

# Einführung in das Verwaltungsrecht

## § 3 Rechtsquellen des Verwaltungsrechts

Univ.-Prof. Dr. Ulrich Stelkens

Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insbesondere  
deutsches und europäisches Verwaltungsrecht



# § 3 Rechtsquellen des Verwaltungsrechts

- A) Geschriebenes Verwaltungsrecht**
- B) Normenhierarchie, Normenkollisionen**
- C) Exkurs: Verwaltungsvorschriften und Konzepte**
- D) Ungeschriebenes Verwaltungsrecht**
  - I. Gewohnheitsrecht
  - II. Allgemeine Rechtsgrundsätze
  - III. Exkurs: Rechtsprechungsrecht (Richterrecht)
  - IV. Das Rangproblem bei ungeschriebenem Recht

# A) Geschriebenes Verwaltungsrecht

## I. Europäisches Unionsrecht

1. Primäres Unionsrecht (EUV, AEUV)
2. Sekundäres Unionsrecht (insb. Verordnungen und Richtlinien)

## II. Bundesrecht

1. Grundgesetz
2. Formelle Bundesgesetze
3. Rechtsverordnungen des Bundes
4. Satzungen bundesunmittelbarer juristischer Personen des öffentlichen Rechts

## III. Landesrecht

1. Landesverfassung
2. Formelle Landesgesetze
3. Rechtsverordnungen des Landes
4. Satzungen landesunmittelbarer juristischer Personen des öffentlichen Rechts, insb. der Kommunen

# A) Geschriebenes Verwaltungsrecht

## Kriterien für die Abgrenzung der Rechtsetzungsformen:

- **Regel:** Entscheidend für die Zuordnung ist das normerlassende Organ und die Einhaltung des für die jeweilige Norm geltende formelle Normerlassverfahrens, nicht der Inhalt einer Regel
- **Ausnahme:** Änderung einer Rechtsverordnung durch formelles Gesetz und Anordnung der Rückkehr zum einheitlichen Verordnungsrang  
[BVerfG, 2 BvL 11/02 v. 27.9.2005, Abs. 35 ff.](#) = BVerfGE 114, 303 ff.
- Besondere Abgrenzungsprobleme bei fortgeltendem „alten Recht“ i.S.d. [Art. 123 ff. GG](#)

## **B) Normenhierarchie, Normenkollisionen**

- I. Höherrangiges Recht „bricht“ nachrangiges Recht**
- II. Lex posterior und lex specialis**
- III. Anwendungsvorrang des EU-Rechts gegenüber mitgliedstaatlichem Recht**

# I. Höherrangiges Recht „bricht“ nachrangiges Recht

- „Nichtigkeit“ des nachrangigen Rechts bei Widerspruch gegen höherrangiges Recht
  - sog. „**Nichtigkeitsdogma**“: Rechtsnormen, die mit höherrangigem Recht unvereinbar sind, sind „an sich“ ex tunc nichtig – und vermochten die zuvor bestehende Rechtslage nicht zu ändern (hierzu und zu den zahlreichen Durchbrechungen dieses Grundsatzes: *Zimmermann*, JA 2018, 249 ff.)
- Aufhebung oder Änderung eines Rechtssatzes nur durch gleichrangigen oder höherrangigen Rechtsatz
- Geltung des Grundsatzes auch innerhalb des EU-Rechts (nicht aber im Verhältnis zum mitgliedstaatlichen Recht – hierzu sogleich)
- Problem: Wer stellt Unvereinbarkeit mit höherrangigem Recht fest (Problem der sog. Normverwerfungskompetenz, [§ 4 A IV](#))

