

In der Verwaltungsrechtsklausur geht es in der Regel um die erstinstanzliche Überprüfung von Maßnahmen (bzw. Unterlassungen) der Verwaltung gegenüber dem Bürger. Davon zu unterscheiden ist die Verfassungsrechtsklausur, bei der die Verfassungsbeschwerde, das Organstreitverfahren, der Bund-Länder-Streit sowie die abstrakte und konkrete Normenkontrolle im Vordergrund stehen.

1. Welche verschiedenen Arten von Rechtsbehelfen werden im Bereich des Verwaltungsrechts unterschieden?
2. In welche Grundtypen lassen sich die Klagearten der VwGO einordnen?

Juristisches Repetitorium
examenstypisch • anspruchsvoll • umfassend **hemmer**

1. Arten der Rechtsbehelfe

- **formlose außergerichtliche** Rechtsbehelfe (z.B. Petition, Gegenvorstellung, Aufsichtsbeschwerde)
- **förmliche außergerichtliche** Rechtsbehelfe (insbes. Widerspruch)
- **gerichtliche Rechtsbehelfe** (z.B. Klage, Antrag auf Zulassung der Berufung, Berufung, Revision)

2. Klagearten der VwGO

Die **verwaltungsgerichtlichen Rechtsbehelfe** kann man nach der Art der gerichtlichen Entscheidung (insbes. nach der Wirkung der Urteile) wie folgt einordnen:

- **Gestaltungsklagen**
- **Leistungsklagen**
- **Feststellungsklagen und Normenkontrollantrag.**

Unterfälle dieser Grundtypen können entsprechend der gesetzlichen Systematik eingeteilt werden in:

- **Anfechtungsklage, § 42 I Fall 1 VwGO = Gestaltungsklage**
- **Verpflichtungsklage, § 42 I Fall 2 VwGO = Leistungsklage**
- **allgemeine Leistungsklage,**
- **Fortsetzungsfeststellungsklage, § 113 I S. 4 VwGO = Feststellungsklage**
- **allgemeine Feststellungsklage, § 43 VwGO**
- **Normenkontrollantrag, § 47 VwGO = Feststellungsklage**

Eine Sonderrolle spielen Anträge auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes, §§ 80 V, 80a III S. 1, 123 I, 47 VI VwGO.

hemmer-Methode: Da in der Klausur regelmäßig nach den Erfolgsaussichten einer Klage gefragt wird, müssen Sie die unterschiedlichen Klagearten genau kennen. Hier dürfen Sie keine Schwächen zeigen! Die Klausur steht und fällt mit dem Auffinden des statthafter Rechtsbehelfs. Wenn Sie z.B. in einer Eilrechtsschutzklausur statt des Antrags nach § 80 V VwGO eine Anfechtungsklage prüfen, ist dieser Fehler nicht mehr zu kompensieren.

Die einzelnen Klagearten lassen sich in die drei Typen Leistungsklage, Gestaltungsklage und Feststellungsklage einteilen. Dies dient in erster Linie dem Verständnis des verwaltungsgerichtlichen Klagesystems.

Wodurch unterscheiden sich Leistungsklage, Gestaltungsklage und Feststellungsklage?

Juristisches Repetitorium
examenstypisch • anspruchsvoll • umfassend **hemmer**

1. Leistungsklage

Unter einer Leistungsklage im weiteren Sinne versteht man eine Klage, die der **Durchsetzung von öffentlich-rechtlichen Ansprüchen auf ein Tun, Dulden oder Unterlassen** dient. Leistungsklagen sind die Verpflichtungsklage nach § 42 I Fall 2 VwGO und die allgemeine Leistungsklage. Sie unterscheiden sich dadurch, dass das Klagebegehren bei der im Gesetz ausdrücklich geregelten Verpflichtungsklage auf den Erlass eines Verwaltungsakts gerichtet ist, während die allgemeine Leistungsklage als Ziel ein sonstiges Verwaltungshandeln (z.B. ein Realakt) hat.

