



HEMMER / WÜST / CHRISTENSEN

VERWALTUNGSRECHT II

Das Prüfungswissen

- für Studium
- und Examen

16. Auflage

KLAUSURTYPISCH ▪ ANWENDUNGSORIENTIERT ▪ UMFASSEND

E-BOOK SKRIPT VERWALTUNGSRECHT II

Autoren: Hemmer/Wüst/Christensen

16. Auflage 2025

ISBN: 978-3-96838-392-7

INHALTSVERZEICHNIS

E-BOOK SKRIPT VERWALTUNGSRECHT II

§ 3 VERPFLICHTUNGSKLAGE

A) Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges

I. Zuordnungsprobleme

1. Zulassung zu einer öffentlichen Einrichtung

- a) Zwei-Stufen-Theorie
- b) Fallgruppen
- c) Sonderproblem: Klageantrag bei Betrieb der öffentlichen Einrichtung in privatrechtlicher Form

2. Subventionsfälle

- a) Typische Fallkonstellationen:
- b) Zuordnungsproblem und Zwei-Stufen-Theorie

II. Keine andere Rechtswegzuweisung, § 40 I S. 1 HS 2 und S. 2 VwGO (sog. abdrängende Sonderzuweisung)

B) Zulässigkeit der Verpflichtungsklage

I. Statthaftigkeit

1. Begehren eines Verwaltungsakts

- a) Abgrenzung Verwaltungsakt / Realakt
- b) Sonderfall: Mitwirkung anderer Behörden
- c) Keine Erledigung des begehrten Verwaltungsakts

2. Fälle der Verpflichtungsklage

- a) Versagungsgegenklage, § 42 I Alt. 2 UF 1 VwGO
- b) Untätigkeitsklage, § 42 I Alt. 2 UF 2 VwGO
- c) „Bescheidungsklage“, § 113 V S. 2 VwGO

3. Sonderprobleme der Statthaftigkeit

- a) Klagen Dritter
- b) Isolierte Anfechtung
- c) Rechtsschutz gegen Nebenbestimmungen

d) Genehmigungsfiktion nach § 42a VwVfG

II. Klagebefugnis, § 42 II VwGO

1. Möglicher Anspruch als subjektives Recht

2. Ermessensfälle

3. Fehlender Antrag

III. Vorverfahren

1. Untätigkeitsklage i.S.d. § 42 I VwGO

2. § 75 VwGO bei der Versagungsgegenklage

3. Sonderfälle

IV. Klagefrist, § 74 VwGO

- 1. Klagefrist der Versagungsgegenklage**
- 2. Klagefrist bei Klagen nach § 75 VwGO**

V. Übrige Zulässigkeitsvoraussetzungen

C) Beiladung und Klagehäufung

I. Beiladung

II. Objektive Klagehäufung

D) Begründetheit der Verpflichtungsklage

I. Obersatzbildung

II. Passivlegitimation

III. Anspruchsaufbau (Vornahmeklage)

- 1. Anspruchsgrundlage**
- 2. Formelle Anspruchsvoraussetzungen**
- 3. Materielle Anspruchsvoraussetzungen – „Genehmigungsfälle“**
 - a) Genehmigungspflichtigkeit
 - b) Genehmigungsfähigkeit
- 4. Sonderfall - Die Zusicherung als Anspruchsgrundlage**
 - a) Allgemeines
 - b) Klausurschwerpunkte
 - c) Abgrenzungen
 - d) Klausurfall

IV. Prüfung bei Ermessen – Aufbau bei Verbescheidungsklagen

- 1. Vornahmeklage**
- 2. Verbescheidungsklage**
 - a) Rechtswidrigkeit der Ablehnung/Unterlassung des Verwaltungsakts
 - b) Subjektive Rechtsverletzung

V. Prüfung bei Beurteilungsspielraum

VI. Entscheidungsrelevanter Zeitpunkt

VII. Nachschieben von Gründen

VIII. Entscheidung

E) ANHANG: Sonderfälle zu §§ 48, 49, 51 VwVfG: Beseitigung eines bestandskräftigen Verwaltungsakts als Rechtsschutzziel

- I. Wiederaufgreifen des Verfahrens nach § 51 VwVfG**
- II. Begehren einer Aufhebung nach §§ 48, 49 VwVfG**
- III. Vorgehen in der Klausur bei Wiederaufgreifen des Verfahrens gem. § 51 VwVfG**
 - 1. Zulässigkeit der Verpflichtungsklage**

