by hemmer

Hemmer / Wüst / Christensen

Verwaltungsrecht II

Das Prüfungswissen

- für Studium
- und Examen

KLAUSURTYPISCH ■ ANWENDUNGSORIENTIERT ■ UMFASSEND

§ 3 VERPFLICHTUNGSKLAGE 1

A) Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges 2

I. Zuordnungsprobleme 2

1. Zulassung zu einer öffentlichen Einrichtung 2
   a) Zwei-Stufen-Theorie 2
   b) Fallgruppen 4
      aa) Benutzung öffentlich-rechtlich 4
      bb) Benutzung privat-rechtlich 4
   c) Sonderproblem: Klageantrag bei Betrieb der öffentlichen Einrichtung in privatrechtlicher Form 6
2. Subventionsfälle 6
   a) Typische Fallkonstellationen: 7
   b) Zuordnungsproblem und Zwei-Stufen-Theorie 7

II. Keine andere Rechtswegzuweisung, § 40 I S. 1 HS 2 und S. 2 VwGO (sog. abdrängende Sonderzuweisung) 8

B) Zulässigkeit der Verpflichtungsklage 8

I. Statthaftigkeit 8

1. Begehren eines Verwaltungsakts 9
   a) Abgrenzung Verwaltungsakt / Realakt 9
      aa) Geldleistungsansprüche 9
      bb) Erteilung einer Auskunft/Widerruf von Äußerungen 10
      cc) Folgenbeseitigungsansprüche 10
   b) Sonderfall: Mitwirkung anderer Behörden 10
      aa) Im Verhältnis Bürger – Staat 10
      bb) Im Verhältnis von Trägern öffentlicher Gewalt untereinander 12
   c) Keine Erledigung des begehrten Verwaltungsakts 13
2. Fälle der Verpflichtungsklage 13
   a) Versagungsgegenklage, § 42 I Alt. 2 UF 1 VwGO 13
   b) Untätigkeitsklage, § 42 I Alt. 2 UF 2 VwGO 14
   c) „Bescheidungsklage“, § 113 V S. 2 VwGO 15
3. Sonderprobleme der Statthaftigkeit 15
   a) Klagen Dritter 15
      aa) Nachbarklagen 15
      bb) Wirtschaftliche Konkurrentenklage 17
      cc) Beamtenrechtliche Konkurrentenklage 18
   b) Isolierte Anfechtung 18
   c) Rechtsschutz gegen Nebenbestimmungen 19
   d) Genehmigungsfiktion nach § 42a VwVfG 20

II. Klagebefugnis, § 42 II VwGO 21

1. Möglicher Anspruch als subjektives Recht 22
2. Ermessensfälle 23
3. Fehlender Antrag 24

III. Vorverfahren 24

1. Untätigkeitsklage i.S.d. § 42 I VwGO 24
2. § 75 VwGO bei der Versagungsgegenklage 26
3. Sonderfälle 26

IV. Klagefrist, § 74 VwGO 26

1. Klagefrist der Versagungsgegenklage 26
2. Klagefrist bei Klagen nach § 75 VwGO 26

V. Übrige Zulässigkeitsvoraussetzungen 27

C) Beiladung und Klagehäufung 27

I. Beiladung 27

II. Objektive Klagehäufung 27

D) Begründetheit der Verpflichtungsklage 28

I. Obersatzbildung 28

II. Passivlegitimation 29

III. Anspruchsaufbau (Vornahmeklage) 30

1. Anspruchsgrundlage 30
2. Formelle Anspruchsvoraussetzungen 30
3. Materielle Anspruchsvoraussetzungen – „Genehmigungsfälle“ 31
   a) Genehmigungspflichtigkeit 32
   b) Genehmigungsfähigkeit 33
4. Sonderfall - Die Zusicherung als Anspruchsgrundlage 33
   a) Allgemeines 33
   b) Klausurschwerpunkte 33
      aa) Verpflichtungsklage 33
      bb) Anfechtungsklage 34
   c) Abgrenzungen 34
      aa) Zusicherung und unverbindliche Auskunft 34
      bb) Zusicherung und Vorbescheid 34
   d) Klausurfall 36

