

Georg-Christoph von UNRUH

**Prawo administracyjne i prawo postępowania administracyjnego
w Republice Federalnej Niemiec**

Административное право и право административного производства
в Федеративной республике Германии

Grundlagen und Entwicklung des Verwaltungsverfahrensrechts in der
Bundesrepublik Deutschland

Administracja publiczna jest istotnym elementem każdego tworu zwanego państwem i każdej organizacji ludzi, którą należy nazwać państwem. Stąd administrację można również określić jako „uaktywniający się ustrój”¹, gdyż przez nią ukazuje państwo swoje „istnienie” obywatelom oraz wypełnia zadania, jakich się odeń oczekuje. Jeśli więc państwo i administracja są ze sobą jak najściślej połączone, to musiały istnieć w ciągu dziejów i nadal są znane wśród różnych narodów bardzo różne formy i odmiany działalności państwowej. Dotyczy to zwłaszcza organizacji urzędów, które w Europie zachodniej powstają pod koniec feudalizmu.² Proces ten pozostaje w związku z renesansem i humanizmem oraz ze wzmagającym się we wszystkich dziedzinach życia wpływem pierwiastka racjonalnego. Początki tak racjonalnie zorganizowanych instytucji urzędniczych znajdu-

¹ Określenie administracji publicznej jako „tätig werdende Verfassung” wprowadził L. von Stein: *Handbuch der Verwaltungslehre*, 1. Teil, 3. Aufl., Stuttgart 1887, s. 6.

² Obszernego omówienia powstania i rozwoju nowoczesnej administracji jeszcze brak. W przygotowaniu jest niemiecka historia administracji (Wyd. H. Pohl i G. Chr. von Unruh). Będzie ona zawierać także przyczynki do rozwoju administracji w krajach sąsiednich; przegląd początków i postęp w administracji podają: E. Forsthoff: *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, Bd. I, 10. Aufl., 1973, § 2 i 3 (epoka nowszej historii administracji oraz istota i historia nauki prawa administracyjnego), s. 40 n. oraz J. Wolff, O. Bachof: *Verwaltungsrecht* I, 9. Aufl., 1974, § 5—11, (historia i typy administracji publicznej), s. 31 n.

jemy już w miastach średniowiecznych, skąd wzory i bodźce czerpało państwo burgundzkie, konsolidujące się w XV wieku pomiędzy Renem a Francją. Ten system urzędów w trakcie powolnego rozwoju stał się cechą charakterystyczną nowoczesnego państwa, przy czym różnice polegają wyłącznie na intensywności i ekstensywności działalności podejmowanej przez państwo.

Niebawem fenomenem administracji zaczęła się zajmować również nauka. Łączy się to z pojawieniem się racjonalnej nauki doświadczalnej, uzasadnianej przez Franciszka Bacona, a przede wszystkim przez Kartezjusza. Według tej koncepcji państwo należy uważać za twór mechaniczny, którego przeróżne widzialne przejawy da się sprowadzić do kilku funkcji podstawowych, tak iż wszystkie sprawy państwowe pod względem ich prawidłowości można uważać za rozpoznawalne, dające się ująć w liczbach i pokierować. Koncepcja ta starała się naukę o zarządzaniu państwem zbadać i usystematyzować. Od XVII wieku nazywa się nauką o kamerze albo nauką o policji. Starsi kameraliści zajmowali się głównie znaczeniem merkantylistycznej polityki gospodarczej, np. we Francji Colbert, podczas gdy młodszy przedstawiciele tej nauki, aż do końca XVIII wieku, rozszerzali krąg zainteresowań, aby objąć w miarę możliwości wszystkie dziedziny działalności państwowej. Pomijano jednak aspekt normatywny. Systematyczna nauka prawa administracyjnego nie mogła się bowiem rozwijać w państwie absolutystycznym. Dopiero w połowie XVIII wieku, jako wyraz Oświecenia, pojawiają się pierwsze rozważania na temat „prawa publicznego”, które próbują ujmować nie tylko ogólną „konstytucję” państwa z uwzględnieniem stosunku między zwierzchnikiem państwa a poddanymi, ale można już w tym „prawie publicznym” dopatrzeć się zaczątków traktowania elementu administracyjnego jako osobnego porządku.³

W państwie konstytucyjnym nauka ta początkowo nie była rozwijana. Chociaż stosunki pomiędzy państwem, a obywatelami, począwszy od rewolucji 1789 r., znajdowały się w ciągłym rozwoju i w większości państw europejskich doprowadziły do trwałej regulacji kompetencji pomiędzy instytucjami państwowymi a członkami społeczeństwa, to dopiero w r. 1857 ukazało się pierwsze opracowanie prawa administracyjnego, *Grundzüge des Verwaltungsrechts und -rechtsverfahrens*⁴, napisane przez praktyka, wirtemberskiego urzędnika, F. F. Mayera.

³ W. Dankowski: *Die Entstehung des Verwaltungsbegriffes, Eine Wortstudie*, 1969; H. J. Feist: *Die Entstehung des Verwaltungsrechtsdisziplin*, 1968; F. Mayer: *Der Weg der deutschen Verwaltung von Kameralismus zum Ethatismus des frühen Verfassungsstaates*, „Die Verwaltung” 1969, s. 129 n.; E. Wyluda: *Lehnrecht und Beamtentum*, 1969; S. Chr. von Unruh: *Verwaltung und Verwaltungswissenschaft*, „Deutsches Verwaltungsblatt” 1971, s. 30 n.

⁴ F. F. Mayer: *Grundzüge des Verwaltungs-Rechts und Rechtsverfahrens*, 1857; *id.*: *Grundsätze des Verwaltungsrechts*, 1862.

O wiele większy, aniżeli ta pionierska praca, wpływ na specyficzną dyscyplinę prawa administracyjnego wywierała doktryna administracji, której przedstawicielami byli: Robert von Mohl oraz Lorenz von Stein. Właśnie ten ostatni, pochodzący z Szlezwiku-Holsztynu, a w Wiedniu działający jako uczyony, zyskał znaczenie ogólnoeuropejskie. Niebawem ma się ukazać zbiór studiów o von Steinie, który żył w latach 1815—1890, oraz o jego działalności, wydany przez Romana Schnura. W zbiorze tym Eugeniusz Ochendowski z Torunia zamieścił pracę *O związkach doktryny Lorenza von Steina z polską nauką administracji i polską nauką prawa administracyjnego*.⁵ Stein przede wszystkim podkreślał znaczenie społecznych zadań administracji. Często obecnie cytowane pojęcie „troski o byt” jako obowiązku państwa pochodzi od niego. Według Steina, temu celowi winien służyć system administracyjny, w którym aspekt prawny odgrywałby rolę podporządkowaną głównemu założeniu.

