



Ab dem 1. Semester  
bis zum Examen



Skript  
Grundfall  
Klausurfall

# VERWALTUNGS- PROZESSRECHT

Die Klagearten in der Hauptsache  
Vorläufiger Rechtsschutz  
Rechtsmittelverfahren  
Widerspruchsverfahren

 **ZUM SHOP**

Dr. Dirk Kues  
RA Frank Schildheuer

Herr **Dr. Dirk Kues** ist Rechtsanwalt und Franchisenehmer des Repetitoriums **JURA INTENSIV** in Frankfurt, Gießen, Heidelberg, Mainz und Marburg. Er wirkt seit über 20 Jahren als Dozent des Repetitoriums und ist Redakteur der Ausbildungszeitschrift RA – Rechtsprechungs-Auswertung. Ferner ist er Autor der Crashkurs- und Kompaktreihe im Öffentlichen Recht sowie Co-Autor der Skripte Verwaltungsrecht AT, Verwaltungsprozessrecht und der Basis-Fälle Verwaltungsrecht AT & Verwaltungsprozessrecht aus der **JURA INTENSIV** Skriptenreihe.

**RA Frank Schildheuer** war über 15 Jahre Dozent des bundesweiten Repetitoriums **JURA INTENSIV** und wirkte als Chefredakteur an der Ausbildungszeitschrift RA – Rechtsprechungs-Auswertung mit. Zudem ist er Co-Autor des Skriptes Verwaltungsprozessrecht und des Pockets Verwaltungsrecht AT & Verwaltungsprozessrecht aus der **JURA INTENSIV** Skriptenreihe. Nun ist er als Rechtsanwalt in Münster tätig.

### **Autoren**

Dr. Dirk Kues

RA Frank Schildheuer

### **Verlag und Vertrieb**

Jura Intensiv Verlags UG (haftungsbeschränkt) & Co. KG

Duisburger Straße 95

46535 Dinslaken

info@verlag.jura-intensiv.de

www.verlag.jura-intensiv.de

### **Druck und Bindung**

Druckerei Busch GmbH, Raiffeisenring 31, 46395 Bocholt

ISBN 978-3-96712-166-7

Dieses Skript oder Teile dieses Skriptes dürfen nicht vervielfältigt, in Datenbanken gespeichert oder in irgendeiner Form übertragen werden ohne die schriftliche Genehmigung des Verlages.

© Juni 2024, Jura Intensiv Verlags UG & Co. KG

# VORWORT

Das Skript enthält eine systematische Darstellung des **Verwaltungsprozessrechts**, die sich an den Bedürfnissen von Studierenden orientiert. Es wendet sich an Anfänger zur Vorbereitung auf universitäre Klausuren und Examenskandidaten gleichermaßen, indem es zunächst die Grundstrukturen erklärt, um sodann das examensnotwendige Detailwissen darzustellen. Didaktisches Ziel dieses Skripts ist es, Klausurwissen und Klausurtechnik zu vermitteln.

Zu diesem Zweck ist das Skript in vier Schritte unterteilt:



**1. Schritt:** Kurze Einführung zu jedem Themengebiet

**2. Schritt:** Prüfungsschema

Das Prüfungsschema zeigt auf einen Blick, wie das in dem Kapitel vermittelte Wissen in den Prüfungsaufbau einer Klausur einzubringen ist.

**3. Schritt:** Examensrelevantes Wissen systematisch-strukturiert

Vertiefte Darstellung der Definitionen und Probleme des Verwaltungsprozessrechts. Zum besseren Verständnis finden sich anschauliche Beispiele und Merksätze. Dieser Abschnitt vermittelt sowohl dem Anfänger das Basiswissen des Verwaltungsprozessrechts als auch dem Examenskandidaten die im Examen geforderten vertieften Kenntnisse. Marginalien am Rande dienen der schnellen Orientierung, ohne den Lesefluss zu stören.

**4. Schritt:** Klausurfall auf Examensniveau

Am Ende eines Kapitels kommt ein Klausurfall, der Examensniveau aufweist und dem Leser zur Kontrolle dient, ob er das erlernte Wissen in einer Klausur umsetzen kann.

Für Anregungen, Verbesserungsvorschläge und Kritik sind wir besonders dankbar. Sie erreichen uns im Internet unter [www.verlag.jura-intensiv.de](http://www.verlag.jura-intensiv.de) und per E-Mail über [info@verlag.jura-intensiv.de](mailto:info@verlag.jura-intensiv.de).

*Dr. Dirk Kues*

*Frank Schildheuer*

# INHALT

<b>DER VERWALTUNGSPROZESS</b>	<b>1</b>
<b>1. Teil – Überblick: Die Gerichtsbarkeiten in Deutschland</b>	<b>1</b>
<b>2. Teil – Die Verwaltungsgerichtsbarkeit</b>	<b>2</b>
<b>DAS HAUPTSACHEVERFAHREN</b>	<b>11</b>
<b>1. Teil – Anfechtungsklage</b>	<b>11</b>
Prüfungsschema: Aufbau der Anfechtungsklage	12
KLAUSURFALL: „Moschee im Gewerbegebiet“	122
<b>2. Teil – Verpflichtungsklage</b>	<b>130</b>
Prüfungsschema: Aufbau der Verpflichtungsklage	130
KLAUSURFALL: „Geförderte Hundezucht“	150
<b>3. Teil – Fortsetzungsfeststellungsklage</b>	<b>156</b>
Prüfungsschema: Aufbau der Fortsetzungsfeststellungsklage	156
KLAUSURFALL: „Glühweinstand auf dem Weihnachtsmarkt“	168
<b>4. Teil – Allgemeine Leistungsklage</b>	<b>175</b>
Prüfungsschema: Aufbau der allgemeinen Leistungsklage	175
KLAUSURFALL: „Querulanten & Co.“	191
<b>5. Teil – Feststellungsklage</b>	<b>198</b>
Prüfungsschema: Aufbau der Feststellungsklage	198
KLAUSURFALL: „Auseinandersetzungen in der Gemeindevertretung“	209
<b>6. Teil – Prinzipale Normenkontrolle, § 47 VwGO</b>	<b>216</b>
Prüfungsschema: Aufbau der prinzipalen Normenkontrolle	217
<b>VORLÄUFIGER RECHTSSCHUTZ</b>	<b>228</b>
<b>1. Teil – Abgrenzung vom Hauptsacheverfahren</b>	<b>228</b>
<b>2. Teil – Überblick: Die vorläufigen Rechtsschutzarten</b>	<b>232</b>
<b>3. Teil – Die Anträge nach § 80 V 1 VwGO</b>	<b>235</b>
Prüfungsschema: Antrag nach § 80 V 1 VwGO	236
KLAUSURFALL: „Das Photovoltaikprojekt“	275
<b>4. Teil – Die Anträge nach § 80a VwGO</b>	<b>283</b>
Prüfungsschema: Antrag nach § 80a VwGO	284
KLAUSURFALL: Das Kinocenter	300

<b>5. Teil – Die Anträge nach § 123 I VwGO</b>	<b>311</b>
Prüfungsschema: Antrag nach § 123 I VwGO	312
KLAUSURFALL: „Karneval“	329
<b>6. Teil – Der Antrag nach § 47 VI VwGO</b>	<b>336</b>
Prüfungsschema: Antrag gem. § 47 VI VwGO	336

## **DAS RECHTSMITTELVERFAHREN** **342**

<b>1. Teil – Berufung und Berufungszulassung, §§ 124 ff. VwGO</b>	<b>342</b>
Prüfungsschema: Berufung und Berufungszulassung	344
<b>2. Teil – Revision, §§ 132 ff. VwGO</b>	<b>353</b>
Prüfungsschema: Revision	354
<b>3. Teil – Beschwerde, §§ 146 ff. VwGO</b>	<b>358</b>
Prüfungsschema: Beschwerde	359

## **VERWALTUNGSBEHÖRDLICHER RECHTSSCHUTZ** **364**

<b>1. Teil – Das Widerspruchsverfahren</b>	<b>364</b>
Prüfungsschema: Aufbau des Widerspruchs	365
<b>2. Teil – Nichtförmliche Rechtsbehelfe</b>	<b>374</b>

Jura Intensiv

# DAS HAUPTSACHEVERFAHREN

## 1. Teil – Anfechtungsklage

### A. Einleitung

Mit dem Begriff „Hauptsacheverfahren“ ist die gerichtliche Entscheidung in der Sache selbst, d.h. über die Klage gemeint. Deshalb kann das **Hauptsacheverfahren** auch als Klageverfahren bezeichnet werden. Es grenzt sich einerseits ab vom Vorverfahren/Widerspruchsverfahren, das bei der Verwaltung durchzuführen ist und als Vorstufe vor dem gerichtlichen Verfahren abläuft. Andererseits ist das Hauptsacheverfahren vom vorläufigen Rechtsschutz zu trennen, der keine endgültige Entscheidung des Rechtsstreits bringt, sondern nur - wie der Name es schon sagt - eine vorläufige Klärung, indem entweder Schutz vor Vollstreckungsmaßnahmen (§§ 80 V, 80a VwGO) oder eine vorläufige Sachentscheidung (§ 123 VwGO) begehrt wird.

Die nachfolgenden Erläuterungen zum Hauptsacheverfahren erfolgen getrennt nach den Klagearten der VwGO. Damit soll es dem Leser ermöglicht werden, sofort zu erkennen, welche Kenntnisse im Zusammenhang mit welcher Klageart erforderlich sind. Denn erfahrungsgemäß verfügen Examenskandidaten durchaus über Kenntnisse zum Verwaltungsprozessrecht. Sie wissen jedoch häufig nicht, an welcher Stelle in der Prüfung sie diese Kenntnisse anzuwenden haben. Wissen, das nicht in den Prüfungsaufbau integriert werden kann, ist aber letztlich Nichtwissen. Diesem Problem soll die hier gewählte, strikt am Prüfungsaufbau orientierte Darstellung entgegenwirken.

Die Darstellung der Klagearten beginnt mit der Anfechtungsklage, weil sie außerordentlich häufig Gegenstand von Klausuren und mündlichen Prüfungen ist. Zudem lassen sich an dieser Klageart sehr gut die Verbindungen zwischen Verwaltungsprozessrecht und allgemeinem Verwaltungsrecht aufzeigen. Schließlich sind die Ausführungen zur Anfechtungsklage hilfreich bei der Darstellung der anderen Klagearten sowie des vorläufigen Rechtsschutzes und des Widerspruchsverfahrens.

**36** Begriff „Hauptsacheverfahren“

Aufbau des Abschnitts „Hauptsacheverfahren“

Relevanz der Anfechtungsklage

### KLAUSURHINWEIS

Die Tatsache, dass in diesem Skript die Klagearten nacheinander dargestellt werden, dient allein der Verständlichkeit. In einer Klausur darf hingegen nicht direkt am Anfang der Prüfung die Überschrift „Zulässigkeit der Anfechtungsklage“ gebildet werden. Denn die einschlägige Klageart wird erst in dem Prüfungspunkt „statthafte Klageart“ bestimmt.<sup>26</sup> Stattdessen heißt es in der Überschrift schlicht „Zulässigkeit der Klage“.

## B. Prüfungsschema: Aufbau der Anfechtungsklage

### PRÜFUNGSSCHEMA

#### I. Zulässigkeit der Klage

1. Verwaltungsrechtsweg
2. Statthafte Klageart
3. Klagebefugnis
4. Vorverfahren
5. Klagefrist
6. Klagegegner
7. Beteiligungs- und Prozessfähigkeit
8. Weitere Zulässigkeitsvoraussetzungen
  - a) Ordnungsgemäße Klageerhebung
  - b) Rechtshängigkeit und Rechtskraft
  - c) Rechtsschutzbedürfnis
  - d) Rechtsbehelfe gegen behördliche Verfahrenshandlungen

#### II. Objektive Klagehäufung

#### III. Streitgenossenschaft

#### IV. Beiladung

#### V. Begründetheit der Klage

1. Ggf. Passivlegitimation
2. Ermächtigungsgrundlage
3. Formelle Rechtmäßigkeit
  - a) Zuständige Behörde
  - b) Verfahren
  - c) Form
4. Materielle Rechtmäßigkeit
  - a) Tatbestand der Ermächtigungsgrundlage
  - b) Rechtsfolge der Ermächtigungsgrundlage
5. Rechtsverletzung

### KLAUSURHINWEIS

Der dargestellte Prüfungsaufbau ist in einer Klausur nicht schematisch zu durchlaufen. Zwingend sind nur Ausführungen zu den Punkten 1.-7. sowie zur Begründetheit der Klage. Alle anderen Prüfungspunkte werden nur angesprochen, wenn der Klausursachverhalt dazu Anlass gibt.

Weiterhin ist zu beachten, dass der dargestellte Prüfungsaufbau nicht zwingend ist, d.h. es werden in der Literatur noch etliche andere Aufbauvarianten vorgeschlagen.<sup>27</sup> Der hier vorgeschlagene Aufbau hat jedoch eine innere Logik, wie noch zu zeigen sein wird. Im Übrigen gilt bekanntlich, dass Aufbaufragen im Gutachten nicht erörtert werden, man entscheidet sich schlicht für einen der möglichen Prüfungsaufbauten.<sup>28</sup>

<sup>27</sup> Vgl. z.B. Hufen, *VerwProzessR*, § 14 Rn 117; Schenke, *VerwProzessR*, Rn 65

<sup>28</sup> Heidebach, *JURA* 2009, 172, 172

## C. Systematik und Vertiefung

Der „klassische“ Obersatz in einer verwaltungsrechtlichen Klausur lautet: „Die Klage hat Erfolg, soweit sie zulässig und begründet ist.“ **37**

### KLAUSURHINWEIS

Die Formulierung „die Klage hat Aussicht auf Erfolg“ ist nicht anzuraten. Soweit die Voraussetzungen für die Zulässigkeit und Begründetheit erfüllt sind, besteht nicht nur eine Aussicht auf Erfolg, sondern die Klage ist erfolgreich.

## I. ZULÄSSIGKEIT DER KLAGE

Statt der Überschrift „Zulässigkeit der Klage“ wird teilweise der Begriff „Sachentscheidungsvoraussetzungen“ verwendet. Diese abweichende Terminologie hat ihre Ursache in § 173 S. 1 VwGO i.V.m. § 17a II 1 GVG, wonach bei Nichteröffnung des Verwaltungsrechtsweges die Klage nicht abgewiesen, sondern an das zuständige Gericht verwiesen wird. Gleiches gilt wegen des Verweises in § 83 S. 1 VwGO auch, wenn die Klage beim unzuständigen Verwaltungsgericht erhoben wird. Daraus folge, dass die Prüfungspunkte „Rechtsweg“ und „zuständiges Gericht“ keine Zulässigkeitsvoraussetzungen seien, sondern vor der Zulässigkeit erörtert werden müssten. Um eine solche Vorprüfung zu verhindern, soll nicht von der „Zulässigkeit der Klage“, sondern von „Sachentscheidungsvoraussetzungen“ die Rede sein. Gegen diese Aufbauvariante spricht jedoch bereits, dass sie nicht bei allen Rechtsbehelfen im öffentlichen Recht durchgehalten werden kann, z.B. im Widerspruchsverfahren. Dort ist § 17a II 1 GVG nicht anwendbar, weil in diesem Verfahren nicht ein Gericht, sondern eine Behörde über den Widerspruch entscheidet. Folglich stellt die Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges im Widerspruchsverfahren eine echte Zulässigkeitsvoraussetzung dar, sodass der Widerspruch als unzulässig zurückzuweisen ist, wenn der Verwaltungsrechtsweg nicht eröffnet ist. Darüber hinaus erfasst § 17a II 1 GVG in § 40 I 1 VwGO, der für die Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges regelmäßig entscheidend ist, nur das Merkmal „öffentlich-rechtliche Streitigkeit“. Hier kann eine Verweisung an andere Gerichte erfolgen. Ist die Streitigkeit hingegen verfassungsrechtlicher Art, sodass sie zu den Verfassungsgerichten gehört, scheidet ein Verweis aus. Das folgt im Umkehrschluss aus § 50 III VwGO, der nur für einen Spezialfall einen Verweis an das BVerfG vorsieht. Somit müsste bei Verwendung des Begriffs „Sachentscheidungsvoraussetzungen“ im Rechtsweg zwischen den Merkmalen „öffentlich-rechtliche Streitigkeit“ und „nichtverfassungsrechtliche Art“ getrennt werden, weil das letztgenannte Merkmal eine echte Zulässigkeitsvoraussetzung ist.

Der Vorwurf der mangelnden einheitlichen Anwendbarkeit ist auch den weiter vorgeschlagenen Begriffen „Sachurteilsvoraussetzungen“ und „Prozessvoraussetzungen“ zu machen. Es geht in einer Klausur nicht immer um den Erlass eines Urteils (z.B. ergeht im vorläufigen Rechtsschutz ein Beschluss, § 123 IV VwGO), sodass der Begriff „Sachurteilsvoraussetzungen“ nicht immer passt. Gleiches gilt für die „Prozessvoraussetzungen“. Von ihnen kann bei einem Widerspruchsverfahren keine Rede sein, weil es kein gerichtlicher „Prozess“, sondern ein behördliches Verwaltungsverfahren ist. Weiterhin kommt es auch beim Fehlen von Prozessvoraussetzungen zu einem Prozess, der nur nicht durch eine Entscheidung in der Sache (Sachurteil), sondern durch ein Prozessurteil abgeschlossen wird.

