

CHRISTIAN BUMKE

Relative
Rechtswidrigkeit

Jus Publicum

117

Mohr Siebeck

JUS PUBLICUM

Beiträge zum Öffentlichen Recht

Band 117



Christian Bumke

Relative Rechtswidrigkeit

Systembildung und
Binnendifferenzierungen im Öffentlichen Recht

Mohr Siebeck

Christian Bumke, geboren 1963; 1984–1991 Studium der Rechtswissenschaft in Regensburg und Köln; 1996 Promotion; seit 1998 Wissenschaftlicher Assistent an der Humboldt Universität zu Berlin; 2003 Habilitation.

978-3-16-158117-5 Unveränderte eBook-Ausgabe 2019

ISBN 3-16-148422-3

ISSN 0941-0503 (Jus Publicum)

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

© 2004 Mohr Siebeck Tübingen.

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

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

Für Katharina

Vorwort

Die vorliegende Untersuchung wurde im Wintersemester 2002/2003 von der Juristischen Fakultät der Humboldt Universität zu Berlin als Habilitationsschrift angenommen.

Aufrichtig danken möchte ich Prof. Dr. Gunnar Folke Schuppert nicht nur für eine jahrelange fruchtbare, lehrreiche und vertrauensvolle Zusammenarbeit, sondern auch für den gewährten Freiraum und die uneingeschränkte Unterstützung. Prof. Dr. Bernhard Schlink danke ich herzlich dafür, dass er die Mühe des Zweitgutachtens bereitwillig auf sich genommen hat.

Sehr gefreut habe ich mich über die Möglichkeit, mehrere Monate im Seminar der Juristischen Fakultät der Albert-Ludwig Universität Freiburg forschen und von den hervorragenden Arbeitsbedingungen profitieren zu können. Für die schöne Freiburger Zeit danke ich in voller Freundschaft Eva und Andreas Voßkuhle.

Mein ganz besonderer Dank gilt Katharina Harms und Andreas Voßkuhle, die die Arbeit von Beginn an als entscheidende Diskussionspartner, kritische Leser und verlässliche Ratgeber begleitet haben. Teile der Arbeit habe ich intensiv mit Christoph Schönberger und Ralf Poscher diskutiert. Ulrike Bumke hat mehrere Kapitel des Manuskripts durchgesehen und konstruktive Anmerkungen gemacht. Mit ihrem Rat haben mir Bardo Fassbender und Ulrich Haltern beigestanden. Sylvia und Joachim Bumke haben mich stets großmütig unterstützt. Ihnen allen möchte ich an dieser Stelle für ihren Beistand und ihre Mühen nachdrücklich danken. Bedanken möchte ich mich ferner bei Reinhold Katers, Bettina Krischewski und Stefan Martini. Sie haben die Arbeit Korrektur gelesen.

Die Konrad-Redeker-Stiftung hat die Veröffentlichung der Untersuchung durch einen großzügigen Druckkostenzuschuss unterstützt. Ihr sei hier nochmals sehr herzlich dafür gedankt.

Inhaltsübersicht

Einleitung	1
1. <i>Kapitel:</i> Grundbegriffe und Grundannahmen	11
2. <i>Kapitel:</i> Systemgedanke	23
3. <i>Kapitel:</i> Einheit und Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung	37
4. <i>Kapitel:</i> Einheit im Recht und relative Rechtswidrigkeit	89
5. <i>Kapitel:</i> Sachliche Relativität von Rechtswidrigkeitsurteilen	95
6. <i>Kapitel:</i> Veränderungen des rechtlichen Maßstabs	147
7. <i>Kapitel:</i> Veränderungen in der Zeit	163
8. <i>Kapitel:</i> Unterschiedliche Fehlerfolgen	201
9. <i>Kapitel:</i> Ordnungsbildung im Recht	249
Literaturverzeichnis	269
Sachregister	305

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	1
A. <i>Gegenstand und Fragestellung</i>	1
B. <i>Vorgehen und Methode</i>	5
C. <i>Gang der Arbeit</i>	9
<i>1. Kapitel</i>	
Grundbegriffe und Grundannahmen	11
A. <i>Rechtsordnung und Rechtsgeltung</i>	12
B. <i>Rechtsakte, Rechtsgebilde und Verhalten</i>	17
C. <i>Rechtswidrigkeitsurteil</i>	21
<i>2. Kapitel</i>	
Systemgedanke	23
A. <i>Drei modellhafte Ausprägungen des Systemgedankens</i>	26
I. Die Rechtsordnung als Abfolge strukturbildender Entscheidungen und sachlogischer Vorgaben	26
II. Die Rechtsordnung als ein Bündel von Prinzipien	29
III. Die Rechtsordnung als Zusammenspiel unterschiedlicher prägender und tragender Elemente	31
IV. Problem- und Möglichkeitsdenken	33
B. <i>Systembegriff</i>	35
<i>3. Kapitel</i>	
Einheit und Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung . .	37
A. <i>Normenwiderspruchsfreiheit der Rechtsordnung</i>	38
I. Normenwiderspruch	39
II. Abgrenzungen	41

1. Tatsächliche oder rechtliche Unmöglichkeit normgemäßen Verhaltens	41
2. Bindung an höherrangiges Recht	43
3. Geltungsverlust durch später erlassenes Recht	46
III. Auflösung von Normenwidersprüchen	48
1. Vermeiden von Normenwidersprüchen durch Auslegung	49
2. Ausdrückliche Kollisionsregeln	49
3. Ungeschriebene Kollisionsregeln	50
4. Vermeidungspflicht	50
5. Kollisionslücke	51
B. Wertungswidersprüche	51
I. Erscheinungsformen von Wertungswidersprüchen	52
1. Einfügen in einen Regelungszusammenhang	52
a) Einfügen mit Hilfe des Normzwecks	52
b) Einfügen anhand einer gesetzlichen Konzeption	54
c) Einfügen mit Hilfe eines allgemeinen Grundsatzes	54
2. Wertungswiderspruch als Folge einer Ungleichbehandlung	55
3. Abstimmung zwischen Regelungskomplexen	56
a) Gleichbehandlung zwischen Regelungskomplexen	56
b) Abstimmung zwischen Regelungskomplexen außerhalb des Gleichbehandlungsgedankens	58
aa) Wertungswidersprüche in der bundesstaatlichen Rechtsordnung	58
bb) Wertungswiderspruch und Harmonisierung am Beispiel des Nachbarrechts	60
(1) Neuere Wandlungen im Verhältnis zwischen privatem und öffentlichem Nachbarrecht	62
(2) Statisch-faktisch-konservierendes Modell des Privatrechts	65
(3) Einheit der Rechtsordnung als ein zur Abstimmung verpflichtendes Gebot?	67
(4) Harmonisierung und Wertungswiderspruch als Formen der Abstimmung von Rechtsgebieten	68
4. Wertungswidersprüche aufgrund uneinheitlicher Rechtswidrigkeitsurteile?	69
a) Abzugsfähigkeit von Schmiergeldern und Geldbußen im Steuerrecht	70
b) Ermächtigung staatlichen Handelns durch strafrechtliche Rechtfertigungsgründe	72
5. Kennzeichen eines für die Rechtspraxis bedeutsamen Wertungswiderspruchs	75
II. Der Umgang der Rechtspraxis mit Wertungswidersprüchen	77

III. Verfassungsrechtliche Schranken für Wertungswidersprüche . . .	78
1. Allgemeiner Gleichheitsgrundsatz (Art. 3 Abs. 1 GG)	78
2. Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung	80
3. Selbstbindung des Gesetzgebers	82
4. Grundsatz der Verhältnismäßigkeit?	86
5. Bedeutung der verfassungsrechtlichen Schranken für die Handhabung von Wertungswidersprüchen	87
<i>4. Kapitel</i>	
Einheit im Recht und relative Rechtswidrigkeit	89
A. <i>Annäherung an das Phänomen relativer Rechtswidrigkeitsurteile</i> . . .	90
B. <i>Relative Rechtswidrigkeitsurteile als Ausdruck von Unterscheidungen der Rechtsordnung</i>	91
C. <i>Was bleibt vom Phänomen relativer Rechtswidrigkeit?</i>	93
<i>5. Kapitel</i>	
Sachliche Relativität von Rechtswidrigkeitsurteilen	95
A. <i>Sachliche Relativität als Ausdruck verschiedener Rechtsordnungen</i> . . .	96
I. Sachliche Relativität in der bundesstaatlichen Kompetenzordnung	96
II. Einheit der bundesstaatlichen Rechtsordnung	97
III. Bindung der Bundesverwaltung an Landesrecht	98
1. Bindung der Bundesverwaltung nach Maßgabe der Gesetzgebungskompetenzen von Bund und Ländern	100
a) Kompetenzüberschneidungen und die Lehre von den Doppelkompetenzen im Bundesstaat	102
b) Bundesstaatlich fundierte Zugriffsbefugnis des Bundesgesetzgebers im Rahmen des bundeseigenen Verwaltungsvollzugs	107
2. Landesrecht unter Vorbehalt funktionsgewährleistender Aufgabenerledigung	108
IV. Funktionen unterschiedlicher Rechtsordnungen im Bundesstaat	110
B. <i>Sachliche Relativität als Ausdruck verschiedener Rechtsgebiete</i>	111
I. Verknüpfung von Rechtsgebieten	111
1. Exemplarische Formen der Verknüpfung	111
2. Abstimmungsprobleme und Realisierungsfragen bei der Verknüpfung von Rechtsgebieten	112

a) Abstimmungsprobleme am Beispiel der rechtsmissbräuchlich erlangten Genehmigung im Umweltverwaltungs- und Umweltstrafrecht	113
b) Realisierungsfragen am Beispiel des Zusammenspiels von Verwaltungsverfahrenrecht und Verwaltungsvollstreckungsrecht	116
II. Weisung als Handlungsform des Innenrechts	118
1. Weisung als Instrument hierarchischer Organisation	120
a) Gesetz und Weisung in der parlamentarischen Demokratie	122
aa) Parlamentsgesetz in der bürokratischen Verwaltung	122
bb) Weisung als fragwürdiges Ideal demokratischer Legitimation	124
b) Erscheinungsformen der Weisung	126
2. Verbindlichkeit von Weisungen	126
3. Rechtmäßigkeit von Weisungen	129
a) Innen- und Außenrecht als Maßstäbe für das Rechtmäßigkeitsurteil	129
aa) Weisung	130
bb) Verhaltensmaßstab des Amtswalters	131
cc) Verhaltensmaßstab des Vorgesetzten	132
b) Befolgung eines rechtswidrigen, aber verbindlichen Befehls	133
aa) Amtspflichtgemäßes Handeln im Innenrechtsverhältnis	133
bb) Gesetzlicher Notstand nach § 34 StGB im Außenrechtsverhältnis	133
4. Außenwirkung von Verwaltungsvorschriften	134
a) Außenwirkung von ermessenslenkenden Weisungen	136
aa) Gesetzliche Ermessensermächtigung als Transformationsriemen	136
bb) Selbstbindung, Verwaltungspraxis und Verwaltungsvorschrift	138
b) Außenwirkung norminterpretierender Verwaltungsvorschriften	140
c) Außenwirkung normkonkretisierender Verwaltungsvorschriften	141
d) Verwaltungsvorschriften als Teil der Gesetzesvollziehung	143
III. Funktionen unterschiedlicher Rechtsgebiete	145

