

REIMUND SCHMIDT-DE CALUWE

Der Verwaltungsakt in der Lehre Otto Mayers

Jus Publicum

38

Mohr Siebeck

JUS PUBLICUM

Beiträge zum öffentlichen Recht

Band 38



Reimund Schmidt-De Caluwe

Der Verwaltungsakt
in der Lehre
Otto Mayers

Staatstheoretische Grundlagen, dogmatische
Ausgestaltung und deren verfassungsbedingte
Vergänglichkeit

Mohr Siebeck

Reimund Schmidt-De Caluwe, geboren 1956; Studium der Rechtswissenschaft in Marburg und Gießen; 1983 erste juristische Staatsprüfung; 1987 zweite juristische Staatsprüfung; 1987–1992 wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Universität Gießen; 1992 Promotion; 1992–1998 wissenschaftlicher Assistent an der Universität Gießen; 1998 Habilitation; Privatdozent.

Als Habilitationsschrift auf Empfehlung des Fachbereichs Rechtswissenschaft der Justus Liebig Universität Gießen gedruckt mit Unterstützung der Deutschen Forschungsgemeinschaft.

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Schmidt-de Caluwe, Reimund:

Der Verwaltungsakt in der Lehre Otto Mayers : staatstheoretische Grundlagen, dogmatische Ausgestaltung und deren verfassungsbedingte Vergänglichkeit / Reimund Schmidt-de Caluwe. –
Tübingen : Mohr Siebeck, 1999

(Jus publicum ; Bd. 38)

ISBN 3-16-147025-7 978-3-16-158101-4 Unveränderte eBook-Ausgabe 2019

© 1999 J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen.

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 belichtet, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier der Papierfabrik Niefern gedruckt und von der Großbuchbinderei Heinr. Koch in Tübingen gebunden.

ISSN 0941-0503

Für
Josiane und Felix

Vorwort

Eine Schrift zum Verwaltungsrecht Otto Mayers kommt natürlich nicht ohne sein wohl meist zitiertes Wort aus: »Verfassungsrecht vergeht, Verwaltungsrecht besteht«. Betrachtet man die Lehre vom Verwaltungsakt, so findet sich diese Aussage eindrucksvoll bestätigt. Hier ist die klassische Doktrin, die Mayer gegen Ende des vorigen Jahrhunderts entwickelt hat, heute noch wirkungskräftig. Auf sie wird zurückgegriffen, ohne daß hinreichend berücksichtigt wird, in welchem Maße sie bis in die Details hinein geprägt ist von den obrigkeitsstaatlichen Prämissen, auf deren Grundlage Mayers Lehre, den zeitgenössischen Vorgaben entsprechend, basiert.

Die hier vorgelegte Kritik an der Verwaltungsrechtslehre Otto Mayers zielt nicht primär auf die Leistungen des »Meisters des deutschen Verwaltungsrechts« (Kormann). Wenngleich sich auch sein Lehrgebäude am Ende der Untersuchung nicht mehr als das systematisch-geschlossene System darstellt, als das es gemeinhin gehandelt wird, bleibt Mayers »Deutsches Verwaltungsrecht« doch unbestreitbar ein Meilenstein der Rechtsstaatlichkeit in Deutschland. Die Kritik zielt auch keineswegs auf die Handlungsform des Verwaltungsaktes als solche; die Exekutive wird ohne verbindliche Anordnungen für den Einzelfall kaum auskommen. Sie richtet sich vielmehr an die gegenwärtige Verwaltungsrechtslehre und -praxis und gilt dem Umstand, daß hergebrachte Strukturen tradiert werden, denen der konstitutionelle Grund schon lange abhanden gekommen ist. Die Abhängigkeit der klassischen Doktrin des Verwaltungsaktes Mayers von der Staatsidee des Spätabolutismus zwingt dazu, solch unreflektierte Tradierung aufzugeben. Die Analyse von Mayers Lehre geschieht hier zu dem Zweck, die Notwendigkeit aufzuzeigen, das Recht des Verwaltungsaktes auf demokratisch-rechtsstaatlicher Grundlage neu zu rekonstruieren.

Bei der vorliegenden Arbeit handelt es sich um die geringfügig überarbeitete Fassung des vorwiegend rechtshistorischen Teils meiner Habilitationsschrift »Bestandskraft rechtswidriger Verwaltungsakte – Zur Kritik Otto Mayers Lehre vom öffentlichen Recht und ihrer Tradierung im Recht des Verwaltungsaktes«, die dem Fachbereich Rechtswissenschaft der Justus-Liebig-Universität Gießen im Wintersemester 1997/98 vorgelegen hat. Der zweite Hauptteil, der sich konkret mit der Lehre von der Bestandskraft des Verwaltungsaktes auseinandersetzt, wird einer besonderen Veröffentlichung vorbehalten und im vorliegenden Band nur ab und an exemplarisch in Bezug genommen.

Gerne nehme ich die sich hier bietende Gelegenheit wahr, meinem verehrten Lehrer, Herrn Prof. Dr. Friedrich von Zezschwitz, herzlich zu danken. In all den Jahren, die ich als wissenschaftlicher Mitarbeiter und Assistent an seiner Professur verbringen durfte, hat er stets das rechte Maß gefunden zwischen akademischer Obhut und wissenschaftlicher Freizügigkeit. Nie habe ich mich gedrängt gefühlt, aber immer, wenn es Not tat, konnte ich auf seinen fachlichen wie menschlichen Rat zählen. Danken möchte ich Herrn Prof. Dr. Brun-Otto Bryde. Er hat die Last des Zweitgutachtens auf sich genommen.

Eine Habilitation kennt viele einsame Perioden und manche Phasen des Zweifels. Wichtig werden dann Kolleginnen und Kollegen, die Zeit und die richtigen Worte finden, aufbauend zu wirken. Die Atmosphäre innerhalb der öffentlich-rechtlichen Dependence des Gießener juristischen Fachbereichs in der Hein-Heckroth-Str. 5 fand ich in dieser Hinsicht ausgezeichnet.

Der Deutschen Forschungsgemeinschaft habe ich für die großzügige Unterstützung der Drucklegung zu danken. Dem Verlag Mohr Siebeck, insbesondere Herrn Dr. Gillig, gilt mein Dank für die Aufnahme der Schrift in das Verlagsprogramm.

Gießen, im Oktober 1998

Reimund Schmidt-De Caluwe

Inhaltsübersicht

Vorwort	VII
Abkürzungsverzeichnis	XXI

Erster Teil

Fünf einleitende Bemerkungen

1

I. Die Rechtswirkungen des Verwaltungsakts sind bis heute umstritten und rechtsdogmatisch ungeklärt	1
II. Wirkungskraft tradierter Elemente im heutigen Verwaltungsrecht ...	3
III. Skepsis gegenüber der systemleitenden Funktion der Handlungsform – Verwaltungsakt und Rechtsverhältnis	8
IV. Zum Zusammenhang zwischen aktuellen dogmatischen Defiziten und tradierten Dogmen	14
V. Beispiel: Verfassungsrechtliche Problematik rechtlicher Maßgeblichkeit rechtswidriger Verwaltungsakte	14

Zweiter Teil

Kontinuität dogmengeschichtlicher Prämissen in gewandelter Verfassungslandschaft – Problemaufriß

19

I. Die Verwaltungsrechtslehre Otto Meyers als die historisch maßgebliche Grundlage des Rechts des Verwaltungsakts	19
II. Das Dogma der Rechtsschutzfunktion des Verwaltungsakts als Beispiel der epocheübergreifenden Wirkungskraft der Meyerschen Lehre	25
III. Effizienz und Praxistauglichkeit der Meyerschen Lehre als Kontinuitätselement	31
IV. Der Bürger als »emanzipierter Untertan« – weitere Aspekte obrigkeitsstaatlicher Strukturen des heutigen Verwaltungsrechts	33
V. Weitere Untersuchung	43

Dritter Teil

Der Verwaltungsakt in der Verwaltungsrechtslehre Otto Mayers –
Die dogmengeschichtliche Verankerung zwischen der absolutistischen
Staatsidee und der Rechtsstaatsidee des Konstitutionalismus

47

1. Kapitel: Eingangsthese – Otto Mayers Verwaltungsrechtslehre als »Legalisierung des Polizeistaates«	49
2. Kapitel: Moderner Staat, Rechtsstaat und Verfassung als die maßgeblichen »Ideen« der Epoche	55
I. Otto Mayers Ideenverständnis	55
II. Der »moderne Staat«	56
III. Die Rechtsstaatsidee im Verfassungsstaat	69
IV. Die Verfassungswende 1918/19 und Otto Mayers Kontinuitätsdogma – Verwaltungsrechtslehre mit anachronistischem staatstheoretischem und staatsrechtsdogmatischem Unterbau	103
3. Kapitel: Die Strukturen des Verwaltungsrechts bei Otto Mayer	118
I. Grundlage: Das Verwaltungsrecht als Konkretisierung der maßgeblichen »Ideen«	118
II. Das öffentliche Recht als Gebiet des allgemeinen Gewaltverhältnisses	119
III. Das öffentliche Recht als Ordnung der öffentlichen Gewalt	121
IV. Die Bindung der Exekutive an das Verwaltungsgesetz	145
V. Subjektive öffentliche Rechte	159
4. Kapitel: Der Verwaltungsakt als Vollendung des Rechtsstaats	206
I. Methodik der »Erfindung«	206
II. Funktionen des Verwaltungsakts: Rechtsbestimmung für den Untertanen und Instrument der Justizförmigkeit der Exekutive	210
III. Kritik der autonom-normativen Bestimmungskraft des Verwaltungsakts – die Gegenposition Hans Kelsens als Anknüpfungspunkt	229
5. Kapitel: Der rechtshistorische Standort Otto Mayers Verwaltungs- rechtslehre und die Konsequenzen ihrer rechtsstaatlichen Adaption	256
I. Otto Mayers Lehre als »Übergangsrecht« der verfassungspolitischen Zwischenepoche des deutschen Konstitutionalismus	256
II. Die Verteidigung des monarchischen Prinzips Verwaltungsrecht	259

III. Zur Unmöglichkeit der Rezeption der Verwaltungsrechtslehre Otto Mayers im demokratischen Rechtsstaat	262
--	-----

Vierter Teil

Verfassungsrechtliche Koordinaten einer rechtsstaatlichen Dogmatik
des Verwaltungsakts

