

# **Verwaltungsprozessrecht**

**Sachentscheidungs Voraussetzungen  
und Begründetheit wichtiger Klage- und Verfahrensarten  
Normenkontrollverfahren  
Vorläufiger und vorbeugender Rechtsschutz  
Widerspruchsverfahren**

**von**

**Prof. Dr. jur. Rolf Schmidt**

**Hochschule für Angewandte Wissenschaften  
Hamburg**

**21. Auflage 2024**

# Inhaltsverzeichnis

<b>1. Kapitel – Übersicht über die Verwaltungsgerichtsbarkeit und die Rechtsbehelfe.....</b>	<b>1</b>
<b>A. Überblick über die Verwaltungsgerichtsbarkeit.....</b>	<b>1</b>
<b>B. Arten der Rechtsbehelfe .....</b>	<b>2</b>
I. Formlose Rechtsbehelfe .....	2
1. Rechtsnatur der formlosen Rechtsbehelfe .....	2
2. Die einzelnen formlosen Rechtsbehelfe.....	2
3. Wirkung der formlosen Rechtsbehelfe .....	3
II. Förmliche Rechtsbehelfe .....	3
1. Klageform - Leistungsklagen .....	4
2. Klageform - Gestaltungsklagen.....	5
3. Klageform - Feststellungsklagen .....	6
4. Das Normenkontrollverfahren.....	7
5. Das Widerspruchsverfahren .....	7
6. Vorläufiger Rechtsschutz.....	7
<b>2. Kapitel – Die Sachentscheidungsvoraussetzungen eines verwaltungsgerichtlichen Verfahrens .....</b>	<b>8</b>
<b>A. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs, § 40 I VwGO.....</b>	<b>10</b>
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..	14
c. Qualifikation der streitentscheidenden Normen als öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich .....	14
aa. Modifizierte Subjektstheorie.....	15
bb. Interessentheorie .....	16
cc. Subordinationstheorie.....	16
dd. Bedeutung der Theorien für die Fallbearbeitung .....	17
d. Fallgruppen mit unklarer Zuordnung .....	18
aa. Privatrechtliche Betätigung der öffentlichen Hand .....	18
bb. Hausverbot .....	22
cc. Öffentlich-rechtliche Emissionen .....	23

dd. Ehrverletzende und rufschädigende amtliche Äußerungen .....	24
ee. Öffentliche Warnungen.....	25
ff. Subventionsvergabe .....	25
gg. Öffentliche Einrichtungen und öffentliche Sachen .....	26
hh. Politische Parteien .....	32
ii. Wettbewerbsverhältnisse.....	33
jj. Öffentlich-rechtlicher Vertrag .....	33
kk. Kirchenrechtliche und rundfunkrechtliche Streitigkeiten .....	35
ll. Beliehene.....	36
mm. Streitigkeiten zwischen Privaten außerhalb einer Beleihung .....	37
nn. Eigentumsrechtliche Ansprüche auf Entschädigung .....	37
2. Streitigkeiten „nichtverfassungsrechtlicher Art“ .....	39
III. Abdrängende Sonderzuweisung .....	41
1. Durch Bundesgesetz einem anderen Gerichtszweig zugewiesen.....	41
2. Durch Landesgesetz einem anderen Gerichtszweig zugewiesen .....	43
IV. Verwaltungsrechtsweg und EU-Recht .....	43
<b>B. Zuständigkeit des Gerichts .....</b>	<b>45</b>
<b>C. Die Sachentscheidungs Voraussetzungen der einzelnen</b>	
<b>Verfahrensarten .....</b>	<b>47</b>
I. Sachentscheidungs Voraussetzungen der Anfechtungsklage.....	48
1. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs, § 40 I S. 1 VwGO .....	49
2. Zuständigkeit des Gerichts, §§ 45, 52 VwGO.....	49
3. Statthaftigkeit der Anfechtungsklage (§ 42 I Var. 1 VwGO) .....	49
a. Vorliegen eines Verwaltungsakts als zentrales Kriterium .....	49
b. Sonderfälle zum Prüfungspunkt „statthafte Klageart“ .....	52
aa. Anfechtungsklage gegen Rücknahme/Widerruf eines Verwaltungsakts	52
bb. Isolierte Anfechtung des Versagungsbescheids.....	52
cc. Isolierte Anfechtung des Widerspruchsbescheids.....	53
dd. Isolierte Anfechtung von Nebenbestimmungen.....	55
4. Die Klagebefugnis, § 42 II VwGO .....	56
a. Die Adressatentheorie .....	56
b. Die Möglichkeitstheorie.....	56
c. Geschütztes Recht.....	57
d. Die Schutznormtheorie .....	58
e. Klagebefugnis und Grundrechte.....	62
f. Drittanfechtung in der Fallbearbeitung.....	65

g. Sonderfälle des Drittschutzes .....	65
aa. Öffentliches Baurecht .....	65
a.) Einfachgesetzlich normiertes Baurecht .....	65
b.) Baurecht und Art. 14 GG .....	67
bb. Immissionsschutzrecht .....	68
cc. Öffentlich-rechtliche Konkurrentenklage .....	72
dd. In sichprozess .....	76
ee. Verbandsklage/Vereinsklage .....	77
a.) Grundsätzliches .....	77
b.) Verfahrensrechtliche Verbands- bzw. Vereinsklagen .....	77
c.) Bedeutung von Verbands- bzw. Vereinsklagen .....	77
ff. Sog. erkaufte Klagebefugnis („Sperrgrundstücke“) .....	79
h. Klagebefugnis von juristischen Personen .....	79
aa. Klagebefugnis von juristischen Personen des Privatrechts .....	79
bb. Klagebefugnis von juristischen Personen des öffentlichen Rechts .....	84
i. Klagebefugnis und EU-Recht .....	86
j. Klagebefugnis und EMRK .....	89
k. Ausnahmen von dem Erfordernis der Geltendmachung einer Rechtsverletzung .....	89
l. Zu Fragen der Beweislast im Verwaltungsprozess .....	90
m. Zusammenfassung zur Klagebefugnis bei der Anfechtungsklage .....	91
5. Erfolglose Durchführung des Widerspruchsverfahrens, §§ 68 ff. VwGO .....	92
a. Das Widerspruchsverfahren als Voraussetzung der Anfechtungsklage .....	92
b. Einordnung des Rechtsschutzbegehrens .....	93
c. Entbehrlichkeit der Durchführung eines Widerspruchsverfahrens .....	94
aa. Gesetzliche Ausnahmebestimmungen .....	95
a.) Gesetzlicher Ausschluss, § 68 I S. 2 Var. 1 VwGO .....	95
aa.) § 74 I S. 2 VwVfG i.V.m. § 70 VwVfG .....	96
bb.) § 75 S. 1 Var. 1 VwGO .....	96
b.) Die Erlassbehörde des Ausgangsverwaltungsakts ist eine oberste Bundes- oder Landesbehörde, § 68 I S. 2 Var. 2 Nr. 1 VwGO .....	97
c.) Erstmalige Beschwer durch den Abhilfebescheid oder Widerspruchsbescheid, § 68 I S. 2 Var. 2 Nr. 2 VwGO .....	98
bb. Ungeregelte Ausnahmen von der Durchführung .....	100
d. Form- und Fristenfordernisse des Widerspruchs, § 70 VwGO .....	102
aa. Form und notwendiger Inhalt .....	102

a.) Schriftform.....	102
b.) Elektronische Form .....	103
bb. Frist der Einlegung des Widerspruchs .....	104
a.) Bekanntgabe eines Verwaltungsakts.....	104
aa.) Rechtliche Existenz, äußere und innere Wirksamkeit.....	104
bb.) Bekanntgabe via Schriftform; Telefax; Computerfax .....	105
cc.) Elektronische Bekanntgabe .....	106
dd.) Bekanntgabe durch Datenabruf .....	107
ee.) Bekanntgabefiktion.....	107
ff.) Öffentliche Bekanntgabe .....	109
gg.) Bekanntgabe durch förmliche Zustellung .....	109
hh.) Folgen einer fehlerhaften Bekanntgabe .....	112
b.) Fristberechnung .....	113
aa.) Monatsfrist des § 70 I S. 1 VwGO .....	113
bb.) Fristende; „Montagsregelung“ des § 31 III S. 1 VwVfG .....	114
cc.) Gesetzliche/behördliche Fristen .....	114
dd.) Zugang des Widerspruchs .....	116
ee.) Verwaltungsakte mit Drittwirkung .....	116
ff.) Besonderheiten im Beamtenrecht.....	118
cc. Fehlende oder unrichtige Rechtsbehelfsbelehrung .....	119
dd. Mangelhafte Bezeichnung des Adressaten .....	123
ee. Einlegung des Widerspruchs bei einer falschen Behörde.....	123
e. Behördliche Sachentscheidung trotz verfristeter Erhebung des Widerspruchs .....	123
f. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand .....	125
6. Klagefrist, § 74 VwGO.....	126
7. Klagegegner (Beklagter), § 78 VwGO .....	132
a. Allgemeines.....	132
b. Anfechtung des Ausgangsverwaltungsakts in der Gestalt des Widerspruchsbescheids .....	133
c. Isolierte Anfechtung des Widerspruchsbescheids.....	134
d. Fazit bei der Bestimmung des Klagegegners und Beispiele.....	134
8. Weitere Sachentscheidungsvoraussetzungen.....	136
a. Beteiligungsfähigkeit, § 61 VwGO .....	136
b. Prozessfähigkeit, § 62 VwGO .....	137
c. Ordnungsgemäße Klageerhebung, §§ 81, 82 VwGO.....	139

d. Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis.....	141
II. Sachentscheidungsvoraussetzungen der Verpflichtungsklage.....	142
1. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs, § 40 I S. 1 VwGO .....	144
2. Zuständigkeit des Gerichts, §§ 45, 52 VwGO.....	144
3. Statthaftigkeit der Verpflichtungsklage .....	144
a. Erlass eines den Kläger begünstigenden Verwaltungsakts .....	144
b. Klagen Dritter .....	148
aa. Polizeirecht/Ordnungsrecht.....	148
bb. Öffentliches Baurecht.....	149
cc. Öffentlich-rechtliche Konkurrentenklagen .....	149
c. Isolierte Anfechtung des Versagungsbescheids .....	149
d. Rechtsschutz gegen Nebenbestimmungen.....	150
e. Rechtsschutz trotz abgelaufener Anfechtungsfrist .....	150
4. Klagebefugnis, § 42 II VwGO.....	151
a. Möglichkeit der Rechtsverletzung.....	151
b. Drittklagen .....	153
aa. Baurechtliche Nachbarklage .....	154
a.) Anspruch auf Einschreiten beim „Schwarzbau“ und nach Aufhebung der Baugenehmigung .....	154
b.) Anspruch auf Einschreiten gegen rechtswidrige, genehmigungsfreie bzw. genehmigungsfreigestellte Vorhaben .....	155
bb. Wirtschaftsverwaltungsrechtliche Konkurrentenklage .....	156
5. Vorverfahren, §§ 68 ff. VwGO.....	158
6. Klagefrist, § 74 VwGO.....	158
7. Übrige Sachentscheidungsvoraussetzungen .....	159
III. Sachentscheidungsvoraussetzungen der allgemeinen Leistungsklage .....	160
1. Verwaltungsrechtsweg, § 40 VwGO.....	162
2. Zuständigkeit des Gerichts, §§ 45, 52 VwGO.....	163
3. Statthaftigkeit der allgemeinen Leistungsklage.....	163
a. Leistungsvornahmeklage .....	163
aa. Abgrenzung von Verwaltungsakt und Realakt .....	163
bb. Verwaltungsrechtlicher Vertrag .....	165
b. Leistungsunterlassungsklage/Abwehrklage .....	166
c. Zur Zulässigkeit einer vorbeugenden Unterlassungsklage.....	167
4. Klage- bzw. Prozessführungsbefugnis.....	168
5. Vorverfahren, Frist .....	169

6. Klagegegner.....	169
7. Übrige Sachentscheidungs Voraussetzungen .....	170
IV. Sachentscheidungs Voraussetzungen der Feststellungsklagen .....	172
1. Anfechtungsfortsetzungsfeststellungsklage, § 113 I S. 4 VwGO .....	172
a. Verwaltungsrechtsweg.....	174
b. Zuständigkeit des Gerichts.....	175
c. Statthafte Klageart .....	175
aa. Erledigung des Verwaltungsakts.....	175
bb. „Vorherige“ Erledigung.....	177
d. Klagebefugnis, § 42 II VwGO .....	177
e. Vorverfahren, §§ 68 ff. VwGO .....	178
f. Klagefrist, § 74 VwGO .....	178
g. Klagegegner, § 78 VwGO.....	178
h. Fortsetzungsfeststellungsinteresse, § 113 I S. 4 VwGO.....	178
aa. Schutzwürdiges Interesse rechtlicher Art (Wiederholungsgefahr) .....	179
bb. Schutzwürdiges Interesse ideeller Art (Rehabilitationsinteresse) .....	179
cc. Schutzwürdiges Interesse wirtschaftlicher Art (Vorbereitung eines Amtshaftungs- oder Entschädigungsprozesses).....	184
i. Allgemeine Sachentscheidungs Voraussetzungen.....	185
2. Verpflichtungsfortsetzungsfeststellungsklage, § 113 V, I S. 4 VwGO analog.....	187
a. Verwaltungsrechtsweg.....	188
b. Zuständigkeit des Gerichts.....	188
c. Statthafte Klageart .....	188
aa. Erledigung des begehrten Verwaltungsakts .....	188
bb. Analoge Anwendung des § 113 I S. 4 VwGO .....	190
a.) Regelungslücke (Unvollständigkeit im Gesetz) .....	190
b.) Interessengleichheit.....	190
c.) Planwidrigkeit.....	190
d. Klagebefugnis, § 42 II VwGO analog .....	191
e. Vorverfahren, §§ 68 ff. VwGO .....	191
f. Klagefrist, § 74 VwGO .....	191
g. Klagegegner, § 78 VwGO.....	191
h. Fortsetzungsfeststellungsinteresse, § 113 I S. 4 VwGO analog .....	191
i. Weitere Sachentscheidungs Voraussetzungen .....	191
3. Erweiterte Fortsetzungsfeststellungsklage, § 113 I S. 4 VwGO analog .....	193
a. Verwaltungsrechtsweg.....	194

b. Zuständigkeit des Gerichts .....	194
c. Statthafte Klageart .....	194
aa. Erledigung des Verwaltungsakts vor Klageerhebung.....	194
bb. Analoge Anwendung des § 113 I S. 4 VwGO .....	195
d. Klagebefugnis, § 42 II VwGO analog .....	195
e. Vorverfahren, §§ 68 ff. VwGO .....	196
f. Klagefrist, § 74 I i.V.m. § 58 I, II VwGO .....	198
g. Klagegegner .....	199
h. Fortsetzungsfeststellungsinteresse, § 113 I S. 4 VwGO.....	199
i. Weitere Sachentscheidungsvoraussetzungen .....	199
4. Allgemeine Feststellungsklage, § 43 I VwGO .....	200
a. Verwaltungsrechtsweg, § 40 I VwGO .....	201
b. Zuständigkeit des Gerichts, §§ 45 ff., § 52 VwGO .....	201
c. Statthafte Klageart, § 43 I VwGO.....	201
aa. Feststellung des Bestehens/Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses .....	201
a.) Rechtsverhältnis .....	201
aa.) Definition.....	201
bb.) Begründungsmöglichkeiten .....	202
(a.) Durch Normen .....	203
(b.) Durch Verwaltungsakt.....	205
b.) Zeitmoment .....	205
c.) Vorbeugende Feststellungsklage .....	206
d.) Feststellungsklage im Drittrechtsverhältnis.....	206
bb. Nichtigkeitsfeststellungsklage, § 43 I Var. 2 VwGO .....	206
cc. Subsidiarität .....	207
a.) Grundsatz der Subsidiarität.....	207
b.) Ausnahmen von der Subsidiaritätsklausel.....	208
aa.) Gesetzliche Ausnahmebestimmung, § 43 II S. 2 VwGO .....	208
bb.) Einzig in Betracht kommende Klageart .....	208
cc.) Rechtsschutzintensivere Klageart .....	208
dd.) Klagegegner öffentlich-rechtliche Körperschaft (str.) .....	209
d. Klagebefugnis gem. § 42 II VwGO analog?.....	210
e. Feststellungsinteresse .....	210
f. Übrige Sachentscheidungsvoraussetzungen.....	212
g. Klagegegner .....	212



h. Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis.....	212
V. Sachentscheidungs Voraussetzungen des Normenkontrollverfahrens,	
§ 47 VwGO.....	214
1. Allgemeines .....	214
2. Prüfungsaufbau des verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahrens...	215
3. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs, § 47 I i.V.m. § 40 VwGO .....	216
4. Zuständigkeit des OVG.....	216
5. Vorbehalt zugunsten der Landesverfassungsgerichtsbarkeit.....	217
6. Statthaftigkeit des Normenkontrollantrags, § 47 VwGO .....	217
7. Antragsbefugnis, § 47 II S. 1 VwGO .....	224
a. Die Geltendmachung einer subjektiven Rechtsposition.....	224
b. Die Befristung des Normenkontrollantrags (Antragsfrist) .....	230
8. Antragsgegner, § 47 II S. 2 VwGO .....	231
9. Beteiligungs- und Prozessfähigkeit, § 47 II VwGO .....	232
10. Ordnungsgemäße Form der Antragstellung, §§ 81, 82 VwGO analog .....	232
11. Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis .....	232
a. Von natürlichen und juristischen Personen .....	232
b. Von Behörden.....	233
12. Beiladung.....	233
VI. Sachentscheidungs Voraussetzungen der Normerlassklage.....	234
1. Allgemeines .....	234
2. Verfassungsrechtliche Bedenken .....	234
3. Verwaltungs- oder verfassungsrechtliche Streitigkeit? .....	235
4. Statthafte Klage- bzw. Verfahrensart.....	235
5. Feststellungsinteresse/Klagebefugnis .....	237
6. Sonstige Sachentscheidungs Voraussetzungen .....	237
7. Exkurs: Begründetheit der Normerlassklage .....	237
VII. Sachentscheidungs Voraussetzungen der Organklage.....	239
1. Allgemeines .....	239
2. Sachentscheidungs Voraussetzungen.....	241
a. Verwaltungsrechtsweg.....	241
b. Zuständiges Gericht .....	242
c. Statthafte Klage- oder Verfahrensart.....	242
d. Klagebefugnis.....	245
e. Richtiger Klagegegner .....	247
f. Beteiligungs- und Prozessfähigkeit .....	247

g. Sonstige Sachentscheidungs Voraussetzungen .....	248
3. Exkurs: Begründetheit .....	248
<b>3. Kapitel – Prozessuale Erleichterungen.....</b>	<b>249</b>
A. Beiladung, § 65 VwGO.....	249
B. Objektive Klagehäufung, § 44 VwGO .....	251
<b>4. Kapitel – Begründetheit verwaltungsgerichtlicher Verfahren.....</b>	<b>253</b>
A. Begründetheit der Anfechtungsklage .....	253
I. Rechtsgrundlage für den Erlass des belastenden Verwaltungsakts .....	256
1. Auffinden und Bestimmen der Rechtsgrundlage .....	257
a. Spezielle Rechtsgrundlagen .....	257
b. Allgemeine Rechtsgrundlagen.....	258
2. Einfluss des EU-Rechts auf die Prüfung des Verwaltungsakts .....	259
a. Notwendigkeit und Begründung eines Anwendungsvorrangs.....	259
b. Anwendungsvorrang auch gegenüber Verfassungsrecht.....	260
c. Vollständig oder teilweise determinierendes EU-Recht.....	262
II. Formelle Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts.....	269
III. Materielle Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts.....	269
1. Rechtmäßigkeit der Rechtsgrundlage .....	270
a. Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht.....	270
b. Besonderheiten bezüglich des EU-Rechts.....	271
2. Vereinbarkeit des Verwaltungsakts mit der Rechtsgrundlage.....	274
3. Nennung einer falschen Rechtsgrundlage im Verwaltungsakt .....	275
IV. Zeitpunkt für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage.....	276
V. Nachschieben von Gründen im Anfechtungsprozess.....	281
1. Allgemeines.....	281
2. Grundsätzliche Zulässigkeit .....	281
3. Grenzen der Zulässigkeit.....	281
VI. Rechtsverletzung beim Kläger .....	283
VII. Materielle Bestandskraft der gerichtlichen Entscheidung .....	284
B. Begründetheit der Verpflichtungsklage.....	285
I. Anspruchsgrundlage .....	287
1. Genehmigung von Vorhaben .....	287
a. Genehmigungspflichtigkeit.....	287
b. Genehmigungsfähigkeit.....	288
2. Zusicherung als Anspruchsgrundlage .....	288

3. Öffentlich-rechtlicher Vertrag als Anspruchsgrundlage.....	289
4. Einzelne Anspruchsgrundlagen .....	289
5. Gemeinderechtliche Anspruchsgrundlagen.....	289
6. Grundrechte als Anspruchsgrundlage .....	290
II. Formelle Voraussetzungen des begünstigenden Verwaltungsakts .....	292
III. Materielle Voraussetzungen des begünstigenden Verwaltungsakts .....	292
1. Gebundene Entscheidung .....	292
2. Ermessen .....	292
IV. Maßgeblicher Zeitpunkt .....	295
C. Begründetheit der allgemeinen Leistungsklage .....	296
I. Vertragsansprüche .....	296
II. Folgenbeseitigungsansprüche .....	299
1. Allgemeines.....	299
2. Typische Klausurkonstellationen .....	299
3. Besonderheiten zu den Sachentscheidungsvoraussetzungen .....	300
4. Begründetheit des Folgenbeseitigungsanspruchs .....	301
III. Öffentlich-rechtlicher Unterlassungsanspruch .....	301
IV. Öffentlich-rechtlicher Erstattungsanspruch .....	304
D. Begründetheit der Feststellungsklagen.....	305
I. Begründetheit der Anfechtungsfortsetzungsfeststellungsklage.....	305
II. Begründetheit der Verpflichtungsfortsetzungsfeststellungsklage.....	307
III. Begründetheit der erweiterten Fortsetzungsfeststellungsklage .....	307
IV. Begründetheit der allgemeinen Feststellungsklage .....	308
1. Feststellungsklage nach § 43 I Var. 1 VwGO.....	308
2. Nichtigkeitsfeststellungsklage nach § 43 I Var. 2 VwGO.....	308
E. Begründetheit des Normenkontrollantrags.....	309
I. Rechtsgrundlage .....	309
II. Formelle Rechtmäßigkeit .....	310
1. Zuständigkeit.....	310
2. Verfahren/Form .....	310
III. Materielle Rechtmäßigkeit .....	311
IV. Tenor des Gerichts .....	311
V. Ergänzendes Verfahren bei Bebauungsplänen .....	311

<b>5. Kapitel – Sonderfälle zu den Verwaltungsakt-Klagen .....</b>	<b>312</b>
A. <i>Reformatio in peius</i> im Widerspruchsverfahren.....	312
B. Anfechtungsklage gegen Rücknahme/Widerruf eines VA .....	320
I. Sachentscheidungs Voraussetzungen .....	320
II. Begründetheit .....	320
<b>6. Kapitel – Vorläufiger Rechtsschutz .....</b>	<b>323</b>
A. Einleitung .....	323
B. Der Regelungsgehalt des § 80 VwGO .....	325
I. Die aufschiebende Wirkung, § 80 I VwGO.....	325
1. Allgemeines .....	325
2. Meinungsstand .....	325
3. Bewertung .....	326
4. Abhängigkeit der aufschiebenden Wirkung von den Erfolgsaussichten des Rechtsbehelfs .....	328
5. Zusammenfassung.....	329
II. Ausnahmen vom Grundsatz der aufschiebenden Wirkung, § 80 II VwGO .....	330
1. Anforderung von öffentlichen Abgaben u. Kosten, § 80 II S. 1 Nr. 1 VwGO ..	331
a. Öffentliche Abgaben.....	331
b. Öffentliche Kosten.....	332
c. Nicht: Kostenbescheid nach Ersatzvornahme .....	332
2. Unaufschiebbare Anordnungen und Maßnahmen von Polizeivollzugsbeamten, § 80 II S. 1 Nr. 2 VwGO.....	332
3. Andere durch Bundesgesetz oder für Landesrecht durch Landesgesetz vorgeschriebene Fälle, § 80 II S. 1 Nr. 3 VwGO .....	333
a. Bundesgesetz .....	333
b. Landesgesetz.....	335
c. Verfassungsgemäßheit des § 80 II S. 1 Nrn. 1 bis 3 VwGO .....	336
4. Anordnung der sofortigen Vollziehung, § 80 II S. 1 Nr. 4 VwGO .....	336
5. Beginn und Dauer der aufschiebenden Wirkung des § 80 I VwGO.....	338
a. Beginn der aufschiebenden Wirkung .....	338
b. Dauer der aufschiebenden Wirkung .....	338
c. Umfang der aufschiebenden Wirkung.....	339
III. Die behördliche Aussetzung der Vollziehung, § 80 IV VwGO.....	341
IV. Die gerichtliche Anordnung oder Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung, § 80 V VwGO .....	343
1. Sachentscheidungs Voraussetzungen des Eilantrags nach § 80 V VwGO .....	343

a. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs und Zuständigkeit des Gerichts ..	344
b. Statthafte Verfahrensart .....	345
aa. Problem der „faktischen“ Vollziehung.....	345
bb. Problem der (vorbeugenden) Feststellung der Rechtswidrigkeit einer angedrohten sofortigen Vollziehung.....	346
c. Besondere Sachentscheidungsvoraussetzungen entsprechend dem Hauptsacheverfahren.....	347
aa. Antragsbefugnis, § 42 II VwGO analog .....	347
bb. Antragsgegner, § 78 I VwGO analog .....	347
d. Allgemeine Sachentscheidungsvoraussetzungen .....	347
aa. Beteiligten- und Prozessfähigkeit, §§ 61, 62 VwGO, und Frist, § 74 VwGO .....	347
bb. Formerfordernisse, §§ 81, 82 VwGO analog .....	347
cc. Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis.....	348
a.) Widerspruchsverfahren .....	348
b.) Behördliches Aussetzungsverfahren.....	349
2. Begründetheit des Eilantrags nach § 80 V VwGO .....	350
a. Prüfungsinhalt .....	350
b. Prüfungsdichte .....	352
c. Obersatzbildung und Prüfungsaufbau .....	353
d. Anordnung und Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung .....	354
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.....	354
f. Begründetheit des Eilantrags nach § 80 V S. 1 Var. 2 VwGO im Fall des § 80 II S. 1 Nr. 4 VwGO.....	356
aa. Formelle Rechtmäßigkeit der Anordnung der sofortigen Vollziehung .	358
a.) Zuständigkeit .....	358
b.) Verfahren .....	358
c.) Form, insbesondere Begründung der Vollziehungsanordnung.....	359
bb. Materielle Rechtmäßigkeit der Anordnung der sofortigen Vollziehung..	361
cc. Übungsfall .....	362
g. Begründetheit des Antrags nach § 80 V S. 3 VwGO auf Anordnung der Aufhebung der Vollziehung .....	365
C. Vorläufiger Rechtsschutz nach § 80a VwGO .....	366
I. § 80a I VwGO .....	367
1. Antrag bei der Behörde.....	367

2. Antrag bei Gericht .....	367
a. Sachentscheidungsvoraussetzungen .....	367
aa. Statthafte Verfahrensart .....	367
bb. Antragsbefugnis, § 42 II VwGO analog .....	368
cc. Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis .....	368
b. Begründetheit .....	369
II. § 80a II VwGO .....	370
D. Die einstweilige Anordnung, § 123 VwGO .....	371
I. Allgemeines .....	371
II. Prüfungsaufbau .....	373
1. Sachentscheidungsvoraussetzungen .....	374
a. Verwaltungsrechtsweg und gerichtliche Zuständigkeit .....	374
b. Statthafte Verfahrensart .....	374
c. Antragsbefugnis, § 42 II (bzw. Feststellungsinteresse, § 43 I Hs. 2) VwGO analog .....	376
aa. Anordnungsanspruch .....	377
bb. Anordnungsgrund .....	377
d. Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis .....	378
e. Besonderheiten der übrigen Sachentscheidungsvoraussetzungen .....	379
2. Begründetheit .....	380
a. Anordnungsanspruch .....	380
b. Anordnungsgrund .....	381
c. Glaubhaftmachung .....	381
d. „Ermessensentscheidung“ des Gerichts .....	381
E. Vorläufiger Rechtsschutz im Normenkontrollverfahren, § 47 VI VwGO .....	383
I. Sachentscheidungsvoraussetzungen .....	383
1. Verwaltungsrechtsweg .....	383
2. Zuständigkeit des OVG .....	383
3. Statthafte Verfahrensart .....	384
4. Antragsbefugnis .....	384
5. Antragsgegner .....	384
6. Rechtsschutzbedürfnis .....	384
II. Begründetheit .....	385
<b>7. Kapitel – Vorbeugender Rechtsschutz .....</b>	<b>387</b>
I. Vorbeugende Unterlassungsklage gegen schlicht hoheitliches Handeln .....	388
II. Vorbeugende Unterlassungsklage gegen Verwaltungsakte .....	389

III. Vorbeugende Feststellungsklage.....	390
IV. Vorbeugender Rechtsschutz gegen drohende Rechtsnormen .....	391
V. Zusammenfassung zum vorbeugenden Rechtsschutz.....	391
<b>8. Kapitel – Das Widerspruchsverfahren .....</b>	<b>392</b>
A. Der Widerspruch als förmlicher außergerichtlicher Rechtsbehelf .....	392
B. Anwendbares Recht.....	393
C. Ablauf des Widerspruchsverfahrens.....	393
I. Devolutiveffekt .....	395
II. Suspensiveffekt .....	396
D. Qualifikation eines Verhaltens als Widerspruch.....	396
E. Aufbau einer Widerspruchsklausur .....	397
I. Zulässigkeit des Widerspruchs .....	398
1. Verwaltungsrechtsweg, § 40 VwGO analog .....	398
2. Statthaftigkeit des Widerspruchs, § 68 VwGO .....	399
a. Anfechtungswiderspruch, § 68 I VwGO .....	399
b. „Verpflichtungswiderspruch“, § 68 II, I VwGO .....	399
c. Statthaftigkeit in sonstigen gesetzlich angeordneten Fällen .....	400
d. Ausnahmen von der Statthaftigkeit.....	400
aa. Gesetzliche Bestimmungen, § 68 I S. 2 Var. 1 VwGO .....	400
bb. Entbehrlichkeit nach § 68 I S. 2 Var. 2 VwGO.....	400
cc. Ungeregelte Fälle der Entbehrlichkeit.....	401
dd. Statthaftigkeit eines Fortsetzungsfeststellungswiderspruchs? .....	402
3. Widerspruchsbefugnis.....	402
4. Form- und Fristerfordernisse, §§ 70 ff. VwGO .....	404
a. Form und notwendiger Inhalt; Fristberechnung .....	404
b. Fehlende oder unrichtige Rechtsbehelfsbelehrung.....	404
c. Zustellung eines Verwaltungsakts .....	404
d. Mangelhafte Bezeichnung des Adressaten .....	404
e. Erhebung des Widerspruchs bei einer falschen Behörde .....	405
f. Rücknahme des Widerspruchs .....	405
5. Beteiligungs- und Handlungsfähigkeit, § 79 i.V.m. §§ 11, 12 VwVfG.....	406
6. Rechtsschutzbedürfnis/Widerspruchsinteresse.....	406
II. Begründetheit des Widerspruchs.....	406
1. Rechtsgrundlage/Anspruchsgrundlage .....	408
2. Formelle Rechtmäßigkeit .....	408
3. Materielle Rechtmäßigkeit .....	409

4. Maßgeblicher Zeitpunkt.....	409
5. Rechtsverletzung beim Widerspruchsführer.....	410
6. Prüfungsmaßstab Zweckmäßigkeit .....	410
7. Unbeachtlichkeitsregelung des § 46 VwVfG.....	411



# 1. Kapitel – Übersicht über die Verwaltungsgerichtsbarkeit und die Rechtsbehelfe

## A. Überblick über die Verwaltungsgerichtsbarkeit

Obwohl Art. 20 III GG die Bindung der Verwaltung an Gesetz und Recht festschreibt, bedarf es einer **gerichtlichen Kontrolle**. Zum einen fordert dies schon das Gewaltenteilungsprinzip, das eine gegenseitige Hemmung und Kontrolle der drei Staatsgewalten vorsieht<sup>1</sup>, 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 Beschreibung 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 allgemeine<sup>2</sup> 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).<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Vgl. dazu näher *R. Schmidt*, Staatsorganisationsrecht, Rn 161 ff.