6. Kapitel

Veränderungen des rechtlichen Maßstabs	147
A. Phänomen maßstäblicher Relativität	147
B. Einwirkungsfelder	149
I. Einwirkungen auf den objektiv-rechtlichen Maßstab	149
1. Variable, offene und optionale Maßstäbe	150
a) Variable Maßstäbe	150
b) Inhaltlich oder gestalterisch offene Maßstäbe	151
c) Optionale Maßstäbe	152
2. Einschränkende oder erweiternde Auslegung des Maßstabs	153
3. Rechtsergänzungen	153
4. Funktion maßstäblicher Veränderungen auf der Ebene des objektiven Rechts	155
II. Einwirkungen auf die Sachverhaltsermittlung	155
III. Pragmatische Veränderungen der gerichtlichen Kontrolle	157
IV. Funktionen maßstäblicher Relativität	161

7. Kapitel

Veränderungen in der Zeit	163
A. Phänomen zeitlicher Relativität des Rechtswidrigkeitsurteils	163
B. Das Gesetz in der Zeit	164
I. Rechtswirkungen eines Gesetzes	165
II. Veränderungen von rechtlicher Relevanz	166
III. Reaktionsformen der Rechtsordnung	166
1. Rechtliche Veränderungen	166
2. Tatsächliche Veränderungen	168
3. Veränderungen auf der Ebene der gesetzlich begründeten Rechte und Pflichten	169
IV. Rechtmäßig- und Rechtswidrigwerden von Gesetzen	169
1. Rechtmäßigwerden von Gesetzen	169
2. Rechtswidrigwerden von Gesetzen	170
C. Der Verwaltungsakt in der Zeit	172
I. Rechtswirkungen eines Verwaltungsakts	172
1. Punktuelle oder dauernde Wirkung von Verwaltungsakten	173
2. Dauerverwaltungsakte	175

3. Rechtsgestaltende und feststellende Wirkung von Verwaltungsakten	178
4. Bestandskraft, Verbindlichkeit und Bindungswirkung von Verwaltungsakten	181
a) Bindungswirkung einer Versagung	184
b) Bindungswirkung von Leistungsbescheid und Genehmigung	186
c) Bindungswirkung von Verwaltungsakten in gestuften Verwaltungsverfahren	187
d) Bindungswirkung von Verwaltungsakten in Folgeverfahren	187
e) Fazit	188
II. Veränderungen und Zeitablauf	189
III. Reaktionsformen der Rechtsordnung	190
1. Reaktionen auf der Ebene des Ausgangsbescheids	190
a) Erlöschen und Heilung	190
b) Aufhebungsbefugnis und Änderungsanspruch	191
2. Reaktionen auf der Ebene der Folgebescheide	192
IV. Rechtmäßig- und Rechtswidrigwerden von Verwaltungsakten	193
1. Möglichkeit und Voraussetzungen für ein Rechtswidrigwerden von Verwaltungsakten	193
2. Umstellung der Reaktionsformen: Vom Rechtswidrigkeitsurteil zur Gestaltungsbefugnis aufgrund eingetretener Veränderungen	194
3. Eine Ausnahme für Dauerverwaltungsakte?	195
4. Gründe für die Umstellung der Reaktionsformen	197
<i>D. Fazit</i>	198

8. Kapitel

Unterschiedliche Fehlerfolgen	201
A. <i>Unterschiedliche Fehlerfolgen in einer einheitlichen Rechtsordnung</i>	201
I. Rechtswidrigkeitsurteil und Fehlerfolgen	201
II. Nichtigkeit und Beständigkeit von Rechtsakten	202
III. Einheit der Rechtsordnung trotz unterschiedlicher Fehlerfolgen	204
B. <i>Fehlerfolgen in der Diskussion</i>	205
I. Heilung, Unbeachtlichkeit und Unanfechtbarkeit von Fehlern	205
1. Heilung von Fehlern	205

2. Unbeachtlichkeit von Fehlern	208
a) §46 VwVfG: Ausschluss der Rechtswidrigkeit, des subjektiven Rechts oder des Aufhebungsanspruchs?	208
b) Zweck und Legitimation subjektiver Rechtsverkürzungen	211
c) Kausalität und Alternativlosigkeit	213
3. Unanfechtbarkeit und materielle Präklusion	215
II. Recht der staatlichen Ersatzleistungen: Primär- und Sekundärrechtsschutz	216
1. Staatshaftung als Staatsunrechtshaftung	216
2. Anspruch aus enteignendem Eingriff zwischen Entschädigung und Staatsunrechtshaftung	219
3. Jenseits von Handlungs- und Erfolgsunrecht	220
4. Sekundärrecht und die Reform des Staatshaftungsrechts	222
a) Ordnung des Sekundärrechts: Primärer und sekundärer Rechtsschutz	222
b) Folgebeseitigungs- und Folgenersatzanspruch als neue Generalklausel des Staatshaftungsrechts?	223
(1) Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung	225
(2) Grundrechte als tragfähiges Fundament für einen folgenbezogenen Geldersatzanspruch?	225
III. Resümee	231
C. <i>Ordnung der Fehlerfolgen</i>	232
I. Fehler, Rechtswidrigkeit und Fehlerfolgen	232
II. Nichtrechtsakt, wirksamer und unwirksamer Rechtsakt	234
III. Nichtiger oder wirksamer Rechtsakt: Der Streit zwischen Nichtigkeits- und Vernichtbarkeitslehre	236
1. Regeln über Fehlerfolgen	238
2. Prüfungs- und Verwerfungsbefugnis von Gerichten und Verwaltung	239
3. Rechtliche und faktische Geltung	241
4. Entscheidungsvarianten des Bundesverfassungsgerichts	242
5. Fazit	245
IV. Skizze einer Ordnung der Regeln über Fehlerfolgen	246

9. Kapitel

Ordnungsbildung im Recht	249
A. <i>Ordnungsbildung in der deutschen Rechtsordnung</i>	249
I. Systemgedanke und Einheit der Rechtsordnung	249

II. Drei Muster der Ordnungsbildung	250
III. Relative Rechtswidrigkeitsurteile und Fehlerfolgen	252
IV. Das Rechtswidrigkeitsurteil	254
B. Systembildung auf der Grundlage des Steuerungsgedankens	255
I. Rechtsakts- und verhaltensbezogene Betrachtungsweise des Rechts	255
1. Eigenheiten sowie Vor- und Nachteile einer rechtsaktsbezogenen Betrachtungsweise	257
2. Eigenheiten sowie Vor- und Nachteile einer verhaltensbezogenen Betrachtungsweise	259
II. Steuerungsgedanke als Fundament einer Verhalten und Rechtsakt übergreifenden Systembildung	262
1. Steuerungsgedanke als normativ-analytischer Begriffsapparat	262
2. Systembildung mit Hilfe des Steuerungsgedankens am Beispiel der »Lehre von den Maßstäben des Verwaltungshandelns«	264
a) Rechtsaktsbezogene Maßstabslehre: Zweiwertiges Rechtswidrigkeitsurteil	265
b) Verhaltensbezogene Maßstabslehre: Dreiwertiges Rechtswidrigkeitsurteil	266
aa) Ziel der Entscheidungsrichtigkeit	266
bb) Bewältigung der Entscheidungsunsicherheit und die Ausfüllung von Gestaltungsspielräumen	266
c) Zusammenbinden rechtsaktsbezogener und verhaltensbezogener Maßstabslehre	267
<i>Literaturverzeichnis</i>	269
<i>Sachregister</i>	305

Einleitung

A. *Gegenstand und Fragestellung*

Dem Rechtspraktiker wie dem Rechtswissenschaftler ist die Rechtsordnung etwas Selbstverständliches. Sollten sie sich dazu gleichwohl äußern müssen, würden sie die Rechtsordnung wohl als eine fragile Einheit von Rechtsakten und Rechtsakteuren, von Rechtsgegenständen und Rechtshandlungen beschreiben. Mag im Detail auch vieles unsicher sein, so bestehen doch klare Vorstellungen über die Rechtsordnung als abstraktes Ganzes. Man sagt, dass die Rechtsordnung die Gestalt eines Stufenbaus besitzt und dem Gebot der Widerspruchsfreiheit folgt. Die Rechtsordnung verfügt über einen eigenen Code, der in der Unterscheidung ›rechtmäßig/rechtswidrig‹ besteht, und sie erweist sich als autonom gegenüber anderen Institutionen oder Ordnungen. Ihre Eigenständigkeit drückt sich darin aus, dass rechtliche Entscheidungen im Unterschied zu politischen, moralischen oder ökonomischen entlang der Frage getroffen werden, ob etwas rechtmäßig oder rechtswidrig ist. Ungeachtet einer überbordenden Vielfalt von Regelungen bildet die Rechtsordnung zudem eine Einheit. Diese Einheit trotz nicht nur den unterschiedlichen Rechtswidrigkeitsurteilen und Fehlerfolgen, sondern sie vermag auch Widersprüche und sonstige Spannungslagen in die Rechtsordnung einzubinden.

