

I. Verwaltungsakt

Der Verwaltungsakt (VA) ist die wichtigste Handlungsform der Verwaltung.³¹ Mit ihm steht der Verwaltung ein Instrument zur Verfügung, welches es dieser ermöglicht, einseitig verbindliche Regelungen gegenüber dem Bürger zu treffen, um hierdurch schnell und wirksam (effizient) handeln zu können. Mit der im Verwaltungsakt ausgesprochenen Regelung konkretisiert die Verwaltung die abstrakt-generellen gesetzlichen Vorgaben für den Einzelfall (z.B. des Art. 9 Abs. 2 GG³²) und bestimmt damit für den Bürger in verbindlicher Weise die Rechtslage („was rechtens ist“; **Konkretisierungsfunktion des Verwaltungsakts**). Diese Verbindlichkeit ist weitgehend unabhängig von der etwaigen Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts, der das nach der materiellen Rechtslage bestehende Rechtsverhältnis zwischen Staat und Bürger überlagert und eine eigene, juristisch selbstständige Rechte-und-Pflichten-Beziehung zwischen (dem Rechtsträger) der Behörde und dem Einzelnen schafft (siehe das *Beispiel* in Rn. 251). Erfüllt dieser seine ihm im Verwaltungsakt durch die Behörde einseitig auferlegte Verpflichtung nicht, so bietet der von der Behörde erlassene Verwaltungsakt dieser zugleich die rechtliche Grundlage für die zwangsweise Durchsetzung des in ihm enthaltenen Ge-/Verbots, ohne dass es insoweit erst noch der Inanspruchnahme der Gerichte bedürfte, sog. (Vollstreckungs-) **Titelfunktion des Verwaltungsakts** (Rn. 335 ff.).³³

Hinweis

„Der **Begriff des VA** nach § 35 VwVfG gehört gleichzeitig zum Einmaleins und zur Hohen Schule der Jurisprudenz.“³⁴

1. Begriffsmerkmale des Verwaltungsakts

Die Merkmale des Verwaltungsaktbegriffs sind in Anlehnung an *Otto Mayer*³⁵ in **§ 35 S. 1 VwVfG** legaldefiniert (siehe ferner § 118 AO, § 31 SGB X). Danach ist ein Verwaltungsakt „jede Verfügung, Entscheidung oder andere hoheitliche Maßnahme, die eine Behörde zur Regelung eines Einzelfalls auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist“, wobei bzgl. des Merkmals „Einzelfall“ noch § 35 S. 2 VwVfG zu beachten ist. Ob diese Merkmale im konkreten Fall erfüllt sind, beurteilt sich danach, wie der Empfänger die betreffende behördliche Maßnahme „unter Berücksichtigung der ihm erkennbaren Umstände verstehen musste; Unklarheiten gehen zu Lasten der Verwaltung.“³⁶

31 Zum gesamten Folgenden siehe *Barczak* JuS 2018, 238 ff.; *Detterbeck* Allgemeines Verwaltungsrecht Rn. 425 ff.; *Erbguth/Guckelberger* Allgemeines Verwaltungsrecht § 12; *Ipsen* Allgemeines Verwaltungsrecht Rn. 308 ff.; *Maurer/Waldhoff* Allgemeines Verwaltungsrecht § 9; *Peine/Siegel* Allgemeines Verwaltungsrecht Rn. 271 ff.; *Ruffert* in: Ehlers/Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht § 21.

32 Hierzu vgl. auch *Wienbracke* Einführung in die Grundrechte Rn. 364 m.w.N.

33 Zur **Bindungs-, Tatbestands- und Feststellungswirkung** des Verwaltungsakts siehe Rn. 289 ff. Zur **verwaltungsverfahrenrechtlichen** (Erschließung der Anwendbarkeit der §§ 9 ff. VwVfG) und **-prozessualen Funktion** (Steuerung der Art und Weise des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes) siehe *Schoch* Jura 2010, 670 (671).

34 *Schübel-Pfister* JuS 2012, 420 (424).

35 *Mayer* Deutsches Verwaltungsrecht Band I 1. Auflage 1895 S. 95.

36 *BVerwG* NJW 2012, 2901 (2902). Vgl. auch Rn. 42 und Rn. 55.

