

MEINHARD SCHRÖDER

Genehmigungs-
verwaltungsrecht

Jus Publicum

251

Mohr Siebeck

JUS PUBLICUM
Beiträge zum Öffentlichen Recht

Band 251



Meinhard Schröder

Genehmigungsverwaltungsrecht

Mohr Siebeck

Meinhard Schröder, geboren 1978 in Bonn, Studium der Rechtswissenschaften in München, Erstes Staatsexamen 2003, Zweites Staatsexamen 2005, Promotion 2009, Habilitation 2014, seit 2005 wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Ludwig-Maximilians-Universität München, 2014–2015 Lehrstuhlvertretungen an der Universität Konstanz.

Gedruckt mit freundlicher Unterstützung des Förderungs- und Beihilfefonds Wissenschaft der VG WORT.

e-ISBN PDF 978-3-16-153737-0
ISBN 978-3-16-153689-2
ISSN 0941-0503 (Jus Publicum)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2016 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen aus der Garamond Antiqua gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2014 von der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München als Habilitationsschrift angenommen und Anfang 2015 noch leicht aktualisiert.

Mein herzlicher Dank gilt zuvörderst meinem verehrten akademischen Lehrer, Herrn Prof. Dr. Dres. h.c. Hans-Jürgen Papier, der das Habilitationsverfahren trotz seiner Emeritierung im Sommer 2011 als Vorsitzender des „Fachmentorats“ weiter betreut hat. Während meiner Zeit als Mitarbeiter an seinem Lehrstuhl, die ich stets als sehr inspirierend empfunden habe, wurde der Grundstein für diese Arbeit gelegt. Herrn Prof. Dr. Jens Kersten danke ich für die überaus zügige Erstellung des Zweitgutachtens, Herrn Prof. Dr. Rudolf Streinz nicht nur für seine Mitwirkung als dritter Mann im Fachmentorat, sondern vor allem auch dafür, dass er mit seiner „Bürgschaft“ für den Fall der Abschaffung der Studienbeiträge meine Stelle an der Universität und damit eine wesentliche Voraussetzung für die Vollendung der Arbeit gesichert hat.

Dank gebührt auch meinen Kolleginnen und Kollegen von der LMU und aus dem RW-Habilitandenkreis, die durch regen fachlichen und persönlichen Austausch zu einer motivierenden, produktiven Arbeitsatmosphäre und damit zum Gelingen der Arbeit beigetragen haben. Aus dem Verlag Mohr Siebeck danke ich Herrn Dr. Franz-Peter Gillig für die Aufnahme der Arbeit in die Reihe Jus Publicum und Frau Jana Trispel für die Herstellung des Buches, für das dankenswerterweise die VG Wort den Druckkostenzuschuss übernommen hat.

Ganz besonders möchte ich mich gleichermaßen für Unterstützung und Ablenkung bei meinen Eltern und bei meiner Frau Carmen, die auch die Mühe des Korrekturlesens auf sich genommen hat, bedanken. Ihnen ist dieses Buch gewidmet.

München, im Sommer 2015

Meinhard Schröder

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
-------------------	---

Einführung

A. Das Thema des Genehmigungsverwaltungsrechts	1
I. Entwicklung und Stand der Diskussion	1
II. Begriff des Genehmigungsverwaltungsrechts	5
III. Realbereiche	7
B. Rechtliche Herausforderungen der Arbeit	9
I. Systembildung als klassische Aufgabe der Verwaltungs- rechtswissenschaft	9
II. Aktuelle Entwicklungen und europarechtliche Einflüsse	12
III. Beitrag zur Gesetzgebungslehre	14
C. Gang der Analyse	18

1. Kapitel

Bestandsaufnahme und -analyse

A. Allgemein-verwaltungsrechtliche Querschnittsaspekte	23
I. Genehmigungsverfahren als Verwaltungsverfahren	23
1. Nichtförmliches Verwaltungsverfahren	24
a) Antragstellung	24
b) Entscheidungsvorbereitung	26
2. Förmliches Verwaltungsverfahren	28
II. Ermessen	28
1. Grundsatz: Konditionale Verknüpfung von Ermessen mit Genehmigungskriterien	29
2. Störungen der Verknüpfung	30
a) Defizitäres Konditionalprogramm	30
aa) Nichtregelung einzelner Entscheidungssituationen	30

	bb) Nichtregelung des Konditionalprogramms	31
	b) Scheinbare Ermessenseinräumung	32
	aa) Koppelungsvorschriften	32
	bb) Generelle Ermessensreduzierung auf Null	33
	3. Zweck der Ermächtigung	34
	a) Einfluss des Konditionalprogramms	34
	b) Einfluss der Genehmigungsbezeichnung	35
III.	Genehmigung als Verwaltungsakt	37
	1. Regelungsgehalt einer Genehmigung	37
	2. Genehmigungsfolgen	39
	3. Regelungsgehalt der Ablehnung einer Genehmigung	40
	4. Nebenbestimmungen	43
	a) Ermessensabhängigkeit der Zulässigkeit von Nebenbestimmungen	44
	b) Verhältnis zu fachgesetzlichen Ermächtigungen	46
	c) Ausschluss von Nebenbestimmungen	47
	aa) Wirkungen von Nebenbestimmungen	47
	bb) Unzulässiger Schwebezustand	48
	cc) Potentielle Nichtdurchsetzbarkeit von Auflagen	50
	dd) Unablehnbarkeit von Auflagen	51
	d) Zulässigkeit modifizierender Auflagen	52
	5. Geltungsdauer und Verlängerung	52
	6. Aufhebung	55
	a) Verhältnis zu Spezialbefugnissen	56
	b) Ausschluss der Aufhebung	57
	c) Europarechtliche Einflüsse	60
	d) Aufhebung durch Gesetz	61
	7. Verzicht	63
	8. Rechtsschutz	64
	a) Genehmigungspräsident/-inhaber	64
	b) Dritte	66
	9. Zusicherbarkeit	69
IV.	Genehmigungsbezogene Regelungen	74
	1. Verfahren über eine einheitliche Stelle	74
	2. Genehmigungsfiktion	76
	3. Planfeststellungsverfahren	80
V.	Vertragliche Vereinbarung der Genehmigungserteilung	84
	1. Verpflichtung zur Genehmigungserteilung durch Vertrag	85
	2. Genehmigungserteilung durch Vertrag	89
VI.	Amtshaftung	91
B.	Genehmigungsvorbehalte für Freiheitsbetätigungen	93
I.	Baurecht	95

1.	Bauplanungsrecht	95
	a) Ausnahmen von Veränderungssperren	96
	b) Ausnahmen und Befreiungen nach § 31 BauGB	98
	aa) Ausnahmen	98
	bb) Befreiungen	100
	c) Fremdenverkehrssicherungsgebiete	101
	d) Sanierungsgebiete und Stadtentwicklungsgebiete	105
	e) Erhaltungsgebiete	108
	f) Stadtumbaugebiete	110
	g) Baulandumlegung	110
	h) Enteignungsverfahren	112
2.	Bauordnungsrecht	113
	a) Genehmigungsbedürftigkeit	113
	b) Genehmigungsverfahren	118
	aa) Antrag	118
	bb) Entscheidungsvorbereitung	119
	(1) Beteiligung der Gemeinde durch Einvernehmen	120
	(2) Beteiligung anderer Stellen	121
	(3) Nachbarbeteiligung	124
	(4) Beachtung baurechtsexterner Verfahrensvorschriften	129
	c) Genehmigungserteilung	129
	aa) Entscheidungsmaßstab	130
	(1) Gesetzliches „Prüfprogramm“	131
	(2) Prüfung sonstigen Rechts	134
	bb) Regelungsgehalt	135
	(1) Baufreigabe?	136
	(2) Legalitätsfeststellung	137
	d) Konsequenzen der Genehmigungserteilung	139
	aa) Normativer Anknüpfungspunkt	139
	bb) Schutz vor dem Gesetzgeber	140
	cc) Bedeutung in anderen Rechtsgebieten	142
3.	Erkenntnisse aus dem Baurecht	145
	a) Genehmigungsvorbehalte als Instrument der Rechtsbeachtungskontrolle	145
	b) Genehmigungsvorbehalte als Instrument der Entscheidungsfeinsteuering	147
	c) Verfahrensregulierung	148
	d) Privatisierung und Kontrolle von Verfahrensschritten	153
	e) Verfahrensdesign als Herausforderung	154
	f) Modellcharakter des Baugenehmigungsverfahrens?	157
II.	Immissionsschutzrecht	158
	1. Genehmigungsbedürftigkeit	158

2.	Genehmigungsverfahren	161
	a) Antrag	161
	b) Entscheidungsvorbereitung	162
3.	Genehmigungserteilung	164
	a) Entscheidungsmaßstab	165
	b) Regelungsgehalt	168
4.	Konsequenzen der Genehmigungserteilung	169
	a) Stabilität der Genehmigungsposition	170
	aa) Immissionsschutzrechtliche Bestandsschutz- durchbrechungen	170
	bb) Weitere Bestandsschutzaspekte	173
	b) Bedeutung in anderen Rechtsgebieten	173
	aa) Zivilrecht, insbesondere Haftungsrecht	173
	bb) Strafrecht	174
5.	Exkurs zur TEHG-Genehmigung	175
6.	Erkenntnisse aus dem Immissionsschutzrecht	177
	a) Verfahrensdesign	177
	b) Regelungstechnik des Verfahrensdesigns	178
	c) Bestandsschutz als veränderlicher Saldo	180
III.	Handwerksrecht	181
	1. Genehmigungsbedürftige Berufe	181
	2. Eintragung in der Handwerksrolle als Genehmigung	183
	3. Erkenntnisse aus dem Handwerksrecht	185
	a) Rechtfertigung des Genehmigungsvorbehalts	186
	b) Rolle der Handwerkskammern	188
	c) Synchronisation von Handwerksrecht und Gewerberecht	190
IV.	Glücksspielrecht	190
	1. Generelles Verbot, punktuelle Genehmigungsmöglichkeiten	191
	a) Rennwett- und Lotteriewesetz	192
	b) Gewerberecht	193
	c) Landesglücksspielrecht	195
	d) Weitere Genehmigungen?	198
	aa) DDR-Lizenzen	198
	bb) Genehmigungen aus anderen Staaten der EU	199
	2. Verfassungs- und europarechtliche Bedenken	200
	a) Zulassung Privater vs. staatliches Monopol	201
	b) Zahlenmäßige Begrenzung von Konzessionen	204
	c) Zulässigkeit der Ermessenseinräumung	205
	3. Erkenntnisse aus dem Glücksspielrecht	207
	a) Zweifel an der tradierten Kategoriebildung	207
	b) Problem der Kontingentierung	210
	c) Verfahrensbeeinflussende Wirkung der Grundfreiheiten	210
	d) Segmentierung des Genehmigungsverwaltungsrechts	211

V.	Außenwirtschaftsrecht	212
	1. Grundsatz der Außenwirtschaftsfreiheit	213
	2. Einzelne Genehmigungsvorbehalte	214
	a) Exportbeschränkungen nach der europäischen Ausfuhr- Verordnung	215
	b) Exportbeschränkungen für Dual-Use-Wirtschaftsgüter . .	217
	aa) Europarechtliche Vorgaben	217
	bb) Regelungen im deutschen Recht	220
	(1) „Ergänzungsregelungen“	221
	(2) „Vollregelungen“	225
	c) Handel mit Kriegswaffen und anderen Rüstungsgütern . .	232
	aa) Außenhandel mit Rüstungsgütern	233
	bb) Kriegswaffenkontrolle	234
	cc) EU-Binnentransporte von Rüstungsgütern einschließlich Kriegswaffen	236
	d) Handel mit Drogen Grundstoffen	237
	aa) Europarechtliche Vorgaben	237
	bb) Regelungen im deutschen Recht	240
	e) Ausfuhr von Kulturgut	241
	3. Erkenntnisse aus dem Außenwirtschaftsrecht	245
	a) Zweifelhafte Normsetzungsallokation	245
	b) Verwischung prägender Strukturen des Genehmigungs- verwaltungsrechts	247
	c) Genehmigungsvorbehalte als Instrument der Rechts- beachtungskontrolle und Entscheidungsfeinstuerung . .	248
	d) Europäisierung des Genehmigungsverwaltungsrechts . . .	250
	aa) Erhöhter Rechtfertigungsbedarf für mitglied- staatliche Genehmigungsvorbehalte	250
	bb) Mehrspurige Verfahren	250
	cc) Transnationalisierung	251
	e) Bestätigung der Bedenken gegen die Kategorisierung von Genehmigungsvorbehalten	253
VI.	Chemikalienrecht	254
	1. Genehmigungsbedürftigkeit	255
	2. Genehmigungsverfahren	258
	3. Genehmigungserteilung	259
	a) Entscheidungsmaßstab	259
	b) Regelungsgehalt	261
	4. Konsequenzen der Genehmigungserteilung	261
	5. Erkenntnisse aus dem Chemikalienrecht	262
	a) Verfahrensdesign im europäischen Eigenverwaltungsrecht	262
	b) Genehmigungsvorbehalt als Instrument administrativen Risikomanagements	264

c) Ökonomisierungstendenzen	267
VII. Verkehrs- und Transportrecht	268
1. Straßenverkehr	268
a) Fahrzeugzulassung und Betriebserlaubnis	268
aa) Fahrzeugzulassung	269
bb) Betriebserlaubnis	271
(1) Allgemeine Betriebserlaubnis	272
(2) Einzelbetriebserlaubnis	273
(3) EG-Fahrzeug-Genehmigungsverordnung	274
(4) Anerkennung ausländischer Genehmigungen	277
b) Fahrerlaubnis	278
c) Tätigkeitsgenehmigungen	281
aa) Güterbeförderung	281
bb) Personenbeförderung	283
(1) Personenfernverkehr	284
(2) Gelegenheitsverkehr	286
(3) Linien-Personennahverkehr	289
(4) Internationaler Verkehr	292
d) Straßenbezogene Genehmigungen	293
aa) Sondernutzungserlaubnisse	295
(1) Sondernutzungserlaubnis nach Straßenrecht	296
(2) Sondernutzungserlaubnis nach Straßenverkehrsrecht	299
bb) Erhebung von Benutzungsgebühren	301
2. Schienenverkehr	301
a) Unternahmergenehmigungen	301
b) Fahrzeugzulassung	304
c) Fahrerlaubnis	306
3. Erkenntnisse aus dem Verkehrs- und Transportrecht	308
a) Multifunktionale Verwendung von Genehmigungs- vorbehalten im Verkehrs- und Transportrecht	308
b) Segmentierung des Genehmigungsverwaltungsrechts	310
c) Internationalisierung des Genehmigungs- verwaltungsrechts	310
d) Verwendung von Typengenehmigungen	311
VIII. Wasserrecht	312
1. Genehmigungsbedürftigkeit von Gewässerbenutzungen	313
2. Genehmigungsverfahren	314
3. Genehmigungserteilung	315
a) Genehmigungstypen und ihr Regelungsgehalt	316
b) Entscheidungsmaßstab	318
aa) Basisprüfprogramm	319

bb) Zusätzliche Anforderungen für bestimmte Genehmigungstypen	320
c) Ermessensentscheidung	321
4. Konsequenzen der Genehmigungserteilung	322
a) Stabilität der Genehmigungsposition	323
b) Bedeutung in anderen Rechtsgebieten	324
5. Erkenntnisse aus dem Wasserrecht	325
a) Genehmigung als Instrument der Bewirtschaftung	325
b) Verfahrensdesign und Regelungstechnik	326
c) Bestätigung der Bedenken gegen die Kategorisierung von Genehmigungsvorbehalten	327
IX. Telekommunikationsrecht	328
1. Frequenzzuteilung	329
2. Entgeltgenehmigung	332
3. Erkenntnisse aus dem Telekommunikationsrecht	337
a) Genehmigung als Mittel der Knappheitsverwaltung	337
b) Genehmigung als Mittel der Marktregulierung	338
c) Unzureichende gesetzliche Determinierung des Telekommunikationsrechts?	338
C. Genehmigungsvorbehalte gegenüber Selbstverwaltungsträgern	341
I. Kommunalrecht	342
1. Kommunales Finanz- und Wirtschaftsrecht	342
a) Genehmigungsgegenstände	343
b) Voraussetzungen für die Genehmigungserteilung	348
c) Genehmigungsverfahren und -wirkungen	357
d) Rechtsschutz	360
2. Statusrelevante Genehmigungen	361
3. Genehmigung von Bauleitplänen	363
4. Erkenntnisse aus dem Kommunalrecht	367
a) Funktionen der Genehmigungsvorbehalte im Kommunalrecht	367
aa) Präventive Rechtsbeachtungskontrolle	367
bb) Rechtliche Flexibilisierung	370
cc) Mitentscheidung	371
b) Instrumentelle Alternativen	371
aa) Rechtsbeachtungskontrolle durch Vorlage- und Wartepflichten	371
bb) Flexibilisierung durch materiell-rechtliche Ausnahmen	374
cc) Mitentscheidung durch Einvernehmen und Benehmen	375
c) Probleme bei der Verwendung von Genehmigungs- vorbehalten	376
II. Rundfunkrecht	379

1. § 11 f Abs. 7 RStV als Genehmigungsvorschrift	379
2. Voraussetzungen für die Genehmigungserteilung	382
3. Verfahren der Genehmigungserteilung	383
4. Wirkungen der Genehmigungserteilung	384
5. Rechtsschutzmöglichkeiten	385
6. Erkenntnisse aus dem Rundfunkrecht	386
III. Sozialversicherungsrecht	386
1. Rechtsetzungsgenehmigungen	387
a) Satzungen der Sozialversicherungsträger	387
b) Geschäfts- und Verfahrensordnungen	393
c) Materielles Sozialversicherungsrecht	399
aa) Arbeitslosenversicherung	399
bb) Kranken- und Pflegeversicherung	400
cc) Unfallversicherung	404
2. Statusfragen	405
3. Genehmigungen in Finanzfragen	406
4. Datenschutz	408
5. Erkenntnisse aus dem Sozialversicherungsrecht	409
a) Genehmigung als Legitimationsinstrument	409
b) Rolle der Selbstverwaltungsgarantie	410
D. Supranationale Genehmigungsvorbehalte gegenüber der Bundesrepublik Deutschland	411
I. Genehmigungsvorbehalt im Beihilfenrecht	412
II. Genehmigungsverfahren und Entscheidungsmöglichkeiten	414
III. Genehmigungsvoraussetzungen	417
IV. Missachtung des Verbots und Aufhebung der Genehmigung	419
V. Rechtsschutz	419
VI. Erkenntnisse aus dem Beihilfenrecht	420
1. Standardelemente des Genehmigungsverfahrens auch in besonderer Konstellation	421
2. Deregulierung	421

2. Kapitel

Verfassungsrechtlicher Rahmen für das
Genehmigungsverwaltungsrecht

A. Freiheitsrechtliche Perspektive	426
I. Genehmigungsvorbehalte als Freiheitsbeschränkung	426
1. Theoretische Freiheit	427
2. Punktuelle Limitierungen der theoretischen Freiheit?	427

3. Unbegrenztheit des Schutzbereichs der allgemeinen Handlungsfreiheit	429
4. Von der theoretischen zur effektiven und gesetzlichen Freiheit	429
5. Freiheitsbeschränkung und Grundrechtsausgestaltung	431
6. Staatliche Leistungsverweigerung als Grundrechtseingriff?	435
a) Vergleich mit der Inanspruchnahme fremder Rechtsgüter	435
b) Abweichende Beurteilung im Bereich des <i>status positivus</i> ?	435
c) Situativer Kontext von Leistungsbegehren und Freiheitsbetätigungen	437
d) Separate Beurteilung der Leistungsdimension	439
7. Faktischer Genehmigungsvorbehalt bei unübersichtlicher Rechtslage	440
II. Genehmigungsversagung und -aufhebung als Freiheitsbeschränkungen	442
III. Genehmigungsvorbehalte als Freiheitserfordernis?	443
1. Schutzpflichtenrealisierung	443
2. Grundrechtsschutz durch Verfahren	448
3. Grundrechtsschutz durch Verwaltungsrechtsschutz?	449
IV. Grundrechtseingriffe durch eine Genehmigungserteilung?	450
V. Eigentumsschutz von Genehmigungen?	452
1. Genehmigungen und Eigentumsdefinition	452
a) Genehmigung als Rechtsposition	453
b) Vermögenswert	455
2. Übereinstimmung mit den Vorgaben der EMRK	457
3. Schlussfolgerungen	458
a) Eigentumsfähigkeit von Genehmigungen nach Maßgabe der Rechtsordnung	458
b) Konsequenzen des Eigentumsschutzes	458
B. Genehmigungsvorbehalte als Beeinträchtigung von Selbstverwaltungsgarantien	460
I. Quellen von Selbstverwaltungsgarantie	460
1. Kommunale Selbstverwaltungsgarantie	460
2. Grundrechtliche Selbstverwaltungsgarantien	460
3. Verfassungsrechtlich autorisierte, aber einfachgesetzliche Selbstverwaltungsgarantien	461
II. Eingriffsintensität	462
C. Vorgaben für den Gesetzgeber	463
I. Verwendung von Genehmigungsvorbehalten	464
1. Rechtfertigung einzelner Genehmigungsvorbehalte	465
a) Rechtsbeachtungskontrolle	466

- b) Genehmigung ausnahmsweiser Rechtsabweichung 470
- c) Vorbehalt der Inanspruchnahme staatlicher Ressourcen . . . 471
- d) Vorbehalt der Durchführung von Auswahl-
und Verteilungsentscheidungen 471
- e) Staatliche Steuerung und Planung 473
- f) Mitentscheidung in Statusangelegenheiten 474
- 2. Genehmigungsvorbehalte im Rechtssystem 474
 - a) Gebote zur Sicherstellung der Konsistenz
der Rechtsordnung 474
 - b) Föderalismus als gegenläufiges Prinzip? 476
- II. Regelungszuständigkeit und -dichte 477
 - 1. Gesetzgebung zwischen Wesentlichkeitstheorie,
Allgemeinheitsgebot und Bestimmtheitsgrundsatz 478
 - 2. Zulässigkeit der Einräumung von administrativen
Entscheidungsspielräumen 482
 - a) Grenzen gesetzgeberischer Verhaltensnormierung 483
 - b) Verhältnismäßigkeitsaspekte der Ermessenseinräumung . . 483
 - aa) Vorrang gebundener Entscheidungen 484
 - bb) Ziele und Modalitäten von Ermessenseinräumungen . . 485
 - c) Verfassungskonforme Ermessensreduzierung
als Korrektiv? 487
 - d) Zulässige Adressaten von Entscheidungsspielräumen . . . 488
- III. Unbedenklichkeitsbescheinigungen bei faktischem
Genehmigungsvorbehalt 490
- IV. Genehmigungsfolgenrecht 495

3. Kapitel

Europarechtlicher Rahmen
für das Genehmigungsverwaltungsrecht

- A. Einführung von Genehmigungsverfahren 499
 - I. Primärrechtliche Grenzen der Einführung von Genehmigungs-
vorbehalten 500
 - 1. Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung 500
 - 2. Subsidiarität 502
 - 3. Verhältnismäßigkeit 503
 - 4. Kohärenz 505
 - II. Regelungszuständigkeiten 507
- B. Beeinflussung mitgliedstaatlicher Genehmigungsvorbehalte 509
 - I. Kollision von Genehmigungsvorbehalten mit Grundfreiheiten . . 510

1. Kollisionspotential	510
2. Rechtfertigung von Genehmigungsvorbehalten	511
a) Kohärenzgebot als Teilaspekt der Geeignetheit einer Beschränkung	512
b) Ungeeignetheit wegen Umgehungsmöglichkeit über andere Mitgliedstaaten	518
c) Zweistufiges System der Erforderlichkeitsprüfung von Genehmigungsvorbehalten	519
aa) Einschränkungen der Zulässigkeit präventiver Kontrolle	519
bb) Erforderlichkeit bestimmter Verfahrensgestaltungen .	521
II. Harmonisierung	522
1. Verhinderung mitgliedstaatlicher Genehmigungsvorbehalte .	522
2. Beeinflussung von Genehmigungsverfahren	523
a) Maßnahmen zur Vermeidung von „Doppelprüfungen“ . .	524
b) Maßnahmen zur Durchsetzung von den Mitgliedstaaten vernachlässigter Interessen	524
III. Einfluss der Unionsgrundrechte	525
C. Umsetzungsfragen	527
I. Regelungstechnik	527
II. Anwendungsvorrang und Normenwahrheit	529
III. Inländerdiskriminierung	530

4. Kapitel

Bilanz

A. Rationalisierung des Genehmigungsverwaltungsrechts	533
I. Grenzen der Rationalisierung des Gesetzgebungsprozesses . . .	535
II. Rationalisierung von Verwaltungsentscheidungen	537
B. Typologie der Genehmigungsvorbehalte	539
I. Verwerfung der tradierten Kategorien	539
II. Instrumentelle Konvergenz	541
1. Alternative Instrumente	542
2. Verschwimmen der Abgrenzung	542
III. Mögliche Kategorisierungskriterien	543
1. Zulässigkeitskategorisierungen	543
a) Zulässigkeit von Genehmigungsvorbehalten	544
aa) Rechtsbeachtungskontrolle	544
bb) Materielle Entscheidungsdelegation	545

b) Zulässigkeit der Einräumung behördlicher Gestaltungsbefugnisse	545
2. Deskriptive Kategorisierungen	546
IV. Wert der Kategoriebildung	548
V. Begriffsverwendungen	549
C. Die „Reform“ des Genehmigungsverwaltungsrechts	550
I. Bewertungsmaßstab	550
II. Klassische Maßnahmen	552
1. Anzeige statt Genehmigungsvorbehalt	553
2. Reduzierung der inhaltlichen Kontrolle und Privatisierung von Verfahrensschritten	556
3. Überwachung und repressive Kontrolle statt Genehmigungs- vorbehalt	558
4. Beschleunigungsmaßnahmen	560
5. Instrumentelle Durchführung	562
III. Maßnahmen zur Akzeptanzverbesserung	563
D. Die Europäisierung des Genehmigungsverwaltungsrechts	565
E. Die Kodifikationsfrage	568
I. Konzentration auf den Allgemeinen Teil	569
II. Kodifikationsmöglichkeiten des Genehmigungs- verwaltungsrechts	570
1. Berücksichtigung der Anleitungsidee von Kodifikationen	571
2. Verallgemeinerung von Elementen	572
a) Verfahrenselemente	573
b) Genehmigungselemente	575
Literaturverzeichnis	577
Sachverzeichnis	617

Einführung

A. Das Thema des Genehmigungsverwaltungsrechts

Genehmigungsvorbehalte sind eine der ältesten Formen der Verwaltung der Freiheit.¹ Sie gehen letztlich zurück auf das Regalienwesen, in dem bestimmte Rechte grundsätzlich nur dem König zustanden, aber (nicht zuletzt aus fiskalischen Gründen) an Untertanen verliehen werden konnten.² Mit der aufkommenden Industrialisierung und Technisierung der Gesellschaft trat ein anderer Aspekt in den Vordergrund, nämlich die polizeiliche, auf die Abwehr von Gefahren gerichtete Funktion von Genehmigungsvorbehalten.³ Folgerichtig entwickelte sich eine wissenschaftliche Auseinandersetzung mit dem Institut des Genehmigungsvorbehalts erstmals im deutschen Kaiserreich, wo sie vor allem die Gewerbe Konzession betraf.⁴

I. Entwicklung und Stand der Diskussion

In der Lehre *Otto Mayers* wurden Genehmigungsvorbehalte zunächst einheitlich unter dem Begriff der Polizeierlaubnis behandelt⁵. Anwendungsbereich der Polizeierlaubnis sollten demnach solche „Lebensäußerungen [sein], welche nicht unbedingt als störend für die gute Ordnung des Gemeinwesens angesehen sind, welche aber störend werden können je nach der Person, von der sie ausgehen, nach der

¹ Historische Beispiele zur Genehmigung von Mühlen etwa bei *Cancik*, Verwaltung und Öffentlichkeit in Preußen, S. 250 ff. Vgl. zum freiheitseingreifenden Charakter von Genehmigungsvorbehalten schon *Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, 1. Aufl. 1895, § 21 (S. 289). Vgl. auch *Huber*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, GVR III, § 45 Rn. 28, der die Überwachung, zu der auch die Genehmigungspflicht zählt, als „Freiheitskorrelat“ bezeichnet. Siehe zur grundrechtlichen Betrachtung auch noch ausführlich unten S. 426 ff.