- a) Klageart
- b) Klagebefugnis

2. Begründetheit der Verpflichtungsklage

- a) Zulässigkeit des Antrags auf Wiederaufgreifen
- b) Begründetheit des Antrags auf Wiederaufgreifen
- c) Neue Entscheidung in der Sache

IV. Fallbeispiel

§ 4 FORTSETZUNGSFESTSTELLUNGSKLAGE

A) Überblick

B) § 113 I S. 4 VwGO (direkte Anwendung): Die Fortsetzungsfeststellungsklage bei Erledigung des Verwaltungsakts nach Erhebung einer Anfechtungsklage

I. Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges

- 1. § 23 I S. 1 EGGVG als abdrängende Sonderzuweisung**
- 2. Art. 97 V, 98 II Nr. 2 BayPAG / § 14 II MEPolG 1977 als abdrängende Sonderzuweisung**

II. Zulässigkeit der Fortsetzungsfeststellungsklage

1. Statthaftigkeit

- a) Erledigung durch Aufhebung des Verwaltungsakts
- b) Erledigung durch Zeitablauf
- c) Erledigung auf andere Weise

2. Zulässigkeitsvoraussetzungen der Anfechtungsklage

3. Feststellungsinteresse

- a) Wiederholungsgefahr
- b) Rehabilitationsinteresse
- c) Vorbereitung eines Amtshaftungsprozesses
- d) Schwerwiegender Grundrechtseingriff
- e) Nicht ausreichend: sich typischerweise kurzfristig erledigende Verwaltungsakte

III. Begründetheit

C) § 113 I S. 4 VwGO (analog): Die Verpflichtungsfeststellungsklage

I. Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges, § 40 I VwGO

II. Zulässigkeit der Verpflichtungsfeststellungsklage

1. Statthaftigkeit

- a) Erledigung der Begehr des Verwaltungsakts
- b) Analoge Anwendung

2. Besondere Zulässigkeitsvoraussetzungen der Verpflichtungsklage

3. Feststellungsinteresse

III. Begründetheit

D) Erledigung des Verwaltungsakts vor Klageerhebung (erweiterte Fortsetzungsfeststellungsklage), § 113 I S. 4 VwGO analog

I. Problemstellung

II. Analoge Anwendung des § 113 I S. 4 VwGO

III. Problem: Zulässigkeitsvoraussetzungen der Anfechtungs- bzw. Verpflichtungsklage

1. Vorverfahren

- a) Literatur: Umgestellte Anfechtungs-/Verpflichtungsklage
- b) Rechtsprechung: „Fortsetzungswiderspruchsverfahren“ unstatthaft
- c) Erledigung während des Widerspruchsverfahrens

2. Klagefrist

IV. Feststellungsinteresse

V. Begründetheit

E) Sonstige Anwendungsfälle

I. Fortsetzungsfeststellungsklage bei Realakten

II. Sonderfall: Fortsetzungsfeststellungsklage bei Kommunalverfassungsstreitigkeit

III. Aufhebung des Verwaltungsakts ist ausgeschlossen

F) Fortsetzungsfeststellungswiderspruch

G) Beiderseitige und einseitige Erledigungserklärung

I. Übereinstimmende Erledigungserklärungen

II. Einseitige Erledigungserklärung

1. Voraussetzungen

2. Entscheidungsmöglichkeiten des Gerichts

- a) Erledigung ist tatsächlich eingetreten
- b) Keine (tatsächliche) Erledigung

§ 5 ALLGEMEINE LEISTUNGSKLAGE

A) Allgemeine Leistungsklage im System der verwaltungsgerichtlichen Rechtsbehelfe

I. Dogmatische Herleitung

II. Abgrenzung

B) Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges, § 40 I VwGO

I. Öffentlich-rechtliche Streitigkeit

1. Äußerungen von Beamten

- a) Äußerung als Privatmann
- b) Äußerung in Ausübung der Dienstgeschäfte
- c) Problemfälle

2. Immissionsfälle

- a) Zusammenhang mit förmlichem Verwaltungshandeln
- b) Zweck und Funktionszusammenhang

