

JOHANNES BUCHHEIM

Actio, Anspruch,
subjektives Recht

*Freiburger
Rechtswissenschaftliche
Abhandlungen*

18

Mohr Siebeck

FREIBURGER RECHTSWISSENSCHAFTLICHE ABHANDLUNGEN

Herausgegeben von
der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg

Band 18



Johannes Buchheim

Actio, Anspruch, subjektives Recht

Eine aktionenrechtliche Rekonstruktion
des Verwaltungsrechts

Mohr Siebeck

Johannes Buchheim, geboren 1989; Studium der Rechtswissenschaft in Freiburg i.Br.; Mitarbeiter am Institut für Staatswissenschaft und Rechtsphilosophie der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg; 2016 Master of Laws (Yale); 2016 Promotion; seit 2016 Referendar am Kammergericht Berlin und wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insb. Verfassungsrecht und Rechtsphilosophie, der Humboldt-Universität zu Berlin.

Gedruckt mit Unterstützung des Förderungsfonds Wissenschaft der VG Wort

ISBN 978-3-16-154796-6 / eISBN 978-3-16-160451-5 unveränderte eBook Ausgabe 2021
ISSN 1864-3701 (Freiburger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen)

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

© 2017 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

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

Vorwort

Aktionenrechtliches Denken gilt in der deutschen Rechtskultur gemeinhin als überholt und überwunden. Was aber unter diesem Schlagwort zu verstehen ist und wie es sein kann, dass eine Sichtweise auf das Recht in Gänze zu verwerfen ist, bleibt im Dunkeln. Begreift man unter *aktionenrechtlich* eine Haltung zum Recht, die die innige und unauflösliche Verquickung dessen, was rechtlich gilt, mit den auf die Bewehrung dieser Inhalte gerichteten juristischen, insbesondere gerichtlichen Formen zum gedanklichen Ausgangspunkt nimmt, leuchtet nicht ein, warum seine Überwindung zu wünschen wäre. Im Gegenteil, es fragt sich, ob nicht die Fixierung auf dem materiellen Recht, auf dem, was *eigentlich* gilt, ein typischer Schauplatz deutscher Eigentlichkeitsmanie ist.

Von dieser – schon früh in meinem Studium gefassten – Überzeugung getragen, hat sich die Arbeit das Ziel gesetzt, Konturen und Brauchbarkeit einer aktionenrechtlichen Perspektive auf das Verwaltungsrecht aufzuzeigen. Zu diesem Zweck werden zunächst tatsächliche Überwindung und theoretische Überwindbarkeit des aktionenrechtlichen Anliegens als Mythen entlarvt. Darauf aufbauend wird die aktionenrechtliche Perspektive zu einem dogmatischen Modell ausgeformt, um anschließend dessen Tauglichkeit an Kernproblemen des geltenden Verwaltungsrechts zu prüfen und dem seit den sechziger Jahren des zwanzigsten Jahrhunderts vorherrschenden wissenschaftlichen Deutungsmuster gegenüberzustellen.

Mein größter Dank gilt meinem Doktorvater *Ralf Poscher*, der – neben aller übrigen wissenschaftlichen Förderung – das Zutrauen hatte und mir die Freiheit ließ, mich an einem Thema dieser Dimension zu versuchen. Er unterstützte mich besonders dadurch, dass er mich immer wieder zwang, das in meinem eigenen Kopf offen zutage Liegende und klar Zusammenhängende auch anderen verständlich zu machen.

Matthias Jestaedt danke ich sehr für die umfassende rechtstheoretische Förderung und Begleitung gegen Ende meines Studiums und während der Promotionszeit sowie für die überaus zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Benjamin Rusteberg, *Philipp Lassahn* und *Daniel Benrath* danke ich herzlich für ihre rege Anteilnahme in Gestalt von langmütigem Zuhören, eifrigem Widersprechen und auch expliziter Ermutigung.

Den vielen Freundinnen, Freunden, Kolleginnen und Kollegen, die besonders in der Anfangs- und Drangphase meiner Dissertationszeit zur Fassung und Ordnung meiner Gedanken beigetragen haben, danke ich ebenso wie *Alma Maggiore*, erneut *Philipp Lassahn* und *Simona Kreis*, die meine Arbeit vor deren Einreichung Korrektur gelesen haben.

Der *Studienstiftung des deutschen Volkes* bin ich für die Finanzierung und ideelle Förderung meiner Dissertation ebenso zu Dank verpflichtet wie dem Förderfonds der *Verwertungsgesellschaft Wort* für die finanzielle Unterstützung beim Druck meiner Arbeit. Den Verantwortlichen und Mitarbeitenden der Fakultät und im Verlag danke ich für die Aufnahme der Dissertation in die Reihe *Freiburger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen* und die freundliche Zusammenarbeit bei der Veröffentlichung.

Berlin, den 1.2.2017

Inhaltsübersicht

A. Einleitung	1
I. Themenvorstellung	1
II. Ausblick auf den Gedankengang	3
III. Erkenntnisziel und methodische Grundhaltung	5
B. Untersuchungsgegenstand und Problemstellung	12
I. Die herrschende Lehre: Das Anspruchsmodell des Verwaltungsrechts	12
II. Grenzen des Anspruchsmodells: Die Probleme der herrschenden Lehre	18
III. Gegenentwurf: Eine aktionenrechtliche Perspektive auf das Verwaltungsrecht	23
IV. Prinzipielle Einwände gegen aktionenrechtliche Zugänge zum Verwaltungsrecht	27
C. Theoretische Grundlagen einer aktionenrechtlichen Rekonstruktion	30
I. Actio, Anspruch, subjektives Recht	31
II. Prozessrecht und materielles Recht	120
D. Dogmatische Passung und Leistungsfähigkeit des Aktionenmodells	136
I. Verfassungsrechtlicher Rahmen einer aktionenrechtlichen Rekonstruktion	136
II. Einfachrechtliche Passung und dogmatische Leistungsfähigkeit einer aktionenrechtlichen Perspektive	174
E. Fazit, Ergebnisse und Ausblick	259
I. Fazit	259
II. Ergebnisse	260
III. Ausblick	265
Literaturverzeichnis	267
Sach- und Personenregister	283

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	1
I. Themenvorstellung	1
II. Ausblick auf den Gedankengang	3
III. Erkenntnisziel und methodische Grundhaltung	5
1. Rechtstheoretische Ebene	5
2. Rechtsdogmatische Ebene	8
B. Untersuchungsgegenstand und Problemstellung	12
I. Die herrschende Lehre: Das Anspruchsmodell des Verwaltungsrechts	12
II. Grenzen des Anspruchsmodells: Die Probleme der herrschenden Lehre	18
1. Das Problem der Feststellungsklagen	18
2. Das Problem der Anfechtungsklage	19
3. Das Problem inkongruenter Befugnisse	20
4. Rechtsschutzargumente im Staatshaftungsrecht	21
5. Das Problem aus Rechtsschutzgründen postulierter Ansprüche	22
III. Gegenentwurf: Eine aktionenrechtliche Perspektive auf das Verwaltungsrecht	23
IV. Prinzipielle Einwände gegen aktionenrechtliche Zugänge zum Verwaltungsrecht	27
1. Die Überwindung aktionenrechtlichen Denkens durch Windscheid	27
2. Unvereinbarkeit mit einem subjektiven Rechtsschutzsystem .	28
3. Die apriorische Trennung von materiellem und prozessualen Recht	29
4. Unvereinbarkeit mit der Gesetzesbindung der Gerichte . . .	29

