



# DIE BASICS

## ÖFFENTLICHES RECHT

### BAND 2: VERWALTUNGSR

**Hemmer / Wüst**

- Einordnungswissen
- Prüfungsschemata
- Beispiele mit Musterlösungen
- Bereichsübergreifende Hinweise
- Wiederholungs- und Vertiefungsfragen

**knapp**



**präzise**



**effektiv**

Inhaltsverzeichnis

Die Zahlen beziehen sich auf die Seiten des Skripts.

<b>§ 1 KLAGEARTEN &amp; GEMEINSAME ZULÄSSIGKEITSVORAUSSETZUNGEN .....</b>	<b>1</b>
<b>A) Klagearten .....</b>	<b>2</b>
<b>B) Zulässigkeitsvoraussetzungen.....</b>	<b>2</b>
<b>§ 2 ERÖFFNUNG DES VERWALTUNGSRECHTSWEGS .....</b>	<b>4</b>
<b>A) Systematische Problematik .....</b>	<b>4</b>
<b>B) Aufbau nach den Tatbestandsmerkmalen .....</b>	<b>5</b>
I. Aufdrängende Sonderzuweisung .....	5
II. Öffentlich-rechtliche Streitigkeit.....	5
1. Klagebegehren.....	6
2. Zuordnung.....	6
a) Widerrufs- und Unterlassungsfälle .....	6
b) Zulassung zu einer öffentlichen Einrichtung/Subventionen .....	8
c) Qualifikationsprobleme.....	10
3. Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art .....	12
4. Keine anderweitige Rechtswegzuweisung, § 40 I S. 1 HS 2 und S. 2 VwGO (abdrängende Sonderzuweisung).....	12
<b>§ 3 ANFECHTUNGSKLAGE .....</b>	<b>15</b>
<b>Teil 1: ZULÄSSIGKEIT .....</b>	<b>15</b>
<b>A) Statthafte Klageart.....</b>	<b>15</b>
I. Allgemeines.....	15
II. Statthaftigkeit der Anfechtungsklage.....	15
1. Qualifikation des VA nach dem äußeren Erscheinungsbild.....	16
2. Qualifikation nach dem Inhalt der Maßnahme.....	16
a) Regelung.....	16
b) Außenwirkung .....	17
aa) Rechtsaufsichtliche Maßnahmen .....	18
bb) Fachaufsichtliche Maßnahmen .....	18
c) Einzelfall.....	20
3. Gegenstand der Anfechtungsklage .....	21
III. Sonderfälle der Anfechtungsklage .....	22
1. Fälle von Rücknahme und Widerruf von VAen .....	22
2. Anfechtungsklage gegen Nebenbestimmungen.....	22
3. Isolierte Anfechtung eines Versagungsbescheides.....	27

4. Isolierte Anfechtung des Widerspruchsbescheides .....	28
a) § 79 I Nr. 2 VwGO .....	28
b) § 79 II VwGO .....	28
IV. Keine Erledigung des VA .....	29
<b>B) Klagebefugnis, § 42 II VwGO .....</b>	<b>29</b>
I. Adressat der Maßnahme .....	29
II. Anfechtung durch den Dritten .....	30
1. Begriff des Nachbarn .....	30
a) Nachbar im Baurecht .....	30
b) Nachbar im Immissionsschutzrecht .....	31
2. Drittschutznormen .....	31
III. Verstöße gegen das Verfahrensrecht .....	32
<b>C) Vorverfahren, §§ 68 ff. VwGO .....</b>	<b>32</b>
<b>D) Klagefrist, § 74 I VwGO .....</b>	<b>33</b>
I. Zustellung .....	33
II. Rechtsbehelfsbelehrung .....	34
III. Spezialfall aus dem Baurecht .....	35
IV. Verwirkung .....	36
<b>E) Beteiligten- und Prozessfähigkeit, §§ 61, 62 VwGO .....</b>	<b>36</b>
<b>F) Weitere Zulässigkeitsvoraussetzungen .....</b>	<b>37</b>
I. Ordnungsgemäße Klageerhebung, §§ 81, 82 VwGO .....	37
II. Sachliche und örtliche Zuständigkeit des VG bzw. des OVG, §§ 45 ff., 52 VwGO .....	38
III. Keine anderweitige Rechtshängigkeit, keine entgegenstehende Rechtskraft .....	38
IV. Rechtsschutzbedürfnis .....	39
<b>G) Sonderproblem: Ausschluss der Klage durch § 44a VwGO .....</b>	<b>39</b>
<b>Teil 2: Probleme zwischen Zulässigkeit und Begründetheit .....</b>	<b>40</b>
<b>A) Klagehäufung .....</b>	<b>40</b>
<b>B) Beiladung, § 65 VwGO .....</b>	<b>40</b>