3. Sonderproblem: Streitigkeiten mit Beteiligung einer Kirche

II. Sonderzuweisungen

1. § 40 II S. 1 VwGO

2. § 49 VI S. 3 VwVfG

C) Zulässigkeit der allgemeinen Leistungsklage

I. Statthaftigkeit / richtige Klageart

1. Leistungs-Vornahme-Klage

- a) Erteilung einer Auskunft
- b) Die Gewährung von Akteneinsicht
- c) Geldzahlungen, Schadensersatz
- d) Allgemeine Leistungsklage in Bezug auf Normen

2. Leistungs-Unterlassungs-Klage

- a) Klage auf Unterlassung eines schlichten Verwaltungshandelns
- b) Klage auf Unterlassung eines Verwaltungsakts

II. Klagebefugnis

III. Vorverfahren, Klagefrist

IV. Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis

1. Allgemeine Leistungsklage des Bürgers gegen den Staat

2. Allgemeine Leistungsklage des Staates gegen den Bürger

V. Sonstige Zulässigkeitsvoraussetzungen

D) Klagehäufung, Beiladung, Streitgenossenschaft

E) Die Begründetheit der allgemeinen Leistungsklage

I. Obersatz

II. Passivlegitimation

III. Bestehen des Leistungsanspruches

IV. Durchsetzbarkeit des Anspruches

V. Sonderproblem: Aufrechnung mit rechtswegfremder Forderung

F) Klagen zur Geltendmachung von öffentlich-rechtlichen Abwehransprüchen

I. Begriff der Abwehransprüche

1. Öffentlich-rechtliche Unterlassungsansprüche

2. Öffentlich-rechtliche Beseitigungsansprüche

- a) Öffentlich-rechtliche Folgenbeseitigungsansprüche (im Folgenden mit FBA abgekürzt)
- b) Öffentlich-rechtliche Erstattungsansprüche

II. Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges, § 40 I VwGO

III. Zulässigkeit der Klage

1. Statthafte Klageart

- a) Fallrelevante Probleme
- b) Typische Fallkonstellationen

2. Klagebefugnis, § 42 II VwGO analog

3. Rechtsschutzbedürfnis

4. Sonstige Zulässigkeitsvoraussetzungen

IV. Begründetheit der Leistungs-Vornahme-Klage

1. Passivlegitimation

2. Bestehen des Abwehranspruches

- a) Die öffentlich-rechtlichen Folgenbeseitigungsansprüche
- b) Die öffentlich-rechtlichen Erstattungsansprüche

G) Die allgemeine Leistungsklage im Zusammenhang mit öffentlich-rechtlichen Verträgen

I. Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges, § 40 I VwGO

1. Problem: Öffentlich-rechtliche Streitigkeit

2. Rechtsnatur des Vertrages

II. Zulässigkeit der Klage

1. Klageart

2. Klagebefugnis, § 42 II VwGO analog

3. Sonstige Zulässigkeitsvoraussetzungen

III. Begründetheit

1. Passivlegitimation

2. Bestehen des Leistungsanspruches

- a) Vorliegen eines Vertrages
- b) wirksamer Vertragsschluss
- c) Wirksamkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrages

IV. Fallbeispiel

H) Kommunalverfassungsrechtliche Streitigkeit

I. Begriff

II. Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges, § 40 I VwGO

III. Zulässigkeit der Klage

1. Statthafte Klageart

- a) Anfechtungs- und Verpflichtungsklage vorrangig
- b) Klageart bei Verneinung eines Verwaltungsakts

2. Klagebefugnis, § 42 II VwGO analog

3. Beteiligtenfähigkeit, § 61 VwGO

- a) Gemeinderat
- b) Gemeinderatsfraktion

- c) Einzelnes Gemeinderatsmitglied
- d) Der Erste Bürgermeister

4. Sonstige Zulässigkeitsvoraussetzungen

IV. Begründetheit der Kommunalverfassungsstreitigkeit

- 1. Passivlegitimation, ggf. § 78 I Nr. 1 VwGO analog**
- 2. Bestehen des Leistungsanspruchs**

§ 6 ALLGEMEINE FESTSTELLUNGSKLAGE

A) Die Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges, § 40 I VwGO

B) Zulässigkeit der allgemeinen Feststellungsklage

I. Statthaftigkeit

1. Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses

- a) Ausgangspunkt: Klagebegehren
- b) Das Rechtsverhältnis
- c) Schlüssige Behauptung des Bestehens bzw. Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses
- d) Fallbeispiel zur Feststellung eines Rechtsverhältnisses

2. Feststellung der Nichtigkeit eines Verwaltungsakts

- a) Abgrenzung zu § 43 I Alt. 1 VwGO
- b) Abgrenzung zur Anfechtungsklage
- c) Keine Feststellung der Wirksamkeit
- d) Analoge Anwendung auf Nicht-Verwaltungsakte?

