

Allgemeines Verwaltungsrecht

Verwaltungsorganisation und Behördenaufbau

Rechtsquellen des Verwaltungsrechts

Das subjektive öffentliche Recht

**Unbestimmter Rechtsbegriff, Beurteilungsspielraum und
planerische Abwägungsentscheidungen**

Verwaltungsermessen

Handlungsformen der Verwaltung

Staatshaftungsrecht

von

Dr. jur. Rolf Schmidt

Professor an der Hochschule der Polizei Hamburg

13. Auflage 2009

Inhaltsverzeichnis

1. Kapitel - Die Ausführung der Gesetze durch die Verwaltung.....	1
A. Verfassungsrechtliche Vorgaben/Begriff der Verwaltung.....	1
B. Kompetenzabgrenzung zwischen Gesetzgebung und Verwaltung.....	3
C. Arten der Verwaltung	6
I. Eingriffsverwaltung.....	6
II. Leistungsverwaltung.....	7
III. Gewährleistungsverwaltung	7
IV. Gesetzesakzessorische Verwaltung	8
V. Nicht gesetzesakzessorische Verwaltung.....	8
2. Kapitel - Abgrenzung zum Privatrecht und Verfassungsrecht	9
A. Abgrenzung Verwaltungsrecht – Privatrecht.....	9
I. Hoheitliche und privatrechtliche Handlungsmöglichkeit.....	9
II. Notwendigkeit der Abgrenzung	9
III. Abgrenzungstheorien	10
1. Modifizierte Subjektstheorie (Sonderrechtstheorie; Zuordnungstheorie).....	11
2. Interessentheorie	12
3. Subordinationstheorie.....	12
4. Bedeutung der Theorien für die Fallbearbeitung	12
5. Problematische Fälle.....	13
a. Privatrechtliche Betätigung der Verwaltung	14
aa. Fiskalverwaltung	14
bb. Verwaltungsprivatrecht.....	16
b. Hausverbot.....	19
c. Öffentlich-rechtliche Immissionen.....	20
d. Ehrverletzende und rufschädigende amtliche Äußerungen	21
e. Öffentliche Warnungen	22
f. Sonstige Fallgruppen.....	23
6. Zusammenfassung	23
B. Abgrenzung Verwaltungsrecht – Verfassungsrecht	24
3. Kapitel - Verwaltungsorganisation und Behördenaufbau	26
A. Unmittelbare Staatsverwaltung	27
I. Bundesverwaltung.....	27
1. Zentralstufe.....	27
2. Mittelstufe.....	28
3. Unterstufe.....	28

II. Landesebene	28
1. Flächenstaaten	28
a. Zentralstufe	29
b. Mittelstufe	29
c. Unterstufe.....	29
2. Stadtstaaten.....	30
B. Mittelbare Staatsverwaltung	30
I. Körperschaften des öffentlichen Rechts	31
1. Gebietskörperschaften	31
a. Kommunen als Träger mittelbarer Staatsverwaltung	31
b. Staatsaufsicht über die Gebietskörperschaften des öffentlichen Rechts.....	32
2. Personalkörperschaften	32
a. Allgemeines.....	32
b. Staatsaufsicht über die Personalkörperschaften	36
c. Rechtsschutz in Bezug auf die Personalkörperschaften	36
3. Verbandskörperschaften.....	37
4. Abschlussfall	38
II. Anstalten des öffentlichen Rechts.....	38
1. Rechtsfähige Anstalten.....	38
2. Nichtrechtsfähige Anstalten	39
III. Stiftungen des öffentlichen Rechts.....	40
IV. Beliehene	41
V. Problem der Privatisierung	44
4. Kapitel - Rechtsquellen des Verwaltungsrechts.....	49
A. Verfassung.....	49
B. Formelles Gesetz	49
C. Rechtsverordnung	52
D. Satzung	54
E. Gewohnheitsrecht und Richterrecht	56
F. Verwaltungsvorschriften	57
G. Zusammenfassung zur Rechtsquellenlehre	59
H. Rangordnung der nationalen Rechtsquellen	59
I. Normenhierarchie; Geltungsvorrang und Anwendungsvorrang	59
II. Verwerfungs- und Nichtanwendungskompetenz der Verwaltung	61
I. Völkerrecht.....	63
J. Recht der Europäischen Union.....	63
I. Die historische Entwicklung der Europäischen Union	64
II. Die Europäische Union als Staatenverbund.....	66

III. Primäres und sekundäres Gemeinschaftsrecht.....	66
1. Verordnungen	67
2. Richtlinien	67
3. Entscheidungen	71
IV. Verhältnis EU-Recht/nationales Recht	71
V. Übungsfall	75
5. Kapitel - Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung	76
A. Vorrang des Gesetzes	76
B. Vorbehalt des Gesetzes	77
I. Eingriffsverwaltung.....	79
II. Leistungsverwaltung	80
6. Kapitel - Die Verwaltungsverfahrensgesetze	85
A. Begrenzung des Verfahrensrechts auf bestimmte Handlungsformen der Verwaltung	85
B. Vorrang der Verwaltungsverfahrensgesetze der Länder	85
C. Subsidiarität der Verwaltungsverfahrensgesetze.....	86
D. Einschränkungen des Anwendungsbereichs.....	86
E. Unmittelbare und analoge Anwendung des Verfahrensrechts	88
I. Analoge Anwendung auf schlichtes Verwaltungshandeln	88
II. Analoge Anwendung auf verwaltungsprivatrechtliches Handeln	89
F. Folgen für Prüfungsarbeiten	90
7. Kapitel - Das subjektive öffentliche Recht	91
A. Begriff des subjektiven öffentlichen Rechts	91
B. Bedeutung des subjektiven öffentlichen Rechts	91
C. Subjektive Rechte und Grundrechte	95
I. Grundrechte als Abwehrrechte und Leistungsrechte.....	95
II. Grundsätzlicher Anwendungsvorrang einfachgesetzlicher Normen	96
III. Vorbehalt des Möglichen	97
IV. Derivative Leistungsrechte	99
V. Präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt.....	99
VI. Anspruch auf schützendes Tätigwerden	101
VII. Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung.....	101
VIII. Subjektives öffentliches Recht und Europäisches Gemeinschaftsrecht	101

8. Kapitel - Unbestimmter Rechtsbegriff, Beurteilungsspielraum und planerische Abwägungsentscheidungen	102
A. Vorbemerkung	102
B. Unbestimmte Rechtsbegriffe	103
I. Grundsatz der vollen gerichtlichen Überprüfbarkeit	103
II. Auslegung von unbestimmten Rechtsbegriffen	105
1. Die Auslegungsmethoden	105
a. Grammatikalische Auslegung	105
b. Systematische Auslegung	105
c. Teleologische Auslegung.....	105
d. Historische und genetische Auslegung	106
e. Verfassungskonforme Auslegung.....	106
f. Gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung.....	106
2. Das Zusammenspiel der Auslegungsmethoden	108
III. Konkretisierung von unbestimmten Rechtsbegriffen	108
IV. Beurteilungsspielräume.....	109
V. Planerische Abwägungsentscheidungen	114
9. Kapitel - Ermessen und Grundsatz der Verhältnismäßigkeit	116
A. Begriff des Ermessens	116
B. Gesetzgeberische Abstufungen.....	116
I. Gebundene Verwaltung/Ermessensverwaltung/gebundenes Ermessen.....	116
1. Rechtlich gebundene Verwaltung	116
2. Ermessensverwaltung	116
3. Rechtlich gebundenes Ermessen	118
4. Übersicht	118
II. Entschließungsermessen/Auswahlermessen	118
1. Entschließungsermessen	118
2. Auswahlermessen.....	119
III. Intendiertes Ermessen	119
IV. Abgrenzung Ermessen zu unbestimmten Rechtsbegriffen	119
V. Abgrenzung Ermessen/planerische Abwägungsentscheidungen	121
VI. Ermessensgrenzen und Ermessensfehler.....	121
1. Ermessensmangel (Ermessensnichtgebrauch, Ermessensunterschreitung).....	122
2. Ermessensüberschreitung.....	123
3. Ermessensfehlgebrauch (Ermessensmissbrauch).....	127
VII. Ermessensreduzierung auf Null	128
VIII. (Gerichtliche) Überprüfbarkeit von Ermessensentscheidungen	130
IX. Bedeutung der Verhältnismäßigkeit für gebundene Verwaltungsakte	132

10. Kapitel - Handlungsformen der Verwaltung 133

A. Der Verwaltungsakt 133

I. Bedeutung des Verwaltungsakts.....	133
II. Klassifizierungen des Verwaltungsakts	135
1. Befehlende, rechtsgestaltende und feststellende Verwaltungsakte	135
2. Begünstigende und belastende Verwaltungsakte	136
3. Kontrollerlaubnis und Ausnahmegewährung.....	138
4. Verwaltungsakt mit Doppelwirkung i.S.e. Misch- oder Drittwirkung	139
5. Einseitiger und mitwirkungsbedürftiger Verwaltungsakt	140
6. Einstufiger und mehrstufiger Verwaltungsakt	141
7. Personenbezogener und dinglicher Verwaltungsakt	141
8. Vorbereitungsakt, Vorbescheid und Teilgenehmigung	142
9. Vorläufiger und vorsorglicher Verwaltungsakt	143
10. Wiederholende Verfügung und Zweitbescheid	145
III. Definitionsmerkmale eines Verwaltungsakts/Problembereiche	146
1. Hoheitliche Maßnahme.....	146
2. Einer Behörde	147
3. Zur Regelung	147
a. Abgrenzung zu Realakten	149
b. Abgrenzung zu vorbereitenden Maßnahmen und Teilakten	151
c. Informales Verwaltungshandeln.....	153
d. Behördliche Äußerungen.....	153
aa. Zusage	154
bb. Zusicherung	154
e. Nebenbestimmungen zum Verwaltungsakt, § 36 VwVfG.....	156
f. Maßnahmen in der Verwaltungsvollstreckung	156
g. Gesetzeskonkretisierender bzw. -wiederholender Verwaltungsakt	157
4. Eines Einzelfalls	157
a. Begriffspaare <i>abstrakt/konkret</i> und <i>generell/individuell</i>	157
b. Begriffliche Kombinationen	158
c. Sonderfall Allgemeinverfügungen	158
aa. Unbestimmter, aber bestimmbarer Adressatenkreis.....	158
bb. Arten von Allgemeinverfügungen	159
a.) Adressatenbezogene Allgemeinverfügung, § 35 S. 2 Var. 1 VwVfG	159
b.) Sachbezogene Allgemeinverfügung, § 35 S. 2 Var. 2 VwVfG.....	160
c.) Benutzungsregelnde Allgemeinverfügung, § 35 S. 2 Var. 3 VwVfG.....	161
cc. Zur Rechtsnatur von Verkehrsschildern	161
d. Weitere Kriterien zur Bestimmung des Einzelfalls	162

