

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 Drogengrundstoffen	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 Entscheidungsfeinsteuerung . .	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) Sondernutzungslaubnisse	295
	(1) Sondernutzungslaubnis nach Straßenrecht	296
	(2) Sondernutzungslaubnis 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 zutrefte 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 (134f.); *Gusy*, JA 1981, 80 (81); zweifelnd auch *Gromitsaris*, DÖV 1997, 401 (408); *Voßkuhle*, Das Kompensationsprinzip, S. 347; *Schreiber*, Das Regelungsmodell der Genehmigung, S. 33f.; 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 (984f.); *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 Inswerksetzung 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. Insofern 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 (267 f.). 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).