



DIE BASICS

ÖFFENTLICHES RECHT

BAND 2: VERWALTUNGSR

Hemmer / Wüst

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

8. Auflage

knapp



präzise



effektiv

E-BOOK SKRIPT BASIC ÖFFENTLICHES RECHT BAND 2

Autoren: Hemmer/Wüst/Mielke/Grieger

8. AUFLAGE 2019

ISBN: 978-3-86193-859-0

INHALTSVERZEICHNIS

E-BOOK SKRIPT BASIC ÖFFENTLICHES RECHT BAND 2

§ 1 KLAGEARTEN & GEMEINSAME ZULÄSSIGKEITSVORAUSSETZUNGEN

A) Klagearten

B) Zulässigkeitsvoraussetzungen

§ 2 ERÖFFNUNG DES VERWALTUNGSRECHTSWEGS

A) Systematische Problematik

B) Aufbau nach den Tatbestandsmerkmalen

I. Aufdrängende Sonderzuweisung

II. Öffentlich-rechtliche Streitigkeit

1. Klagebegehren

2. Zuordnung

a) Widerrufs- und Unterlassungsfälle

b) Zulassung zu einer öffentlichen Einrichtung/Subventionen

c) Qualifikationsprobleme

3. Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art

4. Keine anderweitige Rechtswegzuweisung, § 40 I S. 1 HS 2 und S. 2 VwGO (abdrängende Sonderzuweisung)

§ 3 ANFECHTUNGSKLAGE

TEIL 1: ZULÄSSIGKEIT

A) Statthafte Klageart

I. Allgemeines

II. Statthaftigkeit der Anfechtungsklage

1. Qualifikation des VA nach dem äußeren Erscheinungsbild

2. Qualifikation nach dem Inhalt der Maßnahme

a) Regelung

b) Außenwirkung

c) Einzelfall

3. Gegenstand der Anfechtungsklage

III. Sonderfälle der Anfechtungsklage

1. Fälle von Rücknahme und Widerruf von VAen

2. Anfechtungsklage gegen Nebenbestimmungen

3. Isolierte Anfechtung eines Versagungsbescheides

4. Isolierte Anfechtung des Widerspruchsbescheides

a) § 79 I Nr. 2 VwGO

b) § 79 II VwGO

IV. Keine Erledigung des VA

B) Klagebefugnis, § 42 II VwGO

I. Adressat der Maßnahme

II. Anfechtung durch den Dritten

1. Begriff des Nachbarn

a) Nachbar im Baurecht

b) Nachbar im Immissionsschutzrecht

2. Drittschutznormen

III. Verstöße gegen das Verfahrensrecht

C) Vorverfahren, §§ 68 ff. VwGO

D) Klagefrist, § 74 I VwGO

- I. Zustellung
- II. Rechtsbehelfsbelehrung
- III. Spezialfall aus dem Baurecht
- IV. Verwirkung

E) Beteiligten- und Prozessfähigkeit, §§ 61, 62 VwGO

F) Weitere Zulässigkeitsvoraussetzungen

- I. Ordnungsgemäße Klageerhebung, §§ 81, 82 VwGO
- II. Sachliche und örtliche Zuständigkeit des VG bzw. des OVG, §§ 45 ff., 52 VwGO
- III. Keine anderweitige Rechtshängigkeit, keine entgegenstehende Rechtskraft
- IV. Rechtsschutzbedürfnis

G) Sonderproblem: Ausschluss der Klage durch § 44a VwGO

TEIL 2: PROBLEME ZWISCHEN ZULÄSSIGKEIT UND BEGRÜNDETHEIT

A) Klagehäufung

B) Beiladung, § 65 VwGO

TEIL 3: BEGRÜNDETHEIT DER ANFECHTUNGSKLAGE

A) Passivlegitimation, § 78 I VwGO

- I. Grds. keine Klage gegen eine Behörde
- II. Rechtsträgerprinzip
- III. Isolierte Anfechtungsklage gegen einen Widerspruchsbescheid

B) Angabe der Rechtsgrundlage, auf die sich die Behörde gestützt hat

C) Formelle Rechtmäßigkeit des angegriffenen VA

- I. Zuständigkeit
- II. Verfahren
 1. Anhörung, § 28 VwVfG
 2. Heilung der unterlassenen Anhörung
 3. Verfahrensprobleme außerhalb des VwVfG
 - a) Beschlussfähigkeit gem. Art. 47 II BayGO
 - b) Ordnungsgemäße Beschlussfassung
- III. Form
 1. Grundsatz der Formfreiheit, § 37 VwVfG
 2. Begründungspflicht, § 39 VwVfG

D) Materielle Rechtmäßigkeit des angegriffenen VA

- I. Rechtsgrundlage
- II. Anfechtung von besonderen Entscheidungen
 1. Entscheidungen mit unbestimmten Rechtsbegriffen/ Beurteilungsspielraum
 2. Planungsentscheidungen, Planfeststellungsbeschlüsse, §§ 72 ff. VwVfG
 3. Entscheidungen, die einen VA aufheben, Fälle der §§ 48 und 49 VwVfG
 4. Ermessensentscheidungen
 - a) § 40 VwVfG als Richtschnur für die Behörde, § 114 S. 1 VwGO Prüfungsmaßstab für das Gericht
 - b) Nachschieben von Gründen
- III. Zeitpunkt der Beurteilung der Rechtmäßigkeit

