



HEMMER / WÜST / CHRISTENSEN

VERWALTUNGSRECHT II

Das Prüfungswissen

- für Studium
- und Examen

11. Auflage

§ 3 Verpflichtungsklage	1
A) Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges	2
I. Zuordnungsprobleme	2
1. Zulassung zu einer öffentlichen Einrichtung	2
a) Zwei-Stufen-Theorie	2
b) Fallgruppen	4
aa) Benutzung öffentlich-rechtlich	4
bb) Benutzung privat-rechtlich	4
c) Sonderproblem: Klageantrag bei Betrieb der öffentlichen Einrichtung in privatrechtlicher Form	6
2. Subventionsfälle	6
a) Typische Fallkonstellationen:	7
b) Zuordnungsproblem und Zwei-Stufen-Theorie	7
II. Keine andere Rechtswegzuweisung, § 40 I S. 1 HS 2 und S. 2 VwGO (sog. abdrängende Sonderzuweisung)	8
B) Zulässigkeit der Verpflichtungsklage	8
I. Statthaftigkeit	8
1. Begehren eines Verwaltungsakts	9
a) Abgrenzung Verwaltungsakt / Realakt	9
aa) Geldleistungsansprüche	9
bb) Erteilung einer Auskunft/Widerruf von Äußerungen	10
cc) Folgenbeseitigungsansprüche	10
b) Sonderfall: Mitwirkung anderer Behörden	10
aa) Im Verhältnis Bürger – Staat	10
bb) Im Verhältnis von Trägern öffentlicher Gewalt untereinander	12
c) Keine Erledigung des begehrten Verwaltungsakts	13
2. Fälle der Verpflichtungsklage	13
a) Versagungsgegenklage, § 42 I Alt. 2 UF 1 VwGO	13
b) Untätigkeitsklage, § 42 I Alt. 2 UF 2 VwGO	14
c) „Bescheidungsklage“, § 113 V S. 2 VwGO	15
3. Sonderprobleme der Statthaftigkeit	15
a) Klagen Dritter	15
aa) Nachbarklagen	15
bb) Wirtschaftliche Konkurrentenklage	16
cc) Beamtenrechtliche Konkurrentenklage	18
b) Isolierte Anfechtung	18
c) Rechtsschutz gegen Nebenbestimmungen	19
d) Genehmigungsfiktion nach § 42a VwVfG	20
II. Klagebefugnis, § 42 II VwGO	21
1. Möglicher Anspruch als subjektives Recht	22
2. Ermessensfälle	23
3. Fehlender Antrag	23
III. Vorverfahren	23
1. Untätigkeitsklage i.S.d. § 42 I VwGO	24
2. § 75 VwGO bei der Versagungsgegenklage	25
3. Sonderfälle	25
IV. Klagefrist, § 74 VwGO	26
1. Klagefrist der Versagungsgegenklage	26
2. Klagefrist bei Klagen nach § 75 VwGO	26
V. Übrige Zulässigkeitsvoraussetzungen	26

C) Beiladung und Klagehäufung	26
I. Beiladung	26
II. Objektive Klagehäufung	27
D) Begründetheit der Verpflichtungsklage	27
I. Obersatzbildung	28
II. Passivlegitimation	29
III. Anspruchsaufbau (Vornahmeklage)	29
1. Anspruchsgrundlage	29
2. Formelle Anspruchsvoraussetzungen	30
3. Materielle Anspruchsvoraussetzungen – „Genehmigungsfälle“	30
a) Genehmigungspflichtigkeit	31
b) Genehmigungsfähigkeit	32
4. Sonderfall - Die Zusicherung als Anspruchsgrundlage	32
a) Allgemeines	32
b) Klausurschwerpunkte	32
aa) Verpflichtungsklage	32
bb) Anfechtungsklage	33
c) Abgrenzungen	33
aa) Zusicherung und unverbindliche Auskunft	33
bb) Zusicherung und Vorbescheid	34
d) Klausurfall	35
IV. Prüfung bei Ermessen – Aufbau bei Verbescheidungsklagen	36
1. Vornahmeklage	36
2. Verbescheidungsklage	36
a) Rechtswidrigkeit der Ablehnung/Unterlassung des Verwaltungsakts	37
b) Subjektive Rechtsverletzung	37
V. Prüfung bei Beurteilungsspielraum	37
VI. Entscheidungsrelevanter Zeitpunkt	40
VII. Nachschieben von Gründen	41
VIII. Entscheidung	41
E) Anhang: Sonderfälle zu §§ 48, 49, 51 VwVfG: Beseitigung eines bestandskräftigen Verwaltungsakts als Rechtsschutzziel	42
I. Wiederaufgreifen des Verfahrens nach § 51 VwVfG	42
II. Begehren einer Aufhebung nach §§ 48, 49 VwVfG	44
III. Vorgehen in der Klausur bei Wiederaufgreifen des Verfahrens gem. § 51 VwVfG	45
1. Zulässigkeit der Verpflichtungsklage	45
a) Klageart	45
b) Klagebefugnis	45
2. Begründetheit der Verpflichtungsklage	45
a) Zulässigkeit des Antrags auf Wiederaufgreifen	46
aa) Nicht-Anfechtbarkeit des Verwaltungsakts	46
bb) Kein Verschulden, § 51 II VwVfG	46
cc) Drei-Monats-Frist, § 51 III S. 1 VwVfG	46
b) Begründetheit des Antrags auf Wiederaufgreifen	46
aa) Vorliegen eines Wiederaufgreifensgrundes	46
bb) Erheblichkeit des Wiederaufgreifensgrundes	47
c) Neue Entscheidung in der Sache	47
IV. Fallbeispiel	48

