

Die Veröffentlichung des Werkes

„Heilung fehlerhafter Verwaltungsakte durch Unterwerfung“
erfolgt mit freundlicher Genehmigung des Autors.

Heilung fehlerhafter Verwal-
tungsakte durch Unterwerfung

Inauguraldissertation
zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors
der Rechts-
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Westfälischen Wilhelms - Universität Münster



vorgelegt von
Heiner L U N D
aus Witten/Ruhr
1959

59K 18/250

1. Berichterstatter: Prof. Dr. WOLFF
2. Mitberichterstatter: Prof. Dr. SCUPIN
Dekan: Prof. Dr. WOLFF
Tag der mündlichen Prüfung: 4. Juli 1959

Inhaltsverzeichnis

<u>Erster Teil</u> (Einleitung) Heilung fehlerhafter Verwaltungsakte.		
<u>I. Kapitel:</u> Begriff der Heilung von Verwaltungsakten.		1
§ 1	Begriff des Verwaltungsaktes	1
§ 2	Begriff der Fehlerhaftigkeit	1
§ 3	Begriff der Heilung	6
<u>II. Kapitel:</u> Die Heilung fehlerhafter Verwaltungsakte im einzelnen.		10
§ 4	Der Fristablauf	10
§ 5	Das nachträgliche Vorbringen	12
§ 6	Die Unterwerfung	15
§ 7	Die Berichtigung	16
§ 8	Die Ergänzung	17
§ 9	Die Konversion	20
<u>III. Kapitel:</u> Ergebnis		22
<u>Zweiter Teil</u> Unterwerfung und Gesetzmäßigkeit der Verwaltung.		
<u>I. Kapitel:</u> Allgemeines		25
§ 10	Begriff der Unterwerfung	25
§ 11	Unterschied der Unterwerfung vom Rechtsmittelverzicht und vom Ablauf der Rechtsmittelfrist	30
§ 12	Praktische Bedeutung der Unterwerfung	32
§ 13	Überblick über den weiteren Gang der Untersuchung	33
<u>II. Kapitel:</u> Das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung		35
§ 14	Die Bindung der Verwaltung an das Gesetz	35
§ 15	Die geltende Art der Bindung	37
§ 16	Beschränkung des Prinzips auf eingreifende Verwaltungsakte	40
§ 17	Das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und das Grundgesetz	45

<u>Dritter Teil</u>	Die Zulässigkeit der Heilung durch Unterwerfung.	
<u>I. Kapitel:</u>	Überblick über den bisherigen Gang und Stand der Forschung.	51
§ 18	Die Begründer und Vertreter der Lehre	51
§ 19	Die Gegner der Lehre	59
<u>II. Kapitel:</u>	Die eigene Stellungnahme: Grundsätzliche Zulässigkeit der Unterwerfung.	62
§ 20	Einzelkodifizierungen kein Gegenargument.	62
§ 21	Sachenständigkeit der Verwaltung als Voraussetzung.	63
§ 22	Die Schutzidee des Gesetzes.	66
§ 23	Vereinbarkeit mit dem Gerechtigkeitsprinzip.	69
§ 24	Praktische Gesichtspunkte.	76
<u>Vierter Teil</u>	Die Grenzen der Heilung fehlerhafter Verwaltungsakte durch Unterwerfung.	
<u>I. Kapitel:</u>	Einleitung und herrschende Lehre.	84
§ 25	Notwendigkeit von Grenzen.	84
§ 26	Darstellung der herrschenden Lehre.	85
<u>II. Kapitel:</u>	Eigene Stellungnahme: Aufsuchen von geeigneten Kriterien.	88
§ 27	Kriterien aus den Argumenten?	88
§ 28	Kriterien bezüglich der Unterwerfungserklärung.	96
§ 29	Kriterium aus dem Gesetz?	97
§ 30	Kriterium aus der Art des Verstoßes des Verwaltungsaktes gegen das Gesetz.	108
§ 31	Beispiele.	118
<u>Schluß</u>	Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse.	135

Literaturverzeichnis *)

ADAMOVICH, Ludwig:	Grundriß des Österreichischen Verwaltungsrechts 4. Auflage Wien 1948 (ADAMOVICH)
ANDERSEN, Poul:	Ungültige Verwaltungsakte (Übersetzt von Walther PAPPENHEIM) Mannheim Berlin Leipzig 1927 (ANDERSEN)
ANSCHÜTZ, Gerhard:	Verwaltungsrechtliche Abhandlungen In: JW 1927 Seite 427 ff (ANSCHÜTZ in JW)
ANSCHÜTZ, Gerhard - THOMA, Richard:	Handbuch des Deutschen Staatsrechts 2. Band Tübingen 1932
ANSCHÜTZ, Gerhard:	Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919 - Kommentar - 14. Auflage Berlin 1933 (ANSCHÜTZ Weimarer Verfassung)
ANSCHÜTZ, Gerhard:	Artikel "Polizei" In: Handwörterbuch der Kommunalwissenschaften III. Band, Seite 455 ff Jena 1924 (ANSCHÜTZ im Handwörterbuch der Kommunalwissenschaften)
ANSCHÜTZ, Gerhard:	Siehe auch unter MEYER, Georg
ANTONIOLLI, Walter:	Allgemeines Verwaltungsrecht Wien 1954 (ANTONIOLLI)
BACHOF, Otto:	Die verwaltungsgerichtliche Ermessenskontrolle In: SJZ 1948 Spalte 742 ff (BACHOF in SJZ 1948)
BACHOF, Otto:	Verwaltungsgerichtsbarkeit und Justiz unter besonderer Berücksichtigung des Bonner Grundgesetzes In: SJZ 1950 Spalte 161 ff und Spalte 488 ff (BACHOF in SJZ 1950)

*) Die Angaben in Klammern hinter den Daten der Schrift bezeichnen das Stichwort, unter dem die Schrift im Text zitiert wird.

- BENDER, B.: Der nichtige Verwaltungsakt
In: DVBl 1953 Seite 33 ff
(BENDER in DVBl)
- BENDER, Bernd: Allgemeines Verwaltungsrecht 2. Auflage
Freiburg 1956 (BENDER)
- BETTERMANN, Karl August: Verwaltungsgerichtliche Generalklausel, ordentlicher Rechtsweg und nichtiger Verwaltungsakt
In: MDR 1949 Seite 394 ff
(BETTERMANN in MDR)
- BETTERMANN, Karl August: Verwaltungsakt und Richterspruch
In: Forschungen und Berichte aus dem Öffentlichen Recht - Gedächtnisschrift für Walter JELLINEK - Seite 361 ff
München 1955 (BETTERMANN in Gedächtnisschrift)
- BÜHLER, Ottmar: Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung
Berlin Stuttgart Leipzig 1914 (BÜHLER)
- BÜRGER, Otto: Die Verpflichtung durch einseitiges Rechtsgeschäft im Verwaltungsrecht
Leipzig 1927 (BÜRGER Die Verpflichtung)
- BURCKHARDT, Walther: Die Lücken des Gesetzes und die Gesetzesauslegung
Bern 1925 (BURCKHARDT Die Lücken)
- EWVRO
Siehe Verwaltungsrechtsordnung
- FLEINER, Fritz: Einzelrecht und Öffentliches Interesse
In: Staatsrechtliche Abhandlungen - Festgabe für Paul LABAND zum 50. Jahrestage der Doktorpromotion - 2. Abdruck
Tübingen 1925 (FLEINER Einzelrecht)
- FLEINER, Fritz: Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts 8. Auflage
Tübingen 1928 (FLEINER)

- FORSTHOFF, Ernst: Lehrbuch des Verwaltungsrechts 1. Band
Allgemeiner Teil
2. Auflage München und Berlin 1951
3. Auflage München und Berlin 1953
5. Auflage München und Berlin 1955
6. Auflage München und Berlin 1958
(FORSTHOFF)
- FRIEDRICH, Karl: Das Polizeigesetz - Kommentar -
Berlin 1911 (F. FRIEDRICHS Polizeigesetz)
- FRIESENHANN, Ernst: Die rechtsstaatlichen Grundlagen des Verwaltungsrechts
In: Recht Staat Wirtschaft 2. Band Seite 239 ff
Stuttgart und Köln 1950 (FRIESENHANN in Recht Staat Wirtschaft)
- GELZER: Die Klage des Nachbarn wegen störender Bauvorhaben im öffentlichen Recht
In: NJW 1958 Seite 325 ff
(GELZER in NJW)
- GIESE, Friedrich: Allgemeines Verwaltungsrecht - Vorlesungsgrundriß - 3. Auflage
Tübingen 1952 (GIESE Allg. Verwaltungsrecht)
- GREWE, Wilhelm: Die Bundesrepublik als Rechtsstaat
In: DRZ 1949 Seite 392 ff (GREWE in DRZ)
- HAMANN: (Besprechung von) Hans J. WOLFF: Verwaltungsrecht I
In: NJW 1957 Seite 294 (HAMANN in NJW)
- HATSCHKE, Julius - KURTZIG, Paul: Lehrbuch des deutschen und preußischen Verwaltungsrechts 7. u. 8. Aufl.
Leipzig 1931 (HATSCHKE-KURTZIG)
- HELPRITZ, Hans: Verwaltungsrecht
Hannover 1949 (HELPRITZ)
- HERRNWIIT, Rudolf Herrmann: Grundlehren des Verwaltungsrechts
Tübingen 1921 (HERRNWIIT)
- HEYEN, Erich: Zur Frage der Nichtigkeit und Überprüfbarkeit mangelhafter Verwaltungsakte
In: Schleswig-Holsteinische Anzeigen 1949
Seite 357 ff (HEYEN in SchLHanz)

- HUBRICH, Eduard: Die Grundlagen des monarchischen Staatsrechts Preußens, insbesondere mit Rücksicht auf den Begriff der gesetzgebenden Gewalt
In: Verwaltungsarchiv 16. Band Seite 513 ff
Berlin 1908 (HUBRICH Verwaltungsarchiv)
- HUSEN, Paulus van: Gesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit - Kommentar -
Stuttgart 1947 (van HUSEN)
- IMBODEN, Max: Das Gesetz als Garantie rechtsstaatlicher Verwaltung
Basel und Stuttgart 1954 (IMBODEN Das Gesetz)
- IPSEN, Hans Peter: Grundgesetz und richterliche Prüfungszuständigkeit
I.: DV 1949 Seite 406 ff (IPSEN in DV)
- IPSEN, Hans Peter: Öffentliche Subventionierung Privater
In: DVBl 1956 Seite 467 ff, 498 ff und 602 ff (IPSEN in DVBl)
- IPSEN, Hans Peter: (Besprechung von) Hans J. WOLFF: Verwaltungsrecht I
In: Archiv des öffentlichen Rechts 82. Band Seite 135 ff
Tübingen 1957 (IPSEN in ArchöfFR)
- JARREISS, Hermann: Gesetz und Recht - Recht und Gesetz
In: NJW 1950 Seite 3 ff (JARREISS in NJW)
- JARREISS, Hermann: Demokratischer Rechtsstaat und Rechtsprechung
In: Recht Staat Wirtschaft 2. Band Seite 205
Stuttgart und Köln 1950 (JARREISS in Recht Staat Wirtschaft)
- JELLINEK, Georg: System der subjektiven öffentlichen Rechte
1. Auflage Freiburg 1892
2. Auflage Tübingen 1905 (Neudruck Tübingen 1919) (Georg JELLINEK System)
- JELLINEK, Walter: Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung
Tübingen 1913 (JELLINEK Gesetz, Gesetzesanwendung)
- JELLINEK, Walter: (Besprechung von) Ottmar BÜHLER: Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung
In: Archiv des öffentlichen Rechts 32. Band Seite 580 ff
Tübingen 1914 (JELLINEK ArchöfFR)
- JELLINEK, Walter: Zweiseitiger Verwaltungsakt und Verwaltungsakt auf Unterwerfung
In: Verwaltungsrechtliche Abhandlungen - Festgabe zur Feier des fünfzigjährigen Bestehens des preussischen Oberverwaltungsgerichts - Seite 84 ff
Berlin 1925 (JELLINEK in Festgabe)
- JELLINEK, Walter: Verwaltungsrecht 3. Auflage
Unveränderter Neudruck
Offenburg 1948,
Neudruck 1950 (JELLINEK)
- JELLINEK, Walter: Grundrechte und Gesetzesvorbehalt
In: DRZ 1946 Seite 4 ff (JELLINEK in DRZ)
- KELSEN, Hans: Hauptprobleme der Staatsrechtslehre
1. Auflage Tübingen 1917
2. Auflage Tübingen 1923 (KELSEN Hauptprobleme)
- KELSEN, Hans: Allgemeine Staatslehre
Berlin 1925 (KELSEN Allgemeine Staatslehre)
- KLEINRAHM, Kurt: "Gesetzlosigkeit" als Nichtigkeitsgrund?
In: DV 1949 Seite 365 ff (KLEINRAHM in DV)
- KLINGER, Hans: Die Verordnung über die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der britischen Zone - Kommentar -
2. Auflage
Göttingen 1953 (KLINGER)
- KÖHLER, Ludwig von: Grundlehren des Deutschen Verwaltungsrechts
Stuttgart Berlin 1935 (von KÖHLER)
- KOTTGEN, Arnold: Subventionen als Mittel der Verwaltung
In: DVBl 1953 Seite 485 ff (KOTTGEN in DVBl)
- Kommentar zum Bonner Grundgesetz (Bonner Kommentar)
Redaktionelle Bearbeitung: Bodo DENNEWITZ
Hamburg 1950 (Bonner Kommentar)

- KORMANN, Karl: System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte
Berlin 1910 Manuldruck 1925 (KORMANN)
- KRÜGER, Herbert: Die Auflage als Instrument der Wirtschafts-
verwaltung
In: DVBl 1955 Seite 380 ff, Seite 450 ff
und Seite 518 ff (KRÜGER in DVBl)
- LABAND, Paul: Das Staatsrecht des Deutschen Reiches
5. Auflage in 4 Bänden: 2. Band Tübingen 1911
3. Auflage in 2 Bänden: 1. Band
Freiburg und Leipzig 1895 (LABAND)
- LAFORÉ, Wilhelm: Deutsches Verwaltungsrecht
München 1937 (LAFORÉ)
- LANDMANN - ROHMER, EYERMANN, Erich - FRÖHLER, Ludwig: Kommentar
zur Gewerbeordnung 11. Auflage 2. Band
München und Berlin 1956 (LANDMANN-ROHMER)
- LASSAR, Gerhard: Der Erstattungsanspruch im Verwaltungs-
und Finanzrecht
Berlin 1921 (LASSAR)
- MAYER, Otto: Zur Lehre vom öffentlichrechtlichen Vertrage
In: Archiv für Öffentliches Recht 3. Band
Seite 1 ff
Freiburg 1898 (Otto MAYER in ArchöfFR Bd. 3)
- MAYER, Otto: Deutsches Verwaltungsrecht
1. Band 1. Auflage München und Leipzig 1895
2. Auflage München und Leipzig 1914
3. Auflage München und Leipzig 1924
2. Band 1. Auflage München und Leipzig 1895
2. Auflage München und Leipzig 1917
3. Auflage München und Leipzig 1924
(Otto MAYER)
- MAYER, Otto: (Besprechung von) Gerhard ANSCHÜTZ: Die
gegenwärtigen Theorien über den Begriff der
gesetzgebenden Gewalt und den Umfang des
königlichen Verordnungsrechts nach preuß.
Staatsrecht
In: Archiv für Öffentliches Recht 17. Band
Seite 464 ff
Tübingen und Leipzig 1902 (Otto MAYER in
ArchöfFR Band 17)

- MAYER, Otto (Besprechung von) Adolf ARNDT: Das selbst-
ständige Verordnungsrecht
In: Archiv für Öffentliches Recht 10. Band
Seite 96 ff
Tübingen und Leipzig 1903
(Otto MAYER in ArchöfFR Band 10)
- MEKEL, Adolf: Allgemeines Verwaltungsrecht
Wien und Berlin 1927 (MEKEL)
- MEYER, Georg - ANSCHÜTZ, Gerhards Lehrbuch des Deutschen
Staatsrechts
6. Auflage Leipzig 1905 (Georg MEYER Lehr-
buch des Deutschen Staatsrechts)
7. Auflage München und Leipzig 1919 (ANSCHÜTZ)
- MEYER, Georg: Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts
3. Auflage bearbeitet von DOCHOW
Leipzig 1910 (Georg MEYER Lehrbuch des
Deutschen Verwaltungsrechts)
- MITZLAPP: Vorbehalte in der Anstellungsurkunde
In: Der Reichsstädtebund 22. Jahrgang
Seite 189 ff
Berlin 1929 (MITZLAPP im Reichsstädtebund)
- MONTESQUIEU: De l'esprit des Loix
- Texte établi ... par Gonzague TRUC -
Tome premier
Paris 1949 (MONTESQUIEU de l'esprit des lois)
- MÜLLER, Hanswerner: Rechtsmittelbelehrung als Voraussetzung für
die Wirksamkeit eines Rechtsmittelverzichts?
In: NJW 1957 Seite 1347 f (Hanswerner MÜLLER
in NJW)
- NAUMANN: (Urteilsanmerkung)
In: DV 1949 Seite 189 ff (NAUMANN in DV)
- NAWIASKY, Hans: Bayerisches Verfassungsrecht
München Berlin und Leipzig 1925 (NAWIASKY)
- NAWIASKY, Hans - LEUSSER, Claus: Die Verfassung des Freistaates
Bayern vom 2. Dezember 1945 - Kommentar-
München Berlin 1948 (NAWIASKY-LEUSSER)

- NAWIADNY, Hans: Wie Grundgedanken des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland Stuttgart und Köln 1950 (NAWIADNY Grundgedanken)
- ALBINGER, Robert: Verwaltungsrecht Allgemeiner Teil 2. Auflage Stuttgart 1949 (ALBINGER)
- PERELS, Kurt: Was die Verwaltungsbehörde die Erteilung einer in ihr freies Ermessen gelegten Genehmigung von der Zahlung einer gesetzlich nicht vorgesehenen "Gebühr" abhängig machen. In: Archiv des öffentlichen Rechts Neue Folge 6. Band Seite 93 ff. Tübingen 1924 (PERELS in Archöffr)
- PETERS, Hans: Grenzen der kommunalen Selbstverwaltung in Preußen Berlin 1926 (PETERS Grenzen)
- PETERS, Hans: Lehrbuch der Verwaltung Berlin Göttingen Heidelberg 1949 (PETERS)
- PETERS, Hans: Der Kampf um den Verwaltungsstaat In: Verfassung und Verwaltung in Theorie und Wirklichkeit - Festschrift für Wilhelm LAFORET - Seite 19 ff München 1952 (PETERS in Festschrift für LAFORET)
- PFEIFER, Helfried: Verwaltungsrecht Allgemeiner Teil Wien 1942 (PFEIFER)
- PILOTY, Robert - SCHNEIDER, Franz: Grundriß des Verwaltungsrechts in Bayern und dem Deutschen Reich 4. und 5. Auflage Leipzig 1930 (PILOTY - SCHNEIDER)
- ROGIN, Heinrich: Das Polizeiverordnungsrecht in Preußen 2. Auflage Berlin 1895 (ROGIN)
- RUBENSOHN: siehe SCHULT
- RUCK, Erwin: Das Eigentum im Schweizerischen Verwaltungsrecht In: Festgabe der Juristischen Fakultät der Universität Basel zum 80. Geburtstag von Paul SPEISER Seite 16 ff Basel 1926 (RUCK Festgabe)

- RUCK, Erwin: Schweizerisches Verwaltungsrecht 1. Band Allgemeiner Teil 3. Auflage Zürich 1951 (RUCK Schweizerisches Verwaltungsrecht)
- SARWEY, O. von: Allgemeines Verwaltungsrecht (Aus MARQUARDSEN's Handbuch des öffentlichen Rechts) Freiburg 1887 (von SARWEY Allgemeines Verwaltungsrecht)
- SCHADE, A.: Eigentum und Polizei In: Archiv für öffentliches Recht 25. Band Seite 266 ff Tübingen 1909 (SCHADE Archöffr)
- SCHMITT, Carl: In: ANSCHUTZ-THOMA; Handbuch des Deutschen Staatsrechts Seite 572 ff siehe auch ANSCHUTZ (Carl SCHMITT in Handbuch)
- SCHOENBORN, Walther: Studien zur Lehre vom Verzicht im öffentlichen Recht Tübingen 1908 (SCHOENBORN)
- SCHRADER, Hans-Wilhelm: Recht und Gesetze In: Recht Staat Wirtschaft 3. Band Seite 79 Düsseldorf 1951 (SCHRADER in Recht Staat Wirtschaft)
- SCHULT, O.: Ist eine gerichtliche einstweilige Verfügung zulässig, die eine Verwaltungsbehörde an einer Verwaltungszwangsvollstreckung hindert der sich die Partei in einem privatrechtlichen Vertrage unterworfen hat? Mit Erwiderung von RUBENSOHN In: Mecklenburgische Zeitschrift für Rechtspflege-Rechtswissenschaft-Verwaltung 44. Jahrgang Spalte 389 ff, Spalte 521 ff und Spalte 523 f Rostock 1928 (SCHULT und RUBENSOHN in Mecklenburgische Zeitschrift)
- THOMA, Richard: Der Polizeibefehl im Badischen Recht 1. Teil Tübingen 1906 (THOMA Polizeibefehl)

- THOMAS, Richard: (Urteilsanmerkung)
In: Verwaltungsarchiv 32. Band Seite 247 ff
Berlin 1924 (THOMAS in Verwaltungsarchiv)
- THOMAS, Richard: Grundrechte und Polizeigewalt
In: Verwaltungsrechtliche Abhandlungen -
Festgabe zur Feier des fünfzigjährigen Be-
stehens des Preussischen Oberverwaltungsge-
richts Seite 183 ff
Berlin 1925 (THOMAS Festgabe)
- THOMAS, Richard: In: ANSCHÜTZ-THOMAS: Handbuch des Deutschen
Staatsrechts; siehe auch ANSCHÜTZ
(THOMAS in Handbuch)
- THOMAS, Richard: Über die Grundrechte im Grundgesetz für die
Bundesrepublik Deutschland
In: Recht Staat Wirtschaft 3. Band Seite 9 ff
Düsseldorf 1951 (THOMAS in Recht Staat Wirt-
schaft)
- TURBEGG, Kurt Egon VON: Lehrbuch des Verwaltungsrechts
Berlin 1950 (1. Auflage)
2. Auflage Berlin 1954 (VON TURBEGG)
- ULE, Carl Hermann: Die Lehre von Verwaltungsakt im Lichte der
Generalklausel
In: Recht Staat Wirtschaft 3. Band Seite 260 ff
Düsseldorf 1951 (ULE in Recht Staat Wirt-
schaft)
- ULE, Carl Hermann: (Besprechung von) Hans J. WOLFF: Verwaltungs-
recht I
In: Verwaltungsarchiv Band 48 Seite 86 ff
Köln Berlin 1957 (ULE in Verwaltungsarchiv)
- Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg - Entwurf eines Ge-
setzes mit Begründung
Stuttgart 1931 (ZWVRO)
- WACKERNAGEL, Jakob: Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und persön-
liche Freiheit
In: Die Freiheit des Bürgers im Schweizeri-
schen Recht - Festgabe zur Hundertjahrfeier
der Bundesverfassung - Seite 243 ff
Zürich 1948 (WACKERNAGEL)

- WERDER, Otto VON - LABS, Walter - ORTMANN, Peter Paul: Das
Verfahren vor den Verwaltungsgerichten -
Kommentar -
Oldenburg 1949 (WERDER-LABS-ORTMANN)
- WERNICKE, Kurt Georg: In: Bonner Kommentar, siehe unter
"Kommentar"
- WINTRICH, Josef: Über Eigenart und Methode verfassungs-
gerichtlicher Rechtsprechung
In: Verfassung und Verwaltung in Theorie
und Wirklichkeit - Festschrift für Wilhelm
LAFORET - Seite 227 ff
München 1952 (WINTRICH in Festschrift für
LAFORET)
- WOLFF, Hans J.: Vorlesung über Allgemeines Verwaltungsrecht,
als Manuskript gedruckt
Münster 1948 (WOLFF Vorlesung)
- WOLFF, Hans J.: Über die Gerechtheit als principium juris
In: Festschrift für Wilhelm SAUER Seite 103 ff
Berlin 1949 (WOLFF in Festschrift für
Wilhelm SAUER)
- WOLFF, Hans J.: Die Nichtigkeit von Verwaltungsakten
In: MDR 1951 Seite 523 ff (WOLFF in MDR)
- WOLFF, Hans J.: Rechtsgrundsätze und verfassungsgestaltende
Grundentscheidungen als Rechtsquellen
In: Forschungen und Berichte aus dem öffent-
lichen Recht - Gedächtnisschrift für Walter
JELLINEK - Seite 33 ff
München 1955 (WOLFF in Gedächtnisschrift)
- WOLFF, Hans J.: Verwaltungsrecht I - Ein Studienbuch -
3. Auflage
München und Berlin 1959 (WOLFF Lehrbuch)
- WOLL, Erwin: Verwaltungsakt auf Unterwerfung
Dissertation Heidelberg 1927 (WOLL)

Erster Teil. (Einleitung)

Heilung fehlerhafter Verwaltungsakte.

I. Kapitel: Begriff der Heilung von Verwaltungsakten.

Das Thema "Heilung fehlerhafter Verwaltungsakte durch Unterwerfung" ist ein Ausschnitt aus dem umfassenderen Fragenkreis "Heilung fehlerhafter Verwaltungsakte".

In diesem ersten Teil sollen zunächst einige Betrachtungen über die Heilung fehlerhafter Verwaltungsakte überhaupt angestellt werden. Ausgangspunkt soll wiederum hier die Bestimmung der Begriffe "Verwaltungsakte", "fehlerhaft" und "Heilung" sein.

§ 1 Begriff des Verwaltungsakts.

Der Begriff des Verwaltungsakts kann heute als in Literatur und Rechtsprechung feststehend angesehen werden, zumal das Gesetz (§ 25 Abs. I Satz 1 MRVO 165) selbst eine Definition gibt: "Verwaltungsakt im Sinne dieser Verordnung ist jede Verfügung, Anordnung, Entscheidung oder sonstige Maßnahme, die von einer Verwaltungsbehörde zur Regelung eines Einzelfalls auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts getroffen wird." Für unsere Untersuchung ist diese Definition ausreichend; von ihr soll ausgegangen werden.

§ 2 Begriff der Fehlerhaftigkeit.

Anders steht es mit dem Begriff der Fehlerhaftigkeit. Soviel bietet sich schon aus dem Wort selbst an: Der Verwaltungsakt ist mit einem Fehler - oder mehreren - behaftet, wobei der Fehler nur in einer Inkongruenz von Verwaltungsakt und Rechtsatz liegen kann. Schwierigkeiten ergeben sich erst, wenn man nach der Art der einzelnen Fehler fragt.

Man kann jedoch die fehlerhaften Verwaltungsakte nach der Art ihrer Fehler in ein Schema fassen, in dem zugleich jeder Fehlerart die entsprechende Rechtsfolge zugeordnet werden soll.

Die schematische Übersicht soll auch die Terminologie aufzeigen, die im folgenden benutzt werden soll 1).

<u>Fehlerart</u>	<u>Fehlerfolge</u>
Rechtlich unmöglicher Verwaltungsakt	Nichtigkeit
Mangelhafter Verwaltungsakt	Aufhebbarkeit
Unrichtiger Verwaltungsakt	Berichtigung (Anfechtung nicht nötig)

Der Begriff des r e c h t l i c h u n m ö g l i c h e n Verwaltungsakts mit der Folge der Nichtigkeit resultiert aus der Lehre, die WOLFF zum Problem des wirkungslosen Verwaltungsakts aufgestellt hat 2). Diese Lehre bestimmt die Fehlerhaftigkeit eines Verwaltungsakts, die zur Nichtigkeit führt, anhand eines abstrakten Merkmals, das nichts anderes voraussetzt als die Tatsache der Rechtsordnung (sogenannte rechtslogische Methode). Es stellt also insbesondere nicht auf die jeweils durch eine gesetzliche Regelung verkörperte Wertlage ab, wie es die sogenannte teleologische Methode 3) macht. Daraus fußend nimmt die bisherige Lehre Nichtigkeit eines Verwaltungsakts teils bei solchen Gesetzerstößen an, die eine besonders s c h w e r e "Rechtswertwidrigkeit" enthalten (objektive Theorie 4), teils verlangt man n e b e n der Schwere noch die Offenkundigkeit des Fehlers (sogenannte Evidenztheorie 5).

- 1) Die Einteilung ist entnommen aus WOLFF in MDR 51/523 ff, ähnlich Lehrbuch § 51 - Die Unterscheidung von Fehlerart und -folge auch in der Terminologie wird in der Literatur sonst konsequent nicht durchgeführt.
- 2) In MDR 51/523 ff, Lehrbuch § 51 I b 4, § 51 III; Auch schon HEYEN in SchLHanz, 49/357 ff.
- 3) Begründer: Ernst VON HIPPEL.
- 4) FORSTHOFF 3. AUFL. S. 182 ff.
- 5) BACHOF in SJZ 1950 Sp. 490; ULE in Recht/Staat/Wirtschaft III S. 278 ff; BENDER in DVBl 1953 S. 34; BENDER 2. Aufl. S. 106

Demgegenüber erblickt die WOLFF'SCHE Lehre das die Nichtigkeit anzeigende Kriterium in der "absoluten rechtlichen Unmöglichkeit" des Verwaltungsakts. Das bedeutet folgendes: Es ist im Deutschen Verwaltungsrecht anerkannt, daß der Widerspruch eines Verwaltungsakts mit dem Gesetze, also die Nicht-Rechtsmäßigkeit, grundsätzlich die Rechtsbeständigkeit des Verwaltungsakts nicht berührt 6). Begründet wird dies mit der Staatsautorität, die sich in jedem Verwaltungsakt repräsentiert, und mit dem Rechtssicherheitsinteresse 7). Ebenso ist es anerkanntes Recht, daß dort für die Rechtsbeständigkeit eines Verwaltungsakts kein Raum ist, wo dieser infolge seiner Fehler niemals rechtmäßig sein kann. Die Frage danach, wann dies der Fall ist, wird von der Lehre der absoluten rechtlichen Unmöglichkeit dahin beantwortet, daß der Verwaltungsakt dann niemals Rechtswirksamkeit beanspruchen kann, wenn seine Fehlerhaftigkeit schon aus einem Vergleich des Verwaltungsakts mit der Rechtsordnung - im strengen Gegensatz zu einem Vergleich mit den tatsächlichen Umständen des Einzelfalls - erhellt. Daraus ergibt sich auch, daß zu diesem Vergleich stets nur der Verwaltungsakt in seinem verfügbaren Teil 8), niemals in seiner Begründung, die ja als Subsuntion die Tatsachen des Einzelfalls berücksichtigt, herangezogen werden kann. Dementsprechend lautet die Definition der Lehre von der absoluten rechtlichen Unmöglichkeit:

"Nichtig ist ein Verwaltungsakt, der absolut rechtswidrig ist, weil er tatsächlich unmöglich ist oder unter keinen Umständen (d.h. abstrakt) so wie geschehen hätte erlassen werden dürfen."

oder kürzer:

"Nichtig ist ein Verwaltungsakt, der bei beliebiger Sachlage nicht rechtmäßig sein kann." 9)

auch:

"Ein Verwaltungsakt ist nichtig, wenn seine Mangelhaftigkeit bei einem Vergleich des Verwaltungsakts mit der Rechts-

- 6) So schon Otto MAYERS Lehre von der "Selbstbezeugung der Verwaltungsakte" (I. Band 1. Aufl. S. 99); vergl. hierzu auch unten § 21.
- 7) Vergl. anstatt vieler WOLFF in MDR 51/523 ff. Demgegenüber BETTERMANN in Gedächtnisschrift S. 378 ff.
- 8) Vergl. so schon v. TUREGG 1. Aufl. S. 165.
- 9) WOLFF in MDR 51/525.

ordnung an diesem selbst objektiv erkennbar ist." 10)

Es sei darauf hingewiesen, daß der der Lehre von der rechtlichen Unmöglichkeit zugrundeliegende Gedanke auch sonst unserer Rechtsordnung bekannt ist: Der Idee, daß einem beim Vergleich mit der Rechtsordnung sich als unmöglich herausstellendem Staatshandeln die schwerste Fehlerfolge zukommen muß, entspringt auch die Regelung des § 53 I, 2 Grundbuchordnung. Danach sind ihrem Inhalte nach unzulässige Grundbucheintragen, also nicht nur unrichtige (Argument § 53 I, 1 Grundbuchordnung), sondern nach unserer Rechtsordnung schlechthin unmögliche Eintragungen im Grundbuch 11) nichtig und von Amtswegen ohne weiteres zu löschen. Das Gesetz erblickt also hier die größte "Rechtswertwidrigkeit" in einer bei keiner Sachlage zulässigen Eintragung. Obwohl Grundbucheintragen - wie wohl nirgendwo sonst - dem Vertrauensschutz dienen (§ 892 BGB), gibt es bei inhaltlich unzulässigen Eintragungen ohne Rücksicht auf die "Evidenz" des Fehlers keinen Vertrauensschutz.

Gegen die Lehre von der rechtlichen Unmöglichkeit hat sich kürzlich BENDER 11a) mit dem Hinweis gewandt, daß sie Fälle von ungleich großer Rechtswertwidrigkeit erfasse, sodaß die Nichtigkeit eines Verwaltungsakts im Einzelfall unbillig sein könne. BENDER übersieht aber, daß die Ermittlung der jeweiligen Rechtswertwidrigkeit wegen der Subjektivität der Wertung nicht mit Sicherheit möglich ist. - BENDER bemängelt ferner, daß über die Auslegung und Tragweite einer Norm und damit über die Frage, ob rechtliche Unmöglichkeit vorliege, verschiedene Ansichten möglich seien; deswegen fehle der rechtlichen Unmöglichkeit auch häufig das Merkmal der Offenkundigkeit. Dem kann man entgegenhalten, daß man die Möglichkeit verschiedener Meinungen bei der Gesetzesauslegung und die mangelnde Offenkundigkeit juristischer Probleme in der Rechtswissenschaft stets in Kauf nehmen muß 11b).

10) HEYEN in SoLhans. 49/358

11) Beispiel: Eintragung eines obligatorisch. Mietrechts.

11a) in DVBl. 53/35 ff und Allg. Verwaltungsrecht 2. Aufl. S. 105; ähnlich auch ULE in Verwaltungsarchiv 1957/87 unter Berufung auf BENDER.

11b) In den prakt. Ergebnissen unterscheiden sich die verschiedenen Lehren häufig nicht.

Der mangelhafte Verwaltungsakt bezeichnet die Art des Verwaltungsaktes, dessen Fehlerhaftigkeit nicht zur Nichtigkeit führt. Er entspricht dem sonst durchweg "anfechtbar" genannten Verwaltungsakt 12). Hierin liegt jedoch eine Unklarheit. Der Begriff "anfechtbar" läßt nicht erkennen, ob die rein formelle Anfechtungsmöglichkeit, die heute jedem - auch dem nichtigen - Verwaltungsakt zukommt, oder die materielle Ungültigkeit des Verwaltungsaktes gemeint ist.

Die Definition des mangelhaften Verwaltungsaktes ist eine negative: Alle denkbaren Fehlerarten 12a) bewirken die Mangelhaftigkeit des Aktes, es sei denn, der Fehler mache den Verwaltungsakt zu einem rechtlich absolut unmöglichen. Mangelhaft ist also der fehlerhafte Verwaltungsakt, der nicht rechtlich unmöglich ist. 13)

Der mangelhafte Verwaltungsakt ist zunächst rechtswirksam; wenn er angegriffen wird, muß er aber als Folge seiner Fehlerhaftigkeit aufgehoben werden; die Rechtsfolge, die man dem mangelhaften Verwaltungsakt zuordnen kann, ist daher die Aufhebbarkeit.

Der unrichtige Verwaltungsakt hätte zwar auch so wie erlassen nicht ergehen sollen; weil er nicht allen Anforderungen an einen ordnungsgemäßen Verwaltungsakt genügt 14); die in ihm enthaltenen Fehler sind aber von einem solchen (geringen) Stärkegrade, daß sie weder die Rechtmäßigkeit noch die Rechtswirksamkeit des Verwaltungsaktes beeinträchtigen 15).

12) Vergl. anstatt vieler JELLINEK 2. Aufl. S. 262

12a) natürlich mit Ausnahme der Fehler, die nur Unrichtigkeit zur Folge haben; siehe unten.

13) Das Wort "mangelhaft" wird hier in dem Sprachgebrauch verstanden, den es auch sonst im täglichen Leben, besonders als Korrekturnote, hat: schlecht, aber stets noch einen Grad besser als ungenügend. Zuweilen wird "mangelhaft" auch als Synonym für "fehlerhaft" gebraucht, (so HEYEN in SoLhans 49/357). In diesem Sinn ist das Wort nicht zu verstehen.

14) WOLFF Lehrbuch § 51 VII.

15) WOLFF Lehrbuch § 51 Io.

Der unrichtige Verwaltungsakt zählt daher nicht zu den im rechtstechnischen Sinne fehlerhaften Verwaltungsakten 16). Zu den leichten Fehlern, die einen Verwaltungsakt nur unrichtig machen, zählen Schreib- und Rechenfehler, Wahl des falschen Ausdrucks und unrichtige Bezeichnungen. Zu nennen ist auch der Verstoß gegen einen Rechtssatz, den der Rechtssatz selbst für unerheblich erklärt 17).

Als eine besondere Rechtsfolge hat sich beim unrichtigen Verwaltungsakt die Berichtigung entwickelt. Entsprechend einem in Einzelgesetzen (§ 319 ZPO, § 92 Abs. III RAO, § 69 Abs. II THÜR. LVO) zum Ausdruck gekommenen Rechtsgedanken sieht man die Berichtigung von unrichtigen Verwaltungsakten als ein das ganze Verwaltungsrecht beherrschendes Rechtsinstitut an 18). Die Berichtigung erfolgt dann in Form eines zusätzlichen Verwaltungsakts, des Berichtigungsbescheides 19).

Wegen dieser besonderen Rechtsfolge, der Berichtigung, gewinnt der - sonst vielleicht weniger belangvolle - unrichtige Verwaltungsakt im Rahmen unseres Themas Bedeutung; denn die Berichtigung ist eine Art der Heilung. Darüber noch unten § 7.

§ 3 Begriff der Heilung.

Der Begriff der Heilung ist aus dem Bürgerlichen Recht bekannt. Zu denken ist z.B. an § 518 BGB; danach ist zur Gültigkeit eines Schenkungsversprechens eine besondere Form erforderlich. Absatz II der Vorschrift lautet dann: "Der Mangel der Form wird durch die Bewirkung der versprochenen Leistung geheilt." Diese und ähnliche Bestimmungen des Bürgerlichen Rechts

16) Fehlerhaft sind danach nur die mit wesentl. Fehlern behafteten Verwaltungsakte; FORSTHOFF 3. Aufl. S. 184 u. S. 186; W. TUREGG 1. Aufl. S. 162; JELLINEK 3. Aufl. S. 283; EWMRO S. 247; BENDER 2. Aufl. S. 110 spricht vom "ordnungswidrigen" Verwaltungsakt.

17) Man denke an Sollvorschriften.

18) Vergl. Preuß. OVG 49/436, 55/498, 64/578.

19) So FORSTHOFF 3. Aufl. S. 184 Anm. 1; WOLFF Lehrb. § 51 VIIb; BENDER 2. Aufl. S. 110.

zeigen, daß der Gesamtrechtsordnung das Institut der Heilung als Mittel zum Zweck des Ausgleichs von Rechtsmängeln bekannt ist. Darüber hinaus können allerdings aus Regeln des Bürgerlichen Rechts für die Frage der Heilung fehlerhafter Verwaltungsakte keine Erkenntnisse gewonnen werden.