IV. Prüfung bei Ermessen – Aufbau bei Verbescheidungsklagen 37

1. Vornahmeklage 37
2. Verbescheidungsklage 37
   a) Rechtswidrigkeit der Ablehnung/Unterlassung des Verwaltungsakts 38
   b) Subjektive Rechtsverletzung 38

V. Prüfung bei Beurteilungsspielraum 38

VI. Entscheidungsrelevanter Zeitpunkt 41

VII. Nachschieben von Gründen 42

VIII. Entscheidung 43

E) ANHANG: Sonderfälle zu §§ 48, 49, 51 VwVfG: Beseitigung eines bestandskräftigen Verwaltungsakts als Rechtsschutzziel 43

I. Wiederaufgreifen des Verfahrens nach § 51 VwVfG 43

II. Begehren einer Aufhebung nach §§ 48, 49 VwVfG 45

III. Vorgehen in der Klausur bei Wiederaufgreifen des Verfahrens gem. § 51 VwVfG 47

1. Zulässigkeit der Verpflichtungsklage 47
   a) Klageart 47
   b) Klagebefugnis 47
2. Begründetheit der Verpflichtungsklage 47
   a) Zulässigkeit des Antrags auf Wiederaufgreifen 47
      aa) Nicht-Anfechtbarkeit des Verwaltungsakts 47
      bb) Kein Verschulden, § 51 II VwVfG 48
      cc) Drei-Monats-Frist, § 51 III S. 1 VwVfG 48
   b) Begründetheit des Antrags auf Wiederaufgreifen 48
      aa) Vorliegen eines Wiederaufgreifensgrundes 48
      bb) Erheblichkeit des Wiederaufgreifensgrundes 48
   c) Neue Entscheidung in der Sache 49

IV. Fallbeispiel 50

§ 4 FORTSETZUNGSFESTSTELLUNGSKLAGE 52

A) Überblick 52

B) § 113 I S. 4 VwGO (direkte Anwendung): Die Fortsetzungsfeststellungsklage bei Erledigung des Verwaltungsakts nach Erhebung einer Anfechtungsklage 53

I. Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges 54
1. § 23 I S. 1 EGGVG als abdrängende Sonderzuweisung 54
2. Art. 18 II S. 2 BayPAG / § 14 II MEPolG 1977 als abdrängende Sonderzuweisung 56

II. Zulässigkeit der Fortsetzungsfeststellungsklage 56
1. Statthaftigkeit 56
a) Erledigung durch Aufhebung des Verwaltungsakts 57
b) Erledigung durch Zeitablauf 58
c) Erledigung auf andere Weise 58
2. Zulässigkeitsvoraussetzungen der Anfechtungsklage 60
3. Feststellungsinteresse 61
a) Wiederholungsgefahr 61
b) Rehabilitationsinteresse 62
c) Vorbereitung eines Amtshaftungsprozesses 62
d) Schwerwiegender Grundrechtseingriff 64
e) Nicht ausreichend: sich typischerweise kurzfristig erledigende Verwaltungsakte 64

III. Begründetheit 64

C) § 113 I S. 4 VwGO (analog): Die Verpflichtungsfortsetzungsfeststellungsklage 65

I. Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges, § 40 I VwGO 66

II. Zulässigkeit der Verpflichtungsfortsetzungsfeststellungsklage 66
1. Statthaftigkeit 66
a) Erledigung der Begehr des Verwaltungsakts 66
aa) Hypothetische Erledigung 67
bb) Änderung der Sach- und Rechtslage 67
cc) Nachträglicher Erlass des Verwaltungsaktes 67
b) Analoge Anwendung 68
2. Besondere Zulässigkeitsvoraussetzungen der Verpflichtungsklage 69
3. Feststellungsinteresse 69

III. Begründetheit 69

D) Erledigung des Verwaltungsakts vor Klageerhebung (erweiterte Fortsetzungsfeststellungsklage), § 113 I S. 4 VwGO analog 70

I. Problemstellung 70

II. Analoge Anwendung des § 113 I S. 4 VwGO 71

III. Problem: Zulässigkeitsvoraussetzungen der Anfechtungs–bzw. Verpflichtungsklage 72
1. Vorverfahren 72
a) Literatur: Umgestellte Anfechtungs-/Verpflichtungsklage 73
b) Rechtsprechung: „Fortsetzungswiderspruchsverfahren“ unstatthaft 73
c) Erledigung während des Widerspruchsverfahrens 74
2. Klagefrist 74