<b>Teil 3: Begründetheit der Anfechtungsklage</b> .....	<b>41</b>
<b>A) Passivlegitimation, § 78 I VwGO</b> .....	<b>42</b>
I. Grds. keine Klage gegen eine Behörde.....	42
II. Rechtsträgerprinzip .....	42
III. Isolierte Anfechtungsklage gegen einen Widerspruchsbescheid.....	43
<b>B) Angabe der Rechtsgrundlage, auf die sich die Behörde gestützt hat</b> .....	<b>44</b>
<b>C) Formelle Rechtmäßigkeit des angegriffenen VA</b> .....	<b>44</b>
I. Zuständigkeit.....	44
II. Verfahren .....	45
1. Anhörung, § 28 VwVfG .....	45
2. Heilung der unterlassenen Anhörung.....	45
3. Verfahrensprobleme außerhalb des VwVfG.....	46
a) Beschlussfähigkeit gem. Art. 47 II BayGO .....	47
b) Ordnungsgemäße Beschlussfassung .....	47
III. Form.....	48
1. Grundsatz der Formfreiheit, § 37 VwVfG .....	48
2. Begründungspflicht, § 39 VwVfG .....	48
<b>D) Materielle Rechtmäßigkeit des angegriffenen VA</b> .....	<b>49</b>
I. Rechtsgrundlage .....	49
II. Anfechtung von besonderen Entscheidungen.....	49
1. Entscheidungen mit unbestimmten Rechtsbegriffen/ Beurteilungsspielraum.....	49
2. Planungsentscheidungen, Planfeststellungsbeschlüsse, §§ 72 ff. VwVfG.....	51
3. Entscheidungen, die einen VA aufheben, Fälle der §§ 48 und 49 VwVfG.....	53
4. Ermessensentscheidungen.....	63
a) § 40 VwVfG als Richtschnur für die Behörde, § 114 S. 1 VwGO Prüfungsmaßstab für das Gericht .....	63
b) Nachschieben von Gründen.....	64
aa) Nachschieben grundsätzlich zulässig .....	64
bb) Grenzen? .....	65
III. Zeitpunkt der Beurteilung der Rechtmäßigkeit .....	66
<b>E) Rechtsverletzung des Klägers</b> .....	<b>67</b>
I. Klage des Adressaten .....	67
1. Unbeachtlichkeitsregelung des § 46 VwVfG .....	67
2. Umdeutung nach § 47 VwVfG.....	68
II. Klage eines betroffenen Dritten.....	68

<b>§ 4 VERPFLICHTUNGSKLAGE</b> .....	<b>69</b>
<b>Teil 1: ZULÄSSIGKEIT</b> .....	<b>69</b>
<b>A) Richtige Klageart</b> .....	<b>69</b>
I. Verhältnis zur Anfechtungsklage .....	69
II. Verhältnis zur allgemeinen Leistungsklage .....	70
<b>B) Klagebefugnis, § 42 II VwGO</b> .....	<b>70</b>
I. Formulierung in der Klausur .....	70
II. Drittschutzfragen .....	71
<b>C) Vorverfahren, § 68 II, I VwGO</b> .....	<b>72</b>
<b>D) Klagefrist, § 74 II, I VwGO, und übrige Zulässigkeitsvoraussetzungen</b> .....	<b>72</b>
<b>Teil 2: BEGRÜNDETHEIT DER VERPFLICHTUNGSKLAGE</b> .....	<b>72</b>
<b>A) Passivlegitimation, § 78 I VwGO</b> .....	<b>72</b>
<b>B) Anspruchsgrundlage</b> .....	<b>73</b>
I. Genehmigungsfälle .....	73
1. Genehmigungspflichtigkeit .....	73
2. Genehmigungsfähigkeit .....	74
II. Ermessensfälle.....	75
<b>C) Zeitpunkt für die Beurteilung, ob Anspruch gegeben</b> .....	<b>76</b>
<b>§ 5 WIDERSPRUCHSVERFAHREN, §§ 68 ff. VwGO</b> .....	<b>77</b>
<b>A) Zulässigkeit eines Widerspruchs</b> .....	<b>77</b>
I. Verwaltungsrechtsweg, § 40 I VwGO analog .....	77
II. Statthaftigkeit, § 68 VwGO .....	78
III. Widerspruchsbefugnis, § 42 II VwGO analog.....	81
IV. Form und Frist, § 70 VwGO .....	81
1. Form .....	81
2. Frist.....	82
a) Bekanntgabe eines VA.....	82
b) Rechtsbehelfsbelehrung .....	83
c) Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.....	83
d) Sonderproblem: „Heilung durch Sachentscheidung“ .....	83
e) Einlegung des Widerspruchs bei einer unzuständigen Behörde .....	84
f) Fristberechnung .....	85
V. Beteiligten- und Verfahrensfähigkeit .....	85

<b>B) Begründetheit des Widerspruchs .....</b>	<b>86</b>
I. Prüfungsaufbau.....	86
II. Sonderproblem: Reformatio in peius.....	86
<b>§ 6 ALLGEMEINE LEISTUNGSKLAGE .....</b>	<b>92</b>
<b>Teil 1: Zulässigkeit der Klage .....</b>	<b>92</b>
<b>A) Klageart .....</b>	<b>92</b>
I. Klausurtypische Hauptanwendungsfälle der allgemeinen Leistungsklage:.....	92
II. Sonderfall: Kommunalverfassungsverstreit (KVS) .....	93
<b>B) Klagebefugnis, § 42 II VwGO analog.....</b>	<b>94</b>
<b>C) Vorverfahren, §§ 68 ff. VwGO .....</b>	<b>94</b>
<b>D) Klagefrist .....</b>	<b>95</b>
<b>E) Rechtsschutzbedürfnis .....</b>	<b>95</b>
I. Bürgerverurteilungsklage .....	95
II. Vorbeugende Unterlassungsklagen .....	96
<b>F) Sonstige Zulässigkeitsvoraussetzungen.....</b>	<b>97</b>
<b>Teil 2: Begründetheit der allgemeinen Leistungsklage.....</b>	<b>98</b>
<b>A) Passivlegitimation .....</b>	<b>98</b>
I. Analoge Anwendung des § 78 VwGO? .....	98
II. Sonderproblem: Kommunalverfassungsverstreit (KVS) .....	98
<b>B) Weitere Begründetheitsprüfung .....</b>	<b>99</b>
I. Ansprüche aus öffentlich-rechtlichem Vertrag .....	99
1. Vorliegen eines Vertrages.....	99
2. Zustandekommen des Vertrages durch zwei übereinstimmende Willenserklärungen eines Hoheitsträgers und eines Bürgers.....	100
3. Wirksamkeit des Vertrages .....	100
a) Formelle Rechtmäßigkeit des Vertrages .....	100
b) Materielle Rechtmäßigkeit des Vertrages .....	100
aa) Vertragsformverbot .....	100
bb) Vertragsinhalt.....	101
c) Rechtsfolge der Rechtswidrigkeit .....	101

