

# Hochschule für Politik München

Manuskript für die Vorlesung von Dr. Dr. h. c. Jürgen Harbich

13. Februar 2012

## **Rechtsstaatliche Prinzipien für das Verwaltungshandeln**

- Eine Auswahl -

Der folgende Text gibt einen Beitrag wieder, der für ein in Russland veröffentlichtes Buch geschrieben worden ist; ein Teil des Buches, u a. dieser Beitrag ist auch in deutscher Sprache erschienen; s. Heinrich Scholler (Hrsg.), Die Sicherung des Rechtsstaatsgebots im modernen europäischen Recht – anhand von Garantien im Recht der Europäischen Union sowie in Russland und Deutschland, Schriften zum Öffentlichen Recht, Band 1188, Verlag Duncker & Humblot, Berlin 2011, S. 99 - 109.

### I. Einleitung

Die Bindung der gesamten staatlichen Gewalt an Gesetz und Recht charakterisiert den freiheitlichen Rechtsstaat. Jahrhunderte musste für dieses Prinzip gearbeitet und gekämpft werden. Aus dem Untertan früherer Zeiten in den absoluten Monarchien Europas des 17. und 18. Jahrhunderts sind im Rechtsstaat Bürger geworden - Bürger, die nicht mehr Objekte der Staatsgewalt sind, sondern mit eigenen Rechten der Staatsgewalt gegenüberstehen. Im Rechtsstaat sollen die Bürger der Willkür staatlicher Gewalt nicht ausgeliefert sein. Im Rechtsstaat regiert nicht das Recht der Macht, sondern die Macht des Rechts (ein Ausdruck von Josef Isensee).

In den Akten der Exekutiv-Behörden erlebt der Bürger den Staat unmittelbar; und die Erfahrung lehrt, dass eine ungehemmte Exekutive den Bürger erdrücken kann. Daher sind rechtliche Schranken für das Handeln der Verwaltungsbehörden notwendig.

## II. Gesetzmäßigkeit der Verwaltung

Nach diesem Grundsatz sind die Verwaltungsbehörden an die Regelungen des Gesetzgebers gebunden. Eine notwendige rechtsstaatliche Konsequenz dieses Prinzips ist die Kontrolle durch Gerichte (= Verwaltungsgerichte), die darüber wachen, dass die Verwaltungsbehörden die Gesetze beachten.

Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung ist in Art. 20 Abs. 3 des deutschen Grundgesetzes (Wortlaut des Art. 20 Abs. 3 GG: „Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden.“) verankert und kann auch durch Verfassungsänderungsgesetze nicht angetastet werden; denn er ist durch die „Ewigkeitsklausel“ des Art. 79 Abs. 3 GG geschützt.

Der Grundsatz fordert zweierlei:

- den Vorrang des Gesetzes und
- den Vorbehalt des Gesetzes.

### 1) Vorrang des Gesetzes

Dieser Grundsatz, der sich in Deutschland im 19. Jahrhundert durchgesetzt hat, anerkennt die Herrschaft des Gesetzes: Danach geht das Gesetz jeder anderen Willensäußerung seitens der Verwaltung vor. Kein Akt der Verwaltung darf sich zu den Gesetzen in Widerspruch setzen.

Wenn die Gesetze ein Handeln der Verwaltungsbehörden anordnen - z. B. Steuern zu erheben, Baugenehmigungen zu erteilen, Bedürftigen Sozialhilfe zu gewähren und vieles andere mehr - , so ergibt sich aus dem in Art. 20 Abs. 3 GG enthaltenen Gebot für die Verwaltungsbehörden die zwingende Konsequenz, die Gesetze anzuwenden. Unter Gesetzen versteht man in diesem Zusammenhang die gesamte Rechtsordnung, d. h.:

- die Verfassung,

- die formellen Gesetze, also die vom parlamentarischen Gesetzgeber erlassenen Gesetze und
- auch die von Exekutivbehörden erlassenen Rechtsverordnungen und Satzungen, soweit die Behörden zum Erlass von Rechtsvorschriften befugt sind.