C. Theoretische Grundlagen einer aktionenrechtlichen Rekonstruktion	30
I. <i>Actio, Anspruch, subjektives Recht</i>	31
1. Begriffsgeschichte	31
a) Rom	31
b) Frühe Rezeptionszeit	34
c) Kommentatoren, <i>usus modernus pandectarum</i> , Natur- und Vernunftrecht	38
d) Historische Rechtsschule und Privatrechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts	38
i) <i>Savignys</i> „Metamorphosentheorie“	39
(1) Subjektives Recht als Willensmacht	39
(2) Aktionenrecht und der Begriff der <i>actio</i>	41
ii) Die <i>actio</i> als materiellrechtlicher Anspruch bei Windscheid	43
(1) Windscheids Anspruchsbegriff	43
(2) Analyse und Kritik des Anspruchsbegriffs	44
(a) Der Anspruch als Erklärung der unmittel- baren Klagbarkeit subjektiver Rechte	46
(b) Der Anspruch als Ausdruck rein materiellrechtlichen Denkens	48
(c) Die Konkretisierungs- und Rechtsschutzfunktion des Anspruchs	48
(3) Windscheids Übersetzungsleistung: Das Anspruchsmodell	53
iii) Fortentwicklung und Konsequenzen der Lehren <i>Savignys</i> und <i>Windscheids</i> in der Privatrechtswissenschaft (ca. 1850–1900)	57
(1) Jherings Interessentheorie und ihre Folgen	57
(2) Der normativistische Ansatz Thons	59
(a) Anspruch als Rechtsdurchsetzungsmacht: Die Rückkehr zur <i>actio</i>	59
(b) Das subjektive Recht als Anwartschaft auf Ansprüche	59
(c) Das subjektive Recht als Potential	60
(d) Das subjektive Recht als berechtigende Norm	61
(e) Sinn der selbständigen, klageunabhängigen Betrachtung subjektiver Rechte	62
(3) Die Lehre vom Rechtsschutzanspruch	64

e) Begriffsrezeption im Öffentlichen Recht	66
i) Staatstheoretische Bedenken	66
ii) Begriffsbildung	67
iii) Anwendungsebene: Schutznormlehre	68
iv) Reibungen zwischen Begriffsbildung und -anwendung	69
v) Fazit	70
2. Definition und Funktionsbeschreibung	71
a) Subjektives Recht	71
i) Das subjektive Recht als rechtlich bestimmte Willensmacht	71
ii) Das subjektive Recht als individualisiertes Wirksamkeitsversprechen	72
iii) Das subjektive Recht als Technik der Zuordnung von Rechtsinhalten	75
iv) Einheitliche Struktur kraft Verweisung?	76
(1) Theoretische Irreduzibilität von Ermächtigungen	77
(2) Pragmatische Einwände gegen die theoretische Reduktion von Ermächtigungsnormen	78
(3) Theoretische Reduktion von Erlaubnisnormen?	80
(4) Die Erlaubnis als der Raum des Überobligatorischen bei Joseph Raz	83
(5) Theoretische Reduktion sonstiger Normgehalte?	84
(6) Fazit	87
v) Das subjektive Recht als Bündelungsbegriff	87
vi) Das materielle und das formelle Element des subjektiven Rechts	91
vii) Beweggründe für die Schaffung subjektiver Rechte	93
(1) Anerkennung und Schaffung besonderer Zuständigkeiten für Rechtsinhalte	94
(2) Allokation von Rechtsdurchsetzungsressourcen	95
(3) Andere Rechtsdurchsetzungsregime	95
(4) Vorteile subjektivrechtlicher Rechts- durchsetzungsregime	96
(5) Subjektivierung als Dynamisierung und Disziplinierung des Rechts	97
viii) Fazit	99
b) Actio	100
i) Die <i>actio</i> als subjektives Recht	101
ii) Normadressat: Das Gericht	102

iii)	Norminhalt: Die <i>actio</i> als Normerwirkungsbefugnis	103
iv)	Norminhalt: Die <i>actio</i> als Recht auf eine bestimmte gerichtliche Entscheidung	103
v)	Norminhalt: Die <i>actio</i> als Normsetzungsbefugnis	104
vi)	Normgeltung: Die <i>actio</i> als zwingendes Recht	106
vii)	Normfunktion: Die <i>actio</i> als Mittel der Rechtsbewehrung	107
viii)	Normfunktion: Rechtskonkretisierung durch Vermittlung des materiellen Rechtsverhältnisses	110
ix)	Fazit	111
c)	Anspruch	111
i)	Der Anspruch als Rechtsmacht?	111
ii)	Die <i>actio</i> als Gerichts-gerichteter Anspruch	112
iii)	Zuordnungsfunktion des Anspruchs	113
iv)	Rechtsschutzfunktion des Anspruchs	113
v)	Konkretisierungsfunktion des Anspruchs	114
vi)	Der Anspruch als Verbindung von Klagbarkeit und Rekursivität subjektiver Rechte	114
vii)	Fazit	118
d)	Gesamtfazit	118
II.	<i>Prozessrecht und materielles Recht</i>	120
1.	Begriffsbestimmung Prozess- und materielles Recht	121
a)	Prozessrecht als rechtliche Zugriffsweise	122
b)	Die verbreitete Sicht auf das Prozessrecht als rein „technisches“ Recht	123
2.	Das Verhältnis von prozessuellem und materiellem Recht	125
a)	Prozessuale Spiegelung des materiellen Rechtsverhältnisses	125
b)	Notwendigkeit einer Transposition ins Prozessrecht	125
c)	Arten der Transposition ins Prozessrecht	126
d)	Prinzipielle Unabhängigkeit des Prozessrechts	127
e)	Obstruktionspotential des Prozessrechts	127
f)	Obstruktionspotential des materiellen Rechts	128
g)	Unzweckmäßigkeit übermäßiger Verselbständigung	129
h)	Delegative Tendenz des Prozessrechts	129
i)	Erneut: Begrifflicher und praktischer Selbststand	129
j)	Fazit	130
3.	Das Verhältnis von right und remedy	131
4.	Das Verhältnis von Prozess- und materiellem Recht als dogmatisches, nicht als begriffliches Problem	134

D. Dogmatische Passung und Leistungsfähigkeit des Aktionenmodells	136
I. <i>Verfassungsrechtlicher Rahmen einer aktionenrechtlichen Rekonstruktion</i>	136
1. Aktionenmodell und grundgesetzliche Kompetenzordnung .	137
a) Irrelevanz der Kompetenzfrage im Privatrecht	137
b) Qualifikation und Kompetenz als zwei verschiedene Fragen	138
c) Kompetenzfrage als Koordinierungsproblem	139
d) Zusammenhang von Qualifikations- und Kompetenzfrage	139
e) Zweistufige Frageweise	140
f) Leitlinien für eine Zuordnung zur prozessualen Regelungsgewalt	142
g) Untersuchung des grundgesetzlichen Kompetenztitels . .	145
i) Regelung der Klagevoraussetzungen als Aufgabe des Prozessrechts	145
ii) Historisch weites Verständnis der Regelungs- befugnis für das gerichtliche Verfahren	147
iii) Vom Grundgesetz anerkannte Gestaltungsmacht des Prozessrechts	148
iv) Kein grundgesetzliches Gebot zur vollständigen inhaltlichen Unterordnung des Prozessrechts	149
v) Genese des Kompetenztitels für das gerichtliche Verfahren	149
h) Zwischenfazit	151
i) Vereinbarkeit einer aktionenrechtlichen Interpretation ausgewählter Prozessrechtsnormen mit der grundgesetzlichen Kompetenzordnung	151
i) § 43 VwGO: Feststellungsklage als rein prozessuales Institut	152
ii) § 114 S. 2 VwGO: Rein prozessuale Regelung der Ermessensergänzung	152
iii) § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO: Anfechtungsklage als rein prozessuales Institut	154
iv) §§ 68 ff. VwGO: Widerspruchsverfahren und grundgesetzliche Kompetenzordnung	157
(1) Widerspruchsverfahren als bloße Prozessvoraussetzung?	157