Rozwinięcie ogólnej teorii, zawierające uzasadnienie specyficznego charakteru prawa administracyjnego i wyodrębnienia go w samodzielną dyscyplinę jest zasługą Ottona Mayera, który w latach 1895—1896 opublikował 2-tomowe dzieło o niemieckim prawie administracyjnym.⁶ Jako specjalista z zakresu prawa cywilnego Mayer zajął się stosunkowo późno administracją przede wszystkim dlatego, że badał rozwój francuskiego prawa administracyjnego od początku XIX wieku. Stąd czerpał zasadnicze wskazówki, aby je samodzielnie opracować i uczynić podstawą nie tylko naukowej dyscypliny prawa administracyjnego, ale również podstawą stosowanego w praktyce prawa administracyjnego. We Francji orzecznictwo Rady Stanu (Conseil d'État), tj. pewnego rodzaju trybunału administracyjnego wytworzyło własne pojęcia i specyficzną logikę, zupełnie niezależnie od systematyki prawa cywilnego w zakresie administracyjnym. W Niemczech oraz w niektórych krajach Europy brak było takiej lub podobnej instytucji. Stosunki między „nosicielami zwierzchności” a „poddanymi zwierzchności” były nadal uważane za wchodzące w zakres prawa cywilnego i zgodnie z tym traktowane. Stąd też nic dziwnego, że twórca nowoczesnej niemieckiej nauki prawa administracyjnego, wspomniany Otto Mayer, oparł swój system prawa administracyjnego na zasadach prawa cywilnego. Mimo to prawo administracyjne wykształciło się później w osobną dyscyplinę. Działalność Mayera i jego następców miała bez-

⁵ R. von Mohl: *Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates*, 3 Bände, 2. Aufl., 1844; L. von Stein: *Gesellschaftswissenschaften und Staatswissenschaften*, „Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft” 1851, s. 4 n.; *id.*: *Die Verwaltungslehre*, 8 Bände, 1866—1884 (przedruk 1962); *id.*: *Handbuch der Verwaltungslehre*, 3 Bände, 3. Aufl., 1887—1888.

⁶ O. Mayer: *Deutsches Verwaltungsrecht*, 2 Bände, 1. Aufl., 1895—1896, 2. Aufl. 1914 i 1917, 3. Aufl. 1924 (przedruk 1969).

pośrednie znaczenie pragmatyczne, które trwało przez ponad 100 lat w zakresie prawodawczym, a przede wszystkim w praktyce orzecznictwa i w sądownictwie administracyjnym. Wystarczy tylko wskazać, że tak ważne zjawisko prawa administracyjnego, jak akt administracyjny, zostało wprowadzone przez Mayera do prawa administracyjnego. Podobnie on również sformułował na przykład pojęcie zakładu oraz usiłował przy pomocy doktryny o swobodnym uznaniu ustalić zakres działania administracji w zależności od różnorodności funkcji, jakie ma ona spełniać.⁷

Powstaje więc pytanie, dlaczego przynajmniej w pierwszym ćwierćwieczu XX wieku — kiedy prawo administracyjne zdobyło bezsporną pozycję polityczną i społeczną — nie podjęto kodyfikacji jego ogólnej doktryny i zasad. Przyczyną tego zaniedbania był przede wszystkim federacyjny charakter państwa niemieckiego. Według poprzednich konstytucji Rzeszy oraz według prawa podstawowego, do kompetencji poszczególnych krajów należało załatwienie spraw „państwowych”, to znaczy w pierwszym rzędzie administrowanie państwem. Z obawy więc przed rozdrobnieniem prawa poszczególne kraje nie zdobyły się na uznanie konieczności takiego przedsięwzięcia. Ważne wydawało się głównie normatywne uregulowanie organizacji administracyjnej — struktury władz i przede wszystkim miejsca samorządu komunalnego w państwie — oraz wydanie szczególnie ważnych dla ochrony i bezpieczeństwa obywateli przepisów prawa administracyjnego, dotyczących takich na przykład spraw, jak policja, przemysł i gospodarka albo ruch drogowy. Utrwalenie zasad rozwiniętych w ogólnej nauce prawa administracyjnego pozostało zatem zadaniem doktryny naukowej i orzecznictwa. Można więc powiedzieć, że w Niemczech prawo administracyjne było i jest produktem nauki.⁸

Pierwszej kodyfikacji prawa administracyjnego, jakkolwiek nie wyczerpującej, dokonano w Turyngii, wydając 10 czerwca 1926 r. odpowiedni akt krajowy, poddany nowelizacji w r. 1930. Natomiast nie uwieczniono rezultatem takiegoż przedsięwzięcia rozpoczętego w r. 1931 w Wirtembergii. Skończyło się na projekcie, uzupełnianym jeszcze w r. 1936. W okresie narodowego socjalizmu miałyby Rzesza możliwości tego rodzaju kodyfikacji, ale przy znanej pogardzie ówczesnych dzierżycieli władzy do prawa i ograniczeń z jego strony, istniało mniej niż kiedykolwiek przesła-

⁷ Mayer: *op. cit.*, t. II, ss. 1, 268 n.; *op. cit.*, t. I, s. 59; Na temat doktryny aktu administracyjnego: E. Forsthoff: *op. cit.*, § 11 (s. 159 n.) oraz H. U. Erichsen, W. Martens: *Das Verwaltungshandeln*, § 11 (s. 130 n.), [w:] *Allgemeines Verwaltungsrecht* (wyd.: H. U. Erichsen i W. Martens), 2. Aufl., 1977.

⁸ O państwie federalnym w ogólności i o niemieckim państwie federalnym w szczególności: K. Hesse: *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 8. Aufl., 1975; Th. Maunz: *Deutsches Staatsrecht*, 21. Aufl., 1977 (§ 25—28); E. Stein: *Staatsrecht*, 1976; G. Chr. von Unruh: *Grundkurs Öffentliches Recht*, 2. Aufl., 1977.

nek do legislacyjnego utrwalenia prawa administracyjnego. Kiedy wreszcie po zakończeniu drugiej wojny światowej znikły te przeszkody, wystąpiła istniejąca i teraz i przedtem trudność pragmatyczna, związana z ujednoczeniem w skali całej federacji jakiegokolwiek regulacji prawnej, mimo iż takie życzenie wyrażane było powszechnie i bez względu na różnice polityczne. I tak w r. 1963 Ministerstwo Spraw Wewnętrznych RFN mogło przedstawić projekt wzorcowy prawa o postępowaniu administracyjnym, opracowany przez komisję rzeczoznawców. W trzy lata później otrzymał on poprawioną wersję. Potem trzeba było znów wielu lat, aż wreszcie w latach 1970—1973 Rząd Federalny przedstawił projekt prawa oparty na powyższych projektach i z dniem 1 stycznia 1977 r. wszedł w życie federalny kodeks postępowania administracyjnego.⁹