2. Gestaltungsklage

Anders als die Leistungsklage, bei der der Kläger einen Anspruch durchsetzen will, dient die Gestaltungsklage der **unmittelbaren Änderung der Rechtslage durch das Urteil selbst**. Die Rechtsänderung tritt dabei bereits mit Erlass des Urteils ein. Die Gestaltungsklagen sind nicht alle explizit in der VwGO geregelt, sondern ergeben sich teilweise erst über den Verweis des § 173 VwGO in die ZPO. Danach sind Gestaltungsklagen die Anfechtungsklage nach § 42 I Fall 1 VwGO sowie die Abänderungs- und Vollstreckungsabwehrklage nach § 173 VwGO i.V.m. §§ 323, 767 ZPO. Letztere spielen in der öffentlich-rechtlichen Klausur jedoch keine Rolle.

3. Feststellungsklage

Mit der Feststellungsklage wird die **Rechtslage verbindlich festgestellt**. Da ihr Urteilstenor keinen Leistungsbefehl enthält, **dient sie nicht der Durchsetzung eines Anspruchs des Klägers**, sodass die Reichweite des Feststellungsurteils geringer ist als die des Leistungsurteils. Feststellende Urteile sind nicht vollstreckbar. Deshalb ist die Feststellungsklage grundsätzlich subsidiär (§ 43 II S. 1 VwGO).

Feststellungsurteile haben **auch keine Gestaltungswirkung**. Die Rechtslage wird durch das Urteil also nicht unmittelbar verändert. Feststellungsklagen sind die (allgemeine) Feststellungsklage nach § 43 I VwGO, das Normenkontrollverfahren nach § 47 VwGO, die Zwischenfeststellungsklage nach § 173 VwGO i.V.m. § 256 II ZPO und die Fortsetzungsfeststellungsklage gemäß § 113 I S. 4 VwGO direkt oder analog.

hemmer-Methode: Die Klagearten, die über den Verweis des § 173 VwGO der ZPO zu entnehmen sind, haben in der verwaltungsrechtlichen Klausur nur geringe Bedeutung. Die Verweisungsnorm des § 173 VwGO sollte Ihnen aber bekannt sein. Beachten Sie mit § 56 II VwGO und § 57 II VwGO zwei weitere wichtige Verweisungen in die ZPO.

Mit der Anfechtungsklage nach § 42 I Fall 1 VwGO wird die Aufhebung eines VA begehrt. Der VA wird in § 35 S. 1 VwVfG als Maßnahme einer Behörde auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts zur rechtsfolgenbegründenden Regelung eines Einzelfalls mit Außenwirkung definiert.

Entwerfen Sie ein Schema mit den Hauptpunkten für die Prüfung der Sachurteilsvoraussetzungen einer Anfechtungsklage.

Juristisches Repetitorium
examenstypisch • anspruchsvoll • umfassend **hemmer**

Die wichtigsten Sachurteilsvoraussetzungen der Anfechtungsklage:

- I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs, § 40 I S. 1 VwGO
- II. Klageart
Klagebegehren: Aufhebung eines VA i.S.v. § 35 VwVfG
- III. Klagebefugnis, § 42 II VwGO
mögliche Verletzung in eigenen subjektiv-öffentlichen Rechten
- IV. Vorverfahren, §§ 68 ff. VwGO
- V. Klagefrist, § 74 I VwGO
- VI. Klagegegner, § 78 VwGO (oder Prüfung in der Begründetheit unter Passivlegitimation)
- VII. Weitere Zulässigkeitsvoraussetzungen, soweit problematisch
z.B. Zuständigkeit des Gerichts, ordnungsgemäße Klageerhebung, Beteiligten- und Prozessfähigkeit

hemmer-Methode: Beachten Sie, dass die §§ 17, 17a GVG über § 173 VwGO auch für die Verwaltungsgerichtsbarkeit gelten. Das bedeutet, dass eine Klage, die bei einem Gericht des unzuständigen Rechtswegs anhängig geworden ist, von Amts wegen (also ohne dass der Kläger einen Antrag stellen muss) an das zuständige Gericht des zulässigen Rechtswegs verwiesen wird (§ 17a II GVG). Über § 83 VwGO gilt dies auch für die Zuständigkeit des Gerichts.

Daraus folgt, dass eine Klage niemals mit der Begründung der Unzulässigkeit des Rechtswegs bzw. der Unzuständigkeit des Gerichts durch Prozessurteil abgewiesen werden darf. Um dies in der Klausur zu verdeutlichen, darf im Aufbau auch zwischen Rechtswegeröffnung und Zulässigkeit der Klage unterschieden werden. Zwingend ist dies aber nicht.