II. Subsidiarität gemäß § 43 II S. 1 VwGO

1. Hintergrund der Subsidiarität

2. Ausnahmen

- a) Rechtsschutzinteresse nur durch Feststellung gedient
- b) Beklagter ist öffentlich-rechtliche Körperschaft
- c) Beamtenrechtliche Klagen

3. Keine Anwendung auf Nichtigkeitsfeststellungsklage, § 43 II S. 2 VwGO

III. Klagebefugnis analog § 42 II VwGO?

1. Standpunkt der h.M.

2. Gegenansicht

IV. Berechtigtes Interesse an baldiger Feststellung als besonderes Rechtsschutzbedürfnis

1. Berechtigtes Interesse

2. Interesse an baldiger Feststellung

3. Fallgruppen zu § 113 I S. 4 VwGO

V. Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis

1. Verwirkung

2. Verwaltungsakt-Befugnis der Behörde

3. Antrag gemäß § 44 V VwVfG

VI. Vorverfahren und Klagefrist

VII. Sonstige allgemeine Sachurteilsvoraussetzungen

VIII. Fallbeispiel:

C) Begründetheit der allgemeinen Feststellungsklage

I. Passivlegitimation

1. Positive Feststellungsklage

2. Negative Feststellungsklage

3. Nichtigkeitsfeststellungsklage

II. Die weitere Begründetheitsprüfung

1. Die positive / negative Feststellungsklage

2. Nichtigkeitsfeststellungsklage

D) Sonderproblem

I. Kommunalverfassungsstreitigkeiten

II. Normerlassklage

§ 7 VERWALTUNGSGERICHTLICHES NORMENKONTROLLVERFAHREN, § 47 VWGO

A) Einordnung der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle (NK)

I. Prüfungsrecht und Verwerfungsrecht

II. Prinzipale und inzidente Normenkontrolle

1. Begriff

2. Unterschiedliche Rechtsfolgen

3. Mischfunktion der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle

B) Zulässigkeitsvoraussetzungen des § 47 VwGO

I. Statthaftigkeit der Normenkontrolle

1. Satzungen i.S.d. § 47 I Nr. 1 VwGO

2. Rechtsvorschriften i.S.d. § 47 I Nr. 2 VwGO

a) Allgemeine Erwägungen

b) Maßgeblichkeit der äußeren Form

c) Verwaltungsvorschriften

d) Geschäftsordnung des Gemeinderates

3. Vorschriften, „die erlassen worden sind“

II. Entscheidung nur i.R.d. Gerichtsbarkeit des OVG/VGH

III. Antragsberechtigung

IV. Antragsbefugnis

1. Bebauungspläne

2. Andere Rechtsvorschriften

3. Antragsbefugnis von Behörden

V. Antragsfrist

VI. Landesverfassungsgerichtlicher Vorbehalt

VII. Ordnungsgemäße Antragstellung

VIII. Rechtsschutzbedürfnis

1. Von natürlichen und juristischen Personen

- a) Rechtsmissbrauch / Verwirkung:
- b) Verhältnis zu Anfechtungs- und Verpflichtungsklage
- c) Außerkrafttreten einer Norm

2. Von Behörden

- a) Normverwerfungskompetenz der Verwaltung?
- b) Bei gemeindlichen Satzungen

IX. Weitere Zulässigkeitsvoraussetzungen

X. ANHANG: Fall

C) Beiladung Dritter, § 65 VwGO?

D) Begründetheit der Normenkontrolle

I. Richtiger Antragsgegner, § 47 II S. 2 VwGO

II. Festlegung des Prüfungsmaßstabes: § 47 III VwGO

III. Grundsätzliche Prüfungsfolge bei Rechtsverordnungen und Satzungen

1. Feststellung der möglichen Rechtsgrundlage

- a) Satzungen
- b) Verordnungen

2. Formelle Rechtmäßigkeit

- a) Satzungen
- b) Verordnungen

3. Materielle Rechtmäßigkeit

- a) Wirksamkeit der Rechtsgrundlage
- b) I.R.d. Rechtsgrundlage (Subsumtion)
- c) Ermessen

IV. Sonderfall: Konstellation bei Bebauungsplänen

1. Rechtsgrundlage

2. Formelle Rechtmäßigkeit

- a) Zuständigkeit
- b) Verfahren
- c) Unbeachtlichkeit nach §§ 214, 215 BauGB

3. Materielle Rechtmäßigkeit

- a) Planrechtfertigung
- b) Äußere Abwägungsfehler, zwingende Planungsleitsätze
- c) Abwägung, § 1 VII BauGB

V. Entscheidung

SCHON GEWUSST?

