

Verwaltungsprozessrecht

**Übersicht über die verwaltungsrechtlichen Rechtsbehelfe
Sachentscheidungs Voraussetzungen
aller Klage- und Verfahrensarten
Begründetheit aller Klage- und Verfahrensarten
Normenkontrollverfahren
Vorläufiger und vorbeugender Rechtsschutz
Widerspruchsverfahren**

von

Prof. Dr. jur. Rolf Schmidt

Hochschule der Polizei Hamburg

13. Auflage 2010

Inhaltsverzeichnis

1. Kapitel – Übersicht über die Verwaltungsgerichtsbarkeit und die Rechtsbehelfe	1
A. Überblick über die Verwaltungsgerichtsbarkeit	1
B. Arten der Rechtsbehelfe	2
I. Formlose Rechtsbehelfe	2
1. Dogmatische Einordnung der formlosen Rechtsbehelfe	2
2. Die einzelnen formlosen Rechtsbehelfe	2
a. Petition (Eingabe)	2
b. Gegenvorstellung (Remonstration i.w.S.)	2
c. Fachaufsichtsbeschwerde (Aufsichtsbeschwerde i.w.S.).....	2
d. Dienstaufsichtsbeschwerde (Aufsichtsbeschwerde i.e.S.).....	3
3. Wirkung der formlosen Rechtsbehelfe	3
II. Förmliche Rechtsbehelfe	3
1. Klageform - Leistungsklagen	4
a. Verpflichtungsklage, § 42 I Var. 2 VwGO	4
b. Allgemeine Leistungsklage, §§ 40 I 1, 43 II 1, 111, 113 IV, 170 VwGO	4
2. Klageform - Gestaltungsklagen	5
a. Anfechtungsklage, § 42 I Var. 1 VwGO	5
b. Abänderungs- und Vollstreckungsabwehrklage, § 173 VwGO i.V.m. § 323 ZPO; § 167 I VwGO i.V.m. § 767 ZPO	5
3. Klageform - Feststellungsklagen	6
a. Allgemeine Feststellungsklage, § 43 I VwGO	6
b. Zwischenfeststellungsklage, § 173 VwGO i.V.m. § 256 II ZPO	6
c. Fortsetzungsfeststellungsklage, § 113 I S. 4 VwGO	6
4. Das Normenkontrollverfahren	7
5. Das Widerspruchsverfahren	7
6. Vorläufiger Rechtsschutz	7
2. Kapitel – Die Sachentscheidungsvoraussetzungen eines verwaltungsgerichtlichen Verfahrens	8
A. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs, § 40 I VwGO	10
I. Aufdrängende Spezialzuweisung	10
II. Öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art, § 40 I S. 1 VwGO (Generalklausel)	12
1. Öffentlich-rechtliche Streitigkeit	12
a. Bestimmung des Streitgegenstands	13

b. Zuordnung des Klagebegehrens zu einer den Streit entscheidenden Norm	13
c. Qualifikation der streitentscheidenden Normen als öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich	14
aa. Modifizierte Subjektstheorie	14
bb. Interessentheorie.....	15
cc. Subordinationstheorie	15
dd. Bedeutung der Theorien für die Fallbearbeitung	16
d. Fallgruppen.....	17
aa. Privatrechtliche Betätigung der öffentlichen Hand	17
bb. Hausverbot.....	22
cc. Öffentlich-rechtliche Immissionen	23
dd. Ehrverletzende und rufschädigende amtliche Äußerungen	23
ee. Öffentliche Warnungen	24
ff. Subventionsvergabe	25
gg. Öffentliche Einrichtungen und öffentliche Sachen	26
hh. Politische Parteien.....	31
ii. Wettbewerbsverhältnisse	32
jj. Öffentlich-rechtlicher Vertrag	33
kk. Kirchenrechtliche und rundfunkrechtliche Streitigkeiten	34
ll. Beliehene	36
mm. Streitigkeiten zwischen Privaten, von denen keiner ein Beliehener ist ...	36
nn. Eigentumsrechtliche Ansprüche auf Entschädigung	36
2. Streitigkeiten „nichtverfassungsrechtlicher Art“	38
III. Abdrängende Sonderzuweisung	40
1. Durch Bundesgesetz einem anderen Gerichtszweig zugewiesen	40
2. Durch Landesgesetz einem anderen Gerichtszweig zugewiesen	41
IV. Verwaltungsrechtsweg und Europäisches Gemeinschaftsrecht	42

B. Zuständigkeit des Gerichts..... 43

C. Die Sachentscheidungsvoraussetzungen der einzelnen

Verfahrensarten..... 44

I. Sachentscheidungsvoraussetzungen der Anfechtungsklage.....	45
1. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs, § 40 I S. 1 VwGO.....	46
2. Zuständigkeit des Gerichts, §§ 45, 52 VwGO	46
3. Statthaftigkeit der Anfechtungsklage	46
a. Vorliegen eines Verwaltungsakts als zentrales Kriterium.....	46
b. Sonderprobleme zum Prüfungspunkt „statthafte Klageart“	48
aa. Anfechtungsklage gegen Rücknahme/Widerruf eines Verwaltungsakts.	48
bb. Isolierte Anfechtung des Versagungsbescheids.....	49

cc. Isolierte Anfechtung des Widerspruchsbescheids	50
dd. Isolierte Anfechtung von Nebenbestimmungen	52
4. Die Klagebefugnis, § 42 II VwGO	53
a. Die Adressatentheorie	53
b. Die Möglichkeitstheorie.....	53
c. Geschütztes Recht.....	54
d. Die Schutznormtheorie	54
e. Klagebefugnis und Grundrechte	57
f. Drittanfechtung in der Fallbearbeitung.....	59
g. Sonderfälle des Drittschutzes	59
aa. Öffentliches Baurecht.....	60
bb. Immissionsschutzrecht.....	62
cc. Öffentlich-rechtliche Konkurrentenklage.....	65
dd. Insihprozess	70
ee. Verbandsklage/Vereinsklage.....	70
a.) Materieell-rechtliche Verbands- bzw. Vereinsklage.....	70
b.) Verfahrensrechtliche Verbands- bzw. Vereinsklogen.....	72
ff. Sog. erkaufte Klagebefugnis („Sperrgrundstücke“).....	72
h. Klagebefugnis von juristischen Personen.....	73
aa. Klagebefugnis von juristischen Personen des Privatrechts	73
bb. Klagebefugnis von juristischen Personen des öffentlichen Rechts	75
i. Klagebefugnis und Europäisches Gemeinschaftsrecht.....	76
j. Ausnahmen von dem Erfordernis der Geltendmachung einer Rechtsverletzung ...	76
k. Zusammenfassung zur Klagebefugnis bei der Anfechtungsklage.....	77
5. Erfolglose Durchführung des Widerspruchsverfahrens, §§ 68 ff. VwGO	78
a. Das Widerspruchsverfahren als Voraussetzung der Anfechtungsklage	78
b. Einordnung des Rechtsschutzbegehrens	79
c. Entbehrlichkeit der Durchführung eines Widerspruchsverfahrens.....	81
aa. Gesetzliche Ausnahmebestimmungen.....	81
a.) Gesetzlicher Ausschluss, § 68 I S. 2 Var. 1 VwGO	81
b.) Die Erlassbehörde des Ausgangsverwaltungsakts ist eine oberste Bundes- oder Landesbehörde, § 68 I S. 2 Var. 2 Nr. 1 VwGO	83
c.) Erstmalige Beschwerde durch den Abhilfebescheid oder Widerspruchsbescheid, § 68 I S. 2 Var. 2 Nr. 2 VwGO.....	84
bb. Ungeregelte Ausnahmen von der Durchführung.....	86
d. Form- und Fristerfordernisse des Widerspruchs, § 70 VwGO.....	88
aa. Form und notwendiger Inhalt	88
bb. Frist der Einlegung des Widerspruchs.....	89

a.) Bekanntgabe eines Verwaltungsakts.....	89
b.) Fristberechnung	93
cc. Fehlende oder unrichtige Rechtsbehelfsbelehrung	97
dd. Mangelhafte Bezeichnung des Adressaten.....	100
ee. Einlegung des Widerspruchs bei einer falschen Behörde.....	101
e. Behördliche Sachentscheidung trotz verfristeter Erhebung des Widerspruchs...	101
f. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.....	102
6. Klagefrist, § 74 VwGO.....	104
7. Klagegegner (Beklagter), § 78 VwGO.....	109
a. Allgemeines.....	109
b. Anfechtung des Ausgangsverwaltungsakts in der Gestalt des Widerspruchsbescheids	110
c. Isolierte Anfechtung des Widerspruchsbescheids	111
d. Zusammenfassung über die Bestimmung des Klagegegners und Beispiele.....	111
8. Weitere Sachentscheidungsvoraussetzungen	113
a. Beteiligungsfähigkeit, § 61 VwGO.....	113
b. Prozessfähigkeit, § 62 VwGO	114
c. Ordnungsgemäße Klageerhebung, §§ 81, 82 VwGO.....	116
d. Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis	117
II. Sachentscheidungsvoraussetzungen der Verpflichtungsklage.....	118
1. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs, § 40 I S. 1 VwGO	120
2. Zuständigkeit des Gerichts, §§ 45, 52 VwGO	120
3. Statthaftigkeit der Verpflichtungsklage	120
a. Erlass eines den Kläger begünstigenden Verwaltungsakts	120
b. Klagen Dritter.....	124
aa. Polizeirecht.....	124
bb. Öffentliches Baurecht	124
cc. Öffentlich-rechtliche Konkurrentenklagen	125
c. Isolierte Anfechtung des Versagungsbescheids.....	125
d. Rechtsschutz gegen Nebenbestimmungen	125
e. Rechtsschutz trotz abgelaufener Anfechtungsfrist.....	125
4. Klagebefugnis, § 42 II VwGO	127
a. Möglichkeit der Rechtsverletzung	127
b. Drittklagen	128
aa. Baurechtliche Nachbarklage	128
bb. Wirtschaftsverwaltungsrechtliche Konkurrentenklage	130
5. Vorverfahren, §§ 68 ff. VwGO	132
6. Klagefrist, § 74 VwGO.....	132