² Vgl. etwa *Koenig*, Die öffentlich-rechtliche Verteilungslenkung, S. 101. Zur Verleihung von Rechten auch noch im 19. Jahrhundert *Laband*, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, S. 207 (dort Fn. 1). Siehe zum Regalienwesen und den dogmatischen Einordnungsschwierigkeiten etwa *Troeltsch*, in: Conrad/Elster/Lexis/Loenig, Handwörterbuch der Staatswissenschaften, Band VI, 1901, S. 351 ff.

³ Vgl. etwa *Wabl*, in: FS Kutscheidt, S. 199; siehe auch *Laband*, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, S. 207 ff. mit zahlreichen Beispielen.

⁴ Siehe etwa *Rehm*, Die rechtliche Natur der Gewerbs-Konzession; *Fichter*, Die rechtliche Natur der Gewerbe Konzession.

⁵ *Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, 1. Aufl. 1895, § 21 (S. 287 ff.).

Art und Weise, wie das Unternehmen begründet, eingerichtet und geführt wird.“⁶ Mayer qualifizierte sie als die „schwerste Art von Eingriff in die Freiheit, der um der bloßen Überwachung willen gemacht werden kann, und umso schwerer, je mehr die Entbindung von dem Verbote, die Erlaubniserteilung, in das freie Ermessen gestellt ist“.⁷ Schon *Richard Thoma* wies in seiner 1906 erschienenen Habilitationsschrift allerdings darauf hin, dass diese Einordnung in ihrer Allgemeinheit wohl nicht auf alle Erlaubnisvorbehalte zutrefe und vielmehr eine Differenzierung zwischen echten Erlaubnisvorbehalten und Erlaubniseinholungsgeboten zu treffen sei.⁸ Später bezeichnete er die einheitliche Konstruktion in einer Urteilsanmerkung gar als „verunglückt“ und forderte die Unterscheidung zwischen Polizeierlaubnis einerseits und polizeilicher Dispensation oder Ausnahmebewilligung andererseits⁹.

Die damit angelegte Aufteilung in zwei Kategorien von Genehmigungsvorbehalten wurde unter Geltung des Grundgesetzes von der wohl herrschenden Auffassung in Rechtsprechung und Wissenschaft übernommen.¹⁰ Ergebnis der gerichtlichen Urteilstätigkeit und „Einteilungskunst unserer wissenschaftlichen Literatur“¹¹ ist üblicherweise eine Differenzierung nach präventiven Verboten mit Erlaubnisvorbehalt und repressiven Verboten mit Befreiungsvorbehalt;¹² andere terminologische Bezeichnungen, namentlich die der Kontrollerlaubnis¹³ einerseits und des Dispenses¹⁴ andererseits, sind verbreitet. Metaphorisch soll der Unterschied darin liegen, dass beim präventiven Verbot eine Schranke geöffnet wird, man beim repressiven Verbot hingegen erlaubt bekommt, über den Zaun zu klettern.¹⁵ In der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts klingt das in der Entscheidung zum Sammlungsgesetz aus dem Jahr 1966 so: „Die gesetzliche Verpflichtung, eine Erlaubnis einzuholen, besagt [...] nicht, daß die erlaubnispflichtige Tätigkeit als solche verboten sei, sondern nur, daß mit der Rechtsausübung erst begonnen werden darf, wenn die Gesetzmäßigkeit des Vorhabens in einem geordneten Verfahren geprüft und festgestellt ist. Die rechtliche Bedeutung der Erlaubnis besteht also darin, daß eine vorläufige Sperre, die der Rechtsausübung zunächst

⁶ Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 1. Aufl. 1895, § 21 (S. 288).

⁷ Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 1. Aufl. 1895, § 21 (S. 289).

⁸ Thoma, Der Polizeibefehl im badischen Recht, S. 341.

⁹ Thoma, VerwArch 32 (1927), S. 247 (248).

¹⁰ Auch hier gilt: Verfassungsrecht vergeht, Verwaltungsrecht besteht, wie es *Otto Mayer* im Vorwort zur 3. Auflage des Verwaltungsrechts (1924) formulierte.

¹¹ Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 1924, § 19 (S. 210).

¹² Vgl. statt vieler etwa *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 9 Rn. 51 ff.

¹³ Vgl. etwa *Huber*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, GVR III, § 45 Rn. 102, 113 ff.; *Vitzthum/Geddert-Steinacher*, Der Zweck im Gentechnikrecht, S. 18; *Hufeld*, JZ 2002, 871 ff.

¹⁴ Vgl. etwa *Brohm*, JZ 1995, 369 ff.; *Jarass*, GewArch 1980, S. 177 (178 f.) spricht hingegen von „freier Genehmigung“.

¹⁵ Siehe zu den beiden Bildern *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, Verwaltungsrecht I, § 46 Rn 40. Kritisch zur Abgrenzung etwa *Pielow*, Grundstrukturen öffentlicher Versorgung, S. 462; siehe zur Entwicklung auch *Schreiber*, Das Regelungsmodell der Genehmigung, S. 24 ff., 31.

gesetzt ist, aufgehoben wird.“ „Dem Wesen des Grundrechts entspricht ein Erlaubnisvorbehalt hiernach dann, wenn er das materielle, aus dem Grundrecht fließende Recht als solches unberührt lässt, und dem Grundrechtsträger in dem einfachen Gesetz, das den Erlaubnisvorbehalt enthält, das Recht eingeräumt ist, die Aufhebung der formellen Ausübungsschranke zu verlangen“.¹⁶ Die Streitgegenständlichen Regelungen im Sammlungsgesetz beschreibt das Bundesverfassungsgericht dagegen als repressive Verbote mit bloßem Befreiungsvorbehalt: Die Tätigkeiten „werden im Prinzip nicht als erlaubt angesehen mit der Möglichkeit, rechtswidriges Verhalten zu verbieten, sondern als grundsätzlich verboten mit der ‚Chance‘, von diesem Verbot eine Befreiung zu erhalten. Die Genehmigung besagt nicht mehr nur, dass dem Vorhaben keine gesetzlichen Hindernisse entgegenstehen, sondern gestattet die Tätigkeit erst. Die Genehmigung ist nicht lediglich eine zur präventiven Kontrolle vorgesehene formelle Voraussetzung für die rechtmäßige Ausübung einer an sich nicht verbotenen Betätigung, sondern enthält der Sache nach die Aufhebung eines repressiven Verbotes des objektiven Rechts. Sie ist somit eine materielle Voraussetzung für das Recht überhaupt. Durch die Genehmigung wird das Recht [...] erst konstitutiv begründet.“¹⁷ Solche Verbote mit Befreiungsvorbehalt sollen nicht stets unzulässig sein, aber die damit einhergehende grundsätzliche Freiheitsbeseitigung bedarf eines besonderen öffentlichen Interesses,¹⁸ an dem es im Hinblick auf das Sammlungsgesetz fehlte, das aber beispielsweise im Atomrecht bestand.¹⁹

Das Bundesverfassungsgericht hat damit – letztlich anknüpfend an die Bemerkung *Otto Meyers* über die in der Ermessenseinräumung liegende Belastung²⁰ – die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Einräumung von Ermessen in der Weise geklärt, dass sie eines besonderen „öffentlichen Interesses“ bedarf. Offen bleibt aber in terminologischer Hinsicht, ob die Repressivität eines Genehmigungsvorbehalts aus der Ermessenseinräumung resultiert, der Begriff also deskriptiv zu verstehen ist, oder ob sie vorausgesetzt und die Ermessenseinräumung zulässige Folge davon ist. Damit ist das generelle Problem angesprochen, dass bis heute Uneinigkeit darüber besteht, was genau den Unterschied zwischen präventivem Verbot mit Erlaubnisvorbehalt und präventivem Verbot mit Befreiungsvorbehalt ausmacht.

Ein erstes vorgeschlagenes Abgrenzungskriterium ist das der grundsätzlichen Bewertung der erstrebten Handlung als erlaubt. Handlungen, die „nicht unbedingt als störend für die gute Ordnung des Gemeinwesens angesehen sind“ (*Otto Mayer*) bzw. im Prinzip „als erlaubt angesehen mit der Möglichkeit, rechtswidriges Verhalten zu verbieten“ (BVerfG), sollen dieser Genehmigungsform unterfallen. Teilweise wird auch danach differenziert, ob die Handlung grundsätzlich er-

¹⁶ BVerfGE 20, 150 (155).

¹⁷ BVerfGE 20, 150 (157).

¹⁸ BVerfGE 20, 150 (157).

¹⁹ BVerfGE 49, 89 (145 ff.).

²⁰ *Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 1924, § 22 (S. 240).

wünscht²¹ ist, was terminologisch treffender erscheint, da die grundsätzliche Erlaubtheit erst die Konsequenz der Erwünschtheit ist. Repressive Vorbehalte sollen im Gegensatz dazu vorliegen, wenn die Handlung zumindest unerwünscht ist, nach manchen Stimmen muss sie auch sozial schädlich sein oder sogar überragend wichtige Gemeinschaftsgüter gefährden.²² Kennzeichen dieses Abgrenzungskriteriums ist es also, dass es von der gesetzgeberischen Intention ausgeht, die dem Vorbehalt zugrunde liegt, und die Bewertung der Handlungsweise zum Maßstab der Einordnung macht.

Die wohl gängigste (und meist im Zusammenhang²³ mit der Bewertung der Handlungsweise anzutreffende) Aufteilung orientiert sich an der Normstruktur und trennt die Vorbehalte danach, ob der Genehmigungsvorbehalt in seinem Rechtsfolgenteil der Behörde Ermessen einräumt oder nicht. Auch dies basiert auf der zitierten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, nach der im Bereich eines präventiven Verbots mit Erlaubnisvorbehalt ein Anspruch auf die Erteilung der Erlaubnis grundrechtlich geboten ist, um die Freiheit wiederherzustellen. Mit anderen Worten: Wenn von einem Verbot bei Vorliegen der Voraussetzungen befreit werden muss, ist es als präventiv anzusehen, wenn nur befreit werden kann, als repressiv.²⁴

Verbunden damit ist die Auffassung, beim repressiven Verbot sei die Genehmigung die Ausnahme, beim präventiven hingegen der Regelfall²⁵. Schließlich wird – ebenfalls unter Berufung auf das Urteil zum Sammlungsgesetz²⁶ – vertreten, beim repressiven Verbot werde das Recht, die Handlung vorzunehmen, durch den Genehmigungsakt erst begründet,²⁷ anderenfalls bestehe es schon zuvor.

Die Einteilungsversuche sollen an dieser Stelle zunächst nicht bewertet werden; erst die Analyse der Teilbereiche des Genehmigungsverwaltungsrechts wird es ermöglichen, dazu Stellung zu nehmen. Hingewiesen werden muss allerdings darauf, dass die Schwierigkeiten der Abgrenzung dazu geführt haben, dass trotz Anerken-

²¹ Siehe etwa *Sach*, Genehmigung als Schutzschild, S. 38; *Vitzthum/Geddert-Steinacher*, Der Zweck im Gentechnikrecht, S. 18.

²² *Schreiber*, Das Regelungsmodell der Genehmigung, S. 30; *Sach*, Genehmigung als Schutzschild, S. 39; *Vitzthum/Geddert-Steinacher*, Der Zweck im Gentechnikrecht, S. 18. Schon diese Abgrenzung zeigt allerdings, dass es einen Zwischenbereich gibt, in dem eine Tätigkeit zwar nicht erwünscht ist, aber auch keine überragend wichtigen Gemeinschaftsgüter gefährdet sind.

²³ Worin dieser besteht, ist freilich umstritten. Teilweise wird vertreten, das präventive Verbot mit Erlaubnisvorbehalt könne nicht als Ermessensnorm ausgestaltet werden, so *König*, BayVBl. 1976, 577; *Pietzner*, JA 1973, 691 (695 f.); jeweils m. w. N. Ausnahmen werden aber anerkannt, vgl. *Vitzthum/Geddert-Steinacher*, Der Zweck im Gentechnikrecht, 1990, S. 24 f. Siehe zu der Frage auch *Siegel*, Entscheidungsfindung im Verwaltungsverbund, S. 93 f.

²⁴ Vgl. statt vieler *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, Verwaltungsrecht I, § 46 Rn 38 f.; *Sach*, Genehmigung als Schutzschild, S. 40. Vertreten wird aber auch, dass gebundene Entscheidungen über die Erteilung einer Befreiung genauso zu behandeln seien wie die gebundenen Entscheidungen über die Erlaubnis bei einem präventivem Verbot, *König*, BayVBl. 1976, 577 (579); *Pietzner*, JA 1973, 691 (695 f.).

²⁵ *Gusy*, JA 1981, 80 (81).

²⁶ BVerfGE 20, 150 (157).

²⁷ *König*, BayVBl. 1976, 577.

nung einer gewissen klassifikatorischen Leistung²⁸ die Differenzierung zwischen präventiven und repressiven Genehmigungsvorbehalten seit längerer Zeit auch auf Kritik stößt und eine gewisse Konvergenz der Kategorien postuliert wird.²⁹

II. Begriff des Genehmigungsverwaltungsrechts

Das Genehmigungsverwaltungsrecht ist kein „Rechtsgebiet“ in dem Sinne, dass in seiner Bearbeitung eine dogmatische und institutionelle Vernetzung stattgefunden hätte³⁰ oder dass es sich durch bestimmte Prinzipien oder Instrumente charakterisieren würde, die es von anderen Rechtsgebieten abgrenzen würde.³¹ Vielmehr beschreibt es alle die Bereiche des öffentlichen Rechts,³² in denen Genehmigungsvorbehalte und in ihrer Folge Genehmigungen – unter welcher Bezeichnung auch immer³³ – Verwendung finden. Es handelt sich mithin um instrumentelles Querschnittsrecht.

Charakteristisch für den Genehmigungsvorbehalt ist nach der klassischen Auffassung die Konstruktion, dass ein bestimmtes Vorhaben durch Gesetz grundsätzlich verboten ist, durch Verwaltungsentscheidung für den Einzelfall aber doch gestattet werden kann.³⁴ Um das Genehmigungsverwaltungsrecht vollständig zu

²⁸ *Gromitsaris*, DÖV 1997, 401; zweifelnd dagegen *Bumke*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann/Voßkuhle, GVR II, § 35 Rn. 96 (zu geringe Ordnungsleistung).

²⁹ Bedenken gegen die Aufteilung schon bei *Schwabe*, JuS 1973, 133 (134 f.); *Gusy*, JA 1981, 80 (81); zweifelnd auch *Gromitsaris*, DÖV 1997, 401 (408); *Voßkuhle*, Das Kompensationsprinzip, S. 347; *Schreiber*, Das Regelungsmodell der Genehmigung, S. 33 f.; siehe auch neuerdings *Burgi/Durner*, Modernisierung des Verwaltungsverfahrensrechts durch Stärkung des VwVfG, S. 49. Zweifelnd auch OVG Koblenz, NVwZ 1986, 576 (577). Für eine Aufteilung in vier Kategorien stattdessen *Masing*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann/Voßkuhle, GVR I, § 7 Rn. 167 ff.

³⁰ Vgl. zu dieser Definition des Begriffs etwa für das Stoffrecht *Merenyi*, StoffR 2011, 165 (166).

³¹ Vgl. zu diesen Charakteristika von Teilrechtsgebieten *Shirvani*, EnWZ 2013, 51 (55); siehe auch *Erbguth/Schlacke*, Umweltrecht, § 16 Rn. 2.

³² Nicht Teil der Untersuchung sind demnach die dem Zivilrecht zuzurechnenden Genehmigungsvorbehalte. So benötigt etwa ein Minderjähriger nach § 112 BGB zum selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts eine Ermächtigung durch den gesetzlichen Vertreter, die (genauso wie ihre Rücknahme) der Genehmigung durch das Familiengericht bedarf. Ähnliche Vorbehalte gerichtlicher Genehmigungen finden sich in zahlreichen familien- und erbrechtlichen Vorschriften, wenn Minderjährige oder unter Betreuung stehende Personen involviert sind, siehe etwa §§ 1411, 1484, 1491, 1492, 1596, 1631b, 1643, 1644, 1645, 1667, 1746, 1803, 1809, 1810 ff., 1904 ff., 2275, 2282, 2290, 2347 BGB. Eine Besonderheit dieser Genehmigungen liegt darin, dass sie nicht durch eine Behörde, sondern durch ein Gericht erfolgen. Im Zivilrecht finden sich aber auch Vorbehalte behördlicher Genehmigungen, etwa Genehmigungen nach dem Grundstücksverkehrsgesetz (§§ 2, 3 GrdstVG) oder die Zustimmung des Integrationsamts zur Kündigung von Schwerbehinderten nach § 85 SGB IX.

³³ Das Gesetz spricht mitunter auch von Erlaubnis, Gestattung, Bewilligung oder Zulassung. Zur uneinheitlichen Terminologie vgl. schon *Jarass*, GewArch 1980, 177; *Henke*, DVBl. 1983, 982 (984 f.); *Kloepfer*, Umweltrecht, § 5 Rn. 53.

³⁴ Siehe zu dem zweistufigen System bestehend aus einem gesetzlichen Verbotssatz, der ein Vorhaben für grundsätzlich unzulässig erklärte, und einer Ermächtigung an die Verwaltung, es

erfassen, bedarf diese ordnungsrechtlich inspirierte Definition³⁵ allerdings gewisser Präzisierungen und Modifikationen, und zwar sowohl im Hinblick auf das gesetzliche Verbot als auch auf das Vorhaben als Verbotsgegenstand.

Eindeutig ergibt sich ein Verbot in Fällen, in denen das Gesetz eine Genehmigung explizit vorschreibt, im Umkehrschluss aus dieser Formulierung. Dies ist beispielsweise im Baurecht³⁶ oder in Teilen des Gewerberechts³⁷ der Fall. Ein Verbot besteht aber auch in Fällen, in denen durch die Verwaltung Ausnahmen, Befreiungen oder Dispense erteilt werden können, etwa in § 31 Abs. 1 BauGB. Es erscheint nur in anderem Gewande: Der Gesetzgeber bringt es nicht zum Ausdruck, indem er eine Genehmigungspflicht etabliert, sondern indem er einem Handlungswunsch des Bürgers ein Verbot dieser Handlung oder ein Gebot anderen Handelns entgegensetzt,³⁸ das durch Verwaltungsentscheidung ausnahmsweise aufgehoben werden kann. Diese unterschiedlichen Erscheinungsformen des „Verbots“ ändern indessen nichts daran, dass nur die ungenehmigte Handlung verboten ist, die positive Verwaltungsentscheidung aber ihre legale Vornahme ermöglicht. Dennoch geht es auch in diesen Fällen darum, dass die Genehmigung „Voraussetzung für die rechtmäßige Durchführung einer Tätigkeit oder die Insverksetzung einer wie auch immer gearteten Maßnahme“³⁹ ist.

Gegen die Einbeziehung solcher Regelungsstrukturen in das Thema des Genehmigungsverwaltungsrechts⁴⁰ lässt sich auch nicht einwenden, dass der Genehmigungspräsident – anders als bei der Beschreibung der Genehmigungsbedürftigkeit einer bestimmten Verhaltensweise – ohne den Dispens grundsätzlich die

im Einzelfall doch zuzulassen, bereits *Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 1924, § 22 (S. 240). Siehe zu unterschiedlichen Gesetzgebungstechniken in diesem Bereich etwa *Schwabe*, JuS 1973, 133 (134).

³⁵ Nicht umsonst sprach man auch von Polizeierlaubnis, vgl. *Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, 1. Aufl. 1895, § 21 (S. 287 ff.); *Thoma*, VerwArch 32 (1927), S. 247 (248).

³⁶ Vgl. etwa § 49 LBO BW, Art. 55 BayBO, § 60 BauOBl, § 54 BbgBO, § 59 BremLBO, § 59 HBauO; § 54 HBO, § 59 LBauO MV, § 59 NBauO, § 63 BauO NRW, § 61 LBauO RP, § 60 Saarl. LBO, § 59 SächsBO, § 58 BauO LSA, § 62 LBO SH, § 59 ThürBO.

³⁷ Siehe etwa die §§ 30 ff. GewO.

³⁸ Die Voraussetzung des „Handlungswunsches“, also die Abwesenheit eines absoluten Gebots, ist allerdings essentiell dafür, dass in Ansehung einer Ermächtigung an die zuständige Behörde, im Einzelfall Abweichungen von einer materiellen Regelung zuzulassen, von einem Genehmigungsvorbehalt gesprochen werden kann. Zwar finden Dispens- und Befreiungsmöglichkeiten auch bei gesetzlichen Verpflichtungen Anwendung (zum Beispiel bei Zahlungspflichten, denen der Bürger ausgesetzt ist, etwa der Rundfunkbeitragspflicht). Dabei geht es aber nicht um Genehmigungen, sondern um Belastungsvermeidungen, will man nicht – sprachlich wie dogmatisch zweifelhaft – von der Genehmigung eines Unterlassens sprechen. Siehe zur Abgrenzung von Genehmigungen und Leistungsgewährungen auch *Bumke*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, GVR II, § 35 Rn. 58 (dort Fn. 211).

³⁹ *Humpert*, Genehmigungsvorbehalte im Kommunalverfassungsrecht, S. 4. Vgl. auch *König*, BayVbl. 1976, 577; *Henke*, DVBl. 1983, 982 (984), der aus diesem Grund auch die Bezeichnung „Verbot mit Erlaubnisvorbehalt“ in den meisten Fällen für verfehlt hält.

⁴⁰ *Humpert*, Genehmigungsvorbehalte im Kommunalverfassungsrecht, S. 15, spricht insofern davon, repressive Verbote bildeten im Verhältnis zu Erlaubnisvorbehalten „ein selbständiges Rechtsinstitut, das sich einer rechtlichen Gleichstellung“ entzieht.

Handlung anders und nur nicht so wie gewünscht vornehmen könne. Formal wird in solchen Fällen zwar lediglich fakultativ die Befreiung von bestimmten materiell-rechtlichen Vorgaben ermöglicht; es scheint mit anderen Worten eher um das „Wie“ als um das „Ob“ zu gehen. Allerdings bedarf derjenige, der gerade das vom Gesetz „Verbotene“ will, der Genehmigung – mag sie nun das „Ob“ oder das „Wie“ der Handlung betreffen. Hinzu kommt, dass die Grenze zwischen beiden ohnehin nicht trennscharf zu ziehen sein wird: Weitreichende Verbote im „Wie“-Bereich können gegebenenfalls den Sinn des „Ob“ in Frage stellen.