II. Ansprüche aus Folgenbeseitigung .....	102
1. Dogmatische Herleitung des FBA .....	102
2. Voraussetzungen des FBA .....	102
3. Rechtsfolge des FBA .....	103
<b>§ 7 ALLGEMEINE FESTSTELLUNGSKLAGE, § 43 VwGO .....</b>	<b>104</b>
<b>Teil 1: Zulässigkeit der allgemeinen Feststellungsklage .....</b>	<b>104</b>
<b>A) Klageart .....</b>	<b>104</b>
I. Rechtsverhältnis.....	104
1. Rechtlicher Begriff.....	104
a) Erfordernis der Konkretetheit .....	104
b) Künftige und vergangene Rechtsverhältnisse .....	105
c) Mögliche Beteiligte des Rechtsverhältnisses .....	105
2. Typische Anwendungsfälle der allgemeinen Feststellungsklage.....	105
II. Feststellung der Nichtigkeit eines VA.....	106
<b>B) Klagebefugnis, § 42 II VwGO analog.....</b>	<b>106</b>
I. Nichtigkeitsfeststellungsklage, § 43 I Alt. 3 VwGO .....	106
II. Feststellungsklage auf Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses, § 43 I Alt. 1 oder 2 VwGO .....	107
<b>C) Berechtigtes Interesse an der baldigen Feststellung, § 43 I VwGO .....</b>	<b>107</b>
<b>D) Subsidiarität, § 43 II S. 1 VwGO.....</b>	<b>108</b>
I. Rechtsfolge der Subsidiarität .....	108
II. Ausnahmen von der Subsidiarität .....	108
<b>E) Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis .....</b>	<b>110</b>
I. Nichtigkeitsfeststellungsklage, § 43 I Alt. 3 VwGO .....	110
II. Vorbeugende Feststellungsklage .....	110
<b>Teil 2: Begründetheit der Feststellungsklage .....</b>	<b>111</b>
<b>A) Passivlegitimation .....</b>	<b>111</b>
<b>B) Weitere Begründetheit .....</b>	<b>111</b>
I. Nichtigkeitsfeststellungsklage .....	111
II. Positive oder negative Feststellungsklage .....	111

<b>§ 8 FORTSETZUNGSFESTSTELLUNGSKLAGE, § 113 I S. 4 VwGO .....</b>	<b>112</b>
<b>Teil 1: Zulässigkeit der Fortsetzungsfeststellungsklage (FFK) .....</b>	<b>112</b>
<b>A) Klageart .....</b>	<b>112</b>
I. Direkte Anwendung des § 113 I S. 4 VwGO .....	112
II. Analoge Anwendung des § 113 I S. 4 VwGO.....	113
III. Erledigung des VA bzw. des Klagebegehrens.....	114
<b>B) Klagebefugnis .....</b>	<b>115</b>
<b>C) Erfordernis eines Widerspruchsverfahrens .....</b>	<b>115</b>
I. Erledigung nach Ablauf der Widerspruchsfrist .....	115
II. Erledigung vor Ablauf der Widerspruchsfrist .....	116
<b>D) Besonderes Feststellungsinteresse, § 113 I S. 4 VwGO .....</b>	<b>117</b>
I. Wiederholungsgefahr .....	117
II. Rehabilitationsinteresse .....	117
III. Vorbereitung eines Amtshaftungsprozesses .....	118
1. Erledigung des VA oder des Klagebegehrens nach Klageerhebung.....	118
2. Erledigung des VA oder des Klagebegehrens vor Klageerhebung .....	118
<b>E) Klagefrist .....</b>	<b>119</b>
<b>Teil 2: Begründetheit der Fortsetzungsfeststellungsklage .....</b>	<b>120</b>
<b>A) Passivlegitimation .....</b>	<b>121</b>
<b>B) Weitere Begründetheitsprüfung .....</b>	<b>121</b>
<b>§ 9 NORMENKONTROLLAntrag, § 47 VwGO .....</b>	<b>122</b>
<b>Teil 1: Zulässigkeit des NormenkontrollAntrags.....</b>	<b>122</b>
<b>A) Tauglicher Prüfungsgegenstand.....</b>	<b>122</b>
I. § 47 I Nr. 1 VwGO, baurechtliche Satzungen.....	122
II. § 47 I Nr. 2 VwGO, andere, im Rang unter dem Landesgesetz stehende Rechtsvorschriften .....	123
III. Zeitliche Gültigkeit des Prüfungsgegenstandes .....	123
<b>B) „I.R.d. Gerichtsbarkeit“ .....</b>	<b>123</b>