7. Übrige Sachentscheidungs Voraussetzungen	133
III. Sachentscheidungs Voraussetzungen der allgemeinen Leistungsklage	134
1. Verwaltungsrechtsweg, § 40 VwGO	136
2. Zuständigkeit des Gerichts, §§ 45, 52 VwGO	137
3. Statthaftigkeit der allgemeinen Leistungsklage	137
a. Leistungsvornahmeklage	137
aa. Abgrenzung von Verwaltungsakt und Realakt	137
bb. Verwaltungsrechtlicher Vertrag	140
b. Leistungsunterlassungsklage/Abwehrklage	140
c. Vorbeugende Unterlassungsklage	141
4. Klage- bzw. Prozessführungsbefugnis	142
5. Vorverfahren, Frist	143
6. Klagegegner	143
7. Übrige Sachentscheidungs Voraussetzungen	144
IV. Sachentscheidungs Voraussetzungen der Feststellungsklagen	146
1. Anfechtungsfortsetzungsfeststellungsklage, § 113 I S. 4 VwGO	146
a. Verwaltungsrechtsweg	148
b. Zuständigkeit des Gerichts	149
c. Statthafte Klageart	149
aa. Erledigung des Verwaltungsakts	149
bb. „Vorherige“ Erledigung	151
d. Klagebefugnis, § 42 II VwGO	151
e. Vorverfahren, §§ 68 ff. VwGO	151
f. Klagefrist, § 74 VwGO	152
g. Klagegegner, § 78 VwGO	152
h. Fortsetzungsfeststellungsinteresse, § 113 I S. 4 VwGO	152
aa. Schutzwürdiges Interesse rechtlicher Art (Wiederholungsgefahr)	152
bb. Schutzwürdiges Interesse ideeller Art (Rehabilitationsinteresse)	153
cc. Schutzwürdiges Interesse wirtschaftlicher Art (Vorbereitung eines Amtshaftungs- oder Entschädigungsprozesses)	155
i. Allgemeine Sachentscheidungs Voraussetzungen	157
2. Verpflichtungsfortsetzungsfeststellungsklage, § 113 V, I S. 4 VwGO analog	158
a. Verwaltungsrechtsweg	159
b. Zuständigkeit des Gerichts	159
c. Statthafte Klageart	159
aa. Erledigung des begehrten Verwaltungsakts	159
bb. Analoge Anwendung des § 113 I S. 4 VwGO	160
a.) Regelungslücke	161

b.) Interessengleichheit.....	161
c.) Planwidrigkeit	161
d. Klagebefugnis, § 42 II VwGO analog	161
e. Vorverfahren, §§ 68 ff. VwGO.....	162
f. Klagefrist, § 74 VwGO.....	162
g. Klagegegner, § 78 VwGO	162
h. Fortsetzungsfeststellungsinteresse, § 113 I S. 4 VwGO analog	162
i. Weitere Sachentscheidungs Voraussetzungen	162
3. Erweiterte Fortsetzungsfeststellungsklage, § 113 I S. 4 VwGO analog.....	163
a. Verwaltungsrechtsweg	164
b. Zuständigkeit des Gerichts.....	164
c. Statthafte Klageart.....	164
aa. Erledigung des Verwaltungsakts vor Klageerhebung.....	164
bb. Analoge Anwendung des § 113 I S. 4 VwGO	165
d. Klagebefugnis, § 42 II VwGO analog	165
e. Vorverfahren, §§ 68 ff. VwGO.....	166
f. Klagefrist, § 74 I i.V.m. § 58 I, II VwGO.....	167
g. Klagegegner	169
h. Fortsetzungsfeststellungsinteresse, § 113 I S. 4 VwGO	169
i. Weitere Sachentscheidungs Voraussetzungen	169
4. Allgemeine Feststellungsklage, § 43 I VwGO.....	170
a. Verwaltungsrechtsweg, § 40 I VwGO	171
b. Zuständigkeit des Gerichts, §§ 45 ff., § 52 VwGO.....	171
c. Statthafte Klageart, § 43 I VwGO	171
aa. Feststellung des Bestehens/Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses.....	171
a.) Rechtsverhältnis	171
aa.) Definition.....	171
bb.) Begründungsmöglichkeiten.....	172
(a.) Durch Normen.....	173
(b.) Durch Verwaltungsakt	174
b.) Zeitmoment	175
c.) Vorbeugende Feststellungsklage	175
d.) Feststellungsklage im Drittrechtsverhältnis.....	175
bb. Nichtigkeitsfeststellungsklage, § 43 I Var. 2 VwGO	176
cc. Subsidiarität.....	176
a.) Grundsatz der Subsidiarität	176
b.) Ausnahmen von der Subsidiaritätsklausel.....	177
aa.) Gesetzliche Ausnahmebestimmung, § 43 II S. 2 VwGO	177

bb.) Einzig in Betracht kommende Klageart	177
cc.) Rechtsschutzintensivere Klageart	178
dd.) Klagegegner öffentlich-rechtliche Körperschaft (str.)	179
d. Klagebefugnis gemäß § 42 II VwGO analog ?	179
e. Feststellungsinteresse.....	180
f. Übrige Sachentscheidungsvoraussetzungen	181
g. Klagegegner	181
h. Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis	182
V. Sachentscheidungsvoraussetzungen des Normenkontrollverfahrens, § 47 VwGO	183
1. Allgemeines.....	183
2. Prüfungsaufbau des verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahrens	184
3. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs, § 47 I i.V.m. § 40 VwGO.....	185
4. Zuständigkeit des OVG	185
5. Vorbehalt zugunsten der Landesverfassungsgerichtsbarkeit	186
6. Statthaftigkeit des Normenkontrollantrags, § 47 VwGO	186
7. Antragsbefugnis, § 47 II S. 1 VwGO	192
a. Die Geltendmachung einer subjektiven Rechtsposition	192
b. Die Befristung des Normenkontrollantrags	199
8. Antragsgegner, § 47 II S. 2 VwGO	200
9. Beteiligungs- und Prozessfähigkeit, § 47 II VwGO	201
10. Ordnungsgemäße Form der Antragstellung, §§ 81, 82 VwGO analog.....	201
11. Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis	201
a. Von natürlichen und juristischen Personen	201
b. Von Behörden.....	202
12. Beiladung	202
VI. Sachentscheidungsvoraussetzungen der Normerlassklage.....	203
1. Allgemeines.....	203
2. Verfassungsrechtliche Bedenken	203
3. Verwaltungs- oder verfassungsrechtliche Streitigkeit?	204
4. Statthafte Klage- bzw. Verfahrensart	204
5. Feststellungsinteresse/Klagebefugnis.....	206
6. Sonstige Sachentscheidungsvoraussetzungen	206
7. Exkurs: Begründetheit der Normerlassklage	207
VII. Sachentscheidungsvoraussetzungen der Organklage.....	208
1. Allgemeines.....	208
2. Sachentscheidungsvoraussetzungen.....	210
a. Verwaltungsrechtsweg.....	210
b. Zuständiges Gericht	211

c. Statthafte Klage- oder Verfahrensart	211
aa. Keine Klage <i>sui generis</i> / allgemeine Gestaltungsklage	211
bb. Anfechtungs- bzw. Verpflichtungsklage	212
cc. Allgemeine Leistungsklage.....	213
dd. Allgemeine Feststellungsklage	213
ee. Normenkontrolle	214
d. Klagebefugnis.....	214
e. Richtiger Klagegegner	216
f. Beteiligungs- und Prozessfähigkeit	217
g. Sonstige Sachentscheidungsvoraussetzungen	217
3. Exkurs: Begründetheit	217
3. Kapitel – Prozessuale Erleichterungen	218
A. Beiladung, 65 VwGO	218
B. Objektive Klagehäufung, § 44 VwGO	220
4. Kapitel - Die Begründetheit eines verwaltungsgerichtlichen	
Verfahrens	222
I. Begründetheit der Anfechtungsklage	222
1. Rechtsgrundlage für den Erlass eines Verwaltungsakts	225
a. Einzelne Rechtsgrundlagen	226
b. Einfluss des Europäischen Gemeinschaftsrechts	228
2. Formelle Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts	229
3. Materielle Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts	229
a. Rechtmäßigkeit der Rechtsgrundlage.....	230
b. Vereinbarkeit des Verwaltungsakts mit der Rechtsgrundlage	231
aa. Unbestimmte Rechtsbegriffe	231
bb. Beurteilungsspielräume	232
cc. Planerische Abwägungsentscheidungen.....	236
c. Rechtsfolge: Ermessen	238
aa. Allgemeines	238
bb. Ermessensmangel (Ermessensnichtgebrauch, Ermessensunterschreitung) .	239
cc. Ermessensüberschreitung	240
dd. Ermessensfehlgebrauch (Ermessensmissbrauch).....	243
ee. Ermessensreduzierung auf Null.....	244
ff. Gerichtliche Überprüfbarkeit von Ermessensentscheidungen	245
gg. Bedeutung der Verhältnismäßigkeit für gebundene Verwaltungsakte.....	245
4. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage.....	246

5. Nachschieben von Gründen im Anfechtungsprozess.....	250
a. Allgemeines	250
b. Grundsätzliche Zulässigkeit	251
c. Grenzen der Zulässigkeit.....	251
6. Rechtsverletzung beim Kläger	253
II. Begründetheit der Verpflichtungsklage.....	254
1. Anspruchsgrundlage	256
a. Genehmigung von Vorhaben	256
aa. Genehmigungspflichtigkeit	256
bb. Genehmigungsfähigkeit.....	256
b. Zusicherung als Anspruchsgrundlage	257
c. Öffentlich-rechtlicher Vertrag als Anspruchsgrundlage.....	257
d. Einzelne Anspruchsgrundlagen	257
e. Gemeinderechtliche Anspruchsgrundlagen	258
f. Grundrechte als Anspruchsgrundlage	258
2. Formelle Voraussetzungen des begünstigenden Verwaltungsakts.....	260
3. Materielle Voraussetzungen des begünstigenden Verwaltungsakts	261
a. Gebundene Entscheidung	261
b. Ermessen	261
4. Maßgeblicher Zeitpunkt	263
III. Begründetheit der allgemeinen Leistungsklage	265
1. Vertragsansprüche	265
2. Folgenbeseitigungsansprüche	268
3. Öffentlich-rechtlicher Unterlassungsanspruch.....	271
4. Öffentlich-rechtlicher Erstattungsanspruch.....	274
IV. Begründetheit der Feststellungsklagen	275
1. Begründetheit der Anfechtungsfeststellungsklage	275
2. Begründetheit der Verpflichtungsfeststellungsklage.....	277
3. Begründetheit der erweiterten Fortsetzungsfeststellungsklage	277
4. Begründetheit der allgemeinen Feststellungsklage.....	278
a. Feststellungsklage nach § 43 I Var. 1 VwGO	278
b. Nichtigkeitsfeststellungsklage nach § 43 I Var. 2 VwGO	278
V. Begründetheit des Normenkontrollantrags	279
1. Rechtsgrundlage.....	279
2. Formelle Rechtmäßigkeit	280
a. Zuständigkeit.....	280
b. Verfahren / Form	280
3. Materielle Rechtmäßigkeit	281