Folglich ist es weiterhin zulässig, die Überschrift „Zulässigkeit der Klage“ zu bilden, da die vorgeschlagenen Alternativaufbauten ebenfalls Schwächen aufweisen. Festzuhalten bleibt zudem nochmals, dass der Prüfungsaufbau nicht erklärt wird. Die vorangegangenen Erläuterungen haben in einer Klausurlösung also nichts zu suchen, sondern sollen nur dabei helfen, sich für einen Prüfungsaufbau zu entscheiden sowie auf entsprechende Nachfragen in mündlichen Prüfungen reagieren zu können.

### KLAUSURHINWEIS

In der Klausur ist die Zulässigkeit zwingend vor der Begründetheit zu prüfen. Das folgt bereits aus dem Umstand, dass der Prüfungsaufbau der Begründetheit abhängig ist von der statthaften Klageart.

Innerhalb der Zulässigkeitsprüfung wird oftmals zwischen allgemeinen und besonderen Zulässigkeitsvoraussetzungen differenziert. Letztere sollen nur für bestimmte Klagearten gelten (z.B. erfolglose Durchführung des Vorverfahrens), während die allgemeinen Zulässigkeitsvoraussetzungen (z.B. zuständiges Gericht) bei allen Klagearten greifen; die allgemeinen seien vor den besonderen Zulässigkeitsvoraussetzungen zu prüfen.<sup>29</sup> Jedoch hängt die konkrete Ausgestaltung der allgemeinen Zulässigkeitsvoraussetzungen z.T. von den besonderen Voraussetzungen ab, wie etwa die örtliche Zuständigkeit gem. § 52 VwGO von der statthaften Klageart. Andererseits gelten besondere Zulässigkeitsvoraussetzungen im Wege der analogen Anwendung bei allen oder fast allen Klagearten, z.B. die Klagebefugnis nach § 42 II VwGO.<sup>30</sup> Daher wird nachfolgend nicht zwischen allgemeinen und besonderen Zulässigkeitsvoraussetzungen differenziert.

Beurteilungs-  
zeitpunkt für  
Zulässigkeit

- 39** Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Zulässigkeit einer Klage ist der Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht oder, wenn eine solche nicht stattfindet, der Zeitpunkt des Erlasses der gerichtlichen Entscheidung. Somit kann eine unzulässige Klage nachträglich noch zulässig bzw. eine zulässige Klage unzulässig werden.<sup>31</sup>

**BEISPIEL:** Der Kläger ist zurzeit der Klageerhebung nicht prozessfähig gem. § 62 VwGO, wird dies aber im Laufe des Verfahrens.

### 1. Verwaltungsrechtsweg

Im Rahmen der Prüfung, ob der Verwaltungsrechtsweg eröffnet ist, ist zunächst zu klären, ob die Streitigkeit überhaupt der deutschen Gerichtsbarkeit unterliegt sowie grundsätzlich justiziabel ist (justizfreier Hoheitsakt). Sodann ist zu prüfen, ob der Verwaltungsrechtsweg über eine Spezialvorschrift eröffnet ist (aufdrängende Sonderzuweisung). Sollte dies nicht der Fall sein, ist abschließend auf die Generalklausel des § 40 I 1 VwGO einzugehen.

<sup>29</sup> Ehlers, *JURA* 2007, 830, 832

<sup>30</sup> Hufen, *VerwProzessR*, § 10 Rn 5; Schenke, *VerwProzessR*, Rn 64

<sup>31</sup> Schenke, *VerwProzessR*, Rn 60

**KLAUSURHINWEIS**

Die **Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges** ist am Anfang der Zulässigkeit zu prüfen, weil die weiteren Zulässigkeitsvoraussetzungen davon abhängen.<sup>32</sup> Sollte beispielsweise der Rechtsweg zu den Zivilgerichten eröffnet sein, ist die Zulässigkeitsprüfung gänzlich anders.

Der Begriff „Verwaltungsrechtsweg“ sollte verwendet werden, wenn es nach dem Klausursachverhalt um die Erfolgsaussichten eines Rechtsbehelfs vor dem Verwaltungsgericht geht. Ist hingegen allgemein nach den Rechtsschutzmöglichkeiten gefragt, ohne dass schon ein bestimmtes Gericht bezeichnet ist, bietet sich der neutrale Begriff „Rechtsweg“ an. **40**

**a) Deutsche Gerichtsbarkeit**

In seltenen Fällen kann es einmal an der Zuständigkeit der deutschen Gerichtsbarkeit fehlen. **41**

**BEISPIEL:** § 173 S. 1 VwGO i.V.m. §§ 18, 19 GVG.

Deutsche  
Gerichtsbarkeit

**KLAUSURHINWEIS**

Dieser Prüfungspunkt ist bei der Erstellung der Lösungsskizze kurz zu bedenken. Sollte er, was zu erwarten ist, für die Klausurlösung keine Rolle spielen, ist er mit keiner Silbe zu erwähnen. Im Prüfungsaufbau kann dieser Punkt alternativ auch vor dem Verwaltungsrechtsweg geprüft werden.

**b) Justizfreie Hoheitsakte**

Bestimmte Hoheitsakte können gerichtlich gar nicht überprüft werden, sind somit „justizfrei“. Wegen der Rechtsweggarantie des Art. 19 IV 1 GG können dies aber nur seltene Ausnahmen sein. **42** Justizfreie  
Hoheitsakte

**BEISPIELE:** Verfahrensabschließende Beschlüsse von Untersuchungsausschüssen gem. Art. 44 IV 1 GG;<sup>33</sup> nach h.M. ablehnende Gnadenentscheidungen, weil sie außerhalb der Rechtsordnung stünden („Gnade vor Recht“).<sup>34</sup>

**KLAUSURHINWEIS**

Auch die **justizfreien Hoheitsakte** sind in einer Klausur nur zu erwähnen, wenn sie ernsthaft in Betracht kommen.

**c) Aufdrängende Sonderzuweisungen**

Der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten ist zunächst dann eröffnet, wenn eine aufdrängende Sonderzuweisung greift. Sie zeichnet sich dadurch aus, dass sie bestimmte Rechtsstreitigkeiten ausdrücklich den Verwaltungsgerichten zuweist. Eines Rückgriffs auf die Generalklausel des § 40 I 1 VwGO bedarf es dann nicht mehr. Daher sind die aufdrängenden Sonderzuweisungen auch vorher zu prüfen. **43** Aufdrängende  
Sonderzuweisungen

<sup>32</sup> Hüfen, *VerwProzessR*, § 10 Rn 4

<sup>33</sup> Hüfen, *VerwProzessR*, § 11 Rn 7

<sup>34</sup> BVerfGE 25, 352, 358; eingehend zu dem Meinungsstreit: Holste, *JURA* 2003, 738 ff.

Examensrelevante aufdrängende Sonderzuweisungen finden sich nur in Bundesgesetzen. Das hat seinen Grund zum einen in dem Umstand, dass der Bundesgesetzgeber mit Erlass der VwGO von seiner Gesetzgebungskompetenz aus Art. 74 I Nr. 1 GG grundsätzlich abschließend Gebrauch gemacht hat.<sup>35</sup> Der Landesgesetzgeber darf somit im Bereich des Verwaltungsprozessrechts prinzipiell nichts regeln. Zum anderen hat der Bundesgesetzgeber dem Landesgesetzgeber in der VwGO zwar immer wieder durch die Einfügung von Öffnungsklauseln begrenzte Regelungsbefugnisse eingeräumt, wie etwa in § 40 I 2 VwGO für den Erlass abdrängender Sonderzuweisungen. Für aufdrängende Sonderzuweisungen ist dies jedoch im examensrelevanten Bereich nicht geschehen.

**BEISPIELE:** Die wichtigsten aufdrängenden Sonderzuweisungen sind § 54 I BeamStG für Landesbeamte (vgl. § 1 BeamStG) und § 126 I BBG für Bundesbeamte (vgl. § 1 BBG).

Klage aus dem  
Beamten-  
verhältnis

#### DEFINITION

Eine **Klage aus dem Beamtenverhältnis** i.S.v. § 54 I BeamStG und § 126 I BBG liegt vor, wenn Rechte in Streit stehen, die dem Beamtenverhältnis eigen sind oder in ihm wurzeln.<sup>36</sup>

Wegen des Sinn und Zwecks der Vorschriften, beamtenrechtliche Fragen einheitlich der Verwaltungsgerichtsbarkeit zu unterwerfen, werden sie weit ausgelegt und erfassen auch Streitigkeiten um die Anbahnung eines Beamtenverhältnisses, d.h. um die Ernennung zum Beamten.<sup>37</sup>

#### d) Generalklausel, § 40 I 1 VwGO

- 44** Gem. § 40 I 1 VwGO ist der Verwaltungsrechtsweg in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art gegeben, soweit die Streitigkeiten nicht durch Bundesgesetz einem anderen Gericht ausdrücklich zugewiesen sind. Es handelt sich um eine Generalklausel, weil die Vorschrift Rechtsschutz gegenüber allen Formen hoheitlichen Verwaltungshandelns gewährt. § 40 I 1 VwGO überwindet damit das früher geltende Enumerationsprinzip, wonach es Rechtsschutz nur gegen Verwaltungsakte gab.<sup>38</sup>

Generalklausel  
und Enumera-  
tionsprinzip

#### KLAUSURHINWEIS

Die Voraussetzungen des § 40 I 1 VwGO sind in der von der Vorschrift vorgegeben Reihenfolge zu prüfen, d.h.:

- öffentlich-rechtliche Streitigkeit
- nichtverfassungsrechtlicher Art
- keine abdrängende Sonderzuweisung.

<sup>35</sup> Kopp/Schenke, VwGO, § 1 Rn 8 f.

<sup>36</sup> Kirsch, JURA 2010, 487, 489

<sup>37</sup> BVerwGE 26, 31, 33; Kirsch, JURA 2010, 487, 489

<sup>38</sup> Hufen, VerwProzessR, § 11 Rn 4; Schenke, VerwProzessR, Rn 86

## aa) Öffentlich-rechtliche Streitigkeit

Das Tatbestandsmerkmal der öffentlich-rechtlichen Streitigkeit dient der Abgrenzung zu den zivilrechtlichen Streitigkeiten, für welche gem. § 13 VVG die ordentlichen Gerichte zuständig sind.<sup>39</sup> Hingegen ist an dieser Stelle nicht von den strafrechtlichen Verfahren abzugrenzen. Das Strafrecht ist zwar wegen seiner Relevanz ein eigenständiger Bereich in der juristischen Ausbildung und Prüfung, stellt rechtlich jedoch einen Teilbereich des öffentlichen Rechts dar.<sup>40</sup>

Die Abgrenzung der öffentlich-rechtlichen von zivilrechtlichen Streitigkeiten richtet sich nach der Natur des Rechtsverhältnisses, aus dem der Klageanspruch hergeleitet wird. Die Natur des Rechtsverhältnisses bemisst sich wiederum nach dem Ziel der Klage und dem zugrunde liegenden Sachverhalt.<sup>41</sup> Zur Bestimmung der Rechtsnatur der Rechtsstreitigkeit werden im Wesentlichen drei Theorien angeboten: die modifizierte Subjektstheorie, die Subordinationstheorie und die Interessentheorie.<sup>42</sup> Bei deren Anwendung ist zu beachten, dass die Rechtsauffassungen des Klägers und des Beklagten ohne Bedeutung sind, d.h. die Rechtsnatur der Streitigkeit wird objektiv bestimmt.<sup>43</sup>

**45** Öffentlich-rechtliche Streitigkeit

Natur des Rechtsverhältnisses und Abgrenzungstheorien

### (1) Modifizierte Subjektstheorie bzw. Sonderrechtstheorie

Nach der wohl herrschenden modifizierten Subjektstheorie kommt es auf die streitentscheidende Norm an. Ist diese öffentlich-rechtlich, ist auch die behördliche Maßnahme auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts ergangen. Öffentlich-rechtlich ist die streitentscheidende Norm wiederum dann, wenn sie ausschließlich einen Hoheitsträger in seiner Eigenschaft als Hoheitsträger berechtigt oder verpflichtet.<sup>44</sup> Demnach ist das öffentliche Recht das Sonderrecht des Staates, weil es nur von Hoheitsträgern genutzt werden kann. Das Privatrecht steht demgegenüber jedermann zur Verfügung, auch dem Staat, der wie gezeigt privatrechtlich handeln kann. Folglich wird es als „Jedermann-Recht“ bezeichnet.<sup>45</sup>

**46** Modifizierte Subjektstheorie bzw. Sonderrechtstheorie

**BEISPIEL:** §§ 48, 49 VwVfG gestatten die Aufhebung von Verwaltungsakten nur dem Staat, sind also öffentlich-rechtliche Bestimmungen.

Die modifizierte Subjektstheorie hilft allerdings nicht weiter, wenn sich keine ausdrückliche Rechtsgrundlage für das Handeln der Verwaltung findet, was insbesondere im Bereich der Leistungsverwaltung möglich ist, bei welcher die Verwaltung dem Bürger Leistungen oder sonstige Vergünstigungen gewährt, z.B. indem sie Geldzahlungen erbringt.<sup>46</sup>

### (2) Subordinationstheorie bzw. Über-/Unterordnungslehre

Die Subordinationstheorie stellt auf das Verhältnis der Beteiligten ab. Danach ist das öffentliche Recht durch ein Über-/Unterordnungsverhältnis gekennzeichnet, in dem der Staat einseitig gegenüber dem Bürger verbindliche Regelungen trifft.

**47** Subordinationstheorie bzw. Über-/Unterordnungslehre

<sup>39</sup> Schenke, *VerwProzessR*, Rn 99

<sup>40</sup> Roxin, *StrafR AT I*, § 1 Rn 5

<sup>41</sup> Kopp/Schenke, *VwGO*, § 40 Rn 6; Wolff/Decker, *VwGO*, § 40 Rn 20

<sup>42</sup> Wolff/Decker, *VwGO*, § 40 Rn 20; Schenke, *VerwProzessR*, Rn 99

<sup>43</sup> Wolff/Decker, *VwGO*, § 40 Rn 20; Schenke, *VerwProzessR*, Rn 115

<sup>44</sup> Hufen, *VerwProzessR*, § 11 Rn 17; Schenke, *VerwProzessR*, Rn 104

<sup>45</sup> Hufen, *VerwProzessR*, § 11 Rn 17, 18; Schenke, *VerwProzessR*, Rn 104 f.

<sup>46</sup> Maurer, *AllgVerwR*, § 1 Rn 20; Schenke, *VerwProzessR*, Rn 109

Das Privatrecht zeichnet sich hingegen durch eine Gleichordnung der Rechtssubjekte aus.<sup>47</sup> Ein Über-/Unterordnungsverhältnis kann sich zum einen aus der gewählten Handlungsform ergeben (z.B. Erlass eines Verwaltungsaktes oder Gesetzes) sowie zum anderen aus dem Rechtsgebiet, in dem die Verwaltung tätig geworden ist.

**BEISPIELE:** Polizeirecht und Bauordnungsrecht sind klassische Materien des öffentlichen Rechts, weil der Bürger hier den Behörden einseitig unterworfen ist.

Im Gegensatz dazu gibt es auch typisch privatrechtliche Tätigkeiten der Verwaltung.

**BEISPIELE:** Kauf von Büromaterial (sog. fiskalische Hilfsgeschäfte), erwerbswirtschaftliche Betätigung der Verwaltung wie z.B. Betrieb eines Weinguts.<sup>48</sup>

Zu kritisieren ist an der Subordinationstheorie, dass sie die Existenz des öffentlich-rechtlichen Vertrags gem. §§ 54 ff. VwVfG nicht erklären kann, für den typisch ist, dass sich Staat und Bürger als Vertragspartner auf der Ebene der Gleichordnung begegnen. Ferner gibt es auch im Privatrecht durchaus Über-/Unterordnungsbeziehungen, z.B. im Arbeitsrecht.<sup>49</sup>

### (3) Interessentheorie

Interessentheorie

**48** Die Interessentheorie stellt wie die modifizierte Subjektstheorie auf die streitentscheidende Norm ab. Diese soll öffentlich-rechtlich sein, wenn sie dem öffentlichen Interesse dient, wohingegen privatrechtliche Vorschriften dem Individualinteresse dienen.<sup>50</sup>

Diese Theorie ist trotz ihrer vielfachen Zitierung in der Literatur für die Klausurbearbeitung weitgehend untauglich. Denn sie vermag insbesondere die Existenz subjektiv-öffentlicher Rechte nicht zu erklären. Das sind Bestimmungen, die zumindest auch dem Schutz von Individualinteressen dienen.<sup>51</sup> Sie sind Voraussetzung für die Klagebefugnis gem. § 42 II VwGO.

