

## Entscheidungsanmerkung

### Entbehrlichkeit des Vorverfahrens, wenn der angegriffene Bescheid auf einer aufsichtlichen Weisung beruht

**Ein Widerspruchsverfahren nach § 68 VwGO ist über die gesetzlich ausdrücklich geregelten Fälle hinaus ausnahmsweise auch dann entbehrlich, wenn dessen Zweck bereits Rechnung getragen ist oder dieser ohnehin nicht mehr erreicht werden kann. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die Ausgangsbehörde zugleich Widerspruchsbehörde ist und den Bescheid aufgrund einer sie bindenden Weisung der (Rechts-)Aufsichtsbehörde erlassen hat. (Amtl. Leitsatz)**

VwGO §§ 68 ff.; StBerG § 69; BGB §§ 133, 157

*BVerwG, Urt. v. 15.9.2010 – 8 C 21/09<sup>1</sup>*

#### I. Einleitung

Das Urteil befasst sich schwerpunktmäßig mit dem in §§ 68 ff. VwGO geregelten behördlichen Vorverfahren und dessen ausnahmsweiser Entbehrlichkeit als Zulässigkeitsvoraussetzung der Klage – hier im Rahmen einer Verpflichtungsklage. Interessant und für das Studium des Verwaltungsprozessrechts lehrreich ist die Entscheidung insbesondere dort, wo sie die im Ergebnis angenommene Entbehrlichkeit über die gesetzlich normierten Fälle hinaus gleichsam „schulmäßig“ anhand der juristischen Auslegungsmethoden herleitet. Damit bietet sie zum einen Anlass, die Zwecke des verwaltungsprozessualen Vorverfahrens genauer zu betrachten. Zum anderen veranschaulicht sie vorbildhaft die Notwendigkeit, selbst im Fall eines schon auf den ersten Blick eindeutig „sinnlos gewordenen“ Vorverfahrens nicht vorschnell auf „anerkannte Fallgruppen“ zu springen, sondern vielmehr das in deutlicher Spannung zum, möglicherweise gar in Abweichung vom Gesetzestext des § 68 Abs. 1 VwGO stehende Ergebnis mit tragfähiger juristischer Argumentation dogmatisch abzustützen. Insofern ist das Urteil auch in seinem methodischen Zugriff im Grenzbereich von Gesetzesinterpretation und richterlicher Rechtsfortbildung eine für den Studierenden lohnende Lektüre.

Einen zweiten Schwerpunkt legt die Entscheidung auf die Auslegung eines Schreibens der staatlichen Aufsichtsbehörde aus dem objektivierten Empfängerhorizont entsprechend §§ 133, 157 BGB.

#### II. Die Entscheidung

##### 1. Sachverhalt

Mit der Verpflichtungsklage begehrte die Klägerin, eine Steuerberatungsgesellschaft, von der beklagten Steuerberatungskammer die Festsetzung einer angemessenen Vergütung nach § 70 Abs. 3 i.V.m. § 69 Abs. 4 S. 5 StBerG für die von

ihr vorgenommene Abwicklung der Praxis eines verstorbenen Steuerberaters.