Der zweite Punkt, in dem die ordnungsrechtliche Perspektive auf den Genehmigungsvorbehalt als Verbot eines bestimmten Vorhabens zu eng erscheint, betrifft den „Verbotsgegenstand“. Genehmigungen beziehen sich nämlich nicht immer auf zukünftiges Verhalten, sondern auch retrospektiv auf vergangenes Verhalten (etwa bereits gefasste Beschlüsse von Selbstverwaltungskörperschaften) und werden damit mitunter auch im öffentlichen Recht in der zivilrechtlichen Bedeutung⁴¹ verwendet.⁴² Dann von einem Verbot eines Vorhabens und der Entbindung davon zu sprechen, erschiene zumindest terminologisch fragwürdig. Es geht aber auch in diesen Fällen um die verwaltungsbehördliche Autorisierung eines bestimmten Verhaltens; die Genehmigung ist auch hier *conditio sine qua non* für die „Rechtmäßigkeit“ des Handelns.

III. Realbereiche

Abgesehen von Rechtsabweichungsgenehmigungen, die das gesamte Rechtssystem durchziehen, bildet den wohl bedeutendsten Teilbereich des Genehmigungsverwaltungsrechts das Ordnungsrecht im weitesten Sinne einschließlich all seiner Teilgebiete wie etwa des Bau- und Umweltrechts, des Gewerbe- oder des Chemikalienrechts. In diesen Bereichen ist der Genehmigungsvorbehalt meist als Institut im Bereich der verwaltungsrechtlichen Kategorie der (Wirtschafts-) Überwachung anzusehen, und zwar in der Unterform der Aufnahmeüberwachung.⁴³

Die Bedeutung von Genehmigungsvorbehalten als Instrument staatlicher Kontrolle zeigt sich aber nicht nur im Verhältnis Staat – Bürger. Genehmigungsvorbehalte dienen auch als Instrument der Aufsicht, etwa im Bereich der Selbstverwaltung von juristischen Personen des öffentlichen Rechts. Ihr Anwendungsbereich

⁴¹ Vgl. die Legaldefinition der Genehmigung in § 184 Abs. 1 BGB.

⁴² Sie betreffen dann Handlungen, die ohne Genehmigung nicht verboten, aber bis zur Genehmigung beispielsweise schwebend unwirksam sind. Siehe zur Anknüpfung aufsichtlicher Genehmigungen an Gremienbeschlüsse etwa *Kormann*, *GewArch* 1996, 393 f. Siehe auch die Beispiele im Kommunalrecht- und Sozialversicherungsrecht, unten S. 342 ff. und 387.

⁴³ Siehe zur Terminologie ausführlich *Huber*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, *GVR* III, § 45 insbes. Rn. 101 ff.; *Röhl*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, *GVR* II, § 30 Rn. 40 ff.; siehe auch bereits *Gröschner*, *Das Überwachungsrechtsverhältnis*, S. 119 ff. Zu ordnungsrechtlichen Genehmigungsvorbehalten siehe auch bereits *Curtius*, *Entwicklungstendenzen im Genehmigungsrecht*, S. 27.

reicht dort über die Genehmigung von Flächennutzungsplänen durch die Rechtsaufsichtsbehörden⁴⁴ über die Genehmigung von Satzungen von Selbstverwaltungskörperschaften wie etwa Prüfungsordnungen der Universitäten bis hin zur Genehmigung von Telemedienkonzepten der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten⁴⁵. Selbst die Bundesrepublik Deutschland unterliegt infolge ihrer Mitgliedschaft in der Europäischen Union Genehmigungsverhalten, etwa dem grundsätzlichen Verbot, Beihilfen zu gewähren, von dem die Kommission im Einzelfall entbinden kann.⁴⁶

Jenseits dessen finden Genehmigungsverhalte auch in Knappheitssituationen Verwendung, um die Verteilung knapper oder verknappter Güter zu steuern,⁴⁷ etwa bei Taxikonzessionen oder bei Frequenzen im Telekommunikationsrecht. In soweit geht es weniger um Überwachung (die aber mit Blick auf die Erfüllung bestimmter Voraussetzungen durch den Genehmigungspräsidenten auch eine Rolle spielen kann) als vor allem um Distribution durch Vorenthalten im Allgemeinen und Gewährung im Einzelfall. Häufig tritt noch das Bestreben des Staates hinzu, den Inhaber der Genehmigung auch zu ihrer Nutzung zu verpflichten.⁴⁸

Die Idee der Verteilung durch Genehmigungserteilung überschneidet sich mit einem weiteren Bereich, in dem Genehmigungsverhalte Anwendung finden, nämlich dem Regulierungsrecht.⁴⁹ Dieses erfasst nicht nur die Distribution von Marktzugangsrechten, sondern auch die „Verteilung des Marktes“ zur Schaffung oder Sicherung von Wettbewerb. Bestimmte Marktpraktiken bedürfen daher der Genehmigung, soweit marktbeherrschende Unternehmen involviert sind; zu nennen ist beispielsweise die Entgeltregulierung bestimmter Telekommunikationsdienstleistungen durch Genehmigung.⁵⁰ Das klassische Instrument der Genehmigung kann also auch als Marktregulierungsinstrument eingesetzt werden.

Eine ähnliche Zuweisung von Gestaltungsmacht an die Verwaltung findet sich schließlich auch bei planenden Entscheidungen, die mitunter durch eine echte Plangenehmigung, zumeist aber durch eine im weiteren Sinne als Genehmigung zu verstehende Zulassungsentscheidung stattfinden. Mögen hier auch weitere As-

⁴⁴ Vgl. § 6 BauGB.

⁴⁵ Siehe hierzu etwa *Huber*, ZUM 2010, 201 (202); *Papier/Schröder*, Verfassungsfragen des Dreistufentests, S. 36 ff.

⁴⁶ Art. 107 Abs. 1, 108 Abs. 3 AEUV.

⁴⁷ Siehe dazu nun ausführlich *Wollenschläger*, Verteilungsverfahren; vgl. auch bereits *Fuchs*, Instrumente und Verfahren staatlicher Verteilungsverwaltung, S. 205.

⁴⁸ Siehe hierzu als Merkmal von „Konzessionen“ *Rittner/Dreher*, Europäisches und deutsches Wirtschaftsrecht, § 7 Rn. 15. Dieses Verständnis des Begriffs „Konzession“ ist allerdings nicht zwingend, wie etwa die historisch überlieferte Gewerbekonzession zeigt, vgl. dazu etwa *Fichter*, Die rechtliche Natur der Gewerbekonzession. Vgl. zum speziell energiewirtschaftlichen Konzessionsvertragsbegriff auch schon *Stern*, AöR 84 (1959), S. 137 (142). Unterschiedliche Konzessionsbegriffe auch bei *Koenig*, Die öffentlich-rechtliche Verteilungslenkung, S. 100 ff.; *Schreiber*, Das Regelungsmodell der Genehmigung, S. 29; *Bumke*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, GVR II, § 35 Rn. 90.

⁴⁹ Vgl. etwa *Ruffert*, AöR 124 (1999), S. 237 ff., insbes. S. 274 f.

⁵⁰ Vgl. hierzu etwa *Schneider*, in: Fehling/Ruffert, Regulierungsrecht, § 8 Rn. 43, 56 ff.

pekte mit hineinspielen, so ist ein solches Verfahren doch letztlich notwendige Voraussetzung für die Realisierung eines Vorhabens, das durch den Gesetzgeber mit dem Erfordernis der Planfeststellung bzw. Plangenehmigung belegt ist.

B. Rechtliche Herausforderungen der Arbeit

Die Weite dieses Panoramas des Genehmigungsverwaltungsrechts zeigt, dass eine umfassende Analyse des Genehmigungsverwaltungsrechts erforderlich ist, um seine volle Bedeutung zu erfassen. Trotzdem ist das Genehmigungsverwaltungsrecht eines der Gebiete geblieben, die nach wie vor einer systematischen Untersuchung harren.⁵¹ Dies liegt sicherlich vor allem daran, dass es sich um eine Querschnittsmaterie handelt, die in vielen Gebieten des besonderen Verwaltungsrechts eine Rolle spielt und die bis zu einem gewissen Grad auch durch Eigengesetzlichkeiten dieser Gebiete geprägt ist.⁵² Hinzu kommt die Vielfalt unterschiedlicher Typen von Genehmigungen, die von einfachen Tätigkeitserlaubnissen über komplizierte Anlagenzulassungsentscheidungen, wie etwa im Immissionsschutzrecht, bis hin zu planerischen Zulassungsentscheidungen, etwa im Infrastrukturplanungsrecht, reicht. Neuerdings finden sich auch vermehrt „stoffbezogene“ Genehmigungen, etwa im Bereich des Chemikalienrechts.⁵³ Eine Analyse und ihr folgend eine (Neu-) Kategorisierung und Systematisierung dieser Vielfalt von Genehmigungstypen ist unter mehreren Gesichtspunkten erforderlich.

I. Systembildung als klassische Aufgabe der Verwaltungsrechtswissenschaft

In heutiger Zeit steht vielfach nicht mehr der Verwaltungsakt⁵⁴, sondern wohl nicht zuletzt infolge weitreichender Delegation von öffentlichen Aufgaben auf Pri-

⁵¹ Siehe zur geringen Zahl von Arbeiten, die sich mit allgemeinen Strukturen des Verwaltungsrechts befassen, *Schulze-Fielitz*, Verw 42 (2009), S. 263 (267f.). Vgl. aber immerhin *Curtius*, Entwicklungstendenzen im Genehmigungsrecht, 2005.

⁵² Dies betont etwa *Henke*, DVBl. 1983, 982 (985), der eine Kategorisierung „oberhalb der gesetzlichen Ebene“ wegen eines zu hohen Abstraktionsgrades der Kategorien für sinnlos hält.

⁵³ Siehe hierzu etwa die Verordnung (EG) Nr. 1907/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. Dezember 2006 zur Registrierung, Bewertung, Zulassung und Beschränkung chemischer Stoffe (REACH), zur Schaffung einer Europäischen Agentur für chemische Stoffe, zur Änderung der Richtlinie 1999/45/EG und zur Aufhebung der Verordnung (EWG) Nr. 793/93 des Rates, der Verordnung (EG) Nr. 1488/94 der Kommission, der Richtlinie 76/769/EWG des Rates sowie der Richtlinien 91/155/EWG, 93/67/EWG, 93/105/EG und 2000/21/EG der Kommission, ABl. 2006, L 396, S. 1.

⁵⁴ Siehe aber zur Rehabilitation der Rolle des Verwaltungsakts im Zuge der Debatten über die Reform von Verwaltung und Verwaltungsrecht, insbesondere im Hinblick auf die Deregulierung, *Schmidt*, VerwArch 91 (2000), S. 149 (158). Siehe zur Entwicklung des Diskurses etwa *Bumke*, Die Entwicklung der verwaltungsrechtswissenschaftlichen Methodik, S. 73 (85 ff.).

vate⁵⁵ die Gemeinwohlsicherung im Mittelpunkt des wissenschaftlichen Interesses.⁵⁶ Zu nennen sind insbesondere die zahlreichen Gewährleistungsverantwortungen, die dem Staat zugewiesen sind⁵⁷ und die auch der Kritik an ausufernden Staatsaufgaben⁵⁸ standhalten. Hierauf wird das Wirkungsgefüge von Akteuren, Handlungsmaßstäben und Handlungsinstrumenten bezogen.⁵⁹ Bei der Suche nach möglichst sachgerechten (im Gegensatz zu lediglich rechtmäßigen) Ergebnissen wird neuerdings vor allem der Verwaltungsorganisation eine bedeutende Rolle zugemessen,⁶⁰ was allerdings nichts an der Bedeutung des Verwaltungsverfahrens⁶¹ und an der tatsächlichen Programmierung des Verwaltungshandelns durch das Gesetz ändert.⁶² Sind auch einzelne Aspekte immer wieder zum Gegenstand sektorspezifischer wissenschaftlicher Erörterung geworden, so fehlt es weitgehend an einer Querschnittsbetrachtung der jeweiligen Instrumente und der Vorgaben für ihre Verwendung.⁶³ Dem soll die Arbeit speziell im Hinblick auf die Genehmigung als einem Standardinstrument des Gefahren abwehrenden und verteilenden Verwaltungshandelns⁶⁴ abhelfen.

Diese verwaltungsrechtliche Systembildung ist seit jeher eine der Hauptaufgaben der rechtswissenschaftlichen Dogmatik.⁶⁵ Das gilt nicht nur für die Verwendungssystematik bestimmter Instrumente, sondern auch und vor allem für das Verfahren. Die Verwaltungsrechtswissenschaft hat die „in der Gesetzes- und Verwaltungspraxis vorkommenden Verfahren zu analysieren und ihre Bestandteile zu einer systematischen Verwaltungsverfahrenlehre zusammenzufügen“⁶⁶. Bei der

⁵⁵ Siehe zur Begrifflichkeit der öffentlichen Aufgabe im Unterschied zur Staatsaufgabe *Di Fabio*, JZ 1999, 585 ff. Zur Privatisierung statt vieler *Kämmerer*, Privatisierung, 2001.

⁵⁶ *Schmidt*, VerwArch 91 (2000), S. 149 (151).

⁵⁷ Hierbei handelt es sich vor allem um die Konsequenzen der Privatisierung vorheriger staatlicher Tätigkeitsfelder, so etwa im Bereich von Telekommunikation und Post (dazu etwa *Ruffert*, AÖR 124 [1999], S. 237 ff.), dem Energiesektor, der Wasserversorgung oder der Bahn. Siehe speziell für das Genehmigungsverwaltungsrecht *Schmidt-Preuß*, VVDStRL 56 (1997), S. 160 (194 ff.); siehe zur Gewährleistungsverantwortung schon unter dem Begriff „Garantenstellung“ *Gallwas*, VVDStRL 29 (1971), S. 211 (229 ff.); *Schulze-Fielitz*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, GVR I, § 12 Rn. 158 ff.

⁵⁸ Siehe dazu etwa *Papier*, ZLR 2006, 235 ff.

⁵⁹ *Schmidt*, VerwArch 91 (2000), S. 149 (151).

⁶⁰ Siehe zu dieser „Blüte“ des Organisationsrechts *Burgi*, JZ 2010, 105.

⁶¹ Vgl. *Burgi*, JZ 2010, 105. Zur „Agonie“ der Wissenschaft vom Verfahrensrecht und zu seiner „Reanimationsbedürftigkeit“ *Ziekow*, NVwZ 2005, 263 (264). Zum Eigenwert des Verfahrens vgl. *Gurlit*, VVDStRL 70 (2011), S. 227 ff. und *Fehling*, VVDStRL 70 (2011), S. 278 ff.

⁶² *Schuppert*, Das Gesetz als zentrales Steuerungsinstrument des Rechtsstaats, S. 105 ff.; *Schmidt*, VerwArch 91 (2000), S. 149 (168). Zur Bedeutung des Normtexts für die dogmatische Arbeit vgl. *Schmidt-Aßmann*, Methoden der Rechtswissenschaft – Perspektiven der Systembildung, S. 387 (392 f.).

⁶³ Siehe zum Mangel an diesbezüglichen wissenschaftlichen Untersuchungen etwa *Burgi*, JZ 2010, 105; ähnlich auch bereits *Schulze-Fielitz*, Verw 42 (2009), S. 263 (267 f.). Siehe aber immerhin *Curtius*, Entwicklungstendenzen im Genehmigungsrecht, 2005.

⁶⁴ *Schmidt*, VerwArch 91 (2000), S. 149 (150); siehe zur vielfältigen Verwendung bereits S. 7 f.

⁶⁵ Vgl. zu den Aufgaben der Dogmatik *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, S. 326 ff., zur technischen Funktion insbes. S. 330.

⁶⁶ *Schmidt-Aßmann*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, GVR II, § 27 Rn. 84.

Analyse von Verwaltungsverfahren ist dabei unter dem Gesichtspunkt prozeduraler Ordnungselemente im Anschluss an *Eberhard Schmidt-Aßmann* zum einen zwischen den einzelnen Verfahrensphasen zu differenzieren, zum anderen muss eine Analyse der Verfahrensobjekte und -rechtsverhältnisse erfolgen.⁶⁷ Zu betrachten sind weiterhin – gerade vor dem Hintergrund verfassungsrechtlicher Konzeptionen wie dem „Grundrechtsschutz durch Verfahren“ und unionsrechtlicher Einflüsse, die dem Verfahren eine herausgehobene Position zumessen⁶⁸ – die Folgen von Verfahrensfehlern⁶⁹ sowie im Anschluss daran die Rechtsschutzmöglichkeiten gegen die Entscheidung. Angesichts des unleugbaren Zusammenhangs von materiellem Recht und Verfahrensrecht darf ersteres dabei nicht ausgeblendet bleiben.⁷⁰ Die allgemeine Auffassung scheint indessen zu sein, dass der Einfluss des materiellen Rechts eine so starke sektorspezifische Ausdifferenzierung auch des Verfahrens erfordert, dass die Entwicklung gemeinsamer Strukturen für das Genehmigungsverwaltungsrecht kaum erfüllt werden kann⁷¹. Es wird zu untersuchen sein, ob und inwieweit diese Prämisse zutreffend ist.

Speziell mit Blick auf das Verwaltungsverfahrensgesetz werden dessen „Typenarmut“ und das völlige Fehlen der Regelung eines einfachen Genehmigungsverfahrens kritisiert;⁷² zumal sich inzwischen Regelungen über die Genehmigungsfiktion (§ 42a VwVfG) sowie zum Verfahren über eine „einheitliche Stelle“ (§§ 71a ff. VwVfG) finden, die erkennbar auf die Durchführung von Genehmigungsverfahren abzielen. Auch werden die terminologische Uneinheitlichkeit und das Fehlen systembildender Teil-Kodifikationen im allgemeinen Verwaltungsverfahrenrecht, die als Angebot für Detailregelungen dienen können, beklagt.⁷³ Teilweise wird durch die Detailregeln der Fachgesetze inspiriert von einer „Dekodifikation“ des allgemeinen Verwaltungsverfahrenrechts gesprochen⁷⁴ oder gar insgesamt davon, dass die „Kodifikation, die Bestand hat, das klassische Ordnungsgesetz, das

Zur bisherigen Nichterfüllung der Aufgabe vgl. *Burgi*, JZ 2010, 105; *Ziekow*, NVwZ 2005, 263 (264).

⁶⁷ *Schmidt-Aßmann*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, GVR II, § 27 Rn. 98 ff.

⁶⁸ Dies gilt zum einen im Hinblick auf die Aufstellung von Verfahrensanforderungen, zum anderen aber auch im Hinblick auf die gerichtliche Kontrolle der Einhaltung des Verfahrens, vgl. etwa *Ehlers*, DVBl. 2004, 1441 (1449); *Kokott*, Verw 31 (1998), S. 335 (365 f.); *Schröder*, Gesetzesbindung des Richters und Rechtsweggarantie im Mehrebenensystem, S. 263 f.

⁶⁹ *Schmidt-Aßmann*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, GVR II, § 27 Rn. 105 ff.

⁷⁰ Siehe zur „dienenden Funktion“ des Verwaltungsverfahrens *Burgi*, JZ 2010, 105 (108).

⁷¹ *Burgi*, JZ 2010, 105, diagnostiziert in diesem Zusammenhang einen schwachen Gestaltungswillen im Hinblick auf das *allgemeine* Verwaltungsverfahrenrecht. Zur Schwierigkeit von Kategorisierungen siehe bereits *Henke*, DVBl. 1983, 982 (985).

⁷² Siehe etwa gerade in Bezug auf Genehmigungsverfahren *Wahl*, NVwZ 2002, 1192; allgemeiner und insbesondere zum Gesetzgebungsbedarf *Schmitz*, NVwZ 2000, 1238.

⁷³ Vgl. *Wahl*, NVwZ 2002, S. 1192 (1193 f.). Zur Bedeutung der Kodifikationsidee vgl. *Hill*, Einführung in die Gesetzgebungslehre, S. 26 ff.; kritisch zur Leistungsfähigkeit von Kodifikationen dagegen etwa *Schreckenberger*, Krise der Gesetzgebung, S. 21 (33).

⁷⁴ *Burgi*, JZ 2010, 105 (109).

ein Sachgebiet erschöpfend regelt ... weitgehend abgedankt⁷⁵ hat. Zumindest im Hinblick auf das Genehmigungsverwaltungsrecht hat die Wissenschaft, vielleicht inspiriert von der Annahme *Otto Mayers*, dass der Eingriff in die Freiheit insbesondere von der Ermessensausübung der Verwaltung ausgehe, bislang meist zu diesem Befund beigetragen und vor allem die Frage des Anspruchs auf Erteilung der Genehmigung erörtert und auf dieser Basis die Genehmigungsvorbehalte teilweise neu in Kategorien eingeteilt.⁷⁶ Die grundsätzliche Frage der Zulässigkeit von Genehmigungsvorbehalten blieb dagegen weitgehend⁷⁷ unerörtert – wohl in der Annahme, dass eine effektive Gefahrenabwehr sie selbstverständlich erfordere.⁷⁸ Ebenso wenig finden sich umfassende Untersuchungen über die Funktionen und Wirkungen von Genehmigungsvorbehalten und – damit einhergehend – Genehmigungen.

II. Aktuelle Entwicklungen und europarechtliche Einflüsse

Jenseits dieser „klassischen Aufgabe“ gewinnt das Genehmigungsverwaltungsrecht besondere Aktualität aufgrund von Umbrüchen, die ganz unterschiedlicher Natur sind. Abgesehen von der stets virulenten Frage, wie der Staat mit (technischer) Innovation und vor allem den mit ihr einhergehenden Risiken umgeht,⁷⁹ sind hier vor allem drei Punkte zu nennen.

Einzugehen ist erstens auf andauernde rechtspolitische Überlegungen zur Modifikation von Genehmigungsverfahren. Trotz (oder wegen) des Scheiterns des Umweltgesetzbuchs wird immer wieder angedacht, Genehmigungsverfahren zu „verkürzen und zu beschleunigen“, „inhaltlich zu reduzieren“ sowie „Anzeigungsverfahren ein größeres Gewicht einzuräumen“.⁸⁰ Diese prima facie zustimmungswürdige Absicht führt jedoch auch zu Effekten, die auf Kritik stoßen, wie sich etwa am Beispiel des Nachbarschutzes im Baurecht illustrieren lässt.⁸¹ Erforderlich ist angesichts dessen eine genaue Analyse der Effekte von Deregulierungsmaßnahmen, und zwar sowohl im Hinblick auf den jeweiligen Sachbereich als

⁷⁵ *Karpen*, Gesetzgebungslehre – neu evaluiert, S. 36.

⁷⁶ Siehe dazu oben S. 2f.

⁷⁷ Ausnahmen finden sich etwa hinsichtlich des repressiven Verbots mit Befreiungsvorbehalt (im Ermessen der Verwaltung), das nur dann zulässig sein soll, wenn auch ein völliges Verbot verhältnismäßig wäre, vgl. dazu etwa *Schwabe*, JuS 1973, 133 (135f.); *Gusy*, JA 1981, 80.

⁷⁸ Siehe zur Unbestrittenheit mancher Genehmigungsvorbehalte auch *Wahl*, in: FS Kutschmidt, S. 199 (205).

⁷⁹ Siehe dazu grundlegend *Di Fabio*, Risikoentscheidungen im Rechtsstaat.

⁸⁰ Vgl. etwa den Koalitionsvertrag von CDU, CSU und FDP für die 17. Legislaturperiode ab 2009 vom 26. Oktober 2009, Zeile 414–421.

⁸¹ Vgl. etwa zu den mit der Einführung des Freistellungsverfahrens und der Reduzierung des bauaufsichtlichen Prüfprogramms einhergehenden – zumindest dogmatischen – Problemen *Schröder*, BayVBl. 2009, 495; *Numberger*, BayVBl. 2008, 741. Siehe dazu noch ausführlich unten S. 148ff.

auch im Hinblick auf die Kohärenz des Systems des Genehmigungsverwaltungsrechts als Ganzes.⁸²

Flankierend zu solchen rechtspolitischen Überlegungen fordert zweitens von Seiten der Rechtswissenschaft die Strömung der sogenannten „Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft“ eine Neubewertung tradierter Konzeptionen. Die Perspektivenerweiterung über eine bloße „anwendungsbezogene Interpretationswissenschaft“⁸³ (*Andreas Voßkuhle*) hinaus bringt es mit sich, dass verstärkt außerrechtliche Faktoren in die Betrachtung der Wirkungsweise traditioneller verwaltungsgerichtlicher Institute einbezogen werden. In besonderem Maße gilt dies für verwaltungswissenschaftliche und wirtschaftswissenschaftliche Elemente, die zugleich den durch die bisherige Betrachtungsweise beförderten Bruch zwischen Theorie und Praxis zu überwinden helfen.⁸⁴ Auch hierauf wird – freilich nur für den spezifischen Bereich des Genehmigungsverwaltungsrechts – einzugehen sein.

Drittens ist auf den Einfluss des Rechts der Europäischen Union hinzuweisen, der auch vor dem Genehmigungsverwaltungsrecht nicht Halt macht. So hat das Unionsrecht vor allem in verfahrensrechtlicher Hinsicht auf das Genehmigungsverwaltungsrecht Einfluss genommen;⁸⁵ ein Trend, der bei weitem nicht abgeschlossen ist, wie sich etwa an den Auswirkungen der Dienstleistungs-Richtlinie⁸⁶ auf Genehmigungsverfahren⁸⁷ zeigt. Auch das Chemikalienrecht, das maßgeblich durch die REACH-Verordnung⁸⁸ geprägt ist, bietet Anschauungsmaterial für die Ausgestaltung von Genehmigungsverfahren und zeigt Möglichkeiten der Risikobewältigung auf, die sich möglicherweise auch für andere Bereiche des Umweltrechts fruchtbar machen lassen. Das Unionsrecht beeinflusst indessen nicht nur Genehmigungsverfahren, sondern auch die Wirkungen von Genehmigungen, denen beispielsweise transnationale Wirkung zukommen kann. Gleichzeitig sind die Befugnisse nationaler Behörden möglicherweise reduziert oder verändert. Es entsteht ein europäischer „Verwaltungsverbund“,⁸⁹ dessen Systematisierung zu den wichtigsten Aufgaben der gegenwärtigen Rechtswissenschaft gezählt werden kann.⁹⁰

Gerade die unionsrechtlichen Einflüsse zeigen die Wichtigkeit der Ermittlung übergreifender Strukturen im nationalen Verwaltungsrecht, weil der europäische

⁸² So speziell unter dem Aspekt der Kohärenz des Verfahrens *Burgi*, JZ 2010, 105 (110).