<b>C) Antrag und Antragsbefugnis, § 47 II VwGO.....</b>	<b>124</b>
I. Formelle Voraussetzungen .....	124
II. Antragsbefugnis .....	125
1. Behörden .....	125
2. Natürliche und juristische Personen.....	125
III. Antragsfrist.....	127
<b>D) Rechtsschutzbedürfnis .....</b>	<b>127</b>
<b>Teil 2: Begründetheit des NormenkontrollAntrags .....</b>	<b>128</b>
<b>A) Richtiger Antragsgegner, § 47 II S. 2 VwGO.....</b>	<b>128</b>
<b>B) Landesverfassungsrechtlicher Vorbehalt .....</b>	<b>128</b>
<b>C) Weitere Begründetheitsprüfung.....</b>	<b>129</b>
I. Ermächtigungsgrundlage .....	129
II. Formelle Rechtmäßigkeit der zu kontrollierenden Rechtsnorm.....	129
1. Zuständigkeit.....	129
2. Verfahren .....	130
III. Materielle Rechtmäßigkeit der Norm.....	131
<b>§ 10 EINSTWEILIGER RECHTSSCHUTZ .....</b>	<b>132</b>
<b>1. Abschnitt: Verfahren nach § 80 V VwGO .....</b>	<b>132</b>
<b>Teil 1: Zulässigkeit des Antrags nach § 80 V VwGO.....</b>	<b>132</b>
<b>A) Statthafte Antragsart .....</b>	<b>132</b>
I. Abgrenzung zu anderen Verfahrensarten .....	132
II. Aufschiebende Wirkung .....	133
1. Anforderungen an den Rechtsbehelf aus § 80 V VwGO.....	133
2. Entfallen der aufschiebenden Wirkung.....	134
III. Sonderfall: Nichtbeachtung der aufschiebenden Wirkung („faktischer Vollzug“).....	134
<b>B) Antragsbefugnis, § 42 II VwGO analog .....</b>	<b>135</b>
<b>C) Zuständigkeit des Gerichts der Hauptsache .....</b>	<b>136</b>
<b>D) Form und Frist .....</b>	<b>136</b>

<b>E) Rechtsschutzbedürfnis .....</b>	<b>136</b>
I. Einlegung eines Rechtsbehelfs in der Hauptsache .....	136
II. Frist in der Hauptsache .....	138
II. Vorherige Antragstellung bei der Behörde .....	138
<b>Teil 2: Begründetheit des Antrags nach § 80 V VwGO .....</b>	<b>139</b>
<b>A) Je nach Bundesland: Richtiger Antragsgegner .....</b>	<b>139</b>
<b>B) Begründetheitsprüfung im Fall der Beseitigung eines von der Behörde nach § 80 II S. 1 Nr. 4 VwGO angeordneten Sofortvollzuges .....</b>	<b>139</b>
I. Für die Vollzugsanordnung zuständige Behörde .....	140
II. Förmlichkeiten der Vollzugsanordnung .....	140
1. Begründungszwang, § 80 III S. 1 VwGO .....	140
2. Anhörung, § 28 VwVfG (analog) .....	141
<b>C) Weitere Begründetheitsprüfung für alle Fälle des § 80 II VwGO: Interessenabwägung .....</b>	<b>141</b>
I. Erfolgsaussichten der Hauptsache .....	142
II. Eigentliche Abwägung .....	142
<b>2. Abschnitt: Verfahren nach §§ 80, 80a VwGO .....</b>	<b>143</b>
<b>Teil 1: Zulässigkeit des Antrags nach § 80a VwGO .....</b>	<b>143</b>
<b>A) Statthaftigkeit des Antrags .....</b>	<b>143</b>
<b>B) Antragsbefugnis, § 42 II VwGO analog .....</b>	<b>144</b>
<b>C) Zuständigkeit des Gerichts der Hauptsache .....</b>	<b>145</b>
<b>D) Rechtsschutzbedürfnis .....</b>	<b>145</b>
<b>Teil 2: Begründetheit des Antrags nach § 80a III VwGO .....</b>	<b>146</b>
<b>3. Abschnitt: Verfahren nach § 123 VwGO .....</b>	<b>147</b>
<b>Teil 1: Zulässigkeit des Antrags nach § 123 VwGO .....</b>	<b>147</b>
<b>A) Statthaftigkeit .....</b>	<b>147</b>
<b>B) Antragsbefugnis, § 42 II VwGO analog .....</b>	<b>147</b>

<b>C) Behauptung eines Anordnungsanspruchs und eines Anordnungsgrundes .....</b>	<b>148</b>
<b>D) Rechtsschutzbedürfnis .....</b>	<b>148</b>
I. Antragstellung bei der Behörde .....	148
II. Keine Vorwegnahme der Hauptsache .....	148
<b>Teil 2: Begründetheit des Antrags nach § 123 VwGO .....</b>	<b>149</b>
<b>A) Je nach Bundesland: Richtiger Antragsgegner .....</b>	<b>150</b>
<b>B) Glaubhaftmachung von Anordnungsanspruch und Anordnungsgrund.....</b>	<b>150</b>
I. Abgrenzung Sicherungs-, Regelungs- und Leistungsanordnung? .....	150
1. Sicherungs- und Regelungsanordnung .....	150
2. Leistungsanordnung.....	151
II. Anordnungsgrund.....	152
III. Anordnungsanspruch .....	152
<b>C) Ermessen des Gerichts .....</b>	<b>152</b>
<b>4. Abschnitt: Einstweiliger Rechtsschutz über § 47 VI VwGO .....</b>	<b>153</b>
<b>Teil 1: Zulässigkeit des Antrags nach § 47 VI VwGO.....</b>	<b>153</b>
<b>Teil 2: Begründetheit .....</b>	<b>153</b>