WIEDERHOLUNGSFRAGEN RANDNR.

STICHWORTVERZEICHNIS

§ 3 VERPFLICHTUNGSKLAGE

Die Verpflichtungsklage ist eine Unterart der Leistungsklage (vgl. Überblicksskizze in Hemmer/Wüst, Verwaltungsrecht I, Rn. 10). Mit ihr wird die Verurteilung zum 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 S. 1 VwGO. Folgt die Verwaltung dem rechtskräftigen Urteilsspruch nicht, so muss der Bürger nach § 172 VwGO die Vollstreckung mittels Zwangsgelds 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.

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

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

2

Sachentscheidungsvoraussetzungen der Verpflichtungsklage, § 42 I Alt. 2 VwGO

A) Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges, § 40 I VwGO

B) Zulässigkeit der Verpflichtungsklage

I. Statthaftigkeit: Begehren = Verurteilung zum Erlass eines Verwaltungsakts i.S.v. § 35 VwVfG, § 42 I Alt. 2 VwGO

II. Klagebefugnis, § 42 II VwGO

III. Vorverfahren, §§ 68 ff. VwGO

IV. Klagefrist, § 74 VwGO

V. weitere Zulässigkeitsvoraussetzungen (sofern problematisch)

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

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.

1 Allerdings wirkt die statgebende Entscheidung insofern rechtsgestaltend, als der versagende Bescheid zumindest konkludent aufgehoben wird (i.E. str. Kopp/Schenke, § 113 VwGO, Rn. 179; BVerwGE 1, 291 = **jurisbyhemmer**. (Wenn dieses Logo hinter einer Fundstelle abgedruckt wird, finden Sie die Entscheidung bei **juris** unter www.hemmer.de). 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.

A) Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges

Der Weg zu den Verwaltungsgerichten ist zunächst dann einzuschlagen, wenn eine aufdrängende Sonderzuweisung wie § 126 BBG einschlägig ist. Ist dies (in der Regel) nicht der Fall, ist die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte 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

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.

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

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

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 I 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.

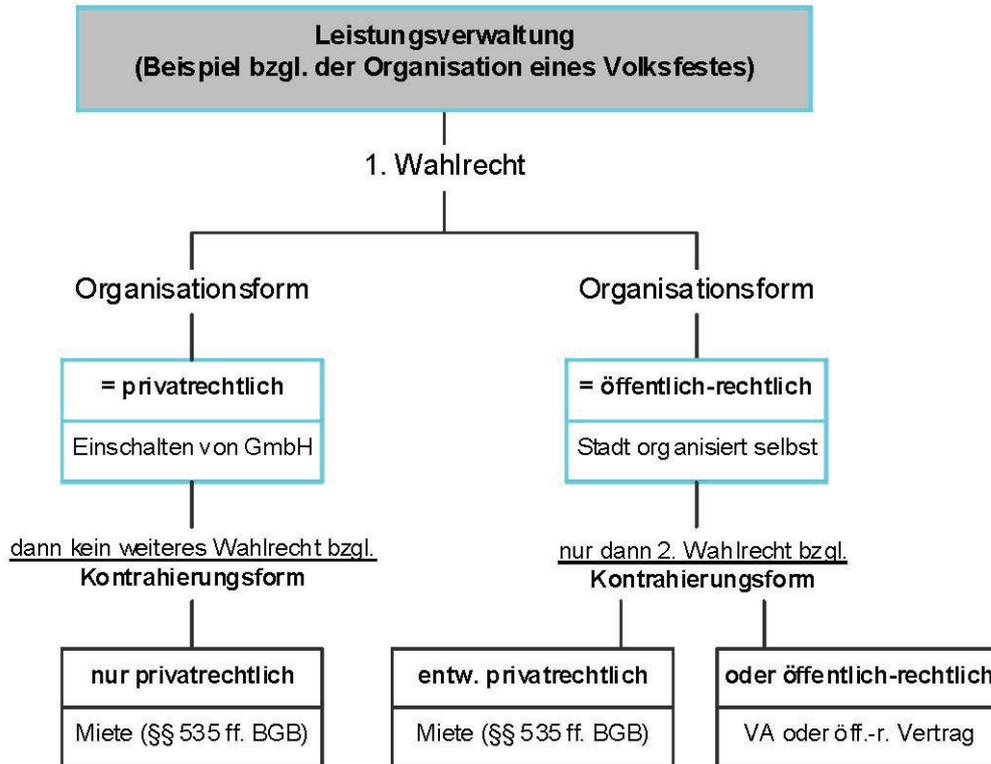
3 Vgl. Hemmer/Wüst, Verwaltungsrecht I, Rn. 24 ff.