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> Zu den sachlichen und örtlichen Zuständigkeiten der Gerichte vgl. eingehend Rn 106 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. Rechtsnatur der formlosen Rechtsbehelfe**

- 3 Die formlosen Rechtsbehelfe lassen sich aus dem Petitionsrecht des Art. 17 GG ableiten.<sup>4</sup> Sie können formlos erhoben werden und sind auch nicht an Fristen gebunden.<sup>5</sup> Anders als die förmlichen Rechtsbehelfe setzen sie zudem keine eigene Beschwer 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 Gegenvorstellung kann sich der Betroffene an die Verwaltungsbehörde wenden mit dem Ziel, den fraglichen Verwaltungsakt oder die fragliche schlichte Verwaltungshandlung nochmals auf Recht- und Zweckmäßigkeit hin zu überprüfen.<sup>6</sup>

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

- 6 Mit der Fachaufsichtsbeschwerde kann sich der Betroffene an die Fachaufsichtsbehörde wenden mit dem Begehren, diese solle eine von der Ausgangsbehörde vorgenommene Verwaltungshandlung, die der Beschwerdeführer für nicht rechtmäßig und/oder nicht zweckmäßig hält, aufheben oder ändern. Da dies letztlich auch Ziel des förmlichen Rechtsbehelfs *Widerspruch* gem. §§ 68 ff. VwGO ist, sind Abgrenzungsprobleme immanent. Liegen die Voraussetzungen des Widerspruchs vor, ist das Begehren als

---

<sup>4</sup> *Hufen*, VerwProzR, § 1 Rn 45.

<sup>5</sup> Vgl. auch *Schenke*, VerwProzR, Rn 2.

<sup>6</sup> Vgl. *Schenke*, VerwProzR, Rn 3; *Hufen*, VerwProzR, § 1 Rn 45; BVerwGE 93, 9 ff.

Widerspruch zu bewerten, da nur mit dem Widerspruch ein Suspensiv- und Devolutiv-effekt verbunden sein kann (zur Abgrenzung vgl. Rn 216 ff.).

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

Die Dienstaufsichtsbeschwerde ist an den Dienstvorgesetzten eines Angehörigen des öffentlichen Dienstes gerichtet. Sie ist nicht auf eine Überprüfung des Ergebnisses eines Verwaltungshandelns gerichtet, sondern zielt auf eine dienst- bzw. disziplinarrechtliche Würdigung des angegriffenen *persönlichen* Verhaltens durch die Dienstaufsichtsbehörde.<sup>7</sup>

7

### **3. Wirkung der formlosen Rechtsbehelfe**

Nachteil dieser formlosen Eingaben ist, dass sich aus ihnen 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 einen Anspruch darauf, dass die Behörde den formlosen Rechtsbehelf entgegennimmt, sich mit ihm beschäftigt und ihn auch beantwortet (Anspruch auf **informatorischen Bescheid**).<sup>8</sup> Kommt die Behörde dieser Pflicht nicht nach, stehen dem Beschwerdeführer die förmlichen Rechtsbehelfe der VwGO, gerichtet auf Befassung mit der Sache und zur informatorischen Verbescheidung, zur Verfügung.

8

Schließlich ist zu beachten, dass die formlosen Rechtsbehelfe weder einen Suspensiv- noch einen Devolutiveffekt entfalten (vgl. zu diesen Rn 883 ff.). Die Einlegung eines formlosen Rechtsbehelfs führt also weder dazu, dass die in Frage stehende behördliche Maßnahme in ihrer Vollziehung gehemmt wird, noch, dass die Aufsichtsbehörde durch eine Aufsichtsbeschwerde eine eigene Zuständigkeit erhält. Im Rahmen einer Aufsichtsbeschwerde erhält die Aufsichtsbehörde also keine eigene Sachentscheidungskompetenz, sondern kann der Sache nur durch innerdienstliche Weisung an die untere Behörde bzw. den Amtswalter abhelfen.

9

## **II. Förmliche Rechtsbehelfe**

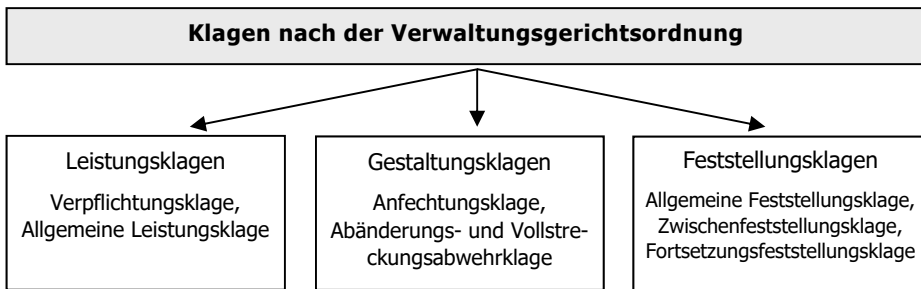
Förmlichen Rechtsbehelfen kommt eine verbindliche Wirkung zu. Der Rechtsschutzsuchende hat ein Recht auf Entscheidung in der Sache, sofern die Sachentscheidungsvoraussetzungen des Rechtsbehelfs vorliegen. Zumeist ist der Rechtsbehelf form- und fristgebunden; auch ist eine materielle Beschwer erforderlich. 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. Zwar hat die VwGO auf eine (enumerative) Aufzählung der Klagearten verzichtet, nach den in Betracht kommenden Individualklagebegehren lassen sich aber – wie sich aus § 43 I, II VwGO ergibt – drei Klage**formen** festmachen, Leistungs-, Gestaltungs- und Feststellungsklagen. Daneben kennt die VwGO sonstige Verfahrensarten wie die Normenkontrolle nach § 47<sup>9</sup>, das Widerspruchsverfahren nach den §§ 68 ff. in seiner Funktion als Vorverfahren und den vorläufigen Rechtsschutz nach den §§ 123, 80 V, 80a und 47 VI.

10

<sup>7</sup> Vgl. *Schenke*, VerwProzR, Rn 5; *Hufen*, VerwProzR, § 1 Rn 45.

<sup>8</sup> Vgl. auch *Schenke*, VerwProzR, Rn 6.

<sup>9</sup> 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 S. 1, 43 II S. 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* zielt darauf ab, von der Verwaltung ein Tun, Dulden oder Unterlassen, dem keine Verwaltungsaktqualität zukommt, zu verlangen.<sup>10</sup> Ist sie auf Vornahme schlichten Verwaltungshandelns gerichtet, spricht man von Leistungsvornahmeklage; anderenfalls von Abwehr- bzw. Unterlassungsklage.

#### Beispiele:

- (1) Warnt die Regierung (eine Warnung stellt keinen Verwaltungsakt dar, sondern schlichtes Verwaltungshandeln) die Bevölkerung vor angeblich gesundheitsschädlichem Wein und meidet diese den genannten Wein, können die betroffenen Winzer und Weinhändler infolge der mit der Warnung verbundenen Umsatzeinbußen ei-

<sup>10</sup> BVerwG NVwZ 2024, 177, 178.

## Übersicht über die Verwaltungsgerichtsbarkeit und die Rechtsbehelfe

nerseits auf Widerruf der Äußerung (= Folgenbeseitigung mit Hilfe der Leistungsvornahmeklage) und andererseits auf Unterlassung weiterer Warnungen klagen.<sup>11</sup>

- (2) 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.<sup>12</sup>
- (3) 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.

Droht ein bevorstehendes Verwaltungshandeln, ist die allgemeine Leistungsklage in Form der **vorbeugenden Unterlassungsklage** statthaft, wenn sich das drohende Verwaltungshandeln hinreichend konkret abzeichnet und insbesondere die für eine Rechtmäßigkeitsprüfung erforderliche Bestimmtheit aufweist.<sup>13</sup>

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

### 2. Klageform - Gestaltungsklagen

Die Gestaltungsklagen dienen der unmittelbaren – klägerbegünstigenden – Änderung der Rechtslage. Die Rechtsänderung tritt durch das Urteil mit dessen Rechtskraft ein (vgl. § 121 VwGO). 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 Baubeseitigungsanordnung (= Verwaltungsakt). B ist der Meinung, dass der Bau genehmigungsfähig und die Anordnung 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,

16

<sup>11</sup> Vgl. BVerfGE 105, 252 ff. (Glykolwein).

<sup>12</sup> Vgl. BVerfGE 105, 279 ff. (Sektenwarnung).

<sup>13</sup> BVerwG NVwZ 2024, 177, 178 (vorbeugende Unterlassungsklage ggü BND im Hinblick auf die künftige Anhörung Dritter).

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 ursprünglichen Urteil festgestellten 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.<sup>14</sup> 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.<sup>15</sup> 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 voreilenden 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 erreichen<sup>16</sup>, 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*

<sup>14</sup> Vgl. dazu BVerwG NVwZ 2003, 214 ff.

<sup>15</sup> W.-R. Schenke, in: Kopp/Schenke, VwGO, § 167 Rn 2 und 14.

<sup>16</sup> W.-R. Schenke, in: Kopp/Schenke, VwGO, § 43 Rn 33 f.

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.

#### 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 nach allgemeiner Auffassung 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. 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 auf § 80a VwGO verwiesen. 22

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 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 Prüfungsschema<sup>17</sup>:

<b>Sachentscheidungsvoraussetzungen eines verwaltungsgerichtlichen Verfahrens</b>
<p>(1) Zuerst wird die <b>Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs</b> festgestellt, § 40 I VwGO bzw. aufdrängende Spezialzuweisungen.</p> <p>(2) Sodann sollte die <b>Zuständigkeit des (Verwaltungs-)Gerichts</b> geprüft werden.</p> <p>(3) Danach ist die <b>Statthaftigkeit der Klageart</b> (zulässige Verfahrensart) zu bestimmen.</p> <p>(4) Des Weiteren werden die <b>besonderen Sachentscheidungsvoraussetzungen</b> (verfahrensartabhängige Zulässigkeitsvoraussetzungen), die sich konkret auf die als statthaft erklärte Klage- bzw. Verfahrensart beziehen, geprüft. Bei der Anfechtungs- und Verpflichtungsklage (§ 42 I VwGO)<sup>18</sup> beispielsweise sind dies:</p> <ul style="list-style-type: none"><li>(a) <b>Klagebefugnis</b>, § 42 II VwGO.</li><li>(b) <b>Vorverfahren</b>, §§ 68 ff. VwGO.</li><li>(c) <b>Klagefrist</b>, § 74 VwGO.</li><li>(d) <b>Klagegegner</b>, § 78 VwGO.<sup>19</sup></li></ul> <p>(5) Schließlich sind die <b>allgemeinen</b>, für alle Klage- und Verfahrensarten gleichermaßen zu prüfenden <b>Sachentscheidungsvoraussetzungen</b> zu untersuchen. Dies sind regelmäßig:</p> <ul style="list-style-type: none"><li>(a) <b>Beteiligungsfähigkeit</b>, § 61 VwGO.</li><li>(b) <b>Prozessfähigkeit</b>, § 62 VwGO.</li><li>(c) <b>Ordnungsgemäße Klageerhebung</b>, §§ 81, 82 VwGO.</li><li>(d) <b>Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis</b>.</li></ul>

- 23a Über das Vorliegen der Sachentscheidungsvoraussetzungen entscheidet das Gericht. Kommt es nach entsprechender Prüfung zu dem Ergebnis, dass eine (zwingende)

<sup>17</sup> Eine andere Prüfungsreihenfolge ist sicherlich möglich (siehe etwa das Schema bei *Schenke*, VerwProzR, Rn 79). 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.

<sup>18</sup> Nicht oder nur eingeschränkt für die Untätigkeitsklage.

<sup>19</sup> 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 Rn 301 ff.



Sachentscheidungsvoraussetzung 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**).<sup>20 21</sup>

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** Daraus folgt, dass sowohl der *Verwaltungsrechtsweg* als auch die *gerichtliche Zuständigkeit* grundsätzlich **keine** Zulässigkeitsvoraussetzungen der Klage sind.<sup>22</sup> Aus diesem Grund muss dafür plädiert werden, entweder die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs und die gerichtliche Zuständigkeit außerhalb der Zulässigkeitsvoraussetzungen zu prüfen<sup>23</sup> 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 **Sachentscheidungsvoraussetzungen** gesprochen wird<sup>24</sup>. Zu diesen gehören der Verwaltungsrechtsweg und die gerichtliche Zuständigkeit in jedem Fall.<sup>25</sup>

Im Übrigen ist zu beachten, dass im Rahmen einer Fallbearbeitung nicht auf alle Sachentscheidungsvoraussetzungen detailliert eingegangen werden muss. Vielmehr bedarf es nur dann einer Prüfung, wenn bezüglich des Vorliegens einer Sachentscheidungsvoraussetzung 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 und im Sachverhalt keinerlei Anhaltspunkte erkennbar sind, die auf einen diesbezüglichen Fehler hindeuten. Stets anzusprechen sind m.E. jedoch der Verwaltungsrechtsweg, die statthafte Verfahrensart (und die sie betreffenden besonderen Sachentscheidungsvoraussetzungen), 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

<sup>20</sup> Zu beachten ist jedoch, dass die Verweisung *innerhalb* des Verwaltungsrechtswegs wegen Unzuständigkeit des angerufenen Gerichts über § 83 VwGO zu erfolgen hat.

<sup>21</sup> Des Weiteren ist zu beachten, dass die fehlende Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs in jedem Fall zur Unzulässigkeit des Verwaltungsrechtswegs führt, wenn es sich in der Sache um einen verfassungsrechtlichen Streit handelt.

<sup>22</sup> Anders aber *Ruthig*, in: Kopp/Schenke, § 40 Rn 2; *Schenke*, VerwProzR, Rn 62; *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.

<sup>23</sup> So *Stegmüller*, JuS 2010, 907, 910; *Jahn*, JuS 2001, 173; *Janson/Schultes*, JuS 2016, 618, 619; *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.

<sup>24</sup> Vgl. bereits die 1. Aufl. 1997 sowie *v. Coelln*, AL 2014, 59, 60; *Peine*, AL 2013, 271, 272; *Brenner*, JuS 2005, 344; *Stern/Blanke*, Rn 181; *Schmitt/Glaeser/Horn*, VerwProzR, Rn 33 ff.; *Ehlers*, in: Schoch/Schneider, VwGO, Vorb § 40 Rn 8; *Gersdorf*, VerwProzR, Rn 1; *Ipsen*, AllgVerwR, Rn 1164 ff.; *Hufen*, VerwProzR, § 10 Rn 1 a.E.; *Mann/Wahrendorf*, VerwProzR, § 7 Rn 1 ff. i.V.m. § 9 Rn 1 ff.; *Loos*, JA 2001, 698, 699.

<sup>25</sup> Des Weiteren ist zu beachten, dass die Verweisungsvorschrift des § 17a II GVG nach vorzugswürdiger Auffassung auch im verwaltungsgerichtlichen Eilverfahren (Rn 931 ff.) gilt (VGH Kassel NVwZ 2003, 238; VGH München BayVBl 1993, 309, 310), demzufolge auch dort entweder der Verwaltungsrechtsweg außerhalb der Zulässigkeitsvoraussetzungen zu prüfen ist oder von Sachentscheidungsvoraussetzungen gesprochen werden muss. Nach der Gegenauffassung (OVG Koblenz NVwZ 1993, 381; VGH Kassel NJW 1994, 145; *Stegmüller*, JuS 2010, 907, 910) ist § 17a II GVG auf das Hauptsacheverfahren beschränkt und nicht im verwaltungsgerichtlichen Eilverfahren anwendbar, sodass nach dieser Auffassung im verwaltungsgerichtlichen Eilverfahren der Verwaltungsrechtsweg eine echte Zulässigkeitsvoraussetzung ist.

- 24a Hinsichtlich des Prüfungsumfangs gilt: 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.

### A. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs, § 40 I VwGO

- 25 Wie bereits in der Einführung dargestellt wurde, muss zunächst der Verwaltungsrechtsweg eröffnet sein. Die Rechtswegeröffnung kann gem. § 173 VwGO nach §§ 17, 17a GVG erfolgen oder aber nach § 40 I S. 1 VwGO. Bezüglich § 40 I S. 1 VwGO ist zu beachten, dass diese Vorschrift – anders als § 13 BVerfGG – nicht dem Enumerativprinzip folgt; sie macht den Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten also nicht vom Vorliegen bestimmter, enumerativ aufgezählter Verfahrensarten oder Handlungsformen der Verwaltung abhängig, sondern erklärt den Verwaltungsrechtsweg für einschlägig bei allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art, soweit nicht eine andere Gerichtsbarkeit gesetzlich bestimmt ist. Es handelt sich also um eine generalklauselartige Rechtswegzuweisung.

### I. Aufdrängende Spezialzuweisung

- 25a Bevor aber bezüglich der Eröffnung dieses Rechtswegs bei Anwendung der Generalklausel des § 40 I S. 1 VwGO die Erörterung der (bei Rn 38 ff. dargestellten) Abgrenzungstheorien in Betracht gezogen wird, sollte zuvor stets sorgfältig geprüft werden, ob nicht bereits eine bundesgesetzliche<sup>26</sup> Bestimmung die betreffende Streitigkeit der Verwaltungsgerichtsbarkeit zuordnet. **Aufdrängende Spezialzuweisungen haben Vorrang vor der Generalklausel!**

**Beispiele** für aufdrängende Spezialzuweisungen sind: § 126 I BBG, § 54 I BeamStG, § 82 SoldatenG, §§ 8 IV und 12 HandwO, §§ 45 ff. BDG, § 54 BAföG, § 108 I PersVertrG, § 22 V TierGesG, § 25 I JuSchG, § 6 I UIG, § 9 IV IFG. Zu § 40 II S. 1 Hs. 2 VwGO siehe Rn 30/102.

Exemplarisch sollen **§ 22 V TierGesG** und **§ 126 I BBG bzw. § 54 I BeamStG** näher erläutert werden.

- 26 ■ **§ 22 V TierGesG** bestimmt, dass für Streitigkeiten über Ansprüche auf Entschädigung (etwa wegen behördlich angeordneter Tötung aufgrund BSE-Infizierung, Maul- und Klauenseuche, Geflügelpest 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.

---

<sup>26</sup> Eine aufdrängende Verweisung durch Landesgesetz ist wegen § 40 I S. 2 VwGO i.V.m. Art. 74 I Nr. 1 GG, Art. 72 I GG und Art. 31 GG kompetenzrechtlich nicht möglich; hinsichtlich abdrängender Verweisungen gilt dies nicht: Hier können die Länder landesrechtliche (nicht bundesrechtliche!) Streitigkeiten auch anderen Gerichtszweigen zuordnen.

Hier stützt sich die Tötungsanordnung auf § 6 I Nr. 20 TierGesG i.V.m. mit der Rechtsverordnung. Das TierGesG ist anwendbar, da Gänse vom Anwendungsbereich des Gesetzes umfasst sind, §§ 1 i.V.m. 2 Nr. 4f TierGesG. Ob die Voraussetzungen der Rechtsgrundlage vorliegen, ist eine Frage der (materiellen) Rechtmäßigkeitsprüfung (vgl. dazu die Ausführungen zur Begründetheit der Anfechtungsklage).

- **§ 126 I BBG** (bzw. § 126 I BRRG; bei Landesbeamtenverhältnissen: **§ 54 I BeamStG**)<sup>27</sup> 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. § 126 I BRRG) und § 54 I BeamStG auch Schadensersatzansprüche aus der Verletzung öffentlich-rechtlicher Pflichten. Der Sinn der § 126 I BBG (bzw. § 126 I BRRG) und § 54 I BeamStG besteht darin, alle beamtenrechtlichen Streitigkeiten beim Verwaltungsgericht zu konzentrieren. Daher sind § 126 I BBG (bzw. § 126 I BRRG) und § 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).
  - (4) Klagen eines Dritten gegen den Dienstherrn auf Erteilung einer Aussagegenehmigung für einen Beamten (vgl. § 54 StPO, § 68 BBG).
  - (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).<sup>28</sup>

**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, 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 Amtshafungsanspruch 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.

<sup>27</sup> Das früher auf die Rahmengesetzgebung des Bundes gestützte **Beamtenrechtsrahmengesetz** (BRRG) ist im Rahmen der Föderalismusreform zum 1.4.2009 durch das für Landesbeamte geltende **Beamtenstatusgesetz** (BeamStG) weitgehend ersetzt worden. Die für den Bereich des Verwaltungsrechtswegs wohl wichtigste Vorschrift ist § 54 BeamStG (Verwaltungsrechtsweg, Widerspruchsverfahren). Jedoch gilt § 126 BRRG weiterhin fort, wobei strittig ist, ob diese Vorschrift neben § 54 BeamStG anwendbar ist oder von dieser gemäß der Lex-posterior-Regel verdrängt wird. Rechtsmethodisch ist beides vertretbar. Für Bundesbeamte gilt dagegen ausschließlich § 126 BBG. Zur Föderalismusreform siehe i.Ü. Fußnote 33.

<sup>28</sup> 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.

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.<sup>29</sup> 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*.<sup>30</sup>

28

**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- und Soldatenverhältnissen lediglich um dem Beamtenverhältnis gleichgestellte Rechtsverhältnisse. Daher ist die jeweilige Spezialzuweisung (und nicht § 126 I BBG bzw. § 54 I BeamStG) maßgeblich, vgl. hinsichtlich Soldaten § 82 I SoldatenG. Hinsichtlich Richter (und Staatsanwälte) im Landesdienst verweist § 71 DRiG auf das BeamStG.

29

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

30

Die in **§ 40 II S. 1 VwGO** genannte abdrängende Sonderzuweisung (näher Rn 102) gilt nicht für Streitigkeiten aus einem öffentlich-rechtlichen Vertrag und über das Bestehen und die Höhe eines Ausgleichsanspruchs im Rahmen des Art. 14 I S. 2 GG. Daraus folgt, dass Streitigkeiten aus einem öffentlich-rechtlichen Vertrag und 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 abdrän-

<sup>29</sup> 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 dem Amtshaftungskammer des Landgerichts (§ 71 GVG) zu erhebenden Amtshaftungsklage zu erlangen.

<sup>30</sup> BVerwG NJW 1998, 3288, 3289 mit Anm. von *Hufen*, JuS 1999, 716 f.

gende 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.<sup>31</sup>

Zu fragen ist nach der **wahren Natur** des **behaupteten Anspruchs**.<sup>32</sup> Diese müsste öffentlich-rechtlich sein. Es sind folgende Fragen zu klären: 33

- 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**.

### a. Bestimmung des Streitgegenstands

Der Streitgegenstand ergibt sich aus dem Sachvortrag des Klägers. Sachvortrag ist der vorgetragene tatsächliche Lebenssachverhalt, nicht dagegen die rechtliche Würdigung des Klägers. Diese ist Sache des Gerichts.<sup>33</sup> 34

**Beispiel:** In Hamburg findet jährlich ein Volksfest auf einem dafür vorgesehenen Platz im Stadtzentrum statt. Als K, Einwohner der Stadt, eine Zulassung bezüglich seines Fahrgeschäfts begehrt, wird ein entsprechender Antrag des K ablehnend beantwortet. Ein gegen diese Ablehnung eingelegter Widerspruch wird als unbegründet zurückgewiesen. K erhebt nun Klage gegen die Ablehnung. Er trägt vor (Tatsachenbehauptung!), das Volksfest sei nicht nach § 69 GewO festgesetzt. Mit denjenigen Veranstaltern, die sie zulässt, schließe die Stadt Mietverträge ab. Zur Begründung seiner Klage meint K (Rechtsansicht!), dass der Abschluss von Mietverträgen zwar dem Zivilrecht zuzuordnen sei, vorliegend es aber um die öffentlich-rechtliche Zweckbestimmung des Platzes gehe. Streitigkeiten bezüglich der öffentlich-rechtlichen Zweckbestimmung seien stets vor den Verwaltungsgerichten geltend zu machen.

Zur Ermittlung des Streitgegenstands (und somit des zulässigen Rechtswegs) ist nur der Sachvortrag des K zu würdigen. Es ist dann Aufgabe des Richters, den Sachvortrag rechtlich zu würdigen und über die Zulässigkeit des bestrittenen Rechtswegs zu befinden.

Nicht ausschlaggebend für die Zulässigkeit des Verwaltungsrechtswegs ist das Vorliegen eines Verwaltungsakts. Es ist zwar richtig, dass Streitigkeiten bezüglich eines Verwaltungsakts stets vor dem Verwaltungsgericht auszutragen sind. Die Feststellung, dass ein Verwaltungsakt vorliegt, ist aber erst bei der statthaften Klageart zu treffen. Darüber hinaus gibt es öffentlich-rechtliche Streitigkeiten, die nicht die rechtliche Würdigung eines Verwaltungsakts zum Gegenstand haben, sondern sich aus schlicht hoheitlichem Handeln oder aus einem öffentlich-rechtlichen Vertrag ergeben. In der 35

<sup>31</sup> Vgl. bereits die 1. Aufl. 1997; wie hier nun auch Heber, JA 2011, 959, 960.

<sup>32</sup> GSOGB BGHZ 102, 280, 286; BGH NVwZ 2004, 253; OVG Münster NJW 2001, 698; OVG Weimar NJW 2002, 386 f.

<sup>33</sup> Vgl. OVG Münster NJW 2001, 698, 700.

Fallbearbeitung sollte man sich daher schlicht an den Sachvortrag halten und diesen lediglich kurz wiedergeben:

„Gegenstand des Streits ist ...“

### **b. Zuordnung des Klagebegehrens zu einer den Streit entscheidenden Norm**

- 36 Steht das Klagebegehren fest, muss es einer den Streit entscheidenden Norm zugeordnet werden. Im Bereich der **Eingriffsverwaltung** ist das in der Regel mit keinen großen Schwierigkeiten verbunden, denn hoheitliche Anordnungen, die in die Rechts- und Freiheitssphäre des Bürgers eingreifen, sind wegen des Grundsatzes vom Vorbehalt des Gesetzes nur aufgrund einer gesetzlichen Rechtsgrundlage zulässig. Hauptanwendungsgebiet der Eingriffsverwaltung ist das **allgemeine Gefahrenabwehrrecht**. Aber auch das **besondere Gefahrenabwehrrecht** (insbesondere das **Versammlungs-, Gewerbe- und Gaststättenrecht**) ist häufig Klausurgegenstand. Auf diesen Gebieten ist die Zuordnung des Streitgegenstands zu einer den Streit entscheidenden Norm (etwa zur polizeilichen Befugnisgeneralklausel oder zu §§ 5, 13, 15 VersG, §§ 29, 35 GewO oder § 15 GastG) zumeist mit keinen (größeren) Problemen verbunden.<sup>34</sup>

**Beispiel:** G betreibt in der Innenstadt von S eine Kneipe und lässt dort den Handel mit Drogen zu. Nachdem ihn die Behörde bereits mehrmals aufgefordert hat, dies zu unterbinden, entzieht sie ihm wegen Unzuverlässigkeit die Gaststättenerlaubnis.

Der Entzug der Gaststättenerlaubnis richtet sich nach § 15 II GastG i.V.m. § 4 I S. 1 Nr. 1 GastG (= streitentscheidende Normen).

- 37 Eine besondere Problematik stellt sich im Bereich der **Leistungsverwaltung** (Subventionsvergabe, Überlassung von öffentlichen Einrichtungen, straßenrechtliche Sondernutzungserlaubnis etc.), jedenfalls soweit die Leistung zweistufig ausgestaltet ist. Auf diesen Gebieten ist die Zuordnung zu einer den Streit entscheidenden Norm kaum möglich. Das Gleiche gilt bezüglich schlicht hoheitlichen Handelns (etwa bei ehrverletzenden Äußerungen, Warnungen vor Sekten oder bestimmten Produkten). Soweit keine streitentscheidende Norm existiert, muss der öffentlich-rechtliche Charakter der Streitigkeit anhand des Streitgegenstands und der (im Folgenden dargestellten) Abgrenzungstheorien bestimmt werden. Zu der dazu entwickelten Zwei-Stufen-Theorie vgl. Rn 56, 58, 67 und 359.

### **c. Qualifikation der streitentscheidenden Normen als öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich**

- 38 Die streitentscheidenden Normen müssen schließlich dem öffentlichen Recht zuzuordnen sein. Bei der Bearbeitung dieses Prüfungspunktes muss die Frage aufgeworfen werden, ob das Verwaltungshandeln bzw. die diesbezüglich maßgebliche Norm in

---

<sup>34</sup> Zum Versammlungsrecht vgl. *R. Schmidt*, POR, Rn 1035 ff.; und Fälle zum POR, Fälle 1-5. Im Übrigen ist zu beachten, dass im Zuge der Föderalismusreform 2006 der verfassungsändernde Gesetzgeber das früher unter Art. 74 I GG gefasste Versammlungsrecht, Ladenschlussrecht, Gaststättenrecht, Spielhallenrecht sowie das Recht der Schaustellung von Personen, der Messen, der Ausstellungen und der Märkte in die Gesetzgebungskompetenz der Länder überführt hat. Damit sind diese Materien des sog. besonderen Gefahrenabwehrrechts nicht mehr bundesgesetzlich regelbar. Allerdings ist hier wiederum zu beachten, dass bisherige Bundesgesetze in Ländern, die noch keine eigenen Regelungen erlassen haben, fortgelten (vgl. Art. 125a I GG). Das betrifft in erster Linie das **Versammlungsgesetz**, da noch nicht alle Länder eigene Versammlungsgesetze erlassen haben. Wenn also in den folgenden Beispielen das VersG genannt wird, ist damit das des Bundes gemeint, das gem. Art. 125a I GG fortgilt. Auch hinsichtlich des **Gaststättenrechts** ist zu beachten, dass noch nicht alle Bundesländer eigene Landesgaststättengesetze erlassen haben, weshalb in den in diesem Buch genannten Beispielen aus Gründen der Übersichtlichkeit das GastG des Bundes zugrunde gelegt wird. Zum **Beamtenrecht** siehe bereits Rn 27.

einem engen *Sachzusammenhang* mit eindeutig öffentlich-rechtlicher Aufgabenwahrnehmung steht oder dem bürgerlichen Recht unterfällt. Kriterien der Abgrenzung zum bürgerlichen Recht bieten folgende Theorien<sup>35</sup>:

### aa. Modifizierte Subjektstheorie

Nach der von Wolff<sup>36</sup> begründeten und heute von der herrschenden Meinung<sup>37</sup> vertretenen modifizierten Subjektstheorie (Sonderrechtstheorie, Zuordnungstheorie) liegt eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vor, wenn die den Streit entscheidende Norm öffentlich-rechtlicher Natur ist, d.h. wenn sie (in allen denkbaren Anwendungsfällen) **allein einen Hoheitsträger** besonders **berechtigt oder verpflichtet** und damit dem öffentlichen Recht **zugeordnet ist**.

39

Wie aus der Definition hervorgeht, versucht diese Theorie den erforderlichen engen Sachzusammenhang mit eindeutig öffentlich-rechtlicher Aufgabenwahrnehmung zu erklären, indem sie darauf abstellt, ob die streitentscheidende Norm die Berechtigung bzw. Verpflichtung allein dem Hoheitsträger zuschreibt. Bei den Normen der Informationsfreiheitsgesetze, der Transparenzgesetze<sup>38</sup>, des BauGB, der GewO, des GastG, des BImSchG, des AufenthG, des SGB, des WaffG, des BtMG, des VersG, der Beamtenengesetze sowie der Polizeigesetze ist das regelmäßig der Fall, solange sie nur der Verwaltung Befugnisse verleihen oder ihr gegenüber Pflichten statuieren. Damit ordnen sie den Streit dem öffentlichen Recht zu.

**Beispiel:** R randaliert auf einem Straßenfest. Nachdem Polizeiobermeister P ihn mehrmals erfolglos aufgefordert hat, das ungebührliche Verhalten einzustellen, erteilt er ihm schließlich einen Platzverweis. R ist der Meinung, dass der Platzverweis rechtswidrig gewesen sei.

In diesem Fall ist die streitentscheidende Norm dem Landespolizeigesetz (Standardmaßnahme Platzverweis) zu entnehmen. Das Polizeirecht berechtigt allein den Hoheitsträger, gegen den Bürger vorzugehen. Mithin ist eine Zuordnung zum öffentlichen Recht gegeben. Auch im Beispiel von Rn 36 verpflichtet und berechtigt § 15 II GastG i.V.m. § 4 I S. 1 Nr. 1 GastG allein den Hoheitsträger.