### (4) Bedeutung der Abgrenzungstheorien im Rahmen der Anfechtungsklage

Anfechtungsklage:  
Subordinationstheorie

**49** Da der Kläger bei der Anfechtungsklage gem. § 42 I 1. Fall VwGO die Aufhebung eines Verwaltungsaktes begehrt, spielen die dargestellten „klassischen“ Abgrenzungstheorien bei dieser Klageart keine große Rolle. Es kann ohne Weiteres mit der Subordinationstheorie festgestellt werden, dass eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vorliegt, weil sich die Verwaltung mit dem Verwaltungsakt einer eindeutig hoheitlichen Handlungsform bedient hat. Zu beachten ist, dass es an dieser Stelle im Prüfungsaufbau nur darauf ankommt, wie die Verwaltung tatsächlich gehandelt hat und nicht, wie sie hätte handeln müssen.<sup>52</sup> Letzteres betrifft die Frage, ob das Handeln der Verwaltung rechtmäßig ist und gehört zur Prüfung der Begründetheit der Anfechtungsklage.

47 Maurer, *AllgVerwR*, § 3 Rn 12; Schenke, *VerwProzessR*, Rn 100

48 Hufen, *VerwProzessR*, § 11 Rn 27, 28

49 Schenke, *VerwProzessR*, Rn 101

50 Maurer, *AllgVerwR*, § 3 Rn 11; Schenke, *VerwProzessR*, Rn 102-103

51 Schenke, *VerwProzessR*, Rn 496, 497

52 Wolff/Decker, *VwGO*, § 40 Rn 26; Schenke, *VerwProzessR*, Rn 113

**BEISPIEL:** Eine Stadt möchte für ihren Bürgermeister ein neues Dienstfahrzeug anschaffen. Sie erlässt zu diesem Zweck gegenüber dem örtlichen BMW-Händler eine mit einer Rechtsbehelfsbelehrung versehene Verfügung, in der sie ihn auffordert, binnen einer Woche ein genau bezeichnetes Fahrzeug auf den Behördenparkplatz des Bürgermeisters zu stellen.

Diese Verfügung gegenüber dem BMW-Händler ist zwar eindeutig rechtswidrig, weil es für sie ersichtlich keine Ermächtigungsgrundlage gibt. Das ändert jedoch nichts an ihrem hoheitlichen Charakter, sodass sie vor den Verwaltungsgerichten anzugreifen ist.

### MERKSATZ

Im Rahmen des Verwaltungsrechtsweges kommt es nur darauf an, wie die Verwaltung tatsächlich gehandelt hat. Ob sie auch so handeln durfte, betrifft die Rechtmäßigkeit der behördlichen Maßnahme und gehört zur Begründetheitsprüfung.

### KLAUSURHINWEIS

Allgemein gilt für eine Verwaltungsrechtsklausur: Nur in problematischen Fällen erfolgt eine eingehende Prüfung am Maßstab der dargestellten Abgrenzungstheorien. Diese schließen sich nicht gegenseitig aus, sondern sind dann nebeneinander anzuwenden (sog. „**Kombinationsmodell**“).<sup>53</sup> Liegt hingegen eindeutig eine öffentlich-rechtliche Maßnahme vor, ist lediglich eine kurze Subsumtion am Maßstab der Theorie vorzunehmen, deren Vorliegen am einfachsten zu bejahen ist.

Die darüber hinaus angewandten Abgrenzungsmethoden wie Zweistufentheorie und Sachzusammenhang spielen im Rahmen der Anfechtungsklage keine Rolle und werden daher erst bei den Klagearten erörtert, bei denen sie für die Klausuren relevant sind.

**50** Weitere Abgrenzungsmethoden: Zweistufentheorie etc.

Abschließend ist zu beachten, dass es für die Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges ausreichend ist, wenn nur eine der streitentscheidenden Normen öffentlich-rechtlich ist. Das Verwaltungsgericht hat den Rechtsstreit sodann unter allen rechtlichen Gesichtspunkten zu entscheiden, § 173 S. 1 VwGO i.V.m. § 17 II 1 GVG. Es sind folglich auch rechtswegfremde Regelungen zu prüfen.<sup>54</sup>

**51** Prüfung rechtswegfremder Vorschriften

**BEISPIEL:** Zusammen mit einem kommunalen Zugangsanspruch (z.B. § 8 II GO NRW, § 10 II 2 GemO BW, § 14 II GemO RP) macht der Kläger auch § 70 I GewO geltend. Diese Vorschrift verpflichtet jeden, der eine festgesetzte Veranstaltung i.S.v. § 69 GewO organisiert. Damit handelt es sich bei § 70 I GewO um „Jedermann-Recht“, also um Zivilrecht.<sup>55</sup> Ist jedoch der Verwaltungsrechtsweg wegen des kommunalen (öffentlich-rechtlichen) Zugangsanspruchs eröffnet, muss das Verwaltungsgericht den zivilrechtlichen § 70 I GewO mit prüfen.

Begrenzt wird die umfassende gerichtliche Prüfungscompetenz aus verfassungsrechtlichen Gründen durch § 17 II 2 GVG.

<sup>53</sup> Maurer, *AllgVerwR*, § 3 Rn 14; Hüfen, *VerwProzessR*, § 11 Rn 18; Schenke, *VerwProzessR*, Rn 99, 107

<sup>54</sup> Hüfen, *VerwProzessR*, § 11 Rn 76

<sup>55</sup> OVG Koblenz, *NVwZ* 1987, 519, 519

**bb) Nichtverfassungsrechtlicher Art**

- 52** Gem. § 40 I 1 VwGO muss die Streitigkeit nicht nur öffentlich-rechtlich, sondern auch nichtverfassungsrechtlicher Art sein. Mit dieser Voraussetzung wird die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte von derjenigen der Verfassungsgerichte abgegrenzt. Verfassungsstreitigkeiten gehören vor das BVerfG bzw. die Landesverfassungsgerichte.<sup>56</sup>

Nichtverfassungsrechtlicher Art

Doppelte Verfassungsunmittelbarkeit

**DEFINITION**

Eine **Streitigkeit verfassungsrechtlicher Art** liegt nach h.M. vor, wenn unmittelbar am Verfassungsleben Beteiligte um Rechte und Pflichten streiten, die unmittelbar in der Verfassung geregelt sind (sog. **doppelte Verfassungsunmittelbarkeit**).<sup>57</sup>

Diese Definition ist allerdings nur eine „Faustformel“, weil sie nicht bei allen Streitigkeiten problemlos funktioniert.

**BEISPIEL:** Erhebt eine natürliche Person eine Verfassungsbeschwerde, so ist sie zwar nicht unmittelbar am Verfassungsleben beteiligt, gleichwohl sind die Verfassungsgerichte und nicht die Verwaltungsgerichte zuständig.

Genauer ist deshalb wohl die Formulierung, verfassungsrechtlich seien die Streitigkeiten, die aufgrund gesetzlicher Zuständigkeitsvorschriften den Verfassungsgerichten vorbehalten sind.<sup>58</sup>

**KLAUSURHINWEIS**

In einer Klausur treten hier regelmäßig keine Probleme auf. Wehrt sich der Bürger vor dem Verwaltungsgericht gegen eine Maßnahme der Verwaltung, genügt die kurze Feststellung, dass die Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art ist. Sollte dieses Merkmal hingegen doch einmal genauer zu untersuchen sein, ist der beste Weg, die beiden Überlegungen miteinander zu verbinden und zu formulieren: „Die Streitigkeit ist nichtverfassungsrechtlicher Art, wenn nicht unmittelbar am Verfassungsleben Beteiligte um Rechte und Pflichten streiten, die unmittelbar in der Verfassung geregelt sind, und die Streitigkeit zudem nicht den Verfassungsgerichten gesetzlich zugewiesen ist“.

**e) Abdrängende Sonderzuweisungen**

- 53** Wie § 40 I 2. Hs. VwGO zu entnehmen ist, kann die Streitigkeit trotz grundsätzlicher Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges einem anderen Gericht durch Bundesgesetz zugewiesen sein (sog. abdrängende Sonderzuweisungen). Unter „Bundesgesetz“ sind allerdings nur formelle Bundesgesetze zu verstehen, es kann mithin nicht eine Rechtswegzuweisung durch Rechtsverordnungen oder Satzungen erfolgen.<sup>59</sup>

Abdrängende Sonderzuweisungen

<sup>56</sup> Hufen, *VerwProzessR*, § 11 Rn 49

<sup>57</sup> Wolff/Decker, *VwGO*, § 40 Rn 65; Hufen, *VerwProzessR*, § 11 Rn 49

<sup>58</sup> Schenke, *VerwProzessR*, Rn 129

<sup>59</sup> Schenke, *VerwProzessR*, Rn 135

**KLAUSURHINWEIS**

Abdrängende **Sonderzuweisungen** dürfen im Gutachten erst geprüft werden, wenn vorher festgestellt wurde, dass der Verwaltungsrechtsweg gem. § 40 I 1 1. Hs. VwGO eröffnet ist. Denn „weggedrängt“ werden kann von den Verwaltungsgerichten nur etwas, wofür sie eigentlich zuständig sind.<sup>60</sup>

**aa) § 40 II 1 VwGO**

Eine examensrelevante abdrängende Sonderzuweisung für den Bereich des Staatshaftungsrechts beinhaltet § 40 II 1 VwGO.

Gem. § 40 II 1 1. Hs. VwGO ist der ordentliche Rechtsweg, d.h. der Zivilrechtsweg für vermögensrechtliche Ansprüche aus Aufopferung für das gemeine Wohl und aus öffentlich-rechtlicher Verwahrung eröffnet. Aufopferung für das gemeine Wohl erfasst den Aufopferungsanspruch.<sup>61</sup> Hierbei handelt es sich um einen gewohnheitsrechtlich anerkannten Entschädigungsanspruch, wenn durch einen Hoheitsakt in die in Art. 2 II GG normierten Rechte eingegriffen wird und dadurch dem Betroffenen ein besonderes Opfer zugunsten der Allgemeinheit auferlegt wird.<sup>62</sup>

**BEISPIEL** (nach Baldus/Grzeszick/Wienhues, Staatshaftungsrecht, Rn 314): Im Rahmen einer polizeilichen Speichelprobe erleidet ein Teilnehmer eine schmerzhafte Entzündung der Zunge und Mundhöhle, verursacht durch eine Kontamination des Wattestäbchens. Der Betroffene ist mehrere Tage arbeitsunfähig und verlangt, da er selbständig tätig ist, von der Polizei Ersatz der Heilbehandlungskosten und des Verdienstausfalls.

Außerordentlich umstritten ist, ob diese abdrängende Sonderzuweisung auch für die Ansprüche aus enteignungsgleichem und enteignendem Eingriff gilt. Hierbei geht es um rechtmäßige und rechtswidrige Eingriffe in das Eigentum, die zu einem Entschädigungsanspruch des Betroffenen führen.<sup>63</sup> Die immer noch h.M. subsumiert diese Ansprüche unter § 40 II 1 1. Hs. VwGO, weil sie historisch aus dem Aufopferungsgedanken entstanden sind.<sup>64</sup>

**BEISPIEL:** Durch eine städtische Mülldeponie werden Vögel angelockt und verursachen auf den angrenzenden Feldern des Landwirts L einen erheblichen Ernteausfall. L verlangt von der Stadt eine Entschädigung.

Die von § 40 II 1 1. Hs. VwGO ebenfalls erfasste öffentlich-rechtliche Verwahrung liegt vor, wenn die Verwaltung eine Sache in Erfüllung öffentlicher Aufgaben in Obhut nimmt.<sup>65</sup>

**BEISPIEL** (nach Wolff/Decker, VwGO, § 40 Rn 99): Ein PKW wird abgeschleppt und in den Polizeihof gebracht. Dort wird er durch grobes Verschulden eines Beamten beschädigt. Der Halter will Schadensersatz.

**54** § 40 II 1 VwGO

Aufopferung

Verwahrung

60 Hufen, *VerwProzessR*, § 11 Rn 53

61 Wolff/Decker, *VwGO*, § 40 Rn 78; Hufen, *VerwProzessR*, § 11 Rn 69

62 Schenke, *VerwProzessR*, Rn 145; eingehend zu dem Anspruch: Baldus/Grzeszick/Wienhues, *Staatshaftungsrecht*, Rn 314 ff.; Maurer, *AllgVerwR*, § 28 Rn 1 ff.

63 Eingehend zu diesen Ansprüchen: Baldus/Grzeszick/Wienhues, *Staatshaftungsrecht*, Rn 421 ff., 450 ff.; Maurer, *AllgVerwR*, § 27 Rn 87 ff., 107 ff.

64 Wolff/Decker, *VwGO*, § 40 Rn 84; a.A. Hufen, *VerwProzessR*, § 11 Rn 69

65 Hufen, *VerwProzessR*, § 11 Rn 70

Verletzung  
 öff.-rechtlicher  
 Pflichten

Schließlich ist der Zivilrechtsweg eröffnet, wenn es um Schadensersatzansprüche aus der Verletzung öffentlich-rechtlicher Pflichten geht. Dabei besteht eine Rückausnahme für den öffentlich-rechtlichen Vertrag, d.h. Ansprüche aus Verletzungen vertraglicher Pflichten sind bei den Verwaltungsgerichten geltend zu machen.<sup>66</sup> Wichtigster Anwendungsfall dieser abdrängenden Sonderzuweisung ist der Amtshaftungsanspruch aus § 839 I 1 BGB i.V.m. Art. 34 S. 1 GG.<sup>67</sup>

Da der Gesetzgeber den Zivilrechtsweg in § 40 II 1 1. Hs. VwGO nur im Zusammenhang mit dem Amtshaftungsanspruch anordnen wollte und ein solcher Anspruch nur im Verhältnis Bürger - Staat möglich ist, greift § 40 II 1 1. Hs. VwGO insgesamt nicht, wenn der Staat Ansprüche gegen den Bürger geltend macht. Dann bleibt es bei dem Verwaltungsrechtsweg nach § 40 I 1 VwGO.<sup>68</sup>

### bb) § 23 I 1 EGGVG

§ 23 I 1 EGGVG

- 55** § 23 I 1 EGGVG weist die Überprüfung von sog. **Justizverwaltungsakten** den ordentlichen Gerichten zu. Bedeutsam ist die Norm insbes. bei einem Handeln der Polizei, die nicht nur gefahrenabwehrend (präventiv) nach dem Polizeirecht, sondern auch strafverfolgend (repressiv) tätig wird. In Zweifelsfällen erfolgt die Abgrenzung präventiv - repressiv durch eine Schwerpunktsetzung anhand des Anlasses und der Zielrichtung des behördlichen Handelns.<sup>69</sup>

**BEISPIEL:** Beendet die Polizei eine Geiselnahme, wird es ihr einerseits um die Strafverfolgung des Täters gehen. Der Schwerpunkt dürfte jedoch darauf liegen, die Geiseln zu befreien und damit deren Leben zu schützen. Folglich handelt die Polizei hier primär präventiv, sodass § 23 I 1 EGGVG nicht einschlägig ist.

### cc) Öffnungsklausel des § 40 I 2 VwGO

Öffnungsklausel  
 des § 40 I 2  
 VwGO

- 56** Bedeutsam ist weiterhin die Öffnungsklausel des § 40 I 2 VwGO. Sie erlaubt dem Landesgesetzgeber die Schaffung abdrängender Sonderzuweisungen auf dem Gebiet des Landesrechts. Mit „Landesgesetz“ sind hier ebenfalls nur formelle Landesgesetze gemeint.<sup>70</sup>

**BEISPIELE:** In vielen Polizeigesetzen finden sich abdrängende Sonderzuweisungen für Entschädigungsansprüche, die infolge einer rechtmäßigen Inanspruchnahme als Nichtstörer entstanden sind.

### MERKSATZ

Es muss im Rahmen des § 40 VwGO demnach ganz genau zitiert werden. § 40 I 1 VwGO ist die **Generalklausel**, § 40 I 2 VwGO enthält eine **Öffnungsklausel**, § 40 II 1 VwGO ist eine **abdrängende Sonderzuweisung**.

<sup>66</sup> Hufen, *VerwProzessR*, § 11 Rn 72

<sup>67</sup> Schenke, *VerwProzessR*, Rn 147

<sup>68</sup> Schenke, *VerwProzessR*, Rn 146 f.

<sup>69</sup> BVerwGE 47, 255, 264; Wolff/Decker, *VwGO*, § 40 Rn 73; Hufen, *VerwProzessR*, § 11 Rn 63

<sup>70</sup> Schenke, *VerwProzessR*, Rn 135

**KLAUSURHINWEIS**

§ 40 I 2, II 1 VwGO kann in einer Klausur aus dem Bereich des Staatshafungsrechts durchaus einmal einschlägig sein, wenn die Fallfrage lautet: „Hat die Klage Erfolg?“. Die Prüfung der Zulässigkeit der Klage richtet sich dann wegen der abdrängenden Sonderzuweisung nach der ZPO. Es dürfte sich jedoch in aller Regel nur um einen kurzen „Ausflug“ in das Zivilrecht handeln, um in der Begründetheit sodann zum öffentlichen Recht zu kommen.

Die Einschlägigkeit des § 23 I 1 EGGVG ist in einer öffentlich-rechtlichen Klausur hingegen wenig wahrscheinlich, weil dann nur noch Strafrecht zu prüfen ist.

**2. Statthafte Klageart****KLAUSURHINWEIS**

Die statthafte Klageart ist zu Beginn der Zulässigkeitsprüfung zu bestimmen, weil die weiteren Zulässigkeitsvoraussetzungen maßgeblich von ihr abhängen, z.B. §§ 68 ff. VwGO.