## § 1 KLAGEARTEN & GEMEINSAME ZULÄSSIGKEITSVORAUSSETZUNGEN

Klagearten nach  
der VwGO

Verwaltungshandeln ist die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben, die nicht zur Gesetzgebung und Rechtsprechung gehören. Es handelt sich also um die Formen des Staatshandelns, mit denen der Bürger „normalerweise“ am häufigsten zu tun hat.



*Bsp.: Erteilung einer Baugenehmigung oder einer Fahrerlaubnis; Untersagung eines Gewerbes; Zulassung zu einer öffentlichen Einrichtung (z.B. Gemeindehaus), usw.*

Der ebenfalls wichtige Bereich der Steuerpflicht ist als spezielle Materie „Steuerrecht“ allerdings aus dem Bereich des eigentlichen Verwaltungsrechts ausgegliedert. Im Pflichtprogramm der Juristischen Staatsexamina spielt es deshalb regelmäßig keine Rolle.<sup>1</sup>

Bei (nichtverfassungsrechtlichen) Streitigkeiten zwischen Bürger und Staat können unabhängige Gerichte, die sog. Verwaltungsgerichte angehört werden.



**hemmer-Methode: Hier zeigt sich besonders deutlich die in der Gewaltenteilung mitangelegte Kontrollfunktion. Da dies aus historischer Sicht nicht selbstverständlich ist, kommt der Frage nach einer gerichtlichen Rechtsschutzmöglichkeit im Verwaltungsrecht besondere Bedeutung zu. Daher wird hier - anders als z.B. im Zivilrecht - in Klausuren von Anfang an neben dem materiellen Recht auch das Prozessrecht geprüft. In diesem Skript nimmt das Prozessrecht als gleichsam „Allgemeiner Teil“ sogar einen Schwerpunkt ein, da insbesondere die Regelungen des sog. „Besonderen Verwaltungsrechts“ meist in den Ländergesetzen geregelt sind, die in einem Basics-Skript nicht umfassend dargestellt werden könnten.**

Dabei ist das Rechtsschutzsystem in der VwGO nahezu lückenlos, aber trotzdem nicht abschließend geregelt, nur wenige Ausnahmeklagen müssen durch Analogien entwickelt werden. Anknüpfungspunkt ist das Klagebegehren des Klägers sowie der Rechtscharakter der angegriffenen oder begehrten behördlichen Handlung.



**hemmer-Methode: Im Folgenden werden die Vorschriften des BundesVwVfG (in §§) zugrunde gelegt. Bei Handeln einer Landesbehörde müssen Sie selbstverständlich die parallelen Normen Ihres jeweiligen LandesVwVfG anwenden.**

<sup>1</sup> Ausnahme aber z.B. Bayern im 2. Staatsexamen, da Steuerrecht dort bislang eine Pflichtklausur darstellt.

## A) Klagearten

VA oder sonstiges  
behördliches Han-  
deln

Die in der VwGO geregelten Klagearten unterscheiden sich da-  
nach, ob ein Verwaltungsakt (VA) i.S.d. § 35 VwVfG Streitgegen-  
stand ist oder ein sonstiges behördliches Handeln.<sup>2</sup>

1



**Bsp.:** VAe sind z.B. eine Baugenehmigung, eine Gaststätten-  
erlaubnis oder eine Gewerbeuntersagung, aber auch ein poli-  
zeilicher Platzverweis.

bei VA Anfech-  
tungs- oder Ver-  
pflichtungsklage

Wird ein VA angegriffen oder sein Erlass begehrt, sind die An-  
fechtungsklage nach § 42 I Alt. 1 VwGO oder die Verpflichtungs-  
klage gem. § 42 I Alt. 2 VwGO einschlägig. Als Unterfall davon  
kann bei einer Erledigung des VA oder des Begehrens auf Erlass  
eines VA die Fortsetzungsfeststellungsklage nach § 113 I S. 4  
VwGO (analog) angesehen werden.

sonst allgemeine  
Leistungsklage

Begehrt der Kläger eine sonstige Leistung der Behörde, die gera-  
de nicht in der Aufhebung oder im Erlass eines VAs besteht, so  
handelt es sich um eine allgemeine Leistungsklage, die zwar in  
der VwGO nicht speziell geregelt ist, aber in verschiedenen Vor-  
schriften als selbstverständlich bestehend vorausgesetzt wird,  
z.B. in §§ 43 II, 111, 113 IV VwGO.

2

oder Feststellungs-  
klage

Ist Streitgegenstand das Bestehen oder Nichtbestehen eines  
Rechtsverhältnisses, insbesondere eines öffentlich-rechtlichen  
Vertrages, oder die Feststellung der Nichtigkeit eines VA, dann  
handelt es sich um eine Feststellungsklage nach § 43 I VwGO.  
Geht es dem Kläger dagegen um die Nichtigerklärung einer lan-  
desrechtlichen Rechtsvorschrift, dann ist die Normenkontrollklage  
nach § 47 VwGO einschlägig.

