

„Formenmißbrauch“ des Staates

Zu Figur und Folgen des „Rechtsmißbrauchs“ und
ihrer Anwendung auf staatliches Verhalten

von

CHRISTIAN PESTALOZZA



C. H. BECK'SCHE VERLAGSBUCHHANDLUNG
MÜNCHEN MCMLXXIII

INHALTSÜBERSICHT

Abkürzungsverzeichnis	XIII
---------------------------------	------

Erster Teil. Die Unbehaglichkeit der Form und die Lehre vom Formenmißbrauch

1. Abschnitt:

Unumgänglichkeit und Ungenügen der Form als Wurzeln der Formenmißbrauchslehre	1
I. Vor- und Nachteile der „Form“-Terminologie	1
II. Das „Absinken“ rechtlicher, insbesondere staatlicher Formen	2
1. Das Recht als Form und sein Drängen zur Formalisierung 2	
2. Die spärliche Form-Ausstattung des Staates und ihre Folgen 4	
III. Mißbrauchsschelte und Neuformung	7

2. Abschnitt:

Der Stand der Lehre vom Formenmißbrauch	9
I. Weimarer Anfänge	9
II. Die Lehre unter dem Grundgesetz	16
1. Erscheinungen des Formenmißbrauchs 17	
Bundesstaatliche Konfliktlagen 17 – Der Gesetzgeber 20 – Die Verwaltung 21	
2. Rechtliche Einordnung des Formenmißbrauchs 26	
Unergiebige 26 – Rückgriff auf herkömmliche Institute 27 – Ansätze zur Autonomie 31 – Zwischenbilanz 33	
3. Folgerungen aus dem Formenmißbrauch 34	
„Rechtswidrigkeit“ und Verwandtes 34 – Verlust der „Rechtsvorteile“ 34 – Zwischenüberlegungen 37	
4. Bilanz 37	
III. Richterliche Stimmen	38
1. Freispruch des Gesetzgebers 39	
Formenmißbräuchliche Lenkungssteuer? (BVerfGE 16, 147) 39 – Legalenteignung als Formenmißbrauch? (BVerfGE 24,367) 42 – Formenmißbrauch durch gesetzlichen override rechtskräftiger Urteile? (BVerwG I C 167/59) 49 – Formenmißbräuchliches Individualgesetz? (BVerwG VII B 28/67) 52	
2. Schliche der Verwaltung 53	
Die formenmißbräuchliche Verfügungs„kette“ (OVG Münster, AS 8,212; 8,254)	
3. Gesamteindruck 59	

Zweiter Teil. Der Mißbrauch von Rechtsformen und seine Folgen

1. Abschnitt:

Der Tatbestand des Mißbrauchs	61
I. Mißbrauch als Subsumtionsfehlschlag	62
1. „Gebrauch“ und „Mißbrauch“ von Rechten und Recht	62
2. Folgerungen	66
II. Der zivilrechtliche Befund: Instituts- und Normenmißbrauch	68
1. Der Mißbrauch objektiven Rechts	68
2. Der Mißbrauch der juristischen Person	71
3. Formnichtigkeit und Treu und Glauben	75
4. Unbillige Allgemeine Geschäftsbedingungen	78
5. Gesetzesumgehung und Rechtsmißbrauch	79
6. Folgerungen. Warnfunktion und Objektivierung des Mißbrauchsurteils	82
7. Absicherung. J. F. Baur's Mißbrauchsmodell	84

2. Abschnitt:

Die „Rezeption“ der Mißbrauchsfigur im öffentlichen Recht	87
I. Rezeptionshemmungen	88
II. Begleiterscheinungen	89
1. Paradoxien der Rezeption	89
2. Nachformungen. Öffentlichrechtliche „Durchgriffe“	90
3. Rezeptionsfehler	95
III. Teilerkennung des Mißbrauchs im öffentlichen Recht	98
1. Die Loyalitätspflicht der Staatsorgane	99
2. Die Bundestreue	101
3. Die Verfassungsumgehung	105
IV. Die zwiespältige Bilanz: „Rezeption“ und Ende der Mißbrauchsfigur	106