Die vorliegende Untersuchung interessiert sich für diese Vorstellungen über die Rechtsordnung und fragt danach, wie es der Rechtsordnung bei aller Disparität des Rechtsstoffs gelingt, sich als ein geordnetes Ganzes zu konstituieren und fortzuentwickeln, ohne dabei ihre Identität einzubüßen. *Ziel* der Arbeit ist es, grundlegende Instrumente, Mechanismen und Muster der Ordnungsbildung im Recht aufzuzeigen und dabei zu klären, welche Bedeutung dem Phänomen relativer Rechtswidrigkeit in diesem Prozess zukommt. Zu diesem Zweck werden mit dem Grundsatz von der Einheit der Rechtsordnung sowie der Vorstellung von der Rechtsordnung als einem systematisch geordneten Ganzen die grundlegenden Ordnungsvorstellungen und Wahrnehmungsweisen rechtsdogmatischer Arbeit ausgemessen. Die Untersuchung beschäftigt sich eingehend mit dem Phänomen unterschiedlicher Rechtswidrigkeiten, welches dem Ordnungscharakter und Einheitsanspruch des Rechts zu widerstreiten scheint. Untergründig verfolgt die Arbeit dabei stets die Rolle, die das Rechtswidrigkeitsurteil bei der rechtlichen Ordnungsbildung einnimmt. Dies alles geschieht nicht auf der rein abstrakten Ebene, sondern durch die Betrachtung einer Vielzahl konkreter Rechtsprobleme, da rechtstheoretische Überlegungen ohne rechts-

dogmatisch entfaltetes Lehrmaterial leeres Begriffs- und Gedankenspiel bleiben.¹ Insoweit versteht sich die Arbeit auch als ein Beitrag zu einer Reihe von Grundproblemen des Öffentlichen Rechts, die einer tragfähigen Lösung zugeführt werden sollen, etwa der Stellung von Weisung und Verwaltungsvorschrift zwischen Innen- und Außenrecht, dem Rechtswidrigwerden von Gesetzen und Verwaltungsakten, der Bindung von Bundesbehörden an Landesrecht und den Beziehungen zwischen privatem und öffentlichem Nachbarrecht.

Um den Prozess der Ordnungsbildung zu analysieren, kann man sich dem Untersuchungsgegenstand aus zwei entgegengesetzten Richtungen nähern. An einem Ende steht der *Systemgedanke* mit der Vorstellung, dass die Rechtsordnung ein sinnvolles Ganzes darstellt. Der Systemgedanke markiert einen erkenntnistheoretischen Grundtatbestand in der deutschen Rechtstradition, dem man weder als dogmatisch arbeitender Rechtswissenschaftler noch als Rechtspraktiker ausweichen kann: Weder für den einen noch für den anderen ist es vorstellbar, das Recht anders als ein im Grundsatz geordnetes und sinnvolles Ganzes zu betrachten und zu begreifen.² Deshalb ist es auch für das Verständnis der Rechtsordnung so wichtig, dem Systemgedanken vor und fern jeder verfassungsrechtlichen Vorgabe sowohl in seiner diffusen und abstrakten Form als auch in seiner konkreten Ausformung als ›Einheit der Rechtsordnung‹ nachzuspüren. Denn nur auf diese Weise lässt sich seine immense Wirkungsmacht erfassen. Das zeigt nicht zuletzt die *Figur des Wertungswiderspruchs*, die zusammen mit der *Figur des Normenwiderspruchs* die Vorstellung von der *Einheit der Rechtsordnung* inhaltlich ausfüllt.³ Die Figur des Wertungswiderspruchs entfaltet in der Rechtspraxis⁴ eine interpretations- und entscheidungsanleitende Funktion. Auch ohne verfassungsrechtliches Fundament legitimiert sie teleologische Reduktionen, Extensionen und richterliche Rechtsfortbildung.⁵ Trotz der beträchtlichen Bedeutung, die die *Figur des Wertungswiderspruchs* insofern nicht nur für die Rechtspraxis, sondern auch für das allgemeine Verständnis der eigenen Rechtsordnung besitzt, stößt man an dieser Stelle auf ein Desiderat der Forschung. Während sich – wenn man es nach Bedeutung und Komplexität bemisst – die kleine Schwester, der Normenwiderspruch, eines beträchtlichen Un-

¹ Zum dahinter stehenden Methodenverständnis sogleich unter B.

² Näher 2. Kap.

³ Siehe 3. Kap. vor A.

⁴ Der Begriff wird hier in einem weiteren als dem gewohnten Sinn verstanden. Zur Rechtspraxis zählen auch die Überlegungen dogmatisch arbeitender Rechtswissenschaft, da auch sie Anteil an der konkreten Ausgestaltung der Rechtsordnung haben.

⁵ Näher 3. Kap.B.I. Eine Untersuchung, die sich dieses Themas insbesondere auf der vorverfassungsrechtlichen Ebene annimmt, fehlt bislang. Auch die Habilitationsschrift von *Dagmar Felix*, *Einheit der Rechtsordnung*. Zur verfassungsrechtlichen Relevanz einer juristischen Argumentationsfigur, Tübingen 1998, spart die vorverfassungsrechtliche Ebene aus. Ihre Arbeit widmet sich der Frage, in welchem Ausmaß der Einheitsgrundsatz verfassungsrechtlich geboten ist. Sie gelangt dabei zu dem Ergebnis, dass sich aus der Verfassung in nur sehr geringem Umfang ein Gebot der Einheit herleiten lässt. Näher zur verfassungsrechtlichen Thematik 3. Kap.B.III.

tersuchungsinteresses erfreut,⁶ ist der Wertungswiderspruch weitgehend unbeachtet geblieben. An dieser Einschätzung hat auch die jüngere Diskussion um ein verfassungsrechtliches Gebot der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung wenig geändert.⁷ Nach wie vor geht man mit der Figur um, als ob man ihre Voraussetzungen und Folgen klar zu benennen wüsste, und verweist⁸ auf die grundlegende Untersuchung von *Karl Engisch* aus dem Jahr 1935, in der diese Gesichtspunkte jedoch weitgehend ausgespart werden.⁹ Infolgedessen changiert der Wertungswiderspruch zwischen rhetorischer Floskel und dogmatischer Direktive. Dieses Forschungsdefizit will die Arbeit beseitigen und die Vorstellung, dass die Rechtsordnung keine Wertungswidersprüche aufweisen sollte, zu einer Figur ausformen, die sich bei der dogmatischen Arbeit verlässlich verwenden lässt.

Den scheinbaren Gegenpol zum Einheitsgedanken bildet das schillernde *Phänomen relativer Rechtswidrigkeiten*. Von einem relativen Rechtswidrigkeitsurteil kann man zum Beispiel sprechen, wenn eine spezielle Norm, etwa § 9 BRRG, von der allgemeinen Rücknahmeregelung in § 48 VwVfG abweicht. Ebenso kommt es zu unterschiedlichen Rechtswidrigkeiten, wenn ein Bauvorhaben sämtliche Vorschriften des Öffentlichen Rechts einhält und trotzdem gegen eine privatrechtliche Vorgabe verstößt. Besonders eindringlich tritt das Phänomen bei einer strafrechtlich als Notwehr gerechtfertigten Amtshandlung auf, die Bestimmungen über den Gebrauch von Schusswaffen missachtet.¹⁰ Auch in zeitlicher oder maßstäblicher Hinsicht kann man von relativen Rechtswidrigkeitsurteilen sprechen,¹¹ etwa, wenn ein ursprünglich rechtmäßiger Rechtsakt nachträglich rechtswidrig, ein an sich verfassungswidriger Zustand übergangsweise hingenommen oder ein Gesetz in bestimmten Fällen gemeinschaftsrechtskonform angewandt wird. Relative Rechtswidrigkeiten meint man jedoch auch auf der Seite der Rechtsfolgen beobachten zu können. Ist es nicht auch Ausdruck relativer Rechtswidrigkeit, wenn die Rechtsordnung bestimmte Verstöße folgenlos lässt und bei anderen Schadensersatzansprüche eröffnet oder gar strafrechtliche Sanktionen verhängt?¹² Zwar haben sich einige vereinzelt gebliebene Untersuchungen, unter denen die bekannteste von *Paul Kirch-*

⁶ Siehe die unter 3. Kap.A. aufgeführte Literatur.

⁷ Näher dazu 3. Kap.B.III.2.

⁸ Exemplarisch dafür *Karl Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., Berlin u.a. 1991, S. 334f.; *Klaus F. Röhl*, Allgemeine Rechtslehre. Ein Lehrbuch, 2. Aufl., Köln u.a. 2001, S. 429f.; *Hans D. Jarass*, Die Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung als Vorgabe des Verfassungsrechts. Zugleich ein Beitrag zum Verhältnis von Sachgesetzgeber und Abgabengesetzgeber, AöR 126 (2001), S. 588, 592ff.; *Anna Leisner*, Kontinuität als Verfassungsprinzip unter besonderer Berücksichtigung des Steuerrechts, Tübingen 2002, S. 230f.

⁹ *Karl Engisch* stellt in seinem Werk »Die Einheit der Rechtsordnung, Heidelberg 1935«, S. 62f., auf den Gedanken der Gleichbehandlung und den Moment eines Prinzipienwiderspruchs ab.

¹⁰ Näher zu den angesprochenen Gesichtspunkten S. 60ff., 72ff., 95ff.

¹¹ Näher 6. und 7. Kap.

¹² Siehe dazu das 8. Kap.

hof stammt und den Titel »Unterschiedliche Rechtswidrigkeiten in einer einheitlichen Rechtsordnung« trägt, dieser Fragen angenommen.¹³ Zu gesicherten Ergebnissen ist man dabei nicht gelangt. Bereits im Ausgangspunkt besteht Uneinigkeit: Während einige Autoren im Auftreten unterschiedlicher Rechtswidrigkeiten einen für das Verständnis der Rechtsordnung bedeutsamen Umstand erkennen, der die Reichweite des Einheitsgedankens begrenzt,¹⁴ handelt es sich nach anderer Ansicht lediglich um ein Scheinproblem.¹⁵ Bei näherer Betrachtung zeigt sich, dass sich das Phänomen relativer Rechtswidrigkeit auf den Gebrauch von Unterscheidungen zurückführen lässt, die von der Rechtsordnung genutzt werden, um gleichzeitig unterschiedliche Aufgaben verwirklichen zu können.

