

Der funktional-akzessorische Verwaltungsaktsbegriff der VwGO

Ein Beitrag zur Handlungsform des Verwaltungsakts

Von Dr. Benjamin Rusteberg, Freiburg

I. Problemaufriss

Die Existenz nahezu gleichlautender Verwaltungsverfahrensgesetze in Bund und Ländern erscheint dem Rechtsanwender zumeist als ein nicht weiter beachtenswertes Detail des bundesdeutschen Föderalismus. Aber wie so häufig steckt der Teufel gerade in eben jenem, so dass bei näherem Hinsehen teils schwierige Abgrenzungsfragen zwischen Bundesverwaltungsverfahrensgesetz (BVwVfG) und dem jeweiligen Landesverwaltungsverfahrensgesetz (LVwVfG) entstehen können.

Eine dieser Fragen betrifft das Verhältnis der in jedem dieser Gesetze enthaltenen Definition des Verwaltungsakts zu dem Verwaltungsaktsbegriff der VwGO: In Literatur und Rechtsprechung ist umstritten, ob der Verwaltungsaktsbegriff der VwGO stets demjenigen des BVwVfG entspricht,¹ ob der Verwaltungsaktsbegriff der VwGO sich aus dem im konkreten Fall auch sonst einschlägigen Verwaltungsverfahrenrecht, insbesondere eben den LVwVfGen, ergibt² oder ob es sich bei dem Verwaltungsaktsbegriff der VwGO gar um einen vollständig autonom zu bestimmenden Begriff handelt.³

Die Beantwortung dieser Frage mag de lege lata keine Auswirkungen auf das Ergebnis der konkreten Falllösung haben, da die Definition des Verwaltungsaktsbegriffs des jeweiligen LVwVfG wortgleich mit der des § 35 BVwVfG

übereinstimmt.⁴ Deshalb ist auch die Revisionsfähigkeit des Verwaltungsaktsbegriffs unabhängig von einer Entscheidung dieses Streits gegeben, wobei freilich nach der einen Ansicht § 137 Abs. 1 Nr. 1 VwGO, nach der anderen Ansicht § 137 Abs. 1 Nr. 2 VwGO heranzuziehen ist.

Dennoch ist jeder Rechtsanwender gezwungen, in dem Meinungsstreit Farbe zu bekennen, wenn der prozessuale Teil eines Falls eine Aussage über die Verwaltungsaktsqualität einer Maßnahme erfordert: Der Bearbeiter muss sich entscheiden, ob er bezüglich des maßgeblichen Verwaltungsaktsbegriff § 35 (B)VwVfG oder die entsprechende Vorschrift des LVwVfG zitiert. So beziehen denn auch die Kommentare und Lehrbücher regelmäßig Stellung zu dieser Frage, zumeist jedoch ohne weitergehende Gründe für die eine oder andere Meinung anzuführen. Dies ist für den vorliegenden Beitrag Grund genug, das Problem einer ausführlicheren Betrachtung zu unterziehen.

Dabei soll zunächst die Argumentation derjenigen Vertreter, die der Meinung sind, dass die VwGO stets auf den Verwaltungsaktsbegriff des BVwVfG zurückgreift, dargestellt und der Kritik unterzogen werden. Insbesondere gilt dies für die Frage, ob und wieweit durch einen gegenüber dem Landesrecht unempfindlichen prozessualen Verwaltungsaktsbegriff die von den Vertretern angestrebte Wahrung der Rechtseinheit sichergestellt werden kann. Die weitere Untersuchung wird dabei zeigen, dass eine sinnvolle Auslegung weder in einer schlichten Übernahme der Verwaltungsaktsdefinition des BVwVfG für die VwGO noch in einer bloßen Kopplung an die Verwaltungsaktsdefinition des jeweiligen LVwVfG bestehen kann. Notwendig ist vielmehr eine differenzierte Betrachtung, die es unternimmt, den Verwaltungsaktsbegriff der VwGO anhand der Funktion des Verwaltungsakts als Instrument zur Koordination von Verfahrens- und Prozessrecht zu bestimmen.

II. Keine Übernahme des Verwaltungsaktsbegriffs des BVwVfG

Die Argumente, die für eine Rückbindung des Verwaltungsaktsbegriffs der VwGO an das BVwVfG angeführt werden, lassen sich in drei verschiedene Begründungsstränge unterteilen: Vorgebracht werden methodische (1.), historische (2.) und teleologische Argumente (3.).

1. Methodische Argumentation

Für die Notwendigkeit einer Rückbindung des verwaltungsgerichtlichen Verwaltungsaktsbegriffs an das BVwVfG wird zunächst das methodische Argument ins Feld geführt, es sei ausgeschlossen, zur Bestimmung des Verwaltungsaktsbegriffs der bundesrechtlichen VwGO eine landesrechtliche Regelung

¹ In der Rspr. etwa BVerwGE 102, 81 (83); BVerwG NJW 1994, 2435; BVerwG NVwZ-RR 1994, 582; BVerwG NJW 1978, 1820; BVerwG DÖV 1973, 533; VGH Hessen NJW 1995, 1170 (1171); aus der Literatur: *Kahl*, Jura 2001, 505 (506 Fn. 31); *Pietzcker*, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner (Hrsg.), VwGO, EL 17 2008, § 42 Abs. 1 Rn. 23; *W.-R. Schenke*, Verwaltungsprozessrecht, 12. Aufl. 2009, Rn. 185; *ders.*, VerwArch 72 (1981), 185 (197); *M. Schröder*, JA 2009, 175 (177 f.); *Sodan*, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 3. Aufl. 2010, § 42 Rn. 99; so wohl auch schon *Ule*, Verwaltungsprozessrecht, 9. Aufl. 1987, S. 171; vgl. die Nachw. bei *Müller-Franken*, VerwArch 90 (1999), 552 (553 Fn. 6).

² In der Rspr. etwa OVG SA, Urt. v. 17.9.2009 – 2 L 228/08, Rn. 32 (juris); OVG SH NJW 2000, 1059 (1060); BayVGH BayVBl. 1997, 22 (23); VGH BW NVwZ-RR 1996, 306; VGH BW NVwZ 1990, 388; OVG Bbg LKV 1997, 174 f.; OVG Bremen NVwZ 1986, 1038; VGH Hessen DVBl. 1989, 984 (985); OVG MV DVBl. 1997, 1282; OVG SH NJW 1993, 952; wohl offen gelassen in: BVerwGE 135, 209 (211), 106, 187 (188); aus der Literatur: *Happ*, in: Eyermann, VwGO, 13. Aufl. 2010, § 42 Rn. 4; *Schmidt-Kötters*, in: Posser/Wolff (Hrsg.), BeckOK VwGO, Stand: 1.4.2011, § 42 Rn. 11; vgl. die Nachw. bei *Müller-Franken*, VerwArch 90 (1999), 552 (553 Fn. 7).

³ In diese Richtung *Stelkens*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, 7. Aufl. 2008, § 35 Rn. 12, 15, 364; Die VwGO orientiere sich an einem in den anderen Definitionen zum Ausdruck kommenden allgemeinen Rechtsgedanken; für eine autonome Auslegung – allerdings mit abw. Ergebnis – auch *M. Schröder*, JA 2009, 175 (178).