**Gegenbeispiel:** Die Polizei benötigt Computer für ihre Büros. Da außerhalb der Strafverfolgung und der Gefahrenabwehr keine Rechtsgrundlage für eine Beschlagnahme besteht, muss sie die Geräte durch Kauf (oder Leasing) erwerben.

In diesem Fall ist die streitentscheidende Norm dem Bürgerlichen Recht zu entnehmen (hier: § 433 BGB, sofern es um einen Kauf geht). § 433 BGB berechtigt nicht allein einen Hoheitsträger, sondern geht von der Gleichordnung der Rechtssubjekte aus.

Auch der Gesetzgeber geht mit § 35 VwVfG bei der Definition des Verwaltungsakts offenbar davon aus, dass die Verwaltung als Hoheitsträger besonders berechtigt ist, wenn ihr eine entsprechende gesetzliche Grundlage zur Verfügung steht; anderenfalls könnte sie wohl kaum „einseitig diktierend“ Verwaltungsakte erlassen, wohnt einem Verwaltungsakt doch eine unmittelbare Rechtswirkung nach außen inne. Trotz der damit vermeintlich klar geschaffenen Möglichkeit der Qualifikation der streitentscheidenden Norm als öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich scheidet die modifizierte Subjektstheorie aber in Fällen, in denen nicht eindeutig ist, welche Rechtsvorschriften

40

<sup>35</sup> Vgl. *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, AllgVerwR I, § 22 Rn 13 ff.

<sup>36</sup> *H.J. Wolff*, AöR 76 (1950/51), 205 ff.

<sup>37</sup> Vgl. nur OVG Münster NJW 2001, 698; *Ruthig*, in: Kopp/Schenke, VwGO, § 40 Rn 11; *Ehlers/Schneider*, in: Schoch/Schneider, VwGO, § 40 Rn 226 ff.; *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, VerwR I, § 22 III 3; *Schmitz*, in: Stelkens/Bonk/ Sachs, VwVfG, § 1 Rn 97; *Schenke*, VerwProzR, Rn 118 f.

<sup>38</sup> Siehe dazu VG Neustadt 26.7.2021 – 5 K 1113/20.NW (kein Anspruch eines Hundehalters auf namentliche Benennung eines Anzeigerstatters auf Grundlage des Landestransparenzgesetzes).

den Streit entscheiden. Denn hinsichtlich der Frage, *welche* Rechtsvorschriften den Streit entscheiden, kann die modifizierte Subjektstheorie keine Antwort liefern. Erst recht ist sie in Fällen untunlich, in denen das behördliche Handeln schon nicht durch einen Rechtssatz bestimmt ist. Dann aber kann der Streit möglicherweise mit Hilfe einer folgenden Abgrenzungstheorien entschieden werden.

## bb. Interessentheorie

- 41 Nach der Interessentheorie<sup>39</sup> liegt eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vor, wenn die dem Streit zugrunde liegenden Normen überwiegend dem **öffentlichen Interesse**, dem Allgemeininteresse, dienen. Dagegen soll eine privatrechtliche Streitigkeit bei einer Regelung vorliegen, die überwiegend Individualinteressen zu dienen bestimmt ist.
- 42 Auch die Interessentheorie ist nicht frei von Kritik. Denn dadurch, dass auch zahlreiche privatrechtliche Normen im öffentlichen Interesse liegen (so z.B. die familienrechtlichen Unterhaltsvorschriften des BGB) und öffentliche Normen im Privatinteresse (wie beispielsweise das Baunachbarrecht), vermag die Interessentheorie keine klare Abgrenzung zu bieten und sollte im Rahmen einer Fallbearbeitung – wenn überhaupt – nur hilfsweise herangezogen werden.

## cc. Subordinationstheorie

- 43 Nach der Subordinationstheorie (Subjektionstheorie) ist eine Streitigkeit öffentlich-rechtlich, wenn zwischen den Streitparteien ein Verhältnis der **Über- und Unterordnung** besteht. Besteht dagegen ein Verhältnis der Gleichordnung, soll eine privatrechtliche Streitigkeit vorliegen.<sup>40</sup>

**Beispiel:** Untersagt die Gewerbebehörde einem Gewerbetreibenden die weitere Ausübung des Gewerbes mit dem Argument, er sei unzuverlässig (vgl. § 35 I GewO), liegt ein Verhältnis der Über- bzw. Unterordnung vor. Auch in den Beispielen von Rn 36 und 39 liegt ein Verhältnis der Über- bzw. Unterordnung vor. Alle diese Streitigkeiten sind **öffentlich-rechtlich**.

**Gegenbeispiel:** Will die Stadtverwaltung beim lokalen Büroausstatter Computer für ihre Mitarbeiter beschaffen, kann sie dies nicht mit hoheitlichen Mitteln durchsetzen, insbesondere nicht mit Hilfe eines Verwaltungsakts, den sie – ohne dass es eines gerichtlichen Vollstreckungstitels bedürfte – selbst vollstrecken könnte. Denn das öffentliche Recht, d.h. die Gesetze, geben ihr diese Befugnis nicht. Vielmehr muss sie sich auf die Ebene der Gleichordnung mit dem Bürger begeben und die Computer mit Mitteln des **Privatrechts** beschaffen, d.h. gem. § 433 BGB kaufen.

- 44 Letztlich kann auch die Subordinationstheorie nicht ohne Kritik bleiben. Zwar bietet sie im Rahmen der Eingriffsverwaltung einerseits (vgl. die Beispiele bei Rn 36, 39 und 43) und des reinen Vertragsrechts andererseits (vgl. das Gegenbeispiel bei Rn 43) eine klare Qualifikation der streitentscheidenden Norm als öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich, sie scheitert aber zum einen dort, wo sich gleichrangige Träger öffentlicher Gewalt gegenüberstehen (Beispiel: Gemeinde X schließt mit Gemeinde Y ein Abkommen über den Empfang von Leistungen des in Y ansässigen gemeindeeigenen Entsorgungsbetriebs), und zum anderen in jenen Fällen, in denen die Verwaltung trotz Bestehens eines Über- bzw. Unterordnungsverhältnisses *koordinationsrechtlich*

<sup>39</sup> Von dieser Theorie wird angenommen, dass sie von dem römischen Juristen *Ulpian* (170-228 n. Chr.) stamme (*Siegel*, AllgVerwR, Rn 118; *Maurer/Waldhoff*, AllgVerwR, § 3 Rn 11).

<sup>40</sup> Vgl. *Forsthoff*, LB des VerwR I, 1950, § 6; BGHZ 14, 222, 227; 97, 312, 314; *Redeker/v. Oertzen*, VwGO, § 40 Rn 8; *Thiel/García-Scholz*, JA 2001, 957, 958.



gegenüber dem Bürger auftritt (Beispiel: Verwaltungsvertragsverhältnis gem. §§ 54 ff. VwVfG).

#### dd. Bedeutung der Theorien für die Fallbearbeitung

Wie die vorstehende Kritik zu den einzelnen Theorien gezeigt hat, vermag keine der Theorien bei isolierter Betrachtung eine verlässliche Abgrenzung zwischen dem privaten und dem öffentlichen Recht zu bieten. Darum vertritt auch die Rechtsprechung keine konkrete Theorie, sondern bedient sich im Bemühen um eine im Einzelfall sachgerechte Zuordnung einer **Kombination aus modifizierter Subjektstheorie und Subordinationstheorie**.<sup>41</sup>

45

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** Sofern sich aus der Kombination der beiden Theorien befriedigende Ergebnisse erzielen lassen, sollte man sich auch in der Fallbearbeitung darauf beschränken. Zu beachten ist allerdings, dass es völlig verfehlt wäre, etwa den öffentlich-rechtlichen Charakter einer Streitigkeit, die ihre Grundlage im BauGB, im WaffG, im BtMG, im GastG, in der GewO, in einer Landesbauordnung, einem Landespolizeigesetz oder einer Gemeindeordnung hat, zu erörtern. In diesen Fällen reicht ein knapper Hinweis etwa dergestalt aus, „dass die die Hauptfrage streitentscheidende Norm anerkannt öffentlich-rechtlicher Natur ist, d.h. sie allein einen Hoheitsträger besonders berechtigt oder verpflichtet, diesem also zugeordnet ist“. Dabei kann es durchaus vorkommen, dass einem Klagebegehren mehrere Gesetze, denen streitentscheidende Normen entnommen werden können, zuzuordnen sind. Das betrifft insbesondere das Gefahrenabwehrrecht, weil sich die Rechtsgrundlage für eine Maßnahme sowohl aus einem Spezialgesetz (GastG, GewO) als auch aus dem allgemeinen Polizei- und Ordnungsrecht ergeben kann. Sind alle in Betracht kommenden Gesetze solche des öffentlichen Rechts, kann bei der Prüfung des Verwaltungsrechtswegs (nicht bei der Prüfung der materiellen Rechtmäßigkeit der Maßnahme!) die Zuordnung des Streitgegenstands zu einer dieser Normen dahinstehen.

46

Kein Indiz für den öffentlich-rechtlichen Charakter einer Streitigkeit ist die **Grundrechtsbelastung** auf Seiten des Rechtsschutzsuchenden. Zwar sind Grundrechte Teil des öffentlichen Rechts, wollte man jedoch allein aus der Grundrechtsbelastung den öffentlich-rechtlichen Charakter einer Streitigkeit herleiten, hätte dies zur Folge, dass jede belastende behördliche Maßnahme öffentlich-rechtlich wäre. Dass dies nicht so sein kann, beweist schon der Umstand, dass in bestimmten Fällen die Verwaltung privatrechtlich tätig sein kann und dabei (wegen Art. 1 III GG) an die Grundrechte gebunden ist. Würde also die Grundrechtsbindung der Verwaltung den öffentlich-rechtlichen Charakter der Maßnahme begründen, gäbe es das Verwaltungsprivatrecht und die Fiskalverwaltung (dazu *R. Schmidt*, AllgVerwR, Rn 1008 ff.) nicht.

Schließlich ist zu beachten: Bestehen für ein und denselben prozessualen Anspruch zwei Rechtswege nebeneinander, richtet sich der zulässige Rechtsweg danach, auf welchen Klagegrund das Begehren gestützt wird.<sup>42</sup> Das angerufene Gericht prüft den Streit dann unter allen in Betracht kommenden rechtlichen Gesichtspunkten (§ 17 II S. 1 VVG).

Im Normalfall bietet sich für die **Fallbearbeitung** folgende Formulierung an:

„ (...). In Ermangelung einer aufdrängenden Spezialzuweisung kann der Verwaltungsrechtsweg nur nach der Generalklausel des § 40 I S. 1 VwGO gegeben sein. Danach ist der Verwaltungsrechtsweg eröffnet, wenn eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art vorliegt und keine anderweitige Rechtswegzuweisung

47

<sup>41</sup> GSOGB BGHZ 97, 312, 313 f.; BGHZ 102, 280, 287; 121, 367, 372; 129, 126, 128; BVerwG NJW 2007, 2275, 2276.

<sup>42</sup> OVG Lüneburg NVwZ-RR 1998, 695. Vgl. auch OLG Rostock NVwZ-RR 2006, 233 f.

besteht. Der Begriff der öffentlich-rechtlichen Streitigkeit ist in der VwGO nicht definiert. Zur Klärung des Begriffes ist daher auf die von Rechtsprechung und Literatur entwickelten Abgrenzungstheorien einzugehen.

Nach der Kombination aus modifizierter Subjektstheorie und Subordinationstheorie ist eine Streitigkeit öffentlich-rechtlich, wenn sich der Streitgegenstand als unmittelbare Folge öffentlichen Rechts darstellt, d.h. bei der Klagebegehren und zugrunde liegender Sachverhalt nach Normen des öffentlichen Rechts zu beurteilen sind<sup>43</sup> bzw. wenn zwischen den Streitparteien ein Über- und Unterordnungsverhältnis besteht. Vorliegend ...“

#### d. Fallgruppen mit unklarer Zuordnung

- 48 Trotz der bestehenden theoretischen Meinungsverschiedenheiten sind die meisten Fälle in der Praxis nicht mehr streitig. Ob eine bestimmte Streitigkeit dem öffentlichen Recht oder dem Privatrecht zuzuordnen ist, soll anhand der folgenden Fallgruppen aus der Rechtsprechungspraxis aufgezeigt werden:

##### aa. Privatrechtliche Betätigung der öffentlichen Hand

- 49 Tätigt die öffentliche Verwaltung Geschäfte zur Bedarfsdeckung (fiskalische Hilfsgeschäfte), betätigt sich erwerbswirtschaftlich oder verwaltet ihre Vermögensgegenstände, spricht man von **Fiskalverwaltung**. Hier tritt die Verwaltung als Privatrechtssubjekt auf und nimmt wie jeder andere am Wirtschaftsleben teil. Das Verhältnis zwischen ihr und dem Bürger kann in diesem Bereich also ausschließlich privatrechtlich sein und nur der Regelung des § 13 GVG unterfallen. Die teilweise noch verbleibende Grundrechtsbindung wird von den **ordentlichen Gerichten** beachtet (§ 17 II S. 1 GVG).<sup>44</sup> Im Einzelnen ist zu unterscheiden:
- 50 **Fiskalische Hilfsgeschäfte:** Darunter sind zum einen das Beschaffungswesen bzw. Veräußerungswesen und zum anderen das öffentliche Auftragswesen zu verstehen.

**Beispiele:** Kauf von Büroausstattung, Dienstfahrzeugen, Grundstücken etc. (Beschaffungswesen); Verkauf von Grundstücken oder Wohnungen (Veräußerungswesen)<sup>45</sup>; Abschluss von Verträgen mit Baufirmen über den Bau von Straßen, Schulen, Regierungsgebäuden etc. (öffentliches Auftragswesen). Zur Grundrechtsbindung der öffentlichen Hand in diesem Bereich vgl. *R. Schmidt*, AllgVerwR, Rn 1039 ff. Zur (möglichen) Anwendung der für das Verwaltungsprivatrecht entwickelten **Zwei-Stufen-Theorie** auf fiskalische Hilfsgeschäfte vgl. sogleich Rn 56.

- 51 **Erwerbswirtschaftliche Betätigung:** Der Hoheitsträger wird erwerbswirtschaftlich tätig, wenn er in unternehmerischer Weise am Wirtschaftsverkehr teilnimmt bzw. sich an einem privaten Unternehmen (Handelsgesellschaft oder juristische Person des Privatrechts) beteiligt.

##### **Beispiele:**

- (1) Den paradigmatischen Fall einer erwerbswirtschaftlichen Betätigung des Staates bildet die Beteiligung des Landes Niedersachsen an der Volkswagen AG.
- (2) Außerhalb von Handelsgesellschaften unternehmerisch tätig wird der Verwaltungsträger bspw. bei der Bewirtschaftung eines Weinguts mit staatlichen Bediensteten.

<sup>43</sup> Streng genommen basiert diese Formulierung auf einem Zirkelschluss. Da sie aber regelmäßig sowohl in Urteilen (vgl. nur VGH München NVwZ 2002, 1392) als auch amtlichen Musterlösungen von Examenklausuren (vgl. nur *Bodanowitz*, JuS 1999, 574, 575) anzutreffen ist, wird auch im Folgenden von ihr ausgegangen.

<sup>44</sup> Vgl. BGHZ 150, 343 ff.; BGH NVwZ 2003, 246; *Antweiler*, NVwZ 2003, 1466 ff.; *Meyer*, NVwZ 2002, 1075 ff.; *Thiel/Garcia-Scholz*, JA 2001, 957, 958.

<sup>45</sup> Vgl. dazu OVG Münster NJW 2001, 698 ff.

- (3) Auch wenn eine Gemeinde über ihren Eigenbetrieb etwa im Bereich des Garten- und Landschaftsbaus Aufträge privater Auftraggeber ausführt, wird sie erwerbswirtschaftlich tätig (und tritt gleichsam in Konkurrenz zu privaten Anbietern).<sup>46</sup> Weitere Beispiele sind der Partyservice einer städtischen Kantine, Instandsetzungsarbeiten, Elektroinstallationsarbeiten<sup>47</sup>, Gebäudemanagement, Umzugs-service etc.

Die Teilnahme der öffentlichen Verwaltung am wirtschaftlichen Wettbewerb („Staat als Unternehmer“ bzw. als „Aktionär“) ist zwar grundsätzlich, aber keineswegs uneingeschränkt zulässig. Verfassungsrechtlich ist es schwierig, den damit verbundenen Eingriff in die Wettbewerbsfreiheit, d.h. in die individuellen Interessen privater Wettbewerber zu legitimieren. Insbesondere bestehen für die **Gemeinden** rechtliche Grenzen, die sich nach der jeweiligen Gemeindeordnung bestimmen. Die damit verbundenen Probleme gewinnen in erster Linie in einer Anfechtungssituation bzw. bei Nichtvorliegen eines Verwaltungsakts auch bei einem Unterlassungsbegehren an Bedeutung. Hier ist nach der (zivilrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen) Rechtsgrundlage zu suchen, die dem betroffenen Bürger einen Unterlassungsanspruch einräumt. Siehe dazu Rn 807 ff. 52

Einen Unterfall der erwerbswirtschaftlichen Betätigung stellt die **Verwaltung eigener Vermögensgegenstände** dar: Die Träger öffentlicher Verwaltung sind auch privatrechtliche Eigentümer von Vermögensgegenständen (Fahrzeugen, Grundstücken etc.). Soweit die Gegenstände nicht der Erfüllung hoheitlicher Aufgaben dienen (etwa, weil sie nicht durch Widmungsakt dem öffentlichen Recht unterstellt werden – modifiziertes Privateigentum<sup>48</sup>), kommt eine privatwirtschaftliche Nutzung in Betracht. 53

**Beispiele:** Vermietung der Kellerräume des Rathauses an einen Gastronomen („Ratskeller“) oder Zur-Verfügung-Stellen der Außenflächen von Bussen und Straßenbahnen gegen Entgelt für Werbezwecke. Zur Grundrechtsbindung in diesem Bereich vgl. *R. Schmidt*, AllgVerwR, Rn 1039 ff.

Im Bereich der Fiskalverwaltung ist ferner die **öffentliche Auftragsvergabe** von Interesse: Diese ist (sofern ein bestimmter Schwellenwert überschritten wird, vgl. § 106 GWB) in den **§§ 97 ff. GWB** geregelt und somit dem **Zivilrecht** zugeordnet; der Verwaltungsrechtsweg ist gesperrt.<sup>49</sup> 54

Demgegenüber spricht man von **Verwaltungsprivatrecht**, wenn die Verwaltung öffentlich-rechtliche<sup>50</sup> Aufgaben in Privatrechtsform erfüllt und dabei zahlreichen öffentlich-rechtlichen Bindungen unterliegt. Die studien- und prüfungsrelevantesten Probleme in dieser Beziehung stellen sich bei der Vergabe von Subventionen, bei der Versorgungs- und Entsorgungstätigkeit und bei der Zulassung zur Benutzung von öffentlichen Einrichtungen. Ferner sei der öffentliche Personennahverkehr und der Zugang zu öffentlichen Anstalten genannt. In allen genannten Bereichen ist es möglich, dass der Staat eine öffentliche Aufgabe (der Daseinsvorsorge) in Privatrechtsform wahrnimmt. 55

---

<sup>46</sup> Vgl. OLG Karlsruhe NVwZ 2001, 712 ff.

<sup>47</sup> Vgl. BGH NVwZ 2002, 1141 ff.

<sup>48</sup> Vgl. dazu OLG Schleswig NJW 2001, 1073 (hier: Meeresstrand).

<sup>49</sup> Zur Rechtswegfrage bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vgl. auch BVerwG NVwZ 2007, 2275 ff.; *Ennuschat/Ulrich*, NJW 2007, 2224 ff.; *Burgi*, NVwZ 2007, 737 ff.; *Druschel*, JA 2008, 514 ff.

<sup>50</sup> Also nicht zwingend hoheitliche Aufgaben i.S.v. Art. 33 IV GG, worunter die öffentlich-rechtliche Entscheidungstätigkeit der Eingriffsverwaltung und der grundrechtsrelevanten Leistungsverwaltung verstanden wird (*Lübbe-Wolf*, in: Dreier, GG Art. 34 Rn 57 ff.; *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 33 Rn 30).

**Beispiele:**

- (1) Das Land L möchte den Mittelstand fördern und vergibt **(a)** zinsgünstige Darlehen bzw. gewährt **(b)** für bestimmte Vorhaben Zuschüsse. Hinsichtlich der Darlehensvergabe bzw. der Auszahlung schaltet es eine Privatbank ein, die die Abwicklung des Darlehens übernimmt.
- (2) Die Gemeinde G versorgt ihre Einwohner mit Wasser und Strom (Versorgungsenergien) **(a)** über ihre öffentlich-rechtlich organisierten Eigen- oder Regiebetriebe oder **(b)** über die von ihr beherrschten privatrechtlich organisierten Energieversorgungsunternehmen (AG oder GmbH). In beiden Konstellationen schließt sie mit den Einwohnern privatrechtliche Energielieferungsverträge.
- (3) Die Stadt S stellt der Öffentlichkeit eine Stadthalle zur Verfügung. Betrieben wird die Stadthalle **(a)** durch einen Regie- oder Eigenbetrieb der Stadt oder **(b)** durch eine Betreiber-GmbH („Stadthallen-GmbH“), deren Geschäftsanteile sich im Eigentum der Stadt befinden. In beiden Fällen werden mit den Nutzern privatrechtliche Mietverträge geschlossen.
- (4) Die Stadt S nimmt den öffentlichen Personennahverkehr (ÖPNV) durch eine AG wahr, deren Aktien sich ausschließlich oder überwiegend in ihrer Hand befinden. Die AG schließt mit den Fahrgästen privatrechtliche Beförderungsverträge.
- (5) Die Stadt bzw. die Gemeinde betreibt eine öffentliche Sparkasse in der Rechtsform der Anstalt des öffentlichen Rechts (vgl. z.B. § 3 Niedersächsisches Sparkassengesetz).<sup>51</sup> Mit den Kunden schließt sie privatrechtliche Zahlungsdienst- und Finanzdienstleistungsverträge ab.<sup>52</sup>

56 Bei der Frage nach dem öffentlich-rechtlichen Charakter derartiger Maßnahmen ist in Prüfungsarbeiten auf die sog. **Zwei-Stufen-Theorie** einzugehen: Geht es um Frage des „**Ob**“ der Gewährung, *ob* also z.B. ein Versorgungsvertrag geschlossen, eine Subvention oder die Zulassung zur Nutzung einer öffentlichen Einrichtung gewährt werden soll, ist von einem öffentlich-rechtlichen Charakter der Entscheidung auszugehen. Zugleich ist der *Verwaltungsrechtsweg* eröffnet (**1. Stufe**). Für die Abwicklung (also das „**Wie**“) stellt indes das Privatrecht Vertragstypen bereit, die im öffentlichen Recht nicht eigenständig entwickelt wurden. Das führt zu der Einsicht, dass ein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis in seiner weiteren Durchführung privatrechtlich (wie bspw. nach §§ 535 ff. oder 488 ff. BGB) ausgestaltet sein kann (**2. Stufe**).<sup>53</sup>

57 **Zu den Beispielen:**

- (1) Geht es um die Gewährung eines **Subventionsdarlehens** (Konstellation a), wird auf der 1. Stufe entschieden, ob das (beantragte) Darlehen gewährt wird. Diese Entscheidung ist öffentlich-rechtlich und erfolgt rechtstechnisch durch Verwaltungsakt. Erst wenn diese Entscheidung getroffen wurde, erfolgt auf der 2. Stufe die Abwicklung. Diese ist (bei Anwendung der Zwei-Stufen-Theorie) stets privatrechtlich ausgestaltet, und zwar in Form eines Darlehensvertrags gem. §§ 488 ff. BGB. Dabei spielt es keine Rolle, ob dieser Darlehensvertrag zwischen dem Darlehensnehmer und der öffentlichen Hand oder einem von dieser beauftragten privaten Kreditinstitut geschlossen wird. Konsequenz für den Rechtsweg: Streitigkeiten über das „**Ob**“ der Gewährung sind öffentlich-rechtlich und vor den Verwaltungsgerichten auszutragen. Meinungsverschiedenheiten, die die 2. Stufe betreffen, sind bürgerlich-rechtlich und vor den Zivilgerichten auszutragen.

---

<sup>51</sup> Siehe dazu BGH NStZ 2020, 271 f.

<sup>52</sup> Siehe dazu R. Schmidt, AllgVerwR, Rn 103 sowie VGH Mannheim NVwZ-RR 2017, 215.

<sup>53</sup> Die Zwei-Stufen-Theorie geht auf H.P. Ipsen zurück (vgl. H.P. Ipsen, DVBl 1956, 461 unter Bezugnahme auf ein von ihm verfasstes Rechtsgutachten aus dem Jahre 1951). In der Rspr. ist sie fest etabliert, vgl. etwa BVerwGE 7, 180, 187; 13, 47, 54; 13, 307, 309 ff.; 32, 333, 334; 45, 13, 14; BVerwG DVBl 2006, 118 ff.; BGHZ 40, 206, 210; 52, 155, 160; 61, 296, 299. Zusammenfassend Schöck, NVwZ 2016, 257, 265.

Besteht die Leistungsgewährung indes in einem **Investitionszuschuss** (Konstellation b), ist für die Zwei-Stufen-Theorie kein Raum. Denn die Auszahlung ist lediglich der Vollzugsakt des Bewilligungsbescheids und somit wie dieser öffentlich-rechtlich. Das gilt auch dann, wenn die Auszahlung des Zuschusses durch ein privates Kreditinstitut erfolgt. In diesem Fall fungiert die Privatbank nur als „Zahlstelle“ der Behörde.<sup>54</sup>

Generell gilt: Sind „ob“ und „wie“ öffentlich-rechtlich (gibt es also keine 2. Stufe), ist die Zwei-Stufen-Theorie folgerichtig nicht anwendbar. So ist bspw. der mit Kapazitätsgründen begründete Ausschluss von einer städtischen KiTa stets öffentlich-rechtlich.<sup>55</sup>

- (2) Geht es um den Anschluss an das öffentliche **Versorgungs- oder Entsorgungsnetz**, steht die Frage des „Ob“ im Mittelpunkt. Hier ist wegen Vorliegens einer öffentlich-rechtlichen Streitigkeit der Verwaltungsrechtsweg eröffnet. Streiten sich die Parteien dagegen etwa um die Höhe der Versorgungskosten (dem „Wie“), ist zu differenzieren: In Konstellation (a) kann die Verwaltung – anders als in Bsp (1) – das Benutzungsverhältnis sowohl hoheitlich als auch privatrechtlich ausgestalten. Sie hat die Formenwahlfreiheit. Sie ist frei in ihrer Entscheidung, ob sie das Benutzungsverhältnis öffentlich-rechtlich *oder* privatrechtlich ausgestaltet. Das hat Konsequenzen für den Rechtsweg: Je nach Ausgestaltung ist der Verwaltungsrechtsweg oder der Zivilrechtsweg eröffnet. In Konstellation (b) hat sie indes durch die Privatisierung der Einrichtung ihre Formenwahlfreiheit verloren. Das leuchtet ein. Eine juristische Person des Privatrechts kann (von dem hier nicht einschlägigen Fall der Beleihung einmal abgesehen) ausschließlich privatrechtlich handeln. Über die Frage des „Wie“ kann dann nur das Zivilgericht entscheiden.
- (3) Hinsichtlich der Benutzung kommunaler oder städtischer **öffentlicher Einrichtungen** vgl. die zusammenfassende Darstellung bei Rn 69 ff.
- (4) Auch beim **ÖPNV** entscheidet über das „Ob“ der Benutzung das Verwaltungsgericht. Würde es demgegenüber um Fragen der Benutzung gehen, etwa um den Erlass eines Rauchverbots auf den Bahnsteigen oder in der Bahn selbst, wäre eine Klage vor den ordentlichen Gerichten zu erheben, da die Beförderungsverträge wegen der Rechtsformenwahl zugunsten einer AG ausschließlich privatrechtlich ausgestaltet sein können.
- (5) Geht es schließlich um die Eröffnung eines Girokontos bei einer in der Rechtsform der Anstalt des öffentlichen Rechts organisierten öffentlichen Sparkasse, ist damit ebenfalls die Frage des „Ob“ angesprochen. So ist bei Verlangen einer politischen Partei, ein Girokonto zu eröffnen, gemäß der modifizierten Subjektstheorie der Verwaltungsrechtsweg gegeben.<sup>56</sup> Der materiell-rechtliche Anspruch auf Kontoeröffnung ergibt sich aus dem formalen Gleichbehandlungsanspruch aus Art. 3 I GG i.V.m. § 5 I S. 1 PartG (siehe dazu Rn 73).

Die Unternehmen, die der Staat zur Erledigung von Aufgaben der Daseinsvorsorge einsetzt, sind der **mittelbaren Staatsverwaltung im weiteren Sinne** zuzurechnen, auch wenn die Unternehmen in Privatrechtsform handeln. Selbstverständlich besteht die (theoretische) Möglichkeit, dass der Staat ihnen bestimmte Verwaltungsaufgaben im Wege der **Beleihung** überträgt. Dann gehören sie in ihrer Eigenschaft als Beliehene der mittelbaren Staatsverwaltung im engeren Sinne an mit der Folge, dass deren Handeln stets öffentlich-rechtlich ist. Zur Beleihung vgl. näher *R. Schmidt*, AllgVerwR, Rn 110 ff.

58

<sup>54</sup> Vgl. dazu näher Rn 67 f.

<sup>55</sup> VGH München NJW 2013, 249.

<sup>56</sup> VGH Mannheim NVwZ-RR 2017, 215.

## bb. Hausverbot

59 Abgesehen von den gesetzlich geregelten Fällen (etwa Art. 40 II S. 1 GG, §§ 171a, 176 ff. GVG; § 37 III S. 1 NdsHochschG<sup>57</sup>; Vorschriften der Gemeindeordnungen) ist die rechtliche Qualifikation eines Hausverbots, wie es bspw. gegenüber Störern in öffentlichen Gebäuden erlassen wird, strittig. Ausgangspunkt des Streits ist der duale Status von öffentlichen Sachen: Öffentliche Sachen unterstehen einerseits der Eigentumsordnung des BGB-Sachenrechts. Andererseits lastet aufgrund der Widmung für einen öffentlichen Zweck auf dem Eigentum eine Zweckbestimmung, die der öffentlichen Hand bestimmte öffentlich-rechtliche Nutzungsbefugnisse verleiht und zugleich die Bürger berechtigt, die Sache im Rahmen der Widmung zu nutzen. Die bei Rn 38 ff. genannten Abgrenzungstheorien lassen hier keine eindeutige Zuordnung zu. Folgerichtig ist die Qualifikation eines Hausverbots als öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich strittig.

- Die herrschende Linie in der Rechtsprechung<sup>58</sup> qualifiziert das Hausverbot entsprechend dem **Zweck des Besuchs**. Hindere das Hausverbot aus der Sicht des Bürgers diesen daran, zum Zweck der Erledigung eigener Verwaltungstätigkeiten ein Dienstgebäude zu betreten (etwa um einen Bauantrag einzureichen), sei es - als Annex zu dem von ihm verfolgten Interesse - eine Maßnahme auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts. Wolle der zurückgewiesene Bürger dagegen lediglich in eine privatrechtliche Beziehung mit der Behörde treten (etwa um der Behörde ein Angebot zum Kauf von Computern für die Büros zu unterbreiten), sei auch das Hausverbot privatrechtlich zu entscheiden.
- In der Literatur<sup>59</sup> und dem anderen Teil der Rechtsprechung<sup>60</sup> wird teilweise auf den **Zweck der Einrichtung bzw. des Hausverbots** abgestellt. Danach ist das Hausverbot immer als öffentlich-rechtlich zu qualifizieren, wenn es der Sicherung der Erfüllung der öffentlichen Aufgaben (einschließlich des Schutzes der Behördenmitarbeiter) im Verwaltungsgebäude dient. Unabhängig von dem Grund, aus dem der Besucher das öffentliche Gebäude betreten hat, wird auf die Beeinträchtigung der Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch die Behörde abgestellt.