Die systematische Vermessung des Phänomens relativer Rechtswidrigkeit eröffnet dabei den Zugang zu einer grundlegenden Ebene der Ordnungsbildung. Auf dieser Ebene operiert die Rechtsordnung mit der Unterscheidung ›rechtmäßig/rechtswidrig‹, um sich selbst zu erzeugen und kontinuierlich fortzuentwickeln.¹⁶ Entgegen einer nahe liegenden Vermutung handelt es sich bei dieser Unterscheidung jedoch nicht um die erste und grundlegendste aller in der Rechtsordnung verwandten Unterscheidungen. Im Verlauf dieser Arbeit wird sich zeigen, dass die Unterscheidung zwischen ›Rechtsakt und Nichtrechtsakt‹ sowie die zwischen ›wirksamem und unwirksamem Rechtsakt‹ von ebenso grundlegender Bedeutung für die Rechtsordnung wie der Rechtscode sind. Erst im Zusammenspiel aller drei Unterscheidungen konstituiert sich die Rechtsordnung.¹⁷

¹³ *Paul Kirchhof*, *Unterschiedliche Rechtswidrigkeiten in einer einheitlichen Rechtsordnung*, Heidelberg/Karlsruhe 1978; *ders.*, Bereichsspezifische Unterscheidungen, in: *Völkerrecht und deutsches Recht. Festschrift für Walter Rudolf zum 70. Geburtstag*, hrsg. v. Hans-Wolfgang Arndt u.a., München 2001, S. 277ff.; *Franz Schad*, Zur Notwendigkeit einer Rechtswidrigkeitslehre im öffentlichen Recht, in: *Recht – Umwelt – Gesellschaft. Festschrift für Alfred Pikalo zum 70. Geburtstag*, hrsg. v. Guenter Froberg u.a., Berlin 1979, S. 247ff.; *Jürgen Schwabe*, Die Notrechtsvorbehalte des Polizeirechts, Stuttgart u.a. 1979, S. 42ff.; *Hans-Ludwig Günther*, Strafrechtswidrigkeit und Strafrechtsausschluß. Studien zur Rechtswidrigkeit als Straftatmerkmal und zur Funktion der Rechtfertigungsgründe im Strafrecht, Köln u.a. 1983, S. 75ff., 89ff.; *Hans-Leo Weyers*, Der Schleier der Rechtswidrigkeit, in: *Liber Amicorum. Josef Esser zum 85. Geburtstag am 12. März 1995*, hrsg. v. Eike Schmidt, Hans-Leo Weyers, Heidelberg 1995, S. 231, 235ff.; *D. Felix*, *Einheit* (Fn. 5), S. 159f.

¹⁴ Exemplarisch: *P. Kirchhof*, *Rechtswidrigkeiten* (Fn. 13), S. 25ff.

¹⁵ Exemplarisch: *J. Schwabe*, *Notrechtsvorbehalte* (Fn. 13), S. 42ff.; ferner *Wolfgang Münzberg*, *Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung*, Frankfurt a.M. 1966, S. 120ff.

¹⁶ Eingehend beschrieben wird dieser Prozess von *Niklas Luhmann*, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt a.M. 1993, S. 165ff. Ergänzend aus rechtsgeschichtlicher Perspektive *Joachim Rückert*, *Autonomie des Rechts in rechtshistorischer Perspektive*, Hannover 1988.

¹⁷ Zusammenfassend 9. Kap.A.

B. Vorgehen und Methode

Der Prozess der Ordnungsbildung lässt sich am genauesten aus einer *rechtsaktbezogenen Perspektive* studieren.¹⁸ Von ihr aus gesehen setzt sich die Rechtsordnung im Wesentlichen aus geschriebenen oder ungeschriebenen, individuellen oder generellen Rechtsakten zusammen. Menschliches oder organisatorisches Verhalten ist dagegen nicht Teil der Rechtsordnung, sondern bildet den Gegenstand rechtlicher Beurteilung. Aus diesem Grund spielt die Frage, wann das Verhalten eines Menschen rechtswidrig ist, in der vorliegenden Untersuchung nur am Rande eine Rolle.¹⁹ Sie bedient sich keiner handlungs-, sondern einer systembezogenen Betrachtungsweise,²⁰ bei der die zentralen Unterscheidungen durch binäre Strukturen gekennzeichnet sind (rechtmäßig/rechtswidrig, Rechtsakt/Nichtrechtsakt). Ihr geht es darum, das Zusammenspiel von Rechtsakten nachzuzeichnen, Grundbegriffe zu ermitteln und jene Regeln freizulegen, die den Umgang mit den Rechtsakten bestimmen. Am Ende stehen dogmatische Geflechte, in denen sich die Rechtsordnung in ihrem Geordnetsein widerspiegelt.²¹

Weniger diese rechtsaktbezogene Perspektive als das Moment einer systemischen Betrachtung führt die Arbeit in die Nähe von *Niklas Luhmann* und seiner Systemtheorie.²² Die Rede von der Rechtsordnung und ihrer Umwelt, von binären Begriffsbildungen, von Rechtsakten statt Verhaltenspflichten oder Rechtsakteuren sowie die herausgehobene Bedeutung, die der Kategorie der Unterscheidung beigemessen wird, lassen es deshalb ratsam erscheinen, kurz das Verhältnis der vorliegenden Untersuchung zur *Systemtheorie* zu erläutern. Die Arbeit folgt *Luhmann* bei seinen Überlegungen über die Funktion des Rechts als Mittel der Erwartungsstabilisierung.²³ Des Weiteren verwendet sie Anleihen aus dem systemtheoretischen Begriffsapparat, der besonders gut zur Beschreibung und Analyse einer Rechtsordnung geeignet erscheint. Nimmt man zum Beispiel die Gegenüberstellung von Rechtsordnung und Umwelt, lässt sich damit anschaulich die Eigenständigkeit der Rechtsordnung zum Ausdruck bringen, ohne dass man deshalb die These autopoietischer Selbsterzeugung teilen

¹⁸ Näheres dazu sowie zu der alternativen verhaltensbezogenen Perspektive 9. Kap. B.I.

¹⁹ Siehe S. 72ff., 129ff., 220ff.

²⁰ Auf eine entsprechende Gegenüberstellung stößt man in der Sprachtheorie. Eine Übersicht zu dieser Diskussion bietet *Konrad Ehlich*, Sprache als System versus Sprache als Handlung, in: Sprachphilosophie. Ein internationales Handbuch der zeitgenössischen Forschung, hrsg. v. Marcelo Dascal u.a., 2. Halbbd., Berlin/New York 1996, Sp. 952ff.

²¹ Siehe hierzu auch 2. Kap. B., 9. Kap. A. und B. I.

²² *Niklas Luhmann*, Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Frankfurt a.M. 1981; *ders.*, Soziale Systeme, Frankfurt a.M. 1984; *ders.*, Am Anfang war kein Unrecht, in: *ders.*, Gesellschaftsstruktur und Semantik. Studien zur Wissenssoziologie der modernen Gesellschaft, Bd. 3, Frankfurt a.M. 1993, S. 11ff.; *ders.*, Recht (Fn. 16).

²³ *Niklas Luhmann*, Die Funktion des Rechts: Erwartungssicherung oder Verhaltenssteuerung?, in: *ders.*, Ausdifferenzierung (Fn. 22), S. 73ff.; *N. Luhmann*, Recht (Fn. 16), S. 124ff. Hierbei handelt es sich jedoch nicht um eine systemtheoretische Einsicht, sondern um einen prägnanten Ausdruck der Ordnungsfunktion des Rechts. Siehe S. 11 Fn. 3.

muss. Unterschiede bestehen vor allem in Fragen der Ontologie und des Forschungsverständnisses: Weder sieht die Arbeit in Systemen grundlegende Entitäten, noch teilt sie die Radikalität, mit der *Luhmann* die Existenz anderer Erscheinungen wie etwa der von Individuen bestreitet.²⁴ Rechtsakten, Rechtsakteuren, Rechtshandlungen und den übrigen rechtserheblichen Erscheinungen – ihnen allen gilt die Aufmerksamkeit der vorliegenden Arbeit, um zu möglichst präzisen und normativ gehaltvollen Beschreibungen der Rechtsordnung zu gelangen, wie sie in der konkreten gesellschaftlichen Praxis zum Ausdruck kommt. Stets handelt es sich um die Beobachtungen eines teilnehmenden Akteurs²⁵, dessen Beschreibungen sich am vorherrschenden Selbstverständnis der rechtlichen Praxis messen lassen müssen. Infolgedessen stehen die hier angestellten Betrachtungen auch nicht in Konkurrenz zu systemtheoretischen Einsichten. Es kann also sehr wohl sein, dass es sich, systemtheoretisch betrachtet, bei der Unterscheidung ›rechtmäßig/rechtswidrig‹ um den Code der Rechtsordnung handelt. Nur darf eine solche Hervorhebung nicht einfach im Rahmen dogmatischer Konstruktion unterstellt werden.²⁶

Eine weittragende inhaltliche Übereinstimmung mit der Systemtheorie besteht in der besonderen Wertschätzung von *Unterscheidungen*. Erst aufgrund von Unterscheidungen lässt sich das Unterschiedene beschreiben, in Beziehung zueinander setzen und Ordnung schaffen.²⁷ Es handelt sich dabei um einen einfachen, aber trotzdem sehr erklärungsächtigen Gedanken, den sich *Luhmann* zu Eigen gemacht hat. Doch handelt es sich nicht um eine systemtheoretische Einsicht.²⁸ Vielmehr greift auch die Jurisprudenz auf das Instrument der Unterscheidung zurück, um die vielgestaltigen Perzeptionen des Rechts zu erfassen.²⁹

Außer von Unterscheidungen wird im Folgenden auch von *Verknüpfungen* gesprochen. Bei der Verknüpfung handelt es sich ebenfalls um eine Unterscheidung. Ihre Besonderheit besteht darin, dass sich ein Band bildet, welches quer zu vorher getroffenen Unterscheidungen verläuft und durch das ein Zusammenhalt zwischen dem Unterschiedenen begründet wird. Um es an einem Beispiel zu erläutern: Durch die Unterscheidung zwischen Privatrecht und Öffentlichem Recht wird der Rechtsstoff in der Weise geordnet, dass Rechtsakte ent-

²⁴ *N. Luhmann*, Systeme (Fn.22), S. 15ff.; *ders.*, Die Gesellschaft der Gesellschaft, Bd. 1, Frankfurt a.M. 1997, S. 16ff.