IV. Feststellungsinteresse 75

V. Begründetheit 75

E) Sonstige Anwendungsfälle ... 75

I. Fortsetzungsfeststellungsklage bei Realakten ... 75

II. Sonderfall: Fortsetzungsfeststellungsklage bei Kommunalverfassungsstreitigkeit ... 76

III. Aufhebung des Verwaltungsakts ist ausgeschlossen ... 77

F) Fortsetzungsfeststellungswiderspruch ... 77

G) Beiderseitige und einseitige Erledigungserklärung ... 78

I. Übereinstimmende Erledigungserklärungen ... 78

II. Einseitige Erledigungserklärung ... 79

1. Voraussetzungen ... 79
2. Entscheidungsmöglichkeiten des Gerichts ... 81
   a) Erledigung ist tatsächlich eingetreten ... 81
   b) Keine (tatsächliche) Erledigung ... 81

§ 5 ALLGEMEINE LEISTUNGSKLAGE ... 82

A) Allgemeine Leistungsklage im System der verwaltungsgerichtlichen Rechtsbehelfe ... 82

I. Dogmatische Herleitung ... 82

II. Abgrenzung ... 82

B) Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges, § 40 I VwGO ... 84

I. Öffentlich-rechtliche Streitigkeit ... 84

1. Äußerungen von Beamten ... 84
   a) Äußerung als Privatmann ... 84
   b) Äußerung in Ausübung der Dienstgeschäfte ... 85
   c) Problemfälle ... 85
      aa) fiskalische Hilfsgeschäfte ... 85
      bb) Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben in privatrechtlicher Form ... 85
2. Immissionsfälle ... 85
   a) Zusammenhang mit förmlichem Verwaltungshandeln ... 85
   b) Zweck und Funktionszusammenhang ... 86
3. Sonderproblem: Streitigkeiten mit Beteiligung einer Kirche ... 86

II. Sonderzuweisungen ... 87

1. § 40 II S. 1 VwGO ... 87
2. § 49 VI S. 3 VwVfG ... 88

C) Zulässigkeit der allgemeinen Leistungsklage ... 89

I. Statthaftigkeit / richtige Klageart ... 89

1. Leistungs-Vornahme-Klage ... 89
   a) Erteilung einer Auskunft ... 90
   b) Die Gewährung von Akteneinsicht ... 92
   c) Geldzahlungen, Schadensersatz ... 93
      aa) Klagen des Bürgers gegen den Staat ... 93
      bb) Klagen des Staats gegen den Bürger ... 94
   d) Allgemeine Leistungsklage in Bezug auf Normen ... 94
      aa) Begriff der Norm, Problemstellung ... 94
      bb) Normenkontrollklage i.w.S. ... 96
      cc) Normerlassklage ... 97
2. Leistungs-Unterlassungs-Klage ... 99
   a) Klage auf Unterlassung eines schlichten Verwaltungshandelns ... 99
   b) Klage auf Unterlassung eines Verwaltungsakts ... 100

II. Klagebefugnis 100
III. Vorverfahren, Klagefrist 101
IV. Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis 101
1. Allgemeine Leistungsklage des Bürgers gegen den Staat 102
2. Allgemeine Leistungsklage des Staates gegen den Bürger 102
V. Sonstige Zulässigkeitsvoraussetzungen 103

D) Klagehäufung, Beiladung, Streitgenossenschaft 103

E) Die Begründetheit der allgemeinen Leistungsklage 103

I. Obersatz 103
II. Passivlegitimation 104
III. Bestehen des Leistungsanspruches 104
IV. Durchsetzbarkeit des Anspruches 105
V. Sonderproblem: Aufrechnung mit rechtswegfremder Forderung 105