## B) Zulässigkeitsvoraussetzungen

Systematik der  
Zulässigkeitsprü-  
fung

Die Reihenfolge der Zulässigkeitsvoraussetzungen orientiert sich  
an der Systematik der VwGO. Dieser folgende Prüfungsaufbau  
eignet sich als Klausurschema für eine verwaltungsprozessuale  
Klausur, wenn es sich nicht um eine Normenkontrolle nach § 47  
VwGO handelt, da dort einige Besonderheiten beachtet werden  
müssen.

3



**hemmer-Methode:** In der Bewältigung der Zulässigkeitsprü-  
fung liegt in Klausuren eine nicht zu unterschätzende  
Schwierigkeit. Es muss gezeigt werden, dass der Bearbeiter  
die entscheidenden Punkte der Zulässigkeit kennt und be-  
herrscht. Das spiegelt sich auch darin wieder, dass Unprob-  
lematisches nur kurz abgehandelt werden darf, da bloßes  
Ausbreiten von angelerntem Wissen den Korrektor eher ver-  
ärgert, wenn der Sachverhalt diesbezüglich kein Problem  
aufwirft.

4



- I. Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges, § 40 I S. 1 VwGO
- II. Festlegung der statthaften Klageart, §§ 42, 43 VwGO
- III. Klagebefugnis, § 42 II VwGO (analog)
- IV. Besondere, für jede Klageart unterschiedliche Prozessvoraussetzungen (z.B. Widerspruchsverfahren, Klagefrist)
- V. Beteiligten- und Prozessfähigkeit, §§ 61, 62 VwGO
- VI. Evtl. Rechtsschutzbedürfnis
- VII. Zuständigkeit des Gerichts, §§ 45, 52 VwGO
- VIII. Weitere Zulässigkeitsvoraussetzungen (nur sofern problematisch, z.B. ordnungsgemäße Klageerhebung nach §§ 81, 82 VwGO)



**hemmer-Methode:** Da nahezu alle typischen Klausuren aus dem Verwaltungsrecht mit einer Zulässigkeitsprüfung beginnen, trägt ein diesbezüglich gelungener Einstieg zum guten „ersten Eindruck“ des Korrektors bei. Man sollte die Gelegenheit nicht vergeben, hier erste Pluspunkte zu sammeln. In diesem Zusammenhang ist allerdings auch eine Warnung vor der sklavischen Anwendung von Schemata angebracht. Auswendig gelerntes Schubladendenken führt oft dazu, dass nicht ein Schema auf den Fall angewendet, sondern vielmehr der Fall unter das Schema gepresst wird. Aufbaumuster sollen der Erleichterung dienen, dabei darf man aber die Besonderheiten des Einzelfalles nicht aus den Augen verlieren. Glaubt man etwa, den (seltenen!) Fall vor sich zu haben, dass eine Klage in der Zulässigkeit bereits scheitert, etwa an der Klagebefugnis, nach dem Sachverhalt aber ein „späterer“ Punkt problematisch ist, so wird dieser Gegenstand eben im Aufbau vorgezogen und die Frage des Scheiterns der Zulässigkeit erst am Schluss abgehandelt.

Das obige Schema spricht die Punkte an, die in den veröffentlichten Musterlösungen der Examensklausuren regelmäßig angesprochen werden, auch wenn keine Schwierigkeiten damit verbunden sind, sondern lediglich eine Feststellung erforderlich ist.

## § 2 ERÖFFNUNG DES VERWALTUNGSRECHTSWEGS

### A) Systematische Problematik

§ 40 I VwGO als eigener Prüfungspunkt?

Bevor die eigentliche Prüfung dieses Punktes beginnt, stellt sich bereits eine Aufbaufrage. Seit Einführung der §§ 17, 17a GVG ist die Eröffnung des Rechtsweges keine eigentliche Zulässigkeitsvoraussetzung mehr, da eine Klage, mit welcher der falsche Rechtsweg beschritten wurde, nicht mehr als unzulässig abgewiesen wird. Heute wird vielmehr von Amts wegen an das für den Streit zuständige Gericht verwiesen, § 17a II GVG. Seither wird z.T. favorisiert, die Prüfung des § 40 I VwGO aus dem Zulässigkeitschema herauszunehmen und als eigenen Gliederungspunkt voranzustellen.

5

Eine weitere Aufbaumöglichkeit ist es, statt nach der Zulässigkeit nach dem Vorliegen der sog. Sachurteilsvoraussetzungen zu fragen und unter dieser Überschrift sowohl die Eröffnung des Rechtsweges als auch die eigentlichen Zulässigkeitsvoraussetzungen gemeinsam zu prüfen. Für diesen Aufbau spricht, dass sich die gleiche Problematik aufgrund des § 83 VwGO auch i.R.d. Gerichtszuständigkeit stellt. Diese konsequent vor die eigentliche Zulässigkeitsprüfung zu verorten, fällt aber bereits deshalb schwer, weil die Zuständigkeit von der statthaften Klageart abhängt.

In der Klausur sollte man sich ohne Diskussion für einen der Wege entscheiden, da alle akzeptiert werden.<sup>3</sup>

§ 40 I VwGO i.d.R. kein Problem

Weiter ist zu beachten, dass die Prüfung des § 40 I VwGO in „normalen“ Examensklausuren, v.a. bei Anfechtungsklagen, so gut wie nie ein Problem darstellt. Der Versuch, an diesem Prüfungspunkt angelerntes Wissen anzubringen, führt daher zu leicht vermeidbaren Punktabzügen.