Ta norma prawna nie była oczywiście pierwszą, regulującą tę sprawę w Republice Federalnej Niemiec. W Szlezwiku-Holsztynie po ukazaniu się pierwszego projektu wzorcowego w r. 1963 w przekonaniu, że uregulowania tej dziedziny prawem federalnym nie można oczekiwać w krótkim czasie, a konieczność takiej regulacji uważając za nie cierpiącą zwłoki, wprowadzono kodeks administracyjny¹⁰, który wszedł w życie z dniem 1 stycznia 1968 r. Jego wartość i znaczenie trudno lepiej scharakteryzować niż za pomocą trafnego stwierdzenia niemieckiego prawnika, Günthera Püttnera, który uważa to krajowe prawo administracyjne Szlezwiku-Holsztynu za „najlepszy podręcznik prawa administracyjnego”.¹¹

Zanim więc przejdziemy do omawiania kodeksu federalnego, należy zorientować się w treści kodeksu administracyjnego Szlezwiku-Holsztynu, ponieważ stanowi on w pewnym stopniu podstawę do ogólnopaństwowej regulacji tego prawa. Pierwsza część kodeksu traktuje o organizacji zarządzania krajem, organach krajowych i urzędach komunalnych, ich wzajemnym stosunku i kompetencjach oraz współdziałaniu. Osobny rozdział poświęcony jest osobom prawnym (stowarzyszeniom, zakładom i instytucjom prawa publicznego), natomiast druga część, znacznie obszerniejsza (§ 53—299), reguluje „działanie administracyjne”. Jeśli już to oznaczało bezprecedensowe wydarzenie, ponieważ rozwinięte przez naukę prawa

⁹ *Verwaltungsverfahrensgesetz vom 25. Mai 1976* (BGBl. I 1253); H. J. von Oertzen: *Verwaltungsverfahrensgesetz, Tekstausgabe mit Einführung und Synopse der Verwaltungsverfahrensgesetze der Länder*, 1977; H. Meyer, H. Borgs-Maciejewski: *Verwaltungsverfahrensgesetz (Kommentar)*, 1976; F. O. Kopp: *Verwaltungsverfahrensgesetz mit Erläuterungen*, 1976 (wszystkie trzy wymienione dzieła omawiają również proces historyczno-genetyczny).

¹⁰ *Allgemeines Verwaltungsgesetz für das Land Schleswig-Holstein (Landesverwaltungsgesetz) vom 18. April 1967* (GVOL. 131); von der Groeben / Knack: *Kommentar zum Allgemeinen Verwaltungsgesetz*, 1968.

¹¹ G. Püttner: *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 3. Aufl., s. 2; do książki tej dodano wyciągi z cytowanej ustawy.

i orzecznictwo pojęcia, takie jak stowarzyszenie, zakład, fundacja oraz wzajemny stosunek władz w zakresie działania, otrzymały podstawy normatywne, to szczególnie dotyczy to postanowień o sposobie traktowania pochodnych zasad prawa — norm prawnych w sensie materialnym, jak rozporządzenia i statuty, albo tak ważnej instytucji, jak akt administracyjny.¹² Po raz pierwszy normatywnie określono umowę publiczno-prawną. Ponadto kodeks szlzewicko-holsztyński zawiera szczegółowe przepisy dotyczące planowania, wykonywania zadań związanych z bezpieczeństwem i porządkiem publicznym oraz ogólne zasady stosowania środków administracyjnych, z prawem podatkowym włącznie.

Kodeks zawiera daleko idące ograniczenia działania funkcjonariusza, jednakże pozostawia zawsze urzędowi konieczną swobodę decyzji. Prawodawca przyznaje, iż okoliczności życiowe, w jakich może się znaleźć człowiek, są zbyt skomplikowane, aby wszystkie zjawiska dało się ująć w kodyfikacji i by można określić wynikające stąd środki administracyjne. Zresztą jest też dużo przepisów szczegółowych, w których prawo określa dokładnie, jakie czynności ma podjąć funkcjonariusz, stosując tak zwane „nieokreślone pojęcia prawne”. Jeśli na przykład funkcjonariusz kontroli ruchu drogowego uważa jakiegoś kierowcę za „niezdolnego do prowadzenia pojazdu w ruchu drogowym”, to musi on — w przypadku gdy jest o tym przekonany — odebrać takiemu kierowcy prawo jazdy. Nieokreślone pojęcie prawne „brak zdolności” zostaje wówczas w konkretnym przy-

¹² Niemieckie prawo publiczne rozróżnia ustawy w sensie formalnym i materialnym. W sensie formalnym ustawą są regulacje prawne, podejmowane przez przewidziane konstytucją organy ustawodawcze, w drodze przewidzianej w przepisach procedury (np. ustawa uchwalona przez Bundestag, Bundesrat i prezydenta RFN, przy kontrasygnaturze jednego ministra rządu federalnego, albo ustawa krajowa uchwalona przez Landtag i ogłoszona przez rząd krajowy). Ustawą w sensie materialnym jest każde wiążące prawnie postanowienie jakiegokolwiek zasady prawnej, to znaczy, że każda ustawa w sensie formalnym jest zarazem ustawą w sensie materialnym. Prawodawca może więc określić, że organy rządowe i administracyjne celem wypełnienia treściowych ram, jakie stworzyła ustawa formalna, wydają „pochodne” zasady prawne tak zwane rozporządzenia albo statuty. Ich treść nie może się jednak różnić od treści ustawy formalnej i nie może też wychodzić poza nią. Przykład: ustawa o ruchu drogowym jest ustawą w sensie formalnym i materialnym. Jej treść upoważnia federalnego ministra komunikacji do wydania szczegółowej regulacji prawnej, która zawiera zasady ruchu drogowego oraz zasady dopuszczenia do ruchu drogowego. Przy tych zasadach mamy już do czynienia tylko z ustawą w sensie materialnym. Odpowiednie regulacje są możliwe również według prawa krajowego. Także korporacje samorządu komunalnego mogą wydawać „statuty” w oparciu o powiatowe i gminne przepisy poszczególnych krajów (ustawy w sensie formalnym i materialnym) w celu normatywnego regulowania spraw lokalnych. G. Chr. von Unruh: *Grundkurs Öffentliches Recht*, 2. Aufl. 1977, D. I, 3 (tam również podane są bliższe szczegóły dotyczące pojęć: korporacja, zakład i fundacja — von Unruh: *op. cit.*, D. I, 5).

