

## Einleitung

### A. Gegenstand und Ziel der Untersuchung

*„Die Handlungsform als ‚Kristallisationspunkt‘ des Verwaltungshandelns bietet damit den Anknüpfungspunkt für Aussagen der verwaltungsrechtlichen Dogmatik zur Lösung konkreter rechtspraktischer Probleme.“*

Rainer Pitschas, DÖV 2004, 231 (237).

*„Das Bemühen um das richtige Maß an Regulierung und Deregulierung ist eine klassische Daueraufgabe des Rechts.“*

Rolf Stober, Rückzug des Staates im Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 7.

*„Regieren und Verwaltung heißt heute wesentlich auch, Überzeugungsarbeit zu leisten.“*

Gunnar Folke Schuppert, VerwArch 71 (1980), 309 (340).

Der Gegenstand der vorliegenden Untersuchung ergibt sich aus der Zusammenschau zentraler Themen der Verwaltungsrechtswissenschaft: Handlungsformenlehre – Lenkung – kooperativ-konsensuales Verwaltungshandeln.

Die Handlungsformenlehre als ältester und zugleich zentralster Bestandteil der verwaltungsrechtlichen Dogmatik hat seit den Anfängen der deutschen Verwaltungsrechtswissenschaft stetig eine bedeutsame Schlüsselrolle eingenommen; dabei hat sie sich lange Zeit auf den Verwaltungsakt als „ureigenste“ Form des staatlichen Verwaltungshandelns seit *Otto Mayer* beschränkt. In dieser Eigenschaft hat sie unzählige Publikationen herrschend bestimmt<sup>1</sup>.

Bislang nur wenig Beachtung gefunden hat hingegen das lenkungsrechtliche Moment der Handlungsformen, d.h. die Nutzbarmachung der Handlungsformenlehre für die staatliche Lenkung im Sinne einer Beeinflussung der Handlungsadressaten zur Erreichung einer bestimmten Zielsetzung unter Rückgriff auf dazu geeignete Instrumente.

---

<sup>1</sup> Siehe exemplarisch *Obermayer*, Verwaltungsakt und innerdienstlicher Rechtsakt, 1956; *Heitzer*, Probleme des Zusammenwirkens mehrerer Verwaltungsbehörden beim Erlass eines Verwaltungsaktes, 1961; *Ossenbühl*, Die Rücknahme fehlerhafter begünstigender Verwaltungsakte, 1965; *Bachof*, Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung, 1968; *Krause*, Rechtsformen des Verwaltungshandelns, 1974; *Bückling*, Rechtsschutz bei zurückgenommenen und erledigten Verwaltungsakten, 1976; *Braun*, Die präjudizielle Wirkung bestandskräftiger Verwaltungsakte, 1981; *Knoke*, Rechtsfragen der Rücknahme von Verwaltungsakten, 1989; *Druschel*, Die Verwaltungsaktbefugnis, 1999; *Heinrich*, Behördliche Nachbesserung von Verwaltungsakten im verwaltungsgerichtlichen Verfahren und Rechtsschutz der Betroffenen, 1999.

Die regulierungsgeprägte Lenkung als Pendant der Verwaltungsrechtswissenschaft zu der Steuerungstopik der Verwaltungslehre hat über ihre Anfänge als reine Wirtschaftslenkung hinaus ein neues Selbstverständnis gewonnen, indem sie Dreh- und Angelpunkt neuer Materien des Besonderen Verwaltungsrechts, wie etwa des Telekommunikationsrechts, geworden ist und die Herausbildung eines eigenen Regulierungsverwaltungsrechts angestoßen hat. Dennoch fehlt es bislang an einem übergreifenden Modell der Lenkung einschließlich ihrer verfassungs- und verfahrensrechtlichen Bezüge<sup>2</sup>. Diese Lücke zu schließen ist das Anliegen dieser Arbeit; insoweit bedarf es der Aufschlüsselung des Lenkungsprozesses in seine einzelnen Parameter. Dazu gehören nicht nur die Bestimmung des handelnden Lenkungssubjektes und die Festlegung einer übergreifenden Lenkungszielsetzung, sondern auch der Charakterisierung der einzelnen Handlungsformen im Hinblick auf ihre Lenkungstauglichkeit und ihre Vereinbarkeit mit den Lenkungsrichtungen der Regulierung und Deregulierung.