57

Entscheidend für die Bestimmung der statthaften Klageart ist gem. § 88 VwGO das Begehren des Klägers. Hingegen kommt es nicht auf den von ihm gestellten Antrag an. Folglich darf der Bearbeiter in einer Klausur nicht an den vom Kläger formulierten Anträgen „kleben“, sondern muss dessen wirkliches Rechtsschutzziel ermitteln.<sup>71</sup>

Klägerisches  
Begehren  
maßgeblich

**BEISPIEL:** Die zuständige Behörde hebt die dem Kläger zuvor erteilte Baugenehmigung auf. Der Kläger erhebt daraufhin Klage mit dem wörtlichen Antrag, „die Behörde zu verpflichten, den Aufhebungsbescheid zurückzunehmen“.

Hier könnte ein Verpflichtungsbegehren vorliegen mit der Konsequenz, dass die Verpflichtungsklage statthaft ist. Da der Kläger jedoch bereits die Baugenehmigung erhalten hat, ist es ausreichend, wenn das Verwaltungsgericht den behördlichen Aufhebungsbescheid seinerseits aufhebt. Dann lebt die ursprüngliche Baugenehmigung wieder auf, sodass der Kläger nicht den Erlass einer weiteren Baugenehmigung begehren muss. Daher liegt seinem Antrag ein Anfechtungsbegehren zugrunde, sodass die Anfechtungsklage statthaft ist.<sup>72</sup>

Die Anfechtungsklage ist gem. § 42 I 1. Fall VwGO statthaft, wenn der Kläger die Aufhebung eines Verwaltungsaktes begehrt. Dabei muss der Kläger nichts stets den ganzen Verwaltungsakt angreifen. § 113 I 1 VwGO zeigt mit der Verwendung des Wortes „soweit“, dass der angegriffene Verwaltungsakt nur teilweise rechtswidrig sein kann und dann nur teilweise vom Verwaltungsgericht aufgehoben wird. Dann muss es dem Kläger aber auch möglich sein, den Verwaltungsakt lediglich teilweise anzufechten.<sup>73</sup> Voraussetzung für eine solche Teilanfechtung ist, dass der Verwaltungsakt objektiv teilbar ist. Das ist der Fall bei zahlenmäßig, örtlich, zeitlich, gegenständiglich oder personell abgrenzbaren Entscheidungen.<sup>74</sup>

58

Anfechtungs-  
klage: (teilweise)  
Aufhebung eines  
Verwaltungsaktes

71 Wolff/Decker, VwGO, § 88 Rn 4

72 Vgl. Wolff/Decker, VwGO, § 88 Rn 4; Hufen, VerwProzess, § 14 Rn 18

73 Hufen, VerwProzessR, § 14 Rn 43

74 Kopp/Schenke, VwGO, § 42 Rn 21; Hufen, VerwProzessR, § 14 Rn 43

**BEISPIELE:** Der Kläger greift einen Gebührenbescheid über 1.000 € nur in Höhe von 500,- € an, weil er seine Gebührenpflicht zwar grundsätzlich anerkennt, die Gebühren aber für zu hoch bemessen hält. Die Verwaltung erlässt eine Abrissverfügung für Haus und Garage, der Adressat wehrt sich nur gegen den Abriss des Hauses.

**GEGENBEISPIELE** (fehlende Teilbarkeit): Einbürgerung eines Ausländers, Verleihung der Ehrenbürgerschaft.

- 59** Ob es sich um einen befehlenden oder feststellenden, begünstigenden oder belastenden Verwaltungsakt handelt, ob er vom Adressaten oder von einem Dritten angegriffen wird, spielt gem. § 42 I 1. Fall VwGO für die Statthaftigkeit der Anfechtungsklage keine Rolle.<sup>75</sup>

**BEISPIEL:** Greift der Adressat (aus welchen Gründen auch immer) einen ihn begünstigenden Verwaltungsakt an, ändert das nichts an der Statthaftigkeit der Anfechtungsklage. Ihm fehlt „lediglich“ die Klagebefugnis nach § 42 II VwGO.

Ebenfalls unerheblich ist es an dieser Stelle im Prüfungsaufbau, ob die Verwaltung in der Form des Verwaltungsaktes handeln durfte. Wählt die Behörde die falsche Form, ist dies keine Frage der Statthaftigkeit, sondern der Begründetheit der Klage.<sup>76</sup> Hat die Verwaltung äußerlich in der Form des Verwaltungsaktes gehandelt, muss sie sich daran auch festhalten lassen. Maßgebliche Kriterien sind die Bezeichnung des Handelns als „Bescheid“ oder Verfügung“ und die Beifügung einer Rechtsbehelfsbelehrung.<sup>77</sup>

**BEISPIEL:** In der Stadthalle befindet sich eine Gaststätte, die von der Stadt an einen privaten Betreiber verpachtet wird. Kündigt die Stadt den Pachtvertrag, indem sie dem Pächter ein als „Bescheid“ titulierte Schreiben zuschickt, dem eine Rechtsbehelfsbelehrung angefügt ist, liegt ein Verwaltungsakt vor, der vom Pächter mit der Anfechtungsklage angegriffen werden kann, auch wenn die Stadt nicht per Verwaltungsakt handeln durfte, weil eine zivilrechtliche Rechtsbeziehung besteht.<sup>78</sup>

- 60** Andererseits ist es im Gegensatz zur Klagebefugnis nach § 42 II VwGO jedoch nicht ausreichend, dass der Kläger das Vorliegen eines Verwaltungsaktes lediglich behauptet. Er muss vielmehr tatsächlich vorliegen.<sup>79</sup>

**BEISPIELE:** Behördliche Hinweise auf die Rechtslage, Meinungsäußerungen eines Hoheitsträgers, das Handeln des „Hauptmann von Köpenick“ sind keine Verwaltungsakte und daher nicht mit der Anfechtungsklage angreifbar, auch wenn der Kläger vom Gegenteil überzeugt ist.<sup>80</sup>

<sup>75</sup> Hufen, *VerwProzessR*, § 14 Rn 9

<sup>76</sup> Hufen, *VerwProzessR*, § 14 Rn 2; Schenke, *VerwProzessR*, Rn 113; siehe auch Rn 49

<sup>77</sup> BVerwG, DVBL 2005, 450, 451 = RA 2005, 236, 237; Wolff/Decker, *VwVfG*, § 35 Rn 4

<sup>78</sup> Schenke, *VerwProzessR*, Rn 114

<sup>79</sup> Hufen, *VerwProzessR*, § 14 Rn 2; Schenke, *VerwProzessR*, Rn 182

<sup>80</sup> Schenke, *VerwProzessR*, Rn 191

Inhalt des Verwaltungsaktes unerheblich

Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes unerheblich

Tatsächliches Vorliegen des Verwaltungsaktes erforderlich

### a) Verwaltungsakt

Liegt nicht bereits der äußeren Form nach ein Verwaltungsakt vor,<sup>81</sup> ist dessen Existenz anhand der Legaldefinition des § 35 VwVfG zu prüfen, die wegen des engen Zusammenhangs zwischen materiellem Verwaltungsrecht und Verwaltungsprozessrecht auch im Bereich der VwGO gilt.<sup>82</sup> Dabei ist richtigerweise § 35 VwVfG des Bundes anzuwenden, auch wenn eine Landesbehörde gehandelt hat.<sup>83</sup> Anderenfalls könnte der Landesgesetzgeber durch sein LVwVfG über den Gegenstand der bundesrechtlich normierten Anfechtungsklage verfügen, sodass ihr Anwendungsbereich von Bundesland zu Bundesland unterschiedlich sein könnte.

**61** Legaldefinition des Verwaltungsaktes:  
§ 35 VwVfG des Bundes

#### MERKSATZ

Im Rahmen der **Zulässigkeit** eines verwaltungsprozessualen Rechtsbehelfs ist stets das VwVfG des Bundes anzuwenden. In der **Begründetheit** greift hingegen das LVwVfG, wenn eine Landesbehörde gehandelt hat.

#### KLAUSURHINWEIS

Sind die Voraussetzungen des § 35 VwVfG eindeutig erfüllt, z.B. bei einem Versammlungsverbot, dann hat eine detaillierte Prüfung zu unterbleiben. Stattdessen ist nur knapp festzuhalten, dass ein Verwaltungsakt vorliegt.

Folgende Merkmale des Verwaltungsaktes bereiten besonders häufig Schwierigkeiten und werden deshalb nachfolgend erläutert: Behörde, Regelung, Einzelfall und Außenwirkung.<sup>84</sup>

#### aa) Behörde

Der Begriff der Behörde ist in § 1 IV VwVfG definiert. Diese Definition gilt auch im Rahmen des § 35 S. 1 VwVfG.<sup>85</sup>

**62**

#### DEFINITION

Nach § 1 IV VwVfG ist **Behörde** jede Stelle, die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt. Eine solche Stelle zeichnet sich dadurch aus, dass sie:

Behörde

- aufgrund gesetzlicher Anordnung besteht
- von einem Wechsel der in ihr tätigen Personen unabhängig ist
- eigenverantwortlich im eigenen Namen nach außen handelt und
- Verwaltungstätigkeit ausübt, d.h. nicht Gesetze erlässt oder Recht spricht.<sup>86</sup>

**BEISPIELE:** Bürgermeister als Behörde der Gemeinde, Regierungspräsidium bzw. Bezirksregierung als Behörde des Landes.

<sup>81</sup> Siehe Rn 59

<sup>82</sup> Kopp/Schenke, VwGO, Anh § 42 Rn 2

<sup>83</sup> Kopp/Schenke, VwGO, Anh § 42 Rn 2; Kahl, JURA 2001, 505, 506

<sup>84</sup> Detaillierte Darstellung aller Merkmale des Verwaltungsaktes im JURA INTENSIV Skript „Allgemeines Verwaltungsrecht“

<sup>85</sup> Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 35 Rn 65; Wolff/Decker, VwVfG, § 35 Rn 30

<sup>86</sup> Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 1 Rn 51; Kahl, JURA 2001, 505, 507

## bb) Regelung

Regelung

63

### DEFINITION

**Regelung** ist eine rechtsverbindliche Anordnung, die auf die Setzung einer Rechtsfolge gerichtet ist, d.h. es werden Rechte und/oder Pflichten begründet, geändert, aufgehoben oder verbindlich festgestellt oder die Vornahme einer solchen Handlung wird verbindlich abgelehnt.<sup>87</sup>

**BEISPIELE:** Die Begründung eines Rechts stellt die Erteilung einer Baugenehmigung dar, die Begründung einer Pflicht der Erlass eines Gebührenbescheids. Die verbindliche Feststellung eines Rechts ist die Anerkennung als Kriegsdienstverweigerer oder als Schwerbehinderter.

Objektiver Empfängerhorizont maßgeblich

Die Regelungswirkung grenzt den Verwaltungsakt von anderen behördlichen Handlungen ab. Diese gibt es in großer Zahl, sodass etliche Abgrenzungsprobleme auftreten können. Nachfolgend sollen die wichtigsten dargestellt werden, die im Rahmen einer Anfechtungsklage auftreten können. Dabei wird sich zeigen, dass stets maßgeblich ist, ob eine Auslegung des behördlichen Handelns aus dem objektiven Empfängerhorizont zu dem Ergebnis führt, dass die Behörde unmittelbar eine Rechtsfolge herbeiführen will.<sup>88</sup>

### (1) Realakte

Realakt

64

### DEFINITION

**Realakte** sind Verwaltungsmaßnahmen, die nicht auf einen Rechtserfolg, sondern auf einen tatsächlichen Erfolg gerichtet sind.<sup>89</sup>

**BEISPIEL:** Beseitigung eines Verkehrshindernisses durch einen Polizisten.

Probleme im Zusammenhang mit der Einordnung als Realakt oder als Verwaltungsakt können vor allem bei Maßnahmen in der Verwaltungsvollstreckung und bei Standardmaßnahmen auftreten.

### (a) Verwaltungsvollstreckung

Androhung und Festsetzung von Zwangsmitteln

65

Für den Bereich der Verwaltungsvollstreckung ist zunächst klarzustellen, dass die Androhung und die Festsetzung von Zwangsmitteln unstreitig Verwaltungsakte sind.<sup>90</sup> Die Regelungswirkung der Androhung besteht darin, dass die Behörde sich verbindlich auf eines der zur Verfügung stehenden Zwangsmittel festlegt und in der Regel eine letzte Frist zur Erfüllung der auferlegten Pflicht setzt. Mit der Festsetzung stellt die Behörde verbindlich fest, dass der Adressat seine Pflicht nicht erfüllt hat und ordnet die Anwendung des Zwangsmittels an.

87 BVerwGE 77, 268, 271; Maurer, AllgVerwR, § 9 Rn 6; Kahl, JURA 2001, 505, 508

88 Vgl. Wolff/Decker, VwVfG, § 35 Rn 4; Remmert, JURA 2007, 736, 738

89 Maurer, AllgVerwR, § 9 Rn 8, § 15 Rn 1

90 BVerwG, NVwZ 1998, 393, 393; Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 35 Rn 113; Kahl, JURA 2001, 505, 508

Rechtlich problematisch ist demgegenüber die Einordnung der Anwendung eines Zwangsmittels.

Anwendung der  
Zwangsmittel

**BEISPIEL** (nach BVerwGE 26, 161 „Schwabinger Krawalle“): In einem Lokal in der Stadt M kommt es zu einer Massenschlägerei. Die herbeigerufenen Polizisten können die Situation erst kontrollieren, nachdem sie massiv von ihren Schlagstöcken Gebrauch gemacht haben. Welche Rechtsnatur hat dieser Schlagstockeinsatz?

Der Schlagstockeinsatz ist eine polizeiliche Zwangsmittelanwendung in Gestalt des unmittelbaren Zwangs. In dieser Zwangsmittelanwendung wird z.T. eine konkludente Duldungsverfügung gesehen, d.h. der Betroffene wird unausgesprochen verpflichtet, die Anwendung des Zwangsmittels zu ertragen, sodass ein Verwaltungsakt vorliegt.<sup>91</sup> Hier wäre in dem Schlagstockeinsatz also der konkludente Befehl enthalten „dulde, dass ich dich schlage“. Diese Sichtweise hat historische Gründe. Sie resultiert aus einer Zeit, zu welcher Rechtsschutz nur gegen Verwaltungsakte gewährt wurde. Es bestand daher das Bedürfnis, in die Zwangsmittelanwendung eine konkludente Duldungsverfügung hineinzuzinterpretieren, damit der Betroffene sich dagegen rechtlich zur Wehr setzen konnte.<sup>92</sup> Ein solches Bedürfnis besteht heute jedoch nicht mehr, da die VwGO auch gegen tatsächliche Handlungen der Verwaltung Rechtsbehelfe in Gestalt der Leistungs- und Feststellungsklage vorsieht. Zudem wirft die Konstruktion einer konkludenten Duldungsverfügung Probleme auf, wenn die Zwangsmittelanwendung in Abwesenheit des Adressaten erfolgt, z.B. im Falle des Abschleppens eines Kfz. Dann kann die für die Existenz eines Verwaltungsaktes gem. §§ 41 I, 43 I VwVfG erforderliche Bekanntgabe kaum überzeugend begründet werden.<sup>93</sup> Schließlich sieht § 18 II VwVG vor, dass im gekürzten Verwaltungsvollstreckungsverfahren, dem sog. **Sofortvollzug**, gegen die Zwangsmittelanwendung die Rechtsmittel zulässig sind, die gegen Verwaltungsakte gegeben sind. Diese ausdrückliche Anordnung wäre überflüssig, wenn die Anwendung eines Zwangsmittels ohnehin stets ein Verwaltungsakt ist. Daher ist davon auszugehen, dass die Zwangsmittelanwendung einen Realakt darstellt.<sup>94</sup>

### (b) Standardmaßnahmen

Ähnlich problematisch wie die Zwangsmittelanwendung ist die rechtliche Einordnung der polizeilichen Standardmaßnahmen. Die pauschale Annahme einer konkludenten Duldungsverfügung, die in jeder Standardmaßnahme enthalten ist, ist, wie gezeigt, unter Rechtsschutzgesichtspunkten nicht erforderlich und wirft bei fehlender Bekanntgabe Probleme auf. Stattdessen ist jede Standardmaßnahme separat zu gutachten, eine einheitliche Bewertung ist nicht möglich.<sup>95</sup>

66 Standard-  
maßnahmen

91 BVerwGE 26, 161, 164

92 Finger, JuS 2005, 116, 117

93 Finger, JuS 2005, 116, 117, 118

94 Erichsen/Ehlers-Ruffert, AllgVerwR, § 26 Rn 23; Finger, JuS 2005, 116, 117, 118; Kahl, JURA 2001, 505, 509

95 Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 35 Rn 114

**BEISPIELE:** Platzverweis oder die Anordnung der Herausgabe einer Sache zum Zwecke ihrer Sicherstellung sind Verwaltungsakte, weil dem Adressaten der Maßnahme rechtsverbindlich eine Pflicht auferlegt wird.<sup>96</sup> Hingegen kann die verdeckt durchgeführte polizeiliche Beobachtung schon mangels Bekanntgabe kein Verwaltungsakt sein. Bei der Ingewahrsamnahme einer Person ist zu differenzieren: Die Aufforderung, zur Polizeidienststelle mitzukommen, ist ein Verwaltungsakt, da eine Pflicht auferlegt wird. Das tatsächliche Verbringen zum Polizeifahrzeug und die Fahrt zur Dienststelle sind Realakte.<sup>97</sup>

### MERKSATZ

Jedenfalls in den Fällen, in denen ausdrücklich eine Pflicht begründet wird („dulde die Durchsuchung“, „halte an“), liegt ein Verwaltungsakt vor, der dann per Realakte umgesetzt wird, indem beispielsweise die Durchsuchung tatsächlich erfolgt.