⁸³ *Voßkuhle*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, GVR I, § 1 Rn. 15.

⁸⁴ *Voßkuhle*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, GVR I, § 1 Rn. 48; *ders.*, BayVBl. 2010, 581 (583 ff.).

⁸⁵ Vgl. etwa die UVP-Richtlinie 337/85/EWG (ABl. 1985, L 175, S. 40), jetzt Richtlinie 2011/92/EU (ABl. 2011, L 26, S. 1); IVU-Richtlinie Nr. 2008/1/EG (ABl. 2008, L 24, S. 8).

⁸⁶ Richtlinie 2006/123/EG vom 12. Dezember 2006, ABl. 2006, L 376, S. 36.

⁸⁷ Vgl. etwa *Krajewski*, NVwZ 2009, 929; *Korte*, DVBl. 2009, 489; *Luch/Schulz*, GewArch 2009, 143.

⁸⁸ Verordnung (EG) Nr. 1907/2006 (ABl. 2006, L 396, S. 1).

⁸⁹ Zu Bedeutung des Verbunddenkens vgl. *Ruffert*, Verw Beiheft 10/2010, S. 205 (215); *dens.*, Kohärente Europäisierung, S. 1397 (1408 ff.).

⁹⁰ *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs idee, Kap. 7 Rn. 1; *Ruffert*, Kohärente Europäisierung, S. 1397 (1408).

Gesetzgeber häufig sachgebietsübergreifende Regelwerke erlässt, ohne auf die gewachsenen Regelungsstrukturen der Mitgliedstaaten Rücksicht zu nehmen.⁹¹ Das Erkennen gemeinsamer Strukturen von Genehmigungsverfahren auch im nationalen Recht kann helfen, Umsetzungsdefizite (und daraus resultierende Vertragsverletzungsverfahren) zu vermeiden und die notwendige Kohärenz sicherzustellen.⁹² Einflüsse des Unionsrechts lassen sich indessen auch im Hinblick auf allgemeine „Querschnitts-Effekte“ wie den Anwendungsvorrang oder das Prinzip der europarechtskonformen Auslegung konstatieren.⁹³ Von besonderer Bedeutung sind schließlich die europäischen Freizügigkeitsregeln⁹⁴, die nationale Genehmigungsvorschriften unmittelbar überwinden oder infolge sogenannter spill-over-Effekte Anlass zu ihrer Beseitigung geben können.⁹⁵

III. Beitrag zur Gesetzgebungslehre

Die Analyse des Genehmigungsverwaltungsrechts leistet zudem einen Beitrag zur Gesetzgebungslehre, die zu den wohl am meisten vernachlässigten Bereichen der Rechtswissenschaft gehört. Dieses Schattendasein ist vor allem dadurch zu begründen, dass die *umfassende* Beschäftigung mit der Gesetzgebungslehre einen interdisziplinären, insbesondere politik- und verwaltungswissenschaftlichen Zugang erfordert.⁹⁶ Zudem mag eine resignative Tendenz vorliegen, die Beschäftigung mit der Gesetzgebungslehre angesichts der Gesetzesflut⁹⁷ als ohnehin fruchtlos anzusehen.⁹⁸ Diese Flut resultiert vor allem aus dem (mit einem entsprechenden

⁹¹ Zu den Schwierigkeiten der methodischen „Europäisierung des Verwaltungsrechts“ siehe *Ruffert*, Verw Beiheft 10/2010, S. 205 (206).

⁹² Siehe dazu etwa *Ruffert*, Kohärente Europäisierung, S. 1397 (1408f.).

⁹³ Ausfluss sind insbesondere die Gebote der Nichtdiskriminierung und der Effektivität, vgl. etwa EuGH, Urt. v. 16. Dezember 1976, Rs. 33/76 – Rewe, Slg. 1976, 198; Urt. v. 16. Dezember 1976, Rs. 45/76 – Comet, Slg. 1976, 2043; EuGH, Urt. v. 21. Februar 1991, verb. Rs. C-143/88 u. C-92/89 – Zuckerfabrik Süderdithmarschen, Slg. 1991, I-415 Rn. 30; EuGH, Urt. v. 19. Juni 1990, Rs. C-213/89 – Factortame, Slg. 1990, I-2433 Rn. 21; zur Entwicklung der Rechtsprechung siehe *Krönke*, Ritsumeikan Law Review 28 (2011), S. 307 (308f.); siehe zur unionsrechtskonformen Auslegung auch etwa *Ruffert*, Verw Beiheft 10/2010, S. 205 (212f.).

⁹⁴ Dies gilt nicht nur für die Grundfreiheiten, sondern auch die sie konkretisierenden speziellen Ausprägungen, etwa in Form der Dienstleistungsrichtlinie.

⁹⁵ Siehe hierzu etwa *Ruffert*, Verw Beiheft 10/2010, S. 205 (207).

⁹⁶ Vgl. *Karpen*, Gesetzgebungslehre – neu evaluiert, S. 37f.; siehe zum Einfluss der Einzeldisziplinen auch *Hill*, Einführung in die Gesetzgebungslehre, S. 2f.; speziell zu verwaltungswissenschaftlichen Aspekten auch bereits *Zeh*, Verwaltungswissenschaftliche Zugänge zur Gesetzgebungslehre, S. 57ff.

⁹⁷ Siehe zu diesem Aspekt *Schmidt*, Die Zukunft der Kodifikationsidee, insbes. S. 13f. und 74ff.; *Köck*, VerwArch 93 (2002), S. 1; *Leisner*, Objektive Gesetzesinterpretation – eine Gefahr für die Gewaltenteilung?, S. 33 (46); *Hill*, Einführung in die Gesetzgebungslehre, S. 9 m. w. N.; *Reimer*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, GVR I, § 9 Rn. 100; siehe auch bereits *Schreckenberger*, Krise der Gesetzgebung, S. 21 (26).

⁹⁸ Sehr skeptisch beispielsweise *Ossenbühl*, in: Isensee/Kirchhof, HbStR V, § 100 Rn. 84.

gesellschaftlichen „Normenhunger“⁹⁹ korrespondierenden) Bestreben des Gesetzgebers, einen bestimmten „Sollenzustand“ möglichst genau abzubilden¹⁰⁰ – ein Vorhaben, das neben einem per se hohen Detaillierungsgrad der Normen auch ständige Anpassungen an die sich wandelnde (soziale) Wirklichkeit¹⁰¹ erfordert.

Auch die vorliegende Arbeit kann und will nicht umfassend zu allen Aspekten der Gesetzgebungslehre Stellung nehmen, jedoch bietet gerade das Genehmigungsverwaltungsrecht Gelegenheit, sich einem Teilbereich, nämlich der Gesetzestechnik,¹⁰² zu widmen. Dabei können Defizite bei der Qualität der Gesetzgebung¹⁰³ schon aus rein juristischer Perspektive analysiert werden. Qualität meint dabei nicht nur Verfassungsmäßigkeit¹⁰⁴, denn die Vereinbarkeit eines Gesetzes mit dem Grundgesetz indiziert nicht automatisch, dass die betreffende Regelung auch gut ist.¹⁰⁵ Vielmehr verlangt gute Gesetzgebung, dass nicht nur verfassungs- und europarechtlich unangreifbare,¹⁰⁶ sondern konsistente¹⁰⁷ und funktionsgerechte¹⁰⁸ Regelungen gegeben werden. Eine besondere Rolle spielt auch dabei die Frage, ob und inwieweit eine Kodifikation erfolgen kann oder soll.¹⁰⁹

Unter dem Blickwinkel der Gesetzestechnik muss die Analyse des Genehmigungsverwaltungsrechts schon bei der Frage des „Ob“ der Verwendung des Instituts beginnen, gerade auch vor dem Hintergrund der zur Verfügung stehenden Alternativen. Diese zeigen sich etwa im Sicherheitsrecht, wo manche Tätigkeiten, etwa die Aufnahme der meisten Gewerbe oder bestimmte Bauvorhaben der Verwaltung lediglich angezeigt oder angemeldet werden müssen;¹¹⁰ teilweise besteht

⁹⁹ Horn, Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie, Rn. 23.

¹⁰⁰ Siehe zum Recht als „einer Welt des Sollens“, auch im Hinblick auf die Kodifikationsidee Schreckenberger, Krise der Gesetzgebung, S. 21 (31).

¹⁰¹ Vgl. etwa Schreckenberger, Krise der Gesetzgebung, S. 21 (27).

¹⁰² Vgl. hierzu Hill, Einführung in die Gesetzgebungslehre, S. 96 ff.

¹⁰³ Vgl. zu diesem Anliegen der Gesetzgebungslehre Karpén, Gesetzgebungslehre – neu evaluiert, S. 35; siehe auch Emmenegger, Gesetzgebungskunst, S. 299 f., die auch bereits einige Aspekte anspricht (S. 298), die für das Genehmigungsverwaltungsrecht von Bedeutung sind. Zur Unterscheidung zwischen guten und schlechten Gesetzen, gerade auch in Abgrenzung zur Frage der bloßen Verfassungskonformität, vgl. etwa Blum, Wege zu besserer Gesetzgebung, S. 9, 19.

¹⁰⁴ Dies gilt jedenfalls in dem relativ großzügigen Sinn, in dem das Bundesverfassungsgericht den Begriff der Verfassungsmäßigkeit versteht.

¹⁰⁵ Siehe zur parallelen Situation im Rahmen der „Neuen Verwaltungswissenschaft“, in der es auch nicht mehr nur um die Frage geht, ob eine Lösung normativ richtig oder falsch ist, Hwang, VerwArch 101 (2010), 180 ff.

¹⁰⁶ Zur Gesetzgebungslehre als Verfassungsdogmatik, die sich damit befasst, welche Anforderungen ein Gesetz erfüllen muss, um mit der Verfassung in Einklang zu stehen, vgl. Starck, Gesetzgebung, in: Staatslexikon der Görres-Gesellschaft, Bd. II, Sp. 1003 (1009).

¹⁰⁷ Vgl. hierzu etwa Zeh, Verwaltungswissenschaftliche Zugänge zur Gesetzgebungslehre, in: Schreckenberger/Baden, Gesetzgebungslehre, S. 57 (58); siehe zur Kontinuität der Gesetzgebung auch Kloepfer, ZG 3 (1988), S. 289 (300).

¹⁰⁸ Zu diesem Ziel als oberstem der Gesetzestechnik vgl. Hill, Einführung in die Gesetzgebungslehre, S. 96 ff.

¹⁰⁹ Positiv hierzu Papier, Kodifikation – ein Mittel zur guten Gesetzgebung?, S. 17 (29).

¹¹⁰ Folge der Anzeige ist die Überwachung in einem weiteren Sinne. Zu den terminologischen Problemen in diesem Bereich vgl. Wabl, NVwZ 2002, 1192 (1193); siehe zur Konvergenz der Instrumente auch noch unten S. 371 ff. und 541 ff.

in der Folge eine befristete Untersagungsmöglichkeit.¹¹¹ Stets im Raum steht auch die voraussetzungslose allgemeine Überwachung der Freiheitsbetätigung durch staatliche Stellen, die auf unterschiedliche Weise erfolgen kann. Sie ist dem Grunde nach notwendige Folge und Sicherungsmittel für die Grundpflicht eines jeden Bürgers, das geltende Recht zu beachten,¹¹² kann aber je nach Intensität zu einer eigenständigen Freiheitsbeeinträchtigung erwachsen. Solche Alternativen stehen für den Bereich staatlicher Distribution nicht zur Verfügung. Wenn der Staat die Verteilung bestimmter Güter oder Rechte vornehmen und dies nicht dem „freien Markt“ oder dem „Recht des Stärkeren“ überlassen will, kann dies nicht anders als über ein „Verbot der Selbstbedienung“ geschehen. Auch im freien Markt können bestimmte Akteure aber einer staatlichen Kontrolle hinsichtlich der Ausübung oder Mehrung ihrer Marktmacht unterliegen, die sowohl mit dem Mittel des Genehmigungsvorbehalts als auch mit anderen Mitteln erfolgen kann.

Es wird zu untersuchen sein, ob sich jenseits des allgemeinen Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit¹¹³ für die tatsächliche oder gebotene Verwendung von Genehmigungsvorbehalten und Genehmigungen durch den Gesetzgeber gewisse Vorgaben oder ein bestimmtes Muster ermitteln lassen.¹¹⁴ Ein solches stellte vor allem eine mögliche Hilfe für den Gesetzgeber bei der Auswahl freiheitsgestaltender Instrumente in zukünftigen Gesetzen oder gar einer Kodifikation von Genehmigungsverfahren in allgemeinerer Art dar. Auch die Ausgestaltung der Genehmigungsverfahren im Hinblick auf die für die verwaltungsrechtliche Systembildung relevanten Punkte¹¹⁵ wird aus der Perspektive des Wunsches nach einer strukturierten und systematischen Gesetzgebung zu analysieren sein. Schließlich geht es darum, ob und inwieweit sich bestimmten wiederkehrenden einfachgesetzlichen Regelungsstrukturen verfassungsrechtliche Aussagen entnehmen lassen, sie mithin als „konkretisiertes Verfassungsrecht“ anzusehen sind.¹¹⁶

Weitere Fragen hinsichtlich der Gesetzestechnik stellen sich etwa in Bezug auf die auch aus der Perspektive der grundrechtlichen Wesentlichkeitstheorie¹¹⁷ bedeutsame Problematik, welche der Anforderungen, die man an die Genehmigungsfähigkeit stellt, durch Parlamentsgesetz festzulegen sind, und welche durch Verordnung oder nach Delegation durch die Legislative in anderen Formen der Normsetzung aufgestellt oder völlig Privaten überlassen werden dürfen. In engem

¹¹¹ Siehe hierzu *Henke*, DVBl. 1983, 982 (983).

¹¹² Vgl. zu dieser „klassischen republikanischen Grundpflicht“ *Hofmann*, in: Isensee/Kirchhof, HbStR IX, § 195 Rn. 22; *Bethge*, JA 1985, 249 (256).

¹¹³ *Schwabe*, JuS 1973, 133 (135 f.); *Gusy*, JA 1981, 80.

¹¹⁴ Zweifelnd hieran wohl *Henke*, DVBl. 1983, 982 (983 f.).

¹¹⁵ Siehe dazu oben S. 10.

¹¹⁶ Siehe zu diesem Aspekt *Kloepfer*, ZG 3 (1988), S. 289 (299); zum Begriff des konkretisierten Verfassungsrechts schon *Werner*, DVBl. 1959, 527; vgl. auch *Möllers*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, GVR I, § 3 Rn. 13.

¹¹⁷ *Hill*, Einführung in die Gesetzgebungslehre, S. 40 ff.; siehe aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, die die Theorie nur in älteren Entscheidungen explizit verwendet, etwa BVerfGE 83, 130 (152).

Zusammenhang damit steht die Frage nach dem aus Gründen des rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgrundsatzes notwendigen Detaillierungsgrad der Normen;¹¹⁸ hier ist die „goldene Mitte“ zwischen Generalklauseln und Detailregelungen zu finden. Nicht unberücksichtigt bleiben darf schließlich auch der Aspekt der Vollzugeignung einer Norm, der maßgeblich zu ihrer Qualität beiträgt.¹¹⁹

Gesetzgebungslehre im Sinne „guter“ Gesetzgebung¹²⁰ ist in heutiger Zeit immer auch „Umsetzungslehre“ im Hinblick auf das Recht der EU. Da der europäische „Gesetzgeber“ meist nicht auf die vorgefundenen Strukturen nationaler Gesetze Rücksicht nimmt, stellt sich hier die Frage, wie nationale Gesetze zu verfassen sind, damit sie den europäischen Anforderungen Stand halten, ohne gewachsene und bewährte Strukturen aufzugeben. Dies gilt in besonderem Maße im Hinblick auf die Umsetzung europäischer Richtlinien, die in der Vergangenheit vielfach Anlass zu Beanstandungen durch den EuGH gab. Fraglich ist auch in diesem Kontext, welchen Nutzen weitere Kodifikationen hätten,¹²¹ bzw., ob und inwieweit vom Europarecht Kodifikationsimpulse ausgehen können.

Die genannten Beispiele zeigen, dass die Gesetzgebungslehre zugleich Elemente dessen enthält, was unter dem bereits erwähnten Stichwort der „Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft“ diskutiert wird. Die „Neue Verwaltungsrechtswissenschaft“ will die einseitige „Juristische Methode“, die stark von einer rechtsaktbezogenen Betrachtungsweise geprägt ist,¹²² überwinden und eine Gesamtbetrachtung der für eine „gute Verwaltung“¹²³ existenziellen Rahmenbedingungen, die nicht nur rechtlicher Natur sind, durchführen.¹²⁴ Hierzu ist eine Analyse der (verfassungs-) rechtlichen Rahmenbedingungen zwar unverzichtbar, da sie die Zulässigkeit des Vorgehens der Verwaltung und des Gesetzgebers (Art. 20 Abs. 3 GG) limitieren. Innerhalb dieses Rahmens ist jedoch im Einzelfall zu analysieren, welches Instrument der Gesetzgeber der Verwaltung an die Hand geben muss, damit sie ihre Aufgaben am besten erfüllen kann. Gesetzgebungslehre entspricht somit auf einer höheren Ebene dem, was die „Neue Verwaltungsrechtswissenschaft“ für die Verwaltung analysiert: Sie zeigt Handlungsalternativen auf, schätzt die Folgen ab, legt Interessengegensätze offen und erarbeitet rational begründete, praktische

¹¹⁸ Siehe zu dieser Frage etwa *Sobota*, Das Prinzip Rechtsstaat, S. 132 ff., insbes. S. 135.

¹¹⁹ Vgl. *Karpen*, Gesetzgebungslehre – neu evaluiert, S. 39; *Hill*, Einführung in die Gesetzgebungslehre, S. 96 spricht insofern von „Anwendungsg Geeignetheit“.

¹²⁰ Zur Verbesserung der Qualität von Gesetzen als Anliegen der Gesetzgebungslehre vgl. *Karpen*, Gesetzgebungslehre – neu evaluiert, S. 35.

¹²¹ Den Nutzen bejahend etwa *Papier*, Kodifikation – ein Mittel zur guten Gesetzgebung?, S. 17 (28); indessen wird das Grundproblem der unterschiedlichen Regelungsstrukturen nicht beseitigt, wenn die andere Ebene darauf nicht Rücksicht nimmt. Denkbar wäre insoweit aber, dass auf eine Kodifikation mehr Rücksicht genommen wird und sie auch eine gewisse „Vorbildfunktion“ entfalten kann.

¹²² Vgl. hierzu *Vofskuhle*, BayVBl. 2010, 581 (582 f.).

¹²³ Der Begriff der „guten Verwaltung“ findet sich mittlerweile sogar als Grundrecht in Art. 41 GRCh, allerdings dort in einem auf bestimmte Teilaspekte konkretisierten Kontext.

¹²⁴ Vgl. hierzu *Vofskuhle*, BayVBl. 2010, 581 (586).

Entscheidungsvorschläge¹²⁵ – aber nicht für die Verwaltung, die innerhalb des engen Rahmens des gegebenen Verwaltungsrechts agieren muss, sondern für den Gesetzgeber, der diesen Rahmen anhand der weiten Vorgaben der Verfassung und des Unionsrechts erst erstellt.

C. Gang der Analyse

Um eine Bilanz der heutigen Bedeutung des Genehmigungsverwaltungsrechts zu erstellen und möglicherweise einen allgemein-verwaltungsrechtlich verallgemeinerungsfähigen Typus des Genehmigungsverfahrens zu entwickeln, muss vor allem vom Bestand der im Verwaltungsrecht anzutreffenden Genehmigungsvorbehalte ausgegangen werden; es ist utopisch, ohne Friktionen einem bestehenden Rechtssystem ein abstraktes Idealkonstrukt überzustülpen. Allerdings müssen zusätzlich die Vorgaben, die sich aus höherrangigem Recht für das Genehmigungsverwaltungsrecht ergeben, ermittelt und „fortlaufend an Beispielen aus einzelnen Verwaltungsbereichen erläutert und erprobt“ werden.¹²⁶ Diese deduktive „Ergänzung“ ist notwendig, weil sie nicht nur Erklärungen für den Bestand an Genehmigungsvorbehalten und -verfahren liefert, sondern auch die Grenzen für die Verwendung einzelner Instrumente des Genehmigungsverwaltungsrechts aufzeigt und somit den Rahmen bestimmt, innerhalb dessen die mit Genehmigungsverfahren in ihren unterschiedlichen Ausprägungen verfolgten Ziele erreicht werden dürfen. Hieraus lassen sich zum einen Schlussfolgerungen über die Verfassungs- und Europarechtskonformität des Bestands an Genehmigungsverwaltungsrecht ziehen, zum anderen aber auch ermitteln, inwieweit dieser Bestand verfassungs- oder europarechtlich geboten ist. Letzterem Aspekt kommt für die Ermittlung von Gestaltungsspielräumen des Gesetzgebers besondere Bedeutung zu.

Im ersten und umfangreichsten Kapitel der Arbeit ist daher eine Bestandsaufnahme vorzunehmen. Analysiert werden sollen einerseits Rechtsgebiete, in denen Genehmigungsvorbehalte zur Anwendung kommen und in der Folge Genehmigungsverfahren stattfinden. Andererseits ist vor dem Hintergrund der Diskussion um verallgemeinerungsfähige Aspekte von Genehmigungsverfahren¹²⁷ zu ermitteln, welche Aspekte des Genehmigungsverwaltungsrechts bereits in allgemein-verwaltungsrechtlicher Querschnittsform geregelt sind.

¹²⁵ So für die Verwaltungsrechtswissenschaft *Voßkuhle*, BayVBl. 2010, 581 (586); *ders.*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, GVR I, § 1 Rn. 14.

¹²⁶ Siehe zur Parallelität von induktivem und deduktivem Vorgehen bei der Ordnung des Verwaltungsrechts *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, Kap. 1 Rn. 12f.; *Voßkuhle*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, GVR I, § 1 Rn. 44.

¹²⁷ Vgl. dazu exemplarisch *Burgi/Durner*, Modernisierung des Verwaltungsverfahrenrechts durch Stärkung des VwVfG, S. 20ff. sowie speziell für Genehmigungsverfahren S. 49ff.; siehe auch schon *Wahl*, NVwZ 2002, 1192ff.

Die verfassungsrechtlichen Vorgaben für das Genehmigungsverwaltungsrecht bilden das zweite Kapitel der Arbeit. „Das allgemeine Verwaltungsrecht ist das Forum, ist das Medium, in dem die rechtsstaatlichen Anforderungen an die öffentliche Verwaltung, die sich aus dem Verfassungsrecht als allgemeine Anforderung ergeben, in harte juristische Formen umgesetzt werden“ (*Peter Badura*).¹²⁸ Zu diesen rechtsstaatlichen Anforderungen zählen in materieller Hinsicht vor allem die Freiheitsrechte, weil diese das Genehmigungsverwaltungsrecht in besonderer Weise prägen. Die Analyse darf sich dabei allerdings nicht auf die von *Otto Mayer* angesprochene abwehrrechtliche Sichtweise beschränken, sondern soll auf sämtliche Grundrechtsfunktionen bis hin zur Frage der Grundrechtsausgestaltung¹²⁹ eingehen. Soweit Genehmigungsvorbehalte gegenüber Selbstverwaltungsinstitutionen bestehen, ist stattdessen auf die entsprechenden Selbstverwaltungsgarantien einzugehen.

In einem dritten Kapitel wird auf die europarechtlichen Vorgaben einzugehen sein, zu denen insbesondere die Grundfreiheiten zählen, die mit nationalen Genehmigungsvorschriften im Konflikt stehen können, sowie auf durch das Recht der EU veranlasste Genehmigungsverfahren und allgemeine Vorgaben für ihre Umsetzung in nationales Recht. Eine besondere Bedeutung kommt dabei dem Verfahrensgedanken zu, der im Europarecht stärker ausgeprägt ist, als dies im deutschen Recht herkömmlich der Fall ist,¹³⁰ was im Zusammenspiel mit der im deutschen Recht intensiveren materiellen Kontrolle zu Problemen führen kann.¹³¹

Im vierten und letzten Kapitel der Arbeit wird sodann unter Verknüpfung von Ergebnissen aus der Bestandsaufnahme mit den verfassungsrechtlichen und europarechtlichen Rahmenbedingungen eine Bilanz erstellt, die eine Typologie des Genehmigungsverwaltungsrechts herzustellen versucht und zugleich aktuelle „Trends“ darlegt und bewertet. Diese Bilanz soll gleichermaßen zur dogmatischen Erhellung des Bestands wie auch als Basis für die Beurteilung künftiger Entwicklungen dienen. Dabei soll auch analysiert werden, wie sich etwaige Alternativen zu Genehmigungsverfahren, die im Zuge von Deregulierungsmaßnahmen teilweise schon vorhanden sind, bewähren und ob sich ihre Ausweitung empfiehlt. Zu berücksichtigen ist dabei einerseits die Perspektive des Staats, der seine Aufgaben erfüllen muss,¹³² und andererseits die Perspektive des Bürgers, auf dessen Rechts-

¹²⁸ *Badura*, VVDStRL 56 (1997), S. 304.

