

HEIKO SAUER

Öffentliches
Reaktionsrecht

Jus Publicum

Mohr Siebeck

JUS PUBLICUM

Beiträge zum Öffentlichen Recht

Band 300



Heiko Sauer

Öffentliches Reaktionsrecht

Theorie und Dogmatik der Folgen
hoheitlicher Rechtsverletzungen

Mohr Siebeck

Heiko Sauer, geboren 1976; Studium der Rechtswissenschaft in Trier und Ferrara; 2001 Erstes Juristisches Staatsexamen; 2005 Promotion (Düsseldorf); 2006 Zweites Juristisches Staatsexamen; wissenschaftlicher Mitarbeiter beim Bundesverfassungsgericht; 2014 Habilitation (Düsseldorf); seit 2015 Inhaber des Lehrstuhls für deutsches und europäisches Verfassungs- und Verwaltungsrecht an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn; seit 2017 Vertreter der Bundesrepublik Deutschland im Verwaltungsrat der Grundrechteagentur der Europäischen Union.

ISBN 978-3-16-160081-4 / eISBN 978-3-16-160119-4
DOI 10.1628/978-3-16-160119-4

ISSN 0941-0503 / eISSN 2568-8480 (Jus Publicum)

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

© 2021 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechts ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung sowie die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Textservice Zink in Schwarzach gesetzt, von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

Für *Kati, Benno* und *Ella*,
Christa, Aribert und *Volker*,
Lisa, Walter und *Jan*
und für *Mehrdad, Julian* und *Lothar*.

Vorwort

Dieses Buch ist eine gekürzte und aktualisierte Fassung meiner unter dem Titel „Folgen hoheitlicher Rechtsverletzungen“ verfassten Arbeit, die von der Juristischen Fakultät der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf im Sommersemester 2014 als Habilitationsschrift angenommen wurde. Ich habe oft bedauert, dass mir eine zügige Veröffentlichung damals nicht gelungen ist, und freue mich umso mehr, dass ich die Untersuchung jetzt vorlegen kann. Zum Glück hat mich die Frage nach dem Umgang mit rechtswidrigem Staatshandeln und nach der Möglichkeit einer Ordnung der so zahlreichen und so unterschiedlichen Regelungen und Bereichsdogmatiken zu diesem Thema nicht losgelassen. Das Buch befindet sich auf dem Stand von März 2021. Wahrscheinlich werde ich in den letzten Jahren nicht mehr jede thematisch einschlägige Veröffentlichung bemerkt haben – hierfür bitte ich die Autorinnen und Autoren um Nachsicht.

Es gibt eine Reihe von Menschen, ohne die ich weder diese Arbeit hätte verfasst noch den mit ihr beschlossenen Qualifikationsweg beschreiten geschweige denn erfolgreich hätte abschließen können. Für niemanden gilt das so sehr wie für meine Frau *Kati Nothdurft*, die stets die geringsten Zweifel am Gelingen des Vorhabens hatte und die mit ihm verbundenen Strapazen zumal des langen Schlussspurts mit mir zusammen durchgestanden hat. Ihr danke ich für alle Bestärkung, jedes Verständnis und die Freiheit, mich oft zum Denken zurückzuziehen. *Mehrdad Payandeh* und *Julian Krüper* waren mir nicht nur Weggefährten und Freunde. Es ist auch maßgeblich ihrem Zuspruch zu verdanken, dass ich nach langem Ringen mit dem Thema und einer Unzahl verworfener Gliederungsideen überhaupt angefangen habe, diese Arbeit zu schreiben. Ich danke ihnen ganz herzlich für das Vertrauen in den Sinn der Themenstellung, für viele Diskussionen, für die kritische Lektüre zahlloser Fragmente und für die ständige Mahnung, es mit den Eiswüsten nicht zu weit zu treiben. *Lothar Michael* hat die Betreuung der Arbeit übernommen, als sie schon fast fertig war. Ihm danke ich für die grenzenlose Bereitschaft, sich auf den langen Entwurf einzulassen, für viele kritische Rückfragen und gute Ratschläge – und für jahrelange akademische Begleitung und Freundschaft. Dass er mir angeboten hat, kurzfristig das bereits terminierte Habilitationsverfahren zu betreuen und für seine Durchführung zu sorgen, war nicht selbstverständlich. *Martin Morlok* danke ich für die engagierte und zügige Erstellung

des Zweitgutachtens, für die vorherigen Gespräche über das Vorhaben und für sein Interesse an meinem Werdegang; dass mich seine Überlegungen zur Rechtmäßigkeitsrestitution inspiriert haben, wird unschwer zu erkennen sein. Für den reibungslosen Ablauf des Habilitationsverfahrens ohne Verzögerungen während laufender Bewerbungsverfahren bin ich der Düsseldorfer Fakultät, an der ich mich immer sehr wohlgeföhlt habe, zu großem Dank verpflichtet. Die Grundlage für meinen Werdegang und den Rahmen für meine spätere Habilitation hat *Ralph Alexander Lorz* geschaffen, indem er meine Dissertation betreut und mich nach der Promotion und der Zeit am Bundesverfassungsgericht an seinem früheren Lehrstuhl als Akademischen Rat angestellt hat. Für die Förderung, die schöne Zeit an seinem Lehrstuhl und frühe Gespräche über das Habilitationsvorhaben bin ich ihm ebenso wie den damaligen Kolleginnen und Kollegen dauerhaft verbunden. *Andreas Funke* danke ich für wichtige Anregungen, für sein fortdauerndes Interesse an dem Vorhaben und nicht zuletzt für die Mahnung, das Buch nun auch endlich zu veröffentlichen. Für die Einladung, mein Vorhaben einem Kreis späterer Kollegen zu präsentieren, danke ich *Reiner Schmidt* herzlich; ich habe von der kritischen Diskussion damals sehr profitiert und die wichtigen Ratschläge namentlich von *Wolfgang Kahl* und *Hinnerk Wißmann* noch in guter Erinnerung. *Marten Breuer* und *Bernd Hartmann* stellten mir freundlicherweise vorab die Manuskripte ihrer thematisch verwandten Arbeiten zur Verfügung. Von meinem jetzigen Lehrstuhlteam konnte ich mit *Richard Luther* immer wieder darüber diskutieren, was sich noch verbessern ließe. *Pola Marie Brünger* hat mich bei der Aktualisierung der Fußnoten und bei der Schlussredaktion mit Einsatzfreude und größter Zuverlässigkeit unterstützt, vor allem *Claudio Bartmann* suchte mit Akribie nach Fehlern im Text und *Christine Pallasigui-Vinas* hat die Mühe der Erstellung des Literaturverzeichnisses auf sich genommen. Auch ihnen und dem gesamten Team möchte ich hierfür danken.

Großen Anteil an dieser Arbeit hatte nicht zuletzt meine Familie: Meine Kinder *Benno* und *Ella Sauer* haben das Schreiben dieser Arbeit nicht einfacher, aber schöner gemacht und vor allem auf ihre Weise dazu gemahnt, irgendwann auch einmal damit fertig zu werden. Meine Eltern *Christa* und *Ari- bert Sauer* haben nicht nur alle Voraussetzungen dafür geschaffen, irgendeine Arbeit schreiben zu können, sondern mich auch bei der Erstellung dieser Arbeit durch die Betreuung unserer Kinder oder das Zurverfügungstellen eines ruhigen Arbeitsplatzes ganz praktisch unterstützt. Das gilt auch und vor allem für meine Schwiegereltern *Lisa* und *Walter Nothdurft* sowie für meinen Schwager *Jan Nothdurft* und meinen Bruder *Volker Sauer*. Ich bin ihnen allen sehr dankbar – für alles.

Bonn, im März 2021

Heiko Sauer

Inhaltsübersicht

Vorwort	VII
Inhaltsverzeichnis	XI

Einleitung

<i>1. Kapitel: Gegenstand und Forschungsansatz der Untersuchung</i>	3
A. Die Folgen hoheitlicher Rechtsverletzungen als Rechtsproblem	3
B. Die Betrachtung des Rechtsfolgenproblems durch die Wissenschaft vom öffentlichen Recht	15
C. Folgerungen für die rechtswissenschaftliche Analyse des Rechtsfolgenproblems	31

1. Teil

Strukturanalyse des öffentlichen Reaktionsrechts

<i>2. Kapitel: Theoretische Grundlegung des öffentlichen Reaktionsrechts</i>	57
A. Primärrecht und Reaktionsrecht	57
B. Rechtswidrigkeit im öffentlichen Reaktionsrecht	66
<i>3. Kapitel: Reaktionsinhalte</i>	97
A. Mögliche Rechtsverletzungsreaktionen im öffentlichen Reaktionsrecht	97
B. Rechtmäßigkeitsrestitution als Reaktionsinhalt	111
C. Kompensation als Reaktionsinhalt	154
<i>4. Kapitel: Reaktionsmodi</i>	165
A. Grundlegende Unterscheidungen	165
B. Automatische Verletzungsreaktionen	175
C. Umsetzungsbedürftige Verletzungsreaktionen	206

2. Teil

Analyse des geltenden Reaktionsrechts anhand der Rechtmäßigkeitsrestitution bei Rechtsverletzungen der Verwaltung

<i>5. Kapitel: Rechtmäßigkeitsrestitution als Gebot des öffentlichen Reaktionsrechts</i>	217
----------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

A. Rechtmäßigkeitsrestitution bei der Verletzung deutschen Rechts durch die Verwaltung	217
B. Rechtmäßigkeitsrestitution bei der Verletzung von Völkerrecht durch die Verwaltung	271
C. Rechtmäßigkeitsrestitution bei der Verletzung von Unionsrecht durch die Verwaltung	278
<i>6. Kapitel: Rechtmäßigkeitsrestitution im einstufigen Reaktionsmodell</i>	<i>295</i>
A. Automatische Rechtmäßigkeitsrestitution nach geltendem Reaktionsrecht	295
B. Realisierung der automatischen Rechtmäßigkeitsrestitution	355
C. Abschließende Bewertung der automatischen Rechtmäßigkeitsrestitution	364
<i>7. Kapitel: Umsetzung und Durchsetzung der Rechtmäßigkeitsrestitution im zweistufigen Reaktionsmodell</i>	<i>365</i>
A. Modalitäten der Rechtmäßigkeitsrestitution im zweistufigen Reaktionsmodell	365
B. Durchsetzung der Rechtmäßigkeitsrestitution im zweistufigen Reaktionsmodell	410
<i>8. Kapitel: Grenzen der Rechtmäßigkeitsrestitution</i>	<i>451</i>
A. Entfallen der Verpflichtung der Verwaltung zur Rechtmäßigkeitsrestitution	451
B. Erlöschen nur des Restitutionsanspruchs	468
C. Ausschluss der Restitutionspflicht der Verwaltung	471
D. Abschließende Bewertung zu den Grenzen der Rechtmäßigkeitsrestitution	537
Schlussbetrachtung	
<i>9. Kapitel: Gestalt und Perspektiven des öffentlichen Reaktionsrechts</i>	<i>543</i>
A. Das öffentliche Reaktionsrecht als Rechtsgebiet: Versuch einer Bilanz	543
B. Überlegungen zur künftigen Gestalt des öffentlichen Reaktionsrechts und zur Rollenverteilung bei seiner Fortentwicklung	548
C. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse der Untersuchung	552
Literaturverzeichnis	567
Stichwortverzeichnis	601

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Inhaltsübersicht	IX

Einleitung

1. Kapitel: Gegenstand und Forschungsansatz der Untersuchung	3
<i>A. Die Folgen hoheitlicher Rechtsverletzungen als Rechtsproblem</i>	<i>3</i>
I. Die kategoriale Unterscheidung zwischen rechtmäßigem und rechtswidrigem hoheitlichen Handeln	3
1. Die Unrechtsfähigkeit des Staates als Grundlage der Unterscheidung zwischen rechtmäßigem und rechtswidrigem hoheitlichem Handeln	3
2. Unterschiedliche Rechtsfolgen als Kern der Unterscheidung zwischen rechtmäßigem und rechtswidrigem hoheitlichen Handeln	4
II. Unsicherheiten über die Folgen hoheitlicher Rechtsverletzungen	5
1. Inhaltliche Unsicherheiten über die Folgen hoheitlicher Rechtsverletzungen	6
2. Unsicherheiten über die Herangehensweise bei der Bestimmung der Folgen hoheitlicher Rechtsverletzungen	11
a) Positivierungsdefizite	11
b) Selbständige oder akzessorische Rechtsfolgenbestimmung	13
<i>B. Die Betrachtung des Rechtsfolgenproblems durch die Wissenschaft vom öffentlichen Recht</i>	<i>15</i>
I. Begriffsbildung: zur Problematik haftungsrechtlicher und rechtsschutzbezogener Begriffe	15
1. Staatshaftung und Staatshaftungsrecht	15
2. Sekundärrechtsschutz	16
II. Perspektivverengungen: Problemorientierung, Praxisorientierung und Orientierung am positiven Recht	18

III. Segmentierte Problembetrachtung: Fehlerfolgen, Rechtsschutz und Staatshaftung als voneinander getrennt betrachtete Rechtsbereiche . . .	21
IV. Die rechtswissenschaftliche Betrachtung des Rechtsfolgenproblems als Beleg für die erdrückende Dominanz der Rechtsdogmatik	25
<i>C. Folgerungen für die rechtswissenschaftliche Analyse des Rechtsfolgenproblems</i>	<i>31</i>
I. Rechtswissenschaftstheoretischer Ansatz der Untersuchung	31
1. Rechtswissenschaftliche Systembildung als Anliegen der Untersuchung: Grundlagen und Einwände	31
2. Rechtswissenschaftliche Systembildung durch Verbindung von juristischer Strukturtheorie und Analyse des geltenden Rechts . . .	34
3. Beschränkung der dogmatischen Entfaltung des Rechtsfolgenproblems auf die Wiederherstellung bei Rechtsverletzungen der Verwaltung	39
a) Zur Kombination zwischen allgemeiner Grundlegung und auf den Kernbereich beschränkter Ausdifferenzierung des Rechtsfolgenproblems	39
b) Die Folgen von Rechtsverletzungen der Verwaltung als Kernbereich des Rechtsfolgenproblems	40
c) Beschränkung der Analyse des geltenden Rechts auf die Wiederherstellung eines rechtmäßigen Zustands	42
II. Methodischer Ansatz der Untersuchung im Übrigen	42
1. Intradisziplinäre Perspektive der Untersuchung durch vergleichende Einbeziehung des Zivilrechts	42
2. Einbeziehung der Vorgaben des Unionsrechts und der Menschenrechtskonvention anstelle der Entwicklung einer gemeineuropäischen Rechtsfolgendogmatik	44
3. Verzicht auf interdisziplinäre Betrachtungen des Untersuchungsgegenstands	45
III. Inhaltliche Eingrenzungen des Untersuchungsgegenstands	46
1. Ausklammerungen	46
a) Keine Betrachtung individueller strafrechtlicher oder disziplinarrechtlicher Sanktionen	46
b) Keine Betrachtung von Innenrecht der Verwaltung	47
2. Schwierigkeiten der Zuordnung zum Rechtsfolgenproblem	50
a) Umgang mit dem verwaltungsrechtlichen Vertrag	50
b) Das Zuordnungsproblem bei der Unterlassungspflicht	50
IV. Überblick über den Gang der Untersuchung	54

1. Teil

Strukturanalyse des öffentlichen Reaktionsrechts

2. Kapitel: Theoretische Grundlegung des öffentlichen Reaktionsrechts	57
<i>A. Primärrecht und Reaktionsrecht</i>	<i>57</i>
I. Begriffliche Grundlegung des öffentlichen Reaktionsrechts	57
1. Reaktionsrecht als Recht der Verletzungsreaktionen	57
2. Reaktionsrecht als „Sekundärrecht“	59
3. Öffentliches Reaktionsrecht und Reaktionsrecht anderer Rechtsgebiete	60
4. Rechtmäßigkeitsrestitution als zentrale Kategorie des öffentlichen Reaktionsrechts	60
II. Analytische Unterscheidung und funktionale Korrelationen von Primärrecht und Reaktionsrecht	61
1. Verhaltensnormen und Reaktionsnormen	61
2. Die funktionale Bezogenheit des Reaktionsrechts auf die Integritätswahrung des Primärrechts	63
<i>B. Rechtswidrigkeit im öffentlichen Reaktionsrecht</i>	<i>66</i>
I. Rechtswidrigkeit als Basiskategorie des öffentlichen Reaktionsrechts	66
II. Begriffliche Grundlagen der Rechtswidrigkeit	67
1. Rechtswidrigkeit, Rechtsverletzung und Synonyme	67
2. Beschränkung der Untersuchung auf hoheitliche Rechtsverletzungen	69
III. Der Gegenstand des Rechtswidrigkeitsurteils im öffentlichen Recht	71
1. Die zivilrechtliche Unterscheidung zwischen Handlungs- und Erfolgsunrecht	71
2. Grundlagen und Grenzen der Unterscheidung von Handlungs- und Erfolgsunrecht im öffentlichen Recht	73
a) Die grundsätzliche Anknüpfung des öffentlich-rechtlichen Rechtswidrigkeitsurteils an das einem Hoheitsträger zurechenbare Verhalten	73
b) Defizite einer öffentlich-rechtlichen Lehre vom Handlungsunrecht	74
aa) Verhalten und Erfolg bei menschlichem und hoheitlichem Handeln	74
bb) Die Auswirkungen von Verfahrensfehlern auf die Rechtmäßigkeit von Rechtsakten	76
cc) Anknüpfungspunkt des Rechtswidrigkeitsurteils und Rechtswidrigkeitsbeurteilung in der Zeit	78

c) Defizite einer öffentlich-rechtlichen Lehre vom Erfolgsunrecht	81
3. Synthese: Vorschlag der Unterscheidung zwischen Handlung als solcher und Ingangsetzung eines Kausalverlaufs für das öffentliche Recht	84
4. Folgerungen zum Rechtswidrigwerden und zum Rechtmäßigwerden von Rechtsakten	86
a) Rechtswidrigwerden von Rechtsakten aufgrund nachträglicher Veränderungen der Rechtslage	86
b) Rechtmäßigwerden von Rechtsakten aufgrund nachträglicher Veränderungen der Sachlage oder der Rechtslage	89
c) Der entscheidungserhebliche Zeitpunkt als bloßes Annexproblem	91
IV. Rechtswidrigkeit oder konstitutive Rechtswidrigkeitsbeurteilung . . .	93
1. Das Problem der Rechtserkenntnis und seine reaktionsrechtliche Bedeutung	93
2. Grenzen des rechtserzeugenden Gehalts von Rechtsanwendungsakten	94
3. Die Haltung des geltenden Rechts zur Natur der Rechtswidrigkeitsbeurteilung	96
 3. Kapitel: Reaktionsinhalte	 97
 <i>A. Mögliche Rechtsverletzungsreaktionen im öffentlichen Reaktionsrecht</i>	 <i>97</i>
I. Restitution und Kompensation	97
1. Wiedergutmachung durch Restitution oder Kompensation	97
2. Die Beendigung der Rechtsverletzung als eigenständige Verletzungsreaktion oder als Bestandteil der Restitution	100
3. Zum Verhältnis zwischen Restitution und Kompensation	100
II. Reaktionsrechtliche Einordnung des Feststellungsrechtsschutzes	102
1. Restitution durch Feststellung: die Feststellung der Nichtigkeit von Rechtsakten	102
2. Feststellung statt Restitution: die Feststellung von Rechtsverletzungen als Restitutions-surrogat in Form der ideellen Kompensation	103
III. Die Erzwingbarkeit von Verhaltensnormen als Verletzungsreaktion bei der Verletzung von Gebotsnormen	105
IV. Selbsthilfebefugnisse zwischen eigenständiger Verletzungsreaktion und Durchsetzung der Rechtmäßigkeitsrestitution	108