e. Einordnung von modernen Rechtsakten	163
5. Auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts	164
6. Unmittelbare Rechtswirkung nach außen	164
a. Allgemeines	164
b. Innerdienstliche Weisungen.....	166
c. Mehrstufige Verwaltungsakte.....	167
d. Maßnahmen der Staatsaufsicht am Beispiel der Kommunalaufsicht.....	170
aa. Rechtsaufsicht – Fachaufsicht.....	170
bb. Aufsichtsmittel der Staatsaufsicht am Beispiel der Kommunen	171
cc. Ermessen im Bereich der Staatsaufsicht.....	172
dd. Besonderheiten bei der Fachaufsicht	173
ee. Rechtsschutz bei Aufsichtsmaßnahmen der Kommunalaufsicht.....	173
a.) Rechtswirkungen gegenüber der Gemeinde.....	173
aa.) Maßnahmen der Rechtsaufsicht	173
bb.) Maßnahmen der Fachaufsicht	173
b.) Rechtswirkungen gegenüber den Bürgern	174
aa.) Maßnahmen der Rechtsaufsicht	174
bb.) Maßnahmen der Fachaufsicht	175
e. Organisationsakte	175
f. Maßnahmen im (abzulehnenden) Sonderrechtsverhältnis	176
aa. Frühere Annahme eines Sonderrechtsverhältnisses	176
a.) Betriebsverhältnis	176
b.) Grundverhältnis	176
bb. Heutige Lösung.....	177
cc. Bewertung	177
dd. Fallgruppen.....	178
ee. Das Schulwesen	182
IV. Bekanntgabe des Verwaltungsakts.....	183
1. Bedeutung der Bekanntgabe	183
2. Voraussetzungen der Bekanntgabe	183
3. Fiktion der Bekanntgabe.....	186
4. Öffentliche Bekanntgabe	187
5. Folgen einer fehlerhaften Bekanntgabe	187
6. Förmliche Zustellung.....	190
7. Adressaten einer Zustellung.....	192
8. Sonderfall Allgemeinverfügungen	193
9. Sonderfall Verkehrszeichen.....	193
10. Sonderfall Sofortvollzug im allgemeinen Gefahrenabwehrrecht	194

V. Die Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsakts und deren Rechtsfolgen	197
1. Einführung	197
2. Prüfung eines Verwaltungsakts	198
a. Rechtsgrundlage für den Erlass eines Verwaltungsakts	199
aa. Einzelne Rechtsgrundlagen	201
bb. Einfluss des Europäischen Gemeinschaftsrechts	203
b. Formelle Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsakts	204
aa. Zuständigkeit der Behörde	204
bb. Einhaltung von Verfahrensvorschriften	206
a.) Verhältnis von VwVfG, AO, SGB und sonstigem Verfahrensrecht.....	206
b.) Begriff und Arten des Verwaltungsverfahrens	206
c.) Einzelne Verfahrenshandlungen /-bestimmungen	207
aa.) Vorherige Anhörung des Betroffenen, § 28 VwVfG	207
bb.) Besorgnis der Befangenheit, § 21 VwVfG	213
cc.) Verstoß gegen den Untersuchungsgrundsatz nach § 24 VwVfG .	214
dd.) Unbeachtlichkeit von Verfahrensfehlern, § 46 VwVfG.....	215
ee.) Recht auf Aktensicht, § 29 VwVfG	218
cc. Einhaltung von Formvorschriften.....	219
a.) Form i.e.S.....	219
b.) Begründungserfordernis	220
c.) Heilung der fehlenden Begründung nach § 45 I Nr. 2 VwVfG	221
d.) Unbeachtlichkeit von Formfehlern nach § 46 VwVfG	221
dd. Keine Rechtmäßigkeitsvoraussetzung: Rechtsbehelfsbelehrung.....	222
ee. Abschlussfall zur formellen Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsakts.....	222
c. Die materielle Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsakts	222
aa. Rechtmäßigkeit der Rechtsgrundlage.....	223
bb. Verwaltungsaktbefugnis.....	223
cc. Vereinbarkeit des Verwaltungsakts mit der Rechtsgrundlage	224
a.) Unbestimmte Rechtsbegriffe.....	224
b.) Beurteilungsspielräume	225
c.) Planerische Abwägungsentscheidungen	225
d.) Einhaltung von Ermessensspielräumen; kein Verstoß gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.....	225
aa.) Ermessen	225
bb.) Grundsatz der Verhältnismäßigkeit	226
cc.) Bedeutung der Verhältnismäßigkeit für gebundene Verwaltungsakte	226
e.) Hinreichende Bestimmtheit.....	227
3. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit.....	228

4. Rechtsfolge der Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsakts	228
VI. Die Anfechtbarkeit von Verwaltungsakten	229
1. Anwendbares Recht	229
2. Der Widerspruch	229
3. Die Anfechtungsklage	230
VII. Die Nichtigkeit von Verwaltungsakten	232
1. Einführung	232
2. Nichtigkeitsgründe	232
a. Absolute Nichtigkeitsgründe des § 44 II VwVfG	232
b. Ausschlussstatbestände des § 44 III VwVfG	234
c. Generalklausel des § 44 I VwVfG	234
3. Nichtigkeitsfeststellungsklage	236
VIII. Rücknahme und Widerruf von Verwaltungsakten	237
1. Allgemeines	237
a. Grund für die Aufhebung von Verwaltungsakten	237
b. Vorrang von Spezialregelungen	237
c. Widerruf eines rechtswidrigen Verwaltungsakts?	239
d. Verwaltungsakte mit Doppelwirkung	239
e. Aufhebung, um eine noch größere Belastung herbeizuführen	240
f. Aufhebung bei unwirksamer Rechtsgrundlage?	241
g. Ermessensentscheidung der Behörde	241
2. Die Rücknahme nach § 48 VwVfG	241
a. Belastende rechtswidrige Verwaltungsakte, § 48 I S. 1 VwVfG	242
b. Begünstigende rechtswidrige Verwaltungsakte, § 48 I S. 1, S. 2, II-IV VwVfG	243
aa. Leistungsbescheide, § 48 II VwVfG	243
a.) Vorliegen eines leistungsgewährenden Bescheids	243
b.) Vertrauensschutz	244
aa.) Vertrauenstatbestand (tatsächliches Element)	244
bb.) Schutzwürdigkeit (wertendes Element)	244
(a.) Ausschluss der Schutzwürdigkeit gem. § 48 II S. 3 VwVfG	245
(b.) Regelfälle der Schutzwürdigkeit gem. § 48 II S. 2 VwVfG	246
(c.) Allgemeine Abwägungsregel des § 48 II S. 1 VwVfG	247
c.) Ermessensentscheidung der Behörde	247
bb. Sonstige begünstigende Verwaltungsakte, § 48 III VwVfG	247
cc. Anwendung des § 49 II VwVfG auf § 48 II, III VwVfG	249
dd. Rücknahmefrist des § 48 IV VwVfG	249
a.) Anwendungsbereich des § 48 IV VwVfG und Fristbeginn	250
b.) Behördenbegriff	251

ee. Rücknahme gegenüber dem richtigen Adressaten	252
ff. Richtige Ausübung des Aufhebungsermessens, § 48 I S. 1, S. 2 VwVfG	252
gg. Rechtsfolge: Rücknahme des Verwaltungsakts durch die Behörde und Rückgewähr der erhaltenen Leistung durch den Betroffenen.....	253
hh. Insbesondere: Rücknahme einer erschlichenen Einbürgerung.....	253
ii. Zusammenfassendes Prüfungsschema zu § 48 I S. 1, S. 2, II-IV VwVfG...	254
c. Rückabwicklung gemeinschaftsrechtswidriger Subventionen	254
3. Der Widerruf nach § 49 VwVfG	254
a. Rechtmäßige belastende Verwaltungsakte, § 49 I VwVfG.....	255
b. Rechtmäßige begünstigende Verwaltungsakte, § 49 II VwVfG	255
aa. Durch Rechtsvorschrift zugelassen oder im Verwaltungsakt vorbehalten, § 49 II S. 1 Nr. 1 VwVfG	255
bb. Nichterfüllung einer Auflage, § 49 II Nr. 2 VwVfG	256
cc. Neue Tatsachen und Änderung der Rechtslage, § 49 II Nr. 3 u. 4 VwVfG...	256
dd. Schwere Nachteile für das Gemeinwohl, § 49 II Nr. 5 VwVfG	256
ee. Befristung	256
c. Einmalige oder laufende Geldleistungen oder teilbare Sachleistungen, § 49 III VwVfG, sowie Erstattung und Verzinsung, § 49a VwVfG	257
aa. Einführung	257
bb. Widerrufsgründe	257
cc. Widerrufsfrist	258
dd. Der Regelungsgehalt des § 49a VwVfG.....	258
a.) Erstattung zu Unrecht erbrachter Leistungen	258
b.) Umfang der Erstattung	259
c.) Verzinsung bei Erstattung.....	260
d.) Verzinsung bei Zweckverzögerung	260
4. Rechtsschutzgesichtspunkte	260
a. Anfechtung trotz Bestandskraft	260
b. Rechtsschutz im Zweipersonenverhältnis.....	261
c. Rechtsschutz im Dreipersonenverhältnis.....	262
aa. Aufhebung im Rechtsbehelfsverfahren (§ 50 VwVfG)	262
bb. Aufhebung nach Eintritt der Bestandskraft	263
IX. Wiederaufgreifen des Verfahrens, § 51 VwVfG.....	265
1. Problemstellung.....	265
2. Abgrenzung zur Aufhebung nach §§ 48, 49 VwVfG.....	266
3. Abgrenzung zur wiederholenden Verfügung und zum Zweitbescheid.....	268
4. Das Wiederaufgreifen nach § 51 VwVfG	271
a. Zulässigkeit des Antrags auf Wiederaufgreifen des Verfahrens	272