Verwaltungsakt

- I. **Maßnahme** = jedes Verhalten mit Erklärungswert
- II. **Auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts** = wenn die Rechtsgrundlage der Maßnahme eine solche des öffentlichen Rechts ist
- III. **Hoheitlich** = wenn die Behörde einseitig Gebrauch macht von den ihr zustehenden öffentlich-rechtlichen Befugnissen
- IV. **Behörde** = jede Stelle, die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt
- V. **Zur Regelung** = Ziel der behördlichen Tätigkeit ist die unmittelbare Herbeiführung einer Rechtsfolge
 - ☞ konkludenter VA bei Realakten Rn. 59
 - ☞ wiederholende Verfügung ↔ Zweitbescheid Rn. 62
 - ☞ vorbereitende Maßnahmen Rn. 64
- VI. **Einzelfall** =
 - bestimmte Person (**individuell**) – bestimmter Sachverhalt (**konkret**),
 - bestimmte Person (**individuell**) – unbestimmte Vielzahl von Sachverhalten (**abstrakt**)
 - unbestimmte Vielzahl von Personen (**generell**) – bestimmter Sachverhalt (**konkret**) i.S.v. § 35 S. 2 VwVfG
- VII. **Auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet** =
 - Die Regelung betrifft den Rechtskreis einer außerhalb der Verwaltung stehenden natürlichen oder juristischen Person oder eines sonstigen (nur teilrechtsfähigen) Rechtssubjekts als Träger eigener Rechte (Außenwirkung)
 - ☞ Maßnahmen in Sonderstatusverhältnissen Rn. 72
 - ☞ Weisungen zwischen Behörden Rn. 73
 - ☞ mehrstufige Verwaltungsakte Rn. 74
 - Diese Außenwirkung resultiert aus dem Entscheidungssatz („Tenor“) der Maßnahme selbst und ist nicht nur dessen – mittelbare – Nebenfolge („unmittelbar“)
 - Die Maßnahme soll gerade zielgerichtet (final) eine unmittelbare Außenwirkung entfalten („auf ... gerichtet“)

41

JURIQ-Klausurtipp

An diesen bundesrechtlichen Verwaltungsaktbegriff des § 35 S. 1 VwVfG knüpft nach h.M.³⁷ auch die **Verwaltungsgerichtsordnung** an (z.B. in §§ 42 Abs. 1, 113 Abs. 1 S. 1 VwGO) – selbst wenn im konkreten Fall eine Landesbehörde nach dem jeweiligen Landes-Verwaltungsverfahrensgesetz gehandelt hat. Aufgrund der inhaltlichen Übereinstimmung von § 35 S. 1 VwVfG mit den in den Landes-Verwaltungsverfahrensgesetzen enthaltenen Definitionen (z.B. § 35 S. 1 LVwVfG BW, Art. 35 S. 1 BayVwVfG, § 35 S. 1 VwVfG NRW; siehe aber auch § 106 Abs. 1 LVwG SH) kann in der Klausur eine Streitentscheidung jedoch dahingestellt bleiben.³⁸

37 Siehe etwa *BVerwG NVwZ* 2012, 506 (507); *Kahl Jura* 2001, 505 (506) m.w.N.

38 Siehe im Skript „Verwaltungsprozessrecht“ Rn. 129. Zum Ganzen siehe auch *Bickenbach JA* 2015, 481 (484ff). Sofern nicht ausdrücklich anders angegeben, erfolgt die **hiesige Darstellung** auf Grundlage des **VwVfG des Bundes**.

Unabhängig vom Vorliegen der in § 35 S. 1 VwVfG genannten materiellen Voraussetzungen ist eine regelnde behördliche Maßnahme allerdings auch bereits dann als Verwaltungsakt zu qualifizieren, wenn sie äußerlich in die Form eines Verwaltungsakts gekleidet ist (z.B. Bezeichnung als „Bescheid“, „Verfügung“ etc., Anordnung der sofortigen Vollziehung nach § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO³⁹, Androhung von Zwangsmitteln etwa nach § 13 VwVG [Rn. 355], Rechtsbehelfsbelehrung gem. § 37 Abs. 6 VwVfG [Rn. 203]), sog. **formeller Verwaltungsakt**.⁴⁰ Denn für die Bestimmung der Rechtsnatur einer Maßnahme kommt es nicht darauf an, wie die Behörde rechtmäßiger Weise hätte handeln müssen, sondern in welcher Handlungsform sie – ggf. rechtswidriger Weise – tatsächlich gehandelt hat (vgl. Rn. 30 und Rn. 69). U.U. kann sich der Charakter einer zunächst nicht als Verwaltungsakt zu qualifizierenden Maßnahme sogar noch nachfolgend durch die widerspruchsbehördliche Bezeichnung als solcher bzw. durch den Erlass eines Widerspruchsbescheids ändern.⁴¹