269

1. Kapitel: Der Verwaltungsakt vor dem Hintergrund der grundgesetzlichen Ordnung	269
I. Die Aufgabenstellung: Abkehr von dem Kontinuum »Staat«	269
II. Verfassungsrechtliche Prämissen der Verwaltungsaktsdogmatik	276
III. Verortung des Geltungsgrundes des Verwaltungsakts im positiven Recht	281
2. Kapitel: Strategien zur Legitimation der Bindungswirkung des rechtswidrigen Verwaltungsakts auf der Grundlage des heutigen Verfassungsrecht und ihre Kritik	286
I. Die herkömmlichen Bausteine einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung der einseitigen Anordnungsmacht der Exekutive	287
II. Desiderate der herkömmlichen verfassungsrechtlichen Legitimationsstruktur	289
III. Der Grundsatz der Rechtssicherheit als verbleibende verfassungsrechtliche Basis rechtswidrig verbindlicher Verwaltungsakte – Zur Konturenlosigkeit der herkömmlichen Argumentation	299
IV. Bilanz und Ausblick	305
V. Schlußbemerkung	307
Literaturverzeichnis	309
Sachverzeichnis	329

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Abkürzungsverzeichnis	XXI

Erster Teil

Fünf einleitende Bemerkungen

1

I. Die Rechtswirkungen des Verwaltungsakts sind bis heute umstritten und rechtsdogmatisch ungeklärt	1
II. Wirkungskraft tradierter Elemente im heutigen Verwaltungsrecht ...	3
III. Skepsis gegenüber der systemleitenden Funktion der Handlungsform – Verwaltungsakt und Verwaltungsrechtsverhältnis	8
IV. Zum Zusammenhang zwischen aktuellen dogmatischen Defiziten und tradierten Dogmen	14
V. Beispiel: Verfassungsrechtliche Problematik rechtlicher Maßgeblichkeit rechtswidriger Verwaltungsakte	14

Zweiter Teil

Kontinuität dogmengeschichtlicher Prämissen in gewandelter Verfassungslandschaft – Problemaufriß

19

I. Die Verwaltungsrechtslehre Otto Mayers als die historisch maßgebliche Grundlage des Rechts des Verwaltungsakts	19
1. Etablierung des Verwaltungsakts als Zentralbegriff des Verwaltungsrechts	19
2. Paradigmatische Bedeutung Otto Mayers Verwaltungsrechtslehre ...	21
3. Zum Begriff des »Obrigkeitsstaats«	22
4. Einbettung der Verwaltungsaktlehre in Otto Mayers Staatstheorie ...	24

II. Das Dogma der Rechtsschutzfunktion des Verwaltungsakts als Beispiel der epocheübergreifenden Wirkungskraft der Mayerschen Lehre	25
1. Verfassungsrechtliche Überwindung der rechtswegeröffnenden Funktion des Verwaltungsakts durch Art. 19 Abs. 4 GG	25
2. Perpetuierung des Rechtsschutzdogmas in der Praxis des Verwaltungsrechts	27
a) Verwaltungsaktsabhängiger Verfahrensrechtsschutz	28
b) Lehre von der »konkludenten Duldungsverfügung«	29
c) Der »nur formelle Verwaltungsakt«	30
III. Effizienz und Praxistauglichkeit der Mayerschen Lehre als Kontinuitätselement	31
IV. Der Bürger als »emanzipierter Untertan« – weitere Aspekte obrigkeitsstaatlicher Strukturen des heutigen Verwaltungsrechts	33
1. Die Subordinationstheorie: Über-Unterordnung als Bestimmungselement des öffentlichen Rechts	34
2. Der Verwaltungsakt als »hoheitliche Maßnahme« und Rechtsquelle des Einzelfalls	35
a) Rechtsquellencharakter des Verwaltungsakts	35
b) Die unbestritten rechtskonstitutive Wirkung des Verwaltungsakts	37
c) Die materiellrechtliche Eigenschaft des Verwaltungsakts als das spezifisch hoheitliche Element	38
d) Konservierung des »rechtlichen Mehrwerts« des Staates in Form des Verwaltungsakts als »Diktat im Namen der Rechtsordnung« ..	40
e) Kritik der gängigen Primärcharakterisierung des Verwaltungsakts als staatliche Rechtssetzung	41
f) Obrigkeitsstaatliche Bezüge der aktuellen Lehre	42
V. Weitere Untersuchung	43

Dritter Teil

Der Verwaltungsakt in der Verwaltungsrechtslehre Otto Mayers – Die dogmengeschichtliche Verankerung zwischen der absolutistischen Staatsidee und der Rechtsstaatsidee des Konstitutionalismus

47

1. Kapitel: Eingangsthese – Otto Mayers Verwaltungsrechtslehre als »Legalisierung des Polizeistaates«	49
2. Kapitel: Moderner Staat, Rechtsstaat und Verfassung als die maßgebli- chen »Ideen« der Epoche	55

I. Otto Mayers Ideenverständnis	55
II. Der »moderne Staat«	56
1. Grundlagen: Der Staat als die »große Tatsache«	56
2. Einfluß hegelscher Staats- und Rechtsphilosophie	57
3. Ablehnung einer juristischen Konstruktion des Staates	59
a) Keine juristische Person	59
b) Keine Genossenschaft	61
c) Prinzipiell antirepublikanische Stoßrichtung	62
4. Kontinuität der »neuzeitlichen Staatsidee« trotz der Verfassungswende zur demokratischen Republik 1918/1919	64
5. Der Staat als »Anstalt«	67
III. Die Rechtsstaatsidee im Verfassungsstaat	69
1. Grundlage: Unverzichtbarkeit einer Rechtsordnung für die Verwaltung	69
2. Rechtsstaat und Verfassung	70
a) Die gewaltentrennende Verfassung der konstitutionellen Monarchie als Voraussetzung des Rechtsstaats	70
b) Die Rolle der Volksvertretung als Garant der Unverbrüchlichkeit der Gesetze	73
c) Verfassung als Organisationsform der Rechtsstaatsidee – Gleichzeitigkeit, aber nicht Gleichrangigkeit der maßgeblichen Ideen	75
3. Gewaltenverteilung und -stufung	77
a) Die Konzeption der Trennung der Gewalten und die Einheit der Staatsgewalt	78
b) Gewaltentrennung als Instrument der rechtsstaatlichen Moderation der vorrechtlichen Staatsidee	81
4. Verfassung als Herrschaftsordnung	82
a) Der omnipotente Gesetzgeber als Souverän im Verfassungsstaat ..	82
b) Freiheitssicherung als formaler Mechanismus	84
c) Der »freie Untertan« – Wert und Grenzen Otto Mayers Rechtsstaatskonzeption	84
5. Verwaltung und Justiz als streng geschiedene Subkategorien der vollziehenden Gewalt – Gewaltentrennung in doppeltdualistischer Manier	85
a) Der Grundsatz der Zweiteilung staatlicher Gewalt	85
b) Gewalteninterne Unterscheidung nach formalorganisatorischen Kriterien	88
c) Verwaltung und Justiz als »Machtkreise« – Die faktische Adaption des französischen Modells	91
aa) Zwiespältige Bewertung der französischen Verfassungslage ..	91
bb) Grenzziehung ohne Gewaltentrennung als Forderung der »modernen Staatsidee«	93

cc) Otto Mayers Konzept der gewalteninternen »geschlossenen Machtkreise«	94
d) Justizförmigkeit statt Justiziabilität der Verwaltung – Ein zentraler Baustein Mayers Verwaltungsrechtslehre	95
6. Otto Mayers Verfassungs- und Rechtsstaat als typisch konstitutionell-monarchisches Modell	98
a) Kein Konzept für eine demokratische Staatsordnung	98
b) Konzept der »gezähmten Staatsidee«, nicht des »totalen Staates« ..	99
c) Begründungsschwierigkeiten nach der Beseitigung der Monarchie	101
IV. Die Verfassungswende 1918/19 und Otto Mayers Kontinuitätsdogma – Verwaltungsrechtslehre mit anachronistischem staatstheoretischem und staatsrechtsdogmatischem Unterbau	103
1. Übergang vom dualistisch zum monistisch organisierten Gesetzgeber	103
2. Konservierung des eigenständigen und originären exekutiven Staatswillens	105
3. Verlust der wesentlichen Grundelemente Mayerscher Rechtsstaatskonzeption durch die republikanisch-demokratische Umgestaltung – Immanente Widersprüche seiner Lehre	106
a) Undurchführbarkeit der überkommenen Gewaltentrennung in einem der Volkssouveränität verpflichteten Verfassungsstaat ...	107
b) Entfernung von den vernunftphilosophischen Grundlagen des Hegelschen Staates	109
c) Maßgeblichkeit des formellen Gesetzesbegriffs als Widerspiegelung der mit einer Gewaltenteilung unvereinbaren Souveränität im Staat	111
d) Zusammenfassung: Inkompatibilität von »moderner Staatsidee« und »Rechtsstaatsidee« auf republikanisch-demokratischer Verfassungsgrundlage	113
4. »Verfassungsrecht vergeht, Verwaltungsrecht besteht« – Otto Mayers grundlos gewordene Staatsidee als Kontinuitätsbasis	114
3. Kapitel: Die Strukturen des Verwaltungsrechts bei Otto Mayer	118
I. Grundlage: Das Verwaltungsrecht als Konkretisierung der maßgeblichen »Ideen«	118
II. Das öffentliche Recht als Gebiet des allgemeinen Gewaltverhältnisses	119
III. Das öffentliche Recht als Ordnung der öffentlichen Gewalt	121
1. Der Vorrang des Gesetzes	122
a) Vorrang des Gesetzes als Kollisionsregel	122
b) Vorrang und Bindung des Gesetzes	124