(2) Widerspruchsverfahren als Teil des Verwaltungsprozesses	159
(a) Widerspruchsverfahren als materielles Verwaltungsverfahren?	160
(b) Konflikt mit Art. 92 GG?	161
(3) Zulassung der reformatio in peius durch die VwGO	162
v) Fazit	164
2. Aktionenmodell und Rechtsschutzgarantie	165
a) Das materielle subjektive öffentliche Recht als Zielfestlegung	165
b) Prozessuale Verkürzung materieller Rechtspositionen als Rechtsschutzproblem?	166
i) Das Argument von der ausgeschlossenen rein prozessualen Verkürzung materieller subjektiver Rechte	167
ii) Die verfehltete theoretische Prämisse	168
iii) Der drohende Leerlauf des Art. 19 Abs. 4 GG	170
iv) Art. 19 Abs. 4 GG als Anforderung an das rechtliche Fehlerkalkül	170
v) Fazit	173
II. <i>Einfachrechtliche Passung und dogmatische Leistungsfähigkeit einer aktionenrechtlichen Perspektive</i>	174
1. Prozessuale Ausrichtung als Besonderheit des Verwaltungsrechts	174
2. Historische und strukturelle Gründe des prozessualen Einschlags	175
a) Enumerativsystem	175
b) Konkretisierung im Verwaltungsverfahren	176
i) Orientierung durch Verwaltungsverfahren	176
ii) Nicht-Rechtlichkeit der Konkretisierungsmaßstäbe	177
c) Machtfülle und Schlüsselstellung der Verwaltung	178
d) Verwaltungsrecht und Kontrollperspektive	179
i) Handlungs- und Kontrollmaßstäbe	179
ii) Unberechtigte Kritik an der Kontrollperspektive	180
iii) Das Problem der späten Geburt	182
e) Rechtsmittelgerichtsähnliche Stellung der Verwaltungs- gerichte	182
f) Zweifelhafte Analogie zum Zivilprozess	183
g) Verzahnungen von materiellem Verwaltungsrecht i. e. S., Verwaltungsverfahrens- und Verwaltungsprozessrecht	185
i) Der Lösungsvorschlag des Anspruchsmodells	186

ii)	Selbstwiderlegung durch Inkonsistenz	186
iii)	Unterbestimmtheit des Verwaltungsverfahrensrechts	187
iv)	Anspruchsmodell als Scheinlösung	188
h)	Fazit	189
3.	Aporien des Anspruchsmodells	189
a)	Bestandsaufnahme: Das Fehlen materiellrechtlicher Anspruchsgrundlagen	189
i)	Leere im Verwaltungsverfahrensrecht	189
ii)	Konkrete Aussagen im Prozessrecht	190
iii)	Unbestimmter Verpflichtungsadressat	191
b)	Das Problem der Anfechtungsklage	192
i)	Die Annahme eines ungeschriebenen materiellen Aufhebungsanspruchs	192
ii)	Der Rekurs auf § 48 VwVfG	193
iii)	Mängel beider Strategien	197
iv)	Die aktionenrechtliche Deutung der Anfechtungsklage	200
v)	Herausforderungen an eine aktionenrechtliche Deutung des § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO	203
(1)	Gesetzgeberische Motive	203
(2)	Die Unbeachtlichkeit von Verfahrensfehlern gem. § 46 VwVfG	207
(a)	Historisch-genetische Zweifel am Wortlautargument	207
(b)	§ 46 VwVfG als Anknüpfung an prozessrechtliche Denkmuster	208
(c)	Regelungsgehalt des § 46 VwVfG	209
(i)	§ 46 VwVfG als Zurücknahme der Subjektivierung von Verfahrensnormen	209
(ii)	Unterschied zu selbständigen Verfahrensrechten	210
(iii)	§ 46 VwVfG als Vermutung der Ergebnisrelevanz	210
(iv)	Vereinbarkeit dieser Interpretation mit der Elfes-Doktrin	211
(v)	Rechtsschutzprobleme bei einer Deutung als Ausschluss	211
(vi)	Gescheiterter Rettungsversuch der herrschenden Meinung	212
(d)	Zwischenfazit	213

(3) Das Ineingreifen von Verwaltungsprozessrecht und materiell-verfahrensrechtlichem Fehlerfolgenregime nach dem Aktionenmodell	213
(a) Der Nicht-Verwaltungsakt	214
(b) Nichtigkeit	215
(i) Nebeneinander von Anfechtungs- und Nichtigkeitsfeststellungsklage	215
(ii) Verhältnis von Nichtigkeitsfeststellungsantrag und Nichtigkeitsfeststellungsklage	215
(iii) Nichtigkeitsfeststellung als weiteres Beispiel der Unzulänglichkeit des Anspruchsmodells	216
(iv) Mangelnde prozessuale Bewehrung des verfahrensrechtlichen Nichtigkeitsfeststellungsanspruchs als Rechtsschutzproblem?	217
(c) Aufhebbarkeit	217
(i) Aufhebung im Widerspruchsverfahren	218
(ii) Erfordernis einer materiell-verfahrensrechtlichen Verböserungsbefugnis?	219
(d) Heilung	221
(e) Ergänzung von Ermessenserwägungen	222
(4) Fazit	224
c) Die theoretisch unbegründeten Durchbrechungen des Anspruchsmodells	225
i) Die Feststellungsklage als rein prozessuale Befugnis	225
ii) Verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle, Vollstreckungsrechtsschutz und vorläufiger Rechtsschutz als rein prozessuale Institute	228
iii) Befugnisse und Pflichten der Verwaltung kraft Prozessrechts	233
iv) Das Problem inkongruenter Befugnisse	234
d) Die Rechtsschutzgarantie als Argument	239
i) Der Schluss vom subjektiven Primärrecht auf Sanktionen bzw. materielle Sanktionsansprüche aufgrund der Rechtsschutzgarantie	239
(1) Der theoretisch motivierte Schluss auf materielle Hilfsansprüche als valides Nullsummenspiel	240
(2) Der ungültige Schluss auf normativ wirksame Reaktionsansprüche	240
(3) Zwischenfazit	243
ii) Der rechtliche Status des Rechtsschutzarguments	243

iii)	Ein normhierarchischer Rettungsversuch	245
(1)	Zwei Grundpositionen	246
(2)	Zumutung des Formalen	247
(3)	Parallelen zu aktionenrechtlichen Positionen . . .	247
(4)	Ausweg	248
iv)	Reichweite des Rechtsschutzarguments nach dem Aktionenmodell	249
(1)	Die uneinheitliche Konstruktion der Leistungsklage als theoretisches Problem? . . .	250
(2)	Die uneinheitliche Konstruktion der Leistungsklage als positivrechtliches Problem? .	250
(3)	Die Rekonstruktion des Rechtsschutzarguments nach dem Aktionenmodell als minimalinvasiver Eingriff in das Pflichtengefüge der Verwaltung .	251
(4)	Stimmigkeit dieser Rekonstruktion des Recht- schutzarguments	253
v)	Das Rechtsschutzargument im Staatshaftungsrecht .	254
(1)	Die Irrelevanz des Art. 19 Abs. 4 GG bei Zugrundelegung des Anspruchsmodells	254
(2)	Mängel der alternativen Begründungswege . . .	255
(3)	Das Rechtsschutzargument bei aktionen- rechtlicher Sichtweise	256
(4)	Fazit	257
4.	Fazit	258
E.	Fazit, Ergebnisse und Ausblick	259
I.	<i>Fazit</i>	259
II.	<i>Ergebnisse</i>	260
III.	<i>Ausblick</i>	265
	Literaturverzeichnis	267
	Sach- und Personenregister	283

A. Einleitung

I. Themenvorstellung

Der Titel dieser Arbeit ist ihr Ziel: Ich unternehme den Versuch einer *aktionsrechtlichen* Rekonstruktion des allgemeinen Verwaltungsrechts. Das von mir gewählte Prädikat „aktionsrechtlich“ ist an die römische *actio* (Klaghandlung, Klage, Klagrecht)¹ angelehnt. Gemeint ist eine Rekonstruktion des Verwaltungsrechts, die dessen prozessuale Einbettung und Prägung ernstnimmt und das Element des *gerichtlichen Rechtsschutzes* gleichberechtigt neben das materielle Verwaltungsrecht stellt. Motivation dieses Unterfangens ist die These, dass ein derartiges Verständnis den positivrechtlichen Materialien und der rechtlichen Praxis im Verwaltungsrecht besser gerecht wird als das herrschende wissenschaftliche Deutungsmuster, das ich als *Anspruchsmodell* bezeichnen will. Nach diesem Modell wird als Grundlage der meisten Individualklagemöglichkeiten (*actiones*) ein materieller Anspruch gegen die Prozessgegnerin vorgestellt, ohne den die jeweilige Klagemöglichkeit keine Wirkung entfalten könne. So wird etwa zusätzlich zur verwaltungsprozessualen Regelung der Anfechtungsklage (§ 113 Abs. 1 S. 1 VwGO) ein materieller Aufhebungsanspruch gegen die Verwaltung konstruiert.² In paralleler Weise werden auch verwaltungsprozessrechtliche Verkürzungen der Rechtsposition des Klägers, wie z. B. § 114 S. 2 VwGO, häufig nur hingenommen, wenn diese prozessualen Regelungen durch gleichlautende Befugnisse der Verwaltung (z. B. zur Ermessensergänzung) flankiert sind.³ Gemeinsam ist beiden Begründungsmustern, dass sie eine Selbständigkeit prozessrechtlicher Normen nicht zulassen, sondern jeden rechtlichen Konflikt als bereits auf materiellrechtlicher Ebene vollständig entschieden betrachten.⁴ Diese Sichtweise auf das Prozessrecht und die aus ihr sich ergebenden dogmatischen Folgerungen sollen im Verlauf der Arbeit einer Kritik

¹ *Windscheid*, Die Actio des römischen Zivilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts, 1969 (unveränd. Nachdr. d. Ausg. v. 1856), S. 1.