²⁵ Zu den verschiedenen Perspektiven der Rechtsbetrachtung vgl. *Peter Koller*, Theorie des Rechts, 2. Aufl., Wien u.a. 1997, S. 47ff. Zum internen und externen Standpunkt vgl. ferner grundlegend *Herbert Lionel Adolphus Hart*, Concept of Law, Oxford 1961, S. 86f., 105.

²⁶ Zusammenfassend dazu 9. Kap.A.IV.

²⁷ Anschaulich beschrieben von *N. Luhmann*, Gesellschaft (Fn.24), S. 60ff.

²⁸ Dergleichen nimmt er auch für sich nicht in Anspruch. Sein wichtigster Gewährsmann ist *George Spencer-Brown*, Gesetze der Form, Lübeck 1997. Zu beachten ist aber, dass *Luhmann* einen sehr spezifischen Begriff der Unterscheidung benutzt, der sich scharf vom gewohnten Verständnis abhebt.

²⁹ Ein anschauliches Beispiel bietet *Ernst Forsthoff*, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. 1: Allgemeiner Teil, 10. Aufl., München 1973, S. 369. Deutlich zuletzt wieder *Udo Di Fabio*, Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, VVDStRL 56 (1997), S. 235, 276f.

weder dem Privatrecht oder dem Öffentlichen Recht zuzurechnen sind. Eine Verknüpfung zwischen beiden wird durch die Vermutungsregelung in §906 Abs.1 Satz 2 BGB sowie durch die Auffassung des Bundesgerichtshofs geschaffen, dass das in §906 BGB verwandte Tatbestandsmerkmal der »Wesentlichkeit« mit dem der »schädlichen Umwelteinwirkungen« nach §3 Abs.1 BImSchG übereinstimmt.³⁰

Juristische *Dogmatik* besitzt einen normativen wie auch produktiven Charakter.³¹ Darüber hinaus weist sie – jedenfalls in der hier praktizierten Spielart einer rekonstruierenden Dogmatik – einen affirmativen Zug auf, da die Bemühungen ihren Ausgang bei den jeweils vorherrschenden Anschauungen über das Recht nehmen.³² Normativ und zugleich produktiv wirksam ist die Dogmatik, weil sie nicht bloß aus der Position eines neutralen Beobachters das Normenwerk, so wie es die Praxis ausgeformt hat, schildert, sondern selbst an der Ausformung mitwirkt. Eine Darstellung des positiven Rechtsstoffs ist immer mehr als bloße Beschreibung. Erst durch die Arbeit am Begriff findet der Rechtsstoff seinen konkreten Ausdruck und damit auch seinen konkreten Gehalt.

Als »rekonstruktiv« werden die im Verlauf der weiteren Arbeit unternommenen dogmatischen Bemühungen bezeichnet, um zum Ausdruck zu bringen, dass die Basis und das Material grundsätzlich aus den vorherrschenden Anschauungen und Erklärungsansätzen zu einem Rechtsproblem bestehen. Ziel einer *rekonstruierenden Dogmatik* ist es, das herrschende Gedankengebäude nochmals zu durchmessen, um die verwandten Unterscheidungen – wo möglich – zu präzisieren, Gedankengänge – soweit erforderlich – zu vereinfachen, störende Auswüchse zu entfernen und sich zeigende Lücken vorsichtig zu füllen sowie benutzte Verknüpfungen verdeutlichend nachzuzeichnen.

Der im Folgenden näher untersuchte Prozess der Ordnungsbildung und das Phänomen relativer Rechtswidrigkeit liegen auf der Scheidelinie zwischen *Rechtstheorie und Rechtsdogmatik*.³³ Die Arbeit ist von der methodologischen

³⁰ BGHZ 111, 63 (65f.), näher dazu S.60ff.

³¹ Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt a.M. 1978, S.308ff.; Franz Bydlinski, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, Wien/New York 1982, S.9ff.; Jan Harenburg, *Die Rechtsdogmatik zwischen Wissenschaft und Praxis. Ein Beitrag zur Theorie der Rechtsdogmatik*. Stuttgart 1986, S.184ff.; Martin Morlok, *Was heißt und zu welchem Ende studiert man Verfassungstheorie?*, Berlin 1988, S.56ff. Zu den verschiedenen Funktionen der Rechtsdogmatik siehe die Zusammenstellung bei R. Alexy, *Theorie*, a.a.O., S.326ff.; Björn Burkhardt, *Geglückte und folgenlose Strafrechtsdogmatik*, in: Albin Eser u.a. (Hrsg.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick*, München 2000, S.111, 117ff.

³² Zum zugrunde liegenden Dogmatikverständnis siehe Christian Bumke, *Der Grundrechtsvorbehalt. Untersuchungen zur Ausgestaltung und Begrenzung der Grundrechte*, Baden-Baden 1998, S.26ff.

³³ Siehe dazu statt vieler M. Morlok, *Ende* (Fn.31), S.39ff., 128ff.; Hasso Hofmann, *Rechtsdogmatik, Rechtsphilosophie und Rechtstheorie*, in: Rolf Stober (Hrsg.), *Recht und Recht. Festschrift für Gerd Roellecke zum 70. Geburtstag*, Stuttgart u.a. 1997, S.117, 125ff. Eine knappe und anschauliche Übersicht über die unterschiedlichen Verständnisweisen von Rechtstheorie bietet Dietmar von der Pfordten, *Rechtsethik*, München 2001, S.18ff.

Überzeugung getragen, dass Rechtstheorie und Rechtsdogmatik unauflöslich miteinander verknüpft sind und aufeinander verweisen.³⁴ Jede rechtstheoretische Grundlegung hat ihr dogmatisches Gegenstück wo ein solches fehlt, handelt es sich um leere Konstruktion. Umgekehrt kommt keine Dogmatik ohne Theorie aus. Jede Dogmatik setzt sich aus einem offenen Kreis von Elementen zusammen. Um diese Grundbausteine auszuwählen und Beziehungen zwischen ihnen festzulegen, sind gleichermaßen dogmatisches Augenmaß und rechtstheoretisches Reflexions- und Abstraktionsvermögen notwendig. Die Rechtstheorie vermag in ihren Kategorien letztlich nur das abzubilden, was sich in einer konkreten, dogmatisch durchgeformten Rechtsordnung ablesen lässt. Umgekehrt kann eine Dogmatik nur entlang des rechtstheoretischen Kategoriengeflechts entfaltet werden. Konsequenterweise kann es nach dem hier zugrunde gelegten Verständnis keine allgemeine Theorie des Rechts geben. Sinnvoll entwickeln lässt sich die Rechtstheorie nur für eine bestimmte Rechtsordnung.³⁵ Aus diesem Grund kann es auch nicht zu einem Widerstreit zwischen Theorie und Dogmatik kommen. Rechtstheoretische ›Erkenntnisse‹ lassen sich nicht gegen dogmatische Überlegungen ins Feld führen. Konkret bedeutet dies, dass beispielsweise die Schaffung und der Gebrauch verschiedener Rechtsgebiete allein nach Maßgabe rechtsdogmatisch vermessener Beziehungen bestimmt werden können. Nur wenn man eine Rechtsaktform wie z. B. die Weisung unter Einbeziehung der Verwaltungsvorschriften studiert und dabei überlegt, wie dabei Innen- und Außenrecht verknüpft werden, lassen sich in verlässlicher Form abstrahierende Aussagen über die Funktion verschiedener Rechtsgebiete gewinnen.³⁶

³⁴ Meist wird das Verhältnis anders gesehen und der Rechtstheorie eine maßstäbliche Rolle für die Ausformung einer ›guten‹ Rechtsdogmatik vorbehalten. Exemplarisch: *Dietrich Böbler*, Rechtstheorie als kritische Reflexion, in: *Rechtstheorie. Beiträge zur Grundlagendiskussion*, hrsg. v. Günter Jahr, Werner Maihofer, Frankfurt a. M. 1971, S. 62ff.; *Werner Krawietz*, Juristische Entscheidung und wissenschaftliche Erkenntnis. Eine Untersuchung zum Verhältnis von dogmatischer Rechtswissenschaft und rechtswissenschaftlicher Grundlagenforschung, Wien/New York 1978, S. 213ff.; *Matthias Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz. Studien zur Interdependenz von Grundrechtsdogmatik und Rechtsgewinnungstheorie, Tübingen 1999, S. 279f. Der hier eingenommene Standpunkt hindert nicht daran, eine Aufgabe der Rechtstheorie – mit *Ralf Dreier*, Was ist und wozu Allgemeine Rechtstheorie?, in: ders., *Recht – Moral – Ideologie. Studien zur Rechtstheorie*, Frankfurt a. M. 1981, S. 17, 25f. – darin zu sehen, als »Grenzpostendisziplin«, Einsichten aus anderen Wissenschaftszweigen auf ihre Fruchtbarkeit für die Rechtsdogmatik zu durchsuchen und Transfervorschläge zu unterbreiten.

³⁵ Die gegenteilige Auffassung dürfte vorherrschen. Repräsentativ *Karl Larenz*, *Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts*, Leipzig 1930, S. IV; *Hans Kelsen*, *Reine Rechtslehre*. Mit einem Anhang: *Das Problem der Gerechtigkeit*, 2. Aufl., Wien 1960, S. 1.

³⁶ Näher dazu 5. Kap. B.II. und III.