Die Frage nach der Zulässigkeit der Heilung fehlerhafter Verwaltungsakte überhaupt muß bejaht werden, und zwar aus denselben Gründen, die dafür sprechen, daß im Deutschen Verwaltungsrecht dem rechtswidrigen Verwaltungsakt grundsätzlich Rechtswirksamkeit zugesprochen wird 20). Fördern Staatsautorität und Rechtssicherheitsinteresse Wirksamkeit der mangelhaften Verwaltungsakte, so liegt hierin auch das Ja der Staatsautorität dazu, die Fehlerhaftigkeit eines Verwaltungsakts ganz zu beseitigen, wenn sich eine Möglichkeit hierzu er bietet. Mit anderen Worten ist Heilung im Verwaltungsrecht deshalb zulässig, weil es das elementare Interesse jeder öffentlichen Gewalt ist, einen einmal erlassenen Akt auch aufrechterhalten zu wissen. 21)

Ist somit die grundsätzliche Zulässigkeit der Heilung im Verwaltungsrecht bejaht, so ist die nächste Frage die, was die Heilung fehlerhafter Verwaltungsakte ihrem Wesen nach ist, und wie sie dogmatisch einzuordnen ist.

Behandelt man, wie oben schon dargelegt, die mangelhaften Verwaltungsakte als rechtswirksam, so darf doch nicht außer Acht gelassen werden, daß diese Rechtswirksamkeit keine vollständige ist: Die Mangelhaftigkeit des Verwaltungsakts kann durch Einspruch, Beschwerde oder Klage geltend gemacht und die Rechtswirksamkeit so beseitigt werden. Insofern besteht nur eine

20) Siehe oben § 2.

21) So auch PETERS S. 166: "...daß die Tendenz besteht, Verwaltungsakte nach Möglichkeit aufrechtzuerhalten...". Siehe auch FLEINER 8. Aufl. S. 208: "Da alles Handeln der Verwaltungsbehörden auf Herbeiführung eines Erfolges gerichtet bleibt, ...".

bedingte Wirksamkeit 22) des mangelhaften Verwaltungsakts. Die Wirksamkeit steht unter der Bedingung der Nichtanfechtung des Verwaltungsakts.

Ebenso, wie durch besondere Bedingungen die Mangelhaftigkeit des Verwaltungsakts zum Tragen und so die Wirksamkeit zum Fallen gebracht werden kann, müssen demgegenüber - jedenfalls theoretisch - Bedingungen eintreten können, die die Rechtswidrigkeit beseitigen und die Wirksamkeit aufrechterhalten. Das ist der Fall der Heilung eines fehlerhaften Verwaltungsakts. Die Heilung stellt sich somit als das Gegenstück zur Vernichtung eines fehlerhaften Verwaltungsakts dar; hier wird ein nur bedingt wirksamer Verwaltungsakt zu einem unwirksamen, dort zu einem vollwirksamen gemacht.

Fragt man nun, welcher Art die "Bedingungen" sind, die einen fehlerhaften Verwaltungsakt heilen, so lassen sich hier zwei Gruppen von Heilungsmöglichkeiten unterscheiden:

- Der Fehler wird dadurch beseitigt, daß das Fehlende ergänzt wird; der Fehler muß in diesen Fällen also entsprechend dem eigentlichen Wortsinn darin bestehen, daß etwas "fehlt" (Gruppe A).
- Der Fehler wird dadurch beseitigt, daß er aufgewogen wird durch ein anderes Ereignis (Gruppe B).

Bei der Zusammenstellung der verschiedenen Heilungsmöglichkeiten wird auf diese Einteilung zurückzukommen sein.

Aus der rein theoretischen Überlegung, die soeben angestellt wurde, um die Existenz der Heilung nachzuweisen und ihr Wesen zu erfassen, folgt aber noch ein Weiteres; Setzt die Heilung gleichermaßen wie ihr Gegenstück, die Vernichtung, einen bedingt wirksamen Verwaltungsakt voraus, so kann es eine Heilung,

22) Man könnte auch von einer bedingten Unwirksamkeit sprechen (so JELLINEK 3. Aufl. S. 264 und JELLINEK, Gesetz, Gesetzesanwendung S. 210), je nachdem, ob man die Verneinung in den Bedingungs- oder in den Folgesatz nimmt. Das ist aber nicht üblich.

Jedenfalls in diesem Sinne, auch nur bei bedingt wirksamen Verwaltungsakten geben. Da die bedingte Wirksamkeit die Rechtsfolge der Mangelhaftigkeit ist, ergibt sich, daß einer Heilung nur mangelhafte und unrichtige Verwaltungsakte fähig sind. Dann sind rechtlich unmögliche Verwaltungsakte von einer Heilung ausgeschlossen 23).

Das ist festzuhalten; es sei nur darauf hingewiesen, daß dies Ergebnis bei der Suche nach einem Gegenstück zur Vernichtung eines bedingt wirksamen Verwaltungsakts gefunden wurde. Es soll daher vermieden werden, den Ausschluß der rechtlich unmöglichen Verwaltungsakte von der Heilung als ein Erfordernis der Logik auch auf den Satz: "ex nihilo nihil fit" zu gründen. Hier besteht die Gefahr, kraft eines naturwissenschaftlichen Denkens über das Ziel hinauszuschießen. Es hat sich erwiesen, daß solche Denkgewohnheiten in der Rechtswissenschaft in Becken führen können 23a).

23) so WOLFF Lehrb. § 51 Va; JELLINEK 3. Aufl. S. 248 mit Beispielen, auch S. 264; FORSTHOFF 3. Aufl. S. 187 mit Beispielen; v. TUREGG 1. Aufl. S. 165 mit Beispielen; PLEINER 8. Aufl. S. 208. Siehe auch OLG Schleswig in NJW 50/227 und Hess. VGH in Verwaltungsrechtsprechung 1/78.

23a) Man denke an die anfänglichen Schwierigkeiten der Strafrechtslehre, die Kausalität durch Unterlassen juristisch zu fassen, weil man argumentierte, daß aus nichts auch nichts entstehen könne.

II. Kapitel: Die Heilung fehlerhafter Verwaltungsakte im einzelnen.

Was die Heilung fehlerhafter Verwaltungsakte im einzelnen angeht, so ist die Zahl der Heilungsmöglichkeiten offensichtlich begrenzt. Soweit ersichtlich, bestehen an Heilungsmöglichkeiten im weitesten Sinne:

- * Der Fristablauf,
- * Das nachträgliche Vorbringen,
- * Die Unterwerfung,
- * Die Berichtigung,
- * Die Ergänzung,
- * Die Konversion.

Diese einzelnen Möglichkeiten sollen im folgenden näher untersucht werden; es soll dabei jeweils die Frage aufgeworfen werden, als was sich die betreffende Heilungsmöglichkeit ihrem Wesen nach darstellt, und welche Fehlerart ihr zuzuordnen ist.

§ 4 Der Fristablauf.

Die am häufigsten im alltäglichen Leben vorkommende Heilung ist die durch Fristablauf²⁴⁾. Sie ist überall dort möglich, wo der Verwaltungsakt zur Geltendmachung von Mängeln eine Frist bestimmt hat. Bei fehlender Rechtsmittelbelehrung läuft daher keine Frist, bei falscher läuft die vom Verwaltungsakt genannte Frist, wenn sie länger ist als die gesetzliche. Wird die Anfechtungsfrist - gleichgültig, aus welchem subjektiven Grunde seitens des Betroffenen - versäumt, so wird der fehlerhafte Verwaltungsakt unangreifbar; die bisher nur bedingte Wirksamkeit des Verwaltungsakts wird zur Vollwirksamkeit. Weil die - für Dritte bestehende - Unanfechtbarkeit des Verwaltungsakts noch nichts darüber besagt, ob der Verwaltungsakt auch die erlassende Behörde in dem Sinne

24) Hierzu WOLFF in MDR 51/527, WOLFF Lehrbuch § 51 Yb 3, JELLINEK 3. Aufl. S. 264, FORSTHOFF 3. Aufl. S. 188, v. TUREGG 2. Aufl. S. 124, PETERS S. 166, FLEINER 8. Aufl. S. 208, JELLINEK, Gesetz, Gesetzesanwendung S. 210.

bindet, daß sie ihn nicht mehr zurücknehmen darf, empfiehlt es sich nicht, die Unanfechtbarkeit der formellen Rechtskraft des Prozeßrechts gleichzustellen und dementsprechend zu bezeichnen²⁵⁾. Es ist besser, nur von einer formellen Bestandskraft^{25a)} des Verwaltungsakts zu sprechen, wenn man nur dessen Unanfechtbarkeit bezeichnen will.

Es fragt sich, ob bei diesem, auf ausdrücklichen Gesetzesbefehl an äußere Umstände (den Zeitablauf) gebundenen Eintritt der Vollwirksamkeit überhaupt von einer Heilung gesprochen werden kann^{25b)}. Die Frage wird verneint von FORSTHOFF²⁶⁾, und zwar mit der Begründung, daß "ein in der Verletzung des Rechts liegender, also objektiver Mangel nicht durch ein subjektives Verhalten - nämlich die Unterlassung des Rechtsmittelgebrauchs - behoben werden kann." Dieser Grund scheint nicht stichhaltig. Bei der Heilung durch Unterwerfung, die ja Hauptgegenstand dieser Untersuchung ist, wird sich herausstellen, daß sehr wohl ein subjektives Verhalten, und zwar gerade auch des Einzelnen, Heilung bewirken kann. Auch bei den übrigen Heilungsmöglichkeiten beruht die Heilung auf einem subjektiven Verhalten, nur mit dem Unterschied, daß es dort auf Seiten der Behörde vorliegt.

Von einer Heilung wird aber beim Fristablauf deshalb nicht im eigentlichen Sinne gesprochen werden können, weil nach dem oben Dargelegten das Wesen der Heilung stets in einer Ergänzung des Fehlenden (A) oder in einem Aufwiegen des Fehlers durch ein anderes Ereignis (B) besteht. Hier liegt überhaupt kein Fall dieser Heilungsgruppen vor, weil durch den Fristablauf die Fehlerhaftigkeit des Verwaltungsakts selbst unberührt bleibt - sie bleibt für alle Zeiten bestehen - und nur

25) so FORSTHOFF 3. Aufl. S. 208.

25a) so WOLFF Lehrbuch § 52 II b.

25b) Dieselbe Wirkung wie durch den Fristablauf tritt auch ein, wenn die Anfechtungsklage rechtskräftig abgewiesen wird; WOLFF Lehrbuch § 52 II d 3.

26) 3. Aufl. S. 188

die Wirksamkeit des Verwaltungsakts bestätigt wird 27). Daraus folgt, daß die Heilung durch Fristablauf nur als solche im weiteren Sinne bezeichnet werden kann. Nicht der Fehler, sondern nur die Fehlerfolge wird beseitigt.

Die Frage, welcher Art von fehlerhaften Verwaltungsakten die Heilung durch Fristablauf zugeordnet werden kann, läßt sich ohne Schwierigkeit dahin beantworten, daß Fehler jeder Art, die nicht Nichtigkeit, sondern nur Vernichtbarkeit des Verwaltungsakts zur Folge haben, durch Fristablauf "geheilt" werden können; denn der rechtlich unmögliche Verwaltungsakt wird weder formell bestandskräftig noch gar formell rechtskräftig 27a). Den durch Fristablauf heilbaren Verwaltungsakten entspricht also die Kategorie der mangelhaften Verwaltungsakte.

§ 5 Das nachträgliche Vorbringen.

Der Fall der Heilung durch nachträgliches Vorbringen ist - kurz gesagt - die Ersetzung der bisherigen Begründung eines Verwaltungsakts durch eine neue 28), vorausgesetzt, daß die alte Begründung den Verwaltungsakt fehlerhaft gemacht hatte, die neue den Verwaltungsakt aber fehlerfrei erscheinen läßt. Da die Behörde - durch sie erfolgt ja die Begründung - sich vor allem dann veranlaßt sehen wird, den Verwaltungsakt auf eine neue Begründung zu stützen, wenn der Verwaltungsakt von dem Betroffenen im Einspruchs-, Beschwerde- oder verwaltungsgerichtlichen Verfahren bekämpft wird, ist das Problem der Heilung durch nachträgliches Vorbringen zu einem großen Teil ein verfahrensrechtliches.

27) FORSTHOFF 3. Aufl. S. 188; "Der Fehler wird unbeschädlich". V. TUREGG 2. Aufl. S. 124: "Der Betr. kann die Rechtswirksamkeit der durch den Akt gesetzten Maßnahmen nicht mehr bestreiten". PETERS S. 166: "Insofern, als damit die formale Fehlerwirkung für den Betroffenen aufhört". Laut MERKL S. 196 heißt das positive Recht den Verwaltungsakt gut, indem es gewisse Fehler toleriert.

27a) so WOLFF Lehrbuch § 52 II d.

28) Vorausgesetzt, daß der Verwaltungsakt begründet ist. Schriftl. Verwaltungsakte sind i. d. R. zu begründen, vergl. WOLFF Lehrbuch § 50 II d 2; Ähnlich ULE in Recht Staat Wirtschaft III S. 279.

Es erscheint nicht angebracht, hier auf alle Streitfragen bezüglich des neuen Vorbringens einzugehen. - Erwähnt sei nur:

Zum Teil wird im Schrifttum einerseits das nachträgliche Vorbringen zusammen mit der Konversion behandelt 29), andererseits wird auch der Fragenkreis des nachträglichen Vorbringens allein als Konversion bezeichnet 30). Zur Vermeidung von Unklarheiten ist aber die Konversion streng vom nachträglichen Vorbringen zu trennen, da es sich um voneinander verschiedene Fragenkreise handelt 31).

Bei der Ersetzung der einem Verwaltungsakt gegebenen Begründung durch eine andere derart, daß der fehlerhafte Verwaltungsakt fehlerfrei wird, sind zwei Fälle denkbar:

1. Der Verwaltungsakt subsumiert in seiner Begründung unter einen gesetzlichen Tatbestand richtig einen tatsächlichen Sachverhalt; dieser Sachverhalt ist jedoch in der Außenwelt nicht vorhanden (Tatsachenfrage).
2. Der Verwaltungsakt subsumiert in seiner Begründung unter einen gesetzlichen Tatbestand falsch einen tatsächlich vorhandenen Sachverhalt (Subsumtionsfehler, also Rechtsfrage) 32).

Im Fall 1 kann die Behörde dem angefochtenen Verwaltungsakt einen neuen Sachverhalt anstelle des tatsächlich nicht vorhandenen unterchieben und so den Verwaltungsakt vor der gerichtlichen Aufhebung bewahren.

29) So besonders v. TUREGG 1. Aufl. S. 181 f.

30) So v. TUREGG 2. Aufl. S. 32 f, S. 207 ff.

31) Über Konversion siehe unten § 9.

32) Vergl. hier die Unterscheidung des früheren § 127 Abs. III Ziff. 1 und 2 des Preuß. LVG von 1883. Dazu ROSIN S. 22 insbesondere Anm. 39. Vergl. heute hierzu die Unterscheidung in § 23 Abs. I und II MRVO 165.

Beispiel 33):

Die Behörde verbietet die Beseitigung eines Dunghaufens aufgrund des § 14 PVG, da die in den Boden sickende Jauche das zur Trinkwassergewinnung erforderliche Grundwasser verderbe. Im Streitverfahren gelingt dem Kläger der Beweis, daß die Jauche nicht in das Grundwasser dringen kann. Die Behörde macht aber jetzt geltend, daß durch den Dunghaufen eine für die Allgemeinheit unerträgliche Fliegenplage hervorgerufen werde; sie kann so den Verwaltungsakt retten.

Im Fall 2 liegt die Fehlerhaftigkeit des Verwaltungsakts nicht auf tatsächlichem, sondern auf rechtlichem Gebiet, nämlich in der falschen Anwendung des Gesetzes bei der Begründung. Hier eröffnen sich für ein nachträgliches Vorbringen zwei Wege: Die Behörde kann den Verwaltungsakt durch Nachschieben entweder einer anderen gesetzlichen Ermächtigung oder - wie im Fall 1 - eines anderen tatsächlichen Sachverhalts fehlerfrei machen, vorausgesetzt natürlich, daß solche Möglichkeiten vorhanden sind.

Beispiel 34):

Die Behörde verbietet das Abholzen von Straßenbäumen aufgrund des § 14 PVG mit der Begründung, die Baumreihe wirke angenehm auf das Auge. Der Verwaltungsakt ist fehlerhaft, da § 14 PVG ("Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung") nicht zum Schutze ästhetischer Interessen dient. Die Behörde kann jedoch nachträglich den Verwaltungsakt auf etwa vorhandene Verunstaltungs- oder Baumschutzgesetze stützen³⁵⁾, sie kann aber auch tatsächlich vortragen, die Straßenbäume seien zur Abgrenzung des Fahrdamms vom Fußgängerweg, mithin zur Verkehrssicherung, erforderlich.

33) Ars JELLINEK 3. Aufl. S. 264.

34) Ebenfalls aus JELLINEK 3. Aufl. S. 264

35) Auf die Streitfrage, ob das Vorbringen neuer Rechtsgrundlagen durch die Behörde erforderlich ist, oder ob nicht vielmehr das Verwaltungsgericht sie von sich aus berücksichtigen müsse (jura novit curia), soll hier nicht eingegangen werden.

Ihrem Wesen nach gehört die Heilung durch nachträgliches Vorbringen zur Heilungsgruppe A - Fehlerbeseitigung durch Ergänzung des Fehlenden - ; denn es wird eine bislang unrichtige, also fehlende richtige Begründung durch eine richtige ersetzt und der Verwaltungsakt dadurch fehlerfrei gemacht.

Zu einer Antwort auf die Frage, welche Art von fehlerhaften Verwaltungsakten durch nachträgliches Vorbringen heilbar ist, führt folgende Überlegung: Verwaltungsakte, bei denen die Fehlerhaftigkeit auf ihrer Begründung beruht, und die ohne Änderung des Verwaltungsakts in seinem verfügenden Teil durch eine Änderung der Begründung fehlerfrei werden können, können nicht rechtlich unmöglich sein. Derselbe fehlerhafte Verwaltungsakt, der bei anderer tatsächlicher Begründung fehlerfrei ist, ist eben unter denkbaren Lebensumständen möglich; bei einem Verwaltungsakt, den eine andere rechtl. Begründung heilt, ist der Fehler, nur gemessen an der Rechtsordnung, objektiv nicht erkennbar. Daher gibt es eine Heilung durch nachträgliches Vorbringen nur bei rechtlich nicht unmöglichen Verwaltungsakten, d.h. also bei mangelhaften Verwaltungsakten. Unter diesen kann man wiederum die aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen falsch begründeten Verwaltungsakte als engeren Kreis erfassen und der Heilung durch nachträgliches Vorbringen zuordnen.

§ 6 Die Unterwerfung.

Die durch Unterwerfung heilbaren Verwaltungsakte sollen an dieser Stelle nur insofern erwähnt werden, als es zur allgemeinen Erläuterung erforderlich ist. Es handelt sich bei der Heilung durch Unterwerfung um die - im Prinzip bejahte - Frage, ob die bei einem nicht rechtmäßigen Verwaltungsakt stets fehlende gesetzliche Ermächtigung durch die Unterwerfung des Privaten ersetzt werden kann. Die Fehlerbeseitigung erfolgt demnach hier auf dem besonderen Wege, daß der Mangel - das Fehlen einer Gesetzesvorschrift, auf die der Verwaltungsakt gestützt werden könnte - durch ein auf einer ganz anderen Ebene liegendes Ereignis, nämlich die Unterwerfung, ausgeglichen wird. Die Unterwerfung tritt damit zwar nicht an die Stelle des fehlenden Gesetzes - das könnte nur ein Gesetz selbst -, aber sie wiegt im Einzel-

fall das Fehlen des Gesetzes auf. Damit stellt sich die Heilung durch Unterwerfung als Fall einer Fehlerbeseitigung durch Aufwiegen des Fehlers (B) dar.

Es ist nun durchaus möglich, daß ein mangels gesetzlicher Ermächtigung fehlerhafter Verwaltungsakt absolut rechtlich unmöglich und somit nichtig ist ³⁶⁾. Wie noch zu erläutern sein wird, führt die Unterwerfung des Betroffenen bei rechtlich unmöglichen Verwaltungsakten nicht zur Heilung. Die der Heilung durch Unterwerfung offenstehende Fehlerart ist daher die Mangelhaftigkeit, allerdings auch hier noch mit Einschränkungen ^{36a)}.

§ 7 Die Berichtigung.

Über die Berichtigung von mit unwesentlichen Fehlern behafteten Verwaltungsakten ist bereits oben ³⁷⁾ das Wesentliche gesagt. Hier sei nur darauf hingewiesen, daß die den unrichtigen Verwaltungsakten zukommende Fehlerfolge der Berichtigung ein Fall der Heilung ist. Zu beachten ist jedoch, daß man hier von einer Heilung im eigentlichen Sinne deshalb wiederum nicht sprechen kann, weil die Unrichtigkeit ohne Einfluß auf die Rechtswirksamkeit des Verwaltungsakts ist, durch die Berichtigung also die Wirksamkeit unberührt bleibt. Ihrem Wesen gemäß erhält die Heilung die Wirksamkeit eines Verwaltungsakts aufrecht. ³⁸⁾

Ihrem Wesen nach gehört die Berichtigung zur Heilungsgruppe A, da die in gewissen Punkten fehlende Richtigkeit durch das Richtige ersetzt wird. Es liegt also der Fall der Ergänzung des Fehlenden vor. - Daß der "Heilung" durch Berichtigung die Kate-

36) Womit nicht der Lehre von der Gesetzlosigkeit als Nichtigkeitsgrund, wie sie vor allem von BETTERMANN (in MDR 49/394) und KLEINRAHM (in DV 48-49/367) vertreten wird, zugestimmt werden soll. Die Lehre enthält, insofern gesehen, einen richtigen Kern, kann aber deshalb nicht Allgemeingültigkeit verlangen, weil sie von einer falschen Fragestellung ausgeht: WOLFF in MDR 51/525 Anm.20. Die Lehre von der Gesetzlosigkeit als Nichtigkeitsgrund lehnt auch ab: BVerwG 1/67. Zur Gesetzlosigkeit noch unten § 29.

36a) darüber unten Vierter Teil, insbes. §§ 27-30.

37) § 2.

38) Siehe oben § 3.

gorie der mit dem Fehler der offenbaren Unrichtigkeit belasteten Verwaltungsakte zuzuordnen ist, ist bereits oben ³⁹⁾ hervorgehoben.

§ 8 Die Ergänzung.

Bei der Ergänzung geht es darum, eine Handlung, die nach dem Gesetz zur vollständigen Herstellung eines Verwaltungsakts erforderlich ist, aus irgendeinem Grunde jedoch unterblieben ist, nachzuholen ⁴⁰⁾. Es handelt sich also um das nachträgliche Ergänzen von unvollständig oder besser unfertig gebliebenen Verwaltungsakten.

Vorerst muß hier auf eine Frage eingegangen werden, von der es abhängt, ob die Aufstellung eines besonderen Heilungstatbestandes "Ergänzung" innere Berechtigung hat oder nicht. Es muß einleuchten, daß man dort nicht von einem Verwaltungsakt - und dann auch nicht von einem fehlerhaften - sprechen kann, wo der Verwaltungsakt noch nicht existent ist. "Die Geburt des Verwaltungsaktes muß vollendet sein" ⁴¹⁾. Das ist klar; es bedarf keiner Erläuterung, daß man einen Behördenvorgang, der unter Umständen eines komplizierten Verwaltungsverfahrens beginnt, bis er wie geplant als Verwaltungsakt an die Außenwelt tritt, nicht aus der Behördentätigkeit herausnehmen und als fehlerhaften Verwaltungsakt untersuchen und behandeln kann. Etwas anderes muß aber da gelten, wo die Behörde selbst das in Wahrheit noch unfertigen Verwaltungsakt schon als fertig betrachtet und behandelt. Unter dieser generellen Einschränkung muß also die "Ergänzung" gesehen werden.

39) § 2

40) Eine andere Frage ist es, ob die nachträgliche Ergänzung des Fehlenden im Einzelfall stets noch möglich ist. Auf sie soll hier nicht eingegangen werden.

41) HEYEN in SOHLHANS 49/358; Ähnlich v. TUREGG 1. Aufl. S. 163 Anm. 5: "Alles andere gehört zum Histor. Werden des Verwaltungsakts und ist für seine Rechtswirkung, die erst mit seiner Vollendg. eintreten kann, uninteressant." BUNDEK 2. Aufl. S. 104 spricht von "Noch-Nicht-Verwaltungsakt".

Hauptbeispiele solcher ergänzungsfähiger Verwaltungsakte bieten die mit Verfahrensmängeln behafteten Verwaltungsakte ⁴²⁾. Man denke an die Verwaltungsakte, bei denen die Fehlerhaftigkeit in mangelnder Mitwirkung von bei Erlaß des Verwaltungsakts mitzuständigen Behörden oder Personen besteht ⁴³⁾. Es gilt die Regel, daß im Zweifel die unterlassene Mitwirkung nachgeholt werden kann ⁴⁴⁾. - So hat der bayerische VGH ⁴⁵⁾ die beim Erlaß eines Verwaltungsakts durch das Innenministerium erforderliche, aber unterbliebene Zustimmung des Finanzministeriums für nachholbar mit der Folge der Heilung des Verwaltungsakts erklärt. - Auch das heute allgemein geforderte rechtliche Gehör des Betroffenen ⁴⁶⁾ bei Erlaß des Verwaltungsakts ist für nachholbar mit der Folge der Heilung des Verwaltungsakts erklärt worden ⁴⁷⁾.

Zu erwähnen ist, daß die Beseitigung von Verfahrensmängeln durch Ergänzung auch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren für zulässig erklärt wird ⁴⁸⁾. Derartige Fälle gehören jedoch nicht hierher, weil es sich nicht um Verwaltungsakte handelt.

Ihrem Wesen nach ist die Ergänzung, wie schon der Name sagt, eindeutig der Heilungsgruppe A zugehörig.

-
- 42) WOLFF (Lehrbuch § 54 V b 1) läßt eine Heilung von Verfahrensmängeln nur ausnahmsweise zu.
- 43) So JELLINEK 3. Aufl. S. 271. FORSTHOFF 3. Aufl. S. 195 mit Beispielen, v. TUREGG 2. Aufl. S. 125 mit Beispielen.
- 44) FORSTHOFF 3. Aufl. S. 195 f., auch S. 206; v. TUREGG 2. Aufl. S. 125; PETERS S. 165 und S. 167 mit Beispielen. P. will auch die zweiseitigen und antragsbedürftigen Verwaltungsakte hierher zählen. Unklar JELLINEK, Gesetz, Gesetzesanwendung... S. 210 f.
- 45) In DVBl 53/121. Die Zustimmung mußte aus dem Verwaltungsakt erkennbar sein.
- 46) Vergl. v. TUREGG 2. Aufl. S. 125.
- 47) Bayer. VGH in VGHR 67/164.
- 48) FORSTHOFF 3. Aufl. S. 196; v. TUREGG 2. Aufl. S. 125; Hess. VGH in DVBl 54/476.

Die Frage, welche Art der fehlerhaften Verwaltungsakte der Ergänzung zuzuordnen ist, stellt uns der Tatsache gegenüber, daß auch rechtlich unmögliche Verwaltungsakte einer Ergänzung fähig sind. Das zeigt eines der soeben erwähnten Beispiele. Zu denken ist an den Fall, in dem das Gesetz die aus dem Verwaltungsakt zu ersehende Zustimmung eines Ministeriums zu einem durch ein anderes Ministerium zu erlassenden Verwaltungsakt verlangte, die Zustimmung aber unterblieben war.

In diesen und in ähnlichen Fällen scheint das Ergebnis, den Verwaltungsakt nach erfolgter Ergänzung für jetzt fehlerfrei und wirksam zu erklären, dem oben festgelegten Satz von der Nichtheilbarkeit rechtlich unmöglicher Verwaltungsakte zu widersprechen. Wie löst man das Dilemma?

PETERS ⁴⁹⁾ schlägt vor, die "den Keim eines gültigen Verwaltungsakts in sich tragenden" fehlerhaften Verwaltungsakte unter einen besonderen Begriff ⁵⁰⁾ zusammenzufassen und einen gesonderten Rechtschicksal zu unterwerfen. Das ließe aber, mit unserer Einteilung der fehlerhaften Verwaltungsakte brechen, die auf einer dogmatisch bedingten Unterscheidung von rechtlich unmöglichen und mangelhaften Verwaltungsakten beruht.

Es erschiene nicht richtig, das Ergebnis, die Fehlerbeseitigung, in diesen Fällen nur wegen des Widerspruchs mit dem Satz von der Unheilbarkeit rechtlich unmöglicher Verwaltungsakte für falsch zu erklären; anderenfalls würde man die Augen vor den Bedürfnissen der Praxis verschließen. Da aber andererseits nach dem oben Gesagten die Heilung begrifflich mit dem bedingt wirksamen, mangelhaften Verwaltungsakt verknüpft ist, muß unser jetziger Fall eine andere, neue Art der Fehlerbeseitigung

49) S. 165 und S. 167.

50) PETERS spricht hier von "Unwirksamkeit" und versteht darunter eine schwebende (S. 165). Daneben unterscheidet PETERS noch das rechtliche Nichts, die Nichtigkeit, die Anfechtbarkeit und den Widerruf als Unterfälle des Überbegriffs "Ungültigkeit".

beinhalten, die - mit Existenzberechtigung - neben der Heilung im oben festgelegten Sinne steht, und die man exakter Weise nicht mit jener gleich bezeichnen kann.

Vorerst ist festzuhalten, daß in bestimmten Fällen durch Ergänzung ein Ergebnis erzielt wird, das äußerlich der Heilung gleichkommt, aber begrifflich keine Heilung sein kann.

§ 9 Die Konversion.

Die Konversion fehlerhafter Verwaltungsakte bedeutet die Umdeutung eines mangelhaften oder rechtlich unmöglichen Verwaltungsakts in einen fehlerfreien. Die Tatbestandsmerkmale dieses Rechtsinstituts sind in Anlehnung an das Bürgerliche Recht dem § 140 BGB entnommen. Danach ergeben sich für die Konversion eines fehlerhaften Verwaltungsakts folgende Voraussetzungen:

- Der fehlerhafte Verwaltungsakt muß einen anderen enthalten, der von der erlassenden Behörde in der geschehenen Weise und Form hätte erlassen werden können.
- Die Voraussetzungen des anderen Verwaltungsakts müssen auch im gegebenen Sachverhalt erfüllt sein.
- Die Rechtsfolgen des anderen Verwaltungsakts dürfen für den Betroffenen nicht ungünstiger sein als die des rechtswidrigen Verwaltungsakts.
- Der andere Verwaltungsakt darf der erkennbaren Absicht der erlassenden Behörde nicht widersprechen.
- Das rechtliche Gehör des Betroffenen darf nicht verletzt werden. 51)

Die Konversion kann von der erlassenden, der Beschwerdebehörde, dem Verwaltungsgericht oder sogar vom Betroffenen vorgenommen werden.

Als Beispiel mag dienen 52): Umdeutung einer nichtigen "vorläufigen Eingemeindung" in die Schaffung einer Verwaltungsgemeinschaft. - Im übrigen soll hier auf Einzelfragen nicht näher eingegangen werden.

51) So WOLFF Lehrbuch § 51 V o.

52) Von WOLFF, MDR 51/527 genannt. - Das früher häufig mitteilte Beispiel der Umdeutung eines Privatdienstverhältnisses in ein Beamtenverhältnis ist heute durch die strengen gesetzlichen Erfordernisse der Beamtenernennung gegenstandslos geworden.

Als Heilungsmöglichkeit nimmt die Konversion ihrem Wesen nach eine Sonderstellung ein. Zunächst kann man sie zwanglos schlecht einer der beiden Heilungsgruppen A (Fehlerbeseitigung durch Ergänzung des Fehlenden) oder B (Fehlerbeseitigung durch Fehleraufhebung) unterordnen.

Zum anderen sehen wir uns bei der Frage nach der Konversion zuzuordnenden Fehlerart auch hier wiederum der Tatsache gegenüber, daß die Konversion auch bei rechtlich unmöglichen Verwaltungsakten, die also nichtig sind, möglich ist. Die Konversion hat in diesen Fällen eine ähnliche Wirkung wie die Heilung: Die Wirksamkeit des fehlerhaften Verwaltungsakts wird gesichert 53). Nach dem, was schon in § 8 zur Ergänzung gesagt ist, kann aber auch hier b e g r i f f - l i c h keine Heilung vorliegen.

53) So WOLFF Lehrbuch § 51 V o.

III. Kapitel: Ergebnis.

Als Ergebnis der vorangegangenen Untersuchung der sechs Heilungsmöglichkeiten im weitesten Sinn kann man also festhalten:

1. Eine Heilung in dem Sinne, daß die bedingte Wirksamkeit eines Verwaltungsakts zur Vollwirksamkeit erstarkt (Heilung im engeren Sinne) haben nur der Fristablauf, das nachträgliche Vorbringen und die Unterwerfung zur Folge. Dabei heilt der Fristablauf alle Fehler, die unter dem Begriff der Mangelhaftigkeit zusammengefaßt werden; ähnlich die Unterwerfung, bei der aber bezüglich gewisser Fehler Vorbehalte gemacht werden müssen; das nachträgliche Vorbringen heilt von den mangelhaften Verwaltungsakten diejenigen, bei denen der Fehler auf falscher Begründung beruht. - Die Wirkung der Heilung ist beim Fristablauf jedoch nur eine rein formale.
2. Die Berichtigung ist davon insofern verschieden, als der Verwaltungsakt auch schon vorher als nur unrichtiger vollwirksam war. Die Berichtigung berührt die Wirksamkeit nicht; ihre fehlerbeseitigende Kraft ist schwächer als die der Heilung im engeren Sinne.
3. Ergänzung und Konversion nehmen insofern eine Sonderstellung ein, als sie zwar einen Verwaltungsakt (im engeren Sinne) heilen können, aber auch Fehler beseitigen können, die einen Verwaltungsakt zu einem unwirksamen machen. Die eintretende Wirkung ist der Heilung ähnlich, aber nicht mit ihr identisch. Die fehlerbeseitigende Kraft von Ergänzung und Konversion ist stärker als die der Heilung im engeren Sinne. Ergänzung ist möglich bei unfertigen, Konversion bei konvertierbaren Verwaltungsakten.
4. Nachträgliches Vorbringen, Ergänzung und Berichtigung gehören zur Heilungsgruppe A (Fehlerbeseitigung durch Ergänzung des Fehlenden), die Unterwerfung zur Gruppe B (Fehlerbeseitigung durch Fehleraufhebung). Fristablauf und Konversion lassen sich in dieser Art nicht eingruppiieren.

Zusammenfassen kann man neben nachträglichem Vorbringen, Fristablauf und Unterwerfung bei Ergänzung und Konversion 54) einerseits und bei der Berichtigung andererseits nur von einer Heilung im weiteren Sinne sprechen. Zur besseren Unterscheidung der verschiedenen Wirkungen der einzelnen Fehlerbeseitigungsmöglichkeiten erscheint eine Trennung auch in der Bezeichnung zweckmäßig. Es wird vorgeschlagen, das Ergebnis von Ergänzung und Konversion bei rechtlich unmöglichen Verwaltungsakten Aufrechterhaltung und Unterwerfung des Verwaltungsakts zu nennen. Darauf folgt dann man nun das oben wiedergegebene Schema der fehlerhaften Verwaltungsakte folgendermaßen ergänzen:

Fehlerart	Fehlerfolge	
	negativ	positiv
Rechtlich unmöglicher Verwaltungsakt	Nichtigkeit	Aufrechterhaltung (Ergänzung Konversion)
Mangelhafter Verwaltungsakt	Aufhebbarkeit	Heilung im engeren Sinne (Fristablauf, nachträgliches Vorbringen, Unterwerfung gegebenenfalls auch Ergänzung und Konversion)
Unrichtiger Verwaltungsakt	-----	Berichtigung

Schließlich sei noch der Frage nachgegangen, zu welchem Zeitpunkt die Wirkung der einzelnen Fehlerbeseitigungsmöglichkeiten eintritt. Die Antwort liegt bei der Heilung im engeren Sinne nahe: Da die Heilung nichts anderes als ein Erstarken der bedingten Wirksamkeit des Verwaltungsakts zur Vollwirksamkeit ist, bleibt bei der Heilung lediglich die von Anfang an bestehende Wirksamkeit erhalten. Deshalb hat die Heilung

54) soweit bei unwirksamen Verwaltungsakten wirkend.

stets rückwirkende ex-tunc-Wirkung.

Bei der Aufrechterhaltung liegt es etwas anders; denn durch sie wird ja die Wirksamkeit eines bisher unwirksamen Verwaltungsaktes erst hergestellt 55). - Dies gilt jedoch nur für die Aufrechterhaltung durch Ergänzung. Bei der Konversion dagegen steckt der fehlerfreie Akt bereits von Anfang an in dem konvertierten, anscheinend rechtswidrigen Verwaltungsakt. Deshalb kommt der Aufrechterhaltung eines unmöglichen Verwaltungsaktes durch Konversion ex-tunc-Wirkung, der durch Ergänzung ex-nunc-Wirkung zu.

Bei der Berichtigung ist die Frage nach dem Zeitpunkt des Wirkungseintritts unsinnig, weil die Berichtigung die Wirksamkeit des Verwaltungsaktes überhaupt unberührt läßt.

55) Ausnahme der rückwirkenden Heilung eines nichtigen Verwaltungsaktes kraft Gesetzes: § 11 Abs. I Satz 2 Bundesbeamtengesetz.

Zweiter Teil.

Unterwerfung und Gesetzmäßigkeit

der Verwaltung.

I. Kapitel: Allgemeines.

Nachdem im ersten Teil allgemein die Heilung fehlerhafter Verwaltungsakte behandelt worden ist, soll sich die Untersuchung nun dem Hauptthema, der Heilung durch Unterwerfung, zuwenden.

§ 10 Begriff der Unterwerfung.

Das Nächstliegende ist hier der Begriff der Unterwerfung. Eine Begriffsbestimmung erscheint unproblematisch, da sie sich schon aus dem Wortsinn ergibt: Die Unterwerfung ist die Erklärung des Betroffenen gegenüber der einen Verwaltungsakt erlassenden Behörde des Inhalts, daß er mit dem Verwaltungsakt einverstanden ist.

"Betroffener" ist hierbei der Adressat des Verwaltungsaktes, derjenige, dem der Verwaltungsakt bestimmt, "was für ihn rechtens sein soll" 1).

Für "Unterwerfung" sind Synonyme denkbar, wie "Einwilligung", "Zustimmung", "Verzicht" u.s.f. Doch sollen diese Begriffe im folgenden nicht anstelle des Sich-Unterwerfens verwendet werden. Es soll damit ein - leider nicht einheitlicher - Sprachgebrauch befestigt werden, der den Worten "zustimmen", "einwilligen" und "verzichten" besondere verwaltungsrechtliche Institute zuordnet, die dogmatisch gesehen gerade nicht ein Sich-Einverstanden-Erklären mit einem fehlerhaften Verwaltungsakt zum Inhalt haben. Für das Sich-einverstanden-Erklären soll nur das Wort "Unterwerfung" verwendet werden.

1) Otto MAYER I 3. Aufl. S. 93.

Die Unterwerfung untersteht dem Oberbegriff der "verwaltungsrechtlichen Willenserklärung" 2); das ist eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung, deren Erklärungsinhalt bereits für sich allein Grund für die Begründung von Pflichten ist 3). Auf diese Willenserklärungen von Zivilpersonen, die verwaltungsrechtlichen Organen gegenüber abgegeben worden, finden die Rechtssätze des Privatrechts über Willenserklärungen durchweg entsprechende Anwendung 4), sofern nicht verwaltungsrechtliche Einzelregelungen etwas anderes bestimmen 5). Daraus folgt im einzelnen:

Die Unterwerfung ist empfangsbedürftig, sie muß der zuständigen Behörde gegenüber erklärt werden. Sie ist nicht an eine bestimmte Form gebunden; insbesondere ist sie unabhängig von der Form des Verwaltungsakts, auf den sie sich bezieht. Die Unterwerfung ist einer Auslegung fähig 6); sie kann auch durch konkludentes Verhalten erklärt werden 7). Analog zu Einzelregelungen des Bürgerlichen Rechts ist die Unterwerfung bei Geschäftsunfähigkeit des Erklärenden, bei Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot oder eine Formvorschrift und bei Sittenwidrigkeit nichtig. In Fällen des Irrtums, unrichtiger Übermittlung, arglistiger Täuschung oder Drohung kann die Unterwerfung vom Betroffenen angefochten werden 8).

