

Ersatzvornahme und unmittelbarer Zwang im Verwaltungsrecht – Rechtsnatur und prozessuale Konsequenzen der Einordnung

cand. iur. *Stefano Marco Meyer, Bonn**

Die Vollstreckung hoheitlicher Verfügungen, die gerade im Bereich des allgemeinen und besonderen Gefahrenabwehrrechts von überragender Bedeutung ist, gehört jedenfalls am Rande bereits zum Pflichtstoff in der akademischen Ausbildung. Der vorliegende Beitrag soll einen Überblick über die historische Genese des Streits – angeknüpft an das Merkmal der Regelung in § 35 VwVfG – um die Rechtsnatur der Anwendung der Ersatzvornahme und des unmittelbaren Zwangs in der Verwaltungsvollstreckung und die Konsequenzen der jeweiligen Einordnung für die Praxis verschaffen.

Die Rechtsgrundlagen für das verwaltungsrechtliche Vollstreckungsverfahren stellen in erster Linie das Verwaltungsvollstreckungsgesetz des Bundes (VwVG) bzw. für die Vollstreckungsmaßnahmen der Landesbehörden die entsprechenden landesrechtlichen Regelungen¹ (z.T. modifiziert durch die Polizei- bzw. Ordnungsgesetze der Länder²) zur Verfügung. Neben der Darstellung des bisherigen Stands der Diskussion, soll auch ein alternativer Lösungsweg aufgezeigt werden, einschließlich der prozessualen Folgen für den Umgang mit der Thematik. Angesichts dieser prozessualen und folglich praxis- aber auch potenziell klausurrelevanten Konsequenzen, die aus der Einordnung der o.g. Zwangsmaßnahmen folgen³ und der anhaltenden Uneinigkeit – auch innerhalb der Rechtsprechung – hierüber lohnt eine vertiefte Auseinandersetzung mit der Materie.

I. Die preußische „polizeiliche Verfügung“

Bereits die noch junge preußische Verwaltungsgerichtsbarkeit (Errichtung des *Königlich-Preußischen Obergerichtswahlungsgerichts* am 3. Juli 1875)⁴ sah sich mit der Erkenntnis konfrontiert, dass nicht nur Rechts- sondern auch

und gerade Realakte den Bürger in seinen Rechten massiv zu beeinträchtigen vermögen.⁵ Rechtsschutz kam nach dem preußischen Landesverwaltungsgesetz (PrLVwG) von 1883⁶ gemäß den §§ 127 ff. aber nur gegen sog. „polizeiliche Verfügungen“ i.S. dieses Gesetzes in Betracht. Zwar wurde bereits zwischen unmittelbarem Zwang und Ersatzvornahme unterschieden (§ 132 PrLVwG), eine entsprechende Anwendung der Rechtsmittel gegen Verfügungen sah das Gesetz aber nur gegen die Androhung derselben vor (§ 133 PrLVwG). Eine explizite Aussage zu Rechtsmitteln gegen die Zwangsmittel selbst traf das Gesetz hingegen nicht.

Um die Justiziabilität faktischer Rechtsbeeinträchtigungen dennoch zu gewährleisten, griff bereits das *PrOVG* auf die Konstruktion einer „erdichteten“⁷ Duldungsverfügung zurück⁸: Aus der tatsächlich angewendeten Zwangsmaßnahme der Polizeibehörde wurde die Regelung „extrahiert“, der Bürger habe zugleich die Pflicht, die Vollstreckungsmaßnahme über sich ergehen zu lassen, sie mithin zu dulden. Letztere erhielt so ein prozessual handhabbares Gewand. Diese Lehre von der implizierten Duldungsverfügung hielt sich über die Zeit der Weimarer Republik (vgl. hierzu Art. 107 WRV) und hielt schließlich auch in der Rechtsprechung des 1952 geschaffenen⁹ *Bundesverwaltungsgerichts* (BVerwG) Einzug.¹⁰

Fallbeispiel (BVerwGE 26, 161; „Schwabinger Krawalle“): Im Raum München kam es zu großen Menschenansammlungen und damit einhergehenden Störungen der öffentlichen Ordnung. Um der Lage Herr zu werden, erteilten die zuständigen Polizeibeamten einen Platzverweis, der – nach erfolgter Androhung – im Wege des unmittelbaren Zwangs durch Knüppelschläge vollstreckt wurde.¹¹

* Der Autor studiert Rechtswissenschaft an der Universität Bonn im Schwerpunktbereich „Staat und Verfassung im Prozess der Internationalisierung“ und legt derzeit die staatliche Pflichtfachprüfung am *OLG Düsseldorf* ab.