E) Rechtsverletzung des Klägers

- I. Klage des Adressaten
 - 1. Unbeachtlichkeitsregelung des § 46 VwVfG
 - 2. Umdeutung nach § 47 VwVfG
- II. Klage eines betroffenen Dritten

§ 4 VERPFLICHTUNGSKLAGE

TEIL 1: ZULÄSSIGKEIT

A) Richtige Klageart

- I. Verhältnis zur Anfechtungsklage
- II. Verhältnis zur allgemeinen Leistungsklage

B) Klagebefugnis, § 42 II VwGO

- I. Formulierung in der Klausur
- II. Drittschutzfragen

C) Vorverfahren, § 68 II, I VwGO

D) Klagefrist, § 74 II, I VwGO, und übrige Zulässigkeitsvoraussetzungen

TEIL 2: BEGRÜNDETHEIT DER VERPFLICHTUNGSKLAGE

A) Passivlegitimation, § 78 I VwGO

B) Anspruchsgrundlage

- I. Genehmigungsfälle
 - 1. Genehmigungspflichtigkeit
 - 2. Genehmigungsfähigkeit
- II. Ermessensfälle

C) Zeitpunkt für die Beurteilung, ob Anspruch gegeben

§ 5 WIDERSPRUCHSVERFAHREN, §§ 68 FF. VWGO

A) Zulässigkeit eines Widerspruchs

- I. Verwaltungsrechtsweg, § 40 I VwGO analog
- II. Statthaftigkeit, § 68 VwGO
- III. Widerspruchsbefugnis, § 42 II VwGO analog
- IV. Form und Frist, § 70 VwGO
 - 1. Form
 - 2. Frist
 - a) Bekanntgabe eines VA
 - b) Rechtsbehelfsbelehrung
 - c) Wiedereinsetzung in den vorigen Stand
 - d) Sonderproblem: „Heilung durch Sachentscheidung“
 - e) Einlegung des Widerspruchs bei einer unzuständigen Behörde
 - f) Fristberechnung
- V. Beteiligten- und Verfahrensfähigkeit

B) Begründetheit des Widerspruchs

- I. Prüfungsaufbau
- II. Sonderproblem: Reformatio in peius

§ 6 ALLGEMEINE LEISTUNGSKLAGE

TEIL 1: ZULÄSSIGKEIT DER KLAGE

A) Klageart

- I. Klausurtypische Hauptanwendungsfälle der allgemeinen Leistungsklage:
- II. Sonderfall: Kommunalverfassungsstreit (KVS)

B) Klagebefugnis, § 42 II VwGO analog

C) Vorverfahren, §§ 68 ff. VwGO

D) Klagefrist

E) Rechtsschutzbedürfnis

- I. Bürgerverurteilungsklage
- II. Vorbeugende Unterlassungsklagen

F) Sonstige Zulässigkeitsvoraussetzungen

TEIL 2: BEGRÜNDETHEIT DER ALLGEMEINEN LEISTUNGSKLAGE

A) Passivlegitimation

- I. Analoge Anwendung des § 78 VwGO?
- II. Sonderproblem: Kommunaler Verfassungsstreit (KVS)

B) Weitere Begründetheitsprüfung

I. Ansprüche aus öffentlich-rechtlichem Vertrag

1. Vorliegen eines Vertrages
2. Zustandekommen des Vertrages durch zwei übereinstimmende Willenserklärungen eines Hoheitsträgers und eines Bürgers
3. Wirksamkeit des Vertrages
 - a) Formelle Rechtmäßigkeit des Vertrages
 - b) Materielle Rechtmäßigkeit des Vertrages
 - aa) Vertragsformverbot
 - bb) Vertragsinhalt
 - c) Rechtsfolge der Rechtswidrigkeit
- II. Ansprüche aus Folgenbeseitigung
 1. Dogmatische Herleitung des FBA
 2. Voraussetzungen des FBA
 3. Rechtsfolge des FBA

§ 7 ALLGEMEINE FESTSTELLUNGSKLAGE, § 43 VWGO

TEIL 1: ZULÄSSIGKEIT DER ALLGEMEINEN FESTSTELLUNGSKLAGE

A) Klageart

I. Rechtsverhältnis

1. Rechtlicher Begriff
 - a) Erfordernis der Konkretheit
 - b) Künftige und vergangene Rechtsverhältnisse
 - c) Mögliche Beteiligte des Rechtsverhältnisses
 2. Typische Anwendungsfälle der allgemeinen Feststellungsklage
- #### II. Feststellung der Nichtigkeit eines VA

B) Klagebefugnis, § 42 II VwGO analog

- I. Nichtigkeitsfeststellungsklage, § 43 I Alt. 3 VwGO
- II. Feststellungsklage auf Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses, § 43 I Alt. 1 oder 2 VwGO

C) Berechtigtes Interesse an der baldigen Feststellung, § 43 I VwGO

D) Subsidiarität, § 43 II S. 1 VwGO

- I. Rechtsfolge der Subsidiarität
- II. Ausnahmen von der Subsidiarität

E) Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis

- I. Nichtigkeitsfeststellungsklage, § 43 I Alt. 3 VwGO
- II. Vorbeugende Feststellungsklage

TEIL 2: BEGRÜNDETHEIT DER FESTSTELLUNGSKLAGE

A) Passivlegitimation

B) Weitere Begründetheit

- I. Nichtigkeitsfeststellungsklage
- II. Positive oder negative Feststellungsklage