F) Klagen zur Geltendmachung von öffentlich-rechtlichen Abwehransprüchen 106

I. Begriff der Abwehransprüche 106
1. Öffentlich-rechtliche Unterlassungsansprüche 106
2. Öffentlich-rechtliche Beseitigungsansprüche 107
a) Öffentlich-rechtliche Folgenbeseitigungsansprüche (im Folgenden mit FBA abgekürzt) 107
b) Öffentlich-rechtliche Erstattungsansprüche 107
II. Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges, § 40 I VwGO 108
III. Zulässigkeit der Klage 108
1. Statthafte Klageart 108
a) Fallrelevante Probleme 108
aa) Abgrenzung zum Verwaltungsakt 108
bb) Der sog. Vollzugs-FBA 109
b) Typische Fallkonstellationen 109
aa) Beschlagnahmefälle 109
bb) Widerruf von amtlichen Äußerungen 109
cc) Erstattungsansprüche 110
2. Klagebefugnis, § 42 II VwGO analog 110
3. Rechtsschutzbedürfnis 110
4. Sonstige Zulässigkeitsvoraussetzungen 110
IV. Begründetheit der Leistungs-Vornahme-Klage 110
1. Passivlegitimation 111
2. Bestehen des Abwehranspruches 111
a) Die öffentlich-rechtlichen Folgenbeseitigungsansprüche 111
aa) Rechtsgrundlage 111
bb) Die einzelnen Voraussetzungen 112
b) Die öffentlich-rechtlichen Erstattungsansprüche 117
aa) Geschriebene Erstattungsansprüche 117
bb) Ungeschriebene Erstattungsansprüche 118

G) Die allgemeine Leistungsklage im Zusammenhang mit öffentlich-rechtlichen Verträgen 121

I. Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges, § 40 I VwGO 121
1. Problem: Öffentlich-rechtliche Streitigkeit 121
2. Rechtsnatur des Vertrages 121

II. Zulässigkeit der Klage 122
1. Klageart 122
2. Klagebefugnis, § 42 II VwGO analog 122
3. Sonstige Zulässigkeitsvoraussetzungen 123
III. Begründetheit 123
1. Passivlegitimation 123
2. Bestehen des Leistungsanspruchs 123
a) Vorliegen eines Vertrages 123
aa) Verwaltungsvertrag und zustimmungsbedürftiger Verwaltungsakt 124
bb) Öffentlich-rechtlicher Vertrag und Zusicherung, § 38 VwVfG 124
b) wirksamer Vertragsschluss 124
c) Wirksamkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrages 124
aa) Formelle Rechtmäßigkeit 125
bb) Materielle Rechtmäßigkeit 126
cc) Nichtigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrages, § 59 VwVfG 129
IV. Fallbeispiel 130

H) Kommunalverfassungsrechtliche Streitigkeit 134

I. Begriff 134
II. Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges, § 40 I VwGO 134
III. Zulässigkeit der Klage 135
1. Statthafte Klageart 135
a) Anfechtungs- und Verpflichtungsklage vorrangig 135
b) Klageart bei Verneinung eines Verwaltungsakts 136
2. Klagebefugnis, § 42 II VwGO analog 138
3. Beteiligtenfähigkeit, § 61 VwGO 138
a) Gemeinderat 138
b) Gemeinderatsfraktion 138
c) Einzelnes Gemeinderatsmitglied 139
d) Der Erste Bürgermeister 139
4. Sonstige Zulässigkeitsvoraussetzungen 139
IV. Begründetheit der Kommunalverfassungsstreitigkeit 139
1. Passivlegitimation, § 78 I Nr. 1 VwGO analog 139
2. Bestehen des Leistungsanspruchs 140

§ 6 ALLGEMEINE FESTSTELLUNGSKLAGE 141

A) Die Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges, § 40 I VwGO 142

B) Zulässigkeit der allgemeinen Feststellungsklage 143

I. Statthaftigkeit 143
1. Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses 143
a) Ausgangspunkt: Klagebegehren 143
b) Das Rechtsverhältnis 144
aa) Definition des Rechtsverhältnisses 144
bb) Beziehungen zwischen Personen und Sachen 144
cc) Begründungsmöglichkeiten 144
dd) Rechtliche Beziehung und subjektives öffentliches Recht 146
ee) Gegenwärtige Rechtsverhältnisse 147
ff) Vergangene und zukünftige Rechtsverhältnisse 148
gg) Abgrenzung zur vorbeugenden Feststellungsklage 148
hh) Die Beteiligten des Rechtsverhältnisses 148
c) Schlüssige Behauptung des Bestehens bzw. Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses 149
d) Fallbeispiel zur Feststellung eines Rechtsverhältnisses 149

