

Teil I: Begriffe und Grundlagen des Verwaltungsrechts

§ 1 Begriff und Wesen der öffentlichen Verwaltung

A. Allgemeines

Der **Begriff** der öffentlichen Verwaltung ist zunächst von privaten Formen der Verwaltung (z. B. Hausverwaltung, Vermögensverwaltung durch einen Betreuer) abzugrenzen. Ein so abgegrenzter Begriff der öffentlichen Verwaltung kann jedoch immer noch nicht zu einer ausreichend präzisen Definition führen, da die öffentliche Verwaltung:

- mit einer Vielzahl von **Aufgaben** unterschiedlichster Art betraut ist, wie z. B. dem Betrieb von Unternehmen der Daseinsvorsorge (Nahverkehrsunternehmen, Krankenhäuser, Schulen), Erteilung von Befehlen (Baubeseitigungsanordnung), Genehmigungen und Erlaubnissen (Baugenehmigung, Gewerbeerlaubnis, Fahrerlaubnis), aber auch dem Erlass von Satzungen und Rechtsverordnungen;
- aus einer Vielzahl von **Verwaltungsträgern** mit unterschiedlicher Organisation, Funktion und Kompetenz besteht, wie z. B. Ministerien des Bundes und der Länder, Gemeinden, Landkreise und Bezirke, kommunale Zweckverbände, Sozialversicherungsträger, Vermessungsämter, Finanzämter, Polizeiinspektionen, Landtagsämter, Landesjustizprüfungsämter, Rechtsanwaltskammern, Landesinstitute für Arbeitsschutz, Landesanstalt für Aufbaufinanzierung, Fachhochschulen, Bayerische Verwaltung der staatlichen Schlösser, Gärten und Seen etc.;
- Aufgaben wahrnimmt, die nicht starr und gleichbleibend sind, sondern entsprechend den politischen, sozialen, wirtschaftlichen oder technischen Gegebenheiten einem ständigen **Wandel** unterworfen sind und insoweit der Überprüfung bedürfen. Die Einführung einer Sozialversicherung im letzten Jahrhundert war letztlich Folge der sich ausbreitenden Industrialisierung zu dieser Zeit, während die Erteilung von Fahrerlaubnissen erst später mit der zunehmenden Motorisierung zu einer Aufgabe der öffentlichen Verwaltung geworden ist. Ebenso ist die Einführung eines sozialversicherungsrechtlichen Schutzes für Arbeitslose vor dem Hintergrund einer ausreichenden sozialen Sicherung in diesem Bereich auf der Grundlage eines demokratischen und sozialen Rechtsstaats gem. Art. 20, 28 GG erst nach dem Ersten Weltkrieg Aufgabe des Staates und somit der öffentlichen Verwaltung geworden. Jüngere Herausforderungen sind dem Staat im Bereich des Umweltschutzes, der Abfallentsorgung oder von Asylbewerbern erwachsen.
- nicht ohne weiteres von den übrigen Staatsgewalten (**Legislative** und **Judikative**) abgegrenzt werden kann. So werden z. B. Verwaltungsaufgaben auch von den Parlamenten (Bundestagsverwaltung; Landtagsämter) oder den Gerichten (Justizverwaltung) wahrgenommen, während die **Exekutive** unter bestimmten Voraussetzungen zur Rechtsetzung (Verordnungen und Satzungen) befugt ist. Lediglich die rechtsprechende Tätigkeit der Verwaltungsbehörden ist durch Art. 92 GG ausdrücklich ausgeschlossen.

Auch wenn der Begriff der öffentlichen Verwaltung nicht sonderlich rechtssicher darstellbar ist, lassen sich doch **typische Wesensmerkmale** der Verwaltung herausarbeiten, die nicht in jedem Fall gelten, aber doch häufig einschlägig sind:

- Verwaltung ist **Sozialgestaltung**. Die Verwaltung hat das soziale Zusammenleben zu fördern und sich daher mit den Angelegenheiten und Bedürfnissen des Gemeinwohls und der Menschen zu befassen. Somit hat sich die Verwaltung am **öffentlichen Interesse** zu orientieren. Da die Interessen einer pluralistischen Gesellschaft

1

durchaus unterschiedlich sind und insbesondere durch Einzel- und Gruppeninteressen erhebliche Interessenskonflikte entstehen können, ist für die Frage des öffentlichen Interesses insbesondere die grundgesetzliche Wertordnung (z. B. Sozialstaatsprinzip) und die damit im Einklang stehende Rechtsordnung von Bedeutung. Dies bedeutet jedoch nicht, dass zwischen dem öffentlichen Interesse und Einzelinteressen ein grundsätzlicher Interessensgegensatz bestehen muss. So gebietet z. B. das Grundrecht der Menschenwürde gem. Art. 1 GG auch auf Einzelschicksale im Wege der sozialen Fürsorge einzugehen.