Als Alternative dürfen Sie deshalb auch wie folgt gliedern:

- A) Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs, § 40 I S. 1 VwGO, und Zuständigkeit des Gerichts, §§ 45, 52 VwGO
- B) Zulässigkeit der Klage
 - I. Klageart
 - II. Klagebefugnis usw.

Beachten Sie auch die Besonderheiten Ihres Prüfungslandes im Hinblick auf das Widerspruchsverfahren; möglicherweise ist es in Anwendung des § 68 I S. 2 VwGO in wichtigen Bereichen abgeschafft worden, wie z.B. in NRW durch das Bürokratieabbaugesetz I, in Hessen durch die Anlage zu § 16a I HessAGVwGO oder in Bayern durch Art. 15 BayAGVwGO.

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

Der Bundesbeamte B klagt gegen seinen Dienstherrn auf Zahlung von noch ausstehenden Bezügen in Höhe von 500,- €.

Ist für diese Klage der Verwaltungsrechtsweg eröffnet?

Der Weg zum Verwaltungsgericht ist nach **§ 40 I S. 1 VwGO** in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten gegeben, die nichtverfassungsrechtlicher Art sind und gesetzlich nicht ausdrücklich einem anderen Gericht zugewiesen sind.

Diese **verwaltungsgerichtliche Generalklausel** kommt aber **nicht zur Anwendung**, wenn die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts bereits durch ein spezielles Gesetz begründet wird (sog. **aufdrängende Sonderzuweisung**).

Im vorliegenden Fall ist § 126 I BBG einschlägig, der bestimmt, dass für alle Klagen des Beamten aus dem Beamtenverhältnis der Verwaltungsrechtsweg gegeben ist (bei Landesbeamten § 54 BeamStG). Somit muss B seinen Anspruch vor dem Verwaltungsgericht geltend machen.

hemmer-Methode: § 40 I S. 1 VwGO stellt in der Klausur selten ein Problem dar. Sie sollten sich deshalb eine Standardformulierung zurechtlegen, um am Anfang der Arbeit nicht unnötig viel Zeit zu verlieren. Beispiel für Baurechtsfälle: „Der Verwaltungsrechtsweg ist nach § 40 I S. 1 VwGO eröffnet, da es sich um eine Streitigkeit auf dem Gebiet des öffentlichen Baurechts handelt, die nicht verfassungsrechtlicher Art ist und für die keine andere Rechtswegzuweisung ersichtlich ist.“

Das Vorliegen einer öffentlich-rechtlichen Streitigkeit als Voraussetzung für die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs dient in erster Linie der Abgrenzung gegenüber den privatrechtlichen Streitigkeiten im Sinne des § 13 GVG, die den ordentlichen Gerichten zugewiesen sind.

1. In welche drei Schritte lässt sich die Prüfung, ob eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vorliegt, unterteilen?
2. Wie bestimmt man den Streitgegenstand?

Juristisches Repetitorium
examenstypisch • anspruchsvoll • umfassend **hemmer**

1. Die Prüfung, ob eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vorliegt, erfolgt in einem **Dreierschritt**:

- **Festlegung des Streitgegenstandes**
- **Nach welchen Rechtsnormen beurteilt sich diese Streitigkeit?**
- **Sind diese streitentscheidenden Normen solche des öffentlichen Rechts?**

2. Streitgegenstand ist das vom Kläger aufgrund eines bestimmten Sachverhalts an das Gericht gerichtete Begehren um Rechtsschutz durch Erlass einer Entscheidung mit einem näher bestimmten Inhalt. Der **Streitgegenstand** ist nach h.M. **zweigliedrig**, d.h. er besteht aus dem **Antrag des Klägers** und dem dazugehörigen **Lebenssachverhalt**. Um diesen Streitgegenstand zu bestimmen, muss man sich also fragen, was der Kläger will und auf welcher Grundlage dies erfolgen soll (Lebenssachverhalt).

