

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 1294

Der Nichtakt

Eine dogmatische Rekonstruktion

Von

Laura Münkler



Duncker & Humblot · Berlin

LAURA MÜNKLER

Der Nichtakt

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 1294

Der Nichtakt

Eine dogmatische Rekonstruktion

Von

Laura Münkler



Duncker & Humblot · Berlin

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten

© 2015 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme: L101 Mediengestaltung, Berlin
Druck: Prime Rate Kft., Budapest
Printed in Hungary

ISSN 0582-0200

ISBN 978-3-428-14688-8 (Print)

ISBN 978-3-428-54688-6 (E-Book)

ISBN 978-3-428-84688-7 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Die vorliegende Arbeit beruht auf Erwägungen, die meinem am 14.05.2014 gehaltenen Dissertationsvortrag zugrunde lagen. Rechtsprechung und Literatur wurden bis Dezember 2014 berücksichtigt.

Mein herzlicher Dank gilt vor allem meinem akademischen Lehrer, Prof. Dr. Jens Kersten, der mich nicht nur dazu angeregt hat, die Figur des Nichtakts näher zu untersuchen, sondern mir auch den hierzu notwendigen akademischen Freiraum eingeräumt hat.

Ferner danke ich Herrn Prof. Dr. Martin Burgi für seine Anmerkungen.

Besonders danken möchte ich außerdem meinen Freunden sowie meinen Kolleginnen und Kollegen an der Ludwig-Maximilians-Universität München. Hervorzuheben sind dabei im Besonderen PD Dr. Albert Ingold, Dr. Daniel Fröhlich und Dr. Richard Hopkins, die viele Einzelfragen mit mir diskutiert und mich bei der Entscheidung, den Text zu einer kleinen Monographie zu entwickeln, maßgeblich unterstützt haben. Lea Bosch danke ich für die Mühen, die sie beim Korrekturlesen auf sich genommen hat.

Für die finanzielle Unterstützung bei der Veröffentlichung der Arbeit danke ich dem LMUMentoring-Programm der Ludwig-Maximilians-Universität München.

München, im Februar 2015

Laura Münkler

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	11
B. Die Grundlagen des Nichttakts	15
I. Ursprung der Bezeichnung	20
1. Herkunft der Figur „Nichtakt“	22
a) „Nicht-Rechtsgeschäft“	24
b) Scheingeschäft	27
c) „Nicht-Urteil“	27
2. Gemeinsamer Ursprung mit der Fehlerfolgenlehre	30
a) Das Nichtaktverständnis im Rechtspositivismus	32
b) Das Nichtaktverständnis im Rahmen materiell geprägter Fehlerfolgenlehren	37
3. Zusammenhänge	41
II. Begriffliche Divergenzen	46
C. Der Nichtakt als rechtsmaterienübergreifendes Phänomen	55
I. Beamtenrecht	56
II. Steuerrecht	58
III. Sozialrecht	59
IV. Kommunalrecht	60
V. Europarecht	63
VI. Provokation der Entstehung von Nichtakten	68
D. Nichtakt-Konstellationen	69
I. Rechtsunerhebliche Erklärungen und Handlungen des Staates	71
1. Wirksamkeitshindernisse	72
2. Behördliche Scherzerklärungen	77
3. Geschäftsunfähigkeit	78
4. Besonderheiten bei „fiktiven“/fingierten Verwaltungsakten	79
II. Fehlendes staatliches Handeln	81
1. Amtsanmaßung	82
2. Vis absoluta und vis compulsiva	83
3. Fehlerhafte Errichtung von Hoheitsträgern bzw. Behörden	84
4. Fehlerhafte Beleihung	89
5. Faktische Beleihung – Grenzen der Verwaltungshilfe	96
6. Überschreiten der Vertretungsmacht durch Behördenmitarbeiter	101
7. Ultra-vires-Akte	102
8. Zwischenergebnis: Alles eine Frage der Zurechnung	106

