

MICHAEL SCHRAMM

Einseitiges informelles Verwaltungshandeln im Regulierungsrecht

*Studien zum
Regulierungsrecht
7*

Mohr Siebeck

Studien zum Regulierungsrecht

Herausgegeben von

Gabriele Britz, Martin Eifert, Michael Fehling,
Thorsten Kingreen und Johannes Masing

7



Michael Schramm

Einseitiges informelles
Verwaltungshandeln
im Regulierungsrecht

Mohr Siebeck

Michael Schramm, geboren 1988; Studium der Rechtswissenschaft an der Bucerius Law School (Hamburg) und der Columbia University (New York, USA); wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht mit Rechtsvergleichung an der Bucerius Law School; Referendariat im Bezirk des Oberlandesgerichts Düsseldorf; seit 2016 Rechtsanwalt in Düsseldorf.

ISBN 978-3-16-154392-0 / eISBN 978-3-16-167675-8 unveränderte eBook-Ausgabe 2025
ISSN 2191-0464 (Studien zum Regulierungsrecht)

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 Times New Roman gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit ist im Wesentlichen während meiner Tätigkeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht mit Rechtsvergleichung von Prof. Dr. Michael Fehling an der Bucerius Law School in Hamburg entstanden. Fertiggestellt habe ich sie während meines Referendariats in Düsseldorf. Am 11. Mai 2015 hat der Promotionsausschuss der Bucerius Law School die Arbeit als Dissertation angenommen; die mündliche Promotionsprüfung fand am 12. Oktober 2015 in Hamburg statt. Rechtsprechung und Literatur konnten bis einschließlich November 2015 berücksichtigt werden.

Mein Dank gilt zuallererst meinem akademischen Lehrer, Prof. Dr. Michael Fehling hat die Entstehung dieser Arbeit zu jedem Zeitpunkt mit offenen Ohren und wertvollen Ratschlägen begleitet. Prof. Dr. Christian Bumke danke ich herzlich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens. Ich danke weiter den Herausgebern für die Aufnahme in ihre Schriftenreihe sowie der Stiftung Kapitalmarktrecht für den Finanzstandort Deutschland, die die Veröffentlichung der Arbeit mit einem großzügigen Druckkostenzuschuss unterstützt hat.

Für kluge Anmerkungen, vor allem aber für Liebe, Geduld und Gelassenheit, die alles etwas leichter werden lassen, danke ich meiner Frau Katja Maria Schramm. Meinen Eltern schließlich gebührt mein Dank für ihre liebevolle Unterstützung in allen Lebenslagen. Ihnen widme ich dieses Buch.

Düsseldorf, im Dezember 2015

Michael Schramm

Inhaltsübersicht

Vorwort.	VII
Inhaltsverzeichnis	XI
 Einleitung	 1
<i>A. Eine vernachlässigte Handlungsform</i>	2
<i>B. Ein „allgemeiner Teil“ des einseitigen informellen Verwaltungshandelns</i>	4
<i>C. Das Regulierungsrecht als Labor modernen Verwaltungshandelns</i> . .	4
 <i>Erstes Kapitel: Grundlagen</i>	 7
<i>A. Untersuchungsgegenstand</i>	7
I. Anforderungen an eine informelle Handlungsform	7
II. Merkmale des einseitigen informellen Verwaltungshandelns	10
<i>B. Untersuchungsfeld</i>	44
<i>C. Gang der Untersuchung</i>	47
 <i>Zweites Kapitel: Der tatsächliche Befund</i>	 49
<i>A. Bestandsaufnahme: einseitiges informelles Handeln in der Praxis der Regulierungsverwaltung</i>	49
I. Einzelne Erscheinungsformen	49
II. Zusammenfassung	79
<i>B. Typologie</i>	80
I. Ziele	80
II. Systematisierung der Erscheinungsformen	81
<i>C. Wirkung</i>	88
I. Einseitiges informelles Verwaltungshandeln als Instrument staatlicher Steuerung	88
II. Methodische Vorüberlegungen	91
III. Interessen der regulierten Unternehmen	99
IV. Wirkmechanismen	102
V. Wirkfaktoren	119
<i>D. Fazit</i>	134

<i>Drittes Kapitel: Die rechtliche Analyse</i>	136
<i>A. Herausforderungen einseitigen informellen Verwaltungshandelns an das Recht</i>	136
I. (Erhoffte) Leistungen einseitigen informellen Verwaltungshandelns	137
II. (Befürchtete) Gefahren einseitigen informellen Verwaltungshandelns	144
<i>B. Rechtliche Kontrollmechanismen als Antwort</i>	156
I. Verwandte Handlungsformen als Vergleichsfolie und Analogiequelle	157
II. Die Anforderungen im Einzelnen	158
III. „Materielle Transparenz“ als spezifische und übergreifende Rechtmäßigkeitsanforderung an einseitiges informelles Verwaltungshandeln	223
<i>C. Rechtsschutz</i>	233
I. Grundlagen	233
II. Primärrechtsschutz	238
III. Sekundärrechtsschutz	266
<i>D. Fazit</i>	280
 <i>Viertes Kapitel: Schlussfolgerungen: Optimierungspotential und Thesen</i>	 282
<i>A. Vorschläge zur optimierten Nutzung einseitigen informellen Handelns als Steuerungsressource der Verwaltung</i>	283
I. De lege lata: optimaler Einsatz einseitiger informeller Maßnahmen durch die Verwaltung	283
II. De lege ferenda: Optimierung des normativen Rahmens durch den Gesetzgeber	290
<i>B. Zusammenfassung in Thesen</i>	294
I. Erstes Kapitel: Grundlagen	294
II. Zweites Kapitel: Der tatsächliche Befund	295
III. Drittes Kapitel: Die rechtliche Analyse	296
IV. Viertes Kapitel: Schlussfolgerungen	302
 Literaturverzeichnis	 305
Sachregister	325

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.	VII
Inhaltsübersicht	IX
 Einleitung	 1
<i>A. Eine vernachlässigte Handlungsform</i>	2
<i>B. Ein „allgemeiner Teil“ des einseitigen informellen Verwaltungshandelns</i>	4
<i>C. Das Regulierungsrecht als Labor modernen Verwaltungshandelns . .</i>	4
 Erstes Kapitel: Grundlagen	 7
<i>A. Untersuchungsgegenstand</i>	7
I. Anforderungen an eine informelle Handlungsform	7
II. Merkmale des einseitigen informellen Verwaltungshandelns	10
1. Verwaltungshandeln	12
a) Anlehnung an das verwaltungsverfahrensrechtliche Verständnis	12
b) Zusätzliches Erfordernis: Wirkung gegenüber Privaten	13
2. Informelles Handeln	15
a) Mangelnde Rechtsverbindlichkeit	15
aa) Negativdefinition	15
bb) Insbesondere: Verwaltungsvorschriften	17
cc) Keine Außenrechtsverbindlichkeit unbenannter Handlungsformen der Europäischen Union	21
b) Auslöser als Adressat	22
aa) Notwendigkeit der Abgrenzung zum staatlichen Informationshandeln	23

bb) Einheitliche Handlungsform der „öffentlich-rechtlichen Wissenserklärung“?	24
c) Vorliegen einer rechtsförmlichen Parallelhandlung	25
aa) Begriff der Parallelhandlung	25
bb) Abgrenzung zum Auskunftshandeln	26
d) Kooperation?	27
e) Fehlen gesetzlicher Regelung?	30
f) Zwischenergebnis: Definition des „informellen Verwaltungshandelns“	31
3. Einseitiges Handeln	31
a) Problematik des Informellen	32
b) Wertende Einordnung zwischen Idealtypen?	33
c) „Unmittelbare Interaktion“?	34
d) Erforderlichkeit der Mitwirkung für das Zustandekommen der Maßnahme	34
e) Zwischenergebnis: Definition des „einseitigen Verwaltungshandelns“	36
4. Einseitiges informelles Verwaltungshandeln im System der Handlungsformen der Verwaltung	36
5. Konkrete Abgrenzungen	37
a) Soft Law	38
b) Regulierungskonzepte nach § 15a TKG	39
c) Festlegungen nach § 29 EnWG	40
d) Richtlinien nach §§ 33, 46 RStV	41
e) (Verbindliche) Leitlinien und Empfehlungen der ESMA	42
<i>B. Untersuchungsfeld</i>	44
<i>C. Gang der Untersuchung</i>	47
<i>Zweites Kapitel: Der tatsächliche Befund</i>	49
<i>A. Bestandsaufnahme: einseitiges informelles Handeln in der Praxis der Regulierungsverwaltung</i>	49
I. Einzelne Erscheinungsformen	49
1. Mindestanforderungen an das Risikomanagement (Bankenaufsicht)	50
a) Inhalt	50
b) Normkonkretisierende Außenwirkung?	51