2. Feststellung der Nichtigkeit eines Verwaltungsakts 149
a) Abgrenzung zu § 43 I Alt. 1 VwGO 150
b) Abgrenzung zur Anfechtungsklage 150
c) Keine Feststellung der Wirksamkeit 151
d) Analoge Anwendung auf Nicht-Verwaltungsakte? 151

II. Subsidiarität gemäß § 43 II S. 1 VwGO 151

1. Hintergrund der Subsidiarität 151
2. Ausnahmen 152
a) Rechtsschutzinteresse nur durch Feststellung gedient 152
b) Beklagter ist öffentlich-rechtliche Körperschaft 152
c) Beamtenrechtliche Klagen 153
3. Keine Anwendung auf Nichtigkeitsfeststellungsklage, § 43 II S. 2 VwGO 153

III. Klagebefugnis analog § 42 II VwGO? 153

1. Standpunkt der h.M. 153
2. Gegenansicht 154

IV. Berechtigtes Interesse an baldiger Feststellung als besonderes Rechtsschutzbedürfnis 154

1. Berechtigtes Interesse 154
2. Interesse an baldiger Feststellung 155
3. Fallgruppen zu § 113 I S. 4 VwGO 155

V. Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis 155

1. Verwirkung 155
2. Verwaltungsakt-Befugnis der Behörde 156
3. Antrag gemäß § 44 V VwVfG 156

VI. Vorverfahren und Klagefrist 156

VII. Sonstige allgemeine Sachurteilsvoraussetzungen 157

VIII. Fallbeispiel: 157

C) Begründetheit der allgemeinen Feststellungsklage 159

I. Passivlegitimation 159

1. Positive Feststellungsklage 159
2. Negative Feststellungsklage 159
3. Nichtigkeitsfeststellungsklage 159

II. Die weitere Begründetheitsprüfung 159

1. Die positive / negative Feststellungsklage 159
2. Nichtigkeitsfeststellungsklage 160

D) Sonderproblem 160

I. Kommunalverfassungsstreitigkeiten 160

II. Normerlassklage 160

§ 7 VERWALTUNGSGERICHTLICHES NORMENKONTROLLVERFAHREN, § 47 VWGO 161

A) Einordnung der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle (NK) 161

I. Prüfungsrecht und Verwerfungsrecht 161

II. Prinzipale und inzidente Normenkontrolle 161

1. Begriff 161
2. Unterschiedliche Rechtsfolgen 162
3. Mischfunktion der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle 163

B) Zulässigkeitsvoraussetzungen des § 47 VwGO 163

I. Statthaftigkeit der Normenkontrolle 164

1. Satzungen i.S.d. § 47 I Nr. 1 VwGO 164
2. Rechtsvorschriften i.S.d. § 47 I Nr. 2 VwGO 164
   a) Allgemeine Erwägungen 165
   b) Maßgeblichkeit der äußeren Form 165
   c) Verwaltungsvorschriften 166
   d) Geschäftsordnung des Gemeinderates 167
3. Vorschriften, „die erlassen worden sind“ 167

II. Entscheidung nur i.R.d. Gerichtsbarkeit des OVG/VGH 168

III. Antragsberechtigung 169

IV. Antragsbefugnis 169

1. Bebauungspläne 170
2. andere Rechtsvorschriften 172
3. Antragsbefugnis von Behörden 172
4. Präklusion 173

V. Antragsfrist 173

VI. Landesverfassungsgerichtlicher Vorbehalt 174

VII. Ordnungsgemäße Antragstellung 174

VIII. Rechtsschutzbedürfnis 175

1. Von natürlichen und juristischen Personen 175
   a) Rechtsmissbrauch / Verwirkung: 175
   b) Verhältnis zu Anfechtungs- und Verpflichtungsklage 175
   c) Außerkrafttreten einer Norm 176
2. Von Behörden 176
   a) Normverwerfungskompetenz der Verwaltung? 176
   b) Bei gemeindlichen Satzungen 177