## (2) Vorbereitende Verfahrenshandlungen und verbindliche Teilregelungen

**67** Keine Verwaltungsakte sind Verfahrenshandlungen, welche die abschließende Entscheidung lediglich vorbereiten.

**BEISPIELE:** Ladung zur mündlichen Prüfung, Aufforderung, Angaben in einem Antrag zu konkretisieren.<sup>98</sup>

Ausnahmsweise gilt etwas anderes, wenn mit der Verfahrenshandlung bereits endgültige Rechtsfolgen verbunden sind.

**BEISPIELE:** Die Bewertung einer Klassenarbeit und die Einzelnoten im Abschlusszeugnis sind regelmäßig keine Verwaltungsakte, sondern nur die Gesamtnote, mit der über die Versetzung entschieden wird. Anders ist die Situation hingegen einzuschätzen, wenn mit einer Einzelnote endgültige Rechtsfolgen verbunden sind, z.B. die Zulassung zum Studium. Dann ist die Einzelnote ein Verwaltungsakt oder zumindest der separat anfechtbare Teil eines Verwaltungsaktes, nämlich der Gesamtnote.<sup>99</sup>

Keine vorbereitenden Verfahrenshandlungen, sondern verbindliche Teilregelungen sind darüber hinaus der Vorbescheid und die Teilgenehmigung. Der Vorbescheid ist aus dem Baurecht als Bauvorbescheid bekannt. Mit ihm wird über einzelne Genehmigungsvoraussetzungen abschließend und verbindlich entschieden, z.B. über die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit eines geplanten Bauwerks. Die Teilgenehmigung ist demgegenüber ein Endbescheid, allerdings beschränkt auf einen sachlich abgrenzbaren Teil des gesamten Vorhabens, z.B. Genehmigung des Aushubs der Baugrube. Sowohl der Vorbescheid als auch die Teilgenehmigung sind Verwaltungsakte.<sup>100</sup>

96 Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 35 Rn 114; Finger, JuS 2005, 116, 118

97 Finger, JuS 2005, 116, 117, 118

98 Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 35 Rn 109; Kahl, JURA 2001, 505, 509

99 OVG Münster, DVBL 2001, 823, 823 f. = RA 2001, 325, 326 f.; Wolff/Decker, VwVfG, § 35 Rn 52; Maurer, AllgVerwR, § 9 Rn 9; Kahl, JURA 2001, 505, 509 f.

100 Wolff/Decker, VwVfG, § 35 Rn 47; Maurer, AllgVerwR, § 9 Rn 63 f.

Vorbereitende  
Verfahrenshand-  
lungen ohne  
Regelungs-  
wirkung

Verbindliche  
Teilregelungen  
mit Regelungs-  
wirkung

Vorbescheid und  
Teilgenehmigung

**cc) Einzelfall**

Die Funktion des Merkmals „Einzelfall“ ist es, den Verwaltungsakt von der Rechtsnorm, d.h. von einem Gesetz, abzugrenzen.<sup>101</sup> Ein Verwaltungsakt liegt vor, wenn die Regelung konkret-individuell, konkret-generell oder abstrakt-individuell ist. Eine Rechtsnorm, also ein Gesetz, ist hingegen abstrakt-generell.

**68** Abgrenzung vom Gesetz

**DEFINITION**

**Konkret** ist eine Regelung, wenn sie sich auf einen bestimmten Lebenssachverhalt bezieht. Demgegenüber betreffen abstrakte Regelungen unendlich viele Sachverhalte.<sup>102</sup>

Konkrete, abstrakte, individuelle und generelle Regelung

**Individuell** ist eine Regelung, wenn sie sich an eine bestimmte Person richtet, sodass generelle Regelungen unendlich viele Personen als Adressaten haben.<sup>103</sup>

Konkret-individuell bedeutet demnach, dass ein bestimmter Sachverhalt für eine bestimmte Person geregelt wird. Es liegt dann ein Verwaltungsakt i.S.v. § 35 S. 1 VwVfG vor.

**69** Konkret-individuelle Regelung

**BEISPIELE:** Baugenehmigung, Gaststättenerlaubnis, Platzverweis.

Konkret-generell ist eine Regelung, wenn sie einen bestimmten Lebenssachverhalt für unendlich viele Personen betrifft. Es handelt sich um einen Verwaltungsakt in Gestalt einer Allgemeinverfügung gem. § 35 S. 2 VwVfG.<sup>104</sup> Die Allgemeinverfügung gibt es als adressatenbezogene, sachbezogene und benutzungsregelnde Allgemeinverfügung.

**70** Konkret-generelle Regelung

Die adressatenbezogene Allgemeinverfügung nach § 35 S. 2 1. Fall VwVfG richtet sich an einen nach allgemeinen Merkmalen bestimmten oder bestimmbaren Personenkreis. Eine Unterscheidung zwischen einem „bestimmten“ und einem bloß „bestimmbaren“ Personenkreis ist kaum möglich und für die Annahme einer Allgemeinverfügung auch nicht erforderlich.<sup>105</sup> Allerdings soll das Merkmal „bestimmbar“ verdeutlichen, dass die Abgrenzung zum Gesetz nicht danach erfolgt, ob der angesprochene Personenkreis zurzeit des behördlichen Handelns überschaubar ist. Entscheidend ist vielmehr die Konkretheit der Regelung. Das bedeutet, die adressatenbezogene Allgemeinverfügung regelt im Gegensatz zur Rechtsnorm einen ganz bestimmten Sachverhalt und grenzt dadurch den betroffenen Personenkreis von der Allgemeinheit ab.<sup>106</sup>

Adressatenbezogene Allgemeinverfügung

**BEISPIELE:** Verbot der Teilnahme an einer geplanten Versammlung, Verbot an die Gastwirte eines bestimmten Bezirks Alkohol auszuschenken, Handzeichen eines Verkehrspolizisten, Zeichen einer Verkehrsampel.

101 Maurer, AllgVerwR, § 9 Rn 14; Kahl, JURA 2001, 505, 510

102 Wolff/Decker, VwVfG, § 35 Rn 67

103 Wolff/Decker, VwVfG, § 35 Rn 67

104 Wolff/Decker, VwVfG, § 35 Rn 71; Kahl, JURA 2001, 505, 511

105 Vgl. Knack-Henneke, VwVfG, § 35 Rn 126

106 OVG Lüneburg, DVBL 2008, 987, 988 = RA 2008, 473, 475 f.; Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 35 Rn 161; Erichsen/Ehlers-Ruffert, AllgVerwR, § 20 Rn 36; Kahl, JURA 2001, 505, 511

Sachbezogene  
Allgemein-  
verfügung/  
dinglicher  
Verwaltungsakt

Die sachbezogene Allgemeinverfügung nach § 35 S. 2 2. Fall VwVfG betrifft die öffentlich-rechtliche Eigenschaft einer Sache. Sie bestimmt folglich den rechtlichen Zustand von Sachen, ist also nicht unmittelbar an eine Person gerichtet. Daher wird sie auch als dinglicher Verwaltungsakt bezeichnet.<sup>107</sup> Die Konkretheit der Regelung ergibt sich aus dem unmittelbaren Bezug zu einer bestimmten Sache.<sup>108</sup>

**BEISPIELE:** Widmung einer Verkehrsfläche zu einer öffentlichen Straße gem. § 2 FStrG, Widmung eines Schwimmbades zur Nutzung durch die Allgemeinheit.

Benutzungs-  
regelnde  
Allgemein-  
verfügung

Die benutzungsregelnde Allgemeinverfügung ist nach § 35 S. 2 3. Fall VwVfG ein Verwaltungsakt, der die Benutzung einer Sache durch die Allgemeinheit betrifft. Wie bei der sachbezogenen Allgemeinverfügung ergibt sich die erforderliche Konkretheit des Sachverhalts aus dem unmittelbaren Bezug zu einer bestimmten Sache, wohingegen der Adressatenkreis nicht individualisiert ist („Allgemeinheit“).<sup>109</sup>

**BEISPIEL:** Verkehrszeichen.

Abstrakt-  
individuelle  
Regelung

- 71** Abstrakt-individuell bedeutet schließlich, dass unendlich viele Sachverhalte für eine bestimmte Person geregelt werden. Es besteht im Ergebnis Einigkeit, dass in diesen Fällen ein Verwaltungsakt gem. § 35 S. 1 VwVfG vorliegt, weil der individuelle Bezug im Vordergrund steht.<sup>110</sup>

**BEISPIEL** (nach OVG Münster OVGE 16, 289 „Kühlturmfall“): Das Unternehmen U betreibt ein Kraftwerk, zu dem ein Kühlturm gehört. Fällt die Außentemperatur unter null Grad, legt sich der aus dem Kühlturm aufsteigende Wasserdampf auf eine in der Nähe befindliche Straße und sorgt dort für Glatteisbildung. Daher erhält U von der zuständigen Behörde die Weisung, die Straße bei Temperaturen unter dem Gefrierpunkt zu streuen.

#### dd) Außenwirkung

Außenwirkung

**72**

#### DEFINITION

Auf **unmittelbare Rechtswirkung** nach außen ist eine hoheitliche Maßnahme gerichtet, wenn sie final Rechtsfolgen bei einem Rechtssubjekt erzeugt, das außerhalb des Rechtsträgers der handelnden Behörde steht.<sup>111</sup>

Verwaltungs-  
internum/  
Rechtsreflexe

Das Definitionsmerkmal der Außenwirkung hat die Funktion, den Verwaltungsakt von den rein verwaltungsinternen Maßnahmen abzugrenzen.<sup>112</sup> Dabei ist zu betonen, dass es entscheidend auf die Zielrichtung des behördlichen Handelns ankommt. Die Außenwirkung muss nach dem Wortlaut des § 35 S. 1 VwVfG („gerichtet“) von der Behörde gewollt sein. Lediglich mittelbare, zufällige Folgen eines hoheitlichen

107 Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 35 Rn 165; Wolff/Decker, VwVfG, § 35 Rn 95

108 Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 35 Rn 164; Kahl, JURA 2001, 505, 511

109 Erichsen/Ehlers-Ruffert, AllgVerwR, § 20 Rn 38; Maurer, AllgVerwR, § 9 Rn 32

110 Erichsen/Ehlers-Ruffert, AllgVerwR, § 20 Rn 34; Maurer, AllgVerwR, § 9 Rn 20; Kahl, JURA 2001, 505, 511

111 Knack-Henneke, VwVfG, § 35 Rn 35; Wolff/Decker, VwVfG, § 35 Rn 76; Erichsen/Ehlers-Ruffert, AllgVerwR, § 20 Rn 44

112 Knack-Henneke, VwVfG, § 35 Rn 35

Handelns können somit nicht als Verwaltungsakt qualifiziert werden.<sup>113</sup> Die Finalität der Maßnahme grenzt den Verwaltungsakt folglich auch von den bloßen Rechtsreflexen ab, die sich dadurch auszeichnen, dass ein behördliches Handeln ungewollt einer natürlichen oder juristischen Person einen Vor- oder Nachteil bringt.<sup>114</sup>

**BEISPIEL:** Zwei miteinander konkurrierende Gaststätten liegen in unmittelbarer Nachbarschaft. Die zuständige Behörde schließt eine Gaststätte wegen Verstößen gegen die Vorschriften des Gesundheitsrechts, sodass die andere Gaststätte jetzt mehr Kunden hat. Dieser Vorteil ist jedoch von der Behörde nicht bezweckt, also ein bloßer Rechtsreflex.

Neben der Regelungswirkung stellt die Außenwirkung einer hoheitlichen Maßnahme das Merkmal des Verwaltungsaktes dar, das die schwierigsten Abgrenzungsprobleme bereithält. Besonders bedeutsam sind in diesem Zusammenhang die Maßnahmen in Sonderstatusverhältnissen sowie aufsichtsrechtliche Maßnahmen.

### (1) Sonderstatusverhältnisse

#### DEFINITION

**Sonderstatusverhältnisse** sind Rechtsverhältnisse, in denen eine Person zum Staat in eine besondere Rechtsbeziehung tritt, die auf beiden Seiten spezielle Rechte und Pflichten begründet, die über das gewöhnliche Bürger-Staat-Verhältnis hinausgehen.<sup>115</sup>

**73** Sonderstatusverhältnisse

**BEISPIELE:** Beamte, Richter, Soldaten, Strafgefangene, Schüler und Studenten.<sup>116</sup>

Die besondere Rechtsbeziehung in einem Sonderstatusverhältnis zeigt sich exemplarisch bei Beamten und Richtern, die für den Staat dessen Hoheitsrechte ausüben. Damit machen sie Rechte geltend, die dem „gewöhnlichen“ Bürger nicht zustehen. Auf der anderen Seite treffen beispielsweise den Strafgefangenen Pflichten, denen der Bürger nicht unterliegt. Die genannten Personengruppen besitzen also einen besonderen Status, der sich vom allgemeinen Status der Bürger abhebt.

Die Abgrenzungsprobleme hinsichtlich der Außenwirkung einer Maßnahme ergeben sich in den Sonderstatusverhältnissen aus dieser Nähebeziehung zwischen der betroffenen Person und dem Staat. Handlungen, die lediglich die sich aus einem Sonderstatusverhältnis ergebenden Rechte und Pflichten konkretisieren, verbleiben im verwaltungsinternen Bereich und haben somit keine Außenwirkung.

**BEISPIEL:** Der Vorgesetzte gibt einem Beamten auf, die Akten in einer bestimmten Reihenfolge zu bearbeiten.

113 BVerwGE 60, 144, 145 f.; OVG Koblenz, NVwZ-RR 2003, 223, 224 = RA 2003, 222, 223; Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 35 Rn 126; Kahl, JURA 2001, 505, 512

114 Knack-Henneke, VwVfG, § 35 Rn 35

115 Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 35 Rn 134; Wolff/Decker, VwVfG, § 35 Rn 78; Kahl, JURA 2001, 505, 513

116 Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 35 Rn 134

Demnach kommt es entscheidend darauf an, die Grenzen des Sonderstatusverhältnisses zu ermitteln. Dies geschieht wie folgt: Hoheitliche Maßnahmen, die lediglich eine organisationsinterne Regelung bezwecken, halten sich im Rahmen des Sonderstatusverhältnisses, haben also keine Außenwirkung. Geht es hingegen zielgerichtet darum, die persönliche Rechtsstellung des betroffenen Beamten, Schülers etc. zu bestätigen oder zu verändern, liegt Außenwirkung vor.<sup>117</sup>

**BEISPIELE:** Begründung und Beendigung eines Beamtenverhältnisses, Abordnung, Versetzung, Aufnahme eines Schülers in eine öffentliche Schule, Versetzung in die nächsthöhere Klasse, Abschlusszeugnis.<sup>118</sup>

### MERKSATZ

Im Rahmen von **Sonderstatusverhältnissen** richtet sich die Abgrenzung des Verwaltungsaktes von verwaltungsinternen Maßnahmen danach, ob die hoheitliche Maßnahme darauf abzielt, die persönliche Rechtsstellung des Adressaten zu bestätigen oder zu verändern.

## (2) Aufsichtsrechtliche Maßnahmen

- 74** Bei den aufsichtsrechtlichen Maßnahmen ist zwischen den Maßnahmen der Rechtsaufsicht und denjenigen der Fachaufsicht zu unterscheiden.