Hinweis

„Von der Prüfung der Handlungsform, also vorliegend der **Frage, ob** überhaupt ein [...] **Verwaltungsakt vorliegt**, ist die **Prüfung der formellen und materiellen Rechtmäßigkeit** des behördlichen Handelns zu unterscheiden. Die Rechtmäßigkeitskontrolle behördlichen Handelns setzt voraus, dass die gewählte Handlungsform bestimmt ist. Aus der Unterscheidung zwischen der Bestimmung der Handlungsform und der Rechtmäßigkeitsprüfung der Handlung folgt, dass dann, wenn eine behördliche Handlung die Begriffsmerkmale des Verwaltungsaktsbegriffs erfüllt, Verstöße gegen Vorschriften des Verfahrens- und des sachlichen Rechts und selbst besonders schwere Fehler, die den Verwaltungsakt nichtig machen und zu seiner Unwirksamkeit führen (vgl. §§ 44, 43 Abs. 3 VwVfG), nichts daran ändern, dass begrifflich ein – wenn auch rechtswidriger oder nichtiger – Verwaltungsakt vorliegt.“⁴²

Beispiel⁴³ Die Stadt K hat im Amtsblatt unter Beifügung einer Rechtsbehelfsbelehrung für bestimmte Zeiten an den bevorstehenden Karnevalstagen im Bereich des „Zülpicher Viertels“ ein allgemeines Verbot des „Mitführens und Benutzens von Glasbehältnissen“ bekannt gegeben; die sofortige Vollziehung wurde angeordnet, ein Zwangsgeld angedroht. Z, der im Zülpicher Viertel einen Kiosk betreibt, befürchtet erhebliche Umsatzeinbußen und beantragt daher beim zuständigen Verwaltungsgericht die aufschiebende Wirkung seines gegen das Verbot erhobenen Rechtsbehelfs wiederherzustellen. Ist der Antrag statthaft?

Ja. In Abgrenzung zum vorläufigen Rechtsschutz nach § 123 Abs. 1 VwGO ist der Antrag nach § 80 Abs. 5 S. 1 VwGO dann statthaft, wenn der Antragsteller die gerichtliche Anordnung bzw. – wie hier wegen der behördlichen Anordnung der sofortigen Vollziehung

39 Hierzu siehe im Skript „Verwaltungsprozessrecht“ Rn. 528 ff.

40 Hierzu siehe *BVerwG NVwZ* 2012, 506; *OVG Berlin-Brandenburg BeckRS* 2017, 132329; *VGH Mannheim VBIBW* 2017, 197 sowie das *Beispiel* in Rn. 45, den **Übungsfall Nr. 1** und im Skript „Verwaltungsprozessrecht“ Rn. 131. Zu weiteren Umständen (u.a. „**Formulierung, Gestaltung des Schreibens, Siegel, Stempel, Wappen**“) siehe *Schaks/Friedrich JuS* 2018, 860 (863). **A.A.** *Bickenbach JA* 2015, 481 (486 f); *Voßkuhle/Kaufhold JuS* 2011, 34 (36). Zur **Abgrenzung zum Nicht-** bzw. **Scheinverwaltungsakt** siehe Rn. 48.

41 Vgl. *BVerwG NVwZ* 1988, 51 (52) m.w.N.; *NVwZ-RR* 2007, 781 (782).

42 *BVerwG NVwZ* 2012, 506 (507).

43 Nach *VG Köln BeckRS* 2010, 46056; *OVG Münster NWVBl.* 2010, 360. Vgl. auch das erste *Beispiel* in Rn. 69. Zur umgekehrten Konstellation (unschädliche **Falschbezeichnung** [*falsa demonstratio*] eines **Verwaltungsakts** als „Erlass“) siehe *BVerwG NVwZ* 2009, 390.

gem. § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO der Fall – die gerichtliche Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung eines Widerspruchs bzw. einer Anfechtungsklage begehrt, d.h. Letztere gem. § 42 Abs. 1 Alt. 1 VwGO die in der Hauptsache statthafte Klageart ist. Dies ist hier der Fall. Allein schon wegen der in der hiesigen Maßnahme der Stadt K gewählten Begrifflichkeiten handelt es sich bei dem Verbot um eine personenbezogene Allgemeinverfügung, nämlich um einen Verwaltungsakt, der sich an einen nach allgemeinen Merkmalen bestimmten oder bestimmbaren Personenkreis richtet (§ 35 S. 2 Var. 1 VwVfG) und nicht um eine ordnungsbehördliche Verordnung, welche Rechtsnormcharakter aufweist (vgl. § 25 Satz 1 OBG NRW). Denn die angefochtene Maßnahme ist von ihrer Form her als Allgemeinverfügung erlassen worden (entsprechende Rechtsbehelfsbelehrung, Anordnung der sofortigen Vollziehung, Androhung von Zwangsmitteln) und soll auch in Bezug auf den jeweiligen Adressaten einen Einzelfall regeln (Benutzung und Mitführen von Glasbehältnissen durch Personen, die sich in bestimmten Bereichen zu bestimmten Zeiten aufhalten). ■

