitbescheid durch die Verwaltung zu<sup>91</sup>. Die Neubescheidung nach Rechtskraft in derselben Sache verstößt gegen die Gewaltenteilung, gegen das Rechtsschutzprinzip des Art. 19 Abs. 4 GG und gegen den Gleichheitssatz, weil nämlich die Exekutive sich über die Entscheidungen der Judikative hinwegsetzt, weil gegen diese Entscheidungen keinerlei Rechtsschutz mehr besteht und weil mangels Rechtsschutz Willkürakte der Verwaltung nicht mehr kontrollierbar sind. Der Bundesgesetzgeber hat diese Streitfrage im Verwaltungsverfahrensgesetz nicht entschieden. Der weit gefaßte Wortlaut des § 48 Abs. 1 S. 1 VwVfG ist restriktiv dahin zu interpretieren, daß nach Rechtskraft die Rücknahme des belastenden Verwaltungsaktes nicht mehr möglich ist, wenn sich die Sach-, Rechts- oder Beweislage nicht geändert hat. Das Wiederaufgreifen des Verfahrens im Sinne des § 51 Abs. 1 Nr. 3 des VwVfG ist nach Rechtskraft auch nicht zulässig. Es kommt nur ein gerichtliches, nicht ein verwaltungsmäßiges Wiederaufnahmeverfahren, in Betracht. Die Problematik wird deutlich, wenn sie von der materiellen Rechtskraftlehre her gesehen wird, nach der ein rechtskräftiges Urteil die Rechtslage

---

<sup>89</sup> So BVerwGE 35, 234 ff. gegen BSGE 13, 181 (186); 19, 38 (43).

<sup>90</sup> Vgl. BSGE 13, 181 (186)

<sup>91</sup> BVerwGE 70, 110 ff (Leitsatz); so *C. Ule/H.-W. Laubinger*, Verwaltungsverfahrenrecht, S. 498; a. A. *H.-U. Erichsen*, AllgVerwR, § 21, Rn. 22, S. 340.



verändert. Dies bedeutet, daß ein Anspruch der gerichtlich aberkannt ist, rechtlich nicht mehr besteht<sup>92</sup>.

## § 4

### Die Rechtskraft

Rechtskraft ist ein Begriff des Rechtsschutzes und der Rechtsprechung. Er ist von verfassungsmäßiger rechtsstaatlicher Relevanz. Die vielfältigen Probleme, die sich mit dem Rechtsinstitut der Rechtskraft verbinden, gehören in eine Darstellung des Prozeßrechts. Wegen der Rückwirkungen des Prozeßrechts, insbesondere der Rechtskraft, auf das Verwaltungsverfahrenrecht und auch auf das materielle allgemeine Verwaltungsrecht sind jedoch einige grundsätzliche Informationen über die Rechtskraft förderlich.

Rechtskraft ist formelle Rechtskraft und materielle Rechtskraft.

#### I. Formelle Rechtskraft

##### 1. Unanfechtbarkeit

a) Formelle Rechtskraft ist zum einen die Unabänderlichkeit des Richterspruchs, des Urteils oder des Beschlusses, durch den Richter/das Gericht, der/das Recht gesprochen hat (*iudex a quo*). Weiterhin ist formelle Rechtskraft die *Unanfechtbarkeit* eines Richterspruchs durch die Parteien, d. h. gegen den Richterspruch ist kein Rechtsmittel mehr zugelassen. Neben den Rechtsmitteln gibt es außerordentliche Rechtsbehelfe, wie die Berufungs- oder Revisionsnichtzulassungsbeschwerde, wenn diese Rechtsmittel von der Vorinstanz nicht zugelassen wurden; diese Rechtsbehelfe hemmen die Rechtskraft (§§ 131 Abs. 3 S. 3, 132 Abs. 4 VwGO). Als außerordentlicher Rechtsbehelf gilt auch die Verfassungsbeschwerde nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 a GG, §§ 93 ff. BVerfGG.

Grundgesetzlich muß gegen Richtersprüche ein Rechtsmittel nicht eingeräumt werden, es gibt keinen Anspruch auf einen mehrstufigen Instanzenzug, sondern nach Art. 19 Abs. 4 GG nur einen Anspruch auf einen Rechtsweg gegen Entscheidungen

---

<sup>92</sup> Dazu K. A. Schachtschneider, Neubescheidung nach Rechtskraft im Sozialversicherungsrecht und im Allgemeinen Verwaltungsrecht, VerwArch 63 (1972), S. 112 ff., 277 ff.; zur Rechtskraft auch *ders.*, Das Rechtsstaatsprinzip der Republik, Lehrstuhlskript, S. 30 ff.

der öffentlichen Gewalt. Diesem sogenannten formellen Hauptgrundrecht ist Genüge getan, wenn einmal ein Gericht angerufen werden kann<sup>93</sup>. Aus dem Rechtsstaatsprinzip folgt die Justizgewährleistungspflicht des Staates<sup>94</sup>. Sie ist das Gegenstück zur Friedenspflicht der Bürger, die ihre Rechte nicht mittels eigener Zwangsmaßnahmen durchsetzen dürfen. Zweck des Staates ist vornehmlich die Sicherung des Rechts.

b) Die *Berufung* gegen Urteile der Verwaltungsgerichte muß vom Oberverwaltungsgericht zugelassen werden (§ 124 Abs. 1 VwGO). Sie ist nach § 124 Abs. 2 VwGO nur zuzulassen,

- α) wenn ernstliche Zweifel an der Richtigkeit des Urteils bestehen,
- \_) wenn die Rechtssache besondere tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeiten aufweist,
- γ) wenn die Rechtssache grundsätzlich Bedeutung hat,
- δ) wenn das Urteil von einer Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts, des Bundesverwaltungsgerichts, des gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes oder des Bundesverfassungsgerichts abweicht und auf dieser Abweichung beruht oder
- ε) wenn ein der Beurteilung des Berufungsgerichts unterliegender Verfahrensmangel geltend gemacht wird und vorliegt, auf dem die Entscheidung beruhen kann.

Die Zulassung der Berufung ist innerhalb eines Monats nach Zustellung des Urteils zu beantragen (§ 124 a Abs. 1 S. 1 VwGO). Das Oberverwaltungsgericht entscheidet über den Zulassungsantrag durch Beschluß und kann von einer Begründung absehen, wenn dem Antrag stattgegeben oder wenn der Antrag einstimmig abgelehnt wird (§ 124 a Abs. 2 S. 1 und 2 VwGO). Der Zulassungsantrag gilt, falls ihm stattgegeben wird, als Einlegung der Berufung (§ 124 a Abs. 2 S. 4 VwGO). Das Oberverwaltungsgericht kann über die Berufung durch Beschluß entscheiden, wenn es die Berufung einstimmig für begründet oder einstimmig für unbegründet und eine mündliche Verhandlung nicht für erforderlich hält (§ 130 a VwGO). Sonst ist ein Urteil erforderlich, dessen Begründung § 130 b VwGO erleichtert, wenn es sich die Feststellungen oder die Entscheidungsgründe der angefochtenen Entscheidung zu eigen macht. Die Entscheidung über die Revision trifft das

---

<sup>93</sup> BVerfGE 54, 277 (291). So auch *K. Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 1984, S. 849.

<sup>94</sup> BVerfGE 35, 348 (362); 53, 352 (360); 54, 277 (291); dazu *H.-J. Papier*, Justizgewährleistungsanspruch, HStR, bd. VI, 1989, § 153, S. 1221 ff.; *D. Kressel*, Parteiengerichtsbarkeit und Staatsgerichtsbarkeit, 1998, S. 22 ff.; *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 545 ff., 1169 ff.