2. Der Vorbehalt des Gesetzes	126
a) Gegenstandsbereich des Vorbehaltes des Gesetzes:	
Die Grundrechte	126
b) Reichweite und Grenzen des Vorbehaltsbereiches	129
aa) Beschränkung auf Eingriffsakte	129
bb) Naturrechtliche Grenzen der Freiheitsrechte	131
cc) Besonderes Gewaltverhältnis	133
dd) Einwilligung in belastende Einzelakte:	
Der Verwaltungsakt auf Unterwerfung	138
ee) Blankettermächtigungen und freies Ermessen	
der Verwaltung	143
IV. Die Bindung der Exekutive an das Verwaltungsgesetz	145
1. Die zweiseitige, aber unterschiedliche Wirkung	
des Verwaltungsrechtssatzes	146
2. Kritik der Theorie der inneren und äußeren Wirkung	
öffentlichrechtlicher Normen	148
a) Analogie zur Wirkung des Rechtssatzes in der Justiz	149
b) Fehlinterpretation der richterlichen Gesetzesbindung	150
c) Kritik der Gleichsetzung von Justiz und Verwaltung	155
3. Folgerungen für das Recht des Verwaltungsakts	158
V. Subjektive öffentliche Rechte	159
1. Grundlagen: Dogmatische Einordnung und Grund des subjektiven	
öffentlichen Rechts	159
a) Das Recht des einzelnen als Inbegriff der Verknüpfung der	
»inneren« und »äußeren Wirkung« des Verwaltungsrechtssatzes ..	160
b) Die rechtsordnungsgemäße Zuteilung von Macht über ein Stück	
öffentlicher Gewalt als Grund des subjektiven öffentlichen	
Rechts	162
2. Keine subjektiven Rechte des Staates	165
a) Gegensatz von rechtlicher Allmacht und subjektivem Recht	165
b) Der paradigmatische Charakter des Kampfes gegen ein staatliches	
subjektives Recht für Otto Mayers Lehre und ihre Widersprüche .	166
c) Konsequenzen für das Recht des Verwaltungsakts	168
3. Zur praktischen Umsetzung Mayers Konstruktion	
der subjektiven öffentlichen Rechte	168
4. Der rein objektivrechtliche Charakter der Grundrechte	172
a) »Sogenannte« Freiheitsrechte als natürliche Freiheitsräume	172
b) Immanente Kritik an Mayers Grundrechtsverständnis –	
Widerspruch zum Verwaltungsakt auf Unterwerfung	175
5. Die »wirklichen« subjektiven öffentlichen Rechte der Untertanen ...	176
a) Verwaltungsrechtliche Forderungsrechte	176
aa) Das Vorbild der zivilprozessualen Klage	176
bb) Kritik der Konstruktion	177

b) Sonstige subjektive öffentliche Rechte	179
aa) Quasi-dingliche Mitwirkungsrechte	180
bb) Abgesonderte öffentliche Rechte	185
c) Kurzes Resümee: Subjektives öffentliches Recht als Modus begrenzt zugewiesener öffentlicher Gewalt	186
6. Kontinuitätslinien der monarchisch-konstitutionellen Struktur des subjektiven öffentlichen Rechts	188
a) Das staatlich gewährte Untertanenrecht	188
b) Implikationen der klassischen Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht für das Recht des Verwaltungsakts	194
aa) Subjektives Recht und Rechtsschutz	194
bb) Aufspaltung von materiell-subjektivem Recht und Rechtsschutzanspruch	196
c) Konkreter Niederschlag Mayers Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht im Recht des Verwaltungsakts	199
d) Traditionslinien in der heutigen Praxis der Rücknahme belastender Verwaltungsakte	202
4. Kapitel: Der Verwaltungsakt als Vollendung des Rechtsstaats	206
I. Methodik der »Erfindung«	206
II. Funktionen des Verwaltungsakts: Rechtsbestimmung für den Untertanen und Instrument der Justizförmigkeit der Exekutive	210
1. Verwaltungsakt als Ausdruck des Staatswillens in der Verwaltung ...	210
2. Die justizförmigen Momente des Verwaltungsakts	213
3. Die Gebundenheit der Verwaltung »nach den Regeln der Vollziehung«	214
a) Die zweiseitige Bindung: Der Verwaltungsakt als Norm	214
b) Beginn, Bestand und staatliche Adressaten der Bindung	217
4. Verwaltungsakt und Urteil	220
a) Historische Rechtslage: Verwaltungsrechtsprechung als Teil der Verwaltung	220
b) Der einheitliche, materiell bestimmte Rechtsprechungsbegriff als Voraussetzung der Rechtskraft bei Edmund Bernatzik	222
c) Die Gegenposition Otto Mayers: Differenzierung zwischen (einfachem) Verwaltungsakt und Verwaltungsrechtspflege – Der Prozeß als Voraussetzung der Rechtskraft	223
d) Materielle Differenzierung zwischen Verwaltungsakt und Justizurteil	224
e) Das Verhältnis Verwaltungsakt – Rechtsprechung in der Mayerschen Systematik	225
f) Das »Parteiverfahren« in der Verwaltungsrechtspflege	227
g) Materielle Rechtskraft als Verstärkung der Unverbrüchlichkeit des Verwaltungsakts	228

III. Kritik der autonom-normativen Bestimmungskraft des Verwaltungsakts – die Gegenposition Hans Kelsens als Anknüpfungspunkt	229
1. Grundlage: Primat des Rechts	230
2. Die Konstruktion des Verwaltungsakts als Befehl und Norm	231
a) Widersprüchlichkeit der Parallelkonstruktion des Verwaltungsakts am Vorbild des gerichtlichen Urteils	232
b) Unschlüssige Trennung zwischen vorbehaltstfreier Regelungsbefugnis und vorbehaltbelastetem Regelungsinhalt	234
c) Der Verwaltungsakt als obrigkeitliche Selbstbezeugung der Rechtmäßigkeit	236
aa) Selbstbezeugung als praktische Überordnung	237
bb) Die der Figur der Selbstbezeugung inhärente Antithese zu Otto Mayers Staatsidee	241
d) Der autonome Normcharakter des Verwaltungsakts und die Idee des Rechtsstaats – rechtslogische und »staatslogische« Konzeption	242
aa) Problematik zweier Normensysteme	243
bb) Der einheitliche Staatswille als Harmonisierungskonzept	246
3. Moderne Staatsidee und Rechtsstaatsidee im Verwaltungsakt – Das konkrete Dilemma und die generelle Unhaltbarkeit Mayers Lehre	249
5. Kapitel: Der rechtshistorische Standort Otto Mayers Verwaltungs- rechtslehre und die Konsequenzen ihrer rechtsstaatlichen Adaption	256
I. Otto Mayers Lehre als »Übergangsrecht« der verfassungspolitischen Zwischenepoche des deutschen Konstitutionalismus	256
1. Der »freie Untertan« oder die Freiheit im Verwaltungsrecht	256
2. Der Übergangscharakter des deutschen Konstitutionalismus	257
II. Die Verteidigung des monarchischen Prinzips Verwaltungsrecht	259
III. Zur Unmöglichkeit der Rezeption der Verwaltungsrechtslehre Otto Mayers im demokratischen Rechtsstaat	262

Vierter Teil

Verfassungsrechtliche Koordinaten einer rechtsstaatlichen Dogmatik des Verwaltungsakts

269

1. Kapitel: Der Verwaltungsakt vor dem Hintergrund der grundgesetzlichen Ordnung	269
I. Die Aufgabenstellung: Abkehr von dem Kontinuum »Staat«	269

II. Verfassungsrechtliche Prämissen der Verwaltungsaktsdogmatik	276
1. Wandlung des Geltungsgrundes rechtswidriger Verwaltungsakte	276
2. Ablösung des Gewaltverhältnisses zwischen Staat und Bürger	278
3. Verwaltung und Bürger als gleichgeordnete Rechtsunterworfenen	279
4. Absage an jeglichen metaphysischen Etatismus	280
III. Verortung des Geltungsgrundes des Verwaltungsakts im positiven Recht	281
2. Kapitel: Strategien zur Legitimation der Bindungswirkung des rechtswidrigen Verwaltungsakts auf der Grundlage des heutigen Verfassungsrecht und ihre Kritik	286
I. Die herkömmlichen Bausteine einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung der einseitigen Anordnungsmacht der Exekutive	287
II. Desiderate der herkömmlichen verfassungsrechtlichen Legitimationsstruktur	289
1. Gesetzesvollziehungsauftrag aus Art 20 Abs. 3 GG trägt rechtswidrige Verwaltungsakte nicht	290
2. Effizienz und Funktionsfähigkeit der Verwaltung als Blankettargument	290
3. Stabilisierungseffekt als überholte Legitimationskategorie	291
4. Verfahrensbeteiligung und Rechtsschutzmöglichkeit als Rechtfertigung der Verbindlichkeit rechtswidriger Staatsakte?	292
5. Anfechtungslast als Verantwortungsverlagerung auf den Bürger?	294
6. Grundrechtlich fundierter Reaktionsanspruch	298
7. Resümee	298
III. Der Grundsatz der Rechtssicherheit als verbleibende verfassungsrechtliche Basis rechtswidrig verbindlicher Verwaltungsakte – Zur Konturenlosigkeit der herkömmlichen Argumentation	299
IV. Bilanz und Ausblick	305
V. Schlußbemerkung	307
Literaturverzeichnis	309
Sachverzeichnis	329

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
AK-GG	Alternativkommentar zum Grundgesetz
Anm.	Anmerkung
AO	Abgabenordnung
ArchR	Archiv des öffentlichen Rechts (bis Bd. 16 [1901] Archiv für öffentliches Recht)
Aufl.	Auflage
BayVBl	Bayerische Verwaltungsblätter
BayVGHE	Entscheidungssammlung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs
Bd.	Band
BFH	Bundesfinanzhof
BFHE	Entscheidungssammlung des Bundesfinanzhofs
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshofes für Zivilsachen
BK-GG	Bonner Kommentar zum Grundgesetz
BSG	Bundessozialgericht
BSGE	Entscheidungen des Bundessozialgerichtes
BT-Dr.	Bundestags-Drucksache
Buchholz	Sammel- und Nachschlagewerk der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, begründet von Karl Buchholz
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichtes
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichtes
BWVBl.	Verwaltungsblätter für Baden-Württemberg
ders.	derselbe
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
DÖV	Die öffentliche Verwaltung (Zeitschrift)
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt (Zeitschrift)
ESVGH	Entscheidungssammlung des Hessischen Verwaltungsgerichtshofes und des Verwaltungsgerichtshofes Baden-Württemberg mit Entscheidungen der Staatsgerichtshöfe beider Länder
FGO	Finanzgerichtsordnung
Fn.	Fußnote
GG	Grundgesetz
GrünhZ	Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart, hrsg. v. C.S. Grünhut
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz

HdbStR	Handbuch des Deutschen Staatsrechts
HRG	Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte
Hrsg.	Herausgeber
JA	Juristische Arbeitsblätter (Zeitschrift)
JURA	Juristische Ausbildung (Zeitschrift)
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
KJ	Kritische Justiz (Zeitschrift)
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
LBW	Loseblattwerk
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
NJW	Neue juristische Wochenschrift
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NVwZ-RR	Rechtsprechungsreport der NVwZ
OVG	Oberverwaltungsgericht
Pkt.	Punkt
PrLVG	Preußisches Landesverwaltungsgesetz
PrOVG	Preußischen Oberverwaltungsgerichts
PrOVGE	Entscheidungen des Preußischen Oberverwaltungsgerichts
PVS	Politische Vierteljahresschrift
R.S.	Reimund Schmidt-De Caluwe
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGZ	Entscheidungssammlung des Reichsgerichtes für Zivilsachen
Rn.	Randnummer
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Seite
SGB	Sozialgesetzbuch
SGG	Sozialgerichtsgesetz
Sp.	Spalte
VerwArch	Verwaltungsarchiv (Zeitschrift)
VGH	Verwaltungsgerichtshof
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
WRV	Weimarer Reichsverfassung
ZgesStW	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft

Erster Teil

Fünf einleitende Bemerkungen

Eine Schrift, die sich mit dem Verwaltungsakt in der Lehre Otto Mayers beschäftigt mag unter mehreren Aspekten zunächst auf Vorbehalte stoßen. Der juristisch geschulte Leser wird spontan Fragen der »Verhältnismäßigkeit« aufwerfen: Erscheint die Befassung mit dem Thema des Verwaltungsakts und seiner Genese angesichts des bereits erreichten Erkenntnisstandes überhaupt noch legitim? Ist der damit offenbar einhergehende Ansatz, Antworten auf offene Fragen im heutigen Recht des Verwaltungsakts in Auseinandersetzung mit seiner Entstehungsgeschichte zu entwickeln, überhaupt geeignet? Steht einer wiederholten Behandlung des Themas vor dem Hintergrund der verbreitet apostrophierten schwindenden Bedeutung der Handlungsformenlehre nicht der Einwand mangelnder Erforderlichkeit entgegen?