Ob eine Maßnahme als formeller Verwaltungsakt im vorstehenden Sinn einzustufen ist, bestimmt sich – ebenso wie die Ermittlung des Inhalts eines Verwaltungsakts (Auslegung; Rn. 55) – aus Sicht eines objektiven Dritten in der Position des Erklärungsempfängers unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls (§§ 133, 157 BGB analog) sowie von Treu und Glauben (§ 242 BGB analog).

a) Maßnahme

- 43 Voraussetzung für das Vorliegen eines Verwaltungsakts ist gem. § 35 S. 1 VwVfG zunächst, dass eine „Verfügung, Entscheidung oder andere hoheitliche **Maßnahme**“ vorhanden ist.



Unter dem in § 35 S. 1 VwVfG als Obergriff für „Verfügungen“ und „Entscheidungen“ verwendeten Merkmal der „(hoheitlichen) **Maßnahme**“ ist jedes Verhalten mit Erklärungswert zu verstehen.⁴⁴

Hinweis

Dem in Teilen der Literatur⁴⁵ geäußerten Vorbringen, dem Merkmal „**Maßnahme**“ komme gegenüber dem der „**Regelung**“ keine eigenständige Bedeutung zu, ist nicht zu folgen. Richtigerweise bezieht sich der Begriff „**Maßnahme**“ auf die Tätigkeit der Behörde (den Erlass des Verwaltungsakts), wohingegen die „**Regelung**“ sich auf das Ergebnis dieser Tätigkeit (den erlassenen Verwaltungsakt) bezieht.⁴⁶

Wie aus der vorstehenden Definition folgt, handelt es sich beim Verwaltungsakt grundsätzlich um eine menschliche **Willenserklärung**⁴⁷, welche als solche ausdrücklich oder konkludent (z.B. Subventionsrückforderung enthält zugleich Aufhebung des Bewilligungsbescheids, siehe Übungsfall Nr. 4) erfolgen kann (vgl. § 37 Abs. 2 S. 1 VwVfG: „in anderer Weise“), i.d.R.

44 Vgl. *Erbguth/Guckelberger* Allgemeines Verwaltungsrecht § 12 Rn. 4; *Peine/Siegel* Allgemeines Verwaltungsrecht Rn. 296.

45 Vgl. *Ruffert* in: Ehlers/Pünder Allgemeines Verwaltungsrecht § 21 Rn. 14.

46 Vgl. *Maurer/Waldhoff* Allgemeines Verwaltungsrecht § 9 Rn. 7. Siehe auch Rn. 54.

47 Zu den hiervon insbesondere abzugrenzenden **Realakten** als tatsächliche Umsetzung (Vollzug) des behördlichen Willens ohne eigenen Erklärungswert siehe Rn. 59.

nicht dagegen durch bloßes Schweigen (siehe aber § 42a VwVfG).⁴⁸ Ausnahmsweise kann nach dem mit Wirkung vom 1.1.2017 neu eingefügten § 35a VwVfG ein Verwaltungsakt allerdings auch vollständig durch automatische Einrichtungen, d.h. ohne Willensbetätigung eines Menschen im jeweiligen Einzelfall,⁴⁹ erlassen werden, sofern dies durch eine gesonderte Rechtsvorschrift zugelassen ist und weder ein Ermessen (Rn. 226 ff.) noch ein Beurteilungsspielraum (Rn. 216 ff.) besteht.