padku stwierdzone, dlatego nie pozostawia się do „uznania” funkcjonariuszowi władzy, jak ma postąpić wobec danego kierowcy. Postąpi on wbrew prawu, jeśli w tym przypadku nie wykona normy prawnej i nie zabroni uczestniczyć w ruchu drogowym kierowcy niezdolnemu do prowadzenia pojazdu.¹³ Oprócz tego wszakże istnieje wiele dziedzin, które prawodawca ujmuje ogólnie w ramy, przy czym wymienia okoliczności i ich skutki prawne, pozostawia jednak do uznania odpowiedniego funkcjonariusza władzy, w jaki sposób ma on wykonać polecenie prawa. Tak więc tak zwana klauzula generalna dotycząca środków służących zachowaniu bezpieczeństwa i porządku publicznego w § 171 szleszwicko-holsztyńskiego kodeksu administracyjnego stanowi, że odpowiednie władze „w ramach obowiązujących praw zastosują zgodnie z przewidzianym w przepisach uznaniem konieczne środki”, aby „uchronić ogół albo jednostki przed zakłóceniem zagrażającym bezpieczeństwu albo porządkowi publicznemu”. Przepis ten wywodzi się z XVIII wieku — jest wyrazem poglądu, że nie wszystkie „sytuacje niebezpieczne” da się ująć kazuistycznie — a elementem nowym jest określenie przez prawodawcę, jakie czynniki i aspekty funkcjonariusz władzy ma brać pod uwagę celem wyrobienia sobie „przewidzianego w przepisach osądu”. Wyliczono je w § 73 szleszwicko-holsztyńskiego kodeksu administracyjnego, który stanowi, że funkcjonariusz ma przystąpić do „zastosowania odpowiednich środków po rozważeniu z rzeczowego punktu widzenia publicznego znaczenia sprawy i interesów jednostki”. Zasada ta jest szczegółowo określona w dalszych ustępach. Jest tam mowa o tym, że środek, jaki ma zastosować organ władzy, „nie może prowadzić do pokrzywdzenia jednostki ani ogółu”, gdyż „to znajduje się w nieproporcjonalnym stosunku do zamierzonego skutku”. Wreszcie w ustępie trzecim wspomnianego przepisu mówi się, że organ władzy „spośród wielu dopuszczalnych i odpowiednich środków, wedle możliwości”, ma zastosować taki środek, „który najmniej uszczupla prawa ogółu i jednostki”.

¹³ Problem swobodnego uznania określa: § 73 szleszwicko-holsztyńskiego kodeksu administracyjnego: „Organ władzy rozstrzyga, jeżeli tego nie określają przepisy prawne, czy i w jaki sposób ma działać w ramach przysługujących mu uprawnień, rozważywszy zgodnie z rzeczowym punktem widzenia stosunek środków, jakie zamierza podjąć do rozmiarów zagrożenia dobra publicznego i interesów jednostki (odpowiednie uznanie)”. Pojęcie prawne jest określone, jeżeli ustawa upoważnia władzę do tego, co w jakiejś określonej sytuacji może ona czynić i jakie jej wolno podjąć działanie. Organ władzy ma przy tym możliwość wyboru, przez co pojęcie prawne, które nie zostało określone, zawiera już konkretną treść (np. pojęcie bezpieczeństwa publicznego, wiarygodności lub niesłusznej surowości). Organ władzy może tylko stwierdzić, czy określone warunki zachodzą w konkretnym przypadku, to znaczy musi on pozytywnie lub negatywnie rozstrzygnąć i nie ma żadnych możliwości wyboru konsekwencji prawnych, jakie ma zastosować (von U n r u h: *op. cit.*, D I, 4 b i c).

Dzięki tej doniosłej regulacji prawnej uczyniono organ władzy odpowiedzialnym za aspekt ogólny i partykularny, za interes jednostki i ogółu społeczeństwa. Nie można wprawdzie powiedzieć, że uprzednio funkcjonariusze — choćby na skutek orzecznictwa administracyjnego — nie stosowali tych zasad przy urabianiu sobie osądu. Pomimo to ważnym wydarzeniem pozostanie fakt, iż te wytyczne zostały wyraźnie zalecone przez prawodawcę i przez to uzyskały wiążący państwowo-prawny charakter, jakkolwiek na razie tylko w jednym kraju Republiki Federalnej Niemiec.

Tym niemniej ważnym wydarzeniem było skodyfikowanie w kodeksie szleszwicko-holsztyńskim po raz pierwszy w RFN pojęcia aktu administracyjnego. Pojęcie to, jako środek stosowany przez władzę „w przypadku jednostkowym” albo w stosunku do jednego lub kilku „przypadków jednostkowych”, było uzasadniane i rozwijane w niemieckim prawie administracyjnym, począwszy od Ottona Meiera, do czego znowu inspiracji dostarczało francuskie prawo administracyjne. Odtąd w wielu ustawach zakładano pojęcie aktu administracyjnego jako ustalone, nie zawsze je nawet wyraźnie określając. Ponieważ po wprowadzeniu w r. 1960 regulaminu federalnego sądu administracyjnego z powodu różnorodnych rodzajów skarg i wynikających stąd odpowiednich różnic praw do skarg zaistniała konieczność sprecyzowania pojęcia „aktu administracyjnego”, wówczas prawodawca uznał, iż jest zobowiązany do podjęcia tego zadania.¹⁴ Według § 106 kodeksu szleszwicko-holsztyńskiego aktem administracyjnym jest „każde zarządzenie, decyzja lub inny środek publicznoprawny zastosowany przez władzę celem uregulowania jednostkowego przypadku w dziedzinie prawa publicznego, zmierzający do bezpośredniego oddziaływania prawa na zewnątrz”. Zgodnie z tym, cechą charakterystyczną aktu prawnego jest „regulacja przypadku jednostkowego w dziedzinie prawa publicznego”, przy czym zastosowany środek może być zarówno korzystny, jak i niekorzystny.