Einige einleitende Gedanken sollen der in solchen – hypothetischen, aber wohl nicht fernliegenden – Fragen mitschwingenden Skepsis entgegenwirken, die Ausgangslage verdeutlichen und so Motivation und Zielrichtung skizzieren.

I. Die Rechtswirkungen des Verwaltungsakts sind bis heute umstritten und rechtsdogmatisch ungeklärt

Das Institut des Verwaltungsaktes ist vor allem durch die es prägenden Rechts- und Bindungswirkungen gekennzeichnet. Sie stehen im Mittelpunkt und bilden das klassische Thema, mit dem sich die Verwaltungsrechtswissenschaft seit über hundert Jahren befaßt, wenn es um den Verwaltungsakt geht. *Edmund Bernatziks* Untersuchung über »Rechtsprechung und materielle Rechtskraft« aus dem Jahre 1886 darf insoweit wohl zulässigerweise als zeitlicher Fixpunkt gewählt werden¹.

¹ Dies soll hier nicht als absolute Zäsur verstanden werden. Wie bei *H.-U. Erichsen* (Verfassungs- und verwaltungsrechtsgeschichtliche Grundlagen der Lehre vom fehlerhaften belastenden Verwaltungsakt und seiner Aufhebung im Prozeß, 1971) nachzulesen ist, liegen die Wurzeln des Verwaltungsakts und damit auch die Anfänge der Diskussion um Art und Ausmaß der Verbindlichkeit fehlerhafter administrativer Entscheidung erheblich weiter zurück. Dennoch rechtfertigt sich der hier gewählte Zeitpunkt im letzten Drittel des vorigen Jahrhunderts dadurch, daß wohl erst seit dieser Zeit von einer sukzessiven Etablierung des dem heutigen Verwaltungsakt vergleichbaren Instituts gesprochen werden kann.

Die Rechtsbeständigkeit des Verwaltungsakts war Gegenstand zahlreicher Monographien bis in die siebziger Jahre hinein², 1983 war die Bestandskraft des Verwaltungsakts Thema des Deutschen Verwaltungsrichtertags³ sowie mehrerer begleitender Zeitschriftenbeiträge⁴ und auch in jüngerer Zeit reißt die Befassung mit den Rechtswirkungen des Verwaltungsakts nicht ab⁵.

Die Bilanz all dieser Bemühungen wirkt allerdings ernüchternd. Nicht nur werden der Thematik der Wirksamkeit, Bindungswirkung und Bestandskraft von Verwaltungsakten weiterhin »Schwierigkeit und Komplexität« bescheinigt⁶, wird von »Divergenzen und Unklarheiten« gesprochen⁷, von einem »rechtsdogmatisch unsicheren und kontroversen Terrain«⁸, sondern die Diskussion wird gar als »unentwirrbares Knäuel«, als »verwirrendes Angebot des Meinungs- und Begriffslabyrinths gleich einem Gemischtwarenladen« charakterisiert⁹, in deren Mittelpunkt mit der materiellen Bestandskraft einer der »rätselhaftesten und schillerndsten« Begriffe des Verwaltungsrechts überhaupt ausgemacht wird¹⁰. Von einem gefestigten Fundament, von einem geklärten Thema kann also bei näherem Hinsehen wohl kaum gesprochen werden.

Ein Gesichtspunkt ist in diesem Zusammenhang wert, gleich zu Beginn festgehalten zu werden: Das positive Recht, also insbesondere die Verwaltungsverfahrensgesetze, scheint bei der ganzen Diskussion keine oder doch nur eine untergeordnete Rolle zu spielen. Im wesentlichen gehen die bisherigen Bemühungen zur

² Vgl. etwa R. Coester, Die Rechtskraft der Staatsakte, 1927, S. 34ff.; H.-P. Ipsen, Widerruf gültiger Verwaltungsakte, 1932, S. 22ff.; D. Jesch, Die Bindung des Zivilrichters an Verwaltungsakte, 1956, S. 69ff.; P. Krause, Rechtsformen des Verwaltungshandelns, 1974, S. 149ff. Die Aufzählung ist bei weitem unvollständig; zu weiteren Nachweisen vgl. J. Ipsen, Verbindlichkeit, Bestandskraft und Bindungswirkung von Verwaltungsakten, Die Verwaltung 17 (1984), 169 Fn. 3.

³ Vgl. B. Wortmann, Bericht über den Arbeitskreis IV »Bestandskraft von Verwaltungsakten«, in: Bund Deutscher Verwaltungsrichter (Hrsg.), Dokumentation zum Siebten Deutschen Verwaltungsrichtertag.

⁴ D. Merten, Bestandskraft von Verwaltungsakten, NJW 1983, 1993ff.; F. Kopp, Die Bestandskraft von Verwaltungsakten, DVBl. 1983, 392ff.; H.-U. Erichsen/U. Knoke, Bestandskraft von Verwaltungsakten, NVwZ 1983, 185ff.; W.-R. Schenke, Probleme der Bestandskraft von Verwaltungsakten, DÖV 1983, 320ff.

⁵ Vgl. – auch hier wiederum nur Schlaglichter – etwa J. Braun, Die präjudizielle Wirkung bestandskräftiger Verwaltungsakte – Ein Beitrag zur Auseinandersetzung um die Notwendigkeit und Grenzen der materiellen Bestandskraft belastender Verwaltungsakte, 1981; U. Knoke, Rechtsfragen der Rücknahme von Verwaltungsakten, 1989; M.-J. Seibert, Die Bindungswirkung von Verwaltungsakten, 1989; S. Becker, Die Bindungswirkung von Verwaltungsakten im Schnittpunkt von Handlungsformenlehre und materiellem öffentlichen Recht. Dargestellt am Beispiel des gestuften Verfahrens im Atom- und Immissionsschutzrecht, 1997.

⁶ W.-R. Schenke, Probleme der Bestandskraft von Verwaltungsakten, DÖV 1983, 320.

⁷ H.-U. Erichsen/U. Knoke, Bestandskraft von Verwaltungsakten, NVwZ 1983, 185.

⁸ F. Knöpfle, »Tatbestands-« und »Feststellungswirkung« als Grundlage der Verbindlichkeit von gerichtlichen Entscheidungen und Verwaltungsakten, BayVBl. 1982, 225.

⁹ M.-J. Seibert, Die Bindungswirkung von Verwaltungsakten, S. 37f.

¹⁰ F. Kopp, Die Bestandskraft von Verwaltungsakten, DVBl. 1983, 392; M.-J. Seibert, Die Bindungswirkung von Verwaltungsakten, S. 37.

Herausbildung einer konsistenten Dogmatik schlicht am Gesetz vorbei. Dies mag auf den ersten Blick als provokante These erscheinen, läßt sich aber leicht belegen. Es dürfte kaum strittig sein, daß eine wie auch immer geartete Rechtsverbindlichkeit des Verwaltungsakts unabdingbar zunächst seinen Erlaß, sodann seine Wirksamkeit und verbreiteter Ansicht nach überdies seine Bestandskraft voraussetzt. Obwohl nun das Gesetz all diese Begriffe verwendet, liest man gemeinhin, es sage über deren jeweiligen Inhalt und Bedeutung nichts aus¹¹. Und bei solcher Annahme erscheint es dann nur konsequent, wenn auch bei der Frage der Rechtswirkungen des Verwaltungsakts, um es vorsichtig auszudrücken, eine merkwürdige Unterbewertung des Gesetzes anzutreffen ist.

Die nach wie vor äußerst umstrittene Lehre zu den Rechtswirkungen des Verwaltungsakts einerseits wie die allgemein erkennbare Distanz der bisherigen dogmatischen Bemühungen zum positivierten Recht andererseits werfen die Frage auf, warum nicht beide Aspekte zusammen zu bringen sind. Warum also kann die Dogmatik des Verwaltungsakts nicht in einer engeren Orientierung am Gesetz entwickelt werden? Verlangt nicht schon das gerade auch im Vorrang des Gesetzes zum Ausdruck kommende demokratische Prinzip, die aktuellen gesetzgeberischen Entscheidungen zur Grundlage einer Lehre des Verwaltungsakts zu nehmen? Ist die positive Rechtslage wirklich so lückenhaft wie gemeinhin angenommen? Oder ergeben sich Lücken nur aufgrund eines tradierten Vorverständnisses der Verwaltungsaktslehre, dem die gesetzlichen Regelungen nicht immer folgen wollen?