¹²⁹ Siehe hierzu etwa *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, 1999; *Gellermann*, Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande, 2000; *Cornils*, Die Ausgestaltung der Grundrechte, 2005; siehe auch unter dem Begriff der „Grundrechtsprägung“ *Lerche*, in: *Isensee/Kirchhof*, HbStR V, § 121 Rn. 38 ff.

¹³⁰ Siehe zu diesem Bereich *Grünwald*, Die Betonung des Verfahrensgedankens im deutschen Verwaltungsrecht durch das Gemeinschaftsrecht, 2010.

¹³¹ Vgl. etwa die Unklarheiten im Hinblick auf das Verhältnis von § 2 Abs. 3 BauGB zu § 1 Abs. 7 BauGB, siehe hierzu etwa *Bach*, Die Abwägung gemäß § 1 Abs. 7 BauGB nach Erlass des EAG Bau, S. 141 ff.; *Özdemir*, Die Behandlung von Mängeln der Abwägung bei der Aufstellung von Bauleitplänen im Planerhaltungssystem des EAG Bau, S. 95 ff.; *Martini/Finkenzeller*, JuS 2012, 126; *Kersten*, Jura 2013, 478.

¹³² Vgl. schon die Verwaltungsdefinition bei *Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, 3. Aufl.

positionen eingewirkt wird. Dies gilt hinsichtlich negativer Konsequenzen wie dem Aufwand, der durch notwendige Mitwirkungsmaßnahmen an der Verwaltungstätigkeit entsteht,¹³³ genauso wie im Hinblick auf mögliche positive Konsequenzen der Verwendung eines bestimmten Rechtsinstituts, etwa die Entstehung subjektiver öffentlicher Rechte oder die Sicherheit und Kontinuität einer Rechtsposition. In regelungstechnischer Frage wird darauf einzugehen sein, inwieweit eine (weitere) Kodifikation des Genehmigungsverwaltungsrechts in Betracht kommt.

1924, S. 13: „Verwaltung ist Tätigkeit des Staates zur Verwirklichung seiner Zwecke unter seiner Rechtsordnung, außerhalb der Justiz“.

¹³³ Siehe zu den Bürokratiekosten u. a. durch Genehmigungen *Karpen*, Gesetzgebungslehre – neu evaluiert, S. 22.

1. Kapitel

Bestandsaufnahme und -analyse

Im Folgenden soll zunächst ein Überblick über verschiedene Konstellationen gegeben werden, in denen der Gesetzgeber Genehmigungsvorbehalte etabliert hat. Dabei kann trotz des Anliegens einer Querschnittsuntersuchung keine vollständige Übersicht aller Genehmigungsvorbehalte und -verfahren erarbeitet werden; eine Beschränkung auf ausgewählte Bereiche erscheint angesichts der Tatsache, dass Genehmigungsvorbehalte nahezu überall im öffentlichen Recht Verwendung finden, unumgänglich.

Den Ausgangspunkt bilden dabei die allgemein-verwaltungsrechtlichen Aspekte des Genehmigungsverwaltungsrechts (A.), die als bereits kodifiziertes „Querschnittsrecht“ dann relevant sind, wenn das „Fachrecht“ keine oder jedenfalls keine vollständigen eigenen Regelungen trifft. Speziell genehmigungsbezogene Normen sind allerdings im allgemeinen Verwaltungsrecht die Ausnahme; umso entscheidender ist es, die Vorschriften, die nicht exklusiv, aber auch auf das Genehmigungsverwaltungsrecht bezogen sind, zu ermitteln und ihre Bedeutung herauszuarbeiten. Dieser Teil der Bestandsaufnahme ist vor dem Hintergrund des anhaltenden Diskurses über eine Aufwertung des allgemeinen Verwaltungsverfahrensrechts¹ von besonderer Bedeutung: Zur Bewertung von Forderungen nach einem „Vor die Klammer Ziehen“ ist zu klären, was schon vor der Klammer steht.

Deutlich schwieriger gestaltet sich die Auswahl der „Referenzgebiete“. Dieser schillernde Begriff, der ursprünglich eher die Rechtsgebiete bezeichnete, aus denen sich das (allgemeine) Verwaltungsrecht entwickelte,² wird heute häufig in einem anderen Sinne verstanden, nämlich schlicht als ausgewähltes Untersuchungsgebiet oder Anwendungsfeld.³ Vor allem letzterer Begriff zeigt, dass der Zweck von Referenzgebieten in diesem Sinne vor allem ist, zuvor ermittelte Aussagen des

¹ Siehe hierzu ausführlich *Burgi/Durner*, Modernisierung des Verwaltungsverfahrensrechts durch Stärkung des VwVfG, S. 20ff. sowie speziell für Genehmigungsverfahren S. 49ff.

² Hierzu werden traditionell Baurecht, Kommunalrecht, Polizeirecht und Beamtenrecht gezählt, vgl. etwa *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs idee, Kap. 1 Rn. 14. Zur Entwicklung der Referenzgebiete in verschiedenen Staaten siehe *Zacharias*, in: von Bogdandy/Cassese/Huber, IPE IV, § 72 Rn. 104ff.

³ In diese Richtung etwa *Wollenschläger*, Verteilungsverfahren, S. 26; *Thym*, Migrationsverwaltungsrecht, S. 45f.; *Heußner*, Informationssysteme im Europäischen Verwaltungsverbund, S. 26f.; *Wollenschläger*, Wissensgenerierung im Verfahren, S. 25. Kritisch zur „inflationistischen“ Verwendung des Begriffs *Wahl*, Herausforderungen und Antworten, S. 43 (Fn. 109). Siehe zur Bedeutung von Referenzgebieten auch *Vofßkuhle*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Vofßkuhle, GVR I, § 1 Rn. 43.

allgemeinen Verwaltungsrechts auf bestimmte Rechtsgebiete anzuwenden und zu verifizieren. Die klassische Funktion von Referenzgebieten, induktiv weitere allgemeine Lehren und Regelungsmuster zu gewinnen, erscheint dabei allerdings nach wie vor bedeutsam.⁴ Dieser letztere Aspekt steht daher auch bei der vorliegenden Untersuchung im Vordergrund, geht es doch darum, möglicherweise einen „Typus“ des Genehmigungsverfahrens mehr oder weniger detailliert zu entwickeln. Ob ein Rechtsgebiet sich eignet, als „Referenz“ zu dienen und verallgemeinerungsfähige Aussagen zu liefern, lässt sich allerdings erst nach seiner eingehenden Untersuchung beurteilen. Das Anliegen der Auswahl möglichst „repräsentativer“ Rechtsgebiete ist also in sich zirkulär, lässt sich doch die Repräsentativität erst als Folge der einzugrenzenden Analyse beurteilen. Eine Einschränkung des Untersuchungsmaterials ist daher auf der Basis der Repräsentativität für das dogmatische Untersuchungsziel nicht möglich.

Um eine bloß dezisionistische Auswahl zu vermeiden,⁵ erscheint es notwendig, andere Auswahlkriterien in den Blick zu nehmen: Naheliegender ist es erstens, Rechtsgebiete auszuwählen, die in einem Mindestmaß von Rechtsprechung und/oder Wissenschaft durchdrungen sind, da dies Anschauungsmaterial⁶ und Anschlussfähigkeit verspricht. Zweitens ist es unverzichtbar, die Auswahl der Untersuchungsgebiete an den heute wichtigen Verwaltungszwecken zu orientieren.⁷ Beide Aspekte führen zu einer bewussten Fokussierung auf besonders praxisrelevante und/oder kontrovers diskutierte Realbereiche. Auch scheinbar abseitige Genehmigungsverfahren können allerdings verallgemeinerungs- oder gar kodifikationsfähige Parallelen bieten,⁸ Rückschlüsse erlauben⁹ oder zumindest die große Bandbreite des Genehmigungsverwaltungsrechts illustrieren. Mag sich die Auswahl auch für den Leser als etwas zufällig darstellen, führt doch erst sie dazu, dass der Querschnitt möglichst repräsentativ ist.

Im Interesse einer gewissen Strukturierung werden im Rahmen dieser Bestandsaufnahme nach den allgemein-verwaltungsrechtlichen Vorgaben zunächst unter B. Genehmigungsvorbehalte für bestimmte Freiheitsbetätigungen von Bürgern oder Unternehmen untersucht. Es folgen unter C. Genehmigungsvorbehalte gegenüber Selbstverwaltungsträgern sowie unter D. die Situation, dass sich die Bundesrepublik Deutschland einem unionsrechtlichen Genehmigungsvorbehalt unterworfen hat. Ziel der Bestandsaufnahme wird es sein, jeweils den Zweck des jeweiligen

⁴ Siehe zu diesen beiden Aspekten *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, Kap. 1 Rn. 13; vgl. auch *Burgi*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, GVR I, § 18 Rn. 115 f.

⁵ Kritisch zur fehlenden systematischen Begründung der Auswahl von Referenzgebieten etwa *Waechter*, Verwaltungsrecht im Gewährleistungsstaat, S. 25.

⁶ Siehe zu diesem Auswahlkriterium etwa *Wollenschläger*, Verteilungsverfahren, S. 26.

⁷ *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, Kap. 1 Rn. 13; *Gär-ditz*, Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung, S. 6.

⁸ Skeptisch zur Übertragung von Gedanken aus anderen Gebieten im Bereich aufsichtlicher Genehmigungen dagegen *Kormann*, GewArch 1996, 41 (41 f.).

⁹ Vgl. hierzu (für das Thema des Bestandsschutzes) *Sendler*, WiVerw 1993, S. 235 (237).

Verbots, insbesondere das Schutzgut zu ermitteln, die Voraussetzungen darzulegen, unter denen die Erlaubnis erteilt werden kann oder muss, sowie das Verfahren, in dem dies geschieht, und schließlich die Konsequenzen der Erteilung der Genehmigung darzulegen. Das Augenmerk soll dabei auch auf der sprachlichen Gestaltung der jeweiligen Genehmigungsnorm liegen,¹⁰ um zu ermitteln, ob eine konsistente Verwendung bestimmter Begriffe durch den Gesetzgeber stattfindet. Weiterhin ist zu untersuchen, welche Konsequenzen der Gesetzgeber der Missachtung des Verbots, also des Handelns ohne Genehmigung beimisst. Hieraus lassen sich möglicherweise Anhaltspunkte für die Bedeutung ableiten, die der Gesetzgeber dem geschützten Rechtsgut beimisst. Angesprochen werden jeweils auch die besonderen rechtlichen Probleme, die sich im Zusammenhang mit dem jeweiligen Genehmigungsverfahren ergeben haben.

A. Allgemein-verwaltungsrechtliche Querschnittsaspekte

Obwohl sich auch im Genehmigungsverwaltungsrecht eine fortgeschrittene Fragmentierung in Fachgesetze feststellen lässt, die als „Dekodifikation“ des allgemeinen Verwaltungsverfahrensrechts beklagt wird,¹¹ kommt diesem für Genehmigungsverfahren überragende Bedeutung zu. Diese ergibt sich weniger aus Regelungen über die Genehmigungsfiktion¹² oder die „einheitliche Stelle“¹³, die an die Durchführung von Genehmigungsverfahren anknüpfen, als vielmehr aus der Komplementärfunktion, die dem allgemeinen Verwaltungsverfahrensrecht beim Fehlen spezialgesetzlicher Regelungen zukommt.

I. Genehmigungsverfahren als Verwaltungsverfahren

Da es sich beim Genehmigungsverfahren¹⁴ um ein Verwaltungsverfahren¹⁵ handelt, gelten grundsätzlich die §§ 9 ff. VwVfG bzw. ihre landesrechtlichen Pendanten,¹⁶ soweit nicht das Fachrecht besondere Vorgaben enthält. Dieses kann entweder ein eigenes, spezielles Verfahrensregime etablieren oder die Anwendung

¹⁰ Siehe hierzu bereits etwa *Henke*, DVBl. 1983, S. 982 (984 f.).

¹¹ *Burgi*, JZ 2010, S. 105 (109).

¹² § 42a VwVfG.

¹³ §§ 71a ff. VwVfG.

¹⁴ Die Legaldefinition in § 71a VwVfG a.F. („Verwaltungsverfahren, das die Erteilung einer Genehmigung zum Ziel hat“) ist mit Einführung des „Verfahrens über eine einheitliche Stelle“ (siehe dazu unten S. 74 ff.) entfallen; ihr Inhalt war allerdings auch eher selbstverständlich.

¹⁵ Siehe zum Verwaltungsverfahren ausführlich *Schneider*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, GVR II, § 28 Rn. 14 ff.

¹⁶ Der sprachlichen Einfachheit halber wird im Folgenden grundsätzlich nur auf die Normen des Bundes-VwVfG eingegangen.

derjenigen besonderen Verfahren anordnen, die immerhin noch so allgemein sind, dass sie Eingang in das Verwaltungsverfahrensgesetz gefunden haben. Zu nennen sind insoweit das „förmliche Verwaltungsverfahren“ (§§ 63 ff. VwVfG) und das Planfeststellungsverfahren (§ 72 ff. VwVfG). Ersteres zeichnet sich wie auch das allgemeine Verwaltungsverfahren der §§ 9 ff. VwVfG dadurch aus, dass seine Geltung zwar in manchen Genehmigungsverfahren angeordnet wird, es aber nicht exklusiv für Genehmigungsverfahren reserviert ist;¹⁷ Vorschriften über das Planfeststellungsverfahren sind dagegen zum spezifischen Genehmigungsverwaltungsrecht zu zählen.¹⁸

1. Nichtförmliches Verwaltungsverfahren

a) Antragstellung

Im allgemeinen, nichtförmlichen Verwaltungsverfahren der §§ 9 ff. VwVfG ist zunächst die Vorschrift des § 22 VwVfG über die Verfahrenseinleitung auf Antrag von Bedeutung. Genehmigungen werden als mitwirkungsbedürftige Verwaltungsakte¹⁹ grundsätzlich nur auf Antrag erteilt und nicht von Amts wegen, selbst wenn das Fachrecht das Antragerfordernis nicht explizit enthält.²⁰ Der Antrag hat daher eine Doppelfunktion: Er leitet das Verfahren ein und ist materiell Rechtmäßigkeitsvoraussetzung für die Genehmigung.²¹ Verfahrensrechtlich sind sowohl Nr. 1 als auch Nr. 2 des § 22 S. 2 VwVfG einschlägig: Auf einen entsprechenden Antrag hin muss das Genehmigungsverfahren eingeleitet werden, und ohne Antrag darf es nicht eingeleitet werden – Offizial- und Opportunitätsprinzip sind aufgehoben.²² Diese vollständige Antragsabhängigkeit ist Ausfluss einer umfassenden Dispositionsbefugnis des Antragstellers über das Genehmigungsverfahren.²³ Diese reicht bis zum Verfahrensabschluss, der im Regelfall entsprechend der in § 9 VwVfG genannten Zielrichtung des Verfahrens mit der Ablehnung, Erteilung oder Fiktion der Genehmigung eintritt.²⁴ Grundsätzlich sind eine das Ver-

¹⁷ Zu Anwendungsfällen siehe *Michler*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum VwVfG, § 63 Rn. 20 ff. Tendenziell gegen die Eignung als „Instrument der Genehmigungsverwaltung“ auch *Burgi/Durner*, Modernisierung des Verwaltungsverfahrenrechts durch Stärkung des VwVfG, S. 132.

¹⁸ Siehe dazu noch unten S. 80 ff.

¹⁹ Siehe hierzu unter der Überschrift „zustimmungsbedürftiger“ Verwaltungsakt *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 14 Rn. 19.

²⁰ Vgl. *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 22 Rn. 27. Siehe auch OVG Koblenz, NVwZ 1986, 576 ff.; unklar dagegen BVerwGE 11, 18 (21).

²¹ OVG Koblenz, NVwZ 1986, 576 (578).

²² Vgl. hierzu *Schneider*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, GVR II, § 28 Rn. 15.

²³ Vgl. *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 22 Rn. 5, 27, 33.

²⁴ A.A. *Schneider*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, GVR II, § 28 Rn. 118, der generell auf den Zeitpunkt der Unanfechtbarkeit abstellt; wie hier *Schmitz*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 9 Rn. 193 ff.

fahren vorzeitig beendende Antragsrücknahme²⁵ oder eine Antragsänderung²⁶ dementsprechend nur bis zu diesem Zeitpunkt zulässig, eine Antragsnachholung hingegen aufgrund der ausdrücklichen Regelung des § 45 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 VwVfG auch noch bis „zum Abschluss der letzten Tatsacheninstanz eines verwaltungsgerichtlichen Verfahrens“. Der grundsätzlichen Begrenzung der Antragsrücknahme auf den Zeitpunkt des Erlasses des Verwaltungsakts steht daher auch nicht entgegen, dass die herrschende Meinung die Zulässigkeit von Antragsrücknahmen bis zum Zeitpunkt des Eintritts der Bestandskraft bejaht.²⁷ Erforderlich ist insofern aber, dass tatsächlich ein Widerspruchs- oder Klageverfahren eingeleitet wurde, denn nur dann lässt sich davon sprechen, dass das Verfahren noch fort-dauert und gegebenenfalls mit einer einheitlichen Entscheidung beendet wird.²⁸ Die bloße Möglichkeit einer Verfahrensfortsetzung (oder gar Neueröffnung nach § 51 VwVfG) reicht nicht aus, sondern sie muss sich realisiert haben, um dem Antragsteller die mit dem Erlass des Verwaltungsakts verlorene Dispositionsbefugnis über den Antrag zurückzugeben. Mit der Verfahrensbeendigung – zu welchem Zeitpunkt auch immer sie demnach eintritt – entsteht statt der Dispositionsbefugnis über das Verfahren eine neue Dispositionsbefugnis, nämlich die über die aus der Genehmigung erhaltenen Rechte. Auf sie kann gegebenenfalls verzichtet werden.²⁹ Im Regelfall wandelt sich also das Antragsrücknahmerecht mit der Genehmigungserteilung in ein Genehmigungsverzichtsrecht um.

Von großer praktischer Bedeutung ist die Frage, wieweit die Genehmigungsbehörde zur Mithilfe bei der Antragstellung verpflichtet ist. Die Absätze 1 und 2 des § 25 VwVfG geben hierüber in der Weise Auskunft, dass die Genehmigungsbehörde die Stellung von Anträgen anregen soll, „wenn diese offensichtlich nur versehentlich oder aus Unkenntnis unterblieben oder unrichtig abgegeben oder gestellt worden sind.“ Sie soll, „soweit erforderlich, bereits vor Stellung eines Antrags mit dem zukünftigen Antragsteller [erörtern], welche Nachweise und Unterlagen von ihm zu erbringen sind und in welcher Weise das Verfahren beschleunigt werden kann“, und, „soweit es der Verfahrensbeschleunigung dient, soll sie dem Antragsteller nach Eingang des Antrags unverzüglich Auskunft über die voraussichtliche Verfahrensdauer und die Vollständigkeit der Antragsunterlagen geben.“ Diese Vorgaben beschreiben allerdings weder das notwendige Minimum noch das zuläs-

²⁵ Vgl. *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 22 Rn. 84. Zum Antragswiderruf bis zum Zugang siehe demgegenüber etwa *Kluth*, NVwZ 1990, 608 (612 f.).

²⁶ *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 22 Rn. 80 ff.

²⁷ Vgl. BVerwGE 75, 280 (283 ff.); BVerwG, NVwZ 1989, 860 (861); siehe auch *de Wall*, Die Anwendbarkeit privatrechtlicher Vorschriften im Verwaltungsrecht, S. 163 f. A.A. *Schmitz*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, § 22 Rn. 70. Die Konsequenzen einer so späten Antragsrücknahme sind unklar, vgl. *de Wall*, ebda., S. 165 f.; *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 43 Rn. 41a, gehen in diesem Fall von einer Erledigung des Verwaltungsakts aus.

²⁸ Vgl. etwa BVerwGE 82, 336 (338); *Schneider*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, GVR II, § 28 Rn. 118.

²⁹ Siehe dazu noch unten S. 63, wo auch etwaige Einschränkungen der Verzichtbarkeit besprochen werden.

sige Maximum behördlicher Mitwirkung vollständig. Im Hinblick auf das Minimum gilt, dass die grundsätzliche „Aufgabenverteilung“ im Genehmigungsverwaltungsrecht zu berücksichtigen ist: Eine der Wirkungen des Genehmigungsverhalts ist es, dass der Antragsteller sein Vorhaben nicht nur irgendwie zur Kenntnis bringen muss, sondern in einer Weise, die es der Behörde ermöglicht, ihre Genehmigungsentscheidung zu treffen. Der Untersuchungsgrundsatz (§ 24 VwVfG) gilt zwar auch im Genehmigungsverfahren, aber er wird eingeschränkt durch § 26 Abs. 2 VwVfG³⁰ und die materiellrechtlichen Mitwirkungsverpflichtungen im Rahmen der Antragstellung.³¹ Hiervon kann und muss die Genehmigungsbehörde den Antragsteller nicht entlasten. Umgekehrt darf die Genehmigungsbehörde, auch wenn sie sich als besonders „hilfsbereit“ erweisen möchte, nicht das rechtsstaatlich zulässige Maximum an Mitwirkung überschreiten: Es darf nicht dazu kommen, dass aufgrund weitgehender und sachlich nicht gerechtfertigter informeller Vorverhandlungen das eigentliche Verwaltungsverfahren zu einer leeren Hülle wird.³²

b) Entscheidungsvorbereitung

Die Ausgestaltung des auf einen Antrag folgenden Verfahrens ist, wenn nicht besondere Vorschriften zur Entscheidungsvorbereitung³³ bestehen, nicht-förmlich und damit weitgehend der Genehmigungsbehörde überlassen; sie hat es „einfach, zweckmäßig und zügig“ durchzuführen.³⁴ Diesem „Verfahrensermessen“³⁵ sind allerdings Grenzen gesetzt. Es kommen Grundsätze wie das Beschleunigungsgebot³⁶ und die der Objektivität und Unparteilichkeit dienenden Vorschriften über Ausschluss und Befangenheit von Behördenpersonal³⁷ zur Anwendung. Außerdem entstehen Verfahrensrechte für die Beteiligten, etwa das Recht auf Aktenein-

³⁰ Vgl. dazu *Herrmann*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum VwVfG, § 26 Rn. 36.

³¹ *Heßhaus*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum VwVfG, § 24 Rn. 20f. Siehe zur Rolle des Antragstellers im Genehmigungsverfahren auch eingehend *Häfner*, Verantwortungsteilung im Genehmigungsrecht, S. 76 ff.

³² *Schneider*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, GVR II, § 28 Rn. 20. Das Problem ergibt sich auch, wenn wie vor allem im Außenwirtschaftsrecht die Genehmigungskriterien im Rahmen von Ermessensentscheidungen weitgehend unklar sind und der Antragsteller überhaupt nur mit Hilfe der Behörde seinen Antrag in eine möglicherweise genehmigungsfähige Form bringen kann, vgl. dazu *Hindelang*, Die Entwicklung des gerichtlichen Rechtsschutzes im deutschen Außenwirtschaftsrecht, S. 9 ff.

³³ Zu dieser Phase des Verfahrens siehe *Schmidt-Aßmann*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, GVR II, § 27 Rn. 97; zur weitgehenden Ausblendung der Entscheidungsvorbereitungsphase im VwVfG siehe *Schneider*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, GVR II, § 28 Rn. 12.

³⁴ § 10 VwVfG.

³⁵ Siehe dazu etwa *Gerstner-Heck*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum VwVfG, § 10 Rn. 2; *Schmitz*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 10 Rn. 16 ff.; *Hill*, NVwZ 1985, 449; *Schoch*, Verw 25 (1992), S. 21 (36).

³⁶ § 10 S. 2 VwVfG. Zur Behandlung konkurrierender Anträge nach dem Prioritätsprinzip siehe nun *Maslaton*, NVwZ 2013, 542 ff.

³⁷ §§ 20f. VwVfG.

sicht³⁸ oder das Recht, vor Erlass eines belastenden Verwaltungsakts angehört zu werden.³⁹ Grundsätzlich gilt der Untersuchungsgrundsatz.⁴⁰ Völlig offen, d. h. der Verwaltung überlassen, ist in diesem Zusammenhang das Maß der Untersuchungen: Wie intensiv hat die Sachverhaltsaufklärung zu erfolgen? Müssen alle Angaben des Antragstellers verifiziert werden? Bis zu welchem Grad muss gerade auch extrajuridisches Wissen in die Entscheidung einbezogen werden? Die Lösungen variieren von Verfahren zu Verfahren;⁴¹ grundsätzlich ist die Verwaltung aufgerufen, im Rahmen ihrer Gesetzesbindung hier ein angemessenes Verhältnis zwischen Aufwand und Ertrag sicherzustellen und damit auch innerhalb des Rechtsstaatsprinzips die widerstreitenden Aspekte der Zügigkeit der Verwaltung und der materiellen Gerechtigkeit in Ausgleich zu bringen.⁴²

Ob in dem Fall, dass die Behörde die Erteilung der Genehmigung ablehnt, nach § 28 VwVfG eine Anhörung geboten ist, um die Position des Genehmigungsptenen zu ermitteln, ist seit jeher umstritten,⁴³ meist aber bedeutungslos, denn Geltung in Genehmigungsverfahren beanspruchen grundsätzlich auch diejenigen Vorschriften, die in der deutschen Tradition der Betonung der materiell richtigen Entscheidung dem Verfahren nur eine dienende Funktion zumessen⁴⁴ und Verfahrensfehler, darunter auch das Fehlen der Anhörung, für heilbar oder unbeachtlich erklären (§§ 45, 46 VwVfG) sowie eine Nichtigkeit des Verwaltungsakts nur in engen Ausnahmefällen vorsehen (§ 44 VwVfG).