Trudny również problem prawny przedstawiało dotychczas pojawiające się w doktrynie i praktyce rozróżnienie pomiędzy zasadą prawną, prawem materialnym — które zawiera postanowienia odnoszące się „do nieokreślonej liczby osób i regulujące nieokreśloną liczbę przypadków” —

¹⁴ Stosownie do § 42 ust. 2 regulaminu sądu administracyjnego z r. 1960 złożenie skargi w postępowaniu sporno-administracyjnym jest dopuszczalne tylko wówczas, gdy powództwo wykaże, że zachodzi pokrzywdzenie w jego prawach spowodowane zwierzchnim środkiem ze strony władzy. Ponadto należy rozróżnić sprawę strony skarżącej w zależności od tego, czy skierowana ona jest przeciw aktowi administracyjnemu (skarga o unieważnienie), czy chodzi w niej o wyjęcie spod takowego (zaskarżenie zobowiązania) albo o inne publicznoprawne działanie organu władzy (skarga przeciwko świadczeniom). Bliższe szczegóły podają O. Tschira, W. Schmitt-Glaeser: *Verwaltungsprozessrecht*, 2. Aufl. 1975 i C. H. Ule: *Verwaltungsprozessrecht*, 5. Aufl., 1971.

a środkami podejmowanymi przez władze, dotyczącymi wprowadzie większej, jednak „określonej”, liczby osób, wskutek czego chodzi tu o całkiem konkretne zarządzenie. Jednym słowem, jaka zachodzi różnica między szczegółowym przepisem a zarządzeniem ogólnym.¹⁵ Jednostka bowiem przeważnie nie może przeciwstawić żadnych środków prawnych abstrakcyjnej i ogólnej normie prawnej — ustawie, natomiast może być nią „dotknięta” dopiero wówczas, kiedy jakaś dyspozycja prawna dotyczy jej bezpośrednio. Wobec tego ważną było rzeczą ustalenie, że również kilka zarządzeń wydanych przez jakiś organ władzy, dotyczących „zgodnie z ogólnymi znamionami określonego kręgu osób”, może w konkretnym przypadku stanowić akt administracyjny.

Można by się więc spodziewać, że prawodawca federalny przejął mniej lub więcej dosłownie te przede wszystkim przepisy kodeksu szlezwicko-holsztyńskiego, które nie noszą cech specyficznych krajowego prawa. W rzeczywistości przy pryncypialnej regulacji, dotyczącej materialnego prawa administracyjnego, prawodawca częściowo odstąpił od całkiem udanego wzorca, jakim był ten kodeks krajowy, kierując się mniej lub więcej uzasadnionymi względami. Nie ma tu potrzeby analizować szczegółów, należy jednak zwrócić uwagę na te różnice właśnie na przykładzie wprowadzonej do kodeksu federalnego definicji aktu administracyjnego i regulacji dotyczącej zastosowania swobodnego uznania.

Zanim to przedstawimy, należy jeszcze zająć się samym kodeksem federalnym postępowania administracyjnego, który stanowi kontynuację niemieckiego prawa administracyjnego¹⁶ i zbliża się w swej formie do zbioru prawa, jednak kodyfikacją w sensie dosłownym jeszcze nie jest. Słuszne jest to między innymi według § 1 ust. 1 i 2 tylko o tyle, „o ile przepisy prawa federalnego nie zawierają postanowień tej samej treści lub przeciwstawnych”. Przed prawodawcą federalnym stoi więc jeszcze wielkie zadanie, polegające na „oczyszczeniu” i ujednoczeniu przepisów szczegółowych postępowania administracyjnego, zawartych w licznych ustawach szczegółowych. Zgodnie z decyzją Bundestagu z 15 stycznia 1976 r.¹⁷ dąży się do zrealizowania tego zamierzenia w ciągu 8 lat.

„Pomocniczy” jest również zakres ważności tego kodeksu. Dotyczy on zwierzchniej administracji federacyjnej wraz z pośrednią administracją federalną poprzez organy władzy podlegające bezpośrednio władzom federacyjnym. Ponieważ wiele działań administracyjnych znajduje się w gestii władz poszczególnych krajów i korporacji komunalnych, należy w intere-

¹⁵ O zarządzeniu ogólnym por. Erichsen, Martens: *op. cit.*, § 11 II 6 oraz von Unruh: *op. cit.*, D I 6 b.

¹⁶ V. Götz: *Das Bundesverwaltungsverfahrensgesetz*, „Neue Juristische Wochenschrift” 1976, s. 1425.

¹⁷ *Protokolle des Deutschen Bundestages*, Bd. 7, s. 14695.

sie zachowania pewnej jednolitości prawnej zatroszczyć się o to, aby „prawo federalne” było przez wszystkie władze RFN, niezależnie od tego kto je reprezentuje, egzekwowane według jednolitych zasad prawnych. Tak więc postanowiono, że w krajach nie mających norm krajowych, takich jak Szlezwik-Holsztyn, ma obowiązywać kodeks federalny dopóty, dopóki zostanie dokonana kodyfikacja w tym zakresie.¹⁸ Dzięki temu z jednej strony zagwarantowano materialno-prawne ujednoczenie postępowania administracyjnego w RFN, a z drugiej wzięto pod uwagę zasadę federacyjności. W wyniku tego wprowadzono każdy z krajów RFN posiada własną regulację postępowania administracyjnego, nawet jeśli wszystkie one co do treści pokrywają się ze sobą i z kodeksem federalnym. Nowe prawo postępowania administracyjnego nie stosuje się do działalności państwowej administracji finansowej i spraw socjalnych (§ 2, ust. 2 nr 1 oraz ust. 1 nr 4). Dla tych dziedzin istnieją już obszerne regulacje: federalny regulamin podatkowy z 16 marca 1976 r. i kodeks socjalny z 11 grudnia 1975 r. Ponadto wyjęta jest spod tej regulacji administracja sądownictwa, ponieważ jej decyzje nie podlegają kontroli sądów administracyjnych, ale są kontrolowane przez inne sądy, zgodnie z § 23 i następnymi EGGVG. Wreszcie należy jeszcze wspomnieć, że kodeks ten odnosi się tylko do „publicznoprawnej działalności organów administracji”, tj. nie dotyczy przypadków załatwiania spraw publicznych przy pomocy środków prawa prywatnego, jak to ma miejsce na przykład w dziedzinie administrowania świadczeń w szerokim zakresie.

Wartość kodeksu polega na „nadaniu formy prawnej normom ukształtowanym przez naukę prawa administracyjnego”. Część pierwsza dotyczy zakresu stosowania, kompetencji terytorialnej i pomocy prawnej, podczas gdy druga zajmuje się ogólnymi przepisami postępowania administracyjnego, a zwłaszcza zasadami tego postępowania. Spór jednostki z władzami jest szczegółowo uregulowany w sposób podobny do procedury procesowej. Najważniejsze przepisy zawierają części III i IV, a mianowicie akt administracyjny i umowę publicznoprawną. Treść § 35 ust. 1 zdanie 1 nie różni się wcale od § 106 kodeksu szleswicko-holsztyńskiego, wykazuje nawet pewne werbalne udoskonalenia, unikając powtarzania pojęcia „publicznoprawny”. Słusznie mówi się o „dyspozycjach zwierzch-