60

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** In Fällen, in denen das Hausverbot beispielsweise deshalb als zivilrechtlich qualifiziert wird, weil der Besucher das Verwaltungsgebäude betritt, um mit der Behörde ausschließlich zivilrechtlich in Verbindung zu treten, aber der Amtswalter durch die Störung in seiner öffentlich-rechtlichen Tätigkeit beeinträchtigt wird, das Hausverbots also öffentlich-rechtlichen Charakter besitzt, muss der Streit entschieden werden.  
 Nach der hier vertretenen Auffassung muss die störungsabwehrende Reaktion aufgrund der widmungsgemäßen Überlagerung des Privatrechts durch das öffentliche Recht einheitlich öffentlich-rechtlich erfolgen.<sup>61</sup> Anderenfalls hinge die Rechtswegbestimmung von der Äußerung bzw. Intention des Besuchers ab, aus welchem Grund er das Dienstgebäude aufsucht.

61 Fraglich ist weiterhin, ob es sich bei dem Hausverbot um einen Verwaltungsakt handelt und ob eine Rechtsgrundlage erforderlich ist. Richtigerweise handelt es sich bei

<sup>57</sup> Vgl. dazu OVG Lüneburg NVwZ 2010, 2905, 2906 und VG Göttingen 20.9.2012 – 4 A 258/09 (jeweils Hausverbot des Präsidiums einer Universität gegenüber einem kommerziellen juristischen Repetitorium).

<sup>58</sup> BGHZ 33, 230, 231 f. (Fotograf im Standesamt); BVerwGE 35, 103, 106 (Vergabe von Entwicklungs- und Forschungsaufträgen durch das Bundesverteidigungsministerium); VG Berlin NVwZ-RR 2002, 33, 34 (Hausverbot ggü Schüler, der in der Schule Kleidung trägt, die als Kennzeichen neonazistischer Gesinnung gilt); jeweils privatrechtlich. OVG Münster NJW 2011, 2379; VG Augsburg 10.2.2016 – Au 7 S 16.189 (Hausverbot ggü Frauke Petry, AfD); jeweils öffentlich-rechtlich. Vgl. zum Streit auch *Hebeler*, JA 2015, 159 f.

<sup>59</sup> *Maurer/Waldhoff*, AllgVerwR, § 3 Rn 24; *Schenke*, VerwProzR, Rn 135; *Hufen*, VerwProzR, § 11 Rn 38; *Brüning*, DÖV 2003, 389 ff.; *Jutzi*, LKRZ 2009, 16, 17 f.

<sup>60</sup> VG Gießen LKRZ 2012, 51; OVG Hamburg NJW 2014, 1196 f. (Jobcenter); VGH Mannheim NJW 2017, 3543 (Amtsgerichtsgebäude).

<sup>61</sup> Wie hier nun auch VG Augsburg 10.2.2016 – Au 7 S 16.189 (Hausverbot ggü Frauke Petry, AfD).

dem Hausverbot um einen Verwaltungsakt. Denn durch das Hausverbot wird dem Betroffenen ein bestimmtes Verhalten, nämlich das künftige Betreten des Dienstgebäudes, verboten. Damit kommt dem Verbot sowohl eine Regelung als auch eine unmittelbare Rechtswirkung nach außen zu.<sup>62</sup> Bei der Frage nach der Rechtsgrundlage ist der Gedanke zugrunde zu legen, dass der Behördenleiter die Zweckbestimmung der öffentlichen Einrichtung zu wahren und insbesondere Maßnahmen zur Abwehr von Störungen des Dienstbetriebs zu ergreifen hat. Dieses „öffentlich-rechtliche Hausrecht“ impliziert die Befugnis, Personen, die den ordnungsgemäßen Betrieb gefährden oder stören, des Gebäudes zu verweisen. Einer besonderen gesetzlichen Regelung bedarf es insoweit nicht.<sup>63</sup>

Damit ist aber noch nicht die Frage beantwortet, ob das Hausverbot auch materiell-rechtlich gerechtfertigt ist. Diesbezüglich ist eine umfassende Rechtsgüterabwägung vorzunehmen. Geht es bspw. um eine politische Veranstaltung in einem auch zur Durchführung politischer Veranstaltungen gewidmeten öffentlichen Gebäude, sind im Hinblick auf das Grundrecht auf Meinungsfreiheit, das Verbot einer Diskriminierung politischer Anschauungen und die Parteienfreiheit Aussagen, die nicht offensichtlich einen Straftatbestand erfüllen oder zu Straftaten aufrufen, im Rahmen der freiheitlichen demokratischen Grundordnung grundsätzlich zulässig.<sup>64</sup> Ein Hausverbot, das sich lediglich auf (zu erwartende) „politisch und gesellschaftlich äußerst umstrittene Äußerungen“ stützen könnte, wäre insoweit rechtswidrig. Das deckt sich insoweit mit dem Parteienprivileg aus Art. 21 IV GG.<sup>65</sup> Geht es um die Verweisung eines Journalisten (etwa aus einem Gerichtsgebäude), ist die Pressefreiheit besonders zu berücksichtigen. Zum Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts von Gerichtsbesuchern (insbesondere von Vollstreckungsschuldnern) und Gerichtsbediensteten kann ein Hausverbot aber auch gegenüber einem Pressevertreter gerechtfertigt sein.<sup>66</sup>

## cc. Öffentlich-rechtliche Emissionen

In den sog. Emissionsfällen (Mülldeponie, Kinder- oder Behindertenspielplatz, Kläranlage, Grillplatz, Sportplatzanlage, Skater-Anlage<sup>67</sup>, Bahnanlage<sup>68</sup> usw.), in denen die Emissionen/Immissionen<sup>69</sup> von Lärm, Geruch oder gesundheitsschädlichen Stoffen Streitgegenstand sind, bestimmt sich die Zuordnung eines Abwehr- oder Unterlassungsanspruchs nach der Rechtsnatur des Eingriffs: Stehen die Emissionen in einem engen **Planungs- und Funktionszusammenhang** mit der Wahrnehmung **hoheitlicher Aufgaben** oder ist die emittierende Einrichtung der **öffentlichen Daseinsvorsorge** zuzuordnen, ist die Streitigkeit vor dem **Verwaltungsgericht** auszutragen.<sup>70</sup> Statthaft ist regelmäßig die allgemeine Leistungsklage. Nur wenn das Handeln eindeutig im Bereich der privatrechtlichen Eigentümerbefugnis und außerhalb des öffentlichen Zwecks liegt, kann eine privatrechtliche Streitigkeit angenommen werden.

**Beispiel:** Die Gemeinde G betreibt auf einem als Wohngebiet ausgewiesenen gemeindeeigenen Grundstück einen öffentlichen Grillplatz. Nachbar N, dessen Wohnhaus unmittelbar an den Grillplatz grenzt, fühlt sich durch die ständige Lärm- und Geruchsbe-

62

<sup>62</sup> Ebenfalls wie hier nun auch VG Augsburg 10.2.2016 – Au 7 S 16.189 (Hausverbot ggü. Frauke Petry, AfD). Siehe auch VGH Mannheim NJW 2017, 3543 (Verweis eines Journalisten aus Amtsgerichtsgebäude).

<sup>63</sup> Siehe VGH Mannheim NJW 2017, 3543 (Verweis eines Journalisten aus Amtsgerichtsgebäude).

<sup>64</sup> VG Augsburg 10.2.2016 – Au 7 S 16.189 (Hausverbot ggü. Frauke Petry, AfD).

<sup>65</sup> Vgl. dazu im Einzelnen R. Schmidt, Staatsorganisationsrecht, Rn 408 ff.

<sup>66</sup> VGH Mannheim NJW 2017, 3543 (Verweis eines Journalisten aus Amtsgerichtsgebäude).

<sup>67</sup> OVG Koblenz NVwZ 2000, 1190.

<sup>68</sup> Vgl. Roth, NVwZ 2001, 34 ff.

<sup>69</sup> Der Unterschied zwischen Emissionen und Immissionen besteht darin, dass man von Emissionen spricht, wenn Luftverunreinigungen von einem bestimmten Verursacher (einer Anlage) ausgehen, während der Begriff der Immissionen die Einwirkung von Umwelteinflüssen auf bestimmte Rechtsgüter (z.B. Pflanzen) erfasst, vgl. § 3 II, III BImSchG.

<sup>70</sup> OVG Koblenz NVwZ 2000, 1190; VG Arnberg NVwZ 1999, 450.

lästigung in den Abendstunden in seinen Rechten verletzt. Welcher Rechtsweg ist eröffnet?

Der Verwaltungsrechtsweg ist eröffnet, wenn es sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art handelt, § 40 I VwGO. Öffentlich-rechtlich ist die Streitigkeit, wenn die streitentscheidenden Normen dem öffentlich Recht zuzuordnen sind. Vorliegend könnte sich der Streit nach Maßgabe der §§ 823, 1004 BGB entscheiden. Dann wäre gem. § 13 GVG der Zivilrechtsweg eröffnet. Der Streit könnte sich aber auch nach dem öffentlichen Recht entscheiden, denn das Betreiben eines gemeindlichen Grillplatzes kann durchaus der Daseinsvorsorge zugerechnet werden. Die Daseinsvorsorge ist – zumindest was die Frage des „Ob“ betrifft – öffentlich-rechtlicher Natur. Es muss daher auf den Sachzusammenhang abgestellt werden. Wegen des Sachzusammenhangs mit der Erfüllung von Aufgaben der Daseinsvorsorge wurzelt der Unterlassungsanspruch des N im öffentlichen Recht. Es besteht ein öffentlich-rechtlicher Unterlassungsanspruch, für den der Verwaltungsrechtsweg eröffnet ist. Statthaft ist die allgemeine Leistungs(unterlassungs)klage.

#### **dd. Ehrverletzende und rufschädigende amtliche Äußerungen**

- 63 Unsicherheiten bestehen auch dann hinsichtlich der Rechtswegfrage, wenn es um die Abwehr von ehrverletzenden und rufschädigenden Äußerungen geht. Jedenfalls muss gegen ehrverletzende oder rufschädigende Äußerungen zivilgerichtlich vorgegangen werden, wenn sie der Amtswalter als Privatperson, beispielsweise während einer privaten Veranstaltung, getätigt hat. Denn hier fehlt jeder Bezug zum öffentlichen Recht.

**Beispiel:** Bauunternehmer B begehrt die Unterlassung einer aus seiner Sicht ehrenrührigen Äußerung eines Bürgermeisters, die dieser im Zusammenhang mit der Abwicklung privatrechtlicher Verträge zwischen der Gemeinde und dem Bauunternehmer abgegeben hat. Hier ist der Verwaltungsrechtsweg grundsätzlich nicht eröffnet. Wegen des privatrechtlichen Sachzusammenhangs kann sich ein Unterlassungs- oder Widerrufsanspruch nur nach dem Privatrecht ergeben.<sup>71</sup>

- 64 Schwierig ist dagegen die Rechtswegfrage zu beantworten, wenn der Amtswalter die Äußerung im Rahmen der Erfüllung von öffentlichen Aufgaben getätigt hat. In Parallele zu den Immissionsfällen sollte die Streitigkeit dann als öffentlich-rechtlich qualifiziert werden, wenn die umstrittene Äußerung in einem **engen Funktions- bzw. Sachzusammenhang** mit dem Bereich hoheitlicher Betätigung des Amtswalters steht (sog. **Akzessorietätstheorie**).

**Beispiel**<sup>72</sup>: P ist amerikanischer Jazz-Pianist und Mitglied der Scientology-Organisation. Die Landesregierung erklärt in einer Pressemitteilung, dass P zukünftig keine staatliche Förderung mehr erhalten werde, da er, wie die Landesregierung erfahren habe, der Scientology-Organisation angehöre.

Hier steht die Äußerung der Landesregierung in einem engen Funktionszusammenhang mit der Wahrnehmung hoheitlicher Pflichten (Informationsrecht gegenüber der Öffentlichkeit). Der Verwaltungsrechtsweg ist eröffnet. Statthaft ist zum einen die Leistungsunterlassungsklage (Unterlassen weiterer Äußerungen) und zum anderen die Leistungsvornahmeklage (Folgenbeseitigung in Form des Widerrufs der Äußerung), die P wegen des Eingriffs in sein Persönlichkeitsrecht erheben kann (vgl. § 44 VwGO).

<sup>71</sup> VGH Mannheim NVwZ-RR 1998, 413 L; anders OLG Dresden NVwZ-RR 1998, 343: Öffentlich-rechtliche Streitigkeit.

<sup>72</sup> Vgl. BVerfG NJW 2002, 3458 ff. (Offenlegung einer Scientology-Mitgliedschaft).



## ee. Öffentliche Warnungen

Unter einer öffentlichen (d.h. behördlichen) Warnung versteht man Erklärungen von Behörden oder Regierungsorganen, die an die Bevölkerung gerichtet sind und diese vor bestimmten gewerblichen oder landwirtschaftlichen Produkten, aber auch vor bestimmten Institutionen warnen.<sup>73</sup>

65

**Beispiele:** Warnung vor (Jugend-)Sekten oder anderen Glaubensgemeinschaften<sup>74</sup>, Veröffentlichung von Arzneimitteltransparenzlisten<sup>75</sup>, Veröffentlichung von Warentests durch Behörden<sup>76</sup>, Empfehlung, in Karton verpackte Getränke zu meiden<sup>77</sup>, Veröffentlichung einer Liste glykolphaltiger und damit gesundheitsschädlicher Weine<sup>78</sup>, Warnung vor angeblich verdorbenen Teigwaren<sup>79</sup>, „Warnung“ vor E-Zigaretten<sup>80</sup> etc.

Es liegt auf der Hand, dass insbesondere Warnungen vor bestimmten Produkten oder Institutionen für die Betroffenen zum Teil erhebliche Nachteile wie z.B. Imageverlust oder Umsatzeinbußen nach sich ziehen. Denn wenn z.B. eine Warnung vor einem bestimmten Lebensmittel ausgesprochen und von der Bevölkerung ernst genommen wird, dann wird das Produkt eben nicht mehr gekauft. Darüber hinaus ist es möglich, dass die Verbraucher dann das ganze Sortiment des Herstellers meiden, weil man sich ja nie sicher sein kann, ob nicht auch andere Produkte mangelhaft sind. Damit sind Grundrechtseingriffe immanent. Die öffentlichen Warnungen werfen daher eine Reihe von Fragen auf. So ist zunächst zu fragen, ob die handelnde Behörde überhaupt zuständig war. Dies betrifft insbesondere die Warnungen, die von der Bundesregierung ausgesprochen werden. Des Weiteren muss wegen des mit der Warnung verbundenen Eingriffs in die Grundrechte (Art. 14 I, 12 I GG bei Warnungen vor gewerblichen oder landwirtschaftlichen Produkten, Art. 4 I GG bei Warnungen vor (Jugend-)Sekten, Art. 2 I GG bei geschäftsschädigenden und ehrverletzenden Äußerungen, Art. 3 I GG bei Verletzung der Wettbewerbsneutralität) der Gesetzesvorbehalt beachtet werden. Dies führt zum Erfordernis einer gesetzlichen Rechtsgrundlage. Soweit eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung vorliegt und keine abschließende Spezialermächtigung greift, sind die Landesbehörden aufgrund der **landespolizeilichen Befugnisgeneralklausel**<sup>81</sup> berechtigt, adäquate Maßnahmen, zu denen auch die Warnungen gehören, zu treffen. Der Rückgriff auf die landesrechtliche Befugnisgeneralklausel ist aber ausgeschlossen, wenn keine Gefahr vorliegt bzw. wenn die Warnung von einer Bundesbehörde (i.d.R. von der **Bundesregierung**) ausgeht. Im Einzelnen ist vieles sehr strittig, vgl. dazu auf die zusammenhängende Darstellung bei *R. Schmidt*, AllgVerwR, Rn 893 ff.

66

## ff. Subventionsvergabe

Subventionen i.e.S. (**Direktsubventionen**) sind vermögenswerte Zuwendungen, die der Staat oder ein anderer Träger öffentlicher Verwaltung unmittelbar oder durch

67

<sup>73</sup> Vgl. dazu ausführlich BVerfGE 105, 252 ff. (Glykolwein); 105, 279 ff. (Jugendsekte); BVerfG NJW 2002, 3458 ff. (Scientology-Mitgliedschaft).

<sup>74</sup> Vgl. BVerfGE 105, 279 ff.; BVerwGE 90, 112, 116; 82, 60, 76; BVerfG NJW 1989, 3269; OVG Hamburg NVwZ 1995, 498; VGH München NVwZ 1995, 793; OVG Münster NJW 1996, 2114; OVG Münster NJW 1996, 2115; BVerwG NVwZ 1994, 162, 163; *Beaucamp*, JA 2002, 398 ff.

<sup>75</sup> BVerwGE 71, 183.

<sup>76</sup> BVerwG DVBl 1996, 807 (Warentests von Futtermitteln).

<sup>77</sup> VGH Kassel NVwZ 1995, 611.

<sup>78</sup> BVerfGE 105, 252 ff.; BVerwGE 87, 37 ff.; OVG Münster NJW 1986, 2783; OVG Münster GewArch 1988, 11.

<sup>79</sup> OLG Stuttgart NJW 1990, 2690 („Birkel“).

<sup>80</sup> VG Düsseldorf MPR 2012, 67 ff. Vgl. auch BGH NJW 2016, 1251, 1252. Zu beachten ist, dass gem. § 14 I S. 2 Tabakerzeugnisgesetz E-Zigaretten mit Flüssigkeiten befüllt werden dürfen, die einen Nikotingehalt von bis zu 20 mg pro ml haben.

<sup>81</sup> Vgl. Bund (§ 14 BundesPolG); Bay (Art. 11 I PAG); BW (§ 3 PolG); Berl (§ 17 I ASOG); Brand (§ 10 I PolG); Brem (§ 10 I PolG); Hamb (§ 3 I SOG); Hess (§ 11 SOG); MeckVor (§ 13 SOG); Nds (§ 11 POG); NW (§ 8 I PolG); RhPfl (§ 9 I POG); Saar (§ 8 I PolG); Sachs (§ 3 I PolG); SachsAnh (§ 13 SOG); SchlHolst (§§ 174, 176 LVwG); Thür (§ 12 I PAG).

Dritte an Privatpersonen zur Förderung eines im öffentlichen Interesse liegenden **Zwecks** leistet.

**Beispiel:** Der Staat oder die Gemeinde fördert Landwirte, die eine ökologische Tierhaltung betreiben, **(a)** durch Zuschüsse und **(b)** durch zinsgünstige Darlehen, um der Maul- und Klauenseuche entgegenzutreten.

Bei Subventionen ist auf jeden Fall auf die zu diesem Problembereich entwickelte **Zwei-Stufen-Theorie** (vgl. Rn 56) einzugehen: Ausgangspunkt ist die Überlegung, dass eine Subventionierung einstufig erfolgt, wenn Bewilligung und Gewährung in einem Akt zusammenfallen und das Subventionsverhältnis damit abgeschlossen ist. Diese Konstellation tritt beispielsweise dann ein, wenn eine Subvention wie in Variante **(a)** in Form eines **verlorenen Zuschusses** in Betracht kommt. Vollzieht sich die Subventionierung jedoch nicht in einem Akt, sondern erstreckt sich wie in Variante **(b)** auf einen längeren Zeitraum (Subvention in Form eines **Darlehens** oder einer **Bürgerschaft**), tritt zu der Bewilligung häufig ein privatrechtliches Rechtsverhältnis in Form eines Darlehens- oder Bürgerschaftsvertrags (vgl. §§ 488 ff., §§ 765 ff. BGB) hinzu. Bei dieser Handlungsform entscheidet zunächst die Behörde über die Gewährung (die Bewilligung) oder Versagung beispielsweise des beantragten Darlehens (**1. Stufe**). Diese Entscheidung über das „Ob“ der Gewährung der Subvention (oder der Benutzung einer öffentlichen Sache) ist stets eine Frage der öffentlich-rechtlichen Zweckbestimmung und somit unmittelbare Folge des öffentlichen Rechts.<sup>82</sup> Zur Durchführung der Subventionierung, das „Wie“, wird sodann ein privatrechtlicher (Darlehens-) Vertrag zwischen Subventionsgeber und Subventionsempfänger abgeschlossen (**2. Stufe**). Bei der Prüfung des Verwaltungsrechtswegs muss also nur festgestellt werden, dass es im betreffenden Fall um das „Ob“ und nicht um das „Wie“ der Subventionierung geht. Es bleibt somit stets bei der Begründetheit zu prüfen, ob ein öffentlich-rechtlicher Anspruch auf Subventionsgewährung besteht.

- 68 Für die **statthafte Klageart** gilt Folgendes: Begehrt jemand eine Subvention, ist die Verpflichtungsklage statthaft, da die Entscheidung über das „Ob“ der Gewährung aufgrund der mit ihr verbundenen Regelungswirkung einen VA darstellt. Möchte hingegen ein Dritter die Subvention angreifen (Fall der Konkurrentenabwehrklage), ist die **Anfechtungsklage** statthaft. Geht es dem Dritten dagegen darum, ebenfalls in den Genuss einer Begünstigung zu kommen, ist jedenfalls die **Verpflichtungsklage** statthaft (Fall der Konkurrentengleichstellungsklage). Kann der Dritte die Begünstigung nur dann erhalten, wenn er den Begünstigten aus seiner Position entfernt (etwa weil das Kontingent bereits erschöpft ist), muss er nach h.M. in kumulativer Klagehäufung zusätzlich eine Anfechtungsklage erheben (Fall der Konkurrentenverdrängungsklage). Vgl. dazu die Ausführungen zu den betreffenden Klagearten.

## gg. Öffentliche Einrichtungen und öffentliche Sachen

- 69 **Öffentliche Einrichtungen** wie z.B. Schwimmbäder, Museen, Bibliotheken, Theater, Stadthallen, Wasserschleusen etc. sind *bestimmten öffentlichen Zwecken gewidmete* Leistungseinrichtungen im Bereich staatlicher Daseinsvorsorge (Vorsorgeverwaltung), die der Bürger nach besonderer Zulassung nutzen kann.<sup>83</sup>

**Beispiel:** Die Stadt S hat ihre Stadthalle bereits mehrfach politischen Parteien für die Durchführung von Veranstaltungen zur Verfügung gestellt. Betrieben wird die Halle (a) durch einen Regie- oder Eigenbetrieb der Stadt oder (b) durch eine Betreiber-GmbH („Stadthallen-GmbH“), deren Geschäftsanteile sich ganz oder überwiegend im Eigentum der Stadt befinden. In beiden Fällen werden mit den Nutzern privatrechtliche Miet-

<sup>82</sup> Das gilt auch für die Rücknahmeentscheidung (vgl. OVG Magdeburg NVwZ 2002, 108).

<sup>83</sup> Vgl. *Bull/Mehde*, AllgVerwR, § 16 Rn 822.

verträge gemäß §§ 535 ff. BGB geschlossen. Möchte nun beispielsweise eine umstrittene politische Partei einen Parteitag abhalten und sollte sich die Betreiber-Gesellschaft weigern, die Stadthalle diesbezüglich zur Verfügung zu stellen, stellt sich die Frage nach dem Zulassungsanspruch.<sup>84</sup>

Was die Nutzung über den zulassungsfreien Gemeingebrauch hinaus betrifft<sup>85</sup>, gilt auch hinsichtlich der zulassungspflichtigen Sondernutzung kommunaler oder städtischer öffentlicher Einrichtungen, dass die Entscheidung über die Zulassung zur Benutzung grds. öffentlich-rechtlich durch Verwaltungsakt erfolgt (**1. Stufe**). Das Benutzungsverhältnis, bei dem es um die Modalitäten der Nutzung geht (Dauer der Nutzung, Höhe des Entgelts, Verhaltenspflichten etc.), ist der **2. Stufe** zuzuordnen. Anders als bei den Subventionen ist diese 2. Stufe jedoch nicht stets dem Privatrecht zuzuordnen. Es ist zu unterscheiden:

70

**Betreiber-Gesellschaft ist ein Eigen- oder Regiebetrieb:** Betreibt die öffentliche Hand die Einrichtung in Eigenregie bzw. durch einen Eigenbetrieb (Konstellation a), hat sie die Formenwahlfreiheit: Sie ist frei in ihrer Entscheidung, ob sie das Benutzungsverhältnis öffentlich-rechtlich *oder* privatrechtlich ausgestaltet. Gestaltet sie das Benutzungsverhältnis **öffentlich-rechtlich** aus (Indizien dafür sind: Benutzungsatzung, Benutzungsgebühr oder Hinweis auf öffentlich-rechtliche Rechtsbehelfe), sind Streitigkeiten auch hinsichtlich der Benutzungsmodalitäten **öffentlich-rechtlich** und daher vor den Verwaltungsgerichten auszutragen. Die Zwei-Stufen-Theorie ist hier nicht anwendbar.<sup>86</sup> In der Fallbearbeitung sollte sie daher auch nicht erwähnt werden.<sup>87</sup> Handelt es sich indes um eine privatrechtliche Ausformung des Benutzungsverhältnisses (was i.d.R. anzunehmen ist, wenn die Benutzungsregeln durch AGB statt durch Satzung festgelegt werden oder wenn von einem Benutzungsentgelt statt von einer Benutzungsgebühr die Rede ist), entscheiden hinsichtlich der Zulassung (**1. Stufe**) die Verwaltungsgerichte und hinsichtlich der Benutzungsmodalitäten (**2. Stufe**) die Zivilgerichte. Kann nicht zweifelsfrei festgestellt werden, ob das Benutzungsverhältnis öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich ausgestaltet ist, spricht die Vermutung für ein öffentlich-rechtliches Handeln. In diesem Fall ist eine Unterscheidung zwischen den beiden Stufen überflüssig, da sowohl hinsichtlich des Zulassungsanspruchs als auch hinsichtlich des Benutzungsverhältnisses die Verwaltungsgerichte entscheiden.

71

**Betreiber-Gesellschaft ist eine juristische Person des Privatrechts:** Zwar ist es der öffentlichen Hand nicht verwehrt, auch auf dem Gebiet der öffentlichen Daseinsvorsorge juristische Personen des Privatrechts (insbesondere GmbH, AG) zu gründen oder sich an ihnen zu beteiligen, um diese mit dem Betrieb einer öffentlichen Einrichtung zu betrauen. Da aber eine staatliche Stelle wegen Art. 1 III, 20 III GG niemals das Recht zur Beliebigkeit haben kann, darf das Betreiben einer öffentlichen Einrichtung durch eine juristische Person des Privatrechts nicht zur Folge haben, dass sich der Träger der öffentlichen Gewalt seiner öffentlich-rechtlichen Bindung entledigt („**keine Flucht ins Privatrecht**“). Daher muss eine hinreichende Einflussmöglichkeit gewährleistet sein. Die öffentliche Hand muss also entweder sämtliche Anteile an der juristischen Person des Privatrechts halten (Ein-Personen-GmbH, öffentliche Hand als

72

<sup>84</sup> Siehe auch VG Frankfurt a.M. NVwZ 2023, 777, wo es um die Frage nach der Zulassung eines Künstlers (namentlich Roger Waters, Mitgründer der Rockgruppe Pink Floyd) zu einem Auftritt in der Festhalle Frankfurt a.M. ging.

<sup>85</sup> Vgl. zum zulassungsfreien Gemeingebrauch und zur zulassungspflichtigen Sondernutzung Rn 76 f.

<sup>86</sup> Vgl. auch VGH München NJW 2013, 249: Ausschluss von städtischer KiTa aus Kapazitätsgründen ist stets öffentlich-rechtlich, wenn Zugang und Nutzung öffentlich-rechtlich geregelt sind.

<sup>87</sup> Anders aber Beyerbach, JA 2016, 521, 522, der schreibt: „Der Hinweis schadet aber auch nicht, wenn man diesen Prüfungsklassiker noch unauffällig ‚unterbringen‘ möchte“. Nach der hier vertretenen Auffassung ist davon abzuraten, weil anderenfalls der Eindruck entstehen könnte, man bringe zum Ausdruck, die Zwei-Stufen-Theorie sei anwendbar.

Alleinaktionär) oder einen bestimmenden Einfluss ausüben (z.B. als Mehrheitsaktionär oder aufgrund vertraglicher Regelung; zu den Einzelheiten siehe sogleich).<sup>88</sup> Diese Mehrheitsverhältnisse ändern jedoch nichts an der Tatsache, dass es sich bei der Betreiber-Gesellschaft um eine juristische Person des Privatrechts handelt. Daher kann auch das Benutzungsverhältnis ausschließlich privatrechtlich ausgestaltet sein. Das führt zu einer Zweigleisigkeit des Rechtswegs. Im Einzelnen gilt:

- Derjenige, der den Zugang zu der öffentlichen Einrichtung begehrt, kann zunächst die **Betreiber-Gesellschaft zivilgerichtlich** auf Abschluss eines Mietvertrags (§ 535 BGB) verklagen. Denn aufgrund der Eigenschaft der Betreiber-Gesellschaft als juristische Person des Privatrechts ist diese rechtsfähig (vgl. § 13 I GmbHG, § 1 I S. 1 AktG) und auch vor Gericht passivlegitimiert. Jedoch wird eine solche Klage kaum Aussicht auf Erfolg haben, da grds. kein Kontrahierungszwang besteht. Etwas anderes gilt ausnahmsweise dann, wenn eine gesetzliche Bestimmung existiert, die einen Vertragsabschluss vorschreibt (das ist etwa im Personenbeförderungs- und im Wettbewerbsrecht der Fall) oder wenn die Ablehnung eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung i.S.v. § 826 BGB bedeuten würde. Jedenfalls ist die Wahl des Zivilrechtswegs unschädlich, da auch die Zivilgerichte die verbleibende öffentlich-rechtliche Bindung gem. § 17 II S. 1 VVG beachten müssen.<sup>89</sup> Die **Zwei-Stufen-Theorie** macht hier **keinen Sinn**.
- Fraglich ist, ob eine Klage vor dem **Verwaltungsgericht** mehr Erfolg verspricht. Als Klagegegner kommt der hinter der GmbH oder AG stehende Träger der öffentlichen Gewalt in Betracht. Denn wie gesagt, darf das Betreiben einer öffentlichen Einrichtung durch eine Privatperson nicht zur Folge haben, dass sich der Träger der öffentlichen Gewalt seiner öffentlich-rechtlichen Bindung entledigt. Würde also die Stadt (bzw. die Gemeinde) die öffentliche Einrichtung selbst betreiben und bestünden etwa aufgrund der bisherigen Vergabepraxis über Art. 3 I GG eine Selbstbindung der Verwaltung und daher ein Zulassungsanspruch, kann nichts anderes gelten, wenn sich die Stadt (oder die Gemeinde) zur Erfüllung ihrer ihr obliegenden Aufgaben einer privatrechtlich organisierten Betreibergesellschaft bedient. Daher hat der Bürger auch unmittelbar gegen die Stadt (oder die Gemeinde) einen öffentlich-rechtlichen Anspruch. Fraglich ist lediglich, wie sich dieser Anspruch rechtstechnisch darstellt. Ein Anspruch gegen die Stadt (oder die Gemeinde) auf Erlass eines „Zulassungsverwaltungsakts“ kommt nicht in Betracht. Denn dadurch, dass die Stadt (oder die Gemeinde) eine juristische Person des Privatrechts eingesetzt hat, ist allein *diese* befugt, über die Zulassung zur Nutzung zu entscheiden. Etwas anderes wäre gesellschaftsrechtlich unzulässig, weil gem. § 76 I AktG allein der Vorstand und gem. § 35 I GmbHG allein der Geschäftsführer entscheidet. Das heißt jedoch nicht, dass der Anteilseigner keinerlei Einflussmöglichkeiten hätte. Soweit eine GmbH unmittelbare Trägerin der Einrichtung ist, muss § 37 GmbHG beachtet werden. Die Einflussmöglichkeit auf die Geschäftsführung wird maßgeblich durch die dort genannten Mehrheitsverhältnisse bestimmt. Bei einer AG müssen §§ 76, 77, 78 und 111 AktG beachtet werden, wonach der Vorstand zwar weisungsunabhängig ist, jedoch die Einflussmöglichkeit der Stadt oder der Gemeinde in Form eines Beherrschungsvertrags gemäß §§ 291 I S. 1, 308 AktG besteht. Sofern sich die Geschäftsanteile ausschließlich oder weit überwiegend in der Hand der Stadt (oder der Gemeinde) befinden, ist also eine Einwirkungsmöglichkeit gegeben.<sup>90</sup> Klagt der Abgewiesene somit verwaltungsgerichtlich gegen die Stadt (oder die Gemeinde) auf Zulassung, stellt dieser geltend gemachte Zulassungsanspruch nach der Terminologie der (in dieser Konstellation anwendbaren) Zwei-Stufen-Theorie die **1. Stufe** dar. Ist der Anspruch begründet, muss die Stadt (bzw. die Gemeinde) dann ihren Einfluss auf die privat-

<sup>88</sup> Vgl. auch OVG Bautzen SächsVBl 2005, 15 f.; 2003, 147.