b. Begründetheit des Antrags auf Wiederaufgreifen des Verfahrens	272
aa. Wiederaufgreifensgründe nach § 51 VwVfG.....	272
bb. Rechtsfolge bei Vorliegen eines Wiederaufgreifensgrundes.....	274
cc. Wiederaufgreifensgründe außerhalb von § 51 VwVfG ?	275
5. Rückgriff auf §§ 48, 49 VwVfG.....	276
X. Nebenbestimmungen zum Verwaltungsakt, § 36 VwVfG	278
1. Problemstellung.....	278
2. Keine Nebenbestimmung im Rechtssinne („unechte“ Nebenbestimmung).....	278
3. Echte Nebenbestimmung.....	281
a. Befristung	281
b. Bedingung	282
c. Widerrufsvorbehalt	282
d. Auflage	283
e. Auflagenvorbehalt	283
4. Zulässigkeit von Nebenbestimmungen.....	284
a. Verwaltungsakte, auf deren Erlass ein Anspruch besteht	284
b. Verwaltungsakte, auf deren Erlass kein Anspruch besteht	284
c. Keine Zweckwidrigkeit der Nebenbestimmung	284
5. Rechtsschutz gegen Nebenbestimmungen	285
a. Unechte Nebenbestimmungen	286
b. Echte Nebenbestimmungen (i.S.d. § 36 II VwVfG).....	286
6. Abschlussfall zu den Nebenbestimmungen.....	289
B. Die Rechtsverordnung.....	290
I. Die Rechtsverordnung als eine von der Exekutive erlassene Norm	290
II. Die Voraussetzungen der Rechtsverordnung	290
1. Art. 80 I GG als Ausgangsbasis für den Erlass von Rechtsverordnungen.....	290
2. Ermächtigungsgrundlage.....	290
3. Formelle Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen	292
a. Zuständigkeit (richtiger Adressat der Verordnungsermächtigung)	292
b. Verfahren	293
c. Form	293
d. Verkündung	293
e. Verfahren bei Aufhebung einer Rechtsverordnung	294
4. Materielle Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen	294
5. Ermessen.....	294
III. Die Rechtswidrigkeit der Rechtsverordnung und ihre Folgen.....	294
IV. Rechtsschutz gegen rechtswidrige Rechtsverordnungen	295
1. Bundesebene	295

2. Landesebene.....	296
3. Prüfungsschema.....	297
C. Die Satzung	300
D. Verwaltungsvorschriften.....	302
I. Wesen und Bedeutung der Verwaltungsvorschriften	302
II. Erscheinungsformen der Verwaltungsvorschriften	302
III. Intra- und intersubjektive Verwaltungsvorschriften	303
IV. Rechtswirkung gegenüber Bürgern	305
V. Sonderproblem normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften	306
E. Der Realakt.....	311
I. Begriff und Bedeutung des Realakts	311
II. Öffentliche Warnungen.....	312
1. Begriff der behördlichen Warnung.....	312
2. Rechtliche Zulässigkeit von behördlichen Warnungen	312
3. Rechtsschutz in Bezug auf behördliche Äußerungen	316
4. Übungsfälle zu den behördlichen Warnungen.....	317
III. Öffentlich-rechtliche Immissionen	318
IV. Public Private Partnership (informales Verwaltungshandeln)	319
F. Die „Abmahnung“ im Verwaltungsrecht	321
G. Der öffentlich-rechtliche Vertrag (Verwaltungsvertrag).....	324
I. Vorliegen eines verwaltungsrechtlichen Vertrags.....	325
1. Arten des verwaltungsrechtlichen Vertrags	326
2. Abgrenzung von verwaltungsrechtlichen und privatrechtlichen Verträgen.....	327
3. Abgrenzung von verwaltungsrechtlichem Vertrag und Verwaltungsakt	329
4. Verwaltungsrechtlicher Vertrag zwischen Privaten	330
5. Verwaltungsvertrag und Grundsatz der Gesetzmäßigkeit.....	330
II. Rechtliche Voraussetzungen des verwaltungsrechtlichen Vertrags	331
1. Formelle Rechtmäßigkeit.....	331
a. Zuständigkeit der vertragschließenden Behörde.....	331
b. Einhaltung von Verfahrensvorschriften, insbesondere des § 58 VwVfG	331
c. Einhaltung von Formvorschriften, insbesondere Schriftform (§ 57 VwVfG) ...	333
2. Materielle Rechtmäßigkeit	334
a. Keine Nichtigkeit des verwaltungsrechtlichen Vertrags.....	334
aa. Wirksamer Vertragsschluss	334
bb. Kein Vertragsformverbot.....	334
cc. Zulässigkeit des Vertragsinhalts	335

a.) Nichtigkeit des Vertrags	335
b.) Die speziellen Nichtigkeitsgründe des § 59 II VwVfG	336
aa.) § 59 II Nr. 1 VwVfG.....	337
bb.) § 59 II Nr. 2 VwVfG.....	337
cc.) § 59 II Nr. 3 VwVfG	338
dd.) § 59 II Nr. 4 VwVfG.....	338
c.) Die allgemeine Nichtigkeitsvorschrift des § 59 I VwVfG.....	340
b. Folgen eines nichtigen Vertrags	341
III. Rechtsfolge: Gewährung und Durchsetzung vertraglicher Ansprüche	342
IV. Hinweise für Prüfungsarbeiten	345
V. Übungsfall	346
H. Plan und Planung	348
I. Rechtsnatur und Bedeutung eines Plans.....	348
II. Abwägung/Abwägungsfehler eines Plans.....	348
1. Planerisches Abwägungsgebot	348
2. (Un-)Beachtlichkeit nach § 214 BauGB	350
3. Ergänzendes Verfahren nach § 214 IV BauGB.....	351
4. Kein Verstoß gegen sonstiges höherrangiges Recht	352
I. Privatrechtliches Handeln der Verwaltung	353
I. Verwaltungsprivatrecht	353
1. Subventionen	353
2. Öffentliche Sachen und öffentliche Einrichtungen	356
a. Öffentliche Sachen	356
b. Öffentliche Einrichtungen	358
3. Weitere Bereiche des Verwaltungsprivatrechts	362
4. Zur Grundrechtsbindung im Bereich des Verwaltungsprivatrechts	363
II. Rein fiskalisches Handeln.....	363
11. Kapitel - Die Verwaltungsvollstreckung	369
12. Kapitel - Staatshaftungsrecht	374
I. Amtshaftung, § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG.....	375
1. Anwendbarkeit des § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG / Konkurrenzen.....	376
2. Tatbestandsvoraussetzungen.....	377
a. Jemand in Ausübung eines ihm anvertrauten öffentlichen Amtes.....	377
b. Verletzung der (einem Dritten gegenüber obliegenden) Amtspflicht	382
aa. Begriff der Amtspflicht	382
bb. Verletzung der Amtspflicht.....	386

c. Drittbezug der Amtspflicht	388
d. Verschulden.....	391
3. Schaden, haftungsausfüllende Kausalität und Beweislast.....	392
4. Haftungsausschluss	394
a. Gesetzliche Anordnungen des Haftungsausschlusses.....	394
b. Sondergesetzliche Beschränkungen der Amtshaftung.....	398
c. Grenzen der Haftungsbeschränkung	398
5. Verjährung.....	398
6. Haftungskörperschaft (Anspruchsgegner)	399
7. Rechtsweg und Prüfungsumfang der Zivilgerichte.....	401
8. Haftung für legislatives und normatives Unrecht?	402
9. Haftung für judikatives Unrecht?	402
10. Haftung gerichtlicher Sachverständiger, § 839a BGB.....	402
II. Enteignungsentschädigung	403
1. Allgemeines/Einstieg in die Fallbearbeitung.....	403
2. Die Anspruchsprüfung im Einzelnen	403
3. Durch Art. 14 I GG geschützte Rechtsposition	405
a. Schutzgegenstand: Eigentum	406
b. Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb.....	407
c. Anliegerrecht	407
d. Öffentlich-rechtliche Vermögenspositionen.....	409
4. Enteignung	409
a. Abgrenzung Enteignung / Inhalts- und Schrankenbestimmung	409
aa. Materielle Kriterien der Abgrenzung.....	409
bb. Formale Unterscheidung des BVerfG.....	410
cc. Administrativ- und Legislativenteignung.....	411
b. Zusammenfassung	412
5. Rechtmäßigkeit der Enteignung	416
a. Formellgesetzliche Grundlage für die Enteignungsentschädigung.....	416
aa. Formelle Rechtmäßigkeit des Gesetzes, insb. Junktimklausel	416
bb. Materielle Rechtmäßigkeit des Gesetzes	419
a.) Parlamentsvorbehalt / Bestimmtheitsgrundsatz.....	419
b.) Die Verhältnismäßigkeit.....	419
aa.) Der legitime Zweck (Gemeinwohlerfordernis, Art. 14 III S. 1 GG) .	419
bb.) Die Geeignetheit (zwecktaugliches Mittel)	421
cc.) Die Erforderlichkeit (Gebot des Interventionsminimums)	421
dd.) Die Angemessenheit (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne) ...	422
ee.) Institutsgarantie	422

ff.) Enteignungsverfahren	422
gg.) Rückübertragung	423
b. Rechtmäßigkeit des Einzelakts (Administrativenteignung)	423
6. Rechtsfolge: Entschädigung	423
7. Rechtsweg	424
III. Ausgleichspflicht bei einer Inhalts- und Schrankenbestimmung	425
1. Allgemeine Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen	425
2. Rechtsfolge: Gegebenenfalls Ausgleichspflicht	426
3. Rechtsweg	428
IV. Enteignungsgleicher Eingriff	430
1. Anwendbarkeit des Haftungsinstituts	431
2. Anspruchsgrundlage	432
3. Voraussetzungen	433
a. Rechtswidriger hoheitlicher Eingriff in eine von Art. 14 GG geschützte Rechtsposition	433
aa. Eingriff	433
bb. Hoheitlich	435
cc. Rechtswidrigkeit des Eingriffs	435
b. Unmittelbarkeit des Eingriffs	437
c. Vorrang des Primärrechtsschutzes	438
4. Rechtsfolge: Entschädigung	439
5. Mitverschulden, insbesondere wegen Verletzung einer Obliegenheit	439
6. Verjährung	439
7. Anspruchsgegner	439
8. Rechtsweg	440
V. Enteignender Eingriff	441
1. Anwendungsbereich	441
2. Anspruchsgrundlage	442
3. Voraussetzungen	442
a. Eingriff in eine durch Art. 14 I GG geschützte vermögenswerte Rechtsposition	442
b. Durch eine unbeabsichtigte atypische und unvorhergesehene Nebenfolge eines an sich rechtmäßigen hoheitlichen Handelns	443
c. Unmittelbarkeit der Beeinträchtigung	444
d. Sonderopfer durch die Beeinträchtigung	444
4. Vorrang des Primärrechtsschutzes	444
5. Rechtsfolge: Entschädigung	444
6. Verjährung	444
7. Anspruchsgegner	444