III. Der Nichtakt als materielle Kehrseite des „formellen Verwaltungsakts“?	107
IV. Systematisierung der Anwendungskonstellationen	112
1. Der Handlungsbegriff	113
2. Zurechnungsprobleme	116
3. Auseinanderfallen von Form und Gehalt staatlicher Handlungen	116
4. Gemeinsamkeiten und Unterschiede der Konstellationen	117
E. Nichtakt bei fehlender Zurechnung des Handelns zum Staat	119
I. Zurechnung von Handlungen der eigenen Behördenbediensteten	125
1. Organwalter im engeren Sinne	129
2. Organwalter im weiteren Sinne	130
3. Besonderheiten gegenüber anderen Vertretungskonstellationen	138
II. Zurechnung der Handlungen fremder Behördenbediensteter	140
III. Zurechnung von Handlungen nicht beliehener Privater	141
1. Keine Zurechnung bei anlasslosen Handlungen Privater	142
2. Keine Zurechnung bei Indienstnahme	142
3. Verwaltungshelfer	143
a) Amtshaftungsrechtliche Perspektive	146
b) Anscheins- und Duldungsvollmacht	148
c) Der Verwaltungshelfer als atypischer Amtswalter	149
4. Veranlassungstheorie des Bundesverwaltungsgerichts	152
5. Sicherstellung der materiellen Entscheidungshoheit	154
6. Zwischenergebnis	155
IV. Zurechnung im Falle wirksamer oder fehlerhafter Beleihung	156
V. Zurechnung im Falle staatlicher Veranlassung – Eine Sphärentheorie	157
F. Kategoriale Unterschiede oder „symbolische Distanzierung“ – Scheinakte und Nichtakte –	160
I. Prozessuale und materielle Schwierigkeiten im Umgang mit Nichtakten	161
II. Differenzierung zwischen Scheinakten und Nichtakten	168
1. Die Figur des Scheinakts – Eine Kategorie des Rechtsformenmissbrauchs	170
2. Der Nichtakt – Eigene Kategorie oder Unterfall des Scheinakts?	172
III. Folgen der Differenzierung für den prozessualen und materiell-rechtlichen Umgang mit Nichtakten	173
1. Prozessualer Umgang mit Nichtakten	174
2. Unterscheidung von Nichtakten und nichtigen Akten	175
3. Materiell-rechtliche Bewertung	178
G. Die dogmatische Figur des Nichtakts	180
I. Der Nichtakt als übergeordnete Kategorie	180
1. Nicht-Urteil/Nicht-Beschluss/Nicht-Entscheidung	181
2. Nicht-Rechtsverordnung/Nicht-Satzung	183

3. Nicht-Vertrag	184
4. Zwischenergebnis	185
II. Die Funktion von Rechtsfiguren	185
1. Strukturierungsleistung	189
2. Integrationsleistung	189
3. Perspektiverweiterung	189
4. Zuordnungsaspekt – Exklusionswirkung	189
III. Fazit: Der dogmatische Mehrwert der Figur des Nichttakts	190
IV. Zusammenfassung	192
Literaturverzeichnis	195
Personen- und Sachwortverzeichnis	209

A. Einleitung

Der Nichtakt ist als verwaltungsrechtliche Kategorie zwar bereits früh und anschließend immer wieder in Erscheinung getreten, eine dogmatische Ausarbeitung seiner Figur steht bisher jedoch noch aus.¹ Obwohl der Nichtakt in unterschiedlichsten Konstellationen und Gebieten des Besonderen Verwaltungsrechts sowohl in der Literatur als auch der Rechtsprechung auftaucht, wird seine praktische Relevanz anscheinend nicht als hoch genug bewertet, um seiner dogmatischen Struktur vertieft nachzugehen.² Stattdessen wird er vereinzelt sogar als „eher verwirrende denn hilfreiche“ Figur bezeichnet,³ womit ihm letztlich abgesprochen wird, dogmatisch weiterzuführen. Weiterhin wird teilweise verneint, seinen Anwendungsbereich „trennscharf und abstrakt“ bestimmen zu können,⁴ was jedenfalls zur Folge hätte, dass sein dogmatischer Mehrwert als gering anzusehen wäre.⁵ Finden sich in der Literatur Ausführungen zum Nichtakt, dann wird die Figur gerne anhand von behördlichen Scherzerklärungen oder aber dem Beispiel des „Hauptmanns von Köpenick“⁶ veranschaulicht. Diese Beispiele sind zwar eingängig und im Rahmen von Lehrbüchern eine durchaus adäquate, didak-

¹ Hierauf hinweisend auch *Ehlers*, Die Lehre von der Teilrechtsfähigkeit juristischer Personen des öffentlichen Rechts und die Ultra-vires-Doktrin, S. 12 f. Eine Ausnahme bilden *E. R. Huber*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Band 2, S. 678 ff. und 738 f., der in seinem Lehrbuch wiederholt auf die Figur des Nichtakts eingeht wie auch *Hufeld*, Die Vertretung der Behörde, S. 393 ff., der sich der Thematik allerdings nur am Rande aus der Perspektive der Vertretung widmet. Auch hier findet sich indes weder eine systematische Darstellung der von der Figur erfassten Konstellationen noch wird ihre dogmatische Funktion näher konzipiert.