¹ LVwVG BW, Art. 18 ff. BayVwZVG, VwVGBbG, BremVwVG/BremGVG, HmbVwVG, HessVwVG, §§ 110 f. VwVfG M-V i.V.m. §§ 79 ff. SOG M-V, NVwVG, VwVG NRW, LVwVG RP, SVwVG, SächsVwVG, VwVG LSA, §§ 228 ff. LVwG SH, §§ 18 ff. ThürVwZVG; Ausnahme: Berlin, vergl. § 5a BlnVwVfG.

² Vgl. z.B. zur Rechtslage in Nordrhein-Westfalen: §§ 50 ff. PolG NRW.

³ Überblick bei *Vahle*, DVP 2012, 272.

⁴ Gesetz, betreffend die Verfassung der Verwaltungsgerichte und das Verwaltungsstreitverfahren, Preuß.-GS. 1875, S. 375-392.

⁵ *Rachor* in: Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 5. Aufl. (2012), E Rn. 35 ff.

⁶ Gesetz über die allgemeine Landesverwaltung, Preuß.-GS. 1883, S. 195-236.

⁷ *Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, Band 1, 3. Aufl. (1923), S. 97.

⁸ So z.B. PrOVGE 22, 409 (421).

⁹ BGBl. I Nr. 39 vom 25.09.1952, S. 625 f.

¹⁰ Zur Historie vgl. *Pietzner*, VerwArch 82 (1991), 296 ff.; *ders.*, VerwArch 84 (1993), 261 (271ff.).

¹¹ Eine knappe Darstellung des Sachverhalts findet sich auch bei *Sadler*, VwVG, 9. Aufl. (2014), § 18 Rn. 22.

Das Gericht stellte 1967 fest: „Dieses Vorgehen war nicht nur rein tatsächliches Handeln, sondern erfüllt [...] die Begriffsmerkmale des Verwaltungsaktes im Sinne des § 42 VwGO. [...] Die Polizei kann nicht nur durch schriftlichen oder mündlichen Verwaltungsakt, sondern auch durch konkludentes Verhalten mittels Anwendung körperlicher Gewalt die betroffenen Bürger zu einem bestimmten Verhalten veranlassen [...]“.¹² Das beschriebene Konzept blieb lange herrschend in Rechtsprechung und Literatur und wird bis heute vertreten.¹³

II. Entwicklung unter der VwGO

Die Diskussion geriet in Bewegung, als mit Inkrafttreten der Verwaltungsgerichtsordnung¹⁴ am 01.04.1960 und der damit einhergehenden positivrechtlichen Kodifikation der einfachen Feststellungsklage ein prozessuales Mittel zur Verfügung stand, das die gerichtliche Kontrolle staatlichen Realhandelns erlaubte. Die bislang h.M. sah sich fortan wachsender Kritik ausgesetzt,¹⁵ sodass sich bis heute im Wesentlichen zwei Auffassungen über die Einordnung der Ersatzvornahme bzw. des unmittelbaren Zwangs gegenüberstehen:

1. Vereinzelt wird nach wie vor an der Konstruktion einer implizierten Duldungsverfügung festgehalten.¹⁶ Das historisch tradierte Argument der Rechtsschutzintensität (s.o.) hat angesichts der Regelung von Art. 19 Absatz 4 GG bzw. § 43 VwGO jedoch erheblich an Gewicht verloren.¹⁷ Dass polizeiliches Realhandeln typischerweise mit höheren Grundrechtseingriffen¹⁸ verbunden ist, als die bloße Regelung und somit durch die grds. vollstreckbare Anfechtungsklage angegriffen werden können soll, schlägt gewissermaßen in „die gleiche Kerbe“. Z.T. wird behauptet, die Vollstreckungshandlung stelle einen selbstständigen Verwaltungsakt zur Vollstreckung der Grundverfügung dar.¹⁹ Ähnlich ist wohl die Behauptung zu verstehen, der Regelungsgehalt der Vollstreckung liege in der Wiederholung der ursprünglich angeordneten Verhaltenspflicht.²⁰