8. Rechtsweg	444
VI. Aufopferungsanspruch i.e.S.	445
1. Anwendungsbereich.....	445
2. Anspruchsgrundlage	447
3. Voraussetzungen	447
a. Beeinträchtigung eines nichtvermögenswerten Rechtsguts	447
b. Durch hoheitlichen Eingriff	448
c. Unmittelbarkeit des Eingriffs.....	449
d. Sonderopfer.....	449
4. Primärrechtsschutz	450
5. Rechtsfolge: Entschädigung.....	450
6. Verjährung.....	451
7. Anspruchsgegner	451
8. Rechtsweg	451
VII. Folgenbeseitigungsanspruch	452
1. Allgemeines.....	452
2. Typische Klausurkonstellationen.....	452
3. Besonderheiten zu den Sachentscheidungsvoraussetzungen einer Klage	453
4. Begründetheit des Folgenbeseitigungsanspruchs.....	455
a. Rechtsgrundlage/Anspruchsgrundlage.....	455
b. Voraussetzungen des Folgenbeseitigungsanspruchs.....	456
aa. Hoheitliches Handeln	456
bb. Eingriffsobjekt: Subjektives Recht	457
cc. Schaffung eines rechtswidrigen, noch andauernden Zustands durch das hoheitliche Handeln (keine Duldungspflicht des Betroffenen).....	457
dd. Unmittelbarkeit (Zurechenbarkeit) der Folgen	459
ee. Wiederherstellung ist tatsächlich möglich, rechtlich zulässig und zumutbar	460
ff. Kein Ausschluss wegen Mitverschuldens	461
gg. Verjährung.....	461
hh. Folgenentschädigungsanspruch	461
ii. Sonderfall Drittbeteiligungen	463
VIII. Öffentlich-rechtlicher Unterlassungsanspruch	465
IX. Öffentlich-rechtlicher Erstattungsanspruch	468
1. Ansprüche der öffentlichen Hand gegen ein Privatrechtssubjekt	468
a. Rechtsgrundlage/Anspruchsgrundlage.....	468
b. Unmittelbare Vermögensverschiebung.....	469
c. Ohne Rechtsgrund	470
d. Rechtsfolge: Rückgewährung der geleisteten Vermögenswerte.....	470

e. Wegfall der Bereicherung?.....	470
2. Anspruch eines Privatrechtssubjekts gegen die öffentliche Hand.....	471
a. Problemstellung	471
b. Umfang der Erstattung	472
3. Anspruch unter Verwaltungsträgern	473
4. Konkurrenzen	473
X. Ansprüche aus verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnissen	474
1. Öffentlich-rechtliche Verwahrung	474
2. Öffentlich-rechtliche Geschäftsführung ohne Auftrag (GoA).....	474
3. Öffentlich-rechtliche Benutzungs- und Leistungsverhältnisse	475
XI. Die Integration der gemeinschaftsrechtlichen Anforderungen in das deutsche Staatshaftungsrecht.....	476
1. Das Francovich-Urteil des EuGH.....	476
2. Das Brasserie-Urteil des EuGH	478
3. Die Pauschalreisenrichtlinie	479
4. Zusammenfassung der Haftungsvoraussetzungen	480
5. Haftung auch für judikatives Unrecht?.....	481
6. Rechtsfolge	482
7. Die Integration dieser Grundsätze in das deutsche Staatshaftungsrecht	482

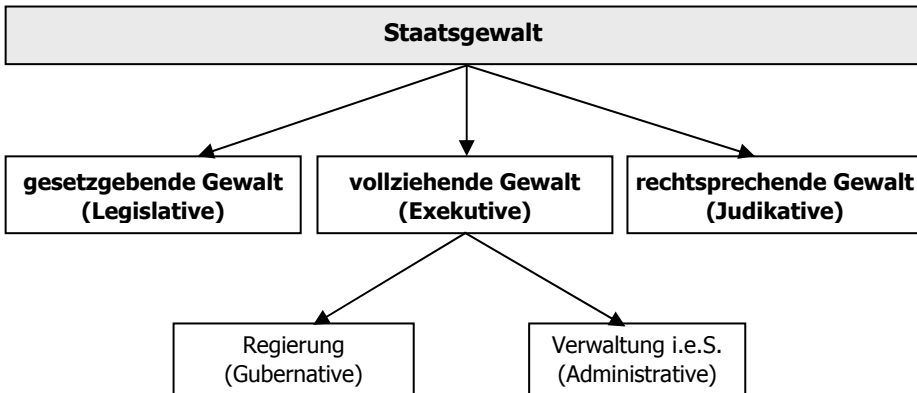
1. Kapitel

Die Ausführung der Gesetze durch die Verwaltung

A. Verfassungsrechtliche Vorgaben/Begriff der Verwaltung

Die **Funktion der Verwaltung** im Staatsgefüge lässt sich nur dann verstehen, wenn man das **Prinzip der Gewaltenteilung**, wie es Art. 20 II S. 2 u. III GG vorsieht, verdeutlicht. Nach diesem Prinzip wird die Staatsgewalt durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt.

1



Die Vorstellung von der Teilung staatlicher Gewalt lässt sich bis in die Antike zurückverfolgen. Die Gewaltenteilung wurde insbesondere von John Locke (1632-1704) und Charles de Montesquieu (1689-1755) und dem Liberalismus als Maßnahme gegen den Missbrauch staatlicher Gewalt im Absolutismus gefordert. Der Zweck der Gewaltenteilung liegt darin, Staatsgewalt zu **begrenzen** und zu **kontrollieren** und somit einem Machtmissbrauch entgegenzutreten. Man spricht von einer **gegenseitigen Hemmung** und **Kontrolle** der Machtausübung der verschiedenen Staatsgewalten (nach John Locke: *checks and balances*).

2

In der Bundesrepublik Deutschland ist der jeweilige exakte Funktionsbereich der einzelnen Staatsgewalten zwar nicht positiv bestimmt, es existieren aber etliche Vorschriften im Grundgesetz, die einige Zuständigkeiten der drei Staatsgewalten näher beschreiben.¹

3

- So beschreiben die Art. 30, 70 ff. GG einige Zuständigkeiten der **gesetzgebenden Gewalt**.

4

In einem freiheitlich-demokratischen System, das der Gewaltenteilung folgt, fällt der Legislative die Aufgabe der Normsetzung zu. In *formeller Hinsicht* bedeutet Normsetzung die Schaffung einer staatlichen Anordnung, die von den für die Gesetzgebung zuständigen Organen im von der Verfassung hierfür vorgesehenen Verfahren und in der hierfür vorgesehenen Form erlassen wird. In *materieller Hinsicht* bedeutet Normsetzung die Schaffung von in erster Linie abstrakt-generellen Rechtssätzen, d.h. von Rechtssätzen, die für eine Vielzahl von Lebenssachverhalten geschaffen wurden und

¹ Die nachfolgend dargestellten Inhalte sollten zwar aus dem staatsorganisationsrechtlichen Studium bekannt sein, werden aufgrund der grundlegenden Bedeutung für das Verständnis des Verwaltungsrechts jedoch nochmals zusammengefasst. Sie basieren auf R. Schmidt, Staatsorganisationsrecht, Rn 65 ff. (Bundesstaat) und Rn 160 ff. (Rechtsstaat und Gewaltenteilung).

gegenüber jedermann verbindlich sind. Aber auch Gesetze, die den Einzelfall regeln, sind möglich. Vgl. dazu Art. 19 I S. 1 GG, der sie nur für einen bestimmten Bereich grundrechtsbeschränkender Gesetze ausschließt. Es lässt sich also sagen, dass es sich bei den allgemein-verbindlichen Rechtsnormen, die von einem Parlament erlassen werden, um **formell-materielle Gesetze** handelt.

Nicht um Gesetzgebung im Sinne einer parlamentarischen Gesetzgebung handelt es sich bei den Rechtsnormen, die von der Exekutive erlassen werden (Rechtsverordnungen und i.d.R. auch Satzungen). Man spricht insoweit von **nur-materiellen Gesetzen**. Eine andere Frage ist es, ob und inwieweit die Exekutive dazu ermächtigt ist, derartige Gesetze zu erlassen, vgl. dazu sogleich.

- 5 ■ Aufgaben der **vollziehenden Gewalt**, d.h. der Regierung (der Gubernative) und der Verwaltung i.e.S. (der Administrative), sind in den Art. 62 ff. und 83 ff. GG niedergelegt.

Die Art. 62 ff. GG sagen nichts über den genauen Funktionsbereich der **Regierung**. Zu den Aufgaben einer Regierung gehört jedenfalls die Leitung des Staatsganzen. Darüber hinaus hat sie ein Initiativrecht bei Gesetzesvorlagen (vgl. Art. 76 GG) und ein Zustimmungsrecht bei bestimmten Staatsausgaben (vgl. Art. 113 I GG). Auch der Erlass von Rechtsverordnungen, also von nur-materiellen Gesetzen, gehört genauso zu ihrem Aufgabenbereich (vgl. Art. 80 GG) wie die Weisung eines Bundesministers an einen Landesminister im Bereich der Bundesauftragsverwaltung nach Art. 85 III GG (dazu Rn 8). Zu beachten ist jedoch, dass nicht jede Regierungstätigkeit verwaltungsrechtlicher Natur ist, für die im Streitfall die Verwaltungsgerichte zuständig sind. Vielmehr handelt es sich bei der Regierung gerade um ein Verfassungsorgan. Für verfassungsrechtliche Streitigkeiten ist (auf Bundesebene) das BVerfG zuständig. Es ist also in jedem Einzelfall danach zu fragen, ob die Regierung verfassungsrechtlich oder verwaltungsrechtlich tätig ist.