¹⁸ von Oertzen: *op. cit.*, s. 79 n. Według art. 30 GG (prawo podstawowe) podział kompetencji pomiędzy federacją a krajami polega na tym, że „wykonywanie uprawnień państwowych i realizacja zadań państwowych jest sprawą krajów”, przynajmniej o tyle, o ile prawo podstawowe nie wprowadza albo nie dopuszcza innej regulacji. Kompetencje administracyjne federacji sięgają z zasady tylko tak daleko, jak jej uprawnienia prawodawcze zawarte w art. 73 i 74. Pragmatyczny rozwój prowadzi wprowadzenie coraz bardziej do wzrastającego materialnego znaczenia ustaw krajowych, jednakże dzieje się to bez uszczerbku dla „zwierzchności organizacyjnej” krajów nad ich organizacją administracyjną.

nich” w dziedzinie prawa publicznego. Zastrzeżenia może jednak budzić sformułowanie przepisu kodeksu federalnego. Zarządzenie ogólne przedstawione jest nie tylko jako akt administracyjny, „który się odnosi do kogoś określonego albo dającego się określić przy pomocy cech ogólnych” ale również jako środek, który „dotyczy publicznoprawnego przedmiotu jakiejś rzeczy, albo jej używania przez ogół”. Według tej definicji trudno ustalić wspólne kryterium dla „zarządzenia ogólnego”. Od dawna na przykład zajmuje się nauka prawa administracyjnego kwestią, jak pod względem prawnym zakwalifikować kierowanie ruchem ulicznym w zależności od tego, czy dyspozycje wydaje funkcjonariusz, środki techniczne (światła) albo ustawione na stałe znaki drogowe. Jeśli się uzna te różne sposoby za jeden element zarządzenia ogólnego, to wówczas jednak czynnikiem decydującym będzie akt administracyjny. Ponadto przyjął się w doktrynie pogląd, że „określony” krąg osób musi pozostawać w związku czasowym z wydawaniem aktu administracyjnego, podczas gdy nieokreśloność znaczenia danego przepisu jest istotną cechą ustawy. Jeśli więc przy regulacji ruchu drogowego przy pomocy świateł da się jeszcze może *hic et nunc* określony krąg osób ustalić, jednak założenie to nie ma znaczenia przy znaku drogowym, który ten sam nakaz kieruje do nie określonego jeszcze kręgu osób. Wynikałoby stąd, iż za akt administracyjny przyjmuje się ten element normy prawnej, w którym każdy uczestnik ruchu drogowego, jaki choćby tylko raz będzie „adresatem” jakiegoś nakazu w określonym miejscu tego ruchu, zaliczany jest do „określonego” kręgu osób.¹⁹

Chociaż doktryna i orzecznictwo musi tę normę prawną uznać za wiążącą i obowiązującą, to spór wokół pojęcia „rozporządzenia ogólnego” trwać będzie dalej. Pierwsza dysertacja na ten temat została już przygotowana.²⁰

Dalsze postanowienia o skuteczności, wadliwości i ubocznych decyzjach aktu administracyjnego zgadzają się w dużej mierze z odpowiednimi przepisami kodeksu szleszwicko-holsztyńskiego. Nawet przytaczanie lub uwzględnianie zgodnych czy sprzecznych z prawem aktów administracyjnych zostało uregulowane w niemal takiej samej formie. Szkoda tylko, że przepis o stosowaniu swobodnego uznania nie znajduje się w części ogólnej — jak w krajowym kodeksie postępowania administracyjnego Szleszwiku-Holsztynu — lecz w ustępie o realizacji aktu administracyjnego. Również § 40 federalnego kodeksu postępowania administracyjnego jest ujęty o wiele zwężlej i nie zawiera odpowiedniego szczegółowego przepisu prawa krajowego, mimo iż znacznie pomaga organowi władzy w

¹⁹ O „rzeczowym akcie administracyjnym” por. Wolf, Bachof: *op. cit.*, § 46 VIII oraz Erichsen, Martens: *loc. cit.*

²⁰ E. Triebel: *Rechtsprobleme des Verwaltungsaktes* (dysertacja przedstawiona na Wydziale Prawa w Kilonii, 1977).

znalezieniu rozstrzygnięcia. W to miejsce w kodeksie federalnym znajduje się uwaga: jeśli „organ władzy uprawniony” jest do „działania według swobodnego uznania, ma on stosować to uznanie zgodnie z celem uprawnienia i trzymać się ustawowych granic tego uznania”. Materialnie przepis ten nie mówi nic nowego. Orzecznictwo i doktryna tego rodzaju postawę trwałą uczyniły częścią składową postępowania administracyjnego. Jeśliby jednak prawodawca chciał ponadto dać swym organom władzy wytyczne postępowania, to musiałyby się kierować wzorcem szlezwicko-holsztyńskim. Na pytanie, dlaczego tak się nie stało, nie można jeszcze w oparciu o dostępne dane odpowiedzieć w sposób bezsporny. Prawodawca federalny pragnął widocznie oprzeć tę regulację na § 114 regulaminu sądu administracyjnego, ponieważ w obydwu przypadkach chodzi o ustawy federalne — jednakże nie uwzględniono różnicy wynikającej stąd, że regulamin sądu administracyjnego dotyczy ograniczonego rzeczowo i funkcjonalnie kontrolowania przez sąd swobodnego uznania, podczas gdy treść kodeksu postępowania administracyjnego winna jednak dotyczyć i faktycznie dotyczy treści tegoż uznania.

„Umowa publicznoprawna” jest instytucją, która z trudem utorowała sobie drogę do niemieckiego prawa publicznego, chociaż to właśnie Otto Meier, wychodząc z prawa cywilnego, próbował tworzyć systematykę prawa administracyjnego w ramach systemu prawa cywilnego i przygotował grunt do przejęcia przez prawo publiczne, wywodzącego się również z prawa cywilnego, pojęcia umowy jako działania prawnego między „równouprawnionymi”. Aż do czasów obecnych panowało przekonanie, że prawo publiczne w istocie wychodzi od stosunku zwierzchności i podporządkowania, zachodzącego między organami władzy państwowej a podwładnymi i dlatego tenże stosunek musi stanowić podstawę dla wszystkich regulacji. Z czasem zmieniły się poglądy na istotę i treść prawa publicznego, które bynajmniej nie ma już tylko „zwierzchnościowego” charakteru. Zgodnie też z tym § 121 i następne krajowego szlezwicko-holsztyńskiego kodeksu administracyjnego zajmują się przede wszystkim umową publicznoprawną i uważają ją za dopuszczalną, „o ile przepisy prawne nie sprzeciwiają się tej formie postępowania”. Stąd przy zachowaniu określonych form można zawierać zarówno umowy ugodowe, jak i wymienne. Podobną regulację zawiera § 54 i następne federalnego kodeksu postępowania administracyjnego, kładąc kres długotrwałej niepewności prawa w tej dziedzinie.²¹

Ostatnie ustępy kodeksu federalnego dotyczą szczegółowych rodzajów postępowania, to znaczy procedury formalnej, przede wszystkim przy planowaniu, nakazie prawnym i społecznej działalności obywateli w admini-