Es bestehen jedoch für die Unterwerfung folgende Besonderheiten:

Aus der analogen Anwendbarkeit des Bürgerlichen Rechts auf verwaltungsrechtliche Willenserklärungen wäre zu schließen,

2) So WOLFF Lehrbuch § 48 IIIb.

3) WOLFF Lehrbuch § 36 IIb 3.

4) Weil eine Kodifizierung des Allgemeinen Teils des Verwaltungsrechts, wozu auch die Regeln über verwaltungsrechtliche Willenserklärungen gehören würden, fehlt. Vergl. aber die Art. 20 - 46 EWVRO.

5) Vergl. WOLFF Lehrbuch § 36 IIc 2.

6) Art. 34 EWVRO; jedoch ist der im Verwaltungsrecht herrschende Grundsatz der Bestimmtheit zu beachten.

7) So ausdrücklich für die Unterwerfung: Art. 64 Abs. II Satz 1 EWVRO.

8) Vergl. KORMANN S. 273 f.; WOLFF Lehrbuch § 48 IIIb; Hess. VGH im Bd. 1/42; BGH in NJW 52/1094.

daß die Unterwerfung auch unter Bedingungen erfolgen könne. Diese Folge muß aber für die Unterwerfung als ausgeschlossen gelten, weil sich die Behörde "von den Verwalteten keine Bedingungen ihrer Zuständigkeitswahrnehmung stellen lassen darf" 9).

Bei der Heilung durch Unterwerfung ist stets die Gefahr gegeben, daß die Verwaltung in Ausnutzung ihrer Übermächtigen Stellung den Betroffenen zu der Unterwerfung zu bewegen sucht 10). Eine unter solchen Umständen zustande gekommene Unterwerfung ist nicht freiwillig; sie kann daher stets von dem Betroffenen wegen widerrechtlicher Drohung in analoger Anwendung des § 123 BGB angefochten werden. Dies Ergebnis wird jedoch im Regelfall der Interessenlage nicht gerecht, weil der Betroffene in seiner Zwangslage sich häufig scheuen wird, die Anfechtung zu erklären. Es ist daher billig, daß im Fall der Ausnutzung einer Zwangslage des Betroffenen die Unterwerfungserklärung sogar nichtig ist. Wegen der Begründung wird hierauf später im anderen Zusammenhang noch zurückzukommen sein 11).

Einer Hervorhebung wert sind ferner solche Fälle, in denen sich der Betroffene aufgrund einer irrtümlich von ihm angenommenen Verpflichtung unterwirft, also wegen der Annahme, dem Befehl des Verwaltungsakts folgen zu müssen. In erster Linie kommt hier die irrige Vorstellung des sich Unterwerfenden in Betracht, der Verwaltungsakt beruhe auf einer gesetzlichen Ermächtigung, also die Nichtkenntnis des Betroffenen von der Fehlerhaftigkeit des Verwaltungsakts 12). Eine mögliche Lösung dieser Fälle läge darin, eine Rechtspflicht der Verwaltung zur Aufklärung des Betroffenen zu fordern 13), um aus der Verletzung dieser Pflicht besondere Folgen herleiten zu können. Einfacher und dem Charakter der Unterwerfung als verwaltungsrechtlicher Willenserklärung entsprechend lösen sich diese Fälle, wenn man

9) So WOLFF Lehrbuch § 48 IIIb.

10) Besonders kraß der Fall RGZ 107/131.

11) Siehe unten § 28.

12) Besonders eingehend zu dieser Frage: VGH Freiburg in DVBl 50/436 mit weiteren (beamtenrechtlichen) Zitaten.

13) So erwägend VGH Freiburg in DVBl 50/438.

bedenkt, daß die irrtümliche Annahme einer Verpflichtung bei der Unterwerfung, also die Nichtkenntnis von der rechtlichen Tragweite der Unterwerfung, einen besichtlichen Inhaltsirrtum nach § 119 Abs. I BGB darstellt¹⁴⁾. Der Betroffene irrt über den Wert seiner Erklärung, der Unterwerfung: Er glaubt z.B., sie sei nur eine rein deklaratorische Anerkennung des Verwaltungsakts, während sie je nach der in dieser Untersuchung vertretenen Ansicht eine konstitutiv die Gültigkeit des fehlerhaften Verwaltungsakts bewirkende Erklärung ist. Dem gleichstehen muß der Fall, daß der Betroffene im Irrtum über seine Pflicht seine Unterwerfung konkludent dadurch erklärt, daß er den Verwaltungsakt erfüllt, z.B. also die ungesetzlich geforderte Gebühr bezahlt¹⁵⁾. Hier wie dort muß der Betroffene anfechten und kann so seine Erklärung aus der Welt schaffen.

Es sei darauf hingewiesen, daß die Anfechtung der Unterwerfungserklärung seitens des Sich-Unterwerfenden nur solange einen Sinn hat, als die Frist zur Bekämpfung des Verwaltungsakts als solchen, die Rechtsmittelfrist, noch nicht abgelaufen ist. Das folgt aus der Überlegung, daß durch die Unterwerfung die materielle Fehlerhaftigkeit des Verwaltungsakts beseitigt wird, durch den Ablauf der Rechtsmittelfrist dagegen der materiellrechtliche Zustand des Verwaltungsakts nicht berührt wird¹⁶⁾; der Verwaltungsakt wird nur kraft einer gesetzlichen Fiktion als fehlerfrei hingestellt. Beruht nun die Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsakts auf einer Unterwerfung, so hat der nachträgliche Wegfall dieser Rechtmäßigkeitsstütze dann keine praktische Bedeutung mehr, wenn nach Ablauf einer gewissen Zeit durch Gesetzesanspruch der Rechtszustand einer möglichen Fehlerhaftigkeit des Inhalts des Verwaltungsakts überhaupt für unbeachtlich erklärt worden ist. - Eine Ausnahme hiervon könnte für nichtige Verwaltungsakte gelten, für deren Rechtszustand der Ablauf der Rechtsmittelfrist ja

14) also nicht etwa einen Motivirrtum.

15) Es sei denn, man vertrete die Ansicht, ein erfüllter Verwaltungsakt wirke überhaupt nicht mehr.

16) wie oben § 4 dargelegt (S. 10 f.)

bedeutungslos ist. Aber bei nichtigen Verwaltungsakten (so auch die Unterwerfung nicht die ihr zugesprochene Wirkung 17). - Festzuhalten ist daher, daß eine Anfechtung der Unterwerfungserklärung analog bürgerlich-rechtlichen Vorschriften nur solange zulässig, weil sinnvoll, ist, als die Rechtsmittelfrist gegen den Verwaltungsakt noch läuft 18).

Schließlich sei noch erwähnt, daß nach einem allgemeinen verwaltungsrechtlichen - also nicht aus analoger Anwendung von bürgerlichrechtlichen Vorschriften folgenden - Satz ein verwaltungsrechtliche Willenserklärung, die sich auf einen Verwaltungsakt bezieht, bis zum Erlaß dieses Verwaltungsakts frei zurücknehmbar ist. Der Grund hierfür liegt darin, daß im Verwaltungsrecht wegen der Ungleichartigkeit der Erklärungen des Einzelnen und der Behörde keine Bindung des Erklärenden an seinen Antrag eintritt, wie sie für das bürgerliche Recht selbstverständlich ist (§ 145 BGB 19). - Es bestehen keine Bedenken, diesen Satz von der freien Zurücknehmbarkeit der Erklärung auch gerade für die Unterwerfung gelten zu lassen, wie es auch eine Entscheidung neueren Datums macht 20).

17) siehe oben § 3 und § 6

18) So generell für die Anfechtung einer verwaltungsrechtlichen Willenserklärung Art. 41 EWRVO; ähnlich Hess. VGN in UV 1949/501, demzufolge Willensmängel einer an Verwaltung mitwirkenden Zivilperson nur durch Einspruch bzw. Beschwerde u. Anfechtungsklage geltend gemacht werden können.

19) So WOLFF Lehrbuch § 48 IIa 2; Preuß. DVG Bd. 83/427; KORMANN S. 274; SCHOENBORN S. 49; JELLINEK 3. Aufl. S. 232; v. TUREGG 1. Aufl. S. 158; Art. 46 EWRVO. - Etwas anderes gilt natürlich bei verwaltungsrechtlichen Verträgen.

20) OVG Hamburg in MDR 53/59.

§ 11 Unterschied der Unterwerfung vom Rechtsmittelverzicht und vom Ablauf der Rechtsmittelfrist.

Bei alledem erheben sich die Fragen: Worin unterscheidet sich die Unterwerfung unter einen fehlerhaften Verwaltungsakt einerseits vom Rechtsmittelverzicht und andererseits von der Heilung durch Verstreichenlassen der Anfechtungsfrist?

Der Unterschied zwischen Unterwerfung und Rechtsmittelverzicht ergibt sich aus dem Charakter der beiden öffentlichrechtlichen Willenserklärungen: Die Unterwerfung hat dort, wo sie zulässig ist, unmittelbaren Einfluß auf die materielle Rechtslage. Sie hat die Beseitigung des materiellen Fehlers des Verwaltungsakts zur Folge 21). Der Rechtsmittelverzicht 22) bewirkt dagegen nichts anderes als eine Vorverlegung des Zustandes, der sonst erst nach Ablauf der Rechtsmittelfrist eintritt; ohne Rücksicht auf den materiellen Rechtszustand des Verwaltungsakts wird diesem kraft Gesetzes dieselbe Stellung wie einem fehlerfreien Verwaltungsakt zuerkannt. Kürzer, aber vielleicht weniger scharf gesagt ist die Unterwerfung eine materielle, der Rechtsmittelverzicht eine formelle Erklärung.

Herrscht insoweit Klarheit bezüglich der Verschiedenheit beider Erklärungen, so mag die Abgrenzung der Unterwerfung vom Rechtsmittelverzicht im praktischen Einzelfall manchemal Schwierigkeiten bereiten 23). Zur Entscheidung im Einzelfall können jedoch folgende Merkmale herangezogen werden, durch die sich der Rechtsmittelverzicht auch äußerlich von der Unterwerfung unterscheidet:

- a. Der Rechtsmittelverzicht wird das Rechtsmittel als solches bezeichnen müssen, damit Klarheit über den Willen des Betroffenen und die davon abhängige Rechtsfolge, Eintritt der Unanfechtbarkeit des Verwaltungsakts, besteht. Folglich kann der Rechtsmittelverzicht auch nur ausdrücklich erklärt werden, im Gegensatz zur Unterwerfung, die ja auch durch konkludentes Verhalten erfolgen kann.

21) wie oben § 6 dargelegt worden ist.

22) Für die Zulässigkeit eines Rechtsmittelverzichts generell WERDER - LABS - ORTMANN S.155; KLINJER 2.Aufl. S.512 f.; Hanswerner MÜLLER in NJW 57/1348.

23) wie dem rechtsunkundigen Betroffenen der Unterschied auch nicht stets bewußt sein wird.

- * Der Bedeutung des Rechtsmittelverzichts als einer Vorverlegung des Eintritts der Unanfechtbarkeit ist es gemäß, daß der Rechtsmittelverzicht derselben Form bedarf wie die Einlegung des Rechtsmittels. Da Einspruch, Beschwerde und Anfechtungsklage regelmäßig nur schriftlich oder zu Protokoll der Behörde eingelegt bzw. erhoben werden können 24), gilt dies auch für den Rechtsmittelverzicht. - Die Unterwerfung ist dagegen formfrei, vor allem auch unabhängig von der Form des Verwaltungsakts, auf den sie sich bezieht 25).
- * Da der Rechtsmittelverzicht naturgemäß gegenüber der Behörde zu erklären ist, bei der auch das Rechtsmittel eingelegt werden muß, ergibt sich hieraus ein drittes Unterscheidungsmerkmal: Bei der Beschwerde 26) und bei der Anfechtungsklage (anders beim Einspruch) ist der Rechtsmittelverzicht nicht gegenüber der erlassenden Behörde zu erklären, im Gegensatz zur Unterwerfungserklärung, die stets gegenüber der erlassenden Behörde abzugeben ist.

Insbesondere angesichts einer konkludent erfolgenden Unterwerfung erhebt sich auf der anderen Seite die Frage, worin sich die Unterwerfung und der Fristablauf unterscheiden. Durch beides wird ja die Heilung eines fehlerhaften Verwaltungsakts bewirkt. Hier zeigt sich, daß die Abgrenzung der Heilung durch Unterwerfung von der durch Fristablauf die Parallele zum Verhältnis von Unterwerfung und Rechtsmittelverzicht darstellt: Wirkt die Unterwerfung, wie dargelegt, auf den materiellen Rechtszustand des Verwaltungsakts ein, so treten Unanfechtbarkeit des Verwaltungsakts mit Beginn ebenso wie Unanfechtbarkeit des Verwaltungsakts mit Ablauf der Rechtsmittelfrist ohne Rücksicht auf die materielle Rechtslage ein; durch den Fristablauf wird nur eine eventuell bestehende Fehlerhaftigkeit für jetzt unbeachtlich erklärt. Man kann den

24) für die Anfechtungsklage § 53 I MRVO 165; für die Beschwerde z.B. § 45 I,2 PVG (alter Fassung).

25) oben S.26 (§ 10).

26) es sei denn, daß die Beschwerde bei der erlassenden Behörde einzulegen ist; z.B. § 45 I,2 PVG und § 27 II,1 OBG.

Unterschied auch darin erblicken, daß im einen Falle der mit der Unterwerfung erklärte Wille des Einzelnen die Rechtsfolge der Heilung verursacht, während im anderen Falle das Gesetz in Verbindung mit der objektiven Tatsache des Fristablaufs die Heilung bewirkt 27). - Es besteht jedenfalls auch bei dem Verhältnis von Fristablauf zu Unterwerfung das Gegenüber eines formellen und materiellen Rechtsinstituts.

Davon abgesehen bietet die Unterscheidung von Unterwerfung und Fristablauf praktische Schwierigkeiten nur im Falle einer konkludent erklärten Unterwerfung. Hier sei aber darauf hingewiesen, daß die Heilung durch Unterwerfung stets ein positives Tun, eine Erklärung, verlangt, was diese auch in einem schlüssigen Verhalten liegen. Das Verstreichlassen der Rechtsmittelfrist erfordert dagegen ein Nichtstun. Eine Unterwerfung durch Nichtstun, etwa durch reines Schweigen, ist nicht vorstellbar.

§ 12 Praktische Bedeutung der Unterwerfung.

Aus den Überlegungen des vorhergehenden Paragraphen ergibt sich nun folgendes: Weil die Unterwerfung vom Ablauf der Rechtsmittelfrist und vom Rechtsmittelverzicht scharf zu trennen ist, sie somit ein rein materielles Rechtsinstitut ist, hat eine erfolgte Unterwerfung auf den Lauf der Rechtsmittelfrist keinen Einfluß. Unabhängig von der Unterwerfung besteht daher für die Dauer der Rechtsmittelfrist die Anfechtungsmöglichkeit des Verwaltungsakts fort. Aus dieser Tatsache folgt, in welchem Falle die Unterwerfung praktisch, d.h. für die Rechtsmittelbehörden und für den Verwaltungsrichter bedeutsam wird, nämlich, wenn ein fehlerhafter Verwaltungsakt nach der Unterwerfung seitens des Betroffenen doch noch innerhalb der Rechtsmittelfrist angefochten wird. Die mit dem Verwaltungsakt befaßten Behörden müssen jetzt bei der Prüfung des Verwaltungsakts der Unterwerfung Beachtung schenken.

27) So SCHOENBORN S.37 ff. für den Unterschied des Verzichts vom Erlöschen eines subj. Rechts durch Zeitablauf.

wegen der materiellrechtlichen Wirkung, die ihr nach unserer Auffassung zukommt 28).

Der Fall, in dem die Unterwerfung praktische Bedeutung erlangt, mag konstruiert wirken: Der Betroffene unterwirft sich dem Verwaltungsakt zunächst und sicht ihn dann noch an. Es sind jedoch verschiedene menschliche Motive denkbar, aus denen heraus ein solches Verhalten erklärt werden kann: Jemand fühlt sich benachteiligt oder meint, nicht aus freier Willensentscheidung gehandelt zu haben. Der Fall ist jedenfalls nicht selten; gerichtliche Entscheidungen bestätigen dies 28a).

§ 13 Überblick über den weiteren Gang der Untersuchung.

Nachdem somit einige Erläuterungen zu dem Begriff der Unterwerfung gegeben worden sind und dabei die praktische Bedeutung der Unterwerfung, besonders mit Hinblick auf die Heilung durch Fristablauf, aufgezeigt worden ist, soll jetzt der der Heilung fehlerhafter Verwaltungsakte durch Unterwerfung zugrunde liegende Problembereich kurz dargelegt und der weitere Gang der Untersuchung in groben Zügen umrissen werden.

Man kann, wie schon erwähnt 29), die Fehlerhaftigkeit eines Verwaltungsakts als ein Nichtübereinstimmen des Verwaltungsakts mit der Rechtsordnung erkennen 30). Der fehlerhafte Verwaltungsakt ist also rechts- oder gesetzwidrig, er hat, wie man auch sagen kann, keine Stütze im Gesetz. Das der Heilung durch Unterwerfung innewohnende Problem ist nun, ob die

28) Vergl. WERDER - LABS - ORTMANN S.155 (ähnlich von HUSEW S.106); Dort ist anlässlich der Frage, ob Anerkennnis und Verzicht verwaltungsprozessrechtliche Wirkungen haben - die Frage wird allgemein verneint -, ausgeführt, das Gericht müsse "Anerkennnis und Verzicht insoweit nach freier Überzeugung würdigen, als in ihnen eine materiellrechtliche Wirkung enthalten ist". Die hierin enthaltene materiellrechtliche Erklärung ist aber eine Unterwerfung!

28a) Vgl. unten in § 31 (S.117 ff.) die Beispiele Nr.1,2,3,4,5, 12,13,16,17.

29) Oben § 2.

30) So auch FORSTHOFF 3.Aufl.S.184.

einem fehlerhaften Verwaltungsakt fehlende gesetzliche Stütze durch eine andere Stütze, und zwar durch die Einverständniserklärung des Betroffenen, ersetzt werden kann. Die Frage der Heilung fehlerhafter Verwaltungsakte durch Unterwerfung ist somit identisch mit der Frage der Ersetzbarkeit der gesetzlichen Grundlage eines Verwaltungsakts durch die Einverständniserklärung des Betroffenen. Häufig ist unser Problem auch unter dieser Bezeichnung im Schrifttum erörtert worden.

Demnach wird die Untersuchung auszugehen haben von der Frage, ob überhaupt und inwiefern ein Verwaltungsakt mit der Rechtsordnung, mit dem Gesetz übereinstimmen müsse; dies führt zu einer näheren Betrachtung des sog. Prinzips der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung. Dann ist zu fragen, ob unter Berücksichtigung aller erreichbaren Gesichtspunkte die Ersetzbarkeit der fehlenden Gesetzesgrundlage durch die Erklärung des Einzelnen zulässig erscheint. Da, wie dargelegt werden wird, diese Frage grundsätzlich zu bejahen ist, sind sodann die Einschränkungen zu erörtern, unter denen eine Unterwerfung rechtswirksam erfolgen kann.

II. Kapitel: Das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung.

Ausgangspunkt ist also die Frage, ob überhaupt und inwiefern ein Verwaltungsakt mit der Rechtsordnung, mit dem Gesetz übereinstimmen müsse. Die Antwort darauf gibt das sog. Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung.

§ 14 Die Bindung der Verwaltung an das Gesetz.

Daß dieses Prinzip in Geltung ist, also ein echtes Prinzip und nicht etwa ein Postulat ist, wird heute und für unseren Staat von niemandem bestritten. Anstelle aller sei hier nur das Bundesverfassungsgericht zitiert, das in seinem Urteil vom 23.10.1952 (sog. GRP-Urteil 31) die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung eines der Prinzipien der freiheitlichen demokratischen Grundordnung der Bundesrepublik (Art. 21 Abs. II GG) nennt 32).

Was das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung bedeutet, ergibt sich zunächst einmal aus dem Wort selbst: Die Verwaltung ist an das Gesetz gebunden. So sagt es auch das Grundgesetz in Art. 20 Abs. III: "... die vollziehende Gewalt und... sind an Gesetz und Recht gebunden" 33).

Daß die Verwaltung an das Gesetz gebunden sein muß, ergibt sich aus der Idee der Teilung der Gewalten und, als Folge dessen, aus dem sog. konstitutionellen Gesetz, also dem durch das Volk oder unter seiner Mitwirkung geschaffenen Gesetz. Indem man die allumfassende Staatsgewalt in verschiedenen Teilgewalten aufsplitterte und diese verschiedenen Trägern zuwies mit der Forderung, daß sie einander zu überwachen hätten, und indem man die gesetzgebende Gewalt des Volke überantwortete, die vollziehende aber dem bisherigen Träger der Gesamtgewalt beließ, war über die Bindung der vollziehenden Gewalt entschieden. Die allgemeinen Regelungen, die die Legislative nunmehr erließ, mußte die Exekutive berücksichtigen, wenn die Gewaltenteilung nicht ohne Bedeutung bleiben sollte. Nur so konnte ferner die Überwachung der einen Gewalt

31) Abgedruckt Bd. 2/1 ff.

32) Bd. 2/13.

33) Über die Bedeutung der Formulierung: "Gesetz und Recht" siehe unten § 17.

durch die andere, die MONTESQUIEU als Sinn und Zweck der Trennung der Gewalten vorgeschwebt hatte ³⁴⁾, bewerkstelligt werden.

Die Gesetzbindung der Verwaltung ist somit das notwendige Ergebnis der Gewaltentrennung.

Mit der schon aus dem Wort selbst folgenden Erklärung der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung als der Bindung der Verwaltung an das Gesetz ist jedoch der hierunter in Deutschland allgemein verstandene Fragenkreis noch nicht voll erfaßt. Man kommt diesem Fragenkreis näher, wenn man einmal die Frage nach dem Wie der Bindung stellt. Hier lassen sich, abhängig von der Art des Gesetzes, beliebig viele Abstufungen der Intensität der Bindung vorstellen. Das ist aber hier nicht gemeint. Stellt man sich den Gesetzgeber und den Inhaber der Exekutive als zwei grundsätzlich voneinander unabhängige Subjekte dar, von denen das eine, die Exekutive, die Äußerungen des anderen zu beachten hat, so lassen sich theoretisch zwei Möglichkeiten für die Verbindlichmachung der Äußerungen der Legislative für die Exekutive denken, je nachdem, ob man der Exekutive grundsätzlich eine in der bloßen Tatsache ihrer Existenz sich gründende eigene Handlungsfähigkeit zubilligt oder nicht:

- Die Willensäußerungen der Legislative binden die Exekutive dergestalt, daß die letztere nicht gegen sie verstoßen darf; die Exekutive hat jedoch außerhalb des Rahmens der Äußerungen der Legislative, der "Gesetze", alle Befugnisse einer allumfassenden Staatsgewalt. Das Gesetz ist lediglich Schranke für die Exekutive, *Nihil contra, sed omnia praeter legem.*
- Das Gesetz ist nicht nur Schranke für die Exekutive, sondern schlechthin Grundlage, Erlaubnisausspruch für die Entfaltung der Staatsgewalt. Der gesetzesfreie Raum hat den Charakter eines absichtlich freigelassenen, ausdrücklich für die Staatsgewalt für tabu erklärten Raumes. *Nihil praeter, sed omnia secundum legem.*

³⁴⁾ MONTESQUIEU, De l'esprit des lois, livre XI, chapitre IV (S. 162 f.): "il faut que ... le pouvoir arrête le pouvoir".

Der Unterschied zwischen diesen beiden Auffassungen ist beträchtlich. Dennoch beruhen beide auf einer verbindlichen Anerkennung des Gesetzes durch die Verwaltung.

§ 15 Die geltende Art der Bindung.

Die beiden Möglichkeiten einer Gesetzbindung der Verwaltung wurden als Hypothesen entwickelt. Wie steht es nun mit der Wirklichkeit? Die Auffassung, daß das Gesetz nur Schranke für die Verwaltung sei, ist in der Tat in der ersten Zeit nach der Entstehung des gewaltenteilenden Staates in Deutschland uneingeschränkt vertreten worden. Anders, als etwa in Frankreich, wo durch die Revolution der Aufklärung die bisherige Staatsgewalt beseitigt wurde, blieb in den deutschen Staaten des 19. Jahrhunderts die bisherige Staatsgewalt des Fürsten bestehen; ihr trat nur die Volksvertretung ein - schränkend zur Seite. So konnte zunächst die Ansicht Geltung erlangen, daß die Staatsgewalt schlechthin frei sei, soweit sie durch Gesetze nicht eingeschränkt sei. ³⁵⁾ Doch setzte sich insbesondere im Verlaufe der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts in Literatur und Rechtsprechung mehr und mehr die andere, als theoretische Möglichkeit bereits erkannte Auffassung durch, allerdings nur für einen bestimmten Bereich der Verwaltungstätigkeit ³⁶⁾. Danach ist also das Gesetz nicht Schranke, sondern Ermächtigung für die Staatsgewalt, die damit ohne Gesetz keine Befugnisse zum Handeln hat. Dieser Satz ist heute - mit der erwähnten inhaltlichen Beschränkung - unumstritten anerkannt ³⁷⁾.

³⁵⁾ Diese Ansicht wurde bis ins 20. Jahrh. vertreten, zuletzt noch von Georg MEYER unter ausdrücklicher Berufung auf die geschichtliche Entwicklung (Lehrbuch des Deutschen Verw. Rechts 3. Aufl. (1910) S. 85 f., Lehrb. des Deutschen Staatsrechts 6. Aufl. (1905) S. 649 f., und von v. SARTZ (Allgem. Verwaltungsrecht (MARQUARDSEN'S Handbuch) S. 36 f. Ähnlich auch FRIEDRICHS, Polizeigesetz (1911) S. 236 ff. In der Rechtsprechung vertrat der Württ. VGH noch um 1910 die ältere Ansicht, wie BÜHLER S. 114 berichtet.

³⁶⁾ nämlich für das Gebiet des Verwaltungseingriffs; darüber näher unten § 16.

³⁷⁾ PETERS, Grenzen, S. 225 ff, bestreitet 1926 die Geltung des Satzes in der Praxis. Anders PETERS Lehrbuch S. 71.

Über die Frage, wie im einzelnen und wann dieser Wandel in den Auffassungen sich in der historischen Entwicklung vollzogen hat, und wie die neue Auffassung rechtlich zu begründen ist, herrscht keine Einigkeit 38). Der Vollständigkeit halber sollen die hierfür gegebenen verschiedenen Begründungen im Rahmen eines Exkurses kurz angeführt werden.

- Eine Ansicht beruft sich schlechthin auf den Verfassungsstaat bzw. auf die von diesem gebrachten Neuerungen, nämlich Gewaltenteilung und konstitutionelles Gesetz 39). Zum Teil wird das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung als das Essentielle des Rechtsstaats bezeichnet 40).
- BÜHLER in seiner Untersuchung der Entstehung des Prinzips der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung hat dargelegt, daß bis 1914 das Prinzip in allen deutschen Staaten - bis auf Württemberg - kraft eines besonderen Gewohnheitsrechts anerkannt worden sei 41). Dies Gewohnheitsrecht habe sich gebildet, nachdem als erste das Preußische Oberverwaltungsgericht in ständiger Rechtsprechung seit 1876 42) und LABAND (1878) und LEUTHOLD (1878) in der Wissenschaft das Prinzip einfach als geltendes Recht aufgefaßt hätten.

38) Über die Frage des Wann herrscht Streit zwischen JELLINEK und BÜHLER, ersterer ArchÖffR 32/587 ff, letzterer in Subjektive öffentl. Rechte S.71 ff. Otto MEYER in ArchÖffR 17/465 ff nimmt m.E. richtiger ein allmähliges Ineinander-Übergehen an.

39) So FLEINER 8. Aufl. S.130 ff; ANSCHÜTZ 7. Aufl. S.761; JELLINEK 3. Aufl. S.122; HATSCHER-KURTZIG 7. u. 8. Aufl. S.7.

40) So vor allem LABAND Bd. II 5. Aufl. S.186; ferner ROSIN 2. Aufl. S.18; HERRNRIIT S.28.

41) Die subjektiven öffentlichen Rechte S.61 ff, besonders S.152 ff.

42) Preuß. OVG Bd. 1/337; Berufung auf § 10 II 17 ALR.

• THOMA 43) hat kraft eines logischen Denkschlusses die ältere Lehre als falsch überführt und das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung im heutigen Sinne für nicht ersachtet: Wenn im Staat schon allgemeine Regeln nur von der Volksvertretung oder doch unter ihrer maßgeblichen Mitwirkung geschaffen werden könnten, so sei der Staat zu Einzelregelungen, also Individualakten, von sich aus ers recht nicht oder nur kraft der obigen allgemeinen Regeln, also der Gesetze, befugt (argumentum a potiori).

• Nach Ansicht anderer hat sich das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung aus den Grundrechten entwickelt, oder besser aus der Tatsache, daß laut den die Grundrechte aufzählenden Verfassungen Eingriffe in den durch die Grundrechte geschützten Raum nur kraft eines konstitutionellen Gesetzes geschehen durften. Da die Grundrechte praktisch die gesamte Rechtssphäre des Einzelnen schützten, war somit für Einzelmaßnahmen des Staates gegen den Bürger praeter legem kein Raum mehr 44).

43) Der Polizeibefehl S.98 ff, besonders S.102.

44) So besonders deutlich NAWIASKY, Bayer. Verf. Recht S.304 ff; ferner Georg JELLINEK System 2. Aufl., S. 103 ff; SCHADE ArchÖff-R 25/298; Otto MAYER I 1. Aufl. S.75, 3. Aufl. S 97; ANDERSEN S.297.

Da die Grundrechte selbst in Gesetzesform Niederschlag gefunden hatten und sämtlich kraft Gesetzes beschränkt werden konnten, sah man sie neben dem Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung als leerlaufend an. So NAWIASKY S. 386 f; THOMA Festgabe S. 194 ff; ANSCHÜTZ Weimarer Verfassung 14. Aufl. S.517 f, S.543 ff; Carl SCHMITT im Handbuch S. 585.

Über den Bedeutungswandel der Grundrechte für den heutigen Staat vergl. NAWIASKY - LEUSSER S. 58 f, S. 176 f; NAWIASKY Grundgedanken S. 18 ff; THOMA in Recht Staat Wirtschaft III S. 10; JELLINEK in DRZ 1946/4 f.

§ 16 Beschränkung des Prinzips auf eingreifende Verwaltungsakte.

Mit der Erklärung des Prinzips der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung als der Handlungspotenz der Verwaltung nur aufgrund eines Gesetzes befindet man sich, wie schon angedeutet, noch nicht in voller Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre. Nach dieser erfährt der Satz von der Abhängigkeit der Verwaltung von einer gesetzlichen Ermächtigung wiederum eine inhaltliche Einschränkung: Nur die Handlungen, die Eingriffe der Verwaltung in die Rechts- und Freiheitssphäre des Individuums darstellen, also "die Begründung abstrakter oder konkreter Verpflichtungen durch Forderung eines Tuns, Duldens oder Unterlassens einschließlich der Entziehung oder Beschränkung von Rechten" 45) bedürfen der gesetzlichen Ermächtigung. Diese Beschränkung der Bindung der Verwaltung an das Gesetz als eine Handlungsermächtigung auf Eingriffe findet sich in nahezu allen Darstellungen unseres Verwaltungsrechts 46).

45) So WOLFF Lehrbuch § 30 IIIa.

46) So besonders deutlich WOLFF Lehrb. § 30 III; Vorlesung S. 73; EwvRO Art. 64 Abs. I und S. 221; ANDERSEN S. 302; JELLINEK 3. Aufl. S. 122; Otto MAYER I 1. Aufl. S. 74 f und S. 97, 3. Aufl. S. 70 und S. 97; HATSCHKE-KURTZIG 7. und 8. Aufl. S. 7; FORSTHOFF 5. Aufl. S. 11, S. 28, S. 106; PRIESENHAIN in Recht Staat Wirtschaft II S. 248 ff; LAPORET S. 225; v. KÖHLER S. 44 und S. 161; BENDER 2. Aufl. S. 27; ULE in Recht Staat Wirtschaft III S. 270; ferner ANSCHÜTZ 7. Aufl. S. 29 und S. 760 f; HELPRITZ S. 19 f; v. TUREGG 2. Aufl. S. 16; PETERS S. 71 und S. 155; NEHINGER 2. Aufl. S. 164; THOMA Polizeibefehl S. 103; LABAND II 5. Aufl. S. 186; SCHADE ArchöfFR 25/296; HUBRICH Verwaltungsarchiv 16/546; Georg JELLINEK System 2. Aufl. S. 103 ff; WINTRICH in Festschrift für LAPORET S. 242 f; Bayer. VGH in Verwaltungsrechtsprechung 4/129.

Auf dem Gedanken der Gesetzbindung nur des eingreif. Verw.-Handelns beruht auch die gesetzliche Regelung des § 40 Abs. I Pr. PVG; danach sind polizeiliche Verfügungen nur die eingreifenden Verfügungen.

Für alle Übrigen, also die nicht eingreifenden Verwaltungsakte gilt, daß sie nicht mit einem Gesetz in Widerspruch stehen dürfen; im Übrigen wirkt hier die Verwaltung aus eigener Kraft. Insofern gilt also noch die ältere, im übrigen überwundene Lehre vom Gesetz, das lediglich Schranken, aber nicht Grundlage für die Verwaltung ist 47).

Nur eine kleine Minderheit vertritt in der Deutschen Verwaltungsrechtslehre die These, daß alle - also nicht nur die eingreifenden Verwaltungsakte - einer gesetzlichen Grundlage bedürfen 48).

Etwas anderes gilt für das Ausland, vor allem für Frankreich. Hier ist es herrschende Lehre, daß alles Verwaltungshandeln nur aufgrund einer gesetzlichen Ermächtigung stattfinden könne 49). Auch die österreichische Lehre - unter Führung von Kelsen - verlangt einstimmig eine gesetzliche Grundlage für alle Verwaltungsakte 50); Ähnliches gilt für die Schweiz 51).

47) Dies sagen von den in Anmerkung 46 zitierten Autoren ausdrücklich: WOLFF Lehrb. § 30 IIIa, o. Vorlesung S. 72; Otto MAYER I 3. Aufl. S. 97; ANDERSEN S. 302; LAPORET S. 225; v. KÖHLER S. 161.

48) Das sind: STIER-SOMLO, die Einwirkung des Bürgerlichen Rechts auf das preuß. und deutsche Verwaltungsrecht, 1900, S. 130 ff, hier zitiert nach BÜHLER S. 67; NAWIASKY, Bayer. Verfassungsrecht S. 384 ff; GIESSE Abg. Verwaltungsrecht 3. Aufl. S. 11 f; PILOTY-SCHNEIDER 4. u. 5. Aufl. S. 21; HAMANN in NJW 1957/294; Bedenken machen geltend: IPSEN in DVBl. 56/465 und KRÜGER in DVBl. 55/451.

49) Wie ANDERSEN S. 303 ff berichtet.

50) So Kelsen, Hauptprobleme S. 438 und 465; ADAMOVICH 4. Aufl. S. 11 f; ANTONIOLLI S. 103; MERKL S. 167 ff; PFEIFER S. 97 ff.

51) Vergl. WACKERNAGEL S. 243 ff; BURCKHARDT, die Lücken insbesondere S. 27; IMBODEN, das Gesetz S. 18 ff.

Es liegt nahe, die Begründung für die Tatsache, daß im Deutschen Verwaltungsrecht die strenge Gesetzmäßigkeit nur für das eingreifende Verwaltungshandeln gilt, in der geschichtlichen Entwicklung zu suchen. Da es für unser Problem, die Zulässigkeit der Unterwerfung, von Belang ist, die Begründung für diese Erscheinung zu wissen, soll im folgenden näher darauf eingegangen werden. Es erscheint angebracht, zu diesem Zwecke davon auszugehen, wie Otto MAYER die Dinge darstellt und versteht:

Otto MAYER legt dem verfassungsmäßigen Gesetz drei Eigenschaften oder Fähigkeiten zu:

- * Die Fähigkeit, in Rechtssätzen zu sprechen (sog. rechtssatzschaffende Kraft),
- * die Fähigkeit, jede andere staatliche Willensäußerung zu brechen (sog. Vorrang des Gesetzes),
- * die Fähigkeit, auf einem nur dem Gesetz vorbehaltenen Gebiet zu wirken (sog. Vorbehalt des Gesetzes) 52).

Auf den Vorbehalt des Gesetzes kommt es hier an. Damit wird ein menschlicher Lebensbereich bezeichnet, auf dem jede andere Äußerung der Staatsgewalt außer dem Gesetz machtlos ist. Die Frage nach Art und Umfang dieses Lebensbereichs beantwortet Otto MAYER mit den Grund- oder Freiheitsrechten, die Bestandteil fast jeder Verfassung sind oder waren. Der durch die Grundrechte umfaßte, d.h. geschützte Lebensbereich war für jede Staatstätigkeit, das Gesetz ausgenommen, verschlossen. Der Grund für diese Ausnahmestellung des Gesetzes liegt darin, daß es ja im Verfassungsstaat von der Volksvertretung oder unter deren maßgeblicher Mitwirkung beschlossen worden ist, und daß dieser Umstand "dafür gut stehe, daß es nicht so schlimm werde" 53).

Auf dem durch die Grundrechte umfaßten Lebensbereich, also auf dem Gebiet der persönlichen Rechts- und Freiheitsphäre des Einzelnen, kann also nur das Gesetz wirken, die Verwaltung dagegen nur dort, wo das Gesetz es erlaubt.

52) Vergl. Otto MAYER I 3. Aufl. S. 66 ff, S. 97 f.

53) "Das ist ihr Pakt mit der Masse": Otto MAYER I 3. Aufl. S. 70.

Hieraus zeichnet sich ab, daß es für die Entwicklung unseres geltenden Prinzips der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung neben dem konstitutionellen Gesetz vor allem auf eine besondere Auffassung vom Wesen der Grundrechte ankommt. Anfangs bei ihrem Entstehen in Frankreich und den nordamerikanischen Staaten als Beschränkung jeder Staatsgewalt, auch der Gesetzgebung, gedacht, entwickelte sich in Deutschland ihre Geltungskraft durch die Übernahme in die Verfassungen der deutschen Einzelstaaten von Anfang an nur in einer beschränkten Weise. Das konstitutionelle, vom Volk beschlossene Gesetz konnte in die durch die Freiheitsrechte geschützten Bezirke eingreifen. Für die Macht des Monarchen jedoch, d.h. für die Exekutive, bildeten sie eine strikte Grenze; gegen diese Gewalt waren die Grundrechte im ureigentlichen Sinn nur gerichtet 54). Die Idee, daß die Grundrechte auch Schranke für die Gesetzgebung seien, ist in Deutschland erst kürzlich lebendig geworden. Für den konstitutionellen Staat des 19. Jahrhunderts bedeuteten die Grundrechte nur Schranken für die Verwaltung 55). Das gleiche gilt für die Weimarer Republik 56).

Betrachtet man diese historischen Gegebenheiten von der Seite der Verwaltung her und stellt dabei die Frage danach, wozu diese fähig ist, so ergibt sich:

- * Die Verwaltung ist als eine originäre Gewalt allmächtig.
- * Sie ist beschränkt durch die Emanationen der Legislative, indem sie diese respektieren muß, also nicht gegen sie verstoßen darf.

54) So besonders deutlich Otto MAYER in ArchöfFR 18/107.

55) Otto MAYER I 3. Aufl. S. 71 bezeichnet ein auch die Legislative - unter dem Vorbehalt der Verfassungsänderung - beschränkendes Grundrecht als die Ausnahmeart. 10 der Preuß. Verfassungsurkunde von 1850: "Der bürgerliche Tod und die Strafe der Vermögensentziehung finden nicht statt."