Bundesverwaltungsgericht. Sie hat einen eingeschränkten Entscheidungsgegenstand und ist vielfältig modifiziert (§ 144 VwGO).

c) Auch die *Revision* gegen Urteile des Oberverwaltungsgerichts an das Bundesverwaltungsgericht muß nach § 132 Abs. 1 VwGO zugelassen werden, entweder vom Oberverwaltungsgericht selbst oder auf Beschwerde gegen die Nichtzulassung vom Bundesverwaltungsgericht. Die Revision ist nach § 132 Abs. 2 VwGO nur zugelassen, wenn

- α) die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat,
- ⌋) das Urteil von einer Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts, des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes oder des Bundesverfassungsgerichts abweicht und auf dieser Abweichung beruht oder
- γ) ein Verfahrensmangel geltend gemacht wird und vorliegt, auf dem die Entscheidung beruhen kann.

Für die Revisionsnichtzulassungsbeschwerde ist die Frist wiederum ein Monat für deren Begründung zwei Monate, nach Zustellung des vollständigen Urteils (§ 133 Abs. 2 und 3 VwGO). Die Revision, die vom Oberverwaltungsgericht zugelassen würde, ist innerhalb eines Monats und deren Begründung innerhalb zwei Monaten nach Zustellung des vollständigen Urteils einzulegen (§ 139 VwGO).

Die näheren Regelungen über die Berufung und die Revision stehen in §§ 124 ff. und §§ 132 ff. VwGO. Die 1996 eingeführten Verfahrensvereinfachungen sind eine wesentliche Minderung des Rechtsschutzes und stoßen auf verfassungsrechtliche Bedenken.

## **2. Unabänderlichkeit**

Die Unabänderlichkeit des Richterspruchs für den Richter beginnt bei einem Urteil sogar schon mit dessen Verkündung, nicht erst mit dessen Unanfechtbarkeit. Dies bedeutet, daß Rechtsmittel gegen Urteile Devolutiveffekt haben, d. h. nur die nächste Instanz, der *iudex ad quem*, kann das Urteil aufheben. Für Beschlüsse der Gerichte ist der Devolutionseffekt unterschiedlich geregelt. Im Regelfall kann der *iudex a quo* den Beschluß selbst aufheben oder ändern, d. h. der Beschwerde abhelfen. Ist jedoch nur die sofortige Beschwerde eingeräumt, so hat diese den Devolutiveffekt. Außerdem haben die Rechtsmittel gegen Richtersprüche Suspensiveffekt, d. h. ihre Bindungswirkung, die materielle Rechtskraft, wirkt erst mit der Unanfechtbarkeit der Richtersprüche (§ 124 a Abs. 1 S. 5; § 133 Abs. 4 VwGO). Für den einstweiligen Rechtsschutz gibt es die vorläufige Vollstreckbarkeit

in verschiedenen Variationen und darauf abgestimmten Abwehrmitteln.

### **3. Relativierung der formellen Rechtskraft**

a) Die formelle Rechtskraft wird in verschiedener Weise relativiert:

- α) Wegen schwerwiegender Mängel, die das Vertrauen in die Richtigkeit des Richterspruchs erschüttern, nämlich die falsche Besetzung des Gerichts, die Mitwirkung eines gesetzlich ausgeschlossenen Richters oder eines erfolgreich wegen Befangenheit abgelehnten Richters, die nichtgesetzmäßige Vertretung einer Partei außer bei Genehmigung der Prozeßführung (Nichtigkeitsklage gemäß § 153 VwGO, § 579 ZPO) oder wegen eines Eidesdelikts des Gegners, einer Urkundenfälschung des Gegners, einer strafbaren Verletzung der Wahrheitspflicht durch Zeugen oder Sachverständige, einer sonstigen strafbaren Handlung des Prozeßvertreters des Gegners oder des Gegners selbst, in Bezug auf den Rechtsstreit durch einen Richter oder wegen der Aufhebung eines Präjudizes durch ein anderes rechtskräftiges Urteil oder durch das Auffinden eines früheren anderslautenden rechtskräftigen Urteils in derselben Sache oder einer Urkunde, die für eine Partei günstig ist (Restitutionsklage gemäß § 153 VwGO, § 580 ZPO) kann die Wiederaufnahme des Verfahrens betrieben werden. Sind Voraussetzungen des Wiederaufnahmeverfahrens strafbare Handlungen, so muß wegen dieser grundsätzlich die Strafe verhängt sein. Die Restitutionsklage ist nicht möglich, wenn der Restitutionsgrund vor Rechtskraft des ersten Verfahrens hätte geltend gemacht werden können (§ 582 ZPO)
- \_) durch die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (§ 60 VwGO),
- ∇) durch die Verfassungsbeschwerde als außerordentlicher Rechtsbehelf.

Das wiederaufgenommene Verfahren ist so zu betreiben, als wäre es eine neue Sache (§ 590 ZPO). Auch die Rechtsmittel sind erneut gegeben (§ 591 ZPO).

## **II. Materielle Rechtskraft**

### **1. Rechtskraftlehren**

Materielle Rechtskraft ist die Bindung der Parteien/Beteiligten und deren Rechtsnachfolger an den Richterspruch, soweit über den Streitgegenstand entschieden wurde (§ 121 VwGO; § 325 ZPO: "Das rechtskräftige Urteil wirkt für und gegen die Parteien..."). Diese Bindung bewirkt, daß der Staat in allen seinen Gewalten den Richterspruch zugrunde legen muß, so weit Identität des Entscheidungsgegenstandes vorliegt.

Für die materielle Rechtskraft gibt es zwei Lehren: Nach der materiellen Rechtskraftlehre stellt die rechtskräftige Entscheidung das materielle Recht im Sinne des Richterspruchs fest, unabhängig davon, ob die Entscheidung richtig oder falsch ist<sup>95</sup>. Ist sie falsch, so wird die Rechtslage geändert, so daß sich niemand mehr auf die vor der rechtskräftigen Entscheidung bestehende Rechtslage in dieser Sache berufen kann. Nach Rechtskraft kann also die Richtigkeit der richterlichen Entscheidung materiell- rechtlich nicht mehr in Zweifel gezogen werden. Nach der formellen Rechtskraftlehre hindert die Rechtskraft lediglich das prozessuale Recht, das materielle Recht noch einmal vor Gericht geltend zu machen. Gerichtlich ist entschieden und der Staat stellt seine Gerichtsbarkeit und damit seinen Rechtsschutz nicht noch einmal zur Verfügung. Die Entscheidung ist endgültig. Manche begründen diese Endgültigkeit mit Zweckmäßigkeitserwägungen, etwa der notwendigen Kostenbegrenzung des staatlichen Rechtsschutzes. Richtigerweise liegt die Endgültigkeit der Entscheidung im Wesen richterlicher Rechtsfindung, weil die dauernde Vorläufigkeit richterlicher Entscheidungen nicht gerechter ist als die Bindung an eine unrichtige Entscheidung, deren Unrichtigkeit festzustellen nicht mehr zumutbar ist. Wie die Wahrheit ist die Richtigkeit richterlicher Erkenntnisse wesensgemäß verborgen. Die hinreichende Wahrscheinlichkeit der Richtigkeit der richterlichen Erkenntnisse, die durch ein anspruchsvolles Prozeßverfahren gewährleistet ist, substituiert die Richtigkeit<sup>96</sup>. Die formelle Rechtskraftlehre bestimmt die Praxis und die herrschende Lehre. Auch sie besagt, daß kein Richter nach Rechtskraft in derselben Sache anders entscheiden darf als der Erstrichter.

## **2. Streit- und Entscheidungsgegenstand (dieselbe Sache)**

Zentraler Begriff der materiellen Rechtskraft ist damit der Begriff "derselben Sache", also der Streit- und Entscheidungsgegenstand. Um eine entschiedene Sache darf nicht noch einmal gerichtlich gestritten werden. Rechtskraft entfaltet sich allerdings nur, soweit über den Streitgegenstand entschieden ist. Streit- und Entscheidungsgegenstand sind nicht notwendig identisch, allerdings kann der Entscheidungsgegenstand nicht weiter als der Streitgegenstand sein, weil Gerichte nur im Rahmen des Antrages einer Partei entscheiden können. Die Parteien bestimmen den Umfang des Rechtsstreites, den Streitgegenstand (*ne ultra petita*). Ist etwa eine Klage als unzulässig abgewiesen worden, so war der private Anspruch oder das öffentlich rechtliche subjektive Recht zwar im Streit, aber Entscheidungsgegenstand ist nur die Zulässigkeit des Klageantrags, des prozessua-

---

<sup>95</sup> Hierzu *O. Jauernig*, Zivilprozeßordnung, 23. Aufl. 1991, S. 217.