² *Gerhardt*, in: *Schoch/Schneider/Bier*, VwGO, § 113, Rn. 5; *Funke*, Perspektiven subjektiv-rechtlicher Analyse im Öffentlichen Recht, JZ 70 (2015), S. 369, 370 m. w. N. und ausführlich *Fischer*, Die verwaltungsprozessuale Klage im Kraftfeld zwischen materiellem Recht und Prozessrecht, 2011, u. a. S. 63, 82 ff.; 165.

³ Siehe dazu nur BVerwGE 105, 55, 59 m. w. N. aus der Rechtsprechung.

⁴ Exemplarisch hierfür ist *Funke*, JZ 70 (2015), S. 369, 370 u. 375, der von einer strikten Akzessorietät des gerichtlichen Rechtsschutzes ausgeht und dazu mahnt, die als prozessrecht-

unterzogen werden. Die Hinterfragung des herrschenden Modells ist in erster Linie durch Inkonsistenzen veranlasst, in die das vom Zivilrecht inspirierte Anspruchsmodell bei konsequenter Ausbuchstabierung gerät. Diese Inkonsistenzen anhand einiger dogmatischer Grundprobleme aufzuzeigen und mithilfe des aktionenrechtlichen Ansatzes einer möglichst geradlinigen Lösung zuzuführen, ist Anliegen des zweiten Hauptteils dieser Arbeit.

Der aktionenrechtliche Ansatz kann dabei hoffen, auf Gehör zu stoßen. Er holt die Verwaltungsrechtslehre dort ab, wo sie sich befindet, und ist nur insofern neu, als er die am Prozessrecht orientierte Struktur offenlegt, auf den Begriff bringt und theoretisch rechtfertigt. Denn gerade der entschiedene Fokus, den die traditionelle Verwaltungsrechtslehre auf Fragen des gerichtlichen Rechtsschutzes legt, ist ein Punkt, der der Verwaltungsrechtswissenschaft verschiedentlich vorgehalten wird.⁵ Offenbar befindet sich der aktionenrechtliche Ansatz, der gerade diesen Fokus auf den Rechtsschutz stark macht, genau „auf Linie“ mit dieser oftmals unbewussten Grundstruktur.⁶ Daran anknüpfend soll das hier vorgeschlagene *Aktionenmodell* deutlich machen, dass die Verwaltungsrechtslehre sich durch das vom Privatrecht übernommene Anspruchsmodell zu dieser prozessual und handlungsformorientierten Struktur in Widerspruch setzt.

Zu diesem Zweck soll der erste Hauptteil der Arbeit theoretische Schwächen und Kontingenz des Anspruchsmodells offenlegen, das oft als wissenschaftlich unhintergebar dargestellt wird. Sichtbarstes Zeichen dieser Tendenz ist die weitverbreitete Überwindungsrhetorik in Bezug auf „aktionenrechtliches Denken“⁷, das ohne jegliche Begründung als „in der Folge Windscheids zweifellos

lich behandelten Fragen konsequent „in ein System materiellen Rechts zurück[zu]projizieren“.

⁵ Siehe z. B. *Hoffmann-Riem*, Eigenständigkeit der Verwaltung, in: *ders./Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band 1, 2. Aufl. 2012, S. 677 ff., Rn. 11.

⁶ Die Orientierung am Prozessrecht als typisch für das Verwaltungsrecht betrachten auch *Schur*, Anspruch, absolutes Recht und Rechtsverhältnis im öffentlichen Recht entwickelt aus dem Zivilrecht, 1993, S. 108 f., und jüngst *Funke*, JZ 70 (2015), S. 369, 369–371, die allerdings die entgegengesetzte Folgerung ziehen möchten; siehe auch *Schapp*, Das subjektive Recht im Prozess der Rechtsgewinnung, 1977, S. 158–160, der die aus der Titelfunktion des Verwaltungsakts folgende Vertauschung der Parteirollen für den prozessualen, um Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen gruppierten Fokus des Verwaltungsrechts verantwortlich macht; für eine beherrzte Verteidigung des prozessrechtlichen Fokus siehe in jüngerer Zeit *Haack*, Läuterung der Verwaltungsrechtstheorie, RW 4 (2013), S. 418, insbesondere S. 440 ff.

⁷ Vgl. z. B. *Schenke*, Rechtsschutz bei normativem Unrecht, 1979, S. 82: „...entzieht sich damit dem Vorwurf aktionenrechtlichen Denkens“ oder *Bachof*, Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, 1964, S. 212: „Die Entscheidung verdient Beifall. Sie ist ein ... Ansatz zur Überwindung des die Judikatur weithin beherrschenden Aktionen Denkens“.

überwunden“⁸ vorgestellt wird, in das ein „Rückfall“⁹ tunlichst zu vermeiden sei. Anliegen dieses Teils der Arbeit ist es, den bislang nur verteufelten Versuch einer aktionenrechtlichen Perspektive auf das Recht tatsächlich zu wagen und als rechtstheoretisch brauchbar auszuweisen. In diesem Zusammenhang ist insbesondere auf Einwände einzugehen, die als mehr oder weniger apriorisch gegen aktionenrechtliche Perspektiven auf das Recht vorgebracht werden.

II. Ausblick auf den Gedankengang

In einem den beiden Hauptteilen vorausgeschickten Abschnitt wird der Stand der wissenschaftlichen Lehrmeinung, die ich als Anspruchsmodell des Verwaltungsrechts zusammenfasse, skizziert und in seiner Entwicklung nachvollzogen. In Antithese dazu wird anschließend das hier vorgeschlagene Aktionsmodell grob umrissen und seine vielfältige dogmatische Einsetzbarkeit und Erklärungsleistung angedeutet. Um den Rahmen des theoretischen Teils der Arbeit aufzuspannen, werden daran anknüpfend die zumeist implizit bleibenden, häufig als unhintergebar daherkommenden Haupteinwände gegen aktionenrechtliche Perspektiven kurz vorgestellt.

Diese Einwände aufgreifend wird im theoretischen Teil begründet, weshalb eine aktionenrechtliche Perspektive auf das Recht ohne Weiteres mit der Annahme materieller subjektiver Rechte und eines subjektivrechtlich strukturierter gerichtlichen Rechtsschutzsystems vereinbar ist. Zu diesem Zweck ist insbesondere das Verhältnis der drei einschlägigen Grundbegriffe *actio*, Anspruch und subjektives Recht zu klären. Diese Notwendigkeit ergibt sich daraus, dass einerseits *Windscheid* die römische *actio* als Anspruch neu deutete¹⁰ und andererseits das öffentliche Recht bei der Übernahme der Kategorie des subjektiven Rechts aus dem Privatrecht dessen Definition auf die Anspruchsdefinition verkürzte,¹¹ sodass auf den ersten Blick der Eindruck entstehen kann, die drei

⁸ *Rösslein*, Der Folgenbeseitigungsanspruch, 1968, S. 18, Fn. 6.

⁹ *Bettermann*, Schutz der Grundrechte in der ordentlichen Gerichtsbarkeit, in: *Bettermann/Nipperdey/Scheuner* (Hrsg.), Die Grundrechte – Handbuch der Theorie und Praxis, Band 3/2, 1959, S. 779, 803; *Rupp*, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, 2. Aufl. 1991, S. 175, Fn. 223; derartige Rhetorik entlarvt sich dort, wo – wie im Fall *Rupps* und *Bettermanns* – die Autoren beginnen, sich gegenseitig des „aktionenrechtlichen Denkens“ zu bezichtigen. Offenbar hat man keinen gemeinsamen Begriff dessen, was man kritisiert.

¹⁰ *Windscheid*, Die römische Actio, a. a. O.