56) Vergl. hierzu die Zitate in Anm. 44 (S. 39).

* Auf dem durch die Grundrechte abgezielten Lebensbereich, der Rechts- und Freiheitssphäre des Einzelnen, ist die Verwaltung von sich aus machtlos. Eingriffe in diesen Bereich darf die Verwaltung nur aufgrund einer materiellgesetzlichen Ermächtigung tätigen.

Aus diesen drei Sätzen läßt sich das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung im positiven Sinne zusammenfassen:

Für Eingriffe in die Rechts- und Freiheitssphäre der natürlichen oder juristischen Personen bedürfen die Verwaltungsbehörden einer materiell-gesetzlichen Ermächtigung.

In dieser Form hat sich das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung gehalten, in der es auch heute noch gilt, mögen auch die tatsächlichen Voraussetzungen, unter denen es entstanden ist, sich geändert haben. Hinzuzufügen ist, daß auch auf dem Gebiet des Nichteingriffs, auf dem die Verwaltung grundsätzlich frei ist und auf dem das Gesetz nur eine Schranke für die Verwaltung bedeutet, allgemeine Verbote und Gebote bestehen, die die Verwaltung zu beachten hat. Es sind dies u.a. das Verbot der Widerzwecklichkeit, das Gebot der Beachtung der allgemeinen und besonderen Rechtsgrundsätze, das Gebot zur Wahrung der verfassungsgestaltenden Grundentscheidungen und das Gebot, den Haushaltsplan einzuhalten 57). - Auf diese Weise ist auch die nichteingreifende Verwaltung weitgehend gebunden.

Darüber hinaus haben bis ins einzelne gehende gesetzliche Kodifizierungen öffentlichrechtlicher Materien für das Gebiet des Nichteingriffs eine gewisse Änderung des Prinzips der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung de facto bewirkt: Angesichts einer subtilen gesetzlichen Regelung hat die Unterscheidung danach, ob die Verwaltung nur aufgrund eines Gesetzes handeln darf, oder ob sie grundsätzlich frei ist und lediglich nicht gegen ein Gesetz verstoßen darf, an Bedeutung für die Praxis verloren. Hier wie dort gibt es nur noch ein Verwaltungshandeln gemäß dem Gesetze. Damit hört die Verwaltung zugleich auf, eine originäre Gewalt zu sein 58).

57) In Anlehnung an WOLFF Lehrb. § 30 Iib.

58) So WOLFF Lehrb. § 30 Iio.

§ 17 Das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und das Grundgesetz.

Wie schon erwähnt, hat das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung auch im Grundgesetz Ausdruck gefunden 59), nämlich in Art. 20 Abs. III GG:

"Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden."

Daß Artikel 20 Abs. III GG das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung beinhaltet, wird, soweit ersichtlich, nur von GREWE 60) ausdrücklich gesagt. Das ist aber selbstverständlich, weil die Formulierung dieser Vorschrift keinen anderen Schluß zuläßt. Zweifel können nur insofern aufkommen, als das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung ja mit der Tatsache der Bindung der Verwaltung an das Gesetz nicht voll erfüllt ist. Es bedeutet, wie erwähnt, eine ganz bestimmte Art der Bindung. Wollte das Grundgesetz diese inhaltlichen Modalitäten unseres Gesetzmäßigkeitsprinzips mit Artikel 20 Abs. III beseitigen und in unwälbender Weise etwa eine strenge Bindung der Verwaltung an das Gesetz einführen? Die Frage ist zu verneinen. Artikel 20 Abs. III GG ist so auszulegen, daß sein Wortlaut den Grad der Bindung offenläßt. Andere Schlüsse sind bis jetzt auch noch nicht aus Artikel 20 Abs. III gezogen worden.

Bestehen bleibt also nur die andere Möglichkeit, die Worte "Bindung der vollziehenden Gewalt an das Gesetz" im Sinne der oben dargelegten herrschenden Lehre vom Prinzip der Ge-

59) Siehe oben § 14 am Anfang.

60) In DRZ 49/395.

setzmäßigkeit der Verwaltung auszulegen. Diese Auslegung scheint auch dem Sinn der Vorschrift gerecht zu werden: Das Grundgesetz will das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung durch die Kodifizierung in Artikel 20 Abs. III verfassungskräftig machen 61), will aber die inhaltliche Ausgestaltung des Prinzips im einzelnen dem jeweiligen Stande der verwaltungsrechtlichen Wissenschaft und Praxis überlassen.

Die zweite durch Artikel 20 Abs. III aufgeworfene Frage ist die, wie die Worte: "Bindung der vollziehenden Gewalt an Gesetz und Recht" zu verstehen sind.

Bisher war nur die Rede von dem Verhältnis der Verwaltung zum Gesetz, nicht aber vom Verhältnis der Verwaltung zum Recht. Was ist hierzu zu sagen? Soviel erhellt jedenfalls aus der Tatsache der Gegenüberstellung in Artikel 20 Abs. III GG, daß das Grundgesetz die Möglichkeit einer Diskrepanz von Gesetz und Recht in Rechnung stellt. Daraus folgt aber auch, daß die Gegenüberstellung von Gesetz und Recht ihren Ursprung hat in einer besonderen geschichtlichen Erfahrung des Inhalts, daß alles, was gesetzlich normiert ist, nicht zugleich auch Recht zu sein braucht. Die geschichtlichen Beispiele liegen nicht weit zurück; zu denken ist zunächst an die Zeit von 1933 bis 1945; dann aber auch an die Zeit der Geltung der Weimarer Verfassung. Die Erfahrung aus dieser Zeit lautet, daß auch ein auf einem parlamentarischen Mehrheitsbeschluß beruhendes Gesetz nicht stets auch "Recht" zu sein braucht. Mit der Formulierung "Gesetz" zielt also der Grundgesetzgeber auf die Art des Zustandekommens, mit "Recht" aber auf den Inhalt einer allgemeinverbindlichen Regel ab.

61) Art. 20 GG ist sogar absolut verfassungskräftig: Nach Art. 79 GG ist Art. 20 GG vor jeder Verfassungsänderung geschützt.

Ist damit Sinn und Zweck der Formulierung "Gesetz und Recht" erkannt, so erwachsen aus ihr doch erhebliche Schwierigkeiten für die Praxis; denn das Grundgesetz bindet die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung an Gesetz und Recht. Welche praktischen Folgerungen ergeben sich daraus im Einzelfall für den Rechtsanwender, den Richter oder Verwaltungsbeamten? Insbesondere ist zu fragen, welchem von beiden, dem Gesetz oder dem Recht, der Rechtsanwender im Kollisionsfalle den Vorrang gewähren soll. Verlangt das Grundgesetz "Recht - vor - Gesetz - Denken" oder "Gesetz - vor - Recht - Denken" 62) von den Staatsbeamten? Davon abgesehen: Fordert man in einem praktischen Einzelfall wirklich die Beachtung des "Rechts" durch den Rechtsanwender, so erhebt sich die weitere Frage wie man den Begriff "Recht" inhaltlich erfassen soll.

Die erste Frage läßt sich relativ einfach dahin beantworten, daß der Rechtsanwender stets zunächst und in erster Linie das Gesetz, d.h. das in Rechtssätzen fixierte Recht, heranziehen und beachten soll. Das kann man schon aus der Voranstellung des Wortes "Gesetz" vor "Recht" in Art. 20 Abs. III GG schließen, erbigt sich aber im Übrigen aus der Tatsache, daß unsere Rechtsordnung den Weg der Einzelnormierungen beschritten hat, die primär Beachtung erheischer. Trotzdem bleibt die Möglichkeit bestehen, daß eine Rechtsfrage sich aus dem genormten Recht nicht beantworten läßt, sei es, daß eine echte Lücke "im Gesetz" besteht, sei es, daß die Antwort des Gesetzes den besonderen Umständen des vorliegenden Einzelfalles nicht gerecht wird 63) oder schlichthin unbillig erscheint. In diesem Falle nur hat der Rechtsanwender auf das "Recht" zurückzugreifen.

62) So JARREISS (in Recht Staat Wirtschaft II 5, 203 ff. (S. 210) und NJW 50/3 ff), der den Rechtsanwender durch Art. 20 III GG für Überfordern hält.

63) weil es sie nicht vorausbedacht hat oder garnicht vorausbedenken konnte.

Die zweite Frage nach dem Inhalt des Begriffs "Recht", die nunmehr praktisch wird, wird von Vertretern einer Ansicht mit dem Hinweis auf die höherrangigen Normen des Grundgesetzes selbst beantwortet⁶⁴). Diese Meinung will also dadurch einer uferlos weiten Auslegung des Begriffs "Recht" Schranken setzen, daß es "Recht" mit "Grundgesetzrecht" gleichsetzt. Sie verweist hierbei auf die Prüfungsmaßstäbe, die das Grundgesetz in den Grundrechten und in Formulierungen wie "freiheitlich-demokratische Grundordnung" (Artikel 21 Abs. II GG) für eine Rechtsnorm niederen Rangs aufstellt. Sinn und Zweck des Art. 20 Abs. III Grundgesetz sieht diese Ansicht also darin, den Rechtsanwender zu mahnen, stets sein Augenmerk auch auf die Vereinbarkeit der jeweils angewandten Norm mit dem Grundgesetz zu richten.

Diese Ansicht kann jedoch nicht uneingeschränkt Zustimmung verdienen. Zur Erfassung des Begriffs "Recht" erscheint die Gleichsetzung mit "Grundgesetzrecht" zu eng. Man denke an den Fall, daß eine echte Gesetzeslücke vorliegt. Hier fehlt es überhaupt an einem Objekt, das man auf seine Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz prüfen könnte. Auch bei einer Interessenlage, bei der die vorhandene gesetzliche Regelung zu offensichtlich unbilligen Ergebnissen führt, genügt nicht der Hinweis auf das Grundgesetz, gerade weil es eher Prüfungsmaßstäbe als Auslegungsregeln enthält.

64) IPSEN in DV 49/486 ff; WERNICKE im Bonner Kommentar Ann. 5 e zu Art. 20 GG; auch SCHRADER in Recht Staat Wirtschaft III S. 84 f.

Zu einer inhaltlichen Erfassung des Begriffs Recht könnte Ausgangspunkt der schon anfangs erwähnte Gedanke sein, daß der Grundgesetzgeber mit Art. 20 Abs. III Grundgesetz (ebenso wie mit Art. 1 Abs. III Grundgesetz) den Inhalt einer Norm als gleichbedeutend neben die Art ihres Zustandekommens stellen will. Darin liegt das Prinzip einer nicht nur formellen, sondern auch materiellen Rechtmäßigkeit aller Staatstätigkeit⁶⁵). - Durch die Gegenüberstellung von "Gesetz" und "Recht" weist der Begriff "Recht" auf den materiellen Gehalt der Rechtsordnung hin. Jeder echten "Rechts" - Ordnung liegt aber, wie WOLFF nachgewiesen hat⁶⁶), die Gerechtigkeit als Prinzip zugrunde. - Für unser Problem ist damit soviel gewonnen, als der Weg für die inhaltliche Erfassung des Begriffs "Recht" gewiesen ist: Sein Inhalt muß eine Beziehung zum Gerechtigkeitsprinzip haben. Diesem Erfordernis genügt es aber, wenn man unter den Begriff "Recht" in Art. 20 Abs. III Grundgesetz die Rechtsgrundsätze als die unmittelbaren Ableitungen aus dem Gerechtigkeitsprinzip faßt. Hierher gehören vor allem die allgemeinen Rechtsgrundsätze, also z.B. der Grundsatz der Achtung der Menschenwürde, der der rechtlichen Gleichheit der Menschen, der Grundsatz von Treu und Glauben, der Grundsatz der Rechtssicherheit und das Verbot des Handelns gegen die guten Sitten⁶⁷). - Durch die Heranziehung dieser Rechtsgrundsätze wird also der Begriff "Recht" in Art. 20 Abs. III Grundgesetz zwanglos ausgefüllt. Der oben festgestellten Pflicht des Rechtsanwenders, auf das "Recht" nur hilfsweise zurückzugreifen, entspricht die subsidiäre

65) So WOLFF Lehrbuch § 30 Ia.

66) WOLFF in Gedächtnisschrift S. 35 f.; in Festschrift für Wilhelm SAUER S. 103 - Über das Gerechtigkeitsprinzip näher unten § 23.

67) WOLFF Gedächtnisschrift S. 37 ff, Lehrbuch § 25 I.

Geltung der Rechtsgrundsätze 68), Erst bei Versagen des genormten Rechts sind die Rechtsgrundsätze heranzuziehen.

Zusammenfassend könnte man angesichts des Art. 20 Abs. III Grundgesetz und der Erfassung des Inhalts des Begriffs "Recht" durch die allgemeinen Rechtsgrundsätze vorschlagen, fortan von einem "Prinzip der Gesetz- und Rechtmäßigkeit der Verwaltung" zu sprechen 69), um der heute geltenden materiellen Rechtmäßigkeit aller Staatstätigkeit Ausdruck zu verleihen.

68) WOLFF Lehrbuch § 25 I d.

69) So PETERS in Festschrift für LAFORET S. 24.

Dritter Teil.

Die Zulässigkeit der Heilung durch Unterwerfung.

I. Kapitel: Überblick über den bisherigen Gang und Stand der Forschung.

Nach der Untersuchung der Frage, inwiefern ein Verwaltungsakt mit dem Gesetz übereinstimmen muß, ist nun die Frage zu stellen, ob ein nach Maßgabe des gewonnenen Ergebnisses mit dem Gesetz übereinstimmender Verwaltungsakt durch die Unterwerfung des Betroffenen als geheilt angesehen werden kann. Es ist dies die Frage nach der Ersetzbarkeit der fehlenden gesetzlichen Grundlage durch die Unterwerfung des Betroffenen. Die Frage ist im verwaltungsrechtlichen Schrifttum, seitdem sie einmal aufgetaucht war, zu verschiedenen Zeiten verschieden intensiv erörtert worden; dabei sind die Meinungen für und wider die grundsätzliche Zulässigkeit der Unterwerfung unter Verwendung der verschiedensten Argumente laut geworden. Unter denen, die die Unterwerfung bejahen, bestehen wiederum Meinungsverschiedenheiten über die Einschränkungen, unter denen die Unterwerfung als rechtswirksam nur zuzulassen ist.

Es soll daher begonnen werden mit der Darstellung der Lehre zu dem Problem, und zwar zuerst mit den zustimmenden, dann mit den verneinenden Stimmen.

§ 18 Die Begründer und Vertreter der Lehre.

Soweit ersichtlich, ist Otto MAYER der Begründer der hier behandelten Lehre. Er hat in seinem Aufsatz: "Zur Lehre vom Öffentlich-rechtlichen Verträge" (1888) 1) und in der ersten Auflage seines "Deutschen Verwaltungsrechts" (1895)

1) ArchöfFR 3/37 ff.

die Lehre von der Ersetzung der gesetzlichen Grundlage durch die Unterwerfung des Betroffenen entwickelt²⁾. Nach Verwerfung des zunächst von Otto MAYER auch nur mit Bedenken³⁾ verwendeten Begriffs "öffentlichrechtlicher Vertrag" prägte er für seine Lehre den Begriff des "Verwaltungsakts auf Unterwerfung". Der Gedankengang Otto MAYERS war dabei, etwa folgender:

Otto MAYER hatte unter dem Begriff des "Vorbehalts des Gesetzes" die Verwaltung auf einem gewissen Gebiete, nämlich dem durch die Grund- oder Freiheitsrechte umschriebenen, für an eine gesetzliche Ermächtigung gebunden erklärt⁴⁾. In dem Falle, daß eine gesetzliche Regelung in dieser Materie sich nicht fand, war Otto MAYER zu keinem Eingeständnis bereit: Der Verwaltung waren dann die Hände gebunden⁵⁾. Wie sollte aber dann rechtlich die Begründung des Beamtenverhältnisses erklärt werden, zu einer Zeit, als es noch kein Beamtengesetz gab? Da es für Otto MAYER klar war, daß das Beamtenverhältnis durch einen Verwaltungsakt der ernennenden Behörde und nicht etwa durch einen echten Vertrag - echte Verträge auf dem Gebiet des öffentlichen

2) Allerdings findet sich ebenfalls schon 1895 in der 3. Aufl. von LABANDS Staatsrecht Bd. I S. 662 folgender Satz: "Der Mangel des Rechtsgrundes ... macht die Verfügung unwirksam und unverbindlich, ... Unterwirft sich der von der Verfügung Betroffene nicht freiwillig, was ihm im allgemeinen unbenommen ist (sofern nämlich die Verfügung nicht eine rechtlich verbotene Handlung fordert oder eine gesetzliche vorgeschriebene Handlung untersagt), so ..."
Ähnliche Gedanken auch bei Georg JELLINEK System 2. Aufl. (1. Aufl. 1892) S. 331 und S. 210 ff.

3) Archöffr 3/44; Deutsches Verwaltungsrecht I 1. Aufl. S. 137 Anm. 3.

4) Siehe oben § 16.

5) So besonders deutlich Bd. I 1. Aufl. S. 75 Anm. 10.

Rechts, dem Gebiet der Über- und Unterordnung, lehnt Otto MAYER rigoros ab⁶⁾ - begründet würde, und da dieser Verwaltungsakt eindeutig als ein pflichtenschaaffender anzusehen war, konstruierte er so:

Weil die Beamtenernennung auch damals zur Zeit des Nichtvorhandenseins eines Beamtengesetzes nur auf Antrag erfolgte, liegt in diesem Antrag die Einwilligung des Betroffenen zu dem Pflichten schaffenden, in seine Rechtssphäre eingreifenden Verwaltungsakt. Der Betroffene unterwirft sich dem ihn treffenden Verwaltungsakt. Da der Vorbehalt des Gesetzes, die Erforderlichkeit des Gesetzes von der Verfassung zugunsten des Einzelnen aufgestellt i kann der Einzelne über ihn verfügen und ihn im Einzelfall von sich aus wegräumen. Die Einwilligung, die Otto MAYER angesichts des die Staatsgewalt ausstrahlenden Verwaltungsakts "Unterwerfung" nannte, tritt im Einzelfall an die Stelle des sonst erforderlichen Gesetzes: So wird der Verwaltungsakt, wie Otto MAYER es sieht, als Verwaltungsakt auf Unterwerfung "frei", d.h. ohne Gesetzesgrundlage gal tig⁷⁾. - Diese von Otto MAYER in erster Linie zum Zweck der Konstruktion eines rechtmäßig fundierten Beamtenernennungsaktes entwickelte Lehre - er selbst nennt stets als Hauptbeispiel des Verwaltungsakts auf Unterwerfung die Beamtenernennung - wurde sodann von ihm auf alle eingreifenden Verwaltungsakte, die einer gesetzlichen Grundlage entbehren, ausgedehnt. So beruft er sich auch bei der Verleihung⁸⁾ und bei der von ihm so genannten Übernommenen Vorzugslast⁹⁾ auf die Lehre vom Verwaltungsakt auf Unterwerfung.

Nach Otto MAYER war es FLEINER, der die dem Verwaltungsakt auf Unterwerfung zugrunde liegenden Fragen näher behandelte und die Zulässigkeit der Unterwerfung, wenn auch in modi

6) Vergl. Archöffr 3/42; Ausnahme: die Verträge zwischen Hoheitsträgern unter sich; Bd. I 1. Aufl. S. 137 Anm. 3.

7) Archöffr 3/38 f; Deutsches Verwaltungsrecht Bd. I 1. Aufl. S. 98; Bd. II 3. Aufl. S. 148 f.

8) Bd. II 3. Aufl. S. 255.

9) Bd. II 3. Aufl. S. 233 und 235.

zierter Weise und mit größeren Einschränkungen, als Otto MAYER behauptet hatte, bejaht hat. Nach FLEINER 10) kann "der Einzelne öffentliche Pflichten auch freiwillig übernehmen"; denn die Rechtsstaatsformel, daß Eingriffe in Freiheit und Eigentum der Bürger der gesetzlichen Grundlage bedürften, bestünde zum Schutze der Freiheit der Bürger. "Die Freiheit aber wäre verletzt, wenn dem Bürger unter allen Umständen versagt bliebe, über sie im Verkehr mit dem Staate nach eigenem Willen zu verfügen" 11). In diesen Punkte der Argumentation für die Zulässigkeit der Unterwerfung steht FLEINER auf derselben Linie wie Otto MAYER. FLEINER fügt ein weiteres Argument hinzu: Auch wo das Gesetz eine Unterwerfung nicht ausdrücklich zulasse, sei sie möglich, da für die Verwaltung - anders als für die Justiz - die Verwirklichung des Rechts nicht Selbstzweck, sondern nur Mittel zum Zweck sei. FLEINER scheidet jedoch einmal die Fälle aus, in denen der Einzelne außerhalb der Sphäre des öffentlichen Rechts freiwillig Pflichten übernimmt 12); sodann sind für FLEINER im Gegensatz zu Otto MAYER der Fall der Beamtenernennung und ihm verwandte Arten von Verwaltungsakten nicht mehr Hauptbeispiele des Verwaltungsakts auf Unterwerfung. Hier wird deutlich, daß in der Zwischenzeit, also seit der Entwicklung der Lehre vom Verwaltungsakt auf Unterwerfung durch Otto MAYER um 1890, die Gesetzgebung sich größerer verwaltungsrechtlicher Materien bemächtigt hatte, insbesondere auch des Beamtenrechts. Demzufolge ist für FLEINER die im Antrag des Beamtenanwärters liegende Zustimmung die "gesetzliche Voraussetzung eines vom Gesetz fest geordneten Rechtsverhältnisses" 13). Es soll jedoch schon hier erwähnt sein, daß FLEINER der praktischen Anwendung der Unterwerfung recht enge Grenzen setzt, engere jedenfalls als die Mehrzahl der übrigen Autoren. Darüber jedoch im einzelnen später. 14)

10) Vor allem Einzelrecht S. 26 ff; Institutionen 8. Aufl. S. 168 ff.

11) Institutionen 8. Aufl. S. 168 f.

12) S. 168 mit Beispielen.

13) S. 168.

14) Unten 4. Teil.

Die Lehre von der Ersetzbarkeit der gesetzlichen Grundlage durch die Unterwerfung wird weiterhin von HATSCHEK vertreten, und nahezu in demselben Sinne wie Otto MAYER. Die Behörde könne kraft des Verwaltungsakts auf Unterwerfung außerhalb der gesetzlichen Ermächtigung in Freiheit und Eigentum des Bürgers eingreifen, "also den Vorbehalt des Gesetzes mit Zustimmung des Betroffenen ignorieren" 15). Bezeichnend ist, daß HATSCHEK - ebenso wie Otto MAYER - die Ernennung zum Beamten, die Naturalisation und die Erteilung von Konzessionen und dergl. zu den Verwaltungsakten auf Unterwerfung zählt. Er räumt jedoch ein, daß der Begriff des "Verwaltungsakts auf Unterwerfung" von verschiedenen Autoren in verschiedenem Sinne gebraucht werde.

Walter JELLINEK war es, der eigentlich als letzterer - von der rein darstellenden Behandlung der Lehre durch den EWVRO abgesehen - sich der Lehre von der Ersetzbarkeit der gesetzlichen Grundlage durch die Unterwerfung des Betroffenen eingehender widmete 16). Er sieht den Kern des Problems in dem Satz "volenti non fit injuria" und kommt von hier aus zu einer jedenfalls nicht generellen Ablehnung der Lehre. JELLINEK gelangt nach Aufzählung einiger Beispiele, die die Verneinung der Zulässigkeit der Unterwerfung für diesen Fall nahelegen (z.B. die Einverständniserklärung eines Beamten mit der Kündigungsmöglichkeit seines Dienstverhältnisses zu jedem Quartalsersten), zu dem Ergebnis, es könne über die Frage nur unter Berücksichtigung des von Gesetz verfolgten Zweckes entschieden werden. Gewisse Gesetzesbeschränken für die Staatsgewalt zum Schutze des Einzelnen seien nämlich als absolute gedacht; über sie könne der Staat auch mit Zustimmung des Einzelnen nicht hinwegsteigen.

JELLINEK behandelt das Problem der Unterwerfung noch an anderer Stelle, aber unter einem anderen Gesichtspunkt und hier auch nur am Rande. Es ist dies im Zusammenhang mit seiner Lehre vom "zweiseitigen Verwaltungsakt" 17). Für JELLINEK ist Ausgangspunkt der auch schon bei FLEINER aufgetauchte Gedanke, daß bei Anerkennung der Lehre Otto MAYERS vom

15) HATSCHEK-KURTZIG 7. u. 8. Aufl. S. 9 f, S. 12.

16) JELLINEK 3. Aufl. S. 122 f und S. 199 f.

17) Zuerst in Festgabe S. 84 ff, dann Verwaltungsrecht 3. Aufl. S. 249 ff.

"Verwaltungsakt auf Unterwerfung" die von diesen hierfür genannten Hauptbeispiele Beamtenernennung, Einbürgerung und dergl. schlechte, nicht treffende Beispiele seien. Anders aber als FLEINER, der die eben erwähnten Beispielfälle aus der Kategorie der Verwaltungsakte auf Unterwerfung ausscheidet, weil bei ihnen die Unterwerfung nicht Gesetzesersatz, sondern gesetzliches Erfordernis sei, zählt JELLINEK das Pferd gewissermaßen am Schwanz auf, indem er auf die Folge der fehlenden Mitwirkung des Einzelnen am Zustandekommen des Verwaltungsakts abstellt.

Wo die fehlende Mitwirkung des Einzelnen den Verwaltungsakt nicht nichtig, sondern nur vernichtbar¹⁸⁾ mache, liege ein Verwaltungsakt auf Unterwerfung vor; denn nach Otto MAYER mache die fehlende Unterwerfung den Verwaltungsakt auf Unterwerfung nicht nichtig, sondern, wie grundsätzlich jeder andere Fehler auch nur vernichtbar¹⁹⁾. Wo die Folge des Fehlens der Mitwirkung aber Nichtigkeit sei, habe man es mit einer anderen Kategorie von Verwaltungsakten zu tun; ihnen legt JELLINEK den Namen "zweiseitige Verwaltungsakte" zu. Mittels dieses Schlusses vom Ergebnis her auf die Art des Verwaltungsaktes, bei dem naturgemäß Gefühle und Wünsche mitspielen (JELLINEK selbst gibt zu, daß es im Zweifel bei sonst fehlendem Rechtsschutz angezeigt sei, einen zweiseitigen Verwaltungsakt anzunehmen²⁰⁾), untersucht JELLINEK eine Anzahl von Verwaltungsakten, bei denen in irgendeiner Weise die Mitwirkung des Betroffenen gesetzlich vorgeschrieben ist. Muß er die Nichtigkeitsfolge bei fehlender Mitwirkung verneinen, was bei ihm selten der Fall ist, so liegt ein Verwaltungsakt auf Unterwerfung vor. Hier zeigt sich ein begrifflicher Unterschied zwischen dem Verwaltungsakt auf Unterwerfung Otto MEYER'SCHER Prägung - die Unterwerfung räumt den Vorbehalt des Gesetzes aus, ist Gesetzesersatz - und dem Verwaltungsakt auf Unterwerfung im JELLINEK'schen Sinne: Letzterer ist nur eine Bezeichnung für eine Gruppe von gesetzlich vorgesehenen und gesetzlich ge-

18) Im materiellen Sinne.

19) Otto MAYER Bd. II 3. Aufl. S. 151.

20) In Festgabe S. 111 und 114.

regelten Verwaltungsakten, deren gemeinsames Kriterium die Mitwirkung des Betroffenen von einer bestimmten Wichtigkeit (Vernichtbarkeitsfolge bei Fehlen) ist. Nach JELLINEK sind daher Verwaltungsakte auf Unterwerfung solche Verwaltungsakte, die normalerweise - von Gesetz her gesehen - ohne Mitwirkung des Einzelnen ergehen und nur - in gesetzlich geregelten - Ausnahmefällen der Mitwirkung bedürfen²¹⁾. Wurde dadurch der Begriff des Verwaltungsakts auf Unterwerfung doppeldeutig, da JELLINEK etwas anderes darunter versteht als Otto MAYER, so ist auf der anderen Seite doch das Ergebnis der JELLINEK'schen Lehren festzuhalten, daß die Verwaltungsakte, die kraft Gesetzes der Mitwirkung des Bürgers bedürfen, von den Fällen der Ersetzung der gesetzlichen Ermächtigung durch die Unterwerfung des Bürgers endgültig geschieden wurden. Die Lehre vom "zweiseitigen Verwaltungsakt", oder wie sich eingebürgert hat, vom "mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsakt" hat von nun an ihr Eigenleben geführt. Der Nachteil ist nur, daß man seitdem den Verwaltungsakt auf Unterwerfung häufig als den ideengeschichtlichen Vorläufer des mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsakts ansieht, obwohl er seinem Wesen nach doch etwas ganz anderes darstellt²²⁾.

Nichts Neues, sondern nur eine Zusammenfassung der Lehren bringt der EWVRO, wenn er in Artikel 64 Abs. I das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung aufstellt: "Verwaltungsakte, die von einem Einzelnen ein bestimmtes Tun, Dulden oder Unterlassen fordern, sind nur aufgrund einer Ermächtigung durch Rechtsvorschrift zulässig," und dann in Absatz II fortfährt: "Der Mangel einer Ermächtigung wird geheilt, wenn der Betroffene dem Verwaltungsakt ausdrück-

21) Festgabe S. 106 und S. 115; Verwaltungsrecht 3. Aufl. S. 250.

22) So ausdrücklich WOLFF Lehrb. 6 48 IIIa 2: "Zustimmungsbedürftigkeit und Unterwerfung schließen einander nicht aus".

lich oder stillschweigend zustimmt". In der Begründung zu diesem Artikel ²³⁾ wird unter Bezugnahme auf die schon genannten Autoren des Verwaltungsrechts das Argument angeführt, daß der Einzelne sich über die nur zu seinem Schutz errichtete Schranke der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung hinwegsetzen kann. An anderen Stellen des Entwurfs ist der Satz von der Ersetzbarkeit der gesetzlichen Ermächtigung durch die Unterwerfung in Einzelfällen angewendet: (Artikel 14 Satz 1) "Auf Rechte kann nur insofern verzichtet werden, als sie dem Einzelnen ausschließlich seines Vorteils wegen eingeräumt sind"; (Artikel 89 Ziffer 2) "Die in Artikel 88 bezeichneten Verwaltungsakte mit Ausnahme der Genehmigungen und Bestätigungen können weiter zurückgenommen oder eingeschränkt werden; ... 2.) wenn der Begünstigte zustimmt, es sei denn, daß er auf die Begünstigung nicht rechtswirksam verzichten kann"; und schließlich Artikel 151, der von der Gebührenerhebung bei öffentlichen Anstalten handelt, in Absatz III: "Besteht Benützungszwang, so können Gebühren nur aufgrund besonderer Rechtsvorschrift erhoben werden."

Ebenfalls nichts Neues, sondern eine fast wörtlich mit dem Text des EWVRO und der Begründung hierzu übereinstimmende Darstellung der Lehre von der Unterwerfung gibt v. KOHLER ²⁴⁾.

Neuerdings ist die Lehre von der Ersetzbarkeit der gesetzlichen Ermächtigung durch die Unterwerfung nur von WOLFF wieder vertreten worden ²⁵⁾. Auf Einzelheiten hierzu wird an späterer Stelle noch eingegangen werden ^{25a)}.

23) EWVRO S. 226.

24) S. 161 f. - v. KOHLER hatte an dem Entwurf der Württembergischen Verwaltungsrechtsordnung mitgearbeitet.

25) Vorlesung S. 74, Lehrb. § 30 IIIb 2, § 48 IIIa 2, § 51 Va.

25a) Nach BENDER, 2. Aufl. S. 109 f., kann ein vernichtbarer Verwaltungsakt durch ausdrükl. Verzicht auf die Geltendmachung des Mangels geheilt werden, wenn dem keine öffentlichen Interessen entgegenstehen.

§ 19 Die Gegner der Lehre.

Die Lehre von der Unterwerfung als Ersatz für die gesetzliche Ermächtigung ist nicht unwidersprochen geblieben. Damit sind nicht die Schranken gemeint, die auch nach den Vertretern der Lehre für die Unterwerfung im Einzelfall gelten sollen ²⁶⁾. Von einer Anzahl Autoren wird nämlich die Lehre von der Unterwerfung an sich für falsch erklärt; das Institut der Unterwerfung wird also grundsätzlich abgelehnt.

Der zeitlichen Reihenfolge entsprechend ist hier zunächst KORMANN zu nennen; er lehnt zwar nicht generell die Lehre von der Unterwerfung ab, läßt aber bei der Erörterung verschiedener Einzelfälle erkennen, daß er im Falle der Gesetzeswidrigkeit eines Verwaltungsakts der Unterwerfung keine heilende Kraft beimessen will. ²⁷⁾ KORMANN beruft sich auf die zwingende Natur des öffentlichen Rechts, das keine Vertragsfreiheit kenne.

Ablehnend verhält sich auch ANSCHÜTZ ²⁸⁾. Er bezeichnet die Lehre von der Unterwerfung als überhaupt im Widerspruch mit dem Grundcharakter des öffentlichen Rechts stehend. Der Gedanke der Unterwerfung als Gesetzesersatz sei abwegig; Verwaltungsakte ohne gesetzliche Grundlage könne es im Rechtsstaat überhaupt nicht geben.

Sodann hat RUCK die Lehre abgelehnt, und zwar mit der Begründung, der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung würde auf diese Weise praktisch aufgehoben, weil sich die Verwaltung so über ihn hinwegsetzen könnte. Das sei aber nicht möglich, weil das Verwaltungsrecht grundsätzlich zwingendes und nicht wie das bürgerliche Recht dispositives Recht sei, durch das der Bürger wie die Verwaltung gleichermaßen

26) Darüber unten 4. Teil.

27) So KORMANN S. 159 f., S. 311 und S. 354.

28) Im Handwörterbuch der Kommunalwissenschaften Bd. III S. 468 f. und in JW 1927/427 f.

gebunden seien. Auf zwingendes objektives Recht könne der Einzelne nicht verzichten. RUCK führt sodann noch eine praktische Überlegung ins Feld: Der Bürger werde freiwillig nie, sondern stets nur unter tatsächlichem oder vermeintlichem Druck der stets Übermächtigen Verwaltung zu Eingeständnissen bereit sein. Schließlich führe die Anwendung des Satzes von der Unterwerfung auch zu einer rechtungleichen Behandlung der Bürger 29).

THOMA erklärt den Satz von der Unterwerfung in seiner Allgemeinheit für falsch, da er den Einzelnen häufig der Willkür preisgeben werde 30). Nur soweit das Gesetz oder Gewohnheitsrecht die Unterwerfung für bestimmte Beziehungen zuließe, könne ein Verwaltungsakt deswegen rechtsgültig sein.

Keine neuen Argumente führt auch WOLL ins Feld, wenn er sich zur Begründung der Ablehnung der Unterwerfungslehre auf die zwingende Natur des öffentlichen Rechts 31) und auf die Gefahr des Mißbrauchs ihrer Rechtsstellung durch die Verwaltung 32) beruft.

Nach langer Pause hat neuerdings erst wieder PRIESENHAHN 33) zum Problem des Verwaltungsakts auf Unterwerfung in seinem ursprünglichen Sinn Stellung genommen, ist aber zu einer Ablehnung der Lehre aus praktischen Erwägungen, wie sie schon genannt wurden, gekommen: Es werde in den meisten Fällen wegen der Überlegenen öffentlichen Gewalt keine wirklich freie Unterwerfung des Bürgers zustande kommen; folglich könne es eine Unterwerfung nur dort geben, wo das Gesetz sie vorsehe.

29) Festgabe S. 35 f., Schweizerisches Verwaltungsrecht Bd. I 3. Aufl. S. 197 f.

30) THOMA in Handbuch Bd. II S. 230, insbes. Anm. 26.

31) S. 30 f. und S. 50 f.

32) S. 35 f.

33) In Recht Staat Wirtschaft Bd. II S. 249.

Die Stellung der Rechtsprechung zu der Lehre soll im einzelnen an dieser Stelle noch nicht untersucht werden. Sie ist uneinheitlich; außerdem haben die Lösungen naturgemäß häufig über den zu entscheidenden Fall keine weitreichende Bedeutung. Eine Ausnahme macht hier das Preußische Obergerverwaltungsgericht; es hat, der Zulässigkeit der Unterwerfung stets die Anerkennung versagt, und zwar mit Formulierungen, die über den Einzelfall hinaus Allgemeingültigkeit beanspruchen. Zu nennen sind hier die Entscheidung Band 24/Seite 369 ff, derzufolge eine "freiwillige Unterwerfung unter Beschränkungen, die im öffentlichen Baurecht nicht enthalten sind, ohne öffentlichrechtliche Bedeutung" sei, und die Entscheidung Band 76 S. 455 ff, die es für unzulässig erklärt, "die gesetzlichen Grenzen der Polizeigewalt durch Vereinbarungen zu erweitern, so daß anstelle des Gesetzes diese die Rechtsgrundlage für die Polizei" seien.

II. Kapitel: Die eigene Stellungnahme: Grundsätzliche Zulässigkeit der Unterwerfung.

Nach der Darstellung der Ansichten des Schrifttums soll nunmehr eine eigene Stellungnahme zu der Frage der Zulässigkeit der Unterwerfung unter einen rechtswidrigen Verwaltungsakt gegeben werden. Meine Meinung ist, daß aus verschiedenen Gründen, insbesondere auch aus der besonderen Stellung der Verwaltung in unserer Rechtsordnung, das Institut der Unterwerfung grundsätzlich zu bejahen ist. Die für die Zulässigkeit der Unterwerfung sprechenden Gründe sind folgende:

§ 20 Einzelkodifizierungen kein Gegenargument.

Von denjenigen Autoren, die die Unterwerfung nicht anerkennen, wird zumeist dargetan, daß es eine Unterwerfung unter einen Verwaltungsakt als Gültigkeitsvoraussetzung für den Verwaltungsakt nur dort gebe, wo das Gesetz sie vorsehe³⁴⁾. Das ist etwas Selbstverständliches; hervorgehoben werden soll hier nur, daß aus der Tatsache der gesetzlichen Regelung der Unterwerfung in Einzelfällen³⁵⁾ nicht allein schon der Schluß gezogen werden kann, daß es eine Unterwerfung im übrigen, d.h. als ein für das allgemeine Verwaltungsrecht gültiges Rechtsinstitut, nicht geben könne. Das könnte nur dann richtig sein, wenn das allgemeine Verwaltungsrecht kodifiziert wäre und sich über eine Unterwerfung in unserem Sinne ausschließe, vorausgesetzt, es gäbe auch keinen allgemeinen gewohnheitsrechtlichen Satz dieses Inhalts^{35a)}. Da aber eine gesetzliche Regelung des allgemeinen Teils des Verwaltungsrechts fehlt, ist der Hinweis auf Einzelkodifikationen kein beweiskräftiges Argu-

34) So besonders THOMA in Handbuch Bd. II S. 230.

35) Beispiele für gesetzliche Regelungen der Unterwerfung sind: § 93 2. Halbsatz RAO; § 94 Abs. I Ziff. 2 RAO; § 445 RAO; § 143 Thür. LVO; § 28 Landesbeamtengesetz von Nordrhein-Westfalen; § 67 Ordnungswidrigkeitengesetz; § 1910 BGB.

35a) Aber sogar der EWVRO kennt das Institut der Unterwerfung! Vergl. oben § 18 (S. 57 f.)

ment gegen, ebenso wie für die Heilung durch Unterwerfung. Es kommt also, da ein Gewohnheitsrecht oder eine herrschende Meinung angesichts der oben dargelegten dissentierenden Meinungen zu unserer Frage nicht angenommen werden kann, allein auf die Wirksamkeit der für und gegen sprechenden Argumente an.

§ 21 Eigenständigkeit der Verwaltung als Voraussetzung.