Merkposten: **BVerwG, NVwZ 2007, 104, 105**: Der Streitgegenstand wird durch den prozessualen Anspruch (Klagebegehren) sowie den zu Grunde liegenden Sachverhalt (Klagegrund) bestimmt.

hemmer-Methode: 1. Der Streitgegenstand begegnet Ihnen in der Klausur an verschiedenen Stellen, da er z.B. über die Wahl des richtigen Rechtsbehelfs, die Zuständigkeit des Gerichts, den Umfang der Rechtshängigkeit, die Rechtskraft des Urteils und die verschiedenen Formen der Klagehäufung entscheidet. Die Bestimmung des Streitgegenstandes hat also auf die weitere Prüfung einen großen Einfluss. 2. Soweit der Sachverhalt dazu Anlass bietet, ist i.R.d. Prüfung der Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs vorab zu klären, ob für die Streitigkeit überhaupt ein Rechtsweg offen steht. Problematisch kann dies dann sein, wenn die Streitigkeit keine rechtliche Relevanz besitzt bzw. ihrem Wesen nach niemanden in seinen Rechten verletzt; zu nennen sind insbesondere Gnadenakte. Da bei solchen Akten fraglich ist, ob sie nicht generell der gerichtlichen Kontrolle entzogen sind, nennt man sie auch „justizfreie Hoheitsakte“. Ihre gerichtliche Überprüfbarkeit ist umstritten. Die h.M. in der Lit. bejaht eine Kontrollierbarkeit im Hinblick auf die Verrechtlichung der Gnadenakte in Art. 60 II, III GG. Die Rspr. steht dagegen auf dem Standpunkt, dass „Gnade vor Recht“ ergehe und Gnadenakte daher nicht justiziabel seien.

BVerfG, NJW 2001, 3771: Entscheidungen über den Gnadenerweis sind von Verfassungs wegen nicht gerichtlich überprüfbar. Das Gnadenrecht knüpft die Ausübung des Begnadigungsrechts nicht an bestimmte normative Voraussetzungen, sondern begründet eine dem Amte des Trägers des Begnadigungsrechts eigene Befugnis, eine Gestaltungsmacht besonderer Art.

Ein weiteres klausurrelevantes Problem stellt sich bei innerkirchlichen Streitigkeiten im Hinblick auf Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 III WRV. Diese sind vor den staatlichen Gerichten grundsätzlich nicht überprüfbar (**BVerfG, Beschluss vom 09.12.2008, Az. 2 BvR 717/08 = Life&Law 2009, 126 ff.**).

Zuordnungsprobleme ergeben sich immer dann, wenn als streitentscheidende Normen sowohl solche des Privatrechts als auch solche des öffentlichen Rechts in Frage kommen. Wichtige Fallgruppen sind Äußerungen eines Beamten, das Läuten von Kirchenglocken, Immissionen sowie die Ausübung des Hausrechts.

1. S will der Stadt Papier in großen Mengen verkaufen. Zu diesem Zweck sucht er mehrmals den zuständigen Sachbearbeiter im Rathaus auf. Dieser teilt dem S jedoch mit, dass die Stadt bereits einen Vertrag mit einem Konkurrenten des S geschlossen habe. Daraufhin beschimpft S den Beamten lautstark.
2. A erkundigt sich jeden Tag im Rathaus nach einer von ihm beantragten Genehmigung. Als ein Beamter ihm mitteilt, dass über den Antrag noch nicht entschieden sei, beschimpft er den Beamten.

S und A wird das Betreten des Rathauses untersagt. Welcher Rechtsweg steht S und A offen?

Juristisches Repetitorium

examenstypisch • anspruchsvoll • umfassend **hemmer**

In Betracht kommt sowohl der ordentliche Rechtsweg (§ 13 VwVG) als auch der Verwaltungsrechtsweg (§ 40 I S. 1 VwGO), da **streitentscheidend** zum einen die Grundlage des **privatrechtlichen Hausrechts nach §§ 862, 1004 BGB**, zum anderen das **öffentlich-rechtliche Hausrecht** sein kann.

In den Hausverbotsfällen stehen sich **zwei Betrachtungsweisen** gegenüber:

■ Die überwiegende Rechtsprechung stellt auf den **Zweck** ab, **den der Besucher** beim Betreten des Behördengebäudes **verfolgt**, da die Zweckbestimmung öffentlicher Gebäude auch das Recht des Bürgers umfasse, sie zu betreten, um seine behördlichen Angelegenheiten zu erledigen. Demnach ist das Hausverbot immer dann öffentlich-rechtlich, wenn der Bürger an einer der öffentlichen Zweckbestimmung entsprechenden Inanspruchnahme gehindert wird.