⁴ Lediglich § 106 LVwGSH formuliert „öffentlich-rechtliche Maßnahme“ statt „hoheitliche Maßnahme“ und teilt die Regelung in zwei Abs. auf, ohne dabei aber inhaltliche Änderungen vorzunehmen, *Stelkens* (Fn. 3), § 35 Rn. 364.

heranzuziehen. Heranzuziehen sei vielmehr die gleichfalls bundesrechtliche Vorschrift des § 35 BVwVfG. Ansonsten „ergäbe sich das schwerlich überzeugende Ergebnis, dass der Landesgesetzgeber in der Lage wäre, über den Umfang der bundesrechtlich geregelten Anfechtungsklage zu disponieren.“⁵

Diese Argumentation bezieht sich dabei erkennbar nicht auf die Frage der Aufteilung der Gesetzgebungskompetenzen zwischen Bund und Ländern: Die Kompetenz des Bundesgesetzgebers zur Regelung des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes gem. Art. 74 Abs. 1 GG sowie der gem. Art. 31, 72 Abs. 1 GG bestehende Vorrang dieser Regelungen vor dem Landesrecht sind unbestritten.⁶ Gegenstand der Argumentation ist vielmehr die Frage, inwieweit bundes- und landesrechtliche Regelungen zueinander in Bezug stehen können. Gestritten wird an dieser Stelle also nicht darüber, ob der jeweilige Landesgesetzgeber die Kompetenz besitzt, eine von § 35 BVwVfG abweichende Verwaltungsaktsdefinition vorzunehmen,⁷ sondern ob diese Regelung bei der Auslegung der VwGO zu berücksichtigen wäre. (Eine bloß unterschiedliche Auslegung der Verwaltungsaktsbegriffe der verschiedenen Verfahrensgesetze ist hingegen durch § 137 Abs. 1 Nr. 2 VwGO ausgeschlossen. Nach der Vorschrift ist bei ihrem Wortlaut nach übereinstimmenden Verwaltungsverfahrensgesetzen ausnahmsweise auch Landesrecht im Wege der Revision überprüfbar. Letztere dient dabei gerade auch zur Wahrung der Rechtseinheit, so dass das BVerwG für die einheitliche Auslegung des Verwaltungsaktsbegriffs der verschiedenen Verfahrensgesetze zu sorgen hat.⁸)

Mit der Position einer strikten Trennung der beiden Rechtskreise besitzt die dargestellte Argumentation zwar eine gewisse intuitive Plausibilität. Einer näheren Betrachtung hält diese indes nicht stand:

Denn richtig ist an dieser Argumentation allein, dass der Verwaltungsaktsbegriff der bundesgesetzlichen VwGO zunächst einmal, wie jedwede Regelung, die formell rechtmäßig zu Stande gekommen ist, zur Bestimmung ihres Inhalts aus sich heraus auszulegen ist. Lediglich insofern bleibt die bundesgesetzliche Regelung in jedem Fall auch die maßgebliche. Die daraus resultierenden Beschränkungen sind demzufolge gering:

So wäre der Bundesgesetzgeber nicht gehindert gewesen, sich bei dem Erlass der VwGO statt an einem bundesrechtlichen Verwaltungsaktsbegriff am Gehalt einer landesrechtlichen Vorschrift zu orientieren. Entsprechend nahm der Bundesgesetzgeber etwa bei der Formulierung des BVwVfG ausdrücklich Bezug auf die Verwaltungsaktdefinition des § 25

Militärregierungs-Verordnung Nr. 165 (MRVO 165), die weder Bundes- noch Landesrecht im eigentlichen Sinne, sondern in den Ländern der britischen Zone geltendes Besatzungsrecht darstellte.⁹

Aber auch für die Zeit nach dem Inkrafttreten der VwGO ist es methodisch keineswegs zwingend, dass die landesgesetzlichen Bestimmungen des Verwaltungsaktsbegriff für die Auslegung der bundesrechtlichen VwGO von vorneherein keine Rolle spielen könnten. Eine Annahme, wonach die verschiedenen Teilrechtsordnungen gänzlich ohne Bezug zueinander auskommen müssten, wird bereits durch die vielfachen Fälle widerlegt, in denen Bundes- und Landesgesetze aufeinander verweisen. Paradebeispiele dafür sind die dynamischen Verweisungen der Verwaltungsverfahrensgesetze einzelner Länder auf das BVwVfG.¹⁰

Nun kann die bundesrechtliche VwGO allerdings schwerlich nur auf *einen* der landesrechtlich geregelten Verwaltungsaktsbegriffe verweisen. Denkbar wäre, gerade bei einer prozessrechtlichen Regelung, hingegen eine Variante, in der die Regelung, quasi akzessorisch, auf das auch sonst für das Handeln der Behörde jeweils einschlägige Verfahrensrecht verweist – gleich ob dies bundes- oder landesrechtlich geregelt ist. So ließe sich § 42 Abs. 1 VwGO etwa um einen S. 2 ergänzen, mit dem die Regelung vollständig lauten würde: „Durch Klage kann die Aufhebung eines Verwaltungsakts (Anfechtungsklage) sowie die Verurteilung zum Erlaß eines abgelehnten oder unterlassenen Verwaltungsakts (Verpflichtungsklage) begehrt werden. *Das Vorliegen eines Verwaltungsakts richtet sich nach dem jeweiligen Verfahrensrecht.*“

Letztlich geht es denn der Kritik, wonach nicht der Landesgesetzgeber den Inhalt eines bundesrechtlich geregelten Begriffs bestimmen dürfe, wohl auch weniger um im eigentlichen Sinne methodische Fragen, als vielmehr um den rechtspolitisch motivierten Versuch, einen Zustand der Rechtszersplitterung zu verhindern. Dieser soll nämlich immer dann drohen, wenn sich in einem mehrere Ebenen enthaltenden Rechtssystem die obere Ebene in eine Abhängigkeit zu den unteren Ebenen begibt.¹¹

Darauf, ob dieser Einwand überzeugen kann, wird später noch zurück zu kommen sein. An dieser Stelle genügt zunächst festzuhalten, dass einer nicht rein bundesrechtlich determinierten, sondern akzessorisch zum jeweiligen Verfahrensrecht vorgenommenen Auslegung des Verwaltungsaktsbegriffs in § 42 Abs. 1 VwGO jedenfalls keine methodischen Gründe entgegenstehen.

⁵ So *W.-R. Schenke* (Fn. 1), Rn. 185; vgl. *ders.*, *VerwArch* 72 (1981), 185 (197); in diese Richtung wohl – trotz der Formulierung – auch *Kahl*, *Jura* 2001, 505 (506 Fn. 31): „kompetenzrechtliche“ Gründe.

⁶ Vgl. zur Bundeskompetenz bzgl. des Erlasses der VwGO nur *Schmidt-Aßmann*, in: *Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner* (Hrsg.), *VwGO*, EL 20 2010, Einl. Rn. 62.

⁷ Ausf. zur Gesetzgebungskompetenz bzgl. der Regelung des Verwaltungsaktsbegriffs unten III. 1.

⁸ *Hufen*, *Verwaltungsprozessrecht*, 8. Aufl. 2011, Rn. 1.

⁹ *BT-Drs.* 7/910, S. 57; vgl. auch den Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes (*EVwVerfG* 1963), 2. Aufl. 1968, S. 136.

¹⁰ Derartige Verweise existieren in Berlin, Rheinland-Pfalz, Sachsen und Sachsen-Anhalt, dazu *Sachs*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs* (Fn. 3), Einl. Rn. 48.

¹¹ *M. Schröder*, *JA* 2009, 175 (177 f.), der deshalb, in methodischer Anlehnung an das EU-Recht, eine autonome, bundesrechtliche Auslegung für notwendig erachtet.

2. Historische Herleitung

In dem bislang wohl umfangreichsten Beitrag zu dem Thema des Verwaltungsaktsbegriffs der VwGO hat *Müller-Franken* den ausführlichen Versuch unternommen nachzuweisen, dass der Wille des historischen Gesetzgebers gerade darauf gerichtet gewesen sei, den Verwaltungsaktsbegriff des BVwVfG als den für die Auslegung der VwGO einzig maßgeblichen zu bestimmen.¹²

a) Die Lage vor Erlass der einheitlichen Verwaltungsverfahrensgesetze

aa) Die Argumentation Müller-Frankens

Den Ausgangspunkt von *Müller-Frankens* historischer Argumentation bildet die noch vor dem Erlass der einheitlichen Verwaltungsverfahrensgesetze des Bundes und der Länder ergangene Rechtsprechung des BVerwG. Das Gericht war bereits zu diesem frühen Zeitpunkt davon ausgegangen, dass der Begriff „Verwaltungsakt“ zunächst zwar ein materiellrechtlicher gewesen, später – zu Beginn durch die Vorschriften der Landesverwaltungsgerichtsgesetze und dann auch durch § 42 VwGO – aber zu einem prozessrechtlichen gemacht worden sei. Damit war nach Ansicht des BVerwG der Verwaltungsaktsbegriff als prozessrechtlicher Begriff durch das Revisionsgericht auch dann nachprüfbar, „wenn das anzuwendende materielle Recht Landesrecht ist.“¹³ So beurteilte sich nach Bundesrecht, „ob ein bestimmter Akt der Verwaltung in der Ausgestaltung, die ihm das materielle und das Verwaltungsverfahrensgesetz gibt, das darstellt, was nach den Vorstellungen der Verwaltungsgerichtsordnung den Gegenstand einer Anfechtungsklage bilden kann und bilden soll.“¹⁴