4. Tenor des Gerichts.....	281
5. Ergänzendes Verfahren bei Bebauungsplänen.....	281
5. Kapitel - Sonderfälle zu den Verwaltungsakt - Klagen	282
A. <i>reformatio in peius</i> im Widerspruchsverfahren	282
B. Anfechtungsklage gegen Rücknahme/Widerruf eines VA.....	291
I. Sachentscheidungsvoraussetzungen	291
II. Begründetheit.....	291
6. Kapitel – Vorläufiger Rechtsschutz.....	293
A. Einleitung	293
B. Der Regelungsgehalt des § 80 VwGO	295
I. Die aufschiebende Wirkung, § 80 I VwGO.....	295
1. Allgemeines	295
2. Meinungsstand	295
3. Bewertung.....	296
4. Abhängigkeit der aufschiebenden Wirkung von den Erfolgsaussichten des Rechtsbehelfs	298
5. Zusammenfassung	299
II. Ausnahmen vom Grundsatz der aufschiebenden Wirkung, § 80 II VwGO.....	300
1. Anforderung von öffentlichen Abgaben und Kosten, § 80 II S. 1 Nr. 1 VwGO ..	301
a. Öffentliche Abgaben	301
aa. Steuern (und Zölle)	301
bb. Gebühren und Beiträge	302
b. Öffentliche Kosten	302
2. Unaufschiebbare Anordnungen und Maßnahmen von Polizeivollzugs- beamten, § 80 II S. 1 Nr. 2 VwGO.....	303
3. Andere durch Bundesgesetz oder für Landesrecht durch Landesgesetz vorgeschriebene Fälle, § 80 II S. 1 Nr. 3 VwGO	304
4. Die Anordnung der sofortigen Vollziehung, § 80 II S. 1 Nr. 4 VwGO	307
5. Beginn und Dauer der aufschiebenden Wirkung des § 80 I VwGO	308
a. Beginn der aufschiebenden Wirkung	308
b. Dauer der aufschiebenden Wirkung.....	309
c. Umfang der aufschiebenden Wirkung	310
III. Die behördliche Aussetzung der Vollziehung, § 80 IV VwGO.....	311
IV. Die gerichtliche Anordnung oder Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung, § 80 V VwGO	313
1. Sachentscheidungsvoraussetzungen des Eilantrags nach § 80 V VwGO	313

a. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs und Zuständigkeit des Gerichts	314
b. Statthafte Verfahrensart	315
aa. Sonderproblem „faktische“ Vollziehung.....	315
bb. Sonderproblem (vorbeugende) Feststellung der Rechtswidrigkeit einer angedrohten sofortigen Vollziehung.....	316
c. Besondere Sachentscheidungsvoraussetzungen entsprechend dem Hauptsacheverfahren	317
aa. Antragsbefugnis, § 42 II VwGO analog	317
bb. Antragsgegner, § 78 I VwGO analog	317
d. Allgemeine Sachentscheidungsvoraussetzungen	317
aa. Beteiligten- und Prozessfähigkeit, §§ 61, 62 VwGO, und Frist, § 74 VwGO .	317
bb. Formerfordernisse, §§ 81, 82 VwGO analog.....	317
cc. Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis	318
a.) Widerspruchsverfahren	318
b.) Behördliches Aussetzungsverfahren.....	320
2. Begründetheit des Eilantrags nach § 80 V VwGO	320
a. Prüfungsinhalt	320
b. Prüfungsdichte.....	321
c. Obersatzbildung und Prüfungsaufbau.....	322
d. Anordnung und Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung	323
e. Begründetheit des Eilantrags nach § 80 V S. 1 Var. 1 VwGO in den Fällen des § 80 II S. 1 Nrn. 1-3 und S. 2 VwGO	323
f. Begründetheit des Eilantrags nach § 80 V S. 1 Var. 2 VwGO im Fall des § 80 II S. 1 Nr. 4 VwGO	324
aa. Formelle Rechtmäßigkeit der Anordnung der sofortigen Vollziehung	326
a.) Zuständigkeit	327
b.) Verfahren	327
c.) Form, insbesondere Begründung der Vollziehungsanordnung.....	328
bb. Materielle Rechtmäßigkeit der Anordnung der sofortigen Vollziehung.....	330
cc. Übungsfall	331
g. Begründetheit des Antrags nach § 80 V S. 3 VwGO auf Anordnung der Aufhebung der Vollziehung	333

C. Vorläufiger Rechtsschutz nach § 80a VwGO 335

I. § 80a I VwGO	336
1. Antrag bei der Behörde	336
2. Antrag bei Gericht.....	336
a. Sachentscheidungsvoraussetzungen	336
aa. Statthafte Verfahrensart.....	336

bb. Antragsbefugnis, § 42 II VwGO analog	337
cc. Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis	337
b. Begründetheit	338
II. § 80a II VwGO	339
D. Die einstweilige Anordnung, § 123 VwGO.....	340
I. Allgemeines	340
II. Prüfungsaufbau	342
1. Sachentscheidungsvoraussetzungen	343
a. Verwaltungsrechtsweg und gerichtliche Zuständigkeit	343
b. Statthafte Verfahrensart.....	343
c. Antragsbefugnis, § 42 II (bzw. Feststellungsinteresse, § 43 I Hs. 2) VwGO	345
aa. Anordnungsanspruch.....	345
bb. Anordnungsgrund	346
d. Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis	347
e. Besonderheiten der übrigen Sachentscheidungsvoraussetzungen	348
2. Begründetheit	348
a. Anordnungsanspruch	349
b. Anordnungsgrund	349
c. Glaubhaftmachung.....	349
d. „Ermessensentscheidung“ des Gerichts.....	350
E. Vorläufiger Rechtsschutz im Normenkontrollverfahren,	
§ 47 VI VwGO	352
I. Sachentscheidungsvoraussetzungen	352
1. Verwaltungsrechtsweg	352
2. Zuständigkeit des OVG.....	352
3. Statthafte Verfahrensart	353
4. Antragsbefugnis	353
5. Antragsgegner.....	353
6. Rechtsschutzbedürfnis	353
II. Begründetheit.....	354
III. Anwendungsfall: Kampfhundeverordnung.....	355
F. Einwirkungen des EG-Rechts auf den vorläufigen Rechtsschutz.....	355
7. Kapitel – Vorbeugender Rechtsschutz.....	356
I. Vorbeugende Unterlassungsklage gegen schlicht-hoheitliches Handeln.....	358
II. Vorbeugende Unterlassungsklage gegen Verwaltungsakte	359
III. Vorbeugende Feststellungsklage	360
IV. Vorbeugender Rechtsschutz gegen drohende Rechtsnormen	361

8. Kapitel – Das Widerspruchsverfahren	363
A. Der Widerspruch als förmlicher außergerichtlicher Rechtsbehelf ...	363
B. Anwendbares Recht	364
C. Ablauf des Widerspruchsverfahrens.....	364
I. Devolutiveffekt.....	365
II. Suspensiveffekt.....	366
D. Qualifikation eines Verhaltens als Widerspruch	366
E. Aufbau einer Widerspruchsklausur	367
I. Zulässigkeit.....	368
1. Verwaltungsrechtsweg, § 40 VwGO analog	368
2. Statthaftigkeit des Widerspruchs, § 68 VwGO	368
a. Anfechtungswiderspruch, § 68 I VwGO	369
b. „Verpflichtungswiderspruch“, § 68 II, I VwGO	369
c. Statthaftigkeit in sonstigen gesetzlich angeordneten Fällen.....	370
d. Ausnahmen von der Statthaftigkeit.....	370
aa. Gesetzliche Bestimmungen, § 68 I S. 2 Var. 1 VwGO	370
bb. Entbehrlichkeit nach § 68 I S. 2 Var. 2 VwGO	370
cc. Ungeregelte Fälle der Entbehrlichkeit.....	371
dd. Statthaftigkeit eines Fortsetzungsfeststellungswiderspruchs?	371
3. Widerspruchsbefugnis	373
4. Form- und Fristerfordernisse, §§ 70 ff. VwGO	375
a. Form und notwendiger Inhalt; Fristberechnung	375
b. Fehlende oder unrichtige Rechtsbehelfsbelehrung	375
c. Zustellung eines Verwaltungsakts	375
d. Mangelhafte Bezeichnung des Adressaten	375
e. Erhebung des Widerspruchs bei einer falschen Behörde	375
5. Beteiligungs- und Handlungsfähigkeit, § 79 i.V.m. §§ 11, 12 VwVfG	376
6. Rechtsschutzbedürfnis/Widerspruchsinteresse.....	376
II. Begründetheit.....	376
1. Rechtsgrundlage / Anspruchsgrundlage	378
2. Formelle Rechtmäßigkeit	378
3. Materielle Rechtmäßigkeit.....	379
4. Maßgeblicher Zeitpunkt	379
5. Rechtsverletzung beim Widerspruchsführer	380
6. Prüfungsmaßstab Zweckmäßigkeit	380
7. Unbeachtlichkeitsregelung des § 46 VwVfG.....	381