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

5 Bzw. entsprechende Vorschriften anderer Gemeindeordnungen.

6 Auf Grund dieses Wahlrechts können Gemeinden das Parken auf Flächen, an welchen kein Gemeingebrauch besteht, privatrechtlich regeln, vgl. BayVGH, BayVBl. 1999, 50. Siehe bzgl. privatrechtlicher Ausgestaltung auch VG Bayreuth, Beschluss v. 18.04.2023 – B 9 E 23.290, Rn. 17.

Doppeltes Wahlrecht bei der Leistungsverwaltung



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.

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

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 Bzw. der entsprechenden jeweiligen Landesvorschriften.

⁸ Schwerdtfeger, § 23, Rn. 364; siehe beispielhaft VGH München, Beschluss v. 25.05.2023 – 4 CE 23.854, Rn. 12 ff = [jurisbyhemmer](#).

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

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.

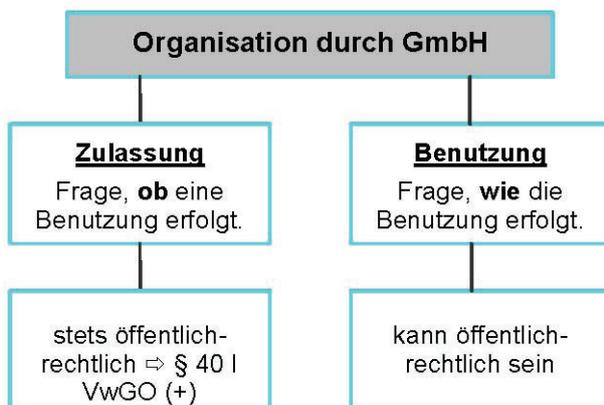
9

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



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 auseinandergerissen.

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

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.

9 BayVGh, BayVBl. 2002, 565 = **jurisbyhemmer**. Siehe zur Abgrenzung zwischen „ob“ und „wie“ der Benutzung auch VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 07.07.2022 – 1 S 435/22, Rn. 24 ff. = **jurisbyhemmer**.

10 Zur Vertiefung Maurer/Waldhoff, § 17, Rn. 16 ff.

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.

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.

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, beispielsweise 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, da keine Pflicht besteht, öffentliche Einrichtungen zu betreiben.¹² Allerdings kann der entsprechende Pacht- bzw. Gesellschaftsvertrag nach Ansicht des BVerwG gegen Art. 57 I (Bay)GO bzw. vergleichbare landesrechtliche Vorschriften verstoßen. Nach dieser Vorschrift kann die Gemeinde in den Grenzen ihrer Leistungsfähigkeit unter Umständen 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 sind vermögenswerte Zuwendungen des Staates oder eines anderen Verwaltungsträgers an Privatpersonen zur Förderung eines im öffentlichen Interesse liegenden Zwecks, vgl. auch § 264 VIII StGB zum engeren strafrechtlichen Subventionsbegriff.

12

Im Einzelnen sind Subventionen: nicht zurückzuzahlende Geldleistungen, Darlehen, Vergabe von Sicherungen für Darlehen sowie Realförderungen. Nicht um Subventionen im verwaltungsrechtlichen Sinne handelt es sich bei Steuervergünstigungen.¹⁴

a) Typische Fallkonstellationen:

aa) Der Kläger begehrt eine Subvention, die ihm die Behörde versagt.

13

bb) Der Kläger will, dass ein Subventionsbescheid zugunsten eines Konkurrenten aufgehoben wird.

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 07/2002, 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 01/2010, 44 ff.