<sup>89</sup> Vgl. dazu im Einzelnen BVerwG NVwZ 1991, 59; 1990, 754; VG Hannover NdsVBl 2003, 305; BGH NVwZ 2003, 506; DVBl 2000, 557; Rennert, in: Eyermann, VwGO, § 40 Rn 56 u. 58; Ruthig, in: Kopp/Schenke, VwGO, § 40 Rn 16; Ehlers/Schneider, in: Schoch/Schneider, VwGO, § 40 Rn 296 f.

<sup>90</sup> So etwa im Fall VG Frankfurt a.M. NVwZ 2023, 777.

rechtlich organisierte Betreiber-Gesellschaft dahingehend ausüben, dass diese die öffentliche Einrichtung zur Verfügung stellt. Seitens des Klägers besteht ein öffentlich-rechtlicher Verschaffungsanspruch (Einwirkungsanspruch) gegenüber der Stadt (bzw. der Gemeinde).<sup>91</sup> Dieser Verschaffungsanspruch ist ein umgewandelter Zulassungsanspruch und ist letztlich Folge des in den Gemeindeordnungen oder Kommunalgesetzen geregelten Zulassungsanspruchs, der immer dann besteht, wenn die beantragte Nutzung im Rahmen der öffentlichen Zweckbestimmung liegt und kein Versagungsgrund vorliegt.<sup>92</sup> Sollte ein solcher Zulassungsanspruch aus dem Gemeinderecht nicht bestehen, greift jedenfalls Art. 3 I GG i.V.m. dem Grundsatz der Selbstbindung der Verwaltung, sofern die öffentliche Hand ihre Einrichtung im Rahmen der jeweiligen Widmung für die Durchführung von bestimmten Veranstaltungen zur Verfügung stellt; denn dadurch entsteht auch jenseits der einfachgesetzlichen Bestimmungen ein Gleichbehandlungsanspruch aus Art. 3 I GG i.V.m. dem Grundsatz der Selbstbindung der Verwaltung.<sup>93</sup> Eine Versagung der Zulassung stellt allerdings nicht per se eine Verletzung des Gleichbehandlungsanspruchs aus Art. 3 I GG i.V.m. dem Grundsatz der Selbstbindung der Verwaltung dar, da ein solcher Anspruch nicht absolut besteht, sondern lediglich unter dem Vorbehalt des Nichtüberwiegens gegenläufiger Rechtsgüter, was im Wege der praktischen Konkordanz<sup>94</sup> zu ermitteln ist.<sup>95</sup>

Wird der Einwirkungs- bzw. Verschaffungsanspruch klageweise geltend gemacht, handelt es sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit, für die der Verwaltungsrechtsweg gem. § 40 I S. 1 VwGO eröffnet ist. Statthafte Klageart ist nicht die Verpflichtungsklage, sondern die allgemeine Leistungsklage, da ja kein begünstigender Verwaltungsakt begehrt wird, sondern eine (gesellschaftsrechtliche) Einwirkung auf den zivilrechtlich organisierten Betreiber. Im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes ist der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gem. § 123 I VwGO statthaft.<sup>96</sup> Streitigkeiten hinsichtlich der Benutzungsmodalitäten betreffen dagegen das privatrechtlich ausgestaltete Nutzungsverhältnis, stellen daher die **2. Stufe** dar. Diesbezügliche Ansprüche des Bürgers sind gegen den privaten Betreiber zu richten. Hier handelt es sich um privatrechtliche Streitigkeiten, die gem. § 13 GVG in die Zuständigkeit der Zivilgerichte fallen.

**Zusammenfassung und Hinweis für die Fallbearbeitung:** Soweit über den Zulassungsanspruch (also das „Ob“ der Benutzung) in Bezug auf die Nutzung einer privatrechtlich betriebenen öffentlichen Einrichtung gestritten wird, ist bei einer prozessual eingekleideten Prüfungsarbeit genau zwischen prozessualen und materiellen Aspekten zu unterscheiden:

Hinsichtlich der Prüfung des **Verwaltungsrechtswegs** bieten sich zwei Vorgehensweisen an: Zum einen ist es zulässig, die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs schlicht mit der **Zwei-Stufen-Theorie** zu begründen. Danach ist der Verwaltungsrechtsweg allein deshalb eröffnet, weil sich die Entscheidung über die Zulassung als unmittelbare Folge der öffentlichen Zweckbestimmung darstellt. Zum anderen kann bereits abschließend geklärt werden, ob eine öffentliche Einrichtung vorliegt. Denn dadurch wird die Prüfung der wahren Natur des behaupteten Anspruchs ermöglicht und die Rechtswegfrage nicht durch den Klägervortrag bestimmt. Folge dieser Vorge-

<sup>91</sup> So etwa im Fall VG Frankfurt a.M. NVwZ 2023, 777.

<sup>92</sup> Vgl. z.B. § 10 II BW GO; Art. 21 I Bay GO; § 20 I Hess GO; § 8 II NRW GO.

<sup>93</sup> VG Frankfurt a.M. NVwZ 2023, 777, 779.

<sup>94</sup> Begriff nach *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts, Rn 317 ff., wonach bei einer Grundrechtskollision die gegenläufigen Verfassungsgüter (im Rahmen der Prüfung der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung des Grundrechtseingriffs) im Wege einer praktischen Konkordanz gegeneinander abgewogen werden – dazu *R. Schmidt*, Grundrechte, Rn 193/384 f.

<sup>95</sup> So war im Fall VG Frankfurt a.M. NVwZ 2023, 777 die Kunstfreiheit des für seine israelfeindliche Haltung bekannten Roger Waters aus Art. 5 III S. 1 Var. 1 GG mit dem vom allgemeinen Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 I GG i.V.m. Art. 1 GG umfassten postmortalen Persönlichkeitsrecht der in der Festhalle anwesenden individualisierbaren Opfer der NS-Gräueltaten und generell mit dem Geltungs- und Achtungsanspruch aller in Deutschland lebenden Juden abzuwägen. Auf Einzelheiten kann hier nicht eingegangen werden.

<sup>96</sup> So im Fall VG Frankfurt a.M. NVwZ 2023, 777.

hensweise wäre aber, dass dann die in Betracht kommende Anspruchsgrundlage (beispielsweise eine Vorschrift der Gemeindeordnung oder § 5 PartG i.V.m. Art. 3 I GG auf Gleichbehandlung) untersucht werden müsste. Insbesondere wäre zu prüfen, ob eine (öffentliche) Einrichtung vorliegt, wodurch die Prüfung eines erforderlichen Widmungsakts angezeigt wäre. Insgesamt müsste man nahezu die vollständige Begründetheitsprüfung im Rahmen der Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs vorziehen. Diese Vorgehensweise kann zu einer extremen „Kopflastigkeit“ des Gutachtens führen. Daher scheint es angebracht, die Rechtswegfrage schlicht über die Zwei-Stufen-Theorie zu klären. Unter dieser Prämisse gilt für die **statthafte Klageart** Folgendes:

- Handelt es sich bei der öffentlichen Einrichtung um einen Eigen- oder Regiebetrieb, ist eine gegen den Rechtsträger des Eigenbetriebs erhobene Verpflichtungsklage statthaft, die darauf gerichtet ist, den Eigen- oder Regiebetrieb gemäß einer hierarchischen Weisung zu verpflichten, die gewünschte Zulassung vorzunehmen (direkte Verurteilung des Verwaltungsträgers zur Zulassung).
- Ist die öffentliche Einrichtung als GmbH oder AG organisiert, kommt wegen der Rechtsfähigkeit einer solchen Gesellschaft eine direkte Verurteilung des Verwaltungsträgers zur Zulassung der Benutzung nicht in Betracht. Erwirkt werden kann aber auch hier die Verurteilung, die Stadt (bzw. die Gemeinde) habe auf das von ihr beherrschte Privatrechtssubjekt derart einzuwirken, dass dem Antragsteller Zugang gewährt wird (sog. **Einwirkungs- oder Verschaffungsanspruch**). Hier wäre die allgemeine Leistungsklage statthaft. Im einstweiligen Rechtsschutz ist dagegen stets der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gem. § 123 VwGO statthaft.

Im Rahmen der **Begründetheit** findet schließlich die gesamte materielle Prüfung statt: Zunächst ist die Anspruchsgrundlage zu benennen, aus der sich der geltend gemachte Zulassungsanspruch herleiten lassen könnte. Sodann sind deren Tatbestandsvoraussetzungen zu prüfen. Liegen diese vor, besteht grundsätzlich ein Zulassungsanspruch. Etwas anderes gilt nur dann, wenn übergeordnete Belange dagegensprechen, etwa wenn – im Fall der Vermietung einer Stadthalle an eine rechtsradikale politische Partei und angekündigten Demonstrationen von links – die Polizei die Parteimitglieder als sog. Nichtstörer in Anspruch nehmen müsste. Besteht aber ein Zulassungsanspruch, ergeht die gerichtliche Verurteilung der Stadt (bzw. der Gemeinde), diese habe ihren Einfluss auf die privatrechtlich organisierte Betreiber-Gesellschaft dahingehend ausüben, dass diese die öffentliche Einrichtung zur Verfügung stellt (sog. Einwirkungs- oder Verschaffungsanspruch).

74 Für das obige **Beispiel** (Rn 69) gilt: Im Rahmen der Prüfung des Verwaltungsrechtswegs ist zu untersuchen, ob es um den Zugang zur Stadthalle geht (das „Ob“ der Benutzung) oder ob die Art und Weise der Benutzung (das „Wie“ der Benutzung) Gegenstand der Auseinandersetzung ist. Ist bei dieser zweistufigen Betrachtungsweise die Zulassung zur öffentlichen Einrichtung zu untersuchen, ist *Anspruchsgegner* unabhängig von der Organisationsform die öffentliche Hand, vorliegend die Stadt. Der Verwaltungsrechtsweg ist eröffnet. Statthaft ist die allgemeine Leistungsklage, gerichtet auf Verschaffung der Zulassung zur Nutzung.

75 **Öffentliche Sachen** sind alle Sachen, die der öffentlichen Verwaltung zur Erfüllung ihrer Aufgaben dienen (Straßen, Wasser, Luftraum, Meeresstrand<sup>97</sup>, Verwaltungsgebäude etc.). Die Zweckbestimmung entsteht durch **Widmung**, d.h. die Sachen erhalten eine öffentliche Zweckbestimmung, wobei der jeweilige Widmungsakt durch Gesetz (z.B. § 5 WaStrG), Verordnung, Satzung, förmlichen Verwaltungsakt (insbesondere im Straßenrecht, vgl. § 2 I FStrG und auf Landesebene z.B. § 6 HambWegeG), aber

<sup>97</sup> Vgl. dazu OLG Schleswig NJW 2001, 1073.

auch durch schlicht hoheitliches Handeln (tatsächliches Zur-Verfügung-Stellen) oder Gewohnheitsrecht bzw. langjährige Übung und (tatsächlich) durch die Indienststellung erfolgen kann.

**Beispiele:** Die Stadt B sperrt in einer Geschäftsstraße den Durchgangsverkehr und erklärt die Straße zur Fußgängerzone. In einer Satzung legt die Stadt fest, welche Tätigkeiten zulassungsfrei erlaubt sind und welche einer besonderen Zulassung bedürfen.

Bezüglich der Benutzung von öffentlichen Sachen ist zwischen dem Gemeingebrauch und der Sondernutzung zu unterscheiden. **Gemeingebrauch** liegt vor, wenn die öffentliche Sache „jedermann“ ohne besondere Zulassung zur Benutzung im Rahmen ihrer öffentlichen Zweckbestimmung offensteht.

76

**Beispiele:**

- (1) A stellt seinen zugelassenen Lkw über Nacht und am Wochenende auf einer öffentlichen Straße ab. ⇒ Das darf er, weil der ruhende Verkehr vom Begriff des Gemeingebrauchs umfasst ist, soweit das betreffende Fahrzeug zum Straßenverkehr zugelassen ist.
- (2) B betreibt ein Straßencafé und verkauft Eis von einem Fenster zur Straße hin. ⇒ Auch hier liegt Gemeingebrauch vor, weil B für das Anbieten der Ware keinen Straßenraum beansprucht, der der Allgemeinheit vorenthalten werden könnte.
- (3) C spricht in der Fußgängerzone während der Wahlkampfphase Passanten an und wirbt dabei für die politische Partei, in der er Mitglied ist. ⇒ Das darf er, weil der Begriff des Gemeingebrauchs vor dem Hintergrund der Art. 5 und 21 GG weit auszulegen ist.

Demgegenüber spricht man von **Sondernutzung**, wenn eine öffentliche Sache jenseits ihres Widmungszwecks benutzt wird. Bei den *öffentlichen Straßen* liegt eine Sondernutzung grundsätzlich dann vor, wenn sie nicht zu Verkehrszwecken benutzt werden.

77

**Beispiele:**

- (1) D spricht in der Fußgängerzone Passanten an und betreibt dabei kommerzielle Werbung. ⇒ Da gewerbliche Werbung den Gemeingebrauch beeinträchtigt, liegt eine Sondernutzung vor.
- (2) E versieht sein Fahrzeug mit einer Reklameaufschrift und stellt es am Straßenrand in der Innenstadt ab. ⇒ Das Abstellen von Kfz zu gewerblichen Zwecken stellt eine Sondernutzung dar.
- (3) Gleiches gilt für die Verkaufstätigkeit von einem „Bauchladen“ aus sowie für reine Werbefahrten im Straßenverkehr.<sup>98</sup>

Gerade aufgrund der Nutzung über den Widmungszweck hinaus ist eine besondere Zulassung erforderlich. Streitigkeiten über Sondernutzungserlaubnisse sind öffentlich-rechtlicher Natur und vor den **Verwaltungsgerichten** auszutragen. Gleiches gilt, wenn gerade in Frage steht, ob ein bestimmtes Verhalten vom Begriff des Gemeingebrauchs umfasst ist oder einer Sondernutzungserlaubnis bedarf. Bezüglich der **statischen Klageart** gilt Folgendes: Weiß der Kläger, dass er einer Sondernutzungserlaubnis bedarf, und weigert sich die Behörde, eine solche zu erteilen, ist die **Verpflichtungsklage** statthaft. Ist dagegen strittig, ob der Kläger für sein Vorhaben überhaupt eine Sondernutzungserlaubnis benötigt, ist regelmäßig die **Feststellungsklage** statthaft. Möchte schließlich ein Dritter die dem Begünstigten erteilte Sondernutzungserlaubnis abwehren, kann er **Anfechtungsklage** erheben.

78

<sup>98</sup> Stern/Blanke, Rn 103.

## hh. Politische Parteien

- 79 Geht es um Rechtsstreitigkeiten mit politischen Parteien, ist fraglich, welcher Rechtsweg einzuschlagen ist. Da die politischen Parteien eine von der Verfassung gestellte Aufgabe zu erfüllen haben, nämlich an der Willensbildung des Volkes mitzuwirken (Art. 21 I S. 1 GG), gelten weite Teile des bürgerlich-rechtlichen Vereinsrechts für sie nicht (vgl. nur § 37 PartG). Vielmehr sind sie primär bestimmten Normen des öffentlichen Rechts, nämlich Art. 21 GG und dem PartG, unterstellt.<sup>99</sup> Das könnte zu der Annahme führen, dass Streitigkeiten mit politischen Parteien vor dem Verwaltungsgericht auszutragen sind. Dem steht jedoch klar der privatrechtliche Status der politischen Parteien (rechtsfähige oder nicht-rechtsfähige Vereine) gegenüber. Rechtsstreitigkeiten mit politischen Parteien sind daher privatrechtlich zu beurteilen (so erfolgt etwa die Aufnahme in eine politische Partei durch privatrechtliches Rechtsgeschäft). Deshalb sind Rechtsstreitigkeiten mit politischen Parteien regelmäßig vor den ordentlichen Gerichten auszutragen. Etwas anderes gilt dann, wenn eine Partei-Schiedsgerichtsbarkeit (wie etwa im innerparteilichen Bereich) eingreift.

### Beispiele:

- (1) Rechtsstreitigkeiten bezüglich der **Aufnahme** in eine politische Partei sind vor dem **Zivilgericht** auszutragen. Nach umstrittener Auffassung besteht ein grundsätzlicher Anspruch, in eine Partei aufgenommen zu werden.<sup>100</sup> Folgt man dieser Auffassung, ist eine entgegenstehende Parteisatzung diesbezüglich unbeachtlich. Der Aufnahmeanspruch kann aber in begründeten Fällen, insbesondere bei fehlender Grundidentifikation ausgeschlossen sein.
- (2) Über den **Parteiausschluss** entscheidet das nach der Schiedsgerichtsordnung zuständige **Schiedsgericht** (§ 10 V S. 1 PartG). Für die Berufung ist das Schiedsgericht höherer Stufe zuständig (§ 10 V S. 2 PartG). Fraglich ist, welcher Rechtsweg gegen die Entscheidung des Berufungsgerichts für Schiedssachen eröffnet ist. Es könnte angenommen werden, dass der Rechtsstreit öffentlich-rechtlicher Natur ist, was den Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten eröffnen würde (vgl. § 40 I S. 1 VwGO). Zwar sind die Aufgaben der Partei zum Teil im öffentlichen Recht geregelt (vgl. nur das PartG). Gleichwohl handelt es sich bei den politischen Parteien um juristische Personen des Privatrechts (s.o.). Bei den Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien und deren Mitgliedern handelt es sich somit um solche des bürgerlichen Rechts. Daher ist gem. § 13 GVG der Zivilrechtsweg eröffnet.<sup>101</sup> Gem. §§ 23, 71 GVG entscheidet das Landgericht. Statthafte Klageart ist die Feststellungsklage nach § 256 ZPO.<sup>102</sup>
- Fraglich ist, ob dieser Befund auch für den **Fraktionsausschluss** gilt. Die Fraktion ist anders als die Partei Teil des Verfassungsorgans *Bundestag*. Wird ein Abgeordneter aus der Fraktion ausgeschlossen, könnte daher eine verfassungsrechtliche Streitigkeit angenommen werden. Dann wäre ein Organstreitverfahren (Art. 93 I Nr. 1 GG, §§ 13 Nr. 5, 63 ff. BVerfGG) statthaft.<sup>103</sup> Wegen des Umstands, dass eine Fraktion letztlich nur einen Teil der Partei darstellt, kann mit dem Argument des Zusammenhangs mit der Parteizugehörigkeit aber auch hier der Zivilrechtsweg angenommen werden. Gestützt wird diese Annahme durch das Argument, dass die Fraktion im Verhältnis zu ihren Mitgliedern keine einem Verfassungsorgan vergleichbare Stellung hat.<sup>104</sup> In der Fallbearbeitung sind beide Positionen gleichermaßen vertretbar. Auch die Annahme des Verwaltungsrechtswegs ist

<sup>99</sup> Ganz h.M., vgl. nur *Stern*, StaatsR I, § 13, und *Stern/Blanke*, Rn 86.

<sup>100</sup> *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 21 Rn 24; *Morlok*, in: Dreier, GG, Art. 21 Rn 127; v. *Münch*, in: v. Münch/Kunig, GG, 6. Aufl. 2012, Art. 21 Rn 57; a.A. BGHZ 101, 193, 201 ff.; *Ipsen*, in: Sachs, GG, Art. 21 Rn 83.

<sup>101</sup> So auch BVerfG NJW 2002, 2227.

<sup>102</sup> So auch *Kotzur*, JuS 2001, 54, 59.

<sup>103</sup> So *Kotzur*, JuS 2001, 54, 59; *Weber/Eschmann*, JuS 1990, 659, 660; *Kürschner*, JuS 1996, 306, 307.

<sup>104</sup> So OLG Schleswig NVwZ-RR 1996, 103, 104 für eine Landtagsfraktion.



vertretbar. Wichtig ist nur, dass das Problem erkannt und hinreichend argumentiert wird.

- (3) Zum Anspruch einer politischen Partei auf Kontoeröffnung bei einer öffentlichen Sparkasse vgl. bereits Rn 55. Hinsichtlich der Frage nach der Zulassung von politischen Parteien zu Stadthallen, Kongresszentren etc. vgl. bereits Rn 69 ff.

## ii. Wettbewerbsverhältnisse

Hinsichtlich der bei Rn 51 ff. behandelten **wirtschaftlichen Betätigung** der öffentlichen Hand stellt sich die Folgeproblematik, ob und inwieweit die öffentliche Hand hier überhaupt privatrechtlich tätig werden und wie jedes Wirtschaftsunternehmen Gewinne erzielen darf. Virulent wird dies insbesondere auf **kommunaler Ebene**. Aufgrund der prekären Finanzlage der Kommunen ist es zwar nachvollziehbar, dass die von Gewinnerzielungsabsicht geprägte erwerbswirtschaftliche Betätigung von Gemeinden in den letzten Jahren extrem zugenommen hat, jedoch darf dabei nicht übersehen werden, dass die Kommunen damit in einen direkten Wettbewerb mit den ansässigen Privatbetrieben treten und diese u.U. verdrängen. Denn dadurch, dass die kommunalen Unternehmen zuvor auf Steuergelderbasis Geräte anschaffen und eine Logistik aufbauen konnten und damit überhaupt erst in die Lage versetzt wurden, am Markt aufzutreten, erleiden die freien Unternehmer, die ihre Gerätschaften aus eigener Kraft anschaffen mussten, und nunmehr von der Kommune Konkurrenz bekommen, u.U. nicht lediglich Umsatzeinbußen, sondern können auch ihrer Existenzgrundlage beraubt werden. Allein das ist bereits eine Wettbewerbsverzerrung, die m.E. nicht zu rechtfertigen ist. Gleichwohl entscheiden die Gerichte durchweg „kommunalfreundlich“. Vereinfacht lässt sich sagen, dass die Grenzen jedenfalls dort gezogen werden, wo die öffentliche Hand ihre Machtstellung dazu missbraucht, einen **Auszehrungs- oder Verdrängungswettbewerb** zu betreiben. Als Bewertungsgrundlage können die §§ 138, 242, 315, 826 BGB, § 3 UWG und § 1 GWB herangezogen werden. Sind deren Voraussetzungen erfüllt, besteht (i.V.m. Art. 12 I, 14 I GG, die über die Figur der „Drittwirkung der Grundrechte“ zur Anwendung gelangen<sup>105</sup>) ein zivilrechtlicher Abwehrensanspruch gegen die erwerbswirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand. Ein entsprechender **Abwehr- bzw. Unterlassungsanspruch** kann aber auch vor den Verwaltungsgerichten geltend gemacht werden, soweit er auf die Verletzung von Grundrechten gestützt wird und man den genannten gemeinderechtlichen Bestimmungen **Drittschutz** beimisst.<sup>106</sup> Im Einzelnen ist vieles strittig, weil zahlreiche materiell-rechtliche Probleme eine Rolle spielen, die an dieser Stelle nicht weiter erörtert werden können. Daher wird auf die Darstellung bei *R. Schmidt*, AllgVerwR, Rn 1046 ff. verwiesen. Dort werden auch die Aspekte des Rechtswegs behandelt.

80

## jj. Öffentlich-rechtlicher Vertrag

Die Verwaltung ist nicht stets an die Handlungsform des Verwaltungsakts gebunden. Insbesondere gestatten ihr die §§ 54 ff. VwVfG, sich mit dem Bürger auf eine Stufe der Gleichordnung zu stellen und individuelle Vereinbarungen in Form eines öffentlich-rechtlichen Vertrags zu treffen. Der öffentlich-rechtliche Vertrag ist also eine flexible Handlungsform der Verwaltung, die es ihr ermöglicht, komplexe Sachverhalte in einem Kooperationsverhältnis mit dem Bürger zu regeln. Da aber auch der öffentlich-rechtliche Vertrag i.S.d. §§ 54 ff. VwVfG (verwaltungsrechtlicher Vertrag) nur zu-

81

<sup>105</sup> Zur sog. Drittwirkung der Grundrechte vgl. BGHZ 97, 312, 316; *R. Schmidt*, Grundrechte, Rn 23 u. 105.

<sup>106</sup> Vgl. dazu OVG Magdeburg NVwZ-RR 2009, 347 f.; OVG Lüneburg NVwZ 2009, 258, 259 f.; OVG Koblenz GewArch 2006, 288 ff.; OVG Münster NVwZ 2003, 1520 ff.; 2005, 1211, 1212; VGH Mannheim NVwZ-RR 2015, 307; *Brüning*, NVwZ 2012, 671 ff.; *Röling*, NVwZ 2009, 226 ff.; *Rennert*, JuS 2008, 211, 214 f.; *Jungkamp*, NVwZ 2010, 546 ff.; *Ruffert*, JuS 2015, 477.

stande kommt, wenn zwei übereinstimmende, in Bezug aufeinander abgegebene Willenserklärungen vorliegen (§ 62 S. 2 VwVfG i.V.m. §§ 145 ff. BGB) und die Behörde sich auch der Form des Privatrechts bedienen kann, wird regelmäßig eine **Abgrenzung zum privatrechtlichen Vertrag** erforderlich. In einer verwaltungsrechtlichen Klausur ist für die Bestimmung des Verwaltungsrechtswegs darzulegen, dass der Hoheitsträger einen verwaltungsrechtlichen und nicht einen privatrechtlichen Vertrag geschlossen hat. Maßgeblich sind grundsätzlich die objektive Bestimmung, der Inhalt und vor allem der Gegenstand des Vertrags, d.h. die im Vertrag geregelten Rechte und Pflichten (sog. **Gegenstandstheorie**). Prägt das öffentliche Recht den Vertragsgegenstand, handelt es sich um einen verwaltungsrechtlichen, anderenfalls um einen privatrechtlichen Vertrag.<sup>107</sup> Das gilt auch hinsichtlich der Vertragsanbahnung.<sup>108</sup> **Die Vorstellungen der Parteien sind grundsätzlich unerheblich.**<sup>109</sup>

**Beispiel:** Die Behörde vereinbart mit dem Bauherrn B vertraglich, diesem eine Baugenehmigung zu erteilen. In diesem Vertrag werden die Pflicht der Behörde zur Erteilung der Baugenehmigung und das Recht des B, einen entsprechenden Verwaltungsakt zu fordern, geregelt. Da sich Rechte und Pflichten auf einen Lebenssachverhalt beziehen, der sich durch das öffentliche Baurecht bestimmt, liegt ein verwaltungsrechtlicher Vertrag vor.<sup>110</sup>

- 82 Die Gegenstandstheorie versagt allerdings dann, wenn der Behörde eine Wahlfreiheit bezüglich der Rechtsnatur ihres Handelns eingeräumt ist, insbesondere im Subventionswesen und bei den Anstaltsbenutzungsverhältnissen. Hier kann **ausnahmsweise der Wille der Vertragsparteien** maßgebend sein.<sup>111</sup>
- 83 Die Abgrenzung zwischen verwaltungsrechtlichem und privatrechtlichem Vertrag gestaltet sich allerdings schwierig, wenn der Vertrag sowohl öffentlich-rechtliche als auch privatrechtliche Elemente aufweist (**Mischverträge**). Die frühere Rechtsprechung des BGH hat auf den Schwerpunkt des Vertrags abgestellt: Lag der Schwerpunkt auf dem öffentlich-rechtlichen Gebiet, war der gesamte Vertrag öffentlich-rechtlich. Ließ sich ein Schwerpunkt nicht ermitteln, fand eine Spaltung des Vertrags in einen öffentlich-rechtlichen und in einen privatrechtlichen Teil statt, wobei jeder Teil vor dem dafür zuständigen Gericht verhandelt wurde (Rechtswegspaltung). Diese Rechtsprechung stieß auf Kritik<sup>112</sup> und ist jetzt durch § 17 II S. 1 GVG überholt. Danach werden auch die zivilrechtlichen Anspruchsgrundlagen vor dem Verwaltungsgericht mitverhandelt und umgekehrt.<sup>113</sup>

Zahlreiche **Beispiele** für verwaltungsrechtliche Verträge finden sich bei *R. Schmidt*, AllgVerwR, Rn 938.

- 84 Für die **statthafte Klageart** gilt: Haben die Parteien einen verwaltungsrechtlichen Vertrag geschlossen, und weigert sich eine Partei, der Verpflichtung aus dem Vertrag

<sup>107</sup> BVerwGE 94, 202, 204; BGH NVwZ 2004, 253, 254; BGHZ 119, 93, 96 f.

<sup>108</sup> OVG Weimar NJW 2002, 386 (mit Bespr. *K. Schmidt*, JuS 2002, 718); OVG Koblenz NJW 2002, 3724; *Dötsch*, NWVBZ 2002, 140, 142; *R.P. Schenke*, in: *Kopp/Schenke*, VwGO, § 42 Rn 72; *Maurer/Waldhoff*, AllgVerwR, § 14 Rn 57; a.A. BVerwG NJW 2002, 2894; BGH NJW 1986, 1109: Zivilrechtsweg deswegen, weil Grundlage für den c.i.c.-Anspruch nicht der öffentlich-rechtliche Vertrag, sondern ein gesetzliches Schuldverhältnis sei.

<sup>109</sup> Anders *Renck*, JuS 2000, 1001, 1002, der bei der Charakterisierung des Vertrags auf den Willen der Behörde abstellt und damit die sog. Willentheorie vertritt.

<sup>110</sup> Im Gegensatz zur vertraglichen Verpflichtung, eine Baugenehmigung zu erteilen, ist die Verpflichtung zur Aufstellung eines Bebauungsplans unzulässig und nichtig, § 1 III S. 2 BauGB.

<sup>111</sup> Vgl. *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 54 Rn 27.

<sup>112</sup> Sie sei unpraktikabel und das Schwerpunkt Kriterium zu unbestimmt. Darüber hinaus dürfe kein Entzug der strengen öffentlichen Bindungen (Grundrechte, Gesetzmäßigkeit) durch Abschluss eines Mischvertrags stattfinden. Daher müsse ein Mischvertrag insgesamt als öffentlich-rechtlich bewertet werden.

<sup>113</sup> Vgl. dazu *Kahl/Röder*, JuS 2001, 24, 25; *Renck*, JuS 2000, 1001, 1002; BVerwGE 92, 56, 58 f.; VGH München NVwZ 1999, 1008, 1010, 1013.

nachzukommen (etwa mit der Begründung, der Vertrag sei nicht wirksam), kann die andere Partei eine **allgemeine Leistungsklage** erheben. Das gilt auch dann, wenn diese andere Partei eine Behörde ist, denn dadurch, dass sie sich mit dem Bürger auf eine Stufe der Gleichordnung stellt, hat sie ihre Verwaltungsaktbefugnis verloren. Sie ist auf den gerichtlichen Klageweg angewiesen.

Eine andere Konstellation liegt vor, wenn der Vertrag möglicherweise in die Rechte eines Dritten eingreift (etwa wegen Missachtung des Zustimmungserfordernisses nach § 58 VwVfG). Hier kann der Dritte eine **Feststellungsklage** erheben mit dem Ziel der gerichtlichen Feststellung, dass der Vertrag nichtig ist.

## kk. Kirchenrechtliche und rundfunkrechtliche Streitigkeiten

Einen eigenen, besonderen Problemkreis präsentieren öffentlich-rechtliche Rechtsträger, die nicht in die staatliche Verwaltung integriert sind. Das betrifft in erster Linie die körperschaftlich verfassten Religionsgesellschaften und die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten. 85

**Religionsgemeinschaften** ist gem. Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 III, V S. 2 WRV der Status als **Körperschaft des öffentlichen Rechts** zuzuerkennen, sofern sie bestimmte Voraussetzungen erfüllen (vgl. dazu *R. Schmidt*, Grundrechte, Rn 394). 86

Kirchliche Maßnahmen sind Akte öffentlicher Gewalt i.S.v. Art. 19 IV GG, § 90 I BVerfGG (und somit staatlich justiziabel), wenn sie sich auf vom Staat durch **Beleihung** verliehene Befugnisse begründen oder den staatlichen Bereich berühren. Dies ist beispielsweise bei **Steuerbescheiden kirchlicher Steuerämter** oder bei der **Friedhofsbenutzung**<sup>114</sup> der Fall. Im Übrigen muss differenziert werden: 87

- Wegen der Garantie, eigene Angelegenheiten selbst zu regeln (Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 III WRV), wurden rein *innerkirchliche* Streitigkeiten, obwohl sie öffentlich-rechtlichen Rechtsbeziehungen unterliegen, lange Zeit als staatlich nicht justiziabel angesehen.<sup>115</sup> Art. 19 IV GG eröffnete den Zugang zu staatlichen Gerichten nur gegen Akte „öffentlicher Gewalt“, d.h. gegen grundrechtsverpflichtete Staatsgewalt. Religionsgesellschaften übten keine „Staatsgewalt“ in diesem Sinne aus.<sup>116</sup>

**Beispiele**<sup>117</sup>: (1) Übertragung eines Priesteramtes, (2) Verweigerung von kirchlichen Dispensen, der Sakramente oder des kirchlichen Begräbnisses, (3) Pensionierung eines Geistlichen wegen dessen Weigerung, eine Kindertaufe durchzuführen.