Nach dieser Meinung ist in Fall 1 der ordentliche Rechtsweg und in Fall 2 der Verwaltungsrechtsweg gegeben, da S mit seinem Besuch rein privatrechtliche Zwecke (Verkauf von Papier) verfolgt, A hingegen das Rathaus im Zusammenhang mit einem laufenden Verwaltungsverfahren aufsucht.

■ Die Gegenansicht stellt auf den **Zweck des Hausverbots** ab und betrachtet es für öffentlich-rechtlich, wenn es der Sicherung der Erfüllung der öffentlichen Aufgaben im Verwaltungsgebäude dient.

Diese Ansicht gelangt somit regelmäßig und hier in beiden Fällen dazu, dass der Verwaltungsrechtsweg eröffnet ist, da der Zweck des Hausverbots jeweils in der Sicherung der Erfüllung der öffentlichen Aufgaben liegt.

Argumentationsvorschlag: Die zweite Ansicht überzeugt insoweit, als es für die gleiche Handlung (Hausverbot) nicht zwei unterschiedliche Qualifikationen geben kann. Zudem existieren Fälle, in denen die Unterscheidung nach dem Zweck des Besuchs nahezu unmöglich ist (z.B. wenn S das Rathaus nicht nur zum Verkauf von Papier betritt, sondern gleichzeitig noch einen neuen Pass beantragen will).

Beachten Sie, dass der Streit wie immer nur dann zu entscheiden ist, wenn die Ansichten zu unterschiedlichen Ergebnissen gelangen.

hemmer-Methode: Gegen die zweite Ansicht wird jedoch teilweise vorgebracht, dass diese Zuordnung zum öffentlichen Recht die öffentliche Hand insoweit besser stelle als einen Privatmann, da sie der Behörde eine VA-Befugnis geben könne. Dennoch ist diese Ansicht insgesamt überzeugender und ermöglicht gerade auch in der Klausur eine einfache und eindeutige Zuordnung zum öffentlichen Recht.

Subventionen sind vermögenswerte Leistungen aus öffentlichen Mitteln an Private ganz oder zum Teil ohne marktmäßige Gegenleistung zur Förderung eines im öffentlichen Interesse liegenden Zwecks (vgl. auch § 264 VII S. 1 Nr. 1 StGB).

F erhält vom Bundesforschungsministerium eine Subventionsbewilligung in Form eines Darlehens zur Entwicklung von Solarfahrzeugen. Das Darlehen wird durch eine Privatbank ausgezahlt. Da F das Geld angeblich für andere Zwecke verwendet hat, wird die Bewilligung widerrufen. Dagegen will sich F zur Wehr setzen.

Abwandlung: Der Konkurrent K fühlt sich durch die dem F gewährte Subvention benachteiligt und will dagegen vorgehen.

Beide fragen sich, welcher Rechtsweg einschlägig ist.

Juristisches Repetitorium

examenstypisch • anspruchsvoll • umfassend **hemmer**

Es könnte der **Verwaltungsrechtsweg** gem. § 40 I S. 1 VwGO eröffnet sein. Voraussetzung dafür ist, dass es sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit handelt. Dann müssten die streitentscheidenden Normen solche des öffentlichen Rechts sein. Mögliche Rechtsgrundlage für die im Streit stehende Aufhebung des Bewilligungsbescheids sind die §§ 48, 49 VwVfG. Daneben ist aber auch eine Aufhebung der behördlichen Zahlungspflicht nach zivilrechtlichen Vorschriften denkbar, etwa in Form eines Rücktrittsvorbehalts oder einer Anfechtung.

Nach der **Zwei-Stufen-Theorie** ist bei **Subventionen** grundsätzlich zwischen der **Gewährung** (dem „Ob“) und ihrer **Abwicklung** (dem „Wie“) zu unterscheiden. Danach stellt die Gewährung einen öffentlich-rechtlichen Bewilligungsakt (Stufe 1) dar, während die Abwicklung durch einen privatrechtlichen Vertrag (Stufe 2) erfolgen kann.

Im Ausgangsfall wendet sich F **gegen die Rücknahme der Bewilligung**. Das bedeutet, dass es sich um eine **Streitigkeit auf der „ersten Stufe“** handelt, da es um die Gewährung an sich geht und nicht um die Modalitäten der Abwicklung. Mithin ist der **Verwaltungsrechtsweg** gem. § 40 I S. 1 VwGO gegeben.