§ 4 Fortsetzungsfeststellungsklage	50
A) Überblick	50
B) § 113 I S. 4 VwGO (direkte Anwendung): Die Fortsetzungsfeststellungsklage bei Erledigung des Verwaltungsakts nach Erhebung einer Anfechtungsklage	51
I. Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges	52
1. § 23 I S. 1 EGGVG als abdrängende Sonderzuweisung	52
2. Art. 18 II S. 2 BayPAG / § 14 II MEPOIG 1977 als abdrängende Sonderzuweisung.....	54
II. Zulässigkeit der Fortsetzungsfeststellungsklage	54
1. Statthaftigkeit	54
a) Erledigung durch Aufhebung des Verwaltungsakts	55
b) Erledigung durch Zeitablauf	56
c) Erledigung auf andere Weise.....	56
2. Zulässigkeitsvoraussetzungen der Anfechtungsklage	58
3. Feststellungsinteresse	59
a) Wiederholungsgefahr	59
b) Rehabilitationsinteresse	60
c) Vorbereitung eines Amtshaftungsprozesses	60
d) Schwerwiegender Grundrechtseingriff.....	62
e) Nicht ausreichend: sich typischerweise kurzfristig erledigende Verwaltungsakte.....	62
III. Begründetheit	62
C) § 113 I S. 4 VwGO (analog): Die Verpflichtungsfestsetzungsfeststellungsklage	63
I. Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges, § 40 I VwGO	64
II. Zulässigkeit der Verpflichtungsfestsetzungsfeststellungsklage	64
1. Statthaftigkeit	64
a) Erledigung der Begehrt des Verwaltungsakts.....	64
aa) Hypothetische Erledigung	65
bb) Änderung der Sach- und Rechtslage	65
b) Analoge Anwendung	66
2. Besondere Zulässigkeitsvoraussetzungen der Verpflichtungsklage	67
3. Feststellungsinteresse	67
III. Begründetheit	67
D) Erledigung des Verwaltungsakts vor Klageerhebung (erweiterte Fortsetzungsfeststellungsklage), § 113 I S. 4 VwGO analog	68
I. Problemstellung	68
II. Analoge Anwendung des § 113 I S. 4 VwGO	69
III. Problem: Zulässigkeitsvoraussetzungen der Anfechtungs–bzw. Verpflichtungsklage	70
1. Vorverfahren	70
a) Literatur: Umgestellte Anfechtungs-/Verpflichtungsklage	71
b) Rechtsprechung: „Fortsetzungswiderspruchsverfahren“ unstatthaft.....	71
c) Erledigung während des Widerspruchsverfahrens	72
2. Klagefrist	72
IV. Feststellungsinteresse.....	73
V. Begründetheit	73
E) Sonstige Anwendungsfälle	73
I. Fortsetzungsfeststellungsklage bei Realakten	73
II. Sonderfall: Fortsetzungsfeststellungsklage bei Kommunalverfassungsstreitigkeit	74
III. Aufhebung des Verwaltungsakts ist ausgeschlossen	75

F) Fortsetzungsfeststellungswiderspruch	75
G) Beiderseitige und einseitige Erledigungserklärung.....	76
I. Übereinstimmende Erledigungserklärungen	76
II. Einseitige Erledigungserklärung	77
1. Voraussetzungen	77
2. Entscheidungsmöglichkeiten des Gerichts	78
a) Erledigung ist tatsächlich eingetreten	78
b) Keine (tatsächliche) Erledigung	79
§ 5 Allgemeine Leistungsklage	80
A) Allgemeine Leistungsklage im System der verwaltungsgerichtlichen Rechtsbehelfe	80
I. Dogmatische Herleitung	80
II. Abgrenzung	80
B) Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges, § 40 I VwGO	82
I. Öffentlich-rechtliche Streitigkeit	82
1. Äußerungen von Beamten	82
a) Äußerung als Privatmann	82
b) Äußerung in Ausübung der Dienstgeschäfte	83
c) Problemfälle	83
aa) fiskalische Hilfsgeschäfte	83
bb) Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben in privatrechtlicher Form	83
2. Immissionsfälle	83
a) Zusammenhang mit förmlichem Verwaltungshandeln	83
b) Zweck und Funktionszusammenhang	84
3. Sonderproblem: Streitigkeiten mit Beteiligung einer Kirche	84
II. Sonderzuweisungen	85
1. § 40 II S. 1 VwGO	85
2. § 49 VI S. 3 VwVfG	86
C) Zulässigkeit der allgemeinen Leistungsklage	87
I. Statthaftigkeit / richtige Klageart	87
1. Leistungs-Vornahme-Klage	87
a) Erteilung einer Auskunft	88
b) Die Gewährung von Akteneinsicht	90
c) Geldzahlungen, Schadensersatz	91
aa) Klagen des Bürgers gegen den Staat	91
bb) Klagen des Staates gegen den Bürger	92
d) Allgemeine Leistungsklage in Bezug auf Normen	92
aa) Begriff der Norm, Problemstellung	92
bb) Normenkontrollklage i.w.S.	94
cc) Normerlassklage	95
2. Leistungs-Unterlassungs-Klage	97
a) Klage auf Unterlassung eines schlichten Verwaltungshandelns	97
b) Klage auf Unterlassung eines Verwaltungsakts	98
II. Klagebefugnis	98
III. Vorverfahren, Klagefrist	99
IV. Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis	99
1. Allgemeine Leistungsklage des Bürgers gegen den Staat	100
2. Allgemeine Leistungsklage des Staates gegen den Bürger	100
V. Sonstige Zulässigkeitsvoraussetzungen	101