Daraus zieht *Müller-Franken* den Schluss, dass vor „Erlass der VwVfGe des Bundes und der Länder [...] es für Zwecke des bundesrechtlich geregelten Verwaltungsprozesses nicht darauf ankam, ob das Landesrecht eine Maßnahme als Verwaltungsakt qualifizierte, sondern allein darauf, ob die fragliche Maßnahme dem entsprach, was auf der Grundlage des prozess- und damit bundesrechtlichen Begriffs als Verwaltungsakt Gegenstand einer Anfechtungsklage sein sollte.“¹⁵

bb) Kritik

An dieser Darstellung ist zwar korrekt, dass das BVerwG den Begriff des Verwaltungsakts von Anfang an als der Revision zugänglich ansah. Dies geschah ursprünglich, d.h. noch in der auf das BVerwGG gestützten Rechtsprechung, allerdings nicht aus dem Grund, dass das BVerwG den Verwaltungsakt als einen bundesrechtlichen Begriff verstand.¹⁶ So machte das Gericht die Möglichkeit zur Revisionsentscheidung denn auch nicht an § 56 Abs. 1 S. 1 BVerwGG fest, der, gleich dem späteren § 137 Abs. 1 VwGO, die Revision lediglich wegen der Verletzung von Bundesrecht erlaubte. Vielmehr

begründete das BVerwG die Möglichkeit zur Revision mit §§ 54 Abs. 1, 56 Abs. 1 S. 2 BVerwGG, die eine gesonderte Möglichkeit zur Nachprüfbarkeit von Verfahrensmängeln vorsahen.¹⁷ Dies geschah freilich vor dem Hintergrund, dass die Länder zu diesem Zeitpunkt selbst noch über eigene Verwaltungsgerichtsordnungen verfügten,¹⁸ so dass über diesen Umweg ausnahmsweise auch Landesrecht zur Revision gelangen konnte. Bei genauerer Betrachtung ersetzte das BVerwG also nicht einen landesrechtlichen Verwaltungsaktsbegriff durch einen bundesrechtlichen, sondern stützte die Revision vielmehr auf die Frage der richtigen Anwendung von Landesrecht.¹⁹ Zur Bestimmung des korrekten Verwaltungsaktsbegriffs stellte das BVerwG dabei maßgeblich auf den in seiner Geltung auf die Länder der britischen Zone beschränkten § 25 MRVO 165 ab, der dem heutigen Verwaltungsaktsbegriff bereits weitgehend entsprach.²⁰

Auch nach dem Inkrafttreten der VwGO, in deren Entwurfsbegründung sich der Gesetzgeber über die Frage des maßgeblichen Verwaltungsaktsbegriffs vollständig ausschwig,²¹ orientierte sich das BVerwG zunächst noch an dieser Linie. Auch hier stellte das Gericht – unter ausdrücklichem Hinweis auf die Vorschriften des alten Hessischen Verwaltungsgerichtsgesetzes – noch auf die Wandlung eines ursprünglich materiellrechtlichen Begriffs zu einem prozessrechtlichen ab. Statt in den Verwaltungsgerichtsordnungen der Länder sah man diesen aber nun in der VwGO verankert.²² Mit dem Hinweis auf die bundesrechtliche VwGO ging es dem BVerwG dabei erkennbar darum, eine Nachprüfbarkeit des Verwaltungsaktsbegriffs zu ermöglichen, obwohl – was für das Gericht offenbar außer Zweifel stand – dieser sich inhaltlich nach Landesrecht zu richten hatte. Auch unter der Geltung der VwGO blieb also der Verwaltungsaktsbegriff zunächst an das jeweilige Landesrecht rückgebunden.

Erst Jahre später ging das BVerwG dann in der von *Müller-Franken* erwähnten Entscheidung dazu über, den Verwal-

¹⁷ BVerwGE 1, 263: „Die Revision ist gemäß § 54 Abs. 1 BVerwGG zulässig. Das Revisionsgericht ist nach dieser Vorschrift zur Nachprüfung der Anwendung des Verfahrensrechts berufen, insbesondere zur Nachprüfung der Frage der Zulässigkeit des Verwaltungsrechtswegs.“ Zu §§ 54 Abs. 1, 56 Abs. 1 S. 2 BVerwGG allgemein *Ule*, Gesetz über das Bundesverwaltungsgericht, 1952, S. 215, 220 ff.

¹⁸ Zur damaligen Rechtslage ausf. *Ule*, in: Erichsen/Hoppe/v. Mutius (Hrsg.), System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Festschrift für Christian-Friedrich Menger zum 70. Geburtstag, 1985, S. 81.

¹⁹ BVerwGE 2, 319 (321): „Indessen ergibt sich aus § 56 Abs. 1 S. 2 BVerwGE mindestens so viel, daß das Gesetz über das Bundesverwaltungsgericht die Überprüfbarkeit des Besatzungsrechts nicht grundsätzlich ausschließt, indem er Verwaltungsverfahren schlechthin ohne Rücksicht auf die Rechtsquelle, also auch das landes- und besatzungsrechtliche Verwaltungsverfahren für revisibel erklärt.“ (Hervorhebung des Verf.).

²⁰ BVerwGE 1, 263 (264).

²¹ BT-Drs. 1/4278; 2/462; 3/55; 3/1094.

²² BVerwGE 18, 154.

¹² *Müller-Franken*, VerwArch 90 (1999), 552.

¹³ BVerwGE 18, 154; vgl. BVerwGE 1, 263.

¹⁴ BVerwG DÖV 1973, 527.

¹⁵ *Müller-Franken*, VerwArch 90 (1999), 552 (556).

¹⁶ BVerwGE 1, 263; grds. BVerwGE 2, 319 (321).

tungsaktsbegriff konsequent als bundesrechtlichen Rechtsbegriff zu behandeln. Eine Begründung für diesen Umschwung lieferte das Gericht freilich nicht.²³ Allerdings musste eine Trennung des Verwaltungsaktsbegriffs in bundesrechtlichen Begriff einerseits und landesrechtlichen Begriff andererseits zu diesem Zeitpunkt auch widersinnig erscheinen. Denn nach dem Wegfall der Verwaltungsgerichtsordnungen der Länder und vor dem Inkrafttreten der Verwaltungsverfahrensgesetze existierten keine gültigen Legaldefinitionen des Verwaltungsaktsbegriffs. Für seine inhaltliche Bestimmung griff man deshalb allgemein auf die bisher geübte Praxis und die nicht mehr in Kraft befindliche Regelung des § 25 MRVO 165 zurück und zwar unabhängig davon, ob dies bei der Anwendung der VwGO oder im materiellrechtlichen Kontext geschah.²⁴ Bundes- wie Landesrecht bedienten sich zur Herleitung des Verwaltungsaktsbegriffs also letztlich der identischen allgemeinen Grundsätze.²⁵

Insgesamt ist damit bereits für diesen frühen Zeitpunkt festzustellen, dass die Rechtslage sich hinsichtlich eines Primats eines bundesrechtlichen Verwaltungsaktsbegriffs keineswegs als so eindeutig darstellte, wie sie von *Müller-Franken* beschrieben wird.

b) Lage nach Erlass der einheitlichen Verwaltungsverfahrensgesetze

Zuzustimmen ist *Müller-Franken* in seiner Darstellung der Absichten des Bundesgesetzgebers beim späteren Erlass des § 35 BVwVfG, soweit er ausführt, der Grund für die Kodifikation des Begriffs des Verwaltungsakts habe darin gelegen, dass ungeachtet der Tatsache, dass der Begriff des Verwaltungsakts von Rechtsprechung und Wissenschaft bislang im Wesentlichen übereinstimmend definiert worden sei, „sich unterschiedliche Auffassungen in Grenzfällen nicht vermeiden ließen“.²⁶ So war etwa bis zum Erlass des BVwVfG die Qualifikation von Akten, die die öffentlich-rechtliche Qualität einer Sache regeln, als Allgemeinverfügung umstritten gewesen. Entsprechend wurde auch ihre Aufnahme in § 35 S. 2 VwVfG während des Gesetzgebungsverfahrens kontrovers diskutiert.²⁷

Zumindest missverständlich erscheint hingegen *Müller-Frankens* Aussage, der Bundesgesetzgeber habe deshalb „mit einer ‚ein für allemal‘ bindenden Festlegung der weiteren