IX. Weitere Zulässigkeitsvoraussetzungen 177

X. ANHANG: Fall 177

C) Beiladung Dritter, § 65 VwGO? 179

D) Begründetheit der Normenkontrolle 180

I. Richtiger Antragsgegner, § 47 II S. 2 VwGO 180

II. Festlegung des Prüfungsmaßstabes: § 47 III VwGO 180

III. Grundsätzliche Prüfungsfolge bei Rechtsverordnungen und Satzungen 181

1. Feststellung der möglichen Rechtsgrundlage 181
   a) Satzungen 182
   b) Verordnungen 182
2. Formelle Rechtmäßigkeit 182
   a) Satzungen 182
      aa) Zuständigkeit 182
      bb) Verfahren 183
   b) Verordnungen 183
3. Materielle Rechtmäßigkeit 183
   a) Wirksamkeit der Rechtsgrundlage 183
      aa) Satzungen 183
      bb) Rechtsverordnungen 184

b) I.R.d. Rechtsgrundlage (Subsumtion) ... 184
aa) Satzungen ... 184
bb) Verordnungen ... 184
c) Ermessen ... 185
aa) Dimensionen des Ermessens ... 185
bb) Überprüfung des Ermessens ... 185

IV. Sonderfall: Konstellation bei Bebauungsplänen ... 187

1. Rechtsgrundlage ... 187
2. Formelle Rechtmäßigkeit ... 187
a) Zuständigkeit ... 187
b) Verfahren ... 187
c) Unbeachtlichkeit nach §§ 214, 215 BauGB ... 188
3. Materielle Rechtmäßigkeit ... 188
a) Planrechtfertigung ... 188
b) Äußere Abwägungsfehler, zwingende Planungsleitsätze ... 189
c) Abwägung, § 1 VII BauGB ... 189

V. Entscheidung ... 190

§ 3 VERPFLICHTUNGSKLAGE

Klage auf Erlass eines Verwaltungsakts

1 Die Verpflichtungsklage ist eine Unterart der Leistungsklage (vgl. Überblickskizze 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, Vornahmeklage[2]) bzw. unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu verbescheiden, falls die Sache noch nicht spruchreif ist (§ 113 V S. 2 VwGO, sog. Bescheidungsklage).

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

häufige Fälle:

2 **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.

Sachentscheidungsvoraussetzungen der Verpflichtungsklage, § 42 I VwGO

A) Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges, § 40 I VwGO

B) Zulässigkeit der Verpflichtungsklage

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

viele Parallelprobleme bei der Anfechtungsklage

3 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.

---

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

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

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

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

A) Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges

Obersatz, § 40 I VwGO

4 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.

I. Zuordnungsprobleme

Dreierschritt

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

1. Schritt: Festlegung des Streitgegenstandes[3]
2. Schritt: Festlegung der streitentscheidenden Normen (Zuordnung)
3. Schritt: Qualifikation der streitentscheidenden Normen[4]

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

1. Zulassung zu einer öffentlichen Einrichtung

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

Klage auf Nutzung von öffentlicher Einrichtung

6 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.