V. Die Folgenlosigkeit von Rechtsverletzungen als unselbständige Kategorie des öffentlichen Reaktionsrechts	110
VI. Ergebnis	110
<i>B. Rechtmäßigkeitsrestitution als Reaktionsinhalt</i>	111
I. Wesen, Herstellungsoptionen und Problemstellungen der Rechtmäßigkeitsrestitution	111
1. Grundfragen der Wiederherstellung eines rechtmäßigen Zustands	111
2. Herstellung des rechtmäßigen status quo ante bei rechtswidrigen Rechtsakten	111
a) Aufhebung des rechtswidrigen Rechtsakts im Wege eines actus contrarius	111
b) Fehlerkorrektur	112
aa) Fehlerkorrektur als rechtsaktbezogenes Aufhebungssurrogat	112
bb) Typologie von Fehlerkorrekturinstitutionen	112
(1) Fehlerkorrektur durch bloße Nachholung ohne Entscheidung über die Änderung oder Aufrechterhaltung des Rechtsakts	112
(2) Fehlerkorrektur durch Abänderung oder Ergänzung von Rechtsakten	113
(3) Fehlerkorrektur durch Novation: Überdenkung und Bestätigung von Rechtsakten	114
c) Beseitigung rechtswidriger tatsächlicher Folgen des Rechtsakts und Problem der Reichweite	116
d) Beseitigung des Verlautbarungsakts als Rechtsscheinträger bei nichtigen Rechtsakten	116
3. Rechtmäßigkeitsrestitution bei rechtswidrigen Realakten: Beseitigung und Folgenbeseitigung	117
II. Inhalt und Reichweite der Rechtmäßigkeitsrestitution bei unterschiedlichen Kategorien verletzter Verhaltensnormen	117
1. Rechtmäßigkeitsrestitution bei der Verletzung von Verbotsnormen	118
a) Reaktionsrechtliche Besonderheiten der Verletzung von Verbotsnormen	118
b) Unsicherheiten über Inhalt und Reichweite der Rechtmäßigkeitsrestitution in der symptomatischen Diskussion über den Folgenbeseitigungsanspruch	119
c) Überlegungen zur Klärung von Inhalt und Reichweite der Rechtmäßigkeitsrestitution bei der Verletzung von Verbotsnormen	121
aa) Gemeinsamkeiten und Unterschiede der Abgrenzung von Restitution und Kompensation im Zivilrecht und im öffentlichen Recht	121

bb)	Genese des Folgenbeseitigungsanspruchs als Institut zur Ausfüllung der Restitutionslücke bei der Amtshaftung	125
cc)	Folgerungen für einzelne Problemstellungen des Anspruchsinhalts	127
	(1) Der Unterschied zwischen status quo ante und hypothetischem Zustand ohne Rechtsverletzung . . .	127
	(2) Volle oder teilweise Wiederherstellung des status quo ante: Ungereimtheiten bei der Unterscheidung zwischen unmittelbaren und mittelbaren Eingriffsfolgen	128
	(3) Zur Frage der Zurechenbarkeit von Eingriffsfolgen . . .	131
	(4) Herstellung des status quo ante oder Herstellung eines gleichwertigen Zustands	132
	(5) Zur Leistungsfähigkeit der Unterscheidung zwischen negatorischer und restitutorischer Beseitigung für das öffentliche Recht	133
dd)	Fazit zu Inhalt und Reichweite der Rechtmäßigkeitsrestitution im öffentlichen Recht	135
d)	Besonderheiten bei der Vornahme rechtsgrundloser Leistungen: zur Frage der Erstattung als Rechtmäßigkeitsrestitution	135
aa)	Problemstellung und Konstellationen	135
bb)	Rechtsgrundlose Leistungen eines Hoheitsträgers an Bürgerinnen und Bürger: Rechtmäßigkeitsrestitution als Hoheitsakt	137
cc)	Rechtsgrundlose Leistungen von Bürgerinnen und Bürgern an einen Hoheitsträger	138
dd)	Kostenerstattung zwischen Hoheitsträgern als Rechtmäßigkeitsrestitution	140
ee)	Ergebnis und Folgerungen für die reaktionsrechtliche Bedeutung des öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruchs . . .	141
2.	Rechtmäßigkeitsrestitution bei der Verletzung von Gebotsnormen	142
a)	Besonderheiten der Rechtmäßigkeitsrestitution bei der Verletzung von Gebotsnormen	142
b)	Rechtmäßigkeitsrestitution bei der behördlichen Falschberatung im Hinblick auf die Verfolgung eines Leistungsanspruchs als Sonderfall	144
aa)	Ausgangslage, Problemstellungen und rechtliche Besonderheitender behördlichen Falschberatung im Hinblick auf einen Leistungsanspruch	144
bb)	Folgerungen für die reaktionsrechtliche Bedeutung und Einordnung des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs . . .	147
3.	Rechtmäßigkeitsrestitution bei der Verletzung von Verfahrensanforderungen	149

a) Rechtmäßigkeitsrestitution bei der Verletzung verfahrensrechtlicher Verbotsnormen	150
b) Rechtmäßigkeitsrestitution bei der Verletzung verfahrensrechtlicher Gebotsnormen	151
aa) Rechtmäßigkeitsrestitution bei der Verletzung verfahrensrechtlicher Gebotsnormen durch den Erlass des Rechtsakts	151
bb) Rechtmäßigkeitsrestitution bei der Verletzung verfahrensrechtlicher Gebotsnormen vor dem Erlass des Rechtsakts	151
III. Die Möglichkeitsabhängigkeit der Rechtmäßigkeitsrestitution	152
IV. Ergebnisse	153
C. <i>Kompensation als Reaktionsinhalt</i>	154
I. Die Kompensation der Verletzung subjektiver Rechte	155
1. Wesentliche Differenzierungen	155
a) Bezugspunkte der Rechtsverletzung: Kompensation der Rechtsverletzung und Kompensation von Folgeschäden der Rechtsverletzung	155
b) Inhalte der Kompensationsleistung: Naturalkompensation, Pekunialkompensation und Feststellung der Rechtsverletzung	156
c) Keine Unterscheidung nach der Verletzung von Gebots- bzw. Verbotsnormen	156
2. Die Rechtsverletzung selbst als Gegenstand der Kompensation	157
a) Feststellung der Rechtsverletzung als möglicher Ausgleich bei allen subjektiven Rechtsverletzungen	157
b) Natural- und Pekunialkompensation bei der Verletzung geldwerter und ideeller subjektiver Rechte	157
3. Folgeschäden der Rechtsverletzung als Gegenstand der Kompensation: Schadenersatz in Geld oder in natura als Ausgleichsleistung	161
II. Die Kompensation objektiver Rechtsverletzungen	162
1. Die Feststellung objektiver Rechtsverletzungen	162
2. Pekunial- und Naturalkompensation bei der Verletzung objektiven Rechts	162
III. Ergebnisse	163
4. Kapitel: Reaktionsmodi	165
A. <i>Grundlegende Unterscheidungen</i>	165
I. Automatische und umsetzungsbedürftige Verletzungsreaktionen: die Unterscheidung zwischen einstufigem und zweistufigem Reaktionsmodell	165

II. Unbedingte und bedingte Verletzungsreaktionen:	
Reaktionsbedingungen und Ausschlussgründe	166
1. Absolute und relative Regelungsansätze durch	
Reaktionsbedingungen	166
2. Zum Verhältnis von Reaktionsbedingungen	
und Ausschlussgründen	167
III. Objektive und subjektive Verletzungsreaktionen im zweistufigen	
Reaktionsmodell	168
1. Objektive Verletzungsreaktionen	168
a) Die Reaktionspflicht als Basiskategorie des öffentlichen	
Reaktionsrechts	168
b) Ergänzung der Reaktionspflicht durch die Kategorie	
der Reaktionsbefugnis	171
2. Der Reaktionsanspruch als subjektive Verletzungsreaktion	172
3. Objektives und subjektives Recht im Verhältnis zwischen	
Primärrecht und Reaktionsrecht	173
a) Zum Zusammenhang zwischen objektiven Verhaltensnormen	
und objektiven Verletzungsreaktionen	173
b) Zum Zusammenhang zwischen subjektiven Verhaltensnormen	
und Reaktionsansprüchen	174
<i>B. Automatische Verletzungsreaktionen</i>	<i>175</i>
I. Anwendungsbereich, Typologie und Realisierung automatischer	
Verletzungsreaktionen	175
1. Die Beschränkung automatisch eintretender Rechtsfolgen	
auf die Rechtmäßigkeitsrestitution bei rechtswidrigen	
Rechtsakten	175
2. Automatische Wirksamkeitsänderungen rechtswidriger	
Rechtsakte	175
3. Automatische Inhaltsänderungen rechtswidriger Rechtsakte	176
4. Zum Verhältnis zwischen teilweiser Veränderung der Wirksamkeit	
und Inhaltsänderung rechtswidriger Rechtsakte	178
5. Die Realisierung automatischer Verletzungsreaktionen	179
II. Die Nichtigkeit rechtswidriger Rechtsakte als Kategorie	
des öffentlichen Reaktionsrechts	179
1. Nichtigkeit als Verletzungsreaktion	179
a) Die Nichtigkeit von Rechtsakten zwischen Nichtexistenz	
und Geltungsverlust	179
b) Das rechtstheoretische Verhältnis zwischen	
Entstehungsbedingungen und Rechtmäßigkeitsanforderungen	
von Rechtsakten	180
aa) Rechtliches Können und rechtliches Dürfen	180
bb) Mögliche Einwände gegen eine scharfe Unterscheidung	
zwischen Entstehungsvoraussetzungen und	
Rechtmäßigkeitsanforderungen	182

(1) Rechtsmacht und Kompetenz	182
(2) Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen und Entstehungsvoraussetzungen im Stufenbau der Rechtsordnung	184
(3) Konzeptionelle und zeitliche Konsequenzen des automatischen Eintritts der Nichtigkeitsfolge	185
c) Ergebnis	186
2. Nichtigkeit als Rechtmäßigkeitsrestitution: das Problem der scheinbaren Rechtsgeltung	186
3. Konzeptionelle und terminologische Folgerungen aus dem Wesen der Nichtigkeit	189
a) Unwirksamkeit, Nichtigkeit, Nichtexistenz und Nichtakte	189
b) Die Vernichtbarkeit von Rechtsakten als Kategorie des Reaktionsrechts?	190
4. Gestaltungsoptionen des öffentlichen Reaktionsrechts hinsichtlich der Nichtigkeit	192
a) Genereller oder fehlerspezifischer sowie voraussetzungsunabhängiger oder voraussetzungsabhängiger Eintritt der Nichtigkeit	192
b) Reichweite der Nichtigkeit in sachlicher, persönlicher und zeitlicher Hinsicht	192
aa) Teilnichtigkeit rechtswidriger Rechtsakte	192
bb) Wirkung erga omnes	193
cc) Nichtigkeit ex tunc und Nichtigkeit ex nunc	193
5. Ergebnis	194
III. Die Unanwendbarkeit rechtswidriger Rechtsakte als Kategorie des öffentlichen Reaktionsrechts	194
1. Grundfragen zum Wesen der Unanwendbarkeit von Rechtsakten	194
2. Unanwendbarkeit als Verletzungsreaktion	197
a) Unanwendbarkeit rechtmäßiger Rechtsakte	197
b) Unanwendbarkeit rechtswidriger Rechtsakte als Reaktion auf die Verletzung von Unionsrecht	197
3. Unanwendbarkeit als automatische Verletzungsreaktion	201
4. Unanwendbarkeit als Rechtmäßigkeitsrestitution	202
5. Folgerungen zum so genannten Anwendungsvorrang des Unionsrechts	204
6. Gestaltungsoptionen des öffentlichen Reaktionsrechts hinsichtlich der Unanwendbarkeit	205
7. Ergebnis	206
C. <i>Umsetzungsbedürftige Verletzungsreaktionen</i>	206
I. Beschränkung der selbständigen Reaktionspflicht und der Reaktionsbefugnis auf die Rechtmäßigkeitsrestitution als Reaktionsinhalt	206

II. Realisierung von Verletzungsreaktionen im zweistufigen Reaktionsmodell	207
1. Freiwillige Erfüllung von Reaktionspflichten und Reaktionsansprüchen sowie Wahrnehmung von Reaktionsbefugnissen	207
2. Möglichkeiten der Durchsetzung nicht freiwillig erfüllter Reaktionspflichten	207
a) Behördliche Durchsetzung	207
aa) Durchsetzung im Wege der repressiven Rechtsaufsicht	207
bb) Rechtsaufsicht aufgrund allgemeinen Gefahrenabwehrrechts: zur reaktionsrechtlichen Dimension der Polizeipflichtigkeit von Hoheitsträgern	208
b) Durchsetzung im Wege des objektiven Rechtsschutzes: objektive Beanstandungsverfahren und überindividueller Rechtsschutz	211
3. Die Durchsetzung nicht erfüllter Reaktionsansprüche	212
III. Bezugspunkte von Ausschlussgründen für Verletzungsreaktionen im zweistufigen Reaktionsmodell	212

2. Teil

Analyse des geltenden Reaktionsrechts anhand der Rechtmäßigkeitsrestitution bei Rechtsverletzungen der Verwaltung

5. Kapitel: Rechtmäßigkeitsrestitution als Gebot des öffentlichen Reaktionsrechts	217
A. <i>Rechtmäßigkeitsrestitution bei der Verletzung deutschen Rechts durch die Verwaltung</i>	217
I. Ansätze zur Begründung von Restitutionsansprüchen bei Rechtsverletzungen der Verwaltung	218
1. Selbständige Begründungsansätze: die Suche nach der Umschaltnorm	218
a) Prozessrechtliche Begründungsansätze: Rückschlüsse auf Reaktionsansprüche oder Denken in Klagerechten	218
aa) Aktionendenken im Verwaltungsrecht: zum Verhältnis zwischen materiellem Recht und Prozessrecht im öffentlichen Recht	219
bb) Reaktionsansprüche als prozessuale Ansprüche	226
b) Art. 34 Satz 1 GG als Staatshaftungsgrundnorm mit Restitutionsgehalt	226
c) Analoge Anwendung negatorischer Ansprüche des Zivilrechts im öffentlichen Recht	228

2. Unselbständige Begründungsansätze: Restitutionsansprüche aus der verletzten primären Verhaltensnorm	230
a) Restitutionsansprüche aus den Freiheitsgrundrechten	230
aa) Der Grundgedanke <i>Georg Jellineks</i>	230
bb) Der grundrechtstheoretische Ansatz von <i>Bernd Grzeszick</i>	231
cc) Ansätze einer Umwandlung des Unterlassungsanspruchs in einen Beseitigungsanspruch	233
(1) Zur Bedeutung von Uneinigkeiten über das primärrechtliche Verständnis der Freiheitsgrundrechte als status oder als subjektive Rechte	233
(2) Zum normativen Selbstand von Sekundäransprüchen im Zivilrecht	234
(3) Die These vom Beseitigungsanspruch als Ausprägung des Unterlassungsanspruchs	236
(4) Die These von der Surrogation des untergegangenen Unterlassungsanspruchs durch den Beseitigungsanspruch	237
dd) Teleologisch-effizienzorientierte Begründungen des Restitutionsanspruchs aus den Grundrechten	239
(1) Grundgedanke	239
(2) Einwände	240
(a) Grundrechtsintegrität und Grundrechtsgehalt	240
(b) Die Vernachlässigung des Integritätsschutzes objektiven Rechts	242
(c) Von der Heterogenität der Freiheitsgrundrechte zur Heterogenisierung des öffentlichen Reaktionsrechts	243
b) Reaktionsansprüche aus dem Wesen des subjektiv-öffentlichen Rechts	244
3. Ergebnisse	245
II. Die Begründung objektiver Restitutionspflichten aus dem Rechtsstaatsprinzip	246
1. Bisherige rechtsstaatliche Ansätze der Begründung von Restitutionsansprüchen oder Restitutionspflichten	246
a) <i>Otto Bachofs</i> Verankerung des Folgenbeseitigungsanspruchs im Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung	246
b) Die Konkretisierungs- und Positivierungsbedürftigkeit der Idee der Gerechtigkeit als folgenauslösender Topos	247
c) Das staatliche Gewaltmonopol als unzureichender Begründungsansatz	248
2. Rechtsbindung und Rechtmäßigkeitsrestitution: Art. 20 Abs. 3 GG als verfassungsrechtliche Grundlagenbestimmung des öffentlichen Reaktionsrechts	249
a) Der Geltungsanspruch des Rechts zwischen Verfassungstheorie und Verfassungsrecht	250

b) Geltung und Wirksamkeit von Recht im Rechtsstaat des Grundgesetzes: zum reaktionsrechtlichen Gehalt von Art. 20 Abs. 3 GG	251
aa) Die rechtsstaatliche Notwendigkeit der Rechtsbewehrung: Art. 20 Abs. 3 GG zwischen Bindung und Appell	251
bb) Die begrenzte Bedeutung einer rein primärrechtlich verstandenen Bindungsanordnung	252
cc) Akzessorischer Integritätsschutz als Wirksamkeitsgarant und als Kerngehalt von Art. 20 Abs. 3 GG	253
c) Ergebnis	256
3. Folgefragen eines Art. 20 Abs. 3 GG entnommenen Rechtmäßigkeitsrestitutionsgebots	257
a) Von der objektiv-rechtlichen Restitutionspflicht zum Restitutionsanspruch	257
aa) Restitutionsansprüche durch sekundäre Subjektivierung von Restitutionspflichten	257
bb) Fehlende Übertragbarkeit des Begründungsansatzes auf Kompensationsansprüche	258
b) Kollidierendes Verfassungsrecht und Vorrangbestimmung	259
aa) Verfassungsrechtliche Gegengründe der Rechtmäßigkeitsrestitution	259
bb) Gewicht und Charakter des Restitutionsgebots als Regel und nicht als Prinzip	261
c) Adressaten des Rechtmäßigkeitsrestitutionsgebots	265
aa) Reaktionsrechtliche Wirkungen von Art. 20 Abs. 3 GG für die Gesetzgebung und die Rechtsprechung	265
bb) Die Bestimmung der Adressaten der Restitutionspflicht aus Art. 20 Abs. 3 GG bei Rechtsverletzungen der Verwaltung	268
(1) Das materiell-rechtliche Rechtsträgerprinzip im öffentlichen Reaktionsrecht	268
(2) Kurzer Überblick über die Zuordnung der Restitutionspflicht zum Rechtsträger und die Zurechnung von Rechtsverletzungen Privater	269
4. Ergebnisse	271
<i>B. Rechtmäßigkeitsrestitution bei der Verletzung von Völkerrecht durch die Verwaltung</i>	<i>271</i>
I. Verfassungsrechtliche Rechtmäßigkeitsrestitution bei der Verletzung unmittelbar anwendbaren Völkerrechts durch die Verwaltung	271
1. Die Erstreckung der verfassungsrechtlichen Restitutionspflicht auf die Verletzung unmittelbar anwendbaren Völkerrechts	271
2. Restitutionsansprüche kraft innerstaatlichen Rechts bei der Verletzung von Völkerrecht	274
II. Völkerrechtliche Vorgaben zur Rechtmäßigkeitsrestitution	275

1. Völkerrechtliche Restitutionsgebote	275
a) Die allgemeine Restitutionspflicht nach Art. 31 und Art. 35 des ILC-Entwurfs zur Staatenverantwortlichkeit	275
b) Die besondere Restitutionspflicht bei Verletzungen der Europäischen Menschenrechtskonvention aus Art. 46 Abs. 1 EMRK	276
2. Völkerrechtliche Restitutionsansprüche	277
III. Kollisionspotenziale zwischen völkerrechtlichen und innerstaatlichen Reaktionsvorgaben und ihre Bedeutung für den Fortgang der Untersuchung	277
C. <i>Rechtmäßigkeitsrestitution bei der Verletzung von Unionsrecht durch die Verwaltung</i>	278
I. Verfassungsrechtliche Rechtmäßigkeitsrestitution bei der Verletzung unmittelbar anwendbaren Unionsrechts durch die Verwaltung	279
1. Die Erstreckung der verfassungsrechtlichen Restitutionspflicht auf die Verletzung unmittelbar anwendbaren Unionsrechts	279
2. Restitutionsansprüche kraft innerstaatlichen Rechts bei der Verletzung von Unionsrecht	280
II. Unionsrechtliche Vorgaben zur Rechtmäßigkeitsrestitution	281
1. Art. 4 Abs. 3 EUV als Rechtmäßigkeitsrestitutionsgebot bei Unionsrechtsverletzungen der Mitgliedstaaten	281
a) Primärrechtliche und reaktionsrechtliche Funktionsäquivalenz von Art. 4 Abs. 3 EUV und Art. 20 Abs. 3 GG	281
b) Das reaktionsrechtliche Verständnis von Art. 4 Abs. 3 EUV in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Union	283
c) Einstufiges und zweistufiges Reaktionsmodell im Unionsrecht	285
d) Rechtmäßigkeitsrestitution und Vertragsverletzungsverfahren: deklaratorische oder konstitutive Bedeutung der Restitutionspflicht aus Art. 260 Abs. 1 AEUV	285
2. Unionsrechtliche Restitutionsansprüche	287
a) Restitutionsansprüche aufgrund von Art. 47 Abs. 1 und Art. 51 Abs. 1 Satz 1 GRCh	287
b) Rechtmäßigkeitsrestitution und unionsrechtlicher Staatshaftungsanspruch	288
c) Subjektivierung des objektiv-rechtlichen Ansatzes nach Art. 4 Abs. 3 AEUV bei der Verletzung unionsrechtlicher Rechte des Einzelnen	289
3. Gegengründe der Rechtmäßigkeitsrestitution zwischen nationalem Recht und Unionsrecht	290
III. Mögliche Kollisionen zwischen unionsrechtlichen und innerstaatlichen Reaktionsvorgaben und ihre Bedeutung für den Fortgang der Untersuchung	292