II. Wirkungskraft tradierter Elemente im heutigen Verwaltungsrecht

Die Thematik des Verwaltungsakts und seiner Lehre ist eng verstrickt mit der Genese dieses Instituts im obrigkeitsstaatlichen Umfeld des deutschen Konstitutionalismus. Gerade die soeben aufgeworfenen Fragen implizieren den Verdacht,

¹¹ Hinsichtlich des Erlasses vgl. z.B. *P. Stelkens*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG⁴, § 9 Rn. 117. Hinsichtlich der Wirksamkeit vgl. z.B. *C. H. Ule/H.-W. Laubinger*, Verwaltungsverfahrensrecht⁴, § 56 Rn. 1; *J. Martens*, Praxis des Verwaltungsverfahrens, S. 225. Hinsichtlich der Bestandskraft vgl. z.B. *F.-J. Peine*, Allgemeines Verwaltungsrecht², Rn. 322; vgl. auch *D. Merten*, Bestandskraft von Verwaltungsakten, NJW 1983, 1993, und *F. Kopp*, Die Bestandskraft von Verwaltungsakten, DVBl. 1983, 392, nach dem der Gesetzgeber »keine Definition oder auch nur nähere Umschreibung dessen, was unter ›Bestandskraft‹ eines Verwaltungsakts zu verstehen ist«, gegeben habe. Auch bei näherer Prüfung der einzelnen Regelungen der §§ 43 ff. VwVfG seien keine näheren Erkenntnisse zu gewinnen, was der Gesetzgeber unter Bestandskraft verstehe oder was allgemein darunter zu verstehen sei; nicht ganz so kraß, aber in der Tendenz ähnlich auch *U. Knoke*, Rechtsfragen der Rücknahme von Verwaltungsakten, S. 88 f.; *M.-J. Seibert*, Die Bindungswirkung von Verwaltungsakten, S. 147 f.; *H. Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht¹⁰, § 11 Rn. 1; *Wolff/Bachof/Stober*, Verwaltungsrecht I¹⁰, § 50 Rn. 6; *U. Domke*, Rechtsfragen der Bestandskraft von Verwaltungsakten, S. 24 f.; *H.-U. Erichsen/U. Knoke*, Bestandskraft von Verwaltungsakten, NVwZ 1983, 185, 187.

daß die gegenwärtige Verwaltungsaktslehre noch immer obrigkeitsstaatlichen Relikten verhaftet ist und dies vielleicht eine der Ursachen für ihren unbefriedigenden Zustand darstellt. Nun liegt der Einwand nahe, hiermit werde an mittlerweile doch dreißig Jahre alte Thesen *Hans Heinrich Rupp*s¹² angeknüpft, die nach heute gängiger Meinung als überholt gelten¹³?

In der Tat dürfte die Behauptung einer nicht nur obrigkeitsstaatlichen Genese, sondern einer auch noch fortdauernden Prägung der aktuellen Lehre des Verwaltungsakts quer zur herrschenden Auffassung stehen. Es scheint Konsens darüber zu bestehen, daß der Verwaltungsakt seine »ursprüngliche obrigkeitliche Einfärbung längst abgestreift« habe¹⁴. Sollte dies tatsächlich zutreffen, so wäre eine Rekonstruktion der Entwicklungslinie des Verwaltungsakts über verschiedene Verfassungsepochen hinweg zwar vielleicht rechtshistorisch interessant¹⁵, könnte indes zur Bewältigung aktueller dogmatischer Probleme wenig beitragen. Und so hat denn auch in der Tat kein geringerer als *Otto Bachof* bereits vor einem Vierteljahrhundert auf der Regensburgener Staatsrechtslehrertagung formuliert:

»(Es) wird wohl niemand bestreiten wollen, daß das Verwaltungsrecht des Kaiserreiches, in geringerem Maße auch dasjenige der Weimarer Republik und in nicht unerheblichen Restbeständen auch das Recht der Jahre nach 1945 manche obrigkeitsstaatliche Elemente aufwies. Sie sind aber inzwischen längst abgebaut, und zwar gründlich und höchst effektiv; hier werden nur noch Nachhutgefechte geführt. Ich meine, es lohnt einfach nicht mehr, darüber noch viel zu reden«¹⁶.

Zum Beleg verweist *Bachof* auf verschiedene Stufen des Abbaues »obrigkeitsfixierter Dogmatik«, namentlich und zu allererst auf die Grundrechtsbindung der Verwaltung, daneben unter anderem auf die veränderte Sicht des Staat-Bürger-Verhältnisses (Subjektstellung, nicht mehr Objektstellung des Bürgers); auf die Aufwertung des Verhältnismäßigkeitsprinzips, auf den Ausbau von Entschädigungs- und Folgenbeseitigungsansprüchen, auf die Einschränkung des Verwaltungsmessens und die Anerkennung eines Anspruchs auf rechtsfehlerfreie Er-

¹² *H. H. Rupp*, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, 1965, insbesondere S. 9. Zu Rupp's Habilitationsschrift und deren Verdienst, »das vor allem von Forsthoff dominierte Verwaltungsrecht der jungen Bundesrepublik aus den oft unreflektierten Verkrustungen gelöst (zu haben), die großenteils noch aus der konstitutionellen Monarchie und dem dort verankerten Verständnis der Verwaltung als eines weithin gesetzefreien Hausguts herübergewachsen waren«, vgl. *F. v. Zezschwitz*, Hans Heinrich Rupp zum 70. Geburtstag, NJW 1996, 766f.

¹³ *O. Bachof*, Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung, VVDStRL 30 (1972), 193, 206; *H. Bauer*, Verwaltungsrechtslehre im Umbruch?, Die Verwaltung 25 (1992), 301, 309.

¹⁴ *H. Bauer*, Verwaltungsrechtslehre im Umbruch?, Die Verwaltung 25 (1992), 301, 309.

¹⁵ Der Genese des Verwaltungsakts wurden insoweit bereits mehrere Monografien gewidmet. Nur beispielhaft sei etwa verwiesen auf *H.-U. Erichsen*, Verfassungs- und verwaltungsrechtsgeschichtliche Grundlagen der Lehre vom fehlerhaften belastenden Verwaltungsakt und seiner Aufhebung im Prozeß, 1971; *P. Krause*, Rechtsformen des Verwaltungshandelns, 1974.

¹⁶ *O. Bachof*, Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung, VVDStRL 30 (1972), 193, 206.

messensausübung, auf die rechtliche Durchdringung vormals als »rechtsfrei« erachteter sog. »Innenräume« der Verwaltung, insbesondere des sogenannten besonderen Gewaltverhältnisses. Der »vorrechtsstaatliche Urwald«, den *Herbert Krüger*¹⁷ noch Mitte der fünfziger Jahre attestiert hatte, sei insoweit »gerodet«¹⁸.

Niemand wird nun bezweifeln können, daß die genannten rechtsstaatlichen Entwicklungen, um im Bild zu bleiben, vortreffliche »Rodungsarbeit« geleistet und den Boden für ein der Verfassungslage des Grundgesetzes entsprechendes Verwaltungsrecht bereitet haben¹⁹. Daß damit allerdings das Thema vordemokratischer Relikte im heutigen Verwaltungsrecht und seiner Dogmatik ein abgeschlossenes Kapitel von nur noch historischem Interesse wäre, soll hier dennoch bestritten werden²⁰.

So ist schon der grundsätzliche Einwurf gegen *Otto Bachof* zur Kenntnis zu nehmen, daß seinen Ausführungen letztlich nicht zu entnehmen sei, was man unter einer veränderten Sicht des Staat-Bürger-Verhältnisses verstehen solle, wenn das Überordnungsverhältnis der Verwaltung im Prinzip unangetastet bleibe²¹. Und es gab nicht nur bereits zum Zeitpunkt von Bachofs Äußerung dezidiert entgegengesetzte Standpunkte²², sondern noch heute findet sich in einem führenden Lehrbuch zum Allgemeinen Verwaltungsrecht die Einschätzung, die herrschende Lehre sei zu stark von den Vorstellungen des Verwaltungsaktes »als einem obrigkeitlichem Machtinstrument beherrscht, das eigentlich mit einem rechtsstaatlich-demokratischen Staat nur schwer vereinbar ist und jedenfalls gesetzlich gebändigt werden muß«²³.

Zwar ist es, wie bemerkt, drei Jahrzehnte her, daß *Rupp* formulierte, es fänden sich in der Lehre vom Verwaltungsakt »alle jene unterschwelligen Strömungen in sublimierter Form wieder, die sich aus dem Absolutismus in die Verfassungsepoche des monarchischen Prinzips gerettet hatten und die das System Otto Mayers schlechthin zu einem Verwaltungsrecht des monarchischen Prinzips werden lie-

¹⁷ Das besondere Gewaltverhältnis, VVDStRL 15 (1957), S. 109.

¹⁸ *O. Bachof*, Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung, VVDStRL 30 (1972), 193, 207.

¹⁹ Vgl. etwa zur grundrechtlichen Durchdringung des Verwaltungsrechts in der Geschichte der Bundesrepublik *E. Schmidt-Aßmann*, Grundrechtswirkungen im Verwaltungsrecht, in: B. Bender u.a. (Hrsg.), Festschrift für K. Redeker, S. 225 ff.

²⁰ Hingewiesen werden kann darauf, daß dies auch für andere Themen des Verwaltungsrecht ähnlich gesehen wird; vgl. etwa für das Verwaltungsorganisationsrecht *H. Dreier*, Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat, S. 13 und passim.

²¹ *J. Martens*, Der Bürger als Verwaltungsuntertan?, KritV 1986, S. 104, 121.

²² Vgl. etwa *W. Schmidt*, Gesetzesvollziehung durch Rechtsetzung, S. 267: »Das Verfassungsrecht des Spätkonstitutionalismus ist vergangen, das Verwaltungsrecht Otto Mayers besteht nach wie vor, zumindest in seinen Grundelementen. Nicht einmal deren verfassungsrechtlich bedingte Funktionsänderungen sind heute hinreichend erkannt und verarbeitet worden [...]«.

²³ *H. Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht¹⁰, § 10 Rn. 7, S. 220f. (im Zusammenhang mit der Frage der Zulässigkeit von Verwaltungsakthandeln bei Leistungsansprüchen).

ßen«²⁴, und vor ebenso langer Zeit sprach *Karl Zeidler* davon, *Otto Mayers* Konzeption des Verwaltungsakts sei eben nicht bedenkenfrei, weshalb unser Verwaltungsrecht »der Anpassung an das demokratische Prinzip erschlossen werden muß«²⁵. Aber hat sich seitdem der Kern der Verwaltungsaktslehre grundlegend geändert? Einhellig jedenfalls wird diese Frage keineswegs bejaht. So bescheinigte etwa *Wilhelm Henke* der Dogmatik des Verwaltungsrechts noch unlängst, sie leide immer noch »unter verfehlten Grundvorstellungen aus der Staatslehre des 19. Jahrhunderts«²⁶. Und diese Kritik bezieht sich insbesondere auch auf das Institut des Verwaltungsaktes, welches zweifelsohne heute immer noch eine zentrale Stellung innerhalb dieser Dogmatik einnimmt²⁷.