Entwicklung in Rechtsprechung und Lehre einen festen Rahmen vorgeben“ wollen.²⁸ Daraus zieht *Müller-Franken* im weiteren Verlauf seiner Argumentation nämlich den Schluss, wenn nach dem Willen des Bundesgesetzgebers der Begriff des Verwaltungsakts im bundesrechtlichen VwVfG der weiteren Entwicklung auch für die Auslegung der VwGO den Rahmen vorgeben sollte, es zur Wahrung dieser Übereinstimmung bei der Auslegung des § 42 VwGO seither notwendig sei, „stets das bundesrechtliche VwVfG als Maßstab der Auslegung heranzuziehen“.²⁹ Entsprechend sei der Satz, „der Begriff des Verwaltungsakts i.S.d. § 42 VwGO richte sich nach Landesrecht, weil die Behörde – verfahrensrechtlich – nach dem LVwVfG tätig geworden sei“, „nach Erlass des VwVfG des Bundes aus den genannten Gründen schlicht falsch“. Dem Landesrecht komme lediglich noch argumentative Bedeutung zu.³⁰

Diese Darstellung der Überlegungen des Bundesgesetzgebers zum Erlass eines Verwaltungsverfahrensgesetzes erscheint in ihrer einseitigen Betonung der Rolle des Bundesgesetzgebers und des BVwVfG aber mindestens problematisch.

Richtigerweise lässt sich das Vorhaben der Kodifizierung eines Verwaltungsverfahrensgesetzes nämlich nicht ohne und schon gar nicht als gegen das von Anfang an parallel laufende Vorhaben einer Kodifizierung der LVwVfGe gerichtet begreifen. Eine Vereinheitlichung des Verfahrensrechts sollte gerade nicht durch eine möglichst weitreichende Geltung des BVwVfG erreicht werden, sondern erst im Zusammenhang mit der möglichst zeitnah erfolgenden Kodifikation gleichlautender LVwVfGe.³¹ Nur vor diesem Hintergrund lässt sich auch die Kompromissregelung des § 1 Abs. 3 BVwVfG verstehen, die eine Öffnungsklausel einführt, nach der das BVwVfG für die Ausführung von Bundesrecht durch die Länder keine Anwendung findet, soweit die öffentlich-rechtliche Verwaltungstätigkeit der Behörden landesrechtlich durch ein Verwaltungsverfahrensgesetz geregelt ist.³²

So war denn auch – anders als dies *Müller-Frankens* Darstellung der Gesetzesbegründung zumindest nahelegt³³ – in der Begründung des Entwurfs eines Verwaltungsverfahrensgesetzes des Bundes keine Rede davon, dass nunmehr künftig das BVwVfG den Rahmen des Verwaltungsaktsbegriffs festlegen sollte. Vielmehr sollte nach der Begründung zu § 31

²³ BVerwG DÖV 1973, 527.

²⁴ Vgl. *Redeker/von Oertzen*, VwGO, 1960, § 42 Rn. 9.

²⁵ Übersicht dazu bei *Krause*, Rechtsformen des Verwaltungshandelns, 1974, S. 120 ff. Dieser Gesichtspunkt mag auch noch in BVerwG NJW 1978, 1820 eine Rolle gespielt haben. Zum Zeitpunkt der Entscheidung war das BayVwVfG gerade erst in Kraft getreten.

²⁶ *Müller-Franken*, VerwArch 90 (1999), 552 (557), unter Verweis auf EVwVerfG 1963, S. 135 f., und den Entwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes 1973, BT-Drs. 7/910, S. 56 f.

²⁷ Dazu ausf. *Laubinger*, in: *Arndt/Knemeyer/Kugelman/Meng/Schweitzer* (Hrsg.), *Völkerrecht und Deutsches Recht*, Festschrift für Walter Rudolf zum 70. Geburtstag, 2001, S. 305 (S. 319 ff.).

²⁸ *Müller-Franken*, VerwArch 90 (1999), 552 (557).

²⁹ *Müller-Franken*, VerwArch 90 (1999), 552 (557).

³⁰ *Müller-Franken*, VerwArch 90 (1999), 552 (558).

³¹ Vgl. die Begründung zum Entwurf eines VwVfG, BT-Drs. 7/910, S. 28 ff. Auch war bereits der Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes von Bund und Ländern gemeinsam erarbeitet worden, EVwVerfG 1963, S. 53 ff. Ausf. dazu *Sachs*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs* (Fn. 3), Einl. Rn. 14 ff., 60.

³² Dazu BT-Drs. 7/910, Rn. 32 f.; *Sachs*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs* (Fn. 3), Einleitung Rn. 36; *Bonk/Schmitz*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs* (Fn. 3), § 1 Rn. 75 ff.

³³ *Müller-Franken*, VerwArch 90 (1999), 552 (556 f.); vollständige Wiedergabe des Begründungswortlauts hingegen bei *Sodan* (Fn. 1), § 42 Rn. 99.

BVwVfG eine Festlegung des Begriffs „in den Verfahrensgesetzen des Bundes und der Länder“ stattfinden.³⁴

I.d.S. trifft dann auch zu, dass keine Zweifel daran bestehen, „dass der Begriff des Verwaltungsakts in § 42 Abs. 1 VwGO ebenso zu verstehen ist wie in § 35 VwVfG.“³⁵ Dies gilt aus der damaligen Sicht aber gerade gleichermaßen für das BVwVfG wie die LVwVfGe. Von einer beabsichtigten alleinigen Orientierung der VwGO am BVwVfG kann nach der Entwurfsbegründung hingegen keine Rede sein.³⁶

Im Ganzen ging es demnach auch bei dem Erlass des Verwaltungsverfahrensgesetzes weniger um die Festschreibung eines über die VwGO vermittelten Primats des bundesrechtlichen Verwaltungsaktsbegriffs, als vielmehr um eine Kodifizierung dessen, was zum damaligen Zeitpunkt auf allen Ebenen in wesentlicher Übereinstimmung als Verwaltungsakt angesehen wurde, ohne dass man der Fortentwicklung gleichzeitig zu enge Grenzen ziehen wollte.³⁷ Eine alleinige Maßgeblichkeit des Verwaltungsaktsbegriffs des BVwVfG lässt sich aus der Entstehungsgeschichte dieses Gesetzes demzufolge aber nicht begründen.

3. Teleologische Begründung

Führten methodische und historische Argumente bislang zu keinem eindeutigen Ergebnis, bleibt als Argument für eine ausschließliche Maßgeblichkeit des Verwaltungsaktsbegriffs des BVwVfG noch das auf den ersten Blick starke Argument der Gefahr einer Rechtszersplitterung. Im Folgenden wird allerdings zu zeigen sein, dass auf diesem Wege eine Rechtszersplitterung nicht sinnvoll bekämpft werden kann, da eine Kopplung des Verwaltungsaktsbegriffs der VwGO an die Definition des BVwVfG die Handlungsform Verwaltungsakt ihrer Koordinierungsfunktion beraubt und somit dazu führt, dass die materiellrechtliche Wirkung landesrechtlicher Maßnahmen prozessual nicht mehr adäquat erfasst werden kann.

a) Szenario: Eine Abwandlung des Endiviensalat-Falls

Geht man von einem an das BVwVfG gebundenen Verwaltungsaktsbegriff der VwGO aus, ist die naheliegende – wenn auch nur selten ausdrücklich ausgesprochene – Konsequenz,³⁸ dass der Verwaltungsaktsbegriff je nach Kontext, in dem er Verwendung findet, unterschiedlich zu definieren ist. Entsprechend wäre dann zu differenzieren, zwischen einem stets anhand der Definition des § 35 BVwVfG zu bestimmenden prozessualen oder prozessrechtlichen Verwaltungsaktsbegriff auf der einen und einem ggf. landesrechtlich determinierten materiellen Verwaltungsaktsbegriff, der die verfahrens- und

vollstreckungsrechtlichen Aspekte abdeckt, auf der anderen Seite.³⁹

Daraus ergäbe sich bei der Handhabung des konkreten Falles zunächst eine ganze Reihe von Folgeproblemen. Demonstrieren lässt sich dies anhand eines Szenarios, dass sich an dem seinerzeit viel diskutierten Endiviensalat-Fall⁴⁰ orientiert: Nachdem es in einigen baden-württembergischen Landkreisen zu Typhuserkrankungen gekommen war, für die der Verzehr von Endiviensalat verantwortlich gemacht wurde, verbot das Innenministerium bis auf Weiteres den Verkauf von Endiviensalat in den entsprechenden Landkreisen.