C. Gang der Arbeit

Die Arbeit besteht aus neun Kapiteln. Im *ersten* Kapitel werden die Grundbegriffe und konzeptionellen Grundannahmen der Untersuchung vorgestellt. Anschließend wendet sich die Arbeit im *zweiten* Kapitel dem Systemdenken zu und versucht, dessen Bedeutung für die Rechtswissenschaft zu klären. Mit dessen konkreter Ausformung im Gedanken der Einheit der Rechtsordnung beschäftigt sich das *dritte* Kapitel. In ihm werden zunächst die Normenwidersprüche untersucht und von verwandten Erscheinungen abgegrenzt. Danach wird das Feld der Wertungswidersprüche aufgearbeitet und der Versuch unternommen, die Vorstellung, dass die Rechtsordnung keine Wertungswidersprüche aufweisen sollte, zu einer dogmatischen Figur auszuformen. Die folgenden vier Kapitel beschäftigen sich mit dem Phänomen unterschiedlicher Rechtswidrigkeiten. Die verschiedenen Erscheinungsformen werden systematisch aufgearbeitet und es wird geklärt, warum es zu dem Phänomen kommt und welche unterschiedlichen Funktionen dabei von der Rechtsordnung verfolgt werden. Im *vierten* Kapitel wird das Phänomen unterschiedlicher Rechtswidrigkeiten auf den Gebrauch von Unterscheidungen zurückgeführt. Das *fünfte* Kapitel beschäftigt sich mit sachlich divergierenden Rechtswidrigkeitsurteilen, die darauf zurückzuführen sind, dass sich die deutsche Rechtsordnung aus den Rechtsordnungen von Bund und Ländern oder aus verschiedenen Rechtsgebieten zusammensetzt. Exemplarisch verfolgt werden solche Divergenzen zum einen am Beispiel der Bindung von Bundesbehörden an Landesrecht und zum anderen am Beispiel der Weisung als einer im Schnittfeld von Innen- und Außenrecht stehenden Rechtsform. Gegenstand des *sechsten* Kapitels ist das Phänomen relativer Rechtswidrigkeit insofern, als sich die rechtlichen Maßstäbe verändern können. Da diese Veränderungen aber zu verschieden sind, um das Phänomen mit Hilfe eines exemplarischen Beispielfalls einzufangen, wird stattdessen eine Typologie möglicher Veränderungsfelder vorgestellt. Im darauf folgenden *siebten* Kapitel geht die Untersuchung der Frage nach, ob und wie sich das Rechtswidrigkeitsurteil mit der Zeit verändern kann. Näher untersucht werden dazu das Gesetz und der Verwaltungsakt. Das *achte* Kapitel wendet sich den Rechtsfolgen fehlerhafter Rechtsakte zu, wobei versucht wird, die Vielfalt der Fehlerfolgen zu ordnen und ihre verschiedenen Funktionen aufzuklären. Das abschließende *neunte* Kapitel besteht aus zwei Teilen. Im ersten werden Einsichten über die wesentlichen Muster der Ordnungsbildung in der deutschen Rechtsordnung und die wesentlichen Funktionen relativer Rechtswidrigkeiten zusammengetragen. Gegenstand des zweiten Abschnitts ist der Versuch, die rechtsaktbezogene Betrachtungsweise der Arbeit durch eine verhaltensbezogene Betrachtung auf der Grundlage eines von seiner sozialwissenschaftlichen Herkunft befreiten Steuerungsgedankens zu ergänzen.

Sachregister

- Binnendifferenzierungen s. Unterscheidungen
- Bundes- und Landesrecht 44ff., 96ff.
- Bindung der Bundesverwaltung an Landesrecht 98ff.
 - Verwaltungsvollzug von Landesrecht 107 Fn.53
 - Einheit der Rechtsordnung 97f.
 - Gesetzgebungskompetenzen im Bundesstaat s. dort
 - Normenwidersprüche und Hierarchie 43ff.
 - Vorbehalt funktionsgewährleistender Aufgabenerledigung 108ff.
 - Wertungswiderspruch 58ff.
- Bürokratische Verwaltung 120ff.
- Demokratische Legitimation 122ff.
- Derogation 46ff., 167
- Einheit der Rechtsordnung 37ff., 67ff., 97f., 249f., 251f.
- unterschiedliche Fehlerfolgen 204f.
- Einheit des Rechtswidrigkeitsurteils 254f.
- Entscheidungsvarianten des Bundesverfassungsgerichts 242ff.
- Unvereinbarerklärung 244f.
- Fehler
- Ausschluss einer Rechtsverletzung 211f.
 - Kausalität 213ff.
 - materielle Präklusion 215f.
 - Rechtswidrigkeitszusammenhang 211
 - subjektive Rechtsverletzung 208ff.
 - Unanfechtbarkeit 215f.
 - unbeachtlicher Fehler 208ff.
- Fehlerfolgen 238f.
- Arten
 - Heilung 205ff.
 - Staatshaftung s. dort
 - Unbeachtlichkeit 208ff.
 - Kausalität 213ff.
 - Verkürzung subjektiver Rechte 211f.
 - Funktionen 202ff., 254
 - Ordnung 232ff., 246ff.
 - Einheit der Rechtsordnung 204f.
 - Leitprinzipien 202ff.
 - und Rechtswidrigkeit 232ff.
 - Folgenbeseitigungsanspruch 223ff.
 - als neue Generalklausel 223ff.
 - Folgenersatzanspruch 223ff.
 - Herleitung aus den Grundrechten 227f.
 - Funktionen des Rechts 11f.
 - Ermöglichungsfunktion 11f.
 - Ordnungsfunktion 11
- Genehmigung 178ff.
- feststellende Wirkung 179ff.
 - rechtsmissbräuchlich erlangte 113ff.
- Gerichtliche Kontrolle
- funktionell- und materiell-rechtlicher Ansatz 157ff.
 - Handlungs- und Kontrollnorm 158 Fn.37
- Gesetz 164ff.
- Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers 170ff.
 - Prüfungs- und Verwerfungsbefugnis der Gerichte 239f.
 - Prüfungs- und Verwerfungsbefugnis der Verwaltung 240f.
 - rechtserhebliche Veränderungen 166ff.
 - Reaktionsformen 169ff.
 - Derogation 167
 - Nachbesserungspflicht 170ff.
 - Rechtmäßigwerden 169f.

- Rechtswidrigwerden 170ff.
- Rechtswirkungen 165ff.
- Gesetzgebungskompetenzen im Bundesstaat
 - Abgrenzung 100ff.
 - Kompetenzüberschneidungen 96f., 105f.
 - Lehre von den Doppelkompetenzen 102ff.
 - Vorbehalt funktionsgewährleistender Aufgabenerledigung 108ff.
 - Zugriffsbefugnis des Bundesgesetzgebers 107
- Grundrechte
 - Aufgabe 226ff.
 - vorstaatliches Freiheitsverständnis 228f.
 - Staatshaftung 224ff.
- Handlungs- und Erfolgsunrecht 220ff.
- Hierarchie 43ff.
- Innen- und Außenrecht 118ff.
- Kollisionsregeln
 - Art. 31 GG 44ff.
- Kontinuität der Rechtsordnung
 - Gebot 84ff., 118ff., 129ff.
- Kontrolle s. Lehre von den Maßstäben des Verwaltungshandelns
- Lehre von den Doppelkompetenzen 102ff.
- Lehre von den Maßstäben des Verwaltungshandelns 264ff.
 - Arten von Maßstäben
 - variabel 150f.
 - offen 151f.
 - optional 152
 - Veränderungen von Maßstäben 149ff.
 - Rechtsergänzungen 153f.
 - Sachverhaltsermittlung 155ff.
 - Kontrolle 157ff.
 - gerichtliche s. dort
 - pragmatische Gründe 157ff.
- Lex posterior Grundsatz 46ff.
- Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers 170ff.
- Nichtigkeit 13f., 202ff., 235
- Nichtigkeitslehre 236ff.
 - Begriff und Kennzeichen 237
- Nichtrechtsakt 234ff.
 - Rechtsakt/Nichtrechtsakt 12ff., 234ff.
- Normative Erscheinung
 - Begriff 17f.
- Normbegriff 14f.
- Normenkollisionen s. Normenwiderspruch
- Normenwiderspruch
 - Abgrenzung zu anderen Erscheinungen 41ff.
 - Bindung an höherrangiges Recht 43ff.
 - Derogation 46ff.
 - tatsächliche u. rechtliche Unmöglichkeit 41f.
 - Auflösung 48ff.
 - Begriff und Kennzeichen 39ff.
- Normenwiderspruchsfreiheit 38ff.
- Öffentliches Recht
 - und Privatrecht
 - Nachbarrecht 60ff.
 - und Strafrecht
 - Abzugsfähigkeit von Schmiergeld und Geldbußen 70ff.
 - rechtsmissbräuchlich erlangte Genehmigung 113ff.
 - Strafrechtliche Rechtfertigung 72ff.
- Ordnungsbildung im Recht 23ff., 249ff.
 - Abstimmung von Rechtsgebieten 56ff., 68ff.
 - Fehlerfolgen s. dort
 - Fortbildung der Rechtsordnung 251
 - Grundmuster 250ff.
 - inhaltliche Einheit 251f.
 - Konstitution der Rechtsordnung 250f.
 - modellhafte Ausprägungen 26ff.
 - Normenwiderspruchsfreiheit s. dort
 - Rechtsdogmatik s. dort
 - Rechtsordnung s. dort
 - Unterscheidungen s. dort
 - Verknüpfungen 111ff.
 - Hierarchie 43ff.
 - weichenstellende Entscheidungen 255f.
 - Wertungswiderspruchsfreiheit der Rechtsordnung s. dort