Die Klägerin war auf Vorschlag der Witwe des Verstorbenen zur Abwicklung der Praxis durch die Beklagte bestellt worden. Diese Abwicklung schien nach Aussage der Klägerin einen erheblichen Arbeitsaufwand erfordert zu haben, denn die Praxis habe sich in einem „chaotischen Zustand befunden“, was den Einsatz von insgesamt drei Steuerberatern, fünf Diplom-Betriebswirten und weiteren Mitarbeitern nötig gemacht habe, um die Akten zuzuordnen, die Rückstände aufzuarbeiten und die Aufträge fortzuführen. Im Jahr 1999 stellte die Klägerin den Erben eine Praxisabwicklervergütung in Höhe von knapp 350.000 DM, berechnet auf der Grundlage eines Stundensatzes nach der Steuerberatergebührenverordnung, in Rechnung, wovon lediglich ein Teilbetrag von 60.000 DM beglichen wurde. Die Klägerin erhob gegen die Erben daraufhin Klage beim Landgericht auf Zahlung einer Vergütung von ca. 270.000 DM zzgl. Zinsen. Nach gescheiterten Vergleichsversuchen wies das LG darauf hin, dass es gesetzlich der Beklagten obliege, im Streitfall eine angemessene Vergütung verbindlich festzusetzen. Dies lehnte die Beklagte mit der Begründung ab, sie sei nach § 69 Abs. 4 S. 5 StBerG nur in den Fällen amtsweiger Beauftragung eines Abwicklers zuständig für die Festsetzung der angemessenen Vergütung, nicht aber, wie hier, dann, wenn die Bestellung des Praxisabwicklers auf Antrag der Erben erfolgt sei. Daraufhin schaltete das LG das Finanzministerium BW als Aufsichtsbehörde der Beklagten ein. Gem. § 88 Abs. 1 StBerG führt die für die Finanzverwaltung zuständige oberste Landesbehörde (mithin das Finanzministerium) die Aufsicht über die Steuerberaterkammern, die den Sitz im Lande haben. Nach Abs. 3 „beschränkt sich [die Aufsicht] darauf, dass Gesetz und Satzung beachtet, insbesondere die den Steuerberaterkammern übertragenen Aufgaben erfüllt werden. Die Aufsichtsbehörden können die hierzu erforderlichen Anordnungen und Maßnahmen treffen.“ Das Ministerium schloss sich der Rechtsauffassung des LG hinsichtlich der auch den hier vorliegenden Fall umfassenden Festsetzungspflicht der Beklagten an und „bat“ die Beklagte schriftlich, die Festsetzung vorzunehmen, und zwar auf der Grundlage der Durchschnittsmonatsvergütung eines angestellten Steuerberaters als Maßstab für die Abwicklungsvergütung. Obwohl die Beklagte weiterhin der Ansicht war, hierzu nicht verpflichtet zu sein, setzte sie die Höhe der angemessenen Vergütung mit Bescheid vom 11.11.2005 unter Zugrundelegung eines durchschnittlichen Monatsgehalts eines angestellten Steuerberaters von 5.000 € (das sich aus einer Umfrage ergebe) auf nunmehr lediglich 30.000 € fest. Eine Rechtsbehelfsbelehrung war dem Bescheid nicht beigelegt. Auf Anregung des LG legte die Klägerin nunmehr Klage beim Verwaltungsgericht ein, mit dem Antrag, die Beklagte zu verpflichten, die Vergütung unter Abänderung des ursprünglichen Bescheids auf ca. 140.000 € zzgl. Zinsen festzusetzen. Die Beklagte berief sich ausdrücklich auf die Unzulässigkeit der Klage mangels Durchführung eines erforderlichen Vorverfahrens; die Klägerin hielt dem unter Berufung auf die Rechtsprechung des BVerwG entgegen, es liege hier ein Fall vor, in dem das Vorverfahren entbehrlich sei. Das VG und der VGH in der

<sup>1</sup> Die Entscheidung kann von der Webseite des Bundesverwaltungsgerichts heruntergeladen werden.

Berufungsinstanz wiesen die Klage ab; das erforderliche Vorverfahren sei nicht durchgeführt worden. Die beim BVerwG eingelegte Revision war erfolgreich.

## 2. Entscheidungsgründe

Nach Ansicht des BVerwG verstößt das Urteil des VGH BW gegen Bundesrecht und stellt es sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 144 Abs. 4 VwGO), weshalb es aufzuheben und die Sache an den VGH BW zurückzuverweisen sei. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts sei die Klage trotz fehlenden Widerspruchsverfahrens zulässig gewesen.