## II. Lex posterior und lex specialis

- Bezieht sich auf Kollision gleichrangiger Normen (d.h. für denselben Sachverhalt ordnen zwei Normen unterschiedliche Rechtsfolgen an, die einander ausschließen)
- Jüngeres Gesetz geht älterem Gesetz vor (lex posterior derogat legi priori)
- Spezielleres Gesetz geht dem allgemeineren Gesetz vor (lex specialis derogat legi generali) – Problem: Wann ist eine Norm spezieller? Vgl. [BVerwG, 5 C 15/14 v. 25.6.2015, Abs. 13 ff.](#) = BVerwGE 152, 264 ff.
- Beide Grundsätze gelten nur subsidiär: I.d.R. weitgehend eindeutige Regelungen über sachlichen und zeitlichen Anwendungsbereich in neueren Gesetzen

*Barczak, JuS 2015, 969, 973 ff.; Meier/Jocham, JuS 2015, 490, 492 f.*

### III. Anwendungsvorrang des EU-Rechts gegenüber mitgliedstaatlichem Recht

- Ständige Rechtsprechung des EuGH ([seit EuGH, Rs. 6-64 v. 15.7.1964, Slg. 1964, 1251, 1269 f. \[„Costa/E.N.E.L.“\]](#)):
  - ↳ Unbedingter Vorrang des EU-Rechts (ehemals Europäischen Gemeinschaftsrechts) vor dem nationalen Recht, insbesondere auch vor nationalem Verfassungsrecht ([EuGH, Rs. 11-70 v. 17.12.1970, Abs. 3 f. \[„Internationale Handelsgesellschaft“\]](#))
  - ↳ Zum Streit mit BVerfG: [Saarheimer-Verträge-Fall](#) m.w.N.
- Keine Nichtigkeit der innerstaatlichen Norm bei Verstoß gegen EU-Recht, sondern (automatisch) Unanwendbarkeit
  - ↳ grundlegend: [EuGH, Rs. 106/77 v. 6.3.1978, Abs. 17 \[„Simmentahl II“\]](#))



### III. Anwendungsvorrang des EU-Rechts gegenüber mitgliedstaatlichem Recht

[OVG Münster, 13 B 762/17 v. 25.8.2017 Abs. 39](#) = NVwZ-RR 2018, 54 Abs. 21:

„Die durch Art. 20 Abs. 3 GG angeordnete Bindung von Verwaltungsbehörden und Gerichten an Recht und Gesetz schließt mithin die vorrangige Anwendung des Unionsrechts gegenüber entgegenstehenden mitgliedstaatlichen Regelungen ein, ebenso wie sich der Bürger trotz entgegenstehender mitgliedstaatlicher Regelungen auf vorrangig anwendbares Unionsrecht berufen kann, soweit sich für ihn hieraus unmittelbar Rechte ergeben.“

[BVerwG, 8 B 47/12 v. 17.10.2012, Abs. 13](#) = NVwZ-RR 2013, 97 Abs. 13

„Seine Rüge, die Berufungsentscheidung verletze das Rechtsstaatsprinzip aus Art. 20 Abs. 3 GG [...] übersieht, dass die Bindung an Recht und Gesetz die Bindung an das die Mitgliedstaaten verpflichtende Unionsrecht einschließt. Die gerichtliche Durchsetzung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten ist Teil des verfassungsrechtlich gewährleisteten effektiven (Individual-)Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG), steht also nicht im Widerspruch zur Aufgabe der Verwaltungsgerichte, den Schutz subjektiver Rechte zu gewähren.[...].“

## C) Exkurs: Verwaltungsvorschriften und Konzepte

### Verwaltungsvorschriften:

Generell-abstrakte Regelungen oder Anordnungen einer Behörde gegenüber nachgeordneten Behörden oder eines Vorgesetzten gegenüber ihm unterstellten Verwaltungsbediensteten *ohne Gesetzesgleiche Bindungswirkung*

- Verbindlichkeit für Behörden und deren Bedienstete aufgrund der Weisungskompetenz der übergeordneten Instanz ([§ 62 Abs. 1 S. 2 BBG](#))
- Beschränkung auf verwaltungsinternen Bereich → Innenrecht
- Teilweise: Kommentierungen, Erläuterungen des geltenden Rechts (nach Art von Handreichungen)

*Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl. 2017, § 24 Rn. 1 ff.; *Groh*, in: Bultmann u.a. (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht - Festschrift für Ulrich Battis, 2014, S. 221 ff.; *Reimer*, Jura 2014, 678 ff.; [U. Stelkens, VVDStRL 71 \[2012\], S. 369, 401 ff.](#)

## C) Exkurs: Verwaltungsvorschriften und Konzepte

### Verwaltungsvorschriften

Verwaltungsvorschriften haben (nach h.M.) keine gesetzesgleiche Bindungswirkung, d.h.