In der **Abwandlung** will sich der Konkurrent K gegen die dem F gewährte Subvention zur Wehr setzen. Auch bei der **Drittanfechtung** ist eine Beurteilung der Streitigkeit sowohl nach Privat- als auch nach öffentlichem Recht denkbar. Hier will K erreichen, dass die Subventionsbewilligung aufgehoben wird. Es handelt sich somit auch hier um eine **Streitigkeit, die das „Ob“ der Gewährung betrifft**, sodass ebenfalls der **Verwaltungsrechtsweg** gegeben ist. Problematisch ist jedoch die Klagebefugnis des F, da die Art. 12, 14 I, 2 I GG nicht vor Konkurrenz schützen!

hemmer-Methode: Die Zwei-Stufen-Theorie ist nicht in allen Subventionsfällen einschlägig. Insbesondere die sog. verlorenen Zuschüsse, also staatliche Leistungen, die nicht zurückerstattet werden müssen, sind einheitlich zu beurteilen. Die Auszahlung hat hier nicht mehr die Bedeutung einer eigenständigen zweiten Stufe, sondern ist nur noch Erfüllung des Bewilligungsbescheids. Somit liegt ein einheitliches öffentlich-rechtliches Verhältnis vor. Bei den anderen Formen der Subventionsvergabe, also insbesondere dem Darlehen, der Zurverfügung-Stellung einer Sicherheit (z.B. Staatsbürgerschaft) und der Realförderung (Vergabe öffentlicher Aufträge an bestimmte Personen) ist die Anwendung der Zwei-Stufen-Theorie dagegen möglich, da dort auf der ersten Stufe über die Bewilligung und erst auf der zweiten Stufe über die Modalitäten entschieden wird.

Die Frage, wann Normen solche des öffentlichen Rechts sind, versuchen verschiedene Theorien zu beantworten. Problematisch ist die Qualifikation einer Norm als öffentlich-rechtlich in der Klausur aber nur sehr selten.

Welche Theorien wurden zur Qualifikation einer Rechtsnorm als öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich entwickelt? Stellen Sie die wichtigsten Lösungsansätze kurz dar!

Juristisches Repetitorium
examenstypisch • anspruchsvoll • umfassend **hemmer**

Folgende **drei Qualifikationstheorien** sollten Sie kennen:

1. Interessentheorie

Nach der Interessentheorie sind Normen dann öffentlich-rechtlich, **wenn sie das öffentliche Interesse berühren**.

Allerdings bestehen auch viele privatrechtliche Vorschriften im öffentlichen Interesse (z.B. Unterhaltsvorschriften des BGB) und öffentliche Normen im Privatinteresse (z.B. Baunachbarrecht), sodass diese Theorie wenig konkret ist und daher nur hilfsweise angewendet werden sollte.

2. Subordinationstheorie

Nach der Subordinations- oder Subjektionstheorie sind diejenigen Rechtsnormen als öffentlich-rechtlich zu qualifizieren, **die ein Rechtsverhältnis regeln, in dem sich die Streitenden in einem Über-/Unterordnungsverhältnis gegenüberstehen**.

Diese Theorie ist vor allem im Gefahrenabwehrrecht brauchbar, da sie dort eine klare Trennung ermöglicht. Dagegen versagt sie, wenn sich ein Hoheitsträger mit einem Bürger auf die gleiche Stufe stellt (öffentlich-rechtlicher Vertrag) oder wenn sich mehrere Träger öffentlicher Gewalt gegenüberstehen.

3. Modifizierte Subjektstheorie

Nach der modifizierten Subjektstheorie ist eine Rechtsnorm dann öffentlich-rechtlich, **wenn sie sich - zumindest auf der einen Seite des durch sie geregelten Rechtsverhältnisses - ausschließlich an einen Träger öffentlicher Gewalt in dieser Funktion wendet**. Eine Rechtsnorm ist dann privatrechtlich, wenn in dem durch sie geregelten Rechtsverhältnis jedermann in jeder Rolle beteiligt sein kann.

hemmer-Methode: In der Klausur können Sie allein auf die gerade am besten passende Theorie zurückgreifen, da sich die Theorien nicht gegenseitig ausschließen, sondern ergänzen. Diskutieren Sie diese Lösungsansätze nie in Form eines Meinungsstreits.