1. Kapitel – Übersicht über die Verwaltungsgerichtsbarkeit und die Rechtsbehelfe

A. Überblick über die Verwaltungsgerichtsbarkeit

Obwohl Art. 20 III GG die Bindung der Verwaltung an Recht und Gesetz festschreibt, bedarf es einer **gerichtlichen Kontrolle**. Zum einen fordert dies schon das Gewaltenteilungsprinzip, das eine gegenseitige Hemmung und Kontrolle der drei Staatsgewalten vorsieht¹, und zum anderen sind auch Verwaltungsbehörden nicht unfehlbar und wenden, wenn i.d.R. auch in gutem Glauben, gelegentlich das Recht fehlerhaft an. Daher hat es Art. 92 GG Bund und Ländern zur Aufgabe gemacht, eine Gerichtsverfassung (besser: Gerichtsorganisation) zu schaffen, die es den Bürgern ermöglicht, mit Hilfe von Rechtsbehelfen eine gerichtliche Überprüfung von Verwaltungsentscheidungen zu erreichen. Die Möglichkeit der Beschreitung des Rechtswegs ist umso wichtiger, als die Verwaltung i.d.R. die von ihr getroffenen Verfügungen im Rahmen der Selbstvollstreckung zwangsweise durchsetzen darf, also nicht wie Privatpersonen eines gerichtlichen Vollstreckungstitels bedarf. Im Rahmen der allgemeinen Verwaltungsgerichtsbarkeit hat der Bundesgesetzgeber – gestützt auf die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz gem. Art. 74 I Nr. 1 GG für die Regelung des gerichtlichen Verfahrens – die Verwaltungsgerichtsordnung (**VwGO**) erlassen. Ergänzende Regelungen finden sich in den landesrechtlichen Ausführungsgesetzen zur VwGO (AG-VwGO). § 2 VwGO enthält eine einfachgesetzliche Ausformung der gem. Art. 92 GG erforderlichen Gerichtsorganisation für die allgemeine² Verwaltungsgerichtsbarkeit. Diese ist durch einen **dreistufigen Instanzenzug** gekennzeichnet (§ 2 VwGO). Unterste Instanz sind die Verwaltungsgerichte (VGe). Die Mittelinstanz bilden die Oberverwaltungsgerichte (OVGe), die in Baden-Württemberg, Bayern und Hessen die Bezeichnung Verwaltungsgerichtshof (VGH) führen (vgl. § 184 VwGO). Verwaltungs- und Oberverwaltungsgerichte sind Landesgerichte. Oberste Instanz ist das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) mit Sitz in Leipzig (§ 2 VwGO), dem der Status eines obersten Bundesgerichts (Art. 95 I GG) zukommt.

Bei den **Verwaltungsgerichten**, die sachlich zuständig sind für Streitigkeiten des ersten Rechtszuges (vgl. § 45 VwGO), sind Kammern gebildet, die in der Besetzung von drei Richtern und zwei ehrenamtlichen Richtern entscheiden (§ 5 II, III VwGO), soweit nicht (wie im Regelfall) ein Einzelrichter entscheidet (vgl. § 6 VwGO). Bei den **Oberverwaltungsgerichten**, die nicht nur Rechtsmittelgerichte sind, sondern auch erstinstanzlich entscheiden (vgl. §§ 46-48 VwGO), bestehen Senate, die in der Besetzung von drei Berufsrichtern entscheiden. Die Landesgesetzgebung kann vorsehen, dass die Senate in der Besetzung von fünf Richtern entscheiden, von denen zwei auch ehrenamtliche Richter sein können (§ 9 III S. 1 VwGO; zu den Fällen des § 48 VwGO vgl. § 9 III S. 2 VwGO). Beim **Bundesverwaltungsgericht**, das zwar primär als Revisions- und Beschwerdegericht (vgl. § 49 VwGO), in den Fällen des § 50 VwGO aber auch als erst- und letztinstanzliches Gericht tätig wird, sind Senate eingerichtet, die in der Besetzung von fünf Richtern entscheiden, bei Beschlüssen außerhalb der mündlichen Verhandlung in der Besetzung von drei Richtern (§ 10 III VwGO).³

¹ Vgl. dazu näher *R. Schmidt*, Staatsorganisationsrecht, Rn 161 ff.

² Da auch die Finanz- und Sozialgerichtsbarkeit (spezielle) Arten der Verwaltungsgerichtsbarkeit darstellen, diese jedoch in anderen Gerichtsordnungen (FGO, SGG) geregelt sind, kann die Verwaltungsgerichtsbarkeit jenseits dieser „Spezialfälle“ als allgemeine Verwaltungsgerichtsbarkeit bezeichnet werden.

³ Zu den sachlichen und örtlichen Zuständigkeiten der Gerichte vgl. eingehend Rn 105 ff.

Da die einzelnen Senate in Bezug auf eine Sachlage unterschiedlicher Meinung sein können, bestehen beim Bundesverwaltungsgericht und den Oberverwaltungsgerichten (§§ 11, 12 VwGO) je ein aus dem Präsidenten und sechs Richtern zusammengesetzter Großer Senat, der von einem Senat, der von der Rspr. eines anderen Senats oder des Großen Senats abweichen möchte, angerufen werden kann. Der Zweck dieses Verfahrens besteht darin, Meinungsverschiedenheiten zwischen den einzelnen Senaten in Rechtsfragen beizulegen und eine einheitliche Rechtsprechung bezüglich des anzuwendenden Rechts herbeizuführen.

B. Arten der Rechtsbehelfe

- 2 Hinsichtlich der Art der dem Bürger zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfe ist zwischen den **formlosen** und den **förmlichen** Rechtsbehelfen zu unterscheiden.

I. Formlose Rechtsbehelfe

1. Dogmatische Einordnung der formlosen Rechtsbehelfe

- 3 Dogmatisch lassen sich die formlosen Rechtsbehelfe aus dem Petitionsrecht des Art. 17 GG ableiten. Sie sind weder an eine Form gebunden noch innerhalb einer bestimmten Frist zu erheben. Auch setzen sie keine eigene Beschwerde voraus, sodass auch Popularbeschwerden möglich sind. Dafür besitzen sie aber auch im Vergleich zu den förmlichen Rechtsbehelfen einige Nachteile (vgl. dazu Rn 8 f.).

2. Die einzelnen formlosen Rechtsbehelfe

a. Petition (Eingabe)

- 4 Nach Art. 17 GG (und den entsprechenden Bestimmungen der Landesverfassungen) kann sich jedermann (der Petent) mit einer Eingabe an eine zuständige Stelle (z.B. die Kommunalvertretungen wie Gemeinderäte oder Kreistage) und an die Volksvertretung (Bundestag und die Landesparlamente) wenden und ein bestimmtes Verhalten kritisieren oder bestreben. Wendet sich der Bürger an eine Volksvertretung, handelt es sich um Petitionen i.e.S. (verfassungsrechtliche Petitionen). Petitionen i.w.S. liegen vor, wenn sich ein Bürger generell mit einer Eingabe an einen Träger öffentlicher Gewalt wendet.

b. Gegenvorstellung (Remonstration i.w.S.)

- 5 Mit der Gegenvorstellung⁴ wendet sich der Betroffene an die Erlassbehörde mit dem Ziel, den beanstandeten Verwaltungsakt oder die schlichte Verwaltungshandlung nochmals auf Recht- und Zweckmäßigkeit zu überprüfen.⁵

c. Fachaufsichtsbeschwerde (Aufsichtsbeschwerde i.w.S.)

- 6 Mit der Fachaufsichtsbeschwerde wendet sich der Betroffene an die Fachaufsichtsbehörde mit dem Begehren, diese solle eine von der Erlassbehörde vorgenommene Verwaltungshandlung, die der Beschwerdeführer für nicht rechtmäßig und/oder nicht zweckmäßig hält, aufheben oder ändern. Dabei können Abgrenzungsprobleme zum förmlichen Rechtsbehelf *Widerspruch* auftreten (zur Abgrenzung vgl. Rn 216 ff.).

⁴ Auf die *beamtenrechtliche Remonstration* i.e.S. soll an dieser Stelle nicht weiter eingegangen werden, vgl. dazu R. Schmidt, BesVerwR I, Rn 626, 737 und 814.

⁵ Zur Gegenvorstellung vgl. auch BVerwGE 93, 9 ff.

d. Dienstaufsichtsbeschwerde (Aufsichtsbeschwerde i.e.S.)

Die Dienstaufsichtsbeschwerde ist an den Dienstvorgesetzten eines Angehörigen des öffentlichen Dienstes gerichtet. Sie bezweckt nicht eine Überprüfung des Ergebnisses eines Verwaltungshandelns, sondern eine dienst- bzw. disziplinarrechtliche Würdigung des angegriffenen *persönlichen* Verhaltens durch die Dienstaufsichtsbehörde.

7

3. Wirkung der formlosen Rechtsbehelfe

Nachteil dieser formlosen Eingaben ist, dass sie kein subjektives öffentliches Recht auf begründeten Bescheid geben und sich aus ihnen daher kein Anspruch auf eine **Sachentscheidung** ableiten lässt. Es besteht also kein bestimmter Bescheidungsanspruch (man sagt daher, die formlosen Rechtsbehelfe seien „form-, frist- und fruchtlos“). Allerdings hat der Beschwerdeführer ein subjektives öffentliches Recht auf **informativischen Bescheid**, d.h. darauf, dass die Behörde den formlosen Rechtsbehelf entgegennimmt, sich mit ihm beschäftigt und ihn auch beantwortet. Kommt die Behörde dieser Pflicht nicht nach, stehen dem Beschwerdeführer die förmlichen Rechtsbehelfe der VwGO zur Verfügung. Das gilt auch für die Verbescheidung unmittelbar nach Art. 17 GG. Zwar ist dort ein Verfassungsorgan beteiligt, auf der anderen Seite steht aber ein Bürger, der sich in seinem Grundrecht aus Art. 17 GG verletzt fühlt. Es liegt also keine verfassungsrechtliche Streitigkeit vor, sondern eine nichtverfassungsrechtliche, vor den Verwaltungsgerichten auszutragende.

8

Schließlich ist zu beachten, dass die formlosen Rechtsbehelfe weder einen Suspensiv- noch einen Devolutiveffekt entfalten (vgl. zu diesen Rn 883 ff.), sodass die Aufsichtsbehörde durch eine Aufsichtsbeschwerde auch keine eigene Zuständigkeit erhält. Abhilfe ist also nur durch innerdienstliche Weisung an die untere Behörde bzw. den Amtswalter möglich.