Da das Begehren der Klägerin auf den Erlass eines begünstigenden Verwaltungsakts gerichtet sei und der entsprechende vorherige Antrag teilweise abgelehnt worden war, sei grundsätzlich zwar ein Vorverfahren durchzuführen. Dieses sei auch nicht schon deshalb entbehrlich, weil die Rechtsbehelfsbelehrung unterblieben war; § 58 VwGO, der die Folgen dieses Fehlers regle, sei diesbezüglich abschließend. Auch ein gesetzlicher Ausschluss nach § 68 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 oder Alt. 2 Nr. 1 VwGO sei nicht gegeben. Allerdings habe das BVerwG schon in seiner bisherigen Rechtsprechung entschieden, dass ein Vorverfahren über die gesetzlichen Fälle hinaus ausnahmsweise auch dann entbehrlich sei, wenn dem Zweck des Vorverfahrens bereits Rechnung getragen sei oder der Zweck des Vorverfahrens ohnehin nicht mehr erreicht werden könne<sup>2</sup>. Ein solcher Fall sei auch hier gegeben, da die Ausgangsbehörde mit der Widerspruchsbehörde identisch sei und den maßgeblichen Bescheid aufgrund einer verbindlichen Weisung der (Rechts-)Aufsichtsbehörde erlassen habe. Denn hier könne die Ausgangsbehörde den ursprünglichen Bescheid aufgrund der bestehenden Weisung in einem Widerspruchsverfahren ohnehin nicht mehr ändern.

Die Begründung dieses Ergebnisses erfolgt recht sorgfältig, wohl deswegen, weil die genannte Rechtsprechung im verwaltungsprozessrechtlichen Schrifttum verbreitet abgelehnt worden ist.<sup>3</sup> Der *Senat* hält jedoch „nach erneuter Prüfung der Sach- und Rechtslage“ an seiner Position fest. Entscheidend für die rechtliche Anerkennung ungeschriebener Ausnahmen vom Erfordernis des Vorverfahrens ist offenkundig, ob § 68 Abs. 1 VwGO insoweit abschließenden oder aber nicht exklusiven Charakter hat. Anders als die kritischen Literaturstimmen beurteilt das BVerwG die textliche Formulierung der Vorschrift als insoweit offen. Aus dem Normtext („sind [...] nachzuprüfen“) folge lediglich, dass die Durchfüh-

rung des Vorverfahrens für die Beteiligten (Verwaltungsaktbetroffener und Behörde) nicht disponibel sei. Der abschließende oder nicht abschließende Gehalt der §§ 68 ff. VwGO könne nur nach dem Sinn der Regelungen identifiziert werden. Um diesen Sinn zu ergründen, greift der *Senat* nach den genuin juristischen Auslegungsargumenten: Regelungszusammenhang und -systematik, Gesetzeshistorie und „die mit der Regelung ersichtlich intendierten Zwecksetzungen“. Zur Entstehungsgeschichte der Normen meint der *Senat* zunächst, sie sei „nicht ergiebig“, hält sie aber dann doch dahingehend für aussagekräftig, dass ihr jedenfalls kein Anhaltspunkt dafür entnommen werden könne, dass die damals bereits vorliegende Rechtsprechung des BVerwG zur ausnahmsweisen Entbehrlichkeit eines Vorverfahrens in den Fällen, in denen dessen Zweck bereits Rechnung getragen ist oder der Zweck des Vorverfahrens ohnehin nicht mehr erreicht werden kann, durch den VwGO-Gesetzgeber korrigiert werden sollte. Zwar äußere sich der Regierungsentwurf zu dem Thema nicht explizit; im Laufe der Beratungen des Rechtsausschusses sei jedoch durch einen Vertreter der Bundesregierung deutlich gemacht worden, dass der Entwurf in Bezug auf das Vorverfahren „nicht etwas völlig Neues“ regeln, sondern „an alte Vorbilder anknüpfen“ wolle<sup>4</sup>. Insoweit sei implizit die Rechtsprechung zu den Vorgängerregelungen der VwGO einbezogen worden. Auch der Regelungszusammenhang der §§ 68 ff. VwGO stehe dieser Betrachtungsweise nicht im Weg. Für die in § 68 Abs. 1 S. 2 Art. 1, § 68 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 Nr. 1 und Nr. 2 sowie in § 75 VwGO geregelten gesetzlichen Ausnahmen seien (nur) jeweils spezifische Motive des Gesetzgebers maßgeblich gewesen. Da zwischen dem Tatbestand des § 68 Abs. 1 S. 1 VwGO und diesen gesetzlichen Ausnahmen ein Regel-Ausnahme-Verhältnis bestehe, sei zwar eine analoge Anwendung dieser Ausnahmenvorschriften entsprechend der ständigen Rechtsprechung des BVerwG<sup>5</sup> unzulässig. Dies schließe jedoch eine restriktive Auslegung des Regelatbestandes (§ 68 Abs. 1 S. 1 VwGO), soweit dies Sinn und Zweck der Regelung geböten, nicht aus. Demgemäß untersucht der *Senat* den Sinn und Zweck des Vorverfahrens und legt dessen allgemein anerkannte dreifache normative Zwecksetzung dar: (1) die Selbstkontrolle der Verwaltung, (2) der (ggf.) erweiterte Rechtsschutz des Rechtssuchenden durch einen der gerichtlichen Kontrolle vorgelagerten Rechtsweg und (3) die Entlastung der Gerichte („Filterwirkung“). Aus dieser Vielschichtigkeit der Zwecke des Vorverfahrens, namentlich ihrer über die Interessen der Beteiligten hinausreichenden, objektiven Bedeutung, ergebe sich zwar, dass es den Beteiligten nicht möglich sei, auf die Durchführung des Vorverfahrens zu verzichten. Sofern jedoch jene Zwecke sämtlich nicht erreicht werden könnten, wäre ein Widerspruchsverfahren „funktionslos und überflüssig“.