³⁸ § 29 VwVfG. Zu weitergehenden Informationsrechten zur sachgerechten Interessenverfolgung siehe etwa BVerwG, DOV 2004, 73 (74f.).

³⁹ § 28 VwVfG.

⁴⁰ § 24 VwVfG. Siehe hierzu etwa *Schneider*, Nachvollziehende Amtsermittlung bei der Umweltverträglichkeitsprüfung, S. 88 ff.; *ders.*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, GVR II, § 28 Rn. 36 ff.

⁴¹ Vgl. zur unterschiedlichen Methodik der Tatsachenfeststellung in verschiedenen Bereichen des öffentlichen Rechts *Möllers*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, GVR I, § 3 Rn. 34. Zu exemplarischen Verfahrenstypen auch *Gurlit*, VVDStRL 70 (2011), S. 227 (248 ff.).

⁴² Vgl. zu dieser Pflicht schon *Berg*, Verw 9 (1976), S. 161 (167 f.); die Frage ist allerdings umstritten, vgl. zum Streitstand *Schneider*, Nachvollziehende Amtsermittlung bei der Umweltverträglichkeitsprüfung, S. 85 f.; *ders.*, Innovationsverantwortung im Verwaltungsverfahren, S. 287 (290).

⁴³ Dagegen etwa BVerwGE 66, 184 (186); *Kallerhoff*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 28 Rn. 26; a. A. *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 28 Rn. 26 ff.

⁴⁴ Vgl. statt vieler *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 45 Rn. 4. Zur berechtigten Kritik an der Unterordnung des Verfahrensrechts siehe *Schmidt-Aßmann*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, GVR II, § 27 Rn. 64; *Fehling*, VVDStRL 70 (2011), S. 278 (326); vgl. zum zugrundeliegenden Dogma der einen richtigen Entscheidung auch *Pietzcker*, VVDStRL 41 (1982), S. 193 (223 f.); *Schoch*, Verw 25 (1992), S. 21 (46 f.); nunmehr auch *Haug/Schadtke*, NVwZ 2014, 271. Zum Beschleunigungsaspekt der entsprechenden Regelungen vgl. *Kadelbach*, KritV 1997, 263 (267).

2. Förmliches Verwaltungsverfahren

Das förmliche Verwaltungsverfahren, das im Schrifttum teilweise als missglückt und realitätsfern bezeichnet wird,⁴⁵ aber aufgrund gesetzgeberischer Anordnung⁴⁶ dennoch eine (wenn auch mäßige⁴⁷) praktische Bedeutung auch für Genehmigungsverfahren aufweist, ist demgegenüber deutlich stärker formalisiert. Es enthält besondere „Anforderungen an die Antragstellung (§ 64 VwVfG), an die Mitwirkung von Zeugen und Sachverständigen (§ 65 VwVfG), an die Anhörung von Beteiligten (§ 66 VwVfG), an die mündliche Verhandlung (§ 67 und § 68 VwVfG), an die Entscheidung (§ 69 VwVfG) und deren Anfechtbarkeit (§ 70 VwVfG) sowie besondere Vorschriften für das Verfahren vor Ausschüssen (§ 71 VwVfG)“⁴⁸; insgesamt weist es gerichtsverfahrensähnliche Züge auf.⁴⁹ Jenseits dieser Einschränkungen gilt der Grundsatz des Verfahrensermessens der Behörde.⁵⁰

II. Ermessen

Von besonderer Bedeutung bei der Erteilung von Genehmigungen ist der Aspekt des Ermessens (§ 40 VwVfG). Dies gilt nicht nur, weil er für die klassische Kategorisierung in präventive und repressive Verbote von Relevanz ist,⁵¹ sondern schon deshalb, weil den Behörden bei der Entscheidung über manche Genehmigungen Ermessen eingeräumt ist und sie damit umzugehen haben. Die Aussage in § 40 VwVfG, das Ermessen sei „entsprechend dem Zweck der Ermächtigung auszuüben und die gesetzlichen Grenzen des Ermessens einzuhalten“, konnte zwar in Verbindung mit der gerichtlichen Kontrollrestriktion in § 114 VwGO zur Etablierung einer Ermessensfehlerlehre führen,⁵² vermag insbesondere im Genehmigungsverwaltungsrecht aber weder Auskunft über den jeweiligen „Zweck der Ermächtigung“ noch über die „gesetzlichen Grenzen des Ermessens“ im konkreten Fall zu geben.

⁴⁵ *Wahl*, Neues Verfahrensrecht für Planfeststellung und Anlagengenehmigung, S. 83 (92f.); *ders.*, NVwZ 2002, 1192.

⁴⁶ Zu Anwendungsfällen, die auch Genehmigungsverfahren beinhalten, siehe *Michler*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum VwVfG, § 63 Rn. 20ff. Vgl. auch *Burgi/Durner*, Modernisierung des Verwaltungsverfahrensrechts durch Stärkung des VwVfG, S. 130f.

⁴⁷ Vgl. etwa *Wollenschläger*, Verteilungsverfahren, S. 8: „Schattendasein“; siehe auch *Pünder*, in: Erichsen/Ehlers, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 15 Rn. 35.

⁴⁸ *Michler*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum VwVfG, § 63 Rn. 6.

⁴⁹ *Pünder*, in: Erichsen/Ehlers, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 15 Rn. 35.

⁵⁰ § 10 VwVfG; siehe dazu *Hill*, NVwZ 1985, 449 (451).

⁵¹ Vgl. dazu oben S. 2.

⁵² Vgl. statt vieler *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 7 Rn. 19ff.; *Alexy*, JZ 1986, 701ff.

1. Grundsatz: Konditionale Verknüpfung von Ermessen mit Genehmigungskriterien

Zu berücksichtigen ist zunächst, dass dem Genehmigungsverwaltungsrecht regelmäßig eine konditionale Logik zugrunde liegt, nach der die Behördenentscheidung von bestimmten Voraussetzungen abhängt, die entweder erfüllt sind oder nicht.⁵³ Die Ermessenseinräumung wandelt diese konditionale Logik des „wenn Voraussetzung – dann Genehmigung“ in eine Logik des „wenn Voraussetzung – dann entweder Genehmigung oder nicht Genehmigung“ um. Trotz der Einräumung des Ermessens bestehen bei einer Genehmigungsentscheidung nämlich grundsätzlich nur zwei Entscheidungsmöglichkeiten: Der Behörde kann, sieht man von Nebenbestimmungen⁵⁴ oder Teilgenehmigungen⁵⁵ ab, die Genehmigung nur erteilen oder nicht erteilen. Insofern führt das Ermessen nur zu einer bipolaren „Wahl-Freiheit“ und nicht zu echter Handlungsfreiheit der Verwaltung;⁵⁶ auch das Begriffspaar Entschließungs- und Auswahl-Ermessen⁵⁷ passt nicht. Diese Logik ist unberührt davon, ob der gesetzliche Anknüpfungspunkt für das Ermessen ein Versagungsgrund oder eine positive Genehmigungsvoraussetzung ist. Ersteres kann mit der Formulierung „kann (nur) versagt werden, wenn“⁵⁸ zum Ausdruck gebracht werden, letzteres durch Formulierungen wie „kann (nur) erteilt werden, wenn“.⁵⁹ Diese unterschiedlichen Anknüpfungspunkte, die zu Begriffsschöpfungen wie „fakultativem Versagungsgrund“ oder „Genehmigungsermessen“ führen, ändern nichts daran, dass grundsätzlich in Abhängigkeit vom Vorliegen oder Nichtvorliegen bestimmter Voraussetzungen der Genehmigungsbehörde zwei Entscheidungsmöglichkeiten eröffnet werden, nämlich die Genehmigung zu erteilen oder eben nicht.

⁵³ Siehe zu diesem konditionalen Programm schon *Luhmann*, *Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung*, S. 36 ff. Zum Unterschied von finalen und konditionalen Handlungen vgl. auch BVerfGE 95, 1 (16).

⁵⁴ Siehe dazu unten S. 44 ff.

⁵⁵ Hierin liegt eine teilweise Ablehnung und teilweise Genehmigung, so dass sich – immer vorausgesetzt, der Verwaltungsakt ist überhaupt entsprechend teilbar – keine Besonderheiten ergeben.

⁵⁶ Siehe hierzu schon *Ehmke*, „Ermessen“ und „unbestimmter Rechtsbegriff“ im Verwaltungsrecht, S. 26.

⁵⁷ Vgl. statt vieler *Maurer*, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, § 7 Rn. 7; *Jestaedt*, in: *Erichsen/Ehlers*, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, § 11 Rn. 57.

⁵⁸ Siehe etwa § 14a S. 3 VAG: „Die Genehmigung kann auch versagt werden, wenn die Vorschriften über die Umwandlung nicht beachtet worden sind“ oder § 22 Abs. 4 S. 1 BauGB: „Die Genehmigung darf nur versagt werden, wenn durch die Begründung oder Teilung der Rechte die Zweckbestimmung des Gebiets für den Fremdenverkehr und dadurch die städtebauliche Entwicklung und Ordnung beeinträchtigt wird.“

⁵⁹ Vgl. auch die Formulierungen in § 31 BauGB: „können solche Ausnahmen zugelassen werden“ und „kann befreit werden“.

2. Störungen der Verknüpfung

Die konditionale Auslösung der Ermessensbetätigung wird allerdings häufig dadurch gestört, dass der Gesetzgeber teilweise nicht alles sagt, was er meint, und nicht immer meint, was er sagt. Dies zeigt sich in Defiziten im Konditionalprogramm einerseits und in nur scheinbarer Ermessenseinräumung andererseits.

a) Defizitäres Konditionalprogramm

Das Konditionalprogramm, das die Ermessensbetätigung im Hinblick auf eine Genehmigungserteilung oder -versagung auslöst, besteht nicht nur abstrakt aus positiven und/oder negativen „Genehmigungsvoraussetzungen“, sondern generiert damit zugleich für den Rechtsanwender eine (offene) Handlungsanweisung für eine bestimmte „Entscheidungssituation“.

aa) Nichtregelung einzelner Entscheidungssituationen

Ein perfektes Konditionalprogramm würde die Arbeit der Genehmigungsbehörde in einer Weise determinieren, dass für jede Entscheidungssituation eine Rechtsfolge vorgegeben ist. Häufig sind die Entscheidungssituationen aber nur unvollständig durch den Gesetzgeber geregelt: Die Logik des „wenn A, dann B“, die durch die Ermessenseinräumung zu „wenn A, dann B oder nicht B“ erweitert wird, hilft nämlich nicht weiter, wenn der Gesetzgeber nicht bestimmt hat, welche Entscheidung zu treffen ist, wenn schon die Voraussetzung A nicht erfüllt ist. Die Schlussfolgerung, dass die Genehmigungserteilung dann unter keinen Umständen in Betracht komme und es dementsprechend bei dem der Genehmigungsnorm immanenten Verbot⁶⁰ zu bleiben habe, bedarf der differenzierenden Untersuchung.

Unproblematisch ist die Nichtregelung des Gegenteils der Bedingung, die die Ermessensentscheidung erst auslöst, nur dann, wenn das Konditionalprogramm zwingend ist. Ist „nur, wenn“ bestimmte Voraussetzungen gegeben sind, Ermessen auszuüben, so ist beim Nichteintritt der Bedingung kein Ermessen auszuüben, und zwar unabhängig davon, ob es zur Erteilung oder zur Versagung der Genehmigung berechtigt – die zwingende Bedingung schließt jeweils das Gegenteil aus. „Kann“ also die Genehmigung *nur* unter bestimmten Voraussetzungen erteilt werden, ist für den Fall, dass diese nicht vorliegen, die Erteilung der Genehmigung zwingend ausgeschlossen. „Kann“ sie *nur* in bestimmten Fällen versagt werden, so ist sie anderenfalls zu erteilen. Es finden sich aber auch Fälle, in denen das Konditionalprogramm nicht als zwingend bezeichnet ist.

Knüpft die Ermessenseinräumung in einem solchen Fall an ein positives Genehmigungskriterium an, bedeutet dies, dass – auch ohne die Qualifikation der Voraussetzungen als zwingend – eine positive Ermessensentscheidung grundsätzlich nicht in Betracht kommt. Es steht der Behörde angesichts ihrer Gesetzesbindung (Art. 20 Abs. 3 GG) nämlich nicht zu, von dem der Genehmigungsnorm imma-

⁶⁰ Siehe oben S. 5 f.

nenten Verbot zu entbinden, ohne hierzu ermächtigt zu sein. Eine Ermächtigung besteht ausdrücklich aber nur unter den tatbestandlich geregelten Voraussetzungen. Dass diese nur beispielhaft gemeint sind, wird man nur annehmen können, wenn der Gesetzgeber für Genehmigungsvoraussetzungen Begriffe wie „insbesondere“ verwendet; im Übrigen kommt allenfalls eine Analogie in Betracht.

Betrifft ein nicht zwingendes Konditionalprogramm einen Versagungsgrund („kann versagt werden, wenn“) und ist dieser nicht als beispielhaft („insbesondere, wenn“) gekennzeichnet, stellt sich hingegen nicht nur die Frage, ob weitere Versagungsgründe in Betracht kommen, hinsichtlich derer im Rahmen der Ermessensentscheidung zu klären ist, ob sie so schwer wiegen, dass sie eine Genehmigungserteilung verhindern, sondern darüber hinaus auch die weitere Frage, wie zu verfahren ist, wenn kein Versagungsgrund vorliegt, denn dieser Fall wird von der eingangs genannten Formulierung nicht erfasst.⁶¹ Mit der Anerkennung zusätzlicher Versagungsgründe würde die Genehmigungsbehörde – anders als durch das Ignorieren positiver Genehmigungskriterien – zwar nicht das dem Genehmigungsvorbehalt immanente Verbot aushebeln, sie würde aber das klassische rechtsstaatliche „Verteilungsprinzip“ missachten, nach dem grundsätzlich alles erlaubt ist, was nicht verboten ist.⁶² Für ein Verbot, das einen Grundrechtseingriff darstellt, bedarf es aber prinzipiell einer gesetzlichen Grundlage,⁶³ die nur besteht, soweit Versagungsgründe gesetzlich vorgesehen sind. Aus diesem Grund kommt eine Erweiterung von Versagungsgründen als Analogie zulasten des Bürgers nicht in Betracht. Mit dem Verweis auf das rechtsstaatliche „Verteilungsprinzip“ ist zugleich die zweite Frage beantwortet, wie zu verfahren ist, wenn kein im Gesetz genannter Versagungsgrund vorliegt: Die Genehmigung ist zwingend zu erteilen.⁶⁴

bb) Nichtregelung des Konditionalprogramms

Während sich die Nichtregelung einzelner Entscheidungssituationen also mittels systematischer Auslegung grundsätzlich beheben lässt, finden sich häufig Genehmigungsmöglichkeiten, denen überhaupt kein Konditionalprogramm zugrunde liegt. Das Paradebeispiel ist wohl die Formulierung „Von dem Verbot können Ausnahmen zugelassen werden“;⁶⁵ es finden sich aber auch Normen, die für eine bestimmte Handlung eine Erlaubnis verlangen, ohne in irgendeiner Weise die Modalitäten ihrer Erteilung zu regeln.⁶⁶ Allein mit einer solchen Beschreibung der Situ-

⁶¹ Dieses Problem der nicht geregelten Gegenentscheidung stellt sich auch ohne Einräumung von Ermessen hinsichtlich des Versagungsgrundes, beispielsweise in § 4 Abs. 1 GastG.

⁶² Vgl. dazu etwa *Schlink*, EuGRZ 1984, S. 457 (467); siehe auch die Ratio des Elfes-Urteils BVerfGE 6, 32 (37) sowie BVerfGE 80, 137 (154).

⁶³ Siehe zur Qualifikation als Grundrechtseingriff noch ausführlich unten S. 426ff.

⁶⁴ Vgl. etwa zu § 4 GastG BVerwG, GewArch 1958, 231.

⁶⁵ Vgl. etwa in § 46 StVO oder bei der Bestellung von Sicherheiten durch die Kommunen, § 87 Abs. 5 S. 4 BW GemO, Art. 71 Abs. 6 BayGO und weitere, siehe dazu noch unten S. 370ff.

⁶⁶ Vgl. etwa § 29 Abs. 2 und 3 StVO für bestimmte Formen der Straßennutzung.

ation, in der eine Genehmigungserteilung nach Ermessen in Betracht kommt, wird aber kein handhabbares Konditionalprogramm vorgegeben.

b) Scheinbare Ermessenseinräumung

Teilweise ist die Ermessenseinräumung auch nur eine scheinbare und es liegt in Wirklichkeit eine nicht nur im Einzelfall, sondern generell bestehende Bindung der Verwaltung im Hinblick auf die Genehmigungserteilung vor. Typischerweise tritt diese Situation in zwei Konstellationen auf: bei Koppelungsvorschriften (aa) und in Fällen genereller Ermessensreduzierung auf Null (bb).

aa) Koppelungsvorschriften

Mitunter wird die Logik der Ermesseneinräumung bei der Genehmigungserteilung, die sich mit „wenn Voraussetzung – dann entweder Genehmigungserteilung oder nicht“ beschreiben lässt, dadurch konterkariert, dass der Gesetzgeber mit der Ermesseneinräumung nur betonen will, dass der Behörde bei der Beurteilung, ob die Voraussetzung tatbestandlich erfüllt ist, ein Beurteilungsspielraum zuzugestehen ist. Die Ermesseneinräumung soll dann nicht über diesen hinaus auf der Rechtsfolgende Seite einen weiteren Entscheidungsspielraum gewähren.

Soll eine Ermesseneinräumung lediglich einen tatbestandlichen Entscheidungsspielraum betonen, reicht es nicht, dass es sich bei der Genehmigungsnorm um eine klassische Koppelungsvorschrift handelt, d. h. eine Norm, die sowohl unbestimmte Rechtsbegriffe auf Tatbestandsseite enthält als auch Ermessen auf der Rechtsfolgende Seite einräumt.⁶⁷ Angesichts der Tatsache, dass alle abstrakt-generellen Rechtsbegriffe mehr oder weniger unbestimmt sind,⁶⁸ wäre dies bei nahezu jeder Genehmigungsnorm der Fall. Vielmehr muss die Norm tatbestandsseitig so beschaffen sein, dass sie einen Beurteilungsspielraum eröffnet und alle denkbaren Erwägungen schon angestellt werden müssen, um überhaupt die Tatbestandsmäßigkeit eines bestimmten Einzelfalls zu ermitteln – nur dann ergibt die Einräumung zusätzlichen Ermessens auf der Rechtsfolgende Seite keinen Sinn mehr, weil keinerlei Ermessenerwägungen mehr übrig sein können.⁶⁹

Eine solche Betonung eines tatbestandlichen Entscheidungsspielraums mag man zwar als einen „Zweck der Ermächtigung“ im Sinne des § 40 VwVfG grundsätzlich anerkennen können, allerdings ist dem Gesetzgeber vorzuwerfen, dass er die mit einer konditionalen Normstruktur faktisch entstehende und die Arbeit des Gesetzesanwenders bestimmende Trennung von Tatbestand und Rechtsfolge⁷⁰ nicht

⁶⁷ Zum Gebot der getrennten Betrachtung vgl. etwa BVerwGE 46, 175 (176 f.).

⁶⁸ *Jestaedt*, in: Erichsen/Ehlers, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 11 Rn. 20.

⁶⁹ *Koch*, Unbestimmte Rechtsbegriffe und Ermessensermächtigungen im Verwaltungsrecht, S. 182; *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 7 Rn. 49, spricht insofern von „Ermessenschwund“. Vgl. aus der Rechtsprechung insbesondere BVerwGE 18, 247 (250) zu § 35 Abs. 2 BauGB. Zum umgekehrten Fall der Koppelungsvorschrift vgl. etwa GemSOGB, BVerwGE 39, 355 (363 ff.).

⁷⁰ *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 7 Rn. 48.

ernst nimmt. Zwar mag es häufig nur eine Frage der Formulierung sein, ob man einen administrativen Entscheidungsspielraum auf Tatbestands- oder Rechtsfolgenrechtsseite einer Norm gewährt;⁷¹ man wird allerdings vom Gesetzgeber verlangen können, die eine oder andere Variante zu wählen, wenn nicht ein doppelter Entscheidungsspielraum gewollt ist. Zumindest unter dem Gesichtspunkt „guter Gesetzgebung“ muss man anderenfalls die Normformulierung als missglückt erachten,⁷² zumal auch eine gebundene Entscheidung Beurteilungsspielräumen im Tatbestand nicht entgegenstehen würde.

Insbesondere verfehlt ist in diesem Zusammenhang daher auch die mitunter anzutreffende Aussage, eine Norm gewähre kein Ermessen, *sondern* ihr Tatbestand sei voll gerichtlich überprüfbar.⁷³ Dieser Gegensatz besteht nicht; das eine hat mit dem anderen nichts zu tun. Es lässt sich nur feststellen, eine bestimmte Ermessenseinräumung habe *nicht den Zweck*, einen gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbaren tatbestandlichen Beurteilungsspielraum zu betonen – dann ist die Erfüllung der Tatbestandsvoraussetzungen gerichtlich voll überprüfbar, es muss dann aber auch ein anderer Zweck der Ermessenseinräumung gefunden werden. Regelmäßig bietet sich zumindest die Möglichkeit der Berücksichtigung atypischer Fälle an. Lässt allerdings schon der Tatbestand der Genehmigungsnorm eine solche Berücksichtigung zu, ohne dass es hierfür eines Beurteilungsspielraums bedarf, und sind auch keine anderen Zwecke der Ermessenseinräumung erkennbar, muss sie als regelungstechnisch verfehlt angesehen werden.

bb) Generelle Ermessensreduzierung auf Null

Ebenfalls nur scheinbar wirken Ermessenseinräumungen, wenn Entscheidungsspielräume der Verwaltung mit höherrangigem Recht nicht vereinbar sind. Im Genehmigungsverwaltungsrecht, das Freiheitsbetätigungen limitiert,⁷⁴ ist eine entsprechende Wirkung der Grundrechte fast schon der Regelfall:⁷⁵ Bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen ist die Genehmigung zu erteilen, auch wenn das Gesetz Ermessen einzuräumen scheint. Eine vergleichbare Ermessensreduzierung auf Null kann auch aufgrund der Wirkung des Europarechts eintreten.⁷⁶ Tritt eine solche das Ermessen eliminierende Wirkung höherrangigen Rechts auf eine Genehmigungsnorm in *jedem* Fall ihrer Anwendung auf, ist zumindest aus der Per-

⁷¹ Siehe zur Austauschbarkeit der Positionierung des administrativen Entscheidungsspielraums *Jestaedt*, in: Erichsen/Ehlers, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 11 Rn. 15 f.; *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 7 Rn. 51.

⁷² Dies gilt umso mehr, als auch der umgekehrte Fall diskutiert wird, dass nämlich ein unbestimmter Rechtsbegriff so zu verstehen ist, dass er nur die Ermessensausübung steuern soll, vgl. dazu *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 7 Rn. 50.

⁷³ Vgl. diesen Kontrast etwa bei *Reidt*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, § 51 Rn. 28.

⁷⁴ Siehe dazu noch ausführlich unten S. 426 ff.

⁷⁵ Siehe etwa den „Klassiker“ des Baurechts, dass „kann“ in § 35 Abs. 2 BauGB als „muss“ zu lesen ist, vgl. BVerwGE 74, 357 (361); siehe auch BVerwGE 47, 280 (283).

⁷⁶ Vgl. dazu *Jestaedt*, in: Erichsen/Ehlers, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 11 Rn. 57.

spektive der Gesetzgebungslehre die Ermessenseinräumung erneut als verfehlt zu bezeichnen, weil sie das Risiko einer administrativen Fehlentscheidung erhöht. Der Gesetzgeber darf den Rechtsanwender nur dann darauf verweisen, höher-rangiges Recht zur verfassungs- oder europarechtskonformen Auslegung einer Norm zu bemühen, wenn er dieses nicht schon selbst abschließend berücksichtigen kann. Zeitigt das Verfassungs- oder Europarecht hingegen bei jeder Anwendung einer Norm denselben, vorhersehbaren und in der Gesetzgebung berücksichtigungsfähigen Effekt der Ermessensreduzierung auf Null, besteht kein Grund für den Gesetzgeber, dem nicht durch eine gebundene Entscheidung Rechnung zu tragen.

3. Zweck der Ermächtigung

Soweit tatsächlich und nicht nur scheinbar Ermessen besteht, stellt sich die Frage nach dem „Zweck der Ermächtigung“. Obgleich der Zweck einer Ermessenseinräumung grundsätzlich von der einzelnen Norm und ihrem Kontext abhängt und eine Abstraktion daher schwer fällt,⁷⁷ lassen sich bestimmte, die Ermessensausübung beeinflussende Eckpunkte ermitteln.

a) Einfluss des Konditionalprogramms

Steht die Erteilung der Genehmigung zugleich unter bestimmten Genehmigungsvoraussetzungen und im Ermessen, so wird man daraus entnehmen können, dass nach der Auffassung des Gesetzgebers auch bei Erfüllung der Voraussetzungen nicht in jedem Fall ein Anspruch auf die Genehmigung bestehen soll, denn sonst hätte es der Ermessenseinräumung nicht bedurft.⁷⁸ „Kann“ die Genehmigung dagegen versagt werden, wenn ein bestimmter Tatbestand (nicht) erfüllt ist, so wird damit ausgesagt, dass dieser Versagungsgrund nicht zwingend ist, also die Genehmigung auch trotz Vorliegen des Versagungsgrundes erteilt werden darf, denn sonst wäre die Formulierung „ist zu versagen“ zu wählen gewesen. Formal ist der „Zweck der Ermächtigung“ in solchen Fällen, dass die Verwaltung die vom Gesetzgeber bewusst offen gelassene Entscheidung trifft⁷⁹ und dabei die konkreten Umstände des Einzelfalls berücksichtigt.⁸⁰ Materiell wird man allerdings fragen müssen, warum der Gesetzgeber an das Konditionalprogramm keine gebundene Entscheidung geknüpft hat, welche Zweckprogrammierung also dem Handeln der Verwaltung zugrunde liegen⁸¹ soll.