- Die Verwaltung wird im Gegensatz zur Rechtsprechung, die immer nur über einen konkreten Fall zu entscheiden hat, **gestalterisch** tätig, indem sie zum einen die Gesetze der Legislative mit Leben erfüllt und zum anderen auch ohne ausdrücklichen gesetzlichen Auftrag die Initiative in solchen Fällen ergreift, die ihrer jeweiligen Aufgabe entsprechen (Bau einer Umgehungsstraße, Förderung der Kultur durch Schaffung bestimmter Einrichtungen wie z. B. das Haus des Deutschen Ostens). Freilich bleibt die Verwaltung auch insoweit an die durch die Rechtsordnung vorgegebenen Regeln gebunden, darf also insbesondere nicht außerhalb der ihr jeweils zugewiesenen Zuständigkeit tätig werden oder Maßnahmen anordnen, die nicht von der Rechtsordnung gedeckt sind. Anderenfalls würde die Verwaltung gegen den Grundsatz vom **Vorrang des Gesetzes**, Art. 20 Abs. 3 GG, verstoßen, der besagt, dass kein Verwaltungshandel zu Recht und Gesetz im Widerspruch stehen darf. Gerade im Bereich der sozialen Leistungen zeigt sich die Verbindung von Sozialauftrag und Rechtsstaatlichkeit deutlich, da auch die Leistungstätigkeit und Sozialgestaltung des Staates die Formen und Bindungen des Rechts beachten muss. Dieser Punkt unterscheidet den sozialen Rechtsstaat vom Wohlfahrtsstaat.
- Während sich der Staat im 19. Jahrhundert hauptsächlich auf die **Gewährleistung von Recht, Sicherheit und Ordnung** beschränkte, forderte die zunehmende Industrialisierung, die Zerstörung gewachsener Strukturen durch zwei Kriege sowie die zunehmende Zusammenballung von Bevölkerungsgruppen bei gleichzeitiger Auflösung früher üblicher familiärer Bindungen den Staat zu einer immer stärkeren sozialen Aktivität heraus. Insoweit muss der Staat für die soziale Sicherheit sorgen, indem er Leistungen und Einrichtungen zur Versorgung der Bevölkerung in wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Hinsicht bereitstellt (z. B. Wasser, Strom, Abwasser- und Abfallbeseitigung, Gesundheitsvorsorge, Krankenhäuser, Schulen, Universitäten etc.) und damit insgesamt zu größerer sozialer Gerechtigkeit beiträgt. Das Recht und die Pflicht zur Wahrnehmung dieser Aufgaben ergibt sich aus dem verfassungsrechtlich festgelegten **Sozialstaatsprinzip**, Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 GG.
Die dadurch bedingte Steigerung und Ausweitung der Verwaltungstätigkeit hat dazu geführt, dass der Staat heute vielfach als aufgeblähter „Verwaltungsstaat“ bezeichnet wird. Bei Bewertung dieser Art sollte allerdings nicht übersehen werden, dass die Verwaltung auf die Zunahme von Aufgaben nur beschränkten Einfluss hat. Gerade im Bereich der öffentlichen Daseinsvorsorge wird der Ruf nach dem Staat durch die Bevölkerung nur zu schnell laut, wenn an dieser für den Bürger empfindlichen Stelle Versorgungsschwierigkeiten auftreten. Die in letzter Zeit – gerade auch aus Kostengründen – lauter werdenden Forderungen nach einem größeren Rückzug des Staates von angestammten Aufgaben sind sicherlich ernst zu nehmen. Es ist daher durchaus möglich und teilweise bereits üblich, dass Aufgaben der öffentlichen Daseinsvorsorge (z. B. Vorhaltung von Krankenhäusern, Altenheimen etc.) von Privaten erledigt werden. Dabei gilt es zu berücksichtigen, dass sich ein sozialer Rechtsstaat auch in solchen Fällen seinen grundsätzlich bestehenden Aufgaben nicht entziehen kann, sondern ihn insoweit zumindest die staatliche Letztverantwortung trifft.
- Neben den klassischen Bereichen des Staates in Form der Exekutive, Legislative und Judikative, darf nicht übersehen werden, dass der Staat in erheblichem Umfang auch als Unternehmer am **Wirtschaftsleben** teilnimmt. Dies geschieht entwe-

der durch eigene unternehmerische Tätigkeit oder über private Handelsgesellschaften (insbesondere Aktiengesellschaften), die ganz oder teilweise in staatlicher Hand sind (Stichwort: „Der Staat als Aktionär“). Unternehmerische Betätigung in diesem Sinne kommt – neben klassischen Unternehmen, wie z. B. Brauereien oder Porzellanbetrieben – vor allem durch Beteiligungen bei Energieunternehmen, Banken, Versicherungen, Flughäfen etc. in Betracht. Die erwerbswirtschaftliche Betätigung des Staates wird insoweit mit der Absicht der **Gewinnerzielung** betrieben und richtet sich gleichfalls nach den Regeln des Privatrechts.