Beispiel⁵⁰ E ist Eigentümer eines Wohnhauses im unbeplanten Außenbereich. Nachdem E in den Genuss einer größeren Erbschaft gekommen ist, sieht er sich nunmehr endlich in der Lage, seinen langjährigen Wunsch nach einem eigenen Schwimmbad im Garten seines Grundstücks zu realisieren. Um keine Zeit zu verlieren, wartet E die Entscheidung der zuständigen Bauaufsichtsbehörde B über die von ihm beantragte Baugenehmigung nicht ab, sondern beginnt sogleich mit den Arbeiten. Kurz vor deren Abschluss erscheint M, eine Mitarbeiterin von B, auf der Baustelle, ohne jedoch Einwendungen gegen die Errichtung des Schwimmbads zu erheben. Ebenfalls ohne Beanstandungen verläuft deren weiterer Besuch bei E einen Monat später, als dieser im soeben fertiggestellten Schwimmbad seine Bahnen zieht. Vielmehr erklärte M auf Nachfrage des E im Gegenteil, dass das Schwimmbad sicher bald genehmigt werde. Umso verwunderter ist E sodann, als ihm kurze Zeit später eine Verfügung von B zugeht, in der ihm unter Hinweis auf die fehlende Baugenehmigung sowie die bauplanungsrechtliche Unzulässigkeit des Schwimmbads dessen Entfernung aufgegeben wird. E meint, diese Verfügung sei ermessensfehlerhaft und damit rechtswidrig, da der Schwimmbadbau schließlich aufsichtsbehördlich begleitet wurde. Zu Recht?

Nein. Insbesondere können die vorgenannten Umstände nicht als aktive Duldung verstanden werden, welche die von B gegenüber E erlassene Verfügung, das Schwimmbad zu entfernen, ermessensfehlerhaft machen würde. Eine rechtsbeachtliche aktive Duldung, die nicht bereits aus langjähriger Untätigkeit der Behörde und auch nicht aus einer beanstandungsfrei verlaufenen Schlussabnahme oder aus späteren, anderen Zwecken dienenden bau-, gewerbe- oder gaststättenrechtlichen Überprüfungen hergeleitet werden kann, ist erst dann anzunehmen, wenn die zuständige Baubehörde in Kenntnis der formellen und ggf. materiellen Illegalität eines Vorhabens zu erkennen gibt, dass sie sich auf Dauer mit dessen Existenz abzufinden gedenkt. Angesichts des Ausnahmecharakters und der weit reichenden Folgen einer aktiven Duldung – die Behörde ist auf Dauer an der Beseitigung rechtswidriger Zustände gehindert – muss den entsprechenden Erklärungen der Behörde mit hinreichender Deutlichkeit zu entnehmen sein, ob, in welchem Umfang und ggf. über welchen Zeitraum die Duldung der illegalen Zustände erfolgen soll. Im Übrigen spricht vieles dafür, dass eine länger andauernde Duldung oder Duldungszusage, soll sie Vertrauensschutz vermitteln, schriftlich erfolgen muss. Ausgehend hiervon ist die Erklärung von M nicht als aktive Duldung zu verstehen, weil ihr nicht mit der gebotenen Eindeutigkeit zu entnehmen ist, dass B die illegalen Zustände vorübergehend oder dauerhaft hinnehmen würde. Wenn das Schwimmbad „sicher genehmigt werden“ sollte, wäre es vielmehr Sache des E, die fehlende Genehmigung ggf. zu erstreiten. ■

48 Darüber hinaus fehlt es im Fall bloßen Schweigens auch an einer **Regelung** i.S.v. § 35 S. 1 VwVfG, siehe *Weidemann/Barthel* JA 2011, 221 (223).

49 BT-Drucks. 18/8434 S. 122.

50 Nach *OVG Münster* NVwZ-RR 2009, 364. Vgl. auch *OVG Hamburg* BauR 2017, 1675; *OVG Koblenz* NVwZ-RR 2012, 749. Näher zur behördlichen Duldung im öffentlichen Baurecht: *Sommer* JA 2017, 567 ff.

- 44 Abweichend vom Vorstehenden kommt behördlicher Untätigkeit in Form von **Schweigen**⁵¹ allerdings dann Erklärungswert zu, wenn das Gesetz hieran ausnahmsweise eine Rechtsfolge knüpft. Neben derartigen bisher schon in einzelnen Fachgesetzen v.a. zwecks Verfahrensbeschleunigung getroffenen Regelungen (z.B. § 6a Abs. 1 GewO, § 10 Abs. 1 S. 3 HwO⁵²) ordnet nunmehr auch der zur Umsetzung von Art. 13 Abs. 4 (Dienstleistungs-)Richtlinie 2006/123/EG am 18.12.2008 in Kraft getretene **§ 42a VwVfG** eine solche Rechtsfolge an. Gemäß dessen Abs. 1 S. 1 gilt eine beantragte Genehmigung nach Ablauf einer für die Entscheidung festgelegten Frist als erteilt (**Genehmigungsfiktion**), wenn dies durch eine andere Rechtsvorschrift – wie z.B. durch den in § 54 Abs. 6 S. 2 KrWG enthaltenen Verweis – ausdrücklich so angeordnet ist.⁵³