2. Mindestanforderungen an das Risikomanagement (Versicherungsaufsicht)	54
3. Mindestanforderungen an Compliance und die weiteren Verhaltens-, Organisations- und Transparenzpflichten nach §§ 31 ff. WpHG	55
4. Emittentenleitfaden	57
5. Richtlinien der BaFin	59
6. Abberufungsverlangen der BaFin	59
7. Anlassbezogene Empfehlungen der BNetzA	60
8. Positionspapiere der BNetzA	61
9. Wettbewerbsbezogene Aufforderungen der BNetzA	64
10. Gemeinsame Auslegungsgrundsätze der Regulierungsbehörden des Bundes und der Länder zu den EnWG-Entflechtungs- vorschriften	65
11. Gemeinsamer Leitfaden von BKartA und BNetzA zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers	66
12. Gemeinsamer Leitfaden für eine datenschutzgerechte Speicherung von Verkehrsdaten der BNetzA und des Bundes- beauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit	67
13. Nichtregelnde Abmahnungen	68
14. Unverbindliche Auskunftsverlangen	71
15. Leitfaden der Direktorenkonferenz zum „Drei-Stufen-Test“ für Online-Angebote der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten	72
16. Standard des BSH zur konstruktiven Ausführung von Windenergieanlagen	73
17. Aktive Duldungen	74
18. Unverbindliche Äußerungen von Institutionen der Europäischen Union	75
a) Leitlinien des GEREK zum Endkundenroaming	76
b) Mitteilung der Kommission zur sozialen Verantwortung von Unternehmen	77
c) (Unverbindliche) Leitlinien und Empfehlungen der ESMA	78
II. Zusammenfassung	79
<i>B. Typologie</i>	80
I. Ziele	80
1. Systembildung („Ordnungsfunktion“)	80
2. Vorstrukturierung der rechtlichen Analyse („Speicherfunktion“)	80

II. Systematisierung der Erscheinungsformen	81
1. Zwei Grundtypen: normähnliches und verwaltungsakt- ähnliches informelles Handeln	81
2. Weitere Ordnungskriterien	83
a) Individuelle oder öffentliche Bekanntgabe	83
b) Präventive oder reaktive Zielrichtung	83
c) Regelungsersetzende oder regelungsvollziehende Funktion	84
d) Vorbereitende oder abschließende Wirkung	85
e) Informativer oder steuernder Zweck	86
f) Belastender oder begünstigender Inhalt	87
3. Zusammenfassung	88
C. Wirkung	88
I. Einseitiges informelles Verwaltungshandeln als Instrument staatlicher Steuerung	88
II. Methodische Vorüberlegungen	91
1. Grundlage: Verhaltensbeeinflussung durch Gestaltung von Entscheidungssituationen	91
2. Bedingung: Interessenkonvergenz der regulierten Unternehmen und ihren Entscheidungsträgern	93
3. Exkurs: Wirkung einseitigen informellen Handelns als spieltheoretisches Problem	94
III. Interessen der regulierten Unternehmen	99
1. Primärinteresse: Gewinnerzielung	99
a) Privatwirtschaftliche Unternehmen	99
b) Öffentliche und gemischt-wirtschaftliche Unternehmen	100
2. Weitere Ziele	101
IV. Wirkmechanismen	102
1. Rechtsförmliche Parallelmaßnahme der Verwaltung	102
2. Weitergehende Sanktionen der Verwaltung	104
3. Aussicht auf zukünftige vorteilhafte Behandlung	105
4. Vertrauensschutz und Selbstbindung	106
5. Öffentlichkeitsbeeinflussung	108
6. Beeinflussung von Gerichtsentscheidungen	109
a) Im Verwaltungsprozess	109
aa) Einseitiges informelles Verwaltungshandeln als „Auslegungsangebot“	109
bb) Einseitiges informelles Verwaltungshandeln als psychologischer „Anker“	111
b) Im Zivilprozess	113
aa) Haftung des Unternehmens gegenüber Dritten	114

bb) Haftung der Geschäftsleitung gegenüber dem Unternehmen und Gesellschaftern	115
c) Im Strafprozess	116
V. Wirkfaktoren	119
1. Drohpotential der Verwaltung	119
a) Verfügbarkeit und Wahrscheinlichkeit der rechtsförmlichen Parallelmaßnahme	120
aa) Verwaltungsaktähnliches einseitiges informelles Verwaltungshandeln	120
bb) Rechtsnormähnliches einseitiges informelles Verwaltungshandeln	123
b) Verfügbarkeit und Wahrscheinlichkeit weitergehender Sanktionen	124
2. Glaubhaftigkeit positiver Anreize	125
3. Wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Adressaten	127
4. Höhe von Haftungsrisiken	128
5. Höhe von Strafbarkeitsrisiken	130
6. Öffentlichkeitssensibilität und -flexibilität	131
7. Bestehen von Staatshaftungsansprüchen	132
<i>D. Fazit</i>	134
 <i>Drittes Kapitel: Die rechtliche Analyse</i>	136
<i>A. Herausforderungen einseitigen informellen Verwaltungshandelns an das Recht</i>	136
I. (Erhoffte) Leistungen einseitigen informellen Verwaltungshandelns	137
1. Erweiterung der Handlungsoptionen	137
2. Flexibilität und Passgenauigkeit	137
3. Akzeptanzförderung	138
4. Vertraulichkeit	139
5. Hilfestellung bei der Normanwendung und Vorhersehbarkeit des Gesetzesvollzugs	140
6. „Grundrechtsschonung“	142
7. Aufwandsersparnis	143
II. (Befürchtete) Gefahren einseitigen informellen Verwaltungshandelns	144
1. Inhaltliche Fehlsteuerung	144
2. Unzureichender Grundrechtsschutz durch Verfahren	146
3. Rechtsunsicherheit	149
4. Intransparenz	150

5. Nachlässigkeit bei der Sach- und Rechtsaufklärung	150
6. Rechtsschutzerschwerung	151
7. Kompetenzanmaßung durch die Organe der Europäischen Union	152
a) Im Verhältnis der Union gegenüber den Mitgliedstaaten	152
b) Im Verhältnis der Organe und sonstigen Stellen der Union untereinander	153
8. Zusammenfassung: Kontrollverlust	155
<i>B. Rechtliche Kontrollmechanismen als Antwort</i>	156
I. Verwandte Handlungsformen als Vergleichsfolie und Analogiequelle	157
II. Die Anforderungen im Einzelnen	158
1. Verwaltungsaktähnliches einseitiges informelles Verwaltungshandeln	159
a) Inhaltliche Steuerung und sachliche demokratische Legitimation	159
aa) Vorrang des Gesetzes	159
(1) Wahl der Handlungsform	160
(2) Inhalt der Maßnahme	163
bb) Vorbehalt des Gesetzes	166
(1) Grundrechtseingriffe durch einseitiges informelles Verwaltungshandeln?	167
(2) Erforderlichkeit einer gesetzlichen Grundlage für die „Drohkulisse“	169
(3) Sonderfall: Drittbetroffenheit	171
(4) Zusammenfassung	173
cc) Koppelungsverbot	173
dd) Bestimmtheitsgebot	176
b) Kompetenzordnung und personelle demokratische Legitimation	176
aa) Akzessorietät zum rechtsförmlichen Handeln	177
bb) Besonderheiten des Unionsrechts	178
cc) Besondere funktionelle Zuständigkeiten	180
c) Gewährleistung von Grundrechtsschutz und sachgerechtem Handeln durch Verfahren	183
aa) Hinreichende Sachverhaltsaufklärung	183
bb) Verfahrensbeteiligung Betroffener	185
(1) Begrenzte Übertragbarkeit allgemeiner Anhörungsrechte	186
(2) Sonderfall: Drittbetroffenheit	189
(3) Sonderfall: spezielle Verfahrenstypen im Regulierungsrecht	190

cc) Rechtsfolgen von Verfahrensfehlern	193
d) Sonstige formelle Anforderungen	195
aa) Formerfordernisse	195
bb) Begründungspflichten	198
cc) Veröffentlichungs- und Dokumentationspflichten	199
dd) Sicherung personell-individueller Unparteilichkeit	202
2. Rechtsnormähnliches einseitiges informelles Verwaltungshandeln	203
a) Inhaltliche gesetzliche Steuerung und sachliche demokratische Legitimation	204
aa) Vorrang des Gesetzes	204
bb) Vorbehalt des Gesetzes	205
(1) Allgemeine Anforderungen des Vorbehalts des Gesetzes	205
(2) Unzulässigkeit normersetzenden einseitigen informellen Handelns	207
b) Kompetenzordnung und personelle demokratische Legitimation	209
c) Gewährleistung von Grundrechtsschutz und sachgerechtem Handeln durch Verfahren	211
aa) Hinreichende Sachverhaltsaufklärung	211
bb) Sonstige allgemeine Verfahrensanforderungen?	212
cc) Punktuelle Übertragbarkeit spezieller Verfahrens- anforderungen	214
dd) Sonderfall: kompetenzsichernde Verfahrens- anforderungen für informelle Handlungen der Europäischen Union	216
ee) Rechtsfolgen von Verfahrensfehlern	217
d) Sonstige formelle Anforderungen	218
aa) Form und Veröffentlichung	218
bb) Begründung	221
cc) Sicherung personell-individueller Unparteilichkeit	222
III. „Materielle Transparenz“ als spezifische und übergreifende Rechtmäßigkeitsanforderung an einseitiges informelles Verwaltungshandeln	223
1. Besondere Transparenzpflichten in verschiedenen Rechtmäßigkeitsanforderungen	223
2. Hintergrund: Gestaltung von Entscheidungssituationen	224
3. Synthese: übergreifendes „Gebot der materiellen Transparenz“	225
4. Funktionsweise und Konturen	226
a) Inhaltlicher Umfang der Transparenzpflicht	226
b) Zweifelsregelung bei mangelnden Angaben	228