Dabei ist dem Umstand Rechnung zu tragen, dass die Handlungsformenlehre - auch unter dem Einfluss des Gemeinschaftsrechts - einem Wandel ihrer Handlungsformen ausgesetzt ist, der sich demzufolge auch auf jene die Handlungsformen nutzbar machende Lenkung auswirkt. Dabei ist der Begriff der Handlungsform nicht streng formalistisch zu verstehen. Naturgemäß kann es aus Sicht der Verwaltungsrechtswissenschaft neben dem Kanon aus Verwaltungsakt, verwaltungsrechtlichem Vertrag und den Realakten als Handlungsformen im engeren Sinne keine weiteren Handlungsformen mehr geben, indem der Begriff des Realaktes als Oberbegriff für alldasjenige Verhalten des Staates steht, das nicht unter die Begriffsmerkmale des § 35 BVwVfG oder der §§ 54 ff. BVwVfG fällt, mithin also nach dem Ausschlussprinzip keinen Verwaltungsakt oder verwaltungsrechtlichem Vertrag darstellt. Hingegen zeigt die tatsächliche Handlungspraxis des Staates, dass sich in dem Bereich der Realakte zahlreiche „moderne“ Handlungsformen in einem weiteren Sinne entwickeln. Das kooperativ-konsensuale Verwaltungshandeln als Fallgruppe des „Sammelbegriffes“ Realakt ist bislang vor allem unter umweltrechtlichen Gesichtspunkten in die Überlegungen zur Handlungsformenwahl einbezogen worden<sup>3</sup>. Aber auch zahlreiche andere Bereiche beginnen, sich dem kooperativ-konsensualen Verwaltungshandeln zu öffnen<sup>4</sup>. Dazu maßgeblich beigetragen hat wiederum die Lenkung, die auf die Nutzbarmachung dieser „modernen“ Realakte zwingend angewiesen ist.

---

<sup>2</sup> Zu der ansatzweisen Herausbildung eines allgemeinen Lenkungsrechts siehe *Rittner/Dreher*, Europäisches und deutsches Wirtschaftsrecht, § 24.

<sup>3</sup> Siehe nur *Kothe*, Beratungspflichten und Informationsbedarf im Umweltschutz, DÖV 1998, 577 ff.; *Schulte*, Schlichtes Verwaltungshandeln. Verfassungs- und verwaltungsrechtsdogmatische Strukturüberlegungen am Beispiel des Umweltrechts, 1995; *ders.*, Informales Verwaltungshandeln als Mittel staatlicher Umwelt- und Gesundheitspflege, DVBl. 1988, 512 ff.; *Kloepfer*, Zu den neuen umweltrechtlichen Handlungsformen des Staates, JZ 1991, 737 ff. Generalisierend hingegen *Schulze-Fielitz*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, § 12 Rn. 66 ff.

<sup>4</sup> Auf das Umweltrecht wird daher im Folgenden nur insoweit Bezug genommen, als dies zur Veranschaulichung der Darstellung aufgrund seiner fortgeschrittenen dogmatischen Durch-

Die Einordnung des kooperativ-konsensualen Verwaltungshandelns innerhalb der Realakte ist dabei nicht unumstritten.

Zum einen wird zwischen schlichtem Verwaltungshandeln, d.h. sog. Realakten, und dem informalen Verwaltungshandeln unterschieden<sup>5</sup>, wobei das informale Handeln mit kooperativem Handeln gleichgesetzt wird<sup>6</sup>. Andere fassen sämtliche Verhaltensweisen unter dem gemeinsamen Begriff des „Realaktes“ zusammen, ohne näher zu differenzieren.