² *Schweickhardt/Vondung* (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 129, konstatieren, dass dem Nichtakt eine relativ geringe praktische Bedeutung zukäme. So auch *Achterberg*, Allgemeines Verwaltungsrecht, Ein Lehrbuch, § 21 Rn. 189; *Sachs*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, § 44 Rn. 5; *Erfmeyer*, DöV 1996, S. 629 ff. (633).

³ *Hebeler*, JA 2012, S. 479 f. (479).

⁴ *Blunk/Schroeder*, JuS 2005, S. 602 ff. (603).

⁵ Diesen Schluss ziehen *Blunk/Schroeder*, JuS 2005, S. 602 ff. allerdings nicht, sondern gelangen zu dem Ergebnis, dass es neben dem Nichtakt der weiteren Kategorie des Scheinakts bedürfe, bei dem es sich um einen „normativen Realtypus“ handle.

⁶ Dieses Beispiel wird – soweit ersichtlich – erstmals von *Jellinek*, Der fehlerhafte Staatsakt und seine Wirkungen, S. 45 herangezogen. *Kelsen* rezipierte dieses Beispiel dann auch in Bezug auf nichtige Staatsakte, *Kelsen*, Über Staatsunrecht, Grünh. Zeitschr., 40 (1914), S. 1 ff. (59 und 90). Desgleichen findet sich das Beispiel

tische Beschreibung des Phänomens. Die sich aktuell in Bezug auf den Nichttakt stellenden rechtlichen Fragen werden hierbei allerdings kaum reflektiert. Darüber hinaus droht der Nichttakt durch eine derartige, stets verknäppte Darstellung selbst zu einer Art Scherzerklärung oder aber einem „Hauptmann von Köpenick“ unter den Rechtsfiguren⁷ degradiert zu werden. Oder ist der Nichttakt etwa doch ein „dogmatischer Aufschneider“?

Um die Berechtigung der Zuschreibung eines eigenen dogmatischen Gehalts, welche sich in der Verwendung der hierfür eigens geprägten Begriffe „Nichttakt“, „Nicht-Verwaltungsakt“ bzw. „Scheinakt“ zeigt,⁸ zu klären, werden zunächst die begriffliche Herkunft und die Gründe für die Annahme einer eigenen Figur – also die Grundlagen des Nichttakts – untersucht. Sodann wird die Verwendung des Begriffs „Nichttakt“ in der aktuellen Literatur und Rechtsprechung analysiert sowie die Besonderheiten der ihm zugeordneten Konstellationen bestimmt. Dies erfolgt im ersten Schritt rechtsgebietsbezogen, wodurch die Einheitlichkeit der Begriffsverwendung überprüft sowie analysiert werden kann, welche rechtlichen Regelungen zu Besonderheiten führen, die die Entstehung von Nichttakten provozieren. Hierdurch erfolgt eine erste Annäherung an die als Nichttakt bezeichneten Sachverhalte. In einem zweiten Schritt werden die dem Nichttakt zugeordneten Konstellationen kategorisiert, um die verschiedenen Fallgruppen systematisch zu erfassen. Auf diese Weise lassen sich die Unterschiede und Gemeinsamkeiten der dem Nichttakt derzeit zugeordneten Konstellationen verdeutlichen.

Auf dieser Grundlage wird anschließend herausgearbeitet, welche Rechtsfolgen dem Nichttakt auf Primär- und Sekundärebene beizumessen sind sowie analysiert, ob und inwieweit er sich vom nichtigen Verwaltungsakt unterscheidet.⁹ Diese Analyse wird vorgenommen, um zu bestimmen, welches Phänomen versucht wurde, mit der Figur des Nichttakts zu erfassen.¹⁰ Vor diesem Hintergrund wird die These entwickelt, dass eine Differenzie-

bei *Kormann*, System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte, S. 242 wie auch *Forsthoff*, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1. Band, S. 228.

Auch heute wird die Referenz noch häufig verwendet, vgl. *Wolff/Bachof/Stober*, Verwaltungsrecht II, S. 104; *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 174; *Drie-haus/Pietzner*, Einführung in das Allgemeine Verwaltungsrecht, S. 117; *Bull/Mehde*, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungslehre, S. 323; *Schnapp/Henkenötter*, JuS 1998, S. 524 ff. (524); *Hebeler*, JA 2012, S. 479 f. (479).