Beispiel: Weil die Bundesregierung der Meinung ist, die Ziele einer bestimmten Jugendsekte seien jugendgefährdend oder bestimmte Weine seien gesundheitsschädlich, warnt sie die Öffentlichkeit. Der Vorstand der Jugendsekte und die Winzer der betroffenen Weine wollen gerichtlich klären lassen, ob die Warnungen rechtmäßig waren.²

Handelt es sich bei den Warnungen um Verwaltungstätigkeit, sind die Verwaltungsgerichte zuständig, bei verfassungsrechtlicher Natur entscheidet das BVerfG.

Das BVerfG steht auf dem Standpunkt, dass in den genannten Fällen die Bundesregierung zwar staatsleitend und damit in ihrer Funktion als Verfassungsorgan tätig geworden sei, jedoch habe es sich bei den Warnungen um Verwaltungstätigkeit gehandelt, über die zunächst die Verwaltungsgerichte hätten entscheiden müssen. Diese Rechtsauffassung ist zutreffend, weil die Bundesregierung sowohl als Verfassungsorgan verfassungsrechtlich tätig sein als auch als Exekutivspitze Aufgaben der Verwaltung wahrnehmen kann. Dass sie die fraglichen Warnungen (in Ermangelung von gesetzlichen Ermächtigungsgrundlagen) auf ihre Befugnis zur Staatsleitung und damit auf ihre verfassungsrechtliche Organstellung gestützt hat und gleichzeitig von einer verwaltungsrechtlichen Tätigkeit ausgegangen ist, ist im Ergebnis unschädlich. Denn das eine schließt das andere nicht aus.³

Typische Aufgabe der **Verwaltung i.e.S.** (der Administrative) ist der **Vollzug der Gesetze** (vgl. Art. 83 ff. GG). Man spricht insoweit von **gesetzesakzessorischer Verwaltung**.

² Vgl. dazu BVerfGE **105**, 252 ff. (Glykolwein) und 279 ff. (Sektenwarnung) sowie ausführlich Rn 893 ff. und R. *Schmidt*, Staatliches Informationshandeln, **2004**, S. 86 ff.

³ Zur Frage, nach welchen Kriterien sich die Einstufung eines Streits als verfassungsrechtlich oder verwaltungsrechtlich richtet, vgl. Rn 23 ff.

Beispiel: Untersagung der Fortführung eines Gewerbes auf Grundlage der Gewerbeordnung (vgl. § 35 I GewO).

Doch beschränkt sich die Verwaltungstätigkeit nicht hierauf. So kann die Verwaltung – wie sich aus Art. 30 GG ergibt – auch außerhalb des Gesetzesvollzugs tätig werden. Man spricht dann von **nicht-gesetzesakzessorischer Verwaltung**.

Beispiel: Zur-Verfügung-Stellung von öffentlichen Einrichtungen (Stadhallen⁴ etc.)

Bei allen Tätigkeiten wird das Verwaltungshandeln jedoch durch die Prinzipien vom *Vorrang* und (für den Bereich der Eingriffsverwaltung) *Vorbehalt* des Gesetzes (dazu Rn 196 ff.) bestimmt.

Fazit: Insgesamt lässt sich sagen, dass sich der Funktionsbereich der Exekutive aufgrund der Vielfältigkeit exekutiver Funktionen nicht positiv bestimmen lässt. Daher ist mit einer Negativdefinition zu arbeiten:

Verwaltung ist die Tätigkeit des Staates oder eines sonstigen Trägers öffentlicher Gewalt außerhalb von formeller Rechtsetzung und Rechtsprechung.

- Die **rechtsprechende Gewalt** erhält ihren Aufgabenbereich durch die Art. 92 ff. GG (i.V.m. dem DRiG). 6

Die rechtsprechende Gewalt ist organisatorisch und funktional strikt von den beiden anderen Gewalten zu unterscheiden: Gem. Art. 92 GG ist die rechtsprechende Gewalt den **Richtern** anvertraut. Sie wird durch das BVerfG, die anderen im Grundgesetz genannten Bundesgerichte (vgl. Art. 95 GG) sowie die Gerichte der Länder ausgeübt. Dabei sind die Richter sachlich und persönlich unabhängig und nur den Gesetzen unterworfen (vgl. Art. 97 GG).⁵ Dem Bereich der Rechtsprechung sind jedenfalls die in Art. 95 GG aufgeführten Sachgebiete der bürgerlichen Streitigkeiten, der Strafsachen und der Verwaltungsstreitigkeiten zuzurechnen. Doch ist der Gesetzgeber nicht gehindert, anderweitige Aufgaben – etwa im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit – den Richtern anzuvertrauen.⁶

B. Kompetenzabgrenzung zwischen Gesetzgebung und Verwaltung

Von dem Prinzip der Gewaltenteilung im dargestellten Sinne (sog. **horizontale Gewaltenteilung**) ist die **organisatorische Gewaltenteilung** zu unterscheiden, wie das etwa bei der Aufgabenteilung zwischen Bundestag und Bundesrat der Fall ist. Auch die **vertikale Gewaltenteilung** betrifft eine andere Gewaltenteilung, nämlich diejenige zwischen den Verbänden Bund und Ländern einerseits und zwischen Bund/Ländern und Gemeinden andererseits. Diese vertikale Gewaltenteilung ist dem Föderalismus, wie er in der Bundesrepublik Deutschland besteht, eigen. Sie verfolgt das Ziel, dass nicht nur die Gesetzgebungskompetenzen, sondern auch die Verwaltungskompetenzen einer Verbandszuständigkeitsregelung unterfallen müssen. Denn der Vollzug eines Gesetzes bringt einen großen Auslegungs- und Handhabungsspielraum mit sich, sodass dem Gesetzesanwender (hier: der Verwaltung) eine erhebliche Machtposition zukommt. Würden also die Bundesgesetze ausschließlich und ohne Ausführungsbeschränkung durch die Landesbehörden ausgeführt, hätte dies eine Ausweitung der Machtposition der Länder zur Folge. Würden umgekehrt die Bundesgesetze in erster Linie durch Bundesbehörden ausgeführt, hätte dies eine Unitarisierung des Bundesstaates zur Folge. Aus Gründen der Machtbalance hat der Verfas-

⁴ Vgl. dazu OVG Bautzen NVwZ **2002**, 615 (Parteitag in Stadthalle) und ausführlich Rn 1022 ff.

⁵ Vgl. BVerfGE **27**, 312, 322; **60**, 253, 296; **67**, 65, 68; **103**, 111, 136 ff.

⁶ BVerfGE **76**, 100, 106; *Degenhart*, Staatsorganisationsrecht, Rn 247 f.

III. Definitionsmerkmale eines Verwaltungsakts/Problembereiche

- 380 Die Definition des Verwaltungsakts ist § 35 S. 1 VwVfG zu entnehmen; die unter Umständen auftretenden Probleme der Auslegung der einzelnen Tatbestandsmerkmale sollen im Folgenden erörtert werden.

Merkmale des Verwaltungsakts und deren Problembereiche	
1. Hoheitliche Maßnahme	⇒ öffentlich-rechtliches und einseitig diktierendes Handeln (grds. nur aktives Tun); Problembereich: Abgrenzung zum privatrechtlichen Handeln der Behörde und zu Verwaltungsverträgen
2. Einer Behörde	⇒ jede Stelle, die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt ⇒ Unmittelbare Staatsverwaltung (staatseigene Behörden) ⇒ Mittelbare Staatsverwaltung: Behörden der Körperschaften, Anstalten, Stiftungen und Beliehene
3. Zur Regelung	⇒ Die Maßnahme muss darauf gerichtet sein, eine Rechtsfolge unmittelbar herbeizuführen; Problembereiche: ⇒ Abgrenzung zum Verwaltungsvertrag, zum Realakt oder zu vorbereitenden Maßnahmen bzw. Verfahrenshandlungen (die allesamt keine Verwaltungsakte darstellen) ⇒ Demgegenüber können Auskunft, Vorbereitungsakt, Vorbescheid, Teilgenehmigung, vorläufiger Verwaltungsakt, Zusage, Zusicherung, Nebenbestimmungen wie Befristung, Bedingung, Widerrufsvorbehalt, Auflage, Auflagenvorbehalt und modifizierende Auflage als jeweils eigenständige Verwaltungsakte zu qualifizieren sein
4. Eines Einzelfalls	⇒ Im Grundsatz ist eine konkret-individuelle Regelung erforderlich; ggf. genügt aber auch nur eine konkrete Regelung (daher auch Allgemeinverfügung i.S.v. § 35 S. 2 VwVfG); Problem: Abgrenzung zu abstrakt-generellen Regelungen (also zu Normen)
5. Auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts	⇒ im Begriff der hoheitlichen Maßnahme (oben 1.) enthalten
6. Unmittelbare Rechtswirkung nach außen	⇒ Nach der Rspr. des BVerwG muss die Maßnahme nach dem Willen der Behörde nach außen gerichtet sein, d.h. den verwaltungsinternen Bereich verlassen und in die persönlichen Rechte des Bürgers eingreifen. Problembereiche: innerdienstliche Weisungen, mehrstufige Verwaltungsakte, Maßnahmen der Kommunalaufsicht, Organisationsakte und Sonderrechtsverhältnisse/Sonderstatusverhältnisse

1. Hoheitliche Maßnahme

- 381 Eine **Maßnahme** ist jedes zweckgerichtete Verwaltungshandeln mit Erklärungsgehalt. Sie kann ausdrücklich, konkludent oder durch automatische Einrichtungen ergehen, vgl. §§ 37 IV, 39 II Nr. 3 VwVfG. Eine Unterlassung ist nur kraft ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift als „Maßnahme“ i.S.d. § 35 VwVfG zu qualifizieren.