¹¹ Siehe nur die weitgehende Gleichsetzung bei *Bühler*, Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung, 1914, S. 226 f. – eine Option, die sich für das Privatrecht angesichts absoluter Rechte und Gestaltungsrechte nicht ernsthaft stellte. Während *Georg Jellinek* diese Begrifflichkeiten noch anerkennt (*Jellinek*, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 1919, S. 54 f., 105), sieht sich *Rupp* aufgrund seiner theoretischen Festlegungen gezwungen, auch die dinglichen Privatrechte zu leugnen,

Begriffe fielen nun ineinander. Dieser Aufgabenstellung nähert sich die Arbeit zunächst aus begriffshistorischer Perspektive. Die Ergebnisse dieser Untersuchung werden im theoretisch-systematischen Abschnitt zu Begriffscharakterisierungen und Funktionsbeschreibungen verdichtet, die im Anschluss erläutert werden. Im Rahmen dieser Erläuterung begegnet die Arbeit zum einen den eingeführten theoretischen Haupteinwänden und versucht zum andern herauszuarbeiten, welche der in der begriffshistorischen Untersuchung sich kristallisierenden Leitmotive auf Grundlage der vorgeschlagenen Begriffscharakterisierungen inwieweit Berechtigung besitzen. Die Analyse der Grundbegriffe führt dabei zu dem Ergebnis, dass die *actio* funktional auf die Durchsetzung des materiellen Rechts oder materieller subjektiver Rechte bezogen, aber nicht begrifflich darin enthalten ist. Diese Einsicht wird im daran anschließenden Abschnitt zu einer allgemeinen Aussage über das Verhältnis prozessualen und materiellen Rechts erweitert. Damit reagiert die Arbeit auf die vom Anspruchsmodell vorausgesetzte Annahme einer strikten Akzessorität des Prozessrechts, die sich bei genauerer Untersuchung als verfehlt erweist. Stattdessen ist das Prozessrecht notwendig formell selbständig, insofern es über den Grad seiner inhaltlichen Unterordnung unter die Festlegungen des materiellen Rechts selber verfügt. Diese Verhältnisbestimmung wird anschließend durch die Parallelisierung zur anglo-amerikanischen Diskussion um *rights* und *remedies* weiter illustriert und plausibilisiert. Die Frage des Ausmaßes der inhaltlichen Unterordnung des Prozessrechts wird damit vom begrifflichen zum dogmatischen bzw. positivrechtlichen Problem.

Auf Grundlage der derart begründeten theoretischen Haltbarkeit des aktionenrechtlichen Ansatzes wird im Anschluss dessen positivrechtliche und dogmatische Passung untersucht. Zu diesem Zweck werden zunächst die verfassungsrechtlichen Grenzen der theoretisch als möglich nachgewiesenen inhaltlichen Selbständigkeit des Prozessrechts ausgelotet. Solche verfassungsrechtlichen Schranken ergeben sich sowohl aus der föderalen Kompetenzordnung als auch aus der Rechtsweggarantie. Die Analyse des verfassungsrechtlichen Rahmens führt jedoch zu dem Ergebnis, dass beide Grenzen einem Verständnis zahlreicher verwaltungsrechtlicher Problemstellungen entlang dem Aktionenmodell nicht entgegenstehen. Innerhalb des so gezogenen Rahmens wird im Anschluss untersucht, welches der beiden theoretischen Modelle das einfache Verwaltungs- und Verwaltungsverfahrenrecht an welchen Punkten besser beschreibt und erklärt. Dabei wird zunächst die prozessuale Grundtendenz des Verwaltungsrechts herausgearbeitet, gerechtfertigt und damit die strukturelle Spannungslage zum Anspruchsmodell offengelegt. Anschließend werden die einzel-

vgl. Rupp, Grundfragen, a. a. O., S. 169: „Man hat sich also dessen bewusst zu sein, dass auch das Eigentum des Zivilrechts, allen gegenteiligen Meinungen zuwider, kein subjektives Recht ist.“

nen Probleme, Inkonsistenzen und Durchbrechungen des herrschenden Modells aufgefächert und gezeigt, inwieweit ein aktionenrechtlicher Ansatz sie vermeiden kann. Zugleich prüft die Arbeit die zentralen positivrechtlichen Einwände gegen das Aktionenmodell und entfaltet, in welchen Bereichen die Erklärungsleistung des Aktionenmodells derjenigen des Anspruchsmodells überlegen ist.

III. Erkenntnisziel und methodische Grundhaltung

Der Arbeit liegt die These zugrunde, dass das Verwaltungsrecht – in dem noch näher zu beschreibenden Sinn – *aktionenrechtlich* rekonstruiert werden *kann* und *sollte*. Damit verfolgt die Arbeit in ihrem Kern ein rechtsdogmatisches Anliegen, das sich in einen analytischen¹² und einen normativen¹³ Teil untergliedern lässt. Referenzgröße ist das geltende Recht in seiner rechtsdogmatischen und praktischen Handhabung. Der aktionenrechtliche Ansatz soll keinesfalls – jenseits der geltenden Normen – auf einem leeren Blatt entworfen, sondern in die aktuelle dogmatische Handhabung dieser Normen eingebettet werden.

Dennoch soll nicht nur Herrschendes fortgeschrieben, sondern in einem wesentlichen Punkt – dem Anspruchsmodell des Verwaltungsrechts – hinter die etablierten Auffassungen bzw. Vorannahmen zurückgegangen werden, um sie kritisch zu überprüfen. Bezugspunkt dieser Kritik soll auch hier nicht ein völlig neuer Entwurf, sondern die dogmatische Handhabung des Rechts selbst sein. Deren innere Unstimmigkeit soll offengelegt und durch eine konsistentere Theorie ersetzt werden. Die Kritik bleibt insoweit systemimmanent.

1. Rechtstheoretische Ebene¹⁴

Trotz dieser in ihrem Kern rechtsdogmatischen Stoßrichtung ist die rechtstheoretische – d. h. meta-dogmatische – Haltbarkeit Voraussetzung jedes dogmati-

¹² Von *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, 1991, S. 308, logisch-analytisch genannt.

¹³ Von *Alexy*, Juristische Argumentation, a. a. O., S. 308, normativ-praktisch genannt. Die deskriptiv-empirische Ebene der rechtlichen Bestandsaufnahme (siehe ebd.), kann in einem derart gründlich erschlossenen Gebiet wie dem Allgemeinen Verwaltungsrecht ausgelassen werden, ohne dass es darauf ankäme, ob es sich dabei um Rechtsdogmatik im eigentlichen Sinn handelt; vgl. dazu kritisch *Alexy*, Juristische Argumentation, a. a. O., S. 311 f.

¹⁴ Will man eine weitere Unterscheidung einziehen, wären die von mir angestellten Begriffsbestimmungen wohl auf Ebene der allgemeinen Rechtslehre zu verorten. Darauf wird hier verzichtet. Stattdessen ziehe ich die Trennlinie zwischen Rechtstheorie und Dogmatik dort, wo Argumentation und Fragestellung die konkret Rechtsordnungs-immanente Ebene verlassen. Ebenso *Krawietz*, Juristische Entscheidung und wissenschaftliche Erkenntnis, 1978, S. 218 f. m. w. N.

schen Erklärungsversuches, der in einem gewissen Umfang Anspruch auf Richtigkeit stellen will. Das gilt insbesondere dort, wo bestimmte dogmatische Grundannahmen als rechtstheoretisch zwingend vorgestellt werden. Aus diesem Grund widmet sich der erste Teil der Arbeit der rechtstheoretischen Bewährung ihrer Grundbegriffe – subjektives Recht, *actio* und Anspruch. Dabei soll jedoch der Blick für die dogmatische Fragestellung nicht aus den Augen verloren werden, sodass nicht überall dort, wo eine weitere theoretische Ableitung oder Reduktion eines Begriffs möglich wäre, dieser Weg auch eingeschlagen wird. Maßstab der Begriffsverwendung (z. B. des Begriffs des subjektiven Rechts) soll, solange sie theoretisch vertretbar (d. h. vor allem möglich i. S. v. nicht widersprüchlich) ist, nicht ihre theoretische Notwendigkeit, sondern die dogmatische Brauchbarkeit und praktische Verständlichkeit sein.