2. Hiergegen wendet sich die heute h.M.,²¹ die den Regelungscharakter derartiger Maßnahmen grundsätzlich überzeugend ablehnt. So wurde bereits oben darauf hingewiesen, dass es angesichts der Kodifikation der Feststellungsklage einer derart „erdichteten Verfügung“²² nicht mehr bedarf: Die VwGO stellt (auch im Lichte des Art. 19 Absatz 4 GG) das Handwerkszeug zur Kontrolle jedweden Verwaltungshandelns zur Verfügung.²³ Zudem käme die o.g. Ansicht im Fall der *Schwabinger Krawalle* (s.o.) zu dem diffusen Ergebnis, dass der Adressat des Platzverweises zwar einerseits die Handlungspflicht der Grundverfügung zu erfüllen hätte (beim Platzverweis das Sich-Entfernen) andererseits aber verpflichtet wäre, zu bleiben und die Knüppelschläge zu dulden.²⁴ Auf ein weiteres Problem stößt man bei Anwendung der o.g. Auffassung bei Abwesenheit des Adressaten: Die (bei seinem Eintreffen regelmäßig schon vollzogene) Duldungsverfügung (z.B. Wohnungsdurchsuchung bei Abwesenden oder einige Konstellationen der sog. „Abschleppfälle“²⁵) kann dem Betroffenen nur noch nachträglich bekanntgegeben werden.²⁶ Die Absurdität der Situation ist evident: Bis zur Bekanntgabe ist der angebliche Verwaltungsakt zwar schon vollzogen aber rechtlich nicht existent,²⁷ erst nach der Bekanntgabe erfährt der Adressat überhaupt von seiner objektiv bereits erfüllten Duldungspflicht. Auch ist nicht ersichtlich inwiefern die Anfechtungsklage einen stärkeren Rechtsschutz gewährleisten soll, wird die Vollstreckungsmaßnahme doch regelmäßig bereits vor Klageerhebung beendet sein, sodass der Kläger auf eine (Fortsetzungs-) Feststellungsklage nach § 113 Absatz 4 VwGO (analog) verwiesen ist, mithin auch nach dieser Lösung keinen vollstreckbaren Titel mehr zu erlangen vermag.²⁸ Dieses Ergebnis ist aber ebenso gut durch die einfache Feststellungsklage erzielbar, die im Wesentlichen die gleichen prozessualen Voraussetzungen hat.²⁹ Ebenso wenig lässt sich schlüssig erklären, warum es wie vorgeschlagen (s.o.)

¹² BVerwGE 26, 161.

¹³ So zuletzt VG *Ansbach*, Urt. v. 16.11.2010 - AN 1 K 10.00941; *Bay-VGH*, BayVBl 1997, 634; *von Stoephasius*, Die polizeilichen Standardbefugnisse 2. Aufl. (2012), S. 9; *Drews/Wacke/Vogel/Martens*, Gefahrenabwehr 9. Aufl. (1986), S. 530 m.w.N.; *Stammberger* lässt die Frage in Engelhardt/App/Schlattmann, VwVG/VwZG, 10. Aufl. (2014), § 18 VwVG Rn. 7 für den Anwendungsbereich der Norm dagegen ausdrücklich offen.

¹⁴ BGBl. I Nr. 4 vom 25.01.1960, S. 17 f.

¹⁵ Zu dieser Entwicklung siehe die Darstellung von *Rachor* (Fn. 5).

¹⁶ VG *Ansbach*, Urt. v. 16.11.2010 - AN 1 K 10.00941.

¹⁷ *Wetzel*, Rechtsschutz in der Verwaltungsvollstreckung, 2009, S. 86.

¹⁸ So *BayVGH*, NVwZ 1988, 1055 (1055), ablehnend aber *Wetzel* (Fn. 17), S. 87 m.w.N.

¹⁹ *Heise/Tegtmeyer*, PolG NRW, 7. Aufl., § 50 Rn. 10.

²⁰ Dazu *Wetzel* (o. Fn. 17), S. 85.

²¹ Ausdrücklich VG *Weimar*, NVwZ-RR 2000, 478 (478); *Windoffer*, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, VwVfG, 2014, § 35 Rn. 96; *Sadler* (o. Fn. 11), § 18 Rn. 10; *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. (2011), § 20 Rn. 24; *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Aufl. (2015), § 20 Rn. 1048 f.; *Schenke*, Verwaltungsprozessrecht, 14. Aufl. (2014), § 5 Rn. 196.