<sup>96</sup> Vgl. *K. A. Schachtschneider*, Neubescheidung nach Rechtskraft im Sozialversicherungsrecht und im allgemeinen Verwaltungsrecht, *VerwArch* 1972, S. 306 ff.

len Begehrens, nicht jedoch die Begründetheit des Anspruchs oder der Bestand des subjektiven Rechts.

a) Der Streit- und Entscheidungsgegenstand ist bei den verschiedenen Klagearten unterschiedlich. Bei der Anfechtungsklage im Verwaltungsprozeß ist es nach der herrschenden Meinung die Rechtsbehauptung des Klägers, der Verwaltungsakt sei rechtswidrig und greife in seine Rechte ein<sup>97</sup>; nach *K. A. Bettermann* und *W. Grunsky* ist es der Anspruch auf Aufhebung des Verwaltungsaktes<sup>98</sup>. Im Hinblick darauf, daß das neue Verwaltungsverfahrenrecht es erlaubt, daß Verfahrens- und Formfehler geheilt werden und daß weniger gravierende Verfahrens- und Formfehler die Aufhebung des Verwaltungsaktes nicht zu beanspruchen berechtigen, wenn keine andere Entscheidungen in der Sache hätte getroffen werden können (§§ 45, 46 VwVfG), ist zu erwägen, ob Streit- und Entscheidungsgegenstand der Anfechtungsklage nicht das Recht der Verwaltung ist, einen Verwaltungsakt wie den angegriffenen im Zeitpunkt seiner Verkündung zu erlassen; denn die Rechtswidrigkeit ist wegen dieser Vorschriften in unterschiedlicher Weise rechtlich relevant. Eine solche Bestimmung des Streit- und Entscheidungsgegenstandes verlangt allerdings, daß das Element der Rechtsverletzung, das § 42 Abs. 2 VwGO und § 113 Abs. 1 S. 1 und Abs. 4 VwGO voraussetzen, als Bedingung der Rechtsschutzgewährung, also als Bestandteil des Rechtsschutzbedürfnisses, eingestuft wird. Der Sache nach gehört es dorthin; denn ein subjektives Recht wird gerade zuerkannt, wenn ein gerichtliches Durchsetzungsinteresse zugestanden wird. Der Wortlaut der §§ 42 Abs. 2, 113 Abs. 1 S. 1 u. Abs. 4 VwGO sprechen dagegen; der Wortlaut beruht allerdings auf der Streit- und Entscheidungsgegenstandslehre, die der Gesetzgeber 1960 hatte.

b) Streit- und Entscheidungsgegenstand der Verpflichtungsklage, die auf Verurteilung der Verwaltung zum Erlaß eines Verwaltungsaktes zielt, ist der Anspruch auf Erlaß dieses Verwaltungsaktes, nicht etwa die Ungültigkeit des den Verwaltungsakt verweigernden Ablehnungsbescheides oder die Rechtsbehauptung des Klägers, der Ablehnungsbescheid verletze seine Rechte; denn die Klage hat nur Erfolg, wenn der Kläger den Anspruch auf den begehrten Verwaltungsakt hat<sup>99</sup>.

c) Der Streit- und Entscheidungsgegenstand der Leistungsklage ist der Anspruch auf die begehrte Leistung, eine Amtshandlung, etwa eine Zahlung.

---

<sup>97</sup> Vgl. *W. Grunsky*, Grundlagen des Verfahrensrechts, 2. Aufl. 19\*\*\*, S. 42 ff.

<sup>98</sup> *W. Grunsky*, Grundlagen des Verfahrensrechts, S. 41 ff.

<sup>99</sup> Dazu *K. A. Schachtschneider*, Neubescheidung nach Rechtskraft im Sozialversicherungsrecht und im allgemeinen Verwaltungsrecht, S. 136 ff.

Ein Unterfall der Verpflichtungsklage ist die Bescheidungsklage. Sie ist zu erheben, wenn die Verwaltung Ermessen hat, so daß das Gericht die Verwaltung nicht zum Erlaß eines bestimmten Verwaltungsaktes verurteilen darf. Streit- und Entscheidungsgegenstand ist bei der Bescheidungsklage der Anspruch des Klägers auf rechtmäßige Bescheidung nach Maßgabe der richterlichen Beurteilung der rechtlichen Gegebenheiten.

d) Der Streit- und Entscheidungsgegenstand der Feststellungsklage ist das Bestehen oder Nichtbestehen eines bestimmten Rechtsverhältnisses.

Die Parteien werden nur insoweit gebunden, als über den Streitgegenstand entschieden ist. Die Gründe eines Richterspruchs erwachsen prinzipiell nicht in Rechtskraft, sie müssen aber gegebenenfalls zur Identifizierung des Entscheidungsgegenstandes herangezogen werden. Der Entscheidungsgegenstand ergibt sich aus dem Entscheidungssatz, dem sogenannten Tenor.

### 3. Bindungswirkung

a) Die Rechtskraft wirkt nur inter partes, also nur unter den Parteien, d. h. im Regelfall nur zwischen dem Rechtsträger der Verwaltung und dem Einzelnen. Sie erstreckt sich aber auch auf die sonst am Verwaltungsgerichtsverfahren Beteiligten, etwa die Beigeladenen (vgl. §§ 63, 65 VwGO). Die Rechtsnachfolger werden auch gebunden, etwa die persönlichen Rechtsnachfolger wie die Erben, aber auch die sachlichen Rechtsnachfolger, wie Erwerber eines Rechts, etwa eines streitbefangenen Grundstücks.

b) Die Bindung an den rechtskräftigen Richterspruch verbietet der Verwaltung, eine der richterlichen Erkenntnis widersprechende Regelung zu treffen, etwa den aberkannten Anspruch durch Erlaß eines Verwaltungsaktes oder Gewährung einer Leistung zuzugestehen oder den erfolglos angegriffenen Verwaltungsakt selbst aufzuheben, weil ihr Handeln wegen der Rechtskraft nicht mehr gerichtlich kontrolliert werden kann. Wegen des Ausschlusses des Rechtsschutzes, den Art. 19 Abs. 4 GG gegen jede Rechtsverletzung durch die öffentliche Hand gewährt, ist auch das Willkürverbot des Art. 3 Abs. 1 GG verletzt. Die Effektivität des materiellen Gleichheitsprinzips setzt die Effektivität der Kontrolle desselben voraus. Auch das Gewaltenteilungs- und Gesetzmäßigkeitsprinzip werden mißachtet, wenn die Verwaltung meint, den Gerichten in Rechtsfragen die Autorität streitig machen zu können<sup>100</sup>. Die materielle Rechtskraftlehre bestärkt diese These ohne weiteres,

---

<sup>100</sup> Dazu K. A. Schachtschneider, Neubescheidung nach Rechtskraft im Sozialversicherungsrecht und im

weil nach dieser Lehre der Richterspruch die Rechtslage selbst definiert, also gegebenenfalls verändert. Die formelle Rechtskraftlehre ist nur insoweit akzeptabel, als sie im Ergebnis zu derselben Handhabung kommt.

c) Erläßt umgekehrt die Verwaltung noch einmal einen Verwaltungsakt mit derselben Regelung wie sie der Verwaltungsakt getroffen hat, der durch das Gericht nach Anfechtungsklage aufgehoben worden ist, so steht dem erneuten Weg zum Gericht nicht die Rechtskraft, nicht der Grundsatz *ne bis in idem* entgegen, schon weil der Streit- und Entscheidungsgegenstand auf das Recht der Verwaltung beschränkt war, den Erstbescheid zu erlassen, oder nach herrschender Meinung auf die Behauptung, daß der erste Verwaltungsakt rechtswidrig war und den Kläger in seinen Rechten verletzt hat. Der neue Verwaltungsakt schafft also einen neuen Streitgegenstand, wenn man von der herrschenden Meinung ausgeht, und einen neuen Sachverhalt, wenn man den Streit- und Entscheidungsgegenstand in dem Recht der Verwaltung sieht, einen derartigen Verwaltungsakt zu erlassen; denn nachdem der Verwaltung dieses Recht aberkannt worden ist, darf sie gegen einen derartigen rechtskräftigen Richterspruch nicht handeln und verletzt durch einen inhaltsgleichen neuen Verwaltungsakt das Rechtsstaatsprinzip in mehrfacher Weise. Das Bedürfnis, dagegen Rechtsschutz zu bekommen, liegt auf der Hand. Im Regelfall dürfte ein solcher Verwaltungsakt nichtig sein.