Für die Praxis der Verwaltungsbehörden spielen aus dem Bereich der Verfassungsrechtsnormen die Grundrechte, und von diesen vor allem das Gleichbehandlungsgebot, eine wichtige Rolle. Dort, wo die Behörden für ihre Entscheidung einen Ermessensspielraum haben, also eine Genehmigung erteilen können, aber nicht müssen (z. B. die Genehmigung für einen Gastwirt, Tische und Stühle für die Gäste auch auf dem Gehsteig oder auf einem öffentlichen Platz, also auf gemeindlichen Grund, aufzustellen), dürfen die Behörden nicht willkürlich entscheiden. Sie müssen ihre Entscheidung am Zweck der Ermächtigung (Beachtung des Aspekts der Sicherheit für Verkehrsteilnehmer, insbesondere die Fußgänger) orientieren und den Gleichbehandlungsgrundsatz beachten, d. h. mehrere Gastwirte bei gleicher Situation gleich behandeln. Die Berücksichtigung von Freundschaftsbeziehungen zwischen dem Entscheidungsträger und einem Gastwirt wäre grob sachwidrig und damit rechtswidrig.

Den Verwaltungsbehörden steht es auch nicht zu, die Anwendung von Gesetzen aus Gründen der Opportunität abzulehnen. Der Gesetzesbefehl ist strikt. Das Vorrangprinzip gilt uneingeschränkt und unbedingt für alle Exekutivbehörden.

## 2) Vorbehalt des Gesetzes

Nach diesem Prinzip darf eine Verwaltungsbehörde nur tätig werden, wenn sie dazu durch ein Gesetz ermächtigt ist. Die Grundlage für dieses Prinzip wird vom Bundesverfassungsgericht (E 40, S. 237 ff.) auch in Art. 20 Abs. 3 GG gesehen, was in der Literatur nicht uneingeschränkte Zustimmung findet; denn Art. 20 Abs. 3 GG spreche von der „Bindung der vollziehenden Gewalt an Gesetz und

Recht“, und dieser Wortlaut deute eher darauf hin, dass sich dieser Artikel auf das Vorrangprinzip beschränke (so z. B. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 116). Doch wird die Geltung des Vorbehaltprinzips von der Literatur nicht angezweifelt. Dieses Prinzip lasse sich überzeugender mit dem Demokratieprinzip und dem Rechtsstaatsprinzip begründen. Das Demokratieprinzip fordert, dass die grundlegenden Entscheidungen im Staat vom Parlament getroffen werden; das gilt jedenfalls für Regelungen, die für die Bürger bedeutsam sind. Dem Rechtsstaatsprinzip kann ergänzend entnommen werden, dass die Rechtsbeziehungen zwischen Staat und Bürger durch allgemeine Gesetze geregelt werden, die eindeutig und berechenbar sind. (s. Maurer, aaO, S. 117).

#### a) Eingriffsverwaltung

Unzweifelhaft gilt das Vorbehaltprinzip für die Verwaltung, die in Rechte des Bürgers eingreift. Die Auferlegung von Steuern, die Entziehung einer Fahrerlaubnis, die Auflösung einer Demonstration, die Verhaftung einer Person verlangen zwingend eine gesetzliche Grundlage. Die belastenden Akte der staatlichen Behörden müssen sich in den Grenzen der gesetzlichen Grundlagen halten; anderenfalls sind diese eingreifenden Akte rechtswidrig mit den sich daraus ergebenden Konsequenzen (Aufhebung der belastenden Akte, evtl. Schadensersatzleistung durch die handelnde Behörde).

#### b) Leistungsverwaltung

Ob auch für Akte der Verwaltung, die die Bürger begünstigen, das Vorbehaltprinzip gilt, ob also auch diese Akte einer gesetzlichen Grundlage bedürfen, wird in Rechtsprechung und Lehre unterschiedlich beurteilt. Große praktische Bedeutung hat diese Frage heute nicht mehr, weil die meisten Bereiche gesetzlich geregelt sind. Für manche Fälle aber gibt es keine gesetzlichen Regelungen, wie folgendes Beispiel zeigen mag:

Im staatlichen Haushaltsplan, Abschnitt Wirtschaftsförderung, sind für Unternehmen, die ohne Verschulden in Schwierigkeiten geraten sind, Subventionen vorgesehen. Die zuständige staatliche Behörde gewährt einem Unternehmer eine angemessene Subvention, ohne durch ein Gesetz zu dieser Leistung ermächtigt zu sein. Denn das Haushaltsgesetz, das den Haushaltsplan feststellt, bindet nur die Regierung und deren nachgeordnete Behörden. Rechte und Pflichten einzelner werden durch das Haushaltsgesetz nicht begründet (§ 3 Haushaltsgrundsätze-gesetz). Nach Meinung des Bundesverwaltungsgerichts bedürfen Subventionen keiner - nach außen wirkenden - gesetzlichen Regelung. Es genügt „auch jede andere parlamentarische Willensäußerung, insbesondere die etatmäßige Bereitstellung der für Subventionen erforderlichen Mittel“ (BVerwGE 6, S. 282 ff.; ständige Rechtsprechung). Die Literatur zu dieser Frage ist nicht einheitlich; z. T. wird der Rechtsprechung zugestimmt, z. T. werden auch für Subventionen gesetzliche Ermächtigungen gefordert (sehr kritisch gegenüber der Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG) Hans-Jürgen Papier, Gewaltentrennung im Rechtsstaat, S. 95 ff, 100, 113/114; der Rechtsprechung zustimmend: z. B. Peter Badura, Staatsrecht, RN 57, S. 324; siehe auch Bernd Grzeszick, in: Maunz/Dürig, Die Verfassungsgrundsätze des Art. 20 Abs. GG, RN 117 ff.; im einzelnen dazu Fritz Ossenbühl, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band V, § 101).

### 3) Bindung an verfassungswidriges Gesetz?

Nun ist denkbar - und in der Praxis kommt das auch vor - , dass ein Gesetz, an das die Verwaltungsbehörden grundsätzlich gebunden sind, gegen höherrangiges Recht, insbesondere gegen die Verfassung (= Grundgesetz), verstößt. Da Art. 20 Abs. 3 GG den Gesetzgeber an die verfassungsmäßige Ordnung bindet, macht ein Verstoß des Gesetzes gegen das Grundgesetz dieses Gesetz verfassungswidrig und damit in der Regel nichtig. Das wirft die Frage auf, ob die Verwaltungsbehörden an ein nichtiges Gesetz gebunden sind. Einerseits

könnte man sagen, dass die Verwaltungsbehörden an ein nichtiges Gesetz, also ein nullum im Rechtssinn, nicht gebunden sein können. Andererseits gebietet es der Respekt vor dem parlamentarischen Gesetzgeber, dem in Deutschland einzigen unmittelbar demokratisch gewählten Verfassungsorgan, Akte des Parlaments zu achten und in der Praxis umzusetzen., d. h. sich nicht über Akte des Parlaments hinwegzusetzen.

Die ganz überwiegende Meinung in Deutschland sieht die Verwaltungsbehörden verpflichtet, die höhere, vorgesetzte Behörde zu informieren, wenn sie ein für ihre Praxis einschlägiges Gesetz für verfassungswidrig hält. Wenn sich die höhere Behörde der Auffassung von der Verfassungswidrigkeit des Gesetzes anschließt, muss sie ihrerseits wiederum die ihr vorgesetzte Behörde verständigen. Auf diese Weise kann die Frage, ob das konkrete Gesetz verfassungsmäßig oder verfassungswidrig ist, bis zur Bundesregierung gelangen, wenn Bundesbehörden mit dem Vollzug des fraglichen Gesetzes betraut sind, oder bis zu einer Landesregierung gelangen, wenn Landesbehörden mit dem Vollzug des für verfassungswidrig gehaltenen Gesetzes befasst sind. Bundesregierung wie Landesregierungen sind gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG befugt, das fragliche Gesetz dem Bundesverfassungsgericht vorzulegen mit der Bitte um Prüfung, ob das Gesetz verfassungswidrig ist oder nicht. Die herrschende Meinung nimmt an, dass die Verwaltungsbehörden verpflichtet sind, das von ihnen für nichtig gehaltene Gesetz bis zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts anzuwenden (siehe z. B. Fritz Ossenbühl am angeführten Ort, § 101 RN 4 mit weiteren Nachweisen).