²¹ O umowie publicznoprawnej, zob. Erichsen, Martens: *op. cit.*, § 24—29.

stracji, jak na przykład w komisjach przy organach federalnych i krajowych (nie dotyczy samorządu komunalnego). W tym przypadku za wzór posłużyły również przepisy kodeksu krajowego, częściowo były one nawet przejmowane dosłownie, jak na przykład w zakresie planowania. Dzięki temu zagwarantowano dużą swobodę w administracyjnej działalności w zakresie planowania, aby można było dokonywać wyboru danego rozwiązania i wydawać odpowiednie dyspozycje. W ten sposób bynajmniej nie zwalnia się organu władzy od odpowiedzialności za decyzje, a także nie ogranicza się jego kompetencji.²²

O wartości prawa takiej rangi, jak federalny kodeks postępowania administracyjnego, będzie można mówić dopiero po latach, wtedy bowiem okaże się, jakie było jego znaczenie praktyczne. Już teraz można przyjąć, że jest to ważny dokument, sprzyjający umocnieniu i ujednoczeniu prawa publicznego. Jednakże należy dodać, że często oczekiwane rozwiązanie wszystkich problemów przy pomocy norm prawnych jest możliwe tylko w pewnych okolicznościach. Chociaż jeszcze jest dużo szczegółów wymagających zwięzłego i uściślającego ujednoczenia, jak to sygnalizowano w Bundestagu, to jednak federalny kodeks postępowania administracyjnego ma zapoczątkować dalszy rozwój prawa administracyjnego i prawa publicznego w RFN. Aby to zamierzenie mogło się udać, należy kontynuować i pogłębiać naukową dyskusję o odpowiednich problemach z tego zakresu. Dyskusja ta stanie się tym owocniejsza, im bardziej będzie wychodzić poza granice własnego kraju.

РЕЗЮМЕ

Несмотря на то, что публичная администрация существует с тех пор, как начали существовать государства (хотя не всегда как постоянный „институт”, но всегда в разнообразной форме), то относящееся к ней специальное право развилось сравнительно недавно. Специальная наука о полиции и таможнях в Германии начала развиваться только в XVIII в., хотя в отдельную правовую дисциплину она еще тогда не сложилась. Только в середине XVIII века появились рассуждения на тему „публичного права”, а в связи с этим и размышления о правовой рецепции административного фактора. Лишь в 1857 г. появилось первое системное представление административного права, осуществленное человеком практики — виттенбергским чиновником Ф. Ф. Маером. В это же время было признано растущее значение администрации в выполнении общественных заданий, которые с разных точек зрения при помощи понятия „забота о быт” разработал Лоренц фон Стейн; тогда и позже это понятие было авторитетным стимулом для развития административной доктрины. Во всяком случае юридический способ трактовки играл второстепенную роль вплоть до опубликования Оттоном Маером в 1895 г. двухтомного труда о немецком админи-

²² Na temat procedury planowania zob. P. Badura: *Das Verwaltungsverfahren*, [w:] *Allgemeines Verwaltungsrecht* (wyd.: Erichsen, Martens), § 42.

стративном праве. Хотя О. Маер преподавал гражданское право, но он внимательно изучал французское административное право, и оно инспирировало развиваемую им систему. Развилась она сразу же после того, как Маер выделил ее (пока еще на гражданскоправовых принципах) в отдельную дисциплину, принципы и основные понятия которой сохранились до сегодняшнего дня. Благодаря введению в большинстве немецких стран административной юстиции, его „общие принципы” укрепились как основа административной деятельности, которая таким образом была и есть связана с правом, так что не только возникновение и развитие, но и настоящее состояние немецкого административного права следует считать продуктом науки.

Тем не менее кодификация общих принципов этого административного права началась только с вступлением в законную силу 1 января 1968 г. Федерального административного кодекса, который считается „лучшим учебником административного права”. Разумеется, что вопросы „специального административного права” — вопросы гражданского состояния, полиции и порядка, коммунальные вопросы, социальная помощь, планирование, вопросы дорожного движения и т.д. — уже давно были урегулированы специальными законами каждой земли. Уже упомянутый Федеральный административный кодекс содержит основы административного права и начинается с организации администрации, включая „юридические лица публичного права”, а затем „административную деятельность”, причем вместе с нормами права (законами в материальном смысле), которые могут издавать административные власти распоряжениями и статутами, впервые получило кодификационную формулировку такое административное средство, регулирующее единичный случай, как административный акт. Это же относится к публично-правовому договору, процедуре планирования и выполнения задач по охране безопасности и публичного порядка. Хотя закон в сильной степени связывает должностные лица, но оставляет им, однако, достаточно большую свободу в выборе решений по собственному „усмотрению” или в применении „неопределенных правовых понятий”, с которыми законодатель связывает некоторую очередность действий. Если, например, соответствующее должностное лицо считает, что у какого-либо лица отсутствуют „способности” к вождению машины, то это должностное лицо должно отобрать водительские права. В этом случае у должностного лица нет другого выбора. Если же закон оставляет ему право на „собственное усмотрение”, то он может выбрать из нескольких предусматриваемых правом возможностей ту, которая покажется ему правильной, помня, однако, об интересах как всего общества, так и каждого гражданина.

Некоторый „диапазон свободного мнения”, кодифицированный в „генеральной клаузуле” (например § 171 Шлезвиг-гольштейнского кодекса), органы власти имеют прежде всего в области общественного порядка и полиции, так как законодатель не в состоянии предусмотреть все „опасные ситуации”.

Важнейшие постановления Шлезвиг-гольштейнского кодекса административного производства служили образцом для федерального кодекса административного производства, вступившего в законную силу 1 января 1977 г. И этот кодекс, „досконально продолжая линию немецкого административного права”, пока является лишь шагом в „направлении кодификации, но не кодификацией”. Так как он применяется лишь „вспомогательно”, т.е. отдельными землями в том случае, если речь идет о выполнении федеральных заданий и если отсутствует соответствующий закон в этих землях, то его содержание не так широко, как соответствующий федеральный закон. В большей мере это вытекает из того,

что в соответствии со ст. 30 GG (основного для ФРГ права), субъектом административных обязанностей, как правило, являются отдельные земли, если конституция или федеральные законы не определяют исключения из этого правила.

Как всегда, вступление в законную силу кодекса административного производства обозначает новый раздел в публичном праве ФРГ. Если он будет способствовать дальнейшему плодотворному развитию, то научная дискуссия о проблемах администрации и её правах должна продолжаться, и для общей пользы она должна выйти за пределы страны.