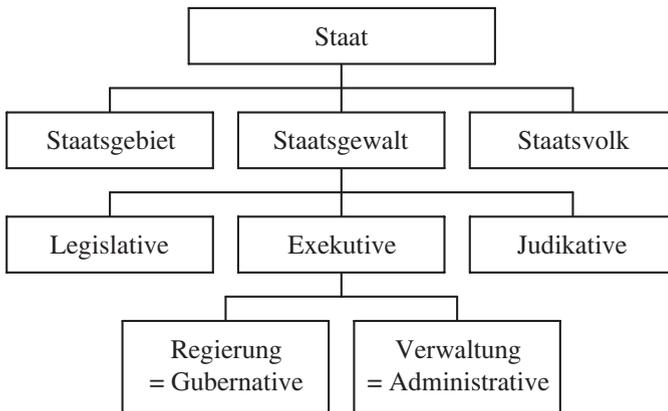
Die staatliche Tätigkeit ist also außerordentlich vielgestaltig. In fast allen Bereichen des Lebens der Gemeinschaft und des Einzelnen wird die staatliche Einflussnahme spürbar, sei es durch das Vorhandensein seiner – begünstigenden oder belastenden – Gesetze, sei es durch sein fürsorgliches, ordnendes, befehlendes Eingreifen, oder aber durch sein sonstiges („schlichtes“) Tätigwerden. Jeder Staatsbürger kommt bereits mit der Geburt (z. B. durch die Eintragung durch den Standesbeamten) bis zu seinem Tod (evtl. durch die Bestattung auf dem Friedhof eines kommunalen Trägers) ständig mit „Verwaltung“ in Berührung.

B. Die Stellung der Verwaltung innerhalb des Staates

Die Faktoren, aus denen sich ein Staatsgebilde zusammensetzt sind Staatsgebiet, Staatsvolk und Staatsgewalt¹. Schon der griechische Philosoph *Aristoteles* (384–322 v. Chr.) lehrte, es gäbe hinsichtlich der vom Staat ausgeübten Gewalt drei Arten staatlicher Tätigkeit: die gesetzgebende (Legislative), die rechtsprechende (Judikative) und die vollziehende (Exekutive) Tätigkeit.

3

Die Stellung der Verwaltung innerhalb des Staates



I. Die Gesetzgebung

Die Gesetzgebung vollzieht sich nach den Regeln der Verfassung durch die dazu berufenen Organe. Sie setzt für jedermann geltende Regeln und schafft somit „objektives

1 So konnte die frühere „DDR“ von der BRD niemals als eigener Staat anerkannt werden, weil diese drei Faktoren nach dem Grundgesetz bei der „DDR“ niemals zuträfen. Vgl. etwa Art. 116 GG, wonach auch ein Bürger der früheren „DDR“ Deutscher im Sinne des Grundgesetzes war.

Recht“. Die Regelung von Einzelfällen ist dem Gesetzgeber dagegen grundsätzlich verschlossen. Ein sog. Einzelfallgesetz, das nur für einen oder mehrere Einzelfälle Geltung besitzen soll, ist unzulässig, wenn damit Grundrechte eingeschränkt werden (vgl. Art. 19 Abs. 1 GG). Das BVerfG² hält Einzelfallgesetze allerdings dann für zulässig, wenn es den von ihnen geregelten Fall tatsächlich nur einmal gibt und keine willkürliche Ausnahmeregelung für einen von vielen gleichgelagerten Fällen vorliegt.

II. Die Rechtsprechung

- 5 Die Rechtsprechung trifft mit staatlicher Autorität ausgestattete, verbindliche Entscheidungen darüber, ob etwas in einem streitigen Einzelfall rechtmäßig ist. Die **Verwaltungsgerichtsbarkeit** richtet dabei im Wesentlichen über die Rechtmäßigkeit von Maßnahmen der Exekutive³. Sie wird nach dem Grundsatz der Gewaltenteilung (Art. 20 Abs. 2 und 3, 28 Abs. 1 GG) durch unabhängige, von den Verwaltungsgerichten getrennte Gerichte ausgeübt (vgl. § 1 VwGO). Die Verwaltungsgerichtsbarkeit wurde zuerst in Baden (1863), dann in Preußen (1872/1875), Hessen (1875), Württemberg (1876) und Bayern (1879) geschaffen und ist damit im Gegensatz zur Straf- oder Zivilgerichtsbarkeit relativ „neu“.

III. Die Verwaltung

- 6 Die Verwaltung kommt – ohne eine Legaldefinition – begrifflich in vielen Gesetzen vor (z. B. Art. 83 ff. GG oder §§ 11 ff. VwVfG). Dieser Begriff lässt sich dabei auch nicht eindeutig definieren, obwohl hier zahlreiche Versuche unternommen wurden. So wird etwa versucht, die Verwaltung **organisationsrechtlich** als Gesamtheit der Verwaltungsträger und ihrer Untergliederungen in Organe, Ämter oder Behörden zu beschreiben.

Organisationsrechtlicher Verwaltungsbegriff:

Verwaltung = Gesamtheit der Verwaltungsträger und ihrer Untergliederungen in Organe, Ämter oder Behörden zu beschreiben.

Weiterhin wird versucht, den **Verwaltungsbegriff im materiellen Sinn** positiv und negativ zu definieren.

Positiv: Verwaltung = Summe derjenigen staatlichen Tätigkeiten verstanden, welche die Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben zum Gegenstand haben.

Negativ: Verwaltung sei diejenige Staatstätigkeit, die nicht Gegenstand von Gesetzgebung und Rechtsprechung ist.

Die letztgenannte Begriffsbestimmung geht auf die Verwaltungsrechtslehre von *Otto Mayer*⁴ und *Walter Jellinek*⁵ zurück.