Zunächst soll, anknüpfend an die Gegenargumente, Verwaltungsakte ohne gesetzliche Grundlage könne es im Rechtsstaat überhaupt nicht geben, und die Lehre vom Verwaltungsakt auf Unterwerfung stehe im Widerspruch mit dem Grundcharakter des Verwaltungsrechts, untersucht werden, was es damit auf sich hat, insbesondere, welche Folge es hat, daß der Verwaltungsakt auf Unterwerfung keine Grundlage im Gesetz findet.

Der Satz, es könne keine Verwaltungsakte ohne gesetzliche Grundlage geben, ist einmal schon deswegen in seiner Allgemeinheit nicht richtig, weil jedenfalls nach deutschem Verwaltungsrecht das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung nur in einer inhaltlich beschränkten Form gilt³⁶⁾.

Das räumt jedoch nicht den des weiteren in den Gegenargumenten liegenden Einwurf aus, daß der Verwaltungsakt auf Unterwerfung ein Verwaltungsakt ohne gesetzliche Erächtigung sei; denn es trifft zu, daß die Lehre von der Unterwerfung die Verwaltungsakte zum Gegenstand hat, die sich nicht auf ein Gesetz stützen können, obwohl nach dem Gesetzmäßigkeitsprinzip eine gesetzliche Grundlage für sie erforderlich ist. Welche Folge hat nun das Fehlen dieser notwendigen Gesetzesermächtigung? Es ist zugegeben, daß die Frage der Wirkung einer Unterwerfung dann überhaupt nicht aufkommen könnte, wenn der Verwaltungsakt ohne Gesetz etwas völlig Unmögliches, von sich aus Mifälliges darstellen würde.

36) Wie oben § 16 gezeigt worden ist.

Das ist aber gerade - jedenfalls nach der herrschenden deutschen Verwaltungsrechtslehre - nicht der Fall. Wir kommen damit zu der oben 37) bereits kurz erwähnten Lehre, daß ein fehlerhafter Verwaltungsakt grundsätzlich nicht hinfällig, sondern bestandskräftig ist 38). Die Begründungen, die für diese Lehre gegeben werden, sind uneinheitlich. In erster Linie werden die Staatsautorität, die aus jedem Verwaltungsakt spreche und kundtue, daß dieser rechtmäßig sei, und das Rechtssicherheitsinteresse genannt. Die letztere Begründung ist jedoch mehr der Beweis, daß die Lehre auch den Bedürfnissen der Praxis entspricht, die erstere dagegen umschreibt abstrakt, was im Grunde vorliegt: Nach deutschem Verwaltungsrecht hat die Verwaltung eine gewisse, ihr von jeher uralten gegebene (originäre), also nicht durch Gesetz förmlich Übertragene Macht. Diese Erscheinung ist wiederum nur aus der geschichtlichen Entwicklung zu verstehen, und aus der Tatsache, daß das, was heute die Verwaltung darstellt, früher einmal die alleinige allumfassende Staatsgewalt war, und daß diese "Verwaltung" in der Folgeentwicklung nicht beseitigt, sondern nur eingeschränkt worden ist. Das klingt gefährlicher, als es in Wirklichkeit ist. Diese soeben dargelegte Eigenständigkeit der Verwaltung ist gezähmt, die äußert sich nur noch in gewissen Einzelercheinungen, die wiederum mehr oder weniger eng begrenzt von der Wissenschaft und Praxis anerkannt und somit Bestandteil einer festen Rechtsordnung geworden sind. Zu nennen sind hier:

- Das selbständige Ordnungsrecht der Verwaltung, das existiert, soweit es Verwaltungsverordnungen, also im wesentlichen Organisationsnormen, betrifft;
- Die besonderen Gewaltverhältnisse, innerhalb deren die Verwaltung auch bezüglich eingreifender Verwaltungsakte frei ist. Im Grunde stellen die besonderen Gewaltverhältnisse somit eine in sich, durch den Zweck des Gewaltverhältnisses, begrenzte Ermächtigung dar.

37) S. 2.

38) Gegen diese Lehre neuerdings BETTERMANN in Gedächtnisschrift S. 378 ff.

- Die von geltenden Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung freigelassene Sphäre des nichteingreifenden Verwaltungshandelns.

Hinter all diesen Einzelercheinungen steht jedoch der eine Satz, den man mit Recht als ein Grundprinzip unseres Verwaltungsrechts bezeichnen kann, daß die Verwaltung auch außerhalb der ihr vom Gesetz förmlich übertragenen Aufgaben existent ist 38a). Auch in anderen Formulierungen ist dieser Satz durchaus anerkanntes Recht:

- "Das Wesen der Verwaltung besteht nicht lediglich im Vollziehen der Befehle des Gesetzgebers" 39).
- "Für die Verwaltung ist die Verwirklichung des Rechts nicht Endziel, sondern Mittel zum Zweck" 40).
- "Vor dem Gesetz sind der Privatmann und die Verwaltung nicht gleich" 41).

Diese Auffassung vom Wesen der Verwaltung wird nicht allorts geteilt. Ist sie, wenn auch auf inzwischen weggefallenen oder veränderten staatsrechtlichen Gegebenheiten beruhend, zusammen mit ihren Einzelercheinungen in Deutschland fester Bestandteil der Rechtsordnung geworden, so muß das nicht auch für andere Länder gelten. In Österreich vertritt KELSEN strikt den Satz "die staatliche Verwaltung wie jede sonstige

38a) In diesem Sinne stellt KRÜGER in DVBl. 55/451 als mögliche Vorstellungen vom Wesen des Staates einander gegenüber, ob man in ihm einen vitalen Organismus erblickt oder ein künstliches Gebilde mit vom Gesetz verliehener Existenz. - KRÜGER bekennt sich zu der letzteren Auffassung, ist aber insofern inkonsequent, als er (S. 522 ff) Auflagen ohne gesetzliche Ermächtigung für zulässig erachtet, jedenfalls in einem bedeutend größeren Umfang, als die herrschende Meinung anerkennt.

39) ANSCHÜTZ 7. Aufl. S. 759 f.

40) FLEINER 8. Aufl. S. 169, auch S. 196.

41) JELLINEK in Festgabe S. 98. In diesem Sinne besonders deutlich auch FORSTHOFF 6. Aufl. S. 199 und S. 216.

Staatstätigkeit könne nur als Inhalt von Rechtsnormen auftreten" ⁴²⁾, Ähnliches gilt für die Schweiz, wo IMBODEN kürzlich zu einem Kreuzzug gegen die Überfremdung des Schweizer Verwaltungsrechts durch die deutsche Verwaltungsrechtslehre aufgerufen hat. IMBODEN wendet sich dabei besonders gegen Erscheinungen wie das besondere Gewaltverhältnis und die nur inhaltlich beschränkte Geltung des Gesetzmäßigkeitsprinzips ⁴³⁾.

Dieser oben dargelegten, für Deutschland gültigen Fassung vom Wesen der Verwaltung entspringt auch die Lehre von der Rechtsbeständigkeit der fehlerhaften Verwaltungsakte: Der der Verwaltung eigenen originären Macht entspricht es, daß sie Verwaltungsakten unabhängig vom Gesetz, nur kraft der Tatsache, daß sie es so will, eine gewisse Kraft verleihen kann. Daraus folgt die primär nicht vom Gesetz abhängige Wirksamkeit aller Verwaltungsakte.

Nur wegen dieser Tatsache ist es möglich, in Erörterungen über die Wirkung einer Unterwerfung auf einen nicht vom Gesetz getragenen Verwaltungsakt einzutreten. Und mit der Darlegung des Wesenszuges der Verwaltung, daß sie mehr ist als reine Gesetzesausführung, scheint mir auch das Argument ausgeräumt, es könne keine Verwaltungsakte ohne gesetzliche Grundlage geben; die Lehre vom Verwaltungsakt auf Unterwerfung widerspreche dem Grundcharakter unseres Verwaltungsrechts.

§ 22 Die Schutzidee des Gesetzes.

Wir stehen somit unmittelbar vor der Frage, ob materiell die Unterwerfungshandlung des Einzelnen von gleicher Wirkung auf den Verwaltungsakt sein kann wie dessen Fundierung in einer Gesetzesnorm. Denn das ist klar: Zur Vollwirksamkeit eines Verwaltungsakts reicht die aus ihm sprechende Staatsautorität allein nicht aus.

⁴²⁾ Kelsen, Allgemeine Staatslehre S. 236 f.

⁴³⁾ Imboden, das Gesetz, S. 10 ff und S. 18 ff.

Offensichtlich erfordert die Beantwortung der Frage in erster Linie ein Eingehen auf das Wesen des Gesetzes. Unfruchtbar ist es, aus der Art des Zustandekommens des Gesetzes Rückschlüsse für unser Problem ziehen zu wollen: Demokratische Verhältnisse vorausgesetzt, wird das Gesetz durch die Zustimmung aller bzw. der Mehrheit geschaffen. Daraus ließe sich nur der Schluß ziehen, daß durch den Willen eines Einzelnen ein Gesetz gerade nicht geschaffen und auch nicht ersetzt werden kann.

Anders verhält es sich aber, wenn man die Frage nach dem Sinn und Zweck des Gesetzes stellt. Dabei soll die Antwort für das Gesetz an sich und für das zur Regelung der Beziehungen der Menschen untereinander ergehende - privatrechtliche - Gesetz dahingestellt bleiben. Hier interessiert nur das die Beziehungen des Einzelnen zur Gesamtheit, zum Staat abgrenzende Gesetz (die öffentlich-rechtliche Norm) ⁴⁴⁾.

Über Sinn und Zweck dieses öffentlichrechtlichen Gesetzes gewinnt man Klarheit, wenn man sich vergegenwärtigt, daß für die Regelung des Verhältnisses des Einzelnen zum Staat das Gesetz nicht überhaupt für erforderlich erklärt ist, sondern nur für einen Teilbereich und, für welchen Bereich das Gesetz *conditio sine qua non* ist: nämlich für den Bereich des Eingriffs des Staates in die Freiheits- und Eigentumssphäre des Einzelnen. Die Entstehung und Begründung dieses Satzes ist oben ⁴⁵⁾ näher dargelegt worden. Hier soll, an die obigen Ausführungen anknüpfend, eine Folgerung aus der Tatsache der Gesetzeserforderlichkeit nur für eingreifende Maßnahmen des Staates gezogen werden. Die in der Erklärung der Gesetzeserforderlichkeit liegende Bindung der Verwaltung soll nur für die Seiten gelten, "an welchen der Mensch und Bürger der Staatsgewalt gegenüber empfindlich ist" ⁴⁶⁾. Man will also sich und alle übrigen indivi-

⁴⁴⁾ Diese Unterscheidung ist herrschende Meinung, vgl. ANSCHÜTZ 7. Aufl. S. 655. Die Trennung zwischen öffentlichem und privatem Recht leugnen Kelsen und seine Anhänger: Kelsen Hauptprobleme 1. Aufl. S. 268 ff; Kelsen Allgemeine Staatslehre S. 80 ff; MEHL S. 80 ff.

⁴⁵⁾ § 16.

⁴⁶⁾ Otto Mayer Bd. I 3. Aufl. S. 70 Anm. 12.

duen vor der Macht des Staates geschützt wissen. Für die übrigen Bereiche der Verwaltungstätigkeit besteht daher ein gleich starkes Interesse an einer Bindung nicht.

Die geschichtliche Weiterentwicklung der Dinge, also vor allem die Veränderung der Staatsstruktur und ein Wandel in der Auffassung vom Staate haben hier nicht halt gemacht; es ist ersichtlich, daß man nicht bei der gesetzlichen Regelung des Bereichs der eingreifenden Verwaltungstätigkeit stehengeblieben ist, sondern auch die übrige Verwaltungstätigkeit mehr und mehr einer Ordnung und Reglementierung durch Gesetze unterzogen hat. Wie trotz allem sich aber die grundsätzliche Auffassung von der Verwaltung als einer - eingeschränkt - originären Gewalt gehalten hat, mögen auch die praktischen Auswirkungen gering und fest umrissen sein, so hat sich auch der Satz von der Erforderlichkeit des Gesetzes in seiner ursprünglichen Form gehalten.

Dieser Satz sagt nun im Grunde nichts anderes, als daß das Eingriffe gestattende und regelnde Gesetz in erster Linie eine Schutzvorschrift für den Einzelnen ist. Wenn das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung der Exekutive nicht alle originäre Kraft nimmt, sondern ^{ih}r auf gewissen Gebieten beläßt und nur den Verwaltungseingriff in die Sphäre des Einzelnen für gesetzgebunden erklärt, so spricht aus dem Prinzip der Schutzgedanke, und so ist das eingriffsregelnde Gesetz eine Erscheinungsform dieses Gedankens ⁴⁷⁾.

Von der Vorstellung aus, daß das Eingriffe regelnde Verwaltungsgesetz nicht so sehr eine Ermächtigung für den Staat als vielmehr eine Garantie für den Bürger ist, daß der Staat nichts darüber hinaus vermag, ist nur noch ein Schritt bis zu unserem Argument: Billigt man in einem Staat dem Einzelnen eine freie Persönlichkeitssphäre zu, innerhalb der er über die Fragen, die ihn betreffen, frei entscheiden und

47) So besonders deutlich ANDERSEN S. 302; ferner FLEINER 8. Aufl. S. 169, Otto MAYER Bd. I, 3. Aufl. S. 98.

über sich selbst bestimmen kann, so hat der Einzelne auch ein freies Verfügungsrecht darüber, ob und inwieweit er beeinträchtigt und belastet wird. Bei persönlicher Freiheit des Individuums kann niemand den Einzelnen hindern, sich selbst zu schädigen. Mit anderen Worten: Die Frage des Schutzes des Einzelnen unterliegt bei Freiheit der Persönlichkeit in erster Linie der Entscheidung des Einzelnen selbst. Er kann also diese Schutzlinie, die das Gesetz für ihn aufstellt, zu seinen Ungunsten verschieben; er kann dem Staat Eingriffsmöglichkeiten verschaffen, die das Gesetz nicht vorsieht.

Der Einwand, daß die freie Persönlichkeitssphäre auch dort wo sie noch so unumstritten anerkannt ist, stets durch die Gesetze begrenzt wird, ist dort wirkungslos, wo das Gesetz wegen seines Schutzcharakters wiederum der Verfügungsfreiheit des Individuums unterliegt. Deswegen kann an die Stelle des Eingriffsvermächtigenden Gesetzes als der Zustimmung der Volksmehrheit zu einem Verwaltungseingriff ausnahmsweise die Zustimmung des Einzelnen treten.

Durch diese Überlegungen bestätigen sich die Argumente von besonders Otto MAYERS und FLEINERS, denen zufolge "der Volk behält das Gesetz zugunsten des Einzelnen gemeint" ⁴⁸⁾ ist und die Freiheit des Staatsbürgers verletzt wäre, wenn ihm "versagt bliebe, über sie im Verkehr mit dem Staate nach eigenem Willen zu verfügen" ⁴⁹⁾.

§ 23 Vereinbarkeit mit dem Gerechtigkeitsprinzip.

Wie bereits gesagt, fehlt eine Kodifizierung des allgemeinen Teils unseres Verwaltungsrechts. Über die grundsätzliche Zulässigkeit der Heilung durch Unterwerfung können wir daher aus dem positiven Recht nichts erfahren. Einzelkodifikationen sind delphisch, wenn man sie zur Argumentation heranziehen will.

48) Otto MAYER Bd. I 1. Aufl. S. 98.

49) FLEINER 8. Aufl. S. 169.

Hier liegt es nahe, zurückzugehen auf gewisse Fundamentaln timer der Rechtsordnung, die ihrerseits wieder, wie WOLFF dargelegt und begründet hat 50), notwendigerweise zurückweisen auf das Prinzip des Rechts überhaupt, die Gerechtigkeit. Unter Übergehung der Fundamentaln timer, der "Rechtsgrundsätze", die vorzugsweise zur Rechtsanwendung dienen können, weil sie Rechtsquellen (wenn auch subsidiäre) darstellen, soll hier unmittelbar auf das Prinzip der Gerechtigkeit eingegangen werden, weil uns an der Gewinnung von Argumenten für die Zulässigkeit der Unterwerfung gelegen ist, also nicht an einer Aufgabe der Rechtsanwendung.

Die Frage, wie sich der Satz, daß ein nicht im Gesetz fundierter Verwaltungsakt durch die Unterwerfung des Betroffenen geheilt werden kann, zu dem Prinzip der Gerechtigkeit verhält, setzt zunächst einmal das Vorhandensein einer Definition der Gerechtigkeit voraus, die allgemeingültig ist. Genauer gesagt muß diese Definition die Merkmale der Gerechtigkeit abstrakt wiedergeben, darf also nicht letzten Endes wieder Fälle von gerechtem Verhalten beispielhaft aufzählen. Diesem Erfordernis der Abstraktheit der Definition der Gerechtigkeit und damit des Prinzips des Rechts genügt die von WOLFF aufgestellte Formel, daß Gerechtigkeit das Gebot sei, "auf die Verfolgung eigener Interessen insoweit zu verzichten, als dadurch die Befriedigung objektiv wertvollerer Interessen anderer Menschen vereitelt werden würde" 51).

Setzt man nun die Lehre von der Unterwerfung mit diesem Inhalt des Gerechtigkeitsprinzips in Beziehung, so eröffnen sich zwei Wege der Argumentation, je nachdem, ob man mehr als das aus dem Prinzip sprechende Recht des Einzelnen auf Freiheit betont, oder ob man mehr auf die in Rechts-

50) In Gedächtnisschrift S. 33 ff, insbes. S. 36 f.

51) Festschrift für Wilhelm SAUER S. 703 ff, insbes. S. 712 ff; Lehrbuch § 24 IIa; Gedächtnisschrift S. 37.

prinzip implizierte Bindung des Einzelnen in der Gesellschaft abstellt. Beide Wege erscheinen gangbar.

Wendet man sich der zuerst genannten Möglichkeit zu, so ist unschwer zu erkennen, daß das Gerechtigkeitsprinzip - negativ - eine Begrenzung der Freiheit der individuellen Willensbetätigung enthält. Wenn das Rechtsprinzip die Zurückstellung eigener Interessenverfolgung insoweit verlangt, als dies erforderlich ist, damit objektiv wertvollere Interessen anderer Menschen befriedigt werden können, so liegt - positiv - hierin der Ausspruch der Freiheit der Willensbetätigung des Einzelnen innerhalb der genannten Grenze. Diese Freiheit der eigenen Disposition wäre unvollkommen, wenn sie selbst wiederum nicht ein Recht auf ein Tun wie auf ein Nichttun beinhalten würde. Damit besteht also Freiheit zu eigener Interessenverfolgung ebensogut wie zum Verzicht auf eigene Interessenverfolgung. Die Unterwerfung stellt nun nichts anderes als einen Verzicht auf die Verfolgung eigener Interessen dar; sie ist somit dem Prinzip der Gerechtigkeit gemäß. - Wegen der Gleichstellung der Interessenverfolgung mit dem Verzicht auf Interessenverfolgung als Ausfluß der Dispositionsfreiheit kann es dabei gleichgültig sein, ob der Einzelne im Einzelfall mit der Unterwerfung nicht letzten Endes wiederum Interessenverfolgung betreibt, wenn er z.B. die Unterwerfung wegen anderer Vorteile erklärt, die er so zu erlangen sucht. Insofern lassen erscheinen die Motive des Sich-Unterwerfenden also gleichgültig.

Des weiteren folgt aber aus der Anwendung des Gerechtigkeitsprinzips zur Argumentation, daß diese Dispositionsfreiheit des Einzelnen dann nicht bestehen kann, wenn durch die Unterwerfung als Verzicht auf eigene Interessenverfolgung oder als Verfolgung eigener Interessen auf Umwegen die Befriedigung objektiv wertvollerer Interessen anderer Menschen oder der Allgemeinheit vereitelt werden würde. Ohne Rücksicht darauf, daß die objektive Bewertung der auf dem Spiele stehenden Interessen im praktischen Einzelfall äußerst schwierig

sein kann ⁵²⁾, ist also in der Theorie - zunächst einmal festzuhalten, daß der Unterwerfung die Wirkungskraft der Weilung dann nicht zukommen kann, wenn durch sie vorzugswürdige Interessen anderer oder der Allgemeinheit verletzt werden würden. Das ist von Bedeutung für die Grenzen der Unterwerfung; hierauf wird später noch zurückzukommen sein ⁵³⁾.

Die anfangs erwähnte zweite Möglichkeit der Argumentation geht einen gänzlich verschiedenen Weg, gelangt jedoch zu dem gleichen Ergebnis. Ausgangspunkt ist hier die Fragestellung, wohin es führe, wenn man die Lehre von der Ersetzbarkeit der fehlenden gesetzlichen Grundlage eines Verwaltungsakts durch die Unterwerfung direkt unter das Rechtsprinzip subsumiert. Man müßte also etwa fragen: Ist das Interesse des Einzelnen gegenüber dem Interesse der ihm mit dem Verwaltungsakt entgegentretenden Verwaltung von einem solchen Wertgrade, daß es eine Zurücksetzung verdient, wenn die Verwaltung nur auf dem Wege über die Zurücksetzung den beabsichtigten Erfolg erreichen kann?

Diese Fragestellung erfordert als erstes ein Urteil über den Wert der einander gegenübergestellten Interessen. Wie schon erwähnt ⁵⁴⁾, können bei dieser objektiven Bewertung der Interessen Schwierigkeiten bestehen, und zwar wegen der Notwendigkeit der Berücksichtigung der verschiedenen, denkbar zahllosen Lebensumstände der betreffenden Rechtssubjekte. Auf der anderen Seite wird die Aufgabe der Bewertung dann erleichtert, wenn man mehr oder minder losgelöst vom Einzelbeispiel auf das Typische einer Person und der Situation, in der diese steht, abstellen kann. So liegt es hier; da es zunächst nur um die Frage der grundsätzlichen Anerkennung der Unterwerfung geht, kommt es im Rahmen dieser Untersuchung nur auf das Interesse des Einzelnen als Typus in typischer Situa-

52) und u.U. sogar bis zur Unmöglichkeit erschwert sein kann; WOLFF in Festschrift für Wilhelm SAUER S. 108 f.

53) unten: Viertes Teil, insbes. § 27.

54) siehe oben Fußnote 52.

tion an. Gleichermäßen ist das von der Verwaltung jeweils mit dem einzelnen Verwaltungsakt verfolgte Interesse nicht von entscheidendem Belang, wenn es sich nur innerhalb der von der Verwaltung allgemein verfolgten Ziele und Zwecke hält.

Zurückkommend auf unsere eingangs gestellte Frage nach dem Wertgrade des Interesses des Einzelnen gegenüber dem der Verwaltung kann die Antwort nicht in der Berufung darauf liegen, daß die Verwaltung ihrem Wesen gemäß das Gesamtinteresse verkörpere und deswegen schon gegenüber dem Einzelnen prävaliere, der ja stets nur sein eigenes Interesse im Auge habe. Daß das Interesse des Einzelnen stets und überall gegenüber der Allgemeinheit allein kraft dieser Tatsache minderwertig sei, ist eine Behauptung, die anhand des abstrakten Gerechtigkeitsgebotes erst noch einer Prüfung auf ihre Richtigkeit bedürfte. Das Ergebnis dieser Prüfung steht aber bereits fest, weil der Grundsatz der Achtung der menschlichen Würde eine, und zwar die erste und nächstliegende Ableitung aus dem Rechtsprinzip ist ⁵⁵⁾. Das heißt, daß der einzelne Mensch auch in einer Gegenüberstellung mit der größten Zahl anderer Menschen geachtet werden muß.

Dagegen kann die Antwort auf die Frage nach dem Wert der Interessen von Verwaltung und Einzelnen vielleicht gewonnen werden, wenn man auf das von der Verwaltung in der großen Linie verfolgte Ziel abstellt. Die Verwaltung ist ja nach unserer (bereits dargelegten) Auffassung geradezu Verfolgung des Staatszweckes. Sie ist also an sich wertfrei und nur Mittel zum Zweck, dem Staatszweck. Dieser Staatszweck seinerseits wird von der politischen Leitung des Staatswesens gesetzt; er kann von verschiedenster Art sein. Jedesmal dort nun, wo der Staat die größtmögliche Verwirklichung der Gerechtigkeit - in unserem Sinne - wiederum zum Ziel hat ⁵⁶⁾, vor allem also die durch Ableitung aus

55) So WOLFF in Gedächtnisschrift S. 39.

56) also in diesem (materiellen) Sinne ein "Rechts-Staat" ist; vergl. WOLFF Lehrb. § 11 I B 3 und § 30 Ia.

dem Prinzip der Gerechtigkeit zunächst gewonnenen Prinzipien der Würde, Freiheit und Gleichbehandlung der Menschen zu verwirklichen trachtet, kann die Höherwertigkeit der Interessen des Staates und der Verwaltung vor denen des Einzelnen bejaht werden. Daß solche Prinzipien für unseren Staat, für unsere Verwaltung heute sowohl der Staatsform als auch der Staatswirklichkeit nach in Geltung sind, darf hier wohl ohne nähere Begründung festgestellt werden.

Das Ergebnis ist somit im Grunde denkbar einfach; es lautet: Die Unterwerfung eines Einzelnen unter einen gesetzlich nicht fundierten Verwaltungsakt steht mit dem Gerechtigkeitsprinzip in typischen Situationen in Einklang, wenn der Zweck des betreffenden Staatswesens "die Schaffung und Erhaltung eines materiell gerechten Rechtszustandes ist" (57).

Unter dieser Voraussetzung entspricht also der Verwaltungsakt auf Unterwerfung dem Gerechtigkeitsprinzip. - Damit ist auch nach der zweiten Möglichkeit aus dem Rechtsprinzip ein Argument für die Zulässigkeit der Unterwerfung gewonnen.

Hervorzuheben ist für diesen Weg der Argumentation noch zweierlei:

- Die Vereinbarkeit der Unterwerfung mit dem Gerechtigkeitsprinzip kann nach dem soeben Gesagten nur grundsätzlich gelten, da sie nur aufgrund einer generellen Betrachtung festgestellt worden ist. Im Einzelfall kann wegen besonderer Umstände das Ergebnis durchaus ein anderes sein.
- Soviel ergibt sich aber schon jetzt:
Aus dem Zurückgehen auf ein Staatsziel, das die Verwirklichung eines Maximums an Gerechtigkeit und der primär aus der Gerechtigkeit abzuleitenden Rechtsgrundsätze wie Menschenwürde, Gleichbehandlung und dergl. zum Inhalt hat, folgt, daß auch oder gerade bei dem auf Unterwerfung sich stützenden Verwaltungsakt diese Grundsätze gewahrt

57) WOLFF Lehrbuch § 30 Ia.

werden müssen; denn die Verwaltung darf sich nicht mit den von ihr verfolgten Zielen in Widerspruch setzen.

Bei der letzteren Argumentation für die Zulässigkeit der Unterwerfung könnte vielleicht der Gedanke aufkommen: Das Gerechtigkeitsprinzip, wie es dargelegt und erläutert ist, ist ja ein Gebot (58), es beinhaltet ein Sollen. Danach ist es für mich als Einzelnen, wenn nach dem objektiven Wert die fremden meine eigenen Interessen überwiegen, Pflicht, auf die Verfolgung meiner eigenen Interessen zu verzichten, mich zu unterwerfen; denn Ausgangspunkt war, daß entsprechend dem Wortlaut des Gerechtigkeitsprinzips die Verwaltung nur auf dem Wege über die Zurücksetzung der Interessen des Einzelnen den beabsichtigten Erfolg erreichen könnte.

Dieser Folgeschluß kann nicht richtig sein. Das Ergebnis wäre, daß die Verwaltung eine unbegrenzte Machtfülle erwerben würde; ferner liegt uns gerade nur an einer freiwilligen Unterwerfung des Einzelnen, weil sie dort, wo sie Pflicht wäre, keine "Unterwerfung" mehr wäre.

Der Fehler im Gedankenschluß liegt darin, daß in der obigen Folgerung eine Anwendung des Gerechtigkeitsprinzips als Rechtsquelle selbst liegt. Das ist aber nicht möglich (59). Wo eine Rechtsordnung den Weg der Bestimmung dessen, was rechtens sein soll, mittels einzelner Gesetze beschränkt hat, bestimmt das Gerechtigkeitsprinzip allein für sich, wenn es auch inhaltlich unbedingt ist und sein muß, keine Rechtspflichten, weil es keine Rechtsquelle ist. Zur Verwendung als Rechtsquelle haben wir das Gerechtigkeitsprinzip auch nicht herangezogen, sondern nur zur Argumentation dafür, daß die Unterwerfung mit dem letzten Prinzip des Rechts vereinbar ist. Wo also auch im einzelnen nach dem Inhalt des Gerechtigkeitsprinzips die Unterwerfung unbedingt

58) So ganz klar WOLFF in Festschrift für Wilhelm SAUER S. 113: "Kategorität seiner Geltung", "unbedingtes Gebot".

59) Wie WOLFF, Gedächtnisschrift S.38 dargelegt hat.

Gebot ist, "muß" sich der Einzelne insofern unterwerfen, um gerecht zu sein, nicht aber, weil eine Rechtspflicht bestünde. Das positive Recht hat, weil es den Weg der primären Rechtsquellen eingeschlagen hat, nicht die Unbedingte, aber die unmittelbare Geltung des Grundprinzips abgeschwächt.

§ 24 Praktische Gesichtspunkte.

Zu den Gründen, die die Heilung durch Unterwerfung zulässig erscheinen lassen, sind schließlich noch einige zu nennen, die sich mehr erst aus der praktischen Anwendung dieses Rechtsinstituts ergeben.

Ausgegangen werden soll hier von dem Gegenargument, die Freiwilligkeit des Einzelnen bei der Unterwerfung sei in der Mehrzahl der Fälle unecht, da er doch stets unter dem tatsächlichen oder vermeintlichen Druck des Übermächtigen Staatsapparates stehe; mit anderen Worten: Die Heilung durch Unterwerfung berge die Gefahr einer Erpressung des Einzelnen durch die Verwaltung in sich.

Es wird nicht verkannt, daß diese Gefahr tatsächlich besteht, und zwar aus den von den Vertretern der Gegenansicht angegebenen Gründen: Die Verwaltung hat gegenüber den Einzelnen eine Überlegene Macht. Nur wird aus dieser Tatsache hier nicht der Schluß auf die Unzulässigkeit der Unterwerfung überhaupt gezogen, sondern nur der auf die Notwendigkeit der Verhinderung eines Mißbrauchs der Staatsmacht. Diesem Zweck dient in erster Linie die Entwicklung von Grenzen für die Zulässigkeit der Unterwerfung 60).

Hier, wo es noch um die grundsätzliche Zulässigkeit der Unterwerfung geht, sei darauf hingewiesen, daß die Gefahr der erpresserischen Ausnutzung ihrer Machtstellung durch die Verwaltung schon allein kraft der Tatsache an Gewicht verliert, daß der Einzelne stets den auf seine Unterwerfungserklärung gestützten Verwaltungsakt durch das Gericht über-

60) Unten 4. Teil.

prüfen lassen kann. Die Unterwerfungserklärung beseitigt ja nicht die Möglichkeit der Anrufung des Verwaltungsgerichts 61); dieser Rechtsschutz des Einzelnen ist auch umfassend, weil seit der Einführung der sog. Generalklausel die Anfechtung jedes Verwaltungsakts schonthin möglich ist 62).

Besteht die Verwirklichung des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes bei Anfechtungsprozessen allgemein in einem Vergleich des Verwaltungsakts mit der Rechtsordnung, in der Prüfung der Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsakts, so muß das Gericht bei einem nur durch Unterwerfung fundierten Verwaltungsakt in erster Linie auf die Unterwerfung abstellen. Der gerichtliche Rechtsschutz bei einem Verwaltungsakt auf Unterwerfung besteht also zuerst in der Befragung, ob überhaupt eine gültige Unterwerfungserklärung des Betroffenen vorliegt. Das Gericht hat also bei der Erforschung des Sachverhalts 63) sein Augenmerk vor allem darauf zu richten, ob die Unterwerfungserklärung nicht z.B. unter einer Drohung oder unter Ausnutzung einer Zwangslage der Betroffenen seitens der Verwaltung zustande gekommen ist. In diesen Fällen ist die Unterwerfung, die als sog. verwaltungsrechtliche Willenserklärung der entsprechenden Anwendung der Regeln des Bürgerlichen Rechts unterliegt, jedenfalls anfechtbar oder sogar nichtig 64). Damit ist zugleich über das Schicksal des Verwaltungsakts entschieden.

61) Wie oben § 12 näher dargelegt worden ist.

62) Sofern der Kläger in seinen Rechten beeinträchtigt ist. (§ 23 Abs. I MRVO 165.)

63) § 61 MRVO 165.

64) Darüber, ob bei Ausnutzung einer Zwangslage des Betroffenen die Unterwerfung anfechtbar oder sogar nichtig ist, vergl. oben § 10 (insbes. § 27) und unten § 28. - Nach erfolgter Klageerhebung seitens des Betroffenen (wovon hier ausgegangen wird) ist diese Frage theoretisch, weil in der Klageerhebung stets auch die Anfechtungserklärung analog § 143 I BGB zu erblicken ist.

Vielleicht besteht stets schon ein Verdacht, daß die Unterwerfung nicht auf einer freien Willensentscheidung beruhen könne, wenn jemand gegen einen Verwaltungsakt klagt, dem er sich zunächst unterworfen hatte.

Es sei, um ein neues Argument für die Zulässigkeit der Unterwerfung anzuführen, daran erinnert, daß die Verwaltung primär Verwirklichung der Staatsziele ist, wozu das Gesetz lediglich als Mittel dient 65). Aus dieser Sicht ist es vorstellbar, daß die Verwaltung zur Erreichung des von ihr verfolgten Zieles eine Maßnahme ergreifen muß, für die eine gesetzliche Grundlage nicht vorhanden ist 66). Natürlich kann die Verwaltung über ihre Spitze das fehlende Gesetz initiieren; sie wird dies im Regelfall auch tun. Der Weg der ordentlichen Gesetzgebung ist jedoch zeitraubend; das kann umso schwerer wiegen, als es sich möglicherweise um einen Sachverhalt handelt, der raschen Verwaltungshandelns bedarf. Vielleicht handelt es sich aber auch um einen offensichtlichen Einzelfall, für den das Inbetriebsetzen der Gesetzesmaschine nicht lohnt. - Was gesagt werden soll, ist, daß die Verwaltung sich immer wieder Situationen gegenüber sehen kann und auch sieht, in denen es ihr an einer gesetzlichen Handhabe mangelt. Es ist nun m.E. utopisch, zu glauben, zur Beseitigung solcher Situationen einen Idealszustand verwirklichen zu können, in dem "sich die Verwaltung stets Gesetzen gegenüber sieht" 67). Freilich wäre dann Problemen wie dem der Unterwerfung der Boden entzogen; die Gefahren der erpresserischen Ausnutzung der Verwaltungsmacht oder der Ungleichbehandlung könnten dann überhaupt nicht entstehen. Aber selbst dem größten menschlichen Genie ist es nicht gegeben, wirklich alle Eventualitäten vorausbedenkend gesetzlich zu regeln.

65) Oben § 21.

66) Beispiel: Massenschnellverkehrskontrollen, die zeitweilig in Dortmund von der Polizei vorgenommen wurden; § 14 PVG gab mangels konkreter Gefahr keine Handhabe.

67) So ANTONIOLLI S. 105.

Das Leben in seiner Vielseitigkeit schafft immer wieder Tatbestände, an die niemand hat denken können. Das erst recht nicht Gesetzesperfektionismus von der Art, wie er heute viel geübt wird, daran etwas ändern kann, liegt in der damit verbundenen kasuistischen Regelung von Einzelmaterien begründet.

Für das Gebiet des Verwaltungsrechts kann man sogar den Erfahrungsatz aufstellen, daß stets die tatsächlichen Verhältnisse erst den Anstoß zur gesetzlichen Regelung einer Materie geben 67a). Treten in einem gewissen Raum einheitliche Lebensumstände auf, die allgemein als Mißstände empfunden werden, so fordert die öffentliche Meinung ein staatliches Eingreifen, damit Abhilfe geschaffen wird. Die Folge ist dann das In-Verwaltung-Nehmen dieses Mißstandes durch den Staat; zu diesem Zweck tritt jetzt der Gesetzgeber in Tätigkeit. Ein Zurückverfolgen der verwaltungsrechtlichen Gesetzgebung Deutschlands oder eines seiner Teilgebiete 68) um die letzten fünfzig bis hundert Jahre bestätigt diese Regel; man denke z.B. an die Sozialversicherung oder an den Lastenausgleich.

Bleibt es also eine Unabänderlichkeit, daß der Verwaltung zur Lösung ihrer Aufgaben das Mittel des Gesetzes oft fehlt, so entsteht die Frage, welche anderen Mittel bestehen, deren sie sich zur Erreichung des verwaltungsmäßigen bedienen darf.

In Betracht kommt hier unser Verwaltungsakt auf Unterwerfung. Daneben gibt es noch andere Einrichtungen, die der Verwaltung zur Verfügung stehen, wenn das Gesetz nicht ausreicht: Zu nennen sind das besondere Gewaltverhältnis, der öffentlichrechtliche Vertrag und die Benutzung privatrechtlicher Betätigungsformen 68a).

67a) So auch PETERS in Festschrift für LAFORET S. 19.

68) Für das Ausland gilt in der Regel nichts anderes.

68a) Vor der Gefahr einer Flucht der Verwaltung ins Privatrecht warnen IPSEN in DVBl. 56/464, 602 u. 606 und KRÜGER in DVBl. 55/383.

Tatsache ist nun, daß, wenn man die eine Handlungsmöglichkeit einschränkt, die Verwaltung mit einem Ausweichen in die andere reagiert, weil sie bestrebt ist, sich auf jeden Fall die Kompetenz zu verschaffen, die ihr sonst zur Erreichung ihrer Ziele fehlt.

Erklärt man also den auf Unterwerfung sich stützenden Verwaltungsakt für unzulässig, so ist es demnach zwingende Folge, daß die Verwaltung sich in erster Linie mehr des öffentlichrechtlichen Vertrages und darüber hinaus rein privatrechtlicher Betätigungsformen bedienen wird. Gerade dieses zwangsläufig eintretende Ergebnis läßt aber den Schluß auf ein Argument für den Verwaltungsakt auf Unterwerfung zu, weil das Sich-Gleichstellen des Staates mit den Untertanen größere Nachteile und Gefahren für den Bürger in sich birgt, als sie zugegebenerweise auch bei der Unterwerfung bestehen.

Zur Erläuterung sei eingefügt, daß hier nur gedacht ist an den zwischen der Verwaltung und dem Einzelnen stattfindenden sog. subordinationsrechtlichen Vertrag (69), und zwar gerade dort, wo er nicht durch Gesetz oder Gewohnheitsrecht zugelassen ist. Eine ältere Auffassung lehnte außerhalb dieses Rahmens Verträge auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts strikt ab (70). Die neuere Lehre neigt - mehr oder minder unter dem Zwang der Verwaltungswirklichkeit - dazu, dem öffentlichrechtlichen Vertrag auch darüber hinaus Existenzberechtigung zuzuerkennen (71).

Hauptunterschied zwischen dem auf Unterwerfung sich stützenden Verwaltungsakt und dem öffentlichrechtlichen Vertrage ist, daß bei ersterem die Über- und Unterordnung zwischen Staat und Einzelnen gewahrt bleibt, während sich beim öffentlichrechtlichen Vertrag dem Wesen des Vertrages entspre-

69) Zum Unterschied von dem sog. koordinationsrechtl. Vertrag, der zwischen zwei Trägern der Staatsgewalt abgeschlossen wird: WOLFF Lehrbuch § 44 Ia.

70) So Otto MAYER Archöffr Bd.3/42, FLEINER 8.Aufl.S.211.

71) So WOLFF Lehrb. § 44 Ia, FORSTHOFF 3.Aufl.S.222 ff., PETERS S.153 ff., besonders S. 155.

chend die Kontrahenten auf der Ebene der Gleichordnung begegnen. Bei ihm haben beide Teile Einfluß auf die inhaltliche Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses (72). Beim Verwaltungsakt auf Unterwerfung dagegen bleibt der Wille des Staates immer der überragende (73). Über den Inhalt des Verwaltungsakts entscheidet daher allein der Staat. Deshalb ist der Staat aber auch an den Verwaltungsakt grundsätzlich nicht gebunden. Er kann den Verwaltungsakt einseitig wieder aufheben. - Gemeinsam ist beiden Instituten, daß sie sich auf Gegenstände des öffentlichen Rechts beziehen; daher unterliegen auch beide dem öffentlichen Recht. Auf den öffentlichrechtlichen Vertrag wird aber die Anwendung privatrechtlicher Normen in weitestem Maße zugelassen (74).