<sup>2</sup> BVerwGE 15, 306 (310); 27, 181 (185); BVerwG – BVerwG 2 A 4.78 – Buchholz 232 § 42 BBG Nr. 14; BVerwGE 64, 325 (330); BVerwG – BVerwG 1 C 3.85 – Buchholz 130 § 9 RuStAG Nr. 10; BVerwG – BVerwG 11 C 15.92 – Buchholz 436.36 § 46 BAFöG Nr. 16.

<sup>3</sup> *Geis*, in: Sodan/Ziekow, 3. Aufl. 2010, § 68 Rn. 158; *Kopp/Schenke*, VwGO, 16. Aufl. 2009, § 68 Rn. 27; *Funke-Kaiser*, in: Bader/ders./Kuntze/v. Albedyll, VwGO, 4. Aufl. 2007, § 68 Rn. 29 ff.; *Rennert*, in: Eyer mann/Fröhler, VwGO, 13. Aufl. 2010, § 68 Rn. 29 ff.; *Redeker/von Oertzen*, VwGO, 15. Aufl. 2010, § 68 Rn. 4 jeweils m.w.N.

<sup>4</sup> Der *Senat* beruft sich dabei auf die Nachweise bei *von Mutius*, Das Widerspruchsverfahren der VwGO als Verwaltungsverfahren und Prozessvoraussetzung, 1969, S. 102 ff. m.w.N.

<sup>5</sup> U.a. BVerwGE 124, 110 (121); BVerwG NJW 2006, 77 (98).

sig“. In diesem Sinn objektiv nicht mehr erreichbar seien die Zwecke eines Vorverfahrens aber jedenfalls auch dann nicht mehr, wenn wie im vorliegenden Fall die Behörde durch die zuständige Aufsichtsbehörde zu ihrer Entscheidung verbindlich angewiesen werde. Ihr sei es innerhalb eines dennoch durchgeführten Vorverfahrens unmöglich, dem Widerspruch nach § 72 VwGO abzuwehren. Damit scheidet eine Selbstkontrolle der Verwaltung aus und auch die vorgelagerte und (ggf.) erweiterte Rechtsschutzmöglichkeit des Rechtssuchenden gehe damit ins Leere. Schließlich könne auch eine Entlastung der Gerichte wegen der rechtlichen Bindung der Widerspruchsbehörde nicht erreicht werden.