²² So schon *Mayer* (Fn. 7).

²³ VG *Weimar* (Fn. 21); i.E. auch VG *Karlsruhe*, DVBl. 1967, 861 (862); *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, 16. Aufl. (2015), § 35 Rn. 7; *Wetzel* (o. Fn. 17), S. 86 m.w.N.; zur gerichtlichen Kontrolldichte bez. Verwaltungsvollstreckungsmaßnahmen vergl. *BVerfG*, NVwZ 1999, 290 (291f.).

²⁴ Wie hier *Stelkens*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 8. Aufl. (2014), § 35 Rn. 95; *Windoffer* (o. Fn. 21).

²⁵ Vgl. zu dieser äußerst prüfungsrelevanten Thematik insbesondere: *Gusy*, Polizei- und Ordnungsrecht, 9. Aufl. (2014), Rn. 443; *Dietlein* in: Dietlein/Burgi/Hellermann, Öffentliches Recht in Nordrhein-Westfalen, 5. Aufl. (2014), S. 425 ff.; *Becker*, JA 2000, 677 ff.

²⁶ Vgl. *Lenke*, Verwaltungsvollstreckungsrecht des Bundes und der Länder, 1997, S. 430 f.

²⁷ Hierzu *Kopp/Ramsauer* (Fn. 23), § 41 Rn. 1.

²⁸ *Knauff*, in: Gärditz, VwGO, 2013, § 113 Rn. 69; *Waldhoff*, in: Gärditz, VwGO, 2013, § 168 Rn. 3.

²⁹ BVerwGE 109, 203 (209); *OVG Bremen*, Urt. v. 02.09.2003 - I A 445/02; *Glaser*, in: Gärditz, VwGO, 2013, § 43 Rn. 74.

einer nochmaligen Anordnung der durch die Grundverfügung auferlegten Verhaltenspflicht bedarf:³⁰ Die Regelungswirkung der Grundverfügung wirkt vielmehr fort und bildet erst die Grundlage für die Vollstreckung.³¹ Die Verpflichtung des Bürgers, das Zwangsmittel zu dulden, bedarf demgegenüber keiner gesonderten Anordnung mehr, denn bei Vorliegen der Voraussetzungen ergibt sie sich bereits unmittelbar aus den gesetzlichen Befugnisnormen für die Vollstreckung. Zudem bietet sich der Vergleich mit Androhung und Festsetzung des konkreten Zwangsmittels an. Beide sind nach allgemeiner Ansicht Verwaltungsakte, da sie über einen eigenen Regelungskern verfügen: Die Auswahl des konkreten Mittels bzw. die letztverbindliche Feststellung, dass die durch die Grundverfügung auferlegte Pflicht nicht erfüllt wurde.³² Den eigenen Regelungsgehalt sucht man z.B. beim Knüppelschlag freilich vergebens. Wollte man die Rechtsnatur der Maßnahme anhand der Eingriffsintensität bestimmen wie z.T. gefordert (s.o.), wäre die Folge eine völlig zersplitterte Kasuistik mit bloß zufälligen Ergebnissen. Verkannt wird schließlich auch das Ziel des Zwangsmittleinsatzes: Er ist nicht etwa auf eine Änderung der Rechtslage gerichtet. Vielmehr dient er der Anpassung der tatsächlichen Situation an die bereits vorab (durch Gesetz oder Verwaltungsakt) geschaffene Rechtslage.³³

3. Prozessuale Konsequenzen³⁴

Erblickt man in Ersatzvornahme und unmittelbarem Zwang mit der überkommenen Auffassung einen Verwaltungsakt i.S.d. §§ 35 VwVfG, 42 VwGO gelangt man notwendigerweise zu den üblichen gegen Verwaltungsakte statthaften Rechtsbehelfen. Dies sind im gerichtlichen Verfahren die Anfechtungsklage (die dem Begehren des Klägers angesichts der schnellen Erledigung, in der Regel aber nicht entsprechen dürfte), die Fortsetzungsfeststellungsklage (analog)³⁵ und im Wege des Eilrechtsschutzes regelmäßig das Verfahren nach § 80 Abs. 5 VwGO. Letzteres erlangt insofern besondere Bedeutung, da der Widerspruch gegen Vollstreckungsmaßnahmen gem. § 80 Abs. 2 Nr. 2 VwGO oder aufgrund landesrechtlicher Regelung (z.B. § 112 JustG NRW) regelmäßig keinen Suspensiveffekt wird entfalten können.³⁶

