

**Schriften zum Öffentlichen Recht**

---

**Band 898**

**Feststellender Verwaltungsakt  
und konkretisierende Verfügung**

**Verwaltungsakte zur präventiven Regelung,  
Konkretisierung und Durchsetzung gesetzlicher  
Rechte und Pflichten**

**Von**

**Harald Kracht**



**Duncker & Humblot · Berlin**

**HARALD KRACHT**

**Feststellender Verwaltungsakt  
und konkretisierende Verfügung**

**Schriften zum Öffentlichen Recht**

**Band 898**

# Feststellender Verwaltungsakt und konkretisierende Verfügung

Verwaltungsakte zur präventiven Regelung,  
Konkretisierung und Durchsetzung gesetzlicher  
Rechte und Pflichten

Von

Harald Kracht



Duncker & Humblot · Berlin




**Die Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät  
der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn  
hat diese Arbeit im Jahre 2001  
als Dissertation angenommen.**

**Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek**

**Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in  
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische  
Daten sind im Internet über <<http://dnb.ddb.de>> abrufbar.**

**Alle Rechte vorbehalten  
© 2002 Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Fotoprint: Werner Hildebrand, Berlin  
Printed in Germany**

**ISSN 0582-0200  
ISBN 3-428-10761-6**

**Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706** 

*Meinen Eltern*



„Der Rechtsstaat wird dadurch vollendet, daß auch der Verwaltungsakt mit seiner bindenden Kraft hingestellt wird in die zu ordnenden Verhältnisse zwischen Staat und Unterthan. Unbekannt der Anschauungsweise des Polizeistaates, nicht ganz Urteil, nicht ganz Rechtsgeschäft, verlangt der Akt in seiner einheitlichen Eigenart und Selbständigkeit erfaßt zu werden, soll anders das Verwaltungsrecht der Gegenwart verständlich sein, das er erfüllt.“

*Otto Mayer,*  
Deutsches Verwaltungsrecht.  
Erster Band,  
1. Aufl., Leipzig 1895, S. 94.





## **Vorwort**

Die vorliegende Schrift wurde im Wintersemester 2000/2001 von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität in Bonn als Dissertation angenommen. Das Manuskript wurde im wesentlichen im November 2000 abgeschlossen; bei der Drucklegung konnte die bis zum Juli 2001 veröffentlichte Rechtsprechung in den Fußnoten berücksichtigt werden.

Mein ganz herzlicher Dank gilt Herrn Prof. Dr. Jost Pietzcker, insbesondere für die inhaltliche Freiheit, die er mir gelassen hat, und seine Bereitschaft, die durch meine berufliche Tätigkeit im Bundesumweltministerium zunächst unterbrochene Arbeit weiter zu betreuen. Danken möchte ich auch Herrn Prof. Dr. Christoph Engel für die Übernahme und zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Meinen Studienfreunden Herrn Johannes Geismann und Herrn Hans-Jörg Lieberoth-Leden danke ich für die wertvollen Diskussionen und Anregungen zu den Grundlagen dieser Arbeit sowie dem Land Nordrhein-Westfalen für die durch die Universität Bonn gewährte Graduiertenförderung.

Schließlich möchte ich allen herzlich danken, die mich ermutigt haben, meine Dissertation fertigzustellen.

Bonn, im April 2002

*Harald Kracht*



## **Inhaltsübersicht**

<i>Teil 1:</i>	Einführung und Problemaufriß .....	31
<i>Teil 2:</i>	Tatbestandsmerkmal, Rechtsfolgen und Funktionen der „Regelung“ bei gestaltenden, feststellenden und befehlenden Verwaltungsakten.....	38
<i>Teil 3:</i>	Verfassungsrechtliche Grundlagen für die Untersuchung behördlicher Regelungskompetenzen .....	192
<i>Teil 4:</i>	Grundpositionen und Fallgruppen im Streit um die Befugnis zur Regelung durch Verwaltungsakt .....	235
<i>Teil 5:</i>	Die Eingriffswirkungen konkretisierender Verfügungen und belastender Feststellungsbescheide.....	299
<i>Teil 6:</i>	Erfordernis einer gesetzlichen Ermächtigung für konkretisierende Verfügungen und belastende Feststellungsbescheide .....	354
<i>Teil 7:</i>	Regelungskompetenz ohne ausdrückliche Ermächtigung? - Eine fall- gruppenspezifische Untersuchung .....	401
<i>Teil 8:</i>	Bilanz und Ausblick.....	681
	Literaturverzeichnis .....	713
	Sachregister.....	736



# Inhaltsverzeichnis

## *Teil 1*

### **Einführung und Problemaufriß**

- A. Gilt der Vorbehalt des Gesetzes auch für die Handlungsform Verwaltungsakt? -  
Kein Konsens über eine dogmatische Kernfrage..... 31
- B. Zur Notwendigkeit einer Analyse des Verwaltungsaktes als verbindlicher  
Regelung und der Einteilung der Verwaltungsakte nach ihrem Regelungsinhalt.... 34
- C. Der Verwaltungsakt in dem durch Grundgesetz und einfache Gesetze geschaf-  
fenen System der Gewaltenteilung ..... 35

## *Teil 2*

### **Tatbestandsmerkmal, Rechtsfolgen und Funktionen der „Regelung“ bei gestaltenden, feststellenden und befehlenden Verwaltungsakten**

- A. Die gebräuchlichen Definitionen und ihre Kritik ..... 38
  - I. Die Mehrdeutigkeit des Begriffs der „Regelung“ ..... 38
  - II. Die Einteilung der Verwaltungsakte nach ihren Regelungsinhalten..... 44
  - III. Der feststellende und zugleich verbindliche Verwaltungsakt: eine in sich  
widersprüchliche Begriffsbildung? ..... 48
    - 1. Funktion und Kritik der Begriffsbildung ..... 48
    - 2. Rechtsanwendung durch feststellenden Verwaltungsakt ..... 49
    - 3. Verbindlichkeit der feststellenden Verwaltungsakte ..... 53
- B. Die Unterscheidung zwischen gestaltenden und feststellenden Regelungen ..... 59
  - I. Rechtstheoretische, semantische und kommunikationstheoretische Vor-  
überlegungen ..... 59
  - II. Ein rechtswissenschaftliches Grundproblem: Das Verhältnis des  
Regelungsaktes zum materiellen Rechtsverhältnis ..... 63
  - III. Urteilswirkungen und Urteilsarten im Zivilprozeßrecht ..... 67