Kommt es mithin darauf an, dass die Widerspruchsbehörde infolge einer aufsichtlichen Weisung keinen „Abhilfe-Spielraum“ mehr hat, prüft der *Senat* folgerichtig im Weiteren das Schreiben des Finanzministeriums auf dessen „Aufsichtscharakter“ hin. Dem Erklärungsgehalt des Schreibens nach, zu ermitteln aus dem objektivierten Empfängerhorizont (§§ 133, 158 BGB analog), liege nicht bloß eine „Bitte“ oder „Empfehlung“ vor. Vielmehr sei in dem Schreiben – trotz der höflich gehaltenen Formulierung – die rechtsverbindliche Aufforderung zu sehen, die „Vergütung unter vorstehenden Kriterien“ festzusetzen. Für den Bindungswillen der Staatsaufsicht spreche auch, dass diese ihre Haltung und Rechtsauffassung zuvor auch dem Landgericht, also nach „außen“ hin im amtlichen Verkehr kundgetan habe. Anders als das Berufungsgericht ist das BVerwG darüber hinaus der Ansicht, das Schreiben umfasse nicht lediglich die verbindliche Anordnung gegenüber der Beklagten, überhaupt eine Vergütung festzusetzen, sondern auch die festzusetzende Höhe der Vergütung. Letzteres ergebe sich aus den Ausführungen innerhalb des Schreibens, wonach es „im vorliegenden Fall“ angemessen erscheine, die Durchschnittsvergütung eines angestellten Steuerberaters heranzuziehen. Nicht entscheidend sei, dass das Ministerium sich nicht auf einen bestimmten ziffernmäßigen Betrag festgelegt hatte. Das Finanzministerium habe der Beklagten einen handhabbaren Berechnungsmaßstab an die Hand gegeben, wonach die Beklagte die konkrete Höhe anhand des ihr verfügbaren statistischen Datenmaterials entnehmen konnte. Ob das nur zur Rechtsaufsicht (§ 88 Abs. 3 StBG), nicht etwa zur Fachaufsicht befugte Ministerium mit dieser Weisung noch innerhalb der aufsichtsrechtlichen Grenzen geblieben, also selbst rechtmäßig gehandelt habe, sei für die Frage der Interpretation des Anweisungsschreibens unerheblich, weil es insoweit allein auf den geäußerten Willen des Erklärenden ankomme.

### 3. Bewertung

Das BVerwG hat im Laufe der Zeit verschiedentlich „außergesetzliche“ Ausnahmen vom Erfordernis des Vorverfahrens zugelassen. Namentlich die Annahme einer ausnahmsweisen Entbehrlichkeit für den Fall, dass die Zwecke des Vorverfahrens nicht mehr erreichbar oder auf andere Weise bereits erreicht sind, hat lange Tradition in der Rechtsprechung<sup>6</sup>. Über die offenkundig fragile Stütze im Gesetz vermag dieses Traditionsargument aber allein nicht hinwegzuhelfen – daher

der erhebliche Begründungsaufwand, den das Gericht jetzt zur Untermauerung seines Kurses betreibt. Prima facie sprechen immerhin sowohl der doch recht apodiktisch anmutende Wortlaut des § 68 Abs. 1 VwGO als auch der systematische Aufbau, namentlich das Verhältnis von Regeltatbestand und Ausnahmetatbeständen, eher für die Annahme einer abschließenden Regelung<sup>7</sup>. Was allerdings den Rahmen noch denkbarer Textbedeutungen des § 68 VwGO und insofern den Vorwurf einer gesetzesüberschreitenden Rechtsfortbildung anbelangt, lässt sich dem BVerwG immerhin zugute halten, dass § 68 Abs. 1 S. 2 VwGO einen abschließenden Charakter nicht unmissverständlich anordnet, etwa mit der Formulierung: „Einer Nachprüfung bedarf es *nur dann* nicht, wenn [...]“. Für die Eindeutigkeit des Wortlauts lässt sich hingegen wieder ins Feld führen, dass Begriffe oder Formulierungen wie „insbesondere“, „in der Regel“ oder „jedenfalls“ fehlen. Schon diese divergierenden Interpretationsmöglichkeiten machen aber deutlich, dass jedenfalls von einem unmissverständlich eindeutigen Wortlaut nicht gesprochen werden kann<sup>8</sup>.