Richtigerweise ist das unter der Sammelbezeichnung des „Realaktes“ zusammengefasste staatliche Handeln weiter aufzuschlüsseln. Gemeinsam ist all diesen Verhaltensweisen zunächst, dass sie nicht die Merkmale des Verwaltungsaktes i.S.d. § 35 BVwVfG teilen und auch keinen verwaltungsrechtlichen Vertrag i.S.d. §§ 54 ff. BVwVfG darstellen, folglich also nicht zu den näher kodifizierten Handlungsformen gehören. Im Übrigen weisen sie allerdings erhebliche Unterschiede auf.

Eine erste Gruppe bilden solche tatsächlichen Handlungen, die mangels Regelungswirkung keinen Verwaltungsakt darstellen<sup>7</sup>, aber eine rechtliche Bindungswirkung erzeugen und durch zahlreiche konkrete Ermächtigungsgrundlagen und Verfahrensregeln rechtsstaatlich abgedeckt sind, also über einen einseitig hoheitlichen, formalen Charakter verfügen. Dabei handelt es sich vorrangig um solche staatliche Maßnahmen, die vor der Entwicklung und Anerkennung der Rechtsfigur des Realaktes mit hohem Begründungsaufwand und dogmatisch sehr zweifelhaft unter die Begriffsmerkmale des Verwaltungsakts „gezwungen“ wurden, um eine rechtsschutzoffene Maßnahme zu gerieren.

Einer zweiten Gruppe gehört das informale Verwaltungshandeln an, das wiederum zum einen einseitiges staatliches und zum anderen mehrseitiges, kooperativ-konsensuales Verwaltungshandeln umfasst<sup>8</sup>.

Das informale Verwaltungshandeln hat sich aufgrund seiner Vorzüge<sup>9</sup> gegenüber dem einseitig hoheitlichen Handeln des Staates als besonders lenkungstauglich erwiesen und daher eine Reihe von einseitigen, aber vor allem mehrseitigen

---

dringung im Bereich des kooperativ-konsensualen Verwaltungshandelns sinnvoll und notwendig erscheint.

<sup>5</sup> Schmidt-Preuß, VVDStRL 56 (1997), 160 (226, Fn. 254).

<sup>6</sup> So Schoch, HStR, § 37 Rn. 34; Dreier, Informales Verwaltungshandeln, Staatswissenschaften und Staatspraxis 1993, 647 (648).

<sup>7</sup> Zu der fehlenden Regelungswirkung als maßgeblichem Abgrenzungskriterium Robbers, der insoweit von „regelungsvorbereitenden, regelungsersetzenden, regelungsausführenden und aufgabengeprägten Handlungen“ spricht, vgl. ders., DÖV 1987, 272 (274). Dazu auch Rasch, DVBl. 1992, 207 ff.

<sup>8</sup> So auch Ossenbühl, JbUTR 1987, 27 (29); Ipsen, Verwaltungsrecht, Rn. 822. Brohm will weitergehend als dritte Unterart des informalen Handelns den „normvertretenden Absprachen“ eine eigenständige Rolle zubilligen, vgl. ders., DVBl. 1994, 133 (133). Dem kann insoweit nicht gefolgt werden, als sie unzweifelhaft auf einer kooperativ-konsensualen Zusammenarbeit zwischen Staat und Bürger beruhen und daher entsprechend einzuordnen sind. Dem steht auch nicht entgegen, dass sie anders als weitere Formen des kooperativ-konsensualen Handelns gegebenenfalls über eine stärkere rechtliche Bindungswirkung verfügen.

kooperativ-konsensualen Handlungsinstrumenten hervorgebracht. Aufgrund des lenkungsrechtlichen Kontextes der vorliegenden Betrachtung soll daher vor allem das kooperativ-konsensuale Verwaltungshandeln im Vordergrund stehen. Es beruht auf Aushandlungsprozessen zwischen Verwaltung und Bürger, die verfahrensrechtliche Entscheidungen vorbereiten oder gar zu substituieren vermögen und strebt auf der Grundlage der Kompromissbereitschaft beider Seiten einen möglichst umfassenden Ausgleich differierender Interessenlagen an<sup>10</sup>.