Aufsichtsrechtliche Maßnahmen im Bereich der Rechtsaufsicht haben Außenwirkung und sind somit bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen des § 35 S. 1 VwVfG Verwaltungsakte.<sup>119</sup> Denn sie betreffen die Wahrnehmung einer Selbstverwaltungsaufgabe durch eine Selbstverwaltungseinrichtung. Damit greift die aufsichtsrechtliche Maßnahme stets in das Selbstverwaltungsrecht der betroffenen Selbstverwaltungseinrichtung ein. Letztere kann sich folglich gegen die Maßnahme unter Berufung auf ihr Selbstverwaltungsrecht zur Wehr setzen. Demnach steht ihr ein subjektiv-öffentliches Recht zur Verfügung, sodass sie der staatlichen Aufsichtsbehörde in ähnlicher Weise gegenübersteht wie dies sonst bei einem Bürger im Verhältnis zur Verwaltung der Fall ist.<sup>120</sup>

**BEISPIEL:** Die zuständige Kommunalaufsichtsbehörde hebt eine gemeindliche Satzung wegen eines Rechtsverstößes auf.

### MERKSATZ

**Maßnahmen der Rechtsaufsicht** haben immer Außenwirkung.

Handlungen der Aufsichtsbehörden im Bereich der Fachaufsicht haben nach h.M. grundsätzlich keine Außenwirkung und sind daher keine Verwaltungsakte. Denn sie betreffen die Wahrnehmung von Auftragsangelegenheiten, also staatliche Aufgaben. Das Selbstverwaltungsrecht der betroffenen Selbstverwaltungseinrichtung ist somit nicht berührt. Folglich können sie der staatlichen Aufsichtsbehörde keine

117 Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 35 Rn 135; Kahl, JURA 2001, 505, 513

118 Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 35 Rn 136, 140

119 BVerwGE 52, 313, 316 f.; Kopp/Schenke, VwGO, Anh § 42 Rn 80; Kahl, JURA 2001, 505, 512

120 Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 35 Rn 152

eigene Rechtsposition entgegenhalten, sodass sie wie eine Behörde in den staatlichen Verwaltungsaufbau integriert sind. In dieser Situation stellt die Selbstverwaltungseinrichtung lediglich den verlängerten Arm des Staates dar. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz macht die h.M. nur, wenn die Fachaufsichtsbehörde überhaupt kein Weisungsrecht besitzt oder dessen Grenzen überschreitet und damit in den Selbstverwaltungsbereich der Selbstverwaltungseinrichtung eingreift sowie in dem Fall, dass der Selbstverwaltungseinrichtung durch das Gesetz auch bei der Wahrnehmung von Auftragsangelegenheiten eine eigene Rechtsposition zugewiesen wird. In diesen Konstellationen ist die Außenwirkung ausnahmsweise gegeben, weil die Selbstverwaltungseinrichtung ein subjektiv-öffentliches Recht besitzt und die Situation daher mit derjenigen bei der Rechtsaufsicht vergleichbar ist.<sup>121</sup>

**BEISPIELE:** Fachaufsichtliche Weisung bzgl. Einrichtung geschwindigkeitsbeschränkter Zonen durch eine Gemeinde gem. § 45 Ib 1 Nr. 5 StVO betrifft auch die gemeindliche Selbstverwaltungsgarantie in Form der Planungshoheit;<sup>122</sup> Art. 109 II 2 BayGO räumt den Gemeinden auch im Bereich der Fachaufsicht eine eigene Rechtsposition ein.<sup>123</sup>

### MERKSATZ

Nach h.M. haben **fachaufsichtliche Maßnahmen** keine Außenwirkung, es sei denn, die Fachaufsichtsbehörde besitzt kein Weisungsrecht bzw. überschreitet dessen Grenzen und greift somit in das Selbstverwaltungsrecht der betroffenen Selbstverwaltungseinrichtung ein oder der Selbstverwaltungseinrichtung ist durch das Gesetz auch bei der Wahrnehmung von Auftragsangelegenheiten eine eigene Rechtsposition zugewiesen.

### b) Keine Erledigung des Verwaltungsaktes

Die Statthaftigkeit der Anfechtungsklage setzt nicht nur voraus, dass ein Verwaltungsakt vorliegt. Dieser darf sich auch noch nicht erledigt haben. Das folgt aus § 113 I 4 VwGO. Nach dieser Vorschrift ist im Falle der Erledigung eines Verwaltungsaktes nicht die Anfechtungsklage, sondern die in § 113 I 4 VwGO normierte Fortsetzungsfeststellungsklage (FFK) statthaft.

**75** Keine Erledigung

### DEFINITION

Ein **Verwaltungsakt** hat sich **erledigt**, wenn er keinerlei Regelungswirkung mehr entfaltet, sodass seine Aufhebung sinnlos ist.<sup>124</sup>

Erledigung

Eine beispielhafte Aufzählung von Erledigungsgründen findet sich in § 43 II VwVfG (Rücknahme, Widerruf, anderweitige Aufhebung, Zeitablauf).<sup>125</sup>

121 BVerwG, DVBL 1995, 744, 745; VGH Mannheim, DVBL 1994, 348, 349; Kopp/Schenke, VwGO, Anh § 42 Rn 77 f.; Wolff/Decker, VwVfG, § 35 Rn 87

122 BVerwG, DVBL 1995, 744, 745; Kopp/Schenke, VwGO, Anh § 42 Rn 78

123 Kopp/Schenke, VwGO, Anh § 42 Rn 77; Wolff/Decker, VwVfG, § 35 Rn 87

124 BVerwG, NVwZ 1991, 570, 571; Kopp/Schenke, VwGO, § 113 Rn 102; Ogorek, JA 2002, 222, 224

125 Siehe zum Begriff der Erledigung auch Rn 233.

**KLAUSURHINWEIS**

Die Erledigung des Verwaltungsaktes ist im Rahmen der Anfechtungsklage nur anzusprechen, wenn sie nach den Sachverhaltsangaben ernsthaft in Betracht kommt.<sup>126</sup> Anderenfalls wird sie mit keinem Wort erwähnt.

**MERKSATZ**

Das Merkmal „Erledigung“ grenzt die Anfechtungsklage von der FFK ab.

**c) Sonderfälle****aa) Gegenstand der Anfechtungsklage, § 79 I, II VwGO**

Gegenstand der Anfechtungsklage,  
§ 79 VwGO

- 76** § 79 VwGO bestimmt, welcher Verwaltungsakt bzw. welche Verwaltungsakte den Gegenstand der Anfechtungsklage bilden. § 79 I Nr. 1 VwGO normiert die Regel, wohingegen § 79 I Nr. 2, II VwGO die Ausnahmen beschreibt.

**(1) Grundsatz des § 79 I Nr. 1 VwGO**

Grundsatz:  
Einheitsklage

- 77** Gem. § 79 I Nr. 1 VwGO ist Gegenstand der Anfechtungsklage der ursprüngliche Verwaltungsakt in der Gestalt, die er durch den Widerspruchsbescheid gefunden hat. Ausgangs- und Widerspruchsbescheid bilden demnach eine prozessuale Einheit, wobei der Widerspruchsbescheid dem Ausgangsbescheid den maßgeblichen Inhalt gibt (sog. Einheitsklage). D.h. der Anfechtungsklage liegt zwar der ursprüngliche Verwaltungsakt zugrunde, aber mit dem Inhalt und der Begründung des Widerspruchsbescheids.<sup>127</sup> Der Widerspruchsbescheid ist somit „das letzte Wort der Verwaltung“. Folglich hat eine Anfechtungsklage keinen Erfolg, wenn der ursprüngliche Verwaltungsakt zwar rechtmäßig ist, die Widerspruchsbehörde diesen Fehler aber beseitigt hat.<sup>128</sup>

**BEISPIEL:** Widerspruchsbehörde holt im Widerspruchsverfahren die von der Ausgangsbehörde unterlassene Anhörung nach § 28 I VwVfG nach.

Umgekehrt ist die Anfechtungsklage erfolgreich, wenn der ursprüngliche Verwaltungsakt zwar rechtmäßig ist, der Widerspruchsbescheid jedoch Fehler aufweist. Da Ausgangs- und Widerspruchsbescheid eine prozessuale Einheit bilden, hebt das Gericht in dieser Situation nach h.M. beide Bescheide auf und nicht nur den Widerspruchsbescheid.<sup>129</sup>

**BEISPIEL:** Widerspruchsbehörde ändert die zutreffenden Ermessenserwägungen der Ausgangsbehörde ab, sodass sie jetzt fehlerhaft sind.<sup>130</sup>

Da im Fall des § 79 I Nr. 1 VwGO Ausgangs- und Widerspruchsbescheid belastend sind, wird der Betroffene regelmäßig beide Verwaltungsakte angreifen. Deshalb normiert § 79 I Nr. 1 VwGO die Regel.<sup>131</sup>

<sup>126</sup> Schenke, *VerwProzessR*, Rn 247

<sup>127</sup> Wolff/Decker, *VwGO*, § 79 Rn 8; Schenke, *VerwProzessR*, Rn 235

<sup>128</sup> Wolff/Decker, *VwGO*, § 79 Rn 8

<sup>129</sup> BVerwGE 19, 327, 330; Wolff/Decker, *VwGO*, § 79 Rn 8

<sup>130</sup> Wolff/Decker, *VwGO*, § 79 Rn 8

<sup>131</sup> Wolff/Decker, *VwGO*, § 79 Rn 7

**MERKSATZ**

Da Ausgangs- und Widerspruchsbescheid gem. § 79 I Nr. 1 VwGO eine prozessuale Einheit bilden, liegt keine objektive Klagehäufung gem. § 44 VwGO vor.

**(2) Ausnahmen, § 79 I Nr. 2, II VwGO****MERKSATZ**

Eine Erörterung des § 79 VwGO im Rahmen der statthaften Klageart ist nur zwingend geboten, wenn ein Ausnahmefall nach § 79 I Nr. 2, II VwGO vorliegt, nicht hingegen im Regelfall des § 79 I Nr. 1 VwGO.

**(a) Erstmalige Beschwer, § 79 I Nr. 2 VwGO**

Beinhaltet der Abhilfebescheid (vgl. § 72 VwGO) oder der Widerspruchsbescheid eine erstmalige Beschwer, ist er gem. § 79 I Nr. 2 VwGO alleiniger Gegenstand der Anfechtungsklage. Dies ist zwingend, d.h. die Anfechtungsklage kann sich nur gegen den Abhilfe- oder Widerspruchsbescheid richten, weil der Ausgangsbescheid begünstigend ist. Ist hingegen bereits der Ausgangsbescheid belastend und durch den Widerspruchsbescheid zu Lasten des Widerspruchsführers verschlechtert worden, ist der speziellere § 79 II VwGO einschlägig.<sup>132</sup>

§ 79 I Nr. 2 VwGO ist demnach gegeben, wenn ein Verwaltungsakt für den Adressaten begünstigend ist, auf den Widerspruch eines Dritten aber zum Nachteil des Adressaten abgeändert wird.

**78** Ausnahme des § 79 I Nr. 2 VwGO

**BEISPIEL:** Baugenehmigung wird auf den Widerspruch eines Nachbarn durch den Widerspruchsbescheid aufgehoben.

**KLAUSURHINWEIS**

Im Fall des § 79 I Nr. 2 VwGO muss im Rahmen der Begründetheit der Anfechtungsklage, und zwar in der materiellen Rechtmäßigkeit des Abhilfe- oder Widerspruchsbescheids die Zulässigkeit und Begründetheit des Widerspruchs des Dritten geprüft werden.

**(b) Zusätzliche selbständige Beschwer, § 79 II VwGO**

Enthält der Widerspruchsbescheid eine zusätzliche selbständige Beschwer, kann er gem. § 79 II 1 VwGO alleiniger Gegenstand der Anfechtungsklage sein. Im Gegensatz zu § 79 I Nr. 2 VwGO ist die ausschließliche Anfechtung des Widerspruchsbescheids jedoch nicht zwingend, weil im Fall des § 79 II VwGO bereits der Ausgangsbescheid eine Belastung enthält, die durch den Widerspruchsbescheid „lediglich“ gesteigert wird. Der Kläger kann also zwischen der Regel des § 79 I Nr. 1 VwGO (Anfechtung des Ausgangs- und Widerspruchsbescheids) und der Ausnahme des § 79 II 1 VwGO (alleinige Anfechtung des Widerspruchsbescheids) wählen.<sup>133</sup>

**79** Ausnahme des § 79 II 1 VwGO

<sup>132</sup> Wolff/Decker, VwGO, § 79 Rn 12

<sup>133</sup> Wolff/Decker, VwGO, § 79 Rn 15

Zusätzliche  
selbstständige  
Beschwer

### DEFINITION

Eine **zusätzliche selbständige Beschwerde** i.S.v. § 79 II 1 VwGO liegt bei jeder nachteiligen Änderung des Ausgangsbescheids durch den Widerspruchsbescheid vor.<sup>134</sup>

**BEISPIELE:** Änderung des Entscheidungstenors (z.B. Lärmschutzanordnung wird durch Widerspruchsbescheid verschärft); Änderung der Sach- oder Rechtslage führt zur nachträglichen Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes, wird aber von der Widerspruchsbehörde nicht beachtet.<sup>135</sup>

Der wichtigste Anwendungsfall des § 79 II 1 VwGO ist die sog. „**reformatio in peius**“ bzw. Verböserung.

Reformatio  
in peius bzw.  
Verböserung

### DEFINITION

**Reformatio in peius** bedeutet, dass allein der Adressat des belastenden Ausgangsbescheids Widerspruch einlegt und es dann durch den Widerspruchsbescheid zu einer weiteren Verschlechterung kommt.<sup>136</sup>

**BEISPIEL:** Durch den Ausgangsbescheid wird eine Gaststättenerlaubnis teilweise aufgehoben, im Widerspruchsbescheid erfolgt ihre komplette Aufhebung.

**Kernproblem:**  
Enttäushtes  
Vertrauen

Kernproblem der Verböserung ist das enttäuschte Vertrauen des Widerspruchsführers. Er hat seinen Widerspruch in der Hoffnung erhoben, der belastende Ausgangsbescheid werde zu seinem Vorteil abgeändert oder aufgehoben, erhält aber durch den Widerspruchsbescheid Gegenteiliges. Vor diesem Hintergrund liegt keine *reformatio in peius* vor, wenn ein Dritter den Widerspruch mit dem Ziel einlegt, die Belastung des Adressaten des Ausgangsbescheids noch zu intensivieren, da dieser dann mit einer Verböserung rechnen muss, also kein schutzwürdiges Vertrauen entwickeln kann.

**BEISPIEL:** Mit dem Ausgangsbescheid wird der Teilabriss eines illegal errichteten Gebäudes angeordnet, auf den Widerspruch eines Nachbarn verfügt die Widerspruchsbehörde im Widerspruchsbescheid einen vollständigen Abriss.

Auch dieses Beispiel unterfällt im Übrigen § 79 II 1 VwGO und zeigt damit, dass die *reformatio in peius* zwar der wichtigste, aber nicht der einzige Anwendungsfall des § 79 II 1 VwGO ist.<sup>137</sup>

Ausnahme des  
§ 79 II 2 VwGO

§ 79 II 2 VwGO ergänzt die von § 79 II 1 VwGO erfasste materielle Beschwerde um eine durch den Widerspruchsbescheid verursachte formelle Beschwerde.<sup>138</sup> Danach gilt als zusätzliche Beschwerde auch die Verletzung einer wesentlichen Verfahrensvorschrift.

134 Kopp/Schenke, VwGO, § 79 Rn 11

135 Schenke, VerwProzessR, Rn 241 f.

136 Wolff/Decker, VwGO, § 73 Rn 32; Schenke, VerwProzessR, Rn 688-690

137 Zur formellen und materiellen Zulässigkeit der *reformatio in peius* siehe Rn 162 f.

138 Wolff/Decker, VwGO, § 79 Rn 14

**DEFINITION**

**Wesentliche Verfahrensvorschriften** i.S.v. § 79 II 2 VwGO sind Vorschriften bzgl. Zuständigkeit, Verfahren und Form mit Ausnahme lediglich intern wirkender Verwaltungsvorschriften.<sup>139</sup>

Wesentliche  
Verfahrens-  
vorschriften

**BEISPIELE:** Entscheidung durch die unzuständige Widerspruchsbehörde, Verletzung der Anhörungspflicht aus § 71 VwGO, Verstoß gegen die Begründungspflicht nach § 73 III 1 VwGO.<sup>140</sup>

Zusätzlich muss der Widerspruchsbescheid auf diesem formellen Rechtsverstoß beruhen, d.h. der Verfahrensfehler muss für die inhaltliche Sachentscheidung kausal sein.<sup>141</sup> Mit dieser Voraussetzung verfolgt § 79 II 2 VwGO das gleiche Anliegen wie § 46 VwVfG, dass nur solche formellen Fehler zur Aufhebung eines Verwaltungsaktes führen, die sich auch inhaltlich auswirken. Folglich schließt § 79 II 2 VwGO als Sonderregelung die Anwendung des § 46 VwVfG aus.<sup>142</sup>

„Beruhen“ i.S.v.  
§ 79 II 2 VwGO

**KLAUSURHINWEIS**

Somit kann über das Vorliegen des „Beruhens“ i.S.v. § 79 II 2 VwGO erst entschieden werden, nachdem die materielle Rechtmäßigkeit des Widerspruchsbescheids geprüft wurde. Das „Beruhen“ ist daher, wie auch § 46 VwVfG, erst im Prüfungspunkt „Rechtsverletzung“ im Rahmen der Begründetheit der Anfechtungsklage anzusprechen.<sup>143</sup>

**bb) Inhalts- und Nebenbestimmungen**

Besondere Schwierigkeiten bereitet die gerichtliche Überprüfung von Inhalts- und Nebenbestimmungen.

**(1) Begriffsbestimmung und Abgrenzung****DEFINITION**

**Nebenbestimmungen** i.S.v. § 36 VwVfG sind Ergänzungen zum Hauptinhalt des Verwaltungsaktes.<sup>144</sup>

**80** Nebenbestimmungen

Somit beziehen sich Nebenbestimmungen auf den Verwaltungsakt, dem sie beigefügt sind. Ohne ihn sind sie sinnlos, sodass sie mit seiner Existenz gleichsam stehen und fallen. Anders formuliert sind die Nebenbestimmungen zum Verwaltungsakt streng akzessorisch.<sup>145</sup>

139 Kopp/Schenke, VwGO, § 79 Rn 13; Wolff/Decker, VwGO § 79 Rn 14

140 Kopp/Schenke, VwGO, § 79 Rn 13; Schenke, VerwProzessR, Rn 243

141 Wolff/Decker, VwGO, § 79 Rn 14

142 Kopp/Schenke, VwGO, § 79 Rn 14

143 Siehe Rn 179

144 BVerwG, DÖV 1974, 563, 564; Pietzner/Ronellenfitsch, Assessorexamen, § 9 Rn 17

145 Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 36 Rn 4. Detaillierte Erläuterung der einzelnen Nebenbestimmungen im JURA INTENSIV Skript „Allgemeines Verwaltungsrecht“.