Insgesamt lässt sich feststellen, dass die Versuche, den Begriff „Verwaltung“ näher zu bestimmen zu abstrakt⁶ und damit für die Praxis nicht förderlich sind. Dies gilt auch für die

2 BVerfG, DVBl. 1969, 542; s. auch *Bauernfeind*, DVBl. 1976, 193 u. BVerwG, NJW 1982, 2468.

3 S. hierzu Rn. 6 f.

4 VwR I, 7.

5 VwR 5 f.

6 Nach *Wolff/Bachof/Stober*, VwR I § 2 Rn. 19 fällt unter den Begriff der Verwaltung die „mannigfaltige, konditional oder nur zweckbestimmte, nur teilplanende selbstbeteiligt entscheidend, ausführende und gestaltende Wahrnehmung der Angelegenheiten von Gemeinwesen und ihrer Mitglieder als solcher durch die dafür bestellten Sachwalter des Gemeinwesens“.

o. a. negative Definition, weil auch die Begriffe „Rechtsprechung“ und „Gesetzgebung“ über die genannten abstrakten Bedeutungen hinaus nicht näher beschrieben werden können. Eine eindeutige und handhabbare Definition ist nicht ersichtlich, zumal unter den Begriff der Exekutive nicht nur die Administration, sondern auch die regierende Tätigkeit fällt.⁷ Die Regierung im materiellen Sinn zeichnet sich dabei als Teil der Exekutive durch ihre staatsleitende, richtunggebende und führende Tätigkeit aus.

Die drei Arten der staatlichen Tätigkeit waren bis in die Neuzeit organisatorisch nicht getrennt. Erst *Montesquieu* (1689–1755) schuf die moderne Lehre von der Dreiteilung der staatlichen Gewalten als Voraussetzung der politischen Freiheit zum Schutze des Staatsbürgers vor einem Missbrauch der in der Hand des jeweiligen Monarchen vereinigten Staatsgewalten. Diese Lehre hat den modernen Verfassungen ihr Gepräge gegeben (vgl. Art. 20 Abs. 2 GG). Der Grundsatz der Gewaltenteilung wird jedoch nicht mit aller Konsequenz verfolgt. Das zeigt sich etwa daran, dass auch der Verwaltung eine Rechtsetzungsbefugnis zukommt: sie kann abstrakt-generelle Vorschriften (Verordnungen und Satzungen) und damit Gesetze im materiellen Sinn erlassen. Andererseits ist eine ordnungsgemäße Justiz nicht ohne Verwaltungsbefugnisse denkbar. So können und müssen auch die Verfassungsorgane verwaltend tätig werden⁸.

C. Die Geschichte des Verwaltungsrechts

Die Auseinandersetzung mit einer Rechtsmaterie setzt die Kenntnis ihrer historischen Entwicklung voraus, da der gegenwärtige Stand der Wissenschaft das Ergebnis dieser Entwicklung ist. Bei einem so verstandenen Geschichtsbewusstsein muss Geschichte dann in erster Linie als gesellschaftlicher, kultureller und geistesgeschichtlicher Prozess gesehen werden, bei dem die sozialen und wirtschaftlichen Entwicklungen im Vordergrund stehen. So ist auch das Verwaltungsrecht auf der Basis des Grundgesetzes das Ergebnis einer Entwicklung, in welche die Zielströmungen der verschiedensten Epochen, zeitbedingte politische Bedürfnisse und die unterschiedlichsten Interessenlagen eingeflossen sind. Die Geschichte des Verwaltungsrechts hängt dabei mit der o. a. Definition des Staatsbegriffes eng zusammen.

Solange sich bis ins Mittelalter die Herrschaftsgebiete nicht auf Gebietskörperschaften bezogen, sondern sich auf der persönlichen Beziehung zum jeweiligen Fürsten begründeten, ist eine Verwaltung im heutigen Sinne nicht erforderlich gewesen. Die Macht, obrigkeitlichen Willen zu betätigen, war eng mit der Tatsache verbunden, dass der Grundherr Gesetzgeber, Richter und Verwalter in einer Person war. Eine hierarchisch organisierte Verwaltung war somit nicht erforderlich.

Hinweis:

Die Geschichte des Verwaltungsrechts beginnt im 17. Jahrhundert.

Die Geschichte des Verwaltungsrechts **beginnt** damit im Grunde **erst im 17. Jahrhundert**⁹. Hier begann die Souveränität der einzelnen Landesherren und es entwickelte sich deren umfassende Hoheitsgewalt und damit der „absolute Staat“. In diesem Staat konnten vom jeweiligen *Monarchen* – nachdem es gelungen war sich vom früheren Ständerecht (Adel) zu lösen – *alle Regelung getroffen werden, die er zum Wohle und zum Interesse des Staates für erforderlich hielt*. Erforderlich war hierfür die Entwick-

7 *Erichsen/Ehlers*, AllgVwR § 1 Rn. 8.

8 So ernennt etwa der Bundespräsident gem. Art. 60 Abs. 1 GG die Bundesbeamten und übt damit eine reine Verwaltungstätigkeit aus.

9 *Maurer*, AllgVwR § 2 Rn. 4.

lung von hierarchischen Verwaltungsstrukturen. Die staatlichen Befugnisse wurden zwar in einer Person vereint, zu ihrer Durchsetzung bedurfte es zum einen einer militärischen Hoheit und zum anderen Personen, die mit Sachkunde verwaltend tätig wurden, zur Monarchie in einer absoluten Abhängigkeit standen und nur dieser gegenüber verpflichtet waren, den Beamten.