Die bislang fehlende Anerkennung des kooperativ-konsensualen Verwaltungshandelns beruht in nicht zu unterschätzendem Maße darauf, dass die Handlungsform des Realaktes an sich nur zögerlich zum Gegenstand dogmatischer Aufarbeitung gemacht wurde. Die kritische Haltung gegenüber jenem staatlichen Handeln, welches die Voraussetzungen der Schlüsselfigur des Verwaltungsaktes nicht erfüllt, ist dabei keineswegs ein Spezifikum der Verwaltungsrechtswissenschaft in der unmittelbaren Folgezeit *Otto Mayers*, sondern reicht bis in die Gegenwart hinein<sup>11</sup>. Während das formale schlichte Verwaltungshandeln nun verstärkt als neben dem Verwaltungsakt stehende Handlungsalternative Beachtung findet und dabei davon profitiert, dass die zwingende Konstruktion von Verwaltungsakten inzwischen überwiegend als dogmatisch unbefriedigend und unangemessen angesehen wird<sup>12</sup>, sieht sich das informale schlichte Verwaltungshandeln weiterhin großer Skepsis ausgesetzt. Dabei wurde die einseitig-hoheitliche Variante etwa in Form von staatlichen Warnungen und Appellen zuvörderst aufgegriffen und rechtlich ausgeprägt<sup>13</sup>; das zweiseitige, kooperativ-konsensuale

---

<sup>9</sup> Am Beispiel der Absprachen siehe *Bohne*, Der informale Rechtsstaat, S. 84 f.; *Lecheler*, BayVBl. 1992, 545 (547); *Bulling*, DÖV 1989, 277 (278); *Eberle*, Die Verwaltung 17 (1984), 439 (441); *Bauer*, VerwArch 78 (1987), 241 (250 ff.).

<sup>10</sup> Vgl. *Brohm*, DVBl. 1994, 133 (136 f.).

<sup>11</sup> Burmeister bezeichnete das schlichte Verwaltungshandeln auf der Tagung der deutschen Staatsrechtslehrer gar als „dogmatisch uninteressante oder irrelevante“ Handlungsform, vgl. *ders.*, VVDStRL 52 (1993), 231 (232); ähnlich deutlich bereits *Robbers*, DÖV 1987, 272 (272); „Stiefkind der Dogmatik“, der eine dogmatische Strukturierung aber für erstrebenswert hält; *Ossenbühl*, JuS 1979, 681 (685); „rechtlich profillose Auffangkategorie“; siehe auch *Bauer*, Die Verwaltung 25 (1992), 302 (312).

<sup>12</sup> Zur Anerkennung des schlichten Verwaltungshandelns und einer entsprechenden Einordnung in das Rechtsschutzsystem der VwGO siehe schon *Holland*, Die Leistungsklage im Verwaltungsprozeß, Diss. Göttingen 1964; *ders.*, Die Leistungsklage im Verwaltungsprozeß, DÖV 1965, 410 ff.; *Rönnebeck*, Klageformen im Bereich der verwaltungsrechtlichen Leistungsklagen, Diss. München 1968; *Zysk*, System eines Verwaltungsrechtsschutzes ohne Verwaltungsakt, Diss. Marburg 1976.

<sup>13</sup> Siehe exemplarisch aus dem „Blätterwald“ der Literatur *Bethge*, AfP 2007, 18 ff. (Sonderheft), *Gurlit*, DVBl. 2003, 1119 ff.; *Murawiek*, NVwZ 2003, 1 ff.; *ders.*, DVBl. 1997, 1021 ff.; *Gusy*, NJW 2000, 977 ff.; *Lege*, DVBl. 1999, 569 ff.; *Haussühl*, VBIBW 1998, 90 ff.; *Leidinger*, DÖV 1993, 925 ff.; *Schoch*, DVBl. 1991, 667 ff.; *Heintzen*, NJW 1990, 1448 ff.; *ders.*, VerwArch 81 (1990), 532 ff.

schlichte Verwaltungshandeln führte hingegen zunächst ein eher ruhiges Dasein, bis auch dieses gleichwertige Aufmerksamkeit erfuhr<sup>14</sup>.