- keine Bindung der die Verwaltungsvorschrift erlassenden Stelle an Verwaltungsvorschrift bei Erteilung von Einzelweisungen
- Abweichung von den Vorgaben der Verwaltungsvorschrift ist auch für die angewiesene Stelle möglich, wenn Einzelfall Besonderheiten aufweist
- keine Herleitung unmittelbarer Rechte und Pflichten für Bürger (aber: Anspruch auf Gleichbehandlung entspr. stetiger Verwaltungspraxis)
- keine Bindung der Gerichte, allenfalls „Auslegungsvorschläge“
- Verwaltungsvorschriften sind i.d.R. nicht „subsumtionstauglich“, sind also nicht auszulegen und anzuwenden wie formelle Gesetze

## C) Exkurs: Verwaltungsvorschriften und Konzepte

[BVerwG, 1 C 9/14 v. 19.2.2015](#) = NVwZ 2015, 827 ff.

„24. [E]ine norminterpretierende Verwaltungsvorschrift wie Nr. 15 AuslGVvw [bindet] mangels Rechtsnormqualität die Gerichte bei der Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs der "Erwerbstätigkeit" in § 1 Abs. 2 Nr. 1 [...] nicht [...]. **Diese nur inneradministrativ wirkende Verwaltungsvorschrift kann Rechts-sätzen des verbindlichen Gesetzes- und Verordnungsrechts keinen Inhalt zuschreiben, der sich mit der objektiven Rechtslage als unvereinbar erweist [...].** Mangels Rechtsnormqualität ist eine norminterpretierende Verwaltungsvor-schrift daher prinzipiell nicht der Auslegung zugänglich, so dass dahinstehen kann, ob – wofür ihr Wortlaut spricht – die genannte Verwaltungsvorschrift die Erlaubnisfreiheit auf die Durchführung von Besprechungen, Verhandlungen und das Angebot von Waren und Dienstleistungen beschränkt hat [...]. Eine norm-interpretierende Verwaltungsvorschrift, die in einer bestimmten Auslegung – wie hier – eindeutig nicht in Einklang mit höherrangigem Recht steht, ist auch nicht geeignet, insoweit eine tatsächliche Verwaltungspraxis zu indizieren, die für die Vergleichsbetrachtung im Rahmen einer Standstillklausel beachtlich wäre; abzustellen ist allein auf einen auch tatsächlich gesetzeskonformen Verwaltungsvollzug.“

## C) Exkurs: Verwaltungsvorschriften und Konzepte

[VGH Kassel, 6 A 414/15 v. 23.3.2017](#) = NVwZ-RR 2017, 723 ff.

„32. Auch die bisherige Praxis des Bundesamtes, so wie sie [...] in den Merkblättern des Bundesamtes (Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle, II.A. Merkblatt für Unternehmen des produzierenden Gewerbes, Stand: 9. März 2012, S. 22) dargestellt wird, kann diese Auffassung [betreffend einer bestimmten Gesetzesauslegung] nicht bestätigen. **Es besteht auch keine Bindung der Behörde** an frühere Entscheidungen oder **an in Merkblätter formulierte Rechtsauffassungen, wenn die Rechtsauffassung, die diesen Entscheidungen und den Merkblättern zugrunde liegt, einer rechtlichen Überprüfung nicht standhält.**“

## Verwaltungsvorschriften und das „Recht des ersten Worts“:

**Beispiel:** Liegt eine *gewerbsmäßige* Zucht von Bengalkatzen i.S.d. [§ 11 Abs. 1 Nr. 8 lit. a TierSchG](#) vor, wenn jemand fünf fortpflanzungsfähige Bengalkatzen (drei Männchen und zwei Weibchen) besitzt und der Besitzer mit seiner Zucht keinen Gewinn macht?