## § 5

### Das subjektive öffentliche Recht

#### I. Interessenschutz

Mit dem Begriff des subjektiven öffentlichen Rechts ist der Anspruch des Einzelnen gegen den Staat gekennzeichnet. Wenn das objektive Recht, das sind alle materiellen Gesetze (einschließlich der Verfassung und der Verfassungsgesetze<sup>101</sup> und der Rechtsetzungsakte der Europäischen Union), die Interessen des Einzelnen schützt und der geschützte Einzelne dieses sein Interesse gegen den Staat durchzusetzen die Rechtsmacht erhält, hat er nach der praktizierten und meist

---

allgemeinen Verwaltungsrecht, insb. S. 306 ff.; a. A. die h. M., vgl. E. Eyermann/L. Fröhler, VwGO, Rdn. zu 33 § 121.

<sup>101</sup> Zu den Begriffen K. A. Schachtschneider (*O. Gast*), Sozialistische Schulden nach der Revolution. Kritik der Altschuldenpolitik. Ein Beitrag zur Lehre von Recht und Unrecht, 1996, S. 29 ff., 50 ff.



gelehrten Schutzzweck- oder Schutznormlehre<sup>102</sup> ein subjektives öffentliches Recht. Die Rechtsmacht zur Durchsetzung ist dem Einzelnen etwa gewährt, wenn ihm das Gesetz (als Interessenträger) eine Klagemöglichkeit einräumt, nach dieser (engen) Lehre nicht jedoch, wenn irgendjemand (*quivis ex populo*; Popularklage) oder Verbände (Verbandsklage) eine Klagemöglichkeit im Gemeininteresse, also zum Schutz des objektiven Rechts, haben.

Ausgangspunkt der Abgrenzungsmöglichkeit ist, daß dem Staat vielfach Pflichten obliegen, denen keine Rechte des Einzelnen korrespondieren, etwa die Pflicht der Polizei, die öffentliche Sicherheit und Ordnung vor Schaden zu bewahren (polizeiliche Generalklausel). Immer wenn der Staat nach Opportunität zu handeln befugt ist, hat der Einzelne kein subjektives Recht auf bestimmtes Handeln des Staates, etwa auch nicht, wenn der Verwaltung Ermessen eingeräumt ist. Dann besteht aber ein einklagbarer Anspruch, also ein subjektives öffentliches Recht, auf ermessensfehlerfreie Bescheidung eines Antrages, d. h. auf rechtmäßige Behandlung desselben<sup>103</sup>. Der Subjekthaftigkeit (Gegensatz: Objekthaftigkeit) des Einzelnen in der Republik<sup>104</sup> oder im demokratischen Rechtsstaat entspricht es, daß er nicht nur Objekt staatlicher Agenden ist, sondern im Zweifel seine Interessen selbst durchzusetzen vermag, also subjektive öffentliche Rechte hat, die er vor den Gerichten einklagen kann. So wird dem Nachbarn eines Bauherrn ein subjektives öffentliches Recht gegen die staatlichen Baubehörden auf Einhaltung der nachbarschützenden Bauvorschriften in den Bauordnungen und in den Bauleitplänen zugestanden, etwa auf Einhaltung der Bauabstände (Nachbarschutzklage)<sup>105</sup>, oder dem Wettbewerber eines Unternehmens auf Gleichbehandlung bei der Subventionsvergabe, eventuell auch auf Verzicht oder Rückforderung einer Subvention, die gleichheitswidrig oder sonst unrechtmäßig nur einem der wettbewerbenden Unternehmer zugedacht wurde (Konkurrentenklage)<sup>106</sup>.

Die Gesetze entscheiden vielfach die Frage subjektiv öffentlicher Berechtigung des einzelnen Interessierten nicht eindeutig. Weil das Interesse und die Betroffenheit des

---

<sup>102</sup> BVerwGE 1, 83 (83 f.); 22, 129 (132); 75, 285 (286 ff.); 77, 70 (73); 78, 40 (41), st. Rspr.; *H.-U. Erichsen*, AllgVerwR, § 11, Rn. 36 ff., S. 229 ff.; *E. Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig, GG, Rdn. 118 ff., 127 ff. zu Art. 19 Abs. IV; *H. J. Wolff/O. Bachof/R. Stober*, Verwaltungsrecht I, § 43, Rn. 12, S. 564.

<sup>103</sup> *H. Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 8, Rn. 15, S. 150 ff.

<sup>104</sup> *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 289 ff.

<sup>105</sup> *H. Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 8, Rn. 9, S. 145 ff.; vgl. BVerwGE 27, 29 (33); 32, 173 (178 f.); 52, 122 (129).

<sup>106</sup> *H. Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 8, Rn. 12, S. 149; vgl. BVerwGE 30, 191 (198); 60, 154 (159 f.); 65, 167 (174).

Einzelnen nicht das alleinige Kriterium für seinen Anspruch sind, sondern auch die durch das objektive Recht eingeräumte Durchsetzbarkeit seines Interesses, in der Regel also die Klagemöglichkeit, entscheiden die Gerichte, ob in den verschiedenen Interessenlagen subjektive öffentliche Rechte bestehen oder nicht. Sie entscheiden damit notwendig zugleich, ob sie dem Einzelnen Rechtsschutz gewähren oder nicht. Ohne Rechtsschutz verbleiben dem Einzelnen nur politische Möglichkeiten der Interessenwahrnehmung. Das Begriffsmerkmal Durchsetzbarkeit des Interesses im Begriff des subjektiven öffentlichen Rechts wird spezifisch durch die Gewährung des Rechtsschutzes verwirklicht. Dadurch, daß § 113 Abs. 1 und 4 VwGO die Begründetheit der Anfechtungs- und Verpflichtungsklage, nicht anders als die der Leistungs- und Bescheidungsklage, davon abhängig macht, daß der rechtswidrige Verwaltungsakt oder die rechtswidrige Ablehnung oder Unterlassung eines beantragten Verwaltungsaktes oder einer Leistung den Kläger in seinen Rechten verletzt ((nach § 42 Abs. 2 VwGO muß er für die Zulässigkeit der Klage diese Rechtsverletzung, substantiiert, geltend machen)) wird die Frage, ob das Gesetz dem Kläger die Durchsetzungsmacht gegeben hat ((die nichts anderes als die Frage nach der Ausgrenzung der unerwünschten Popularklage ist)) zur Voraussetzung der Begründetheit der Klage. Also wird eine Frage des Rechtsschutzbedürfnisses und damit der Klagezulässigkeit zur materiellen Streitfrage, d. h. zum Streitgegenstand und somit zur Frage der Begründetheit (so die h. M. zum Streitgegenstand der Anfechtungsklage).

## II. Betroffenenschutz

Richtiger, weil weniger wertoffen und eher intersubjektivierbar wäre es, die Frage des Rechtsschutzes zur Verhinderung dessen, daß jedermann die Initiative zur Verwirklichung der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung ergreifen kann (Popularklage), von einer besonderen Interessenbetroffenheit, von der Betroffenheit in eigenen Angelegenheiten, abhängig zu machen<sup>107</sup>, wie beim Nachbarn, oder beim Wettbewerber in den Fällen der Nachbar- bzw. der Konkurrentenklage, nicht aber zusätzlich die gerichtliche Wertung darüber zu postulieren, ob das Gesetz diese besonderen Interessen als schutzwürdig oder eigeninitiativ durchsetzbar eingestuft hat; denn für letzteres gibt es keine hinreichenden Maßstäbe. Es bliebe das Gesetzmäßigkeitsprinzip der Verwaltung mit dem Rechtsschutzanspruch der besonders Interessierten. Streit- und Entscheidungsgegenstand im Verwaltungsprozeß um Verwaltungsakte ist dann die Gültigkeit des Verwaltungsakts, sei es nun ein Eingriffs- oder Verweigerungsakt. Die sachliche Klageabweisung stellt in dieser

---

<sup>107</sup> I.d.S. W. Henke, Das subjektive öffentliche Recht, 1968, S. 40 ff., 57 ff.; ders., Das subjektive Recht im System des öffentlichen Rechts, DÖV 1980, 621 ff.