Insofern sieht sich die Arbeit in methodischer Hinsicht in der Nähe der anglo-amerikanischen *Analytical Jurisprudence*, die gleichfalls keine strikte Trennung zwischen rechtstheoretischer und -dogmatischer Arbeit vollzieht,¹⁵ sondern rechtspraktischen Gebrauch¹⁶ und Brauchbarkeit zum Ausgangspunkt ihrer Begriffs- und Theoriebildung nimmt. Exemplarisch für diese methodische Grundhaltung ist folgender Abschnitt bei *Joseph Raz*:

“It may be claimed that explaining the law and explaining the ‚common-sense‘ concept of law are two completely different things. But I doubt whether the two can be completely separated. An adequate explanation of law is the best starting point for the explanation of the common-sense conception of law. The common-sense conception is made clear by explaining its deviation from the theoretical concept. This approach makes it a desideratum of the theoretical concept of a law that it approximate to the common-sense concept.”¹⁷

Eine weitere treffende Beschreibung des Umgangs mit Begriffen, der auch in dieser Arbeit versucht werden soll, liefert *H. L. A. Hart* in seiner Zusammenfassung der Vorgehensweise *Jeremy Bentham*s:

¹⁵ Wie teilweise in der Rechtswissenschaftstheorie gefordert, vgl. etwa *Jestaedt*, Braucht die Wissenschaft vom Öffentlichen Recht eine fachspezifische Wissenschaftstheorie?, in: *Funke/Lüdemann* (Hrsg.), *Öffentliches Recht und Wissenschaftstheorie*, 2009, S. 17, 37, der einem „holistisch-integralistischen Rechtswissenschaftsverständnis“, das die verschiedenen Ebenen zu vorschnell ineinander blendet, im Namen des wissenschaftlichen Anspruchs der Rechtswissenschaft entgegentritt. Dies schließt selbstverständlich nicht aus, die zunächst getrennten Ebenen im Anschluss wieder in ein erkenntnisgewinnbringendes Verhältnis zueinander zu setzen. Wie hier wird im zunehmenden Auseinanderdriften von Dogmatik und Theorie vermehrt ein Problem gesehen, vgl. z. B. *Krawietz*, *Juristische Entscheidung*, a. a. O., S. 213 ff., insbes. 214 sowie *Esser*, *Das Bewusstwerden wissenschaftlichen Arbeitens im Recht*, in: *Dubischar*, *Das Problem der Rechtsgewinnung. Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz; Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, 1968, S. 96, der den oftmals „nebulose[n] Gegensatz dieser Erkenntnisebenen“ beklagt.

¹⁶ Gemeint ist durchweg der fachsprachliche Gebrauch, nicht derjenige der Laien.

¹⁷ *Raz*, *The concept of a legal system*, 1983, S. 115.

“When we ask for the analysis of such notions as that of a legal right, what precisely is it that we are seeking and by what criteria should success or failure be judged? ... [Bentham] thought that the expression ‘a right’ was one of a fairly short list of terms ... which were the subject matter of ‘universal expository jurisprudence’, and its task was to expound the ideas annexed to these terms. But he did not think that in discharging this task he was strictly bound by common usage, or that definitions, if they were to be useful in jurisprudence, should merely follow or reflect that usage ... Hence Bentham spoke of himself as expounding the meaning of terms by ‘fixing’ rather than ‘teaching’ their import; and ... he spoke of ‘rather a meaning which I wish to see annexed to the term law than one which it has any settled and exclusive possession of already’. In modern terminology, Bentham’s conception was that of ‘rational reconstruction’ or refinement of concepts in use”¹⁸.

Rechtstheoretische Begriffsbildung und rechtspraktische Begriffsverwendung stehen demnach in einem Wechselverhältnis:¹⁹ Einerseits eröffnet die theoretische Ebene die Möglichkeit zur Kritik der Praxis andererseits muss sie sich an ebendieser Praxis messen lassen. Diese Aufeinanderbezogenheit macht es fragwürdig, leichtfertig ganze Gruppen von Verwendungskontexten als „irrtümlich“ oder Ähnliches zu verwerfen. Derartige Tendenzen finden sich besonders häufig im Kontext der subjektiven Rechte, etwa wenn *Hans Heinrich Rupp* um der Konsequenz seiner Begriffsbildung willen zu dem Schluss kommt, dass „[m]an ... sich also dessen bewusst zu sein [habe], dass auch das Eigentum des Zivilrechts, allen gegenteiligen Meinungen zuwider, kein subjektives Recht ist“²⁰. Nicht viel anders arbeitet *Hans Kelsen*, wenn er sämtliche Normen, die ein Verhalten erlauben oder zu etwas ermächtigen, zu *unselbständigen Normen* erklärt,²¹ um seine These aufrechtzuerhalten, dass jede Rechtsnorm im „eigentlichen“ Sinn einen *Zwangsakt* statuieren.

Demgegenüber liegt der hiesigen Arbeit bei aller Bemühung um möglichst klare Begriffe eine ausgeprägte Skepsis gegenüber Tendenzen zur begrifflichen Verselbständigung zugrunde, sobald diese in zu weite Ferne von etabliertem Sprachgebrauch oder positiven Rechtsmaterialien führt. Eine solche pragmatische Haltung, die Begriffe nicht als selbständige Wesenheiten, sondern von der Funktion her begreifen will, die sie in einem bestimmten Verwendungskontext erfüllen,²² wird von *Rafal Zakrzewski*, gleichfalls einem Vertreter der *Analytical Jurisprudence*, folgendermaßen zum Ausdruck gebracht:

¹⁸ *Hart*, Legal Rights, in: *ders.*, Essays on Bentham, 2001, S. 162, 163 f.

¹⁹ Ein derartiges Wechselverhältnis zwischen rechtstheoretischer und -dogmatischer Ebene beschreibt auch *Dreier*, Theoriebildung in der Jurisprudenz, in: *Kaulbach/Krawietz* (Hrsg.), Recht und Gesellschaft, 1978, S. 103, 129–132, insbes. 131, der in Anbetracht der galoppierenden Spezialisierung der juristischen Subdisziplinen ein wachsendes Bedürfnis nach universal-integraler Begriffsbildung prognostiziert.

²⁰ *Rupp*, Grundfragen, a. a. O., S. 169.

²¹ *Kelsen*, Reine Rechtslehre, 1960, S. 57–59.

²² Vgl. zu dieser Herangehensweise, die den Inhalt rechtlicher Begriffe von den Aussagen her erschließt, die mit ihrer Hilfe getroffen werden, *Hart*, Definition and Theory in Jurisprudence, 1953.

“The value of giving metaphysical ‘existence’ to certain kinds of rights has been denied ... Some take the view that all substantive, that is primary and secondary, rights should not be considered law ... While we could speak only in terms of remedies, this would be *very inconvenient as we have become used to thinking and communicating in terms of rights*. In this book, it is expressly *assumed* that primary and secondary rights exist independently of a court order in the particular case. Such rights *conceptualize conditions for the availability of remedies*...All these concepts have a *useful role* to play in legal reasoning“²³.

Begriffe sind demnach nicht vorgegeben, sondern machbar („conceptualize“) und je nachdem zu unterstellen („assume“), ob sie der jeweiligen Praxis („we have become *used*“) entsprechen und dort eine nützliche, z. B. ordnende, Funktion („inconvenient“ vs. „useful role“) erfüllen.

Nicht zuletzt aufgrund dieser methodischen Grundhaltung strebt die Arbeit mit dem Aktionenmodell eine Rekonstruktion an, die es nicht nötig hat, um des Systems willen an zentraler Stelle (etwa im Rahmen des § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO) auf „dahinterstehende“ ungeschriebene Normen zu verweisen,²⁴ oder zu behaupten, dass Normen, die eine „Verletzung in eigenen *Rechten*“ zum Tatbestand haben (§§ 42 Abs. 2, 113 Abs. 1 S. 1 VwGO), „eigentlich“ nur *Statusverletzungen* erfassen wollten.²⁵ Insoweit liegt bereits in der zugrundgelegten Methode eine gewisse inhaltliche Vorformung des Gedankengangs, die jedoch unvermeidbar ist, wenn man davon ausgeht, dass sich Untersuchungsmethode und -gegenstand gegenseitig beeinflussen. Da sich die hier vorgestellte methodische Grundhaltung – wie aus dem Kontext der angeführten Zitate ersichtlich – ihrerseits erst im Rahmen der inhaltlichen Auseinandersetzung mit der Arbeitshypothese ausschälte, liegt der Arbeit allerdings die Überzeugung zugrunde, ihre Methode sachangemessen gewählt zu haben.