- 10** Im 19. Jahrhundert lehnte sich das liberale Bürgertum gegen die Bevormundung und Reglementierung des Staates auf, die sich im Monarchen und seinem Beamtenapparat verkörperten. Es wurde eine *Reduzierung der staatlichen Tätigkeiten auf die Bereiche Sicherheit, Ordnung und Abwehr von Gefahren* unter Herauslösung des privaten, wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Bereiches gefordert. Diese Entwicklung hat sich durch verschiedene verfassungsrechtliche Grundlagen manifestiert. Die Dreiteilung der *Staatsgewalt*, die *Gleichheit vor dem Gesetz*, die *Anerkennung von Grundrechten* und die *Beteiligung des Volkes an der Gesetzgebung durch Parlamente* wurde in den Verfassungen festgelegt. Die bisher absolute Macht des Monarchen wurde durch diese Mitwirkungsrechte der Volksvertretungen und die Verankerung von Grundrechten begrenzt. Durch verfassungsrechtliche Garantien wurden Eingriffe der Verwaltung in die Eigentums- und Freiheitsrechte der Bürger auf die Fälle begrenzt, in denen eine gesetzliche Grundlage vorhanden war¹⁰.
- 11** Schon vor dem Ersten Weltkrieg kündigte sich im Zuge der zunehmenden Industrialisierung und Technisierung und einer Vermehrung der Bevölkerung eine umwälzende Wandlung der Verwaltung an. Die Folgen des Ersten Weltkriegs forderten vom Staat mehr als die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung. Der Staat musste von nun an *helfend und regelnd in das Gemeinschafts- und Wirtschaftsleben eingreifen und für die soziale Sicherheit des Einzelnen sorgen*. So entstanden etwa soziale Versicherungsgesetze mit der Notwendigkeit, diese durch eine geordnete Verwaltung zu vollziehen. Der Ordnungsstaat verwandelte sich in einen „sozialen Gerechtigkeitsstaat“ mit der Notwendigkeit einer Leistungsverwaltung.
- 12** Im sog. Dritten Reich (1933–1945) kam es in verwaltungsrechtlicher Hinsicht zu einem *Rückschritt*. Die gesamte Verwaltung hatte einem Staat zu dienen, dessen Grundsätze mit den Formeln Aufhebung der Gewaltenteilung, Gleichschaltung der Länder, Beschneidung der Grundrechte oder Instrumentalisierung des Rechts bis hin zum „Führerprinzip“ in ihrer Eigentümlichkeit und Ungeheuerlichkeit nur angedeutet werden können. Die bis dahin geltenden liberalen und demokratischen Prinzipien wurden ins Gegenteil verkehrt. Verwaltung diente ausschließlich dem Vollzugsapparat des gesellschaftlichen und an Weltmachtbestrebungen ausgerichteten Willens einer herrschenden Partei. Sie war an keine grundgesetzlichen Schranken mehr gebunden. Eine gerichtliche Nachprüfung der Rechtmäßigkeit von Verwaltungshandeln gab es nicht.
- 13** Nach dem Ende des Zweiten Weltkriegs traten in Folge der Teilung Deutschlands die Verwaltungen in BRD und „DDR“ unterschiedliche Entwicklungen ein.
- Im *Osten* stand ein „real existierender Sozialismus“ und die damit verbundene Alleinherrschaft der SED einer an demokratischen und liberalen Prinzipien orientierten Verwaltung entgegen. Recht und Verwaltung waren Instrumente zur Durchsetzung der Ziele der Arbeiterklasse und ihrer marxistisch leninistischen Partei¹¹. Ein „sozialistisches Verwaltungsrecht“ wird dabei nicht erkennbar¹². Eine Verwaltungsgerichtsbarkeit war nicht bekannt.

¹⁰ Diese Entwicklung wird am besten durch die im Jahr 1869 erlassene Gewerbeordnung deutlich. In die darin festgelegte Gewerbefreiheit konnte von staatlicher Seite nur in eng begrenzten Ausnahmefällen zur Abwehr von Gefahren eingegriffen werden.

¹¹ Vgl. Art. 1 Abs. 1 der Verfassung der „DDR“ von 1968 u. 1974.

¹² *Maurer*, AllgVwR I, § 2 Rn. 19.

- Im *Westen* wurde 1949 das Grundgesetz erlassen, wobei den negativen Erfahrungen aus dem „Dritten Reich“ für die Neuordnung der Rechtsgemeinschaft eine wesentliche Bedeutung zukamen. Die Verwaltung besitzt im geltenden Verfassungssystem einen eigenen und hohen Stellenwert als demokratisch legitimierte Staatsgewalt (Art. 20 Abs. 2 GG). Sie ist an den parlamentarischen Gesetzgeber gebunden (Art. 20 Abs. 3) und wird durch die Gerichte kontrolliert (Art. 19 Abs. 4 GG).