§ 8 FORTSETZUNGSFESTSTELLUNGSKLAGE, § 113 I S. 4 VWGO

TEIL 1: ZULÄSSIGKEIT DER FORTSETZUNGSFESTSTELLUNGSKLAGE (FFK)

A) Klageart

- I. Direkte Anwendung des § 113 I S. 4 VwGO
- II. Analoge Anwendung des § 113 I S. 4 VwGO
- III. Erledigung des VA bzw. des Klagebegehrens

B) Klagebefugnis

C) Erfordernis eines Widerspruchsverfahrens

- I. Erledigung nach Ablauf der Widerspruchsfrist
- II. Erledigung vor Ablauf der Widerspruchsfrist

D) Besonderes Feststellungsinteresse, § 113 I S. 4 VwGO

- I. Wiederholungsgefahr
- II. Rehabilitationsinteresse
- III. Vorbereitung eines Amtshaftungsprozesses
 - 1. Erledigung des VA oder des Klagebegehrens nach Klageerhebung
 - 2. Erledigung des VA oder des Klagebegehrens vor Klageerhebung

E) Klagefrist

TEIL 2: BEGRÜNDETHEIT DER FORTSETZUNGSFESTSTELLUNGSKLAGE

A) Passivlegitimation

B) Weitere Begründetheitsprüfung

§ 9 NORMENKONTROLLANTRAG, § 47 VWGO

TEIL 1: ZULÄSSIGKEIT DES NORMENKONTROLLANTRAGS

A) Tauglicher Prüfungsgegenstand

- I. § 47 I Nr. 1 VwGO, baurechtliche Satzungen
- II. § 47 I Nr. 2 VwGO, andere, im Rang unter dem Landesgesetz stehende Rechtsvorschriften
- III. Zeitliche Gültigkeit des Prüfungsgegenstandes

B) „I.R.d. Gerichtsbarkeit“

C) Antrag und Antragsbefugnis, § 47 II VwGO

I. Formelle Voraussetzungen

II. Antragsbefugnis

1. Behörden

2. Natürliche und juristische Personen

III. Antragsfrist

D) Rechtsschutzbedürfnis

TEIL 2: BEGRÜNDETHEIT DES NORMENKONTROLLANTRAGS

A) Richtiger Antragsgegner, § 47 II S. 2 VwGO

B) Landesverfassungsrechtlicher Vorbehalt

C) Weitere Begründetheitsprüfung

I. Ermächtigungsgrundlage

II. Formelle Rechtmäßigkeit der zu kontrollierenden Rechtsnorm

1. Zuständigkeit

2. Verfahren

III. Materielle Rechtmäßigkeit der Norm

§ 10 EINSTWEILIGER RECHTSSCHUTZ

1. ABSCHNITT: VERFAHREN NACH § 80 V VWGO

TEIL 1: ZULÄSSIGKEIT DES ANTRAGS NACH § 80 V VWGO

A) Statthafte Antragsart

I. Abgrenzung zu anderen Verfahrensarten

II. Aufschiebende Wirkung

1. Anforderungen an den Rechtsbehelf aus § 80 V VwGO

2. Entfallen der aufschiebenden Wirkung

III. Sonderfall: Nichtbeachtung der aufschiebenden Wirkung („faktischer Vollzug“)

B) Antragsbefugnis, § 42 II VwGO analog

C) Zuständigkeit des Gerichts der Hauptsache

D) Form und Frist

E) Rechtsschutzbedürfnis

I. Einlegung eines Rechtsbehelfs in der Hauptsache

II. Frist in der Hauptsache

III. Vorherige Antragstellung bei der Behörde

TEIL 2: BEGRÜNDETHEIT DES ANTRAGS NACH § 80 V VWGO

A) Je nach Bundesland: Richtiger Antragsgegner

B) Begründetheitsprüfung im Fall der Beseitigung eines von der Behörde nach § 80 II S. 1 Nr. 4 VwGO angeordneten Sofortvollzuges

I. Für die Vollzugsanordnung zuständige Behörde

II. Förmlichkeiten der Vollzugsanordnung

1. Begründungszwang, § 80 III S. 1 VwGO

2. Anhörung, § 28 VwVfG (analog)

C) Weitere Begründetheitsprüfung für alle Fälle des § 80 II VwGO: Interessenabwägung