6. Kapitel: Rechtmäßigkeitsrestitution im einstufigen Reaktionsmodell	295
<i>A. Automatische Rechtmäßigkeitsrestitution nach geltendem Reaktionsrecht</i>	<i>295</i>
I. Die Nichtigkeit rechtswidriger Rechtsakte der Verwaltung	295
1. Nichtigkeit von Rechtsnormen der Verwaltung	295
a) Rechtsnormen der Verwaltung; Bestandsaufnahme	295
b) Analyse der Sonderregelungen zu den Folgen der Rechtswidrigkeit von Rechtsnormen der Verwaltung	297
aa) Planerhaltung im Bauplanungsrecht: §§ 214 und 215 BauGB	297
bb) Kommunalrechtliche Rechtserhaltung am Beispiel von § 7 Abs. 6 GO NRW	303
c) Der allgemeine Streit über die Nichtigkeit rechtswidriger Normen	305
aa) Positive Regelungen zur Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze	305
(1) Verfassungsnormativität: Art. 1 Abs. 3, Art. 20 Abs. 3 und Art. 79 GG	305
(2) Die Geltungsbeendigung vorkonstitutionellen Rechts nach Art. 123 Abs. 1 GG	307
(3) Bundesrecht „bricht“ Landesrecht: Art. 31 GG als bloße Kollisionsnorm	308
(4) Rückschlüsse aus den verfassungsprozessrechtlichen Regelungen zur Nichtigkeitsklärung rechtswidriger Normen	309
(5) Zum Verständnis von Art. 100 Abs. 1 GG	311
bb) Die verfassungsgerichtliche Unvereinbarerklärung mit zeitweiser Weitergeltung der rechtswidrigen Norm als Bruch mit dem Nichtigkeitsdogma	315
cc) Diskussion der Stärken und Schwächen der beiden Ansätze zu den Folgen der Rechtswidrigkeit von Normen	316
(1) Der Vollzug rechtswidriger Normen nach dem Nichtigkeitsdogma und der Vernichtbarkeitslehre	317
(2) Betrachtung von Nichtigkeitsdogma und Vernichtbarkeitslehre unter dem Blickwinkel der Rechtssicherheit	318
(3) Folgen für rechtswidrige Normen und den Rechtsschutz nach dem Nichtigkeitsdogma und der Vernichtbarkeitslehre	319
(4) Schlussfolgerungen	322
d) Ergebnis	323
2. Nichtigkeit rechtswidriger Verwaltungsakte	323
a) Konzeption und Einzelfragen der Regelung in § 44 VwVfG	323

b) Vereinbarkeit der Nichtigkeitsregelung mit Verfassungsrecht und Unionsrecht	325
3. Nichtigkeit rechtswidriger verwaltungsrechtlicher Verträge	326
a) Ausdrückliche Nichtigkeitsgründe für den rechtswidrigen verwaltungsrechtlichen Vertrag nach § 59 VwVfG	326
b) Die Nichtigkeit qualifiziert rechtswidriger Verträge in Anlehnung an § 134 BGB nach dem herrschenden Ansatz	327
c) Die Beseitigung qualifiziert rechtswidriger Verträge als Alternative	329
aa) Die Möglichkeit der Beseitigung rechtswidriger verwaltungsrechtlicher Verträge als bestimmender Faktor für die Reichweite der Nichtigkeitsfolge	329
bb) Rechtmäßigkeitsrestitution durch Kündigung rechtswidriger Verträge nach § 60 Abs. 1 Satz 2 VwVfG	330
cc) Anspruch des Vertragspartners auf Abschluss eines Aufhebungs- oder Änderungsvertrags	332
d) Unionsrechtliche Vorgaben zur Nichtigkeit verwaltungsrechtlicher Verträge	334
e) Zusammenfassung	335
4. Ergebnisse	336
II. Die Unanwendbarkeit rechtswidriger Rechtsakte der Verwaltung	336
1. Unanwendbarkeit rechtswidriger Rechtsakte der Verwaltung nach innerstaatlichem Recht: die „Heilung“ von „nichtigen“ Beamtenernennungen	336
2. Unanwendbarkeit rechtswidriger Rechtsakte der Verwaltung kraft Unionsrechts	338
a) Unanwendbarkeit unionsrechtswidriger Rechtsnormen der Mitgliedstaaten	338
b) Unanwendbarkeit unionsrechtswidriger Einzelakte der Mitgliedstaaten	339
aa) Implikationen der Erstreckung der Unanwendbarkeitsfolge auf rechtswidrige Einzelakte	339
bb) Einordnung der Urteile des Gerichtshofs in Sachen <i>Ciola</i> und <i>Kühne & Heitz</i>	342
c) Sachliche und zeitliche Reichweite der Unanwendbarkeit	346
d) Grenzen des Vorrangs des Unionsrechts	346
aa) Grenzen der Unanwendbarkeit unionsrechtswidriger Rechtsakte nach nationalem Verfassungsrecht und ihre reaktionsrechtliche Bedeutung	346
bb) Unionsrechtliche Grenzen der Unanwendbarkeit unionsrechtswidriger Rechtsakte	347
(1) Unanwendbarkeitsfeststellungen des Gerichtshofs und Vertrauensschutz	347

(2) Unionsrechtliche Grenzen der Unanwendbarkeit von Rechtsnormen bei „indirekten Kollisionen“ von Unionsrecht und mitgliedstaatlichem Recht?	349
(3) Unionsrechtliche Grenzen der Unanwendbarkeit von Rechtsnormen bei Entstehung „inakzeptabler Regelungslücken“?	352
cc) Fazit	354
3. Ergebnisse	354
<i>B. Realisierung der automatischen Rechtmäßigkeitsrestitution</i>	<i>355</i>
I. Realisierung der Nichtigkeit rechtswidriger Rechtsakte der Verwaltung	355
1. Beurteilungskompetenz im Hinblick auf die Nichtigkeit von Rechtsakten	355
2. Verfahrensrechtliche Möglichkeiten der Realisierung der Nichtigkeit	355
a) Nichtige Verwaltungsakte	355
aa) Die behördliche Nichtigkeitsfeststellung und ihr Verhältnis zur Rücknahme des nichtigen Verwaltungsakts	355
bb) Das Verhältnis zwischen Anfechtungs- und Feststellungsklage bei der gerichtlichen Nichtigkeitsfeststellung	356
b) Nichtige verwaltungsrechtliche Verträge	357
3. Die Beseitigung des Rechtsscheins der Geltung als wesentliche Funktion der Nichtigkeitsfeststellung	358
II. Realisierung der Unanwendbarkeit rechtswidriger Normen der Verwaltung	358
1. Beurteilungskompetenz im Hinblick auf die Unanwendbarkeit von Normen	358
2. Verfahrensrechtliche Möglichkeiten der Realisierung der Unanwendbarkeit	360
a) Verfahren vor nationalen Gerichten	360
aa) Prinzipaler Rechtsschutz gegen die Anwendung einer unanwendbaren Norm	360
(1) Unionsrecht als Prüfungsmaßstab im verfassungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren	360
(2) Unionsrecht als Prüfungsmaßstab im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren	361
bb) Inzidenter Rechtsschutz gegen die Anwendung einer unanwendbaren Norm	362
b) Vertragsverletzungsverfahren vor dem Gerichtshof der Union	363
3. Der Zusammenhang zwischen der Feststellung der Unanwendbarkeit einer Norm und der Beseitigung des Rechtsscheins ihrer Anwendbarkeit	363

<i>C. Abschließende Bewertung der automatischen Rechtmäßigkeitsrestitution</i>	364
----------------------------------------------------------------------------------------------	-----

7. Kapitel: Umsetzung und Durchsetzung der Rechtmäßigkeitsrestitution im zweistufigen Reaktionsmodell	365
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

<i>A. Modalitäten der Rechtmäßigkeitsrestitution im zweistufigen Reaktionsmodell</i>	365
----------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

I. Rechtmäßigkeitsrestitution bei rechtswidrigen Rechtsakten der Verwaltung	365
1. Aufhebung des Rechtsakts durch Vornahme eines actus contrarius	365
a) Aufhebung rechtswidriger Rechtsnormen der Verwaltung	365
b) Aufhebung rechtswidriger Verwaltungsakte	366
aa) Rücknahme rechtswidriger Verwaltungsakte nach § 48 Abs. 1 Satz 1 VwVfG	366
bb) Wirksamkeitsverlust rechtswidriger Verwaltungsakte bei erfolgreichen Anträgen auf Wiederaufgreifen des Verwaltungsverfahrens nach § 51 VwVfG	366
c) Kündigung oder einvernehmliche Aufhebung rechtswidriger aber wirksamer verwaltungsrechtlicher Verträge	369
d) Die Reichweite der Aufhebung rechtswidriger Rechtsakte	369
aa) Sachliche Reichweite: Teilbarkeit von Rechtsakten und Teilaufhebung	369
bb) Zeitliche Reichweite: Aufhebung rechtswidriger Rechtsakte ex tunc	370
2. Fehlerkorrektur im Verwaltungsrecht	372
a) Fehlerkorrektur als Aufhebungssurrogat bei wirksamen Rechtsakten	372
b) Abgrenzung der Fehlerkorrektur von anderen Instituten des Verwaltungsrechts	373
aa) Fehlerkorrektur und Berichtigung von Rechtsakten: § 42 VwVfG und vergleichbare Vorschriften	373
bb) Fehlerkorrektur und Konformauslegung von Rechtsnormen	374
(1) Echte Konformauslegung von Rechtsnormen	375
(2) Unechte Konformauslegung von Rechtsnormen	375
cc) Fehlerkorrektur und Nachschieben von Gründen beim Verwaltungsakt	376
c) Rechtliche Anforderungen an die Rechtmäßigkeitsrestitution in Form der Fehlerkorrektur	379
aa) Reale Fehlerheilung: die Fehlerkorrektur als nachträgliche Befolgung der verletzten Verhaltensnorm	379

bb) Fehlerkorrektur und Aufhebungsanspruch	380
cc) Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage für die Fehlerkorrektur	381
(1) Gesetzesvorbehalt für die bloße Nachholung	382
(2) Gesetzesvorbehalt für die Veränderung von Rechtsakten: Einwände gegen das Nachbesserungsmodell von <i>Wolfgang Durner</i>	382
(3) Gesetzesvorbehalt für die Novation von Rechtsakten . . .	384
(4) Ergebnis	384
dd) Zur unionsrechtlichen Unbedenklichkeit von Fehlerkorrekturbefugnissen	385
d) Befugnisse der Verwaltung zur Fehlerkorrektur nach geltendem Reaktionsrecht	388
aa) Korrektur rechtswidriger Rechtsnormen der Verwaltung . .	388
(1) Einordnung der Abänderung oder Ergänzung rechtswidriger Normen in einem neuen Normsetzungsverfahren	388
(2) Das ergänzende Verfahren zur Fehlerbehebung nach § 214 Abs. 4 BauGB	388
(3) Zur Befugnis der Verwaltung zur Fehlerkorrektur von Rechtsnormen im Wege der unechten Konformauslegung	391
bb) Korrektur rechtswidriger Verwaltungsakte	391
(1) Die Heilung formell rechtswidriger Verwaltungsakte nach § 45 Abs. 1 VwVfG	392
(a) § 45 Abs. 1 VwVfG zwischen bloßer Nachholung und Novation des Verwaltungsakts	392
(b) Erlass und Bekanntgabe eines Korrekturverwaltungsakts im Fall der Novation . . .	395
(c) Vereinbarkeit von § 45 VwVfG mit Verfassungs- und Unionsrecht	397
(2) Die Umdeutung von Verwaltungsakten nach § 47 VwVfG	399
(3) Ergänzendes Verfahren und Planergänzung nach § 75 Abs. 1a Satz 2 und § 76 Abs. 2 VwVfG	400
(4) Die so genannte Ergänzung von Ermessenserwägungen als Neuerlass des Verwaltungsakts	403
cc) Korrektur rechtswidriger verwaltungsrechtlicher Verträge .	404
dd) Ergebnisse	405
3. Beseitigung des Rechtsscheins der Geltung bzw. Anwendbarkeit im Fall der Nichtigkeit bzw. Unanwendbarkeit eines rechtswidrigen Rechtsakts	406
a) Beseitigung des Rechtsscheins der Geltung durch die Feststellung der Nichtigkeit von Verwaltungsakten bzw. verwaltungsrechtlichen Verträgen	406

b) Beseitigung des Rechtsscheins der vollen Anwendbarkeit bei unionsrechtswidrigen Normen	406
4. Beseitigung rechtswidriger tatsächlicher Folgen des Rechtsakts	407
II. Rechtmäßigkeitsrestitution bei rechtswidrigen Realakten der Verwaltung	407
1. Rechtmäßigkeitsrestitution durch Beseitigung und Folgenbeseitigung	407
a) Abgrenzungs- und Zurechnungsfragen	407
b) Reichweite der Rechtmäßigkeitsrestitution	408
2. Rechtmäßigkeitsrestitution durch Herstellung als Frage der Überwindung eines Restitutionsausschlusses	408
III. Ergebnisse	409
<i>B. Durchsetzung der Rechtmäßigkeitsrestitution im zweistufigen Reaktionsmodell</i>	410
I. Bedeutung der Durchsetzbarkeit von Restitutionspflichten und Restitutionsansprüchen im öffentlichen Reaktionsrecht	410
II. Gerichtliche Durchsetzbarkeit von Restitutionsansprüchen	410
1. Vorgaben für die gerichtliche Durchsetzbarkeit von Restitutionsansprüchen	410
a) Verfassungsrechtliche Vorgaben	410
b) Unionsrechtliche Vorgaben	413
2. Analyse und Bewertung der Möglichkeiten zur gerichtlichen Durchsetzung von Restitutionsansprüchen	413
a) Durchsetzbarkeit von Restitutionsansprüchen im Wege des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes	413
aa) Prinzipialer und inzidenter Rechtsschutz gegen rechtswidrige Rechtsnormen der Verwaltung	413
bb) Rechtsschutz gegen rechtswidrige Verwaltungsakte	414
(1) Durchsetzung von Restitutionsansprüchen im Wege der Anfechtung rechtswidriger Verwaltungsakte	414
(2) Durchsetzung von Restitutionsansprüchen im Wege der Verpflichtungsklage auf Rücknahme rechtswidriger Verwaltungsakte	415
(3) Durchsetzung von Restitutionsansprüchen im Wege der stets zulässigen isolierten Anfechtung des Versagungsbescheids	415
(4) Besonderheiten bei der Anfechtung von Planfeststellungsbeschlüssen bzw. Plangenehmigungen in Abgrenzung zur Verpflichtungsklage auf Planergänzung	416
cc) Rechtsschutz gegen wirksame verwaltungsrechtliche Verträge im Wege der allgemeinen Leistungsklage	417
dd) Rechtsschutz gegen rechtswidrige Realakte im Wege der allgemeinen Leistungsklage	417

b)	Durchsetzbarkeit von Restitutionsansprüchen mit der Verfassungsbeschwerde	417
c)	Durchsetzbarkeit von Restitutionsansprüchen vor dem Gerichtshof der Union und dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte	419
d)	Ergebnis	420
3.	Analyse und Bewertung von Beschränkungen des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes im Einzelfall	420
a)	Verzicht auf die Durchsetzung des Restitutionsanspruchs	420
b)	Ausschluss der Durchsetzbarkeit des Restitutionsanspruchs auf der Grundlage von Obliegenheitsverletzungen des Betroffenen	421
aa)	Verjährung von Restitutionsansprüchen	421
bb)	Verwirkung von Rechtsbehelfen oder Bekanntgabefiktion in zweipoligen und in mehrpoligen Rechtsverhältnissen	422
cc)	Versäumung von Rechtsbehelfsfristen	424
dd)	Präklusion	426
ee)	Zur Anwendbarkeit der Arglistenrede im öffentlichen Reaktionsrecht	428
c)	Die Beschränkung der Durchsetzbarkeit des Restitutionsanspruchs bei rechtswidrigen Verfahrenshandlungen nach § 44a VwGO	429
d)	Abschließende Bewertung der Grenzen der Durchsetzbarkeit von Restitutionsansprüchen	431
III.	Durchsetzbarkeit objektiver Restitutionspflichten	432
1.	Rechtliche Vorgaben für die Durchsetzbarkeit objektiver Restitutionspflichten	432
a)	Verfassungsrechtliche Vorgaben	432
b)	Unionsrechtliche Vorgaben	435
2.	Analyse der Möglichkeiten zur Durchsetzung objektiver Restitutionspflichten	436
a)	Die Durchsetzbarkeit objektiver Restitutionspflichten im Wege der Aufsicht	436
aa)	Die Nutzung von Weisungsverhältnissen in der unmittelbaren Staatsverwaltung zur Erfüllung von Restitutionspflichten	436
bb)	Die Durchsetzbarkeit der Rechtmäßigkeitsrestitution im Wege der Staatsaufsicht	437
(1)	Zur rechtsstaatlichen Funktion und Notwendigkeit der Rechtsaufsicht über verselbständigte Verwaltungsträger	437
(2)	Zur Geltung des Opportunitätsprinzips bei der Durchsetzung der Rechtmäßigkeitsrestitution im Wege der Rechtsaufsicht	439
cc)	Bundesaufsicht und Rechtmäßigkeitsrestitution	441

dd) Die Überwachung der Unionsrechtskonformität mitgliedstaatlichen Handelns im Vertragsverletzungsverfahren	442
ee) Zur fehlenden Subjektivierung der objektiv-rechtlichen Durchsetzungsmöglichkeiten im Bereich der Aufsicht	443
b) Die gerichtliche Durchsetzbarkeit objektiver Restitutionspflichten	444
aa) Die Durchsetzbarkeit objektiver Restitutionspflichten durch gerichtliche Beanstandungsverfahren auf hoheitliche Initiative	444
(1) Behördenanträge im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren	444
(2) Die abstrakte Normenkontrolle vor dem Bundesverfassungsgericht	446
(3) Vertragsverletzungsklage der Europäischen Kommission	447
bb) Die gerichtliche Durchsetzbarkeit objektiver Restitutionspflichten im Wege des überindividuellen Rechtsschutzes	448
IV. Abschließende Bewertung der Durchsetzbarkeit der Rechtmäßigkeitsrestitution im zweistufigen Reaktionsmodell	449
 8. Kapitel: Grenzen der Rechtmäßigkeitsrestitution	451
 A. Entfallen der Verpflichtung der Verwaltung zur Rechtmäßigkeitsrestitution	451
I. Der Untergang der Restitutionspflicht wegen Unmöglichkeit der Rechtmäßigkeitsrestitution bei rechtswidrigen Realakten	451
1. Tatsächliche Unmöglichkeit	451
2. Faktische Unmöglichkeit der Rechtmäßigkeitsrestitution: Unzumutbarkeit als Restitutionsausschluss oder als Übergang zur Folgenentschädigung	452
3. Rechtliche Unmöglichkeit	454
a) Rechtliche Unmöglichkeit wegen Rechten Dritter: zur Debatte um die Folgenbeseitigungslast in mehrpoligen Rechtsverhältnissen	455
b) Überwindung der rechtlichen Unmöglichkeit zu Gunsten der Rechtmäßigkeitsrestitution durch Herstellung im Verwaltungsrecht	456
aa) Zulässigkeit der Rechtmäßigkeitsrestitution durch Herstellung	457
bb) Verpflichtung zur Rechtmäßigkeitsrestitution durch Herstellung im Sozialleistungsrecht und im übrigen Verwaltungsrecht	458