D. Deutsches und Europäisches Verwaltungsrecht

Wesentliche Neuerungen brachte in den vergangenen Jahren das **Europäische Gemeinschaftsrecht**¹³. Die Entwicklung ist hier noch nicht absehbar. Zwar gehören das Europäische Gemeinschaftsrecht und das deutsche Verwaltungsrecht eigenständigen Rechtsordnungen an, da aber das Europäische Gemeinschaftsrecht auch von den Verwaltungen der Mitgliedstaaten zu beachten ist, gibt es zahlreiche Verbindungsglieder. Man unterscheidet primäres und sekundäres Gemeinschaftsrecht, wobei das sekundäre Gemeinschaftsrecht von den Gemeinschaftsorganen auf der Grundlage des primären Gemeinschaftsrechts erlassen wird. Zu dem *primären Gemeinschaftsrecht* zählen die Gründungsverträge¹⁴. Die in ihnen verbürgten Rechte sind vor den deutschen Gerichten unmittelbar einklagbar. Zu den *sekundären Gemeinschaftsrechten* gehören die Rechtsfolgen, die sich aus den **Verordnungen** und den **Richtlinienergebnen**. Verordnungen sind dabei für jedermann verbindlich und haben in jedem Mitgliedstaat unmittelbare Geltung. Richtlinien wenden sich dagegen nur an die einzelnen Mitgliedstaaten und nicht unmittelbar an die Bürger. Sie enthalten Zielvorgaben, die von den Mitgliedstaaten innerhalb einer angegebenen Frist umgesetzt werden müssen, wobei die Mitgliedstaaten selbst bestimmen, wie sie die Umsetzung vornehmen. Erst wenn die Umsetzung erfolgt ist werden die einzelnen Bürger der Mitgliedstaaten unmittelbar berechtigt oder verpflichtet.

Damit wird deutlich, dass das Gemeinschaftsrecht sämtliche Verwaltungen (in Deutschland Bund, Länder und Gemeinden) der Mitgliedstaaten bindet. Die **Gemeinschaft vollzieht** die von ihr erlassenen Rechtsnormen **nicht selbst**, sondern sie bedarf dazu der nationalen Verwaltungen. Der Vollzug obliegt also jedem einzelnen Mitgliedstaat selbst. Man spricht insofern von einem „indirekten Vollzug“¹⁵. Dies gilt nicht nur für die Richtlinien, sondern auch für die unmittelbar geltenden Rechtsverordnungen. Durch den „Anwendungsvorrang“ (= Vorrang des Gemeinschaftsrechts vor dem nationalen Recht) werden die deutschen Verwaltungsbehörden¹⁶ und Gerichte¹⁷ verpflichtet, deutsches Recht nicht anzuwenden, wenn es nicht im Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht steht. Da ein europäisches Verwaltungsrecht fehlt, wird das Gemeinschaftsrecht durch deutsche Behörden aufgrund der Vorgaben des deutschen Verwaltungsrechts vollzogen.

Beispiel:

EUV, AEUV (= früher EGV) und EU-Grundrechtscharta sind **primäres EU-Recht** und damit für jeden Bürger vor den deutschen Verwaltungsgerichten einklagbar.

Verordnungen und Richtlinien sind **sekundäres Europarecht**.

- **Verordnungen** (Art. 288 Abs. 2 AEUV) sind für jeden Bürger, den sie betreffen, verbindlich.

13 *Eblers*, Die Einwirkungen des Rechts der Europäischen Gemeinschaften auf das Verwaltungsrecht, DVBl. 1991, 605 ff.; *Schmidt-Aßmann*, Deutsches und Europäisches Verwaltungsrecht – wechselseitige Einwirkungen, DVBl. 1993, 924 ff.; *Brenner/Huber*, Europarecht und Europäisierung, DVBl. 1999, 764 ff.; 1999, 1559 ff.; 2001, 1013 ff.

14 EU, EG, KS, EA.

15 *Sydow*, Europäisierte Verwaltungsverfahren, JuS 2005, 97 ff.

16 *Ziekow*, VwVfG § 40 Rn. 59 ff.

17 *Redeker/v. Oertzen*, VwGO § 1 Rn. 13 ff.

- **Richtlinien** (Art. 288 Abs. 3 AEUV) sind dagegen Zielvorgaben, die erst durch deutsches Recht umgesetzt werden müssen. Eine unmittelbare Wirkung kommt ihnen nur zu, wenn sie hinreichend bestimmt sind und trotz Ablaufs einer **Umsetzungsfrist** nicht in deutsches Recht umgesetzt wurden.¹⁸

Richtlinien bilden aber auch die Grundlage für die **Auslegung** nationalen Rechts.¹⁹ Bereits vor Ablauf der Umsetzungsfrist sind Gesetzgeber, Verwaltung und Gerichte der Mitgliedsländer gehalten, Maßnahmen zu unterlassen, welche den Inhalten der Richtlinien entgegenstehen.²⁰

Grundsatz:

Stehen nationale Normen und unmittelbar wirkendes EU-Recht im Widerspruch, so geht EU-Recht vor²¹ (**Anwendungsvorrang**).

Deutsches Recht darf damit nicht (mehr) abgewendet werden. Dies gilt sowohl für primäres, als auch für sekundäres EU-Recht.

Ob allerdings EU-Recht mit dem Grundgesetz übereinstimmt, obliegt ausschließlich der Prüfungskompetenz des BVerfG.