Aus alledem ergibt sich zwanglos, daß der Materie des Verwaltungsrechts, dem Gebiet der Über- und Unterordnung, der Verwaltungsakt auf Unterwerfung mehr gemäß ist als der auf Gleichordnung zugeschnittene Vertrag. Als Instrument zur Verwirklichung der Verwaltungsziele im Einzelfall dient daher besser der Verwaltungsakt.

Darüber hinaus haben die gegen die Zulässigkeit der Unterwerfung erhobenen Einwände, es werde dadurch der Staat zu einer erpresserischen Ausnutzung seiner überragenden Macht verleitet, und ferner sei eine ungleiche Behandlung der Untertanen die Folge, m.E. noch größere Berechtigung als Einwände gegen den öffentlichrechtlichen Vertrag (75). Dies ist vor allem dadurch verursacht, daß der Staat durch den öffentlichrechtlichen Vertrag an seine Willenserklärung gebunden wird. Abgesehen von der dadurch eintretenden Bedenke der Entschließungsfreiheit der Verwaltung kann dies zu dem Bestreben des Staates führen, in Ausnutzung seiner Machtposition für sich nur besondere bequeme und wenig verpflichtende Vertragsbedingungen einzugehen.

72) Vergl. WOLFF Lehrbuch § 48 IV.

73) So FLEINER 8.Aufl. S.193.

74) So FORSTHOFF 3.Aufl. S.227.

75) So FLEINER 8.Aufl.S.214, FORSTHOFF 3.Aufl.S.224.

Nochte früher der Öffentlichrechtliche Vertrag von Vorteil für den Rechtsschutz des Einzelnen sein, weil man damals nach herrschender Rechtsprechung Streitigkeiten aus Verträgen ohne Rücksicht auf deren Naturvor die ordentlichen Gerichte ziehen konnte, so ist dieses Argument durch die Einführung der Generalklausel gegenstandslos geworden; darüber hinaus ist heute das verwaltungsgerichtliche Verfahren in erster Linie auf die Anfechtung von Verwaltungsakten zugeschnitten (75a). Der Anfechtungsprozeß ist daher in den Verwaltungsgerichtsgesetzen besser durangebildet als die sog. "sonstigen Streitigkeiten des öffentlichen Rechts" (76).

Angesichts dieser Argumente für die Zulässigkeit der Unterwerfung kann dem von fast allen Gegnern der Lehre vorgetragenen Einwand, daß das öffentliche Recht zwingendes Rechts sei, keine Bedeutung mehr zukommen. Natürlich ist es richtig, daß die Unterscheidung zwischen zwingenden und dispositiven Normen, wie sie im Privatrecht zu treffen ist, dem Verwaltungsrecht unbekannt ist. Bei der Unterwerfung wird das öffentliche Recht aber gar nicht wie dispositives Recht behandelt, in der Art, daß zwei Parteien frei gestaltend über das Gesetz verfügen. Davon könnte höchstens bei einem öffentlichrechtlichen Vertrag die Rede sein. Bei der Unterwerfung handelt es sich immer nur um eine Verschiebung der den Staat von der Sphäre des Einzelnen trennenden Grenze nach einer Seite hin, zum Nachteil des letzteren (76a). Das ist wegen des Charakters des eingreifenden Verwaltungsgesetzes mit Zustimmung des Einzelnen zulässig. Damit ist noch keine Dispositionsfreiheit über die Normen des öffentlichen Rechts geschaffen. Die Unterwerfung stellt daher keine Verfügung über zwingendes öffentliches Recht dar, sie stellt aus dieser Sicht ein aliud dar.

75a) so auch IPSSEN in BVB1. 56/465 und KRÜGER in DVBl. 55/381.

76) So § 22 Abs. I MRVO 165.

76a) Weil die Unterwerfung nur bei eingreifenden Verwaltungsakten wirksam ist: siehe unten § 27.

Das Gegenargument, die Unterwerfung habe eine ungleiche Behandlung der Rechtssubjekte zur Folge, kann allerdings nicht entkräftet werden (77). Gemessen an einer gesetzlichen Regelung, die bei allen Personen, die die gleichen Voraussetzungen erfüllen, die gleichen Rechtsfolgen eintreten läßt, schafft die Unterwerfung nur dort Rechtsfolgen, wo jemand einverstanden ist. - Hingewiesen werden soll jedoch darauf, daß im Rechtsbewußtsein des Volkes eine ungleiche Behandlung dergestalt, daß ein Teil der Bürger ungerechtfertigt eine bessere Behandlung erfährt als die Übrigen, viel schwerer wiegt als der umgekehrte Fall der ungleichen Belastung. Bei der Unterwerfung geht es jedoch, wie noch zu zeigen ist (78), nur um die Frage, ob größere Eingriffe in die Rechts- und Freiheitssphäre des Einzelnen, als das Gesetz sie vorsieht, mit Zustimmung zulässig sind. Hier besteht daher nicht die Gefahr der Bevorzugung eines Einzelnen.

77) Dies Argument gilt ebenso gegen den öffentlichrechtlichen Vertrag.

78) Unten § 27.

Vierter Teil.

Die Grenzen der Heilung fehlerhafter Verwaltungsakte
durch Unterwerfung.

I. Kapitel: Einleitung und herrschende Lehre.

Nach der Bejahung der grundsätzlichen Zulässigkeit des auf die Unterwerfung des Einzelnen gestützten Verwaltungsakts bleibt die Frage offen, ob und inwiefern dieser Grundsatz bei seiner Anwendung Einschränkungen erfährt. Dies Problem soll im folgenden das "der Grenzen der Heilung durch Unterwerfung" genannt werden. Ihm kommt vor allem die größte praktische Bedeutung zu.

§ 25 Notwendigkeit von Grenzen.

Daß der Anwendung des Grundsatzes von der Unterwerfung in der Praxis Grenzen gesetzt sein müssen, über die hinaus der Einzelne sich nicht seiner Rechte begeben darf, bedarf nach dem schon Gesagten 1) keiner näheren Erläuterung: Es ist dies die Gefahr, daß der Einzelne, hat er sich erst einmal vom festen Boden des Gesetzes entfernt, ein Opfer einer mißbräulichen Ausnutzung der Übermacht des Staates wird. Zur Veranschaulichung mag darauf hingewiesen werden, daß selbst dort, wo die Unterwerfung durch Gesetz zugelassen ist, der Staat zur rücksichtslosen Verfolgung seines Vorteils neigt. Man denke an die bekanntermaßen häufig rüde Handhabung des Unterwerfungsverfahrens gemäß § 445 RAO durch die Finanzbehörden.

1) § 10 und § 24.

§ 26 Darstellung der herrschenden Lehre.

Alle Autoren, die die Lehre von der Unterwerfung vertreten, haben auch zu der Frage der Grenzen Stellung genommen.

LABAND hat die Einschränkung gemacht, daß "die Verfügung nicht eine rechtlich verbotene Handlung fordert oder eine gesetzlich vorgeschriebene Handlung untersagt" 2).

Otto MAYER hat bereits in der ersten Auflage seines "Deutschen Verwaltungsrechts" die Frage der Grenzen berührt und hier zuerst eine denkwürdige Ansicht vertreten: Es sei offenbar, daß eine Grenze bestünde; für ihren Verlauf gebe der zivilrechtliche Vertrag Anhaltspunkte, der ja auch Grenzen kenne, bis zu denen z.B. jemand über seine Freiheit verfügen könne: Verbot der lebenslänglichen Dienststelle, Verstoß gegen die guten Sitten. Der Verwaltungsakt auf Unterwerfung habe sich nun an das zu halten, was ein zivilrechtlicher Vertrag auferlegen könne 3). - Bereits in der zweiten Auflage seines Lehrbuchs hat Otto MAYER diesen Gedanken fallen gelassen und hat fortan vertreten, der Verwaltungsakt auf Unterwerfung dürfe Strafbares, Gesetzwidriges und Unsittliches nicht zum Inhalt haben, ferner Freiheitsstrafen und öffentliche Ehrenämter nicht über das gesetzlich Zugelassene hinaus auferlegen 4).

PLEINER hatte zunächst 5) gelehrt, für die Ermittlung der Grenze des Zulässigen sei auszugehen von den Anforderungen die das Gesetz erlaube. An dieser Norm seien die freiwillig übernommenen Verpflichtungen zu messen mit dem Ergebnis, daß die Pflichtenübernahmen ungültig seien, die - watspre

2) LABAND Bd.I 3.Aufl.S.662, Bd.II 5.Aufl. S.195.

3) Bd. I 1.Aufl. S.98 Ann.5.

4) Bd.I 2.Aufl.S.101 Ann.12, 3.Aufl. S.98 Ann.12.

5) Einzelrecht S. 28.

dem Sprachgebrauch - über alles Maß hinausgingen. Diese Meinung hat FLEINER jedoch aufgegeben. Später 6) will er die Unterwerfung grundsätzlich nur dort zulassen, wo der Gesetzgeber ihre Voraussetzungen ausdrücklich geregelt hat - diese Möglichkeit ist problemlos - , oder wo es sich um eine polizeiliche Einschränkung von Freiheit und Eigentum des Einzelnen handelt. Davon abgesehen stellt FLEINER noch folgende Schranken für die Unterwerfung auf:

- Die Nichtigkeit des gegen die guten Sitten verstoßenden Rechtsgeschäfts gelte auch im öffentlichen Recht,
- Eine rechtlich verbotene Leistung dürfe nicht gefordert, eine gesetzlich vorgeschriebene Handlung dürfe nicht untersagt werden.
- Das freie Ermessen dürfe nicht dadurch mißbraucht oder überschritten werden, daß die Verwaltung andere Ziele verfolge oder andere Mittel gebrauche, als das Gesetz sie vorsehe 7).

HATSCHKEK vertritt die Ansicht, der Verwaltungsakt auf Unterwerfung dürfe kein Rechtsverhältnis schaffen, das strafbar, unsittlich oder auch nur gesetzwidrig sei 8).

Walter JELLINEK stellt, wie schon erwähnt 9), auf den vom Gesetz verfolgten Zweck ab mit der Folge, daß die Unterwerfung dort unzulässig sei, wo die Gesetzesschranken als zum Schutz des Einzelnen unbedingt aufgerichtet anzusehen seien 10).

Nach Artikel 64 Abs. II Satz 2 des EWRVO sind der Heilung durch Unterwerfung dann Grenzen gesetzt, wenn der Verwaltungsakt "im Widerspruch mit einer gebietenden Rechtsvorschrift" steht oder "einen gegen die guten Sitten verstoßen-

6) FLEINER 8. Aufl. S. 169.

7) FLEINER 8. Aufl. S. 171.

8) HATSCHKEK-KURTZIG 7. u. 8. Aufl. S. 9.

9) Oben § 18.

10) JELLINEK 3. Aufl. S. 123; ähnlich S. 199 bei der sog. öffentlichrechtlichen Pflichtübernahme.

den Erfolg herbeizuführen geeignet" ist. Nach den Erläuterungen hierzu 11) ist eine Rechtsvorschrift dann gebietend, "wenn die Würdigung, ob der ihr zugrunde liegende Tatbestand für die Entstehung von Rechten oder Pflichten maßgebend ist, dem freien Ermessen der Behörde entzogen ist".

Eine Wiederholung der Leitsätze des EWRVO bringt v. KÖHLER, wenn er für die Grenzen der Unterwerfung folgende Kriterien aufstellt:

- Der Verwaltungsakt darf nicht zu einem rechtlich verbotenen werden.
- Er darf nicht in Widerspruch zu einer gebietenden Rechtsvorschrift geraten.
- Die Erforderlichkeit des Gesetzes, aber nicht das Gesetz selbst kann durch die Zustimmung des Betroffenen beseitigt werden.
- Der Verwaltungsakt darf nicht geeignet sein, einen gegen die guten Sitten verstoßenden Erfolg herbeizuführen.
- Der Verwaltungsakt darf schließlich nicht Rechte oder Freiheiten beeinträchtigen, auf deren Ausübung der Betroffene wirksam nicht verzichten kann 12).

WOLFF legt dar, daß durch Unterwerfung unter einen rechtswidrigen Verwaltungsakt "gesetzliche Verbote (z.B. § 40 Abs. I Gewerbeordnung, § 3 Abs. IV Gaststättengesetz), zwingende Verfahrens- oder Formvorschriften sowie Rechtsätze zum Schutze anderer oder der Allgemeinheit ... nicht umgangen werden" dürfen, und daß "eine Zwangslage o d e r ein Irrtum des Betroffenen ... nicht ausgenutzt werden" darf 13).

Zur Frage der Unterwerfung bemerkt v. TUREGG noch kurz, eine freiwillige Unterwerfung sei insbesondere dann nicht möglich, wenn eine Materie erschöpfend gesetzlich geregelt sei 14). - BENDER 14a) will Heilung durch Verzicht auf die Geltendmachung des Mangels nur zulassen, "wenn dem keine öffentlichen Interessen entgegenstehen."

11) EWRVO S. 298.

12) v. KÖHLER S. 162.

13) WOLFF Lehrb. § 48 IIIa 2; ähnlich Vorlesung S. 74.

14) v. TUREGG 1. Aufl., S. 159.

14a) 2. Aufl. S. 109 f.

II. Kapitel: Eigene Stellungnahme: Aufsuchen von geeigneten Kriterien.

Die eigene Untersuchung des Problems der "Grenzen" soll nicht unmittelbar an die soeben dargestellten Ansichten des Schrifttums anknüpfen, sondern soll einen eigenen Weg gehen. Ziel der Untersuchung ist, für die Grenzen der Zulässigkeit der Unterwerfung ein Kriterium oder wenige Kriterien herauszufinden, die abstrakt, aber doch der Anwendung auf einen praktischen Einzelfall fähig sind. Angesichts eines beliebigen fehlerhaften Verwaltungsakts soll also die Beantwortung der Frage möglich sein, ob eine Unterwerfung diesen Verwaltungsakt heilen könne oder nicht.

Die eigene Untersuchung soll anknüpfen an den Gedanken, ob nicht die Argumente, die oben für die Zulässigkeit der Unterwerfung angeführt worden sind, ¹⁵⁾ auch Rückschlüsse auf die Grenzen der Unterwerfung zulassen.

§ 27 Kriterien aus den Argumenten?

Es liegt nahe, aus den Argumenten für die Zulässigkeit einer Heilung durch Unterwerfung auch die Grenzen dieser Lehre erkennen zu wollen, und zwar aus dem Gedanken heraus, daß die Unterwerfung dort wirkungslos sein müsse, wo diese Argumente für die Unterwerfung im Einzelfall nicht gegeben sind. Ist dieser Gedanke fruchtbar? - Offensichtlich sind von den erwähnten Argumenten für diese Untersuchung nur zwei geeignet, nämlich die Idee, daß das Gesetz einen Schutzzweck erfüllt ¹⁶⁾, und der Nachweis, daß die Unterwerfung dem Rechtsprinzip entspricht ¹⁷⁾.

Es erscheint möglich, aus dem ersteren Argument eine Beschränkung der Unterwerfung in ihrer Zulässigkeit auf eine

15) 3. Teil II. Kapitel.

16) oben § 22.

17) oben § 23.

bestimmte Kategorie von Verwaltungsakten zu gewinnen. Es sei daran erinnert, daß aus der Tatsache, daß nach dem Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung für die Verwaltung das Gesetz nur für einen bestimmten Bereich für erforderlich erklärt ist, sowie aus dem Inhalt dieses Bereichs: Eingriff in Freiheit und Eigentum des Einzelnen, gefolgert worden war ¹⁸⁾, daß das Eingriffe zulassende oder regelnde Gesetz einen Schutzzweck verfolge. - Nach unserer Argumentation konnte die Unterwerfung deshalb an die Stelle des Gesetzes treten, weil der Einzelne damit nur über den ihm gewährten Schutz disponiert. Andererseits muß sich folgerichtig daraus auch ergeben, daß die Unterwerfung dann nur bei Verwaltungseingriffen die Wirkung haben kann, die ihr nach unserer Argumentation zukommt. Da wir aber die Wirkung der Unterwerfung auf V e r w a l t u n g s a k t e untersuchen, lautet die Schlussfolgerung: Eine Unterwerfung ist nur bei eingreifenden Verwaltungsakten ¹⁹⁾ wirksam.

Zu demselben Ergebnis führt auch die Überlegung, daß das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung etwas darüber aussagt, wann die Verwaltung für ihr Handeln ein Gesetz vorweisen muß, nämlich nur bei Eingriffen. Da ja die Unterwerfung die Ersetzung der gesetzlichen Grundlage eines Verwaltungsakts durch eine andere Grundlage darstellt, ist folglich die Unterwerfung dort gegenstandslos oder überflüssig, wo ein Gesetz für die Verwaltung gänzlich erforderlich ist.

18) insbes. oben S. 68.

19) Davon gehen zumindest stillschweigend alle Autoren aus, die die Zulässigkeit der Unterwerfung bejahen. HATSCHKE KURTZIG 7.u.8.Aufl. S. 10 bringt als Beispiel für die Unzulässigkeit der Unterwerfung den Fall, daß eine Stadt einer besonders vermögenden Person für den Fall ihrer Zuzugs Steuererleichterungen zusagt. HATSCHKE erkennt allerdings nicht, daß der Grund für die Unzulässigkeit der Unterwerfung hier darin liegt, daß der betreff. Verwaltungsakt eine Begünstigung enthält.

Diese Argumentation, bis hierher offensichtlich unangreifbar, führt zwangsläufig aber zu der weiteren Frage, ob die Unterwerfung nicht trotzdem auch an die Stelle solcher gesetzlicher Regeln treten kann, die keine Verwaltungseingriffe zum Gegenstand haben, sondern Begünstigungen und dergleichen. Derartige gesetzliche Regeln sind, zumal bei fortschreitender Kodifizierung des öffentlichen Rechts, zur Genüge vorhanden, da naturgemäß der Gesetzgeber bei der Regelung einer Materie nicht nur solche (d.h. eingreifende) Vorschriften erläßt, die die Verwaltung nach dem Gesetzmäßigkeitsprinzip zu einem Handeln haben m u ß . Lautet zwar der Satz für das Gebiet des Nichteingriffs dogmatisch streng, daß die Verwaltung hier lediglich nicht gegen das Gesetz verstoßen dürfe, so führt doch eine subtile gesetzliche Regelung eines bestimmten Verwaltungsgegenstandes, wie schon dargelegt worden ist 20), praktisch zu dem gleichen Ergebnis, wie es auf dem Gebiet der Eingriffsverwaltung gilt: Die Verwaltung kann nur gemäß dem Gesetz handeln. Kann nicht auch hier die Unterwerfung an die Stelle des Gesetzes treten?

Die Antwort kann nur verneinend sein; sie ergibt sich aus der Überlegung, daß im Falle der Ersetzung einer nicht eingreifenden Norm durch Unterwerfung ein Gesetzesverstoß von besonderer und von dem im Fall des fehlerhaften Verwaltungseingriffs gänzlich verschiedener Art vorliegt 21). Das beruht auf der Tatsache, daß das Gesetz, das dem nichteingreifenden Verwaltungsakt zugrunde liegt, einen anderen Sinn hat und einen anderen Zweck verfolgt als das Gesetz auf dem Gebiet des Eingriffs. Es sei hier nicht näher untersucht, welchen möglichen Hauptzwecken ein solches Gesetz dient - die Gewährleistung der Gleichbehandlung aller und die Verwirklichung von Ordnung liegen nahe -, jedenfalls kann man darin nicht eine Schutzvorschrift für

20) oben § 16(S.44).

21) Beispiel: Ein Jagdschein soll einem vierzehnjährigen erteilt werden, dessen Unterwerfung vorliegt. § 17 I Ziffer 1 BfJG schreibt vor, daß ein Jagdschein frühestens einem Sechzehnj. erteilt werden darf; ferner das in Anm. 19) genannte Beispiel.

den Einzelnen erblicken, wie in dem Gesetz, das Eingriffe gegen den Einzelnen regelt oder zuläßt. Angesichts eines andere Zwecke verfolgenden Gesetzes kann eine Unterwerfung daher nicht zu demselben Ergebnis führen, nämlich der Ersetzbarkeit der gesetzlichen Grundlage eines Verwaltungsakts durch die Einverständniserklärung des Betroffenen.

Die Unterwerfung des Einzelnen unter einen nichteingreifenden Verwaltungsakt ist daher entweder gegenstandslos oder wirkungslos. Als Ergebnis bleibt, daß die Unterwerfung zum Zwecke der Heilung des Mangels der gesetzlichen Ermächtigung nur bei eingreifenden Verwaltungsakten zulässig ist. Damit ist eine erste bedeutungsvolle Begrenzung des Anwendungsgebiets der Unterwerfung erkannt, die festzuhalten ist.

Die nächste Frage ist, welche Folgerungen sich aus der Argumentation mit dem Rechtsprinzip für die Grenzen der Unterwerfung ergeben.

Hier kann zunächst einmal auf das verwiesen werden, was oben 22) bereits festgestellt worden ist; Die Verwaltung muß gerade, wenn sie sich auf die Unterwerfung des Einzelnen stützt, die allgemeinen Rechtsgrundsätze beachten, wenn sie sich nicht mit den von ihr verfolgten Zielen in Widerspruch setzen will. Diese allgemeinen Rechtsgrundsätze, die u n m i t t e l b a r e Ableitungen aus dem Rechtsprinzip darstellen, sind vor allem der Grundsatz der Achtung der Würde des Menschen, der der rechtlichen Gleichheit der Menschen, der Grundsatz von Treu und Glauben und das Verbot des Handelns gegen die guten Sitten 23).

So unbestreitbar die Geltung dieser allgemeinen Rechtsgrundsätze kraft ihres Ursprungs im Rechtsprinzip ist, und zwar gerade auch für die Unterwerfung unter einen an Mangel an gesetzlichen Ermächtigung leidenden Verwaltungsakt, so bestehen doch Zweifel, ob man sie als Grenzen für die Unterwerfung in dem eingangs 24) geforderten Sinne ansehen kann

22) S. 74

23) So WOLFF Gedächtnisschrift S.39, Lehrb. § 25 I = 1; siehe auch schon oben § 17.

24) oben S.88.

Das gesuchte Kriterium soll ja im praktischen Einzelfall bei einem beliebigen fehlerhaften Verwaltungsakt die Rechtsfolge, Heilung oder nicht, anzeihen können. Dazu scheinen die allgemeinen Rechtsgrundsätze, jedenfalls nicht allein, nicht fähig zu sein. Der Grund hierfür liegt in der Natur der Rechtsgrundsätze; denn als unmittelbare Ableitungen aus dem Gerechtigkeitsprinzip setzen die Rechtsgrundsätze zu ihrer Existenz nichts anderes voraus als eine Vielheit von Menschen und den Bestand irgendeiner Rechtsordnung²⁵⁾. Als Folge dessen können die Fundamentelnormen auch nur Anwendung finden bei unschwer übersehbaren und bewertbaren, deutlichen Interessenlagen²⁶⁾. Derartige allgemeine, typische Situationen kann man jedoch bei der Unterwerfung des Einzelnen unter eine Verwaltungsmaßnahme nicht generell voraussetzen. Gerade hier können die Interessen von Verwaltung und Einzelnen in komplizierter Weise ineinandergreifen. - Als Folge ergibt sich und als Ergebnis ist daher festzuhalten, daß die allgemeinen Rechtsgrundsätze zur Beantwortung der Frage nach den Grenzen der Heilung durch Unterwerfung allein nicht ausreichen, daß sie dagegen kraft ihrer subsidiären Geltung^{26a)} im Einzelfall zur Auslegung mit herangezogen werden können.

Zuletzt bleibt die Frage offen, welche Folgerungen für die Grenzen der Unterwerfung sich aus der anderen oben²⁷⁾ dargestellten Argumentation mit dem Rechtsprinzip ergeben. Dort war gleichsam als Kehrseite des Argumentes für die Unterwerfung festgestellt worden, daß Freiheit des Einzelnen zur Unterwerfung dann nicht bestehe, wenn ihr objektiv wertvollere Interessen anderer Menschen oder der Allgemeinheit entgegenstehen, die durch eine heilende Wirkung der Unterwerfung verletzt werden würden.

25.) WOLFF Lehrb. § 25 Ia 1.

26.) WOLFF Gedächtnisschrift S.38.

26a.) WOLFF Lehrb. § 25 Io.

27.) oben S. 71 f.

Daß dieser Satz, dessen Richtigkeit wegen seiner unmittelbaren Herleitung aus dem Rechtsprinzip unbestreitbar ist, noch kein Kriterium für die Grenzen der Unterwerfung in dem gewünschten Sinne darstellt, dürfte nach dem Bisherigen offensichtlich sein. Der Grund hierfür besteht in der Schwierigkeit, im praktischen Einzelfall die objektive Höherwertigkeit und damit Vorzugswürdigkeit der Interessen der anderen Menschen oder der Allgemeinheit festzustellen. Es gelten hier alle Vorbehalte, die beim Gerechtigkeitsprinzip und bei den allgemeinen Rechtsgrundsätzen bezüglich der praktischen Möglichkeiten einer objektiven Interessenbewertung gemacht werden mußten.

Es erscheint aber möglich, den Satz, daß die Wirkung der Unterwerfung ihre Grenzen finde an vorzugswürdigeren Interessen anderer Menschen oder der Allgemeinheit, durch ein In-Beziehung-Setzen mit der Rechtsordnung konkreter und damit praktikabler zu gestalten. Es liegt auf der Hand, daß man die Schwierigkeiten einer Interessenbewertung dadurch vermeiden kann, daß man auf bestimmte Rechtsgrundsätze einer (bestehenden) Rechtsordnung Bezug nimmt; denn eine Rechtsordnung ist die Realisierung des Gerechtigkeitsprinzips in Einzelnormierungen²⁸⁾, einen Rechtsakt (im materiellen Sinne) vorausgesetzt. Auf diese Weise gelangt man zu dem Satz, daß durch eine Unterwerfung Rechtsätze zum Schutze anderer Menschen oder der Allgemeinheit nicht umgangen werden dürfen²⁹⁾.

Es wird nicht verkannt, daß man mit diesem Satz zwar die Schwierigkeit der Interessenbewertung aus dem Wege geräumt hat, daß man sich aber jetzt einer anderen Schwierigkeit

28) So WOLFF in Gedächtnisschrift S.35.

29) So WOLFF Lehrb. § 48 IIIa 2; Negative Formulierung. Bei positiver Formulierung (WOLFF Lehrb. § 51 Va) ist die Unterwerfung insbesondere dann zulässig, wenn der Verwaltungsakt gegen einen Rechtsatz verstoßen hat, der den Schutz des Betroffenen dient.

30) Auf die SCHOENBORN S.61 besonders hingewiesen hat.

gegenübersieht, nämlich die Rechtssätze zum Schutze anderer oder der Allgemeinheit als solche zu erkennen. Doch erscheint diese Schwierigkeit gegenüber jener geringer; sie kann in Kauf genommen werden, wenn man in Betracht zieht, daß hiermit ein engerer Kreis von Rechtssätzen erfaßt werden soll, als er durch die Idee von Schutzzweck des eingreifenden Verwaltungsgesetzes bereits festgelegt ist. Die Konsequenz daraus lautet ja, wie dargelegt worden ist, daß eine Unterwerfung nur bei eingreifenden Verwaltungsakten Wirkung haben kann.

Unter Rechtssätzen zum Schutze anderer oder der Allgemeinheit sind daher einschränkend nur solche zu verstehen, die - auf dem Gebiete des Verwaltungseingriffs - dem besonderen Schutz einer bestimmten Person oder eines bestimmten Personenkreises dienen sollen, also nicht nur dem Interesse der Allgemeinheit an einem generell ordnungsgemäßen Zustand. Vielfach sind solche Rechtssätze indiziert durch eine besondere räumliche oder sonstige Abhängigkeit verschiedener Personen von einander. Beispiele bieten hier vor allem das Baurecht oder das Wasserrecht, soweit es z.B. die Licht- und Luftzufuhr des Nachbarn bzw. die Wassernutzung anderer Anlieger sichert.

Beispiele:

- * Eine Bauerlaubnis für ein Haus enthält die Auflage, auf der Grenze des Grundstücks eine Mauer von bestimmter Höhe zu errichten. Das geltende Baurecht sieht zwar unter besonderen Umständen die Bebaubarkeit der Grenze vor, diese Umstände sind aber im vorliegenden Fall nicht gegeben. Die nicht rechtlich unmögliche 31), aber rechtswidrige Auflage könnte durch die Unterwerfung des Baulustigen nicht geheilt werden, weil die Auflage auch den Nachbarn beeinträchtigt 32).

31) siehe dazu unten § 30.

32) Aus demselben Grunde billigt man in solchen oder ähnlichen Fällen dem Nachbarn ein formelles Recht zur Klage gegen die erlassende Behörde zu (sog. Nachbar-klage); Der Nachbar ist hier im Sinne des § 23 Abs. I der VO 165 in seinen Rechten beeinträchtigt; Vergl. BACHOP in SJZ 1948 Sp.749 f.; KRÜGER in DVBl.55/381; neuerdings OVG Münster in NJW 58/354 (Vornahseklage!) und GELZER in NJW 58/325 ff.

- * Ein Verwaltungsakt verlangt von einem Flußanlieger, der ein gültiges Wassernutzungsrecht besitzt, die Wasserentnahme auf eine bestimmte Tageszeit zu beschränken. Der Verwaltungsakt ist rechtswidrig, weil gültige Wasserrechte nicht nachträglich in dieser Weise eingeschränkt werden können, aber nicht rechtlich unmöglich, weil der Verwaltungsakt als Auflage bei einer Neuverleihung eines Wasserrechtes zulässig sein könnte. - Im vorliegenden Fall unterwirft sich der Inhaber des Wasserrechtes jedoch und stellt sich auf den Verwaltungsakt derart ein, daß er seinen Wasserverbrauch innerhalb der ihm zugestandenen Zeit entsprechend erhöht. Dadurch wird jedoch den anderen Flußanliegern das Wasser entzogen. - Wegen der Beeinträchtigung der anderen Flußanlieger ist die Unterwerfung hier gleichfalls wirkungslos.

Der Satz, daß die Unterwerfung ihre Schranken finde an Rechtssätzen zum Schutze anderer oder der Allgemeinheit, die auf diesem Wege nicht umgangen werden dürfen, erweist sich daher als ein weiteres Kriterium für die Grenzen der Heilung durch Unterwerfung. Ihm kann - bei einschränkender Auslegung - auch die geforderte Anwendungsfähigkeit im Einzelfall zuerkannt werden.

Aus den Argumenten für die Zulässigkeit der Unterwerfung konnten somit auch zwei Kriterien für die Grenzen unserer Lehre entwickelt werden. - Damit ist aber offensichtlich das Problem der "Grenzen" noch nicht erschöpft.

Die weitere Untersuchung unseres Problems könnte man nach den verschiedenen formalen Möglichkeiten zur Erkenntnis eines Kriteriums für die Grenzen der Unterwerfung gliedern. Nach rein theoretischer Überlegung bestünden folgende Möglichkeiten:

- * Das Kriterium steckt im Verwaltungsakt; insbesondere ist die Unterwerfung auf eine bestimmte Art von Verwaltungsakten beschränkt.
- * Das Kriterium ergibt sich aus dem Gesetz.
- * Das Kriterium liegt - es handelt sich ja um die Heilung fehlerhafter Verwaltungsakte - in der Art des Verstoßes des Verwaltungsaktes gegen das Gesetz begründet.

Diesem Gedankenchema soll die weitere Untersuchung folgen. - An dieser Stelle kann aber bereits festgestellt werden, daß ein Nachgehen der zuerst genannten Möglichkeit offensichtlich unergiebig ist. Am Anfang dieses Paragraphen war aufgrund einer anderen Fragestellung bereits erkannt, daß die Unterwerfung nur bei eingreifenden Verwaltungsakten wirkungsvoll ist. Damit ist eine Beschränkung der Unterwerfung auf eine bestimmte Art von Verwaltungsakten bereits gewonnen. Weitere Kriterien, die auf eine bestimmte Art von Verwaltungsakten abstellen, sind nicht ersichtlich.

Davon abgesehen sind von unserem Schema die Kriterien nicht erfaßt, die sich primär auf die Unterwerfungserklärung als solche beziehen. Sie sollen zuvor noch untersucht werden.

§ 28 Kriterien bezüglich der Unterwerfungserklärung.

Es ist bereits dargelegt worden, daß die Unterwerfung als solche dem Oberbegriff der verwaltungsrechtlichen Willenserklärung untersteht und deshalb in ihrer Rechtsbeständigkeit weitgehend nach Regeln des Bürgerlichen Rechts, analog angewandt, zu beurteilen ist 33). Aus diesem Grunde sind die Kriterien, daß durch die Unterwerfung kein gegen die guten Sitten verstoßender Erfolg herbeigeführt werden dürfe 34), und daß durch sie auch eine Zwangslage oder ein Irrtum des Betroffenen nicht ausgenutzt werden dürfe 35), primär von Bedeutung für die Gültigkeit der Unterwerfung als solche. Im Falle, daß die Unterwerfung einen gegen die guten Sitten gerichteten Erfolg herbeiführt, ist die Rechtsfolge Nichtigkeit der Unterwerfung analog § 136 I BGB; sie ist somit unabhängig vom Willen des Betroffenen, der unter Umständen selbst ein Interesse am Verwaltungsakt hat.

33) oben § 10.

34) So WOLFF Vorlesung S.74; Art.64 II, 2 EWVRO; Otto MAYER Bd.I 3.Aufl. S.98; FLEINER 8.Aufl.S.171; HATSCHKE-KURTZIG 7.u.8.Aufl. S.9; v.KÖHLER S.162.

35) WOLFF Lehrb. § 48 IIIa 2, auch § 30 IIB 3.

Befand sich der Private bei Abgabe der Unterwerfungserklärung in einem Irrtum, so kann er die Unterwerfung analog § 119 BGB anfechten 36).

Hat die Verwaltung aber die Unterwerfung des Privaten in Ausnutzung ihrer Übermächtigen Stellung, d.h. durch Ausnutzung einer Zwangslage der Zivilperson herbeigeführt, so könnte auch in diesem Falle der Einzelne analog § 123 BGB die Unterwerfung nur durch eine Anfechtung beseitigen. Dies Ergebnis ist bedenklich, weil der Betroffene sich in solchen Fällen häufig scheuen wird, die Behörde durch die Anfechtung zu verärgern. Hier scheint es angemessener zu sein, in Gegensatz zur Regelung des Bürgerlichen Rechts mit Rücksicht auf die anders gearteten Verhältnisse in der Verwaltung - wegen der Ungleichartigkeit von Verwaltung und Zivilperson -, gleichfalls Nichtigkeit der Unterwerfungserklärung anzunehmen. Zur Begründung könnte man sich darauf berufen, daß die vom Staat gewaltsam oder unter Ausnutzung einer Zwangslage herbeigeführte Unterwerfung des Einzelnen, anders als bei Irrtum und arglistiger Täuschung, überhaupt keine eigene Willenserklärung des einzelnen darstellt 37). - Das gleiche Ergebnis müßte dann auch gelten, wenn nicht nur ein Irrtum des Betroffenen vorliegt, sondern wenn die Behörde diesen Irrtum auch gekannt und ausgenutzt hat.

Festzuhalten ist, daß die Unterwerfung jedenfalls wirkungslos sein muß, wenn sie unter Ausnutzung einer Zwangslage oder eines Irrtums des Betroffenen zustande gekommen ist 38). Nach der hier vertretenen Ansicht beruht diese Wirkungslosigkeit schon auf der Ungültigkeit der Unterwerfungserklärung als solcher.

§ 29 Kriterium aus dem Gesetz?

Nach unserem Schema erhebt sich als nächstes die Frage:

36) Man denke vor allem an den bereits oben S.27 f. genannten Fall, daß der Betr. glaubte, der Verwaltungsakt beruhe auf einer gesetzl. Ermächtigung.

37) So Hess.VGH in DV 1949/501.

38) So WOLFF Lehrb. § 48 IIIa 2, § 51 Va.

Wie steht es mit der Ableitung eines Grenzkriteriums aus dem Gesetz?

Hier sind zunächst Gedanken darüber am Platz, welches Gesetz - in einem besonderen Sinne - bei der Prüfung der Wirkung einer Unterwerfung unter einen fehlerhaften Verwaltungsakt heranzuziehen sei. Allgemein gilt ja, daß ein fehlerhafter Verwaltungsakt stets außerhalb des Gesetzes steht, weil alle Fehler von Verwaltungsakten auf den Mangel einer gesetzlichen Grundlage zurückzuführen sind 39). Jeder fehlerhafte Verwaltungsakt hat also primär zum Gesetz keine Beziehung. Das schließt jedoch nicht die Möglichkeit aus, den fehlerhaften Verwaltungsakt zum Gesetz in Beziehung zu setzen. Das geschieht jedesmal dann, wenn ein Verwaltungsakt auf Fehlerhaftigkeit geprüft wird. Diese Prüfung ist nichts anderes als ein In-Beziehung-Setzen des Verwaltungsakts mit einer Rechtsnorm, und zwar mit der, auf die der Verwaltungsakt noch am ehesten hätte gestützt werden können 40). An dieser Norm wird der Verwaltungsakt gemessen. Ist das Ergebnis dieses Messens negativ und ist auch sonst keine Norm ersichtlich, die den Verwaltungsakt stützen könnte, so pflegt man die Fehlerhaftigkeit des Verwaltungsaktes, den Mangel einer gesetzlichen Ermächtigung "als Verstoß des Verwaltungsaktes gegen eine Gesetzesnorm" zu bezeichnen.

Dieser Art ist also die Beziehung zwischen fehlerhaftem Verwaltungsakt und Gesetz, und dies vorauszuschließen, erscheint angebracht, wenn man aus dem Gesetz ein Kriterium für die Grenzen der Unterwerfung unter einen fehlerhaften Verwaltungsakt gewinnen will; denn Gesetz kann hierbei nur die Norm sein, die in irgendeiner Beziehung zu dem Verwaltungsakt steht.

39) So WOLFF Lehrb. § 51 IIIb 3.

40) Dies gilt nur bei eingreifenden Verwaltungsakten, weil hier stets zu fragen ist: Entspricht der Verwaltungsakt irgendeinem Rechtsatz? - im Gegensatz zu nicht eingreifenden Verwaltungsakten, wo zu fragen ist: Widerspricht der Verwaltungsakt keinem Rechtsatz?
So WOLFF in MDR 51/526.

Als erstes erhebt sich hier die Frage: wie verhält es sich, wenn das erwähnte In-Beziehung-Setzen des Verwaltungsakts mit einer Rechtsnorm ergibt, daß eine solche Rechtsnorm schlechterdings überhaupt nicht zu finden ist? 40a) Dann besteht eine Beziehung von ganz besonderer Art zwischen Verwaltungsakt und Gesetz, nämlich eine rein negative: Der Verwaltungsakt steht in einem gesetzleeren Raum, in einer gesetzfreien Materie. Von hier ist es bis zu dem Gedanken nicht mehr fern: Die Unterwerfung unter einen Verwaltungsakt muß, wenn überhaupt, dann hier zulässig sein; denn sucht man für die Grenzen der Unterwerfung ein Kriterium aus dem Gesetz, sieht man somit das Gesetz in irgendeiner Weise als Hindernis (und damit als Grenze für die Unterwerfung) an, so könnten dort keine Bedenken bestehen, wo ein Gesetz überhaupt nicht vorhanden ist. Wo sich kein "Gesetz der Materie bemächtigt hat" 40b), kann ein Verwaltungsakt auch mit keinem Gesetz kollidieren, sondern nur, sofern er einen Eingriff enthält, mit dem Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung. Nicht über ein Gesetz, aber wohl über das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung kann der Einzelne durch Unterwerfung verfügen, weil das Legalitätsprinzip zum Schutze des Einzelnen besteht. So sieht es offensichtlich v. KÖHLER, 40c) wenn er fordert: "Die Erfordernisse des Gesetzes, aber nicht das Gesetz selbst, kann durch Unterwerfung beseitigt werden." - Diese Idee beinhaltet, wenn man sieht, auch ein Kriterium "aus dem Gesetz", stellt sie auch auf das Gesetz als Grenze für die Unterwerfung dar, handhabt den Begriff "Gesetz" nur rein negativ.