1. Die Bindung des erlassenden Gerichts (§ 318 ZPO) .....	67
2. Die formelle Rechtskraft (§ 705 ZPO).....	68
3. Die formelle Rechtskraft als Voraussetzung der materiellen Rechtskraft, Gestaltungswirkung und Vollstreckbarkeit.....	68
4. Das Problem der materiellen Rechtskraft: Verbindlichkeit durch Gestaltung des materiellen Rechts? .....	69
a) Die materielle Rechtskraft im Spannungsverhältnis zwischen materiellem und Verfahrensrecht.....	69
b) Die materiellen Rechtskrafttheorien .....	70
c) Die prozessualen Rechtskrafttheorien.....	71
d) Die Vermutungs- und Konkretisierungslehren .....	73
5. Leistungs-, Feststellungs- und Gestaltungsurteile .....	74
IV. Das materielle Rechtsverhältnis als Bezugsobjekt der Begriffe Rechtsfest- stellung und Rechtsgestaltung .....	77
V. Die Wirkung feststellender und gestaltender Verwaltungsakte auf das materielle Verwaltungsrechtsverhältnis.....	79
1. Die verbindliche Konkretisierung des materiellen Rechts als Funktion und Wirkung aller Verwaltungsakte.....	79
a) Der Verwaltungsakt als Mittel zur Überwindung der dem abstrakt- generellen Gesetz immanenten Rechtsungewißheit.....	79
b) Die Definition der Verbindlichkeit als Abweichungsverbot.....	89
c) Die Ergänzung der Konkretisierungs- durch die Stabilisierungs- funktion: Aufhebungsbeschränkungen des VwVfG und der VwGO... ..	91
d) Die Verbindlichkeit als Rechtsfolge einer Erklärung mit Anspruch auf Verbindlichkeit .....	92
e) Ergebnis.....	96
2. Die Begründung, Änderung und Beendigung von Verwaltungsrechts- verhältnissen oder verwaltungsrechtlichen Rechten und Pflichten durch Verwaltungsakt oder durch Gesetz.....	96
a) Das Verwaltungsrechtsverhältnis.....	96
b) Die Begründung aufgrund eines Gesetzes .....	97
c) Die Begründung durch Gesetz.....	100
d) Anspruchs-, Pflicht-, Kompetenz- und Zuständigkeitsnormen .....	103
e) Die Begründung ohne gesetzliche Grundlage.....	104
f) Die Veränderung oder Beendigung .....	104
3. Die Unterscheidung zwischen feststellenden und gestaltenden Regelungsgehalten.....	105
a) Der feststellende Verwaltungsakt .....	105
aa) Feststellungen der materiellen Rechtslage.....	105
bb) Ablehnungsbescheide.....	111
b) Der gestaltende Verwaltungsakt .....	115

c) Der gestaltende Verwaltungsakt mit feststellenden Regelungselementen.....	119
aa) Ausdrückliche Tenorierung gestaltender und feststellender Regelungen.....	120
bb) Unterschiedliche Rechtswirkungen einer einzelnen Regelung....	120
cc) Gestaltende Verwaltungsakte mit verbindlichen Inzidentfeststellungen.....	121
dd) Ergebnis.....	124
C. Der befehlende Verwaltungsakt.....	125
I. Die Definition.....	125
II. Vollstreckungsrechtliche Titelfunktion und Leistungsbefehl.....	125
1. Die Titel- als Ergänzung der Regelungsfunktion.....	125
2. Die Verpflichtung des Adressaten.....	126
3. Die Vollstreckbarkeit.....	127
4. Ergebnis.....	128
III. Rechtsgestaltung und -feststellung durch befehlende Verwaltungsakte.....	128
1. Die Anwendbarkeit der Unterscheidungskriterien.....	128
2. Die konkretisierende Verfügung.....	129
3. Die pflichtenbegründende Verfügung.....	133
D. Lediglich feststellende Verwaltungsakte und Verwaltungsakte mit unterschiedlichen Regelungselementen.....	134
E. Der feststellende Verwaltungsakt als Grundlagenbescheid.....	135
I. Vorbescheide in gestuften Genehmigungsverfahren.....	136
II. Grundverwaltungsakte im Enteignungsrecht.....	140
III. Steuerrechtliche Grundlagen- und Folgenbescheide.....	140
IV. Weitere Grundlagenbescheide, deren Regelungen nicht nur für die erlassende Behörde verbindlich sind.....	141
V. Ergebnis.....	144
F. Feststellende und gestaltende Verwaltungsakte als unterschiedliche Mittel des Gesetzgebers zur Verwirklichung der Zwecke seiner abstrakt-generellen Normen.....	145
I. Die gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit und ihre Grenzen.....	145
II. Beispiel: Verwaltungsakte im Denkmalrecht.....	150
1. Begriff des zu schützenden Denkmals.....	150
2. Schutz der Baudenkmäler.....	152

a) Eintragungsprinzip (Classement-System).....	152
b) Unterschutzstellung ipso lege mit nachrichtlichen Listen.....	154
c) Gemischte Schutzsysteme.....	158
3. Schutz der Bodendenkmäler .....	159
G. Rechtsgrund und Grenzen der Verbindlichkeit von befehlenden, gestaltenden und feststellenden Verwaltungsakten .....	160
I. Die Suche nach einem dogmatischen System im Labyrinth der Meinungen und Begriffe.....	160
II. Regelungswirkung, Verbindlichkeit und Vollstreckbarkeit befehlender Verwaltungsakte .....	162
III. Regelungswirkung, Verbindlichkeit und Selbstbindung bei Verwaltungsakten, die einen Anspruch gegen eine Behörde begründen oder feststellen	164
IV. Regelungswirkung, Verbindlichkeit und Bindungswirkung bei (auch) belastender Rechtsfeststellung oder -gestaltung .....	164
1. Die Lehre von der Verbindlichkeit aller wirksamen Verwaltungsakte... 165	
2. Die Lehre von der materiellen Bestandskraft als allgemeinem Geltungsgrund auch gegenüber fremden Behörden .....	165
3. Die Kombination der Lehre von der materiellen Bestandskraft für die erlassende Behörde mit einer bestandskraftunabhängigen Gestaltungs- oder Tatbestandswirkung.....	166
a) Die herrschende Lehre von der materiellen Bestandskraft .....	167
b) Die lückenschließende Funktion der bestandskraftunabhängigen Abweichungsverbote .....	168
aa) Tatbestandswirkung i.e.S.: Der Verwaltungsakt als Tatbestandsmerkmal einer Rechtsnorm.....	168
bb) Tatbestandswirkung und Gestaltungswirkung als Bindung an Existenz und Inhalt von wirksamen Verwaltungsakten.....	172
(1) Bindung an den Regelungsinhalt.....	172
(2) Gestaltungs- oder Tatbestandswirkung als Rechtsfolge der gestaltenden Verwaltungsakte.....	172
(3) Tatbestandswirkung i.w.S. als Element der Verbindlichkeit aller wirksamen Verwaltungsakte .....	173
4. Kritische Bewertung des Nebeneinanders von materieller Bestandskraft und bestandskraftunabhängiger Gestaltungs- oder Tatbestandswirkung.....	174
5. Konsequenzen für die Bestimmung der objektiven und subjektiven Grenzen der Bindungswirkung gesetzlich geregelter Verwaltungsakte..	176
6. Die Bindungswirkung nicht normierter Feststellungsbescheide.....	180
7. Ergebnis.....	180
V. Die zeitlichen Grenzen der Verbindlichkeit.....	181

1. Die Regelungen der Wirksamkeit, Vollziehbarkeit und Bestandskraft in VwVfG und VwGO.....	181
2. Verfassungskonforme Begründung der Verbindlichkeit nur durch Präentionsverzicht und materielle Bestandskraft? .....	183
a) J. Martens Lehre vom Verwaltungsakt als zweiseitiger Regelung.....	183
b) Richterliches Urteil und Verwaltungsakt als einseitige Regelungen .	184
3. Schlußfolgerung .....	185
VI. Ergebnis.....	188
H. Nicht normierte Feststellungsbescheide und konkretisierende Verfügungen als Gegenstand der weiteren Untersuchung rechtsformspezifischer Fragen .....	188