c) Darstellungsmöglichkeiten	229
d) Umgang mit Sachverhaltsunklarheit	230
e) Pflicht zur dynamischen Anpassung	231
<i>C. Rechtsschutz</i>	233
I. Grundlagen	233
1. Gebot effektiven Rechtsschutzes auch gegen informelle Verwaltungsmaßnahmen	233
2. Relevante Konstellationen	235
a) Einseitiges informelles Handeln als Gegenstand gerichtlicher Inzidentkontrolle	235
b) Einseitiges informelles Handeln als unmittelbarer Streitgegenstand	236
3. Kontrolldichte	237
II. Primärrechtsschutz	238
I. Ausgewählte Prozesskonstellationen in verwaltungs- gerichtlichen Hauptsacheverfahren	238
a) Klage des Adressaten auf Unterlassung und Widerruf einer ihn belastenden Maßnahme	238
aa) Materiellrechtlicher Unterlassungs- und Beseitigungs- anspruch	238
bb) Rechtsweg und Zuständigkeit	239
cc) Statthaftigkeit (nur) der allgemeinen Leistungsklage	240
dd) Klagebefugnis	242
ee) Kein Ausschluss nach § 44a VwGO	242
ff) Umgehung des besonderen Rechtsschutzbedürfnisses durch „unechte“ vorbeugende Unterlassungsklage?	244
gg) Rechtsschutzbedürfnis bei vorbeugender Unterlassungsklage	246
b) Klage des Adressaten auf Feststellung der Rechtswidrigkeit einer ihn belastenden Maßnahme	248
aa) Subsidiarität gegenüber der allgemeinen Leistungsklage	248
bb) Rechtmäßigkeit einseitiger informeller Verwaltungshandlungen als feststellungsfähiges Rechtsverhältnis	249
cc) Sonstige Sachurteilsvoraussetzungen	251
c) Klage eines Dritten gegen eine auch ihn belastende Maßnahme	252
aa) Grundsätzliche Parallelität zum Rechtsschutz des Adressaten	252
bb) Klagebefugnis und Feststellungsinteresse	253

cc) Beteiligung des Adressaten im Ermessen des Gerichts	254
d) Klage eines Dritten gegen eine den Adressaten begünstigende Handlung	255
e) Verpflichtungskonstellationen	256
aa) Normähnliches Handeln	256
bb) Verwaltungsaktähnliches Handeln	256
2. Eilrechtsschutz	257
3. Primärrechtsschutz gegen Handlungen der Europäischen Union	259
a) Vor den Gerichten der Union	259
aa) Unzulässigkeit der Nichtigkeitsklage	259
bb) Zulässigkeit des Vorlageverfahrens	261
b) Vor den nationalen Gerichten	264
aa) Kein unmittelbarer Rechtsschutz gegen Handlungen der Europäischen Union	264
bb) De-facto-Inzidentkontrolle	264
III. Sekundärrechtsschutz	266
1. Staatshaftung gegenüber dem Adressaten einer einseitigen informellen Handlung	267
a) Überblick möglicher Anspruchsgrundlagen	267
b) Haftungsausschluss durch eigenverantwortliches Handeln?	269
aa) „Freiwilliges“ Handeln als Zurechnungsproblem	270
bb) Bedingungen für die haftungsbegründende Zurechnung	271
2. Staatshaftung gegenüber Dritten	274
a) Insbesondere: Drittschutz beim Amtshaftungsanspruch	274
b) Anforderungen an die haftungsbegründende Zurechnung	276
3. Haftung der Europäischen Union	277
a) Prinzipielle Anwendbarkeit der Unionshaftung	277
b) Insbesondere: einseitiges informelles Handeln als „qualifizierter Rechtsverstoß“	279
<i>D. Fazit</i>	280
 <i>Viertes Kapitel: Schlussfolgerungen: Optimierungspotential und Thesen</i>	282
 <i>A. Vorschläge zur optimierten Nutzung einseitigen informellen Handelns als Steuerungsressource der Verwaltung</i>	283
I. De lege lata: optimaler Einsatz einseitiger informeller Maßnahmen durch die Verwaltung	283

1. Steuerungsgewinn bei Mangel an alternativen Instrumenten . .	283
2. Typischerweise kein Mehrwert gegenüber rechtsförmlicher Parallelhandlung	284
3. „Mehrwert-Wirksamkeit-Dilemma“	286
4. Sachverhalts- oder Rechtsunsicherheit bei unmittelbar drohenden Sanktionen als optimale Rahmenbedingungen . . .	287
5. Steigerung der Rechtsklarheit durch vereinheitlichte Bezeichnung und Bekanntgabe	288
II. De lege ferenda: Optimierung des normativen Rahmens durch den Gesetzgeber	290
1. „Formalisierung“ durch strengere gesetzliche Anforderungen?	291
2. Normierung des status quo?	292
<i>B. Zusammenfassung in Thesen</i>	294
I. Erstes Kapitel: Grundlagen	294
II. Zweites Kapitel: Der tatsächliche Befund	295
III. Drittes Kapitel: Die rechtliche Analyse	296
1. Chancen und Risiken	296
2. Rechtliche Anforderungen	297
3. Rechtsschutz	300
IV. Viertes Kapitel: Schlussfolgerungen	302
Literaturverzeichnis	305
Sachregister	325

Einleitung

Der Folterknecht eröffnet die „peinliche Befragung“ des Angeklagten, indem er seine Instrumente vorstellt und ihre Funktionsweise minutiös erklärt. Zeigt sich der Inquisit unbeeindruckt, führt der Knecht ihn in die Martergrube. Dort legt er die nunmehr vertrauten Werkzeuge an und beginnt das Verhör von Neuem.¹

Im mittelalterlichen und frühneuzeitlichen Strafprozess genügte häufig bereits diese „Territion“², um dem Beschuldigten das erwartete Geständnis abzapressen – ohne dass die furchteinflößenden Gerätschaften ihrem eigentlichen Verwendungszweck entsprechend eingesetzt werden mussten. Die mit dem Nachdruck drohender Tortur versehene Aufforderung machte den unmittelbaren körperlichen Zwang entbehrlich.

Von Foltermethoden, ob zum Zweck der Strafverfolgung oder aus sonstigem Grund, hat der moderne Rechtsstaat sich glücklicherweise verabschiedet. Und doch kann die mittelalterliche „Schreckung“, ohne damit irgendeine Bewertung vorwegzunehmen, einen Kernaspekt des Gegenstands dieser Untersuchung zu verdeutlichen helfen: Häufig – manche Beobachter meinen: zunehmend³ – verzichtet die öffentliche Verwaltung darauf, einen Sachverhalt verbindlich zu re-

¹ Eingängige Darstellung des *Procedere* bei F. Helbing/M. Bauer, Die Tortur, S. 189 f.; zur Bedeutung für die Beweisführung im Strafprozess M. Niehaus, Das Verhör, S. 215 ff. Gesetzlich vorgesehen war die Androhung von Folter beispielsweise in Art. 46 der *Constitutio Criminalis Carolina* von Kaiser Karl V., dazu G. Radbruch, Die *Peinliche Gerichtsordnung* Kaiser Karls V. von 1532 (Carolina), neu veröffentlicht von A. Kaufmann, Gustav Radbruch Gesamtausgabe, Bd. 11, S. 255 (326), sowie – mit besonders minutiöser Regelung samt erläuternden Abbildungen – in Art. 38 § 9 der österreichischen *Constitutio Criminalis Theresiana* von 1769 (Faksimile einer Originalausgabe im Volltext abrufbar unter https://archive.org/stream/ConstitutioCriminalisTheresiana-1768/Constitutio_Criminalis_Theresiana-1768-complete#page/n0/mode/2up; letzter Abruf: 18. November 2015). Das Bild bemühte, allerdings mit Blick auf kooperatives Handeln, auch schon D. Murswiek, JZ 1988, 985 (988).