Mit diesen kritischen Anmerkungen läßt sich zunächst belegen, daß eine pauschale Verleugnung obrigkeitsstaatlicher Elemente im heutigen Verwaltungsrecht zumindest nicht unbestritten ist. Kann dies bereits Grundlage dafür sein, das Recht des Verwaltungsakts auf mögliche Einbruchstellen solcher Elemente zu untersuchen, so können darüber hinaus, ohne daß tiefeschürfende Ausführungen notwendig wären, exemplarisch einzelne Tatbestände angeführt werden, bei denen zumindest Verdachtsmomente einer obrigkeitsstaatlichen Einfärbung vorliegen.

Nicht nur die sogenannte Subjektionstheorie²⁸, die ja das Charakteristische des öffentlichen Rechts überhaupt in einem Überordnungsverhältnis der Verwaltung über den Bürger sieht, weist einen entsprechenden Impetus auf²⁹. Prägnanter ist im vorliegenden Zusammenhang, daß gängiger Ansicht nach solch ein im öffentlichen Recht regelmäßig vorausgesetztes Subordinationsverhältnis die Grundlage der administrativen Befugnis zum Verwaltungsakthandeln ausmachen soll³⁰. Wird insofern der Verwaltungsakt als das typische Instrument betrachtet, in welchem sich die Überordnung der Verwaltung über den untergeordneten Bürger materialisiert, so erscheint es nur konsequent, wenn seine Funktion auch heute

²⁴ *H. H. Rupp*, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, S. 9.

²⁵ *Karl Zeidler*, Einige Bemerkungen zum Verwaltungsrecht und zur Verwaltung in der Bundesrepublik seit dem Grundgesetz, *Der Staat* 1 (1962), 321, 338.

²⁶ *W. Henke*, Wandel der Dogmatik des öffentlichen Rechts, *JZ* 1992, 541.

²⁷ *H.-U. Erichsen*, Das Verwaltungshandeln, in: ders. (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht¹⁰, § 12 Rn. 2.

²⁸ Wenn es auch unzutreffend sein dürfte diese Theorie als »wohl noch herrschend« darzustellen (so aber beispielsweise *Rüfner/v. Unruh/Borchert/Muckel*, Öffentliches Recht I⁶, S. 2), findet sie doch immer noch weit verbreitete Anwendung; vgl. etwa BGHZ 66, 229/233ff.; 67, 81/86ff.; 82, 375/382f.; 97, 312, 314; 102, 280, 283; 108, 284, 286; BGH, NJW 1982, S. 2125/2126; NJW 1990, 1527 m.w.H.; BVerwGE 29, 161; OVG Berlin, DVBl. 1992, 281; *F. Kopp*, VwGO¹⁰, § 40 Rn. 11 m.w.H. Davon abgesehen enthält auch die mit wohl größerer Berechtigung als herrschend zu bezeichnende modifizierte Subjektstheorie letztlich gleichermaßen das Subordinationselement, wenn sie auf den »Staat an sich« abstellt.

²⁹ Vgl. *M. Zuleeg*, Die Anwendungsbereiche des öffentlichen und des Privatrechts, *VerwArch* 73 (1982), S. 384, 391; im einzelnen dazu unter IV. 1. des zweiten Teils.

³⁰ Vgl. beispielsweise *I. Appel/H. Melchinger*, Rechtsanwendung und feststellender Verwaltungsakt, *VerwArch* 84 (1993), 349, 370

noch unter Heranziehung der von *Otto Mayer* geprägten Definition beschrieben wird³¹, nämlich als ein der Verwaltung zugehöriger Ausspruch, der dem Untertanen im Einzelfall bestimme, was für ihn Rechtens sein soll³². Wenn auch selbstverständlich der »Untertan« heutzutage durch den »Bürger« ersetzt zu werden pflegt, bleibt bei einem solchen Rückgriff auf die Mayersche Lehre zur Interpretation des § 35 VwVfG doch die Unterworfenheit unter die administrative Rechtsanordnungsmacht im Mittelpunkt der Definition.

Diese insoweit recht augenfällige Traditionslinie ist mit der Tendenz verbunden, die Behörde primär als Entscheidungsinstanz wahrzunehmen³³. Eine solche Sicht aber hat Folgen für die Verwaltungsaktslehre, die hier zunächst nur beispielhaft angedeutet werden können. Indem das materielle Recht aus dieser Warte für die Behörde nurmehr als Beurteilungsnorm erscheint, tritt seine Funktion als Verhaltensnorm gerade auch für die Verwaltung in den Hintergrund³⁴. Ganz allgemein legt dies eine unterschiedliche Art der Gesetzesbindung von Verwaltung und Bürger nahe, welche der verfassungsgeforderten prinzipiellen rechtlichen Gleichordnung des Bürger mit dem Staat als Rechtssubjekt, als der sich die Verwaltung unter dem Grundgesetz nur darstellen kann, entgegenläuft. Konkret perpetuiert ein solcher Ansatz etwa die in der Genese des Verwaltungsakts bei *Otto Mayer* strategisch angelegte³⁵ vergleichende Sicht von Verwaltungsbehörde und Gericht, welche sich heute insbesondere noch in der weitverbreiteten Bestimmung der Bestandskraft in enger Anlehnung an die Rechtskraft gerichtlicher Entscheidungen offenbart.

Diese ersten exemplarischen Andeutungen sollten genügen, um den gewählten Untersuchungsansatz zu legitimieren. Es erscheint hiernach jedenfalls nicht von vornherein fernliegend, daß sich auch in der heutigen Verwaltungsrechtslehre, und insbesondere in der Lehre vom Verwaltungsakt, noch Traditionslinien mit

³¹ OVG Münster, NVwZ 1987, 608, 609: »Durch den Verwaltungsakt legt die Behörde dem Bürger gegenüber einseitig verbindlich fest, was für ihn Rechtens sein soll.« Vgl. aus der Literatur *W. Löwer*, Funktion und Begriff des Verwaltungsakts, JuS 1980, S. 805; inhaltlich übereinstimmend *H. Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht¹⁰, § 9 Rn. 2; *H.-U. Erichsen*, Das Verwaltungshandeln, in: ders. (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht¹⁰, § 12 Rn. 2; *H.-J. Koch/R. Rubel*, Allgemeines Verwaltungsrecht², III Rn. 5; *E. Schiedeck*, Die Nichtigkeit von Verwaltungsakten nach § 44 Absatz 1 VwVfG, S. 3; *O. Bachof*, Über einige Entwicklungstendenzen im gegenwärtigen Deutschen Verwaltungsrecht, in: ders., Wege zum Rechtsstaat, S. 245, 247.

³² *O. Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht³, S. 93.

³³ Vgl. nur als Beispiel *H.-U. Erichsen*, Das Verwaltungshandeln, in: ders. (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht¹⁰, § 12 Rn. 5, der zur Bedeutung des Verwaltungsakts formuliert: »mit dem Verwaltungsakt ist der Verwaltung ein Mittel zur schnellen, wirksamen und zwangsweisen durchsetzbaren, einseitigen Regelung von Sachverhalten gegeben. Die Verwaltung hat also die Möglichkeit, durch den Erlaß eines Verwaltungsakts einseitig die Rechtsfolgen verbindlich gegenüber dem Bürger festzulegen, die sich im Einzelfall aus der Anwendung der Rechtsordnung auf den Sachverhalt ergeben.«

³⁴ Ausführlich dazu *J. Martens*, Der Bürger als Verwaltungsuntertan?, KritV 1986, S. 104, 114ff.

³⁵ Vgl. dazu im einzelnen unter Kap. 4, I. u. II des dritten Teils.

vordemokratischen Ursprung aufspüren lassen, die ihre Wirkungskraft weiterhin ausüben. Eine Reflexion dieses Umstandes ist gerade deshalb angezeigt, weil die heutige Verwaltungsaktslehre, wie aufgezeigt, aufgrund ihres verbreiteten Lamentos über das vermeintliche Fehlen ausreichender gesetzlicher Orientierung ihre Bezugspunkte nicht selten in der überkommenen Doktrin *Otto Mayers* sucht. Zu kritisieren ist dabei bereits die gemeinhin anzutreffende Übung der Verwaltungsaktslehre, die Mayerschen Grundlagen zum Ausgangspunkt zu nehmen und die Aufgabe im wesentlichen darin zu sehen, diese fortzuentwickeln³⁶. Denn es wird sich zeigen, daß die zugrundegelegten Prämissen heute nicht mehr gelten, genauer: daß die grundgesetzliche Verfassungsordnung neue Prämissen für das Recht des Verwaltungsakts gesetzt hat, die einer Rezeption grundsätzlich entgegenstehen³⁷.

III. Skepsis gegenüber der systemleitenden Funktion der Handlungsform – Verwaltungsakt und Verwaltungsrechtsverhältnis

Die dritte einleitende Bemerkung will dem möglichen Einwand erwidern, die Befassung mit den Grundlagen der »alt-ehrwürdigen Figur«³⁸ des Verwaltungsakts sei in einer Phase wenig zeitgemäß, in der ein immer größer werdender Teil der Verwaltungsrechtswissenschaft, vornehmlich orientiert an der modernen Kategorie des Verwaltungsrechtsverhältnisses, der dogmatischen Dominanz dieses klassischen Instruments wie überhaupt einer Orientierung der Verwaltungsrechtslehre an den Handlungsformen³⁹ eher skeptisch gegenübersteht⁴⁰.

Es wäre jedoch schon verfehlt, die Kritik gegenüber der Handlungsformenlehre in der Weise zu interpretieren, daß es ihr um eine Liquidierung des Verwaltungsakts ginge. Ihr Ziel ist vielmehr allein dessen neue dogmatische Verortung. Wenn auch der Stellenwert der hergebrachten Handlungsformenlehre als »Kern-

³⁶ So deutlich bei *H.-U. Erichsen*, Das Verwaltungshandeln, in: ders. (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht¹⁰, § 12 Rn. 1ff.

³⁷ Vgl. dazu unter Kap 5, III des dritten Teils.

³⁸ *F. Schoch*, Der Verwaltungsakt zwischen Stabilität und Flexibilität, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns, S. 199, 200.

³⁹ Beides steht gewissermaßen in einem inneren Zusammenhang, ist doch der Verwaltungsakt »die Mutter administrativer Handlungsformen«; so – ein wenig poetisch – *U. Di Fabio*, Handlungsformen und Fehlerfolgenlehre, in: Becker-Schwarze/Köck/Kupka/von Schwanenflügel (Hrsg.), Wandel der Handlungsformen im Öffentlichen Recht, S. 47, 57.