*Teil 3*

**Verfassungsrechtliche Grundlagen  
für die Untersuchung behördlicher Regelungskompetenzen**

A. Artikel 92 GG .....	192
I. Die These eines Richtervorbehalts zur verbindlichen Rechtsfeststellung oder Streitentscheidung .....	192
II. Die unter dem Vorbehalt gerichtlicher Nachprüfung stehenden Verwaltungsakte der rechtsanwendenden und -vollziehenden Gewalt.....	195
B. Der Vorrang des Gesetzes.....	208
C. Der Vorbehalt des Gesetzes .....	211
I. Fragestellung .....	211
II. Die Wesentlichkeits-Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts.....	212
1. Die Strafvollzugsentscheidung (BVerfGE 40, 237) .....	212
2. Kritik der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts.....	214
III. Der rechtsstaatliche Eingriffsvorbehalt als Teil der allgemeinen Grundrechtslehre.....	219
IV. Kein allgemeiner demokratisch-funktionaler Parlamentsvorbehalt.....	228
V. Die Befugnis zum Erlaß von Verwaltungsakten gegen Hoheitsträger - keine Frage des allgemeinen Vorbehalts des Gesetzes .....	230

*Teil 4*

**Grundpositionen und Fallgruppen  
im Streit um die Befugnis zur Regelung durch Verwaltungsakt**

A.	Verfassungsrechtliche Grundsatzpositionen zur Reichweite des Vorbehalts des Gesetzes und den Eingriffswirkungen des Verwaltungsakts .....	235
I.	Zur Regelungsbefugnis.....	235
1.	Regelungsbefugnis bei unbestimmten Rechtsbegriffen oder hinreichend konkret bestimmten Pflichten?.....	235
2.	Die Begründung einer allgemeinen Regelungsbefugnis mit Gewohnheitsrecht und verfassungsrechtlichem Vollziehungsauftrag der Verwaltung .....	236
3.	Weder „Gewohnheitsrecht“ noch „Hausgut“ .....	241
II.	Zum Eingriffstatbestand .....	242
1.	Mögliche Eingriffswirkungen und betroffene Grundrechte.....	242
2.	Final intendierter Eingriff oder bloße Folgewirkung? .....	244
III.	Zur Interpretation der §§ 35 und 43 VwVfG.....	245
B.	Fallgruppen und Differenzierungen der Rechtsprechung zum Subordinationsverhältnis .....	248
I.	Verwaltungsakte zur Regelung von Rechtsverhältnissen, in denen die Behörde zum Erlaß anderer Verwaltungsakte ermächtigt ist.....	254
1.	Verwaltungsakte im Beamten- und Soldatenverhältnis .....	254
2.	Leistungs- und Erstattungsbescheide gegenüber Erben eines Beamten oder Soldaten .....	257
3.	Besonderes Gewaltverhältnis und Verwaltungsakt.....	258
4.	Regelung der (Un-)Wirksamkeit eines Verwaltungsakts oder einer sonstigen Beendigung eines Rechtsverhältnisses und der sich daraus ergebenden Rechtsfolgen.....	259
a)	Kehrseitentheorie.....	259
b)	Regelung der sonstigen Beendigung eines Rechtsverhältnisses .....	260
c)	Verfahrenseinheitliche Gestaltung der durch Verwaltungsakt gestalteten Verwaltungsrechtsverhältnisse.....	261
II.	Verwaltungsakte zur Durchsetzung oder Feststellung verwaltungsrechtlicher Zahlungsansprüche .....	262
III.	Keine Durchsetzung privatrechtlicher Forderungen .....	263
IV.	Keine Durchsetzung vertraglicher Pflichten .....	264
V.	Hausverbote und Verwaltungsakte in einem durch Satzung oder Benutzungsordnung geregelten Rechtsverhältnis .....	265



VI. Zwischenergebnis .....	268
C. Verwaltungsakte zur Durchsetzung und zur vorbeugenden Regelung allgemeiner gesetzlicher Pflichten .....	268
I. Beschreibung der Fallgruppe.....	268
II. Konkretisierende Verfügungen und feststellende Verwaltungsakte, die von Amts wegen erlassen werden.....	269
1. Geltung des Vorbehalts des Gesetzes .....	269
2. Konkretisierende Verfügungen.....	271
a) Pflichtnormen als alleinige gesetzliche Grundlage unselbständiger Verfügungen .....	271
b) Erfordernis einer besonderen Befugnisnorm für konkretisierende Verfügungen .....	272
3. Befugnisnormen für Verfügungen als Ermächtigung zu feststellenden Verwaltungsakten .....	275
4. Die Konkretisierung einer Anzeige- oder Genehmigungspflicht.....	277
a) Allgemeine Befugnisse der Genehmigungs- und Überwachungsbehörden .....	277
b) Die Feststellung der Genehmigungsbedürftigkeit als Abschluß eines Anzeigeverfahrens .....	278
aa) Genehmigungsbedürftigkeit eines angezeigten Gewerbes (§ 34c GewO) .....	278
bb) Änderungen des Flughafenbetriebs (§ 6 Abs. 4 Satz 2, § 31 Nr. 17 LuftVG; § 45 Abs. 2 Satz 1 LuftVZO).....	279
5. Pflicht- und Vollstreckungsnormen als gesetzliche Grundlage für konkretisierende Verfügungen und Zwangsmittelfestsetzungen .....	279
6. Zur Aufgabenerfüllung notwendige Befugnisse eines Beliehenen oder einer Fachbehörde.....	282
III. Feststellungsbescheide in einem auf Antrag eingeleiteten Verwaltungs- verfahren.....	286
1. Vorbescheide .....	286
2. Negativatteste .....	289
3. Duldungsbescheide.....	289
4. Unbedenklichkeitsbescheinigungen und Feststellungen des Bestehens oder Nichtbestehens eines pflichtnormrelevanten Rechtsverhältnisses ..	290
5. Befugnis nur zur Bestätigung dessen, was der Antragsteller für Rechens hält? .....	294
D. Entscheidungen einer beurkundenden oder registerführenden Behörde.....	297
E. Gang der weiteren Untersuchung .....	298

*Teil 5***Die Eingriffswirkungen konkretisierender Verfügungen  
und belastender Feststellungsbescheide**

A. Die Merkmale des Eingriffstatbestandes .....	299
B. Der belastende Verwaltungsakt als Eingriff in das von der Regelung betroffene Grundrecht .....	304
I. Konkretisierende Verfügungen .....	304
II. Feststellende Verwaltungsakte: Differenzierung nach dem Regelungsinhalt .....	316
1. Abhängigkeit der Wirkungen der Regelungsform Verwaltungsakt vom Regelungsinhalt .....	316
2. Den Adressaten rein begünstigende Feststellungsbescheide ohne belastende Drittwirkung .....	324
3. Den Adressaten (auch) belastende Feststellungsbescheide .....	326
a) Die Feststellung von Tatbestands- oder Rechtsfolgeelementen einer Norm mit einer belastenden Rechtsfolge .....	326
b) Ausdrückliche oder inzident in Ablehnungsbescheiden enthaltene Feststellungen, daß ein Leistungsanspruch nicht, nur in bestimmter Höhe oder nur bei Erfüllung bestimmter Voraussetzungen besteht... ..	327
4. Den Adressaten begünstigende Bescheide mit rechtlich belastender Drittwirkung .....	329
5. Ergebnis .....	329
III. Berücksichtigung der Klagemöglichkeit und der möglichen Vorteile einer Klärung der Rechtslage durch Verwaltungsakt .....	330
C. Die Anfechtungslast als Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit .....	332
I. Anfechtungslast und Anfechtungsrisiko .....	332
II. Keine spezifische Eingriffswirkung gerade durch den Einsatz der Regelungsform Verwaltungsakt? .....	336
III. Faktische Folgewirkung oder final intendierte Eingriffswirkung? .....	339
D. Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG und der Vorbehalt des Gesetzes .....	342
I. Die Ausgestaltung des Zugangs zu den Gerichten durch §§ 68 ff. VwGO .	342
II. Der Vorbehalt des verhältnismäßigen Gesetzes im Lichte der Garantie eines effektiven Rechtsschutzes .....	344
E. Die verjährungsunterbrechende Wirkung .....	348
F. Die Eingriffswirkungen der konkretisierenden Verfügung als Vollstreckungstitel .....	350