Genehmigung ist eine vor der Aufnahme oder Ausübung der betreffenden Tätigkeit einzuholende Erlaubnis.⁵⁴

Vorbehaltlich einer abweichenden Regelung in dem auf § 42a VwVfG verweisenden Fachgesetz setzt dieser einen hinreichend bestimmten⁵⁵ **Antrag** („Ereignis“ i.S.v. § 31 Abs. 1 VwVfG i.V.m. § 187 Abs. 1 BGB⁵⁶) sowie das **Fehlen einer** diesem entweder stattgebenden oder ablehnenden **Entscheidung** innerhalb der dafür festgelegten Frist voraus. Diese beträgt gem. § 42a Abs. 2 VwVfG grundsätzlich 3 Monate (mit der Möglichkeit einer einmaligen, zu begründenden und rechtzeitig mitzuteilenden angemessenen Verlängerung „wegen der Schwierigkeit der Angelegenheit“ – und nicht etwa Personalmangels) und beginnt mit Eingang der vollständigen Unterlagen bei der zuständigen Behörde. Die dieser tatsächlich zur Verfügung stehende Bearbeitungszeit wird allerdings durch die Zugangsfiktion nach § 41 Abs. 2 S. 1 bzw. 2 VwVfG verkürzt, da eine ablehnende Entscheidung entsprechend früher abgesandt werden muss.⁵⁷

Mit Ablauf der Frist tritt dann die Genehmigungsfiktion des § 42a Abs. 1 S. 1 VwVfG ein. Aus der systematischen Stellung von § 42a VwVfG nach § 41 VwVfG folgt, dass der Fristablauf die wirksame Bekanntgabe des **fingierten** (synonym: fiktiven) **Verwaltungsakts** gegenüber dem Antragsteller ersetzt; „die fingierte Genehmigung [ist] die Genehmigung“⁵⁸. Im Übrigen entfaltet die Genehmigungsfiktion die gleiche Wirkung wie ein entsprechender ordnungsgemäß zustande gekommener und bekannt gegebener Verwaltungsakt (Rn. 39, 289 ff.).⁵⁹

51 Zur Abgrenzung zum **konkludent** erklärten Verwaltungsakt (z.B. Widmung einer Straße zur allgemeinen Benutzung durch ihr tatsächliches Zur-Verfügung-Stellen) vgl. Rn. 59.

52 Weitere Beispiele bei *Peine/Siegel* Allgemeines Verwaltungsrecht Rn. 407.

53 Zur andernfalls erforderlichen **Untätigkeitsklage** siehe im Skript „Verwaltungsprozessrecht“ Rn. 158.

54 *Guckelberger* DÖV 2010, 109 (111).

55 „Der Antrag muss so formuliert sein, dass sich aus ihm der Inhalt der erstrebten behördlichen Entscheidung mit hinreichender Deutlichkeit ermitteln lässt“ (vgl. § 37 Abs. 1 VwVfG), *Uechtritz* DVBl. 2010, 684 (688).

56 *Ernst/Pinkl* Jura 2013, 685 (688).

57 BT-Drucks. 16/10493, 16. In den Fällen des **§ 71b Abs. 6 S. 1 VwVfG** ist die Bearbeitungszeit effektiv sogar um einen Monat verkürzt, siehe *Schmitz/Prell* NVwZ 2009, 1 (8). Ob ein nach Fristablauf zugehender Ablehnungsbescheid in eine **konkludente Rücknahme nach § 48 VwVfG** umgedeutet werden kann, ist str. (Nachweise bei *Kluth* JuS 2011, 1078 [1081]).

58 *Ziekow* VwVfG § 42a Rn. 5. **A.A.** *Kluth* JuS 2011, 1078 (1080).