Derartige Konstellationen, in denen eine Regelung einen bestimmten Sachverhalt betrifft, sich aber an eine unbestimmte Zahl von Personen richtet, also sog. konkret-generellen Charakter besitzt, sind in ihrer Qualifikation als Verwaltungsakt bis heute umstritten. Das BVerwG nahm in der zitierten Entscheidung eine Allgemeinverfügung an, in der Literatur sind die Auffassungen hingegen geteilt.⁴¹

Vorstellbar wäre nun etwa, dass das BVerwG seine im Endiviensalat-Fall vertretene Auffassung aufgibt,⁴² und derartige konkret-generelle Regelungen nicht länger als Verwaltungsakt qualifiziert, woraufhin der jeweilige Landesgesetzgeber sich dazu entschließt, § 35 S. 2 LVwVfG so zu ändern, dass derartige konkret-generelle Regelungen nunmehr ausdrücklich vom Begriff des Verwaltungsakts umfasst werden. Nimmt man dabei die vollstreckungsrechtliche Funktion des Verwaltungsakts mit in den Blick, tritt in dem beschriebenen Szenario die Problematik einer fehlenden Koordination zwischen prozessualen und materiellem Verwaltungsaktsbegriffs vollends zu Tage:

Im Verwaltungsrecht ist, anders als im Zivilprozess, die Vollstreckung gerade kein Teil des gerichtlichen Verfahrens, sondern eben *Verwaltungsvollstreckung*.⁴³ Entsprechend richtet sich die Vollstreckbarkeit eines Verwaltungsakts in erster Linie nach dem jeweiligen Verwaltungsvollstreckungsgesetz. Aus der Sicht des jeweiligen Landesrechts ist mit der Qualifikation einer behördlichen Maßnahme als Verwaltungsakt, der auf die Vornahme einer Handlung oder auf Duldung oder Unterlassen gerichtet ist, jedoch zugleich ein Vollstreckungstitel gegeben, dessen Vollstreckbarkeit zumindest im Raum steht.⁴⁴ Gerade an dieser Stelle lassen sich unter Zugrunde-

³⁴ BT-Drs. 7/910, S. 56 f. (*Hervorhebung des Verf.*); wortgleich bereits EVwVerfG 1963, S. 135 f.

³⁵ Sodan (Fn. 1), § 42 Rn. 99.

³⁶ So aber Müller-Franken, VerwArch 90 (1999), 552 (557).

³⁷ BT-Drs. 7/910, S. 567; EVwVerfG 1963, S. 136.

³⁸ Ausdrücklich W.-R. Schenke (Fn. 1), Rn. 185.

³⁹ Zu den verschiedenen Dimensionen des Verwaltungsaktsbegriffs Kahl, Jura 2001, 506 (507); Maurer, AllVerwR, 18. Aufl. 2011, § 9 Rn. 37 f.; Ph. Reimer, Zur Theorie der Handlungsformen des Staates, 2008, S. 67 ff.

⁴⁰ BVerwGE 12, 87.

⁴¹ BVerwGE 12, 87; dazu Maurer (Fn. 39), § 9 Rn. 17. Ausf. Nachw. bei Laubinger (Fn. 27), S. 309 ff.

⁴² Sehr beachtliche Gegenargumente bei Laubinger (Fn. 27), S. 305 ff.

⁴³ Lemke, Verwaltungsvollstreckungsrecht des Bundes und der Länder, 1997, S. 43 ff.

⁴⁴ Vgl. § 6 Abs. 1 BVwVG; Art. 19 Abs. 1 BayVwZVG; § 2 BWLVwVG; § 5a S. 1 BlnVwVfG i.V.m. § 6 Abs. 1 BVwVG; § 15 Abs. 1 BbgVwVG; § 11 Abs. 1 S. 2 BremVwVG; § 18 Abs. 1 HmbVwVG; § 2 HessVwVG; § 79 i.V.m. § 80 Abs. 1 SOG MV; § 70 Abs. 1 NdsVwVG i.V.m. § 64 Abs. 1

gung eines eigenständigen prozessualen Verwaltungsaktsbegriffs die verschiedenen Teilrechtsordnungen aber kaum noch in einen sinnvollen Zusammenhang bringen:

Nach den jeweiligen Verwaltungsvollstreckungsgesetzen ist die Vollstreckung eines Verwaltungsakts regelmäßig dann zulässig, wenn dieser entweder bestandskräftig geworden ist oder die gegen ihn gerichteten förmlichen Rechtsmittel keine aufschiebende Wirkung haben. Die Vollstreckbarkeit des Verwaltungsakts richtet sich damit implizit nach dem gegen ihn zur Verfügung stehenden Rechtsschutz. Damit verweisen die Verwaltungsvollstreckungsgesetze zwar ihrerseits letztlich wieder auf die VwGO, dies trägt aber weniger zur Lösung des Problems bei, als dass es dieses noch verschärft:

So richtet sich die insoweit maßgebliche *formelle Bestandskraft* des Verwaltungsakts danach, dass der Verwaltungsakt nicht oder nicht mehr mit den ordentlichen Rechtsmitteln des Widerspruchs oder der Anfechtungsklage beseitigt werden kann.⁴⁵ Beide wären in dem zu Grunde gelegten Szenario aber, obgleich vollstreckungsrechtlich ein Verwaltungsakt vorläge, gerade nicht statthaft, da nach der bundesrechtlichen Rechtslage konkret-generelle Regelungen keine Verwaltungsakte mehr darstellten. So könnte der als Vollstreckungstitel dienende Verwaltungsakt unmittelbar durch das Gericht nicht mehr aufgehoben werden, da nur die Anfechtungsklage gem. § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO das Gericht zum Erlass eines Gestaltungsurteils berechtigt. Da eine Beseitigung des Verwaltungsakts also nur noch durch ein Handeln der Verwaltung in Betracht käme, wäre die statthafte Klageart nunmehr die Verpflichtungsklage. Das insoweit maßgebliche Begehren des Klägers wäre nämlich darauf zu richten, dass die Verwaltung den Verwaltungsakt über § 48 LVwVfG beseitigt. Dabei wäre hinsichtlich der Anwendbarkeit des § 48 LVwVfG der landesrechtliche Verwaltungsaktsbegriff zu Grunde zu legen, der konkret-generelle Regelungen weiterhin als Verwaltungsakte ansieht; zudem wäre die Entscheidung der Verwaltung nach § 48 LVwVfG als konkret-individuelle Regelung auch in prozessrechtlicher Hinsicht als Verwaltungsakt zu werten.⁴⁶

Soweit die Vollstreckungsgesetze eine Vollstreckung zulassen, wenn die gegen ihn gerichteten förmlichen Rechtsmittel keine *aufschiebende Wirkung* haben, beziehen sie sich damit zwar eigentlich auf die Voraussetzungen des § 80 Abs. 2 VwGO. Dem Wortlaut nach lägen diese Voraussetzungen allerdings auch in dem beschriebenen Szenario vor, da die allein statthafte Klage auf Rücknahme des Verwaltungsakts nicht in der Lage wäre, eine aufschiebende Wirkung gem. § 80 Abs. 1 VwGO herbeizuführen. Diejenigen Rechtsbehelfe, die dazu gem. § 80 Abs. 1 VwGO grundsätzlich in der Lage wären, Widerspruch und Anfechtungsklage, wären mangels Vorliegens eines Verwaltungsakts i.S.d. VwGO bzw. des BVwVfG hingegen offensichtlich unstatt-

haft, was eine aufschiebende Wirkung in jedem Fall ausschliesse.⁴⁷

In dem beschriebenen Szenario wäre eine entsprechende konkret-generelle Verfügung damit nach den einschlägigen Verwaltungsvollstreckungsgesetzen wohl nicht nur als sofort vollstreckbar anzusehen,⁴⁸ sondern möglicherweise sogar unmittelbar nach ihrem Erlass bestandskräftig. Die Abspaltung eines prozessualen Verwaltungsaktsbegriffs wäre demnach mit erheblichen Rechtsschutzlücken verbunden, die sich allenfalls unter erheblichem dogmatischen Aufwand adäquat füllen ließen.