- in der Zeit 190ff.
- Recht und Nichtrecht 12f., 148f.
- Rechtsakt
 - Arten 19f.
 - ermächtigender 19ff.
 - Begriff 17
 - Fehlerfolgen s. dort
 - Heilung 205ff.
 - nichtiger 13f., 202ff.
 - Entscheidungsvarianten des Bundesverfassungsgerichts 242ff.
 - Geltung 241f.
 - Nichtigkeitslehre 236ff.
 - Begriff und Kennzeichen 237
 - Rechtsakt/Nichtrechtsakt 12ff., 234ff.
 - Rechtsgebilde 20f.
 - Rechtswidrigwerden s. dort
 - unbeachtliche Fehler 208ff.
 - subjektives Recht oder Aufhebungsanspruch 208ff.
 - und Veränderungen 166ff., 190ff.
 - Unwirksamkeit 234ff.
 - Gründe 234ff.
 - Wegfallgrundsatz 190, 194f.
 - Vernichtbarkeitslehre 236ff.
 - Begriff und Kennzeichen 237
 - wirksam/unwirksam 234ff.
- Rechtsaktbezogene Betrachtungsweise 5, 255ff.,
 - Eigenheiten 257ff.
 - Begriffsbildung 257f.
 - Rechtsdogmatik 257f.
 - Vollzugsmodell 258
 - zweiwertiges Rechtswidrigkeitssurteil 265f.
- Rechtsdogmatik 7f., 25
 - Betrachtungsweise
 - rechtsaktbezogene s. dort
 - Möglichkeitsdenken 33f.
 - Prinzipiendenken 29ff.
 - Problemendenken 33f.
 - sachlogisches Denken 26ff.
 - Systemdenken s. dort
 - Systemtheorie 6f.
 - verhaltensbezogene s. dort
 - Instrumente
 - Harmonisierung 60ff.
 - Unterscheidungen s. dort
 - Verknüpfungen 111ff.
 - Wertungswiderspruch s. dort
 - Verhältnis zur Rechtstheorie 7f.
- Rechtserhebliche Veränderungen 166ff.
 - Derogation 167
 - Reaktionsformen 169ff.
- Rechtsfolgen
 - Fehlerfolgen s. dort
 - Nichtigkeit 13f.
- Rechtsgebilde 20f.
- Rechtsgeltung 15ff., 241f.
 - faktischer und nichtiger Rechtsakt 241f.
- Rechtsordnung(en)
 - Beständigkeit 202ff.
 - Funktionen 11f., 110
 - Nebeneinander 96ff.
 - Ordnungsbildung im Recht s. dort
 - Zusammensetzung 12f.
- Rechtsprinzipien 29ff.
- Rechtswidrigkeit
 - Fehler 232ff.
 - relative s. dort
- Rechtswidrigkeitssurteil 21f., 197ff., 232ff.
 - Einheit 254f.
 - Funktion 254
 - Überlagerung 198ff.
 - und Entscheidungsrichtigkeit 266
 - unterschiedliches 69ff.
 - zwei-/dreiwertiges 265ff.
- Rechtswidrigwerden von Rechtsakten 170ff., 193ff.
- Relative Rechtswidrigkeit 3f., 69ff., 89ff., 252ff.
 - Fehlerfolgen 201ff.
 - Gründe und Funktionen 252ff.
 - in maßstäblicher Hinsicht 147ff.
 - Funktionen 155, 161
 - in sachlicher Hinsicht 95ff.
 - unterschiedliche Rechtsordnungen 91ff.
 - Funktionen 110
 - Innen- und Außenrecht 129ff.
 - unterschiedliche Rechtsgebiete 111ff.
 - Funktionen 145f.
 - Verknüpfungen 111ff.
 - in zeitlicher Hinsicht 163ff.

- Gesetz 164ff.
- Reaktionsformen 198ff.
- Verwaltungsakt 172ff.
- Phänomen 89ff.
- Selbstbindung
 - Gesetzgeber 82ff.
 - Verwaltung 138ff.
- Staatshaftung 216ff.
 - Abgrenzung zwischen Entschädigung und Staatsunrechtshaftung 216ff.
 - Anspruch aus enteignendem Eingriff 219f.
 - Folgenbeseitigungsanspruch 223ff.
 - Grundrechtliche Fundierung 225ff.
 - Primär- und Sekundärrechtsschutz 216ff., 222f.
 - Reform 223ff.
- Staatsunrechtshaftung 216ff.
- Steuerungsdenken
 - als normativ-analytischer Begriffsapparat 262ff.
 - Kritik 263f.
- System
 - Begriff 35f.
- Systemdenken 2ff., 23ff., 249f.
 - Ausprägungen 26ff.
- Unmöglichkeit
 - tatsächliche und rechtliche 41f.
- Unrecht
 - Handlungs- und Erfolgsunrecht s. dort
- Unterscheidungen 6f., 91ff.
 - Ordnungsbildung im Recht 231f.
 - rechtmäßig/rechtswidrig 14f., 17f.
 - Rechtsakt/Nichtrechtsakt 12ff.
 - Rechtsgebiete 111ff.
 - Funktionen 145f.
 - wirksam/unwirksam 234ff.
- Rechtsordnungen s. dort
- unterschiedliche Rechtswidrigkeiten s. relative Rechtswidrigkeit
- Unwirksamkeit s. Rechtsakt
- Verhaltensbezogene Betrachtungsweise 255ff.
 - Eigenheiten 259ff.
 - Begriffsbildung 260f.
 - dreiwertiges Rechtswidrigkeitssurteil 266f.
- Vernichtbarkeitslehre 236ff.
 - Begriff und Kennzeichen 237
- Verwaltungsakt 172ff.
 - Änderungs- und Aufhebungsanspruch 191f.
 - Bestandskraft 181ff.
 - Bindungswirkung 183ff., 188
 - Genehmigung 186
 - im Folgeverfahren 187f.
 - in gestuften Verwaltungsverfahren 187
 - Leistungsbescheid 186
 - Versagung 184f.
 - Dauerverwaltungsakt 175ff., 195ff.
 - Begriff und Kennzeichen 176ff.
 - Dauerwirkung 173ff.
 - Erlöschen 190f.
 - feststellender 178ff.
 - Genehmigung s. dort
 - gestaltender 178ff.
 - Heilung 190f.
 - rechtserhebliche Veränderungen 189f.
 - Reaktionsformen 190ff.
 - im Folgeverfahren 192
 - Rechtswidrigwerden 193ff.
 - Dauerverwaltungsakte 195ff.
 - subjektive Rechtsverletzung 193f.
 - Rechtswirkungen 172ff.
 - Verbindlichkeit 181ff.
 - Wegfallgrundsatz 190f., 194
 - wiederholende Verfügung 185
- Verwaltungsvorschriften (s.a. Weisung)
 - Außenwirkung 134ff.
 - Rechtsetzung oder Rechtsanwendung 119f.
 - ermessenslenkende 136ff.
 - gesetzesvertretende 144f.
 - norminterpretierende 140f.
 - normkonkretisierende 119f., 141ff.
 - Rechtsanwendung (Gesetzesvollziehung) 143f.
 - Selbstbindung 139ff.
 - Verwaltungspraxis 139ff.
- Weisung 118ff.
 - Aufgaben 120ff.
 - Außenwirkung 134ff.

- Erscheinungsformen 126
- Ideal demokratischer Legitimation 124f.
- Rechtmäßigkeit 129ff.
- rechtswidrig, aber verbindlich 126ff.
 - Innen- und Außenrechtsverhältnis 133f.
- relative Rechtswidrigkeit 129ff.
- und Gesetzesvollzug 143ff.
- Verbindlichkeit 126ff.
- Verhaltensmaßstab 131ff.
- Wertungswiderspruch 51ff.
- Aufgabe und Gebot 59f.
- Bedeutung für die Rechtspraxis 77f.
- Begriff und Kennzeichen 75f.
- durch unterschiedliche Rechtswidrigkeiten 69ff.
- durch Ungleichbehandlung 55ff.
- Erscheinungsformen 52ff.
 - im Bundesstaat 58ff.
 - ohne Ungleichbehandlung 58ff.
 - und Harmonisierung 60ff.
 - Verfassungsrechtliche Schranken 78ff., 87
 - Gleichheitsgrundsatz 78ff.
 - Grundsatz der Verhältnismäßigkeit 86f.
 - Kontinuität der Rechtsordnung 84ff.
 - Selbstbindung des Gesetzgebers 82ff.
 - Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung 80ff.
- Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung 37ff.
 - Einheit der Rechtsordnung s. dort
 - Gebot 58ff., 80ff.

Jus Publicum

Beiträge zum Öffentlichen Recht – Alphabetische Übersicht

- Axer, Peter*: Normsetzung der Exekutive in der Sozialversicherung. 2000. *Band 49*.
- Bauer, Hartmut*: Die Bundestreue. 1992. *Band 3*.
- Beaucamp, Guy*: Das Konzept der zukunftsfähigen Entwicklung im Recht. 2002. *Band 85*.
- Becker, Joachim*: Transfergerechtigkeit und Verfassung. 2001. *Band 68*.
- Blanke, Hermann-Josef*: Vertrauensschutz im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht. 2000. *Band 57*.
- Böhm, Monika*: Der Normmensch. 1996. *Band 16*.
- Bogdandy, Armin von*: Gubernative Rechtsetzung. 2000. *Band 48*.
- Brenner, Michael*: Der Gestaltungsauftrag der Verwaltung in der Europäischen Union. 1996. *Band 14*.
- Britz, Gabriele*: Kulturelle Rechte und Verfassung. 2000. *Band 60*.
- Bröhmer, Jürgen*: Transparenz als Verfassungsprinzip. 2004. *Band 106*.
- Brüning, Christoph*: Einstweilige Verwaltungsführung. 2003. *Band 103*.
- Burgi, Martin*: Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe. 1999. *Band 37*.
- Bultmann, Peter Friedrich*: Beihilfenrecht und Vergaberecht. 2004. *Band 109*.
- Bumke, Christian*: Relative Rechtswidrigkeit. 2004. *Band 117*.
- Butzer, Hermann*: Fremdlasten in der Sozialversicherung. 2001. *Band 72*.
- Calliess, Christian*: Rechtsstaat und Umweltstaat. 2001. *Band 71*.
- Classen, Claus Dieter*: Die Europäisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit. 1996. *Band 13*.
- Religionsfreiheit und Staatskirchenrecht in der Grundrechtsordnung. 2003. *Band 100*.
- Cremer, Wolfram*: Freiheitsgrundrechte. 2003. *Band 104*.
- Danwitz, Thomas von*: Verwaltungsrechtliches System und Europäische Integration. 1996. *Band 17*.
- Dederer, Hans-Georg*: Korporative Staatsgewalt. 2004. *Band 107*.
- Detterbeck, Steffen*: Streitgegenstand und Entscheidungswirkungen im Öffentlichen Recht. 1995. *Band 11*.
- Di Fabio, Udo*: Risikoentscheidungen im Rechtsstaat. 1994. *Band 8*.
- Dörr, Oliver*: Der europäisierte Rechtsschutzauftrag deutscher Gerichte. 2003. *Band 96*.
- Enders, Christoph*: Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung. 1997. *Band 27*.
- Epping, Volker*: Die Außenwirtschaftsfreiheit. 1998. *Band 32*.
- Fehling, Michael*: Verwaltung zwischen Unparteilichkeit und Gestaltungsaufgabe. 2001. *Band 79*.