- 382 **Hoheitlich** ist eine Maßnahme, wenn sie unmittelbar zur Erfüllung der Aufgaben auf dem Gebiet des **öffentlichen Rechts** erfolgt. Da vorliegend nicht das Verfassungsrecht, sondern nur das Verwaltungsrecht zu behandeln ist, kann zur Definition des Begriffs „öffentliches Recht“ uneingeschränkt auf das bei Rn 23 ff. Gesagte verwiesen werden. Im Mittelpunkt steht stets die Abgrenzung zum Privatrecht.

2. Einer Behörde

Eine Behörde i.S.d. Verwaltungsverfahrenrechts ist jede staatliche Stelle, die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt (vgl. § 1 IV VwVfG). Da der Behördenbegriff bereits ausführlich bei Rn 23 ff. dargestellt wurde, wird insoweit auf die dortigen Ausführungen verwiesen. An dieser Stelle ist lediglich anzumerken, dass unter „Behörde“ nicht der Verwaltungsträger selbst (also z.B. nicht die Körperschaft) zu verstehen ist, sondern das Organ des Verwaltungsträgers (z.B. der Vorstand oder der Leiter). Als Kurzformel gilt: Die Körperschaft ist keine Behörde, sondern sie hat Behörden. Lediglich bei den Beliehenen ist i.d.R. der Beliehene selbst die Behörde.

383

3. Zur Regelung

Drittes in § 35 S. 1 VwVfG genanntes Merkmal ist die „Regelung“. Es meint, dass das behördliche Handeln – um als Verwaltungsakt qualifiziert zu werden – darauf gerichtet sein muss, eine **einseitig verbindliche Rechtsfolge** zu setzen, d.h. unmittelbar Rechte oder Pflichten des Betroffenen zu begründen, zu ändern, aufzuheben, festzustellen oder zu verneinen.⁴⁰⁸

384

Beispiele:

- (1) Genehmigungen etwa zum Bau eines Hauses, zum Betrieb einer Gaststätte oder einer Spielbank enthalten die Begründung zuvor nicht bestehender Rechte (= rechtsgestaltende begünstigende Verwaltungsakte, die das Recht begründen, die genehmigten Vorhaben durchzuführen).
- (2) Ein polizeilicher Platzverweis enthält die Pflicht, sich vom gegenwärtigen Aufenthaltsort zu entfernen (= rechtsgestaltender befehlender Verwaltungsakt, der die genannte Entfernungspflicht begründet).
- (3) Die Anerkennung als Kriegsdienstverweigerer nach §§ 5 ff. KDVG enthält die Feststellung, dass eine Wehrpflicht bei der Bundeswehr nicht besteht (= feststellender Verwaltungsakt).
- (4) Der Bescheid an einen Schwerbehinderten, dass der Grad der Behinderung von 70% auf 80% angehoben werde, enthält eine Änderung in Bezug auf den bereits festgestellten Status *Schwerbehinderter* (= feststellender Verwaltungsakt).
- (5) Die Beamtenernennung begründet den Status des Beamten (= rechtsgestaltender Verwaltungsakt).
- (6) Die Mitteilung, dass ein Grundstück bebaubar bzw. nicht bebaubar sei, enthält die Feststellung über die Bebaubarkeit des Grundstücks (= feststellender Verwaltungsakt, da er nichts über die Zulässigkeit des konkreten Bauvorhabens aussagt). Dagegen stellt die Baugenehmigung einen rechtsgestaltenden Verwaltungsakt dar.
- (7) Die Erklärung der Gemeinde, sie mache von ihrem gemeindlichen Vorkaufsrecht gem. § 24 BauGB Gebrauch, ist ein Verwaltungsakt, auch wenn die Rechtsfolge in dem Zustandekommen eines privatrechtlichen Kaufvertrags zwischen der Gemeinde und dem Verkäufer des Grundstücks besteht (vgl. § 28 II S. 2 BauGB i.V.m. §§ 463, 464 II, 465-468, 471 BGB). Es handelt sich um einen sog. privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakt.

Hinweis für die Fallbearbeitung: In einer Prüfungsarbeit ist es i.d.R. nicht erforderlich, terminologisch zwischen Begründung, Änderung, Aufhebung, Feststellung und Versagung eines Rechts oder Status zu unterscheiden, zumal auch Mischformen vorliegen können. Vielmehr sollte es genügen, wenn die Abgrenzung zu solchen Maßnahmen der Verwaltung, die keinen Regelungscharakter aufweisen und

⁴⁰⁸ BVerwGE 55, 280, 285; 77, 268, 271. Zur Klassifizierung des Verwaltungsakts vgl. bereits Rn 351 ff.

damit keine Verwaltungsakte darstellen, erfolgt. Auf diese Abgrenzung bezieht sich die nachfolgende Darstellung.

- 385 „**Einseitig**“ bedeutet einseitig anordnend im Über- bzw. Unterordnungsverhältnis. Damit scheiden als Verwaltungsakte solche Maßnahmen aus, die begrifflich voraussetzen, dass sich Behörde und Bürger einigen. Das betrifft namentlich den **Verwaltungsvertrag**, d.h. den öffentlich-rechtlichen Vertrag, der eine *zweiseitige* Regelung auf dem Gebiet des Verwaltungsrechts darstellt, vgl. §§ 54 ff. VwVfG und die Ausführungen bei Rn 861 ff. Allerdings kann es im Einzelfall schwierig sein, Verwaltungsakt und Verwaltungsvertrag voneinander abzugrenzen. Beide stellen verwaltungsrechtliche Regelungen eines Einzelfalls mit Außenwirkung dar. Auch muss eine etwaige Bezeichnung „vereinbaren“ im Sachverhalt nicht notwendigerweise auf einen Verwaltungsvertrag hindeuten, denn auch bei mit Auflagen verbundenen Verwaltungsakten werden Details nicht selten vorab mit dem Betroffenen abgeklärt, vgl. auch § 28 VwVfG. Darüber hinaus gibt es auch „mitwirkungsbedürftige“ und „zustimmungsbedürftige“ Verwaltungsakte (z.B. die Beamtenernennung nach §§ 10 ff. BBG bzw. nach §§ 8 ff. BeamStG, vgl. dazu Rn 365 ff.). Es ist also durch genaue Sachverhaltsauslegung zu ermitteln, ob eine einseitige Regelung (dann Verwaltungsakt) oder eine zweiseitige Regelung (dann Verwaltungsvertrag) vorliegt. Zum Verwaltungsvertrag vgl. eingehend Rn 924 ff.
- 386 **Keinen Regelungscharakter** besitzen **Realakte**, den Verwaltungsakt **vorbereitende** oder **unterstützende** Maßnahmen, **Teilakte** und Maßnahmen, die zwar rechtserheblich sind, aber **keine Rechtsfolge** anordnen, wie etwa der schlichte Hinweis auf eine bestehende Gesetzeslage. Diese sog. **schlicht-hoheitlichen Maßnahmen** müssen regelmäßig mit Hilfe des Kriteriums „zur Regelung“ vom Verwaltungsakt abgegrenzt werden.

Hinweis für die Fallbearbeitung: Die Abgrenzung zwischen Verwaltungsakt und Realakt ist für die Bestimmung der statthaften Klageart und des damit verbundenen Rechtsschutzes unerlässlich: Nur bei Vorliegen einer Regelung und somit eines Verwaltungsakts ist entweder die **Anfechtungsklage** oder die **Verpflichtungsklage** statthaft, je nachdem, ob der Verwaltungsakt abgewehrt oder ein solcher begehrt wird. Liegt demgegenüber (lediglich) ein schlicht-hoheitliches Handeln vor, ist die **allgemeine Leistungsklage** statthaft. Das ist je nachdem, ob ein schlichtes Verwaltungshandeln abgewehrt oder ein solches begehrt wird, die Leistungsabwehrklage (bzw. Unterlassungsklage) oder die Leistungsvornahmeklage. Unter Umständen ist auch die allgemeine **Feststellungsklage** statthaft. Diese Erkenntnis ist insbesondere dann wichtig, wenn die strengen Voraussetzungen der Anfechtungs- und Verpflichtungsklage (Vorverfahren gem. § 68 VwGO, Frist gem. §§ 70, 74 VwGO) nicht vorliegen. Ein Rechtsschutz ist in diesem Fall nur noch möglich, wenn in der fraglichen Maßnahme ein schlicht-hoheitliches Handeln gesehen wird (von dem Sonderfall des § 126 II BBG bzw. des § 54 II BeamStG einmal abgesehen⁴⁰⁹). Da die **Abgrenzung zwischen Verwaltungsakt und Realakt** ausführlich bei *R. Schmidt*, VerwProzR, Rn 355 ff. und 768 ff. vorgenommen wird, wird insoweit auch auf die dortigen Ausführungen verwiesen. Gleiches gilt hinsichtlich der **Titelfunktion** eines Verwaltungsakts. Diese ist bei *R. Schmidt*, VerwProzR, Rn 855 ff. dargestellt. Vorliegend sollen lediglich die Grundzüge der Abgrenzung zwischen Verwaltungsakt und Realakt, die Bedeutung der Regelungsfunktion und die Abgrenzung zu vorbereitenden Maßnahmen und zu Verfahrenshandlungen behandelt werden.