- Im Rahmen eines Urteils bezüglich der verfassungsrechtlich gewährleisteten staatlichen Justizgewährungspflicht hat dann aber der BGH entschieden, dass eine Kirchen- oder Religionsgemeinschaft (hier: jüdische Gemeinde) vor staatlichen Gerichten ein Mitglied auf Unterlassung in Anspruch nehmen könne, auch wenn dazu innerkirchliche Vorfragen geklärt werden müssten.<sup>118</sup> Demgegenüber hat das BVerfG entschieden, dass Maßnahmen einer als Körperschaft des öffentlichen Rechts anerkannten Kirche gegenüber einem Pfarrer keine Akte öffentlicher Gewalt i.S.d. Art. Art. 93 I Nr. 4a GG seien.<sup>119</sup> Das BVerfG hat wiederum kürzlich entschieden, dass zwar nicht Art. 19 IV GG, aber der verfassungsrechtlich gewährleistete staatliche Justizgewährungsanspruch jedenfalls dann den Rechtsweg zu den staatlichen Gerichten eröffnete, wenn und insoweit

<sup>114</sup> Vgl. auch BVerfGE 73, 388, 399 f.; BVerwGE 25, 364, 366; *Schmidt-Abmann*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 19 Abs. 4 Rn 114; *Rennert*, in: Eyer mann, VwGO, § 40 Rn 97.

<sup>115</sup> Vgl. dazu *Rennert*, in: Eyer mann, VwGO, § 40 Rn 91 sowie BVerwGE 66, 241, 242 ff.; 68, 62, 63.

<sup>116</sup> BVerwGE 66, 241, 242; 117, 145, 147; BVerfG NJW 2009, 1195.

<sup>117</sup> Vgl. *Stern/Blanke*, Rn 110.

<sup>118</sup> Vgl. *Noite*, NJW 2000, 1844 f. und *Kästner*, NVwZ 2000, 889 f. zu BGH NJW 2000, 1555 ff. Vgl. auch OVG Koblenz NJW 2009, 1223, 1224 zu Maßnahmen auf dem Gebiet des kirchlichen Dienstrechts.

<sup>119</sup> BVerfG NJW 2009, 1195, 1196 (mit Bespr. v. *Muckel*, JA 2009, 555).

die Verletzung staatlichen Rechts geltend gemacht werde (hier: dienstliche Entscheidungen im Kirchenbeamtenverhältnis).<sup>120</sup>

- Von diesen Kontroversen abgesehen, gibt es jedoch kirchliche Angelegenheiten, die in den *weltlichen Bereich* hineinwirken und damit unstreitig den staatlichen Gerichten unterfallen. Das ist zumindest dann der Fall, wenn in rechtserheblicher Weise (etwa durch liturgisches Glockengeläut) Grundrechte Außenstehender berührt werden.

Wendet sich also ein Nachbar gegen kirchliches Glockengeläut und begehrt die gerichtliche Verpflichtung der Kirchengemeinde, das Glockengeläut zu unterlassen, ist nach der Rspr.<sup>121</sup> zunächst hinsichtlich der staatlichen Jurisdiktion entscheidend, ob das angegriffene Handeln in den weltlichen Bereich hineinwirkt oder nicht. Sodann ist für die Frage des Rechtswegs danach zu unterscheiden, ob der Kläger das Zeitschlagen (dann ordentlicher Rechtsweg) oder das liturgische Geläut (dann Verwaltungsrechtsweg) angeht. Wenn er das Geläut der Kirchenglocken insgesamt bekämpft, ohne nach der Art des Läutens zu unterscheiden, führt dies nach Ansicht des BVerwG zu einer Rechtswegspaltung. Diese Folge sei wegen der Doppelnatur öffentlicher Sachen, deren Gebrauch sowohl Ausübung öffentlich-rechtlicher Sachherrschaft wie Nutzung von Eigentümerbefugnissen sein könne, unvermeidlich.<sup>122</sup>

- 88 Die **öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten** üben zwar öffentliche Verwaltung aus, sind aber kraft ihrer verfassungsrechtlich gewährleisteten Staatsferne keine Organe der (mittelbaren) Staatsverwaltung. Diese Ambivalenz führt bei Streitigkeiten wegen Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts durch Rundfunksendungen, wegen Widerrufs von Tatsachenbehauptungen in verbreiteten Sendungen und auf dem Werbungssektor zu erheblichen Meinungsverschiedenheiten über den zulässigen Rechtsweg.<sup>123</sup> Nach der hier vertretenen Auffassung ist für eine differenzierte Betrachtungsweise (und für eine mögliche Rechtswegspaltung) kein Raum. Aufgrund der Zugehörigkeit der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten zur öffentlichen Verwaltung unterliegen Rechtsverletzungen durch die Ausstrahlung von Sendungen dem öffentlichen Recht und sind vor den **Verwaltungsgerichten** geltend zu machen, soweit nicht nach Landesrecht (Rundfunkrecht ist Landesrecht<sup>124</sup>) Ausnahmen vorgesehen sind.<sup>125</sup> Entsprechendes gilt hinsichtlich Klagen betreffend den von dem Beitragsservice der 9 Landesrundfunkanstalten, dem ZDF und dem Deutschlandradio eingezogenen **Rundfunkbeitrag**. Der Verwaltungsrechtsweg ist eröffnet.<sup>126</sup>

## II. Beliehene

- 89 **Beliehene** sind natürliche oder juristische Personen des Privatrechts, denen der Staat durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes die Kompetenz zur selbstständigen Wahrnehmung einzelner hoheitlicher Aufgaben übertragen hat.<sup>127</sup>

**Beispiele:** Notare hinsichtlich öffentlicher Beurkundungen und Beglaubigungen (§ 1 BNotO); Seeschiffs- und Flugkapitäne (vgl. §§ 79 I, 50 III, 121 II SeeArbG, § 12 LuftSiG); Luftsicherheitsassistenten (§ 5 V LuftSiG); Jagdaufseher (§ 25 II BJagdG);

<sup>120</sup> BVerwG NVwZ 2014, 1101, 1102 unter Aufgabe der früheren entgegenstehenden Rechtsprechung BVerwGE 117, 145, 149.

<sup>121</sup> Vgl. BVerwG NVwZ 1997, 390; NJW 1994, 956 ff.; BVerwGE 90, 163, 167; 66, 241, 242 ff.; LG Aschaffenburg NJW 2001, 237. Siehe auch OLG Karlsruhe IMR 2018, 472.

<sup>122</sup> BVerwGE 90, 163, 167. Siehe aber auch OLG Karlsruhe IMR 2018, 472, das offenbar auch das kirchliche Glockengeläut als Angelegenheit der ordentlichen Gerichtsbarkeit ansieht.

<sup>123</sup> Vgl. Renck, JuS 2000, 1001, 1004.

<sup>124</sup> Vgl. dazu *Hutschenreuther-von Emden*, NVwZ-Beilage II/2001, 36 ff.

<sup>125</sup> Vgl. Renck, JuS 2000, 1001, 1004; Ruthig, in: Kopp/Schenke, VwGO, § 40 Rn 28b.

<sup>126</sup> Vgl. AG Köln NVwZ-RR 2001, 166 zur bis zum 31.12.2012 bestehenden GEZ.

<sup>127</sup> Vgl. BVerfG NJW 2012, 1563, 1564 ff.; BVerwG DVBl 1970, 735; NVwZ-RR 1991, 330; NVwZ 2011, 368, 369 f.; BremStGH NVwZ 2003, 81, 82 f.; BGHZ 161, 6, 11 ff.; Waldhoff, JuS 2011, 191 f.; Muckel, JA 2011, 559 und JA 2012, 396, 397.

Deutsche Flugsicherungs GmbH (DFS)<sup>128</sup>; Bezirksschornsteinfegermeister hinsichtlich der technischen Brandsicherheit<sup>129</sup>; Sachverständige (z.B. des TÜV, der DEKRA, der KÜS, der GTÜ) für die Untersuchungen bzw. Abnahmen nach §§ 19, 21 ff., 29 StVZO (vgl. § 6 StVG i.V.m. Anlage VIIIb zur StVZO), aber auch andere beliehene Sachverständige<sup>130</sup>; privatrechtlich organisierte Einrichtungen des Rettungsdienstes (etwa Malteser-Hilfsdienst, vgl. BGH NJW 1998, 2109); Private (etwa „Stadtwerke-GmbH“), die aufgrund der Regelungen der Kommunalabgabengesetze (KAG) der Länder beauftragt sind, Abgaben für die Abwasserbeseitigung zu berechnen und Gebührenbescheide zu erlassen<sup>131</sup>; Agenturen zur Akkreditierung von Studiengängen in Deutschland<sup>132</sup>

Da die Beliehenen der mittelbaren Staatsverwaltung zugeordnet werden, sind Streitigkeiten hinsichtlich Handlungen/Unterlassungen in Ausübung der Beleihung stets vor den **Verwaltungsgerichten** auszutragen. Vgl. zu den Beliehenen im Übrigen ausführlich *R. Schmidt*, AllgVerwR, Rn 110 ff.

90

### mm. Streitigkeiten zwischen Privaten außerhalb einer Beleihung

Sind an einem streitigen Rechtsverhältnis ausschließlich Privatrechtssubjekte beteiligt, von denen keines als ein mit öffentlich-rechtlichen Befugnissen ausgestattetes, beliehenes Unternehmen gehandelt hat, scheidet die Zuordnung des Rechtsstreits zum öffentlichen Recht auch dann aus, wenn das Handeln eines der Beteiligten der Erfüllung öffentlicher Aufgaben gedient hat.<sup>133</sup>

91

**Beispiel:** Wenn ein privatrechtliches Kreditinstitut, das im Rahmen eines staatlichen Förderprogramms im eigenen Namen Gelder an Private ausgezahlt hat, aus eigenem Recht Rückzahlungsansprüche gegen die Empfänger geltend macht, ist der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten gegeben.

### nn. Eigentumsrechtliche Ansprüche auf Entschädigung

**Enteignung**<sup>134</sup>: Über die Höhe der Enteignungsentschädigung entscheiden gem. Art. 14 III S. 4 GG die **ordentlichen Gerichte** (abdrängende Sonderzuweisung, siehe Rn 102 f.). Es sei aber darauf hingewiesen, dass Anspruchsgrundlage für die Entschädigung nicht Art. 14 III GG, sondern nur das konkrete Enteignungsgesetz sein kann. Auch aus diesem Grund darf eine Entschädigung nur dann gewährt werden, wenn ein Enteignungsgesetz mit Entschädigungsregelungen vorliegt. Die Zuständigkeit der Zivilgerichte beschränkt sich insoweit auf die Prüfung, ob eine gesetzliche Entschädigungsregelung vorliegt und ob sie im konkreten Fall richtig angewendet worden ist. Liegt eine solche Entschädigungsregelung zwar vor, ist das Gericht aber der Überzeugung (Zweifel genügen nicht!), dass diese Entschädigungsregelung

92

<sup>128</sup> Die DFS ist vom Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur durch Rechtsverordnung mit der Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben zur Flugsicherung beliehen. Diese Aufgaben, die einen Sonderpolizeicharakter haben, sind in § 27c LuftVG aufgezählt.

<sup>129</sup> Vgl. das Gesetz über das Berufsrecht und die Versorgung im Schornsteinfegerhandwerk vom 26.11.2008.

<sup>130</sup> Dagegen ist strittig, ob Prüflingenieur zur Baustatik Beliehene sind: ablehnend *Siegel*, AllgVerwR, § 17 Rn 403; bejahend BVerwGE 57, 55, 58 und *Maurer/Waldhoff*, AllgVerwR, § 23 Rn 56.

<sup>131</sup> Vgl. etwa § 2 III S. 1 KAG BaWü, wonach die Kommunen ermächtigt sind, Satzungen zu erlassen, in denen sie Dritte (etwa eine „Stadtwerke-GmbH“) beauftragen können, die genannten Aufgaben durchzuführen. Diese „Dritten“ sind dann Beliehene. Vgl. dazu VGH Mannheim DVBl 2010, 196, 197.

<sup>132</sup> Das deutsche Akkreditierungssystem ist dadurch gekennzeichnet, dass die Akkreditierung von Studiengängen durch Akkreditierungsagenturen erfolgt, die ihrerseits wiederum von der Stiftung zur Akkreditierung von Studiengängen in Deutschland akkreditiert worden sind. Bei den Agenturen handelt es sich um Beliehene. Das BVerfG hat am 17.2.2016 die Regelungen im nordrhein-westfälischen Hochschulgesetz über die Akkreditierung von Studiengängen für mit Art. 5 III GG unvereinbar erklärt. Die Regelungen seien zu unbestimmt, maßgebliche Beurteilungsspielräume würden den Akkreditierungsagenturen überlassen. Dies werde der Stellung der Wissenschaftsfreiheit nicht gerecht. Der Gesetzgeber müsse selbst die wesentlichen Voraussetzungen an das Akkreditierungsverfahren regeln und dürfe sie nicht „generalklauselartig“ den Agenturen überlassen (NVwZ 2016, 675). Vgl. dazu *R. Schmidt*, Grundrechte, Rn 549a.

<sup>133</sup> BGH NVwZ 2000, 594.

<sup>134</sup> Vgl. dazu ausführlich *R. Schmidt*, AllgVerwR, Rn 1127 ff.

verfassungswidrig ist, muss es das Entschädigungsgesetz - bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen - den Verfassungsgerichten gem. Art. 100 I GG (bzw. vergleichbaren Vorschriften der Landesverfassungen) vorlegen.

- 93 Inhalts- und Schrankenbestimmung<sup>135</sup>:** Der Rechtsweg für den Ausgleichsanspruch aus entschädigungspflichtiger Inhalts- und Schrankenbestimmung war lange Zeit umstritten.<sup>136</sup> Dieser Streit hat sich mit der am 1.1.2002 in Kraft getretenen Neufassung der VwGO erledigt. Aus der Formulierung des § 40 II S. 1 VwGO n.F. ergibt sich, dass Streitigkeiten über das Bestehen und die Höhe eines Ausgleichsanspruchs im Rahmen des Art. 14 I S. 2 GG *ausschließlich* vor den **Verwaltungsgerichten** auszutragen sind.<sup>137</sup>
- 94 Enteignungsgleicher Eingriff<sup>138</sup>:** Selbst wenn man den enteignungsgleichen Eingriff in Art. 14 I GG begründet sieht, steht letztlich der Aufopferungsgedanke dahinter, sodass gem. der Regelung des § 40 II S. 1 Hs. 1 VwGO („vermögensrechtliche Ansprüche aus Aufopferung für das gemeine Wohl“) der **Zivilrechtsweg** einzuschlagen ist.<sup>139</sup> Daran hat sich auch nichts durch die am 1.1.2002 in Kraft getretene Neufassung des § 40 II S. 1 VwGO geändert, aus der sich ergibt, dass Streitigkeiten über das Bestehen und die Höhe eines Ausgleichsanspruchs im Rahmen des Art. 14 I S. 2 GG vor den Verwaltungsgerichten auszutragen sind (s.o.). Insofern hat die Neufassung des § 40 II S. 1 VwGO eher zu einer Klarstellung geführt, denn bei der Entschädigung wegen enteignungsgleichen Eingriffs handelt es sich gerade nicht um einen Anspruch wegen ausgleichspflichtiger Inhalts- und Schrankenbestimmung. Schließlich ist auch im Zusammenhang mit dem enteignungsgleichen Eingriff die Regelung des § 48 III VwVfG zu beachten.
- 95 Enteignender Eingriff<sup>140</sup>:** Soweit man sich auf den Standpunkt stellt, dass der enteignende Eingriff in der ausgleichspflichtigen Inhalts- und Schrankenbestimmung aufgegangen ist, wäre gem. der bereits genannten Neufassung des § 40 II S. 1 VwGO der Verwaltungsrechtsweg gegeben. Denn nach dieser Vorschrift sind Streitigkeiten über das Bestehen und die Höhe eines Ausgleichsanspruchs im Rahmen des Art. 14 I S. 2 GG vor den Verwaltungsgerichten auszutragen. Lediglich für den eventuell bestehenden Restbereich wäre dann der Zivilrechtsweg anzunehmen, da die aus dem enteignenden Eingriff resultierenden Zufallsschäden zumindest dem enteignungsgleichen Eingriff gleichzusetzen sind. Versteht man demgegenüber den Begriff des enteignenden Eingriffs weit, wird die Rechtswegfrage problematisch. Sicher ist, dass es sich um einen öffentlich-rechtlichen Anspruch handelt. Art. 14 III S. 4 GG (Zivilrechtsweg) würde jedenfalls nicht greifen, da gerade keine Enteignung vorliegt. Nach der hier vertretenen Auffassung handelt es sich bei dem enteignenden Eingriff gemäß der Formulierung des § 40 II S. 1 Hs. 1 VwGO um einen „vermögensrechtlichen Anspruch aus Aufopferung für das gemeine Wohl“. Insofern greift der Zusatz in der seit dem 1.1.2002 gültigen Fassung des § 40 II S. 1 Hs. 2 VwGO nicht. Im Ergebnis ist also der **Zivilrechtsweg** eröffnet.
- 96 Aufopferungsanspruch i.e.S.<sup>141</sup>:** Nach § 40 II S. 1 Hs. 1 VwGO ist für den Aufopferungsanspruch der **ordentliche Rechtsweg** ausdrücklich genannt. Insbesondere

<sup>135</sup> Vgl. dazu ausführlich *R. Schmidt*, AllgVerwR, Rn 1190 ff.

<sup>136</sup> Vgl. zum Streitstand *R. Schmidt*, VerwProzR, 9. Aufl. 2005, Rn 84 und deren Voraufagen.

<sup>137</sup> Wie hier *Seibert*, NVwZ 2002, 265, 270.

<sup>138</sup> Vgl. dazu ausführlich *R. Schmidt*, AllgVerwR, 1204 ff.

<sup>139</sup> *Ruthig*, in: Kopp/Schenke, VwGO, § 40 Rn 61; *Maurer/Waldhoff*, AllgVerwR, § 27 Rn 116; *Bull/Mehde*, AllgVerwR, § 17 Rn 468; BGHZ 91, 20, 26.

<sup>140</sup> Vgl. dazu ausführlich *R. Schmidt*, AllgVerwR, Rn 1235 ff.

<sup>141</sup> Vgl. dazu ausführlich *R. Schmidt*, AllgVerwR, Rn 1250 ff.

greift die neue Formulierung in der seit dem 1.1.2002 gültigen Fassung des § 40 II S. 1 Hs. 2 VwGO, wonach Streitigkeiten über das Bestehen und die Höhe eines Ausgleichsanspruchs im Rahmen des Art. 14 I S. 2 GG vor den Verwaltungsgerichten auszutragen sind, nicht.

**Verwaltungsrechtliche Schuldverhältnisse**<sup>142</sup>: Ansprüche aus öffentlich-rechtlicher Geschäftsführung ohne Auftrag und öffentlich-rechtlichen Benutzungs- und Leistungsverhältnissen (etwa die Lieferung von Gas-, Wasser- oder Fernwärme) sind gem. § 40 II S. 1 VwGO vor den **ordentlichen Gerichten** geltend zu machen.

97

## 2. Streitigkeiten „nichtverfassungsrechtlicher Art“

Da auch verfassungsrechtliche Streitigkeiten öffentlich-rechtliche Streitigkeiten darstellen, jedoch ausschließlich vor den Verfassungsgerichten auszutragen sind, muss auch in diesem Zusammenhang eine Abgrenzung vorgenommen werden. § 40 I S. 1 VwGO stellt diese Notwendigkeit klar, indem er formuliert, dass der Verwaltungsrechtsweg „in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art“ eröffnet ist. Verfassungsrechtlich sind zunächst diejenigen Streitigkeiten, die von dem Zuständigkeitskatalog des Art. 93 GG und des § 13 BVerfGG umfasst sind. Jenseits dieser enumerativ aufgelisteten Streitigkeiten ist nach der **Rechtsprechung** der Verwaltungsgerichte<sup>143</sup> eine Streitigkeit verfassungsrechtlich, wenn das streitige Rechtsverhältnis „**entscheidend vom Verfassungsrecht geprägt** wird“. Maßgeblich sei der materielle Gehalt der Streitigkeit; der geltend gemachte Anspruch müsse in einem Rechtsverhältnis wurzeln, das maßgeblich durch Verfassungsrecht geprägt sei.<sup>144</sup>

98

Entscheidend ist nach dieser Rspr., ob der **Streitgegenstand dem Verfassungsrecht zuzuordnen ist**. Ob – wie von einem Teil der Literatur<sup>145</sup> gefordert – bei dem Rechtsstreit auf beiden Seiten ein Verfassungsorgan<sup>146</sup> beteiligt ist (sog. **doppelte Verfassungsunmittelbarkeit**), ist danach **nicht** ausschlaggebend. Schon der Wortlaut des § 40 I S. 1 VwGO („nichtverfassungsrechtlicher Art“) spricht dafür, allein materielles Verfassungsrecht genügen zu lassen. Daher kann auch eine Streitigkeit zwischen Staat und Bürger verfassungsrechtlicher Natur sein. So liegt eine verfassungsrechtliche Streitigkeit etwa vor, wenn der Bürger auf Erlass eines förmlichen Gesetzes klagt<sup>147</sup> oder (prinzipal) die Gültigkeit (d.h. die Verfassungsmäßigkeit) eines förmlichen Gesetzes anzweifelt.<sup>148</sup> Gleiches gilt für Streitigkeiten, an denen das Volk als Verfassungsorgan beteiligt ist, wie bspw. beim Streit über die Zulässigkeit eines Volksbegehrens, die Eintragung bei Volksbegehren oder die Gültigkeit einer Verord-

99

<sup>142</sup> Vgl. dazu ausführlich *R. Schmidt*, AllgVerwR, Rn 1339 ff.

<sup>143</sup> BVerwG NVwZ 2002, 1127, 1128; NVwZ 2002, 1505; NVwZ 1998, 500; BVerwGE 24, 272, 279; 36, 218, 228; 50, 124, 130; 60, 162, 172; 96, 45, 48; 109, 258, 259; OVG Berlin-Brandenburg NVwZ 2023, 1928, 1929; zustimmend *Rennert*, in: Eyermann, VwGO, § 40 Rn 21; *Ruthig*, in: Kopp/Schenke, VwGO, § 40 Rn 32a; *Sodan*, NVwZ 2000, 601, 607; *Bethge*, JuS 2001, 1100; *Schliesky*, JA 2001, 777, 779.

<sup>144</sup> OVG Berlin-Brandenburg NVwZ 2023, 1928, 1929 mit zahlreichen Verweisen auf die Rechtsprechung des BVerwG und der Instanzgerichte.

<sup>145</sup> *Zilkens*, JuS 2001, 368, 369; *Gross/Meister*, JA 2004, 313, 316; vgl. auch *Heselhaus/Weiss*, JA 2005, 122, 123 (jeweils unter Nichterwähnung der entgegenstehenden Rspr.); *Hufen*, VerwProzR, § 11 Rn 49; *Stern/Blanke*, Rn 188; *Stern*, StaatsR II, § 35 V 4; *Schmitt Glaeser/Horn*, VerwProzR, Rn 56; *Klenke*, NVwZ 1995, 644, 648; *Frenz*, JA 2011, 433, 434; *Redeker/Kothe/v. Nicolai*, in: *Redeker/v. Oertzen*, VwGO, § 40 Rn 3; *Reimer*, in: BeckOK, § 40 Rn 102.

<sup>146</sup> Verfassungsrechtssubjekte in diesem Sinne sind Gebietskörperschaften mit Staatsqualität (Bund, Länder), deren Verfassungsorgane (Bundes- oder Landesregierung, gesetzgebende Körperschaften) sowie andere am Verfassungsleben beteiligte Stellen wie Fraktionen, Ausschüsse und politische Parteien in ihrer organ kreativen Funktion. *Keine* Verfassungsrechtssubjekte sind Verwaltungsbehörden einschließlich der Ministerien in dieser Funktion und Teile derselben.

<sup>147</sup> Vgl. den Umkehrschluss BVerwG NVwZ 2002, 1505.

<sup>148</sup> BVerfGE 31, 364, 368; 45, 297, 334; BVerwGE 75, 330, 334; 80, 355, 358; zustimmend *Rennert*, in: Eyermann, VwGO, § 40 Rn 21, 27; *Thiel/García-Scholz*, JA 2001, 957, 960.

nung zur Volksabstimmung.<sup>149</sup> Auch schlichte Parlamentsbeschlüsse, also Parlamentsbeschlüsse, die nur eine politische Meinungsäußerung darstellen und keine rechtliche Verbindlichkeit mit sich bringen<sup>150</sup>, sind materielles Verfassungsrecht und daher jedenfalls nicht vor den Verwaltungsgerichten justitziabel.

- 100** Keinesfalls um eine verfassungsrechtliche, sondern um eine **verwaltungsrechtliche** Streitigkeit handelt es sich, wenn der Klagegegner eine Verwaltungsbehörde ist, obwohl der Streitgegenstand am Maßstab von **Grundrechten** zu messen ist (arg. § 90 II S. 1 BVerfGG).

**Beispiel:** Die rechtsradikale Gruppe G meldet eine Demonstration an. Da die Innenbehörde Gewalttätigkeiten befürchtet, verbietet sie die Demonstration gem. § 15 VersG.

Bei einer Klage würde das Gericht die Vereinbarkeit des Verbots und/oder des § 15 VersG mit Art. 8 I GG messen. Art. 8 I GG ist als Grundrecht Bestandteil der Verfassung. Es könnte daher angenommen werden, es handele sich um eine verfassungsrechtliche Streitigkeit, da der Streitgegenstand (hier: die Vereinbarkeit des Verbots und/oder des § 15 VersG mit Art. 8 I GG) Verfassungsbezug hat. Gleichwohl handelt es sich trotz des Grundrechtsbezugs um eine typische verwaltungsrechtliche Streitigkeit, da es gerade Aufgabe der Verwaltung ist, über die Zulässigkeit eines Vorhabens zu entscheiden und ggf. ein Verbot auszusprechen.

**101**

**Stellungnahme und Hinweis für die Fallbearbeitung:** Das Kriterium der doppelten Verfassungsunmittelbarkeit ist zwar grundsätzlich begrüßenswert, kann aber nicht konsequent durchgehalten werden. Denn auch nach der Literatur wird bspw. die Klage eines Bürgers auf Erlass eines Parlamentsgesetzes nicht vor den Verwaltungsgerichten zu erheben sein. Da solche Fälle aber eher die Ausnahme darstellen, sollte in der Fallbearbeitung in unproblematischen Fällen folgende kurze Formulierung genügen: „Weder streiten Beteiligte des Verfassungsrechtskreises im Kern über Verfassungsrecht noch steht eine prinzipiale Rechtssatzkontrolle des formellen Gesetzgebers in Rede. Auch andere Gründe, die den Streit zum Verfassungsrechtsstreit machen könnten (etwa schlichte Parlamentsbeschlüsse), liegen nicht vor. Allein der Umstand, dass sich die Klage auf Grundrechte stützt, macht den Streit ebenfalls nicht zum Verfassungsstreit (vgl. § 90 II S. 1 BVerfGG). Die Streitigkeit ist nichtverfassungsrechtlicher Natur.“<sup>151</sup>

**Beispiele für nichtverfassungsrechtliche Streitigkeiten:**

- (1) Streitigkeiten über die Erstattung von **Wahlkampfkosten** sind vor dem Verwaltungsgericht auszutragen, da der Bundestagspräsident als Verwaltungsbehörde und nicht als Verfassungsorgan tätig ist und sich sein Recht auf Verwaltung der Mittel nicht aus dem Grundgesetz, sondern aus dem Parteiengesetz ergibt.<sup>152</sup>
- (2) Streitigkeiten zwischen einem Bürger und einem **Parlamentarischen Untersuchungsausschuss** sind nichtverfassungsrechtlicher Art. Zwar ist der Parlamentarische Untersuchungsausschuss dem Verfassungsrecht zuzuordnen (vgl. Art. 44 GG). Er tritt jedoch gegenüber den Bürgern mit verwaltungsbehördlichen Kompetenzen (gleich der Staatsanwaltschaft) auf, sodass der Untersuchungsausschuss in

<sup>149</sup> Vgl. BremStGH NVwZ-RR 2001, 1 ff.; BayVerfGH NVwZ-RR 2000, 401 ff.; ThürVerfGH LKV 2002, 83, 90; VGH München NVwZ 1991, 386; OVG Berlin DVBl 1999, 994; VGH Kassel NVwZ 1991, 1098; *Schweiger*, NVwZ 2002, 1471 ff.; *Thiel/Garcia-Scholz*, JA 2001, 957, 960. Zu beachten ist jedoch, dass auf Kommunalebene etwas anderes gilt, da hier im Kern nicht um Verfassungsrecht im dargelegten Sinne gestritten wird. Vielmehr handelt es sich um verwaltungsrechtliche Streitigkeiten, da sich die streitentscheidenden Normen in den Gemeinde- bzw. Kreisordnungen sowie in den konkretisierenden Verordnungen finden (vgl. dazu *Meyer*, NVwZ 2003, 183).

<sup>150</sup> Siehe OVG Berlin-Brandenburg NVwZ 2023, 1928, 1929 – insgesamt dazu *R. Schmidt*, Staatsorganisationsrecht, Rn 454 f.

<sup>151</sup> Vgl. bereits die 1. Aufl. 1997; später auch *v. Coelln*, JuS 2008, 351, 352 f.

<sup>152</sup> Vgl. *Stern/Blanke*, Rn 188.



dieser Funktion nicht verfassungsrechtlich, sondern rein verwaltungsrechtlich tätig wird.<sup>153</sup> Das bedeutet aber noch nicht zwangsläufig, dass der Verwaltungsrechtsweg offensteht, denn gem. der Formulierung in § 40 I S. 1 VwGO („...soweit die Streitigkeiten nicht durch Bundesgesetz einem anderen Gericht ausdrücklich zugewiesen sind“) können auch verwaltungsrechtliche Streitigkeiten anderen Gerichtszweigen zugeordnet sein. Für den Fall einer Streitigkeit zwischen einem Bürger und einem Parlamentarischen Untersuchungsausschuss steht gem. § 36 PUAG (Gesetz über Parlamentarische Untersuchungsausschüsse) der **Rechtsweg zum BGH** offen. Der Verwaltungsrechtsweg ist wegen dieser Sondervorschrift gesperrt.<sup>154</sup>

- (3) Ist einer der Beteiligten eine **politische Partei**, muss in der verwaltungsrechtlichen Fallbearbeitung festgestellt werden, dass die politische Partei nicht in der Weise beteiligt ist, als es um die Willensbildung des Volkes - mithin um die Teilnahme am Verfassungsleben - geht. Denn nur wenn sie *nicht* organ kreativ beteiligt ist, ist sie Privatrechtssubjekt (vgl. § 3 PartG) und *nicht* in ihrem verfassungsrechtlichen Status (vgl. Art. 21 I S. 1 GG) betroffen. Hier ist je nach Klagebegehren entweder der Verwaltungsrechtsweg oder der Zivilrechtsweg eröffnet.
- (4) **Kommunale Wahlprüfungen** gehören vor die Verwaltungsgerichte. Das gilt auch für den **Kommunalverfassungsstreit** (Rn 582 ff.). Dagegen sind **parlamentarische Wahlprüfungen** den Verfassungsgerichten zuzuordnen (vgl. nur Art. 41 II GG).