D) Klagehäufung, Beiladung, Streitgenossenschaft.....	101
E) Die Begründetheit der allgemeinen Leistungsklage	101
I. Obersatz	101
II. Passivlegitimation.....	102
III. Bestehen des Leistungsanspruches	102
IV. Durchsetzbarkeit des Anspruches	103
V. Sonderproblem: Aufrechnung mit rechtswegfremder Forderung.....	103
F) Klagen zur Geltendmachung von öffentlich-rechtlichen Abwehransprüchen.....	104
I. Begriff der Abwehransprüche	104
1. Öffentlich-rechtliche Unterlassungsansprüche	104
2. Öffentlich-rechtliche Beseitigungsansprüche	105
a) Öffentlich-rechtliche Folgenbeseitigungsansprüche (im Folgenden mit FBA abgekürzt)	105
b) Öffentlich-rechtliche Erstattungsansprüche	105
II. Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges, § 40 I VwGO	106
III. Zulässigkeit der Klage	106
1. Statthafte Klageart	106
a) Fallrelevante Probleme	106
aa) Abgrenzung zum Verwaltungsakt	106
bb) Der sog. Vollzugs-FBA	107
b) Typische Fallkonstellationen	107
aa) Beschlagnahmefälle	107
bb) Widerruf von amtlichen Äußerungen.....	107
cc) Erstattungsansprüche.....	108
2. Klagebefugnis, § 42 II VwGO analog.....	108
3. Rechtsschutzbedürfnis	108
4. Sonstige Zulässigkeitsvoraussetzungen	108
IV. Begründetheit der Leistungs-Vornahme-Klage	108
1. Passivlegitimation	109
2. Bestehen des Abwehranspruches	109
a) Die öffentlich-rechtlichen Folgenbeseitigungsansprüche	109
aa) Rechtsgrundlage	109
bb) Die einzelnen Voraussetzungen	110
b) Die öffentlich-rechtlichen Erstattungsansprüche	115
aa) Geschriebene Erstattungsansprüche.....	115
bb) Ungeschriebene Erstattungsansprüche.....	116
G) Die allgemeine Leistungsklage im Zusammenhang mit öffentlich-rechtlichen Verträgen	119
I. Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges, § 40 I VwGO	119
1. Problem: Öffentlich-rechtliche Streitigkeit.....	119
2. Rechtsnatur des Vertrages	119
II. Zulässigkeit der Klage	120
1. Klageart.....	120
2. Klagebefugnis, § 42 II VwGO analog.....	120
3. Sonstige Zulässigkeitsvoraussetzungen	121
III. Begründetheit	121
1. Passivlegitimation	121
2. Bestehen des Leistungsanspruches.....	121
a) Vorliegen eines Vertrages.....	121
aa) Verwaltungsvertrag und zustimmungsbedürftiger Verwaltungsakt	122
bb) Öffentlich-rechtlicher Vertrag und Zusicherung, § 38 VwVfG.....	122

b) wirksamer Vertragsschluss	122
c) Wirksamkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrages	122
aa) Formelle Rechtmäßigkeit	123
bb) Materielle Rechtmäßigkeit	124
cc) Nichtigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrages, § 59 VwVfG	127
IV. Fallbeispiel	128
H) Kommunalverfassungsrechtliche Streitigkeit	132
I. Begriff	132
II. Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges, § 40 I VwGO	132
III. Zulässigkeit der Klage	133
1. Statthafte Klageart	133
a) Anfechtungs- und Verpflichtungsklage vorrangig	133
b) Klageart bei Verneinung eines Verwaltungsakts	134
2. Klagebefugnis, § 42 II VwGO analog	135
3. Beteiligtenfähigkeit, § 61 VwGO	136
a) Gemeinderat	136
b) Gemeinderatsfraktion	136
c) Einzelnes Gemeinderatsmitglied	136
d) Der Erste Bürgermeister	137
4. Sonstige Zulässigkeitsvoraussetzungen	137
IV. Begründetheit der Kommunalverfassungsstreitigkeit	137
1. Passivlegitimation, § 78 I Nr. 1 VwGO analog	137
2. Bestehen des Leistungsanspruchs	138
§ 6 Allgemeine Feststellungsklage	139
A) Die Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges, § 40 I VwGO	140
B) Zulässigkeit der allgemeinen Feststellungsklage	141
I. Statthaftigkeit	141
1. Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses	141
a) Ausgangspunkt: Klagebegehren	141
b) Das Rechtsverhältnis	142
aa) Definition des Rechtsverhältnisses	142
bb) Beziehungen zwischen Personen und Sachen	142
cc) Begründungsmöglichkeiten	142
dd) Rechtliche Beziehung und subjektives öffentliches Recht	144
ee) Gegenwärtige Rechtsverhältnisse	145
ff) Vergangene und zukünftige Rechtsverhältnisse	146
gg) Abgrenzung zur vorbeugenden Feststellungsklage	146
hh) Die Beteiligten des Rechtsverhältnisses	146
c) Schlüssige Behauptung des Bestehens bzw. Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses	147
d) Fallbeispiel zur Feststellung eines Rechtsverhältnisses	147
2. Feststellung der Nichtigkeit eines Verwaltungsakts	147
a) Abgrenzung zu § 43 I Alt. 1 VwGO	148
b) Abgrenzung zur Anfechtungsklage	148
c) Keine Feststellung der Wirksamkeit	149
d) Analoge Anwendung auf Nicht-Verwaltungsakte?	149
II. Subsidiarität gemäß § 43 II S. 1 VwGO	149
1. Hintergrund der Subsidiarität	149
2. Ausnahmen	150
a) Rechtsschutzinteresse nur durch Feststellung gedient	150
b) Beklagter ist öffentlich-rechtliche Körperschaft	150
c) Beamtenrechtliche Klagen	151
3. Keine Anwendung auf Nichtigkeitsfeststellungsklage, § 43 II S. 2 VwGO	151