⁴⁰ Siehe etwa *F. Schoch*, Fn. 38, passim; *D. Ehlers*, Rechtsverhältnisse in der Leistungsverwaltung, DVBl. 1986, 912, 914; *H. Faber*, Vorbemerkungen zu einer Theorie des Verwaltungsrechts in der nachindustriellen Gesellschaft, in: Stein u. a. (Hrsg.), FS Helmut Ridder, S. 291, 292; *H. Bauer*, Verwaltungsrechtslehre im Umbruch?, Die Verwaltung 25 (1992), 301, 311ff. Schon vor 25 Jahren bezeichnete *O. Bachof* das Verwaltungsrechtsverhältnis als den »zentralen Begriff« des Verwaltungsrechts (Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung, VVDStRL 30 (1972), 193, 231).

bestandteil der Verwaltungsrechtsdogmatik«⁴¹, als »grundlegende bestimmende Kategorie der verwaltungsrechtlichen Dogmatik«⁴² angezweifelt wird, so steht doch die Unverzichtbarkeit des Verwaltungsakts als notwendiges Handlungsinstrument der Verwaltung wohl weiterhin außer Frage. Bereits diese Erkenntnis erhellt, daß es nicht darum gehen kann, den Verwaltungsakt zukünftig zu vernachlässigen. Im Gegenteil. Aufgabe wird es sein, die Bedeutung des Verwaltungsakts im Verwaltungsrechtssystem unter Überwindung der überkommenen Verkrustungen seiner Lehre, die ihn gerade der Kritik ausgesetzt haben, neu zu erschließen. Auch hierzu erscheinen einleitend einige ausführlichere Bemerkungen angezeigt.

Ausgangspunkt der Kritik ist die in den letzten Jahren immer öfter konstatierte »Krise des Verwaltungsrechts«⁴³. Jüngst erst formulierte *Werner Thieme*, das Allgemeine Verwaltungsrecht, wie es in dem klassischen Lehrbuch von Wolff/Bachof zusammengefaßt worden und im Verwaltungsverfahrensgesetz positiviert sei, sei an mehreren Stellen brüchig geworden. Es sei daher erforderlich, über das gesamte System nachzudenken⁴⁴. Im speziellen gerät dabei die Handlungsformenlehre ins Visier. Die Krise des Verwaltungsrechts erscheint als »Krise der Formen-Lehre«⁴⁵. So bescheinigt etwa *Heiko Faber* der herkömmlichen Dogmatik, sie sei »überaltert«, und ist der Ansicht, die Handlungsformen könnten heute »nicht mehr systembildend« wirken⁴⁶. Es verwundert denn auch nicht, daß schon seit geraumer Zeit die Frage aufgeworfen und nicht selten abschlägig beantwortet wird, ob der Verwaltungsakt und insbesondere ein auf ihn fixiertes Verwaltungsrecht noch geeignet seien, die aktuellen Anforderungen der immer komplexer werdenden Verwaltungsumwelt zu meistern⁴⁷.

Im Vordergrund der Kritik am Verwaltungsakt steht dabei dessen Charakter als einseitiger administrativer Befehl. Die Form des staatlichen Imperativs sei aber, so wird festgestellt, zur Bewältigung des anwachsenden Problemdrucks, unter dem

⁴¹ So etwa *F. Ossenbühl*, Die Handlungsformen der Verwaltung, JuS 1979, 681, 682.

⁴² *F. Ossenbühl*, Der Staat 29 (1990), 619, 620. Ähnliche Einschätzungen finden sich etwa bei *E. Schmidt-Aßmann*, Die Lehre von den Rechtsformen des Verwaltungshandelns, DVBl. 1989, 533; *W. Löwer*, Funktion und Begriff des Verwaltungsakts, JuS 1980, 805.

⁴³ Vgl. etwa *R. Pitschas*, Verantwortlichkeit und Verwaltungsverfahren, S. 50; *M. Stolleis*, Entwicklungslinien der verwaltungsrechtlichen Dogmatik im industriellen Zeitalter, BWVBl. 1990, 152.

⁴⁴ *W. Thieme*, Über die Notwendigkeit einer Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, DÖV 1996, 757.

⁴⁵ *B. Kempen*, Die Formenwahlfreiheit der Verwaltung, S. 98; vgl. auch *W. Pauly*, Grundlagen einer Handlungsformenlehre im Verwaltungsrecht, in: Becker-Schwarze u.a. (Hrsg.), Wandel der Handlungsformen im Öffentlichen Recht, S. 25f.

⁴⁶ *H. Faber*, Vorbemerkungen zu einer Theorie des Verwaltungsrechts in der nachindustriellen Gesellschaft, in: Stein u.a. (Hrsg.), Festschrift für Helmut Ridder, S. 291, 292.

⁴⁷ Zu den Defiziten des Verwaltungsakts aus der Perspektive staatlicher Steuerungsanforderungen vgl. die zusammenfassende Darstellung bei *K. Lange*, Staatliche Steuerung aus rechtswissenschaftlicher Perspektive, in: König/Dose (Hrsg.), Instrumente und Formen staatlichen Handelns, S. 173 m.z.N.

die Verwaltung stehe, immer weniger geeignet⁴⁸. Den zunehmenden Risikolagen der modernen Industrie- und Informationsgesellschaft und den stetig anwachsenden wohlfahrtstaatlichen Funktionen, die das Bild der veränderten Staatsaufgaben bestimmen⁴⁹, sei mit einseitig angeordneten Verboten und Geboten nicht beizukommen⁵⁰.

Es bedarf hier keines näheren Eingehens auf die Tatsache, daß das hierbei zugrundegelegte realistische Bild heutiger Staatsaufgaben in deutlichem Kontrast zu dem tradierten, liberalistischen Staatsmodell steht, in welchem die Funktion des Staates primär als Abschirmung einer weitgehend autonom begriffenen Gesellschaftsordnung gegen Störungen und Gefahren begriffen wurde. Die Gestaltung und Zukunftssicherung der Gesellschaftsordnung selbst ist heute zur zentralen staatlichen Aufgabe geworden⁵¹. Deshalb mußte und muß sich auch das der Umsetzung dieser Aufgabenteilung dienende Medium Recht, vor allem das Verwaltungsrecht, der veränderten Lage anpassen.

Vor solchem Hintergrund kann es auf den ersten Blick tatsächlich ein wenig anachronistisch anmuten, die Aufmerksamkeit auf den in seiner Genese aufs engste mit dem bürgerlichen Rechtsstaat des 19. Jahrhunderts verbundenen Verwaltungsakt zu lenken. Mit der ihm zugeordneten typischen Aufgabe einer rechtsförmerigen Konturierung staatlicher Einzeleingriffe im Umfeld vorwiegend der Ordnungsverwaltung steht er doch gerade als Symbol der tradierten imperativen Handlungsform. Auf ihn kann allgemeiner und zutreffender Ansicht nach zwar auch gegenwärtig nicht verzichtet werden⁵²; dies gilt sowohl für die ihm traditionell angestammten Aufgabenbereiche des materiellen Polizeirechts, als auch etwa für die moderne Massen-Leistungsverwaltung⁵³ und genauso für den Bereich des immer komplexer werdenden Anlagen- und Technikrechts⁵⁴. Zukunftsweisende

⁴⁸ K.-H. Ladeur, Vom Gesetzesvollzug zur strategischen Rechtsfortbildung, *Leviathan* 7 (1979), 339.

⁴⁹ D. Grimm, Der Wandel der Staatsaufgaben und die Krise des Rechtsstaats, in: ders. (Hrsg.), *Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts*, S. 291, 296f.

⁵⁰ K. Lange, Staatliche Steuerung aus rechtswissenschaftlicher Perspektive, in: König/Dose (Hrsg.), *Instrumente und Formen staatlichen Handelns*, S. 173.

⁵¹ H.-U. Erichsen, Das Verwaltungshandeln, in: ders. (Hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*¹⁰, § 11 Rn. 3.

⁵² Wolff/Bachof/R. Stober, *Verwaltungsrecht* I¹⁰, § 45 Rn. 2; E. Schmidt-Aßmann, Die Lehre von den Rechtsformen des Verwaltungshandelns, *DVB.* 1989, 533, 536; K. Lange, Staatliche Steuerung aus rechtswissenschaftlicher Perspektive, in: König/Dose (Hrsg.), *Instrumente und Formen staatlichen Handelns*, S. 173, 194.

⁵³ E. Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee und System, S. 32f.; H. Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*¹⁰, § 9 Rn. 40; N. Achterberg, *Allgemeines Verwaltungsrecht*², § 19 Rn. 33; H.-U. Erichsen, Das Verwaltungshandeln, in: ders. (Hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*¹⁰, § 12 Rn. 5; H. Bauer, *Verwaltungsrechtslehre im Umbruch?*, *Die Verwaltung* 25 (1992), 301, 309.

⁵⁴ Hier geht es um die notwendige sukzessive Reduktion der Komplexität durch abgestufte Entscheidungen, für die sich die Handlungsform des Verwaltungsakts geradezu anbietet. Vgl. E. Schmidt-Aßmann, *Institute gestufter Verwaltungsverfahren: Vorbescheid und Teilgenehmigung*,

Impulse im Sinne einer systemleitenden Kategorie werden dem Verwaltungsakt aber im Blick auf die qualitativ veränderten administrativen Aufgabenstellungen, mit denen die Verwaltungsrechtsdogmatik konfrontiert ist, zumeist nicht beige-messen. Diese Einschätzung ist verständlich, geht sie doch einher mit dem ganz allgemein feststellbaren und zwangsläufigen Verlust der paradigmatischen Kraft des liberal-rechtsstaatlichen Ordnungsmodells⁵⁵, der auch das mit diesem eng verbundene Institut des Verwaltungsakts in seiner klassischen Ausprägung erfaßt.

Die Lehre vom Verwaltungsakt hat nun dieser Entwicklung keineswegs tatenlos gegenübergestanden. Gerade weil sie auf die neuen Anforderungen reagieren mußte, ist sie bereits seit geraumer Zeit in erster Linie durch die Entwicklung besonderer Typen von Verwaltungsakten gekennzeichnet⁵⁶. Man denke nur an die Kreationen des »vorläufigen«⁵⁷ und des »vorsorglichen«⁵⁸ Verwaltungsakts⁵⁹, oder des »Verwaltungsvorakts«⁶⁰, welche die schon länger etablierten Sonderformen wie Vorbescheid oder Teilgenehmigung ergänzen. Ziel ist dabei, die Anpassungsfähigkeit des Instruments des Verwaltungsakts an die gewandelten Aufgaben durch derartige speziell angepaßte Neukonstruktionen beständig nachzuweisen⁶¹. Die dem Verwaltungsakt als Institut traditionell zugeschriebene dogmatisch-systematische Funktion wird dabei jedoch zwangsläufig in Mitleiden-schaft gezogen. Denn »der« Verwaltungsakt im klassischen Sinne, wie er sich seit *Otto Mayer* durch alle Lehrbücher des allgemeinen Verwaltungsrechts reproduziert, tritt in dieser Entwicklung mehr und mehr in die Rolle eines abstrakten, variationsfähigen Grundmodells, dessen Konturenschärfe mit jeder neuen Variante zwangsläufig abnehmen muß.