*Teil 6***Erfordernis einer gesetzlichen Ermächtigung für konkretisierende Verfügungen und belastende Feststellungsbescheide**

A. Materielle Rechtsnormen, Aufgaben und Befugnisse im Perspektivenwechsel zwischen Art. 20 Abs. 3 GG und fachgesetzlicher Regelung .....	354
B. Eingriffe durch bürgeradressierte Pflichtnormen oder aufgrund von verwaltungsadressierten Kompetenznormen.....	357
I.    Zum Begriff der gesetzlichen Ermächtigung .....	357
II.   Die Pflichtnorm als stillschweigende Ermächtigung? .....	361
C. Der Verwaltungsakt im System der Gewaltenteilung des GG .....	362
I.    Keine gewohnheitsrechtliche Anerkennung einer Befugnis zur verbindlichen Regelung .....	362
II.   Die Abhängigkeit der Reichweite des Vorbehaltes des Gesetzes von der verfassungsrechtlichen Legitimation der Staatsgewalt .....	369
III.  Das Rechtsprinzip der Gewaltenteilung des Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG .....	373
1. Gewaltenteilung und allgemeines Gewaltverhältnis .....	373
2. Die verfassungsrechtliche Konstituierung und Legitimation der Organe der vollziehenden Gewalt.....	375
3. Gleichrangigkeit der verfassungsrechtlichen Legitimation der rechtsprechenden und vollziehenden Gewalt.....	376
4. Kein verfassungsrechtlicher Verwaltungsvorbehalt für die verbindliche Regelung öffentlich-rechtlicher Rechtsverhältnisse im Einzelfall .	377
5. Die Gewaltenteilung in der Verwaltung .....	379
6. Subordinationsrechtlicher Verwaltungsakt und verwaltungsrechtliche Subordinationstheorie.....	379
7. Ergebnis.....	382
D. Die Erstreckung der Gesetzesvorbehalte auf die kompetenzbegründende Zuordnung von Aufgaben und Befugnissen.....	383
E. Ermächtigung zum Verwaltungsakt nur bei Aufgaben- und Befugniszuweisung	385
F. Doppelte Deckung durch Ermächtigung und Rechte und Pflichten begründende Normen .....	389
G. Kompetenz und Zuständigkeit .....	390
H. Der Vorrang der gesetzlichen Kompetenz- und Zuständigkeitsordnung .....	393
I. Die Feststellung der geltenden Rechtslage und der Vorrang künftiger Gesetze...	396

## Teil 7

**Regelungskompetenz ohne ausdrückliche Ermächtigung? -  
Eine fallgruppenspezifische Untersuchung**

A.	Die das Verwaltungshandeln nicht ausdrücklich als „Verwaltungsakt“ bezeichnenden Ermächtigungsnormen .....	401
B.	Verwaltungsakte, die von Amts wegen zur Durchsetzung und zur vorbeugenden Regelung allgemeiner gesetzlicher Pflichten ergehen .....	402
I.	Durch Auslegung zu schließende „Kompetenzlücken“ - Ein Widerspruch zur Funktion der Generalklauseln des Polizei- und Ordnungsrechts? .....	402
II.	Bestehende Vorschriften über die Durchsetzung gesetzlicher Pflichten.....	406
1.	Die Ahndung, der Entzug von Vorteilen, Appelle und andere alternative Reaktionen auf eine Verletzung gesetzlicher Pflichten.....	406
2.	Die Generalklauseln und das Subsidiaritäts- und Spezialitätsprinzip des Polizei- und Ordnungsrechts .....	407
3.	Freiheitssichernde Funktion der Kompetenz- und Zuständigkeitsordnung.....	411
III.	Vorbeugender Rechtsschutz durch die Gerichte und die Verwaltung .....	412
1.	Die konkrete Gefahr als Eingriffsvoraussetzung der Generalklauseln....	412
2.	Urteile und Verwaltungsakte zur vorbeugenden Regelung gesetzlicher Rechte und Pflichten.....	413
3.	Das rechtliche Interesse an einer alsbaldigen Feststellung und die drohende (Wiederholungs-)Gefahr als Voraussetzungen einer vorbeugenden Regelung durch die Gerichte.....	416
4.	Das öffentliche Interesse an einer vorbeugenden Regelung und deren Eingriffswirkungen als Zweck-Mittel-Relation .....	418
IV.	Die Regelungen der §§ 35 und 43 VwVfG.....	424
1.	§ 35 VwVfG i.V.m. der gesetzlichen Pflichtnorm als Handlungsformermächtigung (C. Fischer)?.....	425
2.	§ 43 VwVfG als implizite Ermächtigung zur Auferlegung der Anfechtungslast (Druschel)?.....	425
V.	Bestehende Kompetenznormen als Ermächtigung zu gesetzlich nicht ausdrücklich geregelten Verwaltungsakten .....	428
1.	Notwendigkeit und Grenzen der Auslegung.....	428
2.	Befugnisnormen für Verfügungen als Ermächtigung zu feststellenden Verwaltungsakten .....	429
a)	Feststellende Verwaltungsakte als „Maßnahmen“ der Gefahrenabwehr .....	429
b)	Feststellungsbefugnis per argumentum a maiore ad minus .....	431