² Zu Begriff und historischem Hintergrund näher R. Walther, in: O. von Brunner/W. Conze/R. Koselleck, *Geschichtliche Grundbegriffe*, Bd. 6, Stichwort: Terror, Terrorismus.

³ M. Fehling, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle, *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. II, § 38 Rn. 22 m. w. N.; bereits 1995 vom „Aufstieg des informalen Verwaltungshandelns“ sprechend K.-H. Ladeur, *VerwArch* 86 (1995), 511 (Aufsatztitel); ebenso F. Ossenbühl, *UTR* 1987, 27 (27). G.F. Schuppert wäht den modernen Staat gar in einem „Meer von Informalität“, *Der Rechtsstaat unter den Bedingungen informaler Staatlichkeit*, S. 183. Für das Handeln der EU etwa T. Rademacher, *Realakte im Rechtsschutzsystem der Europäischen Union*, S. 76 ff. Für vernachlässigbar hält die Frage C. Möllers, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle, *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. I, § 3 Rn. 15.

geln, sondern greift stattdessen zu influenzierend wirkenden Instrumenten. Diese rechtlich unverbindlichen Empfehlungen, Aufforderungen, Leitfäden, Mitteilungen etc. stehen meist vor dem Hintergrund rechtsförmlicher Maßnahmen, die dem Adressaten zwar in Aussicht gestellt werden, idealerweise aber gar nicht zur Anwendung gelangen müssen. Auch hier macht die Kenntnis des Instruments seinen Einsatz überflüssig.

Zu den „Daumenschrauben“ der Regulierungsverwaltung gehören förmliche Aufsichtsverfügungen, Abberufungsverlangen, Bußgelder und Betätigungsverbote. Deren Bedrohlichkeit mag gegenüber archaischen Inquisitionsmethoden verblassen, macht eines aber dennoch deutlich: Schon die rechtlich unverbindliche Aufforderung zu einem bestimmten Verhalten kann eine signifikante Zwangswirkung auf ihre Adressaten ausüben. Diese tatsächliche Zwangswirkung verlangt nach rechtlichen Maßstäben für ihren Gebrauch. Hier setzt diese Untersuchung an.

A. Eine vernachlässigte Handlungsform

„Was immer in der Verwaltungsrealität Existenz besitzt, hat Anspruch darauf, von der Verwaltungsrechtswissenschaft wahrgenommen, systematisch durchdrungen und zu den bisherigen Erkenntnissen in Beziehung gesetzt zu werden!“⁴ Die Handlungen der Verwaltung, die hier unter dem Begriff des „einseitigen informellen Verwaltungshandelns“ versammelt werden sollen, sind alltägliche Phänomene der „Verwaltungsrealität“. Auch wenn die anhaltende Konjunktur nicht-regelnder Instrumente als Ausdruck eines sich wandelnden Staatswesens gedeutet werden kann,⁵ handelt es sich bei den hier betrachteten Maßnahmen keineswegs um völlig neuartige Phänomene. Schon auf der Staatsrechtslehrertagung 1963 kamen Verwaltungshandlungen zur Sprache, die hier als einseitig und informell bezeichnet würden;⁶ zu keinem Zeitpunkt war die Verwaltungstätigkeit eine „heil[e] Welt perfekter Förmlichkeit“⁷. Diese frühzeitige „Entdeckung“ zog jedoch keine vertiefte wissenschaftliche Aufarbeitung nach sich. Der eingangs zitierte, von *Eberhard Schmidt-Aßmann* in seiner Emeritierungsvorlesung an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg emphatisch postulierte Anspruch auf systematische Durchdringung *allen* Handelns der Verwaltung blieb für einseitige informelle Instrumente weitgehend unerfüllt. Während das kooperative informelle Handeln insbesondere in den achtziger Jahren die Aufmerksamkeit der Verwal-

⁴ *E. Schmidt-Aßmann*, *Der Staat* 45 (2006), 315 (315); näher zu diesem Ansatz *ders.*, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, 6. Kap. Rn. 32 ff.

⁵ Dazu sogleich.

⁶ *M. Bullinger*, *VVDStRL* 22 (1965), 264 (300); siehe auch die bereits zuvor von *K. Stern*, *BayVBl.* 1957, 86 (87 f.), beschriebenen „schlichten Verwaltungsäußerungen“.

⁷ *E. Schmidt-Aßmann*, *Verwaltungsrechtliche Dogmatik*, S. 77.

tungsrechtswissenschaft auf sich lenkte und in den neunziger Jahren die staatliche Informationstätigkeit in den Fokus rückte,⁸ blieb das einseitige informelle Handeln der Verwaltung weitgehend unbeachtet. Mehr noch: Häufig werden die hier behandelten Instrumente sogar dem kooperativen informellen Handeln oder dem Informationshandeln zugeordnet und den dazu entwickelten Maßstäben unterworfen. Das muss jedoch zu sachwidrigen Ergebnissen führen, denn einseitiges informelles Verwaltungshandeln ist – wie diese Untersuchung zeigen wird – zwar insbesondere mit dem kooperativen informellen Handeln eng verwandt, aber keineswegs identisch mit den „etablierten“ unverbindlichen Handlungsformen der Verwaltung.⁹ Es stellt das Recht vor spezifische Herausforderungen und muss dementsprechend auch eigenen Regeln unterworfen werden.

Die Diskrepanz zwischen praktischer Bedeutung – einseitiges informelles Handeln gehört zum „Standardrepertoire“¹⁰ der Verwaltung – und nur bruchstückhafter juristischer Erfassung kann verblüffen. Zu Recht wird die „geringe instrumentelle Transparenz“¹¹ von „paralegale[n] exekutive[n] Handlungsweisen“¹² beklagt, und doch meist unbeanstandet hingenommen.¹³ Der Grund dieser unzureichenden dogmatischen Aufarbeitung ist, so der Ansatzpunkt dieser Arbeit, darin zu sehen, dass einzelne Erscheinungsformen einseitigen informellen Handelns entweder – wie bereits erwähnt – anderen Handlungsformen zugeschrieben oder nur isoliert betrachtet werden, nicht aber als verschiedene Ausprägungen *einer Handlungsform*. Auf den ersten Blick haben eine polizeiliche „Gefährderanprache“ und ein wertpapierhandelsrechtlicher Leitfaden denn auch wenig gemein; Gleiches kann allerdings von Platzverweis und Planfeststellungsbeschluss behauptet werden. Dennoch werden Letztere unproblematisch der gemeinsamen Handlungsform „Verwaltungsakt“ zugeordnet und gemeinsamen allgemeinen Regeln unterworfen.

Erstes Ziel dieser Arbeit ist daher, von den – durchaus vorhandenen¹⁴ – Erörterungen einzelner Erscheinungsformen und sogar punktuellen gesetzlichen Regelungen einige Schritte Abstand zu nehmen und einen Blick dafür zu gewinnen, dass diese Instrumente nur Varianten einer gemeinsamen Handlungsform darstellen. Wie die Analyse zeigen wird, beruhen die nachdrückliche „Bitte“ an einen gewaltbereiten Fußballfan, einem Auswärtsspiel fernzubleiben, und die unver-

⁸ Guter Überblick über die Entwicklung der rechtswissenschaftlichen Diskurse um kooperatives und um Informationshandeln bei *A.-B. Kaiser*, Die Kommunikation der Verwaltung, S. 220 ff. (Kooperation) bzw. 270 ff. (Information); näher unten I. Kap. A. II. 2. d) bzw. b).

⁹ Zur Einordnung des einseitigen informellen Verwaltungshandelns in das System den Handlungsformen der Verwaltung unten I. Kap. A. II. 4.

¹⁰ *T. Fett*, WM 1999, 613 (613).

¹¹ *M. Knauff*, Der Regelungsverbund, S. 428.

¹² *A. Voßkuhle*, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, § 1 Rn. 10.

¹³ So die Einschätzung von *M. Knauff*, Der Regelungsverbund, S. 428.

¹⁴ Näher unten I. Kap. A. II.

bindlichen Vorgaben an einen Wertpapieremittenten, wann er eine Ad-hoc-Meldung über Unternehmensvorgänge zu veröffentlichen hat, auf den gleichen Grundmechanismen und unterliegen – mit den erforderlichen Binnendifferenzierungen – gemeinsamen rechtlichen Anforderungen.