### III. Abdrängende Sonderzuweisung

#### 1. Durch Bundesgesetz einem anderen Gerichtszweig zugewiesen

Wie bereits ausgeführt, ist nach § 40 I S. 1 VwGO (Generalklausel) der Verwaltungsrechtsweg in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art gegeben, *soweit* die Streitigkeiten nicht durch Bundesgesetz einem anderen Gericht ausdrücklich zugewiesen sind. Beispiele bundesgesetzlich abdrängender Sonderzuweisungen sind:

102

- § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG (**Amtshaftungsanspruch** ⇒ Landgericht, § 71 GVG).<sup>155</sup>
- Art. 14 III S. 4 GG (**Enteignungsentschädigung** ⇒ ordentlicher Rechtsweg. Für die zuvor erforderliche Überprüfung der Rechtmäßigkeit einer Administrativenteignung steht hingegen der Verwaltungsrechtsweg offen).
- § 40 II S. 1 VwGO (**Entschädigungsansprüche** wegen **enteignenden** und **enteignungsgleichen Eingriffs, Aufopferung**, öffentlich-rechtliche GoA, öffentlich-rechtliche Verwahrung, Schadensersatzansprüche ⇒ ordentlicher Rechtsweg<sup>156</sup>; *nicht* jedoch Streitigkeiten über das Bestehen und die Höhe eines Ausgleichsanspruchs im Rahmen des Art. 14 I S. 2 GG und – wie sich aus dem Umkehrschluss aus § 40 II S. 1 Hs. 1 VwGO ergibt – Streitigkeiten bzgl. verwaltungsrechtlicher Verträge ⇒ Verwaltungsrechtsweg nach Maßgabe der Generalklausel). Auch ist anerkannt, dass bei einer Pflichtverletzung des Dienstherrn neben dem deliktischen Anspruch aus Amtshaftung ein **beamtenrechtlicher Schadensersatzanspruch** bestehen kann, der sich unmittelbar aus dem Beamtenverhältnis ergibt: Verletzt der Dienstherr etwa seine Pflichten bei der Besetzung einer Beamtenstelle, steht demjenigen, dessen Rechte verletzt wurden, für den Fall, dass Primärrechte (Ernennung; Beförderung) nicht mehr greifen, ein

<sup>153</sup> Vgl. hierzu näher *Rennert*, in: Eyermann, VwGO, § 40 Rn 29.

<sup>154</sup> Zu beachten ist ferner, dass gem. § 18 III PUAG bei Streitigkeiten zwischen der Bundesregierung und dem Ausschuss das BVerfG zuständig ist. Vgl. dazu *Nettesheim/Vetter*, JuS 2004, 219, und ausführlich *R. Schmidt*, Staatsorganisationsrecht, Rn 484 ff.

<sup>155</sup> Zum Staatshaftungsrecht vgl. ausführlich *R. Schmidt*, AllgVerwR, Rn 1061 ff.

<sup>156</sup> Dazu gehören auch Aufopferungsansprüche (Entschädigungsansprüche), die von den Polizeigesetzen gewährt werden.

Schadensersatzanspruch unmittelbar aus Art. 33 II GG zu, für den gem. § 40 II S. 2 VwGO, § 54 I BeamStG (bzw. bei Bundesbeamten § 126 I BBG) der Verwaltungsrechtsweg eröffnet ist.<sup>157</sup>

- § 49 VI S. 3 VwVfG (für **Entschädigungen** bei **Widerruf** eines begünstigenden Verwaltungsakts mit Vertrauen auf Bestand ⇒ ordentlicher Rechtsweg).
- § 62 I S. 1 und § 68 OWiG (bei Einspruch gegen einen **Bußgeldbescheid**, § 67 OWiG, entscheidet das Amtsgericht).

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** Ein häufig vorkommender Klausurfehler besteht darin, dass ein **Einspruch gegen einen Bußgeldbescheid** als verwaltungsrechtlicher Widerspruch geprüft wird. Der Bußgeldbescheid ist kein belastender Verwaltungsakt i.S.d. § 35 S. 1 VwVfG, weil er nicht das Ergebnis eines Verwaltungsverfahrens nach dem VwVfG ist. Nach § 2 II Nr. 2 VwVfG findet das VwVfG bei der Ahndung von Ordnungswidrigkeiten schon keine Anwendung. Der Bußgeldbescheid ist von seiner Grundanlage her zwar ein Verwaltungsakt, nicht aber ein Verwaltungsakt i.S.d. § 35 S. 1 VwVfG. Vielmehr ist er dem Strafbefehl (§ 407 StPO) nachgebildet, weshalb das OWiG den Rechtsstreit auch dem AG zuweist. Ist in einer Klausur gegen einen Bußgeldbescheid vorzugehen, bestimmen sich Rechtsweg und Zulässigkeitsvoraussetzungen des Einspruches nach §§ 67 ff. OWiG. Vgl. dazu *R. Schmidt*, POR, Rn 97 ff. Bei der Begründetheit ergeben sich im Vergleich zum verwaltungsrechtlichen Widerspruch indes keine wesentlichen Unterschiede. Zur Definition des Begriffs „Ordnungswidrigkeit“ vgl. § 1 I OWiG.

- § 23 EGGVG (bei **Justizverwaltungsakten**) und § 98 II S. 2 StPO (analog) bzw. § 101 VII StPO bei Maßnahmen der (gem. §§ 152 GVG, 163 StPO) **repressiv tätigen Polizei** ⇒ ordentliche Gerichtsbarkeit.<sup>158</sup>
- §§ 68-80 WDO (⇒ in Wehrdisziplinarsachen Truppendienstgerichte bzw. das BVerwG). Während sich das BDG am Verwaltungs(gerichts)verfahren orientiert, lehnt sich das Wehrdisziplinarrecht am Strafprozessrecht an, weil sich die Regelungen des Beamtendisziplinarrechts nicht für die Besonderheiten des militärischen Dienstes eignen.<sup>159</sup>
- § 217 BauGB (⇒ bei bestimmten, dort näher bezeichneten Verwaltungsakten die Landgerichte, und zwar die Kammern für Baulandsachen).
- § 68 InfSchG (⇒ bei Streitigkeiten über in der Vorschrift genannte Ansprüche ist je nach Anspruch der Verwaltungsrechtsweg eröffnet oder der Rechtsweg vor den Sozialgerichten gegeben).
- Entschädigungsansprüche nach §§ 15 ff. TierGesG gehören vor das Verwaltungsgericht (§ 22 V TierGesG).
- § 33 FGO (⇒ in *Abgabenangelegenheiten* nach der Abgabenordnung (AO) die Finanzgerichte; bei *Gebührenbescheiden* jedoch die Verwaltungsgerichte!).
- § 73 GWB (gegen Verfügungen der Kartellbehörde ist zulässiger Rechtsbehelf die Beschwerde, über die grundsätzlich das Oberlandesgericht entscheidet).
- § 116 III GWB (gegen Entscheidungen der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde vor dem zuständigen Oberlandesgericht zulässig).

<sup>157</sup> Vgl. dazu BVerwG NJW 2010, 3592, 3593; OVG Lüneburg NVwZ-RR 2010, 532.

<sup>158</sup> Vgl. dazu etwa OVG Lüneburg NJW 2012, 2057. Ist die Polizei indes **präventiv** tätig, ist der Verwaltungsrechtsweg (gemäß der Generalklausel des § 40 I S. 1 VwGO) eröffnet. Das ist selbst dann der Fall, wenn die Rechtsgrundlage für das präventivpolizeiliche Handeln der StPO (§ 81b Var. 2) entstammt. Denn § 81b Var. 2 StPO befugt auch dann zu erkennungsdienstlichen Maßnahmen, wenn der Zweck in der Strafverfolgungsvorsorge liegt. Vgl. dazu BVerwG NVwZ-RR 2011, 710 f.; BayVGH BayVBl 2010, 220 f. sowie ausführlich *R. Schmidt*, POR, Rn 93 ff.

<sup>159</sup> Vgl. dazu *Raap*, JuS 2003, 9, 12.

- § 51 SGG (⇒ z.B. in Angelegenheiten der gesetzlichen Kranken- und Rentenversicherung, der Grundsicherung für Arbeitssuchende, der Sozialhilfe, der Kindergrundsicherung und der Leistungen nach dem Asylbewerberleistungsgesetz die Sozialgerichte<sup>160</sup>).
- Ferner §§ 62, 63 DRiG; §§ 100, 106, 119 BRAO; §§ 95 ff. StBerG

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** Liegt eine abdrängende Sonderzuweisung offensichtlich nicht vor, genügt auch in der Klausur die lapidare Feststellung, „dass eine abdrängende Sonderzuweisung nicht ersichtlich ist“.

## 2. Durch Landesgesetz einem anderen Gerichtszweig zugewiesen

§ 40 I S. 2 VwGO bestimmt, dass öffentlich-rechtliche Streitigkeiten auf dem Gebiet des Landesrechts auch durch **Landesgesetz** einem anderen Gericht zugewiesen werden können.

103

**Beispiel<sup>161</sup>:** Anlässlich einer Castor-Demonstration ist K – zusammen mit anderen Demonstranten – von der Vollzugspolizei über Nacht in Gewahrsam genommen worden. Später möchte er gerichtlich klären lassen, dass diese Maßnahme rechtswidrig war.

Die Ingewahrsamnahme ist eine Standardmaßnahme zur Gefahrenabwehr und in den Polizeigesetzen der Länder geregelt. Daher liegt an sich ein typischer Fall einer gem. § 40 I S. 1 VwGO vor dem zuständigen Verwaltungsgericht zu erhebenden Fortsetzungsfeststellungsklage vor, bei der es um die Überprüfung der Rechtmäßigkeit eines erledigten Verwaltungsakts geht. § 40 I S. 2 VwGO lässt jedoch die Zuweisung derartiger Streitigkeiten an ein anderes Gericht (= i.d.R. Amtsgericht) durch Landesrecht zu. Von dieser Möglichkeit haben die meisten Landesgesetzgeber Gebrauch gemacht (bspw. Niedersachsen (§ 19 III NdsPOG), Baden-Württemberg (§ 33 IV BWPoIG) und Bayern (Art. 18 BayPAG i.V.m. Art. 97 I, II BayPAG)), weil die Amtsgerichte im Allgemeinen ortsnäher als die Verwaltungsgerichte seien und auch sonst über Freiheitsentziehungen (FamFG) entschieden. Ob die Übertragung der Zuständigkeit auf die Amtsgerichte angesichts der unterschiedlichen Struktur von präventivem und repressivem Polizeirecht rechtspolitisch sinnvoll ist, mag dahingestellt bleiben, ist jedoch (verfassungs-) rechtlich nicht zu beanstanden. Insbesondere wird der Rechtsschutz des Betroffenen nicht unzumutbar erschwert oder verkürzt, da auch § 26 FamFG einen Amtsermittlungsgrundsatz vorsieht und das überprüfende Gericht die Sach- und Rechtslage auch an einem Maßstab vergleichbar mit dem des § 113 I S. 4 VwGO prüft.<sup>162</sup>

## IV. Verwaltungsrechtsweg und EU-Recht

Das EU-Recht beeinflusst und durchdringt zunehmend das nationale (Verwaltungs-) Recht.<sup>163</sup> Klar ist, dass Rechtsakte der EU nicht vor deutschen (Verwaltungs-)Gerichten angegriffen werden können. Daher kann es nur darum gehen, ob und inwieweit deutsche Umsetzungsakte national justiziabel sind. Da weder das primäre noch das sekundäre EU-Recht eine Regelung enthalten, auf deren Grundlage die Unionsbürger auf Unionsrecht basierende Rechte durchsetzen können, richtet sich die Geltendmachung dieser Rechte nach dem nationalen Verfahrensrecht. Man spricht insoweit von einer **verfahrensrechtlichen Autonomie der Mitgliedstaaten**. Richtet sich daher eine Klage eines Bundesbürgers gegen einen Rechtsakt der Union, der von einer deutschen Behörde umgesetzt wurde, ist regelmäßig der Verwaltungsrechtsweg er-

104

<sup>160</sup> Hinsichtlich Erstattungsstreitigkeiten nach der Coronavirus-Testverordnung ist nach OVG Berlin-Brandenburg NVwZ 2024, 272, VGH Kassel NVwZ-RR 2023, 558, 559 und LSG Niedersachsen-Bremen 28.10.2022 – L 16 KR 433/22 B der Sozialgerichtsweg eröffnet. LSG Berlin-Brandenburg NZS 2023, 383, 384 und BSG NVwZ 2024, 274, 275 halten dagegen den Verwaltungsrechtsweg für eröffnet.

<sup>161</sup> Nach OVG Lüneburg NVwZ 2004, 760, 761.

<sup>162</sup> Vgl. OVG Lüneburg NVwZ 2004, 760, 761 (zur alten Rechtslage nach FGG).

<sup>163</sup> Zum EU-Recht vgl. R. Schmidt, Staatsorganisationsrecht, Rn 327 ff./761 ff. sowie AllgVerwR, Rn 165 ff.

öffnet. Dies gilt auch dann, wenn es um die Frage nach der Gültigkeit von Unionsrecht geht. Zwar kann das EU-Recht nicht unmittelbar vor deutschen Gerichten angegriffen werden (s.o.), liegt jedoch ein nationaler Vollzugsakt vor, ist dieser Vollzugsakt Gegenstand des Verfahrens mit der Folge, dass es sich um einen Akt deutscher öffentlicher Gewalt handelt, der an das Grundgesetz gebunden und vor deutschen Gerichten justizierbar ist. Die Frage der Gültigkeit der europarechtlichen Norm wird dann gemäß Art. 267 AEUV (Vorabentscheidung) dem EuGH zur Entscheidung vorgelegt.

**Beispiel:** Die zuständige deutsche Behörde erlässt gegenüber dem Bundesbürger K die Verfügung, dass dieser aufgrund einer EU-Richtlinie die Ausfuhr bestimmter Produkte zu unterlassen habe. K kann vor deutschen Verwaltungsgerichten nicht unmittelbar gegen die EU-Richtlinie klagen, da diese keinen Akt deutscher Gewalt darstellt (zur Möglichkeit der Anrufung des EuGH vgl. Art. 263 IV AEUV). Richtet sich sein Klagebegehren jedoch gegen die bundesdeutsche behördliche Anordnung, greift K einen Akt deutscher öffentlicher Gewalt an. Da es sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art handelt, ist der Verwaltungsrechtsweg gemäß § 40 I S. 1 VwGO eröffnet. Das Gericht prüft dann inzident die Rechtmäßigkeit der Richtlinie am Maßstab des EU-Rechts. Bestehen *Zweifel* über die Gültigkeit der dem Verwaltungsakt zugrunde liegenden EU-Richtlinie, darf das Verwaltungsgericht die EU-Richtlinie nicht verwerfen. Vielmehr muss es das Verfahren aussetzen und die Frage dem EuGH gemäß Art. 267 AEUV zur Entscheidung vorlegen. Nur der EuGH kann die Vereinbarkeit mit europäischem Primärrecht feststellen.

- 105** Zu den europarechtlichen Bezügen des Verwaltungsrechts vgl. auch die Ausführungen zur Klagebefugnis (Rn 184 ff.), zur Klagefrist (Rn 300) und zur Vereinbarkeit der nationalen Rechtsgrundlage mit den europarechtlichen Vorgaben (Rn 643 ff./660 ff.).

## B. Zuständigkeit des Gerichts

I. Ist der Verwaltungsrechtsweg nicht gegeben, hat das nicht die Unzulässigkeit der Klage zur Folge, sondern führt zur Verweisung an das zuständige Gericht des zulässigen Rechtswegs. Die Verweisung ergeht durch Beschluss und stützt sich auf § 173 VwGO i.V.m. § 17a II S. 1 GVG. Ist dagegen der Verwaltungsrechtsweg gegeben und ergibt die Prüfung, dass ein anderes Gericht der Verwaltungsgerichtsbarkeit zuständig ist, stützt sich der Verweisungsbeschluss nicht auf § 173 VwGO i.V.m. § 17a II S. 1 GVG, sondern auf § 83 S. 1 VwGO i.V.m. § 17a II S. 1 GVG. Dieser Beschluss ist nach § 83 S. 2 VwGO unanfechtbar. Siehe dazu bereits Rn 23 f.

106

II. Die sachliche Zuständigkeit des Gerichts richtet sich nach §§ 45 ff. VwGO, die örtliche Zuständigkeit nach § 52 VwGO.<sup>164</sup>

107

1. Zur **sachlichen Zuständigkeit**: Nach § 45 VwGO entscheidet das **Verwaltungsgericht** im ersten Rechtszug über alle Streitigkeiten, für die der Verwaltungsrechtsweg offensteht. Demgegenüber bestimmt sich die erstinstanzliche Zuständigkeit der **Oberverwaltungsgerichte** (bzw. der Verwaltungsgerichtshöfe) nach § 47 und insb. nach § 48 I S. 1 VwGO. Nach § 47 VwGO entscheidet das OVG über verwaltungsgerichtliche Normenkontrollanträge, § 48 I S. 1 VwGO statuiert die erstinstanzliche Zuständigkeit des OVG über sämtliche Streitigkeiten in Bezug auf die in der Vorschrift genannten Materien. Darüber hinaus entscheidet das OVG gem. § 48 I S. 2 VwGO erstinstanzlich über Genehmigungen, die anstelle einer Planfeststellung erteilt werden (also insb. über die Plangenehmigung nach § 74 VI VwVfG), sowie über sämtliche für das Vorhaben erforderlichen Genehmigungen und Erlaubnisse, auch soweit sie Nebenbestimmungen betreffen, die mit ihnen in einem räumlichen und betrieblichen Zusammenhang stehen. Im Übrigen fungiert das OVG als Rechtsmittelinstanz für Entscheidungen des Verwaltungsgerichts: Es entscheidet gem. § 46 VwGO über die Berufung gegen Urteile des VG und über die Beschwerde gegen andere Entscheidungen des VG.

108

Das **Bundesverwaltungsgericht** ist regelmäßig als Rechtsmittelinstanz nach § 49 VwGO zuständig für die Revision gegen Urteile der Oberverwaltungsgerichte/Verwaltungsgerichtshöfe (§ 132 VwGO) oder Urteile der Verwaltungsgerichte nach § 134 und § 135 VwGO (sog. Sprungrevision und Revision bei Ausschluss der Berufung). Erst- und letztinstanzlich zuständig ist das BVerwG gem. § 50 VwGO auf den dort genannten Gebieten. Bspw. zu nennen ist die erstinstanzliche Zuständigkeit für Klagen gegen Vereinsverbote des Bundesministeriums des Innern, für Bau und Heimat nach Art. 9 II GG. Aber auch für Klagen gegen bestimmte, die Bundesrepublik Deutschland als Ganzes betreffende Angelegenheiten wie Streitigkeiten nach dem Windenergieauf-See-Gesetz, dem Bundesfernstraßengesetz, in Bezug auf Vorhaben zur Errichtung und zur Anbindung von Terminals zum Import von Wasserstoff und Derivaten sowie für bestimmte Verfahren nach dem LNG-Beschleunigungsgesetz (§ 50 I Nr. 6 VwGO) ist das BVerwG erst- und letztinstanzlich zuständig.

109

2. Bezüglich der Frage nach der **örtlichen Zuständigkeit** regelt § 52 VwGO, welches von mehreren Verwaltungsgerichten für einen bestimmten Rechtsstreit zuständig ist. So ist bspw. bei Anfechtungsklagen gegen Verwaltungsakte einer Bundesbehörde oder einer bundesunmittelbaren Körperschaft, Anstalt oder Stiftung des öffentlichen Rechts das Verwaltungsgericht örtlich zuständig, in dessen Bezirk die Behörde ihren Sitz hat (§ 52 Nr. 2 S. 1 VwGO). Das gilt auch für beliebige juristische

110

<sup>164</sup> Zum Bundesdisziplinarrecht vgl. §§ 45 ff., 64 ff., 67 f. u. 69 f. BDG.

## Sachentscheidungs Voraussetzungen – Zuständigkeit des Gerichts

Personen des Privatrechts jedenfalls dann, wenn sie durch Gesetz in die Bundesverwaltung organisatorisch eingegliedert sind.<sup>165</sup>

---

<sup>165</sup> Vgl. dazu BVerwG NVwZ 2023, 434 (Stiftung Zentrale Stelle Verpackungsregister).

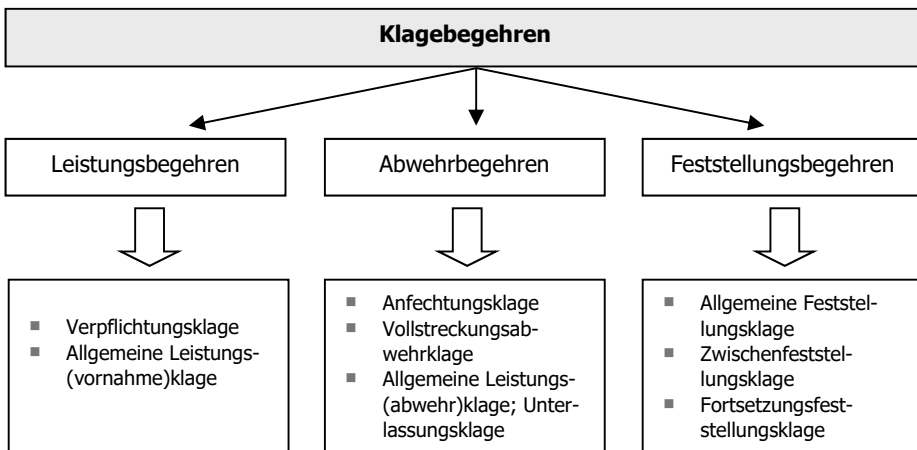
## C. Die Sachentscheidungs Voraussetzungen der einzelnen Verfahrensarten

Wie bereits in der Einleitung beschrieben, sollte bei der Bearbeitung eines verwaltungsprozessual eingekleideten Falls im Anschluss an die Prüfung des Verwaltungsrechtswegs und der gerichtlichen Zuständigkeit die statthafte Klageart bestimmt werden, um sodann ihre besonderen, klageartabhängigen Sachentscheidungs Voraussetzungen prüfen zu können. Auszugehen ist dabei vom **Klagebegehren** (vgl. § 88 VwGO), das ggf. durch Auslegung zu ermitteln ist<sup>166</sup>:

111

- Zunächst ist zu ermitteln, ob ein Abwehr-, Leistungs- oder Feststellungsbegehren vorliegt, damit weichenstellend die entsprechende **Klageform** (siehe Einführungskapitel: Leistungsklage, Gestaltungsklage, Feststellungsklage) bestimmt werden kann. 112
- Steht die Klageform fest, ist für die Bestimmung der **Klageart** sodann zu untersuchen, ob dem (abzuwehrenden oder begehrten) Verwaltungshandeln die **Qualität eines Verwaltungsakts** beigemessen werden kann oder nicht. Erweist sich das Klagebegehren als unklar, wird das Gericht i.d.R. sachdienliche Hinweise bezüglich des Stellens eines entsprechenden Antrags geben, § 86 III VwGO. 113

Das Hinwirken des Gerichts auf das Stellen entsprechender Anträge hat den Hintergrund, dass vor dem Verwaltungsgericht kein Anwaltszwang besteht (vgl. § 67 I S. 1, II VwGO) und dadurch dem (rechtsunkundigen) Bürger kein Nachteil entstehen soll. Eine missverständliche Erklärung darf daher nicht unter Beharrung auf deren Wortlaut zu Lasten der Partei ausgelegt werden, sondern muss nach deren Sinn und Zweck interpretiert werden.<sup>167</sup>



Anschließend wird die so ermittelte Klageart weitergeprüft. Bei einer **Anfechtungsklage** muss festgestellt werden, dass sich der Kläger mit seinem Begehren tatsächlich gegen einen **ihn belastenden Verwaltungsakt** richtet. 114

**Beispiel:** Bauherr B hat ein nicht genehmigtes, aber genehmigungspflichtiges Haus errichtet. Als die Bauordnungsbehörde davon erfährt, erlässt sie gem. den Vorschriften der Landesbauordnung eine Baubeseitigungsanordnung (= Verwaltungsakt). B ist der

<sup>166</sup> Vgl. BVerfG NVwZ 2016, 238, 241.

<sup>167</sup> OVG Hamburg NVwZ-RR 1998, 341. Vgl. auch BVerfG NVwZ 2016, 238, 241.

Meinung, dass der Bau genehmigungsfähig und die Anordnung daher rechtswidrig sei. Nach erfolglos durchgeführtem Widerspruchsverfahren erhebt er daher Anfechtungsklage (§ 42 I Var. 1 VwGO).

115

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** In der überwiegenden Zahl von Aufgabenstellungen sieht sich der Bearbeiter mit der Frage nach der Fehlerhaftigkeit bzw. Rechtswidrigkeit von Verwaltungsakten konfrontiert. Dies bestätigt nicht nur die Feststellung *Otto Mayers*, dass der Verwaltungsakt „im öffentlichen Recht steckt wie die Made im Speck“, sondern auch die praktische und prüfungstechnische Relevanz dieser Art des Verwaltungshandelns. Daher soll auch im Rahmen der vorliegenden Bearbeitung zunächst auf diese Klageart eingegangen werden.

### I. Sachentscheidungs Voraussetzungen der Anfechtungsklage

Für die Prüfung der Sachentscheidungs Voraussetzungen der **Anfechtungsklage** empfiehlt sich folgendes Aufbauschema<sup>168</sup>:

116

<b>Sachentscheidungs Voraussetzungen der Anfechtungsklage</b>
<p>(1) <b>Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs</b>, § 40 I S. 1 VwGO</p> <ul style="list-style-type: none"><li>(a) Aufdrängende Spezialzuweisung</li><li>(b) Öffentlich-rechtliche Streitigkeit</li><li>(c) Keine verfassungsrechtliche Streitigkeit</li><li>(d) Keine abdrängende Sonderzuweisung</li></ul>
(2) <b>Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts</b> , §§ 45, 52 VwGO
(3) <b>Statthaftigkeit der Anfechtungsklage</b> (zulässige Verfahrensart), § 42 I Var. 1 VwGO
(4) <b>Besondere Sachentscheidungs Voraussetzungen</b> der Anfechtungsklage
<ul style="list-style-type: none"><li>(a) Klagebefugnis, § 42 II VwGO</li><li>(b) Vorverfahren, §§ 68 ff. VwGO</li><li>(c) Klagefrist, § 74 VwGO</li><li>(d) Klagegegner, § 78 VwGO<sup>169</sup></li></ul>
(5) <b>Allgemeine Sachentscheidungs Voraussetzungen:</b>
<ul style="list-style-type: none"><li>(a) Beteiligungsfähigkeit, § 61 VwGO</li><li>(b) Prozessfähigkeit, § 62 VwGO</li><li>(c) Ordnungsmäßigkeit der Klageerhebung, §§ 81, 82 VwGO</li><li>(d) Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis</li></ul>

117

Kommt im Rahmen der Fallbearbeitung eine Anfechtungsklage in Betracht, muss wiederum zunächst ein Obersatz gebildet werden, der das Gutachten einleitet. Dazu muss zunächst der Streitgegenstand ermittelt und sodann festgestellt werden, dass bei einer Klage die entsprechenden Sachentscheidungs Voraussetzungen vorliegen müssen. Schließlich muss die Klage auch begründet sein.

<sup>168</sup> Zum Prüfungsschema der Begründetheit der Anfechtungsklage vgl. Rn 635.

<sup>169</sup> Nach der hier vertretenen Auffassung wird § 78 VwGO als Prüfungspunkt „Klagegegner“ (synonym: passive Prozessführungsbefugnis, *Schenke*, VerwProzR, Rn 592) im Rahmen der Sachentscheidungs Voraussetzungen behandelt. Die Gegenauffassung prüft § 78 VwGO als „Passivlegitimation“ bei der Begründetheit. Vgl. dazu im Rn 301 ff.



In einer Klausur könnte, wenn beispielsweise B des Beispiels von Rn 114 gegen die Baubeseitigungsanordnung vorgehen möchte, wie folgt formuliert werden:

„Streitgegenstand des Klagebegehrens ist die Anordnung der Behörde, dass der von B errichtete Bau abgerissen werden muss. Die dagegen gerichtete Klage ist erfolgreich, wenn ihre Sachentscheidungs Voraussetzungen vorliegen und sie begründet ist.“

### 1. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs, § 40 I S. 1 VwGO

Bezüglich der Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs sei auf die allgemeinen Ausführungen unter 25 ff. verwiesen. Im Hinblick auf die Anfechtungsklage bestehen i.d.R. keine großen Schwierigkeiten, da ihr Hauptanwendungsgebiet in der Eingriffsverwaltung besteht und sich die streitentscheidenden Normen dem einschlägigen Normengefüge entnehmen lassen.

118

### 2. Zuständigkeit des Gerichts, §§ 45, 52 VwGO

Die sachliche Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts richtet sich nach § 45 VwGO, die örtliche Zuständigkeit nach § 52 VwGO. Vgl. dazu ausführlich Rn 106 ff.

119

### 3. Statthaftigkeit der Anfechtungsklage (§ 42 I Var. 1 VwGO)

#### a. Vorliegen eines Verwaltungsakts als zentrales Kriterium

Da die Anfechtungsklage ausschließlich auf die Aufhebung eines den Kläger belastenden, sich noch nicht erledigten<sup>170</sup> Verwaltungsakts<sup>171</sup> gerichtet ist, kommt der Qualifikation des Verwaltungshandels als Verwaltungsakt oder Realakt bzw. schlicht hoheitliches Handeln eine entscheidende Bedeutung zu. Hauptanwendungsfeld der Anfechtungsklage ist die Belastung des Klägers durch einen an ihn gerichteten („adressierten“) Verwaltungsakt.

120

**Beispiel:** B hat an sein Einfamilienhaus eine Garage angebaut, dabei jedoch „übersehen“, dass nach der Landesbauordnung der Anbau von Garagen genehmigungspflichtig ist. Mit der Begründung, B's Garage sei nicht genehmigungsfähig, ordnet die Bauordnungsbehörde die Beseitigung des Garagenanbaus an.

Hier ist B Adressat eines ihn belastenden Verwaltungsakts i.S.d. § 35 S. 1 VwVfG. Statthaft ist daher – nach erfolgloser Durchführung des Widerspruchsverfahrens (siehe § 68 I S. 1 VwGO) – gem. § 42 I Var. 1 VwGO die Anfechtungsklage, zumal eine Erledigung (vgl. § 113 I S. 4 VwGO) noch nicht eingetreten ist.

Jedoch ist es unerheblich, ob der Verwaltungsakt an den Kläger oder an einen Dritten adressiert ist. So ist die Anfechtungsklage auch dann statthaft, wenn der Kläger durch einen an einen Dritten gerichteten, diesen begünstigenden Verwaltungsakt beschwert ist (**Drittanfechtungsklage**): Der Kläger ficht einen an einen Dritten gerichteten Verwaltungsakt an, weil er dadurch belastet wird („begünstigender Verwaltungsakt mit belastender Drittwirkung“).

**Beispiel:** Bauherr B erhält die beantragte Genehmigung zum Bau eines 5-stöckigen Wohnhauses (B ist also Adressat eines ihn begünstigenden VA). Nachbar N fühlt sich in seinen Rechten verletzt und ficht die dem B erteilte Baugenehmigung an.

Zwar ist die Baugenehmigung für den Adressaten B ein begünstigender Verwaltungsakt, vorliegend ist aber der Kläger N beschwert; für diesen stellt die Baugenehmigung eine Belastung dar. Daher ist die Anfechtungsklage statthaft, zumal eine Erledigung

<sup>170</sup> Zum Begriff der Erledigung vgl. Rn 395/403 ff.

<sup>171</sup> Zum Begriff des Verwaltungsakts i.S.d. § 35 S. 1 VwVfG vgl. sogleich Rn 123 sowie ausführlich R. Schmidt, Allg-VerwR, Rn 351 ff./380 ff.

(vgl. § 113 I S. 4 VwGO) noch nicht eingetreten ist. Zur Drittanfechtung vgl. Rn 137a/139 ff.

- 121** Kommt das Gericht zu dem Ergebnis, dass der Verwaltungsakt rechtswidrig ist und den Kläger in seinen Rechten verletzt, hebt es ihn auf, § 113 I S. 1 VwGO. In einer Anfechtungssituation sind somit im Wesentlichen drei Punkte zu prüfen:
- Feststellung, dass ein **Verwaltungsakt** vorliegt,
  - dass der Verwaltungsakt für den Kläger **belastend** wirkt und
  - dass er sich **noch nicht erledigt** hat.