II. Die Erledigung rechtswidriger Rechtsakte und ihre Auswirkungen auf die Restitutionspflicht	459
1. Die Erledigung von Maßnahmen der Verwaltung	460
a) Wesen der Erledigung	460
b) Anwendungsbereich der Erledigung	461
2. Erledigung und Rechtmäßigkeitsrestitution: die Erledigung als Erfüllungssurrogat oder als Unmöglichkeitgrund	463
III. Kompensation statt Restitution: zur Frage des Anspruchswandels bei Unmöglichkeit	464
1. Auf Feststellung der Rechtsverletzung gerichteter Kompensationsanspruch als Rechtsfortwirkungsanspruch	464
2. Kein automatisches Stufenverhältnis zwischen Restitution und Kompensation in Anlehnung an § 251 Abs. 1 BGB im öffentlichen Reaktionsrecht	465
IV. Zur Beseitigungssperre für rechtswidrige Folgen wirksamer Rechtsakte	466
V. Ergebnisse	468
<i>B. Erlöschen nur des Restitutionsanspruchs</i>	468
I. Beschränkung auf nur subjektiv-rechtlich wirkende Ausschlussgründe	468
II. Mögliche Erscheinungsformen des nur subjektiven Restitutionsausschlusses im öffentlichen Reaktionsrecht	469
1. Verzicht und Verwirkung	469
2. Mitverschulden	469
III. Ergebnis	470
<i>C. Ausschluss der Restitutionspflicht der Verwaltung</i>	471
I. Anforderungen an den Ausschluss der Rechtmäßigkeitsrestitution	471
1. Verfassungsrechtliche Anforderungen	471
a) Materieller Maßstab für Ausschlussregelungen: Grenzen des Sanktionierungsspielraums des Gesetzgebers	471
b) Kompetenzverteilung zwischen Gesetzgebung und Verwaltung	473
aa) Gesetzesvorbehalt für den Ausschluss der Rechtmäßigkeitsrestitution bei Rechtsverletzungen der Verwaltung	473
bb) Restitutionsbefugnis der Verwaltung nur bei Delegation der abschließenden Entscheidung über die Rechtmäßigkeitsrestitution auf die Verwaltung	474
2. Unionsrechtliche Anforderungen	476
II. Erscheinungsformen und Zulässigkeit abschließender Restitutionsausschlüsse im öffentlichen Reaktionsrecht	478
1. Unbeachtlichkeit von Fehlern	478

a) Absolute und relative Unbeachtlichkeit von Fehlern: Grundgedanke und Ausgestaltung am Beispiel des Bauplanungsrechts	478
b) Die absolute Unbeachtlichkeit von Fehlern und ihre verfassungsrechtliche und unionsrechtliche Bewertung	480
c) Die relative Unbeachtlichkeit von Fehlern im öffentlichen Reaktionsrecht	482
aa) Typen von Unbeachtlichkeitsbedingungen im öffentlichen Reaktionsrecht	482
(1) Unwesentlichkeit bestimmter Normverstöße als Unbeachtlichkeitsbedingung: § 214 Abs. 1–2a BauGB	482
(2) Offensichtliche Ergebnisirrelevanz als Unbeachtlichkeitsbedingung: § 46 VwVfG sowie Kausalitätsrechtsprechung des Bundesverwaltungs- gerichts	483
(3) Fehlende Offenkundigkeit und Ergebnisrelevanz von Abwägungsmängeln als Unbeachtlichkeitsbedingungen: § 75 Abs. 1a Satz 1 VwVfG und § 214 Abs. 3 Satz 2 BauGB	486
(4) Fehlende Offenkundigkeit als Unbeachtlichkeits- bedingung: die Verfassungsrechtsprechung zu Fehlern im Normgebungsverfahren	488
(5) Unterbliebene Rüge als Bedingung für das Unbeachtlichwerden beachtlicher Fehler: § 215 BauGB und kommunalrechtliche Parallelvorschriften	489
bb) Verfassungsrechtliche Bewertung der relativen Unbeachtlichkeit von Fehlern anhand der einzelnen Unbeachtlichkeitsbedingungen	489
(1) Vorrang der Rechtserhaltung bei konkreter Unwesentlichkeit bestimmter Rechtsverstöße in Bauleitplänen und baurechtlichen Satzungen	489
(2) Vorrang der Rechtserhaltung bei offensichtlich ergebnisirrelevanten Verfahrens- oder Formfehlern des Verwaltungsakts	490
(3) Vorrang der Rechtserhaltung bei nicht offensichtlichen oder nicht ergebnisrelevanten Mängeln im Abwägungsvorgang	492
(4) Vorrang der Rechtserhaltung in Ermangelung einer fristgerechten Beanstandung beachtlicher Rechtsverletzungen	496
cc) Unionsrechtliche Bewertung der relativen Unbeachtlichkeit von Fehlern anhand der einzelnen Unbeachtlichkeits- bedingungen	499
(1) Vereinbarkeit von § 46 VwVfG mit dem Unionsrecht unter Berücksichtigung von § 4 Abs. 1 UmwRG	500

(2) Vereinbarkeit von § 214 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und 3 BauGB mit dem Unionsrecht	502
dd) Ergebnisse	504
d) Die Unbeachtlichkeit vormaliger Fehler als Implikation der Fehlerkorrektur	504
2. Die Immunsierung rechtswidriger Rechtsakte im öffentlichen Reaktionsrecht	505
a) Grundgedanke und Erscheinungsformen der Immunsierung	505
aa) Der beamtenrechtliche Grundsatz der Ämterstabilität	505
bb) Weitere mögliche Ausprägungen der Immunsierung rechtswidriger Rechtsakte	508
(1) Einordnung der Doktrin der Mandatsrelevanz für fehlerhafte Wahlakte	508
(2) Zuschlagsstabilität nach § 168 Abs. 2 Satz 1 GWB im Vergaberecht	509
(3) § 79 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG als konstitutive Immunsierungsregel oder deklaratorischer Verweis auf die Regelungen zum Restitutionsausschluss	510
b) Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Immunsierung rechtswidriger Rechtsakte	512
III. Erscheinungsformen und Zulässigkeit von Restitutionsbefugnissen der Verwaltung beim Abschluss der Restitutionspflicht	513
1. Die Restitutionsbefugnis beim rechtswidrigen Verwaltungsakt	513
a) Die Rücknahme nach § 48 VwVfG im Verhältnis zu Spezialregelungen	513
b) Die Rechtslage vor Eintritt der Unanfechtbarkeit: Restitutionspflicht oder Restitutionsbefugnis?	514
aa) Das herrschende Verständnis eines generellen Restitutionsausschlusses beim rechtswidrigen Verwaltungsakt	514
bb) Einstufiges und zweistufiges Reaktionsmodell beim rechtswidrigen Verwaltungsakt	515
cc) Behördliche und gerichtliche Aufhebung des Verwaltungsakts: die Anfechtungsklage als Rechtsbehelf zur Durchsetzung des materiellen Reaktionsrechts	516
dd) Bestätigung der materiell-rechtlichen Bedeutung der Unanfechtbarkeit des Verwaltungsakts durch § 50 VwVfG	518
c) Die Rechtslage nach Eintritt der Unanfechtbarkeit	519
aa) Ersetzung der Restitutionspflicht durch eine Restitutionsbefugnis der Verwaltung als Regelfall	519
bb) Ausschlussgründe für die Restitutionsbefugnis der Verwaltung	520
(1) Vertrauensschutz als Schranke der Rücknahme	520
(a) Grundlagen	520

(b) Unionsrechtliche Schranken-Schranken: die Rückforderung von Beihilfen	521
(2) Ausschluss der Rücknahme des Verwaltungsakts bei unbeachtlichen Fehlern	522
(3) Kein Ausschluss der Rücknahme nach § 79 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG	523
cc) Zulässigkeit der Ersetzung der Restitutionspflicht durch eine Restitutionsbefugnis und Anforderungen an die Ermessensausübung	524
(1) Verfassungsrechtliche Vorgaben	524
(2) Unionsrechtliche Zulässigkeit des Ausschlusses der Restitutionspflicht bei bestandskräftigen unionsrechtswidrigen Verwaltungsentscheidungen	525
(a) Grundlagen und Grenzen des Schutzes der Bestandskraft von Verwaltungsentscheidungen . . .	525
(b) Grundlagen und Grenzen des Schutzes der Rechtskraft gerichtlicher Entscheidungen zur Bestätigung unionsrechtswidriger Verwaltungsentscheidungen . . .	532
d) Ergebnis	533
2. Die Restitutionsbefugnis bei der Ermessensentscheidung über die Rechtmäßigkeitsfiktion nach § 214 Abs. 4 BauGB	534
3. Restitutionsbefugnis statt Restitutionspflicht beim verwaltungsrechtlichen Vertrag jenseits des Anwendungsbereichs der Nichtigkeitsgründe	536
<i>D. Abschließende Bewertung zu den Grenzen der Rechtmäßigkeitsrestitution</i>	<i>537</i>

Schlussbetrachtung

9. Kapitel: Gestalt und Perspektiven des öffentlichen Reaktionsrechts	543
<i>A. Das öffentliche Reaktionsrecht als Rechtsgebiet: Versuch einer Bilanz</i>	<i>543</i>
<i>B. Überlegungen zur künftigen Gestalt des öffentlichen Reaktionsrechts und zur Rollenverteilung bei seiner Fortentwicklung</i>	<i>548</i>
I. Die Aufgabe des Gesetzgebers: Handlungsbedarf und rechtspolitische Anfragen	548
II. Die Ausgestaltung des öffentlichen Reaktionsrechts durch die rechtsprechende Gewalt	549
III. Die Rolle der Rechtswissenschaft	551

<i>C. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse der Untersuchung</i>	552
1. Kapitel: Gegenstand und Forschungsansatz der Untersuchung	552
2. Kapitel: Theoretische Grundlegung des öffentlichen Reaktionsrechts	553
3. Kapitel: Reaktionsinhalte	554
4. Kapitel: Reaktionsmodi	555
5. Kapitel: Rechtmäßigkeitsrestitution als Gebot des öffentlichen Reaktionsrechts	557
6. Kapitel: Rechtmäßigkeitsrestitution im einstufigen Reaktionsmodell	559
7. Kapitel: Rechtmäßigkeitsrestitution im zweistufigen Reaktionsmodell	561
8. Kapitel: Grenzen der Rechtmäßigkeitsrestitution	563
Literaturverzeichnis	567
Stichwortverzeichnis	601

Jede systematische Darstellung von Rechtsnormen heischt die Lösung zweier verschiedener Reihen von Fragen, die auch zwei ganz verschiedene Methoden erfordern: Die eine Reihe geht auf die Feststellung dessen hin, was von den zu bearbeitenden Rechtsnormen gefordert wird; die andere Reihe aber ist darauf gerichtet, was die Forderung einer Rechtsnorm, ganz abgesehen von ihrem besonderen Forderungsinhalt, überhaupt bedeutet. Die Lösung dieser zweiten Reihe von Fragen muss der ersten vorangehen. Die Darstellung eines besonderen Rechtsinhaltes hat eine Kenntnis dessen zur Voraussetzung, was ein Rechtsinhalt überhaupt bedeutet.

Felix Somló, Juristische Grundlehre, 2. Aufl. 1927, S. 1

Einleitung

1. Kapitel

Gegenstand und Forschungsansatz der Untersuchung

A. Die Folgen hoheitlicher Rechtsverletzungen als Rechtsproblem

I. Die kategoriale Unterscheidung zwischen rechtmäßigem und rechtswidrigem hoheitlichen Handeln

1. Die Unrechtsfähigkeit des Staates als Grundlage der Unterscheidung zwischen rechtmäßigem und rechtswidrigem hoheitlichen Handeln

Kern der modernen Rechtsstaatsidee ist die Bindung der hoheitlichen Gewalt an das Recht¹. Durch die Rechtsbindung der öffentlichen Gewalt, wie sie für die deutsche Rechtsordnung in Art. 1 Abs. 3 und Art. 20 Abs. 3 GG prononciert wird, erhält die Unterscheidung zwischen rechtmäßigem und rechtswidrigem Handeln für das öffentliche Recht grundlegende Bedeutung. *Niklas Luhmann* hat sie als „binäre Codierung“ des Systems Recht insgesamt bezeichnet². Die Lehre von der Unrechtsunfähigkeit des Staates³ ist damit verfas-

¹ Zum Rechtsstaatsbegriff und zur Ideengeschichte s. etwa *P. Kunig*, Das Rechtsstaatsprinzip, 1986, S. 21 ff.; *K. Sobota*, Das Prinzip Rechtsstaat, 1997, S. 263 ff.; *E. Schmidt-Aßmann*, Der Rechtsstaat, in: *J. Isensee/P. Kirchhof* (Hrsg.), *HbStR*, Bd. II, 3. Aufl. 2004, § 26 Rn. 1 ff.; *H. Schulze-Fielitz*, in: *H. Dreier* (Hrsg.), *GG*, Bd. II, 3. Aufl. 2015, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 1 ff.

² *N. Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, 1993, S. 60 f., 72 f.; zur Bedeutung der Unterscheidung auch *D. Haas*, System der öffentlichrechtlichen Entschädigungspflichten, 1955, S. 15; *M. Morlok*, Erstattung als Rechtmäßigkeitsrestitution, DV 25 (1992), S. 371 (375 f.); *T. Vesting*, Rechtstheorie, 2. Aufl. 2015, Rn. 120 ff.; *C. Bumke*, Relative Rechtswidrigkeit, 2004, S. 254 f.; *W. Höfling*, Primär- und Sekundärrechtsschutz im Öffentlichen Recht, *VVDStRL* 61 (2002), S. 260 (264); *K. Sobota*, Das Prinzip Rechtsstaat, 1997, S. 217, 230.

³ Nach der absolutistischen Vorstellung war der Herrscher als Träger der Staatsgewalt grundsätzlich unfehlbar („the king can do no wrong“), rechtswidriges Staatshandeln kam nicht in Betracht (s. dazu *J. Kohl*, Die Lehre von der Unrechtsunfähigkeit des Staates, 1977; *K. Stein*, Die Verantwortlichkeit politischer Akteure, 2009, S. 72 ff.). Doch auch mit der Zunahme der rechtlichen Bindungen der Staatsgewalt wurde die Konzeption der Unrechtsunfähigkeit des Staates aufrechterhalten, und zwar maßgeblich durch die bis zum 19. Jahrhundert vorherrschende Auffassung des Verhältnisses zwischen dem Staat und dem Staatsdiener als privatrechtlicher Mandatskontrakt, der eine Zurechnung des Handelns des Staatsdieners nur innerhalb des Mandats erlaubte (für eine frühe und fundierte Kritik *H. Zoepfl*, Grundsätze des allgemeinen und des constitutionell-monarchischen Staatsrechts, 1841, S. 250 ff.). Rechtswidriges Handeln war damit Handeln contra mandatum, das nicht als Äußerung der Staatsgewalt angesehen, sondern dem Beamten persönlich als privates Handeln zugerechnet wurde, für das er privat haftete.

sungsrechtlich überwunden⁴: Wenn Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG gegen Rechtsverletzungen der öffentlichen Gewalt den Rechtsweg eröffnet, steht dahinter die Einsicht, dass Hoheitsträger zwar nicht rechtswidrig handeln dürfen, dass sie aber rechtswidrig handeln können. Angesichts ihrer zentralen Bedeutung haben Theorie und vor allem Dogmatik des öffentlichen Rechts der Unterscheidung zwischen dem rechtmäßigen und dem rechtswidrigen Staatsakt große Aufmerksamkeit gewidmet. Bei allen Schwierigkeiten im Detail liefert die Wissenschaft vom öffentlichen Recht heute eine etablierte, wenngleich bereichsspezifisch unterschiedlich stark ausdifferenzierte Dogmatik zur Unterscheidung zwischen rechtmäßigem und rechtswidrigem Handeln⁵. Trotz partieller Gewissheitsverluste durch die Kopplung von Rechtsordnungen in Mehrebenensystemen lässt sich *cum grano salis* für jeden deutschen Hoheitsakt sowohl feststellen, welchen rechtlichen Bindungen er unterliegt, als auch bestimmen, ob er diesen entspricht oder nicht.

2. Unterschiedliche Rechtsfolgen als Kern der Unterscheidung zwischen rechtmäßigem und rechtswidrigem hoheitlichen Handeln

Die rechtliche Betrachtung einer hoheitlichen Maßnahme ist mit der Einordnung als rechtmäßig oder rechtswidrig nicht abgeschlossen; vielmehr zieht diese Einordnung bestimmte Folgen und Folgefragen nach sich. Dabei ist die Frage nach den Folgen für rechtmäßige Hoheitsakte von geringerer Bedeutung als für rechtswidrige: Für rechtmäßige Rechtsakte ist die Frage nach einem Wirksamkeitsverlust von untergeordneter Bedeutung und Schwierigkeit. Rechtsschutz gegen rechtmäßige hoheitliche Maßnahmen bleibt grundsätzlich ohne Erfolg, wenn nicht neben der Rechtmäßigkeit ausnahmsweise auch die Zweckmäßigkeit einer Maßnahme überprüft wird⁶. Die Aufhebung rechtmäßiger Rechtsakte ist zwar grundsätzlich möglich, sie wird aber durch den Vertrauensschutz deutlich eingeschränkt. Und für Belastungen Einzelner durch rechtmäßige Maßnahmen der öffentlichen Gewalt muss nur ausnahmsweise eine Entschädigung in Geld gewährt werden. Das Rechtmäßigkeitsurteil kann damit in vielen Fällen den Endpunkt der rechtlichen Betrachtung eines Staatsakts darstellen.

⁴ S. zu diesem Zusammenhang vor allem *M. Breuer*, Staatshaftung für judikatives Unrecht, 2011, S. 110 f.; *J. Lücke*, Rechtsstaatsprinzip und Staatshaftungsreform, AöR 104 (1979), S. 225 (229 f.).

⁵ S. zu den Unklarheiten über den Bezugspunkt des Rechtswidrigkeitsurteils allerdings noch unten S. 71 ff.

⁶ Zu solchen Zweckmäßigkeitskontrollen etwa *W. Kahl*, Begriff, Funktionen und Konzepte von Kontrolle, in: *W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle* (Hrsg.), GrdIVwR, Bd. III, 2. Aufl. 2013, § 47 Rn. 54 f.

Bei rechtswidrigen Maßnahmen der öffentlichen Gewalt ist das grundlegend anders: Die Einordnung eines Hoheitsakts als rechtswidrig ergänzt die Beurteilung der Maßnahme als rechtmäßig oder rechtswidrig um eine sekundäre Betrachtungsebene, die sich mit der Reaktion der Rechtsordnung auf ihre Verletzung beschäftigt. Wenn das Rechtsstaatsprinzip alle staatliche Gewalt zur Beachtung rechtlicher Bindungen verpflichtet, dann sollten Verstöße gegen diese Verpflichtung nicht folgenlos sein; denn sonst würde das Recht faktisch doch zur Disposition der rechtsgebundenen Gewalten gestellt⁷. Die Vielfalt möglicher Reaktionen des geltenden Rechts auf hoheitliche Rechtsverletzungen etwa in Form von Nichtigkeitsregelungen, von Aufhebungsbefugnissen oder von Entschädigungspflichten zeigt, dass die Rechtsordnung solche Folgen auch vorsieht. Blieben Rechtsverstöße der öffentlichen Gewalt ohne diese rechtlichen Konsequenzen, wäre die Unterscheidung zwischen rechtmäßigem und rechtswidrigem Staatshandeln nicht von so grundlegender Bedeutung: Sie liegt vor allem darin, dass rechtswidriges hoheitliches Handeln andere Rechtsfolgen hat als rechtmäßiges. Die Einordnung eines Hoheitsakts als rechtswidrig zieht damit den Übergang auf eine sekundäre Betrachtungsebene nach sich, veranlasst also die Bestimmung der Folgen der Rechtswidrigkeit⁸. Gerade für eine auf den „pathologischen Fall“ der Rechtsverletzung konzentrierte Rechtswissenschaft und Rechtspraxis ist diese Frage ganz zentral⁹.