### III. Erlass von Rechtsnormen durch die Exekutive

Die Lebenssachverhalte, die in der modernen Welt einer rechtlichen Regelung bedürfen, sind vielgestaltig und häufig auch raschem Wandel unterworfen. Der parlamentarische Gesetzgeber wäre überfordert, wenn er alle rechtlich notwendigen Vorschriften selbst erlassen müsste. Daher ist es allgemeine Praxis

der Staatengemeinschaft, dass Rechtsvorschriften auch durch die Exekutive erlassen werden. Das Instrument der Rechtsverordnung, wie die von der Exekutive erlassenen Rechtsvorschriften genannt werden, ist im modernen Wirtschafts- und Sozialstaat unentbehrlich geworden. Der parlamentarische Gesetzgeber beschränkt sich auf die Regelung grundsätzlicher Fragen und überlässt die Details dem Verordnungsgeber. Vorteil dieser Lastenverteilung ist, dass nicht alle Details im parlamentarischen Gesetzgebungsverfahren behandelt werden müssen; auch können Änderungen auf Grund des technischen Fortschritts durch eine Ergänzung der einschlägigen Rechtsverordnungen rasch berücksichtigt werden.

Da die Exekutive mit dem Erlass von Rechtsverordnungen an sich eine Aufgabe des Gesetzgebers übernimmt, müssen die Aufgaben des parlamentarischen Gesetzgebers und des Verordnungsgebers klar voneinander abgegrenzt sein. Das hat das Grundgesetz in Art. 80 Abs. 1 Satz 2 geregelt. Danach kann der Gesetzgeber Regierungsorgane zum Erlass von Rechtsverordnungen ermächtigen. „Dabei müssen Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung im Gesetz bestimmt werden“ (so Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG). Eine Generalermächtigung ist also unzulässig; vielmehr muss die Verordnungsermächtigung inhaltlich so bestimmt sein, dass voraussehbar ist, in welchen Fällen und mit welcher Tendenz von der Ermächtigung Gebrauch gemacht werden kann und welchen Inhalt die auf Grund der Ermächtigung erlassenen Rechtsverordnungen haben können (so die ständige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, E 1, S. 14 ff; E 91, S. 148 ff. und die Literatur; siehe z. B. Badura, Staatsrecht RN 58, S. 325). Diese Grundsätze gelten auch für Verordnungsermächtigungen in Gesetzen der 16 deutschen Gliedstaaten, weil das nach deutschem Rechtsverständnis als eine dem Rechtsstaatsprinzip innewohnende Forderung anzusehen ist.

Diese strengen Anforderungen an die Ermächtigung zum Erlass von Rechtsverordnungen gelten nicht für Gesetze, durch die

Selbstverwaltungskörperschaften (z. B. Gemeinden, Landkreise) die Autonomie zum Erlass von Satzungen in eigenen Angelegenheiten verliehen wird. Denn die Satzungsautonomie ist ein Charakteristikum der Selbstverwaltung, für die ein selbstverantwortlicher Gestaltungsspielraum wesentlich ist (siehe BVerfGE 33, S. 125 ff, 157 ff). Doch allein die Satzungsautonomie der kommunalen Selbstverwaltungskörperschaften verleiht diesen nicht das Recht, in Grundrechte einzugreifen; dazu bedarf es einer eigenen Ermächtigung durch den Gesetzgeber.

#### IV. Verhältnismäßigkeit der Mittel

Es ist ein allgemein anerkannter rechtsstaatlicher Grundsatz, dass die Verwaltungsbehörden beim Erlass von belastenden Verwaltungsakten das Prinzip der Verhältnismäßigkeit der Mittel zu beachten haben. Dieses Prinzip stellt auf die Zweck-Mittel-Relation ab. Eine Maßnahme, die einen bestimmten Zweck verfolgt, muss der Verhältnismäßigkeit im weiteren Sinn entsprechen; das heißt, die Maßnahme muss

- geeignet,
- notwendig und
- verhältnismäßig im engeren Sinn sein.

Dieser Grundsatz findet sich z. B. niedergelegt im Bayerischen Polizeiaufgabengesetz (PAG); siehe Art. 4 PAG. Er gilt aber als rechtsstaatlicher Grundsatz für jeden in die Rechte des Bürgers eingreifenden Verwaltungsakt.

##### 1) Geeignetheit

Eine Maßnahme ist nur dann geeignet, wenn sie den erstrebten Erfolg überhaupt erreichen kann.