Dogmatik notwendig zugleich das Recht der Verwaltung fest, den angegriffenen Verwaltungsakt erlassen und aufrecht erhalten zu haben, so daß die materielle Rechtslage verbindlich geklärt ist.

### III. Rechtsreflexe

Allein schon aus der Begrifflichkeit des subjektiven öffentlichen Rechts ergibt sich, daß es auch bloß objektiv-rechtliche Rechtsreflexe gibt. Wird jemand durch Rechtsvorschriften begünstigt, ohne daß ihm die Durchsetzungsmöglichkeit eingeräumt ist, so sprechen Praxis und herrschende Meinung von diesem bloß objektiv-rechtlichen Rechtsreflex, dessen Verwirklichung eben nicht in der Macht des Begünstigten und Interessierten liege<sup>108</sup>. Daneben gibt es noch die Tatsachenreflexe, die nicht auf Rechtsnormen beruhen, sondern auf Tat- oder Rechts-handlungen der Verwaltung. So begünstigt etwa die Widmung einer Straße als Fußgängerzone die anliegenden Geschäfte und durch die Entwidmung der Fußgängerzone werden sie benachteiligt. Die Praxis und die herrschende Lehre gestehen den Anliegern auf eine derartige Widmung keinen Anspruch zu und verweigert diesen gegen die Entwidmung grundsätzlich den Rechtsschutz. Nur wenn die Anlieger im Vertrauen auf den Bestand der Widmung Aufwendungen gemacht haben und dieses Vertrauen schutzwürdig ist, kann unter Umständen ein Entschädigungsanspruch bestehen. Ein solcher Tatsachenreflex ist es auch, wenn eine Kommune etwa ein Schwimmbad, ein Theater u. ä. errichtet und betreibt.

### IV. Bürgerschutz

Das Gesetzmäßigkeitsprinzip verpflichtet die Verwaltung zur Verwirklichung des Gesetzes und damit des allgemeinen Interesses des Klägers, unabhängig davon, ob das Gesetz ihn begünstigt. Es geht nur darum, wer die Rechtsmacht hat, die Verwirklichung des Gesetzes durchzusetzen, etwa nur die Rechtsaufsichtsinstanz oder das Parlament im Wege der parlamentarischen Kontrolle oder auch der einzelne Interessierte oder gar jedermann. Letzteres ist insofern konsequent, als die Verwirklichung des öffentlichen Rechts im Interesse aller Bürger des Gemeinwesens liegt; denn die allgemeinen Gesetze sind der Wille aller. Alle sind in ihrer Bürgerlichkeit verletzt, wenn einer die Gesetze mißachtet<sup>109</sup>. Die Rechtsschutzfrage (Verhinderung der Popularklage) ist mit dem Begriff des subjektiven öffentlichen Rechts zur Voraussetzung der öffentlich rechtlichen Ansprüche gemacht und damit eine Frage, die sehr unterschiedlicher Beurteilung zugänglich ist,

---

<sup>108</sup> BayVGH BayVBl 1976, S. 628 ff. (630).

<sup>109</sup> K. A. Schachtschneider, Res publica res populi, S. 390 f., 931.

zur Voraussetzung der gerichtlichen Durchsetzung von rechtlich geschützten Interessen gegen den Staat geworden. In der Praxis ist die Frage nach der Verletztheit in eigenen Rechten auch der kritische Punkt der Verwaltungsrechtsstreitigkeiten, der viel Rechtsunsicherheit erzeugt. So wurde es einem Hochschullehrer einer kleinen Hochschule mit etwa 44 Professoren verwehrt, die Rechtmäßigkeit der Wahl des Rektors durch das Konzil gerichtlich prüfen zu lassen, weil das auf eine Popularklage hinauslaufe.

### V. Verkürzung des Bürgerschutzes

Das Bundesverfassungsgericht hat den Bürgerschutz der Grundrechte im Euro-Beschluß weit zurückgedrängt. Der objektive Gehalt der Grundrechte, im Euro-Beschluß die Eigentumsgarantie, dient nicht mehr wie jahrzentlang seit dem Lüth-Urteil<sup>110</sup> dem subjektiven Grundrechtsschutz der Bürger, also aller Bürger, wenn eine Politik das Eigentum aller gefährdet, sondern dessen Beachtung liegt in der Verantwortung von Parlament und Regierung, die etwa zum Schutz des Geldwertes und damit des Geldeigentums eine Stabilitätspolitik zu machen verpflichtet sind. Dem Bürger wird kein verfassungsbeschwerdefähiges Recht zugestanden, eine der Eigentumsgarantie gemäße Stabilitätspolitik einzufordern, weil die "dabei zu treffenden Entscheidungen nicht nach dem individualisierenden Maßstab eines Grundrechts beurteilt werden" könnten<sup>111</sup>. Auch für den Gewährleistungsgehalt des Art. 2 Abs. 1 GG, die "allgemeine Handlungsfreiheit", differenziert das Gericht zwischen der "Verletzung dieses Grundrechts" und der "bloßen Betroffenheit durch eine objektiv-rechtlich rechtswidrige Belastung"<sup>112</sup>. Damit hat das Gericht die Schutzzwecklehre auch für den Grundrechtsschutz herangezogen und damit den Grundrechtsschutz entgegen der vom Grundgesetz vorgesehenen Wirkkraft der Grundrechte drastisch reduziert und der politischen Opportunität weiteren Spielraum geschaffen<sup>113</sup>.

## § 6

### Gesetzesbindung, Zielprojektion, Ermessen, Beurteilungsspielraum

---

<sup>110</sup> BVerfGE 7, 198 (206 f.); 77, 170 (214); 79, 174 (201 f.); 81, 242 (253, 256); 84, 212 (223).

<sup>111</sup> BVerfGE 97, 350 (376).

<sup>112</sup> BVerfGE 97, 350 (377).

<sup>113</sup> Kritisch K. A. Schachtschneider, Der Euro-Beschluß des Bundesverfassungsgerichts, in: IHI-Schriften, Heft 9, 1998, S. 22 ff.; [www.wiso.uni-erlangen.de/wiso/wirecht/oere/texte/start.html](http://www.wiso.uni-erlangen.de/wiso/wirecht/oere/texte/start.html)

## I. Gesetzesbindung

Die Verwaltung ist gesetzgebunden, wenn die Entscheidung durch den Gesetzgeber derart vorbestimmt ist, daß bei der Anwendung des Gesetzes der Verwaltung kein Entscheidungsspielraum bleibt, daß vielmehr dem Gesetz die Entscheidung abgelesen werden kann. Auch dabei sind Gesetzesbegriffe, die mehr oder weniger allgemein sind, anzuwenden. Die Interpretation der Gesetzesbegriffe ist aber uneingeschränkt gerichtlich nachprüfbar, judiziabel. Nur eine Entscheidung mit einer bestimmten Regelung ist für einen bestimmten Sachverhalt gesetzesgemäß und richtig. Weitgehend gebunden ist die Verwaltung insbesondere im Bereich der Finanzverwaltung und der Sozialversicherungsverwaltung; jeweils sind die Rechte und Pflichten des Einzelnen meist eng normiert. Die Gesetzesbindung ist jedoch jeder einzelnen Vorschrift zu entnehmen und hängt nicht etwa von dem geregelten Bereich ab. Insofern lassen sich nur verwaltungswissenschaftlich Typen der Verwaltung benennen. Der Gesetzgeber muß um des demokratischen Prinzips willen, das in der Republik mit dem Rechts- und damit Rechtsstaatsprinzip untrennbar verbunden ist, die Verwaltung so eng als möglich durch bestimmte Gesetze binden. Der Gesetzgeber muß bestimmen, wie die Verwaltung handeln soll. Sonst verletzt er das Prinzip des Vorbehalts und noch mehr das des Vertrauens des Gesetzes<sup>114</sup>. Freilich muß die Legislative funktionsfähig bleiben und kann nicht jede Einzelheit regeln. Dafür fehlt ihr die Sachnähe. Sie muß das Wesentliche regeln. Sie darf (und sollte) die Exekutive ermächtigen, Rechtsverordnungen zu erlassen (Art. 80 GG) und darf ihr Erkenntnis- und Entscheidungsspielräume zuweisen. Auch die Exekutive ist demokratisch legitimiert und der Sachlichkeit verpflichtet. Auch die Verwaltung hat nach Maßgabe der Gesetze das gute Leben aller in allgemeiner Freiheit auf der Grundlage der Wahrheit zu verwirklichen (Amtsprinzip).