II. Unsicherheiten über die Folgen hoheitlicher Rechtsverletzungen

Die Folgen hoheitlicher Rechtsverletzungen ergeben sich weder aus einem Blick ins Gesetz noch aus feststehenden Grundsätzen des öffentlichen Rechts. Vielmehr bestehen sowohl inhaltlich als auch hinsichtlich der Vorgehensweise große Unsicherheiten.

⁷ S. zu diesem Zusammenhang etwa *N. Luhmann*, Öffentlich-rechtliche Entschädigung rechtspolitisch betrachtet, 1965, S. 29 ff.; *M. Morlok*, Erstattung als Rechtmäßigkeitsrestitution, DV 25 (1992), S. 371 (376 ff.); *E. Schmidt-Aßmann*, in: T. Maunz/G. Dürig, GG, Art. 19 Abs. 4 (Stand: 2014) Rn. 281 ff.; *K.F. Gärditz*, in: K.H. Friauf/W. Höfling, Berliner Kommentar zum GG, Art. 20 (6. Teil, Stand: 2011) Rn. 86 ff.; *B.J. Hartmann*, Öffentliches Haftungsrecht, 2013, S. 61 f.

⁸ S. zu diesem Zusammenhang *M. Morlok*, Allgemeine Elemente der Einstandspflichten für rechtswidriges Staatshandeln, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle (Hrsg.), GrdIVwR, Bd. III, 2. Aufl. 2013, § 52 Rn. 36.

⁹ S. auch *J.H. Klement*, Rechtsbefolgung und Rechtsdogmatik, in: P. Hilbert/J. Rauber (Hrsg.), Warum befolgen wir Recht?, 2019, S. 227 (229): „Die erfolgreiche Verarbeitung von Rechtsbefolgungsproblemen [...] ist für das Recht von buchstäblich existenzieller Bedeutung.“

1. Inhaltliche Unsicherheiten über die Folgen hoheitlicher Rechtsverletzungen

Was die Auswirkungen der Rechtswidrigkeit eines Rechtsakts auf seine Wirksamkeit angeht, so ist schon das klassische Axiom, nach dem rechtswidrige Normen nichtig, rechtswidrige Verwaltungsakte aber wirksam und lediglich aufhebbar sind, nicht frei von Zweifeln: Dass rechtswidrige Normen ipso iure nichtig sind, wird im Schrifttum seit jeher bestritten¹⁰, und auch in der Praxis deutet der freihändige Umgang des Bundesverfassungsgerichts mit der Rechtsfolgenfrage¹¹ darauf hin, dass die Nichtigkeitsfolge vielleicht doch nicht automatisch eintritt. Die Nichtigkeit als Folge von Rechtsverletzungen wird nur für Verwaltungsakte in § 44 und für verwaltungsrechtliche Verträge in § 59 VwVfG gesetzlich festgelegt. Bei beiden Handlungsformen führen Rechtsverstöße allerdings nicht stets, sondern nur unter weiteren Voraussetzungen zur Nichtigkeit. Über diese Regelungen hinaus gibt es weder eine allgemeine Bestimmung, die für rechtswidrige Hoheitsakte ihre Unwirksamkeit anordnet, noch finden sich Aussagen zur Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen andere Rechtsakte als Verwaltungsakte oder verwaltungsrechtliche Verträge als Folge ihrer Rechtswidrigkeit nichtig sind. Eine generelle Regel über die Auswirkungen der Rechtsverletzung auf die Wirksamkeit von Rechtsakten lässt sich damit nicht formulieren, und insgesamt erscheint die Nichtigkeit als Institut des Rechtsfolgenrechts als nicht abschließend durchdrungen. Das gilt auch für die Unanwendbarkeit innerstaatlicher Rechtsakte, die im Fall ihres Verstoßes gegen europäisches Unionsrecht an die Stelle der Nichtigkeitsfolge tritt¹². Ist diese Unanwendbarkeit eine Folge der Verletzung von Unionsrecht, dann muss sie in die Betrachtung der Folgen hoheitlicher Rechtsverletzungen einbezogen werden. Worin aber das Wesen dieser Unanwendbarkeit besteht, welche Folgen sie hat und für welche Rechtsakte sie eingreift, ist nicht zweifelsfrei geklärt worden¹³. Auch hier müssten die Konturen des Instituts der Unanwendbarkeit von Rechtsakten noch geschärft werden¹⁴.

Sofern sich das Vorliegen einer Rechtsverletzung auf die Wirksamkeit eines Rechtsakts nicht auswirkt, ein rechtmäßiger Zustand in diesem Umfang also nicht ipso iure wiederhergestellt wird, kann den Urheber des Rechtsakts eine Verpflichtung zu dieser Wiederherstellung treffen. Und möglicherweise kann

¹⁰ S. dazu unten S. 305 ff.

¹¹ S. dazu etwa *K. Schlaich/S. Koriath*, Das Bundesverfassungsgericht, 11. Aufl. 2018, Rn. 395 ff.; *M. Graßhof*, in: C. Burkiczak/F.-W. Dollinger/F. Schorkopf (Hrsg.), BVerfGG, 2015, § 78 Rn. 35 ff.; s. auch *H. Sauer*, in: C. Walter/B. Grünewald (Hrsg.), BeckOK BVerfGG, § 35 (Stand: 2020) Rn. 14 ff.

¹² Zur Frage, warum das Unionsrecht nicht auf die Geltung mitgliedstaatlicher Rechtsakte zugreifen kann, s. unten S. 204 f.

¹³ S. dazu unten S. 194 ff.

¹⁴ S. dazu unten S. 202 ff.

eine in ihren subjektiven Rechten Verletzte die Aufhebung des rechtswidrigen Akts und gegebenenfalls auch seiner Folgen verlangen und durchsetzen. Klare Aussagen zu diesen Problemen enthält das positive Recht allerdings nicht: Die Fehlerfolgenregeln zum rechtswidrigen Verwaltungsakt in §§ 43 ff. VwVfG sind nicht nur unvollständig, indem sie Aufhebungsansprüche der Bürgerinnen und Bürger nur am Rande und mittelbar in den Blick nehmen¹⁵. Sie stellen auch eine singuläre Erscheinung dar, denn eine vergleichbar ausdifferenzierte Fehlerfolgenregelung enthält das öffentliche Recht für keine andere Form staatlichen Handelns; es nimmt die Frage der Beseitigung rechtswidriger Maßnahmen sonst nur bereichsspezifisch in den Blick, beispielsweise durch die Anordnung der Löschung rechtswidrig gespeicherter Daten¹⁶. Für den nicht begünstigenden rechtswidrigen Verwaltungsakt stellt die allgemeine Vorschrift des § 48 Abs. 1 Satz 1 VwVfG die Aufhebung des Verwaltungsakts ins Ermessen der handelnden Behörde, wohingegen im Sozialverwaltungsverfahren nach § 44 Abs. 1 SGB X grundsätzlich eine Aufhebungspflicht besteht. Dass der Adressat die Aufhebung eines rechtswidrigen Verwaltungsakts erreichen kann, mag im Ergebnis selbstverständlich erscheinen. Es ergibt sich aber nur mittelbar aus den Regelungen in § 42 Abs. 1 und § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO über die Anfechtungsklage und die Entscheidung des Gerichts im Fall ihrer Begründetheit¹⁷. An die Stelle der Regelung einer materiellen Fehlerfolge tritt also eine Regelung zu den Rechtsschutzmöglichkeiten der Betroffenen. Ob diesem Rechtsbehelf ein materieller Aufhebungsanspruch zu Grunde liegt und ob und unter welchen Voraussetzungen die Behörde unabhängig von einer gerichtlichen Aufhebung zur Wiederherstellung eines rechtmäßigen Zustands verpflichtet ist, ist den prozessrechtlichen Vorschriften dabei nicht unmittelbar zu entnehmen. Ähnlich wie bei der Aufhebung rechtswidriger Verwaltungsakte verhält es sich mit der Aufhebung fehlerhafter gerichtlicher Entscheidungen: Auch diese lässt sich im Rechtsmittelzug erreichen, ohne dass das Prozessrecht die materielle Frage der Fehlerfolge in den Blick nehmen würde¹⁸. Das öffentliche Recht enthält damit für die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen rechtswidrige Hoheitsakte zur Wiederherstellung eines rechtmäßigen Zustands beseitigt werden müssen, keine klaren Aussagen, obwohl sie in einem rechtsstaatlichen Gemeinwesen zentral ist. Nicht anders

¹⁵ Für das Sozialverwaltungsverfahren und für das Steuerverwaltungsverfahren enthalten §§ 38 ff. SGB X bzw. §§ 125 ff. AO eigene Fehlerfolgenregeln für Verwaltungsakte. Soweit dabei inhaltliche Besonderheiten bestehen, wird auf diese bei der Darstellung der einzelnen Fehlerfolgeninstitute eingegangen.

¹⁶ S. etwa § 35 Abs. 2 Nr. 1 BPolG oder Art. 17 Abs. 1 lit. d) der Verordnung (EU) 2016/679.

¹⁷ S. auch § 100 Abs. 1 Satz 1 FGO sowie – weniger eindeutig – § 131 Abs. 1 Satz 1 SGG.

¹⁸ Dieses stellt allein darauf ab, ob einer der gesetzlich festgelegten Rechtsmittelgründe vorliegt, die neben der Fehlerhaftigkeit der angefochtenen Entscheidung weitere Voraussetzungen aufstellen.

liegt es für die klassische Frage, ob auch die Folgen des rechtswidrigen Verhaltens eines Hoheitsträgers beseitigt werden müssen. Auch hierzu schweigt sich das geschriebene Recht fast vollständig aus¹⁹. Zwar besteht im Ergebnis Einigkeit über die Existenz eines öffentlich-rechtlichen Folgenbeseitigungsanspruchs; der Hinweis darauf, dass er sich mittlerweile gewohnheitsrechtlich verfestigt habe²⁰, belegt aber, dass über seine rechtliche Grundlage keine Einigkeit erzielt werden konnte. Hier zeigt sich, dass die der inhaltlichen Auseinandersetzung mit den einzelnen Rechtsfolgen vorgelagerte Frage beantwortet werden muss, wie ungeschriebene Regeln über die Folgen hoheitlicher Rechtsverletzungen ermittelt werden können, wenn es an positiven Rechtsfolgenregeln fehlt.

Wiederum nur bereichsspezifisch sieht das öffentliche Recht für den Fall eines Rechtsverstoßes Institute vor, die als Aufhebungssurrogate eingeordnet werden können, indem sie aus Rechtserhaltungsgründen der Beseitigung eines Fehlers den Vorrang vor der Beseitigung des fehlerhaften Rechtsakts geben. Das geltende Recht sieht beispielsweise für Verwaltungsakte in § 45 VwVfG die Möglichkeit der Heilung formeller Fehler vor, und im Planungsrecht kommt der Ergänzung fehlerhafter Pläne nach § 214 Abs. 4 BauGB oder nach Parallelregelungen im Fachplanungsrecht erhebliche praktische Bedeutung zu. Diese Regelungen nehmen den Grundgedanken der Surrogation der Aufhebung des fehlerhaften Rechtsakts durch einen Akt der Fehlerbehebung aber nicht als solchen in den Blick. Zu klären bleibt damit die Frage, ob hinter den Spezialregelungen ein allgemeines Institut der Fehlerkorrektur steht, in welchen Konstellationen und unter welchen Voraussetzungen eine Fehlerkorrektur also an die Stelle der Aufhebung eines rechtswidrigen Rechtsakts treten kann und darf und was zur Fehlerbehebung erforderlich ist.

Betrachtet man, ob und unter welchen Voraussetzungen Staatsakte trotz ihrer Fehlerhaftigkeit Bestand haben, bestätigt sich der fragmentarische Befund des positiven Rechts: Auch hier bereitet die Formulierung allgemeiner Grundsätze erhebliche Schwierigkeiten, denn die deutsche Rechtsordnung enthält eine Vielzahl einzelner Regelungen, die auf ganz unterschiedliche Weise Hoheitsakte gegen Fehler abschirmen, um ihre Aufhebung oder Abänderung als Folge eines Rechtsverstoßes zu verhindern. Zu nennen sind hier etwa Vorschriften zur Unanfechtbarkeit von Rechtsakten nach dem Ablauf von Rechtsbehelfsfristen, zur Präklusion von Einwendungen, zur Unbeachtlich-

¹⁹ Soweit prozessuale Regelungen wie namentlich § 80 Abs. 5 Satz 3 und § 113 Abs. 1 Satz 2 VwGO vorsehen, dass das Gericht die Behörde auch zur Vollzugsfolgenbeseitigung verpflichten kann, stellt sich wiederum die Frage, was ihnen zu einer materiellen Folgenbeseitigungspflicht und zu korrespondierenden Ansprüchen zu entnehmen ist.

²⁰ S. aus der Rechtsprechung stellvertretend BVerwGE 94, 100 (103); aus dem Schrifttum etwa *J. Ipsen*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Aufl. 2019, Rn. 1337; *W. Erbuth/A. Guckelberger*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 10. Aufl. 2020, § 41 Rn. 3.

keit bestimmter Fehler nach dem Modell des § 46 VwVfG oder zur Abschirmung von Vollzugsakten von Fehlern ihrer Rechtsgrundlage namentlich nach § 79 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG²¹. Mag das Anliegen der Rechtserhaltung hinter all diesen Vorschriften aufscheinen und sich dieses Anliegen womöglich auf den verfassungsrechtlichen Grundsatz der Rechtssicherheit zurückführen lassen – auch in diesem Bereich ist die Frage nach den Folgen hoheitlicher Rechtsverletzungen bislang nicht hinreichend geklärt. Denn mit der reich vorhandenen Analyse der einzelnen Regelungen verbinden sich die grundsätzlichen Fragen, inwiefern und mit welcher Intensität das öffentliche Recht einerseits für die Wiederherstellung eines rechtmäßigen Zustands und andererseits für die Rechtserhaltung streitet, welche Spielräume dem Gesetzgeber beim Ausgleich zwischen diesen Anliegen zukommen und auf welche Kriterien hierfür im Einzelfall abgestellt werden kann. Zu klären ist überdies, worin genau das Wesen einzelner Institute wie etwa der Unbeachtlichkeit von Fehlern liegt.

Die Unsicherheiten über die Folgen hoheitlicher Rechtsverletzungen werden besonders offenkundig, sobald man zu der Frage übergeht, ob und unter welchen Voraussetzungen dem Betroffenen einer rechtswidrigen Maßnahme eine Entschädigung geleistet werden muss. Die Feststellung der Rechtswidrigkeit eines Hoheitsakts, wie sie in § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO nur für Verwaltungsakte im Fall ihrer Erledigung ausdrücklich vorgesehen ist, könnte eine ideelle Form des Ausgleichs der Rechtsverletzung darstellen; in Anbetracht der Konzentration der Diskussion auf den Rechtsbehelf der Fortsetzungsfeststellungsklage und ihre Eigenheiten sind die Fragen, ob die Feststellung einer Rechtsverletzung als Form der Wiedergutmachung zu verstehen ist, in welchen Konstellationen und unter welchen Voraussetzungen eine solche Feststellung auch jenseits erledigter Verwaltungsakte begehrt werden kann und ob es sich dabei um ein materiell-rechtliches Anspruchsinstitut handelt, bisher jedoch praktisch nicht in den Blick genommen worden. Vor allem aber stellen die Anspruchsgrundlagen der Staatsunrechtshaftung in Anbetracht ihrer nach wie vor unzureichend an das öffentliche Recht unter dem Grundgesetz angeschlossenen Tradition²² und einer wahren Entfesselung des Richterrechts „von Lücke zu Lücke“²³ bis heute das idealtypische Gegenteil eines Systems dar.

²¹ S. dazu unten S. 451 ff.

²² Vgl. dazu etwa *W. Höfling*, Vom überkommenen Staatshaftungsrecht zum Recht der staatlichen Einstandspflichten, in: *W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle* (Hrsg.), *GrdIVwR*, Bd. III, 2. Aufl. 2013, § 51 Rn. 110 ff.; *W. Durner*, in: *W. Kahl/C. Waldhoff/C. Walter* (Hrsg.), *Bonner Kommentar zum GG*, Art. 74 Abs. 1 Nr. 25 (Stand: 2019) Rn. 2.

²³ So *W. Höfling*, Vom überkommenen Staatshaftungsrecht zum Recht der staatlichen Einstandspflichten, in: *W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle* (Hrsg.), *GrdIVwR*, Bd. III, 2. Aufl. 2013, § 51 Rn. 25.

Freilich wird auf das wortreiche Beklagen dieses Umstands²⁴ oft mehr Energie verwendet als auf den Versuch eines Gegensteuerns²⁵. Unter weitgehender Untätigkeit des Gesetzgebers haben die Gerichte unbeirrt Anspruchsgrundlage um Anspruchsgrundlage aus kaum mehr als der Unzulänglichkeit der bestehenden Anspruchsgrundlagen entwickelt²⁶: etwa die Ansprüche aus enteignungsgleichem bzw. aufopferungsgleichem Eingriff, den Folgenentschädigungsanspruch, dessen Existenz als Fortsetzung einer unmöglichen oder unzumutbaren Folgenbeseitigung kontrovers geblieben ist, oder auch den unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruch. Wiederum enthält das geschriebene Recht in diesem Bereich neben dem zentralen, rechtspolitisch aber viel kritisierten Amtshaftungsanspruch aus § 839 Abs. 1 Satz 1 BGB in Verbindung mit Art. 34 Satz 1 GG nur auf spezifische Problemlagen zugeschnittene punktuelle Regelungen zur verschuldensunabhängigen Entschädigung wie etwa die landesrechtlichen Entschädigungsansprüche für rechtswidriges Polizeihandeln²⁷. Allgemeine Aussagen über die Grundlagen und Grenzen einer unmittelbaren und verschuldensunabhängigen Staatsunrechtshaftung enthält das positive Recht ungeachtet mancher Reformbestrebung²⁸ dagegen bis heute nicht. Dementsprechend wurden in der Rechtswissenschaft verschiedene Versuche unternommen, Kompensationsansprüche aus allgemeinen Grundsätzen

²⁴ S. insoweit nur die vielen Zitate bei *B.J. Hartmann*, Öffentliches Haftungsrecht, 2013, S. 145 ff.; dadurch sieht *W. Höfling*, Vom überkommenen Staatshaftungsrecht zum Recht der staatlichen Einstandspflichten, in: *W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle* (Hrsg.), *GrdIVwR*, Bd. III, 2. Aufl. 2013, § 51 Rn. 3 den „Rationalitäts- und Ordnungsanspruch des Verwaltungsrechts fundamental herausgefordert“.

²⁵ Einflussreich für die weitere Arbeit an diesem Problem waren nach Jahrzehnten der rechtswissenschaftlichen Stille die Beiträge von *F. Schoch*, Folgenbeseitigung und Wiedergutmachung im öffentlichen Recht, *VerwArch* 79 (1988), S. 1 ff.; und *M. Morlok*, Erstattung als Rechtmäßigkeitsrestitution, *DV* 25 (1992), S. 371 ff. Diese haben Ansätze zur Neujustierung des Wiedergutmachungsproblems (*Schoch*) bzw. des öffentlichen Sekundärrechts (*Morlok*) vorgestellt, auf deren Prämissen die späteren eingehenderen Untersuchungen namentlich von *B. Grzeszick*, Rechte und Ansprüche, 2002; und *W. Höfling*, Primär- und Sekundärrechtsschutz im Öffentlichen Recht, *VVDStRL* 61 (2002), S. 260 ff. aufbauen.

²⁶ Treffend *W. Höfling*, Vom überkommenen Staatshaftungsrecht zum Recht der staatlichen Einstandspflichten, in: *W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle* (Hrsg.), *GrdIVwR*, Bd. III, 2. Aufl. 2013, § 51 Rn. 45: „Schwungvoll getragen von dem Impetus, tatsächlichen wie vermeintlichen Haftungsbedürfnissen im Interesse einer höheren ‚Billigkeit‘ Rechnung tragen zu müssen, ignorierte man nicht selten dogmengeschichtliche Strukturen, dogmatische Konsistenzanforderungen und terminologische Transparenzgebote.“; von einem „juristisch unbefriedigenden Mosaiksystem von Anspruchsgrundlagen“ spricht *W. Durner*, in: *W. Kahl/C. Waldhoff/C. Walter* (Hrsg.), *Bonner Kommentar zum GG*, Art. 74 Abs. 1 Nr. 25 (Stand: 2019) Rn. 2; s. auch *H. Sauer*, Staatshaftungsrecht – Eine Systematisierung für die Fallbearbeitung, Teil I, *JuS* 2012, S. 695 (697 f.).