b) Koordinierungsfunktion des Verwaltungsakts

Eine Trennung zwischen prozessualen und sonstigem Verwaltungsaktsbegriff lässt sich demnach keineswegs so leicht vornehmen, wie dies auf den ersten Blick möglicherweise den Anschein hat. Der Begriff des Verwaltungsakts verwebt materiellrechtliche, prozessuale, Verfahrens- und Vollstreckungsdimension so eng miteinander, dass eine ohne Bezug zu den anderen Dimensionen auskommende Definition des prozessualen Verwaltungsaktsbegriffs kaum sinnvoll gelingen kann. Denn ein wesentlicher Verdienst des dogmatischen Bausteins „Verwaltungsakt“ ist gerade darin zu erblicken, dass er in der Lage ist, die prozessualen sowie verfahrens- und vollstreckungsrechtlichen Aspekte einer Verwaltungshandlung so zu koordinieren, dass sie einer aufeinander abgestimmten rechtlichen Behandlung unterliegen. Die Einführung eines ohne Bezug auf die materielle Rechtslage auskommenden prozessualen Verwaltungsaktsbegriffs und die dadurch bedingte potentielle Doppelnatur eines jeden Verwaltungsakts würde die Klarheit der Rechtsfolgen, die mit der Handlungsformenzuordnung gerade bewirkt werden soll, hingegen zwangsläufig verringern und der Entlastungsfunktion der Handlungsform zuwiderlaufen.⁴⁹

Anhand des dargestellten Szenarios wird deutlich, dass der angestrebte Zweck, durch einen prozessualen Verwaltungsaktsbegriff, der sich ausschließlich am BVwVfG orientiert, nicht sinnvoll erreicht werden kann. Denn eine derartige Vereinheitlichung kann nur solange als sinnvoll angesehen werden, wie sie in der Lage ist, die Koordinierungsfunktion der Handlungsform Verwaltungsakt sicherzustellen.

Um eine derartige Koordination zu erreichen, ist es allerdings grundsätzlich unerheblich, ob das materielle Recht die prozessuale Definition oder das Prozessrecht die jeweils geltende materielle Definition übernimmt. Entscheidend ist in-

NdsSOG; § 55 Abs. 1 NWVwVG; § 2 RPLVwVG; § 18 Abs. 1 SaarlVwVG; § 2 SächsVwVG; § 71 Abs. 1 VwVG LSA i.V.m. § 53 Abs. 1 SOG LSA; § 229 Abs. 1 LVwG SH; § 19 ThürVwZVG.

⁴⁵ Maurer (Fn. 39), § 11 Rn. 4.

⁴⁶ Vgl. Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Fn. 3), § 48 Rn. 242.

⁴⁷ Zu den Zulässigkeitsmängeln, die eine aufschiebende Wirkung bereits von vorneherein ausschließen, Puttler, in: SoDan/Ziekow (Fn. 1), § 80 Rn. 32.

⁴⁸ Anders möglicherweise in Baden-Württemberg: § 2 BW-LVwVG verlangt nicht das Nichtbestehen, sondern das Entfallen einer aufschiebenden Wirkung.

⁴⁹ Vgl. Krause (Fn. 25), S. 133 f. sowie W.-R. Schenke, VerwArch 72 (1981), 185 (197 f.), der zwar ebenfalls vor dieser Gefahr warnt, sie aber abweichend durch die Übernahme des Verwaltungsaktsbegriffs des BVwVfG nicht gegeben sieht. Vgl. allgemein Ph. Reimer (Fn. 39), S. 85 ff.; Voßkuhle, SächsVBl. 1995, 54 (55).

sofern allein, dass die prozessrechtliche Einordnung einer Maßnahme mit den Folgen übereinstimmt, die das materielle Recht an die Qualifikation einer Maßnahme als Verwaltungsakt knüpft: Hieraus folgt deren fehlerunabhängige Wirksamkeit, ihre materielle Bestandskraft und ggf. ihre Funktion als Vollstreckungstitel.⁵⁰ Genau dort, wo diese Faktoren nach materieller Rechtslage gegeben sind, bedarf es aber des besonderen, durch Widerspruch und Anfechtungsklage vermittelten Rechtsschutzes, dessen konstituierende Elemente – Gestaltungswirkung und aufschiebende Wirkung – ihrerseits auf die besondere materiellrechtliche Situation zugeschnitten sind.⁵¹

III. Funktionelle Vereinheitlichung über das Prozessrecht oder das materielle Recht?

Notwendig erscheint eine Wahrung der Einheitlichkeit des Verwaltungsaktsbegriffs also weniger in kompetenzieller Hinsicht, d.h. in Bezug auf die Kongruenz von Bundes- und Landesrecht, als vielmehr in funktioneller Hinsicht. Dies ließe sich jedoch grundsätzlich auf zwei Wegen erreichen: Die Koordinationswirkung des Verwaltungsakts würde sowohl gewahrt, indem die VwGO auf die jeweils bestehende materielle Rechtslage Bezug nimmt, als auch dadurch, dass der Verwaltungsaktsbegriff auch in materieller Hinsicht durch die VwGO überformt wird. Während erstere Variante die Kompetenz zur materiellrechtlichen Regelung dem jeweils zur Regelung des Verfahrensrechts zuständigen Gesetzgeber überantwortet, würde letztere Variante eine ausschließliche Kompetenz des Bundesgesetzgebers nach sich ziehen. Damit stellt sich allerdings zunächst einmal die Frage der Gesetzgebungskompetenzen.

1. Gesetzgebungskompetenzen

Unbestritten ist dabei zunächst, dass die Länder innerhalb bestimmter Grenzen das Recht haben, das Verwaltungsverfahren selbstständig zu regeln. Dies betrifft zum einen den Komplex der Ausführung von Landesgesetzen. Hier ist es dem Bundesgesetzgeber aus Kompetenzgründen verwehrt, in irgendeiner Form Regelungen zu treffen.

Im Falle der Bundesauftragsverwaltung nach Art. 85 GG kann der Bund nach h.M. Regelungen bezüglich des Verwaltungsverfahrens treffen, ohne dass es dazu einer Zustimmung des Bundesrates bedarf.⁵² Dies entspricht dem Anwendungsbereich des BVwVfG nach § 1 Abs. 1 Nr. 2 BVwVfG.

Im Bereich der Ausführung der Bundesgesetze durch die Länder als eigene Angelegenheit ist die Lage komplizierter. Gem. Art. 84 Abs. 1 GG regeln die Länder die Einrichtung der Behörden und das Verwaltungsverfahren grundsätzlich

selbst. Allerdings kann der Bund als Annexkompetenz zur sachlichen Regelungskompetenz der Art. 70 ff. GG Regelungen vornehmen, die von diesem Grundsatz abweichen. Auf diesen Umstand stützt sich auch § 1 Abs. 2 S. 1 BVwVfG, der auf der Überlegung beruht, wenn und soweit dem Bund die materiellrechtliche Gesetzgebungskompetenz zusteht, er diese auch in der Weise ausüben kann, dass er die verwaltungsverfahrenrechtlichen Regelungen bezüglich der von ihm auf Grund seiner Sachkompetenz erlassenen Gesetze zum Zwecke der Vereinheitlichung „vor die Klammer zieht“ und in einem eigenständigen Gesetz zusammenfasst.⁵³ Allerdings war von Anfang an zwischen Bund und Ländern umstritten, inwieweit der Bund dies auch allgemein für die Zukunft tun kann. Als Ergebnis dieses Streits über die Reichweite der Anwendbarkeit des BVwVfG einigte man sich auf die Kompromissregelung des § 1 Abs. 2 S. 2, Abs. 3 BVwVfG, die eine Anwendbarkeit zum einen von einer ausdrücklichen Anwendbarkeitserklärung, die der Zustimmung des Bundesrats bedarf, abhängig macht und zum anderen eine Öffnungsklausel einführt, nach der das BVwVfG für die Ausführung von Bundesrecht durch die Länder keine Anwendung findet, soweit die öffentlich-rechtliche Verwaltungstätigkeit der Behörden landesrechtlich durch ein Verwaltungsverfahrensgesetz geregelt ist.⁵⁴