Folgt man dagegen der inzwischen h.M., so ist die statthafte Klageart die Feststellungsklage gem. § 43 VwGO: Begehrt wird sodann die Feststellung, dass die durchgeführte Zwangsmaßnahme rechtswidrig war und den Kläger in seinen Rechten verletzt hat.³⁷ Angesichts der Feststellungsklage in der Hauptsache, wäre im – in der vorliegenden Konstellation kaum denkbaren – gerichtlichen Eilverfahren folglich der Antrag nach § 123 Abs. 1 VwGO auf Erlass einer einstweiligen Anordnung statthaft.³⁸ Soweit die Vollstreckung noch nicht abgeschlossen ist kommt die Erhebung der Allgemeinen Leistungsklage in Form der Unterlassungsklage in Betracht. Auch wenn in der Hauptsache eine allgemeine Leistungsklage statthaft ist, richtet sich der Eilrechtsschutz nach § 123 Abs. 1 VwGO.³⁹

III. Besonderheit: Landesgesetzliche Abweichung?

Wird man nach den o.g. Argumenten wohl grundsätzlich zu der Überzeugung gelangen müssen, dass es spätestens seit Inkrafttreten der VwGO keinen Grund mehr gibt, in Vollstreckungsmaßnahmen zugleich einen Verwaltungsakt zu erblicken, ist dies fraglich, soweit der Gesetzgeber die Rechtsnatur der einschlägigen Maßnahmen (ausdrücklich oder implizit) als Verwaltungsakt fingiert.⁴⁰ Eine explizite Regelung dieser Art trifft der Bundesgesetzgeber in § 18 Abs. 2 VwVG.⁴¹

Fraglich ist nun, ob auch eine landesgesetzliche Norm die Einordnung von Vollstreckungsmaßnahmen als Verwaltungsakte anzuordnen vermag. Eine solche Regelung kann man in § 112 JustG NRW erblicken.⁴² Der Wortlaut der Norm legt dieses Ergebnis auch nahe: Danach haben Rechtsbehelfe im Verwaltungsvollstreckungsverfahren keine aufschiebende Wirkung. Letztere entfalten aber überhaupt nur solche Rechtsbehelfe, die sich gegen Verwaltungsakte richten (Widerspruch und Anfechtungsklage). Hieraus folgt aber *e contrario*, dass Vollstreckungsmaßnahmen – soll es überhaupt Rechtsbehelfe mit Suspensiveffekt gegen sie geben – Verwaltungsakte sein müssen.

1. Mag man dem nun entgegenhalten, der Anwendungsbereich des § 112 JustG sei auf diejenigen Vollstreckungsmaßnahmen beschränkt, die ganz überwiegend als Verwaltungsakte qualifiziert werden (Androhung und Festsetzung), so ließe man außer Acht, dass die Gesetzes-

³⁰ Vgl. Wetzel (Fn. 17), S. 85 f.; in diesem Sinne wohl auch BVerfG (Fn. 23).

³¹ Gusy (Fn. 25), Rn. 453; Wetzel (Fn. 30); Lemke (Fn. 26); in diesem Sinne ist wohl auch das VG Weimar (oben Fn. 21) zu verstehen.

³² Kopp/Ramsauer (Fn. 23) § 35 Rn. 113; Wetzel (Fn. 17), S. 12, S. 58 f.

³³ Wetzel (Fn. 17), S. 86; grundlegend Maurer (Fn. 21), § 15, Rn. 1 ff. (urspr. § 15, Rn. 1 ff.), Schenke (Fn. 21), Rn. 196; Brühl, JuS 1997, 1021 (1023).

³⁴ Umfassender Überblick bei Detterbeck (Fn. 21), Rn. 1046 ff.; detailliert Wetzel (Fn. 17), S. 87 ff.

³⁵ Zum Streitstand bei Erledigung des VA vor Klageerhebung vgl. Ehlers, in: Ehlers/Schoch, Rechtsschutz im Öffentlichen Recht, 2009, § 26 Rn. 18 ff.

³⁶ Gärditz, in: Gärditz, VwGO, 2013, § 80 Rn. 134 f.