⁷ Näher zum Begriff der Rechtsfigur unter G. II.

⁸ Zum Sinn und Zweck rechtlicher Begriffsbildungen siehe *Möllers*, Methoden, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann/Voßkuhle (Hrsg.), GVwR I, § 3 Rn. 38 ff.

⁹ Dass ein Unterschied besteht, wird teilweise bezweifelt. So etwa *Hebeler*, JA 2012, S. 479 f. (479).

¹⁰ Weder der Nichttakt, der Nichtverwaltungsakt noch der Scheinakt sind legaldefiniert.

rung zwischen den derzeit sämtlich der Figur des Nichttakts zugeordneten Konstellationen notwendig ist. Die auf begrifflicher Ebene bereits herausgearbeitete Fragestellung, ob Nichtakte und Scheinakte als Synonyme anzusehen sind oder aber unterschiedliche Figuren darstellen, wird an dieser Stelle wieder aufgegriffen. Anlass hierfür bietet die Überlegung, dass aufgrund der verschiedenen Ursachen, die die Entstehung von Nichttakten bedingen, ein differenzierter Umgang mit den unterschiedlichen Fallgestaltungen geboten ist. Insbesondere in prozessualer, aber auch in materieller Hinsicht sowie in Bezug auf die rechtlichen Folgen auf Sekundärebene ergeben sich Abweichungen im rechtlichen Umgang zwischen den verschiedenen Konstellationen, die dem Nichttakt derzeit zugeordnet werden.

Die Erörterung dieser Aspekte hängt gleichzeitig mit der Frage nach dem Nutzen der dogmatischen Figur zusammen. In Anbetracht des disparaten Anwendungsbereichs der Figur wird daher problematisiert, inwieweit sie die ihr zugeordnete „Speicherfunktion“¹¹ zu erfüllen vermag.

Hieran anschließend wird untersucht, ob die Figur – wie es die Terminologie „Nichttakt“ nahelegt – über die Verwaltungsaktdogmatik hinausgehend Verwendung findet bzw. finden kann. Den Ausgangspunkt der Erörterung für die Figur des Nichttakts bildet zwar der Verwaltungsakt.¹² Grund hierfür ist zum einen, dass der Nichttakt meist als eine Art Gegenbegriff zum Verwaltungsakt verwendet wird. Zum anderen aber eignet sich der Verwaltungsakt als Referenz im Besonderen, weil seine Voraussetzungen und Fehlerfolgen am stärksten ausdifferenziert sind. Er bietet daher einen präzise ausgearbeiteten Analyserahmen, anhand dessen sich die Figur des Nichttakts herausarbeiten lässt. Eine Beschränkung der unter dem Begriff „Nichttakt“ zusammengefassten dogmatischen Erwägungen auf Verwaltungsaktkonstellationen ist jedoch nur vorzunehmen, wenn die Überlegungen auf ein Spezifikum der Handlungsform des Verwaltungsakts zurückzuführen wären. Sollte der Nichttakt hingegen rechtliche Gesichtspunkte erfassen, deren Problematik über die Zuordnung zu einer spezifischen Handlungsform hinausgeht, wäre der Anwendungsbereich der Figur nicht auf Verwaltungsakte zu beschränken. In diesem Fall wäre zu überdenken, ob es sinnvoll ist, die

¹¹ Handlungsformen – aber auch sonstigen dogmatischen Konstruktionen – wird eine Speicherfunktion bzw. Leitfunktion für bestimmte Rechtsfolgen zugeschrieben. Ihr Sinn und Zweck ist es, rechtliche Probleme zu ordnen, vgl. *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, S. 4 f. und 298 ff.; *ders.*, DVBl 1989, S. 533 ff. (533 ff.); *ders.*, Verwaltungsrechtliche Dogmatik, S. 68; *Hoffmann-Riem*, in: *ders./Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), GVwR II, § 33 Rn. 1 ff.; *Hassemer*, Dogmatik zwischen Wissenschaft und richterlicher Pragmatik, in: *Kirchhof/Magen/Schneider*, Was weiß Dogmatik?, S. 3 ff. (7).

¹² Hierauf verweist auch *Achterberg*, Allgemeines Verwaltungsrecht, Ein Lehrbuch, § 21 Rn. 189.