6

Standardformulierung empfehlenswert

Deshalb sollte man sich eine Standardformulierung zurechtlegen, die man ohne viel Nachdenken anwenden kann, z.B. für Baurechtsfälle:



„Der Verwaltungsrechtsweg gem. § 40 I VwGO ist eröffnet, da es sich um eine Streitigkeit auf dem Gebiet des öffentlichen Baurechts handelt, die nicht verfassungsrechtlicher Art ist und für die keine anderweitige Zuweisung ersichtlich ist.“



**hemmer-Methode: In derart einfachen Fällen darf man auch keine Angst vor der Anwendung des im Ersten Staatsexamen eigentlich verpönten Urteilsstils haben.**

3 Vgl. dazu z.B. die Musterlösung der bayerischen Examensklausur 1990/II - 8, BayVBl. 1992, 542 (572); aber auch außerhalb Bayerns sind beide Lösungswege vertretbar.

Eine gute Klausurbearbeitung zeichnet sich auch und gerade dadurch aus, dass der Examenskandidat schon durch einen abwechslungsreichen Stil zeigt, ob in dem gerade bearbeiteten Teil ein Problem steckt oder nicht.<sup>4</sup>

## B) Aufbau nach den Tatbestandsmerkmalen

Ergibt sich entgegen dem „Normalfall“ doch ein Problem, ist nach den gesetzlichen Tatbestandsmerkmalen des § 40 I VwGO folgendermaßen vorzugehen:

7

### I. Aufdrängende Sonderzuweisung

bei aufdrängender  
Sonderzuweisung  
§ 40 I VwGO (-)

Eine aufdrängende Sonderzuweisung liegt vor, wenn die Verwaltungsgerichte spezialgesetzlich für zuständig erklärt werden. Bei einer derartigen Vorschrift entfällt eine Prüfung des § 40 I VwGO, da die Verwaltungsgerichte in jedem Fall zuständig sind, auch wenn die Streitigkeit in ihrem Kern nicht öffentlich-rechtlich ist.

8

§ 126 BBG

In diesem Zusammenhang ist - auch außerhalb des Wahlfachbereichs - vorrangig an § 126 I BBG zu denken, der die Verwaltungsgerichte in allen „beamtenrechtlichen“ Streitigkeiten für zuständig erklärt.<sup>5</sup>

9

Daneben ist hier auch § 17a II S. 3 GVG zu berücksichtigen, wonach ein Verweisungsbeschluss hinsichtlich des Rechtsweges bindet.<sup>6</sup>

### II. Öffentlich-rechtliche Streitigkeit

öffentlich-rechtliche  
Natur der Streitigkeit

Ist problematisch, ob die Streitigkeit öffentlich-rechtlicher Natur ist, so empfiehlt es sich, in der Klausur etwa die folgende Standardformulierung von Kopp voranzustellen:

10



Die **wahre Natur** des **behaupteten** Anspruchs müsste öffentlich-rechtlich sein.

Aus diesem „Merksatz“, den man sich einprägen sollte, ergibt sich der weitere Klausuraufbau.

4 Beachte dazu die klausurtaktischen Hinweise in **Hemmer/Wüst, Verwaltungsrecht I, Rn. 17**.

5 Einige wenige Vorschriften könnten von ihrem Wortlaut her mit einer aufdrängenden Sonderzuweisung verwechselt werden, so etwa Art. 12 BayPOG, wonach in polizeirechtlichen Streitigkeiten die Verwaltungsgerichte zuständig sind. Diese Norm ist allerdings rein deklaratorischer Natur ohne eigenen Regelungsgehalt. In einer Polizeirechtsklausur kann sie zu § 40 I VwGO zitiert werden, ohne dass auf eine Prüfung der Tatbestandsmerkmale des § 40 VwGO verzichtet werden dürfte.

6 Die Bindungswirkung erstreckt sich nicht auf das materielle Recht, vgl. BayVGh, BayVBl. 1999, 399 = **jurisbyhemmer**. (Wenn dieses Logo hinter einer Fundstelle abgedruckt wird, finden Sie die Entscheidung online unter „juris by hemmer“: [www.hemmer.de](http://www.hemmer.de)).

## 1. Klagebegehren

*Festlegung des Klagebegehrens*

Der „behauptete Anspruch“ wird geklärt durch eine Festlegung des Klagebegehrens, d.h. es ist darzustellen, was der Kläger mit seiner Klage genau erreichen möchte, welchen Anspruch er gegen die öffentliche Hand zu haben glaubt.

11



**hemmer-Methode:** Die Wichtigkeit dieses ersten Punktes, der Festlegung des klägerischen Willens, wird immer unterschätzt. Dabei ist es für den einzuschlagenden Weg gerade entscheidend, ob der Kläger behördliches Handeln etwa nur angreifen will oder ob er vielleicht zusätzlich den Erlass weiterer Akte begehrt.

Hier werden bereits die Weichen für die Festlegung der richtigen Klageart gestellt. Arbeiten Sie hier genau, da sonst die Gefahr besteht, dass die Klausur am Klagebegehren „vorbei geschrieben“ wird.