III. Klagebefugnis analog § 42 II VwGO?	151
1. Standpunkt der h.M.....	151
2. Gegenansicht.....	152
IV. Berechtigtes Interesse an baldiger Feststellung als besonderes Rechtsschutzbedürfnis.....	152
1. Berechtigtes Interesse	152
2. Interesse an baldiger Feststellung	153
3. Fallgruppen zu § 113 I S. 4 VwGO	153
V. Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis	153
1. Verwirkung	153
2. Verwaltungsakt-Befugnis der Behörde	154
3. Antrag gemäß § 44 V VwVfG.....	154
VI. Vorverfahren und Klagefrist.....	154
VII. Sonstige allgemeine Sachurteilsvoraussetzungen	155
VIII. Fallbeispiel:.....	155
C) Begründetheit der allgemeinen Feststellungsklage	157
I. Passivlegitimation	157
1. Positive Feststellungsklage	157
2. Negative Feststellungsklage	157
3. Nichtigkeitsfeststellungsklage.....	157
II. Die weitere Begründetheitsprüfung	157
1. Die positive / negative Feststellungsklage.....	157
2. Nichtigkeitsfeststellungsklage.....	158
D) Sonderproblem.....	158
I. Kommunalverfassungsverstreitigkeiten.....	158
II. Normerlassklage.....	158
§ 7 Verwaltungsgerichtliches Normenkontrollverfahren, § 47 VwGO	159
A) Einordnung der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle (NK).....	159
I. Prüfungsrecht und Verwerfungsrecht.....	159
II. Prinzipale und inzidente Normenkontrolle.....	159
1. Begriff.....	159
2. Unterschiedliche Rechtsfolgen	160
3. Mischfunktion der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle	161
B) Zulässigkeitsvoraussetzungen des § 47 VwGO	161
I. Statthaftigkeit der Normenkontrolle	162
1. Satzungen i.S.d. § 47 I Nr. 1 VwGO	162
2. Rechtsvorschriften i.S.d. § 47 I Nr. 2 VwGO	162
a) Allgemeine Erwägungen	163
b) Maßgeblichkeit der äußeren Form	163
c) Verwaltungsvorschriften	164
d) Geschäftsordnung des Gemeinderates	165
3. Vorschriften, „die erlassen worden sind“	165
II. Entscheidung nur i.R.d. Gerichtsbarkeit des OVG/VGH	166
III. Antragsberechtigung	167

IV. Antragsbefugnis.....	167
1. Bebauungspläne	168
2. andere Rechtsvorschriften	170
3. Antragsbefugnis von Behörden	170
4. Präklusion	171
V. Antragsfrist	171
VI. Landesverfassungsgerichtlicher Vorbehalt	172
VII. Ordnungsgemäße Antragstellung	172
VIII. Rechtsschutzbedürfnis	173
1. Von natürlichen und juristischen Personen	173
a) Rechtsmissbrauch / Verwirkung:	173
b) Verhältnis zu Anfechtungs- und Verpflichtungsklage	173
c) Außerkrafttreten einer Norm	174
2. Von Behörden	174
a) Normverwerfungskompetenz der Verwaltung?	174
b) Bei gemeindlichen Satzungen.....	175
IX. Weitere Zulässigkeitsvoraussetzungen	175
X. Anhang: Fall	175
C) Beiladung Dritter, § 65 VwGO?.....	177
D) Begründetheit der Normenkontrolle	178
I. Richtiger Antragsgegner, § 47 II S. 2 VwGO.....	178
II. Festlegung des Prüfungsmaßstabes: § 47 III VwGO.....	178
III. Grundsätzliche Prüfungsfolge bei Rechtsverordnungen und Satzungen	179
1. Feststellung der möglichen Rechtsgrundlage	179
a) Satzungen	180
b) Verordnungen.....	180
2. Formelle Rechtmäßigkeit	180
a) Satzungen	180
aa) Zuständigkeit	180
bb) Verfahren.....	181
b) Verordnungen.....	181
3. Materielle Rechtmäßigkeit	181
a) Wirksamkeit der Rechtsgrundlage	181
aa) Satzungen	181
bb) Rechtsverordnungen	182
b) I.R.d. Rechtsgrundlage (Subsumtion).....	182
aa) Satzungen	182
bb) Verordnungen.....	182
c) Ermessen	183
aa) Dimensionen des Ermessens	183
bb) Überprüfung des Ermessens	183
IV. Sonderfall: Konstellation bei Bebauungsplänen	185
1. Rechtsgrundlage.....	185
2. Formelle Rechtmäßigkeit	185
a) Zuständigkeit	185
b) Verfahren.....	185
c) Unbeachtlichkeit nach §§ 214, 215 BauGB	186
3. Materielle Rechtmäßigkeit	186
a) Planrechtfertigung	186
b) Äußere Abwägungsfehler, zwingende Planungsleitsätze.....	187
c) Abwägung, § 1 VII BauGB	187
V. Entscheidung.....	188

§ 3 VERPFLICHTUNGSKLAGE

Klage auf Erlass eines Verwaltungsakts

Die Verpflichtungsklage ist eine Unterart der Leistungsklage (vgl. Überblicksskizze in **Hemmer/Wüst, Verwaltungsrecht I, Rn. 10**). Mit ihr wird der Erlass eines Verwaltungsakts begehrt. Der Urteilsspruch wirkt daher im Unterschied zur Anfechtungsklage grundsätzlich nicht rechtsgestaltend.¹ Die Verwaltung wird lediglich verpflichtet, den begehrten Verwaltungsakt zu erlassen (§ 113 V S. 1 VwGO, Vornahmeklage²) bzw. unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu verbescheiden, falls die Sache noch nicht spruchreif ist (§ 113 V S. 2 VwGO, sog. Bescheidungsklage).