I. Erfolgsaussichten der Hauptsache

II. Eigentliche Abwägung

2. ABSCHNITT: VERFAHREN NACH §§ 80, 80A VWGO

TEIL 1: ZULÄSSIGKEIT DES ANTRAGS NACH § 80a VWGO

A) Statthaftigkeit des Antrags

B) Antragsbefugnis, § 42 II VwGO analog

C) Zuständigkeit des Gerichts der Hauptsache

D) Rechtsschutzbedürfnis

TEIL 2: BEGRÜNDETHEIT DES ANTRAGS NACH § 80A III VWGO

3. ABSCHNITT: VERFAHREN NACH § 123 VWGO

TEIL 1: ZULÄSSIGKEIT DES ANTRAGS NACH § 123 VWGO

A) Statthaftigkeit

B) Antragsbefugnis, § 42 II VwGO analog

C) Behauptung eines Anordnungsanspruchs und eines Anordnungsgrundes

D) Rechtsschutzbedürfnis

I. Antragstellung bei der Behörde

II. Keine Vorwegnahme der Hauptsache

TEIL 2: BEGRÜNDETHEIT DES ANTRAGS NACH § 123 VWGO

A) Je nach Bundesland: Richtiger Antragsgegner

B) Glaubhaftmachung von Anordnungsanspruch und Anordnungsgrund

I. Abgrenzung Sicherungs-, Regelungs- und Leistungsanordnung?

1. Sicherungs- und Regelungsanordnung

2. Leistungsanordnung

II. Anordnungsgrund

III. Anordnungsanspruch

C) Ermessen des Gerichts

4. ABSCHNITT: EINSTWEILIGER RECHTSSCHUTZ ÜBER § 47 VI VWGO

TEIL 1: ZULÄSSIGKEIT DES ANTRAGS NACH § 47 VI VWGO

TEIL 2: BEGRÜNDETHEIT

WIEDERHOLUNGSFRAGEN / RANDNUMMER

§ 1 KLAGEARTEN & GEMEINSAME ZULÄSSIGKEITSVORAUSSETZUNGEN

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.¹

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.

A) Klagearten

Die in der VwGO geregelten Klagearten unterscheiden sich danach, ob ein Verwaltungsakt (VA) i.S.d. § 35 VwVfG Streitgegenstand ist oder ein sonstiges behördliches Handeln.²

1

Bsp.: VAe sind z.B. eine Baugenehmigung, eine Gaststättenerlaubnis oder eine Gewerbeuntersagung, aber auch ein polizeilicher Platzverweis.

Wird ein VA angegriffen oder sein Erlass begehrt, sind die Anfechtungsklage nach § 42 I Alt. 1 VwGO oder die Verpflichtungsklage 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.

Begehrt der Kläger eine sonstige Leistung der Behörde, die gerade 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 Vorschriften als selbstverständlich bestehend vorausgesetzt wird, z.B. in §§ 43 II, 111, 113 IV VwGO.

2

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 landesrechtlichen Rechtsvorschrift, dann ist die Normenkontrollklage nach § 47 VwGO einschlägig.

B) Zulässigkeitsvoraussetzungen

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 Zulässigkeitsprüfung liegt in Klausuren eine nicht zu unterschätzende Schwierigkeit. Es muss gezeigt werden, dass der Bearbeiter die entscheidenden Punkte der Zulässigkeit kennt und beherrscht. Das spiegelt sich auch darin wieder, dass Unproblematisches nur kurz abgehandelt werden darf, da bloßes Ausbreiten von angelerntem Wissen den Korrektor eher verärgert, wenn der Sachverhalt diesbezüglich kein Problem auf-

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

2 Definition des VA unter Rn. 31 ff.

- 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

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.³

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

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.

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.⁴

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

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

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.⁵

9

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

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.

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).

II. Öffentlich-rechtliche 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.

1. Klagebegehren

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

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.⁷

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

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

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.

Nach der „Kehrseitentheorie“ des BVerwG⁸ 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.

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

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

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.:⁹ 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.¹⁰ Es ist hier entscheidend auf den Sachzusammenhang abzustellen.¹¹ 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.

Damit hatte die Äußerung des Blau jedenfalls überwiegend verwaltungsrechtlichen bzw. -politischen Charakter und sollte nicht Bezug auf das private Verhalten des BGM nehmen. Es liegt also eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vor.

b) Zulassung zu einer öffentlichen Einrichtung/Subventionen

In beiden Fällen ist auf die sog. Zwei-Stufen-Theorie einzugehen, sodass eine zusammenfassende Behandlung erfolgen kann. Bei der Zulassung zu den öffentlichen Einrichtungen (häufigstes Beispiel: Benutzung einer Stadthalle) wird unterschieden zwischen der Zulassung an sich und der näheren Ausgestaltung des Benutzungsverhältnisses.

14

In ähnlicher Weise wird bei den Subventionen differenziert zwischen der Entscheidung der Behörde, einen Bewilligungsbescheid zu erlassen und der weiteren Entscheidung, mit welchen rechtlichen oder tatsächlichen Möglichkeiten die Subventionierung erfolgt.

hemmer-Methode: Dies ist eines der zahllosen Beispiele dafür, dass es für ein und dasselbe Problem oft mehrere Anwendungsbereiche gibt. Es ist deshalb in der Examensvorbereitung mühsam und führt zu doppelter Arbeit, wenn man einzelfallorientiert lernt.

Wesentlich effizienter ist die problemorientierte Vorbereitung. Ist das Problem bekannt und aus dem Sachverhalt herausgearbeitet, bereitet die Lösung keine Schwierigkeiten, egal welches Themengebiet Prüfungsgegenstand ist.

Die erste Stufe dieser Entscheidungen, das „Ob“ der Zulassung, ist nach der Zwei-Stufen-Theorie immer öffentlich-rechtlich, die zweite Stufe, das „Wie“, kann entweder öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich sein. Die Begründung liegt darin, dass sich die Verwaltung durch die Wahl privatrechtlichen Handelns nicht ihrer öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen entziehen können soll. Es darf keine Flucht ins Privatrecht geben, die schon dadurch entstände, dass im Zivilrecht ein Kontrahierungszwang weitgehend unbekannt ist, also eine Klage auf Abschluss eines Vertrages meist erfolglos bleiben wird. Außerdem gilt im Verwaltungsprozessrecht der Untersuchungsgrundsatz nach § 86 I VwGO, während das Zivilprozessrecht von dem sog. Beibringungsgrundsatz beherrscht wird.