aa) Vorweggenommene Teilregelungen (Grundlagenbescheide).....	431
bb) Die Feststellung des Genehmigungsinhalts durch die Überwachungsbehörde .....	437
3. Die Konkretisierung einer Anzeige- oder Genehmigungspflicht.....	440
a) Verpflichtung zur Erstattung einer Anzeige .....	440
b) Allgemeine Befugnisse der Genehmigungs- und Überwachungs- behörden .....	441
c) Entscheidung über die Genehmigungsbedürftigkeit als Abschluß eines Anzeigeverfahrens .....	442
aa) Teleologische Interpretation des Anzeigeverfahrens.....	442
bb) Beispiele.....	444
(1) Gewerbeuntersagung und Feststellung einer Erlaubnis- pflicht nach der Gewerbeanmeldung (§ 15 Abs. 2 i.V.m. §§ 30, 33a - 34c GewO oder anderen Zulassungs- vorschriften).....	444
(2) Änderungen des Flughafenbetriebs (§ 6 Abs. 4 Satz 2, § 31 Abs. 2 Nr. 17 i.V.m. Nr. 4 LuftVG; § 45 Abs. 2 Satz 1 LuftVZO) .....	447
4. Pflicht- und Vollstreckungsnormen als gesetzliche Grundlage für konkretisierende Verfügungen und Zwangsmittelfestsetzungen .....	451
a) Befugnisnormen für die Vollstreckung von Verwaltungsakten.....	451
b) Teleologisch-systematische Interpretation eines Gesetzes, das Pflicht- und Vollstreckungsnormen enthält .....	452
c) Die Ermächtigung zur Anwendung als Grundlage für die Fest- setzung eines Zwangsmittels.....	455
5. Zur Aufgabenerfüllung notwendige Befugnisse eines Beliehenen oder einer Fachbehörde.....	458
C. Verwaltungsakte, die in einem auf Antrag eingeleiteten Verwaltungsverfahren das Bestehen oder Nichtbestehen allgemeiner gesetzlicher Pflichten oder pflichtenrelevanter Eigenschaften feststellen.....	462
I.    Rechtsfolgen eines Antrags auf Erlaß eines Feststellungsbescheids.....	462
II.   Mögliche verfahrens- und materielle rechtliche Wirkungen von Anträgen ...	463
1. Mitwirkungs- und zustimmungsbedürftige Verwaltungsakte.....	463
2. Verfahrensrechtliche Antragsfolgen und -funktionen.....	464
3. Materielle rechtliche Antragsfolgen und -funktionen.....	467
III.  Verfahrensrechtliche, aber keine materielle rechtlichen Wirkungen des Antrags auf Erlaß eines Feststellungsbescheids.....	467
IV.  Kann eine Einwilligung das Erfordernis einer gesetzlichen Ermächtigung beseitigen? .....	468
1. Die Einwilligung: kein „Grundrechtsverzicht“ .....	468



2. Die legitimierende Wirkung einer Einwilligung: eine Frage des Vorbehalts oder Vorrangs des Gesetzes? .....	469
3. Formulierung und Funktion der Grundrechte .....	473
a) Ausdrückliche Regelungen über die Einwilligung .....	473
b) Die Einwilligung als Mittel zur Verwirklichung grundrechtlich geschützter Interessen .....	473
4. Freiwilligkeit, Kopplungsverbot und weitere Wirksamkeitsvoraussetzungen .....	477
V. Die begünstigende Feststellung ohne belastende Drittwirkung .....	480
VI. Die begünstigende, den Antrag aber teilweise ablehnende Regelung .....	483
1. Vorbescheide mit Vorbehalten und Nebenbestimmungen .....	483
2. Negativatteste und ähnliche Grundlagenbescheide .....	487
3. Duldungsbescheide .....	488
VII. Die Feststellung des kontradiktorischen Gegenteils der gewünschten Regelung .....	489
1. Fragestellung und Gang der Untersuchung .....	489
2. Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zur Rechtsschutzzone der vorbeugenden Feststellungsklage und des feststellenden Verwaltungsakts .....	491
a) Die Rechtsprechung zur Feststellungsklage .....	491
b) Die Rechtsprechung zum Feststellungsbescheid .....	496
aa) Wahlrecht zwischen Verpflichtungs- und Feststellungsklage nach Abschluß eines Verwaltungsverfahrens .....	496
bb) Ermessen über die Einleitung eines Verwaltungsverfahrens .....	497
c) Kritik der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts .....	498
3. Der Feststellungsantrag als Schlüssel zum präventiven Rechtsschutz .....	502
a) Auslegung des Feststellungsantrags vor Eröffnung des Verwaltungsverfahrens (ex ante-Betrachtung) .....	502
b) Das Verwaltungsverfahren als Kompensation für die Unbestimmtheit der gesetzlichen Pflichtnorm .....	505
c) Das Verfahrensermessen und sein Zweck (§§ 22, 40 VwVfG) .....	513
d) Die begünstigende Feststellung als Orientierungsmaßstab für ein rechtmäßiges Verhalten .....	515
e) Privates und öffentliches Interesse an der Begrenzung der Eingriffswirkung der Pflichtnormen .....	516
f) Freiheit und Verantwortung des Bürgers - Mitverantwortung des Staates .....	517
g) Berücksichtigung anderer Rechtsschutzmöglichkeiten .....	520
aa) Beratung durch Rechtsanwälte, Sachverständige, Kammern oder Berufsverbände .....	520
bb) Behördliche Auskunft .....	522
cc) Nachträglicher und vorläufiger Rechtsschutz .....	526

h) Berücksichtigung des Grundsatzes der Verwaltungseffizienz im Rahmen des Opportunitätsprinzips .....	528
aa) Effiziente Aufgabenwahrnehmung innerhalb des Rechtsverhältnisses .....	529
(1) Öffentliches Interesse an der verbindlichen Regelung gesetzlicher Pflichten .....	529
(2) Öffentliches Interesse an der Vermeidung überflüssiger oder ineffizienter Verfahren .....	529
bb) Effiziente Verwirklichung aller Verwaltungsaufgaben: Rechtsschutzauftrag und Gefahrenabwehr im Lichte des Opportunitäts- und Effizienzprinzips .....	531
cc) Keine Verletzung des Kopplungsverbots .....	533
4. Der Antrag auf behördliche Feststellung bei Zulässigkeit einer Feststellungsklage.....	535
5. Ergebnis: Kein Anspruch auf Rechtsschutz durch Verfahren ohne Mitwirkungs- und Anfechtungslast .....	537
VIII. Der Antrag auf Erlass eines begünstigenden Bescheids mit belastender Drittwirkung .....	538
1. Die Unbedenklichkeitsbescheinigung.....	538
2. Der Vorbescheid .....	541
IX. Auslegung des Antrags und Beratungspflicht der Behörde (§ 25 VwVfG). 542	
X. Die Rechtsschutzzone des feststellenden Verwaltungsaktes im Vergleich zur Feststellungsklage.....	545
XI. Sachgerechte Verteilung der Rechtsanwendungspflichten und -risiken zwischen Bürger und Verwaltung.....	549
D. Verwaltungsakte zur Regelung und Durchsetzung von Zahlungsansprüchen .....	551
I. Die Kompetenz zur Geltendmachung fälliger Zahlungsansprüche.....	551
II. Klage oder Verwaltungsakt?.....	552
III. Die Feststellung von Zahlungsansprüchen dem Grunde nach .....	553
IV. Keine Ermächtigung durch §§ 1 und 3 VwVG und landesrechtliche Parallelbestimmungen.....	556
V. Keine gewohnheitsrechtliche Anerkennung der Verwaltungsaktbefugnis .. 557	
VI. Teleologisch-systematische Interpretation eines Gesetzes, das gesetzliche Zahlungspflichten und Vollstreckungsnormen enthält .....	557
VII. Keine Ermächtigung durch § 53 VwVfG.....	558
VIII. Befugnis zur Geltendmachung von Erstattungsansprüchen entsprechend der Kehrseitentheorie.....	559