Die Handhabung des genetischen Arguments durch den *Senat* erweist wie so oft die Schwäche derartiger Begründung mit dem „Willen des historischen Gesetzgebers“. Dass die Stellungnahme eines Regierungsvertreters in den Gesetzesberatungen die Absicht des Gesetzgebers als solchen soll repräsentieren können (nicht wesentlich anders verhält es sich regelmäßig mit Passagen einer Entwurfsbegründung oder mit Stimmen einzelner Abgeordneter), ja dass es innerhalb der Gesetzgebungsfunktion mit verschiedenen Beteiligten überhaupt einen personalisierbaren Willensträger und diesem Träger zurechenbaren Willen gebe, ist eine theoretisch prekäre Grundannahme. Wenn das BVerwG ganz im Einklang mit diesen Zweifeln selbst sagt, die Entstehungsgeschichte sei hinsichtlich der Frage der Entbehrlichkeit des Vorverfahrens „nicht ergiebig“, passt dazu freilich die sodann sehr wohl aus eben dieser Entstehungsgeschichte gezogene Folgerung, der VwGO-Gesetzgeber habe an der älteren Rechtsprechung des BVerwG nichts ändern wollen, nicht recht. Dass aus dem Regelungszusammenhang, mithin aus der expliziten Regelung der in § 68 Abs. 1 VwGO erfassten Ausnahmefälle, nicht ein abschließender Charakter dieser Regelung folge, weil für die normierten Ausnahmen jeweils spezifische Gründe und Motive des Gesetzgebers maßgeblich gewesen seien, ist durchaus einleuchtend, hätte aber eingehender begründet werden können. Die expliziten gesetzlichen Ausnahmen erfassen eben, wie die bisherige Rechtsprechung

<sup>7</sup> So auch die kritische Literatur, s. o. Fn. 3.

<sup>8</sup> Vergleichbare Diskussionen werden auch an „bedeutenderen“ Stellen geführt, beispielsweise zu Art. 86 S. 1 GG, der die Ausführung der Gesetze durch bundeseigene Verwaltung oder bundesunmittelbare Körperschaften oder Anstalten der öffentlichen Rechts regelt. Ob in Verwaltung in letztgenannter Form auch privatrechtliche Organisationsformen einzubeziehen sind, wird auch hier mit der Frage nach einem etwaig abschließenden Wortlaut der Regelung eingeleitet (der wohl allgemein verneint wird; vgl. hierzu *Ibler*, in: Maunz/Düring, GG, 59. Aufl. 2010, Art. 86, Rn. 86-88).

<sup>6</sup> S. o. Fn. 2.

zeigt, keineswegs alle Fälle, in denen der Wegfall der Zwecke des Vorverfahrens mehr oder weniger plausibel begründet werden kann und in denen daher nicht einzusehen ist, welchen Sinn hier die Durchführung eines solchen Verfahrens und das Verdikt der Unzulässigkeit einer Klage dem Kläger gegenüber im Fall der Versäumung rechtzeitiger Widerspruchseinlegung haben soll. Geht es mithin in der Tat um den Sinn und Zweck des Vorverfahrens, um teleologische Auslegung, so hat der elastischere, die Sachentscheidungs-voraussetzungen des Verwaltungsprozesses nicht gar so formalistisch begreifende, im Ergebnis auch zu Gunsten des Klägers großzügigere Ansatz des BVerwG durchaus etwas für sich.