Eine Streitigkeit ist dann verfassungsrechtlicher Art, wenn zwei Verfassungsorgane bzw. unmittelbar am Verfassungsleben beteiligte Rechtsträger über Rechte und Pflichten streiten, die unmittelbar in der Verfassung geregelt sind (sog. doppelte Verfassungsunmittelbarkeit).

Während der Sitzung des Gemeinderats wirft A von der C-Fraktion dem B von der S-Fraktion vor, in einen Bestechungsskandal verwickelt zu sein. B will das nicht auf sich sitzen lassen und wird handgreiflich. Daraufhin wird er von der Sitzung ausgeschlossen. B verlangt „Rehabilitation“ und will von einem Gericht festgestellt wissen, dass der Ausschluss rechtswidrig war.

Welcher Rechtsweg ist gegeben?

Juristisches Repetitorium

examenstypisch • anspruchsvoll • umfassend hemmer

B könnte seine Klage vor dem Verwaltungsgericht erheben, wenn der Verwaltungsrechtsweg eröffnet ist. Dies ist nach **§ 40 I S. 1 VwGO** in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art der Fall, soweit diese Streitigkeiten nicht einem anderen Gericht ausdrücklich zugewiesen sind.

Da im vorliegenden Fall Vorschriften des Kommunalrechts den Streitgegenstand bestimmen, handelt es sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit.

Diese müsste auch **nichtverfassungsrechtlicher Art** sein. Da hier ein Ratsmitglied gegen den Gemeinderat (bzw. die Gemeinde; achten Sie auf die Besonderheiten in Ihrem Land) klagen will, handelt es sich um eine **Kommunalverfassungsstreitigkeit**. Dies könnte dazu führen, die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs abzulehnen, weil die Streitigkeit als eine solche verfassungsrechtlicher Art angesehen werden könnte. Eine Streitigkeit ist indessen grundsätzlich nur dann verfassungsrechtlicher Art i.S.d. § 40 I S. 1 VwGO, wenn zwei Verfassungsorgane bzw. unmittelbar am Verfassungsleben beteiligte Rechtsträger über Rechte und Pflichten streiten, die unmittelbar in der Verfassung geregelt sind (doppelte Verfassungsunmittelbarkeit; h.M.). **Bei der Kommunalverfassungsstreitigkeit geht es aber nicht um Staatsverfassungsrecht** (Grundgesetz und Landesverfassung), **sondern um kommunales Organisationsrecht**. Zudem ist der Gemeinderat kein Parlament, sondern bloßes Verwaltungsorgan der Gemeinde. Die kommunalverfassungsrechtliche Streitigkeit ist somit nichtverfassungsrechtlicher Art.

Da auch keine andere Rechtswegzuweisung ersichtlich ist, ist der **Verwaltungsrechtsweg gem. § 40 I S. 1 VwGO eröffnet**.

hemmer-Methode: I.R.d. Prüfung des Kommunalverfassungsstreits sollten Sie dieses Problem kurz erwähnen, auch wenn es sich eindeutig nicht um eine verfassungsrechtliche Streitigkeit handelt.

Beachten Sie, dass nicht für jede verfassungsrechtliche Streitigkeit problemlos das Landes- bzw. Bundesverfassungsgericht zuständig ist. Es gilt vielmehr das Enumerationsprinzip. Nur in den gesetzlich bestimmten Fällen (§ 13 BVerfGG) ist die Anrufung des Verfassungsgerichts zulässig, sodass es verfassungsrechtliche Streitigkeiten gibt, die gerichtlich nicht überprüfbar sind.

Der Verwaltungsrechtsweg ist nach § 40 I S. 1 HS 2 und S. 2 VwGO nicht eröffnet, wenn die Streitigkeit ausdrücklich einem anderen Gerichtszweig zugewiesen ist (abdrängende Sonderzuweisung). In Betracht kommt vor allem eine Zuweisung an die besonderen Zweige der Verwaltungsgerichtsbarkeit (§ 51 SGG an die Sozialgerichte, § 33 FGO an die Finanzgerichte) bzw. gem. § 13 GVG und § 98 II S. 2 StPO, § 23 EGGVG an die ordentlichen Gerichte.