1. Die drei in § 49a Abs. 1 Satz 2 VwVfG geregelten Erstattungstatbestände .....	559
2. Erstattungsansprüche, auf die § 49a VwVfG wegen der Subsidiaritätsklauseln des § 1 VwVfG keine Anwendung findet.....	562
a) Spezialgesetzliche Regelungen von Rücknahme, Widerruf und öffentlich-rechtlichem Erstattungsanspruch .....	562
b) Kein Grundsatz einer verfahrenseinheitlichen Gestaltung aller durch Verwaltungsakt begründeten und gestalteten Rechtsverhältnisse.....	564
c) Annexkompetenz zur Geltendmachung des durch die Aufhebung eines Verwaltungsakts entstandenen Erstattungsanspruchs.....	567
3. Erstattungsansprüche bei einer von § 49a VwVfG nicht erfaßten Unwirksamkeit des leistungsgewährenden Bescheids .....	569
a) Keine abschließende Regelung der Erstattungsansprüche in § 49a VwVfG .....	569
b) Fälle einer ursprünglichen Unwirksamkeit des leistungsgewährenden Verwaltungsakts .....	570
aa) Unterschiedliche Rechtsfolgen des allgemeinen Erstattungsanspruchs und einer analogen Anwendung des § 49a VwVfG....	570
bb) Analogievoraussetzungen nicht erfüllt .....	571
cc) Leistung zur Erfüllung eines nichtigen Verwaltungsakts .....	573
dd) Endgültiger Nichteintritt einer aufschiebenden Bedingung.....	574
c) Fälle einer nachträglichen, aber nicht rückwirkenden Unwirksamkeit des leistungsgewährenden Verwaltungsakts .....	575
aa) Aufhebung im Verwaltungsprozeß.....	575
bb) Aufhebung im Vorverfahren .....	575
cc) Erledigung eines vorläufigen Verwaltungsakts .....	576
dd) Rücknahme oder Widerruf mit Wirkung für die Zukunft .....	577
d) Schlichte Überzahlungen .....	581
E. Fortentwicklung der Kehrseitentheorie: Regelungen der Unwirksamkeit eines Verwaltungsakts, der Beendigung eines Rechtsverhältnisses und der sich daraus ergebenden Rechtsfolgen.....	582
I. § 52 VwVfG .....	582
II. § 44 Abs. 5 VwVfG.....	582
III. Die Feststellung der sonstigen Unwirksamkeit eines begünstigenden Verwaltungsaktes oder einer Zusicherung.....	583
1. Keine Feststellung der ursprünglichen (Un-)Wirksamkeit, Rechtswidrigkeit oder Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsaktes analog § 44 Abs. 5 VwVfG.....	583
2. Die Feststellung der nachträglichen Unwirksamkeit eines Verwaltungsaktes oder einer Zusicherung .....	584
a) Aufhebung und andere Formen der Beendigung der Regelungswirkung eines Verwaltungsaktes .....	584

b)	Verwaltungsaktbefugnis bei einem normativen Stufenverhältnis zwischen Aufhebungs- und gesetzlichen Beendigungstatbeständen..	586
c)	Beispiele .....	589
aa)	Erlöschen eines alten Rechts oder einer alten Befugnis zur Gewässerbenutzung (§ 15 WHG).....	589
bb)	Beendigung eines Beamtenverhältnisses bei strafgerichtlicher Verurteilung (§ 24 Abs. 1 BRRG, § 48 BBG).....	592
cc)	Wegfall der Bindungswirkung einer Zusicherung (§ 38 Abs. 3 VwVfG).....	595
d)	Die Feststellung des Eintritts einer auflösenden Bedingung.....	596
IV.	Rücknahme oder Widerruf eines unwirksamen Verwaltungsaktes.....	600
V.	Ergebnis.....	604
F.	Verwaltungsakte im Beamten- und Soldatenverhältnis .....	605
I.	Begründung und Zulässigkeit einer Gesamtanalogie im Beamten- und Soldatenrecht .....	605
1.	Analyse der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts .....	605
2.	Zulässigkeit und Grenzen einer belastenden Analogie.....	609
a)	Uneinheitliche Rechtsprechung und Lehre.....	609
b)	Keine freie Rechtsschöpfung, sondern Rechtsnormergänzung durch Analogie .....	614
c)	Analoge Anwendung nur innerhalb des gleichen Rechtsverhältnisses oder sonstigen Regelungszusammenhangs.....	617
d)	Die planwidrige Regelungslücke im Beamten- und Soldatenrecht....	619
3.	Zwischenergebnis .....	620
II.	Anwendungsbereich und Grenzen der dienstrechtlichen Gesamtanalogie ..	621
1.	Erstattungs- und Leistungsbescheide.....	621
a)	Erstattungsbescheide bei Leistung aufgrund eines Verwaltungsakts..	621
b)	Nicht auf eine Annexkompetenz zu stützende Erstattungs- und Leistungsbescheide .....	622
c)	Keine Leistungsbescheide zur Geltendmachung von Regreßansprüchen des Dienstherrn (Art. 34 Satz 2 GG).....	623
d)	Leistungs- und Erstattungsbescheide nur durch den Dienstherrn .....	625
2.	Die Festsetzung eines Dienstalters analog § 28 Abs. 4 BBesG .....	626
a)	Die Vorschriften über das Dienstalter.....	626
aa)	Das Besoldungsdienstalter.....	626
bb)	Das Versorgungsdienstalter .....	627
cc)	Das Allgemeine Dienstalter .....	628
dd)	Das Jubiläumsdienstalter .....	629
b)	Analogiefähigkeit des § 28 Abs. 4 BBesG .....	629
aa)	Zweck und Folgen einer BDA-Festsetzung.....	629
bb)	Rechtsähnlichkeit anderer Festsetzungen eines Dienstalters .....	631

3. Die Feststellung der Beendigung eines Beamtenverhältnisses bei strafgerichtlicher Verurteilung (§ 24 Abs. 1 BRRG, § 48 BGG).....	633
III. Nachträgliche Regelungspflicht des Gesetzgebers .....	633
G. Erstattungs- und Leistungsbescheide gegenüber Erben eines Beamten oder Soldaten .....	635
I. Erstattungsbescheide .....	635
1. Erstattungsanspruch nach Leistung an den Erblasser aufgrund eines wirksamen Verwaltungsaktes .....	636
a) Die Rechtsprechung .....	636
b) Lösung .....	637
2. Erstattungsanspruch nach Leistung an den Erblasser zur Erfüllung eines durch Verwaltungsakt geregelten, aber nicht entstandenen Anspruchs .....	639
a) Die Rechtsprechung .....	639
b) Lösung .....	640
3. Erstattungsanspruch nach Leistung an den Erben .....	642
a) Die Rechtsprechung .....	642
b) Lösung .....	645
aa) Zivilrechtlicher Bereicherungs- oder öffentlich-rechtlicher Erstattungsanspruch?.....	645
bb) Keine analoge Anwendung der gegenüber dem Beamten bestehenden Regelungsbefugnisse auf seinen Erben .....	650
II. Beamtenrechtliche Haftung .....	652
H. Subordinationsverhältnis, besonderes Gewaltverhältnis und Verwaltungsakt.....	653
I. Entscheidungen einer beurkundenden oder registerführenden Behörde.....	657
I. Fragestellung und Gang der Untersuchung .....	657
II. Zur Rechtsnatur öffentlicher Urkunden, behördlicher Register und Dateien.....	659
1. Die öffentliche Urkunde .....	659
2. Behördliche Register und Dateien .....	662
3. Unterscheidung zwischen Beweis-, Nachweis- und Regelungsfunktion ..	664
III. Die Entscheidung über eine Beurkundung oder Registereintragung .....	670
1. Fragestellung .....	670
2. Rechtsprechung und Literatur zur „Entscheidung, ob“ .....	671
3. Eigene Auffassung.....	674
IV. Keine stillschweigende Annexkompetenz .....	677