Eine Behörde erlässt einen VA, der gegen EU-Recht verstößt. Der Verwaltungsakt ist damit **rechtswidrig** (aber nicht nichtig). Er kann nach Ablauf der Rechtsbehelfsfrist bestandskräftig werden.

Die Behörden innerhalb Europas rücken immer näher zusammen. Dem entsprechen etwa die neuen Vorschriften der §§ 8a bis 8e VwVfG, die durch Art. 4a des Gesetzes zur Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie im Gewerberecht und von anderen Rechtsvorschriften vom 17.7.2009²² in das VwVfG eingefügt wurden. Danach besteht gemäß § 8a VwVfG eine Pflicht zur Hilfeleistung durch eine deutsche Behörde (des Bundes), wenn dies von einer Behörde eines Mitgliedsstaates beantragt wird. Es muss sich dabei um eine konkrete Maßnahme handeln.²³ Eine Ablehnung kommt nach § 8b Abs. 3 VwVfG nur in Frage, wenn sie nicht ordnungsgemäß und unter Angabe des maßgeblichen Rechtsakts begründet sind und die erforderliche Begründung nach Aufforderung nicht nachgereicht wird.

Ersuchen deutscher Behörden sind nach § 8 b Abs. 1 VwVfG in deutscher Sprache an Behörden anderer Mitgliedstaaten der Europäischen Union zu richten; soweit erforderlich, ist eine Übersetzung beizufügen. Die Ersuchen sind gemäß den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben und unter Angabe des maßgeblichen Rechtsakts zu begründen.

§ 2 Das Verwaltungspersonal

- 15** Der **Begriff** des „**öffentlichen Dienstes**“ wird in vielen Vorschriften mit unterschiedlicher Bedeutung verwendet. So spricht z. B. Art. 33 Abs. 4 GG von „Angehörigen des öffentlichen Dienstes“. In Art. 131 Satz 1 GG ist die Rede von der Wiederverwendung von Personen, die am 8. Mai 1945 „im öffentlichen Dienst“ standen und nach Art. 187 Bayerische Verfassung sind alle Beamten und Angestellten „im öffentlichen Dienst“ auf die Verfassung zu vereidigen. Es gibt also *keinen allgemeingültigen Begriff*

18 Herrmann/Michl, JuS 2009, 1065 ff.

19 EuGH, NJW 2006, 2465.

20 BVerwGE 110, 302 (308).

21 EUGH, EuZW2010, 26; siehe dazu auch Funke, DÖV 2007, 733 f.

22 BGBl. I, S. 2091.

23 Ziekow, § 8a VwVfG, Rn. 12.

des öffentlichen Dienstes. Der Begriff ist vielmehr für jede Norm, in der er verwendet wird (Gesetz, Verordnung oder Verwaltungsvorschrift), gesondert zu bestimmen²⁴.

Grundsatz:

Das **Recht** des öffentlichen Dienstes wiederum ist der Inbegriff der Rechtssätze, welche die Begründung, Veränderung und Beendigung sowie den Inhalt und Ausgestaltung der – öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen – Rechtsverhältnisse der Angehörigen des öffentlichen Dienstes regeln.

Es ist damit das Recht der Beamten und Angestellten des öffentlichen Dienstes, der Richter und der Berufssoldaten. So bestimmt Art. 33 Abs. 4 GG seinen Regelungsbereich für alle diejenigen Angehörigen des öffentlichen Dienstes, „die in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen“ und meint damit aber nur die Beamten²⁵.

Vergleicht man die Rechtsstellung der im öffentlichen Dienst stehenden Personen, dann bestehen zunächst *zwei Gruppen*, die sich von der Begründung des jeweiligen Dienstverhältnisses her gravierend unterscheiden: Während bei Beamten, Richtern und Berufssoldaten die Begründung öffentlich-rechtlich durch einen einseitigen **Hoheitsakt** (Ernennung = Verwaltungsakt) – erfolgt, setzt das Dienstverhältnis von Angestellten – die sich ebenfalls im öffentlichen Dienst befinden – den Abschluss eines privatrechtlichen Arbeitsvertrages (= zwei übereinstimmende Willenserklärungen) voraus.

Aufgrund der verfassungsrechtlichen Ausgangssituation (Art. 33 Abs. 4 GG) handelt es sich bei einem **Beamtenverhältnis** um ein *öffentlich-rechtliches Dienst- und Treueverhältnis* mit besonderen gegenseitig korrespondierenden Rechten und Pflichten zwischen einer natürlichen Person (dem Beamten) und einer juristischen Person des öffentlichen Rechts (dem Dienstherrn). Grundsätzlich schuldet der Dienstherr seinem Beamten Fürsorge und Schutz, der Beamte wiederum schuldet seinem Dienstherrn (lebenslang) gewissenhafte Pflichterfüllung sowie volle Hingabe zu seinem Beruf. Die Ausgestaltung der Rechtsverhältnisse der Beamten obliegt schon wegen der öffentlich-rechtlichen Natur dieses Dienstverhältnisses dem Dienstherrn, der hierfür normative Regelungen erlässt, die keiner vorausgehenden kollektiven oder einzelvertraglichen Einigung bedürfen. Anders ausgedrückt: Sowohl die Pflichten des Beamten (und die diesen Pflichten entsprechenden Rechte des Dienstherrn), als auch die Rechte des Beamten (und demzufolge die Pflichten des Dienstherrn) sind ausschließlich gesetzlicher und nicht vertraglicher Natur. Hieraus erwächst eine besonders nahe Beziehung zwischen diesen beiden „Parteien“.