²⁷ S. beispielsweise § 39 Abs. 1 lit. b) OBG NRW und § 67 PolG NRW.

²⁸ Dazu nur *W. Höfling*, Vom überkommenen Staatshaftungsrecht zum Recht der staatlichen Einstandspflichten, in: *W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle* (Hrsg.), *GrdIVwR*, Bd. III, 2. Aufl. 2013, § 51 Rn. 46 m.w.N.

abzuleiten: sei es durch ein Verständnis von Art. 34 GG als verfassungsrechtliche Grundlage einer unmittelbaren Staatshaftung für die Verletzung subjektiver Rechte²⁹, sei es unter Rekurs auf eine Haftungsfunktion der Freiheitsgrundrechte³⁰. Auch im Bereich der Staatsunrechtshaftung ist es also nicht damit getan, die Inhalte und mögliche Ausschlussgründe einzelner Anspruchsinstitute zu untersuchen. Vielmehr bedarf es einer Vergewisserung darüber, auf welche Weise sich Kompensationsansprüche als Folgen hoheitlicher Rechtsverletzungen überhaupt begründen lassen.

2. Unsicherheiten über die Herangehensweise bei der Bestimmung der Folgen hoheitlicher Rechtsverletzungen

Neben den inhaltlichen Unsicherheiten ist eine Analyse der Folgen hoheitlicher Rechtsverletzungen mit grundsätzlichen Schwierigkeiten der Rechtsgewinnung konfrontiert.

a) Positivierungsdefizite

Aus dem vorstehenden Überblick erhellt, dass das Rechtsfolgenproblem von einem weitgehenden Positivierungsdefizit geprägt ist. Der Gesetzgeber hat nur relativ wenige Folgen hoheitlicher Rechtsverletzungen explizit im geschriebenen Recht verankert. Dabei handelt es sich häufig um bereichsspezifische Sonderregeln, wohingegen die Normierung allgemeiner Grundsätze in aller Regel unterbleibt. Man kann den Bereich der Folgen hoheitlicher Rechtsverletzungen daher als ein weitgehend „unsichtbares“ Teilrechtsgebiet bezeichnen. Die Abwesenheit positiv-rechtlicher Anordnungen ist im Bereich der Wiederherstellung eines rechtmäßigen Zustands besonders deutlich: Während die Rechtsordnung für den Bereich der Kompensation von Rechtsverletzungen namentlich mit dem Amtshaftungsanspruch oder mit den spezialgesetzlichen Entschädigungsansprüchen immerhin einige wesentliche Grundsätze festlegt, ist dem geschriebenen Recht ein allgemeiner Grundsatz der Wiederherstellung eines rechtmäßigen Zustands nicht zu entnehmen; es sieht nicht einmal handlungsformbezogene Anordnungen der Ausräumung hoheit-

²⁹ So namentlich *H.-J. Papier/F. Shirvani*, in: T. Maunz/G. Dürig, GG, Art. 34 (Stand: 2020) Rn. 13.

³⁰ *S. D. Röder*, Die Haftungsfunktion der Grundrechte, 2002, S. 199 ff.; *W. Roth*, Faktische Eingriffe in Freiheit und Eigentum, 1994, S. 87 f.; *B. Grzeszick*, Rechte und Ansprüche, 2002, insbesondere S. 362 ff.; *W. Höfling*, Primärrechtsschutz und Sekundärrechtsschutz im Öffentlichen Recht, VVDStRL 61 (2002), 260 (272 f.); *ders.*, Vom überkommenen Staatshaftungsrecht zum Recht der staatlichen Einstandspflichten, in: *W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle* (Hrsg.), GrdLVwR, Bd. III, 2. Aufl. 2013, § 52 Rn. 87; *F. Ossenbühl*, Die vergessene Grundrechtshaftung, in: *M. Sachs u.a.* (Hrsg.), Der grundrechtsgeprägte Verfassungsstaat, FS für Klausur Stern, 2012, S. 535 ff.; s. jetzt auch BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 18.11.2020, 2 BvR 477/17, Rn. 24 ff.

licher Rechtsverletzungen vor. Dies schlägt sich in den bekannten Grundsatzkontroversen über die Nichtigkeit oder die bloße Vernichtbarkeit rechtswidriger Normen und über die rechtliche Grundlage des allgemeinen Folgenbeitragsanspruchs nieder. Unter Verweis auf prozessrechtliche Regelungen wie § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO wird die Existenz von Pflichten zur Wiederherstellung bzw. von korrespondierenden Ansprüchen zwar verbreitet unterstellt; das positive Recht enthält jedoch keine allgemeine Regelung, an der dies konkret festgemacht werden könnte. Dass eine (bedingte!) Pflicht zur Rücknahme rechtswidriger Verwaltungsakte auch mit Wirkung für die Vergangenheit nach § 44 Abs. 1 SGB X nur für das Sozialverwaltungsverfahren vorgesehen ist³¹, ist bezeichnend. Es verwundert daher nicht, dass über Fragen der Begründungszusammenhänge keine Einigkeit erzielt werden konnte, zumal sich die Abwesenheit expliziter Vorgaben gerade im Hinblick auf die Wiederherstellung eines rechtmäßigen Zustands auf der Ebene des Verfassungsrechts fortsetzt. Das Grundgesetz enthält nur zwei klare Aussagen zu den Folgen hoheitlicher Rechtsverletzungen: die Haftungsüberleitungsnorm für die Amtshaftung in Art. 34 Satz 1 GG und die Rechtsschutzgarantie in Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG. Die erste Bestimmung beschränkt sich auf den Bereich der Kompensation, und die zweite bezieht sich auf den Gerichtsschutz subjektiver Rechte. Zudem streitet das Grundgesetz zumindest im Grundsatz auch für den Fortbestand rechtswidriger Hoheitsakte: So können die Grundsätze der Rechtssicherheit oder subjektiv-rechtlich gewendet des Vertrauensschutzes³² je nach den Umständen des Einzelfalls die Wiederherstellung eines rechtmäßigen Zustands als verfassungsrechtlich bedenklich erscheinen lassen und deshalb für das Gegenteil, nämlich für eine Aufrechterhaltung auch rechtswidriger Rechtsakte sprechen (Rechtserhaltung)³³. Das erklärt den verbreiteten Hinweis auf einen „Sanktionierungsspielraum“ des Gesetzgebers bei der Bestimmung der Folgen hoheitlicher Rechtsverletzungen³⁴. Die Rechtsgewinnung ist damit in diesem Bereich vor besondere Schwierigkeiten gestellt. Auch bei positivistischem Rechtsgeltungsverständnis bedarf es einer expliziten Festbeschreibung von Rechtsfolgen im gesetzten Recht allerdings nicht. Doch wenn das positive Recht auf weiter Linie schweigt, steht die mehr konkretisierende

³¹ S. als Sonderregelung über eine Pflicht zur Aufhebung von Steuerbescheiden unter besonderen Voraussetzungen allerdings auch § 173 Abs. 1 AO.

³² Zum Verhältnis zwischen Rechtssicherheit und Vertrauensschutz *K. Sobota*, Das Prinzip Rechtsstaat, 1997, S. 156 ff.; *A. von Arnould*, Rechtssicherheit, 2006, S. 150 ff.; *H. Maurer*, Kontinuitätsgewähr und Vertrauensschutz, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), HbStR, Bd. IV, 3. Aufl. 2006, § 79 Rn. 1 ff.

³³ Zu rechtsstaatlichen Rechtserhaltungsanliegen etwa *P. Kunig*, Das Rechtsstaatsprinzip, 1986, S. 390 ff.; *K. Sobota*, Das Prinzip Rechtsstaat, 1997, S. 182 ff.; *M. Morlok*, Die Folgen von Verfahrensfehlern am Beispiel von kommunalen Satzungen, 1988, S. 62 f.; *H. Schulze-Fielitz*, in: H. Dreier (Hrsg.), GG, Bd. II, 3. Aufl. 2015, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 150; s. dazu noch näher unten S. 259 ff.

oder sogar konstruierende als interpretierende Gewinnungsarbeit, sei es durch die Deduktion aus allgemeinen Prinzipien, sei es im Wege der Induktion auf der Grundlage bereichsspezifischer Sonderregelungen, vor besonderen Herausforderungen³⁵.

b) Selbständige oder akzessorische Rechtsfolgenbestimmung

Angesichts dieser Schwierigkeiten der Rechtsfolgenbestimmung im öffentlichen Recht hat in jüngerer Zeit vermehrt der Ansatz Zustimmung erfahren, Rechtsfolgen direkt in der verletzten Rechtsnorm zu verankern. Auf der Grundlage früherer Vorarbeiten³⁶ stützen namentlich *Bernd Grzeszick* und *Wolfram Höfling*³⁷ mit dem Anspruch auf eine Neukonzeption des Staatshaftungsrechts die Beseitigung und die Kompensation der Verletzung von Frei-

³⁴ So *F. Weyreuther*, Das Bundesbaurecht in den Jahren 1978 und 1979, DÖV 1980, S. 389 (390); ihm folgend *E. Schmidt-Aßmann*, in: T. Maunz/G. Dürig, GG, Art. 19 Abs. 4 (Stand: 2014) Rn. 282; *B. Grzeszick*, Rechte und Ansprüche, 2002, S. 62; *W. Roth*, Verwaltungsrechtliche Organstreitigkeiten, 2001, S. 828; *A. Voßkuhle*, Duldung rechtswidrigen Verwaltungshandelns?, DV 29 (1996), S. 511 (530); s. auch bereits *P. Lerche*, Übermaß und Verfassungsrecht, 1961, S. 162 ff.

³⁵ Vor diesem Hintergrund überzeugt die Kritik von *J. Buchheim*, Actio, Anspruch, subjektives Recht, 2017, S. 18 ff. und S. 189 f. am Anspruchsmodell, es würden materielle Ansprüche „aus dem Nichts geboren“, wo doch sein Aktionenmodell gesetzesnäher sei, nicht: Der Gesetzgeber hat das öffentliche Reaktionsrecht nur schwach konturiert. Man kann darüber streiten, ob manche Bestimmungen der Verwaltungsgerichtsordnung wirklich von Hause aus aufschlussreicher sind als manche Bestimmungen des materiellen Verwaltungsrechts oder des (von *Buchheim* jenseits von Art. 19 Abs. 4 GG nicht in die Betrachtung einbezogenen) Verfassungsrechts oder ob sie sich vor allem dann als reaktionsrechtlich relevant erweisen, wenn man schon eine bestimmte Grundposition eingenommen hat. Die weitgehende „Unsichtbarkeit“ des materiellen Reaktionsrechts sollte man aber auch bei positivistischer Grundhaltung nicht mit seiner Nichtexistenz gleichsetzen (s. aber die Gleichsetzung von „Existenz“ und „gesetzlicher Positivierung“ von Ansprüchen bei *J. Buchheim*, ebda., S. 190; s. zur Kritik auch bereits *A. Funke*, Ansprüche und Klagen im Verwaltungsrecht, DV 52 [2019], S. 239 [256]).

³⁶ S. insbesondere *G. Jellinek*, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 1892, S. 98, 100; *F. Weyreuther*, DJT-Gutachten zur Folgenbeseitigung, 1968, S. 78 ff.; *W. Schmidt*, Der verwaltungsrechtliche Beseitigungsanspruch, JuS 1969, S. 166 (169); *H.-U. Gallwas*, Faktische Beeinträchtigungen im Bereich der Grundrechte, 1970, S. 127 ff.; *D. Lorenz*, Der Rechtsschutz des Bürgers und die Rechtsweggarantie, 1973, S. 277 ff.; *F. Schoch*, Folgenbeseitigung und Wiedergutmachung im Öffentlichen Recht, VerwArch 79 (1988), S. 1 (34 ff.); *K. Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/1, 1988, S. 671 ff.; *W. Roth*, Faktische Eingriffe in Freiheit und Eigentum, 1994, S. 71 ff.

³⁷ *B. Grzeszick*, Rechte und Ansprüche, 2002, S. 185 ff.; *W. Höfling*, Primärrechtsschutz und Sekundärrechtsschutz im Öffentlichen Recht, VVDStRL 61 (2002), S. 260 (269 ff.); *ders.*, Vom überkommenen Staatshaftungsrecht zum Recht der staatlichen Einstandspflichten, in: *W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle* (Hrsg.), GrdIVwR, Bd. III, 2. Aufl. 2013, § 52 Rn. 83 ff.; s. auch *P. Baumeister*, Der Beseitigungsanspruch als Fehlerfolge des rechtswidrigen Verwaltungsakts, 2006, S. 21 ff.; *F.J. Lindner*, Theorie der Grundrechtsdogmatik, 2005, S. 509 ff.; *F. Ossenbühl/M. Cornils*, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, S. 351 ff.

heitsgrundrechten auf das verletzte Grundrecht selbst. Aus dem umfassenden Charakter des Schutzes im status negativus folgern sie, dass das Abwehrrecht nicht nur eine Unterlassungspflicht, sondern auch eine Beseitigungspflicht begründe³⁸. Dagegen wird eingewendet, der normative Übergang von der Unterlassungspflicht zur Beseitigungspflicht infolge der Rechtsverletzung werde unterstellt, aber nicht begründet³⁹: Der grundrechtliche Ansatz bleibe den Nachweis einer Umschaltnorm⁴⁰ schuldig.

Die Fragen nach der Notwendigkeit einer solchen Umschaltnorm und gegebenenfalls nach ihrer Begründung sind für das Rechtsgewinnungsproblem bei der Bestimmung der Folgen hoheitlicher Rechtsverletzungen wesentlich, denn sie beschränken sich nicht auf den grundrechtlichen Erklärungsansatz: So wird auch dem rechtsstaatlichen Erklärungsansatz für die Wiederherstellung eines rechtmäßigen Zustands, wie ihn einflussreich *Otto Bachof* für den allgemeinen Folgenbeseitigungsanspruch formulierte⁴¹, entgegengehalten, das Rechtsstaatsprinzip verbiete zwar rechtswidriges Staatshandeln, treffe als *lex imperfecta* aber keine Aussage darüber, was für den Fall der Verletzung dieses Verbots zu gelten habe⁴². Diese von *Karl August Bettermann* formulierte Kritik⁴³ läuft ebenfalls auf das Fehlen einer Umschaltnorm zwischen Bindungsanordnung und Wiederherstellungspflicht hinaus. Die These von der Notwendigkeit einer Umschaltnorm postuliert damit verallgemeinernd eine normative Eigenständigkeit der Rechtsfolgenbestimmung: Die Folgen hoheitlicher Rechtsverletzungen müssen danach ohne Rekurs auf die jeweils verletzte Norm gewonnen werden. Da solche Umschaltnormen aber dem geschriebenen Recht kaum eindeutig zu entnehmen sind, muss neben möglichen Begründungswegen auch auf das Grundproblem eingegangen werden, wie sich die verletzte Rechtsnorm und die Rechtsfolge zueinander verhalten: In Betracht kommt eine akzessorische Begründung von Rechtsfolgen unmittelbar durch die jeweils verletzte Norm ebenso wie eine selbständige Rechtsfolgenbegründung im Sinne einer Umschaltnorm.

³⁸ S. zu diesem Ansatz und zur Kritik eingehend unten S. 233 ff.

³⁹ Präzise Kritik bei *M. Breuer*, Staatshaftung für judikatives Unrecht, 2011, S. 130 ff.; s. auch bereits *H.-W. Laubinger*, Der öffentlich-rechtliche Unterlassungsanspruch, *VerwArch* 80 (1989), S. 261 (289 ff.).

⁴⁰ Terminologie nach *H.-W. Laubinger*, Der öffentlich-rechtliche Unterlassungsanspruch, *VerwArch* 80 (1989), S. 261 (292).

⁴¹ *O. Bachof*, Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung, 1951, S. 126 ff.; später *J. Lücke*, Rechtsstaatsprinzip und Staatshaftungsreform, *AöR* 104 (1979), S. 225 (228 ff.); *M. Morlok*, Erstattung als Rechtmäßigkeitsrestitution, *DV* 25 (1992), S. 371 (376 f.); *J. Unterreimeier*, Der Grundsatz der Rechtmäßigkeitsrestitution, *JZ* 2009, S. 1102 ff.

⁴² Diese Kritik ist freilich zu kurz gegriffen, s. dazu eingehend unten S. 249 ff.

⁴³ *K.-A. Bettermann*, Zur Lehre vom Folgenbeseitigungsanspruch, *DÖV* 1955, S. 528 (531).

*B. Die Betrachtung des Rechtsfolgenproblems
durch die Wissenschaft vom öffentlichen Recht*

I. Begriffsbildung: zur Problematik haftungsrechtlicher und rechtsschutzbezogener Begriffe

1. Staatshaftung und Staatshaftungsrecht

Die Folgen hoheitlicher Rechtsverletzungen werden häufig mit haftungsrechtlichen Begriffen erörtert. Im deutschen öffentlichen Recht wird trotz verbreiteter Bedenken noch immer von einem Rechtsgebiet des Staatshaftungsrechts ausgegangen, das sich zumindest auch mit den Folgen hoheitlicher Rechtsverletzungen beschäftigt⁴⁴. Problematisch an dieser Begriffsbildung ist die terminologische Unschärfe des gleichermaßen vagen wie schillernden Haftungsbegriffs⁴⁵. Haftung bedeutet im juristischen Sprachgebrauch zunächst einmal nicht mehr als das Entstehenmüssen für ein bestimmtes Verhalten. Damit besteht durchaus eine Nähe des Haftungsbegriffs zum Rechtsfolgenregime, da die Haftung denjenigen trifft, der die Verantwortung für die Folgen eines Verhaltens zu tragen hat⁴⁶. Allerdings verhält sich der Haftungsbegriff nicht zu der Frage, um welche Folgen welchen Verhaltens es geht. Insbesondere beschränken sich Fragen der Haftung nicht etwa von vornherein auf rechtswidriges Verhalten; denkbar ist genauso, dass für die Folgen rechtmäßigen Verhaltens gehaftet werden muss – das belegt schon der Begriff der Gefährdungshaftung. Und gerade das Rechtsgebiet des Staatshaftungsrechts zeigt ebenso wie das private Haftungsrecht, dass der Haftungsbegriff sich zur Frage nach der Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit des haftungsauslösenden Verhaltens nicht verhält. Der Staat kann sowohl für rechtswidriges Handeln als auch für rechtmäßiges Handeln „haften“: Das Staatshaftungsrecht umfasst demnach sowohl Ansprüche auf die Beseitigung oder den finanziellen Ausgleich von hoheitlichen Rechtsverletzungen als auch Ansprüche auf den Ausgleich bestimmter Folgen rechtmäßigen Staatshandelns. Daraus speisen sich grundlegende Einwände gegen den Begriff des Staatshaftungsrechts⁴⁷: Er suggeriert

⁴⁴ Der synonym verstandene Begriff des öffentlichen Haftungsrechts findet sich bei *B.J. Hartmann*, Öffentliches Haftungsrecht, 2013; und *E. Kreßel*, Öffentliches Haftungsrecht und sozialrechtlicher Herstellungsanspruch, 1990.

⁴⁵ S. zu den möglichen Begriffsinhalten *M. Grüneberg*, in: O. Palandt, BGB, 79. Aufl. 2020, vor § 241 Rn. 10 f.

⁴⁶ Vgl. insoweit auch die Gleichsetzung von Haftung und Ersatzpflicht in BVerfGE 61, 149 (151); ebenso *B.J. Hartmann*, Öffentliches Haftungsrecht, 2013, S. 7.