59 BT-Drucks. 16/10493, 16.

Hinweis

Wegen dieser verfahrensersetzenden Wirkung der Genehmigungsfiktion dürften die **§§ 45, 46 VwVfG** im Rahmen von § 42a VwVfG **keine Bedeutung** haben. „Eine verfahrensfehlerhafte fingierte Genehmigung kann es [...] nicht geben“.⁶⁰

Folglich sind nach § 42a Abs. 1 S. 2 VwVfG u.a. die Vorschriften über das **Rechtsbehelfs**verfahren ebenfalls auf die fingierte Genehmigung anzuwenden, d.h. diese kann mittels Widerspruch (§ 68 Abs. 1 S. 1 VwGO) bzw. Anfechtungsklage (§ 42 Abs. 1 Alt. 1 VwGO) angefochten werden. Mangels Rechtsbehelfsbelehrung gilt hierfür jedoch regelmäßig nicht die Monatsfrist des § 70 Abs. 1 S. 1 bzw. § 74 Abs. 1 VwGO, sondern vielmehr die Jahresfrist des § 58 Abs. 2 S. 1 VwGO.⁶¹ Doch selbst an Letztere sind Personen, die an dem die Fiktion auslösenden Verwaltungsverfahren nicht beteiligt waren, nur dann gebunden, sofern ihnen gegenüber eine gesonderte Mitteilung über den Eintritt der Genehmigungsfiktion erfolgt ist. Andernfalls unterliegt der Drittwiderspruch bzw. die Drittanfechtungsklage allein den zeitlichen Grenzen der Verwirkung.⁶²

Nicht von der Fiktionswirkung des § 42a Abs. 1 S. 1 VwVfG erfasst wird dagegen die **materielle Rechtmäßigkeit** der fingierten Genehmigung, so dass gem. § 42a Abs. 1 S. 2 VwVfG die Regelungen über die Bestandskraft von Verwaltungsakten, d.h. insbesondere diejenigen betreffend deren Erledigung (§ 43 Abs. 2 VwVfG), Nichtigkeit (§ 44 VwVfG), Rücknahme (§ 48 VwVfG) und Widerruf (§ 49 VwVfG), gelten (Rn. 295 ff.). Das Fehlen einer Entscheidung allein rechtfertigt die Rücknahme bzw. den Widerruf der fingierten Genehmigung regelmäßig nicht, da § 42a Abs. 1 S. 1 VwVfG ansonsten weitgehend leer liefe. Vielmehr kann es der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gebieten, die fingierte Genehmigung nachträglich mit einschränkenden Nebenbestimmungen (§ 36 VwVfG) zu versehen, statt sie aufzuheben. Dies kann allerdings auch nur so weit geschehen, wie dies bei einem entsprechenden Verwaltungsakt nach materiellem Recht nachträglich zulässig wäre (Rn. 77 ff.).⁶³

Wenngleich die Genehmigungsfiktion mithin einem ordnungsgemäß zustande gekommenen und bekannt gegebenen Verwaltungsakt entspricht, so hat der Begünstigte gleichwohl kein Dokument in den Händen, mit dem er die fingierte Genehmigung belegen kann. Daher gewährt **§ 42a Abs. 3 VwVfG** – insofern vergleichbar mit § 37 Abs. 2 S. 2 VwVfG – dem Begünstigten sowie allen anderen Personen, denen der entsprechende Verwaltungsakt nach § 41 Abs. 1 VwVfG bekannt zu geben wäre, einen Anspruch gegen die Behörde auf Ausstellung einer schriftlichen („**Fiktions-**“⁶⁴) **Bescheinigung** darüber, dass die Genehmigungsfiktion eingetreten ist.⁶⁵ Der Empfang dieser Bescheinigung markiert zugleich den spätesten Zeit-

60 Ziekow VwVfG § 42a Rn. 6. Vgl. auch Kopp/Ramsauer VwVfG § 42a Rn. 17.

61 Peine JA 2004, 417 (418); Stelkens in: ders./Bonk/Sachs, VwVfG § 35 Rn. 67.

62 Kopp/Ramsauer VwVfG § 42a Rn. 21 ff., wo vor diesem Hintergrund ein **Anspruch** des Inhabers der fingierten Genehmigung **auf Bekanntgabe** mit ordnungsgemäßer Rechtsbehelfsbelehrung an **Drittbetroffene** i.d.R. bejaht wird. Zur Verwirkung des Widerspruchs-/Klagerechts siehe im Skript „Verwaltungsprozessrecht“ Rn. 348 f., 361.