a) Zwei-Stufen-Theorie

Zwei-Stufen-Theorie

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

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

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

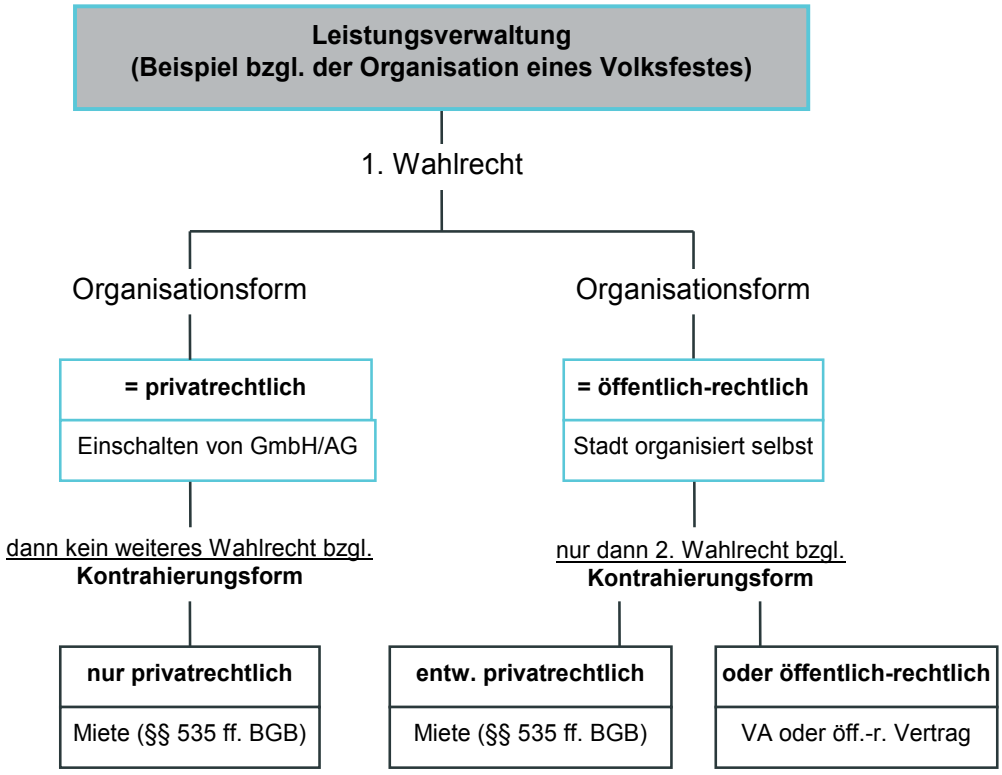
5 Bzw. entsprechende Vorschriften anderer Gemeindeordnungen.

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

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

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

Doppeltes Wahlrecht bei der Leistungsverwaltung



Zwei-Stufen-Theorie:
1. „Ob" der Zulassung immer öffentlich-rechtlich!
2. „Wie" der Benutzung

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

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

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

Die in diesen Fällen häufigsten Anspruchsgrundlagen werden Art. 21 I (evtl. i.V.m. IV, V) BayGO bzw. die Parallelvorschriften Art. 15 BayLKrO oder Art. 15 BayBezO[7] 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 Betracht[8] (insbesondere Art. 3 I GG evtl. i.V.m. Art. 21 GG, § 5 PartG).

b) Fallgruppen

einzelne Fallgruppen

7

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.

aa) Benutzung öffentlich-rechtlich

8

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.

bb) Benutzung privat-rechtlich

nur erste Stufe öffentlich-rechtlich

9

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.

7 Bzw. der entsprechenden jeweiligen Landesvorschriften.

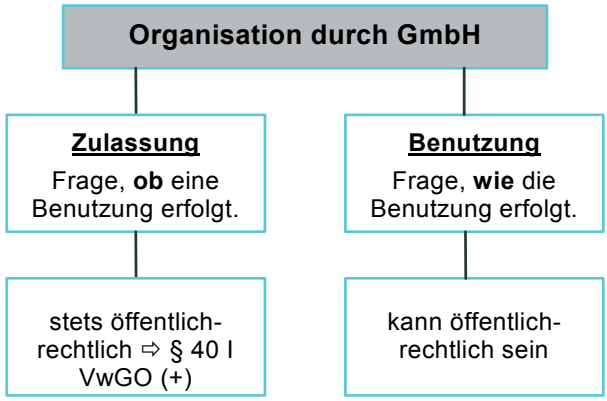
8 Schwerdtfeger, Rn. 364.

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

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

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

Zwei-Stufen-Theorie bei öffentlicher Einrichtung



Kritik: Zwei-Stufen-Theorie lebensfremd

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

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

Einheitstheorie: Privatrecht

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

aber: keine Flucht ins Privatrecht

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

9 BayVGH, BayVBl. 2002, 565 = **juris**byhemmer.

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

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

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

Weitere Probleme ergeben sich in dem Fall, dass die öffentliche Einrichtung nicht durch die Gemeinde selbst, sondern durch eine juristische Person des Privatrechts betrieben wird, an der die Gemeinde beteiligt ist oder die die öffentliche Einrichtung von der Gemeinde gepachtet hat. 11