⁴⁷ S. stellvertretend *W. Höfling*, Primär- und Sekundärrechtsschutz im Öffentlichen Recht, VVDStRL 61 (2002), S. 260 (264); *N. Luhmann*, Öffentlich-rechtliche Entschädigung rechtspolitisch betrachtet, 1965, S. 73 ff.; *M. Morlok*, Erstattung als Rechtmäßigkeitsrestitution, DV 25 (1992), S. 371 (375 f.); s. auch die Einordnung dieser Einwände als „Zeitwidrigkeit“ oder „Sachwidrigkeit“ bei *B.J. Hartmann*, Öffentliches Haftungsrecht, 2013, S. 147 ff.

das Vorliegen eines einheitlichen Rechtsgebiets, obwohl er die Folgen hoheitlichen Unrechts mit der Frage zusammenfasst, in welchen Fällen der Staat auch ohne Rechtsverletzungen einen Ausgleich leisten muss. Beiden Teilen des Staatshaftungsrechts ist jedoch nicht mehr gemein, als dass es um Ansprüche gegen den Staat wegen der Folgen seines Handelns geht. Haftungsrechtliche Begriffe sind deshalb ohne nähere Spezifikation ungeeignet, die kategoriale Unterscheidung zwischen rechtmäßigem und rechtswidrigem Staatshandeln abzubilden. Viel spricht deshalb dafür, im öffentlichen Recht ganz auf solche Begriffe zu verzichten⁴⁸. Zwar könnte terminologisch zwischen der Staatsunrechtshaftung und der Sonderopferausgleichshaftung unterschieden und der erstgenannte Begriff als Synonym für die Folgen hoheitlicher Rechtsverletzungen verwendet werden. Mit dem Begriff der Staatsunrechtshaftung verbindet sich indes ebenfalls die Gefahr von Missverständnissen: Auch wenn der Haftungsbegriff hinsichtlich des Haftungsinhalts neutral ist, besteht jedenfalls im öffentlichen Recht die klare Tendenz, mit Haftungsansprüchen nur solche Ansprüche zu assoziieren, die auf Leistung eines finanziellen Ausgleichs gerichtet sind. Hinzu kommt, dass automatisch eintretende Rechtsfolgen wie etwa die Nichtigkeit rechtswidriger Rechtsakte bei einer haftungsrechtlich orientierten Betrachtung aus dem Blick geraten. Das spricht dafür, auch auf den Begriff der Staatsunrechtshaftung zu verzichten, zumal der Unrechtsbegriff einen moralischen Vorwurf impliziert, um den es hier nicht geht⁴⁹.

2. Sekundärrechtsschutz

In spezifischer Nähe zum Staatshaftungsrecht bzw. genauer zur Staatsunrechtshaftung steht der Begriff des Sekundärrechtsschutzes. Dabei handelt es sich um einen Begriff, der ungeachtet seiner Verbreitung nie feste Konturen gewinnen konnte:

„Das eine geläufige Redeweise aufgreifende Thema ‚Primärer und sekundärer Rechtsschutz‘ mit der trügerischen Assoziation eines konsistenten Stufensystems bedarf allerdings angesichts des herrschenden terminologischen Wildwuchses zunächst einiger Klarstellungen und Abschichtungen.“⁵⁰

Tatsächlich ist alles andere als klar, was mit sekundärem Rechtsschutz in Abgrenzung zum primären Rechtsschutz gemeint ist. Überwiegend ist wohl gemeint, dass nur dann, wenn im Fall einer hoheitlichen Rechtsverletzung

⁴⁸ B.J. Hartmann, *Öffentliches Haftungsrecht*, 2013, S. 7 f. spricht von öffentlichem Haftungsrecht im weiteren und im engeren Sinne und beschränkt seine Untersuchung auf letzteres verstanden als die öffentliche Haftung für rechtswidriges Staatshandeln. Ob das terminologisch überzeugt, ist Ansichtssache.

⁴⁹ S. dazu noch unten S. 68 f.

⁵⁰ W. Höfling, *Primär- und Sekundärrechtsschutz im Öffentlichen Recht*, VVDStRL 61 (2002), S. 260 (263).

primärer Rechtsschutz nicht zu erlangen ist, zum sekundären Rechtsschutz übergegangen werden kann. Der materiell-rechtliche Vorrang des Primärrechtsschutzes, wie er für den Bereich der Amtshaftung in § 839 Abs. 3 BGB zum Ausdruck kommt und darüber hinaus als allgemeiner Grundsatz für rechtswidriges Staatshandeln angesehen wird⁵¹, soll dadurch bereits begrifflich zum Ausdruck kommen.

Was aber ist und wozu dient der zunächst zu begehrende primäre Rechtsschutz in Abgrenzung zum sekundären? Gemeint ist damit, dass die Verletzte zunächst versuchen muss, gegen die Rechtsverletzung vorzugehen und dadurch das verletzte Recht wiederherzustellen, bevor sie einen finanziellen Ausgleich der Rechtsverletzung verlangen kann⁵². Ob aber dieser Zusammenhang mit einer Terminologie treffend zum Ausdruck gebracht wird, die nicht die materiellen Anspruchsinhalte, sondern die Rechtsverfolgung in den Vordergrund stellt, erscheint zweifelhaft. Das Sekundäre am Sekundärrechtsschutz ist ja nicht der Rechtsschutz, sondern der damit verfolgte Anspruch. Ob es einen sekundären Rechtsschutz im eigentlichen Sinne überhaupt gibt, ist fraglich⁵³, jedenfalls aber nicht gemeint. Insbesondere wird man den zur Verfolgung von finanziellen Ausgleichsansprüchen wegen hoheitlicher Rechtsverletzungen nach Art. 34 Satz 3 GG und § 40 Abs. 2 VwGO zu beschreitenden Zivilrechtsweg im Verhältnis zum Verwaltungsrechtsweg, der zur Beseitigung von Rechtsverletzungen der Verwaltung zu beschreiten ist, weder in logischer noch in chronologischer noch in qualitativer Hinsicht als sekundär ansehen können. Schon das Abstellen der Terminologie auf den Rechtsschutz ist damit verwirrend. Und die begriffliche Scheidung des Primären vom Sekundären besitzt selbst dann nicht die vermeintliche Trennschärfe, wenn man sie auf die Anspruchsinhalte bezieht: So ist man sich, um nur das wichtigste Beispiel zu nennen, nicht darüber einig, ob der Folgenbeseitigungsanspruch dem Primärrechtsschutz oder dem Sekundärrechtsschutz zugeordnet werden soll⁵⁴. Schwerer noch wiegt, dass ein Stufenverhältnis zwischen unterschiedlichen materiellen Anspruchsinhalten schon begrifflich vorausgesetzt wird, noch bevor untersucht wurde, ob das öffentliche Recht ein solches Stufenver-

⁵¹ Dazu allgemein etwa *M. Morlok*, Allgemeine Elemente der Einstandspflichten für rechtswidriges Staatshandeln, in: *W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle* (Hrsg.), *GrdLVwR*, Bd. III, 2. Aufl. 2013, § 52 Rn. 116 f.; *W. Höfling*, Primär- und Sekundärrechtsschutz im Öffentlichen Recht, *VVDStRL* 61 (2002), S. 260 (278 ff.).

⁵² Dazu grundlegend *BVerfGE* 58, 300 (324); verallgemeinernd *BVerfG*, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 2.12.1999, 1 BvR 165/90, Rn. 12 ff.

⁵³ Als Sekundärrechtsschutz im eigentlichen Sinne ließen sich etwa Feststellungs- oder Fortsetzungsfeststellungsklagen in Konstellationen bezeichnen, in denen die Beseitigung einer Rechtsverletzung nicht mehr möglich ist. In diesem Zusammenhang wird aber nie von Sekundärrechtsschutz gesprochen.

⁵⁴ S. dazu die Nachweise bei *W. Höfling*, Primär- und Sekundärrechtsschutz im Öffentlichen Recht, *VVDStRL* 61 (2002), S. 260 (265).

hältnis, wie es im zivilen Haftungsrecht in § 249 Abs. 1 und § 251 Abs. 1 BGB festgelegt wird, überhaupt kennt⁵⁵. Im Ergebnis zeigt sich damit, dass der Begriff des Sekundärrechtsschutzes in Abgrenzung zum Primärrechtsschutz in mehrfacher Hinsicht falsche Assoziationen weckt und deshalb für die wissenschaftliche Durchdringung der Probleme ungeeignet ist⁵⁶.

II. Perspektivverengungen: Problemorientierung, Praxisorientierung und Orientierung am positiven Recht

Die Frage nach den Folgen hoheitlicher Rechtsverletzungen hat in der Wissenschaft vom öffentlichen Recht als solche bis heute keine größere Aufmerksamkeit gefunden. Das Rechtsfolgenproblem wird von der Rechtswissenschaft problem-, instituts- und bereichsspezifisch intensiv behandelt, aber kaum in seinen übergreifenden Zusammenhängen betrachtet⁵⁷. Problemspezifische Betrachtungen beschäftigen sich mit bestimmten Fehlern wie beispielsweise Fehlern im Verwaltungsverfahren oder gehen von konkreten Problemen wie den Folgen der Rechtswidrigkeit von Gesetzen aus. Andere Betrachtungen stellen einzelne Rechtsfolgeninstitute in den Vordergrund und nehmen etwa richterrechtliche Rechtsschöpfungen wie den Folgenbeseitigungsanspruch, den Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff oder den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch je für sich eingehend in den Blick. Nichts anderes gilt für Erörterungen, die sich mit der Ausdifferenzierung von Bereichsdogmatiken im Hinblick auf Fehlerfolgen beschäftigen⁵⁸. Betrachtet wird dabei

⁵⁵ Das ist nicht der Fall, s. dazu unten S. 464 ff.

⁵⁶ Sehr kritisch auch *H. Meyer*, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 61 (2002), S. 445.

⁵⁷ Vgl. in diesem Zusammenhang auch die Aussage zur Aufgabe der Verwaltungswissenschaft bei *O. Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. I, 3. Aufl. 1924, S. 20.

⁵⁸ Genannt seien als Beispiele das Beamtensrecht, das Vergaberecht und das Strafprozessrecht. In den ersten beiden der genannten Bereiche stehen der Grundsatz der Ämterstabilität bzw. die Regelung in § 168 Abs. 2 Satz 1 GWB der Aufhebung rechtswidriger Entscheidungen entgegen, und im Strafprozessrecht hat sich die Behandlung der Fehlerfolgen in der Praxis weit von den allgemeinen Grundsätzen des öffentlichen Rechts abgekoppelt: Über die Folgen von Rechtsverletzungen im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren für das Hauptverfahren wird, namentlich bei der Verletzung von Beweiserhebungsverboten, auf der Grundlage einer Abwägung zwischen dem Strafverfolgungsinteresse der Gemeinschaft und den Rechtsschutzinteressen des Betroffenen entschieden, deren rechtliche Grundlage ebenso vage geblieben ist wie ihre Handhabung im Einzelfall (zur Entwicklung der Rechtsprechung eingehend *M. Jahn*, DJT-Gutachten zu Beweisverboten, 2008, S. 45 ff.; *K.-H. Gössel*, in: *E. Löwe/W. Rosenberg*, StPO, Bd. I, 27. Aufl. 2016, Einleitung L, Rn. 26 ff.). Schon die Frage, ob bei der Verletzung von Rechten im Ermittlungsverfahren ein Folgenbeseitigungsanspruch des Betroffenen besteht (für einen solchen Ansatz *K. Amelung*, Informationsbeherrschungsrechte im Strafprozess, 1990, S. 38 ff.), wird teilweise als „eigenartig“ zurückgewiesen (so *G. Fezer*, Grundfragen der Beweisverwertungsverbote, 1995, S. 34 ff.).

stets ein bestimmter Ausschnitt des Rechtsfolgenproblems⁵⁹. Dahinter steht offenbar die Vorstellung, dass in Anbetracht einer Vielzahl ganz unterschiedlicher Regelungen und Institute jeder Versuch der Entwicklung einer übergreifenden Konzeption zur rechtswissenschaftlichen Bewältigung der Folgen hoheitlicher Rechtsverletzungen zum Scheitern verurteilt ist⁶⁰; dass Beiträge, die sich der Systematisierungsaufgabe annehmen, dies rechtfertigen zu müssen glauben⁶¹, ist bezeichnend. Denn gerade die Differenzierungsvielfalt des geltenden Rechts fordert die Wissenschaft vom öffentlichen Recht heraus, eine Rückbesinnung auf die grundlegenden Gedanken und Strukturen des Problembereichs vorzunehmen und die Frage zu stellen, ob bestimmte einheitliche Konzeptionen und Rationalitäten und darauf basierende Differenzierungen der Vielfalt zu Grunde liegen⁶². In der Detailgenauigkeit der Differenzierung und der Kopplung unterschiedlichster Differenzierungskriterien können sich die grundlegenden Strukturen und Zielsetzungen eines Rechtsgebiets verlieren oder von einer Vielzahl von Einzelheiten und Einzelfragen überdeckt werden. Wenn deren exakte Erfassung und Einordnung im Verbund mit der Aufarbeitung des praktischen Anschauungsmaterials alle Aufmerksamkeit auf sich zieht, verblassen die wesentlichen Konturen eines Rechtsgebiets, die allein das rechtsalltägliche Ringen um die Details noch verlässlich anleiten könnten. Dabei geht es nicht um eine zu Rationalitätsverlusten führende Entdifferenzierung, sondern um die Frage, ob die Vielfalt konsistent auf bestimmte Grundgedanken zurückgeführt und dadurch besser erklärt und geordnet werden kann⁶³.

⁵⁹ S. für eine frühe Kritik *D. Haas*, System der öffentlichrechtlichen Entschädigungspflichten, 1955, S. 9. Eine bemerkenswerte Ausnahme stellt hier die monographische Behandlung der Folgen von Verfahrensfehlern durch *Martin Morlok* dar (*M. Morlok*, Die Folgen von Verfahrensfehlern am Beispiel von kommunalen Satzungen, 1988), der jedenfalls auch an einer allgemeinen Grundlegung zum Rechtsfolgenproblem interessiert ist. Zu nennen ist außerdem die „dogmatische Rekonstruktion“ des Staatshaftungsrechts aus den Grundrechten durch *B. Grzeszick*, Rechte und Ansprüche, 2002 (s. zu diesem Ansatz allerdings die Kritik unten S. 231 ff.).

⁶⁰ Bezogen auf das Staatshaftungsrecht sehr klar *F. Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 2 f.: „Die im Staatshaftungsrecht vorfindbaren Anspruchsinstitute systematisch-dogmatisch ordnen zu wollen, entspricht dem Bestreben, case law in ein System zu bringen. [...] Die folgende Darstellung [...] macht nicht den Versuch, dem gewachsenen Chaos des Staatshaftungsrechts den Mantel der Rechtssystematik überzuwerfen.“; relativierend allerdings *F. Ossenbühl/M. Cornils*, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, S. 3.

⁶¹ S. etwa *F. Schoch*, Folgenbeseitigung und Wiedergutmachung im öffentlichen Recht, *VerwArch* 79 (1988), S. 1 (2. f.); *M. Morlok*, Erstattung als Rechtmäßigkeitsrestitution, *DV* 25 (1992), S. 371 (375).

⁶² S. bezogen auf das Staatshaftungsrecht *A. Blankenagel*, Die ‚Amtspflicht gegenüber einem Dritten‘ – Kasuistik ohne Systematik, *DVBl.* 1981, S. 15; *M. Morlok*, Allgemeine Elemente der Einstandspflichten für rechtswidriges Staatshandeln, in: *W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle* (Hrsg.), *GrdVwR*, Bd. III, 2. Aufl. 2013, § 52 Rn. 1 f.

⁶³ Zu Rationalitätsverlusten durch Entdifferenzierung *O. Lepsius*, Kritik der Dogmatik, in: *G. Kirchhof/S. Magen/K. Schneider* (Hrsg.), *Was weiß Dogmatik?*, 2012, S. 39 (54 ff.).

Eine weitere Eigenheit der rechtswissenschaftlichen Behandlung des Rechtsfolgenproblems liegt darin, dass manche Probleme zu den Akten gelegt werden, obwohl sie einer Lösung harren. Dabei werden die gegensätzlichen Bedürfnisse von Rechtspraxis und Rechtswissenschaft nicht selten miteinander vermischt⁶⁴. Die Rechtspraxis könnte sich im Hinblick auf die Rechtsgrundlage des allgemeinen Folgenbeseitigungsanspruchs darauf zurückziehen, dass die Frage angesichts der umfassenden Anerkennung dieses Anspruchsinstituts keiner Klärung bedarf⁶⁵, wenn die Rechtsgrundlage des Anspruchs nicht auch seinen Charakter und seine Reichweite determinierte, was oft übersehen wird⁶⁶. Die Rechtswissenschaft kann sich jedoch nicht darauf zurückziehen, denn ihre Aufgabe und Funktion liegt auch in der Klärung und Erklärung von Problemen und Zusammenhängen, die für die Bedürfnisse der Rechtspraxis ausgeblendet werden können. Dem Problem der Folgen hoheitlicher Rechtsverletzungen hat sich die Rechtswissenschaft indes nicht sehr energisch angenommen, was sich in eindrücklicher Weise anhand des Dogmas von der Nichtigkeit rechtswidriger Normen darstellen lässt: Dieses Dogma hat sich die ganz herrschende Auffassung in der deutschen Staatsrechtslehre zu eigen gemacht⁶⁷. Vereinzelt rechtstheoretische oder rechtsdogmatische Angriffe⁶⁸ haben mehr reflexhafte Abwehrreaktionen als eine echte rechtswissenschaftliche Debatte hervorgerufen; überwiegend scheint es an der Bereitschaft zu fehlen, sich diesem mehr tradierten denn reflektierten Problem noch einmal grundsätzlich zu widmen⁶⁹. Stattdessen bescheidet man sich mit dem Hinweis auf die Habilitationsschrift von *Jörn Ipsen*, die im Jahr 1980 versucht hat, das Nichtigkeitsdogma gegen die bis dahin geführten Angriffe zu verteidigen⁷⁰. An dieser Stelle geht es nicht um die Frage, welcher

⁶⁴ Zur Gegensätzlichkeit dieser Bedürfnisse und Zielrichtungen *M. Jestaedt*, Wissenschaftliches Recht, in: G. Kirchhof/S. Magen/K. Schneider (Hrsg.), Was weiß Dogmatik?, 2012, S. 117 ff.; *O. Lepsius*, Kritik der Dogmatik, ebda., S. 39 (43 ff.).

⁶⁵ S. dazu die Nachweise zur Rechtsprechung bei *F. Ossenbühl/M. Cornils*, Staatshafungsrecht, 6. Aufl. 2013, S. 363.

⁶⁶ Dazu unten S. 125 ff.

⁶⁷ Für Nachweise s. die eingehende Problemerkörterung unten S. 305 ff.

⁶⁸ Monographisch *C. Böckenförde*, Die sogenannte Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze, 1966; *H. Söhn*, Anwendungspflicht oder Aussetzungspflicht bei festgestellter Verfassungswidrigkeit von Gesetzen?, 1974; *C. Moench*, Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle, 1977; und zuletzt *D. Heckmann*, Geltungskraft und Geltungsverlust von Normen, 1997.

⁶⁹ Treffend *M. Jestaedt*, Das mag in der Theorie richtig sein ..., 2006, S. 82: „Das dieses ‚Dogma‘, welches noch nicht einmal für verfassungswidrige Gesetze ausnahmslos gilt, die positivrechtliche Realität mehr verzeichnet als wiedergibt, dass die Verknüpfung von Rechtserzeugungsmangel und Nichtigkeitsfolge im geltenden Recht folglich eher die – statistische – Ausnahme denn die Regel markiert, setzt sich erst langsam und zögerlich als Erkenntnis durch.“

⁷⁰ *J. Ipsen*, Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt, 1980; zur Überzeugungskraft der Überlegungen unten S. 307 f. und S. 311.

der Ansätze nun die besseren Argumente auf seiner Seite hat, sondern um die fast schon etwas gelangweilte Selbstverständlichkeit, mit der das Nichtigkeitsdogma nicht selten unter Ausblendung seiner zentralen rechtstheoretischen Dimension hochgehalten wird⁷¹. Wenn sich aber die rechtswissenschaftliche Problembewältigung darauf beschränkt, sich mit den wenigen positiven Regelungen und mit der hier wenig aussagekräftigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu beschäftigen, wird die Entscheidung zwischen Nichtigkeitsdogma und Vernichtbarkeitslehre zur theorieleeren Glaubensfrage.