**Beispiel:** Aus einem gewerblich genutzten Gebäude strömen intensive Gerüche und Dämpfe aus, die für Personen in der Nachbarschaft Übelkeiten verursachen. Wenn die Behörde den Gewerbetreibenden verpflichtet, die Fenster auf der

Ostseite zuzumauern, so ist diese Anordnung nicht geeignet, den erstrebten Erfolg (Schutz der Nachbarschaft) zu erreichen, wenn feststeht, dass aus diesen Fenstern keine Gerüche und Dämpfe austreten.

## 2) Erforderlichkeit

Eine Maßnahme, die eine Verwaltungsbehörde anordnet, muss erforderlich (= notwendig) sein, um den erstrebten Erfolg zu erreichen. Das heißt: Von mehreren in Betracht kommenden Maßnahmen muss die Verwaltungsbehörde das mildeste Mittel wählen, also das Mittel, das den Betroffenen und die Allgemeinheit am wenigsten beeinträchtigt. Mit einer bekannten deutschen Redewendung könnte man auch sagen: Man soll nicht mit Kanonen auf Spatzen schießen.

**Beispiel:** In einem Gewerbebetrieb werden auch Auszubildende beschäftigt; das sind in der Regel Minderjährige, die in einer dreijährigen Ausbildung zu einer berufsqualifizierenden Prüfung geführt werden. Wenn die zuständige Behörde feststellt, dass der Inhaber des Gewerbebetriebs mehrere Jugendliche sexuell belästigt, muss die Behörde geeignete Maßnahmen zum Schutz der Jugendlichen ergreifen (wozu sie gesetzlich ermächtigt ist).

Die Behörde ordnet gegenüber dem Gewerbebetreibenden die Schließung des Betriebes an. Ist diese Maßnahme rechtmäßig?

Die Maßnahme ist durchaus geeignet, Jugendliche vor Übergriffen Gewerbeinhabers zu schützen. Doch es genügt nicht, dass die Maßnahme geeignet ist; sie muss auch notwendig sein. Notwendig ist sie nicht, wenn es ein milderer Mittel gibt, das den gleichen Erfolg (= Schutz der Jugendlichen) erreicht. Es wäre z. B. ein milderer Mittel, dem Gewerbebetreibenden aufzugeben, den Betrieb zu veräußern, also auf eine andere Person zu übertragen. Doch es stellt sich weiterhin die Frage, ob es gegenüber dieser Anordnung ein milderer Mittel gibt. Ein milderer Mittel gegenüber der Verkaufsanordnung wäre es, dem Gewerbebetreibenden zu untersagen,

Auszubildende und andere Minderjährige einzustellen. Für die noch im Betrieb Beschäftigten müsste eine Übergangsregelung getroffen werden, die die Auszubildenden schützt.

Ergebnis: Der Verwaltungsakt, mit dem die Schließung des Betriebes angeordnet wird, ist nicht erforderlich und deshalb rechtswidrig (und muss aufgehoben werden).

### 3) Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn

Nach diesem Grundsatz darf die von der Behörde angeordnete Maßnahme nicht außer Verhältnis zum angestrebten Erfolg stehen. Das heißt: Der Eingriff in die Rechte des Bürgers wird mit dem von der Behörde verfolgten Ziel ins Verhältnis gesetzt.

Wenn die Behörde im vorgenannten Beispiel anordnet, der Gewerbetreibende dürfe in Zukunft keine Auszubildenden einstellen, so ist dieser Eingriff verhältnismäßig; denn der Schutz der Jugendlichen ist gegenüber der Gewerbefreiheit des Betriebsinhabers ein mindestens gleichwertiges Rechtsgut. Diese Maßnahme der Behörde wäre verhältnismäßig.

## V. Anhörung vor dem Erlass eingreifender Akte

### 1) Prinzip der Anhörung

Nach Art. 103 Abs. 1 GG hat vor Gericht jedermann Anspruch auf rechtliches Gehör. Das rechtliche Gehör im Verwaltungsverfahren ist im deutschen Verfassungsrecht nicht ausdrücklich garantiert. Es ist aber allgemein anerkannt, dass der Grundsatz des rechtlichen Gehörs im Verwaltungsverfahren auch kraft Verfassungsrechts gilt. In der Literatur finden sich dazu unterschiedliche Begründungen, nämlich das Rechtsstaatsprinzip, die Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) und entsprechende Anwendung des Art. 103 Abs. 1 GG (siehe dazu

Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 490). Am wenigsten überzeugt das Argument der entsprechenden Anwendung des Art. 103 Abs. 1 GG, weil Verwaltungs- und Gerichtsverfahren doch wesentlich unterschiedliche Verfahren sind; sie dienen auch unterschiedlichen Zwecken. Die Anhörungspflicht der Verwaltungsbehörden lässt sich besser begründen mit dem Rechtsstaatsprinzip und der Pflicht des Staates, die Würde des Menschen zu achten (Art. 1 Abs. 1 GG). Wenn die Behörde dem Bürger ohne dessen vorherige Anhörung Belastungen auferlegt, wird der Bürger nicht als Subjekt, sondern wie ein Objekt behandelt; dieses verbietet die Menschenwürde (siehe dazu Matthias Herdegen, Der Begriff der Menschenwürde, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, Stand Februar 2005, Art. 1 Abs. 1 RN 33 ff.) Der Rechtsstaat kennt nicht den Untertan, mit dem die Obrigkeit in Diktaturen und früheren Epochen nach Belieben verfahren ist. Im Rechtsstaat ist der Bürger mit eigenen Rechten ausgestattet, über die die Obrigkeit nicht beliebig disponieren darf.

Das deutsche Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG) - entsprechende Regelungen finden sich in den Verwaltungsverfahrensgesetzen der deutschen Länder - trifft daher in § 28 Abs.1 folgende Regelung:

„Bevor ein Verwaltungsakt erlassen wird, der in Rechte eines Beteiligten eingreift, ist diesem Gelegenheit zu geben, sich zu den für die Entscheidung erheblichen Tatsachen zu äußern.“

Denn nur auf solche Umstände, zu denen sich der Beteiligte vorher äußern konnte, darf die Behörde ihre Entscheidung stützen. Es genügt, dass der Beteiligte die Möglichkeit hatte, sich zu äußern. Äußert er sich nicht, kann die Behörde das Verwaltungsverfahren abschließen und den Verwaltungsakt erlassen. Wenn sich der Beteiligte äußert, dann ist die Behörde verpflichtet, seine Darlegungen in ihre Erwägungen einzubeziehen, was in der Begründung des Bescheides zum Ausdruck kommen muss. Die Pflicht der Behörde, sich mit der Äußerung des Beteiligten auseinanderzusetzen, gilt nicht nur für

entscheidungserhebliche Tatsachen, sondern auch für wesentliche Rechtsfragen. Äußert sich der Beteiligte zu Rechtsfragen, so muss die Behörde im Bescheid erkennen lassen, dass sie sich mit den rechtlichen Darlegungen des Betroffenen befasst hat. Das gebietet die rechtsstaatliche Pflicht der Behörde, den Bürger als mit eigenen Rechten ausgestattete Person zu behandeln.

Von dieser Anhörungspflicht kennt das Gesetz auch Ausnahmen, z. B. wenn eine sofortige Entscheidung wegen Gefahr im Verzug oder im öffentlichen Interesse notwendig erscheint (§ 28 Abs. 2 Nr. 1 VwVfG), oder wenn von den tatsächlichen Angaben eines Beteiligten, die dieser in einem Antrag oder in einer Erklärung gemacht hat, nicht zu seinen Ungunsten abgewichen werden soll (§ 28 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG).

Eine Anhörung in diesen und anderen im Gesetz genannten Fällen wäre Formalismus, der in einem Rechtsstaat nicht gepflegt wird.

## 2) Heilung der unterbliebenen Anhörung

Wenn die Behörde einen belastenden Verwaltungsakt, z. B. die Untersagung der weiteren Ausübung eines Gewerbes, ohne Anhörung des Betroffenen erlässt, so macht dieser Verfahrensmangel den Verwaltungsakt rechtswidrig. Dieser Verfahrensfehler kann aber durch Nachholung der gebotenen Anhörung geheilt werden. Durch die „Heilung“ wird der Verfahrensmangel beseitigt mit der Folge, dass der Verwaltungsakt nunmehr als formell rechtmäßig anzusehen ist (siehe Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 10 RN 39, S. 269/270).