Die an den Handlungsformen orientierte Verwaltungsrechtslehre gelangt im Rahmen dieser sukzessiv fortschreitenden Entwicklung notwendig in ein Dilemma. Das klassische Modell des Verwaltungsakts muß ihr weiterhin als maßgebli-

in: Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverwaltungsgerichts, S. 569f.; *H.-U. Erichsen/U. Knoke*, Bestandskraft von Verwaltungsakten, NVwZ 1983, 185f.; *H.-U. Erichsen*, Das Verwaltungshandeln, in: ders. (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht¹⁰, § 12 Rn. 6.

⁵⁵ *W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/V. Schuppert*, in: dies. (Hrsg.), Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, Bd. 1, S. 7 (Vorwort).

⁵⁶ Vgl. dazu *F.-J. Peine*, Entwicklungen im Recht des Verwaltungsakts – eine Zwischenbilanz, in: B. Becker u.a. (Hrsg.), FS für WernerThieme, S. 563ff.; siehe auch *K. Becker-Schwarze/W. Köck/Th. Kupka/M. von Schwabenflügel* (Hrsg.), Wandel der Handlungsformen im Öffentlichen Recht, 1991.

⁵⁷ Vgl. BVerwG 67, 99; 74, 357, 360.

⁵⁸ Vgl. BVerwGE 81, 84, 94.

⁵⁹ Eine umfangreiche Literaturübersicht bietet insoweit *F.-J. Peine*, Entwicklungen im Recht des Verwaltungsakts – eine Zwischenbilanz, in: B. Becker u.a. (Hrsg.), Festschrift für WernerThieme, S. 563f. Fn. 3.

⁶⁰ Vgl. *N. Achterberg*, Der Verwaltungsvorakt, DÖV 1971, 397ff., ders., Allgemeines Verwaltungsrecht², § 21 Rn. 113ff.

⁶¹ Vgl. etwa *K.-H. Ladeur*, Die Zukunft des Verwaltungsakts, VerwArch 86 (1995), 511ff.

cher Orientierungspunkt zur rechtlichen Bewältigung des sich verändernden administrativen Handelns dienen; hier, in der überkommenen Doktrin, liegt ihr ruhender Pol, von dem aus das Verwaltungsrecht betrachtet wird. Neue dogmatische Entwicklungen müssen so, wie beschrieben, als Sonderformen dem Wirkungskreis des Verwaltungsakts zugeschlagen werden oder aber, man denke etwa an Formen des informellen oder konsensualen Verwaltungshandelns, sie zeigen sich in solcher Perspektive als Ausnahme von, in Abgrenzung zu bzw. als Ergänzung des Verwaltungsakts.

Mit dem Festhalten am Verwaltungsakt in seiner tradierten Form als Zentralpunkt verwaltungsrechtlicher Systematik muß dieser aber als dogmatische Hülse notwendig erodieren. Einerseits sprengen die einbezogenen Sonderformen traditionell vorgegebene Dogmen, die somit ihre die Handlungsform prägende Funktion einbüßen: der »vorläufige Verwaltungsakt« etwa ist eigentlich ein Unding, wenn, wie gemeinhin, der Verwaltungsakt gerade durch die ihm eigene Stabilisierungsfunktion und Beständigkeit charakterisiert wird. Andererseits liegt auf der Hand, daß als Ausnahmeerscheinungen eingeordnete Tatbestände, von einer auf den Verwaltungsakt kaprizierten Lehre nicht angemessen bewältigt werden können, was notwendig zur Herausbildung verwaltungsrechtlicher Sonderlehren und damit zur Parzellierung der Verwaltungsrechtslehre insgesamt führt.

Die Krise des Verwaltungsrechts hat mithin durchaus etwas mit der überkommenen Verwaltungsaktslehre zu tun. Deren auf *Otto Mayer* zurückgehende Inanspruchnahme einer systemleitenden Funktion der Handlungsform für das Rechtsgebiet ist eine ihrer Ursachen. Ein solcher Anspruch wird sich zukünftig insbesondere auch durch noch so kreative Neukonstruktionen verwaltungsaktlicher Sonderformen nicht aufrecht erhalten lassen. Deren Herausbildung zeigen zwar unmißverständlich an, daß »die Zukunft des Verwaltungsakts«, wie auch *Karl-Heinz Ladeur* in einem so betitelten Aufsatz betont, in der Erschließung seiner veränderten Funktionen liegt, doch verlangt gerade dies nach einem neuen dogmatischen Bezugs- und Ordnungsrahmen⁶². Daß sich damit der Blick auf die sich bereits seit längerem sukzessiv durchsetzende Figur des Verwaltungsrechtsverhältnisses richtet, ist klar.

Verwaltungsakt und Verwaltungsrechtsverhältnis werden zwar in neuerer Zeit nicht mehr in dem Maße, wie dies einmal geschah, als Gegensätze begriffen. Aber die jeweiligen Lehren stehen doch eher noch nebeneinander. In der Regel wird der Verwaltungsakt in seiner tradierten Prägung kurzerhand in das Verwaltungsrechtsverhältnis »hineingestellt«, ohne daß irgendwelche Veränderungen der Verwaltungsaktslehre bemerkbar wären⁶³. Das überkommene Modell Verwaltungs-

⁶² Vgl. etwa *K.-H. Ladeur*, Die Zukunft des Verwaltungsakts, *VerwArch* 86 (1995), 511ff.; *F. Schoch*, Der Verwaltungsakt zwischen Stabilität und Flexibilität, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns*, S. 199ff.

⁶³ Exemplarisch etwa *H.-U. Erichsen*, Das Verwaltungshandeln, in: ders. (Hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*¹⁰, §§ 11 u. 12.

akt wird so nicht angetastet, allein seine dogmatische Vormachtstellung soll abgelöst werden. Der Nimbus althergebrachter Klarheit und Beständigkeit, welcher der Verwaltungsaktlehre anhängt, erweist sich insoweit also nach wie vor als überaus einflußreich – obwohl es sich dabei, wie im Rahmen der ersten Bemerkung gezeigt, nur um eine suggestive Imagination handelt. Daß die Beschäftigung mit den Grundlagen der Verwaltungsaktslehre zwar bis heute nicht abgebrochen ist⁶⁴, in der letzten Zeit jedoch merklich nachgelassen hat, liegt vielleicht auch an solchem Herangehen. Nachhaltige Veränderungen oder Neuansätze der Verwaltungsaktsdogmatik sind jedenfalls nicht zu registrieren. Prinzipielle, gerade von der Ausgangsbasis des Verwaltungsrechtsverhältnisses argumentierende Kritik, verbunden vor allem mit dem Namen *Joachim Martens*, ist rar⁶⁵ und konnte bisher keine große Resonanz finden⁶⁶.

Die fortschreitende Hinwendung der Lehre zum Verwaltungsrechtsverhältnis, die zu einem guten Teil gerade aus einer Kritik des Verwaltungsakts geboren wurde⁶⁷, zeigt sich also insoweit durchaus wirkungskräftig, als sie die traditionelle Orientierung des Verwaltungsrechts an der Handlungsform in Frage stellt. Die Handlungsformenlehre selbst, insbesondere diejenige des Verwaltungsakts, bleibt hingegen davon weitgehend unberührt.

Dieser Zustand offenbart einen gewissen Anachronismus. Als Grundlage der Lehre vom Verwaltungsrechtsverhältnis wird durchweg die rechtliche Gleichordnung von Verwaltung und Bürger angegeben⁶⁸; Staat und Individuum können danach zwar durchaus mit unterschiedlichen Rechten und Pflichten ausgestattet sein, aber keinem von beiden kommt eine prinzipielle rechtliche Prävalenz zu⁶⁹. Tradierte und immer noch wirksame Prämisse der Lehre vom Verwaltungsakt ist hingegen die Vorstellung staatlicher Überordnung über den Bürger. Wie beides zusammengehen kann, ohne daß eine grundlegende Umorientierung der auf Subordination gründenden Verwaltungsaktsdogmatik in Angriff genommen wird, erscheint nicht recht ersichtlich.

Solange dies aber nicht geschieht, so die hier vertretene These, solange wird auch das Institut des Verwaltungsrechtsverhältnisses sich kaum zur dogmatischen Zentralfigur entwickeln können. Denn eine solche Stellung setzt voraus,

⁶⁴ Vgl. die Nachweise in den Fn.2–5.

⁶⁵ Vgl. etwa *J. Martens*, Normenvollzug durch Verwaltungsakt und Verwaltungsvertrag, AöR 89 (1964), S.429ff.; *ders.*, Zur Begriffsbestimmung des Verwaltungsaktes, DVBl. 1968, 322ff.; *ders.*, Die Klagearten im Verwaltungsprozeß, DÖV 1970, 476ff.; *ders.*, Der Bürger als Verwaltungsuntertan, KritV 1986, 104ff.; *ders.*, Die Praxis des Verwaltungsverfahrens, Rn.220ff.

⁶⁶ Zur Kritik der Kritik z.B. *E. Buri*, Die große Vereinfachung? – Eine Stellungnahme zu *Martens*, Die Klagearten im Verwaltungsprozeß (DÖV 70/476), DÖV 1970, 689ff.; *H.-U. Erichsen*, Das Verwaltungshandeln, in: *ders.* (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht¹⁰, § 12 Rn.5 Fn.14.

⁶⁷ *H. Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht¹⁰, § 8 Rn.25.

⁶⁸ Vgl. *J. Martens*, Der Bürger als Verwaltungsuntertan?, KritV 1986, S.104, 122; *N. Henke*, Das subjektive Recht im System des öffentlichen Rechts, DÖV 1980, 621, 623; *D. Ehlers*, Rechtsverhältnisse in der Leistungsverwaltung, DVBl. 1986, 912, 915.

⁶⁹ *F. E. Schnapp*, Rechtsverhältnisse in der Leistungsverwaltung, DÖV 1986, 811, 813.