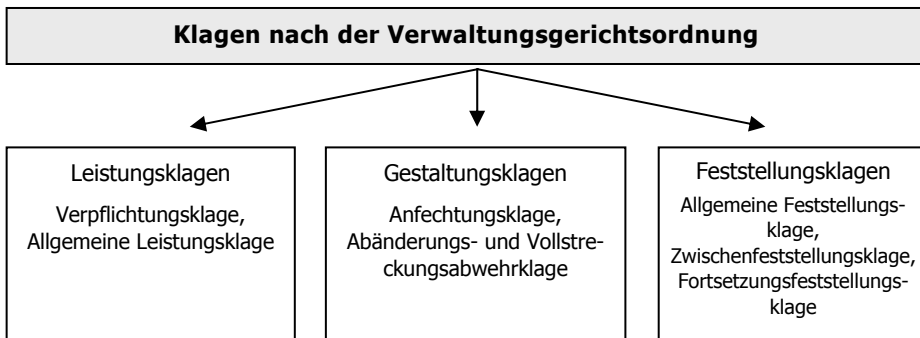
9

II. Förmliche Rechtsbehelfe

Förmlichen Rechtsbehelfen kommt eine verbindliche Wirkung zu. Der Rechtssuchende hat ein Recht auf Entscheidung in der Sache, sofern die Sachentscheidungsvoraussetzungen des Rechtsbehelfs vorliegen. Zumeist ist der Rechtsbehelf form- und fristgebunden; auch ist eine materielle Beschwer erforderlich. Über ihn entscheidet je nach Art des Rechtsbehelfs die Verwaltung oder das Gericht. Wichtigster außegerichtlicher förmlicher Rechtsbehelf ist der **Widerspruch** als Verwaltungsverfahren (vgl. dazu ausführlich Rn 1063 ff.). Förmliche Rechtsbehelfe, über die die Gerichte entscheiden, sind die verwaltungsgerichtlichen **Klagen** und andere Verfahrensarten. Nach den in Betracht kommenden Individualklagebegehren kennt die VwGO drei Klageformen, Leistungs-, Gestaltungs- und Feststellungsklagen, sowie sonstige Verfahrensarten wie die Normenkontrolle nach § 47⁶, das Widerspruchsverfahren nach den §§ 68 ff. in seiner Funktion als Vorverfahren und den vorläufigen Rechtsschutz nach den §§ 123, 80 V, 80 a und 47 VI.

10

⁶ Der Systematik nach ist das verwaltungsgerichtliche Normenkontrollverfahren ein Unterfall der Feststellungsklage. Aufgrund der vielen Besonderheiten wird sie aber i.d.R. als eigene Verfahrenskategorie behandelt.



Zu den Klage- und Verfahrensarten im Einzelnen gilt:

1. Klageform - Leistungsklagen

- 11 Die Leistungsklage i.w.S. ist eine Klage, die der Geltendmachung von öffentlich-rechtlichen Ansprüchen auf ein Handeln, Dulden oder Unterlassen dient. Es werden folgende Klagearten unterschieden:

a. Verpflichtungsklage, § 42 I Var. 2 VwGO

- 12 Bei der Verpflichtungsklage handelt es sich um die *besondere Leistungsklage* entweder in der Form der Versagungsgegenklage, die sich auf Verurteilung zum Erlass eines abgelehnten begünstigenden Verwaltungsakts bezieht (§ 42 I Var. 2 VwGO), oder in der Form der Untätigkeitsklage, die sich auf Erlass eines unterlassenen begünstigenden Verwaltungsakts richtet (§ 42 I Var. 2 VwGO i.V.m. § 75 VwGO).

Beispiel: Insbesondere größere Bauvorhaben sowie Bauvorhaben, von denen bestimmte Gefahren ausgehen, bedürfen der Baugenehmigung (siehe die Landesbauordnungen). Die Baugenehmigung und auch deren Versagung sind Verwaltungsakte. Versagt die Behörde die beantragte Baugenehmigung, kann der Bauherr daher (nach erfolglos durchgeführtem Widerspruchsverfahren) Verpflichtungsklage in Form der Versagungsgegenklage erheben (§ 42 I Var. 2 VwGO). Hat die Behörde noch nicht einmal den Bauantrag abgelehnt (ist also „untätig“ geblieben), kann der Bauherr unter den Voraussetzungen des § 75 VwGO Verpflichtungsklage in Form der Untätigkeitsklage erheben.

Auf die Verpflichtungsklage wird im Einzelnen bei Rn 325 ff. u. 749 ff. eingegangen.

b. Allgemeine Leistungsklage, §§ 40 I 1, 43 II 1, 111, 113 IV, 170 VwGO

- 13 Die in der VwGO nicht explizit geregelte, aber an einigen Stellen als existent vorausgesetzte und wegen der Rechtsschutzgarantie aus Art. 19 IV S. 1 GG anzuerkennende *allgemeine Leistungsklage* ist entweder auf Vornahme (Leistungsvornahmeklage) oder auf Abwehr bzw. Unterlassen (Leistungsunterlassungsklage) schlichten Verwaltungshandelns gerichtet.

Beispiele:

- (1) Warnt die Regierung (eine Warnung stellt keinen Verwaltungsakt dar, sondern schlichtes Verwaltungshandeln) die Bevölkerung vor angeblich gesundheitsschädlichem Wein und meidet diese die genannten Weine, können die betroffenen Winzer und Weinhändler infolge der mit der Warnung verbundenen Umsatzeinbußen einerseits auf Widerruf der Äußerung (= Folgenbeseitigung mit Hilfe der Leistungsvornahmeklage) und andererseits auf Unterlassung weiterer Warnungen kla-

Übersicht über die Verwaltungsgerichtsbarkeit und die Rechtsbehelfe

gen.⁷ Droht eine erstmalige Warnung, ist die allgemeine Leistungsklage in Form der vorbeugenden Unterlassungsklage statthaft.

- (2) Die gleichen Rechtsschutzmöglichkeiten bestehen für jemanden, dessen Mitgliedschaft in der Scientology-Organisation offen gelegt wird und der dadurch in seinen Grundrechten beeinträchtigt ist.⁸
- (3) Auch die Warnung vor einer (Jugend-)Sekte kann die genannten Rechtsschutzmöglichkeiten auslösen. Auch hier kann die betroffene (Jugend-)Sekte wegen möglicher Verletzung ihrer Grundrechte (insbesondere Art. 4 GG) auf Widerruf der Warnung und auf Unterlassung weiterer Warnungen klagen.⁹
- (4) Des Weiteren ist die allgemeine Leistungsklage statthaft, wenn es um die Geltendmachung von Erfüllungs-, Erstattungs- und Schadensersatzansprüchen aus öffentlich-rechtlichen Verträgen und um die Geltendmachung von (sonstigen) allgemeinen Folgenbeseitigungs- und Erstattungsansprüchen geht.

Die Erläuterungen zur allgemeinen Leistungsklage finden sich bei Rn 365 ff. u. 790 ff.

2. Klageform - Gestaltungsklagen

Die Gestaltungsklagen dienen der unmittelbaren Änderung der Rechtslage *durch das Urteil* selbst. Die Rechtsänderung tritt dabei mit Rechtskraft des Urteils (vgl. § 121 VwGO) von selbst ein. Innerhalb dieser Klageform werden folgende Klagearten unterschieden:

14

a. Anfechtungsklage, § 42 I Var. 1 VwGO

Die Anfechtungsklage ist gerichtet auf die Aufhebung eines den Kläger belastenden (nicht notwendigerweise an diesen gerichteten) Verwaltungsakts wie beispielsweise des Kostenbescheids über die Erhebung von Abschleppkosten eines vermeintlich rechtswidrig geparkten Kfz. Da die Behörde im Regelfall dem Bürger gegenüber in der Handlungsform *Verwaltungsakt* auftritt, kommt der Anfechtungsklage zur Geltendmachung eines Abwehranspruches eine überragende Bedeutung zu. Zu der Klageart *Anfechtungsklage* siehe die ausführlichen Erläuterungen gleich im Anschluss an diese Einführung.

15

Beispiel: Bauherr B hat ein nicht genehmigtes, aber genehmigungspflichtiges Haus errichtet. Als die Bauordnungsbehörde davon erfährt, erlässt sie gem. den Vorschriften der Landesbauordnung eine Baubeseitigungsverfügung (= Verwaltungsakt). B ist der Meinung, dass der Bau genehmigungsfähig und die Abrissverfügung daher rechtswidrig ist. Nach erfolglos durchgeführtem Widerspruchsverfahren erhebt er Anfechtungsklage (§ 42 I Var. 1 VwGO).

Die Erläuterungen zur Anfechtungsklage finden sich bei Rn 116 ff. und 627 ff.

b. Abänderungs- und Vollstreckungsabwehrklage, § 173 VwGO i.V.m. § 323 ZPO; § 167 I VwGO i.V.m. § 767 ZPO

Eine Abänderungsklage (§ 173 VwGO i.V.m. § 323 ZPO) ist eine Klageart, bei der eine vorausgegangene Verurteilung über künftig fällig werdende Leistungen abgeändert werden soll, weil eine wesentliche Änderung derjenigen Verhältnisse eingetreten ist, die für die vorausgegangene Verurteilung maßgebend waren. Die Vollstreckungsabwehrklage (Vollstreckungsgegenklage) hingegen zielt darauf ab, die Vollstreckung für unzulässig zu erklären, indem entgegenstehende Einwendungen gegen den im ur-

16

⁷ Vgl. BVerfGE 105, 252 ff. (Glykolwein).

⁸ Vgl. BVerwG NJW 2002, 3458 ff. (Offenlegung der Scientology-Mitgliedschaft).

⁹ Vgl. BVerfGE 105, 279 ff. (Sektenwarnung).

sprünglichen Urteil festgestelltten Anspruch geltend gemacht werden. Insbesondere geht es hierbei um Einwendungen, die erst nach dem für die Entscheidung maßgeblichen Zeitpunkt entstanden sind und daher keine Berücksichtigung fanden.¹⁰ Nicht anwendbar ist diese Regelung für die (Selbst-)Vollstreckung von Verwaltungsakten. Für diese Fälle stehen das Verwaltungsvollstreckungsgesetz (VwVG) des Bundes und die der Länder zur Verfügung.¹¹ Sowohl die Abänderungs- als auch die Vollstreckungsabwehrklage besitzen aber eine nur sehr geringe Klausurrelevanz und gewinnen allenfalls im Wahlschwerpunkt „Verwaltungsrecht“ an Bedeutung. Aus diesem Grund soll auf diese Klagearten im Weiteren nicht mehr eingegangen werden.