Diese Argumentation mag auf den ersten Blick unanfechtbar richtig erscheinen. Man übersieht nur dabei, daß Verwaltung

40a) Es erscheint richtig, daß hier ein begrifflicher Unterschied besteht zu den anfangs genannten Fällen, in denen immerhin eine Norm ersichtlich war, an der der fehlerhafte Verwaltungsakt gemessen werden konnte; diesen Unterschied leugnet allerdings ULE in Verw. Arch. 57/87.

40b) Otto MAYER Bd. I 3. Aufl. S. 97.

40c) S. 162.

akte, für die eine gesetzliche Ermächtigung überhaupt nicht zu finden ist, "die den Eingriff in abstracto rechtfertigen könnte", rechtlich unmöglich sind 40d). Es ist aber ausgeschlossen, gerade eine solche Gruppe von Verwaltungsakten für heilbar zu erklären. Dies Ergebnis der Nichtheilbarkeit ist auch in praxi billig, wenn man sich vergegenwärtigt, daß sonst z.B. ein Bürger durch Unterwerfung einem Verwaltungsakt Wirkungskraft verleihen könnte, der befiehlt, ein bestimmtes Denkmal zu grüßen.

Nun könnte man vielleicht noch argumentieren: Heilbar nach dieser Vorstellung sollen solche Verwaltungsakte sein, die auf dem Gebiet einer gesetzlich (noch) nicht geregelten Materie ergehen. Dies ist jedoch keine begriffliche Unterscheidung. Begrifflich vorstellbar ist auf der einen Seite immer nur ein Verwaltungsakt in einer gesetzlich nicht geregelten Materie, der rechtlich unmöglich ist.

Beispiel:

Heranziehung zu einer Luxus-Umsatzsteuer 40e),

oder andererseits ein Verwaltungsakt, der zwar auch in einer gesetzlich nicht geregelten Materie ergeht, aber nicht rechtlich unmöglich ist, weil dieser Verwaltungsakt in abstracto von einer Generalermächtigung gedeckt sein könnte. Dann bietet er rechtlich keine Besonderheiten mehr.

40d) Dies ist also der oben S. 16 Anm. 36 erwähnte "richtige Kern" der Lehre von der Gesetzlosigkeit als Nichtigkeitsgrund: Da alle fehlerhaften Verwaltungsakte am Mangel einer gesetzlichen Ermächtigung leiden, führt/die absolute Gesetzlosigkeit zur Nichtigkeit: WOLFF in MDR 51/526 und Lehrb. § 51 III b 3.

Beispiele: Befehl, ein Denkmal zu grüßen oder am Gottesdienst teilzunehmen; ferner die Beispiele Nr. 1 - 4 in § 31 unten.

Die von WOLFF zur Gesetzlosigkeit vertretene Meinung (zustimmend IPSEN in ArchöfFR 82/136 f.) unterscheidet sich von der vermittelnden Meinung zur Gesetzlosigkeit nur in der Beurteilung der Verwaltungsakte, die sich auf eine existente, aber ungültige Norm stützen: vergl. BACHOP in SJZ 50 Sp. 491 f.

40e) Beispiel von NAUMANN in DV 49/190, der diesen Verwaltungsakt allerdings nicht für nichtig hält.

Beispiel:

Es sind Umstände denkbar, unter denen ein Verbot, am Lenkrad eines Fahrzeuges zu rauchen, von § 14 PVG gedeckt sein könnte (sehr dichter Stadtverkehr, Glätteis oder dergl.), obwohl eine gesetzliche Reglementierung des Tabakkonsums - vom Jugendschutzgesetz abgesehen - nicht besteht.

Nach allem erweist sich somit die Idee, die Grenze für die Unterwerfung dergestalt im Gesetz zu suchen, daß man die Unterwerfung auf die gesetzeslosen Verwaltungsakte beschränkt als nicht brauchbar.

Aus dem Gesetz wollen die meisten der genannten Autoren auch sonst das oder ein Kriterium für die Grenzen der Zulässigkeit der Unterwerfung ableiten. Dies geschieht in der Weise, daß dem Verstoß des Verwaltungsakts gegen ein bestimmtes Gesetz, besser, gegen eine bestimmte Art von Gesetzen, die Wirkung beigegeben wird, daß hier eine Unterwerfung des Betroffenen mit heilender Wirkung ausgeschlossen sei. Es sei darauf hingewiesen, daß hier der Ton auf "Gesetz" liegt, daß also nur aus dem Gesetz die Grenze gewonnen werden soll. 41) 41b)

In erster Linie sind hier die Ansichten zu nennen, die abstellen auf die - wenn man es so bezeichnen will - verschiedene Stärke, die dem Verwaltungsgesetz innewohnen kann, je nachdem, welches Maß von Freiheit und originärer Gewalt es der Verwaltung läßt. Es bedarf wohl keiner näheren Erläuterung und keines weiteren Beweises, daß man - unter Verzicht auf die Beachtung von Feinheiten - verschiedene Stärkegrade des Verwaltungsgesetzes feststellen kann, je nachdem, ob

- * das Gesetz eine Materie genau und bis ins einzelne gehend selbst regelt, erschöpfend regelt, oder ob
- * das Gesetz der Verwaltung durch Überlassung von Ermessensfreiheit Spielraum läßt, oder ob
- * das Gesetz durch Aufstellung von Generalklauseln der Verwaltung befiehlt und damit wegen deren allgemeiner Natur

41) Also nicht aus dem Verstoß oder der Art des Verstoßes. Darüber unten § 30.

41b) Ein Kriterium aus dem Gesetz stellt der oben § 27 bereits gefundene Satz dar, daß durch Unterwerfung Rechtssätze zum Schutze anderer oder der Allgemeinheit nicht umgangen werden dürfen.

der Verwaltung Spielraum läßt⁴²⁾.

Als an eine derartige Einteilung der verwaltungsrechtlichen Normen anknüpfend gehört hierher zunächst die von dem EWVRO⁴³⁾ und von v.KÖHLER⁴⁴⁾ vertretene Lehre, daß Verwaltungsakte, die im Widerspruch mit einer gebietenden Rechtsvorschrift stünden, auch durch Unterwerfung nicht gehilt werden können; denn laut EWVRO ist eine Rechtsvorschrift dann gebietend, "wenn die Würdigung, ob der ihr zugrund liegende Tatbestand für die Entstehung von Rechten oder Pflichten maßgebend ist, dem freien Ermessen der Behörde entzogen ist"⁴⁵⁾. - An ein dem oben dargestellten ähnliches Jochema der verwaltungsrechtlichen Normen scheint auch v.TUREGG zu denken, wenn er feststellt, daß eine freiwillige Unterwerfung dort nicht möglich sei, wo "eine Materie erschöpfend gesetzlich geregelt ist"⁴⁶⁾. Und offensichtlich denkt FLEINER an die Möglichkeit, daß die Behörde sich auf einem bestimmten Gebiet einer gesetzlichen Generalermächtigung gegenüber sieht, wenn er schreibt, daß die Ersetzbarkeit der gesetzlichen Ermächtigung durch die Unterwerfung nur dort stattfindet, wo es sich um eine polizeiliche Einschränkung von Freiheit und Eigentum handelt⁴⁷⁾.

42) Dies geschieht (vergl. § 14 PVG) meist durch Gesetze, die z.T. Ermessensfreiheit lassen, z.T. unbestimmte Gesetzesbegriffe enthalten.

43) Art. 64 II, 2; S. 227.

44) S. 161 f.

45) EWVRO S. 298; ähnl. VGH München in VGHE 67/203 und OVG Hamburg in VRspr. 3/579; auch OVG Hamburg in MDR 52/62.

46) v.TUREGG 1. Aufl. S. 159 mit Beispielen, ähnl. FORSTHOFF 2. Aufl. S. 199, wenn er darauf abstellt, ob "in Ansehung eines bestimmten Gegenstandes die Modalitäten des Verw.-Handelns enumerativ und damit limitativ festgelegt sind u. die Regelung erkennen läßt, daß damit zugleich jedes abweichende Verw.-Handeln ausgeschlossen sein soll". FORSTHOFF sieht hierin ein Nichtigkeitkriterium.

47) FLEINER 8. Aufl. S. 169.

Hierin liegt mit anderen Worten, daß der EWVRO und v.KÖHLER (negativ) die Unterwerfung dort für ausgeschlossen halten, wo der Verwaltungsakt nicht ein Ermessensgesetz verletzt, und v.TUREGG (ähnlich FORSTHOFF) dort, wo eine Materie erschöpfend gesetzlich geregelt ist, während FLEINER (positiv) die Unterwerfung dort bejaht, wo eine Generalermächtigung Grundlage des Verwaltungshandelns ist.

Was ist hierzu zu sagen? - Die soeben genannten Autoren vertreten mehr oder minder voneinander abweichend denselben Grundgedanken, daß die Unterwerfung begrenzt sei auf das Gebiet der freien im Gegensatz zu dem der gebundenen Verwaltung, also dort, wo der Verwaltung durch Ermessensfreiheit und durch Generalermächtigungen Freiheit gelassen ist.

Diese Idee besticht; die ihr zugrunde liegende Überlegung ist greifbar; Durch Unterwerfung wird ein Rechtsverhältnis zwischen Staat und Einzelnen außerhalb des Gesetzes geschaffen, also etwas, das das Gesetz nicht vorsieht. Ein solches Rechtsverhältnis scheint nur dort möglich zu sein, wo das Gesetz selbst nicht genau alle Rechtsverhältnisse und Rechtsbeziehungen in allen Möglichkeiten, Einzelheiten und Abwandlungen vorsieht. Das ist im Verwaltungsrecht das Gebiet des Ermessens und der Generalklauseln. Das Unterwerfende Gebiet ist das der gebundenen Verwaltung. Und es läßt sich ja mit Recht behaupten, daß von gesetzgebender Verwaltung genau das Handeln vorgeschrieben sei. Dies sind die Materien, in denen, wie FORSTHOFF sagt⁴⁸⁾, die Handlungen des Verwaltungshandelns enumerativ aufgezählt sind. Damit sind auch, um mit FORSTHOFF zu sprechen, diese Handlungen limitativ erfaßt, aber doch zunächst einmal nur im Sinne, daß ein von diesem Gesetz abweichendes Verwaltungshandeln rechtswidrig ist. Daß es auch trotz Unterwerfung rechtswidrig sei, daß also hier die Grenze für die Rechtswidrigkeit der Unterwerfung verläuft, ist nun m.E. ein Schluss, der sich nicht logisch zwingend ergibt. Der EWVRO⁴⁹⁾ legt es zu ohne nähere Begründung dar, der Widerspruch einer Ver-

48) Beides überschneidet sich, deckt sich also teilweise.

49) Siehe oben Anm. 46.

50) S. 227.

Rubrik: "Verstoß gegen gebietende Rechtsvorschrift" Fälle genannt werden können, die hinsichtlich der Wirkung einer Unterwerfung nicht gleich behandelt werden können. Welcher ist denn hier der entscheidende Gesichtspunkt?

Einen Fingerzeig gibt vielleicht FORSTHOFF 57), der in solchen Fällen hinsichtlich der Fehlerfolge auf die Wertlage abstellen will, die das verletzte Gesetz geschaffen hat. Im Falle der Kündigung eines Beamten stehe hinter der limitativen gesetzlichen Regelung der Endigungsgründe des Beamtenverhältnisses die Institution des Berufsbeamtentums, dessen Schutz also die schwere Fehlerfolge erheische. Dieser Gedanke ist angesichts des vorliegenden Falles sicherlich richtig; es muß aber bezweifelt werden, ob damit ein praktisch verwertbares Kriterium gefunden ist. Denn, genau besehen, ist das Abstellen auf die vom Gesetz geschaffene Wertlage keine Lösung des Problems, sondern eine neue Fragestellung unter einem anderen Aspekt. Im Einzelfall wird die Feststellung der Wertlage auf denselben Ausgangspunkt zurückführen wie die Frage nach den Grenzen der Unterwerfung.

Zusammenfassend bleibt also das Ergebnis, daß das Merkmal "Widerspruch mit einer gebietenden Rechtsvorschrift" ebenso wie die Merkmale, die auf die Grenze zwischen gebundener und freier Verwaltung abzielen, kein stets gültiges Kriterium für die Grenzen der Unterwerfung sein kann. Offensichtlich ist der hierdurch gezogene Rahmen zu eng. Die Brauchbarkeit dieser Kriterien ist daher stark eingeschränkt.

Auch auf ein Gesetzeskriterium stellt JELLINEK ab, wenn er zur Zulässigkeit der Unterwerfung bemerkt, "gewisse (Gesetzes-) Schranken" seien "als zum Schutz des Einzelnen unbedingt aufgerichtet zu verstehen" 58), und wenn er hierin die Grenze

57) 2. Aufl. S. 199.

58) 3. Aufl. S. 123, ähnlich S. 199 f.

für eine wirksame Unterwerfung erblickt. In der Tat paßt es gut zu unserer Idee vom Gesetz als Schutzvorschrift für den Einzelnen, die grundsätzliche Verfügungsfreiheit des Einzelnen über diesen Schutz dort als begrenzt anzusehen, wo eine Gesetzesbeschränkung absolut, unbedingt ist. Hier soll der Einzelne ohne Rücksicht auf seinen Einzelwillen geschützt sein, ähnlich dem Privatrecht, das aus denselben Gedanken z.B. formalen Gehörungsversprechen oder lebenslänglichen Dienstverträgen 59) seine Anerkennung versagt.

Dieses Kriterium ist an sich einwandfrei; es bestehen nur Schwierigkeiten praktischer Natur. Es wird schwer halten, außer im Falle einer ausdrücklichen oder unmißverständlichen Gesetzesbeschränkung, im Einzelfall eindeutig eine Gesetzesvorschrift als absolute oder als relative Schutzbestimmung anzusprechen 60). Man kann auch in Gesetzesformulierungen, je nachdem, ob sie auf ein "Sollen", "Dürfen" "Müssen" oder "Können" hinauslaufen, die Lösung des Problems nicht suchen. Ein "Müssen" wird in aller Regel Gebundenheit der Verwaltung oder ein gesetzliches Verbot anzeigen. "Können", "Dürfen" und "Sollen" deuten fast immer auf Ermessen hin, das der Behörde durch diese Gesetzesvorschrift eingeräumt wird 61); durch ein "Können" wird zwar auch eine behördliche Ermächtigung im engeren Sinne oder ein subjektives öffentliches Recht festgelegt. - Überhaupt würde ein starres Abstellen auf bestimmte Gesetzesformulierungen lediglich Zufallsergebnisse zur Folge haben, zumal unsere Gesetzessprache nicht einheitlich ist.

Daß nach alledem, was bisher über Kriterien, die aus dem Gesetz abgeleitet werden sollen, gesagt wurde, ein Kriterium wie Gesetzeswidrigkeit 62) oder "Entgegenstehen öffent-

59) §§ 518 und 624 BGB.

60) Eine Ausnahme hiervon gilt für unbedingte gesetzliche Verbote; darüber noch unten § 30.

61) Vergl. hierzu insbesondere WOLFF Lehrbuch S. 31 IIb, d.

62) Otto MAYER Bd. I 3. Aufl. S. 98; HATSCHEK-KURTZIG 7. Aufl. S. 9.

licher Interessen" 62a) völlig unbrauchbar ist, bedarf wohl keiner näheren Erläuterung. Aber auch der Satz, daß der Verwaltungsakt denn trotz Unterwerfung ungültig bleibe, wenn er eine rechtlich verbotene Handlung fordert oder eine gesetzliche vorgeschriebene Handlung untersagt 63), ist nicht scharf genug. Es kann hierin liegen, daß außerhalb des Gebietes, auf dem der Verwaltung Ermessen eingeräumt ist, eine Unterwerfung wirkungslos sein soll 64). In der Formulierung kann aber auch auf gesetzliche Verbote abgezielt sein. Damit ist etwas ganz anderes gesagt. Auf jeden Fall entbehrt dies Kriterium schon der nötigen Klarheit in sich; das Prädikat der Brauchbarkeit kann ihm schon aus diesem Grunde schwerlich zugesprochen werden.

§ 30 Kriterium aus der Art des Verstoßes des Verwaltungsaktes gegen das Gesetz.

Festzuhalten ist danach als Zwischenergebnis, daß ein brauchbares Kriterium für die Grenzen der Unterwerfung unter den soeben betrachteten Kriterien, die in irgendeiner Weise auf das Gesetz abstellten, nicht gefunden wurde. Entweder war nach der einen Formel der Unterwerfung ein zu enger Raum gelassen, oder die anderen Formeln erlaubten nicht, wie es unser Ziel ist, die unmittelbare praktische Anwendung auf den Einzelfall mit der Folge eines sicheren, d.h. spekulations- und zufälligkeitfreien Ergebnisses.

Unter einem Wechsel der Taktik soll nun versucht werden, der Problematik von einer anderen Seite her näherzukommen, selbst wenn noch nicht sämtliche im Schrifttum aufgestellten und oben erwähnten 65) Kriterien in der bisherigen

62a) BENDER 2. Aufl. S. 109 f.

63) LABAND Bd. II 5. Aufl. S. 195; FLEINER 8. Aufl. S. 171.

64) Darüber war oben zu Beginn dieses Paragraphen das Nötige schon gesagt.

65) § 26.

Weise untersucht worden sind 66). Die noch offene Möglichkeit war ja, daß das Kriterium im Verhältnis von fehlerhaften Verwaltungsakt und Gesetz zueinander begründet liegt. Das bedeutet also die Frage des Verstoßes, genauer der Art des Verstoßes des Verwaltungsaktes gegen das Gesetz.

Um weiterzukommen, erscheint es angebracht, sich eines Beispiels zu erinnern, das soeben bei Untersuchung des Kriteriums "gebietende Rechtsvorschrift" genannt worden ist. Dort war der Fall der versehentlichen Pensionierung eines Beamten vor Erreichung der Altersgrenze dem Fall der Kündigung eines auf Lebenszeit angestellten Beamten gegenübergestellt. Obwohl es sich in beiden Fällen um die Verletzung einer gebietenden Rechtsvorschrift durch den betreffenden Verwaltungsakt handelt, erscheint - zunächst rein gefühlsmäßig - der erstere Fall durch Unterwerfung heilbar, während eine Unterwerfung offensichtlich die Kündigung des Beamtenverhältnisses nicht retten kann. Bei Verletzung einer gebietenden Rechtsvorschrift kann demnach durchaus Wirkungslosigkeit der Unterwerfung die Folge sein, sie braucht es nur offensichtlich nicht in allen Fällen zu sein. Worin unterscheiden sich denn die genannten beiden Beispiele, wenn nicht an der gebietenden Rechtsnorm? Offensichtlich handelt es sich um zwei voneinander verschiedene Arten von Verletzung derselben Gesetzesart. Im Beispiel 1 (Pensionierung vor Erreichung der Altersgrenze) ist auf einen Tatbestand, den das Gesetz aufstellt, ein falscher tatsächlicher Lebenssachverhalt angewandt worden. Man spricht hier von einem Subsumtionsfehler. Unter diesem Gesichtspunkt betrachtet muß man beim Beispiel 2, der Kündigung eines auf Lebenszeit angestellten Beamten, feststellen, daß ein vom Gesetz ge-

66) Dies geschieht aus Gründen des Aufbaus. In der Hauptsache sind noch folgende Kriterien offen: Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot, Verstoß gegen ein Strafgesetz, Verstoß gegen zwingende Form- und Verfahrensvorschriften, Beeinträchtigung eines unverzichtbaren Rechts.

schaftener Tatbestand, auf den der vorliegende Sachverhalt Anwendung finden könnte, überhaupt nicht vorhanden sein kann. Hier liegt also kein Subsumtionsfehler, sondern ein "Gesetzesfehler" dergestalt vor, daß für diesen Verwaltungsakt überhaupt keine Gesetzesgrundlage vorhanden ist.

In unseren Beispielen steht also der Fall, daß der Verwaltungsakt unter einen vorhandenen gesetzlichen Tatbestand einen Sachverhalt subsumiert, der in der Wirklichkeit nicht oder nicht so besteht, dem Fall gegenüber, daß der Verwaltungsakt angesichts eines Sachverhalts einen gesetzlichen Tatbestand voraussetzt, der überhaupt nicht existiert 67). Kurzer, aber nicht ganz so scharf gesagt, fehlt der eine Verwaltungsakt im Tatsächlichen, der andere im Gesetz. Es handelt sich hierbei offensichtlich um zwei grundverschiedene Arten von Gesetzesverstößen, von denen der letztere, die (scheinbare) Anwendung einer gar nicht vorhandenen Gesetzesnorm, vom Gesetz her gesehen als der schwerere Verstoß angesehen werden muß; dann bezieht sich der eine Verwaltungsakt wenigstens noch auf das Gesetz, wendet es nur falsch an, so ignoriert der andere Verwaltungsakt das Gesetz vollkommen.

In diesen durch Abstraktion aus unseren beiden Beispielen gewonnenen Merkmalen bezüglich der Art und Schwere von Gesetzesverstößen kann man nun den Grund dafür erblicken, weshalb man in dem einen Fall eine wirksame Heilung durch Unterwerfung anzunehmen bereit war und in dem anderen Falle nicht. Wegen der Schwere der Gesetzesverletzung sah man - bislang unbewußt - bei einer Kündigung eines Beamtenverhältnisses eine Heilung durch Unterwerfung als gewissermaßen vom Gesetz für unmöglich erklärt an.

Losgelöst von unserem Beispiel müßte man nun in diesem Kriterium, das abstellt auf die Schwere der Gesetzesverletzung durch den Verwaltungsakt, einen allgemeingültigen

67) Auch in diesem Falle ist dann noch einmal ein Subsumtionsfehler vorstellbar, nämlich bezüglich der Subsumtion unter den hypothetischen Gesetzestatbestand. Das ist natürlich ohne Belang.

Satz für die Grenzen der Heilung durch Unterwerfung erblicken können. Die zur Anwendung auf beliebige andere Fälle erforderliche Abstraktheit ist offensichtlich vorhanden. Auch ist aus unserem bisherigen, d.h. theoretischen Gesichtswinkel kein Moment ersichtlich, warum man nicht allgemein wegen der Schwere des Gesetzesverstößes eines Verwaltungsakts, der einen gar nicht existierenden Rechtssatz zur Voraussetzung macht, für alle derartigen Fälle die Heilung durch Unterwerfung als von der Rechtsordnung für ausgeschlossen ansehen soll. Das bedeutet einerseits, daß ein Verwaltungsakt, der ein gar nicht vorhandenes Gesetz voraussetzt, nicht durch Unterwerfung heilbar wäre; andererseits müßte ein Verwaltungsakt, der angesichts eines bestehenden Gesetzes nur im Tatsächlichen fehlt, einer Heilung durch Unterwerfung zugänglich sein 67a). Das ist also unsere These.

Ob eine derart vorgenommene Unterscheidung nach Stufengraden der Gesetzesverletzung eine allgemeingültige Grenze für die Heilungsmöglichkeit durch Unterwerfung bedeutet, kann allerdings letzten Endes nur an praktischen Beispielen erprobt werden. Bevor wir jedoch dergestalt die praktische Anwendung unserer These versuchen, soll noch auf einige Gesichtspunkte hingewiesen werden.

Man kann den Verwaltungsakt, der einen gesetzlichen Tatbestand voraussetzt, der überhaupt nicht existiert, auch als einen solchen bezeichnen, bei dem die Rechtswidrigkeit bereits unabhängig von der Bezogenheit des Rechts auf den zu entscheidenden Fall besteht, der angesichts gültiger Rechtssätze unter keinen denkbaren Lebensumständen möglich sein kann. Andererseits kann man den Verwaltungsakt, der unter einen (vorhandenen) gesetzlichen Tatbestand nur einen falschen Sachverhalt subsumiert, auch einen Verwaltungsakt nennen, bei dem die Rechtswidrigkeit sich erst bei Anwendung des objektiven Rechts auf den zu regelnden

67a) sofern nicht die Unterwerfung aus einem anderen Grunde wirkungslos ist.

konkreten Lebenssachverhalt ergibt. Aus dieser Gleichsetzung inhaltsgleicher Formulierungen erhellt, daß wir mit der Unterscheidung zweier verschiedener Stärkegrade von Gesetzesverletzungen zugleich die Merkmale für die beiden Hauptgruppen von fehlerhaften Verwaltungsakten, die rechtlich unmöglichen und die mangelhaften Verwaltungsakte, getroffen haben (68). Der ersteren Gruppe gebührt als Rechtsfolge die Nichtigkeit, der zweiten nur eine eingeschränkte Wirksamkeit, die Aufhebbarkeit. Die getroffene Unterscheidung von durch Unterwerfung heilbaren und nicht heilbaren Verwaltungsakten deckt sich also mit der zwischen rechtlich unmöglichen und mangelhaften Verwaltungsakten (69). Die hier aufgestellte These findet also insofern eine Bestätigung, als sie inhaltlich dasselbe wie der oben (69a) festgestellte Satz von der Unheilbarkeit des nichtigen Verwaltungsakts besagt.

Sodann sei darauf hingewiesen, daß von dem Satz, der den rechtlich unmöglichen Verwaltungsakt bezeichnet und der nach unserer These zugleich eine Grenze der Heilung durch Unterwerfung angibt, die restlichen, bisher noch nicht näher betrachteten Kriterien der Autoren zu unserem Problem mit erfaßt werden (70). Unter den Satz, daß ein Verwaltungsakt durch Unterwerfung nicht heilbar ist, der, gemessen an der Rechtsordnung bei beliebiger Sachlage, so wie erlassen niemals rechtmäßig sein kann (71), fallen nämlich als Unterfälle:

68) Vergl. oben § 2, auch WOLFF Lehrb. § 51 Ib, § 51 III und § 51 IV.

69) Nach der Lehre, die nur dem rechtlich unmöglichen Verwaltungsakt als Rechtsfolge die Nichtigkeit zuschreibt; WOLFF in MDR 51/523 ff und Lehrb. § 51 Ib, III.

69a) oben § 3 (S. 8 f.)

70) Siehe oben S. 109 Anm. 66.

71) oder der tatsächlich unmöglich ist; das braucht hier nicht hervorgehoben zu werden.

- Verstoß des Verwaltungsaktes gegen ein gesetzliches Verbot (72),
- Verstoß des Verwaltungsakts gegen ein Strafgesetz (73),
- Verstoß des Verwaltungsakts gegen zwingende Form- und Verfahrensvorschriften (74),
- Beeinträchtigung eines unverzichtbaren Rechts durch den Verwaltungsakt (75).

Die Verletzung eines gesetzlichen Verbots muß den Verwaltungsakt zu einem unmöglichen machen, wenn dies Verbot unbedingt und zwingend ist (76). Diese Einschränkung muß gemacht werden; das Verbot darf also nicht für besondere Lebenssachverhalte Ausnahmen vorsehen. Dann wäre das Verbot nicht strikt. Die Verletzung eines Verbots der letzteren Art würde nur zu Mangelhaftigkeit des Verwaltungsakts führen und wäre durch Unterwerfung heilbar (77).

Beispiele:

- Bei der Erteilung der Gaststättenkonzession durch die Behörde verpflichtete sich der Wirt, keine Gartenkonzerte und Tanzlustbarkeiten abzuhalten. Nach dem früheren § 33 der Gewerbeordnung bedurften Gastwirte für Musikvorträge keiner Erlaubnis (78). Die Behörde konnte der Konzession eine Auflage, die das Verbot von musikalischen Darbietungen enthält, in keinem denkbaren Falle hinzufügen. Zumindest die Auflagenerteilung war rechtlich unmöglich, die Unterwerfung des Wirtes bedeutungslos (79).

72) WOLFF Lehrb. § 48 IIIa 2; v. KÖHLER S. 162; evtl. auch LABAND Bd. II 5. Aufl. S. 195 und PLEINER 8. Aufl. S. 177.

73) Otto MAYER Bd. I 3. Aufl. S. 98; HATSCHER-KURTZIG 7. u. 8. Aufl. S. 9.

74) WOLFF Lehrbuch § 48 IIIa 2.

75) WOLFF Vorlesung S. 74; v. KÖHLER S. 162.

76) So WOLFF Lehrbuch § 51 IIIb 3.

77) Zum Teil wird "zwingend" auch zur Bezeichnung der nicht Ermessen gewährenden Rechtsvorschrift verwandt. Hier wird zwingend nur als Prädikat des Keins Ausnahme machenden, also absolut gesetzlichen Verbotes gebraucht.

78) So ausdrücklich Pr. OVG 17/386, § 33 Gew. O. wurde durch die Bestimmung des Gaststättengesetzes aufgehoben. Heute sind laut § 11 I lit. b) des Gaststätten-Ges. derartige Auflagen ausdrücklich zulässig.

79) RGZ 53/186, allerdings mit privatrechtl. Lösung.

- Die Behörde erteilte im Jahre 1906 einer Gastwirtschaft eine Konzession auf 5 Jahre, nachdem der Wirt selbst die Konzession nur für 5 Jahre nachgesucht hatte. § 40 Abs. I der Gewerbeordnung 80) verbietet generell die Erteilung einer Konzession auf Zeit. Die Befristung (und im Zweifel damit der gesamte Verwaltungsakt) ist rechtlich unmöglich, die Unterwerfung bedeutungslos. 81)
- Eine Gaststättenerlaubnis wurde im Jahre 1884 von der Behörde an die Bedingung geknüpft, daß keine weibliche Bedienung gehalten werde. Der Antragsteller war mit dieser Bedingung einverstanden. § 41 der Gewerbeordnung 82) verbietet generell behördliche Beschränkungen eines Gewerbetreibenden in der Wahl seines Arbeitspersonals. Die Bedingung ist rechtlich unmöglich, die Unterwerfung wirkungslos. 83)
- Der Kläger hatte das Regenwasser vom Dach seines Hauses auf den Gemeindegang abgeleitet. Er wurde durch polizeiliche Verfügung angehalten, "die Regengasse vom Wege abzuleiten". Der Kläger versprach, der Verfügung nachzukommen.
Nach dem lokal geltenden Recht war der Kläger berechtigt,

80) Für Gaststätten gilt heute § 3 Abs. IV des Gaststättengesetzes, der mit § 40 Abs. I Gew. Ordnung gleichlautet.
- Zur Frage der Befristung von Konzessionen mit Zustimmung des Betroffenen
vergl. auch LANDMANN-ROHMER Band II, 11. Aufl. S. 503.

81) Pr. OVG 52/374 mit demselben Ergebnis; ähnlich keine Befristung, sondern Bedingung Pr. OVG 61/345: Erteilung einer Gaststättenerlaubnis, "solange Sie eine Herberge zur Heimat betreiben".

82) Für Gaststätten gilt heute § 17 Abs. II Gaststättengesetz, der mit § 41 Gewerbeordnung nicht gleichlautet.

83) So Pr. OVG 10/288 mit dem gleichen Ergebnis, aber mit zum Teil weitergehender Begründung. Ähnlich Sächsisches OVG in Jahrbuch 17/37: Ungültigkeit einer Auflage, gewisse Angestellte mangels Eignung zu entlassen.

das Regenwasser auf einen öffentlichen Weg abzuleiten. Gilt diese Rechtsnorm ohne Ausnahme und Einschränkungen 84), so ist die Verfügung unmöglich und die Unterwerfung wirkungslos. 85)

Der Fall des Verstoßes eines Verwaltungsaktes gegen ein Strafgesetz ist streng genommen ein Unterfall des Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot 86). Da ein Strafgesetz begrifflich nur unbedingt sein kann, gibt es hier keine Einschränkung: Ein Verstoß gegen ein Strafgesetz führt stets zur Unmöglichkeit und zur Unheilbarkeit durch Unterwerfung.

Beispiel:

- Unter denkbar vielen Beispielen sei hier der Fall einer Bordellkonzession unter der Auflage einer besonderen behördlichen Kontrolle erwähnt, der sich der Konzessionsempfänger unterwirft. § 180 Abs. II StGB ist verletzt 87).

Der Verstoß gegen zwingende, d. h. also keine Ausnahmen vorsehende Form- und Verfahrensvorschriften muß zur Nichtigkeit und Unheilbarkeit des Verwaltungsaktes durch Unterwerfung führen 88).

Beispiele:

für zwingende Verfahrensvorschrift:

- Degradierung eines Beamten im Verwaltungswege ist rechtlich unmöglich, selbst wenn sich der Beamte unterwirft 89).

84) Was sich aus der genannten Entscheidung nicht eindeutig ergibt; der wörtliche Gesetzestext lautete: das Loch muß so beschaffen sein, daß das Regenwasser "entweder auf ein eigenes Grundstück oder auf einen - öffentlichen Weg fällt."

85) OVG Oldenburg in Zeitschrift für Verwaltungs- und Rechtspflege im Großherzogtum Oldenbg., 35. Band S. 13 ff mit demselben Ergebnis, aber weitergehend, Begründg.

86) Vergl. WOLFF Lehrbuch § 51 IIIb 3.

87) Beispiel genannt bei NATSCHER-KURTZIG S. 10

88) So ausdrücklich WOLFF Lehrbuch § 51 IIIb 3.

89) Vergl. hierzu auch unten § 31 Beispiel Nr. 16.

für zwingende Formvorschrift:

- * Die Form der Beamtenernennung ist nicht durch Unterwerfung ersetzbar 90). Ähnlich: Entlassung eines Beamten nur auf dessen mündlichen Antrag hin, obwohl das Gesetz einen schriftlichen Antrag verlangt. 91)

Die durch den Verwaltungsakt auf Unterwerfung bewirkte Beeinträchtigung eines unverzichtbaren Rechts des Betroffenen muß den Verwaltungsakt nichtig und unheilbar machen, wenn das Recht schlechthin, also ohne Ausnahme, unverzichtbar ist.

Beispiel:

- * Entziehung der Ausübung des Wahlrechts ist rechtlich unmöglich 92).

Zu den unverzichtbaren Rechten gehören insbesondere die Grundrechte, jedenfalls dann, wenn sie nicht durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes eingeschränkt werden können 92a). Der Eingriff in ein solches Grundrecht ist dann rechtlich unmöglich.

Beispiele:

- * Die Subventionierung eines Filmproduzenten mittels Filmbürgerschaft geschieht unter der Auflage, daß der Produzent der Subventionsverwaltungsbehörde eine Vorzensur einräumt, oder unter einer Auflage, die den Produzenten nötigt, seine Gewissensfreiheit durch Offenlegung seiner politischen Einstellung preiszugeben. Die (gesetzeskräftigen) Grundrechte der Art. 5 Abs. I Satz 3 und Art. 3 Abs. III GG

90) So WOLFF Lehrbuch § 51 III b 3.

91) Fall des VGH Freiburg in DVBl. 1950/436.

92) Beispiel genannt von v. KÖHLER S. 163 und vom EWRG S. 227. - Die Frage des Verzichts im öffentl. Recht hat allgemein Berührungspunkte und Parallelen mit dem Problem der Unterwerfung. Der Verzicht soll jedoch hier ausklammert bleiben. Das Thema bedürfte einer besond. Untersuchung. Vergl. zum Verzicht SCHOENBORN; Art. 14 EWRG; FORSTHOFF 2. Aufl. S. 228 ff; FLEINER 8. Aufl. S. 178 f.

92a) für die Unverzichtbarkeit der Grundrechte im Verhältnis zum Staat überhaupt: KRÜGER in DVBl. 55/384.

sind verletzt. - Zulässig sind dagegen bei Filmbürgerschaften Auflagen zur Verhinderung von Filmen, die die freiheitliche demokratische Grundordnung des Staates gefährden 92 b).

Damit sind nunmehr sämtliche von den Autoren zu unserem Problem genannten Kriterien untersucht worden. Das Ergebnis läßt sich kurz folgendermaßen zusammenfassen:

Die Unterwerfung unter einen fehlerhaften Verwaltungsakt ist wirkungslos,

1. bei nicht eingreifenden Verwaltungsakten,
2. wenn die Unterwerfungserklärung als solche nicht rechtlich gültig ist,
3. wenn der Verwaltungsakt selbst unwirksam ist, weil er rechtlich unmöglich ist,
4. wenn dadurch Rechtssätze zum Nachteile anderer oder der Allgemeinheit umgangen werden würden.

Alle übrigen Kriterien stellen im wesentlichen entweder als Unterfälle der rechtlichen Unmöglichkeit dar oder sind als praktisch nicht verwendbar anzusehen, wenn man sie nicht sogar als inhaltlich zu eng oder als unrichtig bezeichnen muß.

Die Gegenüberstellung der solchermaßen abgelehnten Kriterien mit dem Satz von der rechtlichen Unmöglichkeit läßt nun zu gleich auch die Fragen, die jene aufgeworfen, aber unbeantwortet gelassen hatten:

Die rechtliche Unmöglichkeit zeigt an, welche Verstöße gegen gebietende Rechtsvorschriften einer Heilung durch Unterwerfung nicht zugänglich sind, nämlich diejenigen, die nicht in der Substanz eines Sachverhalts unter einen Rechtsatz fehlen, sondern im Rechtsatz selbst. Das sind vor allem die Verstöße gegen unbedingt zwingende gesetzliche Verbote, aber selbstverständlich nicht sie allein. Auch wird klar, inwiefern diejenigen Autoren recht haben, die Verstöße gegen Ermessen gewährende Gesetze oder Generalklauseln für durch-

92b) Beispiele von IPSEN in DVBl. 56/505 und 607 f.

durch Unterwerfung heilbar halten; denn es gilt die Regel, daß Ermessensfehler nicht Nichtigkeit, sondern nur Mangelhaftigkeit zur Folge haben 93) und demnach durch Unterwerfung heilbar sind 94). Für Verstöße gegen Generalklauseln gilt Ähnliches; denn beispielsweise eine Verfügung aufgrund des § 14 PVG kann die verschiedensten Lebenssachverhalte zum Gegenstand der Regelung haben, durch die der Verwaltungsakt gedeckt sein kann 95). - Und mit JELLINEK kann man sagen, daß die rechtliche Unmöglichkeit diejenigen Fälle bezeichnet, in denen der Einzelne absolut geschützt werden soll, und in denen das Gesetz auf jeden Fall eine Unterwerfung nicht dulden will 96).

§ 31 Beispiele.

Ist, wie schon festgestellt, 97) der Satz von der rechtlichen Unmöglichkeit ein abstraktes und trotzdem auf den Einzelfall praktisch anwendbares Kriterium, so ist damit noch nicht darüber entschieden, ob insbesondere er als Kriterium für die Zulässigkeit der Unterwerfung auch zu praktisch brauchbaren und vernünftigen, in diesem Sinne also richtigen Ergebnissen führt. Hier sind theoretische Erwägungen nicht weiter am Platze; allein in der Anwendung auf praktische Beispiele kann sich zeigen, ob sich unsere These bewährt.

Vorweg soll noch darauf hingewiesen werden, daß bei einzelnen der im folgenden aufgezählten Beispiele die Frage aufkommen kann, worin eigentlich hier der Verwaltungsakt erblickt werden soll, dem der Betroffene sich unterwirft. Durchaus vorstellbar kann der Einzelfall auch so gelagert sein, daß nur die Erklärung des Betroffenen vorliegt, ein sich darauf stützender Verwaltungsakt aber nicht oder noch nicht erlassen ist. Von einer Unterwerfung im eigentlichen Sinne kann hier mangels eines Objekts einer Unterwerfung nicht gesprochen werden. Es erscheint treffend, diese Fälle unter dem Begriff der einseitigen Verpflichtung zusammenzufassen. Es liegt auf

93) So WOLFF Lehrbuch § 51 IVb 3.

94) Insofern irrt FLEINER (8.Aufl.S.171), wenn er Ermessensfehler für nicht heilbar erklärt.