**BEISPIELE:** Erteilung der Fahrerlaubnis unter der Auflage, mittels regelmäßiger Blut- und Urinproben nachzuweisen, dass keine Betäubungsmittel und Medikamente konsumiert werden; Erteilung der Gaststättenerlaubnis unter der Auflage, eine bestimmte Person nicht als Betriebsleiter zu beschäftigen.<sup>146</sup>

### DEFINITION

**Inhaltsbestimmungen** legen fest, wie weit die Rechtsfolge des Verwaltungsaktes reicht.<sup>147</sup>

Sie beschreiben also den Inhalt des Verwaltungsaktes und sind damit sein integraler Bestandteil.

**BEISPIEL:** Wird eine Baugenehmigung für ein dreigeschossiges Wohnhaus beantragt, lässt die zuständige Behörde jedoch nur zwei Geschosse zu, handelt es sich bei dieser Festsetzung um eine Inhaltsbestimmung.<sup>148</sup>

- 81** Für die Abgrenzung der Inhalts- von der Nebenbestimmung kann zunächst darauf abgestellt werden, ob der Betroffene bei der Verwaltung einen genauen Antrag gestellt hat. Weicht die Behörde von dem Antrag ab, indem sie entweder weniger oder etwas anderes als beantragt gewährt, liegt eine Inhaltsbestimmung vor.<sup>149</sup>

**BEISPIELE:** Gastwirt G beantragt eine Verlängerung der Sperrzeit um zwei Stunden, die Behörde genehmigt jedoch nur eine Stunde; Bauherr B beantragt den Erlass einer Baugenehmigung für die Errichtung eines Veranstaltungsraums ohne Säulen, die Baugenehmigungsbehörde genehmigt den Raum jedoch aus Gründen der Standsicherheit nur mit Säulen.

Fehlt es an einem Antrag, insbesondere im Bereich der Eingriffsverwaltung, oder ist der Antrag unklar gestellt, kommt es für die Abgrenzung auf die Auslegung der einschlägigen Rechtsvorschriften an.<sup>150</sup> Das bedeutet, es wird zunächst im Wege der Auslegung ermittelt, was der eigentliche Inhalt des Verwaltungsaktes ist. Sodann ist in einem zweiten Schritt zu prüfen, wie sich die umstrittene Belastung auf diesen so ermittelten Inhalt auswirkt. Berührt sie ihn, liegt eine Inhaltsbestimmung vor. Berührt sie ihn nicht, liegt eine Nebenbestimmung vor.

**BEISPIEL:** D ist Inhaber einer Gaststättenerlaubnis, wonach er sowohl im Keller als auch im Erdgeschoss eines Gebäudes eine Diskothek betreiben darf. Nachdem die zuständige Behörde bei einer Kontrolle vor Ort Missstände im Kellerbereich registriert hat, untersagt sie D per Verfügung die weitere Nutzung des Kellers. Handelt es sich um eine Inhalts- oder Nebenbestimmung?

146 Wolff/Decker, VwVfG, § 36 Rn 3

147 Pietzner/Ronellenfitsch, Assessorexamen, § 9 Rn 18

148 Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 36 Rn 5

149 Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 36 Rn 5; Maurer, AllgVerwR, § 12 Rn 5

150 Vgl. Knack-Henneke, VwVfG, § 36 Rn 9

Da es hier an einem Antrag des D fehlt, muss die Abgrenzung durch Auslegung des einschlägigen Gesetzes erfolgen. Maßgeblich ist das GastG. Durch Auslegung dieses Gesetzes ist festzustellen, was der Inhalt der dem D ursprünglich erteilten Gaststättenerlaubnis ist. Das ergibt sich aus § 3 I GastG. Danach bezieht sich die Gaststättenerlaubnis auch auf die Räume, in denen die Gaststätte betrieben werden darf. Wird die Nutzung dieser Räume nachträglich eingeschränkt oder verboten, ist folglich der Inhalt der Gaststättenerlaubnis tangiert. Bei der Maßnahme der Behörde gegenüber D handelt es sich somit um eine Inhaltsbestimmung. Als letztes Abgrenzungsmerkmal kann die Vermutung formuliert werden, dass die Verwaltung im Zweifel die Maßnahme getroffen hat, die rechtmäßig ist.

**BEISPIEL:** Die zuständige Behörde verpflichtet Gastwirt G per „Inhaltsbestimmung“ dazu, aus Lärmschutzgründen schallisolierende Fenster einzubauen. Zulässig ist eine solche Maßnahme gem. § 5 I Nr. 3 GastG jedoch nur als Auflage. Da nicht davon auszugehen ist, dass die Behörde eine evident rechtswidrige Inhaltsbestimmung treffen will, liegt eine Nebenbestimmung vor.

### MERKSATZ

Für die Abgrenzung der Inhalts- von den Nebenbestimmungen ist primär maßgeblich, ob die Verwaltung von dem Antrag des Betroffenen abweicht. Sekundär ist durch Auslegung des einschlägigen Gesetzes der Inhalt des Verwaltungsaktes zu ermitteln und sodann zu prüfen, ob sich die umstrittene Belastung auf diesen Inhalt auswirkt. Schließlich ist in verbleibenden Zweifelsfällen davon auszugehen, dass die Verwaltung zu der Maßnahme gegriffen hat, die rechtmäßig ist.

### KLAUSURHINWEIS

Prozessuale Probleme treten, wie noch zu zeigen ist, nur bei den Nebenbestimmungen auf. Daher ist die Abgrenzung Inhaltsbestimmung ↔ Nebenbestimmung in der Klausurbearbeitung besonders aufmerksam durchzuführen. Es stellt einen schweren Mangel dar, gleichsam „routinemäßig“ die Streitfrage der Anfechtbarkeit von Nebenbestimmungen zu erörtern, ohne vorab geklärt zu haben, ob überhaupt eine Nebenbestimmung vorliegt.

## (2) Rechtsschutz gegen Inhalts- und Nebenbestimmungen

Bzgl. des Rechtsschutzes ist zwischen den anfänglichen und den nachträglichen Inhalts- und Nebenbestimmungen zu unterscheiden.

### (a) Anfängliche Inhaltsbestimmungen

Anfängliche Inhaltsbestimmungen bereiten keine prozessualen Schwierigkeiten. Da sie integraler Bestandteil des Verwaltungsaktes sind, indem sie dessen Regelungsgehalt festlegen, können sie nicht separat mit der Anfechtungsklage gem. § 42 I 1. Fall VwGO angegriffen werden.<sup>151</sup> Möglich ist nur eine Verpflichtungsklage gem. § 42 I 2. Fall VwGO, gerichtet auf die Verpflichtung des Klagegegners zum Erlass eines Verwaltungsaktes mit einem anderen Inhalt.

**82** Unstreitig Verpflichtungsklage

**(b) Anfängliche Nebenbestimmungen**

Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage

- 83** Heftig umstritten ist die statthafte Klageart bei anfänglichen Nebenbestimmungen. In Betracht kommen eine Anfechtungsklage, gerichtet auf die separate Aufhebung der umstrittenen Nebenbestimmung, sowie eine Verpflichtungsklage auf Neuerlass des Verwaltungsaktes ohne bzw. mit einer anderen Nebenbestimmung.<sup>152</sup>

Grundsätzliches Problem: Interessenkollision

Die zugrunde liegende Problematik wird bei einer Betrachtung der wechselseitigen Interessenlage deutlich. Aus der Sicht der Verwaltung bringt die Möglichkeit der Anfechtungsklage den Nachteil mit sich, dass die Teilanfechtung der Nebenbestimmung zu deren Teilaufhebung und damit zu einem verbleibenden Verwaltungsakt (sog. **Rest-Verwaltungsakt**) führen kann, der dem behördlichen Willen widerspricht. Möglicherweise hätte die Verwaltung den Verwaltungsakt niemals erlassen, wenn sie hätte voraussehen können, dass die beigefügte Nebenbestimmung separat aufgehoben wird. Andererseits hat die Verpflichtungsklage aus der Sicht des Betroffenen den Nachteil, dass sie zu einer Aufhebung des begünstigenden Verwaltungsaktes führt. Der Betroffene riskiert, dass die zuständige Behörde eine andere als die umstrittene Nebenbestimmung nicht will und deshalb den Neuerlass des Verwaltungsaktes gänzlich ablehnt.<sup>153</sup>

**KLAUSURHINWEIS**

Im Gutachten hat der Problemaufriss im Rahmen der statthafte Klageart wie üblich über die Darstellung des klägerischen Begehrens zu erfolgen. Dieses ist auf die Aufhebung der belastenden Nebenbestimmung gerichtet. Deshalb kommt als statthafte Klageart die Anfechtungsklage gem. § 42 I 1. Fall VwGO in Betracht. Das setzt voraus, dass es um die Aufhebung eines Verwaltungsaktes oder des separat anfechtbaren Teils eines Verwaltungsaktes geht.

Die damit angesprochene Frage nach der prozessualen Teilbarkeit der Nebenbestimmung vom Verwaltungsakt wird in Rechtsprechung und Literatur unterschiedlich beantwortet.

M.M.: Stets Verpflichtungsklage

Eine im Schrifttum vertretene M.M. geht davon aus, dass bei allen Nebenbestimmungen nur die Verpflichtungsklage als statthafte Klageart in Betracht kommt.<sup>154</sup> Zur Begründung verweist sie darauf, dass alle Nebenbestimmungen unselbständige Bestandteile eines Verwaltungsaktes seien und daher nicht separat angefochten werden könnten.

M.M.: Differenzierung nach der Art der Nebenbestimmung

Nach einer zweiten Ansicht im Schrifttum hängt die statthafte Klageart von der Art der angegriffenen Nebenbestimmung ab. Gegen die Auflage und den Auflagenvorbehalt i.S.v. § 36 II Nr. 4, 5 VwVfG stünde die Anfechtungsklage zur Verfügung, bzgl. der anderen Nebenbestimmungen hingegen die Verpflichtungsklage.<sup>155</sup> Denn die unselbständigen Nebenbestimmungen wiesen schon nach dem Wortlaut des

152 Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 36 Rn 60; Erichsen/Ehlers-Ruffert, AllgVerwR, § 22 Rn 17

153 Schenke, VerwProzessR, Rn 297; Axer, JURA 2001, 748, 752

154 Fehn, DÖV 1988, 202, 207-211; Stadie, DVBL 1991, 613, 614-616

155 Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 36 Rn 63; Axer, JURA 2001, 748, 752; Störmer, NWVBl. 1996, 169, 174

§ 36 II VwVfG („erlassen werden mit“) eine so enge Beziehung zum Verwaltungsakt auf, dass eine separate Anfechtung ausscheide. Hingegen seien die Auflage und der Auflagenvorbehalt nur „verbunden mit“ dem Verwaltungsakt. Sie beinhalteten folglich selbständige Regelungen, stellten selbst Verwaltungsakte dar und könnten deshalb auch selbständig angefochten werden.

Eine dritte Meinung in der Literatur differenziert nach der Art des Verwaltungsaktes. Stehe dessen Erlass im Ermessen der Verwaltung, sei nur eine Verpflichtungsklage möglich. Handele es sich dahingegen um einen gebundenen Verwaltungsakt, könnten die Nebenbestimmungen separat mit der Anfechtungsklage angegriffen werden.<sup>156</sup> Bei einem behördlichen Ermessen beruhen Verwaltungsakt und Nebenbestimmung nämlich auf einer einheitlichen behördlichen Ermessensentscheidung. Der damit verbundene Entscheidungsspielraum der Verwaltung werde aber missachtet, wenn in dieser Situation eine Teilanfechtung und Teilaufhebung einer Nebenbestimmung möglich sei. Letztlich werde der Verwaltung dann ein Rest-Verwaltungsakt aufgedrängt, den sie so nicht wollte.

M.M.: Differenzierung nach der Art des Verwaltungsaktes

Die h.M. hält schließlich bei allen Nebenbestimmungen die Anfechtungsklage für die grundsätzlich statthafte Klageart. Ob die Nebenbestimmung von dem Verwaltungsakt teilbar sei und folglich separat aufgehoben werden könne, sei keine Frage der Zulässigkeit, sondern der Begründetheit des eingelegten Rechtsbehelfs.<sup>157</sup> Damit differenziert die h.M. zwischen der prinzipiell gegebenen prozessualen Teilbarkeit einer Nebenbestimmung vom Verwaltungsakt und der noch näher zu untersuchenden materiellen Teilbarkeit. Sie stützt ihre Rechtsauffassung auf den Wortlaut des § 113 I 1 VwGO. Dieser lässt die Teilaufhebung eines Verwaltungsaktes zu („soweit“), wenn er nur zum Teil rechtswidrig ist. Dann müsse aber auch eine Teilanfechtung möglich sein. Anderenfalls wäre der Kläger gezwungen, einen Verwaltungsakt vollumfänglich anzugreifen, obwohl dieser nur teilweise rechtswidrig ist. Übertragen auf die hier zu untersuchende Situation bedeute dies, dass die Anfechtung einer Nebenbestimmung als Teil des Verwaltungsaktes zulässig sei. Für eine Differenzierung nach der Art der angegriffenen Nebenbestimmung biete der Wortlaut des § 113 I 1 VwGO keinen Anhaltspunkt.

H.M.: Grundsätzlich immer Anfechtungsklage

Eine Ausnahme von dem Grundsatz, dass alle Nebenbestimmungen mit der Anfechtungsklage separat angreifbar sind, möchte das BVerwG für den Fall machen, dass die isolierte Aufhebung der umstrittenen Nebenbestimmung offenkundig von vornherein ausscheidet.<sup>158</sup> Damit ist gemeint, dass bereits im Rahmen der statthafte Klageart eindeutig erkennbar ist, dass die Aufhebung der Nebenbestimmung zu einem rechtswidrigen Rest-Verwaltungsakt führt.<sup>159</sup> In diesem Fall soll nur eine Verpflichtungsklage zulässig sein.

<sup>156</sup> Brenner, JuS 1996, 281, 286; Jahndorf, JA 1999, 676, 677, 679 f.

<sup>157</sup> BVerwGE 112, 221, 224 = RA 2001, 249, 251; Erichsen/Ehlers-Ruffert, AllgVerwR, § 22 Rn 18 f.; Maurer, AllgVerwR, § 12 Rn 24 f.; Schenke, VerwProzessR, Rn 295; Schmidt, VBIBW 2004, 81, 83

<sup>158</sup> BVerwGE 112, 221, 224 = RA 2001, 249, 251

<sup>159</sup> Schmidt, VBIBW 2004, 81, 83; Sproll, NJW 2002, 3221, 3223

**KLAUSURHINWEIS**

Diese von der Rechtsprechung vertretene Ausnahme ist für eine Klausurbearbeitung unter mehreren Gesichtspunkten keine Option. Zum einen wird bestritten, dass die Rechtswidrigkeit des Rest-Verwaltungsaktes bei der Anfechtungsklage gegen eine Nebenbestimmung berücksichtigt werden darf.<sup>160</sup> Folglich müsste dieser Streit innerhalb des Meinungsstreits zur Anfechtbarkeit von Nebenbestimmungen zusätzlich dargestellt werden. Das würde die große Gefahr hervorrufen, dass die Klausurbearbeitung an dieser Stelle völlig unübersichtlich wird und damit nicht mehr nachvollziehbar ist. Zum anderen ist das Merkmal „offenkundig“ mit erheblichen Unsicherheiten behaftet. Ggf. müsste die Rechtswidrigkeit des Rest-Verwaltungsaktes inzident geprüft werden, was jedoch die Darstellung ebenfalls dermaßen verkompliziert, dass ihr der Leser nicht mehr folgen kann. Zudem würde ein Teil der Prüfung der Begründetheit der Klage vorweggenommen werden.

**MERKSATZ**

Für den Klausurgebrauch ist die h.M. richtigerweise so zu verstehen, dass jede Nebenbestimmung separat anfechtbar ist.

## Streitentscheid

Der Meinungsstreit über die Anfechtbarkeit von Nebenbestimmungen ist wie üblich anhand der anerkannten Auslegungsmethoden zu lösen.

Der Wortlaut des § 36 II VwVfG verdeutlicht, dass der Gesetzgeber zwischen den unselbständigen und den selbständigen Nebenbestimmungen differenziert. Die daraus von der zweiten Ansicht gezogene Schlussfolgerung, nur Auflage und Auf-lagenvorbehalt seien separat anfechtbar, ist jedoch nicht zwingend. Stattdessen lässt sich ebenso gut vertreten, dass mit der Differenzierung nur gezeigt werden soll, dass die unselbständigen Nebenbestimmungen enger mit dem Verwaltungsakt verbunden sind als die selbständigen Nebenbestimmungen, weil sie sich direkt auf seine Wirksamkeit auswirken. Eine Konsequenz für den Rechtsschutz muss mit dieser Feststellung nicht unbedingt verbunden sein.

Historische und systematische Auslegung bringen keine weiteren Erkenntnisse. Jedoch lässt die teleologische Auslegung einige Erwägungen zu. Zunächst ist dem Argument der dritten Ansicht, bei einem Ermessensverwaltungsakt missachte die Anfechtung der Nebenbestimmung den behördlichen Entscheidungsspielraum, entgegenzuhalten, dass der Verwaltung §§ 48, 49 VwVfG zur Verfügung stehen, um einen nicht gewollten Rest-Verwaltungsakt aufzuheben. Ferner kann sie alternativ versuchen, eine nunmehr rechtmäßige Nebenbestimmung beizufügen. Diese Möglichkeiten sind ausreichend, um dem behördlichen Willen Rechnung zu tragen.