B. Ein „allgemeiner Teil“ des einseitigen informellen Verwaltungshandelns

Die entscheidende Frage lautet, *welches* diese allgemeinen rechtlichen Anforderungen an einseitiges informelles Handeln sind und wie sie sich durchsetzen lassen. Die Antwort auf diese Frage zu geben, ist das Kernanliegen dieser Untersuchung. Innerhalb dieses „allgemeinen Teils“ an gemeinsamen Anforderungen wird nach verschiedenen Konstellationen zu differenzieren sein: Wie bei der Territition hängt die Wirkung einseitigen informellen Handelns entscheidend davon ab, was der Adressat einer Aufforderung zu erwarten hat, wenn er ihr nicht nachkommt. Abstrakter ausgedrückt: Die Maßnahme bezieht ihre Wirkung aus dem rechtlichen und tatsächlichen Umfeld. Dementsprechend können auch die rechtlichen Anforderungen nur in Abhängigkeit von diesen Rahmenbedingungen bestimmt werden. Diesem entscheidenden Aspekt wird in den vorhandenen bereichsspezifischen Untersuchungen einzelner Erscheinungsformen meist nicht hinreichend Rechnung getragen. Ein signifikanter Teil dieser Arbeit ist daher dem Zusammenspiel von unverbindlicher Handlung und rechtsförmlichem Hintergrund gewidmet.

Zugleich unterstreicht die Bezeichnung als „allgemeiner Teil“, dass nicht auf jede bereichsspezifische Besonderheit eingegangen werden kann oder soll; das wäre nicht nur ermüdend, sondern einem systembildenden Ansatz geradezu abträglich. Allerdings wird man bei der Lektüre auf einige wiederkehrende Beispiele stoßen, die die rechtlichen Fragestellungen und Lösungsansätze illustrieren mögen. Diese Auswahl an (realen und fiktiven) Einzelfällen soll den Leser im Verlauf der Untersuchung begleiten, ohne die vom konkreten Fall abstrahierten Schlussfolgerungen zu relativieren.

C. Das Regulierungsrecht als Labor modernen Verwaltungshandelns

Gegenstand der vorliegenden Arbeit ist das Verwaltungshandeln im *Regulierungsrecht*. Dieser Fokus hat zum einen pragmatische Gründe: Er begrenzt das potentiell überbordende Anschauungsmaterial. Zum anderen sorgt dieser Zugschnitt für einen vergleichsweise homogenen Adressatenkreis. Wirtschaftsunternehmen handeln nach anderen Maximen als Privatpersonen. Auch wenn das grundlegende Funktionsprinzip einseitigen informellen Verwaltungshandelns

adressatenunabhängig ist,¹⁵ erschwert es diese Diskrepanz, übergreifende Aussagen über die Wirkung und rechtliche Behandlung von Realakten der Verwaltung zu treffen. Der Kreis der „Regulierten“ setzt sich hingegen – unabhängig von der genauen Vorstellung des Regulierungsbegriffs¹⁶ – ausschließlich aus vorrangig betriebswirtschaftlich handelnden Unternehmen zusammen. Diese Homogenität ermöglicht die erforderliche Typisierung in der Wirkungsanalyse.

Das trifft indes auf das gesamte Wirtschaftsverwaltungsrecht zu. Die Beschränkung auf die Wirtschaftssektoren, die seit einigen Jahren unter dem Begriff des „Regulierungsrechts“ zusammengefasst werden, hat einen weiteren Grund. „Regulierung“ zeichnet sich im Gegensatz zum liberal und gefahrenabwehrrechtlich geprägten klassischen Wirtschaftsverwaltungsrechts durch eine kontinuierliche Feinsteuerung von Marktprozessen durch die Verwaltung aus. Dieses administrative *micromanaging* bringt besonders intensiven Einsatz einseitiger informeller Instrumente hervor. Durch permanente punktuelle Impulse, die rechtlich unverbindlich bleiben, faktisch aber große Überzeugungskraft entfalten können, wirken die Regulierungsbehörden auf die Unternehmen ein. Sie nutzen einseitige informelle Instrumente als zusätzliche „Steuerungsressource“, deren Potenzial allerdings noch nicht systematisch erforscht ist. Diese Charakteristik prädestiniert das Regulierungsrecht als Untersuchungsfeld für „atypische“ Handlungsformen wie das einseitige informelle Verwaltungshandeln; die vergleichsweise neuartigen Verwaltungsaufgaben spiegeln sich auf instrumenteller Ebene wider.¹⁷

Das Regulierungsrecht ist damit auch Sinnbild des Wandels zum „Gewährleistungsstaat“¹⁸. Diese Makroebene steht indes nicht im Fokus dieser Arbeit. Auch und insbesondere will sie keinen Beitrag zur andauernden Debatte um die Reichweite des Begriffs des Regulierungsrechts leisten. Ähnlich wie das Umweltrecht als Experimentier- und Untersuchungsfeld für das kooperative informelle Handeln gedient hat,¹⁹ soll hier anhand des Regulierungsrechts das einseitige informelle Handeln ergründet werden. Die Aussagen und Ergebnisse aus diesem „Referenzgebiet“²⁰ lassen sich – auch insoweit den Erkenntnissen zum kooperativen

¹⁵ Die bereits erwähnten „Gefährderanschriften“ etwa richten sich typischerweise an natürliche Personen.

¹⁶ Zur Debatte und zum hiesigen Begriffsverständnis unten I. Kap. B.; ebenso zur folgenden Charakterisierung des Regulierungsrechts.

¹⁷ *M. Fehling*, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II, § 38 Rn. 23; *M. Ruffert*, AöR 124 (1999), 237 (244).

¹⁸ Zum Begriff *M. Knauff*, Der Gewährleistungsstaat, S. 66 ff.; im Rahmen der Regulierungsdebatte beispielsweise *J. Kühling*, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, S. 31 ff.; *M. Bullinger*, DVBl. 2003, 1355 (1357).

¹⁹ Monographisch beispielsweise *E. Böhne*, Der informale Rechtsstaat; *N. Dose*, Die verhandelnde Verwaltung; *M. Schulte*, Schlichtes Verwaltungshandeln.

²⁰ Zum Begriff und zur Bedeutung von Referenzgebieten für die verwaltungsrechtliche Systembildung *E. Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, I. Kap. Rn. 12 ff.

Handeln im Umweltrecht entsprechend – zu großen Teilen auch jenseits des hiesigen Untersuchungsfelds verwerten, gegebenenfalls mit geringfügigen Modifikationen.²¹ Es handelt sich primär um eine Untersuchung *im* Regulierungsrecht, nicht um eine Untersuchung *des* Regulierungsrechts.

Während über die horizontale Ausdehnung des Regulierungsbegriffs noch kein Konsens herrscht, kann über die prominente Rolle der Europäischen Union kein Zweifel bestehen. Entscheidende Impulse zur Überführung früherer Staatsbetriebe in wettbewerbliche Systeme und der anschließenden Regulierung dieser Wirtschaftszweige gingen vom Unionsrecht aus; mehr denn je ist das nationale Wirtschaftsverwaltungsrecht europarechtlich überformt.²² Auch am Vollzug dieser Vorgaben wirken die Organe, Agenturen und sonstigen Stellen der Europäischen Union mit – nicht zuletzt durch einseitiges informelles Handeln. Wo es sich anbietet, wird darauf eingegangen, welche (insbesondere vom nationalen Rahmen abweichenden) Anforderungen das Primär- und Sekundärrecht an einseitige informelle Handlungen der Europäischen Union stellen. Schwerpunkt der Arbeit ist allerdings das deutsche Verwaltungsrecht.

Von einseitigem informellen Handeln der Europäischen Union wiederum zu unterscheiden sind unionsrechtliche Anforderungen an das Handeln *nationaler* Behörden. Auch diese Facette wird punktuell in die Analyse einbezogen.

²¹ Weitere Beispiele neben der „Gefährderansprache“ sind Verkehrsschilder, die um freiwillige Geschwindigkeitsreduzierung bitten oder „Impfmerkblätter“, auf die im Rahmen der Haftungsfragen zurückzukommen sein wird (2. Kap. C. V. 7. u. 3. Kap. C. III. 1. b) bb)).

²² Siehe etwa J. Ruthig/S. Storr, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Rn. 41; allgemeiner E. Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs idee, 1. Kap. Rn. 50 ff.; A. Glaser, Die Entwicklung des Europäischen Verwaltungsrechts aus der Perspektive der Handlungsformenlehre, S. 47 ff.

Erstes Kapitel

Grundlagen

Das *erste Kapitel* füllt den Begriff des „einseitigen informellen Verwaltungshandelns“ mit Inhalt, grenzt ihn zu anderen Phänomenen ab und bettet ihn in die Systematik der Handlungsformen der Verwaltung ein. Diese Konturierung der Handlungsform bildet das Fundament der anschließenden Analyse. Deutlich intensiver erforscht, aber – wie bereits angedeutet – dennoch nicht zweifelsfrei geklärt, ist die Reichweite des „Regulierungsrechts“. Um das Untersuchungsfeld abzustecken, wird auch darauf kurz einzugehen sein.