In der Klausur dürfen Sie trotzdem nicht die Besonderheiten des Einzelfalles übersehen.

Bsp.:¹² Eine Stadt betreibt ein Freibad als öffentliche Einrichtung. Dazu existiert eine privatrechtliche Benutzungsordnung. Wegen angeblicher Fälschung einer Eintrittskarte erhält das Ehepaar A für die Badesaison 2015 ein Hausverbot, das befristet ist „bis zur Klärung der Vorwürfe“. Das Ehepaar will sich dagegen zur Wehr setzen.

15

Welches Gericht ist zuständig?

Der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 I VwGO wäre eröffnet, wenn es sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nicht verfassungsrechtlicher Art handelt, die nicht einem anderen Gericht zugewiesen ist.

Das Klagebegehren des Ehepaares läuft darauf hinaus, das Freibad auch 2015 benutzen zu dürfen. Bei dem Freibad handelt es sich um eine öffentliche Einrichtung,¹³ sodass die Zwei-Stufen-Theorie angewendet werden kann.

Danach könnte es sich wegen der völligen Benutzungsverweigerung um eine Entscheidung auf der Stufe des „Ob“ und damit um

9 Vgl. etwa zu Äußerungen während einer Gemeinderatssitzung OVG Rheinland-Pfalz, DVBl. 1992, 449 = jurisbyhemmer.

10 Zu den öffentlich-rechtl. Abwehrensprüchen vgl. Hemmer/Wüst, Verwaltungsrecht II, Rn. 204 ff.

11 Hemmer/Wüst, Verwaltungsrecht II, Rn. 165 ff.

12 Weitere Beispiele und Erläuterungen zur Problematik der Zulassung zu öffentlichen Einrichtungen finden Sie bei Hemmer/Wüst, Verwaltungsrecht II, Rn. 6 ff.

13 Unter einer öffentlichen Einrichtung versteht man eine Einrichtung, die von der Gemeinde im öffentlichen Interesse unterhalten und durch einen gemeindlichen Widmungsakt der allgemeinen Benutzung durch Gemeindeangehörige und ortsansässige Vereinigungen zugänglich gemacht wird und über die die Gemeinde Verfügungsgewalt hat.

eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit handeln.

Allerdings ist zu beachten, dass das Hausverbot wegen Manipulationen beim Betreten des Bades ausgesprochen wurde, also bei der Frage des „Wie“ der Benutzung. Bei der möglichen Fälschung handelt es sich demnach um eine positive Vertragsverletzung (§§ 241 II, 280 BGB) des zivilrechtlichen Benutzungsvertrages, es wird nicht die Benutzung an sich (für alle Zeiten) in Frage gestellt. Damit liegt eine Streitigkeit auf der Stufe des „Wie“ vor, die hier zivilrechtlich ausgestaltet wurde, folglich ist die Zuständigkeit der Zivilgerichte eröffnet (a.A. vertretbar).

Um eine „Flucht in das Privatrecht“ zu verhindern, können gerade für die Benutzung von Stadthallen keine privatrechtlichen Bedingungen vereinbart werden, die den öffentlich-rechtlichen Zulassungsanspruch ausschließen.¹⁴

16

So ist etwa die Benutzung einer Stadthalle durch eine Partei ausgeschlossen, wenn massive, nicht beherrschbare Gegendemonstrationen konkret zu befürchten, polizeiliche Schutzmaßnahmen nicht möglich sind und dabei auch die Halle in Mitleidenschaft gezogen werden kann.¹⁵

Das darf aber nicht dazu führen, dass die Stadt etwa in ihrem zivilrechtlichen Mietvertrag (Stufe des „Wie“) eine Klausel aufnimmt, wonach eine Kündigung jederzeit möglich ist, wenn auch nur irgendwelche Gegendemonstrationen wahrscheinlich sind.

Durch diese Klausel würde in unzulässiger Art und Weise der Zulassungsanspruch (Stufe des „Ob“) umgangen, es besteht also eine untrennbare Verbindung zwischen diesen beiden Stufen.

So kann es sich auch ergeben, dass eine zivilrechtliche Kündigung eines Benutzungsvertrages gleichzeitig als Rücknahme der Zulassung auf der Ebene des „Ob“ angesehen werden muss und deshalb der Verwaltungsrechtsweg eröffnet ist.

17

hemmer-Methode: Diese Auffassung, in der gerade bei den Fällen um die Benutzung einer Stadthalle betont wird, dass ein nicht auflösbarer Zusammenhang zwischen der Stufe der Zulassung und der Stufe der näheren Ausgestaltung besteht, führt in letzter Konsequenz zur Ablehnung der Zwei-Stufen-Theorie, da es nicht mehr entscheidend ist, auf welcher „Stufe“ die Behörde reagiert. Wegen der Berührung des Zulassungsanspruchs ist jedenfalls auch der Verwaltungsrechtsweg eröffnet. Diese Rechtsprechung sollte im Auge behalten werden, um weitere Entwicklungen rechtzeitig erfassen zu können. In der Literatur ist die Zwei-Stufen-Theorie deshalb auch insgesamt nicht unumstritten, sie wird von der Rechtsprechung jedoch kommentarlos angewendet.¹⁶ In einer Klausur führt dies dazu, dass größere Diskussionen nur angebracht sind, wenn der Sachverhalt dazu auffordert.