3. Klageform - Feststellungsklagen

a. Allgemeine Feststellungsklage, § 43 I VwGO

17 Die allgemeine Feststellungsklage ist auf die

- rechtskraftfähige Feststellung des Bestehens (positive Feststellungsklage) oder Nichtbestehens (negative Feststellungsklage) eines verwaltungsrechtlichen Rechtsverhältnisses sowie
- auf Feststellung der Nichtigkeit eines Verwaltungsakts (Nichtigkeitsfeststellungsklage)

gerichtet. Sie ist zulässig, soweit der Kläger seine Rechte nicht durch Gestaltungs- oder Leistungsklage verfolgen kann oder hätte verfolgen können (Subsidiarität der Feststellungsklage, § 43 II S. 1 VwGO). Die Subsidiaritätsanordnung gilt nicht, wenn die Nichtigkeit eines Verwaltungsakts festgestellt werden soll, § 43 II S. 2 VwGO.

Erläuterungen zur allgemeinen Feststellungsklage finden sich bei Rn 462 ff. u. 825 ff.

b. Zwischenfeststellungsklage, § 173 VwGO i.V.m. § 256 II ZPO

18 Mit der Zwischenfeststellungsklage wird die Feststellung eines für die Entscheidung voreingreiflichen Rechtsverhältnisses möglich. Sie gibt dem Kläger bzw. dem Beklagten die Möglichkeit, mit der Entscheidung in der Hauptsache zugleich auch eine verbindliche, der Rechtskraft fähige Feststellung über das in Frage stehende Rechtsverhältnis zu erreichen¹², etwa wenn das im Prozess inzident ohnehin zu klärende Rechtsverhältnis zwischen den Parteien noch über den gegenwärtigen Streitgegenstand hinaus Bedeutung hat oder gewinnen kann. Wegen der geringen Klausurrelevanz dieser Klageart wird im Folgenden nicht mehr auf sie eingegangen.

c. Fortsetzungsfeststellungsklage, § 113 I S. 4 VwGO

19 Die Fortsetzungsfeststellungsklage ist auf die Feststellung gerichtet, dass ein Verwaltungsakt, der sich bereits vorher, d.h. *vor* Urteilsverkündung, aber *nach* Klageerhebung durch Rücknahme oder anders erledigt hat, rechtswidrig war. Erledigung i.S.d. § 113 I S. 4 VwGO bedeutet, dass der Verwaltungsakt sich inhaltlich erschöpft hat und alle seine in die Zukunft weisenden Rechtswirkungen weggefallen sind, also bei Wegfall jeglicher Beschwer. § 113 I S. 4 VwGO bezieht sich aufgrund seines Wortlautes eindeutig auf die Anfechtungssituation. Wird hingegen eine solche Feststellung schon *vor* der Klageerhebung oder auch innerhalb einer *Verpflichtungssituation* begehrt, kommt eine analoge bzw. doppelt analoge Anwendung des § 113 I S. 4 VwGO in Betracht.

Die Klageart *Fortsetzungsfeststellungsklage* findet sich bei Rn 395 ff. und 799 ff.

¹⁰ Vgl. dazu BVerwG NVwZ **2003**, 214 ff.

¹¹ Kopp/Schenke, VwGO, § 167 Rn 2 und 14.

¹² Kopp/Schenke, VwGO, § 43 Rn 33 f.

4. Das Normenkontrollverfahren

Gegenstand einer verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle kann gem. § 47 I Nr. 1 VwGO die Klärung der Gültigkeit von **Satzungen** sein, die nach den **Vorschriften des BauGB** erlassen worden sind, sowie von **Rechtsverordnungen** aufgrund des § 246 II BauGB. Damit besteht hinsichtlich der wichtigsten untergesetzlichen Rechtsvorschriften aus dem Bereich des Bauplanungsrechts die Möglichkeit, ein Normenkontrollverfahren durchzuführen. Darüber hinaus richtet sich das Normenkontrollverfahren auf die Klärung der Verfassungsmäßigkeit von im Rang **unter dem förmlichen Landesgesetz** stehenden Rechtsvorschriften, **sofern das Landesrecht dies bestimmt**, § 47 I Nr. 2 VwGO (sog. *landesrechtliches Ergänzungsrecht*). 20

Zum Normenkontrollverfahren vgl. ausführlich Rn 512 ff. und 831 ff.

5. Das Widerspruchsverfahren

Das Widerspruchsverfahren ist vom Grundsatz her der erste verwaltungsrechtliche Rechtsbehelf gegen eine behördliche Maßnahme. Er dient der **Entlastung der Gerichte, der Selbstkontrolle der Verwaltung** sowie dem **Rechtsschutz der Bürger**. Zwar ist das Widerspruchsverfahren ein eigenständiges Verwaltungsverfahren (förmlicher außergerichtlicher Rechtsbehelf), bei dem Recht- und Zweckmäßigkeit des Grundverwaltungsakts überprüft werden. Als Zulässigkeitsvoraussetzung für ein gerichtliches Verfahren, bei dem nur die Rechtmäßigkeit des behördlichen Handelns überprüft wird, ist es aber in den §§ 68 ff. VwGO geregelt. 21

Zum Widerspruchsverfahren vgl. ausführlich Rn 210 ff. und 1063 ff.

6. Vorläufiger Rechtsschutz

Legt der Bürger gegen einen Verwaltungsakt Widerspruch ein oder erhebt Anfechtungsklage, entfalten diese Rechtsbehelfe grundsätzlich aufschiebende Wirkung, d.h. der Verwaltungsakt darf nicht vollzogen werden, § 80 I VwGO (Suspensiveffekt). Vollzug bedeutet die faktische Umsetzung des im Verwaltungsakt festgesetzten Regelungsgehalts. Durch den Suspensiveffekt wird also im Regelfall vorläufiger Rechtsschutz hinreichend gewährleistet. 22

Jedoch kommt eine aufschiebende Wirkung nicht allen den Einzelfall regelnden verwaltungsrechtlichen Maßnahmen zu. So entfällt sie in den Fällen des § 80 II S. 1 Nr. 1-4 VwGO. Das Gericht kann dann auf Antrag die aufschiebende Wirkung ganz oder teilweise anordnen (für die Nr. 1-3) oder ganz oder teilweise wiederherstellen (für die Nr. 4), § 80 V S. 1 VwGO.

Ist der Rechtsschutzsuchende nicht Adressat der Verfügung, kann er nicht nach § 80 V VwGO vorgehen, sondern wird, da § 80 V VwGO nur dem Adressaten eines belastenden Verwaltungsakts zur Verfügung steht, auf § 80a VwGO verwiesen. Ist Gegenstand des vorläufigen Rechtsschutzes keine Anfechtungssituation, sondern entweder eine Verpflichtungs- oder Feststellungssituation oder eine Situation schlicht hoheitlichen Handelns, kann der Bürger nicht nach den §§ 80, 80a VwGO vorgehen, sondern muss auf das allgemeine Institut der einstweiligen Anordnung des § 123 VwGO zurückgreifen. In Bezug auf die Normenkontrolle kann einstweiliger Rechtsschutz nach § 47 VI VwGO begehrt werden.

Zum vorläufigen Rechtsschutz vgl. Rn 877 ff.

2. Kapitel – Die Sachentscheidungsvoraussetzungen eines verwaltungsgerichtlichen Verfahrens

- 23 Voraussetzung für eine Entscheidung über das vom Kläger bzw. Antragsteller geltend gemachte prozessuale Begehren ist das Vorliegen der **Sachentscheidungsvoraussetzungen**. Dies sind die Voraussetzungen, die erfüllt sein müssen, damit das Gericht in der Sache entscheidet. So muss zunächst der Verwaltungsrechtsweg eröffnet und das angerufene (Verwaltungs-)Gericht muss sachlich, örtlich und instanziell zuständig sein. Sodann empfiehlt es sich, die statthafte Klageart zu bestimmen und die mit ihr verbundenen besonderen, d.h. klageartabhängigen Sachentscheidungsvoraussetzungen zu prüfen. Schließlich ist zu untersuchen, ob die allgemeinen, für alle Klage- und Verfahrensarten gleichermaßen geltenden Sachentscheidungsvoraussetzungen vorliegen. Somit empfiehlt sich folgendes Prüfungsschema¹³:

Sachentscheidungsvoraussetzungen eines verwaltungsgerichtlichen Verfahrens
<p>(1) Zuerst wird die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs festgestellt, § 40 I VwGO bzw. aufdrängende Spezialzuweisungen.</p> <p>(2) Sodann sollte die Zuständigkeit des (Verwaltungs-)Gerichts geprüft werden.</p> <p>(3) Danach ist die Statthaftigkeit der Klageart (zulässige Verfahrensart) zu bestimmen.</p> <p>(4) Des Weiteren werden die besonderen Sachentscheidungsvoraussetzungen (verfahrensartabhängige Zulässigkeitsvoraussetzungen), die sich konkret auf die als statthaft erklärte Klage- bzw. Verfahrensart beziehen, geprüft. Bei der Anfechtungs- und Verpflichtungsklage (§ 42 I VwGO)¹⁴ beispielsweise sind dies:</p> <ul style="list-style-type: none">(a) Klagebefugnis, § 42 II VwGO.(b) Vorverfahren, §§ 68 ff. VwGO.(c) Klagefrist, § 74 VwGO.(d) Klagegegner, § 78 VwGO.¹⁵ <p>(5) Schließlich sind die allgemeinen, für alle Klage- und Verfahrensarten gleichermaßen zu prüfenden Sachentscheidungsvoraussetzungen zu untersuchen. Dies sind regelmäßig:</p> <ul style="list-style-type: none">(a) Beteiligungsfähigkeit, § 61 VwGO.(b) Prozessfähigkeit, § 62 VwGO.(c) Ordnungsgemäße Klageerhebung, §§ 81, 82 VwGO.(d) Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis.