Gerade was die jetzt den bisher entschiedenen Fallgruppen hinzugefügte Konstellation einer Entbehrlichkeit des Vorverfahrens angeht, melden sich aber doch bei genauerer Betrachtung Zweifel. Man kann sich fragen, ob es wirklich zutrifft, dass den gesetzlich normierten Zwecken des Widerspruchsverfahrens in der Fallgruppe aufsichtlicher Weisung und auch sogar im konkret entschiedenen Fall keinerlei Bedeutung zukommen kann bzw. konnte. Diese These steht und fällt damit, dass die aufsichtsbehördliche Weisung der Ausgangs- (und zugleich Widerspruchs-)behörde keine Entscheidungsspielräume belässt, ihr also jede Möglichkeit nimmt, dem Widerspruch ganz oder auch nur teilweise noch abzuhelpfen. Diese Lage mag bei einigen Weisungen tatsächlich eintreten, und von ihr ist das BVerwG ja auch im hier entschiedenen Fall ausgegangen. Ebenso gut, vielleicht sogar besser vorstellbar sind aber Situationen, in denen die Aufsichtsbehörde nicht so weit geht, die Angelegenheit vollständig „durchzuregeln“, vielmehr nur in einzelnen Hinsichten Vorgaben für die Bescheidung durch die sachzuständige Behörde macht. Auch im vorliegenden Fall war immerhin noch zwischen Berufungs- und Revisionsgericht umstritten, wie weit die Anordnung des Finanzministeriums reichen sollte, namentlich ob sie auch Festsetzungen zur Höhe der Vergütung traf. Man konnte mit dem VGH BW im Rahmen der Auslegung des Schreibens mit guten Gründen auch zu dem Ergebnis kommen, dass das Ministerium zwar die Festsetzung der Vergütung und gewisse Kriterien zur Ermittlung der Höhe, nicht aber deren konkrete Höhe anordnen wollte. Dann wäre es der Steuerberaterkammer durchaus möglich gewesen, im Rahmen eines Vorverfahrens dem Widerspruch abzuhelpfen und die Höhe der Vergütung neu festzusetzen. Wendet sich der Adressat eines Verwaltungsakts, der aufgrund der Weisung der Aufsichtsbehörde ergangen ist, gegen einen Teil des Verwaltungsaktes, der von der Aufsicht nicht bis in alle Einzelheiten vorgegeben ist, so ist der Zweck des Vorverfahrens nicht *per se* unerfüllbar: Die Ausgangsbehörde hat ihre Entscheidung im Rahmen des Widerspruchsverfahrens sorgfältig auf ihre Recht- und Zweckmäßigkeit zu überprüfen und ist damit auch dazu angehalten, sich mit der Frage auseinanderzusetzen, ob die Weisung möglicherweise auch eine Regelung zulässt, die dem Interesse des Widerspruchsführers eher genügt. Erst recht gilt das für diejenigen Situationen, so auch im hier behandelten Fall, in denen die Aufsichtsbehörde wegen des Charakters der beaufsichtigten Stelle als eines

Selbstverwaltungsträgers auf die bloße Rechtsaufsicht beschränkt ist.<sup>9</sup> Bei Maßnahmen der Ausgangsbehörde, die aufgrund einer Ermessensentscheidung ergangen sind, ist dann ein Abhilfebescheid im Rahmen des Widerspruchsverfahrens sehr wohl möglich, soweit er sich in den – möglicherweise durch die Rechtsaufsichtsbehörde näher konkretisierten – rechtlichen Grenzen des Ermessens bewegt: Hier kann die Rechtsaufsichtsbehörde überhaupt nur dann zu einer bestimmten Entscheidung anweisen, wenn das Ermessen im konkreten Fall auf Null reduziert ist.

Damit bleibt festzuhalten: Der Annahme einer ausnahmsweisen Entbehrlichkeit nach den Kriterien des *Senats* könnte ohnehin nur für den Fall gefolgt werden, dass die Weisung derart konkret ist, dass der angewiesenen Behörde überhaupt kein Entscheidungsspielraum mehr bleibt. Der nahe liegende Einwand, die neue Fallgruppe des BVerwG schließe ja gerade nur diese Fälle ein, während in den Ermessensfällen (bei bloßer Rechtsaufsicht) oder in sonstigen Fällen nicht voll determinierender aufsichtlicher Weisung das Vorverfahrenserfordernis beachtlich bleibe, räumt die Zweifel nicht vollständig aus. Denn die Spielraumfrage hängt ja, wie auch der jetzt entschiedene Fall anschaulich zeigt, von einer häufig keineswegs einfachen Auslegung der Weisung im Einzelfall ab, einer Willensäußerung zudem, die dem in die inneradministrative Aufsichtsbeziehung ja nicht eingebundenen Kläger gar nicht bekannt sein muss und in den meisten Fällen wohl auch gar nicht bekannt sein wird. Dies bedeutet, dass die Frage, ob ein Widerspruchsverfahren erforderlich ist oder nicht, von ggf. schwierigen und häufig zudem intransparenten, gerade für den Kläger nicht nachvollziehbaren Einzelfallinterpretationen der jeweiligen Weisung abhängig gemacht wird. Der scheinbar rechtsschutzfreundliche Ansatz des BVerwG ist mithin tatsächlich mit erheblichen Rechtsunsicherheiten und dem Risiko der Unzulässigkeit der Klage belastet. Man wird jedem Kläger nur raten können, vorsichtshalber doch Widerspruch einzulegen, sofern nicht ausnahmsweise ein glasklarer Fall definitiv lückenloser Voll-Anweisung der sachentscheidungs befugten Behörde durch die Aufsicht vorliegt.