Die Heilung ist auch im Widerspruchsverfahren möglich. Das ist ein Verwaltungsverfahren, das nach der Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) der Klageerhebung in der Regel vorauszugehen hat. Es wird eingeleitet durch einen Widerspruch, den der belastete Bürger bei der Behörde erhebt, die den Verwaltungsakt erlassen hat. Wenn nun der Bürger in diesem Widerspruchsverfahren Gelegenheit zur Äußerung erhält, so ist der Verfahrensmangel der Nichtanhörung geheilt.

## VI. Begründung von Verwaltungsakten

### 1) Belastende Verwaltungsakte

Ein Rechtsstaat gewährt seinen Bürgern Rechtsschutz gegenüber Verwaltungsakten seiner Behörden. Vom Staat installierte Gerichte haben darüber zu wachen, dass sich die Verwaltungsbehörden den Bürgern gegenüber im Rahmen des Rechts bewegen. Gegen belastende Akte kann der Bürger, wie bereits erwähnt, Widerspruch (§§ 68 ff VwGO), und wenn dieser erfolglos ist, Klage beim Verwaltungsgericht erheben (§§ 42 ff, 81 ff VwGO) erheben. Die Kontrollierbarkeit des Verwaltungsakts setzt voraus, dass der Bürger die Gründe kennt, die die Behörde zum Erlass des Verwaltungsakts bewogen haben. Ohne Kenntnis der Gründe bleibt der Bürger im Dunkeln und sieht sich nicht in der Lage, in sinnvoller Weise Widerspruch und Klage zu erheben. Die Pflicht der Behörden, Verwaltungsakte mit einer Begründung zu versehen, ist in Deutschland in § 39 VwVfG geregelt. Denn nur, wenn der Bürger die Gründe kennt, die die Behörde zum Handeln veranlasst haben, kann er entscheiden, ob die Behörde - nach seiner Meinung - von richtigen tatsächlichen und rechtlichen Grundlagen ausgegangen ist., ob also ein Rechtsbehelf überhaupt Aussicht auf Erfolg hat. Der Bürger braucht für seinen Entschluss, Widerspruch und nach dessen Erfolglosigkeit Klage zu erheben, Anhaltspunkte für die Begründung seiner Rechtsbehelfe. Diese Anhaltspunkte kann er nur der behördlichen Begründung der Verwaltungsentscheidung entnehmen. Diese Begründungspflicht ist Ausfluss der Rechtsschutzgarantie, die das Grundgesetz in Art. 19 Abs. 4 ausspricht. § 39 VwVfG ist daher eine verfassungsrechtlich gebotene Gesetzesnorm.

### 2) Begünstigende Verwaltungsakte

Wenn die Behörde einem Antrag des Bürgers oder einer von ihm abgegebenen Erklärung folgt und der Verwaltungsakt nicht in Rechte eines anderen eingreift, so bedarf es nach § 39 Abs. 2 Nr. 1 VwVfG keiner Begründung. Diese Konstellation ist typisch für begünstigende Verwaltungsakte.

Doch in besonderen Fällen ist auch für begünstigende Verwaltungsakte, die der begünstigte Bürger keiner gerichtlichen Überprüfung zuführen kann, eine Begründung notwendig. Man denke an eine Subvention, die ein Wirtschaftsunternehmen erhalten hat. Die Firma wird ein Interesse daran haben, dass die Behörde den Subventionszweck detailliert darlegt. Denn bei Verfehlung des Zwecks wird die Firma mit einer Rückforderung der Subvention rechnen müssen (s. Kischel, Die Begründung, S. 230).

Auch einen Erlass von Steuerschulden sollte die Behörde, auch wenn keine Pflicht dazu besteht, begründen und damit aktenkundig machen. Das beugt Heimlichkeiten vor, die einem demokratischen Rechtsstaat fremd sind, fördert die Transparenz behördlichen Handelns und erleichtert auch staatsinterne Kontrollen, die gerade im Bereich der Staatsfinanzen notwendig sind.

### 3) Ermessensentscheidungen

Auch Ermessensentscheidungen bedürfen grundsätzlich der Begründung. „In der Begründung sind die wesentlichen tatsächlichen und rechtlichen Gesichtspunkte mitzuteilen, die die Behörde zu ihrer Entscheidung bewogen haben“ (so der Wortlaut von § 39 Abs. 1 Satz 2 VwVfG). Die Ausübung des Ermessens ist ein rationaler Vorgang, der einer Begründung ebenso zugänglich ist wie die sonstige Rechtsanwendung; gerade hier ist der Eindruck von Heimlichkeit zu vermeiden; gerade hier sind Transparenz und Offenheit wichtig. Ermessenserwägungen sind umso sorgfältiger und eingehender darzustellen, je weiter das der Verwaltung gewährte Ermessen ist (s. Kischel, Die Begründung, S. 223 ff.).