- Felix, Dagmar*: Einheit der Rechtsordnung. 1998. *Band 34*.
- Fisahn, Andreas*: Demokratie und Öffentlichkeitsbeteiligung. 2002. *Band 84*.
- Frenz, Walter*: Selbstverpflichtungen der Wirtschaft. 2001. *Band 75*.
- Gellermann, Martin*: Grundrechte im einfachgesetzlichen Gewande. 2000. *Band 61*.
- Grigoleit, Klaus Joachim*: Bundesverfassungsgericht und deutsche Frage. 2004. *Band 108*.
- Gröpl, Christoph*: Haushaltsrecht und Reform. 2001. *Band 67*.
- Gröschner, Rolf*: Das Überwachungsrechtsverhältnis. 1992. *Band 4*.
- Groß, Thomas*: Das Kollegialprinzip in der Verwaltungsorganisation. 1999. *Band 45*.
- Grzeszick, Bernd*: Rechte und Ansprüche. 2002. *Band 92*.
- Guckelberger, Annette*: Die Verjährung im Öffentlichen Recht. 2004. *Band 111*.
- Gurlit, Elke*: Verwaltungsvertrag und Gesetz. 2000. *Band 63*.
- Häde, Ulrich*: Finanzausgleich. 1996. *Band 19*.
- Hase, Friedhelm*: Versicherungsprinzip und sozialer Ausgleich. 2000. *Band 64*.
- Heckmann, Dirk*: Geltungskraft und Geltungsverlust von Rechtsnormen. 1997. *Band 28*.
- Heitsch, Christian*: Die Ausführung der Bundesgesetze durch die Länder. 2001. *Band 77*.
- Hellermann, Johannes*: Örtliche Daseinsvorsorge und gemeindliche Selbstverwaltung. 2000. *Band 54*.
- Hermes, Georg*: Staatliche Infrastrukturverantwortung. 1998. *Band 29*.
- Hösch, Ulrich*: Eigentum und Freiheit. 2000. *Band 56*.
- Hohmann, Harald*: Angemessene Außenhandelsfreiheit im Vergleich. 2002. *Band 89*.
- Holznapel, Bernd*: Rundfunkrecht in Europa. 1996. *Band 18*.
- Horn, Hans-Detlef*: Die grundrechtsunmittelbare Verwaltung. 1999. *Band 42*.
- Huber, Peter-Michael*: Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht. 1991. *Band 1*.
- Hufeld, Ulrich*: Die Vertretung der Behörde. 2003. *Band 102*.
- Huster, Stefan*: Die ethische Neutralität des Staates. 2002. *Band 90*.
- Ibler, Martin*: Rechtspflegender Rechtsschutz im Verwaltungsrecht. 1999. *Band 43*.
- Jestaedt, Matthias*: Grundrechtsentfaltung im Gesetz. 1999. *Band 50*.
- Jochum, Heike*: Verwaltungsverfahrenrecht und Verwaltungsprozessrecht. 2004. *Band 116*.
- Kadelbach, Stefan*: Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß. 1999. *Band 36*.
- Kämmerer, Jörn Axel*: Privatisierung. 2001. *Band 73*.
- Kabl, Wolfgang*: Die Staatsaufsicht. 2000. *Band 59*.
- Kaufmann, Marcel*: Untersuchungsgrundsatz und Verwaltungsgerichtsbarkeit. 2002. *Band 91*.
- Kersten, Jens*: Das Klonen von Menschen. 2004. *Band 115*.
- Kingreen, Thorsten*: Das Sozialstaatsprinzip im europäischen Verfassungsbund. 2003. *Band 97*.
- Kischel, Uwe*: Die Begründung. 2002. *Band 94*.
- Koch, Thorsten*: Der Grundrechtsschutz des Drittbetroffenen. 2000. *Band 62*.
- Korioth, Stefan*: Der Finanzausgleich zwischen Bund und Ländern. 1997. *Band 23*.
- Kluth, Winfried*: Funktionale Selbstverwaltung. 1997. *Band 26*.
- Kube, Hanno*: Finanzgewalt in der Kompetenzordnung. 2004. *Band 110*.

- Kugelman, Dieter*: Die informatorische Rechtsstellung des Bürgers. 2001. *Band 65*.
- Langenfeld, Christine*: Integration und kulturelle Identität zugewanderter Minderheiten. 2001. *Band 80*.
- Lehner, Moris*: Einkommensteuerrecht und Sozialhilferecht. 1993. *Band 5*.
- Leisner, Anna*: Kontinuität als Verfassungsprinzip. 2002. *Band 83*.
- Lepsius, Oliver*: Besitz und Sachherrschaft im öffentlichen Recht. 2002. *Band 81*.
- Lorz, Ralph Alexander*: Interorganrespekt im Verfassungsrecht. 2001. *Band 70*.
- Lücke, Jörg*: Vorläufige Staatsakte. 1991. *Band 2*.
- Luthe, Ernst-Wilhelm*: Optimierende Sozialgestaltung. 2001. *Band 69*.
- Mager, Ute*: Einrichtungsgarantien. 2003. *Band 99*.
- Mann, Thomas*: Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft. 2002. *Band 93*.
- Manssen, Gerrit*: Privatrechtsgestaltung durch Hoheitsakt. 1994. *Band 9*.
- Masing, Johannes*: Parlamentarische Untersuchungen privater Sachverhalte. 1998. *Band 30*.
- Möstl, Markus*: Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung. 2002. *Band 87*.
- Morgenthaler, Gerd*: Freiheit durch Gesetz. 1999. *Band 40*.
- Morlok, Martin*: Selbstverständnis als Rechtskriterium. 1993. *Band 6*.
- Müller-Franken, Sebastian*: Maßvolles Verwalten. 2004. *Band 105*.
- Niedobitek, Matthias*: Das Recht der grenzüberschreitenden Verträge. 2001. *Band 66*.
- Oeter, Stefan*: Integration und Subsidiarität im deutschen Bundesstaatsrecht. 1998. *Band 33*.
- Pache, Eckhard*: Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum. 2001. *Band 76*.
- Pauely, Walter*: Der Methodenwandel im deutschen Spätkonstitutionalismus. 1993. *Band 7*.
- Pielow, Johann-Christian*: Grundstrukturen öffentlicher Versorgung. 2001. *Band 58*.
- Poscher, Ralf*: Grundrechte als Abwehrrechte. 2003. *Band 98*.
- Publ, Thomas*: Budgetflucht und Haushaltsverfassung. 1996. *Band 15*.
- Reinhardt, Michael*: Konsistente Jurisdiktion. 1997. *Band 24*.
- Remmert, Barbara*: Private Dienstleistungen in staatlichen Verwaltungsverfahren. 2003. *Band 95*.
- Rodi, Michael*: Die Subventionsrechtsordnung. 2000. *Band 52*.
- Rossen, Helge*: Vollzug und Verhandlung. 1999. *Band 39*.
- Roze, Jochen*: Die Unterscheidung von Eigentumsbindung und Enteignung. 1998. *Band 31*.
- Ruffert, Matthias*: Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts. 2001. *Band 74*.
- Sacksofsky, Ute*: Umweltschutz durch nicht-steuerliche Abgaben. 2000. *Band 53*.
- Šarcević, Edin*: Das Bundesstaatsprinzip. 2000. *Band 55*.
- Schlette, Volker*: Die Verwaltung als Vertragspartner. 2000. *Band 51*.
- Schliesky, Utz*: Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt. 2004. *Band 112*.
- Schmehl, Arndt*: Das Äquivalenzprinzip im Recht der Staatsfinanzierung. 2004. *Band 113*.
- Schmidt-De Caluwe, Reimund*: Der Verwaltungsakt in der Lehre Otto Mayers. 1999. *Band 38*.

- Schroeder, Werner*: Das Gemeinschaftsrechtssystem. 2002. *Band 86*.
- Schulte, Martin*: Schlichtes Verwaltungshandeln. 1995. *Band 12*.
- Sobota, Katharina*: Das Prinzip Rechtsstaat. 1997. *Band 22*.
- Sodan, Helge*: Freie Berufe als Leistungserbringer im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung. 1997. *Band 20*.
- Sommermann, Karl-Peter*: Staatsziele und Staatszielbestimmungen. 1997. *Band 25*.
- Stoll, Peter-Tobias*: Sicherheit als Aufgabe von Staat und Gesellschaft. 2003. *Band 101*.
- Storr, Stefan*: Der Staat als Unternehmer. 2001. *Band 78*.
- Trute, Hans-Heinrich*: Die Forschung zwischen grundrechtlicher Freiheit und staatlicher Institutionalisierung. 1994. *Band 10*.
- Uerpmann, Robert*: Das öffentliche Interesse. 1999. *Band 47*.
- Unruh, Peter*: Der Verfassungsbegriff des Grundgesetzes. 2002. *Band 82*.
- Wall, Heinrich de*: Die Anwendbarkeit privatrechtlicher Vorschriften im Verwaltungsrecht. 1999. *Band 46*.
- Wolff, Heinrich Amadeus*: Ungeschriebenes Verfassungsrecht unter dem Grundgesetz. 2000. *Band 44*.
- Volkmann, Uwe*: Solidarität – Programm und Prinzip der Verfassung. 1998. *Band 35*.
- Voskuhle, Andreas*: Das Kompensationsprinzip. 1999. *Band 41*.
- Weiß, Wolfgang*: Privatisierung und Staatsaufgaben. 2002. *Band 88*.
- Ziekow, Jan*: Über Freizügigkeit und Aufenthalt. 1997. *Band 21*.