ZUSAMMENFASSUNG

Obwohl es eine öffentliche Verwaltung gibt, seitdem überhaupt Staaten bestehen — wiewohl nicht immer als dauernde „Einrichtung“ und unter sehr unterschiedlichen Formen — so hat sich ein darauf bezügliches besonderes Recht erst verhältnismäßig spät entwickelt. In Deutschland begann man erst im 17. Jahrhundert mit der Entwicklung einer besonderen Polizei- und Kameralwissenschaft, jedoch noch ohne Ansätze auf eine eigene Rechtsdisziplin. Erst in der Mitte des 18. Jahrhunderts zeigten sich als Ausdruck der Aufklärung erste Betrachtungen eines „öffentlichen Rechts“ und in diesem Zusammenhang wieder Überlegungen über das Rechtsverhältnis der Administrative. Diese Ansätze führten jedoch erst 1857 zu einer ersten systematischen Darstellung des Verwaltungsrechts von einem Praktiker, dem württembergischen Beamten F. F. Mayer. Etwa zur gleichen Zeit erkannte man die zunehmende Bedeutung der Administrative zur Erfüllung von sozialen Aufgaben, die mit dem Begriff „Vorsorge für das Dasein“ Lorenz von Stein aus verschiedenen Aspekten behandelte, der nach wie vor als maßgebender Anreger der Verwaltungslehre zu gelten hat. Allerdings spielte die juristische Betrachtungsweise zunächst noch eine untergeordnete Rolle, bis Otto Mayer 1895 ein zweibändiges Werk über Deutsches Verwaltungsrecht publizierte. Obwohl ein Lehrer des bürgerlichen Rechts, beschäftigte er sich doch eingehend mit dem französischen Verwaltungsrecht, das ihm wichtige Anregungen für das von ihm entwickelte System bot. Dieses entfaltete sich, wenn Mayer es auch zunächst nach zivilrechtlichen Prinzipien aufbaute, alsbald als eine eigene Disziplin, deren Grundsätze und Grundbegriffe seitdem bis in die Gegenwart Bestand behalten haben. Durch die Einführung einer Verwaltungsgerichtsbarkeit im letzten Drittel des 19. Jahrhunderts in den meisten Ländern Deutschlands festigten sich die „Allgemeinen Lehren“ als anerkannte Grundlagen der administrativen Tätigkeit, die auf diese Weise rechtlich gebunden wurde und ist, so daß nicht nur Entstehung und Entwicklung, sondern auch der gegenwärtige Zustand des deutschen Verwaltungsrechts als ein Produkt der Wissenschaft gelten muß.

Nichtsdestoweniger begann eine Kodifikation der allgemeinen Lehren dieses Verwaltungsrechts nach bescheidenen Anfängen erst mit dem am 1. Januar 1968 in Kraft getretenen Landesverwaltungsgesetz von Schleswig-Holstein, das man für das „beste Lehrbuch des Verwaltungsrechts“ hält. Es versteht sich, daß Angelegenheiten des „Besonderen Verwaltungsrechts“ — Personenstandswesen, Polizei- und Ordnungsangelegenheiten, Kommunalwesen, Sozialhilfe, Planungswesen oder Verkehrsangelegenheiten u. a. — seit langem durch Spezialgesetze der Länder behandelt und geregelt sind. Das genannte Landesverwaltungsgesetz enthält die Grundlagen des Verwaltungsrechts und beginnt mit der Verwaltungsorganisation, einschließlich der „juristischen Personen des öffentlichen Rechts“, und dann „das

Verwaltungshandeln", wobei — neben den Rechtsnormen (Gesetzen im materiellen Sinne), welche die Verwaltungsbehörden erlassen dürfen, den Verordnungen und Satzungen — die administrative Einzelmaßnahme, der Verwaltungsakt, zum erstenmal eine kodifikatorische Behandlung erfuhr. Dasselbe gilt für den öffentlich-rechtlichen Vertrag, das Planfeststellungsverfahren und die Erfüllung von Aufgaben der öffentlichen Sicherheit und Ordnung. Das Gesetz bindet zwar die Behörden umfassend, läßt ihnen jedoch hinreichende Entscheidungsfreiheit zu eigenem „Ermessen“ oder zur Behandlung von „unbestimmten Rechtsbegriffen“, an welche der Gesetzgeber eine Tatfolge knüpft: Wenn z. B. „Eignung“ einer Person zum Führen eines Kraftfahrzeuges nach Ansicht der zuständigen Behörde nicht mehr vorhanden ist, muß sie seine Fahrerlaubnis entziehen. In diesem Fall hat die Behörde keine Wahl, wie sie zu verfahren hat. Dagegen kann sie, wenn das Gesetz ihr ein „Ermessen“ einräumt, unter mehreren rechtlich vertretbaren Möglichkeiten das ihr richtig erscheinende Mittel wählen, muß dabei aber immer darauf bedacht sein, die Belange der Allgemeinheit und des einzelnen betroffenen Bürgers sorgfältig abzuwägen. Vor allem auf dem Gebiet des Ordnungs- und Polizeiwesens besitzen die Behörden einen „Ermessens-Spielraum“, der in der „Generalklausel“ (z. B. § 171 des Schleswig-Holsteinischen Landesverwaltungsgesetzes) kondifiziert ist, weil der Gesetzgeber nicht alle „Gefahrenlagen“ festzustellen und kasuistisch zu erfassen vermag.

Das Schleswig-Holsteinische Landesverwaltungsgesetz war in seinen wichtigsten Bestimmungen Vorbild für das am 1. Januar 1977 in Kraft getretene Bundesverwaltungsverfahrensgesetz. Auch dieses steht „vollkommen in der Kontinuität des deutschen Verwaltungsrechts“, bildet jedoch zunächst nur einen „Schritt in Richtung auf die Kodifikation, aber noch nicht die Kodifikation selbst“. Da es „subsidiär“ anzuwenden ist, d. h. von den Ländern nur insoweit, als Bundesaufgaben erfüllt werden und keine einschlägigen Gesetze der Länder bestehen, ist es inhaltlich weniger umfassend als ein entsprechendes Landesgesetz. Das liegt nicht zuletzt daran, daß gemäß Art. 30 GG (des Grundgesetzes für die BRD) regelmäßig die Länder Träger der Verwaltungsaufgaben sind, soweit nicht Verfassung oder besondere Bundesgesetze Ausnahmen davon bestimmen.

Wie auch immer, bedeutet das Inkrafttreten des Bundesverwaltungsverfahrensgesetzes einen neuen Abschnitt des öffentlichen Rechts in Deutschland. Damit eine weitere Entwicklug fruchtbar gefördert werden kann, muß das wissenschaftliche Gespräch über die einschlägigen Probleme der Verwaltung und ihres Rechts fortgesetzt und vertieft werden und sollte auch zu allgemeinem Nutzen über die Grenze des eigenen Landes hinaus geführt werden.