1

hemmer-Methode: Das Gericht kann also durch seinen Urteilsspruch nicht selbst einen Verwaltungsakt in die Welt setzen, sondern vermag die Verwaltung maximal zur Vornahme, d.h. zum Erlass des Verwaltungsakts, zu verpflichten, § 113 V VwGO. Folgt die Verwaltung dem rechtskräftigen Urteilsspruch nicht, so muss der Bürger nach § 172 VwGO die Vollstreckung mittels Zwangsgeld einleiten. § 172 VwGO geht als speziellere Regelung dem Verweis des § 167 VwGO auf die ZPO vor. Eine Fiktion des Verwaltungsakt-Erlasses mit Rechtskraft des Urteils, wie sie § 894 ZPO für Willenserklärungen vorsieht, kennt das Verwaltungsvollstreckungsrecht nicht.

häufige Fälle:

Die meisten Fälle der Verpflichtungsklage sind in folgenden drei Bereichen anzusiedeln:

2

- ⇒ Leistungsverwaltung (Subventionen, Zugang zu öffentlichen Einrichtungen),
- ⇒ Präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt/Genehmigungserfordernis (Baugenehmigung, immissionsschutzrechtliche Genehmigung, Gaststättenerlaubnis),
- ⇒ Anspruch auf sicherheitsbehördliches Tätigwerden.

Sachentscheidungs Voraussetzungen der Verpflichtungsklage, § 42 I VwGO

A) Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges, § 40 I VwGO

B) Zulässigkeit der Verpflichtungsklage

- I. Statthaftigkeit: Begehren eines Verwaltungsakts i.S.v. § 35 VwVfG
- II. Klagebefugnis, § 42 II VwGO
- III. Vorverfahren, §§ 68 ff. VwGO.
- IV. Klagefrist, § 74 VwGO
- V. weitere Zulässigkeitsvoraussetzungen (sofern problematisch)

viele Parallelprobleme bei der Anfechtungsklage

Wegen der gemeinsamen gesetzlichen Regelungen in §§ 42 I, II, 68 ff. VwGO können viele Probleme gleichfalls sowohl bei der Anfechtungsklage als auch bei der Verpflichtungsklage auftreten.

3

1 Allerdings wirkt die stattgebende Entscheidung insofern rechtsgestaltend, als der versagende Bescheid zumindest konkludent aufgehoben wird (i.E. str. Kopp/Schenke, § 113 VwGO, Rn. 178 f.; BVerwGE 1, 291 = [juris](#)byhemmer. Wenn dieses Logo hinter einer Fundstelle abgedruckt wird, finden Sie die Entscheidung bei [juris](#). Zur Arbeit mit [juris](#) befindet sich vorne im Skript eine ausführliche Anleitung.). Insofern umfasst die Verpflichtungsklage die Anfechtungsklage mit (was für die Streitfrage der Zulässigkeit der isolierten Anfechtungsklage von Bedeutung ist). Hier darf man sich aber nicht verwirren lassen! Gegenstand der gerichtlichen Überprüfung ist nämlich nicht der Versagungsbescheid als solcher, sondern nur die Frage, ob die Versagung (Wortlaut des § 113 I S. 1 VwGO) der beantragten Begünstigung rechtswidrig ist.

2 Vornahme- und Bescheidungsklage sind keine eigenen Klagearten. Der Kläger muss allerdings seinen Klageantrag entsprechend der Spruchreife seines Begehrens stellen, da sein Antrag sonst als teilweise unbegründet verworfen werden kann.

Beispielhaft seien hier nur die Fragen der Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges, des Vorliegens eines Verwaltungsakts, der Durchführung des Vorverfahrens oder der Einhaltung der Klagefrist sowie die sonstigen Zulässigkeitsvoraussetzungen erwähnt. Diese Problemschwerpunkte werden daher nachfolgend nur problematisiert, soweit sie spezifische Fragestellungen der Verpflichtungsklage darstellen.

hemmer-Methode: Vergleichen Sie deshalb zu den allgemeinen Voraussetzungen der Verpflichtungsklage wie Vorverfahren, Partei- und Prozessfähigkeit, Rechtsschutzbedürfnis etc. parallel die Ausführungen in Hemmer/Wüst, Verwaltungsrecht I, Rn. 146 ff.

A) Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges

Obersatz, § 40 I VwGO

Der Weg zu den Verwaltungsgerichten ist gem. § 40 I S. 1 VwGO in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art gegeben, soweit diese Streitigkeit nicht einem anderen Gericht gesetzlich ausdrücklich zugewiesen ist.

4

I. Zuordnungsprobleme

Dreierschritt

Das Vorliegen einer öffentlich-rechtlichen Streitigkeit ist i.R.d. Verpflichtungsklage am besten anhand eines Dreierschritts zu bestimmen:

5

1. **Schritt:** Festlegung des Streitgegenstandes³
2. **Schritt:** Festlegung der streitentscheidenden Normen (Zuordnung)
3. **Schritt:** Qualifikation der streitentscheidenden Normen⁴

In der Verpflichtungsklage kann insbesondere der zweite Schritt der Zuordnung problematisch sein.

1. Zulassung zu einer öffentlichen Einrichtung

Bsp.: Die X-Partei möchte die gemeindeeigene Halle für eine Wahlkampfveranstaltung anmieten. Die Halle ist über Jahre hinweg für derartige Anlässe zur Verfügung gestellt worden.

Klage auf Nutzung von öffentlicher Einrichtung

Das Zuordnungsproblem kann in mehrfacher Hinsicht auftauchen. Betrachtet man das Rechtsverhältnis zwischen Bewerber und Träger der öffentlichen Einrichtung als Gesamtvorgang, kommen als streitentscheidende Normen sowohl solche des öffentlichen Rechts (z.B. Art. 21 BayGO,⁵ aber auch §§ 69 ff. GewO) als auch solche des Privatrechts (insb. §§ 535 ff. BGB - Mietrecht) in Betracht.