Zu bemerken ist außerdem, dass die rechtswissenschaftliche Betrachtung des Rechtsfolgenproblems sich überwiegend allein am positiven Recht orientiert. Dies verbindet sich mit einem allgemeinen und einem spezifischen Problem: Allgemein kann die Konzentration der Rechtswissenschaft auf die Durchdringung des positiven Rechts zu Perspektivverengungen führen. Denn Gegenstand der Rechtswissenschaft ist nicht allein das jeweils geltende Recht, sondern das Recht als soziales Phänomen in seinen vielfältigen Zusammenhängen. Beschränkt sich die wissenschaftliche Betrachtung eines Problems von vornherein auf die hierzu gesetzten Regeln, dann besteht die Gefahr, dass wichtige Zusammenhänge aus dem Blick geraten, die das positive Recht selbst nicht in den Blick nimmt. Hinzu kommt bezogen auf das Rechtsfolgenproblem die Besonderheit, dass sich im positiven Recht zu den zentralen Fragen der Folgen rechtswidrigen hoheitlichen Handelns nur teilweise ausdrückliche Aussagen finden und dass sich positive Fehlerfolgennormen regelmäßig auf Spezialprobleme oder Sondermaterien beziehen. Eine im Kern geltendrechtlich orientierte Analyse des Fehlerfolgenproblems wird deshalb automatisch Details und Besonderheiten betonen und die strukturellen Grundlagen des Problems vernachlässigen, die sich anhand des geschriebenen Rechts nicht erschließen lassen. Damit ist die Entwicklung beschrieben, die die Behandlung des Rechtsfolgenproblems in der Wissenschaft vom öffentlichen Recht genommen hat.

III. Segmentierte Problembetrachtung: Fehlerfolgen, Rechtsschutz und Staatshaftung als voneinander getrennt betrachtete Rechtsbereiche

Einflussreich für die weitgehende Abwesenheit verallgemeinernder rechtswissenschaftlicher Betrachtungen des Rechtsfolgenproblems ist außerdem gewesen, dass Fragen der Folgen hoheitlicher Rechtsverletzungen unterschiedlichen und traditionell voneinander getrennt betrachteten Rechtsbereichen

⁷¹ Dazu eingehend unten S. 311 ff.

zugeordnet werden⁷². Unter dem Blickwinkel materieller Fehlerfolgen rechtswidrigen hoheitlichen Handelns werden regelmäßig die Auswirkungen von Rechtsverletzungen auf die Wirksamkeit oder den Bestand von Rechtsakten thematisiert⁷³. Hier geht es beispielsweise um die Frage der Nichtigkeit oder Vernichtbarkeit rechtswidriger Normen und vor allem um die differenzierten Fehlerfolgen des Verwaltungsakts. Betrachtet wird damit aber nur ein Teil der materiellen Seite des Fehlerfolgenproblems, während andere Teile dieser materiellen Seite separat oder gar nicht diskutiert werden. So werden Ansprüche von in subjektiven Rechten verletzten Personen nicht unter dem Blickwinkel der Fehlerfolgen, sondern unter dem des Staatshaftungsrechts in den Blick genommen⁷⁴. Die Entstehung von Ansprüchen auf Wiederherstellung des rechtmäßigen Zustands oder auf Leistung eines finanziellen Ausgleichs der Rechtsverletzung stellt sich aber ebenfalls als materiell-rechtliche Folge der Rechtsverletzung dar. Dennoch wird im Bereich der Fehlerfolgen allein betrachtet, welche Auswirkungen die Rechtswidrigkeit für den betroffenen Rechtsakt hat. Diese Frage stellt nur einen Ausschnitt des Rechtsfolgenproblems dar und zeigt eigentlich, dass die Folgen der Rechtswidrigkeit auch über den Bestand von rechtswidrigen Rechtsakten hinaus zu thematisieren sind. Die Betrachtung der Folgen von Rechtsverletzungen für in subjektiven Rechten verletzte Personen unter einem spezifisch haftungsrechtlichen Blickwinkel suggeriert eine Andersartigkeit des Problems, ohne dass gefragt wird, ob und worin sich die Teilausschnitte des Rechtsfolgenproblems wirklich voneinander unterscheiden. Die Entstehung von Ansprüchen mag sich konzeptionell als andere Rechtsfolgenkategorie darstellen als die Unwirksamkeit eines Rechtsakts, doch es handelt sich bei beidem um Folgen der Rechtswidrigkeit. Das legt eine Differenzierung nicht nach Teilrechtsgebieten, sondern nach Rechtsfolgenkategorien nahe.

Eine Ungenauigkeit, die das Bedürfnis für eine solche Unterscheidung folgens schwer verdeckt, liegt in der Betrachtung von Wirksamkeit und Bestand fehlerhafter Rechtsakte unter dem Blickwinkel der Fehlerfolgen. Die Nichtigkeit eines hoheitlichen Rechtsakts als Folge einer Rechtsverletzung stellt

⁷² S. E. Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl. 2006, S. 323: „In einem engeren Sinne ist das Sanktionsrecht die Kehrseite der Rechtsgebundenheit der Verwaltung. [...] Die Verwaltungskontrollen gehören ebenso hierher wie die Lehre von den fehlerhaften Staatsakten, das Staatshaftungsrecht und das Disziplinarrecht. Sie alle bilden je für sich wiederum eigene Subsysteme mit ausgefeilten Teildogmatiken.“; s. auch *ders.*, in: T. Maunz/G. Dürig, GG, Art. 19 Abs. 4 (Stand: 2014) Rn. 281; den Zusammenhang herstellend aber B. Grzeszick, Rechte und Ansprüche, 2002, S. 3 f.

⁷³ S. etwa F. Hufen/T. Siegel, Fehler im Verwaltungsverfahren, 6. Aufl. 2018, Rn. 796 f. mit der Unterscheidung zwischen Fehlerfolge als automatischer und Sanktion als bewirkungsbedürftiger Folge.

⁷⁴ Zu den konzeptionellen Problemen dieser haftungsrechtlichen Perspektive s. oben S. 15 f.

automatisch den rechtmäßigen Zustand wieder her, der vor Erlass des Rechtsakts bestand⁷⁵. Betrachtet man demgegenüber die Folgen einer Rechtsverletzung für den Fortbestand eines Rechtsakts, so besteht eine ganz andere Lage: Rechtsfolgen müssen hier gesondert bewirkt werden, d.h. der Bestand eines Rechtsakts entfällt ohne Nichtigkeit nur dann, wenn als Folge der Rechtsverletzung erstens eine Aufhebungspflicht (und gegebenenfalls dieser Pflicht korrespondierend ein Aufhebungsanspruch) entsteht und zweitens diese Pflicht erfüllt (oder der Anspruch durchgesetzt) wird. Aufhebung bzw. Beseitigung von Hoheitsakten treten also nicht von sich aus ein, sondern müssen durch ein hoheitliches Handeln erst hergestellt werden⁷⁶. Mit der gemeinsamen Betrachtung von Folgen für die Wirksamkeit und Folgen für den Fortbestand rechtswidriger Rechtsakte im Rahmen der Fehlerfolgen wird ein entscheidender Unterschied zwischen zwei verschiedenen Rechtsfolgenkategorien verdeckt.

Schließlich wird der Bereich der Staatshaftung als dogmatisch prekärer Sonderbereich behandelt, obwohl es auch hier maßgeblich um die Frage geht, ob aus der Verletzung subjektiver Rechte materielle Ansprüche der Verletzten erwachsen. Dass diese Ansprüche einerseits auf Wiederherstellung des rechtmäßigen Zustands und andererseits auf Leistung eines Ausgleichs gerichtet sein können, ist ein wichtiger Unterschied, der durch die haftungsrechtliche Betrachtung nur unzureichend zum Ausdruck kommt: Gehaftet werden kann auf Beseitigung in natura ebenso wie auf Leistung einer Entschädigung. Dabei konzentrieren sich die staatshaftungsrechtlichen Erörterungen meistens auf Entschädigungsfragen, während die Frage nach materiellen Ansprüchen bezogen auf die Wiederherstellung eines rechtmäßigen Zustands jenseits der Konstellation der Beseitigung rechtswidriger Eingriffsfolgen meistens nicht gestellt oder nur unter einem prozessrechtlichen Blickwinkel betrachtet wird.

Hier zeigt sich ein weiteres Problem der rechtswissenschaftlichen Behandlung des Rechtsfolgenproblems: Die Wissenschaft vom öffentlichen Recht hat sich bis heute praktisch nicht davon befreit, dass der Gesetzgeber die materiellen Fragen der Folgen hoheitlicher Rechtsverletzungen nur bereichsspezifisch oder bezogen auf das Entschädigungsproblem, aber nicht allgemein in den Blick genommen hat. Nur in den prozessrechtlichen Vorschriften über die Entscheidungsbefugnisse der Gerichte hat er partiell zum Ausdruck gebracht, dass die Aufhebung eines rechtswidrigen Rechtsakts erreicht werden kann. Das erinnert an das im Zivilrecht lang überwundene Aktionendenken, wenn von dem Rechtsbehelf und der Aufhebungsbefugnis des Gerichts auf das Vorliegen eines materiellen Aufhebungsanspruchs geschlossen wird (*ubi actio ibi*

⁷⁵ Zur Nichtigkeit als Fehlerfolge eingehend unten S. 179 ff.

⁷⁶ Näher unten S. 207 ff.

ius)⁷⁷. Dies wird zwar oft durch den Hinweis relativiert, die prozessrechtlichen Vorschriften seien Ausdruck und Spiegel der materiellen Rechtslage⁷⁸; das ändert aber nichts daran, dass dieser materiellen Rechtslage wenig Aufmerksamkeit zuteil wird⁷⁹. Ein wichtiger Ausschnitt des materiellen Rechtsfolgenproblems wird deshalb bis heute entweder gar nicht oder nur durch die Brille des Rechtsschutzes betrachtet. Wie einflussreich diese aktionenrechtliche Denkweise ist, zeigt der Begriff des Sekundärrechtsschutzes. Terminologisch wird damit eine leitende Rolle des Prozessrechts gegenüber dem materiellen Recht insinuiert, die meistens wohl gar nicht gemeint ist und auch kaum näher begründet wird⁸⁰. Denn in der Sache geht es in erster Linie um materielle Ansprüche. Hier hätte eine stärkere Einbindung der zivilrechtlichen Perspektive nicht geschadet, die sich mit diesen Fragestellungen schon wesentlich länger beschäftigt als das öffentliche Recht⁸¹.

Die Fixierung auf die prozessrechtliche Seite der Anspruchsdurchsetzung einerseits und die Betrachtung eines Teils der materiellen Seite des Rechtsfolgenproblems durch die Brille des Haftungsrechts andererseits haben schließlich dazu geführt, dass eine zentrale Kategorie der Folgen hoheitlicher Rechtsverletzungen praktisch überhaupt nicht wahrgenommen wird: die objektivrechtliche Pflicht zur Wiederherstellung eines rechtmäßigen Zustands. Betrachtet man das öffentliche Reaktionsrecht nur haftungsrechtlich und unter dem Blickwinkel der Rechtsdurchsetzung, dann geht es nur um die Folgen der Verletzung subjektiver Rechte. Vernachlässigt wird dabei, dass sich die Frage nach den Folgen hoheitlicher Rechtsverletzungen auch dann stellt, wenn objektives Recht verletzt ist⁸². Sollen solche Rechtsverstöße allein deshalb folgenlos bleiben, weil als Verletzte nicht einzelne Personen, sondern die Allgemeinheit bzw. die Rechtsordnung als solche in Betracht kommt? Eine Betrachtung des öffentlichen Reaktionsrechts muss anknüpfend an die Unterscheidung zwischen objektivem und subjektivem Recht nicht nur die Folgen subjektiver Rechtsverletzungen klären, sondern gerade auch betrachten, wel-

⁷⁷ Besonders stark ausgeprägt ist dieser Begründungszusammenhang bei *H.H. Rupp*, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, 2. Aufl. 1991, S. 164 f.; s. zum Ganzen näher unten S. 219 ff.

⁷⁸ Gegen das „Anspruchsmodell“ und für eine Rekonstruktion des Verwaltungsrechts aus Klagerechten allerdings *J. Buchheim*, Actio, Anspruch, subjektives Recht, 2017; s. dazu noch unten S. 219 ff.

⁷⁹ S. aber *E. Schmidt-Aßmann*, in: T. Maunz/G. Dürig, GG, Art. 19 Abs. 4 (Stand: 2014) Rn. 281 ff.; *W.-R. Schenke*, in: W. Kahl/C. Waldhoff/C. Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum GG, Art. 19 Abs. 4 (Stand: 2020) Rn. 346 ff., 467 ff.; *M. Gerhardt*, in: F. Schoch/J.-P. Schneider/W. Bier (Hrsg.), VwGO-Kommentar, vor § 113 (Stand: 1996) Rn. 3 f.

⁸⁰ S. allerdings *H.H. Rupp*, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, 2. Aufl. 1991, S. 164 f.; und jüngst *J. Buchheim*, Actio, Anspruch, subjektives Recht, 2017.

⁸¹ S. zur Notwendigkeit einer stärker intradisziplinären Perspektive noch unten S. 224 f.

⁸² Das gilt auch für die Untersuchung von *J. Buchheim*, Actio, Anspruch, subjektives Recht, 2017.

che Folgen die Verletzung objektiven Rechts hat und wie diese durchgesetzt werden können.

Insgesamt zeigt sich, dass bei der Rechtsfolgenbetrachtung die eingefahrenen Gleise verlassen werden müssen. Die tradierte Segmentierung des Rechtsfolgenproblems durch die Betrachtung mancher Fragen unter dem Blickwinkel der Fehlerfolgen, anderer unter dem des Rechtsschutzes und wieder anderer unter dem der Staatsunrechtshaftung unter unbewusster Ausblendung vieler weiterer Fragen eröffnet Raum für Bereichsdogmatiken und nicht selten auch Eigenrationalitäten, die so kaum mehr hinterfragt werden können⁸³. Das ist umso problematischer, als die Trennung zwischen Fehlerfolgen, Rechtsschutz und Staatshaftung nicht das Produkt bewusster und gegenstandsadäquater Differenzierungen ist. Die Zusammenhänge zwischen materiellem Recht und Prozessrecht, zwischen Wiederherstellung und Entschädigung oder zwischen automatischen und bewirkungsbedürftigen Rechtsfolgen sind in ihrer Komplexität zwar nicht zu unterschätzen; diesen Zusammenhängen nachzugehen, eröffnet aber die Chance, das Rechtsfolgenproblem insgesamt rechtswissenschaftlich zu bewältigen.

IV. Die rechtswissenschaftliche Betrachtung des Rechtsfolgenproblems als Beleg für die erdrückende Dominanz der Rechtsdogmatik

Das Spezifikum des Rechts, in der sozialen Realität eine handlungsleitende Funktion zu übernehmen und insoweit praktische Wirksamkeit entfalten zu müssen, führt dazu, dass die rechtspraktische und die rechtswissenschaftliche Befassung mit dem Recht nicht leicht voneinander zu trennen sind⁸⁴ und dass die praktische Verwertbarkeit von Erkenntnissen zu einem Kriterium für rechtswissenschaftliches Arbeiten wird⁸⁵. Wird die Praxistauglichkeit aber zum maßgeblichen Anforderungsprofil für rechtswissenschaftliche Untersuchungen, dann stellt sich die Frage, wodurch sich die Beschäftigung mit dem Recht als wissenschaftlich erweist⁸⁶. Diese Frage wird gern verdrängt, weil erst

⁸³ S. auch bereits *N. Luhmann*, Öffentlich-rechtliche Entschädigung rechtspolitisch betrachtet, 1965, S. 72 f.

⁸⁴ S. dazu *H. Schulze-Fielitz*, Was macht die Qualität öffentlich-rechtlicher Forschung aus?, *JöR n.F.* 50 (2002), S. 1 (13 f.); *C. Waldhoff*, Kritik und Lob der Dogmatik, in: *G. Kirchhof/S. Magen/K. Schneider* (Hrsg.), Was weiß Dogmatik?, 2012, S. 17 f.

⁸⁵ Diese Funktion betont *F. Schorkopf*, Dogmatik und Kohärenz, in: *G. Kirchhof/S. Magen/K. Schneider* (Hrsg.), Was weiß Dogmatik?, 2012, S. 139 (141); *H. Coing*, Die juristischen Auslegungsmethoden und die Lehren der allgemeinen Hermeneutik, 1959, S. 23 sieht darin die einzige Funktion der Rechtswissenschaft.

⁸⁶ Treffend *C. Möllers*, Methoden, in: *W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle* (Hrsg.), *GrdlVwR*, Bd. I, 2. Aufl. 2012, § 3 Rn. 35; s. dazu auch *N. Jansen*, Rechtsdogmatik, Rechtswissenschaft und juristische Praxis, *AöR* 143 (2018), S. 638 ff., 652 ff.

und gerade ihr spezifischer Praxisbezug der Rechtswissenschaft im Unterschied zu anderen Wissenschaften Einfluss außerhalb des Wissenschaftssystems verleiht⁸⁷. Schon im 19. Jahrhundert war die Praxisorientierung der Rechtswissenschaft ein Ansatzpunkt der klassischen Anklagen gegen ihre Wissenschaftlichkeit, wie sie einflussreich von *Julius Hermann von Kirchmann* und später von *Rudolf von Jhering* formuliert wurden. Gegen die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft wendete sich *von Kirchmann* mit Blick auf ihre notwendige Fixierung auf das positive Recht, die dazu führe, dass statt des „Ewigen und Absoluten“ das „Zufällige und Mangelhafte“ ihr Gegenstand werde⁸⁸. Nicht minder scharf kritisierte *von Jhering* nach seiner Abwendung von der zeitgenössischen Pandektenwissenschaft eine sich auf die dogmatische Aufarbeitung des positiven Rechtsstoffs beschränkende Rechtswissenschaft⁸⁹. In dieser Kritik kommt das Bewusstsein dafür zum Ausdruck, dass eine mit wissenschaftlichem Anspruch auftretende Disziplin sich nicht in der dogmatischen Aufarbeitung des geltenden Rechts erschöpfen sollte.

Die Bedenken sind bis heute aktuell. Kritisiert wird namentlich die vorherrschende Rolle der Rechtsdogmatik in der Rechtswissenschaft – *Winfried Brohm* hat anschaulich von ihrer „verdrängenden Dominanz“ gesprochen⁹⁰. Tatsächlich kann der Stellenwert der Rechtsdogmatik kaum überschätzt werden: Die Entwicklung von Rechtsdogmatik wird nicht selten als die vorherrschende, teilweise sogar als die einzige Aufgabe der Rechtswissenschaft angesehen⁹¹. Die verbreitete Ineinssetzung von Rechtswissenschaft und Rechtsdogmatik zeigt sich besonders augenfällig darin, dass die so genannte Methodenlehre der Rechtswissenschaft eine Methodenlehre der Rechtsanwendung ist – und damit vor allem eine Anleitung für die Rechtspraxis⁹². Die Dominanz der Rechtsdogmatik steht in eigentümlichem Kontrast dazu, dass ihr

⁸⁷ S. dazu *O. Lepsius*, Kritik der Dogmatik, in: G. Kirchhof/S. Magen/K. Schneider (Hrsg.), Was weiß Dogmatik?, 2012, S. 39 (42 ff.); und bereits die pointierte Kritik von *H. Kelsen*, Reine Rechtslehre, 1934, S. V f.; positiver erscheint dies bei *C. Waldhoff*, Kritik und Lob der Dogmatik, ebda., S. 17 (31).

⁸⁸ *J.H. von Kirchmann*, Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft, 1848, S. 22.

⁸⁹ *R. von Jhering*, Ist die Jurisprudenz eine Wissenschaft?, 1868, S. 51.

⁹⁰ *W. Brohm*, Kurzlebigkeit und Langzeitwirkung der Rechtsdogmatik, in: M.-E. Geis/D. Lorenz (Hrsg.), Staat, Kirche, Verwaltung, FS für Hartmut Maurer, 2001, S. 1079.

⁹¹ S. statt vieler *K. Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1960, S. 189; s. zur verbreiteten Gleichsetzung von Dogmatik und Rechtswissenschaft auch *J. Lennartz*, Dogmatik als Methode, 2017, S. 154.

⁹² Von einer „Gebrauchstheorie des Rechts“ spricht *M. Jestaedt*, Das mag in der Theorie richtig sein ..., 2006, S. 7; *K. Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1960, S. V, stellt denn auch im Vorwort klar, Gegenstand des Werkes sei die dogmatische Rechtswissenschaft; s. aber auch *J. Lennartz*, Dogmatik als Methode, 2017, S. 57 ff., der davon ausgeht, dass mit der Fixierung auf die Auslegungstätigkeit kaum wiedergegeben werde, was in der Praxis geschehe.