A. Untersuchungsgegenstand

I. Anforderungen an eine informelle Handlungsform

Einseitiges informelles Handeln ist, auf dieser Prämisse beruht diese Arbeit, eine Handlungsform der Verwaltung. Unter welchen Voraussetzungen tatsächliche Phänomene in der Verwaltungswirklichkeit eine Handlungsform konstituieren, ist allerdings nicht offenkundig. Die Formenlehre ist keine Selbstverständlichkeit, sondern ein verwaltungsrechtliches Konstrukt zur dogmatischen Erfassung der Verwaltungstätigkeit.¹ An deren Zweck muss sich die Abgrenzung einer „neuen“ Handlungsform messen lassen. Bloße „Inventarisierung“ schafft keinen dogmatischen Ertrag, sondern lediglich hypertrophe Systematik.

Dabei versucht die Verwaltungsrechtswissenschaft seit jeher die vielgestaltigen Betätigungen der öffentlichen Verwaltung systematisch zu ordnen.² Durch Kata-

¹ Eingehend *C. Ernst*, Die Verwaltungserklärung, S. 32 ff.; zum rechtshistorischen Hintergrund auch *K. Lehr*, Staatliche Lenkung durch Handlungsformen, S. 8 ff.

² Prägnant *H.J. Wolff*, Studium Generale 5 (1952), 195 (205): „Rechtswissenschaft ist zumindest systematisch oder sie ist nicht!“ Siehe zum Systembildungsauftrag auch schon *O. Mayer*, AöR 3 (1888), 3 (3), wonach die Verwaltungsrechtswissenschaft „ein System von eigenthümlichen Rechtsinstituten“ entwickeln müsse, um gleichberechtigt neben ihre älteren Schwesterdisziplinen zu treten. Zur historischen Entwicklung *E. Forsthoff*, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. I, S. 48 ff. Aus jüngerer Zeit und eingehend zum Systemgedanken, auch in Abgrenzung zum sozialwissenschaftlichen Systembegriff, *C. Bumke*, Relative Rechtswidrigkeit, S. 23 ff.; als „eine zentrale Aufgabe der Rechtswissenschaft“ betrachtet *C. Möllers*, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, § 3 Rn. 38 f. die Begriffsbildung und Typisierung; speziell mit Blick auf nicht-rechtsverbindliche Steuerungsformen auch *W.*

logisierung und vor allem Kategorisierung des Verwaltungshandelns lassen sich bestimmte wiederkehrende Handlungsmuster identifizieren. Solche Handlungen der Verwaltung, die durch gemeinsame charakteristische Eigenschaften vereint sind, können unter gemeinsamen Oberbegriffen zusammengefasst und zu Handlungsformen geprägt werden.³ Dies dient nicht nur heuristischem Systematisierungsstreben: Zentraler Nutzen von Handlungsformen ist ihre „Speicherfunktion“⁴. Unter dem Oberbegriff einer Handlungsform zusammengefasste Verwaltungshandlungen teilen nicht nur äußerliche Charakteristik und Wirkmechanismen, sondern sind gemeinsamen allgemeinen Regeln unterworfen – unabhängig vom jeweiligen konkreten Inhalt. Durch Zuordnung einer tatsächlichen Handlung zu einer bestimmten Handlungsform wird ein vordefiniertes („gespeichertes“) rechtliches Programm abgerufen. Die Verwaltung kennt somit Wirkung und rechtliche Anforderungen der jeweiligen Handlungsform, wenn sie über ihren Einsatz entscheidet. Spiegelbildlich weiß auch der von einer bestimmten Handlungsform betroffene Bürger, „woran er ist“.⁵ Eine detaillierte Handlungsformenlehre fördert so Rationalität und Rechtsstaatlichkeit.⁶

Um von der Speicherfunktion profitieren zu können und damit als Handlungsform legitimiert zu sein, bedarf es zweierlei:⁷ Zum einen müssen die zugehörigen Handlungen anhand festgelegter Kriterien identifiziert werden. Dies entspricht – um im Bild zu bleiben – dem Bau des Speichers. Die Kriterien, die verschiedene tatsächliche Erscheinungsformen zu einer Handlungsform verbinden, müssen so gewählt sein, dass die zusammengefasste Gruppe hinreichend homogen ist, um sie einem einheitlichen rechtlichen Regime zu unterstellen, andererseits aber auch groß genug ist, um die Effizienzvorteile übergreifender Regeln verwirklichen zu können.⁸ Diese „rechtskonstruktive Optimierungsaufgab[e]“⁹ an die Formenlehre führt zum zweiten Schritt: Der Handlungsform müssen bestimmte rechtliche

Brohm, DVBl. 1994, 133 (139); *F. Schoch*, in: J. Isensee/P. Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. III, § 37 Rn. 121; *M. Schulte*, Schlichtes Verwaltungshandeln, S. 21.

³ Detaillierter *E. Schmidt-Aßmann*, DVBl. 1989, 533 (533): „vertypete Handlungsausschnitte“; siehe auch die Definition bei *P. Krause*, Rechtsformen des Verwaltungshandelns, S. 14: „Strukturen, durch die sich Handlungen unabhängig von ihrem konkreten Inhalt in Verfahrensweise, Funktion und Rechtsfolge entsprechen“.

⁴ *E. Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs idee, 6. Kap. Rn. 34; *W. Pauly*, in: K. Becker-Schwarze et al., Wandel der Handlungsformen im Öffentlichen Recht, S. 25 (34).

⁵ Schon *O. Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1, S. 93.

⁶ *G.F. Schuppert*, Verwaltungswissenschaft, S. 141; dazu auch, allerdings ein deutlich engeres Verständnis von Form voraussetzend, der vielzitierte Ausspruch *R. von Jherings*: „Die Form ist die geschworene Feindin der Willkür, die Zwillingsschwester der Freiheit“ (Geist des römischen Rechts, Teil 2, S. 497).

⁷ *E. Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs idee, 6. Kap. Rn. 34 f.

⁸ Dieses „Adäquanzkriterium“ ist „das eigentliche Baugesetz der Formenlehre“, so *E. Schmidt-Aßmann*, DVBl. 1989, 533 (534); Binnendifferenzierungen durch Subkategorien sind dadurch nicht ausgeschlossen, siehe *C. Ernst*, Die Verwaltungserklärung, S. 52 f.

⁹ Wiederum *E. Schmidt-Aßmann*, DVBl. 1989, 533 (534).

Wirkungen und Anforderungen zugewiesen, der Speicher somit „befüllt“ werden. Idealerweise geschieht beides – zumindest nachvollziehend – durch den Gesetzgeber. So sind Verwaltungsakte anhand der Definition des § 35 S. 1 VwVfG zu identifizieren. Erfüllt eine Äußerung der Verwaltung die Legaldefinition des § 35 S. 1 VwVfG, wird das Regelungsprogramm für Verwaltungsakte aktiviert: Erlass (§ 41 VwVfG), Wirksamkeit (§ 43 VwVfG), Fehlerfolgen (§§ 44 ff. VwVfG), Rechtsschutz (§ 42 VwGO) etc. So einfach liegt es mit dem einseitigen informellen Verwaltungshandeln nicht. Weder sind dessen Merkmale legaldefiniert, noch bestimmt das Gesetz, welchen Regeln es unterliegt.

Dieser Befund schließt keineswegs aus, auch einseitiges informelles Verwaltungshandeln als Handlungsform der Verwaltung anzusehen. Der Widerspruch zwischen Handlungsform und *informell* ist nur ein vermeintlicher.¹⁰ Auch nicht geregelten und/oder rechtlich unverbindlichen¹¹ Handlungen lassen sich gemeinsame Oberbegriffe und rechtliche Eigenschaften zuordnen.¹² Der Verwaltungsakt beispielsweise war schon lange als Handlungsform etabliert, als er mit Erlass des Verwaltungsverfahrensgesetzes im Jahr 1976¹³ samt seiner rechtlichen Handhabung legaldefiniert wurde; umgekehrt ist die anerkannte Handlungsform der Publikumsinformation ohne Regelungswirkung, aber mittlerweile (wenn auch nur bereichsspezifisch) geregelt¹⁴.

Das einseitige informelle Verwaltungshandeln als eigenständige Handlungsform der Verwaltung zu begreifen, begegnet also keinen grundsätzlichen Bedenken.¹⁵ Damit ist indes noch nicht gesagt, dass das „einseitige informelle Verwaltungshandeln“ als Kategorie des Verwaltungshandelns auch *geeignet* ist, die Effizienz- und Rationalitätsgewinne der Handlungsformenlehre zu realisieren. Ob dies gelingt – und nur dann ist die Anerkennung als Handlungsform gerechtfertigt –, hängt maßgeblich von einem passgenauen begrifflichen Zuschnitt ab. Wie sich

¹⁰ Zweifelnd H. Bauer, VerwArch 78 (1987), 241 (258 f.), der eine *contradictio in adiecto* vermutet; dagegen deutlich E. Schmidt-Aßmann, DVBl. 1989, 533 (541): „Die Formenlehre muß sich dabei allerdings von einem Mißverständnis lösen, das ihre Fortentwicklung bisher behindert hat: Formen sind nicht nur für verbindliche, regelnde Verwaltungsentscheidungen, sondern auch für andere Handlungen vorzusehen, deren Wirkungsanspruch unterhalb dieser Schwelle liegt.“ Siehe auch C. Bumke, DV 37 (2004), 3 (31 f.).