6

a) Zwei-Stufen-Theorie

Zwei-Stufen-Theorie

I.R.d. Leistungsverwaltung haben die Gemeinden hinsichtlich der Organisations- und der Kontrahierungsform ein (ggfs. doppeltes) Wahlrecht.

3 Vgl. Hemmer/Wüst, Verwaltungsrecht I, Rn. 24 ff.

4 Vgl. Hemmer/Wüst, Verwaltungsrecht I, Rn. 39 ff.

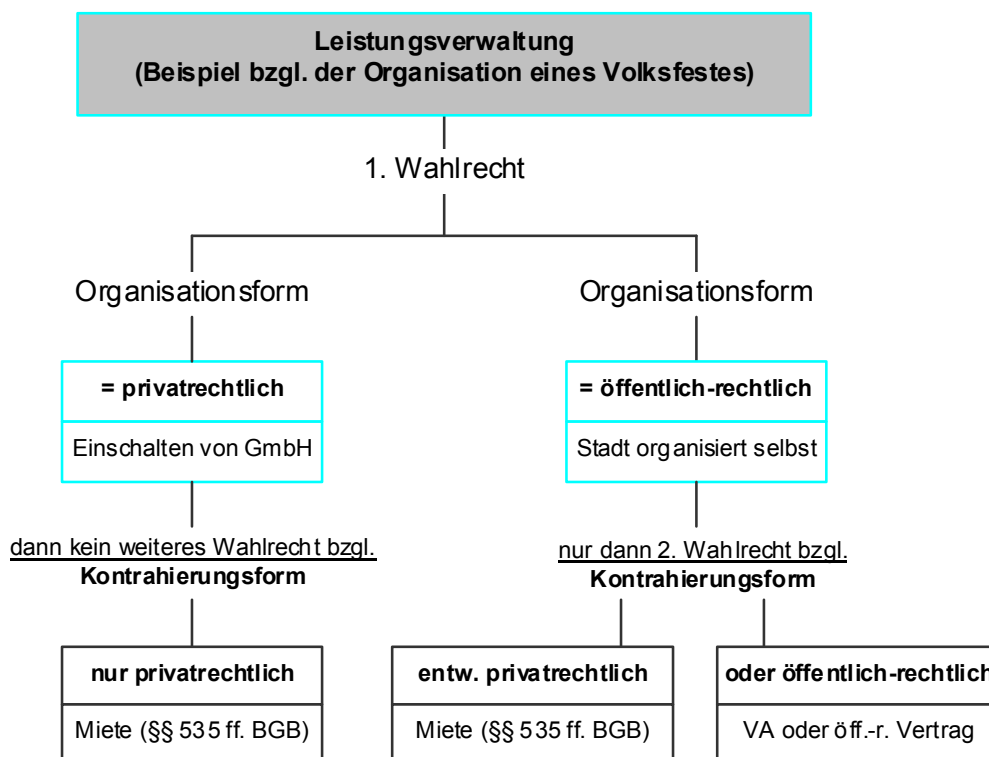
5 Bzw. entsprechende Vorschriften anderer Gemeindeordnungen.

Die jeweilige Gemeinde kann zum einen selbst die Organisation der öffentlichen Einrichtung übernehmen, sie kann aber auch die Organisation einer privatrechtlichen Gesellschaft (i.d.R. eine GmbH) übertragen.⁶ Erfolgt allerdings eine Übertragung auf eine GmbH, so kann die beauftragte GmbH gegenüber dem Bürger nur noch privatrechtlich handeln, also auch nur noch privatrechtliche (Miet-) Verträge schließen. Zum Handeln in hoheitlicher Form ist die GmbH als juristische Person des Privatrechts somit nicht befugt.

hemmer-Methode: Zweifelhaft ist in den Fällen, in denen die Einrichtung unmittelbar von einer juristischen Person des Privatrechts betrieben wird, ob überhaupt eine öffentliche Einrichtung i.S.d. Art. 21 BayGO vorliegt. Dies ist nur dann zu bejahen, wenn die Gemeinde aufgrund der vertraglichen Beziehungen mit dieser juristischen Person einen beherrschenden Einfluss ausüben kann, der Gemeinde also die Letztentscheidungskompetenz zusteht.

Behält die Gemeinde hingegen die Organisationsgewalt, so kann sie sich entscheiden, ob die Benutzungsform öffentlich-rechtlich (durch Verwaltungsakt, aber besonders durch öffentlich-rechtlichen Vertrag) oder privatrechtlich (Mietvertrag) erfolgen soll.

Doppeltes Wahlrecht bei der Leistungsverwaltung



Zwei-Stufen-Theorie:

1. „Ob“ der Zulassung immer öffentlich-rechtlich!
2. „Wie“ der Benutzung

Herkömmlicherweise wird zwischen Zulassung und letztendlicher Benutzung der öffentlichen Einrichtung differenziert, sog. Zwei-Stufen-Theorie (s. dazu auch nachfolgende Skizze unter Rn. 9). Die Zulassung zur öffentlichen Einrichtung („Ob“ der Benutzung) soll dabei auf erster Stufe durch Verwaltungsakt oder öffentlich-rechtlichen Vertrag erfolgen. Die Ausgestaltung des Benutzungsverhältnisses („Wie“ der Benutzung) steht auf zweiter Stufe des Gesamtvorgangs und richtet sich entweder nach Privatrecht oder nach öffentlichem Recht.

⁶ Auf Grund dieses Wahlrechts können Gemeinden das Parken auf Flächen, an welchen kein Gemeingebrauch besteht, privatrechtlich regeln, vgl. BayVGH, BayVBl. 1999, 50.