3. Abschnitt:

Die Folgen des Mißbrauchs	107
I. Rechtlosigkeit und Rechtswidrigkeit	107
1. Das Handeln ohne Recht	107
2. Die Rechtswidrigkeit	107
II. Die denkbaren Folgen der Widerrechtlichkeit	108
1. Die Nichtigkeit	108
2. Die Subsumtionskorrektur	109
III. Ein zweiter Blick auf das Privatrecht: Die Fiktion der adäquaten Rechtsform	110
1. Der „Durchgriff“ bei juristischen Personen	110
2. Der „Erfüllungsanspruch“ aus formnichtigen Verträgen	111
3. Allgemeine Geschäftsbedingungen und dispositives Gesetzesrecht	112
4. Umdeutung und Gleichstellung bei der Gesetzesumgehung	112
IV. Fiktion der adäquaten Rechtsform und Schutzprinzip	115
1. Das Schutzinteresse als Grund und Schranke der Fiktion	115
2. Analogische Strukturen der Fiktion	117
3. Zusammenfassung und Folgerungen	120

Dritter Teil. Der staatliche Formenmißbrauch und seine Sanktion

1. Abschnitt:

Eigenart und Erscheinung des staatlichen Formenmißbrauchs. Die Vielfalt des „Form“-Begriffs 123

- I. Die akzidentiellen Eigenheiten staatlichen Formenmißbrauchs 123
 - 1. Die Mißbrauchsanfälligkeit 124
 - 2. Das „Rechtsbewußtsein“ des Staates 125
- II. Sekundäre Perspektiven 126
 - Rückgriff auf die Wortführer? 126 – Der Täterkreis 126 – Mißbrauchseffekte 127 – Mißbrauchstechniken 127
- III. Der vielfältige Form-Begriff 128
 - 1. Sachverhalts- und Rechts-Formen 128
 - 2. Verfahrensgeprägte Rechts-Formen 133
 - Das Gesetz 134 – Die Rechtsverordnung 134 – Der Verwaltungsakt 136
 - 3. Qualifikationshoheit und „Wahl“ der Formen 141

2. Abschnitt:

Formenmißbrauch durch Manipulation des Sachverhalts oder des Rechtsinhalts . 143

- I. Der Einsatz von Sachverhalts-Formen 144
 - 1. Die Tatbestands- und Subsumtionsvermeidung 144
 - Anschein rechtlicher Unerheblichkeit 144 – Verwaltungsvorschriften 144 – Mangelnde „Regelung“ 146
 - 2. Der Subsumtionsfehlschlag 149
 - Sachverständigenkommission, Verfassungsänderungen 149 – Befristung, Verweisung 150
- II. Der Einsatz von Rechts-Formen 152
 - 1. Der „Mißbrauch“ von Begriffs-Formen 153
 - Qualifikation von Begriffen (Bebauungsplan als Satzung) 153 – Schaffung des Obersatzes (Öffentliches Eigentum) 158
 - 2. Der „Mißbrauch“ von Verfahrens-Formen 158
 - Die reine Verfahrens-Form 159 – Die relative Verfahrens-Form 161
 - 3. Der „Mißbrauch“ von Organisationsformen 163
- III. Funktions- und Disponibilitätsgrenzen der Formen 164

3. Abschnitt:

Formenmißbrauch durch Manipulation der Rechtsgeltung: Die „Wahl“ zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht 166

- I. Die „Wahlfreiheit“ des Staates in der herrschenden Sicht 167
 - Inkonsequenzen 167 – Mißbrauchskriterien? 168 – Mißbrauchsfolgen 169
- II. Die ungeschriebene Kollisionsnorm: Öffentliches Recht als zwingendes Sonderrecht des Staates 170
 - 1. Die „Wahl“ als doppelter Subsumtionsversuch 170
 - 2. Öffentliches Recht als zwingendes Sonderrecht für den Staat 172

3. Einzelne Qualifikationsgrenzen und -fälle 177	
Gesetzgeber und Verwaltung 177 – Was heißt „öffentlichrechtliches Handeln“? 177 – Die Qualifikation der sog. Realakte 178 – von Rechtsakten 181 – von Verträgen 181 – von Verwaltungsakten 182 – von Organisationsformen 183	
III. Die kollisionsrechtliche Bilanz	185
Sachverzeichnis	187