Über das Vorliegen der Sachentscheidungsvoraussetzungen entscheidet das Gericht. Kommt es nach entsprechender Prüfung zu dem Ergebnis, dass eine (zwingende)

¹³ Eine andere Prüfungsreihenfolge ist möglich. Zu beachten ist aber, dass bestimmte Sachentscheidungsvoraussetzungen zwingend auf anderen Sachentscheidungsvoraussetzungen aufbauen. So muss bspw. das Widerspruchsverfahren nur dann erfolglos durchgeführt worden sein, wenn es überhaupt statthaft ist. Das ist nicht bei allen Klage- und Verfahrensarten der Fall. Daher muss auf jeden Fall zunächst die statthafte Klage- bzw. Verfahrensart bestimmt werden, bevor man sich mit der Frage nach dem Erfordernis eines erfolglos durchgeführten Widerspruchsverfahrens auseinandersetzt. Ähnlich verhält es sich mit der Klagefrist. Nicht alle Klagen haben die Einhaltung einer Klagefrist zur Voraussetzung. Daher können auch Fragen hinsichtlich der Klagefrist erst dann beantwortet werden, wenn die statthafte Klageart feststeht.

¹⁴ Nicht oder nur eingeschränkt für die Untätigkeitsklage.

¹⁵ Nach vorzugswürdiger Auffassung wird § 78 VwGO als Prüfungspunkt „Klagegegner“ im Rahmen der Sachentscheidungsvoraussetzungen behandelt. Die Gegenauffassung prüft § 78 VwGO als „Passivlegitimation“ bei der Begründetheit. Vgl. dazu im Einzelnen die Ausführungen bei Rn 301 ff.

Sachentscheidungs Voraussetzung nicht vorliegt, hat es durch **Prozessentscheidung** die Klage bzw. den Antrag grundsätzlich als unzulässig abzuweisen. Lediglich für den Fall, dass der Verwaltungsrechtsweg nicht eröffnet ist oder das angerufene Gericht sachlich oder örtlich unzuständig ist, weist es die Klage bzw. den Antrag nicht als unzulässig ab, sondern verweist die Streitigkeit gem. § 173 VwGO i.V.m. § 17a II S. 1 GVG von Amts wegen an das sachlich und örtlich zuständige Gericht des zulässigen Rechtswegs (sog. **Verweisungsbeschluss**).¹⁶

Hinweis für die Fallbearbeitung: Daraus folgt, dass sowohl der *Verwaltungsrechtsweg* als auch die *gerichtliche Zuständigkeit* **keine** Zulässigkeitsvoraussetzungen der Klage sein können.¹⁷ Aus diesem Grund muss dafür plädiert werden, entweder die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs und die gerichtliche Zuständigkeit außerhalb der Zulässigkeitsvoraussetzungen zu prüfen¹⁸ oder (nach der hier vertretenen Auffassung) der Vorschrift des § 17a II S. 1 GVG dadurch Rechnung zu tragen, dass insgesamt nicht von Zulässigkeitsvoraussetzungen der Klage, sondern von **Sachentscheidungs Voraussetzungen** gesprochen wird¹⁹. Zu diesen gehören der Verwaltungsrechtsweg und die gerichtliche Zuständigkeit nach wie vor.

Im Übrigen ist zu beachten, dass im Rahmen einer Fallbearbeitung nicht auf alle Sachentscheidungs Voraussetzungen detailliert eingegangen werden muss. Vielmehr bedarf es nur dann einer Prüfung, wenn bezüglich des Vorliegens einer Sachentscheidungs Voraussetzung Zweifel bestehen. Bestehen keine Zweifel, sind längere Ausführungen sogar verfehlt und können den Wert einer Arbeit mindern. So wäre es z.B. unangebracht, das Vorliegen einer ordnungsgemäßen Klageerhebung zu diskutieren, wenn die Person laut Sachverhalt Klage erhoben hat. Stets anzusprechen sind jedoch der Verwaltungsrechtsweg, die statthafte Verfahrensart (und die sie betreffenden besonderen Sachentscheidungs Voraussetzungen), der Klagegegner, die Beteiligungsfähigkeit und die Prozessfähigkeit. Aber auch hier gilt: Soweit sich dabei keine besonderen Probleme ergeben, hat man sich kurz zu fassen. So wäre es trotz des Erfordernisses, stets den Verwaltungsrechtsweg anzusprechen, verfehlt, im Rahmen eines Rechtsstreits über die Rechtmäßigkeit einer polizeilichen Platzverweisung die für die Abgrenzung von öffentlichem Recht und Privatrecht entwickelten Abgrenzungstheorien (dazu Rn 31 ff.) zu diskutieren. Auch wenn der Sachverhalt keine Hinweise auf die fehlende Prozessfähigkeit enthält, ist diese Voraussetzung lediglich als gegeben festzustellen.

24

Hinsichtlich des Prüfungsumfangs ist zu differenzieren: Ist nach den Erfolgsaussichten einer Klage gefragt, sind die Sachentscheidungs Voraussetzungen und die Begründetheit zu prüfen. Gelangt man zu dem Ergebnis, dass nicht alle Sachentscheidungs Voraussetzungen vorliegen (bzw., dass die Klage unzulässig ist), muss dennoch die Begründetheit (hilfsgutachtlich) geprüft werden. Denn zum einen muss ein Gutachten vollständig sein, und zum anderen läuft man Gefahr, nicht alle Probleme des Falls behandeln zu können, wenn man (irrtümlich) die Klage für unzulässig hält und auf eine Begründetheitsprüfung verzichtet.

¹⁶ Zu beachten ist jedoch, dass die Verweisung *innerhalb* des Verwaltungsrechtswegs wegen Unzuständigkeit des angerufenen Gerichts über § 83 VwGO zu erfolgen hat. Des Weiteren ist zu beachten, dass die Verweisungsvorschrift des § 17a II GVG auch im verwaltungsgerichtlichen Eilverfahren gilt (VGH Kassel NVwZ 2003, 238).

¹⁷ Anders aber *Kopp/Schenke*, § 40 Rn 2; *Siemen*, JuS 2005, 251; *Zilkens*, JuS 2001, 368, 369; *Kemmler*, JA 2003, 136; *Klinger*, JuS 2003, 1191, 1192; *Fischer*, VBIBW 2005, 179 und JA 2003, 748 ff.

¹⁸ So *Jahn*, JuS 2001, 173; *Knemeyer*, POR, Rn 396. Diese Vorgehensweise hat aber den Nachteil, dass - wie sich aus dem Wortlaut des § 52 VwGO ergibt - innerhalb der Prüfung der örtlichen Zuständigkeit des Gerichts regelmäßig zusätzlich der Beklagte geprüft werden muss. Dies kann zu einer erheblichen Kopflastigkeit der „Vorabprüfung“ führen.

¹⁹ So auch *Brenner*, JuS 2005, 344; *Stern/Blanke*, VerwProzR in der Klausur, Rn 181; *Schmitt Glaeser/Horn*, VerwProzR, Rn 33 ff.; *Ehlers*, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, Vorb § 40 Rn 8; *Gersdorf*, VerwProzR, Rn 1; *Ipsen*, AllgVerwR, Rn 1164 ff.; *Tettinger/Wahrendorf*, VerwProzR, § 7 Rn 1 ff. i.V.m. § 9 Rn 1 ff.; *Hufen*, VerwProzR, § 10 Rn 1; *Loos*, JA 2001, 698, 699.

A. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs, § 40 I VwGO

I. Aufdrängende Spezialzuweisung

- 25 Wie bereits in der Einführung dargestellt wurde, muss zunächst der Verwaltungsrechtsweg eröffnet sein. Bevor aber bezüglich der Eröffnung dieses Rechtswegs bei Anwendung der Generalklausel des § 40 I S. 1 VwGO die Erörterung der (bei Rn 31 ff. dargestellten) Abgrenzungstheorien in Betracht gezogen wird, sollte zuvor stets sorgfältig geprüft werden, ob nicht bereits eine (fach-)gesetzliche Bestimmung die betreffende Streitigkeit der Verwaltungsgerichtsbarkeit zuordnet. **Aufdrängende Spezialzuweisungen gehen der Generalklausel vor!**

Beispiele für aufdrängende Spezialzuweisungen sind: § 126 I BBG, § 54 I BeamStG, § 82 SoldG, §§ 12 und 16 III HandwO, §§ 45 ff. BDG, § 54 BaföG, § 32 WPfG, § 83 PersVertrG, § 72b TierseuchenG, § 25 I JuSchG, § 6 I UIG. Zu § 40 II S. 1 Hs. 2 VwGO siehe sogleich Rn 30.

Exemplarisch sollen **§ 72b TierseuchenG** und **§ 126 I BBG bzw. § 54 I BeamStG** näher erläutert werden.

- 26 ■ **§ 72b TierseuchenG** bestimmt, dass für Streitigkeiten über Ansprüche auf Entschädigung (etwa wegen behördlich angeordneter Tötung aufgrund BSE-Infizierung, Maul- und Klauenseuche oder Vogelgrippe) der Rechtsweg vor den Verwaltungsgerichten gegeben ist.

Beispiel: Landwirt L ist u.a. Halter mehrerer Gänse. Als bei einem Tier Vogelgrippe festgestellt wird, ordnet die zuständige Veterinärbehörde durch Verfügung die Tötung aller Gänse des Hofes an. Aufgrund des vermehrten Auftretens von Vogelgrippe könne nicht ausgeschlossen werden, dass auch die anderen Tiere des Hofes infiziert seien. Ebenso wenig könne eine Übertragung des Virus auf den Menschen ausgeschlossen werden.

Hier stützt sich die Tötungsanordnung auf § 18 i.V.m. § 24 I TierseuchenG. Dieses Gesetz ist anwendbar, da Gänse vom Anwendungsbereich des Gesetzes umfasst sind, § 1 II Nr. 3 f) TierseuchenG. Ob die Voraussetzungen der Rechtsgrundlage vorliegen, ist eine Frage der (materiellen) Rechtmäßigkeitsprüfung (vgl. dazu die Ausführungen zur Begründetheit der Anfechtungsklage).