³⁷ Lemke (Fn. 26), S. 432 f.

³⁸ NdsOVG, DVBl 2012, 705; VG Würzburg, Beschl. v. 23.04.2012 - 4 E 12.27, Rn. 31; Dietlein (Fn. 25), § 5 Rn. 51.

³⁹ BVerwG, Urt. v. 19.03.2014 - 6 C 8.13, Rn. 30; Urt. v. 02.03.2006 - 2 C 3.05, Rn. 11.

⁴⁰ Hierzu Rusteberg, ZJS 2012, 449 (457) m.w.N.

⁴¹ Sadler (Fn. 11), § 18 Rn. 12, der aber nicht von Erledigung ausgeht und insofern eine Fortsetzungsfeststellungsklage für unstatthaft hält; umfassend auch Lemke (Fn. 26), S. 436.

⁴² Zu ähnlich lautenden Vorschriften anderer Bundesländer vgl. z.B. § 29 I HmbVwVG.

begründung der in den wesentlichen Punkten wortgleichen Vorgängernorm (§ 8 AGVwGO vom 26.03.1960) ausdrücklich von der Anwendbarkeit der Norm sowohl auf Androhung und Festsetzung als auch die Anwendung der Zwangsmittel ausgeht.⁴³ Auch vermag der ggf. erhobene Einwand, der Gesetzgeber sei seinerzeit bloß der noch h.M. in Rspr. und Lit. gefolgt, dies sei aber mit Einführung der VwGO nicht mehr erforderlich (vgl. oben) an dieser Stelle nicht zu überzeugen, da die Norm zum einen nach Erlass der VwGO geschaffen wurde, der Gesetzgeber sich der geänderten Rahmenbedingungen mithin bewusst war. Zum anderen ist angesichts vielfacher Gesetzesnovellen – zuletzt durch Übernahme des § 8 AGVwGO a.F. in § 112 JustG NRW – die gesetzgeberische Entscheidung diesbezüglich mehrmals bestätigt worden.

2. Eine andere Auffassung (wohl h.M.) meldet hingegen Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit derartiger landesgesetzlicher Regelungen an.⁴⁴ Die Gesetzgebungskompetenz für das Gerichtsverfahren, d.h. insbesondere der Klagearten der VwGO stehe dem Bund zu (vergl. Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG), als Annex ergebe sich hieraus auch die Kompetenz, den Begriff des u.a. in den §§ 42, 68 und 80 VwGO genannten Verwaltungsakts zu definieren.⁴⁵ Eine entsprechende, auch für die Länder abschließende Legaldefinition für den Verwaltungsprozess enthalte § 35 VwVfG. Dies entspreche auch dem historischen Willen des Gesetzgebers, den Begriff jedenfalls prozessual bundeseinheitlich zu bestimmen und somit einer Zersplitterung des VA-Begriffs zuvorzukommen.⁴⁶ Es bleibe zwar bei der landesrechtlichen Kompetenz den materiellen VA-Begriff, für die eigenen Behörden zu regeln, im Prozess sei das Vorliegen eines VA aber gem. § 35 VwVfG zu bestimmen.⁴⁷ Zur Wahrung der Rechtseinheit sei dies auch deshalb geboten, um zu verhindern, dass die Landesparlamente Anwendungsbereich und Grenzen der bundesrechtlich geregelten Klagearten nach eigenem Gutdünken ausweiten und determinieren.⁴⁸

Dieses Ergebnis ist allerdings keineswegs zwingend. Es ist fraglich, ob § 35 VwVfG eine abschließende Regelung enthält.⁴⁹ Begründet wird dieser Lösungsansatz unterschiedlich. Einerseits wird angenommen, § 35 VwVfG sei nur Kodifikation eines allgemeinen Rechtsgedankens. Die darüber hinausgehende Einordnung von Maßnahmen, die die Begriffsmerkmale der Norm an sich nicht erfüllen sei ohne weiteres zulässig.⁵⁰ Zum gleichen Schluss kann