## VII. Abschließende Bemerkungen

Die Verwaltung, der der Bürger täglich begegnet, prägt wesentlich das Bild, das sich der Bürger von seinem Staat macht. Wenn die Verwaltung ihr Handeln nach rechtsstaatlichen Prinzipien ausrichtet, wenn der Bürger spürt, dass das Gesetz herrscht, also objektives, allgemeines Recht, nicht aber die Willkür der Menschen, gewinnt der Bürger Vertrauen zu „seinem“ Staat. Er wird eher geneigt sein, seinen staatsbürgerlichen Pflichten nachzukommen, und auch bereit sein, Ehrenämter im Staat zu übernehmen. Er wird sich mit seinem Staat identifizieren, sich für diesen einsetzen und damit einen wesentlichen Beitrag zur Stabilität des Gemeinwesens leisten.

#### Verwendete Literatur

- 1) Peter Badura, Staatsrecht, Systematische des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, 3. Auflage, 2003;
- 2) Anna Gamper, Staat und Verfassung, 2007;
- 3) Matthias Herdegen, Der Begriff der Menschenwürde, Art. 1 Abs. 1, in: Theodor Maunz/Günter Dürig, Grundgesetz, Kommentar, Stand Februar 2007;
- 4) Josef Isensee, Rechtsstaat - Vorgabe und Aufgabe der Einung Deutschlands, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band IX, 1997, § 202;
- 5) Bernd Grzeszick, Die Verfassungsgrundsätze des Art. 20 Abs. 3 GG, in: Theodor Maunz/Günter Dürig, Grundgesetz, Kommentar, Stand Dezember 2007;
- 6) Uwe Kischel, Die Begründung, 2003;
- 7) Hartmut Maurer, Allg. Verwaltungsrecht, 17. Auflage, 2009;
- 8) Fritz Ossenbühl, Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band V, 3. Auflage 2007, § 101;

- 9) Hans-Jürgen Papier, Gewaltentrennung im Rechtsstaat, in: Detlef Merten (Hrsg.), Gewaltentrennung im Rechtsstaat – Zum 300. Geburtstag von Charles de Montesquieu, 2. Auflage 1997, S. 95 -114;
- 10) Walter Schmitt Glaeser, Der freiheitliche Staat des Grundgesetzes, 2008;
- 11) Katharina Sobota, Das Prinzip Rechtsstaat, 1997;
- 12) Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band I, 2. Auflage, 1984, § 20: Das rechtsstaatliche Prinzip;
- 13) Reinhold Zippelius/Thomas Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, 31. Auflage, 2005.

**Zur Person des Autors:** Dr. Dr. h. c. Jürgen Harbich, Jahrgang 1936, juristische Ausbildung in München, Promotion 1963 an der Ludwig-Maximilians-Universität München mit der Dissertation „Der Bundesstaat und seine Unantastbarkeit“; diese veröffentlicht als Band 20 der Schriften zum Öffentlichen Recht im Verlag Duncker & Humblot, Berlin 1965; Nachdruck im Jahr 2000; im Jahr 2005 Verleihung der Ehrendoktorwürde durch die Juristische Fakultät der Mongolischen Staatsuniversität; Ehrenprofessor der Verwaltungshochschule Shandong, 1994; im Jahr 2000 Verleihung des Bundesverdienstkreuzes; berufliche Stationen: Verwaltungsgericht München, Landratsamt Bad Aibling, Vorstand der Bayerischen Verwaltungsschule; Lehrauftrag für Verfassungsrecht an der Universität der Bundeswehr München 1987 – 1989; „visiting professor“ an mehreren europäischen Universitäten; umfangreiche Lehr-, Vortrags- und Seminartätigkeit an ausländischen Universitäten und Institutionen in Afrika, Südamerika, Mittel- und Osteuropa (vor allem auch Russland, Sibirien), Mittelasien, Mongolei und China; über 130 Beiträge in Zeitschriften und Festschriften des In- und Auslandes.