2. Rechtsdogmatische Ebene

Ausgehend von diesem theoretischen Fundament, das mit Rücksicht auf die rechtspraktische Begriffsverwendung und die damit zu erhellenden dogmatischen Fragestellungen gelegt wird, wird im dogmatischen Teil aufgezeigt, weshalb sich der aktionenrechtliche Ansatz besonders gut in die Praxis des Verwaltungsrechts fügt. Dies wird im weiteren Verlauf der Arbeit anhand dogmatischer Grundbegriffe und Einzelstreitigkeiten exemplifiziert und ausbuchstabiert. Dazu wird in „klassisch-juristischer“ Manier das Gesetzesmaterial zum Aus-

²³ Zakrzewski, Remedies Reclassified, 2005, S. 56 (meine Hervorhebung).

²⁴ So aber Rupp, Grundfragen, a. a. O., S. 174: „Die nach geltendem Recht bestehende Möglichkeit einer Anfechtungsklage ist das einzig tragfähige Indiz dafür, dass es bei Statusverletzungen materiell-rechtliche Reaktionsansprüche geben müsse.“

²⁵ So aber Rupp, Grundfragen, a. a. O., S. 157–162; ähnlich theorieverliebt geht schon Jellinek, System, a. a. O., S. 103 f., vor, wenn er behauptet, es sei „juristisch nicht korrekt, von Freiheitsrechten zu reden“ (meine Hervorhebung).

gangspunkt genommen und in Auseinandersetzung mit Monographien, Kommentaren, Lehrbüchern, Aufsätzen, anderen systematischen Darstellungen und der Rechtsprechung auf seine Vereinbarkeit mit dem Anspruchs- und Aktionsmodell hin untersucht. Es liegt auf der Hand, dass sich das Aktionsmodell als konkurrierender Ansatz besonderen Beharrungskräften gegenüber sieht. Diese Pfadabhängigkeiten²⁶ sind jedoch nicht derart ausgeprägt, dass sich ein Alternativvorschlag – seine Tauglichkeit vorausgesetzt – nicht lohnen würde. Dies gilt umso mehr, als das herrschende Anspruchsmodell – selbst in der akademischen Jurisprudenz, die es hervorgebracht hat – nur höchst oberflächlich und selektiv verinnerlicht wurde.²⁷ Die daraus folgende Kluft zwischen theoretischem Anspruch (Anspruchsmodell) und rechtspraktischer Wirklichkeit soll genutzt werden, um in Gestalt des Aktionsmodells Rechtsmaterialien und -praxis ein alternatives Deutungsschema unterzulegen, das über weite Strecken ähnliche Ergebnisse zeitigt. Insofern muss sich die Arbeit nicht gegen die erheblichen Beharrungskräfte auf Ebene der Praxis durchsetzen, sondern lediglich deren theoretisch-dogmatische Rekonstruktion anfechten.

Auf Ebene der dogmatischen Theoriebildung wird versucht, die drei Parameter gelungener Theorie – Kohärenz, Aussagekraft, Einfachheit – jeweils bestmöglich zur Geltung zu bringen.

Das Erfordernis der Kohärenz gründet sich darauf, dass jede (d. h. nicht nur dogmatische) Theorie stets *Theorie von etwas* ist. Als *Theorie* muss sie *in sich* stimmig sein.²⁸ Als *Theorie von etwas* muss sie zu den *Phänomenen* passen, deren Theorie sie zu sein beansprucht.²⁹ Für die im Großen und Ganzen positivistisch arbeitende Rechtsdogmatik folgt daraus die Aufgabe, ein in sich stimmiges System von Sätzen zu bilden, das in einer genügenden Übereinstimmungsbeziehung zum positiven Recht steht.³⁰ Zudem sollten sich auf Grundlage einer Theorie Aussagen treffen lassen, die ohne sie nicht gleichermaßen hätten getroffen werden können.³¹ Die Aussagekraft einer Theorie ist deshalb für die Bewertung ihrer Tauglichkeit zentral.³² Schlussendlich darf eine Theo-

²⁶ Vgl. zur Ausbildung besonderer Beharrungskräfte im Gefolge bestimmter, Entwicklungspfade definierender, Weichenstellungen *Wahl*, Entwicklungspfade im Recht, JZ 68 (2013), S. 369 f., insbesondere 375–378.

²⁷ Eine lediglich oberflächliche Behandlung des hier behandelten Fragenkreises wirft auch *Baumeister*, Rücknahmeermessen bei einem anfechtbaren rechtswidrigen Verwaltungsakt?, in: *ders.* (Hrsg.), Staat, Verwaltung und Rechtsschutz, 2011, S. 601, 601–605, der herrschenden Lehre vor.

²⁸ Ebenso *Canaris*, Funktion, Struktur und Falsifikation juristischer Theorien, JZ 48 (1993), S. 377, 377.

²⁹ Für interne und externe Konsistenz als allgemeines Kriterium für Theorie siehe *Dreier*, Theoriebildung, a. a. O., S. 117.

³⁰ Vgl. auch *Alexy*, Juristische Argumentation, a. a. O., S. 313 f. u. 323, zu diesem zweifachen Konsistenzanfordernis.

³¹ Vgl. z. B. *Dreier*, Theoriebildung, a. a. O., S. 117 (Fruchtbarkeit, Signifikanz).

³² Dem Kriterium der Aussagekraft entspricht die oft ins Feld geführte *heuristische*

rie nicht derart komplex sein, dass sie gegenüber der Analyse der Phänomene in ihrer Vereinzelnung keinen Vorteil mehr bietet. Dieses Kriterium der Einfachheit³³ setzt dem Anwendungsbereich jeder Theorie gewisse Grenzen. Im Rahmen der Theoriebildung kann es somit sinnvoll sein, um der Einfachheit willen ihren Anspruch auf Generalität einzuschränken.³⁴

In Gestalt von Kohärenz, Aussagekraft und Einfachheit ist der im Weiteren vorgestellte Ansatz einem dreifachen Ziel verpflichtet, weshalb die Arbeit keinen der Parameter verabsolutieren kann.³⁵ Weder muss um der Einfachheit oder Generalität willen behauptet werden, dass das Aktionenmodell für sämtliche Bereiche des Verwaltungsrechts dem Anspruchsmodell überlegen sei. Deshalb verschließt sich die Arbeit nicht der Möglichkeit, dass manche Phänomene nach dem einen und einige nach dem anderen Modell zu rekonstruieren sein könnten.³⁶ Vielmehr geht es zunächst darum aufzuzeigen, weshalb und an welchen Stellen das Anspruchsmodell versagt und wie diese gedankliche Lücke durch eine aktionenrechtliche Perspektive geschlossen werden kann. Noch darf um der spezifischen Aussagekraft willen der Anwendungsbereich des Aktionenmodells derart verengt werden, dass es nur noch für einen Bruchteil verwaltungsrechtlicher Sachverhalte und Problemfälle eine Erklärung liefert. Zwar muss dogmatische Theorie konkrete Aussagen treffen, um dem Vorwurf zu entgehen, Dogmatik am „Nullpunkt“³⁷ zu betreiben. Dies enthebt sie jedoch nicht der Aufgabe, für eine hinreichend große Anzahl von Fällen Orientierung zu bieten.³⁸ Noch kann um optimaler Kohärenz zu den positivrechtlichen Materialien willen ein einzelnes Fallbeispiel oder eine einschlägige gesetzgeberische Äußerung genügen, um das hier vorgestellte theoretische Modell in seiner Gesamtheit zu widerlegen. Eine Falsifikation ist möglich,³⁹ gelänge aber erst,

Funktion von Rechtsdogmatik, vgl. *Alexy*, Juristische Argumentation, a.a.O., S.332 m.w.N.

³³ Vgl. *Dreier*, Theoriebildung a.a.O., S. 117.

³⁴ Dann wird allerdings eine zweite Theorie für den nicht erfassten Bereich benötigt, was die Komplexität insgesamt steigert.