Seit der Föderalismusreform 2006 hat die Rechtslage sich noch zusätzlich dahingehend verkompliziert, dass die Länder gem. Art. 84 Abs. 1 S. 2 GG von verwaltungsverfahrenrechtlichen Regelungen des Bundes ihrerseits wiederum abweichende Regelungen treffen können, soweit nicht der Bund wegen eines besonderen Bedürfnisses nach bundeseinheitlicher Regelung das Verwaltungsverfahren ohne Abweichungsmöglichkeit für die Länder geregelt hat. Für diese Gesetze bedarf der Bundesgesetzgeber wiederum der Zustimmung des Bundesrates.⁵⁵ Diese Neuregelung hat zur Folge, dass die Länder, trotz Existenz des BVwVfG, im Bereich der Ausführung von Bundesgesetzen durch die Länder das Verwaltungsverfahren grundsätzlich auch ohne Rückgriff auf die Klausel des § 1 Abs. 3 BVwVfG selbst regeln können. Ferner dürfen die Länder nunmehr auch, soweit der Bund in anderen Gesetzen abseits des BVwVfG verfahrensrechtliche Regelungen i.S.d. Art. 84 Abs. 1 S. 2 GG trifft, diese durch eigene Regelungen ersetzen.⁵⁶

Die Klausel des § 1 Abs. 3 BVwVfG behält ihre Bedeutung allerdings dadurch, dass die Länder durch sie auch zur Regelung solcher Fragen in einem eigenständigen Verwaltungsverfahrensgesetz ermächtigt werden, die zwar ebenfalls

⁵⁰ Zur fehlerunabhängigen Wirksamkeit des Verwaltungsakts *Maurer* (Fn. 39), § 9 Rn. 39; zur materiellen Bestandskraft a.a.O., § 11 Rn. 5 ff.; zur Titelfunktion des Verwaltungsakts ausf. *Poscher*, *VerwArch* 89 (1998), 111. Allgemein *Krause* (Fn. 25), S. 137 ff.

⁵¹ *Happ* (Fn. 2), § 42 Fn. 4; *Krause* (Fn. 25), S. 133 f.; *W.-R. Schenke*, *VerwArch* 72 (1981), 185 (197 f.).

⁵² *Dittmann*, in: *Sachs*, GG, 5. Aufl. 2009, Art. 85 Rn. 10.

⁵³ *Bonk/Schmitz*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs* (Fn. 3), § 1 Rn. 32.

⁵⁴ Dazu *BT-Drs.* 7/910 Rn. 32 f.; *Sachs*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs* (Fn. 3), Einl. Rn. 36; *Bonk/Schmitz*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs* (Fn. 3), § 1 Rn. 75 ff.

⁵⁵ Seit dem 1.1.2009 gilt dies uneingeschränkt auch für bereits vor der Verfassungsänderung bestehende Regelungen des Verwaltungsverfahrens, vgl. Art. 125b Abs. 2 GG.

⁵⁶ Nicht eingegangen werden muss an dieser Stelle auf die Frage, ob es dazu einer Neuregelung bedürfte oder ob auch eine bereits vor der Föderalismusreform bestehende Gesetzeslage als Abweichungsgesetzgebung wirksam bleiben kann.

innerhalb des BVwVfG geregelt werden, inhaltlich aber nicht dem Verfahrensrecht, sondern dem materiellen Verwaltungsrecht zugehörig sind. Allerdings gilt dies wiederum nur, soweit nicht außerhalb des VwVfG bestehende spezialgesetzliche Regelungen des Bundes vorgehen.⁵⁷

2. Mögliche bundesrechtliche Überformung des Verwaltungsaktsbegriffs

In den meisten Fällen ließen sich die Bestimmungen der VwGO damit theoretisch als gegenüber dem BVwVfG speziellere Regelungen begreifen, die den Anwendungsbereich des BVwVfG gem. § 1 Abs. 1 BVwVfG begrenzen. Damit wäre aber auch die Subsidiaritätsklausel gem. § 1 Abs. 3 BVwVfG hinsichtlich der Bestimmung des Begriffs des Verwaltungsakts insoweit nicht länger relevant, als diese die Länder nicht länger ermächtigt, den Verwaltungsaktsbegriff in einer eigenen Kodifikation selbstständig zu bestimmen.

Dies hätte wiederum zur Folge, dass eine Geltung des landesrechtlichen Verwaltungsaktsbegriffs nur noch über den Umweg des Art. 84 Abs. 1 S. 2 GG hergestellt werden könnte. Hier kommt aber zum Tragen, dass der Verwaltungsaktsbegriff gerade nicht in Gänze als Bestandteil des Verfahrensrechts anzusehen ist. Vielmehr sah bereits der Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes in der Regelung des Verwaltungsaktsbegriffs eine lediglich annexe Materie des allgemeinen Verwaltungsrechts, d.h. eine Regelung bzgl. solcher Gebiete, „die so eng mit verfahrensrechtlichen Fragen zusammenhängen, dass eine sinnvolle Regelung des Verfahrensstoffes ihre gleichzeitige Behandlung mit dem Verfahrensgesetz erfordert oder zumindest rechtfertigt.“⁵⁸ Schließt man sich hier der Meinung an, dass derartige „doppelgesichtige“ Normen nur in den Anwendungsbereich des Art. 84 Abs. 1 S. 2 GG fallen, wenn die materiell-rechtliche Regelung ihrerseits einer abweichenden Regelung gem. Art. 72 Abs. 3 GG zugänglich ist,⁵⁹ wären die Länder also grundsätzlich nicht länger befugt, den bundesrechtlichen Verwaltungsaktsbegriff durch einen landesrechtlichen zu ersetzen.

Gänzlich unüberwindliche Hürden für eine bundesrechtliche Determination des Verwaltungsaktsbegriffs würden demnach lediglich bezüglich der Ausführung von Landesrecht bestehen, und dort auch nur soweit dies die Funktion des Verwaltungsakts als Anknüpfungspunkt für die Gestaltung des eigentlichen Verwaltungsverfahrens betrifft, da nur für diesen Bereich dem Bund keinerlei Regelungskompetenz zukommt.

Folgte man dieser Auslegung, ließe sich demnach der Verwaltungsaktsbegriff konsequent – von der angesprochenen Ausnahme abgesehen – anhand des Verwaltungsaktsbegriffs der VwGO bestimmen, welcher wiederum inhaltlich auf den des BVwVfG verweisen würde.

⁵⁷ *Bonk/Schmitz*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs* (Fn. 3), § 1 Rn. 77.

⁵⁸ *EVwVerfG* 1963, S. 71; dazu *Sachs*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs* (Fn. 3), Einl. Rn. 23; vgl. *BVerfGE* 116, 24 (51 f.).

⁵⁹ *Dittmann* (Fn. 52), Art. 84 Rn. 15 m.w.N.; a.A. *Hermes*, in: *Dreier* (Hrsg.), *GG*, 2. Aufl. 2008, Art. 84 Rn. 53, der eine Vermutung zugunsten der Abweichungsbefugnis der Länder annehmen will.

3. Methodischer Kopfstand

Wäre eine solche ausschließlich bundesrechtliche Bestimmung des Verwaltungsaktsbegriffs verfassungsrechtlich zwar denkbar und würde jedenfalls auch zur gewünschten funktionalen Einheit des Verwaltungsaktsbegriffs führen, ist gleichwohl die Frage zu stellen, ob eine derartige Auslegung auch sinnvoll erscheint. In der Folge würde sich nämlich die materielle Rechtslage nach dem Prozessrecht richten. Damit stünde diese Auslegung des Verwaltungsaktsbegriffs aber auf wackeligen Füßen, wenn nicht gar auf dem sprichwörtlichen Kopf:

Man würde sein Heil in einem ausschließlich prozessrechtlich geregelten Verwaltungsaktsbegriff suchen, denn eben nur dieser – und nicht die Regelung des § 35 BVwVfG als solche – ist kompetenziell in der Lage, die Regelungen der Landesverwaltungsverfahrensgesetze in dem gewünschten Maße zu verdrängen. Es erscheint aber sowohl historisch als auch systematisch nur schwer vertretbar und jedenfalls begründungsbedürftig, warum der stets als in erster Linie materiellrechtliches Institut verstandene Verwaltungsakt⁶⁰ nun doch, zumindest für das Landesrecht, alleine durch die Regelungswirkung der VwGO determiniert werden sollte.