⁷⁷ Siehe zu der Frage etwa schon *Keppeler*, Die Grenzen des behördlichen Versagungsermessens, S. 92 ff., sowie die im Lauf der Untersuchung angesprochenen Einzelfälle.

⁷⁸ Siehe zu scheinbaren Ermessenseinräumungen aber S. 32 f.

⁷⁹ Zu Recht spricht daher etwa *Jestaedt*, in: Erichsen/Ehlers, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 11 Rn. 55 von einer „rechtsfolgenbezogenen Letztentscheidungsbefugnis der Verwaltung“.

⁸⁰ Siehe zu dieser Funktion der Ermessenseinräumung etwa *Mauver*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 7 Rn. 13. Zur Kombination von Zweckprogramm und Konditionalprogramm vgl. *Lubmann*, Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung, S. 39.

⁸¹ Vgl. dazu *Lubmann*, Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung, S. 40.

Bei aller Abstraktionsschwierigkeit wird man der Normierung bestimmter Genehmigungsvoraussetzungen und/oder Versagungsgründe eine besondere Bedeutung für die administrative Entscheidungsfindung entnehmen müssen. Dies gilt insbesondere, wenn diese Voraussetzungen abschließend sind. Der Gesetzgeber bringt damit zum Ausdruck, dass gerade die genannten und nicht irgendwelche anderen Kriterien eine maßgebliche Rolle bei der Entscheidung spielen sollen. Selbst wenn man der Figur des „intendierten Ermessens“⁸² eher skeptisch gegenübersteht, wird man im Genehmigungsverwaltungsrecht einer Kombination von Genehmigungskriterien und Ermessen entnehmen können, dass die Erfüllung der Genehmigungskriterien oder Versagungsgründe eine Grundtendenz im Hinblick auf die Ermessensausübung begründet.⁸³ Je nach Formulierung der Norm billigt oder missbilligt der Gesetzgeber grundsätzlich eine bestimmte Handlungsweise unter bestimmten Voraussetzungen und etabliert damit gewissermaßen einen Regelfall. „Zweck der Ermächtigung“ zur Ausübung von Ermessen ist es daher in den Fällen der Kumulation von Ermessen mit Genehmigungsvoraussetzungen und/oder Versagungsgründen vor allem, die Berücksichtigung atypischer Fälle zu ermöglichen, in denen sich die gesetzgeberische Wertung ausnahmsweise als unzutreffend erweist; liegen solche Fälle nicht vor, liegt es – wenn sich der Konzeption des Gesetzes nicht andere Aspekte entnehmen lassen – in der „Intention“ des Gesetzgebers, das Ermessen zu reduzieren und dem Regelfall entsprechend zu entscheiden.

b) Einfluss der Genehmigungsbezeichnung

Aber auch wo es an Genehmigungskriterien fehlt, ist in einem Rechtsstaat nicht anzunehmen, dass voraussetzungslose Genehmigungsmöglichkeiten geschaffen wurden – „freies Ermessen“ gibt es nicht.⁸⁴ Neben der Einbindung der Genehmigungsnorm in das jeweilige Gesetz kann auch die Bezeichnung der Genehmigung einen Anhaltspunkt für den „Zweck der Ermächtigung“ bieten. Damit ist nicht die ohnehin wenig stringente Verwendung⁸⁵ der Begriffe Zulassung, Erlaubnis, Genehmigung, Gestattung oder Bewilligung durch den Gesetzgeber gemeint, sondern vor allem die Bezeichnung bestimmter Genehmigungen als „Ausnahme“.⁸⁶ Die damit in Bezug genommenen Verhaltensregeln verlieren durch die Ausnahmemöglichkeit ihre Rigidität und bringen nur eine Vorstellung des Gesetzgebers von

⁸² Siehe etwa BVerwGE 72, 1 (6); 105, 55 (57); kritisch zur Begrifflichkeit *Jestaedt*, in: Erichsen/Ehlers, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 11 Rn. 57; völlig gegen die Konzeption *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 7 Rn. 12; siehe auch *Beuermann*, Intendiertes Ermessen, passim; *Kaffenberger*, Das intendierte Verwaltungsermessen, S. 18 ff.

⁸³ Noch weitergehend etwa *Gönnenwein*, in: GS Walter Jellinek, S. 511 (530) für den Fall, dass eine Ausnahme vom Verbot der Bestellung von Sicherheiten zugunsten Dritter durch die Kommunen zugelassen werden kann, wenn sie der Verkehrsübung entspricht.

⁸⁴ *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 7 Rn. 17.

⁸⁵ Vgl. *Kloepfer*, Umweltrecht, § 5 Rn. 53.

⁸⁶ Siehe schon oben S. 31. Vgl. auch BVerfGE 46, 371 (377).

einem „Regelfall“ zum Ausdruck, der (verfassungsrechtlich betrachtet⁸⁷) das grundsätzliche Verbot abweichenden Handelns rechtfertigt. Zweck einer jeden Ausnahme- oder Befreiungsvorschrift ist aber gerade, das vollständige Verbot zu durchbrechen.⁸⁸ Die im Ermessen stehende Genehmigung stellt in diesem Zusammenhang ein Instrument der Flexibilisierung dar.

Anders als bei Soll-Vorschriften, die an Voraussetzungen anknüpfen und bei denen das Vorliegen eines atypischen Falls als tatbestandliche Frage angesehen wird, deren Bejahung erst die Ermessensbetätigung auslöst,⁸⁹ soll das Vorliegen eines Ausnahmefalls allerdings nicht etwa die Tatbestandsvoraussetzung für eine dann folgende Ermessensausübung, sondern eine „Wertungsvorgabe im Rahmen einer einheitlich zu treffenden Ermessensentscheidung“⁹⁰ sein. Dies erscheint auch zutreffend, denn der Ausnahmefall kann schwerlich Grund und Grenze der Ermessensbetätigung zugleich sein.⁹¹ Indem der Gesetzgeber einen Regelfall normiert, von dem nur mit einer Genehmigung abgewichen werden darf, bringt er die Bedeutung dieses Regelfalls und den Ausnahmecharakter der Genehmigung zum Ausdruck. Berücksichtigt man, dass Ausnahmenvorschriften (jedenfalls grundsätzlich) eng auszulegen sind⁹² und zudem die Genehmigungsbehörde verpflichtet ist, den gesetzlichen Zweck der Norm, von der die Ausnahme beantragt ist, im Blick zu behalten,⁹³ wird man im Rahmen der Ermessensentscheidung über die Gewährung einer Ausnahme, für die keine weiteren Voraussetzungen normiert sind, primär nach dem Ziel zu fragen haben, das die gesetzliche Regelung, von der abgewichen werden soll, bezweckt, sowie danach, ob dieses Ziel im Einzelfall auch bei Entbindung von dem Verbot (in hinreichendem Maße) erreicht wird. Weitere Aspekte, und zwar auch solche, die konträr zur Zielerreichung liegen, können berücksichtigt werden: So ist es insbesondere denkbar, dass aus einer gesetzgeberischen „Typisierung“ eine besondere Härte für einzelne Betroffene resultiert, die durch die Gewährung von Ausnahmen abgemildert werden kann oder sogar muss.⁹⁴ Nur nach einer solchen umfassenden Interessenabwägung kann es gerechtfertigt sein, mithilfe der rechtslagenmodifizierenden Kraft des Verwaltungsakts⁹⁵

⁸⁷ Zur Frage zulässiger Typisierung siehe noch unten S. 470, 486.

⁸⁸ So zu Recht auch *Gramlich*, Außenwirtschaftsrecht, S. 147.

⁸⁹ Siehe zur Trennung von atypischem Fall und darauf folgender Ermessensausübung auch *Jestaedt*, in: Erichsen/Ehlers, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 11 Rn. 57; siehe auch BVerwGE 90, 275 (278).

⁹⁰ BVerwGE 72, 1 (4f.); 104, 154 (157).

⁹¹ Dem korrespondiert, dass Tatbestandsmerkmale nicht auch noch als Ermessenserwägung verwendet werden dürfen, so zu Recht jetzt *Eifert*, Jura 2014, 1127 (1129).

⁹² Siehe zum Grundsatz *singularia non sunt extendenda* und seiner Herleitung *Knütel*, JuS 1996, S. 768 (772); differenzierend danach, ob eine „echte“ Ausnahme vorliegt, *Larenz*, Methodenlehre, S. 329; vgl. auch speziell zu straßenverkehrsrechtlichen Ausnahmegenehmigungen BVerfGE 46, 371 (377).

⁹³ Siehe zu diesem final programmierten Verwaltungshandeln etwa *Müller*, Die Aufhebung von Verwaltungsakten unter dem Einfluss des Europarechts, S. 24 ff.

⁹⁴ Hier stellt sich allerdings die Frage, ob nicht der Härtefall als Genehmigungsvoraussetzung normiert werden könnte.

⁹⁵ Siehe zu diesem Regelungsgehalt noch sogleich S. 38.

die typischerweise geltende materielle Rechtslage für den Einzelfall⁹⁶ zu überwinden und für den Genehmigungsadressaten eine andere Rechtslage festzulegen. Ein Anspruch hierauf wird dementsprechend regelmäßig nicht bestehen und lässt sich allenfalls mit einer im Einzelfall grundrechtlich veranlassten Ermessensreduzierung auf Null begründen.

III. Genehmigung als Verwaltungsakt

Eine Genehmigung stellt genauso wie ihre Versagung einen Verwaltungsakt dar, so dass die für Verwaltungsakte geltenden Vorschriften der Verwaltungsverfahrensgesetze zur Anwendung kommen.⁹⁷

1. Regelungsgehalt einer Genehmigung

Die „Regelung“ im Sinne des § 35 S. 1 VwVfG,⁹⁸ die eine Genehmigung zeitigt, lässt sich nur eingeschränkt abstrakt beschreiben. Dies gilt erst recht, wenn man einen weiten, nahezu mit „Wirkung“ identischen Begriff der „Regelung“ zugrunde legt.⁹⁹ Da der Verwaltungsakt eine Willenserklärung der erlassenden Behörde darstellt, kommt der Auslegung dieses Willens entscheidende Bedeutung zu.¹⁰⁰ Allerdings ist im Genehmigungsverwaltungsrecht die gesetzlich vorgegebene, im Wesentlichen auf ja oder nein beschränkte Entscheidungslogik zu berücksichtigen,¹⁰¹ die das, was die Genehmigungsbehörde „wollen darf“, stark einschränkt. Daher hängt der Regelungsgehalt einer Genehmigung auch maßgeblich von der konkreten gesetzlichen Ausgestaltung des Genehmigungsvorbehalts und von seiner Einbettung in die Systematik des jeweiligen Rechtsgebiets ab.¹⁰² Da die Genehmigung

⁹⁶ Dies schließt eine mehrfache Ausnahmegewährung nicht aus, vgl. BVerwG, NJW 1994, 2037 (2038).

⁹⁷ Dies kann auch bei aufsichtlichen Genehmigungen gegenüber juristischen Personen des öffentlichen Rechts mittlerweile als anerkannt gelten, vgl. etwa für das Kammerrecht *Kormann*, GewArch 1996, 393 (396); für das Sozialversicherungsrecht etwa BSG, NZS 2008, 478 (479); für die Genehmigung des Flächennutzungsplans *Jaeger*, in: Spannowsky/Uechtritz, Beck'scher Online-Kommentar zum BauGB, § 6 Rn. 12; für das Kommunalrecht *Scholler/Scholler*, in: Mann/Püttner, Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Band 1, § 23 Rn. 17; *Gern*, Deutsches Kommunalrecht, Rn. 293.

⁹⁸ Zum Begriff etwa *Ruffert*, in: Erichsen/Ehlers, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 21 Rn. 15: Maßnahmen, die darauf gerichtet sind, eine Rechtsfolge zu bewirken. Die Rechtsfolge besteht vor allem darin, dass Rechte und/oder Pflichten begründet, geändert, aufgehoben oder verbindlich festgestellt werden, vgl. *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 7 Rn. 6.

⁹⁹ Umgekehrt dagegen *Bumke*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, GVR II, § 35 Rn. 42, der den Begriff des Regelungsgehalts auf die abstrakt identifizierbaren gesetzlichen Regelungen über Bindungswirkung und Bestandskraft bezieht.

¹⁰⁰ Vgl. etwa *Stelkens*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 35 Rn. 71; *Ruffert*, in: Erichsen/Ehlers, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 21 Rn. 15; siehe auch speziell zu Genehmigungen *Sach*, Genehmigung als Schutzschild, S. 71 f.; *von Bogdandy*, VerwArch 83 (1992), S. 53 (85).

¹⁰¹ Siehe bereits oben S. 29.

¹⁰² Vgl. *Sach*, Genehmigung als Schutzschild, S. 73.

als Reaktion auf einen Antrag ergeht,¹⁰³ kann auch sein Inhalt ergänzend zur Ermittlung des Regelungsgehalts herangezogen werden¹⁰⁴.

Bei vielen Genehmigungen wird man die – terminologisch nicht immer einheitlich bezeichnete¹⁰⁵ – Verbotsentbindung als unmittelbaren Regelungsgehalt annehmen können. Sie setzt allerdings eine zukunftsgerichtete Regelungsintention voraus, an der es teilweise fehlt. Soweit es um die Verbotsentbindung geht, erlaubt die Genehmigung die legale Vornahme des zuvor Verbotenen und wirkt insofern auch rechtsgestaltend.¹⁰⁶ Die Verbotsentbindung kann aufgrund der Genehmigungserteilungsermächtigung nur von dem Verbot erfolgen, für das sie vorbehalten, also gesetzlich vorgesehen ist. Steht abgesehen davon auch ein anderes, durch früheren Verwaltungsakt etabliertes¹⁰⁷ Verbot im Raum, so muss dieses grundsätzlich¹⁰⁸ aufgehoben werden, bevor eine Genehmigung erteilt werden kann, da sich die Genehmigungsbehörde nicht in Widerspruch zum Regelungsgehalt eines anderen Verwaltungsakts setzen darf.¹⁰⁹ Die Aufhebung des verwaltungsaktmäßig ausgesprochenen Verbots kann allerdings mit der Erteilung der Genehmigung konkludent erfolgen.¹¹⁰ Keine Verbotsentbindung kann stattfinden, wenn keine Genehmigungspflicht besteht. In der Rechtsprechung ist allerdings anerkannt, dass ein Verwaltungsakt, der als Genehmigung bezeichnet wird, aber ohne Bestehen einer Genehmigungspflicht ergeht, als Feststellung der rechtlichen Unbedenklichkeit des „beantragten“ Vorhabens zu qualifizieren ist.¹¹¹ Für eine echte Genehmigung fehlt es in solchen Fällen indessen an der ein gesetzliches Verbot aufhebenden Wirkung.

Mit der rechtsgestaltenden¹¹² Verbotsentbindung im Einzelfall wirkt jede Genehmigung insoweit legalisierend, als dem Vorhaben nicht mehr entgegengehalten werden kann, es liege aufgrund der fehlenden Genehmigung ein (formeller)

¹⁰³ Vgl. *Sach*, Genehmigung als Schutzschild, S. 74. Siehe zum Antrag bereits oben S. 24 ff.

¹⁰⁴ Vgl. zu dessen Bedeutung *Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, § 35 Rn. 76.

¹⁰⁵ Andere Begriffe sind etwa Zulassungswirkung, Gestattungswirkung, Freibabewirkung, vgl. auch *Attendorn*, NVwZ 2011, S. 327 (328).

¹⁰⁶ *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 9 Rn. 45; siehe auch etwa für die Baugenehmigung *Lechner*, in: *Simon/Busse*, BayBO, Art. 68 Rn. 44.

¹⁰⁷ Etwas anderes gilt, wenn der Verwaltungsakt selbst kein strenges Verbot, sondern einen Erlaubnisvorbehalt enthält.

¹⁰⁸ Die gegenteilige Auffassung, die für das Baurecht vertreten wird, wo eine Baugenehmigung eine Nutzungsuntersagung ohne Weiteres überwinden können soll, vgl. etwa *Decker*, in: *Simon/Busse*, BayBO, Art. 76 Rn. 293, erscheint dogmatisch fragwürdig und auch unter Berücksichtigung der grundrechtlich verankerten Baufreiheit nicht zwingend geboten, da diese kein „Recht auf den einfachsten Weg“ beinhaltet. Man kann ihr auch nicht zugutehalten, die Nutzungsuntersagung habe sich erledigt, da eine Erledigung allein wegen Wegfall von Voraussetzungen eines Verwaltungsakts nicht mit dem Konzept der Bestandskraft vereinbar wäre.

¹⁰⁹ Vgl. etwa *Schemmer*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum VwVfG, § 43 Rn. 21.

¹¹⁰ Diese Möglichkeit ändert allerdings nichts daran, dass eine Verpflichtungsklage auf Erteilung der Genehmigung grundsätzlich keinen Erfolg haben kann, solange das Verbot besteht.

¹¹¹ BVerwGE 57, 158 (161).

¹¹² Siehe zur rechtsgestaltenden Wirkung jedes Verwaltungsakts im Allgemeinen und jeder Genehmigung im Besonderen *Bumke*, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle*, GVR II, § 35 Rn. 61, 63.

Rechtsverstoß vor. Eine andere Frage ist aber, ob der Regelungsgehalt auch dahin geht, eine verbindliche Aussage darüber zu treffen, dass die Voraussetzungen für die Genehmigung zum Erteilungszeitpunkt erfüllt waren, dass also der Genehmigungsgegenstand den (zu prüfenden) gesetzlichen Vorgaben entsprach.¹¹³ Eine solche Feststellung wird bei zahlreichen Genehmigungen angenommen, insbesondere bei Baugenehmigungen,¹¹⁴ sie wird bei anderen Genehmigungen, namentlich bei rechtsaufsichtlichen, aber auch abgelehnt.¹¹⁵ Bei denjenigen Genehmigungsvorbehalten, die keine Genehmigungsvoraussetzungen vorsehen, erscheint eine Legalitätsfeststellung ohnehin unmöglich. An dieser Stelle bleibt daher nur festzuhalten, dass es als universellen Regelungsgehalt jeder Genehmigung die Legalitätsfeststellung nicht gibt¹¹⁶ und die Legalität auch nur die Begründung für die Verbotsentbindung und damit eine nicht zum eigentlichen Regelungsgehalt zählende Vorfrage¹¹⁷ darstellen kann.

2. Genehmigungsfolgen

Mit ihrer Bekanntgabe wird die Genehmigung ohne Rücksicht auf ihre Rechtmäßigkeit (für die es in Abwesenheit einer materiellen Regelung¹¹⁸ grundsätzlich auf den Zeitpunkt der Genehmigungserteilung ankommt¹¹⁹) wirksam, § 43 Abs. 1 VwVfG, und mit Ablauf der Anfechtungsfrist (ebenfalls ohne Rücksicht auf ihre Rechtmäßigkeit) bestandskräftig. Allgemein-verwaltungsrechtlich lassen sich aus diesem Umstand allerdings nur in geringem Umfang Schlussfolgerungen ziehen. „Wirkungen“ von Genehmigungen, die (meist als Folge der „materiellen Bestandskraft“) schlagwortartig unter Begriffen wie Gestaltungswirkung, Legalisierungswirkung, Feststellungswirkung usw. diskutiert werden, können zwar eintreten, müssen es aber nicht; die Frage hängt im Wesentlichen vom Regelungsgehalt der Genehmigung ab. Hinzu kommt, dass eine Reihe von Folgen nicht aus der Genehmigung selbst resultiert, sondern aus ihrem Verhältnis zu anderen Vorschriften,¹²⁰

¹¹³ Vgl. *Attendor*, NVwZ 2011, S. 327 (328).

¹¹⁴ Siehe etwa für das Baurecht die ständige Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, z. B. BVerwG, DVBl. 1964, 184; BVerwGE 26, 287 (288); 28, 145 (147f.); 48, 242 (245); 50, 282 (290); 82, 61 (69); vgl. auch für außenwirtschaftsrechtliche Genehmigungen von *Bogdandy*, VerwArch 83 (1992), S. 53 (81).

¹¹⁵ Vgl. für Satzungs genehmigungen etwa *Knott*, Genehmigungsvorbehalte im Verwaltungsrecht, S. 14; siehe auch noch ausführlich unten S. 359.

¹¹⁶ Siehe zur Unterscheidung zwischen feststellenden und nur verfügenden Verwaltungsakten auch schon *Gaentzsch*, NJW 1986, 2787 (2791).

¹¹⁷ *Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, § 35 Rn. 144.

¹¹⁸ Zu deren Vorrang siehe BVerwG, NJW 1993, 1729 (1730).

¹¹⁹ Vgl. für die Situation der behördlichen Aufhebung *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 48 Rn. 57; vgl. auch BayVGH, BayVBl. 2008, 441 (442). Dies ist allerdings umstritten, zum Meinungsstand vgl. *Sachs*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, § 48 Rn. 53. Dieselbe Frage stellt sich bei der gerichtlichen Beurteilung im Rahmen einer Anfechtungsklage, vgl. *Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, § 24, Rn. 7 ff. m. w. Nachw.; *Decker*, in: Beck'scher Online-Kommentar zur VwGO, § 113 Rn. 22.

¹²⁰ Siehe beispielsweise für die (materielle) Bestandskraft *Bumke*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, GVR II, § 35 Rn. 51 und 212.

die beispielsweise für Eingriffsbefugnisse an die Illegalität eines bestimmten Handelns anknüpfen, an der es bei Vorliegen einer Genehmigung fehlt.¹²¹ Ähnliches gilt für Genehmigungs-„Eigenschaften“, etwa ihre Übertragbarkeit¹²² oder die Einordnung in bestimmte Kategorien von Verwaltungsakten, etwa dingliche oder privatrechtsgestaltende. Auch diese Eigenschaften sind vom jeweiligen Regelungsgehalt der Genehmigung und der systematischen Einbettung der Genehmigungsnorm in das Rechtssystem abhängig.

Zweifelsfrei festhalten lässt sich wohl nur, dass (spätestens) mit der Bestandskraft einer Genehmigung ihre Existenz zu berücksichtigen ist. Staatliche Stellen müssen sie ihren Entscheidungen gegebenenfalls zugrunde legen, selbst wenn sie ihre Rechtmäßigkeit bezweifeln.¹²³ Zudem wird ein Verwaltungsrechtsverhältnis begründet, das zumindest zwischen Genehmigungsbehörde und Genehmigungsempfänger besteht, aber auch Dritte einbeziehen und damit mehrpolig sein kann.¹²⁴ Der Inhalt des Verwaltungsrechtsverhältnisses hängt indessen wieder vom Regelungsgehalt der Genehmigung ab. Mit Blick darauf, dass der Verwaltungsakt für den Genehmigungsempfänger „im Einzelfall bestimmt, was für ihn Rechtens sein soll“¹²⁵, wird man, da als Regelungsgehalt universell nur die Verbotsentbindung identifizierbar ist,¹²⁶ nur feststellen können, dass er etwas darf, was er aufgrund der allgemeinen Gesetzeslage sonst nicht dürfte.

3. Regelungsgehalt der Ablehnung einer Genehmigung

Umstritten ist, was der Regelungsgehalt der Ablehnung eines Genehmigungsantrags ist. Von Bedeutung ist dies vor allem mit Blick darauf, ob ihre Bestandskraft die Genehmigungsbehörde daran hindert, auf einen neuen Antrag hin die Geneh-

¹²¹ Siehe etwa für das Baurecht unten S. 139f.

¹²² Insoweit ist letztlich der Gedanke des § 43 Abs. 2 VwVfG bedeutsam, der die Wirkungen einer Genehmigung entfallen lässt, wenn sie sich erledigt, also keinerlei Rechtswirkungen mehr entfaltet. Ein solcher Wegfall der Rechtswirkungen ist anzunehmen, wenn eine Genehmigung übertragen wird (bzw. werden soll), obwohl sie in einer Weise mit der Person des Empfängers verknüpft ist, dass die Übertragung auf eine andere Person, sei es durch Gesamt- oder Einzelrechtsnachfolge, diese Verknüpfung zerstören würde. Anzunehmen ist eine solche Verknüpfung regelmäßig, wenn besondere personenbezogenen Genehmigungsmerkmale, etwa das Kriterium der Zuverlässigkeit, Grundlage der Genehmigungsentscheidung sind. Siehe etwa für das Außenwirtschaftsrecht *Stute*, Die Nichtübertragbarkeit von Einfuhrgenehmigungen im Lichte der grundrechtlich gesicherten Außenhandelsfreiheit, S. 168 ff.; vgl. auch *Siegel*, Entscheidungsfindung im Verwaltungsverbund, S. 99. Siehe zu Abbruchgenehmigungen für ehemals planfestgestellte Bahnanlagen auch *Schlarmann/Ruttloff*, NVwZ 2013, 975 ff.; zum Immissionsschutzrecht *Schmidt-Kötters*, WiVerw 2013, 199 ff.