*Teil 8***Bilanz und Ausblick**

A. Feststellungsbescheid und konkretisierende Verfügung: Prototypen des Verwaltungsakts als Mittel zur Verwirklichung des abstrakt-generellen Gesetzes .....	681
B. Gesetzeskonkretisierende Verwaltungsakte im System der Gewaltenteilung des Grundgesetzes.....	685
I.    Kein Verbot streitentscheidender oder feststellender Verwaltungsakte durch Art. 92 GG.....	685
II.   Zum Vorrang des Gesetzes (Art. 20 Abs. 3 GG).....	685
III.  Zur Geltung und Reichweite des Vorbehalts des Gesetzes.....	686
IV.  Erfordernis einer gesetzlichen Ermächtigung für konkretisierende Verfügungen und belastende Feststellungsbescheide.....	688
V.    Kompetenz und Zuständigkeit.....	690
VI.  Die Feststellung der geltenden Rechtslage und der Vorrang künftiger Gesetze .....	691
VII. Gebotene Abkehr vom subordinationsrechtlichen Denken .....	692
C. Ermächtigung durch Auslegung?: Allgemeine Grundsätze und Grenzen.....	692
I.    Verwaltungsakte, die von Amts wegen zur präventiven Regelung, Konkretisierung und Durchsetzung gesetzlicher Rechte und Pflichten ergehen .....	693
II.  Verwaltungsakte zur Regelung und Durchsetzung von Zahlungsansprüchen.....	697
III.  Regelungen der Unwirksamkeit eines Verwaltungsakts, der sonstigen Beendigung eines Rechtsverhältnisses und der sich daraus ergebenden Rechtsfolgen .....	699
IV.  Beamten- und soldatenrechtliche Gesamtanalogie .....	700
V.    Erstattungs- und Leistungsbescheide gegenüber Erben eines Beamten oder Soldaten.....	701
VI.  Untauglichkeit der Kategorien des Subordinations- und des besonderen Gewaltverhältnisses .....	702
VII.  Keine Annexkompetenz bei beurkundenden und registerführenden Behörden .....	702
VIII. Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht.....	704

IX.	Der Antrag auf Erlaß eines feststellenden Verwaltungsakts als Schlüssel zum präventiven Rechtsschutz.....	705
D.	Perspektiven für die gesetzgebende, rechtsprechende und vollziehende Gewalt...	706
I.	Konsequenzen für den Gesetzgeber.....	706
II.	Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit: Rechtsschutzzone des feststellenden Verwaltungsakts und der Feststellungsklage .....	708
III.	Verwaltung und Gesetzgeber.....	710
IV.	Verantwortung von Bürger und Verwaltung für einen gesetzeskonformen Freiheitsgebrauch und die effiziente Wahrnehmung staatlicher Aufgaben .	710
E.	Fortentwicklung der Dogmatik des Verwaltungsakts.....	712
	<b>Literaturverzeichnis .....</b>	<b>713</b>
	<b>Sachregister .....</b>	<b>736</b>

## Teil 1

### Einführung und Problemaufriß

#### **A. Gilt der Vorbehalt des Gesetzes auch für die Handlungsform Verwaltungsakt? - Kein Konsens über eine dogmatische Kernfrage**

Ein Blick in die Inhaltsverzeichnisse der gängigen Lehrbücher des allgemeinen Verwaltungsrechts zeigt, daß mehr als hundert Jahre nach dem Erscheinen der ersten Auflage von Otto Meyers Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts<sup>1</sup> der Verwaltungsakt innerhalb der Darstellung der Rechtsformen des Verwaltungshandelns noch immer breiten Raum einnimmt. Sieht man aber genauer hin, so fällt auf, daß häufig ein großer Teil der Darstellung auf eine Beschreibung und Abgrenzung seiner gesetzlichen Tatbestandsmerkmale entfällt<sup>2</sup>. Demgegenüber wird das *Problem, unter welchen Voraussetzungen eine Behörde Verwaltungsakte zur Regelung gesetzlicher Rechte und Pflichten des Bürgers einsetzen darf*, meist nur in relativ knapper Form unter der Frage behandelt, ob der Vorbehalt des Gesetzes nur für den Inhalt oder auch für die Form des Verwaltungshandelns gelte. Hierbei werden in neueren Lehrbüchern und Kommentaren zum VwVfG meist zwar die eigene Auffassung<sup>3</sup> oder auch die gegensätzlichen Grundsatzpositionen<sup>4</sup> wiedergegeben, jedoch keineswegs immer die Fallgruppen dargestellt, für die in der Rechtsprechung unterschiedliche Lösungen entwickelt worden sind<sup>5</sup>. Soll die Beschäftigung mit dem Verwaltungsakt nicht zu einer juristischen „Arbeitsbeschaffungsmaßnahme“<sup>6</sup> verkümmern, erscheint es daher durchaus noch lohnend, das Problem der Notwendig-

---

<sup>1</sup> Dt. VerwR I, 1. Aufl., Leipzig 1895.

<sup>2</sup> Angesichts der Bedeutung, die diesen Fragen immer wieder im juristischen Examen zukommt, entspricht diese Schwerpunktsetzung durchaus dem Anforderungsprofil einer examensvorbereitenden Ausbildungsliteratur.

<sup>3</sup> So z.B. *Faber*, § 20 II.

<sup>4</sup> So z.B. *Henneke* in *Knack*, § 35 Rn. 5.2.4 und vor § 35 Rn. 7.1, 7.2.2; *Kopp*, VwVfG, § 35 Rn. 3.

<sup>5</sup> So aber *P. Stelkens/U. Stelkens* in *Stelkens/Bonk/Sachs*, § 35 Rn. 21-23, 143, 175 ff.; *Sachs* in *Stelkens/Bonk/Sachs*, § 44 Rn. 54 ff. Eine solche Fallgruppenbildung wurde in der jüngeren Literatur eingeleitet mit dem Aufsatz von *Osterloh*, JuS 1983, 280-285.

<sup>6</sup> So *Renck*, BayVBl. 1997, 672.



keit und Auslegung gesetzlicher Ermächtigungen für den Einsatz des Verwaltungsakts als Mittel zur Konkretisierung des abstrakt-generellen Gesetzes vertieft<sup>7</sup> aufzuarbeiten. Denn als systematische Rechtswissenschaft soll die Dogmatik des allgemeinen Verwaltungsrechts ein innersystematisch erarbeitetes Gefüge („Lehrgebäude“) von Rechtsinstituten, Grundsätzen und Regeln bereitstellen, welche als Bestandteil der positiven Rechtsordnung unabhängig von einer gesetzlichen Fixierung allgemeine Anerkennung und Befolgung beanspruchen<sup>8</sup>. Gemessen an diesen Zielen muß die Lehre vom Verwaltungsakt übergreifend für eine Vielzahl von Rechtsgebieten nicht nur Aussagen zu den Tatbestandsmerkmalen und Rechtsfolgen dieser Rechtsform des Verwaltungshandelns enthalten, sondern vor allem Regeln und Grundsätze darüber bereitstellen, unter welchen Voraussetzungen die Exekutive Verwaltungsakte zur Regelung eines Einzelfalles einsetzen darf. Da das VwVfG hierfür keine ausdrückliche Regelung enthält, sind die Verfassungsprinzipien des Vorrangs und des Vorbehaltes insoweit wesentliche Bezugspunkte für die innersystematische Rechtsgewinnung, welche die Dogmatik des allgemeinen Verwaltungsrechts bewerkstelligen soll<sup>9</sup>.