## II. Zielprojektion

Die Zielprojektion ist eine hochallgemeine gesetzliche Entscheidung, die so allgemein ist, daß sie durch Subsumtion nicht in die Verwaltungspraxis umgesetzt werden kann, sondern daß sie durch weitere politische Entscheidungen konkretisiert werden muß. Sie hat inhaltlich den Charakter eines Programms, ohne jedoch wie ein Programmsatz unverbindlich zu sein. Typische Beispiele sind das Sozialprinzip des Grundgesetzes und die gesamtwirtschaftlichen Zielsetzungen des § 1 StabG, der Bund und Länder verpflichtet, bei all ihren wirtschaftspolitisch und finanzpolitisch relevanten Maßnahmen die Stabilität des Preisniveaus, einen hohen

---

<sup>114</sup> K. A. Schachtschneider, Das Rechtsstaatsprinzip der Republik, S. 13 ff., 15 ff.

Beschäftigungsstand und das außenwirtschaftliche Gleichgewicht bei stetigem und angemessenem Wachstum anzustreben und dabei die marktwirtschaftliche Ordnung zu wahren. Zielprojektionen verlangen eigenständige Strukturen der Zielverwirklichung, also sachadäquate Organisation und Verfahren. Die herkömmlichen am materiellen Rechtsstaatsprinzip orientierten Verfahren, die an der Verteidigung von "Freiheit und Eigentum" orientiert sind, passen (im liberalen Sinne) in der Regel nicht für die Realisierung von Zielprojektionen, weil sie zu stark auf die subsumptive Verwirklichung von Gesetzen und zu wenig auf wissenschaftliche, dem Stand der Forschung entsprechende Verwirklichung von Zielen eingerichtet sind. Einen auch gesetzestheoretisch interessanten Versuch hat insoweit das Gesetz zur Förderung der Stabilität des Wachstums der Wirtschaft unternommen, das typisch für die Zielrealisation wissenschaftliche Gremien eingeschaltet hat<sup>115</sup>. Regelmäßig müssen Zielprojektionen zunächst durch Legislativakte materialisiert werden, bevor die Verwaltung für deren Verwirklichung eingesetzt werden kann<sup>116</sup>. Im Bereich der wirtschaftspolitischen Globalsteuerung ist jedoch die Aufgabe der Zielverwirklichung typisch gubernativ, weil legislatives Handeln zu wenig flexibel, zu langsam und zu wenig überraschend ist.

### III. Ermessen

#### 1. Kann- und Sollbestimmungen

Ermessen läßt der Verwaltung Handlungsalternativen. Ermessen wird regelmäßig durch Kann- aber auch durch Sollbestimmungen eingeräumt<sup>117</sup>. Bei Sollbestimmungen ist die normale Entscheidung der Verwaltung vorbestimmt; sie darf nur in atypischen Fällen anders regeln, als es die Sollregel vorschreibt<sup>118</sup>. Ermessensermächtigungen sind Ausfluß des Opportunitätsprinzips. Das Grundgesetz verpflichtet nicht, die Verwaltung strikt nach dem Legalitätsprinzip zu binden. Die Ermächtigungen zum Verwaltungshandeln müssen lediglich hinreichend bestimmt sein und die Tendenz der Entscheidungen der Verwaltung erkennen lassen, also das

---

<sup>115</sup> Zum Begriff der Zielprojektion und den daraus abzuleitenden Konsequenzen für die Organisation und das Verfahren der Verwaltung vgl. K. A. Schachtschneider, Das Sozialprinzip, 1974, S. 38 ff., 71 ff.

<sup>116</sup> Für das Sozial(staats)prinzip BVerfGE 1, 97 (105); 5, 85 (197 f., 206); 33, 303 (331 ff.); 43, 213 (226); 50, 57 (108); 53, 164 (184); 65, 182 (193); 69, 272 (314); 70, 278 (288); vgl. K. A. Schachtschneider, Res publica res populi, S. 234 ff., 247 ff.

<sup>117</sup> H. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 7, Rn. 9 ff., S. 122 f.; F. Ossenbühl, Rechtsquellen und Rechtsbindung der Verwaltung, in: H.-U. Erichsen (Hrsg.), AllgVerwR, § 10 III, Rn. 12, S. 185.

<sup>118</sup> H. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 7, Rn. 11, S. 123.

Verwalten in hinreichender Weise berechenbar machen. Typisch für das Opportunitätsprinzip ist das Ermessen, das die polizeilichen Generalklauseln der Polizeiverwaltung einräumt. Die Polizei ist in der Regel, wenn eine Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung oder eine Gefährdung derselben vorliegt, nicht verpflichtet einzugreifen, kann dies aber. So lautete der berühmte § 14 Polizeiverwaltungsgesetz vom 1. Juni 1931 (PVG): "Die Polizeibehörden haben im Rahmen der geltenden Gesetze die nach pflichtmäßigen Ermessen notwendigen Maßnahmen zu treffen, um von der Allgemeinheit oder dem Einzelnen Gefahren abzuwehren, durch die die öffentliche Sicherheit oder Ordnung bedroht wird." Die neueren Ordnungsgesetze der Länder haben diese Regelung inhaltlich fortgeführt. So bestimmt Art. 11 Bayerisches Polizeiaufgabengesetz:

"Die Polizei kann die notwendigen Maßnahmen treffen, um eine im einzelnen Fall bestehende Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung (Gefahr) abzuwehren, soweit nicht die Art. 12 bis 48 die Befugnisse der Polizei besonders regeln."

"Pflichtmäßiges Ermessen" steht hier für "kann". Nur in außergewöhnlichen Fällen, wenn nur eine Handlungsweise der Polizei sachgerecht sein kann, reduziert sich das Ermessen derart, daß eine Pflicht zum Eingreifen besteht (Ermessensreduzierung auf Null)<sup>119</sup>.

Um der größeren Sachnähe der Verwaltung Entfaltungsmöglichkeiten zu geben und diese im Interesse der Einzelfallgerechtigkeit nutzbar zu machen, darf die Verwaltung, wenn ein gesetzlicher Tatbestand vorliegt, die Rechtsfolge der Vorschrift setzen oder auch nicht. Ermessen erlaubt hier keine Willkür, sondern Sachlichkeit, die der Gesetzgeber angesichts der Vielfältigkeit der Lage nicht zu definieren vermochte. Das rechtsstaatliche Bestimmtheitsprinzip verpflichtet jedoch den Gesetzgeber, Ermächtigungen der Verwaltung insbesondere zu Eingriffen so genau zu bestimmen, daß der Einzelne erkennen kann, mit welcher Tendenz von der Handlungsermächtigung Gebrauch gemacht wird, auch wenn die Verwaltung Ermessen hat.

## 2. Ermessensfehler

Die Verwaltung hat gemäß § 40 VwVfG ihr Ermessen zweckgemäß und innerhalb der gesetzlichen Grenzen des Ermessens auszuüben.