¹²³ Vgl. *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 11 Rn. 8; *Bumke*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, GVR II, § 35 Rn. 213 ff.

¹²⁴ *Müller*, Die Aufhebung von Verwaltungsakten unter dem Einfluss des Europarechts, S. 27 ff.

¹²⁵ *Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 1924, § 10 (S. 93); *Bumke*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, GVR II, § 35 Rn. 53.

¹²⁶ Siehe oben S. 38.

migung doch zu erteilen.¹²⁷ Diskutiert wird die Situation meist erst, wenn es zu einem solchen neuen Antrag auf Genehmigung kommt und dieser abgelehnt wird.¹²⁸ Dann stellen sich die Fragen, ob die erneute Ablehnung nur ein Hinweis auf die alte Ablehnung ist, sie also einen „Zweitbescheid“ oder eine „wiederholende Verfügung“ darstellt,¹²⁹ und damit verbunden, ob der zweite Antrag auf Erteilung der Genehmigung möglicherweise als Antrag auf Wiederaufgreifen des Verfahrens zu verstehen ist, das mit der ersten Ablehnung beendet wurde.¹³⁰ Letztlich hängt die Beantwortung dieser Fragen damit zusammen, ob der Ablehnung einer Genehmigung ein Regelungsgehalt zukommt, der durch Feststellung der Illegalität des Vorhabens eine Sperrwirkung gegen den Erlass widersprechender Verwaltungsakte, d. h. hier die spätere Erteilung einer Genehmigung, entfaltet.

Aus der Zusammenschau der für den Regelungsgehalt des Verwaltungsakts maßgeblichen Elemente¹³¹ ergibt sich, dass die Genehmigungsbehörde ungeachtet der konkreten Begründung mit der Ablehnung einer Genehmigung nur die unmittelbare negative Antragsverbescheidung in dem Sinne wollen kann, dass von dem Verbot nicht entbunden wird, und es daher beim gesetzlichen „Regelfall“ bleibt, dass die beantragte Tätigkeit nicht erlaubt ist.¹³² Für diese Schlussfolgerung bedarf es allerdings keines Rückgriffs auf die Grundrechte;¹³³ sie ergibt sich vielmehr aus der Struktur der Ablehnung. Während bei der Erteilung der Genehmigung noch diskutiert werden kann, ob die Veränderung der Rechtslage in der Weise, dass zuvor Verbotenes jetzt erlaubt ist, der vorherigen oder gleichzeitigen Feststellung der diese Veränderung erst erlaubenden Voraussetzungen bedarf,¹³⁴ stellen Ausführungen zur Rechtslage bei der Ablehnung einer Genehmigung nur einen Teil der Begründung dar; eine Modifikation der Rechtslage findet gerade nicht statt. Erwägungen zur Illegalität eines Vorhabens stehen damit auf einer Stufe mit anderen Ablehnungsgründen, etwa negativen Ermessenserwägungen, die eine Genehmigungserteilung trotz Erfüllung der Genehmigungsvoraussetzung verhindern,¹³⁵ oder mit der Verneinung des Sachbescheidungsinteresses¹³⁶.

Hinzu kommt ein Weiteres: Selbst wenn die Genehmigungsbehörde die Illegalität eines Vorhabens im Rahmen der Ablehnung des Genehmigungsantrags bin-

¹²⁷ Vgl. zum Verbot von einem Verwaltungsakt widersprechenden Verwaltungshandeln etwa *Schemmer*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum VwVfG, § 43 Rn. 21.

¹²⁸ Siehe etwa BVerwGE 48, 271 (273 ff.); BVerwGE 81, 11 (14 f.).

¹²⁹ Siehe dazu schon PrOVGE 81, 466 (469); 92, 209 (210 f.).

¹³⁰ Vgl. etwa *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 11 Rn. 56.

¹³¹ Siehe S. 37.

¹³² So zu Recht etwa für das Baurecht *Lechner*, in: Simon/Busse, BayBO, Art. 68 Rn. 42: „Inhalt dieses Verwaltungsakts ist lediglich die Entscheidung, dass der konkrete Bauantrag abgelehnt worden ist.“ Siehe zum Recht auf erneute Antragstellung auch schon PrOVGE 83, 360 (362).

¹³³ So aber beispielsweise für das Baurecht BVerwGE 48, 271 (273 ff.); offen gelassen für das Gaststättenrecht etwa bei *Michel/Kienzle/Pauly*, Gaststättengesetz, § 4 Rn. 95.

¹³⁴ Richtigerweise ist sie als allgemeines Erfordernis abzulehnen, siehe schon oben S. 39.

¹³⁵ Siehe dazu oben S. 34.

¹³⁶ Vgl. hierzu etwa BVerwGE 20, 124 (127); 42, 115 (117 f.); 48, 242 (247); 61, 128 (130 f.); siehe auch *Schröder*, BayVBl. 2009, 459.

dend feststellen wollte, fehlte ihr für diese belastende Feststellung die Kompetenz. Nach inzwischen wohl unstreitiger Auffassung bedürfen aufgrund des Vorbehalts des Gesetzes (Art. 20 Abs. 3 GG) auch feststellende Verwaltungsakte einer Rechtsgrundlage, wenn die Feststellung für den Adressaten „negativ“ ist.¹³⁷ Die Aussage, der Antragsteller habe die Genehmigung beantragt und daher in den Erlass des Verwaltungsakts eingewilligt,¹³⁸ greift daher zu kurz. Mag der Genehmigungspräsident auch mit dem Antrag die Bestätigung seiner von ihm für vorteilhaft gehaltenen Rechtsauffassung erbeten haben, so hat er damit nicht sein Einverständnis erklärt, „daß die Behörde förmlich und dementsprechend der Bestandskraft fähig eine inhaltlich abweichende Feststellung treffe“.¹³⁹ In der Rechtsprechung ist zwar anerkannt, dass eine Genehmigungsnorm eine Rechtsgrundlage nicht nur für den Erlass der Genehmigung, sondern auch für feststellende Verwaltungsakte des Inhalts darstellen kann, dass eine Genehmigungspflicht besteht.¹⁴⁰ Auf die Feststellung der fehlenden Genehmigungsfähigkeit erscheint diese Rechtsprechung allerdings nicht übertragbar, basiert sie doch allein auf einem aus Gründen effektiven Rechtsschutzes angenommenen Bedürfnis nach dem Erlass eines solchen Verwaltungsakts. Die Feststellung der Genehmigungspflichtigkeit soll nämlich einerseits kompensieren, dass der Genehmigungsbehörde häufig kein Mittel zur Verfügung steht, einen Genehmigungsantrag zu erzwingen und sie daher auf repressives Einschreiten gegen die ungenehmigte Tätigkeit mit allen nachteiligen Konsequenzen für den Betroffenen verwiesen wäre.¹⁴¹ Andererseits soll sie es ermöglichen, dass die Frage der Genehmigungspflichtigkeit eines Vorhabens vorab geklärt werden und der Bürger gegebenenfalls ein Negativattest¹⁴² erhalten kann.¹⁴³ Beide Argumente verfangen bei der Genehmigungsfähigkeit nicht: Nach-

¹³⁷ Vgl. BVerwGE 72, 265 (266 f.); siehe auch *Druschel*, Die Verwaltungsaktfähigkeit, S. 204 ff.; vgl. auch *Löher*, Das Verwaltungsverfahren im Spannungsfeld zwischen Gewährleistungsauftrag und Beschleunigungsbestreben, S. 139 ff.

¹³⁸ In diese Richtung aber BVerwG, NJW 1989, 769 für den Erlass eines Negativattests.

¹³⁹ So zu Recht BVerwGE 72, 265 (267).

¹⁴⁰ BVerwG, NVwZ 1991, 267 (268), implizit auch BVerwG, Beschl. v. 19.11.1968, Buchholz 406.11 zu § 23 BBauG Nr. 2; BVerwG, NVwZ 2003, 856. Nach anderer Begründung kann sich dies auch aus der Gesamtkonzeption des Gesetzes ergeben, vgl. BVerwG, NJW 1990, 718 (719); siehe auch schon BVerwGE 72, 265 (268). Nicht einschlägig ist auch die Rechtsprechung, nach der eine trotz Fehlens einer Genehmigungsnorm beantragte und versagte Genehmigung als Feststellung der Rechtswidrigkeit verstanden werden darf, BVerwGE 57, 158 (161). Sie greift nur in dem Fall, dass es gar nicht um eine echte Genehmigung geht, weil es schon an der Genehmigungspflichtigkeit fehlt, und erscheint daher nicht verallgemeinerungsfähig.

¹⁴¹ So BVerwG, NVwZ 1991, 267 (268). Dieser Zweck entfällt etwa, wenn eine Rechtsgrundlage für die Aufforderung zur Antragstellung besteht, sei es aufgrund einer Norm, etwa Art. 76 S. 3 BayBO, sei es aufgrund anderer Erwägungen, etwa zur Umsetzung eines Baugebots, siehe dazu etwa BVerwGE 84, 335 (348 ff.).

¹⁴² Siehe zu derartigen Bescheinigungen *Pietzcker*, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, § 42 Rn. 26; für außenwirtschaftsrechtliche Nullbescheide auch *von Bogdandy*, VerwArch 83 (1992), S. 53 (83). Hier kann die Frage eher sein, ob überhaupt eine Feststellung gewollt ist und nicht nur eine Rechtsauskunft erteilt wird.

¹⁴³ Ob ein Anspruch auf Erlass eines Negativattests besteht, ist umstritten. Dagegen etwa BayVGH, NVwZ 1988, 944; kritisch dazu *Martens*, NVwZ 1993, 27 (31); für einen Anspruch

teilige Konsequenzen für den Bürger durch repressives Verwaltungshandeln sind nicht zu befürchten, da bei unstreitiger Genehmigungspflichtigkeit, die der Genehmigungspräsident durch den Antrag anerkennt, seine Ablehnung ausreicht, um die Durchführung der Handlung zu verhindern. Eines Negativattests bedarf es ebenfalls nicht, denn ein solches begünstigt den Bürger nur bei fehlender Genehmigungspflichtigkeit und gibt ihm Rechtssicherheit.¹⁴⁴ Festzuhalten bleibt daher, dass Genehmigungsnormen keine Rechtsgrundlage bilden, um die Illegalität eines Vorhabens bindend festzustellen.

Der Regelungsgehalt der Ablehnung einer Genehmigung lässt sich nach alledem jedenfalls dann nicht einfach als kontradiktorisches Gegenteil der Genehmigung verstehen, wenn man dieser einen legalitätsfeststellenden Regelungsgehalt zu misst. Die Ablehnung verneint lediglich bindend die Erlaubnis zur Vornahme der begehrten Handlung zu einem bestimmten Zeitpunkt, ohne darüber hinaus eine Aussage über die Legalität des begehrten Handelns zu treffen. Sie erwächst selbstverständlich in (auch materieller) Bestandskraft,¹⁴⁵ deren Bedeutung aber parallel zum Regelungsgehalt begrenzt ist und einen neuen Antrag nicht hindert.

Dieses Ergebnis steht auf den ersten Blick im Widerspruch dazu, dass bei einer Bestätigung der Ablehnung durch ein gerichtliches Urteil etwas anderes gelten soll.¹⁴⁶ Mag auch die Begründung des Bundesverwaltungsgerichts nicht restlos überzeugen,¹⁴⁷ so erscheint die Feststellung, dass die Bindungswirkung nach § 121 VwGO nicht nur den Tenor, sondern „den Streitgegenstand“ einer Entscheidung erfasst, zutreffend. Indem der Genehmigungspräsident gegen die Ablehnung eines Genehmigungsantrags klagt, macht er den gesamten dieser Ablehnung zugrundeliegenden Lebenssachverhalt zum Gegenstand des Verfahrens und des Urteils, so dass (vorbehaltlich eines Zweitbescheids) eine erneute Befassung eines Gerichts mit derselben Frage nicht in Betracht kommt.

4. Nebenbestimmungen

Die Einordnung der Genehmigung als Verwaltungsakt ermöglicht es auch bei Fehlen spezialgesetzlicher Bestimmungen, nach Maßgabe von § 36 VwVfG Nebenbestimmungen zu erlassen und damit die stark bipolar geprägten Entscheidungsmöglichkeiten im Genehmigungsverfahren zu erweitern. Die Details können hier nicht kommentarmäßig aufgearbeitet werden, hinzuweisen ist lediglich auf drei besonders bedeutsame Aspekte, nämlich den Einfluss von Ermessen bei

dagegen etwa BVerwG, NJW 1990, 718 (719): „sowohl befugt als auch gehalten ist“; BVerwG NJW 1987, 969 (Anspruch aufgrund ständiger Verwaltungsübung). Siehe zur verfassungsrechtlichen Dimension der Frage noch unten S. 490 ff. Zur Bindungswirkung eines Negativattests siehe BGH, NJW 2010, 144 (145).

¹⁴⁴ Siehe etwa BGH VersR 2008, 252 (Rn. 17).

¹⁴⁵ Ungenau für das Baurecht etwa *Lechner*, in: Simon/Busse, BayBO, Art. 68 Rn. 42. Siehe zu der Frage auch schon PrOVGE 92, 209 (210).

¹⁴⁶ Vgl. BVerwGE 48, 271 (275 f.); siehe zu dem Unterschied auch schon PrOVGE 83, 360 (362).

¹⁴⁷ Siehe insbesondere *Drexelius*, NJW 1976, 817 (817 f.).

der Genehmigungserteilung auf die Zulässigkeit von Nebenbestimmungen, das Verhältnis zu fachgesetzlichen Ermächtigungen zum Erlass von Nebenbestimmungen sowie auf einen möglichen Ausschluss aus teleologischen Gründen.

a) *Ermessensabhängigkeit der Zulässigkeit von Nebenbestimmungen*

Die Zulässigkeit von Nebenbestimmungen ist nach der Systematik des § 36 VwVfG primär davon abhängig, ob ein Anspruch auf Erteilung der Genehmigung besteht. Dies ist nicht etwa anhand der gesetzlichen Formulierung zu bestimmen, die Ermessen einräumen kann oder nicht, sondern danach, ob ungeachtet etwaiger durch Nebenbestimmungen auszuräumender Versagungsgründe im konkreten Fall, also beispielsweise auch aufgrund einer Ermessensreduzierung auf Null,¹⁴⁸ ein Genehmigungsanspruch besteht.

Was unter der Ausräumung von Versagungsgründen bzw. in der Terminologie des § 36 Abs. 1 VwVfG der Sicherstellung der „gesetzlichen Voraussetzungen des Verwaltungsaktes“ zu verstehen ist,¹⁴⁹ ist allerdings nicht ohne Weiteres einsichtig. Im Genehmigungsverwaltungsrecht geht es um Fälle, in denen die Genehmigungsfähigkeit ohne Nebenbestimmung nicht, mit Nebenbestimmung aber schon besteht.¹⁵⁰ Grundsätzlich besteht aber kein Anspruch auf Erteilung einer Genehmigung, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen nicht (oder noch nicht) erfüllt sind. Es kann daher auch nicht angenommen werden, dass eine das Fehlen von Genehmigungsvoraussetzungen „behebende“ Nebenbestimmung, insbesondere eine aufschiebende Bedingung, unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten stets als milderes Mittel gegenüber der Ablehnung einer Genehmigung geboten ist.¹⁵¹ Zwar ist es grundsätzlich denkbar, dass sich das Ermessen der Behörde, Nebenbestimmungen zu erlassen („darf ... versehen werden“), aus Verhältnismäßigkeitsgründen reduziert. Eine Genehmigungsnorm, die in verfassungskonformer Weise ein Kriterium zur Genehmigungsvoraussetzung erhebt, lässt aber bei Fehlen dieses Kriteriums eine Ablehnung der Genehmigung nicht nur zu, sondern gebietet sie grundsätzlich sogar.¹⁵² Eine generelle Verpflichtung zum Erlass von Nebenbestimmungen zur Vermeidung einer Genehmigungsversagung ist umso mehr abzulehnen, als gerade aufschiebende Bedingungen, die angesichts der Gesetzesbindung der Verwaltung wohl das Mittel der Wahl sein würden, immer auch zu Streitigkeiten über den Be-

¹⁴⁸ *Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, § 36 Rn. 136.

¹⁴⁹ Vgl. dazu *Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, § 36 Rn. 121 f.; vgl. auch *Tiedemann*, in: *Beck'scher Online-Kommentar zum VwVfG*, § 36 Rn. 13.

¹⁵⁰ Vgl. auch *Bumke*, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle*, GVR II, § 35 Rn. 126: „Weg zwischen Erteilung und Versagung“.

¹⁵¹ In diese Richtung *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 36 Rn. 49; *Tiedemann*, in: *Beck'scher Online-Kommentar zum VwVfG*, § 36 Rn. 12. Siehe beispielsweise für den Genehmigungsvorbehalt in § 172 BauGB *Oehmen*, in: *Beck'scher Online-Kommentar zum BauGB*, § 172 Rn. 16.

¹⁵² Vgl. *Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, § 36 Rn. 124; siehe auch schon BVerwGE 65, 139 (145); anders möglicherweise BGH, NJW 1970, 1178, allerdings in Bezug auf einen Versagungsgrund, dessen Existenz nicht unumstritten war.

dingungseintritt führen können, das Genehmigungsverwaltungsrecht aber in besonderem Maße auf Rechtssicherheit angelegt ist.

Eine andere Frage ist, ob die Genehmigungsbehörde gegebenenfalls auf ein Defizit des Antrags hinzuweisen hat, damit der Antragsteller es zur Vermeidung einer Ablehnung beheben kann. In einer solchen Situation findet zwar das Anhörungserfordernis des § 28 VwVfG in Ermangelung eines drohenden Eingriffs in (bestehende) Rechte nach überwiegender Auffassung keine Anwendung,¹⁵³ allerdings lässt sich eine entsprechende Verpflichtung der Genehmigungsbehörde wohl aus den Vorschriften zur Antragsberatung herleiten.¹⁵⁴

Obgleich § 36 Abs. 1 VwVfG Nebenbestimmungen, die erst die Genehmigungsfähigkeit herbeiführen, also vor allem aufschiebende Bedingungen, nicht ausschließt,¹⁵⁵ liegt sein Hauptanwendungsbereich bei Ernstnahme des Wortes „sicherzustellen“ in Grenzfällen, in denen die Genehmigungsfähigkeit in tatsächlicher Hinsicht entweder trotz vollständig durchgeführter Amtsermittlung zweifelhaft oder gefährdet erscheint und mit der Nebenbestimmung in gegebenenfalls den Antrag klarstellender Weise „auf die sichere Seite“ gebracht werden kann.¹⁵⁶ Die Erforderlichkeit einer solchen Nebenbestimmung ist dann freilich nicht im Verhältnis zur Genehmigungsablehnung,¹⁵⁷ sondern zum Erlass ohne Nebenbestimmung zu ermitteln, denn bei einem echten Fehlen der Genehmigungsfähigkeit wäre auch eine schlichte Ablehnung des Antrags zulässig.

Insgesamt lässt sich die ratio legis von § 36 Abs. 1 VwVfG damit so zusammenfassen, dass ein sicherer Anspruch auf eine Genehmigung nicht durch Nebenbe-

¹⁵³ Siehe oben S. 27.

¹⁵⁴ Siehe dazu oben S. 26.

¹⁵⁵ Ähnlich auch § 72 Abs. 1 S. 3 BremLBO, der vor dem Hintergrund der im bremischen Bau-recht geltenden „Schlusspunkttheorie“ eine bis zum Einholen von neben der Baugenehmigung notwendigen Entscheidungen aufschiebende bedingte Erteilung der Baugenehmigung zulässt.

¹⁵⁶ So etwa in BVerwGE 78, 114 (117f.). Der Maßstab der notwendigen Unsicherheit oder Gefahr variiert, vgl. *Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG*, § 36 Rn. 121; die dort angegebene Entscheidungen betreffen allerdings teilweise nicht die Sicherstellung von Genehmigungsvoraussetzungen, sondern Tatbestandsmerkmale spezialgesetzlicher Ermächtigungen zu Nebenbestimmungen, Ausnahme allenfalls: VG Minden, NVwZ-RR 2004, 831 (832), wo es immerhin um die Sicherstellung immissionsschutzrechtlicher Genehmigungsvoraussetzungen geht. Umstritten ist, ob auch die Intention der Sicherstellung der Voraussetzungen für die Zukunft ausreicht, siehe zum Streitstand *Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG*, § 36 Rn. 122f., der zutreffend darauf hinweist, dass solche Fälle eigentlich mit den Widerrufsgründen des § 49 Abs. 2 Nr. 3 und 4 VwVfG abschließend geregelt sind. In der Tat sollte nicht über Nebenbestimmungen der Charakter einer Genehmigung als grundsätzlich punktuell Kontrollinstrument verändert werden.

¹⁵⁷ Anders BVerwGE 78, 114 (118) für den allerdings abweichenden Fall, dass das Gesetz schon bei einer Unsicherheit über die Genehmigungsfähigkeit den Erlass der Nebenbestimmung zulässt und diese Unsicherheit auch zur Ablehnung der Genehmigung führen könnte. Auf § 36 VwVfG lässt sich dies nicht ohne Weiteres übertragen, so aber *Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG*, § 36 Rn. 120; vgl. zum Verhältnis Ablehnung – Nebenbestimmung auch schon *Papier*, NuR 1991, 162 (166). Zum Problem der Anordnung von kompensatorischen Maßnahmen und gegenleistungsartigen Pflichten vgl. *Bumke*, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, GVR II*, § 35 Rn. 146; *Voßkuhle*, *Das Kompensationsprinzip*, S. 357 ff.

stimmungen zu dieser entwertet werden darf, außer wenn sie spezialgesetzlich zugelassen sind. Steht die Erteilung einer Genehmigung dagegen – nicht nur sprachlich – im Ermessen der Genehmigungsbehörde, sind Nebenbestimmungen nach Maßgabe von § 36 Abs. 2 und 3 VwVfG zulässig, was allerdings nicht ausschließt, im Vorfeld der Ermessensentscheidung zunächst die Genehmigungsvoraussetzungen nach Maßgabe des § 36 Abs. 1 VwVfG sicherzustellen.¹⁵⁸

§ 36 VwVfG ermöglicht grundsätzlich¹⁵⁹ nur den Erlass einer Nebenbestimmung gleichzeitig mit dem Verwaltungsakt. Besonderer Erwähnung bedarf dies vor allem für Ermessensverwaltungsakte, während es im Hinblick auf Nebenbestimmungen, die der Sicherung der Genehmigungsfähigkeit dienen, in der Natur der Sache liegt. „Nachträgliche Nebenbestimmungen“, bei denen es begrifflich nicht mehr um Nebenbestimmungen, sondern um eigenständige Verwaltungsakte handelt, können demnach sowohl bei gebundenen Entscheidungen als auch bei Ermessensentscheidungen nur nach Maßgabe von Spezialbefugnissen erlassen werden oder „indirekt“ durch eine gegebenenfalls mit einer Neuerteilung verbundene (Teil-)Aufhebung¹⁶⁰ oder Änderung¹⁶¹ der Genehmigung.

b) Verhältnis zu fachgesetzlichen Ermächtigungen

Eine explizite Regelung des Verhältnisses von § 36 VwVfG zu den Spezialgesetzen findet sich nur in Absatz 1, der eine Nebenbestimmung dann ermöglicht, wenn sie durch Rechtsvorschrift zugelassen ist. Hierbei handelt es sich, jedenfalls in Zusammenhang mit § 1 VwVfG, um einen deklaratorischen Verweis auf ohnehin vorrangige Spezialvorschriften.¹⁶² Deren Bedeutung liegt nach dem Gesagten vor allem darin, dass sie Nebenbestimmungen einerseits nachträglich und andererseits auch bei gebundenen Entscheidungen ermöglichen.¹⁶³ Interessanter für das Verhältnis zu § 36 VwVfG ist die Frage, ob dieser ergänzend herangezogen werden kann, wenn Spezialbefugnisse hinter den allgemeinen verwaltungsrechtlichen Möglichkeiten zurückbleiben, also beispielsweise nur Auflagen erlauben. In den meisten Fällen wird man dies bejahen müssen: Abgesehen davon, dass der Begriff der Auflage vor allem in älteren Gesetzen im Sinne von Nebenbestimmung zu

¹⁵⁸ Vgl. die Formulierung „Unbeschadet des Absatzes 1“; siehe dazu *Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG*, § 36 Rn. 132; vgl. auch *Kopp/Ramsauer, VwVfG*, § 36 Rn. 46a, die allerdings ohne Notwendigkeit eine Analogie befürworten. Zur Bedeutung des Begriffs „unbeschadet“ siehe eingehend *Wolff, JZ* 2012, 31 ff.

¹⁵⁹ Etwas anderes gilt beim Auflagenvorbehalt (§ 36 Abs. 2 Nr. 5 VwVfG), bei dem allerdings die Nebenbestimmung schon im Zeitpunkt des Erlasses des Verwaltungsakts „angelegt“ ist.

¹⁶⁰ Vgl. *Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG*, § 36 Rn. 38; *Kopp/Ramsauer, VwVfG*, § 36 Rn. 50.

¹⁶¹ Siehe zur Möglichkeit eines Änderungsverwaltungsakts *Schröder, NVwZ* 2007, 532 (536).

¹⁶² *Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG*, § 36 Rn. 115, der aber zutreffend darauf hinweist, dass auch vermeintliche Spezialbefugnisse nur eine „Bekräftigung der in § 36 normierten Grundsätze“ darstellen können.

¹⁶³ Diese können dann auch im Ermessen der Behörde stehen; siehe zu diesem „Randermessen“ *Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG*, § 36 Rn. 117.