c) Qualifikationsprobleme

aa) Abgesehen von den oben geschilderten Sonderfällen wird sich in der Regel der zur Lösung des Falles relevante Normenkomplex (z.B. BauGB, GewO, etc.) leicht finden lassen. Nur wenn dann die Rechtsnatur dieser Normen wirklich überhaupt problematisch ist, muss auf die in Lit. und Rspr. entwickelten Abgrenzungstheorien eingegangen werden:

18

- Nach der Interessentheorie zeichnet sich öffentliches Recht durch die Verfolgung öffentlicher Interessen aus. Problematisch ist hier jedoch, dass das öffentliche Recht auch Individualinteressen dienen kann.
- Nach der Subordinationstheorie ist ein Rechtsverhältnis öffentlich-rechtlich, wenn die Streitbeteiligten sich in einem Über-/Unterordnungsverhältnis gegenüberstehen. Problematisch ist hierbei jedoch, dass öffentliches Recht auch im Gleichordnungsverhältnis möglich ist, z.B. beim öffentlich-rechtlichen Vertrag.
- Die modifizierte Subjektstheorie qualifiziert eine Norm als öffentlich-rechtlich, wenn sie sich ausschließlich an einen Träger öffentlicher Gewalt in dieser Funktion richtet.

hemmer-Methode: Im Einzelfall ist immer die Theorie anzuwenden, die den Besonderheiten des Falles am besten gerecht wird. In Polizeirechtsfällen etwa kommt man zwar auch über die öffentlich-rechtliche Zuordnung der polizeirechtlichen Normen zum Verwaltungsrechtsweg, treffender ist aber die Subordinationstheorie. Eine Ausbreitung dieser Theorien ist nicht erwünscht, vielmehr soll eine kurze Anwendung der jeweils treffenden Ansicht erfolgen.

bb) Liegt keiner dieser Sonderfälle vor, müssen für die Zuordnung bzw. Klassifizierung der entscheidenden Rechtsnormen weitere Theorien herangezogen werden.

19

Hier zeigt sich auch, dass es oft keine genaue Trennung zwischen Zuordnung und Qualifikation gibt. Gerade die Subordinationstheorie stellt auf das Verhältnis des Handelnden zu dem Betroffenen ab, also darauf, ob es sich um ein Über-/Unterordnungsverhältnis

14 Möglich ist aber auch der Betrieb der öffentlichen Einrichtung durch eine zwischengeschaltete juristische Person des Privatrechts; speziell dazu vgl. Hemmer/Wüst, Verwaltungsrecht II, Rn. 11.

15 Vgl. zu den Grenzen des Anspruchs aus Art. 21 BayGO Hemmer/Wüst, Kommunalrecht/Bayern, Rn. 130 ff.

16 Vgl. dazu näher Hemmer/Wüst, Verwaltungsrecht II, Rn. 10.

handelt.

Es wird demnach auf das gesamte Rechtsverhältnis abgestellt und nicht lediglich auf entscheidende Rechtsnormen.

cc) Führt auch das nicht zu einem Ergebnis, ist auf den Sachzusammenhang abzustellen. Klausurtaktisch ist, so banal es klingt, immer daran zu denken, dass man gerade eine öffentlich-rechtliche Examensklausur schreibt. Es wäre fast sensationell, wenn dabei schon der Rechtsweg nicht eröffnet wäre.

20

dd) Bei öffentlich-rechtlichen Verträgen ist auf den Vertragsgegenstand abzustellen, er muss dem öffentlichen Recht entnommen sein.¹⁷ Die am Vertrag beteiligten Rechtssubjekte sind dagegen nicht entscheidend. Vielmehr gibt es auch (seltene!) Fälle des öffentlich-rechtlichen Vertrages zwischen zwei Privatpersonen.¹⁸

21

Für diese Qualifizierung des Vertragsgegenstandes ist wieder darauf abzustellen, nach welchem Normenkomplex sich der Vertragsinhalt richtet. Dabei können die oben geschilderten Theorien angewendet werden.

3. Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art

Eine Streitigkeit ist grundsätzlich nur dann eine verfassungsrechtliche, wenn zwei unmittelbar am Verfassungsleben Beteiligte sich um materielles Verfassungsrecht streiten (sog. doppelte Verfassungsunmittelbarkeit).

22

hemmer-Methode: Der Begriff der verfassungsrechtlichen Streitigkeit wird von der h.M. weiter ausgelegt, wenn ein betroffener Privater sich gegen die Einsetzung eines Untersuchungsausschusses durch den Bundestag bzw. einen Landtag wehren will. Auch wenn keine doppelte Verfassungsunmittelbarkeit vorliegt, ist es eine originär verfassungsrechtliche Streitigkeit. Nur die Verfassungsgerichte haben das Recht, einem Parlament in einem klassischen Kernbereich des parlamentarischen Handelns etwas zu untersagen.¹⁹

Der Betroffene kann deshalb nur Verfassungsbeschwerde gegen den Einsetzungsbeschluss einlegen. Diese wird freilich mangels Grundrechtsrelevanz des Einsetzungsbeschlusses oft unzulässig sein.²⁰

Näher zu erwähnen ist dieser Punkt nur dann, wenn etwa ein Kommunalverfassungsstreit²¹ zu prüfen ist, also eine innerorganisch-streitige Streitigkeit zwischen Gemeindeorganen.²² Das Stichwort „Kommunalverfassungsstreit“ ist nur ein „Arbeitstitel“, es bezeichnet weder einen besonderen Rechtsweg noch eine besondere Klageart. Es handelt sich nicht um eine Verfassungsstreitigkeit, da der Gemeinderat kein Parlament, sondern ein Verwaltungsorgan ist und nicht um materielles Verfassungsrecht, sondern um internes Gemeindeorganisations(„-verfassungs-“)recht gestritten wird.