- 27 ■ **§ 126 I BBG** (bei Landesbeamtenverhältnissen: **§ 54 I BeamStG**)²⁰ bestimmt, dass für alle Klagen der Beamten, Ruhestandsbeamten, früheren Beamten und der Hinterbliebenen aus dem Beamtenverhältnis der Verwaltungsrechtsweg gegeben ist. Wegen § 40 II S. 2 VwGO erfassen § 126 I BBG bzw. § 54 I BeamStG auch Schadensersatzansprüche aus der Verletzung öffentlich-rechtlicher Pflichten. Der Sinn der § 126 I BBG und § 54 I BeamStG besteht darin, alle beamtenrechtlichen Streitigkeiten beim Verwaltungsgericht zu konzentrieren. Daher sind § 126 I BBG bzw. § 54 I BeamStG weit auszulegen und z.B. in folgenden Fällen anwendbar:

- (1) Schadensersatzanspruch eines Beamten wegen Nichteinhaltung einer Zusicherung, die ihm bei Begründung des Beamtenverhältnisses gegeben wurde.
- (2) Schadensersatzanspruch wegen unterbliebener, aber zugesicherter Beförderung.
- (3) Schadensersatzanspruch wegen unrechtmäßiger Einstellung oder Beförderung eines Konkurrenten (beamtenrechtliche Konkurrentenklage).²¹
- (4) Klagen eines Dritten gegen den Dienstherrn auf Erteilung einer Aussagegenehmigung für einen Beamten (vgl. § 54 StPO, § 68 BBG).

²⁰ Zum Beamtenrecht nach der Föderalismusreform vgl. Fußnote 27.

²¹ Zur beamtenrechtlichen Konkurrentenklage vgl. R. Schmidt, BesVerwR I, Rn 779 ff. und 818 ff.

- (5) Klage des Dienstherrn auf Rückforderung von Dienstbezügen, wenn die Ernennung zum Beamten nichtig war.
- (6) Klage des Dienstherrn auf Rückzahlung von Dienstbezügen und Ausbildungskosten, wenn dies für den Fall des vorzeitigen Ausscheidens aus dem Dienstverhältnis vereinbart war.

Nicht selten kommt es vor, dass der Kläger ein Klagebegehren auf zwei unterschiedliche materiell-rechtliche Anspruchsgrundlagen stützen kann, die – isoliert betrachtet – verschiedenen Rechtswegen zuzuordnen sind. Bestreitet der Kläger den Verwaltungsrechtsweg, ist dieser nur unter Berufung auf die Anspruchsgrundlage aus dem Beamtenrecht gegeben (§ 17 II S. 2 GVG).²²

Beispiel: Oberregierungsrätin A (Besoldungsgruppe A 14) bewirbt sich um eine ausgeschriebene Beförderungsstelle als Regierungsdirektorin (Besoldungsgruppe A 15) beim Bundesamt für Verfassungsschutz. Unter Missachtung des Leistungsprinzips wird statt ihr der Wunschkandidat B ausgewählt. Die Behörde unterlässt es auch, die A rechtzeitig von der Auswahlentscheidung zu unterrichten, sodass sie nicht gegen die Auswahlentscheidung vorgehen und die Beförderung des B durch Inanspruchnahme einstweiligen Rechtsschutzes verhindern kann. Als B befördert wird, macht A einen Anspruch auf Schadensersatz (Differenzgehalt) geltend.

In diesem Fall könnte an einen vor dem Landgericht geltend zu machenden Amtshaftungsanspruch gedacht werden. Ein Rückgriff auf § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG ist aber nicht erforderlich. Zwar ist dieser Anspruch sowohl innerhalb als auch außerhalb eines Beamtenverhältnisses anwendbar, setzt also kein bestehendes Rechtsverhältnis voraus. Aufgrund der bestehenden beamtenrechtlichen Sonderverbindung liegt es aber näher, den Anspruch unmittelbar aus dem Beamtenverhältnis zu begründen und ihn vor dem **Verwaltungsgericht** geltend zu machen.²³ Hier wiederum braucht als verletzte beamtenrechtliche Pflicht nicht die allgemeine Fürsorgepflicht herangezogen zu werden. Vielmehr kann der Schadensersatzanspruch unmittelbar auf eine Verletzung der rechtlich festgelegten Auswahlkriterien der Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gestützt werden. Es handelt sich dann um einen Schadensersatzanspruch *wegen Verletzung einer im öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis wurzelnden und insofern „quasi-vertraglichen“ Verbindlichkeit*.²⁴

Hinweis für die Fallbearbeitung: Geht es um beamtenrechtliche Streitigkeiten, ist in der Fallbearbeitung die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs nach der aufdrängenden Spezialzuweisung des **§ 126 I BBG** bzw. des **§ 54 I BeamStG** unproblematisch zu bejahen. Denn § 126 I BBG und § 54 I BeamStG verweisen alle Klagen aus einem Beamtenverhältnis auf den Verwaltungsrechtsweg. Demgegenüber handelt es sich bei Richter-, Soldaten-, Wehrpflicht- oder Zivildienstverhältnissen lediglich um dem Beamtenverhältnis gleichgestellte Rechtsverhältnisse. Daher ist die jeweilige Spezialzuweisung (und nicht § 126 I BBG bzw. § 54 I BeamStG) maßgeblich. Beispiele sind § 71 III DRiG für Richter und Staatsanwälte, § 82 I SoldG für Soldaten, § 32 WPfIG für Wehrpflichtige und § 78 ZDG für Zivildienstleistende.

28

- In Disziplinarsachen des Bundes erklärt **§ 45 BDG** die Verwaltungsgerichtsbarkeit für zuständig. Das Klageverfahren erster Instanz (Klageerhebung, Form und Frist) ist in

29

²² Zwar erlaubt § 17 II S. 2 GVG es dem Gericht, den Rechtsstreit unter allen rechtlichen Gesichtspunkten zu prüfen. Dieser Grundsatz wird jedoch für Anspruchsgrundlagen, für die ausschließlich der Zivilrechtsweg nach Art. 14 III S. 4 oder Art. 34 S. 3 GG vorgesehen ist, durchbrochen.

²³ Damit ist also die Möglichkeit unbenommen, Schadensersatz wegen unterbliebener Beförderung (OLG Hamm NVwZ-RR **1998**, 535) oder allgemein wegen voreiliger Stellenbesetzung (BGH NJW **1995**, 2344) dennoch mit der vor der Amtshaftungskammer des Landgerichts (§ 71 GVG) zu erhebenden Amtshaftungsklage zu erlangen.

²⁴ BVerwG NJW **1998**, 3288, 3289 mit Anm. von *Hufen*, JuS **1999**, 716 f.

§§ 52 ff. BDG geregelt (zum Vorverfahren vgl. §§ 41 ff. BDG), das Berufungsverfahren in §§ 64 ff. BDG und das Revisionsverfahren in §§ 69 f. BDG. Die Vorschriften der VwGO sind demzufolge nur subsidiär anwendbar, also nur dann, wenn das BDG keine bzw. keine abschließende Regelung enthält oder es auf die VwGO verweist (vgl. etwa § 41 II BDG oder 52 II BDG).

- 30 Die in **§ 40 II S. 1 VwGO** genannte abdrängende Sonderzuweisung gilt nicht für Streitigkeiten über das Bestehen und die Höhe eines Ausgleichsanspruchs im Rahmen des Art. 14 I S. 2 GG. Daraus folgt, dass Geldansprüche aus einer ausgleichspflichtigen **Inhalts- und Schrankenbestimmung** vor den **Verwaltungsgerichten** auszutragen sind.

II. Öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art, § 40 I S. 1 VwGO (Generalklausel)

1. Öffentlich-rechtliche Streitigkeit

- 31 Besteht keine aufdrängende Spezialzuweisung, kommt die Generalklausel des § 40 I S. 1 VwGO zur Anwendung. Danach ist der Verwaltungsrechtsweg in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art gegeben, *soweit* die Streitigkeiten nicht durch Bundesgesetz einem anderen Gericht ausdrücklich zugewiesen sind (sog. abdrängende Sonderzuweisung).

- 32 **Hinweis für die Fallbearbeitung:** Für das Gutachten könnte der Gesetzeswortlaut „soweit die Streitigkeiten nicht durch Bundesgesetz einem anderen Gericht ausdrücklich zugewiesen sind“ bedeuten, dass wenn eine aufdrängende Spezialzuweisung ersichtlich nicht in Betracht kommt, zunächst zu untersuchen ist, ob nicht eine abdrängende Sonderzuweisung den Rechtsstreit einem anderen Gerichtszweig zuordnet, bevor der öffentlich-rechtliche Charakter mit Hilfe der Generalklausel zu untersuchen ist. Da aber der öffentlich-rechtliche Charakter einer Streitigkeit nicht notwendigerweise zur Folge hat, dass diese dem Verwaltungsrechtsweg zuzuordnen ist (Beispiel: Ein Amtshaftungsanspruch ist ein öffentlich-rechtlicher Anspruch, wird aber vor den Landgerichten ausgetragen, Art. 34 GG, § 71 GVG), ist gutachtentechnisch der öffentlich-rechtliche Charakter der Streitigkeit in jedem Fall *vor* der Frage nach der abdrängenden Sonderzuweisung zu erörtern.

- 33 Zu fragen ist nach der **wahren Natur** des **behaupteten Anspruchs**.²⁵ Diese müsste öffentlich-rechtlich sein. Es sind folgende Fragen zu klären:

- Wie lautet die Hauptfrage der Streitigkeit? (*Bestimmung des Streitgegenstands*) = **Bestimmungsstufe**.
- Nach welcher Rechtsgrundlage ist die Hauptfrage zu entscheiden? (Festlegung der streitentscheidenden Normen, d.h. *Zuordnung des Klagebegehrens zu einer Norm*) = **Zuordnungsstufe**.
- Ist die soeben zugeordnete Norm Bestandteil des öffentlichen Rechts oder des Privatrechts? (*Qualifikation der streitentscheidenden Normen als öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich*) = **Qualifikationsstufe**.

²⁵ GSOGB BGHZ **102**, 280, 286; BGH NVwZ **2004**, 253; OVG Münster NJW **2001**, 698; OVG Weimar NJW **2002**, 386 f.