¹¹ Die Merkmale sind voneinander unabhängig; näher unter 1. Kap. A. II. 2. e).

¹² Begrifflich lässt sich dies verdeutlichen, wenn man Handlungsformen mit Regelungswirkung als „Rechtsformen“ bezeichnet. Siehe E. Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 6. Kap Rn. 34; W. Pauly, in: K. Becker-Schwarze et al., Wandel der Handlungsformen im Öffentlichen Recht, S. 25 (31; 34 mit dortiger Fn. 20); L. Michael, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II, § 41 Rn. 9; A. Glaser, Die Entwicklung des Europäischen Verwaltungsrechts aus der Perspektive der Handlungsformenlehre, S. 54 f.; eingehend zu den verschiedenen Begriffsverständnissen C. Ernst, Die Verwaltungserklärung, S. 32 ff.

¹³ BGBl. I, S. 1253.

¹⁴ Siehe § 26 Abs. 2 Nr. 9 ProdSG, § 40 LFGB.

¹⁵ Zu „informellen Handlungsformen“ vgl. auch R. Stober, in: H.J. Wolff et al., Verwaltungsrecht I, § 57 Rn. 6.

aus diesem Auftrag ergibt, ist eine *Nominaldefinition* des einseitigen informellen Verwaltungshandelns gesucht, die *per definitionem* nicht richtig oder falsch, sondern nur zweckmäßig oder unzweckmäßig gewählt sein kann.¹⁶ Zweckmäßig für die Speicherfunktion sind Begriffsmerkmale, die dafür sorgen, dass die erfassten Verwaltungshandlungen in ihrer Wirkung hinreichend ähnlich und trennscharf von anderen Handlungsformen abzugrenzen sind.¹⁷ Maßgeblich dafür ist die Perspektive der von einseitigem informellen Handeln Betroffenen, denn ihre Rezeption der Maßnahme bestimmt deren Wirkung.

II. Merkmale des einseitigen informellen Verwaltungshandelns

Das tatsächliche Phänomen des (einseitigen) informellen Verwaltungshandelns ist, wie schon in der Einleitung angeklungen, kein Novum des modernen Verwaltungsrechts;¹⁸ vereinzelt hat das „informelle Verwaltungshandeln“ bereits Eingang in den amtlichen Kanon des juristischen Pflichtprüfungssstoffs gefunden¹⁹. Und dennoch soll für den „wenig konturenscharfen Begriff“²⁰ weiterhin „unklar [sein], was genau darunter zu verstehen ist“²¹. Diese Einschätzung wird bestärkt durch einen Blick in die Lehrbuchliteratur zum allgemeinen Verwaltungsrecht. Dort finden sich regelmäßig einige Anmerkungen zum informellen Verwaltungshandeln im Allgemeinen;²² nur selten wird auf die Kategorie des einseitigen informellen Verwaltungshandelns eingegangen;²³ teilweise wird deren Existenz rundheraus bestritten²⁴. Im Übrigen beschränken sich vereinzelt Erwähnungen im Schrifttum zumeist auf die Untersuchung bestimmter Erscheinungsformen,²⁵

¹⁶ Zum Wesen einer Nominaldefinition, auch in Abgrenzung zu anderen Definitionstypen, K.F. Röhl/H.C. Röhl, Allgemeine Rechtslehre, S. 38 f.

¹⁷ Zum Verfahren der (Neu-)Entwicklung von Handlungsformen näher C. Ernst, Die Verwaltungserklärung, S. 50 ff.

¹⁸ Zur traditionell von einseitigen informellen Instrumenten geprägten „Mißstandsaufsicht“ nach dem VAG L. Michael, VersR 2010, 141 (142); G.W. Bähr, VersR 2001, 1185 ff.; auch schon M. Bullinger, VVDStRL 22 (1965), 264 (293 ff.).

¹⁹ Namentlich in Sachsen-Anhalt: § 14 Abs. 2 Nr. 5 lit. b JAPrVO.

²⁰ A. Voßkuhle, VerwArch 92 (2001), 184 (186) über das informelles Verwaltungshandeln insgesamt.

²¹ So B. Remmert, H.-U. Erichsen/D. Ehlers, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 37 Rn. 5; ebenfalls übergreifend zum informellen Verwaltungshandeln.

²² Z.B. H. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 15 Rn. 14 ff., der betont, dass es „(noch) keinen festen Begriff des informellen Verwaltungshandelns“ gebe; ebenso R. Stober, in: H.J. Wolff et al., Verwaltungsrecht I, § 57 Rn. 4; ähnlich N. Achterberg, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 21 Rn. 292 ff.; F.-J. Peine, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rn. 885.

²³ P.-M. Huber, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 240 ff., widmet dem einseitigen informellen Verwaltungshandeln gar einen eigenen Abschnitt, wenn auch mit teilweise abweichendem Begriffsverständnis.

²⁴ B. Remmert, H.-U. Erichsen/D. Ehlers, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 37 Rn. 5 (mit dortiger Fn. 58).

²⁵ Z.B. B. Fekonja, BaFin-Verlautbarungen; A. Schädle, Exekutive Normsetzung in der Finanz-

Sachregister

- Abberufung(sverlangen) 59, 103, 140,
150 f., 171 f., 190
Abmahnung 68 f., 83 f., 112, 123, 235, 243
Abwicklungsmechanismusgesetz 51, 103
Ad-hoc-Mitteilung 58, 145
Aktenführung 150, 200 f.
Akzeptanz 138 f., 150, 198, 213, 216, 221
Amtsermittlungsgrundsatz siehe Untersu-
chungsgrundsatz
Amtshaftung 267 f.
– Drittgerichtetheit 274 ff.
Anhörung 3, 147, 185 ff.
Ankereffekt 111, 114, 129
Anreiz 105 f., 125 ff., 170, 175
Auskunftshandeln 26 f.
Auslöser 22 ff.
Ausstrahlungswirkung 113, 128 f.
Außenwirkung 12 f., 18 ff., 38, 51 ff.
- Befangenheit siehe Unparteilichkeit
Begründung 198 f., 221, 224
Behördenbegriff 12 f.
Beiladung 248, 254
Bekanntgabe 83, 200, 288 ff.
Beschluss (EU) 21, 179, 260
Beschwerde (EnWG) 242
Bestätigung siehe Form
Bestimmtheit 109 ff., 176, 204, 287
Best practice 68, 204, 229, 232, 284, 289
Beurteilungsspielraum 40, 109, 140 f., 237
Brauchbare Illegalität 156
Bundesamt für Seeschifffahrt und
Hydrographie (BSH) 73
Bundesanstalt für Finanzdienstleistungs-
aufsicht (BaFin) 19, 26, 30, 50 ff., 103 f.,
115, 117, 140, 145, 164, 171 f., 201, 212,
247, 258, 274
Bundesbank 50, 215
Bundesbeauftragter für den Datenschutz
und die Informationsfreiheit (BfDI) 67
Bundeskartellamt (BKartA) 66
Bundesnetzagentur (BNetzA) 28, 31, 39 f.,
60 ff., 114, 147, 164 f., 185, 219
– Beschlusskammer(verfahren) 62 f., 147,
180 ff., 191
Business judgment rule 116
Capture siehe Unparteilichkeit
Compliance 55 ff., 117, 131
Comply or explain 43
Corporate social responsibility 77 f.
CRD IV-Umsetzungsgesetz 51
- Daueraufsichtverhältnis 32, 105, 126, 139
Demokratieprinzip 146, 159 ff., 209 ff., 214
Deutsche Bahn AG 71, 100
Deutsche Bank AG 100, 171 f., 275
Deutsche Post AG 100
Deutscher Corporate Governance Kodex
(DCGK) 13
Deutsche Telekom AG 100
Direkter Vollzug (des Unionsrechts) 13 f.,
75, 165
Diskretion siehe Vertraulichkeit
Drittwirkung 87 f., 171 ff., 189 ff., 252 ff.,
274 ff.
Drohkulisse/-potential 31, 104, 119 ff., 125,
134, 168 ff., 198, 205 ff., 223 f., 227, 288,
271 f., 284, 287
Duldung 74 f., 87, 106 f., 145, 167, 235, 255
- Effizienz 143, 283, 292
Eilrechtsschutz 257 ff.
Einheitlicher Bankenaufsichtsmechanismus
42, 72, 171
Einzelermächtigung, Prinzip der begrenz-
ten 152 f., 161, 165, 178
Eisenbahnbundesamt (EBA) 71
Emittentenleitfaden 26, 57 ff., 109, 115,
117, 145, 247, 258

- Empfängerhorizont 30, 35, 228
 Empfehlung (EU/ESMA) 21, 30, 42 ff., 78 f., 161 f., 259 f.
EnBW AG 100
 Energiewirtschaft 40, 61 ff., 65 f., 177
 Enteignung 267
 Entscheidungstheorie 91 ff., 224 f.
 Europäische Kommission 21, 77 f., 144, 153 ff., 161 f., 179, 191 f., 207, 216 f., 260 f.
 Europäische Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde (ESMA) 42 ff., 57, 78 f.
 Europäische Zentralbank (EZB) 179, 215

Facebook Inc. 132
 Festlegung (§ 29 EnWG) 16, 40 f.
 Feststellungsinteresse 251 ff.
 Feststellungsklage 248 ff.
 Finanzaufsicht 19, 42 ff., 50 ff., 79, 112, 148, 171 ff., 215, 274 ff.
 Folgenbeseitigungsanspruch 239, 269
 Form 195 ff., 218 ff.
 Formenlehre siehe Handlungsform
Foto-Frost-Doktrin 265 f.
 Freiwilligkeit 167 ff., 224 f.