63 BT-Drucks. 16/10493, 16.

64 Ziekow VwVfG § 42a Rn. 18.

65 Ob es sich hierbei lediglich um eine **Klarstellung** (so Eisenmenger in: Fehling/Kastner/Störmer, Verwaltungsrecht § 42a VwVfG Rn. 25; vgl. auch Rn. 204 zu § 37 Abs. 2 S. 2 VwVfG) **oder** um einen (feststellenden) **Verwaltungsakt** (so Schemmer in: Bader/Ronellenfisch, VwVfG § 42a Rn. 15) handelt, ist str. Dieser Meinungsstreit hat Auswirkungen auf die statthafte Klageart (allgemeine Leistungsklage oder Verpflichtungsklage), falls die Behörde die Bescheinigung nicht ausstellt, siehe Kluth JuS 2011, 1078 (1080).

punkt der Kenntnisnahme der Genehmigungsfiktion, was wiederum für die Frage der Zulässigkeit der Anfechtung von Bedeutung ist (s.o.).⁶⁶

b) Auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts

- 45 Weitere Voraussetzung für die Qualifizierung einer Maßnahme als Verwaltungsakt ist nach § 35 S. 1 VwVfG, dass sie „auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts“ ergeht. Hinsichtlich der damit erforderlich werdenden Abgrenzung der Vollziehung von öffentlich-rechtlichen Vorschriften zu privatrechtlichen Rechtsakten wird auf die Ausführungen in Rn. 23 ff. verwiesen. An dieser Stelle sei lediglich noch bemerkt, dass es insoweit nicht darauf ankommt, auf welchem Rechtsgebiet sich die jeweilige Maßnahme auswirkt. Vielmehr ist im Rahmen von § 35 S. 1 VwVfG allein relevant, ob die rechtliche Grundlage, auf der die Maßnahme erfolgt, eine solche des öffentlichen Rechts ist.



Eine Maßnahme ergeht dann „auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts“, wenn die Ermächtigungsgrundlage, auf die sie gestützt ist, als öffentlich-rechtlich zu qualifizieren ist.⁶⁷

Bedeutung erlangt die vorstehende Differenzierung namentlich im Hinblick auf **privatrechts-gestaltende Verwaltungsakte**, wie etwa die (öffentlich-rechtliche) Ausübung des gemeindlichen Vorkaufsrechts gem. § 28 Abs. 2 S. 1 BauGB, durch welche ein (privatrechtlicher Kauf-) Vertrag zwischen der Gemeinde und dem Verkäufer zu Stande kommt, siehe § 28 Abs. 2 S. 2 BauGB, § 464 Abs. 2 BGB (siehe das Beispiel in Rn. 251). Als weitere Beispiele sind insoweit § 80 BGB (Anerkennung einer Stiftung), § 2 GrdStVG (Grundstücksverkehrsgenehmigung) und § 18 KSchG (Zustimmung zur Massenentlassung) zu nennen.

Hinweis

Im Schrifttum⁶⁸ wird das Merkmal „auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts“ mitunter als zu weitgehend erachtet und auf den Teilbereich des „Verwaltungsrechts“ reduziert. Dem ist im Ergebnis zwar zuzustimmen, doch folgt diese Eingrenzung nach dem Gesetzestext erst aus dem weiteren Begriffsmerkmal der „Behörde“, siehe § 1 Abs. 4 VwVfG.

Beispiel⁶⁹ E ist Eigentümerin eines Grundstücks im Gebiet der Stadt S. Deren Tochterunternehmen – die „Stadtwerke GmbH“ – ist das Versorgungsunternehmen von S für Wasser, Gas, Strom und Fernwärme; insoweit ist das Leistungsverhältnis mit den Bürgern privatrechtlich ausgestaltet. Hinsichtlich der Entsorgungsarten Abwasser und Abfall besteht dagegen ein öffentlich-rechtliches Benutzungsverhältnis zwischen S und den Bürgern. Insofern handelt die Stadtwerke GmbH im Auftrag von S, sie berechnet für diese u.a. die städtischen Gebühren für die Entwässerung, fertigt die Abgabenbescheide aus, versendet diese, nimmt die Abgaben entgegen und führt sie an S ab. Mit einem als „Rechnung“

⁶⁶ BT-Drucks. 16/10493, 16.

⁶⁷ *Erbguth/Guckelberger* Allgemeines Verwaltungsrecht § 12 Rn. 7; *Ipsen* Allgemeines Verwaltungsrecht Rn. 332.

⁶⁸ *Peine/Siegel* Allgemeines Verwaltungsrecht Rn. 29, 305. Wie hier *Detterbeck* Allgemeines Verwaltungsrecht Rn. 444, der in Rn. 435, 443 allerdings die Merkmale „öffentlich-rechtlich“ und „hoheitlich“ gleichsetzt (dazu wiederum siehe Rn. 46).

⁶⁹ Nach *VGH Mannheim* DVBl. 2010, 196. Siehe auch die *Beispiele* in Rn. 29 und Rn. 52. Zum hier nicht gegebenen Fall der **Beleihung** (Rn. 51) vgl. *Kahl* Jura 2001, 505 (507).