Hinzu kommt eine weitere Überlegung: Möglicherweise kann auch dann, wenn – auch bei vollständiger Determinierung der entscheidenden Behörde – ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Weisung der Aufsichtsbehörde bestehen, nicht ohne weiteres von einer Entbehrlichkeit des Vorverfahrens ausgegangen werden. Dass es für die Einordnung des Schreibens der Aufsichtsbehörde als bindender Weisung

<sup>9</sup> Dies gilt nicht nur für die staatliche Kommunalaufsicht (vgl. z.B. § 117 S. 1 GemO Rh.-Pf.), sondern auch für die Aufsicht sonstigen Trägern mittelbarer Staatsverwaltung gegenüber, s. nur *Bull/Mehde*, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungslehre, 7. Aufl. 2005, Rn. 393, erst recht natürlich in den Fällen staatsfern verselbständigter Tätigkeit von Einrichtungen, die sich nicht einmal mehr der mittelbaren Staatsverwaltung zuordnen lassen, insb. der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten („begrenzte staatliche Rechtsaufsicht“, BVerGE 12, 205 [259]).

nicht auf deren Rechtmäßigkeit ankomme, deutet der *Senat* im Urteil kurz an. Der eigenständige (Abhilfe-)Spielraum der angewiesenen Behörde ist diesem Gedanken zufolge auch bei rechtswidriger Weisung ausgeschlossen, das Vorverfahren auch dann entbehrlich. Das überzeugt aber nur eingeschränkt: Sofern die Weisung – die sich in den Fällen der weisungsunterworfenen Selbstverwaltung für die Ausgangsbehörde als Verwaltungsakt darstellt – die Schwelle der Nichtigkeit i.S.d. § 44 VwVfG überschritten hat, kann von einer Entbehrlichkeit kaum ausgegangen werden, denn aufgrund der Unwirksamkeit muss sich die Ausgangsbehörde nicht an die Anordnung halten; ein Abhilfebescheid bleibt möglich. Aber auch in den Fällen der unmittelbaren Staatsverwaltung mit Fachaufsicht, in denen die Weisung keinen Verwaltungsaktcharakter hat und § 44 VwVfG daher nicht greift, sowie überhaupt in allen Fällen, in denen „nur“ die Rechts- oder Zweckmäßigkeit der Weisung im Zweifel steht, kann ein Vorverfahren durchaus noch sinnvoll sein. Zwar ist die Weisung als rechtswidriger Verwaltungsakt der Ausgangsbehörde gegenüber weiterhin wirksam. Der Ausgangsbehörde bleibt aber doch die Möglichkeit, sich mit der Aufsichtsbehörde im Zuge des Vorverfahrens erneut abzustimmen. Es erscheint keineswegs undenkbar, dass die erneute verwaltungsinterne Abstimmung auch aufgrund des Vorbringens des Widerspruchsführers möglicherweise ein „Zur-besseren-Einsicht-Kommen“ der Aufsichtsbehörde und in der Folge eine Abänderung der ursprünglichen Weisung bewirken kann. Möglicherweise nimmt sich die Ausgangsbehörde – in den Selbstverwaltungs-fällen – den Widerspruch gar zum Anlass, gerichtlich gegen die Weisung der Staatsaufsichtsbehörde vorzugehen. Auch in diesen Fällen würden sowohl die erweiterte Rechtsschutzmöglichkeit des Rechtssuchenden als auch die Selbstkontrolle der Verwaltung und die Entlastung der Gerichte im Rahmen des Vorverfahrens nicht von vornherein ins Leere laufen. So nachvollziehbar und wohl sogar überzeugend mithin die teleologische Argumentation des BVerwG auf der abstrakten Ebene ist, so sehr bleiben Fragezeichen, ob gerade der jetzt entschiedene Fall und seine potentiellen Folgefälle wirklich zu dem in der Judikatur entwickelten Tatbestandsensemble entbehrlicher Vorverfahren über § 68 Abs. 1 VwGO hinaus gehören sollten.

*Prof. Dr. Matthias Cornils, stud. iur. Martin Mengden,  
Mainz*