⁴⁰⁹ Vgl. dazu eingehend *R. Schmidt*, VerwProzR, Rn 231, 232.

a. Abgrenzung zu Realakten

Ein **Realakt** liegt vor, wenn nicht die Herbeiführung eines rechtlichen, sondern eines **tatsächlichen Erfolgs** bezweckt wird.⁴¹⁰

Beispiele:

- (1) Bei einem Unfall während einer **Dienstfahrt**, einer **Geruchsbelästigung** durch eine Kläranlage, einer **Lärmbelästigung** durch Benutzer/Besucher einer gemeindlichen Einrichtung (Dorfbolzplatz, Grillplatz etc.), einer **Ladung zu einer staatlichen Prüfung** oder bei einer **behördlichen Warnung** vor gesundheitsschädlichen Lebensmitteln oder jugendgefährdenden Sekten wird lediglich die Herbeiführung tatsächlicher Erfolge bezweckt.
- (2) Bei der **Erteilung einer Auskunft bzw. Information** (etwa nach §§ 25 S. 2, 29 I, 71c VwVfG, § 19 BDSG, § 3 I UIG⁴¹¹, § 1 IFG⁴¹² oder § 1 VIG⁴¹³), der **Gewährung von Akteneinsicht** oder der **Herausgabe oder Vernichtung bestimmter Unterlagen** (etwa von Stasi-Unterlagen⁴¹⁴) wird unter Berufung auf BVerwGE 31, 301, 307, insbesondere hinsichtlich der **Akteneinsicht** vielfach die Auffassung vertreten, dass zwar die Auskunft selbst lediglich schlichtes hoheitliches Handeln darstelle, jedoch die nach außen kundgetane Entscheidung der Behörde darüber, **ob** sie den gewünschten Realakt vornehme, ein Verwaltungsakt sei⁴¹⁵, sodass der Anspruch auf Vornahme eines solchen Realakts mit der Verpflichtungsklage geltend gemacht werden müsse. Dem ist insbesondere für den Fall der **Auskunftserteilung** zuzustimmen. Denn in der Regel wird die Behörde vor der Entscheidung zu prüfen haben, ob die gewünschte Auskunft mit den gesetzlichen Aufgaben der Behörde vereinbar und zur Wahrung der Interessen des Auskunftsbeghernden erforderlich ist. Die **Entscheidung über die Erteilung/Nichterteilung der Auskunft** ist dann das nach außen sichtbare, auf Herbeiführung einer Rechtsfolge gerichtete, Ergebnis dieses behördeninternen Entscheidungsvorgangs und daher ein **Verwaltungsakt**. Statthafte Klageart ist mithin die **Verpflichtungsklage**, sofern der Kläger die Erteilung einer Auskunft begehrt.⁴¹⁶ Die Verpflichtungsklage als einschlägig erachtet hat auch das BVerwG⁴¹⁷ bei der Auskunftserteilung gemäß § 15 BVerfSchG durch den Verfassungsschutz, da dort der Schwerpunkt der Handlung in der Rechtsentscheidung über den Anspruch auf Auskunftserteilung liege.⁴¹⁸ Für die Auskunftserteilung nach § 19 BDSG dürfte im Prinzip dasselbe gelten wie für das Verfahren nach § 15 BVerfSchG, obwohl das OVG Bremen⁴¹⁹ hinsichtlich des vergleichbaren § 19 BremDSG undifferenzierend von einer Verpflichtungsklage ausgeht. Bzgl. des **Informationsanspruchs** aus § 1 IFG ist die Regelung des § 9 IFG zu beachten, aus dessen Abs. 4 sich ergibt, dass es sich bei der Ablehnungsentscheidung um einen Verwaltungsakt handelt. Der eine bestimmte Information, Auskunft oder Einsicht in Unterlagen begehrende Bürger muss also (nach erfolgreicher Durchführung des Widerspruchsverfahrens)

⁴¹⁰ Zur Handlungsform „Realakt“ vgl. eingehend Rn 824 ff.

⁴¹¹ Vgl. dazu EuGH DVBl **1999**, 1494, 1496; BVerwG NVwZ **2000**, 436; **2000**, 913; OVG Münster NVwZ **2009**, 794 f.; *Bohl*, NVwZ **2005**, 133 ff.; *Pitschas/Lessner*, DVBl **2000**, 332 ff.; *Brenner/Huber*, DVBl **2001**, 1013, 1023 sowie unten Rn 573d.

⁴¹² Vgl. dazu Rn 232 und 573c.

⁴¹³ Vgl. dazu *Schomerus/Tolkmitz*, DÖV **2007**, 993 ff. sowie unten Rn 573e.

⁴¹⁴ Vgl. dazu BVerwG NJW **2002**, 1815.

⁴¹⁵ Vgl. VG Frankfurt/M NJW **2001**, 3500; OVG Münster DVBl **1999**, 1053, 1054; VGH Mannheim NJW **1997**, 3110, 3111; VGH München BayVBl **1984**, 272; VGH Kassel NJW **1993**, 3011; VGH München BayVBl **1984**, 758; *zust. Zilkens*, JuS **2001**, 368, 369; *Kahl*, Jura **2001**, 505, 509; kritisch *Schenke*, JZ **1996**, 1103 f.

⁴¹⁶ *Zilkens*, JuS **2001**, 368, 369. Demgegenüber wäre die Anfechtungsklage (bzw. ein Eilantrag nach § 80 V VwGO) statthaft, wenn ein Dritter die Erteilung einer Auskunft verhindern möchte.

⁴¹⁷ BVerwG NJW **1990**, 2761. Zum Auskunftsanspruch aus § 15 BVerfSchG vgl. auch BVerwG NVwZ **2008**, 580 ff und *Scheffczyk/Wolff*, NVwZ **2008**, 1316 ff.

⁴¹⁸ Davon geht auch das BVerfG aus, vgl. BVerfG NVwZ **2001**, 185.

⁴¹⁹ OVG Bremen NJW **1987**, 2393.

Verpflichtungsklage erheben für den Fall, dass die Behörde dem Begehren nicht nachkommt.⁴²⁰

388

Hinweis für die Fallbearbeitung: Mitunter ist die Qualifizierung, ob es sich bei der Entscheidung über die Auskunftserteilung um einen Verwaltungsakt oder lediglich um einen Realakt handelt, von ergebnisrelevanter Bedeutung, etwa wenn ein Vorverfahren nicht durchgeführt oder die Widerspruchs-, bzw. Klagefrist nicht eingehalten wurden. Eine Verpflichtungsklage wäre – im Gegensatz zur allgemeinen Leistungsklage – nicht zulässig. In einer Prüfungsarbeit ist in Fällen, in denen es um die Erteilung einer Auskunft geht, zu empfehlen, zunächst von dem Grundsatz auszugehen, dass es sich bei der Auskunft selbst um einen Realakt handelt, dessen Begehrung an sich mit der allgemeinen Leistungsklage zu verfolgen ist. Ist die Auskunft aber das Ergebnis eines nach außen kundgetanen Entscheidungsprozesses, handelt es sich bei der Entscheidung über die Auskunftserteilung um eine der Auskunftserteilung vorgelagerte, den Einzelfall regelnde Verwaltungsentscheidung mit Außenwirkung, mithin um einen Verwaltungsakt. Argumentativ kann diese Vorgehensweise mit dem Gedanken aus § 9 VwVfG untermauert werden.

Zur **Begründetheit** der Klage: Ob ein Anspruch auf Auskunftserteilung besteht, ist eine Frage des materiellen Rechts: Zunächst ist nach einer Anspruchsgrundlage zu suchen. Diese kann sich beispielsweise aus § 29 VwVfG ergeben. Dort ist zwar nur von Akteneinsicht die Rede, wenn aber ein Beteiligter Einsicht in die Behördenakten verlangen kann, muss ihm grundsätzlich auch – als eine geringere Leistung – ein Anspruch auf Auskunft aus den Akten aufgrund dieser Norm zustehen („argumentum a maiore ad minus“ – Erst-recht-Schluss). Allerdings ist zu beachten, dass § 29 VwVfG im Zusammenhang mit den §§ 9 ff. VwVfG gesehen werden muss. Ein Anspruch auf Auskunftserteilung kann also nur während des *laufenden* Verwaltungsverfahrens bestehen. Sollte dieses bereits abgeschlossen sein, ist nach einer anderen Anspruchsgrundlage (etwa aus dem jeweiligen Datenschutzgesetz) zu suchen.⁴²¹

- (3) Schwierig ist auch die rechtliche Qualifikation der **Räumung einer Wohnung** nach einer zeitlich abgelaufenen Obdachloseneinweisung (**Exmittierung**). Wenn man auf das tatsächliche Element der Ausweisung abstellt, fehlt die *unmittelbare Rechtsregelung*, wodurch man zur Annahme eines Realakts kommt, der mit der allgemeinen Leistungsvornahmeklage erzwungen werden müsste. Soweit man der Ausweisung jedoch eine Regelungswirkung zumisst, kommt man nicht umhin, sie als Verwaltungsakt einzustufen. Hier käme dann ausschließlich eine Verpflichtungsklage in Betracht. Teilweise wird die Ausweisung als Realakt angesehen.⁴²² Nach der hier vertretenen Auffassung ist der Ausweisung die Qualität eines **Verwaltungsakts** beizumessen: In ihrer Finalität ist sie nicht auf die Herbeiführung eines schlichten tatsächlichen Erfolgs gerichtet, sondern gerade darauf, eine einseitig verbindliche Rechtsfolge zu setzen, nämlich die Anordnung, die Räumlichkeiten zu verlassen.⁴²³ Statthafte Klageart ist die Verpflichtungsklage.⁴²⁴ Vgl. dazu ausführlich *R. Schmidt*, Fälle zum POR, Fall 11.

389

Liegt in der Vornahme einer Handlung auch eine **konkludente Duldungsanordnung**, ist insgesamt von einem **Verwaltungsakt** auszugehen. Ausgangspunkt der

⁴²⁰ Vgl. auch den Fall VG Frankfurt NVwZ 2008, 1384 ff. (Verpflichtungsklage gegenüber der BaFin).

⁴²¹ Vgl. dazu *Bohl*, NVwZ 2005, 133 ff.; *Zilkens*, JuS 2001, 368 ff.

⁴²² So *Schmitt Glaeser/Horn*, VerwProzR, Rn 381.

⁴²³ Vgl. auch *Kopp/Schenke*, VwGO, § 42 Rn 10; *Erichsen/Biermann*, Jura 1998, 371, 380.

⁴²⁴ Sollte dem Eigentümer ein Abwarten auf die Entscheidung in der Hauptsache nicht zugemutet werden können, wird seinem Interesse regelmäßig nur der Erlass einer vorläufigen Regelung gerecht, die über einen Antrag gemäß § 123 I S. 2 VwGO zu verfolgen wäre.

Überlegung ist, dass manche Tatmaßnahmen Verwaltungsakte darstellen, weil sie zugleich die konkludente Anordnung enthalten, die Maßnahme als rechtmäßig zu dulden. Das betrifft namentlich das Polizei- und Ordnungsrecht.