man gelangen, wenn man die bundesgesetzliche Regelung lediglich als eine Art Auffangtatbestand betrachtet, der es nicht ausschließt auch andere Handlungsformen durch Gesetz in den Rang eines Verwaltungsakts zu erheben. Eine weitere Möglichkeit besteht darin, anzunehmen, § 42 VwGO enthalte eine dynamische Verweisung auf das jeweils gültige Verwaltungsverfahrensrecht.⁵¹ Hierfür dürfte sprechen, dass anderenfalls dem Landesgesetzgeber durch bundesgesetzliche Ausgestaltung des Verwaltungsprozessrechts die Kompetenz entzogen würde, das Verwaltungsverfahrensrecht seiner eigenen Behörden zu regeln.⁵² Eine solche Aushebelung der Organisationshoheit der Länder kann verfassungsrechtlich nicht gewollt sein, denn gerade die Definition des Verwaltungsakts wird typischerweise erst relevant, wenn es zum Prozess kommt. Dies stellt sich insbesondere deshalb als problematisch dar, da Art. 84 Abs. 1 S. 1 GG nun ausdrücklich den Ländern die Kompetenz zur Regelung des Verwaltungsverfahrens auch bei der Ausführung von Bundesgesetzen zuspricht.⁵³ Die Antwort auf diese Frage dürfte letztlich davon abhängig sein, ob § 35 VwVfG nur einen „Mindest-VA“ i.S.d. VwGO vorgeben soll oder ob jede auch expansive VA-Bestimmung durch die Länder unterbleiben soll.

Folgt man in dieser Frage der derzeit h.M., so ist – wie oben dargelegt – die allgemeine Feststellungsklage die richtige Klageart. Nach anderer Ansicht kommt die Fiktion eines Verwaltungsakts durch die Länder (z.B. § 112 JustG NRW) in Betracht, sodass die ebenfalls bereits behandelten Rechtsbehelfe gegen Verwaltungsakte statthaft wären.⁵⁴

IV. Fazit

Unter Berücksichtigung der angesprochenen historischen Gründe für die Annahme einer konkludenten Duldungsverfügung sowie des Entfallens ersterer unter dem Regime der VwGO, wird man der – inzwischen wohl als ganz h.M. zu bezeichnenden – Ansicht darin zustimmen müssen, dass es sich bei Ersatzvornahme und unmittelbarem Zwang im Verwaltungsvollstreckungsrecht grundsätzlich um hoheitliche Maßnahmen rein tatsächlicher Natur handelt. Rechtsschutz hiergegen gewährt (im Hauptsacheverfahren) folglich die allgemeine Feststellungsklage. Zu einer anderen Bewertung – der Rechtsnatur und der prozessualen Auswirkungen – mag man hingegen gelangen, sofern man mit einer Mindermeinung annimmt, dem Landesgesetzgeber stehe es im Rahmen seiner Organisationshoheit zu, den Begriff des Verwaltungsakts auch und gerade im Rahmen des § 42 VwGO selbst zu definieren.

⁴³ NRW LT-Drs. 4/220, S. 9 f.

⁴⁴ Zur Kritik zusammenfassend *Lemke* (Fn. 26), S. 437.

⁴⁵ *Lemke* (Fn. 26); i.E. auch *Kopp/Schenke*, VwGO, 21. Aufl. (2015), Anh § 42, Rn. 2.

⁴⁶ *Gärditz* (Fn. 36), § 42 Rn. 8, von *Nicolai*, in: *Redeker/von Oertzen*, VwGO, 16. Aufl. (2014), § 42 Rn. 3; *Schwarz*, in: *Fehling/Kastner/Störmer*, HK-VerwR, 4. Aufl. (2015), VwVfG § 35 Rn. 5.

⁴⁷ *Lemke* (Fn. 26).

⁴⁸ *Kopp/Schenke* (Fn. 45), *Lemke* (Fn. 26).

⁴⁹ Anders nämlich *VGH BW*, NZV 1996, 167 (168); *Happ*, in: *Eyermann*, VwGO, 14. Aufl. (2014), § 42 Rn. 4; *Rusteberg* (Fn. 40).

⁵⁰ *Stelkens* (Fn. 24), VwVfG, 8. Aufl., § 35 Rn. 12 f.

⁵¹ *Wolff/Brink*, in: *Bader/Ronellenfitsch*, VwVfG, 2010, § 35 Rn. 27.

⁵² *Stelkens* (Fn. 24), VwVfG, 8. Aufl., § 35 Rn. 365.

⁵³ Hierzu auch von *Nicolai* (Fn. 46) der im Ergebnis allerdings zur Gegenansicht gelangt.

⁵⁴ A.A. aber *Sadler* bezgl. § 18 II VwVG, vgl. Fn. 39.