## 2. Zuordnung

*Zuordnung zu Normen*

Der zweite Schritt besteht in der Prüfung der Frage, ob sich für die Entscheidung über dieses Begehren ein Normenkomplex findet, der sich dem öffentlichen Recht zuordnen lässt. Im Rahmen der Anfechtungsklage ist hier soweit möglich auf die Rechtsgrundlage für den angefochtenen Verwaltungsakt abzustellen.

12

Hier können i.R.d. § 40 I VwGO Probleme auftreten, da es zahlreiche Bereiche gibt, in denen sich Zivilrecht und öffentliches Recht überschneiden. Insoweit gibt es mehrere klausurrelevante Standardsituationen, von denen zwei exemplarisch dargestellt werden sollen.<sup>7</sup>

**hemmer-Methode:** Ein weiterer „Klassiker“ neben den im Folgenden dargestellten Problemfällen ist das Hausverbot. Soweit für dieses keine eindeutige Rechtsgrundlage zu finden ist, fragt eine Ansicht nach dem Zweck des Besuches, ob der Besucher also zivilrechtliche oder öffentlich-rechtliche Interessen wahrnehmen will, während die Gegenansicht nach dem Zweck des Hausverbots fragt. Besteht dieses darin, die Funktionsfähigkeit der Verwaltung aufrecht zu erhalten, liegt ein Hausverbot vor, das öffentlich-rechtlich zu qualifizieren ist.

### a) Widerrufs- und Unterlassungsfälle

*Abgrenzung bei Widerruf und Unterlassen*

Wird der Widerruf einer Äußerung oder das Unterlassen einer Handlung begehrt, so ist Rechtsgrundlage dafür i.R.d. öffentlichen Rechts der öffentlich-rechtliche Abwehranspruch, der z.T. aus § 1004 BGB analog abgeleitet wird.

13

<sup>7</sup> Vgl. ausführlich zu den hier denkbaren Fallkonstellationen Hemmer/Wüst, *Verwaltungsrecht I*, Rn. 27 ff.

Damit ist aber über die Rechtsnatur der Streitigkeit noch nicht entschieden, da es ebenso gut ein nach Zivilrecht zu beurteilender Widerrufsanspruch sein könnte, der seine Grundlage dann in §§ 823, 1004 BGB findet.



**hemmer-Methode: Die Rechtsgrundlage für den öffentlich-rechtlichen Unterlassungsanspruch ist im Einzelnen umstritten, dabei handelt es sich aber um eine Frage der Begründetheit einer Klage. Neuerdings wird überwiegend nicht mehr auf § 1004 BGB abgestellt, sondern von einem eigenständigen öffentlich-rechtlichen Anspruch gesprochen, was aber an dem Zuordnungsproblem nichts ändert.**

*beachte: Kehrseitentheorie*

Nach der „Kehrseitentheorie“ des BVerwG<sup>8</sup> entspricht der Charakter des Widerrufsanspruchs dem Charakter des zu widerrufenden Verhaltens. Eine öffentlich-rechtliche Äußerung kann eben nur öffentlich-rechtlich widerrufen werden. In diesen Fällen muss daher innerhalb des § 40 I VwGO darauf abgestellt werden, in welchem Zusammenhang eine Äußerung gefallen ist.



**hemmer-Methode: Das Problem liegt hier darin, dass es sich bei Äußerungen um Realakte handelt. Es kann daher bei der Zuordnung nicht wie üblich auf die Rechtsgrundlage abgestellt werden. Stattdessen muss nach dem Sachzusammenhang gefragt werden.**



*Bsp.:<sup>9</sup> Während einer Sitzung des Stadtrats der Stadt N, die die Beratung des Berichts des Rechnungsprüfungsamtes für das vergangene Haushaltsjahr zum Gegenstand hat, beschuldigt Stadtratsmitglied Blau den Bürgermeister, er habe Baumaterial unterschlagen, einen von ihm verursachten Schaden auf Kosten der Stadt beseitigt und sich so persönlich bereichert. Der Bürgermeister klagt vor dem VG auf Widerruf dieser Äußerungen.*

Schwierigkeiten bereitet hier die Bejahung der öffentlich-rechtlichen Streitigkeit. Der begehrte Widerruf kann möglicherweise zivilrechtlich auf den Rechtsgedanken des § 1004 BGB oder aber auf den öffentlich-rechtlichen Folgenbeseitigungsanspruch gestützt werden.<sup>10</sup> Es ist hier entscheidend auf den Sachzusammenhang abzustellen.<sup>11</sup> Unter Berücksichtigung der „Kehrseitentheorie“ ist der Rückschluss zu ziehen, dass der Widerruf den gleichen Rechtscharakter hat wie die Äußerung selbst. Die beanstandete Äußerung des Blau ist nicht nur in einer Stadtratssitzung gefallen, sondern gerade in unmittelbarem Zusammenhang mit der städtischen Haushaltsberatung.

8 Vgl. BVerwG, JZ 1990, 862 = [jurisbyhemmer](#); näher zur actus-contrarius-Theorie auch [Hemmer/Wüst, Verwaltungsrecht I, Rn. 59](#).

9 Vgl. etwa zu Äußerungen während einer Gemeinderatssitzung OVG Rheinland-Pfalz, DVBl. 1992, 449 = [jurisbyhemmer](#).

10 Zu den öffentlich-rechtl. Abwehransprüchen vgl. [Hemmer/Wüst, Verwaltungsrecht II, Rn. 204 ff.](#)

11 [Hemmer/Wüst, Verwaltungsrecht II, Rn. 165 ff.](#)