95) Vergl. JELLINEK 3.Aufl.S.263: "Den gesetzwidrigen Verwaltungsakt deckt vielfach ein mögl.Tatbestand."

96) JELLINEK 3.Aufl.S.123.

97) Oben § 2 (S.2' ff.), und oben § 30 (S.108 ff.).

der Hand, daß, streng genommen, solche Fälle nicht Gegenstand unserer Untersuchung sind; hier im Einzelfall einer stillschweigenden Verwaltungsakt konstruieren zu wollen, hieße dem Sachverhalt Gewalt antun. Andererseits erheilt aber ohne nähere Erläuterung, daß die materielle Problematik der einseitigen Verpflichtung weitgehend mit der des Verwaltungsakts auf Unterwerfung identisch ist. Aus diesen Grunde werden im Schrifttum Fälle einseitiger Verpflichtung häufig denen von Verwaltungsakten auf Unterwerfung gleichgesetzt oder doch im Zusammenhang untersucht 98).

Wegen der Gleichartigkeit des Problems erscheint es unter Zurückstellung formaler Bedenken zulässig, in der Aufzählung der Beispiele gelegentlich einen Fall zu bringen, in dem sich die Behörde auf eine verpflichtende Erklärung des Betroffenen stützt, ohne daß jedoch ein ausdrücklicher Verwaltungsakt erlassen worden ist. Die Frage nach der Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandelns wird hier von der Frage auszugehen haben, ob ein Verwaltungsakt dieses Inhalts rechtlich möglich ist oder nicht.

Unter den Beispielen lassen sich zunächst solche zusammenfassen, bei denen die rechtliche Unmöglichkeit und damit die Unwirksamkeit der Unterwerfung auf absoluter Gesetzlosigkeit beruht. Damit sind also diejenigen Verwaltungsakte gemeint, für die es überhaupt keine gesetzliche Ermächtigung geben kann 99).

Beispiele:

1. Der Privatmann unterwirft sich in einem privatrechtlichen Grundstückskaufvertrag mit der öffentlichen Hand der Verwaltungszwangsvollstreckung bezüglich der der öffent-

98) So vor allem EWRO S.226 f; FLEINER 8.Aufl. S.176 Anm.1 S.171 Anm.20, S. 193 Anm.43, S.155 Anm.28; JELLINEK 3.Aufl. S.199 f behandelt andererseits die von ihm sog. freiwillige Pflichtübernahme gesondert; vor allem auch BÜRGER, Die Verpflichtung, betont das Trennende. Vergl. auch Otto MAYER 3.Aufl. Bd.II S. 253 ff ("Übernommene Vorzugslasten").

99) Vergl. WOLFF Lehrbuch § 51 IIIb 3. Damit wird nicht die Lehre von der Gesetzlosigkeit als Nichtigkeitsgrund anerkannt: Vergl. oben § 6 (insbesondere S.16 Anm.16) und § 29.

lichen Hand aus dem Vertrage zustehenden Rechte. Der Privatkäufer hatte sich u.a. verpflichtet, das Grundstück zurückzugeben, wenn er es nicht innerhalb einer bestimmten Frist bebaut 99a).

Als Verwaltungsakt muß man hier die Zwangsvollstreckungsmaßnahme ansehen, die die Behörde ergreift, um die Rückgabe des verkauften Grundstücks zu erzwingen. M.E. liegt rechtliche Unmöglichkeit vor, weil keine gesetzliche Vorschrift ersichtlich ist, auf die ein Verwaltungsakt, der die Rückfassung eines Grundstücks an die Behörde und Besitzverschaffung verlangt, sich jemals stützen könnte.

2. 1918 wurde durch den Kreis Ulzen laut "Bekanntmachung" des Vorsitzenden des Kreisausschusses der Handel mit Schloschpferden beschränkt. Es wurde eine persönliche Erlaubnis für diesen Handel verlangt, ferner wurde die Genehmigungspflicht für Exporte und die Strafbarkeit von Zuwiderhandlungen festgesetzt. Der Kreis Ulzen verlangte vom Kläger unter Hinweis auf die Erlaubnispflichtigkeit der Ausfuhr eine Gebühr für Pferdefleisch von 10 Pfennig pro Pfund. Der Kläger zahlte zunächst, erhob dann aber Rückzahlungsklage 99b).
- Rechtliche Unmöglichkeit ist zu bejahen. Zwar kann die Verwaltung evtl. auch dort eine Gebühr als Verwaltungskostenbeitrag für einen beantragten Verwaltungsakt festsetzen, wo die Gebührenpflicht nicht ausdrücklich gesetzlich festgelegt ist. Aber hier fehlt es überhaupt an einer gültigen gesetzlichen Grundlage für die Beschränkung des Pferdefleischhandels durch eine Erlaubnispflicht. Exakt genommen ist also hier der Verwaltungsakt, der die Erlaubnis erteilt, rechtlich unmöglich. Damit ist auch die Gebührenfestsetzung als Nebenbestimmung hinfällig 100).
- Das RG hatte den Rechtsweg für zulässig erklärt, da eine Willkürmaßnahme vorliege.

99a) Beispiel von SCHULT und RUBENSOHN in Mecklenb. Zeitschrift 44. Jahrg. Sp. 389 ff.

99b) Fall des RGZ 101/131

100) So WOLFF Lehrbuch § 49 Id für die Auflage.

3. Ähnlich ist folgender Fall: Eine Konservenfabrik hatte gegen eine Kriegswirtschaftsbestimmung verstoßen. Die vorgesehenen gesetzlichen Folgen waren Strafen und Schließung des Betriebes. Um dem zu entgehen, zahlte der Betroffene M. 10.000.-- "Buße", erhob aber später Rückzahlungsklage. 100a)
- Das RG erklärte den Rechtsweg für zulässig, da ein bürgerlich-rechtlicher Vertrag vorliege.

4. Die Reichslederstelle verlangte aufgrund einer ungültigen Verordnung über die Erhebung eines Zwischengewinns vom Kläger einen Zwischengewinn von M. 25.000.--. Der Kläger zahlte, verlangte dann aber Rückzahlung. 100b)
- Dieser Fall ist rechtlich ebenso wie die bisherigen gelagert. - Das RG hatte hier aber den Rechtsweg für unzulässig erklärt, da es nicht über die Gültigkeit der Verordnung entscheiden könne. Es hatte hier auch keine Willkür angenommen.

Unter den Beispielen läßt sich eine weitere Gruppe zusammenfassen, nämlich derjenigen Fälle, in denen es sich um begünstigende Verwaltungsakte mit Nebenbestimmungen, wie Befristungen, Bedingungen, Widerrufsvorbehalten und Auflagen, handelt. Von Bedeutung ist hier vor allem die Auflage.

Zunächst sei betont, daß es sich auch bei den Nebenbestimmungen, die einem begünstigenden Verwaltungsakt beigelegt sind, um eingreifendes Verwaltungshandeln handelt 100c), nur mit der Besonderheit, daß nicht der gesamte Verwaltungsakt, sondern nur ein Teil dessen die eingreifende Maßnahme darstellt. Deshalb wird im folgenden nur dieser Teil des Verwaltungsakts Gegenstand der Untersuchung sein; die Frage von welchem Einfluß die Gültigkeit der Nebenbestimmung auf den gesamten Verwaltungsakt ist, ist dagegen nur von zweitrangiger Natur. Sie beantwortet sich im Zweifel danach, ob der Verwaltungsakt auch ohne die fehlerhafte Nebenbestimmung erlassen worden wäre 101). Derauf kommt es für unsere Untersuchung nicht an.

100a) Fall des RGZ 105/135.

100b) Fall des RGZ 105/38.

100c) So KRÜGER in DVBl. 55/387.

101) So WOLFF Lehrbuch S. 49 Iic und KRÜGER in DVBl. 55/456.

Da es sich bei den Nebenbestimmungen, besonders bei der Auflage 102), um eine eingreifende Verwaltungsmaßnahme handelt, untersteht auch sie dem für solches Verwaltungshandeln geltenden strengen Gesetzmäßigkeitsprinzip. - Hiervon macht insbesondere die Auflage nur scheinbar eine Ausnahme; denn Auflagen werden häufig auch dann Verwaltungsakten beigelegt, wenn das Gesetz sie nicht ausdrücklich für zulässig erklärt. Es wäre falsch, die Auflage schon dann als gesetzlich nicht zulässig anzusehen. Auflagen sind nämlich auch bei Fehlen ausdrücklicher Gesetzesvorschrift dann zulässig, wenn der begünstigende Verwaltungsakt bezüglich seiner Erlassung oder bezüglich einzelner Voraussetzungen seiner Erlassung Ermessenssache ist. Mit anderen Worten: Die Behörde darf dort, wo sie einen begünstigenden Verwaltungsakt kraft rechtmäßiger Ermessenserwägung versagen darf, diesem auch Auflagen beifügen 102a). Es gilt hier eine Ableitung aus dem argumentum a maiore ad minus: Da der Behörde erlaubt ist, als das weitestgehende den Erlaß des Verwaltungsakts überhaupt zu versagen, darf sie auch als ein Geringeres den begünstigenden Verwaltungsakt mit Einschränkungen erlassen 103). Das ist allgemein anerkanntes Rechts 104).

Daher ist eine Auflage bei einem begünstigenden Verwaltungsakt nicht schon dann rechtswidrig, wenn sie im Gesetz nicht ausdrücklich vorgesehen ist, sondern erst dann, wenn sie sich nicht im Rahmen des der Behörde bei Erlaß des Verwaltungsakts eingeräumten Ermessens hält, oder, wenn sie erlassen worden ist, obwohl das Gesetz der Behörde bezüglich dieses begünstigenden Verwaltungsakts

- 102) So ausdrücklich Art. 71 EWVRO.
- 102a) Die Auflage ist damit quasi eine Verobjektivierung des Ermessens, so ANDERSEN S. 346.
- 103) Aber nur dann, wenn die Erteilung unter einer Einschränkung gegenüber der Versagung etwas Geringeres ist, nicht, wenn sie etwas anderes ist: Preuß. OVG 54/436.
- 104) WOLFF Lehrbuch § 31 II d 1, § 49 II b; ANDERSEN S. 339 ff., EWVRO Art. 67 und Art. 72; FORSTHOFF 2. Aufl. S. 175; WOLL S. 42 ff; OVG Hamburg in MDR 53/635; Württ.-Bad. VGH in DVBl. 51/640; IPSEN in DVBl. 56/608; KRÜGER in DVBl. 55/451 f.

oder bezüglich dieser einzelnen Voraussetzung zum Erlaß eines begünstigenden Verwaltungsakts überhaupt kein Ermessen läßt.

Kurz gesagt ist also die Frage der Zulässigkeit von Auflagen im wesentlichen eine Frage des Ermessens. Die Behörde darf nur solche Auflagen hinzufügen, die sich innerhalb des Rahmens des zulässigen Ermessens bewegen. Wie weit hier der Rahmen des Ermessens zu stecken ist, ist dabei eine Frage minderen Ranges. Grundsätzlich gilt, daß die Grenzen des Ermessens durch das in einzelnen angewendete Einzelgesetz festgelegt werden, also innerhalb dessen Zweckes und dessen Zieles liegen müssen 105). - Eine Ausnahme hiervon gilt bei den sog. Ausnahmebewilligungen, auch Dispensationen genannt. Hier dürfen wegen der besonderen Natur der Sache auch weitgehende Erwägungen, als sie das einzelne Gesetz festlegt, z. B. fiskalische, im Rahmen des Ermessens zulässig angestellt werden 106).

Zusammenfassend lautet also das Ergebnis, daß Auflagen (wie Nebenbestimmungen schlechthin) bezüglich ihrer Zulässigkeit nicht von einer ausdrücklichen gesetzlichen Ermächtigung abhängig sind, wenn der Erlaß des begünstigenden Gesamtverwaltungsakts ganz oder zum Teil Ermessenssache ist. Eine Auflage ist erst bei Überschreitung der jeweils gültigen Ermessensgrenze nicht rechtmäßig. Erst dann kann die Frage der Heilung durch Unterwerfung bedeutsam werden 107). Das wird besonders bei öffentlichen Sub-

- 105) PERELS in ArchöfFR NF 6. Bd. S. 97; ANDERSEN S. 345 ff.; z. T. weitergehend WOLFF Lehrb. § 49 II b; gegen ein Abstellen auf den Gesetzeszweck überhaupt: KRÜGER in DVBl. 55/519 mit sehr weitem Rahmen für die Zulässigkeit von Auflagen (insbes. S. 522 ff.)
- 106) WOLFF Lehrbuch § 48 II b; THOMA in Verwaltungsarchiv Bd. 32 S. 247.
- 107) Das wird häufig verkannt; insbesondere EWVRO S. 226, PLEINER 8. Aufl. S. 169 und Otto MAYER Bd. II 3. Aufl. S. 255 wollen die Rechtmäßigkeit einer nicht ausdrücklich gesetzlich vorgesehenen Auflage unmittelbar von der Unterwerfung abhängig machen. Völlig unklar KORNHORN S. 145, S. 157, S. 160.

ventionierungen praktisch, einer gesetzlich noch wenig geregelten Materie. Hier gilt, daß die Verwaltung eine Relation zwischen dem Grund der Subventionierung und dem wirtschaftlichen Verhalten des Empfängers herstellen darf, um die Erreichung des Subventionszwecks zu sichern. Eine diesem Zweck dienende, der Subventionsbewilligung zugefügte Auflage ist daher rechtmäßig (107a). Das verkennt KÜTTGEN, wenn er insoweit auf eine Unterwerfung des Subventionierten abstellt (107b).

Da die Zulässigkeit von Auflagen nach dem soeben Gesagten im wesentlichen eine Ermessensfrage ist, kann schon hier aufgrund rein theoretischer Überlegungen gesagt werden, daß es sich bei Rechtmäßigkeitsfehlern von Auflagen vielfach um Ermessensfehler handeln wird (108). Diese Ermessensfehler müßten eigentlich sämtlich durch Unterwerfung heilbar sein, da Ermessensfehler ja nie zu rechtlicher Unmöglichkeit führen, also auch stets durch Unterwerfung heilbar sind (109) (109a).

Dabei darf aber folgendes nicht übersehen werden: Ist ein begünstigender Verwaltungsakt gänzlich gebunden, d.h., ist der Behörde auch nicht bezüglich einer Tatbestandsvoraussetzung für den Erlaß des Verwaltungsaktes Ermes-

107a) So IPSEN in DVBl 56/504 f. und 608.

107b) KÜTTGEN in DVBl 53/488 u. 490. KÜTTGEN will daher das Verh. zwischen Verw. u. Subventioniertem überhaupt als ein auf Unterwerfung beruhendes besonderes Gewaltverhältnis konstruieren. Dagegen IPSEN in DVBl 56/502 u. 606 f., der anscheinend aber überhaupt die Zulässigkeit von Unterwerfungen auf dem Gebiet der Subventionierungen verneint. Das ginge wiederum in der anderen Richtung zu weit.

108) Zu betonen ist aber, daß Auflagen nicht nur wegen Ermessensfehlern nicht rechtmäßig sein können. Es gelten die allg. Regeln über fehlerhafte Verwaltungsakte. (WOLFF Lehrb. § 49 IIIc).

109) So WOLFF in MDR 51/527, Lehrb. § 51 IVb 5.

109a) Gegen eine Unterwerfung unter rechtswidrige Auflagen grundsätzlich: KRÜGER in DVBl 55/453 mit dem Hinweis, daß weder Verw. noch Einzelner über öffentl. Recht disponieren könnten.

sensfreiheit gewährt, so kann einem solchen Verwaltungsakt bei keiner Sachlage jemals eine nicht ausdrücklich gesetzlich vorgesehene Nebenbestimmung zugefügt werden. Wird trotzdem in diesem Falle eine gesetzlich nicht vorgesehene Nebenbestimmung hinzugefügt, so tritt an dem Verwaltungsakt objektiv etwas hervor, was niemals, gemessen am Gesetz, rechtmäßig sein kann. Deswegen muß eine solche Nebenbestimmung nichtig sein.

Was nun die Beispiele für rechtswidrige Nebenbestimmungen begünstigender Verwaltungsakte angeht, so sei zunächst noch einmal an einige der für den Verstoß eines Verwaltungsakts gegen ein zwingendes gesetzliches Verbot und gegen ein unverzichtbares Recht gebrachten Beispiele (110) erinnert. Die Erteilung einer Gaststättenkonzession unter gleichzeitigem Verbot der Veranstaltung von Gartenkonzerten und Tanzlustbarkeiten (111) ist ein Beispiel für eine Erlaubnis unter einer Auflage, und zwar einer wegen Verstoßes gegen ein zwingendes gesetzliches Verbot unheilbar rechtswidrigen Auflage. Rechtlich gleich belangert ist der Fall der Gaststättenkonzession unter der Bedingung des Nichthaltens weiblichen Personals (112). Der Fall einer wegen Verstoßes gegen ein zwingendes gesetzliches Verbot unmöglichen und damit unheilbaren Befristung ist die Erteilung einer Gaststättenkonzession auf begrenzte Zeit (113). Wegen Verstoßes gegen ein unverzichtbares Grundrecht unmöglich war die Auflage bei einer Filmbürgerschaft, eine Vorzensur zu gestatten (113a).

Weitere Beispiele für Nebenbestimmungen sind:

- 5. Der Kläger erhielt mehrere Baukonsense verschiedener Art, u.a. für eine Brettschneideanlage, unter der "Bedingung", daß er auf seinem Grundstück an der Straßenfront binnen Jahresfrist ein Wohnhaus errichte. Der Kläger machte von den Konsensen Gebrauch, baute aber das Haus nicht. Die Verwaltungsbehörde suchte den Bau des Hauses zu erzwingen. Hiergegen richtet sich die Klage (113b).

110) Oben § 30 S. 113 - 116.

111) Oben S. 113 Fall des RGZ 53/186.

112) Oben S. 114, Fall des Preuß. OVG 10/288.

113) Oben S. 114, Fall des Preuß. OVG 52/374.

113a) Oben S. 116.

113b) Preuß. OVG 4/375.

Das Gericht legt dar, daß die Behörde nach den gesetzlichen Bestimmungen (Verunstaltungsgesetze) sich in der Wahl des richtigen Mittels vergriffen habe. Zur Verhütung von Verunstaltungen hätte auch das Verlangen, eine Bretterwand zu errichten, seinen Zweck erfüllt. Dem Umstand, daß der Kläger die Konzesse angenommen und Gebrauch von ihnen gemacht habe, mißt das Gericht keine Bedeutung bei 114). - Es handelt sich hier um eine (selbständig erzwingbare) Auflage, die wegen Unangemessenheit ermessensfehlerhaft ist. Dieser Fehler wird aber durch die Unterwerfung des Klägers geheilt, die mindestens stillschweigend durch die Annahme der Konzessionen erklärt ist.

6. Einem Theaterbetrieb wird die Konzession unter der Auflage der Stellung einer Kautionserteilt, die zur Sicherung der Verpflichtungen des Theaterunternehmers gegenüber seinem Personal dient. Der Theaterunternehmer erklärt sich einverstanden 115).

Nach dem früheren § 32 der Gew.O. 115a) bedurften Schauspielunternehmer einer Erlaubnis, deren Erteilung im Ermessen der Behörde stand. Die mit der Auflage verfolgten Zwecke - Arbeitnehmerwohlfahrt - legen offensichtlich nicht innerhalb der Zweckbestimmung eines Konzessionszwanges für Theaterbetriebe. Eine Auflage war aber an sich rechtlich möglich; die ermessensfehlerhafte Auflage wird durch die Unterwerfung geheilt.

7. Die Ortspolizeibehörde gestattet einem Kinobesitzer die Vorführung eines Filmes über Tagesereignisse unter der Auflage, daß Kinder von der Aufführung ausgeschlossen sind. Der Kinobesitzer ist einverstanden 116).

114) Der Entscheidung stimmen zu: Otto MAYER Band I 1. Aufl. S.299 Anm.19., FLEINER Einzelrecht S.28, KORMANN S.158.

115) Beispiel genannt von HATSCHKE-KURTZIG 7.u.8.Aufl.S.9 (mit Zitaten); EWVRO S.226; LASSAR S.58.

115a) aufgehoben 1934.

116) von HATSCHKE-KURTZIG 7.u.8.Aufl. S.9 als Beispiel für einen zulässigen Verwaltungsakt auf Unterwerfung genannt.

Nach heute geltendem Recht gibt es keine besondere, einem Kinobesitzer von der örtlichen Behörde zu erteilende Genehmigung für Filme mehr 116a). Der Fall ist heute also nicht mehr aktuell. Nach § 6 des Lichtspielgesetzes vom 12.5.1920 116b) gab es für "Bildstreifen über Tagesereignisse" eine von der Ortspolizeibehörde zu erteilende Genehmigung. Nach dem Gesetzeswortlaut war diese Genehmigung eine gebundene; doch war zur Vorführung vor Jugendlichen unter 18 Jahren eine besondere Genehmigung erforderlich 116c). Danach war die Auflage im genannten Beispiel als Versagung der Sondergenehmigung für Jugendliche rechtlich möglich. Auf die Unterwerfung kam es nur dann an, wenn die Versagung der Sondergenehmigung aus irgendeinem Grunde fehlerhaft war.

8. Ein Schweineversicherungsverein erhält die Erlaubnis, nach dem Gesetz über die privaten Versicherungsunternehmen 117) unter der "Bedingung", daß für die Versicherungsnehmer der Zwang zur Tierimpfung gegen ansteckende Krankheiten eingeführt werde 117a).

Die vorliegende Erlaubnis ist nach § 7 Abs.I des genannten Gesetzes ("... darf nur versagt werden, wenn 1.)... 2.)...") eine gebundene; nach § 7 Abs.II kann die Behörde als Nebenbestimmung der Erlaubnis nur die Stellung einer Kautions verlangen. Die vorliegende Auflage ist daher rechtlich unmöglich 117b), eine Unterwerfung, wenn sie erklärt worden wäre, wirkungslos.

116a) Nach § 6 des Gesetzes zum Schutze der Jugend in der Öffentlichkeit vom 4.12.1951 (BGBl. I S.936) dürfen Kinder (bis 10 J.) und Jugendliche (bis 16 J.) nur zu solchen Filmen zugelassen werden, die als geeignet anerkannt sind.

116b) RGBl.S. 953.

116c) § 6 in Verbindung mit §§ 1 und 3 des gen.Gesetzes.

117) vom 12.5.1901, RGBl.S.139.

117a) Beispiel von HATSCHKE-KURTZIG 7.u.8.Aufl.S.10 für einen unzulässigen Verwaltungsakt auf Unterwerfung.

117b) Im Ergebnis gleich: Pr.OVG in DJZ 1924, Sp.1189.

9. Das Ordnungsamt als Wegeaufsichtsbehörde macht die Zustimmung zur Errichtung eines Zeitungskioskes auf einem öffentlichen Platz davon abhängig, daß der Antragsteller einen Zuschlag zur Gewerbesteuer zahlt (118).

FRIESENHANN verneint hier die Möglichkeit einer wirksamen Unterwerfung, m.E. auch zu Recht. Die Erteilung der Genehmigung mag im freien Ermessen der Behörde stehen; die Auflage ist trotzdem rechtlich unmöglich, weil nach dem Gesetz die Erhöhung einer Steuer als Entgelt für eine Erlaubnis in keinem Fall möglich ist. Allein für sich, aber niemals als Auflage einer nicht steuerrechtlichen Verfügung ist eine Steuererhöhung rechtlich möglich.

10. Die nach dem hamburgischen Ausführungsgesetz zum BGB im Jahre 1922 erforderliche Genehmigung für einen Grundstückserwerb durch eine juristische Person wurde davon abhängig gemacht, daß die Erwerblerin, eine Bank, einen Betrag von 4 Mill. M an den hamburgischen Bezirkswohnungskommissar bezahlt. Die Bank zahlte; darauf wurde die Genehmigung von der zuständigen Behörde, der Senatskommission für Justizverwaltung, erteilt. Nach dem Gesetz konnte für die Genehmigung lediglich eine Gebühr in Höhe von 1 % des Grundstückswertes erhoben werden (118a).

Als Gebühr wäre die Nebenbestimmung der Genehmigung, 4 Mill. M zu zahlen, nicht rechtlich unmöglich; denn bei einer anderen Sachlage, d.h. bei einem Grundstückswert, bei dem 1 % RM 4 Mill. ausmacht, wäre die Gebührenforderung rechtmäßig. Es liegt aber keine Gebühr vor, weil die Zahlung des Betrages nicht an die genehmigende Behörde, sondern an eine dritte Stelle verlangt wird. Als Auflage - was noch übrigbleibt - ist diese Nebenbestimmung aber rechtlich unmöglich, weil Auflagen nicht in Geldleistungen bestehen können, jedenfalls dann nicht, wenn offensichtlich der Verwaltungsakt gegen eine Geldleistung verkauft wird (119).

118) Beispiel genannt von FRIESENHANN in Recht Staat Wirtschaft Bd.2, S.249.

118a) Fall von PERELS in ArchöfFR, NF Bd.6, S.93 ff.

119) Vergl. WOLFF Lehrb. § 49 IIb; PERELS in gen. Beispiel kommt auch zu dem Ergebnis, daß das Verwaltungshandeln hier unzulässig ist.

10a. Rechtlich dem vorigen Fall gleich gelagert sind die von KRÖGER (119a) und IPSUN (119b) genannten Beispiele, in denen eine Erlaubnis oder eine Subventionierung mit der Auflage verknüpft wird, einen Betrag an einen Wohlfahrtsfonds zu zahlen oder später Beiträge für Kulturausgaben der Verwaltung zu leisten.

Als allgemeine Beispiele für die Unterwerfung sind schließlich noch anzuführen:

11. Der EWRVO (119c) erwähnt als Beispiel für eine zulässige Unterwerfung die Zustimmung des Betroffenen zur Verhängung von Schutzhaft.

Schutzhaft ist nach § 15 PVG zulässig. Liegen im Einzelfall die tatsächlichen Voraussetzungen für eine Schutzhaftierung nicht vor, so könnte sich der Einzelne sicherlich wirksam unterwerfen (120).

12. Fall der Einreihung eines neugewählten Bürgermeisters in eine niedrigere Besoldungsgruppe als das Besoldungsgesetz in Verbindung mit der Ortssatzung vorsieht. Der Bürgermeister hatte sich vor der Wahl hiermit einverstanden erklärt (121).

Alle Autoren verneinen in diesem Fall die Zulässigkeit der Unterwerfung, weil ein Verstoß gegen eine gebietende Rechtsvorschrift vorliege. - Man könnte annehmen, die Besoldung nach einer niedrigeren Besoldungsgruppe sei nur mangelhaft, weil sie an sich möglich ist, wenn andere tatsächliche Umstände gegeben sind. - Die Einreihung in eine niedrigere Besoldungsgruppe verstößt aber gegen ein unverzichtbares Recht; denn es ist als Grundsatz anerkannt, daß Beamte nicht auf das ihnen zustehende Gehalt verzichten können.

119a) in DVBl 55/520.

119b) in DVBl 56/607.

119c) S.226.

120) Allerdings heute unter Beachtung des Art. 104 GG.

121) Beispiel bereits erwähnt oben S. 104 f; siehe die dortigen Zitate, auch ANDERSEN S. 339.

13. Die Behörde verlangte vom Kläger Rückzahlung zuviel gezahlter Vergütung für Verschrottungsarbeiten. Bei Verhandlungen hierüber hatte sich der Kläger mit der Rückzahlung eines bestimmten Betrages, nämlich (M 30.000.--, einverstanden erklärt ^{121a)}. Hier ist die Unterwerfung m.E. eindeutig zulässig, da die Höhe der Entschädigung von den tatsächlichen Umständen des Einzelfalles abhängt, und da das Gesetz nur Berechnungsmaßstäbe enthalten kann. - Im vorliegenden Falle hatte der Kläger jedoch, wie das Gericht feststellt, die Unterwerfungserklärung rechtzeitig widerrufen.

14. Beispiele aus dem Baurecht, besonders erwähnt von PLEINER 122) und JELLINEK 123), vor allem:

- * Übernahme einer Verpflichtung gegenüber der Behörde, ein Grundstück teilweise nicht oder überhaupt nicht zu bebauen.
- * Übernahme der Verpflichtung eines Grundstückseigentümers, nicht über zwei Stockwerke hoch zu bauen.

In diesen und in ähnlichen Fällen wird die Verpflichtung des Betroffenen nicht unzulässig sein, weil behördliche Maßnahmen dieses Inhalts durchweg als rechtlich möglich angesehen werden müssen, weil sie mindestens im Dispenswege zulässig sind 123a).

15. Die Polizei hatte in einem Berliner Theater von altersher fünf Plätze unentgeltlich eingeräumt bekommen. Plötzlich sperrte der Theaterdirektor den Beamten den Eintritt. Der Polizeipräsident verlangte nunmehr durch

121a) Fall des OVG Hamburg in MDR 1953/59.

122) 8. Aufl. S. 170 und S. 155 Anm. 28.

123) 3. Aufl. S. 123, S. 199 f.

123a) Hier kann der Fall des RGZ 56/4 genannt werden, in dem sich die Stadtgemeinde in einem Vertrage mit dem Baujustigen Rechte als Entgelt für die Erteilung eines Dispenses durch die Stadtbehörde zusichern ließ. Man würde heute einen Verwaltungsakt auf Unterwerfung konstruieren.

Verwaltungsakt die Einräumung von fünf Plätzen. Hiergegen richtet sich die Klage des Theaterdirektors 123b).

Man kann hier in der bisherigen dauernden Gestattung eine stillschweigende Unterwerfung annehmen. - Das OVG stellt fest, daß für dieses Theater die Bereitstellung von fünf Sitzplätzen für die Polizei nach § 14 PVG nicht verlangt werden könne, sondern nur die Bereitstellung einer kleineren Zahl von Plätzen. Das OVG hebt deshalb die Verfügung des Polizeipräsidenten auf; es erklärt die Unterwerfung für unwirksam. - Hier ist m.E. ein klares Beispiel für eine zulässige Unterwerfung gegeben. Die Frage, wieviel Plätze die Polizei in einem Theater beanspruchen kann, hängt ganz von den Umständen des Einzelfalles ab (z.B. von der Größe des Theaters). Eine über das nach § 14 PVG erforderliche Maß hinausgehende Verfügung ist nur mangelhaft und kann durch Unterwerfung geheilt werden.

16. Ein Lehrer erklärt sich vor der Wahl zum Leiter einer städtischen höheren Mädchenschule bereit, bei eventuellen Änderungen der Organisation des Schulwesens der Stadt aus der Leiterstelle dieser Schule wieder auszuschcheiden, vorausgesetzt, daß seine derzeitigen Bezüge nicht geschmälert würden. Nach Jahren tritt der Fall des organisatorischen Umbaus des Schulwesens ein; der Lehrer soll jetzt wieder in eine einfache Lehrerstelle zurückgestuft werden. Hiergegen sträubt er sich 123c).

MITZLAPP behandelt den Fall nach Kommunalbeamtenrecht und nach Staatsbeamtenrecht. Nach ersterem sollen damals (1929) in Preußen kraft ausdrücklicher gesetzlicher Erlaubnis 124) derartige Modifikationen bei

123b) Preuß. OVG 76/436.

123c) Fall von MITZLAPP im Reichsstädtebund 23. Jahrg. S. 189 ff.

124) § 9 des Kommunalbeamtengesetzes; erforderlich war danach jedoch die Zustimmung der Aufsichtsbehörde. Diese hatte vorgelegen.

der Anstellung möglich gewesen sein. Nach Staatsbeamtenrecht war auch damals die Versetzung eines Beamten in ein Amt von geringerem Rang nur kraft eines Disziplinarverfahrens zulässig. In diesem Fall ist die Versetzung eines Beamten in ein geringeres Amt ohne Disziplinarverfahren, also im Verwaltungswege, rechtlich unmöglich 125), also auch mit Unterwerfung des Beamten nicht zulässig.

Nach heute geltendem Beamtenrecht bietet der Fall keine Besonderheiten mehr; denn nach § 28 Abs. I des Landesbeamtengesetz von Nordrhein-Westfalen 126) kann ein Beamter mit seiner Zustimmung stets in ein Amt von geringerem Rang versetzt werden. Es handelt sich hier also um den Fall eines gesetzlich geregelten Verwaltungsakts auf Unterwerfung. - Wird nun ein Beamter dergestalt mit seiner Zustimmung zurückgestuft, so erhält er nunmehr auch das dem geringeren Amt entsprechende Gehalt 127). Eine Zurückstufung eines Beamten mit dessen Zustimmung unter Beibehaltung der früheren Bezüge ist daher rechtswidrig. Die Rechtswidrigkeit kann jedenfalls durch die Unterwerfung des Beamten auch nicht geheilt werden, weil *i n s o f e r n* eine Unterwerfung unter einen nicht eingreifenden Verwaltungsakt vorläge, die wirkungslos ist 128).

Andererseits sieht § 28 Abs. II LBG 129) eine Regelung auch gerade für den Fall des Umbaus der Behördenorganisation vor: Hier kann ein Beamter auch ohne Zustimmung zurückgestuft werden, aber nur unter Aufrechterhaltung der bisherigen Bezüge.

17. Der Kläger hatte ein Wohnhaus an einer noch nicht ausgebauten Straße gebaut. Er hatte sich protokollarisch

125) Vergl. oben S. 115.

126) § 28 I LBG entspricht § 26 I Bundesbeamtengesetz.

127) das entspricht dem Sinn des Gesetzes, ergibt sich als Umkehrschluß auch aus § 126 LBG von NRW (entsprechend: § 119 BBG), wonach bei einer Zurückstufung mit Zustimmung des Beamten, die nicht allein im Interesse des Beamten erfolgt war, das Ruhegehalt nach dem früh.(höheren) Bezügen berechnet wird.

128) siehe oben § 27.

gegenüber der Stadt verpflichtet, für den Ausbau der Straße einen Anliegerbeitrag in Höhe von RM 500,- zu zahlen, und zwar auch für den Fall, daß nach dem Gesetz ein Beitrag in dieser Höhe nicht verlangt werden könne. Zwei Jahre später wird die Straße von der Stadt übernommen und ausgebaut. Der Kläger wird zu einem Anliegerbeitrag in Höhe von RM 500,- herangezogen. Hiergegen richtet sich die Klage 130).

Das OVG gibt der Klage statt mit der Begründung, die Verpflichtung des Klägers habe keine öffentlichrechtliche Wirkung. - M.E. ist hier eindeutig die Unterwerfung zulässig, weil die Heranziehung zu einem Anliegerbeitrag an sich möglich ist und seine Höhe nur abhängt von tatsächlichen Voraussetzungen.

18. Die Straßenverkehrsdirektion erfaßt 1947 ein Auto gemäß dem Reichsleistungsgesetz und weist es einem Bürgermeister zu Eigentum zu. Das Auto gehörte einem Österreicher, der es in Deutschland untergestellt hatte. - Im Prozeß beruft sich die Behörde darauf, daß ein Bevollmächtigter des Eigentümers sich mit dem Verwaltungsakt einverstanden erklärt habe 131).

Der Verwaltungsakt ist wegen Verstoßes gegen internationale Gepflogenheiten und wegen Übermaßes - Erfassung zur Benutzung hätte ausgereicht, wie das Gericht näher ausführt - fehlerhaft, aber nur mangelhaft. Die Unterwerfung eines Vertreters des Betroffenen muß diesen Verwaltungsakt heilen. Das hier entscheidende Gericht hält dagegen eine Unterwerfung generell für wirkungslos.

19. Ein weites Anwendungsgebiet für Unterwerfungen bieten schließlich die Fälle des Widerrufs von (meist be-

129) ihm entspricht § 26 II BBG.

130) Fall des OVG Oldenburg in Zeitschrift für Verwaltung und Rechtspflege im Großherzogtum Oldenburg 42. Band S. 55 ff.

131) Fall des LG Kiel in DV 49/187.

günstigenden) Verwaltungsakten, die hier nur der Gruppe nach erwähnt werden sollen.

Als Grundsatz setzt sich in letzter Zeit mehr und mehr die Unwiderruflichkeit von Verwaltungsakten durch 132). Wird entgegen dem Grundsatz ein Verwaltungsakt mit Wirkung ex tunc "zurückgenommen" oder mit Wirkung ex nunc "beseitigt", so ist der Widerruferverwaltungsakt rechtswidrig, aber im Regelfall nicht rechtlich unmöglich 133), weil abstrakt gesehen ein Verwaltungsakt aus vielerlei Gründen widerrufbar sein kann. Ein rechtswidriger Widerruf kann daher durch Unterwerfung im Regelfall zulässig werden. Das ist allgemein anerkannt 134). Hierher gehört auch der Fall einer nachträglichen Hinzufügung einer Auflage zu einem begünstigenden Verwaltungsakt. Sie ist inhaltlich ein Teilwiderruf des begünstigenden Verwaltungsakts 135) und kann nach dem Gesagten ebenfalls durch Unterwerfung geheilt werden 136).

132) Vergl. WOLFF Lehrb. § 53 IIa, b, dagegen noch BENDER 2. Aufl. S. 102.

133) So WOLFF § 53 IIa.

134) So WOLFF Lehrb. § 53 IIIb 1 u. IVb 1; FORETHOFF 6. Aufl. S. 190; JELLINEK 3. Aufl. S. 2857 v. TURGG 1. Aufl. S. 176; Otto MAYER Bd. I 3. Aufl. S. 254; ZWRO Art. 89 Ziff. 2; § 143 Thür. LVO; BENDER 2. Aufl. S. 102; and. Ansicht KORMANN S. 354.

135) KRÜGER in DVBl 55/455; IPSEN in DVBl 56/610.

136) WOLFF Lehrb. § 49 IIa; OVG Hamburg in MDR 53/635.

S o n n e

Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse.

Nach allem kann als Ergebnis hervorgehoben werden:

- Nach der herrschenden deutschen Verwaltungsrechtstheorie kann man die Unterwerfung des Betroffenen unter einen fehlerhaften Verwaltungsakt als ein wirksames Mittel zur Beseitigung des Fehlers ansehen; der Verwaltungsakt wird auf diese Weise geheilt.
- Der Möglichkeit, sich einem Verwaltungsakt wirksam zu unterwerfen, müssen jedoch Grenzen gesetzt sein.
- Soweit ersichtlich, bestehen für die Unterwerfung ein Rechtsinstitut zur Heilung eines Verwaltungsakts folgende Grenzen:
 1. Eine wirksame Unterwerfung kommt nur bei eingreifenden Verwaltungsakten in Betracht.
 2. Durch die Unterwerfung dürfen Rechtssätze zum Schutz anderer oder der Allgemeinheit nicht umgangen werden.
 3. Die Unterwerfungserklärung als solche muß rechtlichen Bestand haben.
 4. Der Verwaltungsakt, auf den sich die Unterwerfung bezieht, darf nicht rechtlich unmöglich sein, sodaß er nichtig wäre.
- Insbesondere bei Anwendung der WOLFF'schen Lehre, daß ein Verwaltungsakt nichtig ist, der bei beliebiger Sachlage nicht rechtmäßig sein kann, lassen sich auch im Einzelfall für die Grenzen der Unterwerfung praktisch brauchbare Ergebnisse erzielen.

Lebenslauf

Ich wurde am 2. September 1929 in Witten/Ruhr geboren. Meine Eltern sind der Kaufmann Heinrich LUND aus Hagen und seine Ehefrau Helene geborene RICHTER.

Nach 4-jähriger Volksschulzeit trat ich 1939 in das Staatliche Albrecht-DÜRER-Gymnasium in Hagen ein. An dieser Schule legte ich nach den durch die Kriegs- und Nachkriegszeit bedingten Unterbrechungen im Frühjahr 1949 die Reifeprüfung ab.

Sodann studierte ich Rechts- und Staatswissenschaften in Marburg und Münster. - Am 10. März 1953 bestand ich vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht Hamm die erste juristische Staatsprüfung.

Seit dem 3. September 1953 befand ich mich im juristischen Vorbereitungsdienst; nach dessen Beendigung legte ich am 16. Juni 1958 vor dem Landesjustizprüfungsamt in Nordrhein-Westfalen die zweite juristische Staatsprüfung ab.

Seit dem 1. September 1958 befinde ich mich im höheren Dienst der Bundeszollverwaltung.