Beispiele:

- (1) Nach zutreffender Auffassung⁴²⁵ ist die **polizeiliche Ingewahrsamnahme** zum einen ein **Realakt**, weil sie ein tatsächliches Moment aufweist. Zum anderen ist sie ein **Verwaltungsakt**, da sie nicht nur das tatsächliche Element in sich schließt, sondern auch zugleich den Betroffenen verpflichtet, den tatsächlichen Vorgang zu dulden (konkludente Duldungsverfügung). Maßgeblich für den Rechtsschutz ist also die dem Betroffenen gegenüber getroffene Regelung. Statthaft sind daher die **Anfechtungsklage** bzw. der Antrag gem. § 80 V VwGO. Hat sich die Ingewahrsamnahme bereits erledigt, ist die **Fortsetzungsfeststellungsklage** (§ 113 I 4 VwGO analog) statthaft.
- (2) Die Anwendung von **Zwangsmitteln** im **gestreckten Verwaltungsvollstreckungsverfahren** ist nach wohl h.M. ein **Realakt**, weil sie lediglich ein tatsächliches Moment aufweise.⁴²⁶ Nach regelmäßig erfolgtem Vollzug („Erledigung“) wäre insofern ein in einer **allgemeinen Leistungsklage** eingebetteter Folgenbeseitigungsanspruch zu prüfen. Geht man dagegen davon aus, dass mit der Anwendung des Zwangsmittels zugleich die konkludente Verfügung, das Zwangsmittel zu dulden, einhergeht⁴²⁷, sind die **Anfechtungsklage** bzw. die **Fortsetzungsfeststellungsklage** statthaft. Vgl. dazu *R. Schmidt*, BesVerwR II, Rn 624 ff.
- (3) Schwierig ist schließlich die Beurteilung der Rechtsnatur von Zwangsmitteln im **Sofortvollzug**. Während sie bisher überwiegend als **Verwaltungsakte** angesehen wurden, stellen sie nach einer im Vordringen befindlichen Auffassung (wie die Zwangsmittel im gestreckten Verfahren) **Realakte** dar. Eine Entscheidung kann aber letztlich aufgrund der Regelung des § 18 II BundesVwVG (der als allgemeiner Rechtsgedanke auch auf Landesebene zu beachten ist) dahinstehen. Diese Vorschrift bestimmt nämlich, dass gegen Zwangsmittel, die ohne vorausgehenden Verwaltungsakt, also im Sofortvollzug, angewendet werden, *die* Rechtsmittel zulässig sind, die gegen Verwaltungsakte allgemein gegeben sind.⁴²⁸ Zwangsmittel im Sofortvollzug müssen daher grundsätzlich mit **Anfechtungswiderspruch** oder **Anfechtungsklage** angegriffen werden. Ist jedoch bereits eine Erledigung i.S.d. § 113 I S. 4 VwGO eingetreten, ist die **Anfechtungsfortsetzungsfeststellungsklage** analog § 113 I S. 4 VwGO i.V.m. dem Annexantrag gemäß § 113 I S. 2 VwGO einschlägig. Vgl. dazu im Einzelnen *R. Schmidt*, BesVerwR II, 952 ff.

b. Abgrenzung zu vorbereitenden Maßnahmen und Teilakten

Um das Tatbestandsmerkmal „zur Regelung“ im Sinne von „verbindlicher Regelung“ bejahen zu können, muss eine **endgültige** Maßnahme vorliegen. Problematisch kann daher im Einzelfall die Abgrenzung nicht nur zu einem verwaltungsrechtlichen Vertrag

390

⁴²⁵ Wie hier OVG Bremen Nord ÖR **2003**, 457, 458; *Schenke*, POR, Rn 115; *Kopp/Schenke*, VwGO, Anh § 42 Rn 35. Anders *Schwabe*, NJW **1983**, 369 ff.; *Finger*, JuS **2005**, 116, 117 f.: ausschließlich Realakte.

⁴²⁶ *Kopp/Schenke*, VwGO, Anh § 42 Rn 33; *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 35 Rn 67; *Schenke*, POR, Rn 294; *Erichsen/Rauschenberg*, Jura **1998**, 31, 40; *Schoch*, JuS **1995**, 307, 311; unklar, aber wohl ebenfalls von einem Realakt ausgehend *Knemeyer*, POR, Rn 364.

⁴²⁷ So BVerwGE **26**, 161, 164; *Hufen*, VerwProzR, § 14 Rn 23.

⁴²⁸ Anders *Pietzner*, VerwArch **84**, 261, 284 f., dem zufolge § 18 II BundesVwVG nicht angewendet werden darf, da die Norm durch die erst später in Kraft getretene VwGO „außer Kraft gesetzt“ worden sei. Zur Begründung wird im Wesentlichen angeführt, dass die VwGO abschließend die Sachentscheidungsvoraussetzungen regelt. Die Anwendung des § 18 II BundesVwVG würde aber die Anfechtungsklage auf Akte ausdehnen, die keine Verwaltungsakte seien. Daher mache sie ein Vorverfahren erforderlich, wo nach der VwGO keines erforderlich sei. Dies sei mit dem abschließenden Charakter der VwGO nicht zu vereinbaren. Diese Argumentation geht fehl. Denn sie übersieht, dass sich der angegriffene Akt regelmäßig vor Einlegung des Rechtsbehelfs erledigt hat und die h.M. für diesen Fall der Anfechtungsfortsetzungssituation ohnehin kein Vorverfahren fordert. Es ist also kein Vorverfahren erforderlich, wo die VwGO keines erfordert.

oder zu einem Realakt (schlicht-hoheitliches Handeln) werden (s.o.), sondern auch zu einer **vorbereitenden Maßnahme**. Das Gleiche gilt hinsichtlich **Teilakten**, also Akten, die noch keine abschließende Regelung treffen.

- 391 Vorbereitungsakte** dienen nur der Vorbereitung eines später zu erlassenden Verwaltungsakts oder stellen erst zusammen mit anderen Maßnahmen eine Regelung dar. Sie haben somit keinen eigenen Regelungsgehalt, sind daher nur schlicht-hoheitliches Handeln. Sie gehören der Gruppe der unselbstständigen Vorbereitungs- und Teilakte an, die keine eigenen Handlungspflichten begründen, sondern i.d.R. lediglich die allgemeine Mitwirkungspflicht zum Zwecke der vorbereitenden Sachverhaltsaufklärung statuieren.⁴²⁹ Im Verwaltungsprozess werden unselbstständige Vorbereitungsakte als **Verfahrenshandlungen** bezeichnet (vgl. § 44a VwGO). In jedem Fall müssen sie von einem Verwaltungsakt abgegrenzt werden. In Rechtsprechung und Literatur werden allgemein folgende Beispiele von Vorbereitungs- bzw. Teilakten und Verfahrenshandlungen genannt:

Beispiele:

- (1) Bewertung einzelner Klausuren, die den späteren Verwaltungsakt der Nichtversetzung in die nächsthöhere Klasse oder des Nichtbestehens des Examens nur vorbereiten⁴³⁰ Generell sollen einzelne Prüfungsnoten, die dem Prüfling im Laufe des Prüfungsverfahrens mitgeteilt werden, regelmäßig keine selbstständige rechtliche Bedeutung haben, sondern lediglich als Grundlage der behördlichen Entscheidung über das Bestehen oder Nichtbestehen der Prüfung sowie über die erzielte Gesamtnote dienen⁴³¹
- (2) Anordnung bzw. Aufforderung der Beibringung eines ärztlichen Attests für den Fall, dass sich der Prüfungskandidat für prüfungsunfähig erklärt⁴³²
- (3) Ladung zum Klausurtermin oder zur mündlichen Prüfung im Rahmen der juristischen Staatsprüfung
- (4) Ladung zur mündlichen Doktorprüfung⁴³³
- (5) Ankündigung, einen Verwaltungsakt zu erlassen; allerdings ist die mündliche Bekanntgabe des Gesamtergebnisses nach der mündlichen Examensprüfung ein Verwaltungsakt (die Übersendung des Prüfungszeugnisses ist lediglich die Bestätigung dieses Verwaltungsakts)⁴³⁴
- (6) Anordnung oder Aufforderung der Beibringung eines medizinisch-psychologischen Gutachtens (MPU) nach §§ 3, 11 II, VIII, 46 I, III FeV⁴³⁵ (dessen Ergebnis für die Entscheidung über die Entziehung der Fahrerlaubnis nach § 3 I StVG i.V.m. einem der Tatbestände der §§ 3, 11 II, VIII FeV herangezogen werden soll)
- (7) Anhörung des Bürgers im Vorfeld einer Straf- oder Bußgeldsache etc.
- (8) Einzelnoten in Zwischen- bzw. Jahrgangszeugnissen. Dagegen ist strittig, ob Einzelnoten in Abschlusszeugnissen lediglich unselbstständige vorbereitende Maßnahmen bzw. Teilakte darstellen oder ob sie als eigenständige Verwaltungsakte zu qualifizieren oder zumindest selbstständig anfechtbar sind. In der Literatur wird

⁴²⁹ Vgl. OVG Bautzen NVwZ **2006**, 715 f.; BVerwG NJW **2002**, 78, 79 (zu § 15b II StVZO, der 1998 durch die entsprechenden Vorschriften der FeV abgelöst wurde); OVG Münster NWVBl **2001**, 478, 480.

⁴³⁰ Vgl. BVerwGE **96**, 126, 128; BVerwG DVBl **1994**, 1356; DÖV **2003**, 727 f.

⁴³¹ BVerwG NVwZ **2003**, 871; VGH München BayVBl **2009**, 603 f.; *Zimmerling/Brehm*, NVwZ **2009**, 358, 365.

⁴³² BVerwG NVwZ-RR **1993**, 252.

⁴³³ Die Qualifizierung einer Ladung zu einer staatlichen Prüfung lediglich als Vorbereitungsakt ist m.E. zweifelhaft, weil immerhin Zeit und Ort verbindlich festgesetzt werden.

⁴³⁴ Vgl. OVG Münster NVwZ **2001**, 212; VGH München BayVBl **2009**, 603 f.; *Zimmerling/Brehm*, NVwZ **2009**, 358, 365.

⁴³⁵ Vgl. BVerwG NJW **2002**, 78, 79 (zu § 15b II StVZO a.F., s.o.); VG Frankfurt/M NJW **2002**, 80, 81; VGH München NJW **2002**, 82; OVG Münster NWVBl. **2001**, 478, 480 f.; *Laub/Brenner-Hartmann*, NZV **2001**, 16 ff. (zur Begutachtungsstelle für Fahreignung gem. § 11 FeV); BVerwGE **34**, 248 ff. und auch BVerwG NVwZ **1983**, 345 f. zu § 15b II Nr. 2 StVZO a.F.