---

<sup>7</sup> Und in kritischer Auseinandersetzung mit den nunmehr in den Jahren 1999 und 2000 zu diesem Thema veröffentlichten Dissertationen von *Druschel*, Die Verwaltungsaktbefugnis, und von *Christiane Fischer*, Der Verwaltungsakt als staatsrechtlich determinierte Handlungsform. In seiner überwiegend ablehnenden Besprechung versieht *Geiger*, NVwZ 2000, 1274 f., einige der Lösungen Druschels mit Fragezeichen, weist auf eine grundlegende Schwachstelle dieser Monographie hin (dazu unten in Teil 7, B.IV.2) und bezweifelt deren Tauglichkeit als Hilfsmittel für die Lösung praktischer Probleme, denen sich Behörden und Gerichte in diesem Zusammenhang stellen müssen.

Zu den staats- und verwaltungsrechtlichen Grundlagen der ursprünglichen Konzeption Otto Mayers und der Kontinuität vieler ihrer Elemente in der unter dem GG (zumindest bis 1985) noch herrschenden Lehre vom Verwaltungsakt kann jetzt auf die Habilitationsschrift von *Schmidt-De Caluwe*, Der Verwaltungsakt in der Lehre Otto Mayers, S. 49 ff., 19 ff., 270 ff., verwiesen werden. In der vorliegenden Arbeit werden grundlegende Fragen der Dogmatik des Verwaltungsaktes daher meist unmittelbar an Hand des geltenden Verwaltungsrechts erörtert. Zugleich ist die Untersuchung hier nicht auf das von *Schmidt-De Caluwe*, a.a.O., S. 286 ff., behandelte Problem der Legitimation der Bindungswirkung von rechtswidrigen Verwaltungsakten ausgerichtet, sondern auf die Kompetenz zum Erlaß feststellender Verwaltungsakte und konkretisierender Verfügungen.

<sup>8</sup> *Bachof*, VVDStRL 30, 193 (197); *Brohm*, VVDStRL 30, 245 (246) m.w.N.

<sup>9</sup> Obwohl der Verwaltungsakt nicht nur in § 35 VwVfG, sondern wortgleich auch in § 31 SGB X und § 118 AO kodifiziert ist, werden Verwaltungsakte, die im Anwendungsbereich dieser speziellen Verfahrensordnungen ergehen, in der vorliegenden Arbeit grundsätzlich nicht in die Untersuchung der Vorbehaltfrage einbezogen. Zunächst ist nämlich festzustellen, daß § 31 SGB-AT für den Anwendungsbereich des Sozialgesetzbuches eine spezielle Regelung enthält, nach der Rechte und Pflichten in den Sozialleistungsbereichen des Sozialgesetzbuches nur begründet, festgestellt, geändert oder aufgehoben werden dürfen, soweit ein Gesetz dies vorschreibt oder zuläßt. Dieser ein-fachgesetzliche Vorbehalt des Gesetzes (*Schnapp* in Bochumer Kommentar, § 31

Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zu den *Erstattungs- und Leistungsbescheiden im Beamten- und Soldatenrecht*<sup>10</sup> hatte zwar Mitte der sechziger Jahre eine heftige Kontroverse ausgelöst, ob die Verwaltung ohne ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung befugt sei, öffentlich-rechtliche Erstattungs- und Schadensersatzansprüche durch Verwaltungsakt geltend zu machen<sup>11</sup>. Dieser Streit schien jedoch mit Inkrafttreten der Verwaltungsverfahrensgesetze seine praktische Bedeutung verloren zu haben. Denn auch die Gegner der höchstrichterlichen Rechtsprechung sahen die inzwischen durch § 49a Abs. 1 Satz 2 VwVfG ersetzte Regelung des damaligen § 48 Abs. 2 Satz 8 VwVfG als eine dem Vorbehaltsprinzip genügende gesetzliche Grundlage für den Erlaß von Erstattungsbescheiden an<sup>12</sup>. Zugleich verlagerte sich die verfassungsrechtliche Diskussion um den Vorbehalt des Gesetzes weitgehend auf Probleme der Wesentlichkeitsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Diese Entwicklung veranlaßte Ferdinand O. Kopp als ständigen Beobachter des Verwaltungsverfahrensrechts 1986 zu der Schlußfolgerung, die Zulässigkeit von Feststellungsbescheiden und befehlenden Verwaltungsakten, welche gesetzliche Pflichten lediglich konkretisieren, sowie ihre Vereinbarkeit mit dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung auch ohne gesetzliche Ermächtigung sei zumindest in der Rechtsprechung weitgehend unbestritten<sup>13</sup>. Im krassen Gegensatz zu dieser Bilanz steht allerdings eine fast zum gleichen Zeitpunkt veröffentlichte *Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 29.11.1985*; ohne Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung der anderen Spruchkörper kam der 8. Senat in diesem Fragen der Wohnraumzweckbindung betreffenden Urteil<sup>14</sup> zu dem Ergebnis, daß feststellende Verwaltungsakte

---

Rn. 15. *Kloepfer*, JZ 1984, 685 (689) bezeichnet ihn als derivativen Gesetzesänderungsvorbehalt; vgl. dazu unten Teil 3, B.) überlagert im SGB die im Anwendungsbereich der Verwaltungsverfahrensgesetze relevante Frage nach der Reichweite des verfassungsrechtlichen Vorbehalts des Gesetzes. Schon wegen dieser Gemengelage zwischen einfachgesetzlichem und verfassungsrechtlichem Vorbehaltsprinzip lassen sich daher sozialverfahrensrechtliche Erkenntnisse nicht unbedingt ins allgemeine Verwaltungsrecht übertragen. Darüber hinaus enthalten SGB X und AO eine ganze Reihe spezieller Verfahrensvorschriften, deren Bedeutung und Tragweite sich nur vor dem Hintergrund der jeweiligen materiellen Rechtsnormen erschließen. Wegen der Komplexität dieser eigenständigen Rechtsmaterien werden das Sozial- und das Abgabenrecht grundsätzlich nicht in die vorliegende Untersuchung einbezogen, was einen gelegentlichen Blick über den „Tellerrand“ des allgemeinen Verwaltungsrechts nicht ausschließt.

<sup>10</sup> Grundlegend die Entscheidungen BVerwG, U. v. 6.5.1964 - VII C 394.63, BVerwGE 18, 283 (285 f.); U. v. 1.6.1962 - II C 147.61, BVerwGE 19, 243 (245 f.). Zu den Einzelheiten und zur weiteren Entwicklung der Judikatur vgl. unten Teil 4.

<sup>11</sup> Vgl. die Nachweise unten Teil 4, C.I.1 und Teil 7, D.

<sup>12</sup> *Obermayer*, VwVfG, § 48 Rn. 107.

<sup>13</sup> *Kopp*, GewArch 1986, 41 (44 f.).

<sup>14</sup> BVerwG, U. v. 29.11.1985 - 8 C 105.83, BVerwGE 72, 265 (267) = NJW 1986, 1120 = DVBl. 1986, 560 = DÖV 1986, 570 = BayVBl. 1986, 536 = JURIS Nr.