[VG Mainz, 1 L 712/10 v. 23.6.2010, Abs. 5](#) = NVwZ-RR 2010, 840 f.



„Eine gewerbsmäßige Katzenzucht liegt im Regelfall dann vor, wenn in einer Haltungseinheit fünf oder mehr fortpflanzungsfähige Katzen gehalten oder fünf oder mehr Würfe pro Jahr erreicht werden (Allgemeine Verwaltungsvorschrift zur Durchführung des Tierschutzgesetzes vom 09.02.2000, Bundesanzeiger Nr. 36a vom 22.02.2000, - AVV -, Nr. 12.2.1.5.1) [...]. [Bei] der der für die Annahme einer Gewerbsmäßigkeit maßgeblichen Anzahl der Zuchttiere [sind] auch nicht nur die weiblichen Katzen, sondern der gesamte Zuchttierbestand zu berücksichtigen, da aus der in der AVV verwendeten Formulierung "Katzen" keine Beschränkung nur auf weibliche Tiere herzuleiten ist [...].“

## C) Exkurs: Verwaltungsvorschriften und Konzepte

### Administrative Konzepte

- Von der Behörde selbst entwickelte konzeptuelle Grundlage für weiteres Vorgehen
- Form der „Selbstprogrammierung“ des Verwaltungshandelns zur Vermeidung unabgestimmter Entscheidungen in Parallelfällen
- Teilweise gesetzlich vorgesehen: [§ 2 Abs. 3 Nr. 1](#), [§ 15a](#) TKG, [§ 29](#) EnWG, [§ 25](#) ProdSG
- keine Herleitung unmittelbarer Rechte und Pflichten für Bürger (aber: Anspruch auf Gleichbehandlung entspr. stetiger Verwaltungspraxis)

Hierzu: *Broemel*, JZ 2014, 286 ff.; *Herzmann*, VerwArch 104 (2013), S. 429 ff.; *Röhl*, in Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts II, 2. Aufl. 2012, § 30 Rn. 44 ff.; [U. Stelkens, VVDStRL 71 \[2012\], S. 369, 380 ff.](#); *F. Wollenschläger*, Wissensgenerierung in Verfahren, 2009, S. 197 ff.

## **D) Ungeschriebenes Verwaltungsrecht**

- I. Gewohnheitsrecht**
- II. Allgemeine Rechtsgrundsätze**
- III. Exkurs: Rechtsprechungsrecht (Richterrecht)**
- IV. Das Rangproblem bei ungeschriebenem Recht**



# I. Gewohnheitsrecht

- Rechtsquelle *mit Gesetzesgleicher Bindungswirkung*
- Entstehensvoraussetzungen (hierzu: *Klose, Rechtswissenschaft 2017, 370 ff.*; *Krebs/Becker, JuS 2013, 97 ff.*; *Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl. 2017, § 4 Rn. 29 ff.*):
  - Objektives Element: lange und allgemeine Übung (*longa consuetudo*)
  - Subjektives Element: allgemeine Überzeugung von der Rechtmäßigkeit der Übung
  - Inhaltliche Bestimmbarkeit: Formulierbarkeit der Übung als (letztlich unmittelbar anwendbarer, „subsumtionstauglicher“) Rechtssatz
  - Richterliche Anerkennung ist *keine* Entstehungsvoraussetzung
- Notwendig: **praktische Anwendung dieser Rechtsüberzeugung als geltendes Recht** (hierzu: [OLG München, 2 WS 679/06 v. 14.7.2006](#) = NJW 2006, 3079 f.)