---

<sup>119</sup> H. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 7, Rn. 24 f., S. 128 f.; F. Ossenbühl, AllgVerwR, § 10 III, Rn. 21, S. 189.

Gemäß § 114 VwGO ist der Ermessensgebrauch ermessensfehlerhaft, d. h. rechtswidrig, wenn die Ermessensgrenzen

- α) überschritten oder
- β) unterschritten wurden, oder
- γ) das Ermessen mißbraucht wurde.

a) Bei der Ermessensüberschreitung etwa greift die Verwaltung ein, ohne daß die gesetzlichen Tatbestandsvoraussetzungen für das Handeln gegeben sind, oder aber die Behörde wählt eine Rechtsfolge, die nicht im Rahmen der Ermessensvorschrift liegt<sup>120</sup>. Beispiel: Die Polizei löst eine Demonstration auf, welche die öffentliche Sicherheit und Ordnung nicht stört.

b) Bei der Ermessensunterschreitung hält sich die Verwaltung für gebunden, macht von dem ihr zustehenden Ermessen keinen Gebrauch, und greift also ein oder lehnt einen Antrag ab, weil die gesetzlichen Eingriffs- oder Ablehnungsvoraussetzungen vorliegen, ohne die näheren Umstände zu prüfen, die es erlauben könnten, von dem Eingriff abzusehen oder den begehrten Verwaltungsakt zu erlassen. Beispiel: Die Verwaltung kann nach § 15 Abs. 2 VersammlungsG nicht angemeldete Versammlungen auflösen.

Zweck auch dieser Vorschrift ist der Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung. Die Verwaltung löst eine Versammlung, die nicht angemeldet wurde, auf, ohne zu prüfen, ob die öffentliche Sicherheit und Ordnung konkret gefährdet ist.

c) Ermessensmißbrauch ist der zweckwidrige Gebrauch des Ermessens<sup>121</sup>. Der Zweck der Handlungsermächtigung ist dem Gesetz zu entnehmen; zweckfreie Ermächtigungen sind verfassungswidrig. Beispiel: Einer Wohnungsbaugesellschaft werden Baudispense (Befreiungen von Festsetzungen der Bauleitpläne oder der Bestimmungen der Landesbauordnung) gewährt, weil politische Verbindungen zwischen der Gesellschaft und der Baugenehmigungsbehörde bestehen. Jede verfassungs- oder gesetzwidrige Differenzierung, etwa eine solche gegen die Diskriminierungsverbote des Art. 3 Abs. 3 GG ist wie der Zweckverstoß ermessensmißbräuchlich. Relevant ist vor allem der Gleichheitssatz.

### 3. Rechtsschutz bei Ermessensfehlern

---

<sup>120</sup> H. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 7, Rn. 21, S. 127; F. Ossenbühl, AllgVerwR, § 10 III, Rn. 17, S. 187.

<sup>121</sup> H. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 7, Rn. 22, S. 127 ff.; F. Ossenbühl, AllgVerwR, § 10 III, Rn. 18, S. 188.



Die gegebene Klageart gegen ermessensfehlerhafte Verwaltungsakte ist die Anfechtungsklage, wenn es sich um einen Eingriffsakt handelt, und die Verpflichtungsklage, wenn es sich um einen Verweigerungsakt handelt. Auf die Verpflichtungsklage hin wird der Verwaltungsakt von dem Verwaltungsgericht aufgehoben und die Verwaltung verurteilt, den Kläger unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts zu bescheiden, also ihr Ermessen sachgerecht zu gebrauchen (sogenanntes Bescheidungsurteil). Das Gericht hat nur über die Grenzen des Ermessens zu judizieren. Es darf nicht seine Zweckmäßigkeitserwägungen an die Stelle der Verwaltung setzen. Eine Ausnahme gilt insoweit wiederum nur, wenn sich das Ermessen der Verwaltung zu einer bestimmten Handlungspflicht reduziert hat. Beispiel: Die Polizei muß zum Schutz des Eigentums eines Privaten eingreifen, wenn zivilgerichtlicher Rechtsschutz nicht schnell genug erreicht werden kann, etwa wenn die getrennt lebende Ehefrau die Möbel aus der Ehewohnung abtransportieren läßt.

#### **4. Ermessensbindung durch Richtlinien**

Durch Verwaltungsrichtlinien/innerdienstliche Weisungen bindet die Verwaltung (meist Ministerialbehörden die nachgeordneten Behörden) sich im Rahmen ihres Ermessens selbst<sup>122</sup>. Die Richtlinien können geändert werden. Ohne hinreichenden Grund darf die Verwaltung im Einzelfall jedoch von den Richtlinien nicht abweichen. Das gebietet der Gleichheitssatz. Wegen des Gleichheitssatzes aus Art. 3 Abs. 1 GG entfalten die Richtlinien materiellen Gesetzescharakter und begründen gerichtlich durchsetzbare Rechte und Pflichten. Sie sind Verwaltungsrechtssätze.

### **IV. Beurteilungsspielraum**

#### **1. Offene Rechtsbegriffe**

Den Beurteilungsspielraum erlangt die Verwaltung durch die Offenheit der Gesetzesbegriffe<sup>123</sup>. Meist wird von unbestimmten Rechtsbegriffen gesprochen<sup>124</sup>.

---

<sup>122</sup> Zur Rechtsnatur der Verwaltungsrichtlinien/innerdienstlichen Weisungen *F. Ossenbühl*, *AllgVerwR*, § 6, Rn. 41, S. 134.

<sup>123</sup> Vgl. etwa *H. Maurer*, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, § 7, Rn. 51 ff., S. 141 ff.; *F. Ossenbühl*, *AllgVerwR*, § 10 III, Rn. 23 ff.

<sup>124</sup> *H. Maurer*, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, § 7, Rn. 28 ff., S. 129; *F. Ossenbühl*, *AllgVerwR*, § 10, Rn. 23, S. 190.

Dieser Terminus ist jedoch falsch; denn ein "unbestimmter" Rechtsbegriff ist kein Rechtsbegriff. Er verstößt gegen das Bestimmungsprinzip. Grundsätzlich haben die Gerichte darüber zu entscheiden, ob die Verwaltungsentscheidung von den tatsächlichen Gegebenheiten her und der Subsumtion nach den gesetzlichen Merkmalen in Tatbestand und Rechtsfolge entspricht. Die Gerichte definieren die Gesetzesbegriffe verbindlich. Grundsätzlich werden offene Rechtsbegriffe uneingeschränkt von den Gerichten nachgeprüft<sup>125</sup>. Nur in Ausnahmefällen bei Vorliegen ganz besonderer Voraussetzungen wird ein Beurteilungsspielraum bejaht, etwa bei Prüfungsentscheidungen<sup>126</sup> und prüfungsähnlichen Entscheidungen<sup>127</sup>, bei beamtenrechtlichen Beurteilungen<sup>128</sup>, bei wertenden Entscheidungen durch weisungsfreie mit Sachverständigen oder Interessenvertretern besetzten Ausschüssen<sup>129</sup> und Prognoseentscheidungen und Risikobewertungen im Wirtschafts- und Umweltrecht<sup>130</sup>.

Beispiele offener Rechtsbegriffe sind:

Wirtschaftlichkeit, Sparsamkeit, öffentliches Interesse, dringendes öffentliches Bedürfnis, öffentliche Sicherheit und Ordnung, mangelnde Bewährung, Befähigung zu einem Amt, Hilfsschulfähigkeit, notwendige Erfahrung auf dem Gebiete der Selbstverwaltung, pädagogische Eignung, Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes, Leichtigkeit des Verkehrs, Gefahr, Zuverlässigkeit, Zumutbarkeit, Dringlichkeit, wichtiger Grund.

## 2. Fach- und Sachnähe

Manche Begriffe von Gesetzen lassen sich nur aufgrund persönlichen Eindrucks, besonderer Erfahrung oder Sachkunde für die Beurteilung außerrechtlicher Gesichtspunkte<sup>131</sup> anwenden, die von den Gerichten nicht nachvollzogen werden kann. Dadurch entsteht ein nicht judiziabler, d.h. gerichtlich nicht überprüfbarer

---

<sup>125</sup> BVerwGE 15, 207 (208); 24, 60 (63 f.); 45, 162 (164 ff.); 81, 12 (17); 88, 35 (37 ff.); BVerfGE 11, 168 (191 f.); 15, 275 (282); 61, 82 (111); 64, 261 (279); 83, 130 (148).