Durch das „öffentlich-rechtliche Dienst- und Treueverhältnis“ soll gewährleistet werden, dass sich der Staat (und damit die Allgemeinheit) gerade auch in schwierigen Zeiten auf seine Bediensteten verlassen kann. Dies ist verfassungsrechtlich durch Art. 33 Abs. 4 und Abs. 5 GG abgesichert.

Grundsatz:

Art. 33 Abs. 4 GG statuiert den sog. **Funktionsvorbehalt**. Danach sind bestimmte Bereiche der Verwaltung von Bediensteten, die in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen (also von Beamten), wahrzunehmen.

Schon seit jeher steht im Streit, welche Tätigkeiten unter den Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG fallen und welche nicht. Während einige der Auffassung sind, dass

²⁴ Hilg, Beamtenrecht S. 7.

²⁵ Vgl. dazu z. B. § 4 BeamStG: „Beamtinnen und Beamte stehen zu ihrem Dienstherrn in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis (*Beamtenverhältnis*)“.

darunter nur der „Kernbereich“ der öffentlich-rechtlichen Tätigkeiten fallen und dazu nur die **Eingriffsverwaltung** rechnet (Rn. 32 ff.), unterliegen nach anderer Ansicht auch die Tätigkeit von Lehrpersonen und andere Bereiche der **Leistungsverwaltung** (Rn. 36 ff.) dem Funktionsvorbehalt.²⁶

Die Frage, welche Tätigkeiten unter den Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG fallen wurde durch den lang dauernden „Lokführerstreik“ und den Streik in den Kindertagesstätten neu entfacht.

Die Bestimmung des Art. 33 Abs. 4, die in §§ 3 und 5 BeamtStG sowie in § 3 BBG in das einfache Recht umgesetzt ist, gilt also nur für die in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehenden Beamten (vgl. § 3 BBG, § 3 BeamtStG, Art. 33 Abs. 4 GG ist im Zusammenhang mit Art. 33 Abs. 5 GG zu sehen. Die *hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums* sind danach verfassungsrechtlich abgesichert. Zu ihnen zählen z. B. das Prinzip der lebenslangen Anstellung, die Verpflichtung zur unparteilichen und uneigennütigen Amtsführung, das Streikverbot, der Anspruch auf eine ausreichende Besoldung und Versorgung, der Schutz vor einer willkürlichen Beendigung, das Fürsorgeprinzip usw. Ein Grundsatz gilt dann als hergebracht, wenn er *mindestens in der Weimarer Verfassung von 1919* bereits Geltung besaß. Die rechtliche und wirtschaftliche Absicherung des Berufsbeamtentums auf der einen Seite und die besondere Verpflichtung des Berufsbeamten auf der anderen Seite haben einen grundlegenden Sinngehalt: Sie dienen und dienen der Aufrechterhaltung einer ordnungsgemäßen Verwaltung und damit dem Funktionieren des Staates – unabhängig von Zeiteinflüssen und von der jeweiligen politischen Situation.

Grundsatz:

Institutionelle Garantie des Berufsbeamtentums: Art. 33 Abs. 4 und 5 GG gewährleisten gemeinsam die **Einrichtung (Institution) des Berufsbeamtentums**.

Dennoch wird in Zeiten einer konjunkturellen Flaute die Abschaffung oder zumindest Reduzierung der Institution des Berufsbeamtentums in steter Einigkeit gefordert. So sollte sich das Berufsbeamtentum nach der Ansicht vieler zumindest aus dem Leistungsbereich der Verwaltung zurückziehen. Dabei darf nicht verkannt werden, dass diese Forderung so alt ist, wie das Berufsbeamtentum selbst²⁷. Zum anderen sollte gesehen werden, dass es sich – gerade auch im Leistungsbereich wie bei der Lehrerschaft – um ein über Jahrzehnte hinweg bewährtes System handelt, das wohl nur schwerlich durch ein besseres ersetzbar ist.

Auf die Besonderheiten, die sich für das allgemeine Verwaltungsrecht und das Verwaltungsprozessrecht aus dem Beamtenverhältnis ergeben, wird im Rahmen der folgenden Aufstellungen ausdrücklich und umfassend hingewiesen.

Beamte und Angestellte können jedoch die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung nicht in ihrer Gesamtheit erfüllen. Sie bedienen sich dazu anderer Personen, wie z. B. beliebige Unternehmer und Verwaltungshelfer (unten, Rn. 73 und 74).

§ 3 Arten der Verwaltung

- 17** Die Unterscheidung zwischen den Arten der staatlichen Verwaltung ist mannigfaltig und wird unter verschiedenen Gesichtspunkten vorgenommen. Die wichtigsten Unterscheidungsmerkmale sollen an dieser Stelle nicht unerwähnt bleiben. Man unterscheidet insbesondere nach:

²⁶ Summer, in: *Weiß/Niedermaier/Summer/Zängl*, § 1 BeamtStG, Rn. 25 ff.

²⁷ *Baßlsperger*, Reform des Beamtenrechts, apf 1997, 181 (182).