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

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

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

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

hemmer-Methode: Voraussetzung für die Anwendung der Zwei-Stufen-Theorie bei dem Betrieb der Einrichtung in privatrechtlicher Form ist aber immer, dass trotz der Privatisierung noch eine öffentliche Einrichtung vorliegt. Hieran fehlt es, wenn die Gemeinde nicht mehr die Verfügungsgewalt hat, bspw. weil sie in einer Stadt-Hallen-GmbH nur Minderheitengesellschafter 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, Definition

Subventionen sind vermögenswerte Zuwendungen des Staates oder eines anderen Verwaltungsträgers an Privatpersonen zur Förderung eines im öffentlichen Interesse liegenden Zwecks, vgl. auch § 264 VII StGB. 12

11 Nach BVerwG, NVwZ 1991, 59 = **juris**byhemmer, ist es auch möglich, die juristische Person des Privatrechts unmittelbar in Anspruch zu nehmen.

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

13 BVerwG, Urteil vom 27.05.2009, 8 C 10.08 = **juris**byhemmer = **Life&Law 01/ 2010, 44 ff.**

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.

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

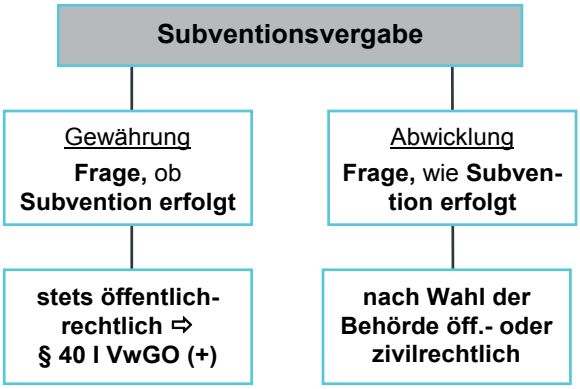
Zwei-Stufen-Theorie

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

Ausnahme: verlorene Zuschüsse

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 zurück zu zahlen 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



14 Beachten Sie, dass hier der Begriff der Beihilfe im Europarecht, Art. 107 AEUV, weiter gefasst ist, vgl. hierzu EuGH, NVwZ 2000, 784.

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

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)

abdrängende Zuweisung

15 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.

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.

§ 49 VI S. 3 VwVfG: Entschädigung beim Widerruf

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

aber: keine Verweisung bei Entschädigung wegen Rücknahme!

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.

hemmer-Methode: Geht es um die Geltendmachung von Entschädigungsansprüchen wegen Aufhebung von Verwaltungsakten, so muss streng genommen die Problematik, ob der Verwaltungsakt rechtmäßig oder rechtswidrig war, als Vorfrage i.R.d. Rechtswegentscheidung vorab geprüft werden: Nur so kann die Rechtswegfrage im Hinblick auf § 48 III VwVfG und § 49 VI VwVfG entschieden werden. Gleichwohl sollte es hier insgesamt nicht zu einer Vorwegnahme der Begründetheit kommen, sodass diesbezügliche Ausführungen kurz gehalten werden sollten.
Beachten Sie schließlich für den Fall der Entschädigung das Problem der richtigen Klageart (unten Rn. 18): Hier kommt es dann nämlich auf die Abgrenzung von Verpflichtungs- und Leistungsklage an!

B) Zulässigkeit der Verpflichtungsklage

I. Statthaftigkeit

statthaft bei Begehren eines Verwaltungsakts

16 Nach der Legaldefinition des § 42 I Alt. 2 VwGO ist die Verpflichtungsklage eine Klageart, mit der die Verurteilung zum Erlass eines abgelehnten oder unterlassenen Verwaltungsakts begehrt wird. Nach ständiger Rspr. des BVerwG muss die begehrte Leistung objektiv einen Verwaltungsakt darstellen. Aus dem Umstand, dass die VwGO in § 113 V S. 1 den Begriff der „Amtshandlung“ neben dem des Verwaltungsakts gebraucht, kann nicht geschlossen werden, dass die VwGO von einem weiteren Verwaltungsakt-Verständnis ausgeht als das VwVfG.[16]

16 Vgl. dazu die lesenswerte Grundsatzentscheidung BVerwGE 31, 301 = **juris**byhemmer.