³⁵ Die vorgestellten Kriterien werden zumeist zur Bewertung an bestehende Theorien herangetragen. Die beschriebenen Wechselwirkungen (zwischen Aussagekraft und Einfachheit, Einfachheit und Generalität, Generalität und Kohärenz) sind in einer derartigen Momentaufnahme jedoch nicht darstellbar, weshalb die Parameter teilweise zu Unrecht als voneinander isoliert wahrgenommen werden.

³⁶ Zur Möglichkeit eines Theorienpluralismus siehe *Thienel*, Kritischer Rationalismus und Jurisprudenz, 1991, S. 32.

³⁷ So *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, S. 81 f., über die Prinzipientheorie der Grundrechte.

³⁸ Danach verlangt die Speicherfunktion von Dogmatik, die das Erlernen und Praktizieren des juristischen Stoffs erst ermöglicht, vgl. *Alexy*, Juristische Argumentation, a.a.O., S. 329–331 (Entlastungs- und technische Funktion); vgl. auch *Poscher*, Abwehrrechte, a.a.O., S. 82.

³⁹ Siehe ebenso *Poscher*, Abwehrrechte, a.a.O., S. 8; vgl. ausführlich *Canaris*, JZ 48 (1993), S. 377 ff., insbes. S. 385–388.

Sach- und Personenregister

Actio

- Begriff 31–34, 41–43, 64–66, 100–111, 112 f.
- Funktion 106–111
- Aktionenrechtliche Perspektive 1 f., 23–27, 95 f., 200–203, 247
- Aktionenmodell s. „aktionenrechtliche Perspektive“

Analytical Jurisprudence s. „theoretisches Vorverständnis“

Anfechtungsklage 1, 13–15, 19, 22 f., 69, 116 f., 154–156, 190 f., 192–225, 249

Anspruch

- Begriff 43–53, 59, 111–118
 - Funktion 44–48, 48–53, 113–118
 - Anspruchsmodell 1, 12–18, 53–57
- Art. 19 Abs. 4 GG s. „Rechtsschutzgarantie“

Aufhebungsanspruch 1, 12–15, 19–22, 38, 53, 116 f., 125 f., 154 f., 192–200, 207–209, 239–243

Austin, John 62, 76 f.

Begriff

- Bildung von und Umgang mit 5–8
- Skepsis gegenüber begrifflicher Verselbständigung 7 f., 55–57, 64, 255

Baumeister, Peter

- als Vertreter des Anspruchsmodells 1, 15, 236
- Aufhebungsanspruch 15, 19, 193–197, 201 f.

Bentham, Jeremy

- Interessentheorie des subjektiven Rechts 57 f.
- Umgang mit Begriffen 6 f.

Beseitigungsanspruch s. „Aufhebungsanspruch“, „Reaktionsanspruch“

Bühler, Ottmar 3, 68 f., 71

Erlaubnis 80–83

Ermächtigung 76–80

Ermessensergänzung 152–154, 167–171, 222–224

Feststellungsklage 18 f., 54–56, 65, 225–228

Formularprozess 31–34

Gebot s. „Norm – Reduktion auf Gebot“

Gerber, Carl F. W. 25 f., 40

Gesetzgebungskompetenz s. „Kompetenzordnung“

Hart, Herbert L. A.

- Umgang mit Begriffen 6 f.
 - Begriff des subjektiven Rechts 71 f., 75
 - Zwangstheorie des Rechts 78–80
 - Unterscheidung von Verhaltens- und Sanktionsnormen 103, 129, 132, 144, 168, 254
- Henke, Wilhelm* 17, 28 f., 47, 53, 55, 69, 92, 94, 179,

Interimsrecht s. „vorläufiger Rechtsschutz“

Imperativ s. „Norm – Reduktion auf Gebot“

Imperativentheorie s. „Norm – Reduktion auf Gebot“

Jestaedt, Matthias 6, 79, 168, 171

Jhering, Rudolf von 57–59, 67, 91–93

Kelsen, Hans

- Zwangstheorie des Rechts 7, 76f., 108, 168
- Umgang mit Begriffen 7
- Begriff des subjektiven Rechts 40, 58–62, 91, 93
- Normbegriff 82, 84, 86f.
- Kompetenzordnung
- und Aktionenmodell 136–151, 151–164
- und Widerspruchsverfahren 157–162
- Konkretisierung 31f., 48–53, 84f., 88–91, 110, 115, 176–179
- Konkurrentenstreit 22f., 202f., 236f.

Methode s. „Theorie“

Norm

- Begriff 84–87
- Norm vs. Normfragment 78–80, 168–179
- Reduktion auf Gebot 76–87
- Verhaltensnorm vs. Sanktionsnorm s. „Primärrecht“, „Reaktionsanspruch“

Poscher, Ralf 11, 85, 144, 161f., 168, 178, 226

Primärrecht 14f., 46–48, 109f., 114–120, 129f., 131–134, 167–173, 201–203, 239–243

Prozessrecht

- Begriff 121–125
- Funktion 125–131
- Verhältnis zum materiellen Recht 125–131, 131–134
- formelle Selbständigkeit 127, 129f.
- Prozessuale Prägung des Verwaltungsrechts 1f., 17, 174–189

Raz, Joseph

- Umgang mit Begriffen 6,
- Normbegriff 63, 77–80, 169
- Erlaubnis 83
- Reaktionsanspruch 119f., 167–173, 239–243
- Rechtswahrung 27f., 107–110, 126f., 131–134, 166, 213, 235, 242f.
- Rechtsschutzgarantie

- als Anforderung an das rechtliche Fehlerkalkül 170–173
- und Aktionenmodell 165–174, 239–254
- Rechtsschutzanspruch 16, 42, 64f., 104, 129
- Rechtswahrgarantie s. „Willensmacht“
- Rechtswahrgarantie s. „Rechtsschutzgarantie“
- reformatio in peius 162–164, 171–173, 188, 218–221
- right vs. remedy 131–134
- Rupp, Hans-Heinrich*
- Begriff des subjektiven Rechts 3f., 7, 40, 61, 69, 184
- Umgang mit Begriffen 7f., 69
- als Begründer des Anspruchsmodells 13–18, 20, 55–57, 70, 125, 155, 181f., 184, 190, 192f., 234, 238
- „glossatorische Methode“ 35–38, 190f.

Savigny, Friedrich Carl von

- Begriff des subjektiven Rechts 37, 39f., 45, 58, 61, 71f.
- Begriff der actio und Aktionenrecht 41–43, 46, 102, 145
- Konkretisierungsfunktion der actio 50

Schenke, Wolf Rüdiger

- als Vertreter des Anspruchsmodells 13f., 15, 18f., 220, 235, 241
- Begriff des subjektiven Rechts 14, 70, 82
- Rechtsschutzgarantie 22, 202f., 236, 238, 239f., 242
- Aufhebungsanspruch 193–197, 236, 238
- Ermessensergänzung 152f., 207f., 222f.

Sekundärrecht s. „Reaktionsanspruch“, „Aufhebungsanspruch“, „Primärrecht“

Staatshaftung 21, 63f., 254–258

Subjektives Recht

- Begriff 33f., 34–38, 39f., 57–64, 66–68, 71–76, 87–93
- Funktion 33f., 87–91, 93–99

- funktionales subj. R. 94 f.
 - formelles subjektives Recht
 - s. „funktionales subjektives Recht“
 - Kombinationstheorie des subj. R. 57–59, 91–93
 - Subj. öffentliches R. 14 f., 66–71
 - Kriterium der Privatnützigkeit 66 f.
- Theorie
- theoretisches Vorverständnis 5–8
 - dogmatische Theoriebildung 8–11
 - Prinzip der Einfachheit 8–11, 19, 46, 186, 200, 214, 240
- Thon, August* 25, 59–64, 105
- Unbeachtlichkeit von Verfahrensfehlern 207–213
- Verböserung s. „reformatio in peius“
vorläufiger Rechtschutz 124 f., 166, 230–232
- Widerspruchsverfahren 15, 19, 157–164, 172 f., 218–222
- Willensmacht 14, 39 f., 57–59, 67, 71 f., 75 f., 91–93, 111 f.
- Windscheid, Bernhard*
- Anspruchsbegriff 15 f., 42, 43–48, 59, 61, 70, 92, 101 f., 111–114, 175, 240 f.
 - Anspruchsmodell 27 f., 29, 52–57, 71, 123–125, 179
 - Feststellungsklage 54 f., 65
 - Rolle der actio im römischen Recht 25, 44, 108 f.