Auffällig ist insoweit, dass die Impulse zu einer vermehrten Nutzbarmachung durch rechtliche Ausprägung vor allem aus dem Gemeinschaftsrecht in die nationale Rechtsordnung transferiert werden<sup>15</sup> und deshalb als Referenzgebiete für die Integration kooperativ-konsensualer Handlungsformen solche anzuführen sind, die in besonderem Maße der Überformung durch das Gemeinschaftsrecht ausgesetzt sind. Das Gemeinschaftsrecht wird daher unter dem Gesichtspunkt seines Einflusses auf das nationale Handlungsformensystem und damit auf die nationale Lenkung mit in die Überlegungen einbezogen.

## B. Gang der Untersuchung

Die Untersuchung beruht mithin auf den Prämissen, dass erstens die Handlungsformenlehre als ältester und zentralster Bestandteil der verwaltungsrechtswissenschaftlichen Dogmatik unter lenkungsrechtlichen Gesichtspunkten bislang nur wenig durchdrungen ist, zweitens die Regulierung als ursprünglich ökonomischer Ansatz immer weitere Teile des besonderen Verwaltungsrechts prägt, ohne dass es zu der Entwicklung eines allgemeinen staatlichen Lenkungsrechts gekommen ist und drittens, dass sich im Bereich der Realakte zahlreiche „moderne“ Handlungsformen in einem weiteren Sinne entwickelt haben, die in kooperativ-konsensualer Hinsicht nur unzureichend erfasst und in das bestehende Handlungsformensystem integriert worden sind.

Aufbauend auf diese einführenden Überlegungen stellt die nachfolgende Untersuchung die Lenkung in den Mittelpunkt und bezieht dabei die lenkungsrelevanten Aspekte der Handlungsformenlehre und insbesondere des kooperativ-konsensualen Verwaltungshandelns mit ein. Konsequenterweise ist Ausgangspunkt der Darstellung die Handlungsformenlehre einschließlich der sich aufgrund des Einflusses des Gemeinschaftsrechts und der kooperativ-konsensualen Handlungsformen ergebenden Impulse (Erster Teil). Dem folgend ist die staatliche Lenkung einer näheren Betrachtung zu unterziehen, insbesondere unter dem Gesichtspunkt der Abgrenzung zu der Steuerungslehre und unter einer intensiven Auseinandersetzung mit den beiden Lenkungsrichtungen Regulierung und Deregulierung (Zweiter Teil). Der Dritte Teil schlüsselt die einzelnen Parameter

---

<sup>14</sup> Vgl. *Mehde*, BauR 2002, 876 ff.; *Bossong*, Die Verwaltung 34 (2001), 145 ff.; *Dimmel*, Drohen-Betteln-Verhandeln, 2000; *Schröder*, NVwZ 1998, 1011 ff.; *Schneider*, VerwArch 87 (1996), 38 ff.; *Berger*, DVBl. 1994, 331 ff.; *Dose*, Die Verwaltung 27 (1994), 91 ff.

<sup>15</sup> Zu Wahrnehmung, Auseinandersetzung und Umsetzung der Europäisierung in der deutschen Lehre vgl. ohne den geringsten Anspruch auf Vollständigkeit *Ehlers*, Die Verwaltung 37 (2004), 255 ff.; *Ruffert*, Die Verwaltung 36 (2003), 293 ff. (auch aus rechtsvergleichender Sicht); *Kadelbach*, Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß, S. 183 ff.; *Wahl*, Der Staat 38 (1999), 495 ff.; *Fastenrath*, Die Verwaltung 31 (1998), 277 ff. am Beispiel des Subventionsrechts; verfahrensrechtlich *Classen*, Die Verwaltung 31 (1998), 307 ff.; verwaltungsprozessrechtlich *Kokott*, Die Verwaltung 31 (1998), 335 ff.; aus Sicht des Staatshaftungsrechts *Hermes*, Die Verwaltung 31 (1998), 371 ff.

eines Lenkungsprozesses unter Herausstellung ihrer Lenkungstauglichkeit auf und leitet aus aktuellen Beispielen der staatlichen Lenkungswirklichkeit ein allgemeines Lenkungsmodell ab, welches es durch Überlegungen zu Fehlerquellen stabilisierend weiterzuentwickeln gilt.