23

4. Keine anderweitige Rechtswegzuweisung, § 40 I S. 1 HS 2 und S. 2 VwGO (abdrängende Sonderzuweisung)

Liegen die Voraussetzungen des § 40 I VwGO an sich vor, kann dennoch eine Sonderzuweisung an einen anderen Gerichtszweig bestehen.

24

Hier sind zunächst die Zuweisungen zu den „besonderen“ Verwaltungsgerichten der Sozial- und Finanzgerichtsbarkeit nach § 51 SGG bzw. § 33 FGO zu beachten, die jedoch kaum jemals relevant sein dürften.

Klausurrelevant erscheinen nur die Zuweisungen an die ordentliche Gerichtsbarkeit, deren entscheidende Fälle zu § 40 VwGO kommentiert werden sollten, soweit die Landesprüfungsordnung dies zulässt.

Zu erwähnen sind insoweit Art. 14 III S. 4 GG für Grund und Höhe einer Enteignungsentschädigung, sowie § 40 II VwGO für alle übrigen vermögensrechtlichen Ansprüche außerhalb des Art. 14 III GG mit Ausnahme der Ansprüche aus einer entschädigungspflichtigen Inhaltsbestimmung, § 40 II S. 1 VwGO a.E.²³

25

Wichtige Zuweisungen für den Bereich des Polizeirechts finden sich in § 23 EGGVG und in den landesrechtlichen Vorschriften, die den Vorbehalt des ordentlichen Gerichts für die Entscheidung über Freiheitsentziehungen nach Art. 104 II GG realisieren.²⁴

17 Vgl. Hemmer/Wüst, Verwaltungsrecht II, Rn. 241, 242.

18 In Betracht kommt z.B. ein Vertrag zwischen Eigentümer und Mieter über die Übernahme der Straßenreinigungspflicht, soweit sie den Grundstückseigentümer trifft.

19 Bayerischer Verfassungsgerichtshof, Entscheidung vom 17.11.2014, Vf. 70-VI-14 = Life&Law 03/2015 = jurisbyhemmer. [Unser Service-Angebot an Sie: kostenlos hemmer-club-Mitglied werden \(www.hemmer-club.de\) und Entscheidungen der Life&Law lesen und downloaden.](#)

20 Bayerischer Verfassungsgerichtshof, Entscheidung vom 17.11.2014, Vf. 70-VI-14 = Life&Law 03/2015 = jurisbyhemmer.

21 Hemmer/Wüst, Verwaltungsrecht II, Rn. 273 ff.

22 Ein weiteres Problem in diesem Bereich besteht bei der Arbeit von Untersuchungsausschüssen.

23 Vgl. näher Hemmer/Wüst, Verwaltungsrecht I, Rn. 47 ff., sowie Hemmer/Wüst, Verwaltungsrecht II, Rn. 15.

24 Vgl. insbesondere die § 14 MEPolG entsprechenden Vorschriften der Länder, z.B. Art. 18 II S. 2 BayPAG.

Dabei wird die Abgrenzung der Freiheitsentziehung zur Freiheitsbeschränkung relevant.²⁵

Die Polizei hat eine doppelte Funktion:

26

- Im präventiven Bereich muss sie Störungen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, also auch die Begehung von Straftaten verhüten,
- im repressiven Bereich hat sie als Hilfsorgan der Staatsanwaltschaft die Aufgabe, Straftaten mit den Mitteln der StPO aufzuklären.

Für die Klärung der Rechtmäßigkeit des entsprechenden Vorgehens sind verschiedene Rechtswege eröffnet. Die repressiven „Justizverwaltungsakte“ werden nach § 23 EGGVG dem ordentlichen Rechtsweg besonders zugewiesen, die präventiven Akte verbleiben im Verwaltungsrechtsweg nach § 40 VwGO.

In Polizeirechtsfällen ist also nach der Art der Maßnahme zu fragen, ob diese im präventiven oder repressiven Bereich stattgefunden hat.

Problematisch ist dies insbesondere dann, wenn ein gesamter Polizeieinsatz beschrieben wird und der Charakter der Maßnahmen innerhalb des Einsatzes wechselt oder zu wechseln scheint.

Wenn dies möglich ist, muss zunächst versucht werden, den Schwerpunkt des gesamten polizeilichen Handelns festzulegen.²⁶ Ist insoweit keine Entscheidung möglich, muss bereits innerhalb der Prüfung des § 40 VwGO jede einzelne getroffene Maßnahme angesprochen werden und innerhalb jeder Einzelmaßnahme eine Schwerpunktbildung versucht werden. So können verschiedene Maßnahmen innerhalb eines polizeilichen Tätigwerdens verschiedenen Rechtswegen zugeordnet werden.²⁷

27

hemmer-Methode: Ein häufiger Fehler liegt darin, dass in einer Klausurbearbeitung zuerst der Schwerpunkt festgelegt wird und anschließend die Maßnahme trotzdem nach beiden Rechtsgebieten durchgeprüft wird. Das ist inkonsequent, weil man sich ja schon entschieden hat. Abschließend sei zur Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs noch Folgendes angemerkt: Der Wert, der in den Lehrbüchern und auch hier auf diese Prüfung der Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges gelegt wird, entspricht nicht immer der Klausurrelevanz. Vielmehr ist dieser Punkt normalerweise völlig unproblematisch.