Weiterhin ist zu bedenken, dass im Fall einer Nebenbestimmung, die dem Verwaltungsakt nachträglich beigefügt wird, unstrittig die Anfechtungsklage statthaft ist, und zwar unabhängig von der Art der Nebenbestimmung und der Art des Verwaltungsaktes.<sup>161</sup> Es ist nicht einsichtig, wieso bei anfänglichen Nebenbestimmungen etwas anderes gelten soll, zumal der Zeitpunkt der Beifügung der Nebenbestimmung durchaus zufällig sein kann.

<sup>160</sup> Siehe Rn 176

<sup>161</sup> Siehe Rn 84

Darüber hinaus zwingt die Verpflichtungsklage den Kläger, die bereits erlangte Begünstigung wieder aufs Spiel zu setzen. Ist die Verwaltung nämlich nicht gewillt, den Verwaltungsakt ohne die Nebenbestimmung zu erlassen, wird sie auf eine erfolgreiche Verpflichtungsklage derart reagieren, dass sie den Erlass des Verwaltungsaktes vollständig ablehnt. Damit führt die Verpflichtungsklage zu einer einseitigen Bevorzugung des behördlichen Willens.

Schließlich verursacht eine gegen alle Nebenbestimmungen statthafte Anfechtungsklage auch keine unzumutbaren Ergebnisse. Zwar kommt der Anfechtungsklage gem. § 80 I 1 VwGO aufschiebende Wirkung zu, sodass die angegriffene Nebenbestimmung nicht vollzogen werden darf. Der Kläger dürfte folglich den begünstigenden Verwaltungsakt ausnutzen, ohne die belastende Nebenbestimmung erfüllen zu müssen.

**BEISPIEL:** Wurde eine Fahrerlaubnis nur unter der Auflage erteilt, dass während der Fahrt eine Sehhilfe zu tragen ist, führt die separate Anfechtung dieser Auflage gem. § 80 I 1 VwGO an sich dazu, dass der Begünstigte nunmehr ohne Sehhilfe ein Kfz führen darf.

Diesem wenig sinnvollen Ergebnis kann die Verwaltung jedoch durch eine Anordnung der sofortigen Vollziehung der Nebenbestimmung nach § 80 II 1 Nr. 4 VwGO begegnen. Dann hat der Begünstigte die Nebenbestimmung trotz erhobener Anfechtungsklage zu beachten.

Damit kann als vorläufiges Fazit festgehalten werden, dass die h.M. sowohl dogmatisch gut vertretbar ist als auch praktikable Ergebnisse ermöglicht. Sie dürfte daher in einer Klausur vorzugswürdig sein.

Fraglich ist allerdings, ob die Beifügung einer aufschiebenden Bedingung zu einem Verwaltungsakt eine Sondersituation darstellt, die anders zu beurteilen ist.

**Sondersituation:**  
Aufschiebende  
Bedingung

**BEISPIEL:** Eine Baugenehmigung wird mit der Bedingung erteilt, dass noch Einstellplätze für Kfz geschaffen werden.<sup>162</sup>

Hier soll die Baugenehmigung nach dem Willen der Verwaltung erst wirksam werden, wenn der Bauherr die Bedingung erfüllt hat. Daraus ziehen einige Vertreter in Rechtsprechung und Literatur den Schluss, dass die separate Anfechtung einer aufschiebenden Bedingung ausscheide.<sup>163</sup> Die Anfechtungsklage sei nicht in der Lage, eine vorher nicht vorhandene uneingeschränkte Begünstigung herbeizuführen. Folglich könne die Aufhebung einer aufschiebenden Bedingung nicht die Wirksamkeit des Verwaltungsaktes bewirken, sodass nur über die Verpflichtungsklage effektiver Rechtsschutz erlangt werden könne.

Dieses Argument ließe sich jedoch in abgewandelter Form gegen alle Nebenbestimmungen in Stellung bringen. Auch bei einem Verwaltungsakt, der mit einer Auflage versehen ist, besaß der Betroffene nie eine uneingeschränkte Begünstigung.<sup>164</sup> Ferner ist nicht einsichtig, warum eine Anfechtungsklage nicht zu einer Erweiterung des Rechtskreises des Adressaten führen soll. Das gibt einerseits der Wortlaut des § 42 I 1. Fall VwGO nicht her. Andererseits ist es für die Anfechtung von

<sup>162</sup> Wolff/Decker, VwVfG, § 36 Rn 33; Maurer, AllgVerwR, § 12 Rn 6

<sup>163</sup> OVG Berlin, NVwZ 2001, 1059, 1060; Hufen/Bickenbach, JuS 2004, 867, 871

<sup>164</sup> Schenke, VerwProzessR, Rn 297a

Nebenbestimmungen gerade typisch, dass die beschränkt eingeräumte Begünstigung durch ein prozessuales Vorgehen gegen die Beschränkung ausgedehnt werden kann.<sup>165</sup>

### MERKSATZ

Als Gesamtergebnis kann festgehalten werden, dass es gute Gründe gibt, mit der h.M. bei jeder Nebenbestimmung die Anfechtungsklage für die statthafte Klageart zu halten.

#### (c) Nachträgliche Inhalts- und Nebenbestimmungen

Unstreitig  
Anfechtungsklage

- 84** Hier kann der Kläger unstreitig zur Anfechtungsklage greifen, unabhängig davon, ob es sich um eine Inhalts- oder Nebenbestimmung handelt bzw. welche Art der Nebenbestimmung respektive des Verwaltungsaktes vorliegt.<sup>166</sup> Denn die nachträgliche, selbständig ergehende Belastung ist als Verwaltungsakt zu qualifizieren. Ferner wird der Verwaltung durch eine erfolgreiche Anfechtungsklage nicht etwas aufgedrängt, was sie so nicht wollte, da sie zunächst eine uneingeschränkte Begünstigung erteilt hat. Schließlich ist es das gute Recht des Betroffenen, eine selbständig auferlegte Belastung separat angreifen zu können.

### MERKSATZ

Damit ergibt sich hinsichtlich der statthafte Klageart bei Inhalts- und Nebenbestimmungen folgendes Gesamtergebnis:

**Anfängliche Inhaltsbestimmungen** → unstreitig Verpflichtungsklage

**Anfängliche Nebenbestimmungen** → strittig, nach h.M. Anfechtungsklage

**Nachträgliche Inhalts- und Nebenbestimmungen** → unstreitig Anfechtungsklage

#### (d) Modifizierende Auflage

Modifizierende  
Auflage

- 85** Als besondere Konstellation im Kontext mit den Inhalts- und Nebenbestimmungen ist abschließend die modifizierende Auflage zu behandeln. Sie ist entgegen ihrer Bezeichnung keine Auflage i.S.v. § 36 II Nr. 4 VwVfG, weil dem Betroffenen keine zum Verwaltungsakt hinzutretende Pflicht auferlegt wird. Stattdessen zeichnet sich die modifizierende Auflage dadurch aus, dass der Betroffene nicht das erhält, was er beantragt hat, sondern etwas anderes, ein Aliud. Es handelt sich also um die Ablehnung des ursprünglich gestellten Antrags verbunden mit der Gewährung einer anderen Begünstigung.<sup>167</sup> Vereinfacht formuliert antwortet die Verwaltung auf einen Antrag: „So nicht, dafür aber so“.<sup>168</sup>

**BEISPIELE:** Erlass einer Baugenehmigung mit der „Auflage“, ein Satteldach statt eines Flachdaches zu bauen; Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis mit der „Auflage“, kein selbständiges Gewerbe auszuüben.<sup>169</sup>

<sup>165</sup> Vgl. Schenke, *VerwProzessR*, Rn 297a

<sup>166</sup> Kopp/Schenke, *VwGO*, § 42 Rn 22; Axer, *JURA* 2001, 748, 752

<sup>167</sup> Maurer, *AllgVerwR*, § 12 Rn 16; Hufen/Bickenbach, *JuS* 2004, 867, 869

<sup>168</sup> Pietzner/Ronellenfitsch, *Assessorexamen*, § 9 Rn 22

<sup>169</sup> Wolff/Decker, *VwVfG*, § 36 Rn 45

Ist der Adressat mit der behördlichen Entscheidung nicht einverstanden, bringt ihm eine Anfechtung der Ablehnung seines Antrags nichts, da er auf diesem Weg nicht in den Genuss der ursprünglich begehrten Begünstigung gelangt. Vielmehr muss der Betroffene nach nahezu einhelliger Rechtsauffassung eine Verpflichtungsklage auf Erlass des begehrten Verwaltungsaktes erheben.<sup>170</sup>

### KLAUSURHINWEIS

Die rechtliche Einordnung der modifizierenden Auflage ist durchaus umstritten. Im Schrifttum wird ihr die Daseinsberechtigung überwiegend abgesprochen. Die meisten Autoren halten sie für nichts anderes als eine anfängliche Inhaltsbestimmung.<sup>171</sup> Für die Klausurbearbeitung ist diese dogmatische Streitfrage jedoch bedeutungslos, da sowohl bei der modifizierenden Auflage als auch bei der anfänglichen Inhaltsbestimmung die Verpflichtungsklage statthaft ist.

In einer Klausurbearbeitung sollte der Begriff der modifizierenden Auflage angesichts der damit verbundenen begrifflichen Unsicherheiten nur verwendet werden, wenn er im Klausursachverhalt verwendet wird oder die Behörde eine als solche bezeichnete „Auflage“ erlassen hat, die bei genauer Subsumtion eine Inhaltsbestimmung darstellt. In diesen Situationen ist die modifizierende Auflage kurz inhaltlich zu erläutern, um sodann festzustellen, dass nur die Verpflichtungsklage als statthafte Klageart in Betracht kommt.

### cc) Anfechtungsklage gegen nichtigen Verwaltungsakt

Eine Anfechtungsklage gegen einen nichtigen Verwaltungsakt scheint ausgeschlossen zu sein, weil ein unwirksamer Verwaltungsakt nicht aufgehoben werden kann, sodass der Anfechtungsklage der Gegenstand fehlt. Folglich müsste der Kläger zur Nichtigkeitsfeststellungsklage gem. § 43 I 2. Fall VwGO greifen.<sup>172</sup> Dagegen spricht jedoch unter systematischen Gesichtspunkten die Regelung des § 43 II 2 VwGO. Sie sieht eine Ausnahme von der Subsidiarität der Feststellungsklage vor, wenn es um die Nichtigkeit eines Verwaltungsaktes geht. Folglich geht der Gesetzgeber offenbar davon aus, dass auch im Falle der Nichtigkeit eines Verwaltungsaktes neben der Feststellungsklage noch eine andere Klageart in Betracht kommt. Wäre nur die Feststellungsklage einschlägig, hätte er nämlich keine Ausnahme von der Subsidiarität vorsehen müssen. Als andere Klageart kommt aber nur die Anfechtungsklage in Betracht.<sup>173</sup> Auch die historische Auslegung zeigt, dass der Gesetzgeber die Anfechtungsklage gegen einen nichtigen Verwaltungsakt für statthaft gehalten hat.<sup>174</sup> Schließlich würde die ausschließliche Statthaftigkeit der Nichtigkeitsfeststellungsklage den Kläger bei der Wahl der statthafte Klageart vor die oftmals schwierig zu beantwortende Frage stellen, ob der Verwaltungsakt „nur“ rechtswidrig oder sogar nichtig ist. Folglich steht dem Kläger richtigerweise ein Wahlrecht zwischen der Nichtigkeitsfeststellungsklage und der Anfechtungsklage zu.<sup>175</sup>

### 86 Nichtiger Verwaltungsakt

170 BVerwGE 69, 37, 39; Maurer, *AllgVerwR*, § 12 Rn 16; Pietzner/Ronellenfitsch, *Assessorexamen*, § 9 Rn 23

171 Kopp/Ramsauer, *VwVfG*, § 36 Rn 35; Maurer, *AllgVerwR*, § 12 Rn 16

172 Hufen, *VerwProzessR*, § 14 Rn 11

173 Schenke, *VerwProzessR*, Rn 183

174 Wolff/Decker, *VwGO*, § 42 Rn 11

175 Wolff/Decker, *VwGO*, § 42 Rn 11; Schenke, *VerwProzessR*, Rn 183

Konsequenz der Statthaftigkeit der Anfechtungsklage ist, dass auch ein nichtiger Verwaltungsakt gem. § 113 I 1 VwGO aufzuheben ist. Dadurch wird der auch von einem nichtigen Verwaltungsakt ausgehende Rechtsschein der Wirksamkeit beseitigt.<sup>176</sup>

### MERKSATZ

Bei einem **nichtigen Verwaltungsakt** kann der Kläger zwischen der Nichtigkeitsfeststellungsklage gem. § 43 I 2. Fall VwGO und der Anfechtungsklage wählen.

## 3. Klagebefugnis

87

### KLAUSURHINWEIS

Die Klagebefugnis ist nach der statthaften Klageart zu prüfen, weil § 42 II VwGO wegen seines Wortlauts und seiner systematischen Stellung unmittelbar nur bei der Anfechtungs- und Verpflichtungsklage anwendbar ist. Die Prüfung vor den anderen Zulässigkeitsvoraussetzungen ist hingegen nicht zwingend, aber sehr üblich.

Sinn und Zweck:  
Ausschluss der  
Popularklage  
und der  
gesetzlichen  
Prozess-  
standschaft

Soweit gesetzlich nichts anderes bestimmt ist, ist die Anfechtungsklage gem. § 42 II 1. Fall VwGO nur zulässig, wenn der Kläger geltend macht, durch den Verwaltungsakt in seinen Rechten verletzt zu sein. Diese sog. Klagebefugnis dient einerseits dazu, Popularklagen auszuschließen, d.h. Klagen, mit denen ein Einzelner sich zum Hüter des Gemeinwohls zu machen versucht. Damit sollen die Gerichte entlastet und der Rechtsfriede gewahrt werden.<sup>177</sup> Andererseits schließt der Gesetzgeber mit dem Erfordernis der möglichen Verletzung eigener Rechte die sog. gewillkürte Prozessstandschaft aus, bei welcher der Kläger aufgrund einer rechtsgeschäftlichen Ermächtigung fremde Rechte im eigenen Namen ausübt.<sup>178</sup> Möglich ist hingegen wegen der Formulierung „soweit gesetzlich nichts anderes bestimmt ist ...“ die gesetzliche Prozessstandschaft.<sup>179</sup>

**BEISPIELE:** Gesetzliche Prozessstandschafter sind der Insolvenzverwalter und Testamentsvollstrecker.<sup>180</sup>

### a) In seinen Rechten

88

§ 42 II VwGO verlangt eine mögliche Verletzung des Klägers „in seinen Rechten“. Da er sich in einem Verwaltungsprozess gegen ein hoheitliches Handeln wehrt, müssen sich diese Rechte aus öffentlich-rechtlichen Vorschriften ergeben.<sup>181</sup> Es muss ihm ein sog. **subjektiv-öffentliches Recht** zustehen. Die Herleitung eines subjektiv-öffentlichen Rechts erfolgt am Maßstab der sog. **Schutznormtheorie**. Danach verbürgt eine öffentlich-rechtliche Vorschrift ein subjektives Recht, wenn sie zumindest auch dem Schutz von Individualinteressen dient und der Kläger zum geschützten Personenkreis gehört.<sup>182</sup> Ob das wiederum der Fall ist, ist durch

176 Schenke, *VerwProzessR*, Rn 183

177 Wolff/Decker, *VwGO*, § 42 Rn 75; Hufen, *VerwProzessR*, § 14 Rn 56

178 Kopp/Schenke, *VwGO*, § 42 Rn 60; Wolff/Decker, *VwGO*, § 42 Rn 76

179 Kopp/Schenke, *VwGO*, § 42 Rn 61; Wolff/Decker, *VwGO*, § 42 Rn 76

180 Kopp/Schenke, *VwGO*, § 42 Rn 61

181 Hufen, *VerwProzessR*, § 14 Rn 72

182 Hufen, *VerwProzessR*, § 14 Rn 73; Schenke, *VerwProzessR*, Rn 496 f.

Subjektiv-  
öffentl. Recht/  
Schutznorm-  
theorie

Das Skript vermittelt sowohl die Basics als auch die examensrelevante Vertiefung des Verwaltungsprozessrechts.

**Zu diesem Zweck ist das Skript in vier Schritte unterteilt:**

- 1. Schritt: Kurze Einführung zu jedem Themengebiet**
- 2. Schritt: Prüfungsschema**
- 3. Schritt: Examensrelevantes Wissen systematisch-strukturiert**
- 4. Schritt: Klausurfall auf Examensniveau**

Den Abschluss bildet ein Klausurfall auf Examensniveau, um zu zeigen, wie das zuvor erlesene Wissen in einer Klausur umzusetzen ist.

#### **BESONDERS HERVORGEHOBEN WERDEN:**

Prüfungsschemata  
Klausurhinweise zur Gutachtentechnik  
Definitionen  
Merksätze



Kostenlose Lerninhalte  
erhalten Sie auf  
[verlag.jura-intensiv.de](http://verlag.jura-intensiv.de).

ISBN 978-3-96712-166-7



9 783967 121667

31,90 €