# I. Gewohnheitsrecht

## **Beispiele für Gewohnheitsrecht:**

- frühere Regelung der Bestattungspflicht im Saarland und Niedersachsen (vgl. [U. Stelkens/Cohrs, NVwZ 2002, 917 ff.](#))
- Recht zum Gemeingebrauch am Meeresstrand: [OVG Lüneburg, 10 LC 87/14 v. 19.1.2016, Abs. 114 ff.](#)
- Recht auf Eintragung eines akademischen Grades in Handelsregister ([BGH, II ZB 10/16 v. 4.4.2017, Abs. 22 ff.](#); entspr. Gewohnheitsrecht für Personenstandsregister wurde durch Reform aufgehoben : [BGH, XII ZB 526/12 v. 4.9.2013, Abs. 16 ff.](#) = NJW 2014, 387 ff.)
- Pflicht zum Tragen von Hemd und Krawatte unter der Robe für Anwalt ([OLG München, 2 WS 679/06 v. 14.7.2006](#) = NJW 2006, 3079 f.)
- Lokale „Observanzen“: Nutzungsrechte der Gemeindeglieder an öffentlichen Einrichtungen

sog. konkludente Widmungen, vgl. z.B. [VGH München, 4 CE 13.2125 v. 10.10.2013](#) = NVwZ-RR 2014, 110 ff.; [LG Saarbrücken, 5 S 200/12 v. 26.7.2013](#) = NJOZ 2015, 87 f.; *U. Stelkens* in *Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG*, 9. Aufl. 2018, § 35 Rn. 325.

# I. Gewohnheitsrecht

Kein Gewohnheitsrecht, sondern – wegen fehlender praktischer Übung – nur fehlerhafte Rechtsmeinung:

- Annahme, sog. öffentliche Sachen könnten nicht ihrer Zweckbestimmung durch privatrechtlichen Eigentumserwerb entzogen werden: sog. Hamburger Stadtsiegel-Fall ([OVG Münster, 20 A 1289/91 v. 25.2.1993](#) = NJW 1993, 2635, 2636 – hierzu: [Sammlerstücke-Fall](#) bei B II 3 a cc; *U. Stelkens*, Die Verwaltung 46 (2013), S. 493, 501 ff.)

## II. Allgemeine Rechtsgrundsätze

### Allgemeine Rechtsgrundsätze als Reaktion auf die Lückenhaftigkeit des Verwaltungsrechts:

- Problem: Planwidrige Regelungslücke im geschriebenen Recht (≠ beredtes Schweigen)
- Entwicklung Allgemeiner Rechtsgrundsätze durch Rechtsprechung und Lehre als Gerechtigkeitsgrundsätze aus Gesamtschau des geltenden geschriebenen und ungeschriebenen Rechts und historischer Erfahrungen - das Adjektive „allgemein“ bezieht sich vor diesem Hintergrund eher auf die „Herleitungsquelle“ der „allgemeinen Rechtsgrundsätze als auf den Bereich, in dem sie unmittelbar Anwendung finden
- Geltung allgemeiner Rechtsgrundsätze „ihrer Erkenntnis“ als von Anfang an im geltenden Recht enthalten → kein Gewohnheitsrecht. Sie sind die Verwaltung bindendes „Recht“ i.S.d. [Art. 20 Abs. 3 GG](#)

S. hierzu z.B. (m. w. N.) *Beaucamp*, DÖV 2013, 41 ff.; Ossenbühl, in: Festgabe 50 Jahre Bundesverwaltungsgericht, 2003, S. 289 ff.

## II. Allgemeine Rechtsgrundsätze

Beispiele für nur unter Rückgriff auf allgemeine Rechtsgrundsätze lösbare Fragen (bei Fehlen ausdrücklicher Regelungen im geschriebenen Recht, insbes. im VwVfG):

- Welche Rechte hat der Bürger im Verwaltungsverfahren gegenüber der Verwaltung (soweit nicht in VwVfG geregelt)
- Muss belastendes rechtswidriges Verwaltungshandeln rückgängig gemacht werden?
- Sind Nachteile, die der Bürger im öffentlichen Interesse auf sich genommen hat, auszugleichen?
- Wie sind rechtsgrundlose Vermögensverschiebungen auszugleichen?
- Dürfen rechtswidrig gewährte Begünstigungen im Allgemeininteresse entzogen werden?