Es soll noch einmal vor dem Versuch gewarnt werden, hier angelerntes Wissen „an den Mann“ bringen zu wollen. Gerade bei Vorliegen eines Verwaltungsaktes, also bei Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen, ist die Verwaltungsrechtswegeröffnung meist unproblematisch zu bejahen.

Andererseits kann dieser Punkt auch nur dann mit leichter Hand geschrieben werden, wenn die genannten Grundsätze und Theorien zur Rechtswegeröffnung beherrscht werden. Die Probleme, die sich dabei stellen können, dürfen unter diesem Aspekt nicht unterschätzt werden.²⁸

25 Vgl. dazu z.B. Hemmer/Wüst, Polizeirecht/Bayern, Rn. 50 ff.

26 Etwa bei einer Razzia in einer Diskothek, vgl. die besonders lehrreiche Klausur aus dem zweiten Staatsexamen, abgedruckt in BayV-Bl. 1991, 607, 637 f.

27 Vgl. zum Ganzen auch Hemmer/Wüst, Verwaltungsrecht II, Rn. 103 ff.

28 Vgl. dazu auch Hemmer/Wüst, Verwaltungsrecht I, Rn. 16, 17.

§ 3 ANFECHTUNGSKLAGE

TEIL 1: ZULÄSSIGKEIT

A) Statthafte Klageart

I. Allgemeines

Innerhalb des auf die Eröffnung des Rechtsweges folgenden Prüfungspunktes „Klageart“ ist eine Differenzierung der von der VwGO zur Verfügung gestellten Rechtsschutzmöglichkeiten erforderlich. Dabei ist auf das Klagebegehren abzustellen, an das das Gericht gebunden ist, § 88 VwGO, und das notfalls durch Auslegung ermittelt werden muss.

28

Vorrangig zu prüfen sind dabei die Anfechtungs- und die Verpflichtungsklage nach § 42 I Alt. 1 und 2 VwGO, da es sich um spezielle Klagearten handelt, die das Bestehen oder den Erlass eines VA voraussetzen. Hat sich der erlassene oder begehrte VA erledigt, ist auf die Fortsetzungsfeststellungsklage nach § 113 I S. 4 VwGO (analog) einzugehen.

Erst wenn - zumindest gedanklich - geklärt ist, dass diese Rechtsschutzmöglichkeiten nicht einschlägig sind, kann auf die allgemeine Leistungsklage und subsidiär auf die allgemeine Feststellungsklage nach § 43 VwGO zurückgegriffen werden.

29

II. Statthaftigkeit der Anfechtungsklage

Die Anfechtungsklage ist nur dann statthaft, wenn es darum geht, einen VA zu beseitigen. Auch das Vorliegen eines VA ist im Examen grundsätzlich unproblematisch und kann mit dem Hinweis, dass „die Anfechtungsklage richtige Klageart ist, da es sich hier um einen VA i.S.d. § 35 VwVfG handelt“, erledigt werden.

30

Sollte sich ausnahmsweise ein Problem ergeben, sind die Tatbestandsmerkmale der VA-Definition aus § 35 S. 1 VwVfG einzeln durchzuprüfen.

31

Maßgebend ist dabei im Zweifel der erklärte Wille der Behörde, wie ihn der Empfänger bei objektiver Würdigung verstehen konnte. Dabei ist insbesondere auf die äußere Form des behördlichen Handelns abzustellen. Unklarheiten gehen zu Lasten der Behörde. Soweit der objektiv feststellbare äußere Eindruck eines VA hervorgerufen wird, ist dieser Akt auch mit der Anfechtungsklage angreifbar.

hemmer-Methode: In der Ausbildungsliteratur²⁹ wird der VA-Begriff stark überbewertet. Bei der Examensvorbereitung sollte dies beachtet werden. Eine Vertiefung in diesem Bereich ist kaum erforderlich, wenn die Definitionen der Tatbestandsmerkmale des § 35 VwVfG bekannt sind. Häufig führt diese Unkompliziertheit allerdings dazu, dass die Bearbeiter versuchen, das Vorliegen eines VA mit überflüssigen Ausführungen zu erklären, was bei den Korrektoren verständlicherweise auf wenig Gegenliebe stößt.

1. Qualifikation des VA nach dem äußeren Erscheinungsbild

Die Form des behördlichen Handelns ist für den Rechtsschutz bestimmend, da sich die Behörde an der von ihr gewählten Form festhalten lassen muss. Wurde die äußere Form eines VA gewählt, ohne dass sich für ihn eine Rechtsgrundlage finden lässt, so ist dieser VA unabhängig von seinem Inhalt rechtswidrig.

32

Solche entscheidenden äußeren Punkte sind insbesondere:

33

- der schriftliche Erlass unter der Bezeichnung „Verfügung“, „Bestimmung“ o.Ä.,
- Handlungsanordnungen an den Betroffenen, evtl. mit Fristsetzungen,
- Beifügung einer Rechtsbehelfsbelehrung, eine förmliche Bekanntgabe, sog. Zustellung, § 41 V VwVfG.

2. Qualifikation nach dem Inhalt der Maßnahme