14 Beachten Sie, dass hier der Begriff der Beihilfe im Europarecht, Art. 107 AEUV, weiter gefasst ist, vgl. hierzu EuGH, NVwZ 2000, 784 = [jurisbyhemmer](#).

cc) Die nur einmal zu vergebende Subvention wird einem Mitbewerber zugeteilt. Um die Subvention selbst zu bekommen, genügt es nicht, lediglich die Förderung des Konkurrenten zu beseitigen (**Hemmer/Wüst, Verwaltungsrecht I, Rn. 32**). Der eigene Subventionsanspruch muss durch Klageerhebung geltend gemacht werden.¹⁵

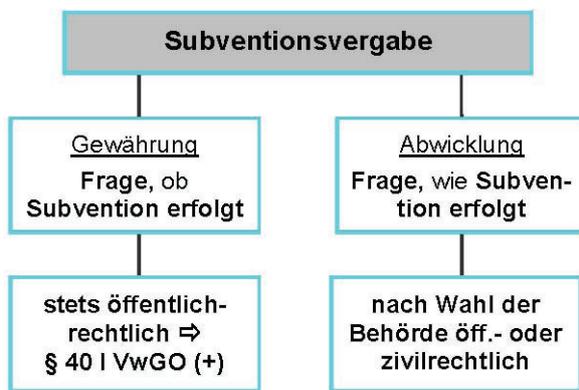
b) Zuordnungsproblem und Zwei-Stufen-Theorie

In diesen Fällen ist grundsätzlich eine Beurteilung der Streitigkeit sowohl nach Privatrecht (etwa: Gewährung eines Darlehens, §§ 488 ff. BGB) als auch nach öffentlichem Recht (öffentlich-rechtlicher Bewilligungsbescheid) möglich. Das Zuordnungsproblem stellt sich.

14

Grundsätzlich kann auch hier mit der Zwei-Stufen-Theorie gearbeitet werden: Die Gewährung der Subvention geschieht durch erststufigen öffentlich-rechtlichen Bewilligungsakt, die Abwicklung des Leistungsverhältnisses erfolgt ggf. durch den zweistufigen privatrechtlichen Vertrag. Ein Rückgriff auf die Zwei-Stufen-Theorie erübrigt sich allerdings in den Fällen der verlorenen Zuschüsse, d.h. wenn die ausgezahlte Summe vom Empfänger nicht zurückzahlen ist. In diesen Fällen gibt es keine zweite Stufe, sondern nur die Entscheidung über das „Ob“ der Auszahlung.

Zwei-Stufen-Theorie bei Erteilung von Subventionen



Zur Anwendbarkeit der Zwei-Stufen-Theorie auf die verschiedenen Subventionsarten siehe auch **Hemmer/Wüst, Verwaltungsrecht I, Rn. 34 bis 38**.

II. Keine andere Rechtswegzuweisung, § 40 I S. 1 HS 2 und S. 2 VwGO (sog. abdrängende Sonderzuweisung)

Der Rechtsweg zu den allgemeinen Verwaltungsgerichten ist nach § 40 I S. 1 HS 2 VwGO nicht gegeben, wenn eine Zuweisung an die besonderen Zweige der Verwaltungsgerichtsbarkeit (§ 51 SGG an die Sozialgerichte, § 33 FGO an die Finanzgerichte) besteht. Daneben kommt eine Zuweisung vor allem an die ordentlichen Gerichte in Betracht.

15

hemmer-Methode: Es gibt immer wieder Reformbestrebungen, die Sozial- und die Verwaltungsgerichte zusammenzulegen, was durchaus Sinn macht, da zwischen beiden Rechtsgebieten große Parallelen und Überschneidungen bestehen.

Eine möglicherweise examensrelevante Verweisung findet sich in § 49 VI S. 3 VwVfG für die Entschädigung beim Widerruf eines rechtmäßigen Verwaltungsakts.

Geht es hingegen um die Rücknahme rechtswidriger Verwaltungsakte, dann ist bzw. bleibt für Entschädigungsansprüche das Verwaltungsgericht zuständig, da es keine Verweisung an die ordentlichen Gerichte gibt.

¹⁵ Zur Frage, ob für diese Mitbewerberklage eine Verpflichtungsklage ausreicht oder in objektiver Klagehäufung eine Anfechtungsklage ebenfalls zu erheben ist, siehe Rn. 29.