 Gefährderansprache/-ansprechen 3, 102, 268
 Gefahrenverdacht 230 f.
 Gewährleistungsstaat 5, 45 f.
 Gewaltenteilung 153, 208, 245 f.
 Gremium Europäischer Regulierungsstellen (GEREK) 76, 144, 191
Grimaldi-Rechtsprechung 21 f., 263, 266
 Grundrechtseingriff 17, 87 ff., 142 f., 167 ff., 190, 268

 Haftung, zivilrechtliche 114 ff., 127 ff., 229, 235, 247
 – *Safe harbor* 107, 116
 Handlungsform(en)lehre 3 f., 7 ff., 46, 80 ff., 160 f., 235, 292
Homo oeconomicus 92

 Identitätskontrolle 264
IKB Deutsche Industriebank AG 115
 Impermeabilitätstheorie 18
 Impfmerkblatt 102, 133, 273

 Indirekter Vollzug (des Unionsrechts) 13 f., 75 ff., 178 f., 192, 262 f., 278
 Informationshandeln 3, 9, 29, 36 f., 172, 187
 – Abgrenzung 23 ff., 108, 167
 Insider(information) 58, 110, 117, 247
 Institutionelles Gleichgewicht 154, 179
Instrumental choice 35, 136 f., 160, 282
 Instrumentenmix 83
 Inzidentkontrolle 151, 235 f., 265 f.

 Kabelnetzbetreiber 64, 165
 Klagebefugnis 238, 242, 251, 253 f.
 Konsultation 20, 43, 51, 57, 148, 212
 Konsultations- und Konsolidierungsverfahren (TKG) siehe Regulierungsverbund
 Konzession 66 f.
 Kooperatives Handeln 2 f., 5, 25, 27 ff., 138 f., 143, 158, 174, 199, 225, 237, 282, 286
 – Abgrenzung 31 ff.
 – Systematisierung 37
 – normersetzendes 84 f., 207
 Koppelungsverbot 170, 173 ff.

 Lamfalussy-Verfahren 42
 Landesmedienanstalt 41, 205
 Leistungsklage, allgemeine 240 ff., 255 f., 267
 Leitlinie (ESMA) 42 ff., 78 f.
 Liberalisierung 44

 MaComp 55 ff., 117, 125
 MaRisk (BA) 19, 50 ff., 103 f., 110, 118, 141, 212, 215
 MaRisk (VA) 19, 54 f., 116, 212
Meroni-Doktrin 22, 44, 154 f.
 MiFID 55 f.
 Mitteilung (Europäische Kommission) 77 f., 144, 150, 154, 219, 259
 Monopol 44 f., 100

Naming and shaming 43
 Netzwirtschaft 45 ff., 127
 Neue Verwaltungsrechtswissenschaft 89 ff.
 Nichtigkeit(sdogma) 17, 51, 217 f.
 Nichtigkeitsklage 259 ff.
 Normative Ermächtigungslehre 52

- Normenkontrollverfahren 240 f.
- Normpräzisierung 85, 110, 287 f.
- Nutzentheorie 92
- Öffentlich-rechtlicher Vertrag siehe
Verwaltungsvertrag
- Ordnungsfunktion 80, 292
- Parallelmaßnahme 139, 144, 157, 178, 202,
284 ff.
 - Definition 25 ff.
 - Wirkung 102 ff., 120 ff., 168
- Phasing out* 45
- Positionspapier (BNetzA) 61 ff., 84, 114,
289
- Priming* siehe Ankereffekt
- Prinzipal-Agenten-Problem 93
- Privatisierung 44
- Publikumsinformation siehe Informations-
handeln
- Qualifizierter Rechtsverstoß 279 f.
- Realakt/-handeln 5, 24 f., 187, 239, 254, 259
 - Systematisierung 36 f.
- Realanalyse 47, 88 ff., 143
- Rechtsverordnung 16 f., 51, 144, 213, 217,
239, 250
- Rechtsschutzgarantie 233 ff.
- Rechtsschutzlücke 151 f., 244, 257, 259 f.,
277
- Rechtssicherheit 141, 149 ff., 195 f., 285,
287 f.
- Rechtsverhältnis 249 ff.
- Referenzgebiet 46
- Regulated industries* 44
- Regulierungsermessen 141, 182, 191
- Regulierungskonzept (§ 15a TKG) 39
- Regulierungsverbund(verfahren) 39, 64,
126, 137 f., 144, 147, 190 ff.
- Richtervorlage siehe Vorabentscheidungs-
verfahren
- Richtlinie (BaFin) 30, 56, 59
- Richtlinie (RStV) 41 f.
- Rundfunk 13, 41 f., 72 f., 205
- Rundschreiben 19, 26, 50, 54, 118, 138, 206
- Satzung 16, 41
- Schlichtes Verwaltungshandeln 25 ff., 37,
167
- Sekundärrechtsschutz siehe Staatshaftung
- Selbstbindung siehe Vertrauensschutz
- Selbstverwaltung 13, 16, 67
- Signalling* 98
- Single Supervisory Mechanism* (SSM)
siehe Einheitlicher Bankenaufsichts-
mechanismus
- Soft Law* 38 f., 78, 141
- Speicherfunktion 8, 33, 80 f., 289, 292
- Spieltheorie 94 ff.
- Staatshaftung 132 f., 266 ff.
- Stellungnahme (EU) 21, 30, 162, 259 f.
- Steuerung 5, 18, 26, 88 ff., 137 f., 204, 282
 - mittelbare 23, 167
- Störer 23, 34
- Subsidiarität (EU) 152 f., 216
- Telekommunikation(sregulierung) 39 f., 45,
64, 67 f., 76, 137 f., 141, 191 ff.
- Territion 1, 4
- Transparenz 150, 207, 218
 - materielle 223 ff., 271, 281, 289
- Trennungsprinzip 265 f.
- Ultra vires* 264, 280
- Unparteilichkeit 202 f., 222 f.
- Unterlassungsklage 238 ff.
 - vorbeugende 244 ff.
- Untersuchungsgrundsatz 183 ff., 211 f.,
224, 230 f.
- Untreue 117 f.
- Verbotsirrtum 108, 288
- Verfahren 193 ff., 211 ff., 292
 - Grundrechtsschutz 146, 150, 183 ff.
- Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (EU) 153,
179 f.
- Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (Grund-
rechte) 123 f.
- Veröffentlichung 199 ff., 289
- Verordnung (EU) 21, 260
- Versicherungsaufsicht 54 ff., 116, 164, 274
- Vertrauensschutz 18 f., 22, 40, 84, 87,
106 ff., 121, 124, 194 ff., 235, 255, 257

- Vertraulichkeit 49, 139 f., 150, 181, 285
- Verwaltungsakt 3, 9, 16, 32, 80 f., 138, 144, 149, 174
 - Allgemeinverfügung 82
 - Einseitigkeit 32, 34 f., 186, 199
 - feststellender 26
- Verwaltungsrechtsweg 239 f.
- Verwaltungsvertrag 16, 32, 144, 173 f.
- Verwaltungsvorschrift 14, 17 ff., 241
 - norminterpretierende 54 ff., 210
 - normkonkretisierende 40 f., 51 ff., 55, 206
- Verwarnung siehe Abmahnung
- Volenti non fit iniuria* 168
- Vorabentscheidungsverfahren 261 ff.
- Vorbehalt des Gesetzes 24, 138, 144, 166 ff., 205 ff., 223 f.
- Vorläufiger Rechtsschutz siehe Eilrechtsschutz
- Vorrang des Gesetzes 144, 150 ff., 185, 204 f., 223
- Wesentlichkeitstheorie 53, 144, 166
- Wirkfaktor 119 ff., 226 f.
- Wirkmechanismus 102 ff., 226 f., 247
- Wissenserklärung, öffentlich-rechtliche 24
- Zurechnung, haftungsbegründende 133, 271 ff., 276 f.
- Zuständigkeit 176 ff., 209 ff.
 - gerichtliche 239 ff., 260 f.