Die Begründung für diese Unterscheidung liegt darin, dass durch die Ausübung des Wahlrechts seitens der Behörde der Anspruch des Bürgers nicht geschmälert werden darf. Dieser im öffentlichen Recht begründete Anspruch wäre für den Bürger vor einem Zivilgericht aber schon deswegen nur schwer durchsetzbar, weil er auf einen für das Zivilrecht fremden Kontrahierungszwang hinausläuft. Außerdem ist der Verwaltungsprozess für den Bürger schon deshalb günstiger, weil hier nach § 86 VwGO der Amtsermittlungsgrundsatz und nicht wie im Zivilprozessrecht der Beibringungsgrundsatz gilt.

Die in diesen Fällen häufigsten Anspruchsgrundlagen werden Art. 21 I (evtl. i.V.m. IV, V) BayGO bzw. die Parallelvorschriften Art. 15 BayLKrO oder Art. 15 BayBezO⁷ sein (ggf. auch §§ 69 ff. GewO bei einem festgesetzten Volksfest). Daneben kann ein Anspruch in der Satzung, die die Benutzung der Einrichtung regelt, normiert sein. Nur in Ausnahmefällen kommt ein Anspruch direkt aus den Grundrechten in Betracht⁸ (insbesondere Art. 3 I GG evtl. i.V.m. Art. 21 GG, § 5 PartG).

b) Fallgruppen

einzelne Fallgruppen

Grundsätzlich sind folgende Fallgruppen zu unterscheiden:

- ⇒ Die Zulassung zur öffentlichen Einrichtung und Benutzung der öffentlichen Einrichtung sind öffentlich-rechtlich - etwa durch Satzung - gestaltet.
- ⇒ Die Zulassung zur öffentlichen Einrichtung ist öffentlich-rechtlich geregelt, die konkrete Ausgestaltung aber privatrechtlich.
- ⇒ Die Gemeinde bedient sich einer privatrechtlichen Organisationsform (GmbH, AG) und muss dementsprechend auch das Benutzungsverhältnis privatrechtlich ausgestalten. Insoweit handelt es sich um eine Modifikation der gerade genannten Fallgruppe.

7

aa) Benutzung öffentlich-rechtlich

In dieser ersten Fallgruppe ergeben sich keine Probleme. Es muss nur festgestellt werden, dass eine Benutzungsordnung nach öffentlichem Recht vorliegt. Hierfür sind Indizien, wie Bezeichnung der Benutzungsordnung (Satzung statt AGB), Bezeichnung des Entgeltes (Gebühr statt Nutzungsentgelt) oder die Art der Auflösung (Widerruf statt Kündigung) maßgebend. Kommt danach nur eine Benutzungsordnung nach öffentlichem Recht in Betracht, so ergeben sich keine Zuordnungsprobleme, der streitentscheidende Normenkomplex ist in jeden Fall öffentlich-rechtlich, der Verwaltungsrechtsweg ist somit eröffnet. Ein Rückgriff auf die Zwei-Stufen-Theorie ist nicht nötig.

8

bb) Benutzung privat-rechtlich

nur erste Stufe öffentlich-rechtlich

Ist die Benutzung privatrechtlich geregelt, sei es durch die Gemeinde selbst, sei es durch eine Gesellschaft, an der die Gemeinde beteiligt ist, empfiehlt es sich, in der Klausur mit der Zwei-Stufen-Theorie zu arbeiten.

9

⁷ Bzw. der entsprechenden jeweiligen Landesvorschriften.

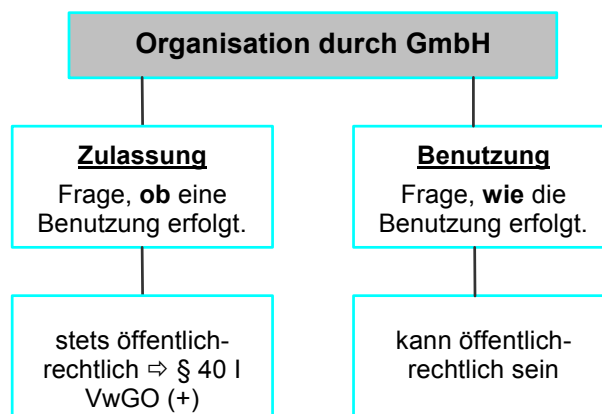
⁸ Schwedtfeger, Rn. 364.

Will der Kläger geklärt wissen, ob er überhaupt einen Anspruch auf Zulassung hat, so ist die erste Stufe des Rechtsverhältnisses betroffen, als streitentscheidende Norm kommt nur der öffentlich-rechtliche Zulassungsanspruch (z.B. aus Art. 21 BayGO) in Betracht.

Entstehen Streitigkeiten über die Art und Weise („Wie“) der Abwicklung - etwa die Höhe des zu entrichtenden Mietzinses -, so steht der Weg zu den ordentlichen Gerichten offen, § 13 GVG, sogenannte zweite Stufe.

hemmer-Methode: Regelmäßig wird es sich in der öffentlich-rechtlichen Klausur um Streitigkeiten auf der ersten Stufe handeln, z.B. Aufnahme in den Kindergarten, Zugang zur Stadthalle, Anschluss an die gemeindliche Wasserleitung. Ein Fall auf der zweiten Stufe liegt vor, wenn nur um die Bewirtung während der Benutzung der Stadthalle gestritten wird.⁹

Zwei-Stufen-Theorie bei öffentlicher Einrichtung



Kritik: Zwei-Stufen-Theorie lebensfremd

Die Zwei-Stufen-Theorie sieht sich allerdings zunehmender Kritik ausgesetzt. In der Literatur wird vorgebracht, die Annahme eines Zwei-Stufen-Verhältnisses beruhe auf einer Fiktion. Tatsächlich würde nur zugelassen, die Annahme eines nachfolgenden Vertrages sei eine Unterstellung, ein an sich einheitlicher Lebenssachverhalt werde künstlich auseinander gerissen.