<sup>126</sup> BVerfGE 84, 34 (49 ff.); 84, 59 (77 ff.).

<sup>127</sup> BVerwGE 8, 272 (273 ff.); 75, 275 (278 ff.).

<sup>128</sup> So etwa BVerwGE 21, 127 (129 f.); 60, 245 (245 ff.); 61, 176 (185 f.).

<sup>129</sup> BVerwGE 12, 20 (28); 59, 213 (215 ff.); 62, 350 (337 ff.).

<sup>130</sup> Z.B. BVerwGE 79, 208 (213 ff.); 82, 295 (299 ff.); 72, 300 (316 f.); 51, 185 (190 ff.).

<sup>131</sup> So BSG NJW 1978, 1127 I.S.p.; BVerwGE 39, 197 (204).

Beurteilungsspielraum der Verwaltung<sup>132</sup>.

Fachspezifisch sind etwa pädagogische, charaktereologische, ästhetische und wissenschaftliche Maßstäbe. Die Problematik dieser Begriffe ist, daß jeder fachspezifische Vorgang rechtlicher Bewertung zugänglich ist. Recht normiert immer Lebenssachverhalte, die auch eine fachspezifische Relevanz haben. Es geht also nur um eine Begrenzung der richterlichen Erkenntnisbefugnis bei der nicht vom Gesetzgeber vorgegebenen Gemeinwohlmaterialisierung, also um die Grenzen der Rechtssprechung. Dabei wird zwischen prüfungsspezifischen Wertungen, für die ein Beurteilungsspielraum bestehe, und fachwissenschaftlichen Richtigkeitskontrollen, für die ein solcher Beurteilungsspielraum ausscheide, unterschieden<sup>133</sup>.

### 3. Bewertungen und Einschätzungen

Wichtiges Beispiel für den Bewertungsspielraum ist das sogenannte Prüfungsermessen, das der Sache nach eben kein Ermessen, sondern ein Beurteilungsspielraum ist<sup>134</sup>. Ebenso hat die Gubernative einen Prognosespielraum bei Einschätzungen wirtschaftlicher Entwicklungen als Grundlage von Steuerungsentscheidungen, den man auch Einschätzungsprärogative nennen kann<sup>135</sup>. Aber auch die Beurteilung der Gefährlichkeit einer Demonstration für die öffentliche Sicherheit und Ordnung ist nicht vollständig gerichtlich einschätzbar.

Bei Prüfungsentscheidungen etwa ist nur judiziabel, ob die Verfahrensvorschriften und die allgemein anerkannten Beurteilungsmaßstäbe eingehalten wurden und ob die Entscheidung frei von sachfremden Erwägungen ergangen ist, nicht jedoch die Bewertung der Leistungen als solcher, etwa ob eine Prüfungsleistung sehr gut oder mangelhaft ist<sup>136</sup>. Die Beweisführungslast gegen Prüfungsentscheidungen hat der angreifende Kandidat<sup>137</sup>.

### 4. Kombination von Beurteilungsspielraum und Ermessen

---

<sup>132</sup> H. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 7, Rn. 31, S. 131.; F. Ossenbühl, AllgVerwR, § 10, Rn. 32, S. 194 f.

<sup>133</sup> BVerfGE 84, 34 (53); BVerwG 84, 59 (77 ff.).

<sup>134</sup> BVerwGE 84, 34 (49 ff.); 84, 59 (77 ff.); 99, 74 (76 f.).

<sup>135</sup> BVerwGE 79, 208 (213 ff.); 82, 293 (299 ff.)

<sup>136</sup> BVerwGE 8, 272 (274); H. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 7, Rn. 43, S. 136 f.; F. Ossenbühl, AllgVerwR, § 10, Rn. 35, S. 196.

<sup>137</sup> Vgl. zur Beweislast im Verwaltungsverfahren P. Badura, Das Verwaltungsverfahren, in: H.-U. Erichsen (Hrsg.), AllgVerwR, § 37, Rn. 7, S. 455 f.

Beurteilungsspielräume und Ermessen können durch eine Vorschrift gleichzeitig eingeräumt sein. Beispiel: Nach § 284 Abs. 1 S. 1 SGB III besteht für ausländische Arbeitnehmer eine Genehmigungspflicht, um eine Beschäftigung auszuüben. Ausnahmen bestehen nach § 284 Abs. 1 S. 2 für Ausländer, die gemäß den europäischen Rechtsvorschriften Freizügigkeit genießen (Nr. 1); Ausländer, die eine unbefristete Aufenthaltserlaubnis oder -berechtigung besitzen (Nr. 2); andere Ausländer, für die entsprechende Regelungen gelten (Nr. 3). Die Arbeitserlaubnis kann gemäß § 285 Abs. 1 Nr. 1 erteilt werden, wenn sich durch die Beschäftigung von Ausländern nachteilige Auswirkungen auf den Arbeitsmarkt, insbesondere hinsichtlich der Beschäftigungsstruktur, der Regionen und der Wirtschaftszweige, nicht ergeben. Allerdings besteht nach § 2 Abs. 7 ArbeitserlaubnisVO Anspruch auf Erteilung einer Arbeitserlaubnis, wenn die Versagung nach den besonderen Verhältnissen des Arbeitnehmers eine Härte bedeuten würde. Der Begriff der Härte gibt der Verwaltung keinen Beurteilungsspielraum, weil er gerichtlicher Beurteilung uneingeschränkt zugänglich ist. Die verschiedenen anderen Begriffe, insbesondere der der nachteiligen Auswirkungen auf den Arbeitsmarkt, geben jedoch der Verwaltung einen Beurteilungsspielraum. Zusätzlich hat die Verwaltung das Handelns Ermessen<sup>138</sup>.

### **Komplexe des allgemeinen Verwaltungsrechts**

Das Skript hat nur einen Teil der Prinzipien des allgemeinen Verwaltungsrechts behandelt und versucht, diese wenigen Prinzipien verständlich zu machen. Es gibt mannigfache weitere Regelungskomplexe, von denen noch einige nur genannt werden sollen, etwa der öffentlich-rechtliche Vertrag, der eine Regelung in den §§ 54 - 62 VwVfG gefunden hat, die Regelungen der Verwaltungszustellungen im Verwaltungszustellungsgesetz und der Verwaltungsvollstreckung im Verwaltungsvollstreckungsgesetz, das Amtshilferecht der §§ 4 - 8 VwVfG, das Recht der örtlichen, sachlichen und personellen Zuständigkeit einschließlich der Ausschließung von Personen wegen Befangenheit, der Amtssprache, des Untersuchungsgrundsatzes, der Geheimhaltung, die Regelung über Fristen und Termine über die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, die Begründungspflichten, die Möglichkeiten zur Befristung, Bedingung zu Auflagen und Widerrufsvorbehalten, die Regelungen der förmlichen Verfahren in §§ 63 - 71 VwVfG und über das Planfeststellungsverfahren in §§ 72 - 78 VwVfG, das Recht ehrenamtlicher Tätigkeit, §§ 81 - 87 VwVfG und das Recht der Ausschüsse in §§ 88 - 93 VwVfG,

---

<sup>138</sup> Vgl. BSG NJW 1978, 1125.

und vieles mehr. Erste Informationen über all diese Regelungen sind den Verwaltungsverfahrensgesetzen zu entnehmen; bei praktischen Problemen sind die Spezialgesetze auf Regelungen hin zu untersuchen. Näheres findet sich in den Lehrbüchern und Kommentaren.

## Literatur

1. H.-U. Erichsen (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 10. Aufl. 1995
2. E. Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Band I, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 1973
3. M. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Aufl. 1997
5. H. J. Wolff/O. Bachof/R. Stober, Verwaltungsrecht I, 10. Aufl. 1994,  
Verwaltungsrecht II, 5. Aufl. 1987