Diskriminierungsverbote, Gleichheitssatz und Verhältnismäßigkeitsprinzip werden oft weniger als allgemeine Rechtsgrundsätze angesehen, denn als unmittelbar aus den Grundrechten abgeleitete Grundsätze, die damit Verfassungsrang haben

### III. Exkurs: Rechtsprechungsrecht (Richterrecht)

#### Rechtsprechungsrecht (Richterrecht) als Reaktion auf die Konkretisierungsbedürftigkeit des geschriebenen Rechts:

- Problem: Konkretisierungsbedürftigkeit des Rechts, da auch geschriebenes Recht nicht immer eindeutig, abstrakt gefasst oder zumindest auslegungsbedürftig
- Entwicklung von Rechtsprechungsgrundsätzen durch Gerichte, die sie ihrer eigenen Entscheidung zugrunde legen
- „Überlagerung“ des Normtextes durch sich entwickelndes Richterrecht  
→ ständige Rechtsprechung
- Keine Bindung der Gerichte an eigene Rechtsprechung
- Keine eigentlichen Rechtssätze, da noch nicht zu Gewohnheitsrecht erstarkt
- Keine „Auslegung“ von Präjudizien wie bei Gesetzen

Grundlegend zu diesem (altbekannten) Phänomen: [Albers, VVDStRL 71 \(2012\), S. 257 ff.](#); [Schönberger, VVDStRL 71 \(2012\), S. 296 ff.](#); ferner [Klein, JZ 2018, 64 ff.](#); [Loyal, Jura 2016, 1181 ff.](#)

### III. Exkurs: Rechtsprechungsrecht (Richterrecht)

[BVerfG, 2 BvL 5/10 v. 2.5.2012, Abs. 81](#) = BVerfGE 131, 20, 42

„Entscheidungen oberster Gerichte, die vornehmlich zur grundsätzlichen Auslegung und Weiterentwicklung des Rechts berufen sind, wirken zwar über den entschiedenen Einzelfall hinaus als – freilich nur richtungweisendes – Präjudiz für künftige Fälle. Die höchstrichterliche Rechtsprechung erzeugt aber keine dem Gesetzesrecht gleichkommende Rechtsbindung [...]. Weder sind die unteren Gerichte an die höchstrichterliche Rechtsprechung gebunden, noch sind es die obersten Gerichte selbst. Kein Prozessbeteiligter kann daher darauf vertrauen, der Richter werde stets an einer bestimmten Rechtsauffassung aus der bisherigen Judikatur festhalten [...]. Schutzwürdiges Vertrauen in eine bestimmte Rechtslage aufgrund höchstrichterlicher Entscheidungen kann daher in der Regel nur bei Hinzutreten weiterer Umstände, insbesondere bei einer gefestigten und langjährigen Rechtsprechung entstehen [...].“

Siehe auch das Beispiel von [BGH, XI ZR 348/13 v. 28.10.2014, Abs. 57 f.](#) = BGHZ 203, 115, Abs. 57 f.

# IV. Das Rangproblem bei ungeschriebenem Recht

## *Formell:*

- Abänderungs- und Konkretisierungskompetenz → Gesetzgebungskompetenz (vgl. [OVG Lüneburg, 10 LC 87/14 v. 19.1.2016, Abs. 119 ff.](#))
- Keine Sonderregelung für unmittelbar aus Verfassung hergeleitetem ungeschriebenem Recht
  - ↳ Konkretisierung und Abänderung so hergeleiteten ungeschriebenen Rechts durch einfaches Landesrecht möglich

## *Materiell:*

- Beachtung höherrangigen Rechts (insb. auch ungeschriebenen Rechts mit Verfassungsrang) durch Landesgesetzgeber
- Aber: Herleitung einer bestimmten Lösung als ungeschriebener Rechtssatz aus der Verfassung schließt nicht aus, dass auch andere Lösung verfassungsgemäß ist