10

Als Alternative wird ein einheitliches Benutzungsverhältnis vorgeschlagen, das sowohl die Zulassung als auch die eigentliche Nutzung umfasst. Dabei hat die Verwaltung die Wahl, dieses, in Verwirklichung des Zulassungsanspruches, durch Verwaltungsakt, öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen Vertrag zu regeln.¹⁰

Einheitstheorie: Privatrecht

Nach der Einheitstheorie ist das gesamte Benutzungsverhältnis in dem Fall der Ausgestaltung durch privatrechtlichen Vertrag dem Privatrecht zuzuordnen. Wird dem Bürger die Zulassung zu der Einrichtung verweigert, muss er seinen Anspruch gegen die juristische Person des Privatrechts vor den Zivilgerichten geltend machen.

aber: keine Flucht ins Privatrecht

Dabei ist aber zu beachten, dass sich die Gemeinde durch die Wahl der privatrechtlichen Rechtsform dem gemeinderechtlichen Zulassungsanspruch nicht entziehen kann. Vielmehr handelt die Gemeinde auch hier auf dem Gebiet der Leistungsverwaltung zur öffentlich-rechtlichen Daseinsfürsorge.

9 BayVGH, BayVBl. 2002, 565 = [jurisbyhemmer](#).

10 Zur Vertiefung Maurer, § 17, Rn. 20 ff.

Eine „Flucht ins Privatrecht“ ist abzulehnen. Wenn ein Benutzungsanspruch gegen die Gemeinde besteht, ist auch der privatrechtlich organisierte Betreiber zur Zulassung des Bürgers zu verurteilen. Die Einheitstheorie nimmt aus diesem Grund im Zivilrecht ausnahmsweise einen Kontrahierungszwang an.

c) Sonderproblem: Klageantrag bei Betrieb der öffentlichen Einrichtung in privatrechtlicher Form

Weitere Probleme ergeben sich in dem Fall, dass die öffentliche Einrichtung nicht durch die Gemeinde selbst, sondern durch eine juristische Person des Privatrechts betrieben wird, an der die Gemeinde beteiligt ist oder die die öffentliche Einrichtung von der Gemeinde gepachtet hat.

11

Bsp.: Die Stadthalle wird betrieben durch eine Stadthallen-GmbH. Einziger Gesellschafter der GmbH ist die Gemeinde G.

Einwirkungsanspruch gegen die Gemeinde (jur. Pers. des ÖR)

Zwar kommt in diesen Fällen eine direkte Verurteilung der Gemeinde zur Zulassung des Antragstellers durch das Verwaltungsgericht nicht in Betracht, erwirkt werden kann aber die Verurteilung der Gemeinde, auf das von ihr kontrollierte Privatrechtssubjekt derart einzuwirken, dass dem Antragsteller Zugang gewährt wird. Auch dieser „Einwirkungsanspruch“ ergibt sich aus Art. 21 BayGO.

Eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit liegt vor.¹¹ Da diese Einwirkung auf der Ebene des Privatrechts stattfindet, kann es sich nicht um einen Verwaltungsakt i.S.d. § 35 VwVfG handeln, sodass allerdings nur eine allgemeine Leistungsklage in Betracht kommt.

hemmer-Methode: Voraussetzung für die Anwendung der Zwei-Stufen-Theorie bei dem Betrieb der Einrichtung in privatrechtlicher Form ist aber immer, dass trotz der Privatisierung noch eine öffentliche Einrichtung vorliegt. Hieran fehlt es, wenn die Gemeinde nicht mehr die Verfügungsgewalt hat, bspw. weil sie in einer Stadt-Hallen-GmbH nur Minderheitsgesellschafter ist oder weil sie die Halle ohne atypische Klauseln an einen privaten Betreiber verpachtet hat. Im Fall einer vollständigen auch materiellen Privatisierung liegt keine öffentliche Einrichtung mehr vor. Eine solche materielle Privatisierung ist grundsätzlich auch zulässig.¹² Allerdings kann der entsprechende Pacht- bzw. Gesellschaftsvertrag nach Ansicht des BVerwG gegen Art. 57 GO verstoßen. Nach dieser Vorschrift kann die Gemeinde in den Grenzen ihrer Leistungsfähigkeit verpflichtet sein, die für ihr Gemeindeleben wesentlichen öffentlichen Einrichtungen zu unterhalten. Entsprechende öffentliche Einrichtungen dürfen dann nicht vollständig privatisiert werden, da die Gemeinde hierdurch ihre Einflussmöglichkeiten verliert. Der entsprechende Vertrag soll dann wegen einer Verletzung des Art. 57 GO (wohl in Verbindung mit § 134 BGB) nichtig sein.¹³

2. Subventionsfälle

Subventionen, Definition

Subventionen sind vermögenswerte Zuwendungen des Staates oder eines anderen Verwaltungsträgers an Privatpersonen zur Förderung eines im öffentlichen Interesse liegenden Zwecks, vgl. auch § 264 VII StGB.

12

11 Nach BVerwG, NVwZ 1991, 59 = [jurisbyhemmer](#), ist es auch möglich, die juristische Person des Privatrechts unmittelbar in Anspruch zu nehmen.

12 VG Freiburg, NVwZ-RR 2002, 139 = [Life&Law 2002, 479](#) für ein Volksfest. [Unser Service-Angebot an Sie: kostenlos hemmer.club-Mitglied werden \(www.hemmer-club.de\) und Entscheidungen der Life&Law lesen und downloaden.](#)

13 BVerwG, Urteil vom 27.05.2009, 8 C 10.08 = [jurisbyhemmer](#) = [Life&Law 1/ 2010, 44 ff.](#)