Polizist P hat Informationen erhalten, dass bei der Bäckerei B vor einer Stunde mehrere tote Mäuse in einem Mehlsack gefunden worden sein sollen. Trotzdem habe der Bäckermeister das Mehl verarbeitet. Daraufhin begibt sich P zur Bäckerei. Er verlangt Zutritt zu dem Gebäude und findet nach kurzer Suche den Teig. F stellt den Teig sicher.

B fragt, vor welchem Gericht er gegen die seiner Ansicht nach rechtswidrige Sicherstellung Klage erheben muss.

Juristisches Repetitorium
examenstypisch • anspruchsvoll • umfassend **hemmer**

Der **Verwaltungsrechtsweg** ist gem. § 40 I S. 1 VwGO eröffnet, wenn die Polizei zur **Gefahrenabwehr**, also präventiv gehandelt hat. Dagegen ist gem. § 98 II S. 2 StPO der Rechtsweg vor den **ordentlichen Gerichten** gegeben, wenn die Polizei repressiv, also zur **Strafverfolgung** tätig wurde.

Im vorliegenden Fall könnte P einerseits zur Gefahrenabwehr tätig geworden sein, um Konsumenten vor dem verunreinigten Brot zu schützen. Er könnte aber genauso strafverfolgend gehandelt haben, da das Herstellen und der Versuch der Herstellung von verunreinigten Lebensmitteln eine Straftat nach § 58 I Nr. 1, IV LFGB (*Sart.Erg.band Nr. 862*) darstellt.

Da ein Wahlrecht des Betroffenen, welchen Rechtsweg er einschlagen will, wegen der Gefahr widersprüchlicher Entscheidungen ausscheidet, muss eine genaue Abgrenzung erfolgen. Grundsätzlich ist darauf abzustellen, in welchem Aufgabenbereich **der Schwerpunkt der polizeilichen Maßnahme** liegt. Liegt der Schwerpunkt beim Präventivhandeln, so ist der Verwaltungsrechtsweg gem. § 40 I S. 1 VwGO eröffnet, liegt er im repressiven Bereich, dann sind die ordentlichen Gerichte anzurufen. Bei der Ermittlung dieses Schwerpunktes ist ein **objektiver Maßstab** anzulegen. **Besondere Bedeutung hat dabei die Begründung, mit der die Polizei ihr Handeln rechtfertigt.** Zur Feststellung muss der gesamte **Sachverhalt** grundsätzlich **einheitlich betrachtet** werden, soweit nicht einzelne Teile objektiv abtrennbar sind.

Im Fall kann der Sachverhalt nur einheitlich betrachtet werden. Das Tätigwerden des P umfasst zwar mehrere Einzelmaßnahmen, die jedoch zusammen einen einheitlichen Lebenssachverhalt bilden. Aus der **Sicht eines objektiven, den Sachverhalt nachträglich beurteilenden Beobachters** ist angesichts der Tatsachen, insbesondere des schnellen Handelns des P, von präventiven Zwecken auszugehen. Dafür spricht, dass eine Beweissicherung zur Strafverfolgung, z.B. durch chemische Analyse des Brots, auch nach dem Backvorgang noch möglich gewesen bzw. die Beschlagnahme des ganzen Teigs zur Beweissicherung nicht notwendig gewesen wäre. Somit ist der Verwaltungsrechtsweg mangels anderer Rechtswegzuweisung eröffnet.

hemmer-Methode: Im Zweifel darf bei der Bewertung der Zielrichtung polizeilichen Handelns von einem präventiven Zweck ausgegangen werden.

§ 98 II S. 2 StPO und § 23 I S. 1 EGGVG sind besonders klausurrelevant, wenn es um die Frage nach einer abdrängenden Sonderzuweisung an die ordentlichen Gerichte geht. In den Länderpolizeigesetzen findet sich eine Art. 104 II GG entsprechende Zuweisung an die ordentlichen Gerichte, soweit es um die Überprüfung einer Freiheitsentziehung geht, vgl. bspw. Art. 18 II S. 2 i.V.m. Art. 92 II BayPAG. Daneben sind noch Art. 14 III S. 4 GG, Art. 34 S. 3 GG, § 40 II S. 1 VwGO sowie § 49 VI S. 3 VwVfG zu erwähnen, die aber im Rahmen einer Anfechtungsklage keine Bedeutung haben.