Überdies bliebe auch der geäußerte Einwand bestehen, dass der Begriff des Verwaltungsakts nach den Vorstellungen der am Gesetzgebungsverfahren zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen Beteiligten zwar ein einheitlich zu bestimmender, aber gerade nicht ausschließlich bundesrechtlich determinierter Begriff sein sollte: Denn als Mittel der Vereinheitlichung sah der Gesetzgeber gerade den Erlass der Verwaltungsverfahrensgesetze insgesamt und die Einführung des § 137 Abs. 1 Nr. 2 VwGO an. Gerade die Kompromisslösung des § 1 Abs. 2 S. 2, Abs. 3 BVwVfG zeigt dabei, dass es auch dem Bundesgesetzgeber nicht darum ging, eine möglichst weitgehende bundesgesetzliche Regelung durchzusetzen, sondern zusammen mit den Ländern einen Kompromiss herbeizuführen.⁶¹ Dieser Kompromiss würde freilich nachträglich seiner Bedeutung beraubt, würde man nun versuchen, ihn über den Umweg der VwGO zu umgehen. Von einer gemeinsamen Lösung kann keine Rede mehr sein, wenn für den Fall, dass tatsächlich einer der Beteiligten aus dem Verbund ausschert, der ihm zugestandene Gestaltungsspielraum für obsolet erklärt wird.

Insgesamt erscheint damit eine Lösung, in der der verwaltungsgerichtliche Verwaltungsaktsbegriff akzessorisch zu dem jeweils anwendbaren Verfahrensrecht bestimmt wird, sowohl in Hinblick auf den Willen des historischen Gesetzgebers als auch in systematischer Hinsicht vorzuzugswürdig. Danach beschränkt sich die VwGO nach dieser Auslegung darauf, das zu regeln, was sie ihrem Namen nach zu regeln bestimmt ist – den Rechtsschutz gegen das materielle Recht. Die Kompetenz zur materiellen Regelung würde hingegen so weit wie

⁶⁰ Vgl. *BT-Drs.* 7/910, S. 56, wonach die VwGO im Wesentlichen deshalb auf eine allgemeine Definition des Verwaltungsakts verzichtete, weil der Begriff des Verwaltungsaktes kein prozessrechtlicher, sondern ein verwaltungsverfahrens- und materiellrechtlicher sei.

⁶¹ S.o. II. 2. b).

möglich dort belassen, wo sie durch Grundgesetz und einfaches Recht auch sonst zugewiesen wird.

IV. Der funktional-akzessorische Verwaltungsaktsbegriff der VwGO

Im Ergebnis zeigt sich damit ein differenziertes Bild: Der VwGO liegt ein funktionaler Verwaltungsaktsbegriff zu Grunde, der an die jeweils bestehende materielle Rechtslage anknüpft. Deren Regelung unterliegt dem nach den dargestellten Grundsätzen jeweils zuständigen (Landes-)Gesetzgeber.

Wenn es demnach einer prozessrechtlichen Begrenzung der Kompetenzen des materiellrechtlich zuständigen Gesetzgebers zur Ausgestaltung des Verwaltungsaktsbegriffs bedarf, so betrifft dies nicht die Verwaltungsaktsdefinition als solche, d.h. eine Definition der materiellen Anforderungen, die diejenigen Maßnahmen zu erfüllen haben, die der Landesgesetzgeber selbst als Verwaltungsakt behandeln will. Unter den angesprochenen Gesichtspunkten spricht nichts gegen eine Kompetenz des Landesgesetzgebers, Maßnahmen als Verwaltungsakt zu qualifizieren, die nicht der Legaldefinition des § 35 BVwVfG entsprechen, oder etwa auch ein Unterlassen der Behörde als Verwaltungsakt zu fingieren.⁶²

Grundsätzlich hat der prozessrechtliche Verwaltungsaktsbegriff sich also an der Verwaltungsaktsdefinition des jeweiligen LVwVfG zu orientieren. Entscheidend für die Einschlägigkeit des prozessualen Verwaltungsaktsbegriffs ist aber nicht die jeweilige materiellrechtliche Definition als solche, sondern vielmehr der Umstand, dass das materielle Recht Maßnahmen, die dieser Verwaltungsaktsdefinition unterfallen, mit denjenigen Rechtswirkungen versieht, an die gegen Verwaltungsakte gerichtete verwaltungsgerichtliche Rechtsschutz anknüpft – eben die fehlerunabhängige Wirksamkeit einer Maßnahme, ihre materielle Bestandskraft sowie ggf. ihre Funktion als Vollstreckungstitel.⁶³

Bzgl. der eingangs aufgeworfenen Frage der richtigen Zitiertweise wäre im Falle einer Anfechtungsklage gegen eine

Maßnahme, die nach Landesrecht materiell als Verwaltungsakt zu qualifizieren ist, demnach nicht zu formulieren, dass es sich „um einen Verwaltungsakt gem. § 35 LVwVfG handelt“, sondern dass auch prozessual ein Verwaltungsakt gegeben ist, „weil gem. § 35 LVwVfG eine Maßnahme vorliegt, die der Landesgesetzgeber mit dem Wirkungen eines Verwaltungsakts versieht“.

Ein Abweichen von der Verwaltungsaktsdefinition des jeweiligen (L)VwVfG wäre demnach allerdings insoweit geboten, als der jeweilige Gesetzgeber es de lege ferenda unternehmen würde, die der Handlungsform des Verwaltungsakts traditionellerweise zukommende Funktionsmerkmale materiell-rechtlich zu modifizieren:

Positiv wäre der prozessuale Verwaltungsaktsbegriff gegenüber der materiellrechtlichen Definition für den Fall zu erweitern, dass der jeweilige (Landes-)Gesetzgeber bestimmten Maßnahmen, denen alle Funktionsmerkmale des klassischen Verwaltungsakts zukommen – fehlerunabhängige Wirksamkeit, materielle Bestandskraft, Funktion als Vollstreckungstitel –, die Qualifikation als Verwaltungsakt absprechen und damit eine Art Formenmissbrauch begehen würde. Insoweit bestünde die Gefahr, dass ansonsten mit dem Wegfall der über den Verwaltungsaktsbegriff vermittelten Koordinationswirkung, auch die Gewähr eines adäquaten Rechtsschutzes für Handlungsformen mit den für Verwaltungsakten typischen Rechtswirkungen vereitelt würde. Nicht zuletzt Art. 19 Abs. 4 GG fordert hier aber die Gewährleistung eines für den Betroffenen effektiven Rechtsschutzes.⁶⁴

Negativ wäre der prozessuale Verwaltungsaktsbegriff hingegen für den Fall zu verkürzen, dass der (Landes-)Gesetzgeber Maßnahmen als Verwaltungsakt bezeichnet, ohne ihnen zugleich die für einen Verwaltungsakt typischen Rechtswirkungen zuzusprechen, so dass es des besonderen auf Verwaltungsakte zugeschnittenen prozessualen Schutzes der aufschiebende Wirkung und des Gestaltungsurteils nicht mehr bedarf.

⁶² *Stelkens* (Fn. 3), § 35 Rn. 15. Zu den Problemen die sich aus einer Verwaltungsaktsfiktion ergeben können *Cancik*, DÖV 2011, 1.

⁶³ Ähnlich bereits *Krause* (Fn. 25), S. 133 ff: „Nur von der Funktion des Verwaltungsaktes im Verwaltungsverfahrens- und Verwaltungsrechts her lassen sich die Besonderheiten des Rechtsschutzes erklären und rechtfertigen. Die Rechtsfolge im Verwaltungsrecht und im Verwaltungsverfahrensrecht entscheidet auch über die Qualifikation von Verwaltungshandlungen, weil sie das Rechtsschutzbedürfnis bestimmt.“ Vgl. *Happ* (Fn. 2), § 42 Fn. 4, *W.-R. Schenke*, *VerwArch* 72 (1981), 185 (197 f.); *M. Schröder*, *JA* 2009, 175 (178), die die Notwendigkeit einer Verknüpfung zwischen den Rechtswirkungen des Verwaltungsakts und dem gewährten Rechtsschutz zwar ebenfalls sehen, daraus aber nicht die Konsequenz eines funktional-akzessorischen Verwaltungsaktsbegriffs der VwGO ziehen, sondern ohne weitergehende Argumentation an starren Verweisungen auf das jeweils anwendbare Verfahrensrecht (*Happ*), bzw. auf das BVwVfG (*W.-R. Schenke*, *M. Schröder*) festhalten.

⁶⁴ Auf die Bedeutung des Art. 19 Abs. 4 GG weist auch *M. Schröder*, *JA* 2009, 175 (178) hin.