Für die Fallbearbeitung bietet sich (allgemein) folgende Eingangsformulierung an:

- 122** „Die statthafte Klageart richtet sich nach dem Klagebegehren, vgl. § 88 VwGO. Bei der vorliegend in Betracht kommenden Anfechtungsklage gemäß § 42 I Var. 1 VwGO muss das Begehren des Klägers auf die gerichtliche Beseitigung eines ihn belastenden Verwaltungsakts gerichtet sein. K will mit seiner Klage erreichen, dass (...). Die ... (konkrete Maßnahme) müsste jedoch als Verwaltungsakt i.S.d. § 35 S. 1 VwVfG<sup>172</sup> zu qualifizieren sein. Es müsste sich um eine einseitige öffentlich-rechtliche Regelung eines Einzelfalls mit Außenwirkung handeln.“

Die Definition des Verwaltungsakts i.S.d. § 35 S. 1 VwVfG und die sich regelmäßig stellenden Probleme bei der Auslegung der einzelnen Tatbestandsmerkmale sind ausführlich bei *R. Schmidt*, AllgVerwR, Rn 351 ff./380 ff. dargestellt<sup>173</sup>, weshalb darauf verwiesen wird. Vorliegend soll folgende Übersicht genügen:

**123**

### Definitionsmerkmale 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: 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)  
⇒ Hingegen 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

<sup>172</sup> Zu beachten ist, dass im Rahmen der statthafte Klageart, wenn es um die Frage nach dem Verwaltungsakt-Charakter der Maßnahme geht, § 35 des BundesVwVfG anwendbar ist. Denn dadurch, dass der Begriff des Verwaltungsakts der bundesrechtlichen Regelung des § 42 VwGO ein bundesrechtlicher ist, muss er korrekterweise auch anhand des § 35 des BundesVwVfG bestimmt werden. Das gilt selbst dann, wenn es um die Qualifikation des Handelns von Landesbehörden geht, für die im Bereich des Verwaltungsverfahrenrechts § 35 des LandesVwVfG einschlägig ist (*W.-R. Schenke*, in: Kopp/Schenke, Anh § 42 Rn 2; *R. Schmidt*, AllgVerwR, Rn 226).

<sup>173</sup> Dort finden sich weiterhin die Erläuterungen der Begriffe Kontrollerlaubnis/Ausnahmebewilligung; Verwaltungsakt mit Doppelwirkung (Misch- oder Drittwirkung); einstufiger bzw. mehrstufiger Verwaltungsakt; Vorbereitungsakt, Vorbescheid, Teilgenehmigung; vorläufiger, vorsorglicher und endgültiger Verwaltungsakt; wiederholende Verfügung/ Zweitbescheid; fiktiver Verwaltungsakt/Genehmigungsfiktion etc.

#### 4. Eines Einzelfalls

- ⇒ im Grundsatz 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

- ⇒ Maßnahme muss nach dem objektivierten 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

Ein **nichtiger** Verwaltungsakt ist unwirksam (§ 43 III VwVfG) und kann daher keine Rechtswirkungen entfalten. Einer Anfechtungsklage würde damit an sich der Gegenstand fehlen. Da aber ein Adressat bzw. ein Betroffener die Nichtigkeit nicht ohne weiteres erkennen kann und daher auch ein nichtiger Verwaltungsakt den „Rechtschein“ der Wirksamkeit in sich trägt, kommt es nach h.M.<sup>174</sup> für die Statthaftigkeit der Anfechtungsklage nicht darauf an, ob der Verwaltungsakt rechtswirksam oder rechtsunwirksam ist. Für die Statthaftigkeit der Anfechtungsklage kommt es allein auf die **Existenz eines belastenden Verwaltungsakts** an. Dadurch wird vermieden, dass der Kläger bei der Wahl der statthaften Klageart die oft schwierige Frage beantworten muss, ob der für rechtswidrig gehaltene Verwaltungsakt bereits nichtig ist.

124

- **Rechtswidrig** ist ein Verwaltungsakt, wenn er gegen geltendes Recht verstößt. Auch ein rechtswidriger Verwaltungsakt ist gem. §§ 43 II VwVfG **rechtswirksam** und von jedermann zu beachten, solange er nicht durch die Behörde oder das Gericht aufgehoben wird oder sich erledigt hat.
- **Rechtsunwirksam** ist gem. § 43 III VwVfG nur der **nichtige** (und selbstverständlich der aufgehobene bzw. erledigte) Verwaltungsakt. Nur der rechtsunwirksame Verwaltungsakt entfaltet keinerlei Rechtswirkungen und braucht vom Bürger nicht befolgt zu werden; die Behörde darf ihn nicht vollziehen. Wann ein Verwaltungsakt nichtig ist, beantwortet § 44 VwVfG. Daraus folgt: nicht jeder rechtswidrige Verwaltungsakt ist nichtig; ein nichtiger Verwaltungsakt ist aber stets rechtswidrig.

Kann nach h.M. also auch ein nichtiger Verwaltungsakt mit Hilfe der Anfechtungsklage angegriffen werden, führt dies nach h.M.<sup>175</sup> zur Aufhebung des nichtigen Verwaltungsakts, obwohl es eigentlich nichts aufzuheben gibt. Diesen logischen Widerspruch würde man zwar vermeiden, indem man eine Klageumstellung auf eine Nichtigkeitsfeststellungsklage und demzufolge ein Feststellungsurteil forderte. Jedoch hätte diese Vorgehensweise wiederum den Nachteil, dass dann das Gericht bei jeder Anfechtungsklage prüfen müsste, ob der subjektive Rechte verletzende Verwaltungsakt bereits nichtig ist. Dies würde eine umfassende materielle Prüfung im Rahmen der Bestimmung der statthaften Klageart mit sich bringen. Käme das Gericht dann auch noch zu dem Ergebnis, dass der Verwaltungsakt (tatsächlich) nichtig ist, müsste es gem. § 86 III VwGO anregen, dass der Kläger seinen Aufhebungsantrag in einen Feststellungsantrag umstellt. Gegen eine solche Klageumstellung spricht wiederum der Umstand, dass die Gestaltungsklage rechtsschutzintensiver ist. Denn nur das

125

<sup>174</sup> Vgl. BVerwGE 18, 154, 155; 35, 334, 335; Pietzner/Ronellenfitsch, § 31 Rn 6; R.P. Schenke, in: Kopp/Schenke, VwGO, § 42 Rn 3; Schenke, VerwProzR, Rn 201; Schmidt-Kötters, in: BeckOK, VwGO, § 42 Rn 21; a.A. Hufen, VerwProzR, § 14 Rn 11; Sodan, in: Sodan/Ziekow, VwGO, § 42 Rn 23.

<sup>175</sup> Happ, in: Eyermann, VwGO, § 42 Rn 15; Pietzner/Ronellenfitsch, § 31 Rn 6; R.P. Schenke, in: Kopp/Schenke, VwGO, § 42 Rn 3.

einen Verwaltungsakt aufhebende Gestaltungsurteil wirkt gegenüber jedermann (also contra omnes), wohingegen das Feststellungsurteil nur die Prozessparteien bindet (also inter partes wirkt). Schließlich hätte die Umstellung auf eine Feststellungsklage den Nachteil, dass das Urteil (außer wegen der Kosten) nicht vollstreckt werden könnte (vgl. dazu § 167 VwGO). Daher hindert ein nichtiger Verwaltungsakt nicht die Statthaftigkeit einer Anfechtungsklage (vgl. auch Rn 483).

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** Im Rahmen der Prüfung der Statthaftigkeit der Anfechtungsklage ist also nur zu prüfen, *dass* ein den Kläger belastender Verwaltungsakt vorliegt, bei dem noch keine Erledigung eingetreten ist. Ob der Verwaltungsakt auch rechtswidrig bzw. teil- oder vollständig nichtig ist, wird in der materiellen Rechtmäßigkeitsprüfung bei der Begründetheit festgestellt.

## **b. Sonderfälle zum Prüfungspunkt „statthafte Klageart“**

### **aa. Anfechtungsklage gegen Rücknahme/Widerruf eines Verwaltungsakts**

- 126 Nach §§ 48, 49 VwVfG kann die Behörde unter den dort näher bezeichneten Voraussetzungen einen Verwaltungsakt aufheben.

**Beispiel:** Bauherrn B wird die begehrte Baugenehmigung erteilt. Doch schon zwei Tage später sieht sich die Behörde<sup>176</sup> veranlasst, die Baugenehmigung gem. § 48 VwVfG aufzuheben, weil sie der Meinung ist, gegen Nachbarschutzbestimmungen verstoßen zu haben.

Bei der Aufhebung eines den Adressaten begünstigenden Verwaltungsakts hat dieser regelmäßig ein Interesse daran, den Aufhebungsakt (isoliert) anzufechten, damit die ursprüngliche Begünstigung wieder auflebt (vgl. § 43 II VwVfG). Auch B ist daher gut beraten, lediglich den Aufhebungsakt – einen Verwaltungsakt nach § 35 S. 1 VwVfG – anzufechten, damit – im Erfolgsfall – die ursprüngliche Begünstigung wieder auflebt.

Da das Problem der (isolierten) Anfechtung der Rücknahme bzw. des Widerrufs eines Verwaltungsakts bei Rn 872 ff. sowie bei *R. Schmidt*, AllgVerwR, Rn 644 ff. ausführlich behandelt wird, kann an dieser Stelle darauf verwiesen werden.

### **bb. Isolierte Anfechtung des Versagungsbescheids**

- 127 In der Regel erlässt die Behörde einen begünstigenden Verwaltungsakt nicht ohne vorherigen Antrag. Doch nicht jeder Antrag ist begründet. Gibt die Behörde (hier: die Ausgangsbehörde) einem an sie gerichteten Antrag nicht statt, erlässt sie einen Ablehnungsbescheid, auch Versagungsbescheid genannt (= Verwaltungsakt). Möchte der Betroffene nun gegen diese Versagung vorgehen, ist nach h.M. ausschließlich eine auf Erlass eines neuen, begünstigenden Verwaltungsakts gerichtete **Verpflichtungsklage**, nicht aber eine zusätzliche Anfechtungsklage mit dem Ziel der Aufhebung des ablehnenden Bescheids statthaft.<sup>177</sup>

**Beispiel:** Bauherr B beantragt eine Baugenehmigung. Da die Behörde der Auffassung ist, dass das Bauvorhaben nicht den rechtlich relevanten Normen des materiellen Baurechts entspricht, erlässt sie einen Bescheid mit dem Inhalt, dass die Baugenehmigung nicht wie gewünscht erteilt werden könne (sog. Versagungsbescheid).

Hier könnte B zwar daran denken (ähnlich wie im Beispiel bei Rn 120), Anfechtungsklage gegen den Versagungsbescheid zu erheben. Diese Klage würde B aber nicht wei-

<sup>176</sup> Zuständig für die Aufhebung eines Verwaltungsakts ist diejenige Behörde, die für dessen Erlass zuständig wäre.

<sup>177</sup> Vgl. BVerwGE 78, 93, 96; 88, 111, 114; *Schmidt-Kötters*, in: BeckOK, VwGO, § 42 Rn 46; *Happ*, in: Eyermann, VwGO, § 42 Rn 19 ff.; *Pietzcker*, in: Schoch/Schneider, VwGO, § 42 Abs. 1 Rn 111; *Schenke*, VerwProzR, Rn 307.

terhelfen, da das Verwaltungsgericht bei einer Anfechtungsklage lediglich den Versagungsbescheid aufheben kann. Eine Baugenehmigung erhalte B damit noch nicht. Dem Rechtsschutzbedürfnis des B wird daher nur eine Verpflichtungsklage, gerichtet auf Erteilung der gewünschten Baugenehmigung, gerecht. Sollte diese begründet sein, spricht das Gericht die Verpflichtung der Behörde aus, die beantragte Baugenehmigung zu erlassen (§ 113 V S. 1 VwGO) bzw. (bei fehlender Spruchreife) den B unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu bescheiden (§ 113 V S. 2 VwGO).

Dennoch wäre eine (isolierte) **Anfechtung des Versagungsbescheids** nicht abwegig. Denn bei Begründetheit der Anfechtungsklage und nach Aufhebung des Versagungsbescheids wäre die Behörde aufgrund der uneingeschränkten Bindung an Gesetz und Recht (vgl. Art. 20 III GG) verpflichtet, den ursprünglichen Antrag positiv zu bescheiden (sog. „**Ehrenmanntheorie**“).<sup>178</sup> Doch folgte man dieser Auffassung, wäre die Verpflichtungsklage regelmäßig obsolet, weil diese (von der Situation, dass die Behörde untätig geblieben ist, einmal abgesehen) gerade einen Ablehnungsbescheid voraussetzt. Gleichwohl kann aber die Anfechtungsklage sinnvoll sein, wenn der Kläger im Zeitpunkt der Ablehnung kein Interesse mehr an dem begünstigenden Bescheid hat, er aber verhindern will, dass der Versagungsbescheid bestandskräftig<sup>179</sup> wird und sich dadurch die Behörde in einem späteren Antragsverfahren auf die Ablehnung berufen kann.

128

**Beispiel:** Bauherr B beantragt die Baugenehmigung für sein Außenbereichsgrundstück (vgl. § 35 BauGB). Die Baugenehmigung wird ihm mit der Begründung versagt, das konkrete Grundstück sei nicht bebaubar.

In diesem Fall müsste B eine Verpflichtungsklage erheben, gerichtet auf die Erteilung der gewünschten Baugenehmigung. Aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen will er aber mit dem Baubeginn selbst noch warten. Daher kann er eine Anfechtungsklage gegen die Ablehnung der Baugenehmigung erheben, um die im ablehnenden Bescheid liegende Feststellung der Nichtbebaubarkeit des Außenbereichsgrundstücks zu beseitigen bzw. den Verwaltungsakt nicht bestandskräftig werden zu lassen.

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** In einer Klausur darf auf diese Problematik aber nur dann eingegangen werden, wenn der Sachverhalt begründeten Anlass dazu bietet. Im Übrigen ist die Verpflichtungsklage statthaft. Es könnte folgendermaßen formuliert werden: „(...) Nicht in Betracht kommt dagegen eine isolierte Anfechtungsklage. Zwar wäre die Behörde im Erfolgsfall wegen Art. 20 III GG prinzipiell verpflichtet, nun einen rechtmäßigen Verwaltungsakt zu erlassen. Würde man ein solches Vorgehen aber zulassen, wäre die in der VwGO vorgesehene Versagungsgegenklage regelmäßig obsolet. Darüber hinaus geht sogar das Gesetz in § 172 VwGO offenbar davon aus, dass die Behörde nicht immer ihrer Verpflichtung nachkommt. Effektiven Rechtsschutz erhält der Betroffene daher nur mit der Verpflichtungsklage.“

129

### cc. Isolierte Anfechtung des Widerspruchsbescheids

In der Regel kann der Betroffene nicht gleich Anfechtungsklage erheben, sondern muss Recht- und Zweckmäßigkeit des Verwaltungsakts zunächst im Rahmen eines Widerspruchsverfahrens überprüfen lassen (vgl. §§ 68 ff. VwGO – dazu ausführlich Rn 210 ff.). Erst wenn die Behörde im Rahmen dieses Verfahrens bei ihrer Auffassung bleibt und einen sog. Widerspruchsbescheid erlässt, ist der Weg frei für die Anfechtungsklage. Dann aber ist Gegenstand der Klage grundsätzlich nicht der Ausgangsbescheid, sondern gem. **§ 79 I Nr. 1 VwGO** der **Ausgangsverwaltungsakt in der**

130

<sup>178</sup> Vgl. die ältere Rspr. des BVerwG (E 38, 99 ff.). Einschränkend jetzt BVerwGE 69, 90, 92; 78, 93, 95 f.

<sup>179</sup> Bestandskraft tritt insbesondere ein bei Verstreichenlassen der Anfechtungsfrist (vgl. §§ 70 I, 74 VwGO).

**Gestalt, den er durch den Widerspruchsbescheid gefunden hat.** Der Grund für diese Regelung liegt darin, dass es prinzipiell auf den Inhalt und die Begründung des Widerspruchsbescheids ankommt, der insoweit den Ausgangsbescheid verändert haben kann. So ist es nachvollziehbar, dass eine Anfechtungsklage gegen den Ausgangsbescheid keinen Sinn macht, wenn nicht gleichzeitig auch der den Ausgangsbescheid bestätigende Widerspruchsbescheid beseitigt würde.

**Beispiel:** Bauherr B hat, ohne Inhaber einer Genehmigung zu sein, eine Doppelgarage an sein Wohnhaus angebaut. Die Baubehörde erlässt daraufhin eine Baubeseitigungsanordnung („Abrissverfügung“). Der dagegen eingelegte Widerspruch wird von der Widerspruchsbehörde abgewiesen mit der Begründung, dass die Garage gegen materielles Baurecht verstoße und daher nicht genehmigungsfähig sei. B ist jedoch der Meinung, sein Vorhaben sei genehmigungsfrei zulässig und erhebt Klage.

Hier greift der Normalfall gem. § 79 I Nr. 1 VwGO. Anfechtungsgegenstand ist der Ausgangsbescheid in der Gestalt, den er durch den Widerspruchsbescheid gefunden hat.

Eine Überprüfung (allein) des Ausgangsbescheids findet nur dort statt, wo ein Widerspruchsverfahren ausgeschlossen oder entbehrlich war, vgl. § 68 I S. 2 VwGO. Dennoch kann das Gericht in seiner Entscheidung auch **nur** den Widerspruchsbescheid gesondert aufheben, wenn dieser inhaltlich vom Ausgangsverwaltungsakt abweicht und das Gericht nur diesen als rechtswidrig erachtet. In einem solchen Fall lebt der Ausgangsbescheid wieder auf. Aber nur in den Fällen des § 79 I Nr. 2 und des § 79 II VwGO kann der Widerspruchsbescheid auch alleiniger Gegenstand der Anfechtungsklage sein.

### a.) § 79 I Nr. 2 VwGO

131 Nach § 79 I Nr. 2 VwGO ist der Abhilfebescheid oder der Widerspruchsbescheid alleiniger Gegenstand der Anfechtungsklage, wenn hierdurch erstmalig eine Beschwerde entstanden ist. Es sind zwei Situationen zu unterscheiden:

(1) Ein belastender Verwaltungsakt mit begünstigender Drittwirkung wird im Widerspruchsverfahren zum Nachteil eines Dritten abgeändert.

**Beispiel:** Bauherrn B wird eine Baugenehmigung erteilt. Jedoch ist diese mit einer den Nachbarn N begünstigenden Auflage versehen.<sup>180</sup> B legt dagegen Widerspruch ein, weil er eine Baugenehmigung ohne (eine ihn belastende) Nebenbestimmung bekommen möchte. Die Widerspruchsbehörde hilft der Beschwerde des B ab und hebt die Auflage auf.

Hier wurde die den N begünstigende Auflage beseitigt. Der Widerspruchsbescheid enthält für N also eine erstmalige Beschwerde. Aufgrund der Regelung des § 79 I Nr. 2 VwGO kann N daher Anfechtungsklage allein gegen den Widerspruchsbescheid erheben. In diesem Fall ist auch die vorherige Durchführung eines Widerspruchsverfahrens gem. § 68 I S. 2 Nr. 2 VwGO entbehrlich.

(2) Ein begünstigender Verwaltungsakt mit belastender Drittwirkung wird aufgrund des Widerspruchs eines Dritten zum Nachteil des Adressaten abgeändert.

**Beispiel:** Der zugunsten des Gastronomen G erteilten Gaststättenerlaubnis (vgl. § 2 GastG) wird aufgrund des Widerspruchs des Nachbarn N eine den G belastende Nebenbestimmung hinzugefügt.

Hier ist G durch den Widerspruch des N erstmalig beschwert. Er kann daher ohne vorherige Durchführung eines Widerspruchsverfahrens Anfechtungsklage gegen den Wi-

<sup>180</sup> Zu den Nebenbestimmungen von Verwaltungsakten vgl. R. Schmidt, AllgVerwR, Rn 784 ff.

Widerspruchsbescheid (bzw. die Auflage) erheben, § 79 I Nr. 2 i.V.m. § 68 I S. 2 Var. 2 Nr. 2 VwGO.

Klageziel ist jeweils, dass durch Aufhebung des Widerspruchsbescheids (bzw. der Auflage) der Regelungsgehalt des ursprünglichen Verwaltungsakts wiederhergestellt wird. Durch die isolierte Anfechtung und die damit verbundene Aufhebung des Widerspruchsbescheids kann eine erneute Überprüfung des Ausgangsverwaltungsakts durch die Widerspruchsbehörde erfolgen. Praktische Bedeutung erlangt dies v.a. bei Ermessensverwaltungsakten, da diese nach § 114 S. 1 VwGO teilweise der Kontrolle durch die Verwaltungsgerichte entzogen sind. Für die Begründetheit der Klage ist § 115 VwGO zu beachten, der die §§ 113, 114 VwGO für entsprechend anwendbar erklärt. Nach Auffassung des BVerwG ist aber die Mitteilung der Ausgangsbehörde über die Nichtabhilfe und die Weiterleitung an die Widerspruchsbehörde kein selbstständig anfechtbarer Verwaltungsakt.<sup>181</sup>

132

### b.) § 79 II VwGO

Wie bereits gesagt, ist nach § 79 I Nr. 1 VwGO grundsätzlich der Ausgangsverwaltungsakt in der Gestalt des Widerspruchsbescheids Gegenstand der Anfechtungsklage. Einer isolierten Anfechtung des Widerspruchsbescheids würde in diesem Fall schon das Rechtsschutzbedürfnis fehlen. Nach § 79 II S. 1 VwGO kann auch alleiniger Gegenstand der Anfechtungsklage der Widerspruchsbescheid sein, wenn und soweit er eine **zusätzliche selbstständige** Beschwer enthält. Hauptfall ist die **Reformatio in peius** (Verböserung) im Widerspruchsverfahren. Dabei geht es um die Frage, ob ein Verwaltungsakt durch die Widerspruchsbehörde zum Nachteil des Rechtsschutzsuchenden abgeändert werden darf. Da sich im Rahmen einer Falllösung das Problem der *Reformatio in peius* jedoch an mehreren Stellen des Klausuraufbaus stellt, sei an dieser Stelle auf die zusammengefassten Ausführungen bei Rn 845 ff. verwiesen.

133

Als eine zusätzliche Beschwer gilt auch die Verletzung einer wesentlichen Verfahrensvorschrift, sofern der Widerspruchsbescheid auf dieser Verletzung beruht, § 79 II S. 2 VwGO. Eine wesentliche Verfahrensvorschrift stellt beispielsweise die Anhörung nach § 71 VwGO oder das Begründungserfordernis nach § 73 III VwGO dar. Auch Vorschriften außerhalb der VwGO kommen in Betracht, beispielsweise die im Widerspruchsverfahren anwendbaren Vorschriften der VwVfGe und die allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsverfahrensrechts (mangelnde Sachaufklärung, mangelnde Beteiligung anderer Behörden etc.). Nicht unter § 79 II S. 2 VwGO fällt die Verletzung lediglich verwaltungsinterner Vorschriften wie Richtlinien etc.

### dd. Isolierte Anfechtung von Nebenbestimmungen

Während die frühere Rechtsprechung bzgl. der Statthaftigkeit nach der Art der Nebenbestimmung unterschied, ist die isolierte Anfechtung von Nebenbestimmungen nach heutiger h.M. jedenfalls dann generell statthaft, wenn der Verwaltungsakt mit seiner Regelung nach erfolgreicher Anfechtung der Nebenbestimmung sinnvoller- und rechtmäßigerweise bestehen bleiben kann.<sup>182</sup> Da die Problematik jedoch eingehend bei *R. Schmidt*, AllgVerwR, Rn 816 ff. behandelt wird, wird insoweit darauf verwiesen.

134

<sup>181</sup> BVerwG NVwZ 2012, 506 ff.

<sup>182</sup> BVerwGE 112, 221, 224 ff.; ihm folgend OVG Berlin NVwZ 2001, 1059, 1060; OVG Münster NVwZ 2004, 1384; OVG Lüneburg NVwZ-RR 2005, 394 f.; *Schmidt-Kötters*, in: BeckOK, VwGO, § 42 Rn 30.

#### 4. Die Klagebefugnis, § 42 II VwGO

- 135 Gemäß § 42 II VwGO muss – soweit gesetzlich nichts anderes bestimmt ist – der Kläger geltend machen, durch den Verwaltungsakt oder seine Ablehnung oder Unterlassung in *seinen* Rechten verletzt zu sein. Die Geltendmachung der Verletzung eigener Rechte hat den Hintergrund, dass der VwGO ein **Individualschutzcharakter** zugrunde liegt und daher **Verbandsklagen** und **Popularklagen** grundsätzlich **ausgeschlossen** werden sollen.<sup>183</sup> Die verfassungsrechtliche Begründung liegt letztlich in Art. 19 IV S. 1 GG.

##### a. Die Adressatentheorie

- 136 Ist der Kläger Adressat eines ihn belastenden Verwaltungsakts (Beispiel: Bauherr B erhält die Rücknahme einer Baugenehmigung oder eine Baubeseitigungsanordnung), ergibt sich die Klagebefugnis auch ohne plausiblen Sachvortrag schon aus dem Grundrecht aus Art. 2 I GG, da in einem solchen Fall zumindest eine Verletzung der allgemeinen Verhaltensfreiheit nie ausgeschlossen werden kann. Denn die allgemeine Verhaltensfreiheit gewährleistet das Recht, von (möglicherweise) rechtswidrigen Eingriffen des Staates verschont zu bleiben. Ist der Kläger also Adressat eines ihn belastenden Verwaltungsakts, lässt sich die Klagebefugnis ohne weiteres bejahen.<sup>184</sup>

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** Ist eine Anfechtungsklage zu prüfen, sollte es zu keiner Beanstandung durch den Korrektor führen, wenn die Klagebefugnis eines Adressaten etwa mit folgender Formulierung hergeleitet wird: „Bei einem Adressaten eines ihn belastenden Verwaltungsakts kann eine Rechtsverletzung aus Art. 2 I GG nie ausgeschlossen werden. B ist Adressat eines an ihn gerichteten belastenden Verwaltungsakts. Er ist somit gem. § 42 II VwGO klagebefugt.“

##### b. Die Möglichkeitstheorie

- 137 Die Adressatentheorie versagt jedoch, wenn es bei der belastenden Maßnahme um die Abwehr von schlicht hoheitlichem Handeln geht oder der Kläger ein ihn begünstigendes schlicht hoheitliches Handeln bzw. den Erlass eines ihn begünstigenden Verwaltungsakts begehrt, es sich bei der Klage also um eine allgemeine Leistungsklage bzw. Verpflichtungsklage handelt. In Fällen dieser Art ist auf die sog. **Möglichkeitstheorie** abzustellen. Um klage- bzw. antragsbefugt zu sein, muss der Kläger bzw. Antragsteller geltend machen, durch die in Rede stehende Maßnahme in seinen Rechten verletzt zu sein. Dabei genügt es (wegen Art. 19 IV S. 1 GG), dass die geltend gemachte Rechtsverletzung **„nicht offensichtlich und eindeutig nach jeder Betrachtungsweise ausgeschlossen ist“**.<sup>185</sup>

**Beispiel:** Bauherr B begehrt den Bau eines Einfamilienhauses im Außenbereich (§ 35 BauGB). Nachdem ein entsprechender Antrag von der Behörde ablehnend beschieden worden ist und auch ein nachfolgender Widerspruch (§ 68 VwGO) zu keinem anderen Ergebnis geführt hat, möchte B nun die Behörde durch Richterspruch verpflichten (vgl. § 113 I S. 1 i.V.m. V S. 1 VwGO), ihm die begehrte Baugenehmigung zu erteilen.

Hier ist B nicht Adressat eines ihn belastenden Verwaltungsakts, sondern Verpflichtungskläger, da bei der Bestimmung der statthaften Klageart auf das Klagebegehren

<sup>183</sup> BVerwGE 92, 263, 264; 101, 73, 81 f.; 130, 52, 56; BVerfG NVwZ 2009, 1426 f.; R.P. Schenke, in: Kopp/Schenke, VwGO, § 42 Rn 59; Schoch, NVwZ 1999, 457 f.; Selmer, JuS 2010, 662, 663; Stern/Blanke, Rn 338. Zu den Systemausnahmen i.S.d. § 42 II Halbs. 1 VwGO hinsichtlich Naturschutzvereine und Handwerkskammern vgl. Rn 175 ff./208; zur Klagebefugnis mit Bezug auf das EU-Recht vgl. Rn 184/188 ff.

<sup>184</sup> Vgl. auch BVerwG NVwZ 2011, 372, 374; R.P. Schenke, in: Kopp/Schenke, VwGO, § 42 Rn 69.

<sup>185</sup> BVerwG NVwZ 2019, 163 (in Bezug auf die Verpflichtungsklage) mit Verweis auf BVerwG NVwZ 2015, 1223. Siehe auch OVG Koblenz BauR 2021, 1269, 1270 f. (keine Klagebefugnis, weil geltend gemachte Rechtsverletzung nicht ansatzweise ersichtlich war).



abgestellt werden muss und somit eine Verpflichtungsklage statthaft ist. Um klagebefugt zu sein, muss B geltend machen, durch die Ablehnung seines Bauantrags in seinen Rechten verletzt zu sein, und diese geltend gemachte Verletzung darf nach der **Möglichkeitstheorie** lediglich nicht ausgeschlossen sein.

Es kann auch ohne (dezidierte) Prüfung der Sach- und Rechtslage nicht ausgeschlossen werden, dass die Versagung der Bauerlaubnis B letztlich in seinem Recht auf Baufreiheit, die durch die Vorschrift der Landesbauordnung über die Erteilung der Baugenehmigung und subsidiär durch Art. 14 I GG gewährleistet ist<sup>186</sup>, verletzt. B ist daher klagebefugt.

Wie die vorstehenden Ausführungen gezeigt haben, hat die Möglichkeitstheorie zwar nicht in der Konstellation der Anfechtungsklage ihren Hauptanwendungsbereich, dennoch aber ist sie einschlägig, wenn es um eine **Drittanfechtungsklage** geht: Der Kläger ficht einen an einen Dritten gerichteten Verwaltungsakt an, weil er dadurch belastet wird („begünstigender Verwaltungsakt mit belastender Drittwirkung“).

137a

**Beispiel**<sup>187</sup>: K wendet sich gegen einen behördlichen Zustimmungsbescheid zur Nutzung eines Gebäudes im Sicherheitsbereich der US-Streitkräfte („Army Depot“) zur Lagerung von Gefahrstoffen. Bei den zu lagernden Materialien handelt es sich nach Angaben der US-Streitkräfte im Wesentlichen um Hydraulik- und Getriebeöle, Frostschutzmittel, Enteisungsmittel, Batterien etc. K ist Eigentümer eines Wohngrundstücks, das von dem streitgegenständlichen Lagergebäude knapp 1,5 km entfernt liegt. Er macht geltend, dass er bei etwa möglichen Brandereignissen mit der Schädigung seines Grundstücks, wenn nicht gar mit Schäden an Leib und Leben rechnen müsse.

In diesem Fall ist die **Anfechtungsklage** statthaft, da K die Abwehr eines ihn belastenden Verwaltungsakts begehrt. Dass der Verwaltungsakt an einen Dritten adressiert ist, ist für die Statthaftigkeit der Anfechtungsklage unbedeutend. Hinsichtlich der Klagebefugnis greift folgerichtig aber nicht die Adressatentheorie, sondern die Möglichkeitstheorie, wobei hinsichtlich der Frage nach der Möglichkeit der Rechtsverletzung zu beachten ist, dass das als verletzt gerügte Recht auch und gerade den Kläger schützen muss. Diese Einschränkung ist erforderlich, um den Individualklagecharakter der VwGO nicht leerlaufen zu lassen. Auch die Rechtsschutzgarantie aus Art. 19 IV S. 1 GG gewährt einem Kläger keinen Rechtsweg, wenn er ein Recht als verletzt rügt, das nicht *ihm* zusteht. K muss also eine Norm als verletzt rügen, die – ausdrücklich oder nach entsprechender Auslegung – (auch) seinen Interessen zu dienen bestimmt ist, d.h. ihm eine wehrfähige Rechtsposition einräumt. Siehe dazu sogleich Rn 139 ff.

### c. Geschütztes Recht

Dem Kläger muss ein Recht zustehen, das durch den Verwaltungsakt oder seine Ablehnung oder Unterlassung möglicherweise verletzt ist. Rechte können dem Kläger aufgrund einfachgesetzlicher formeller Bestimmungen, Rechtsverordnungen, Satzungen, aber auch aus Grundrechten zustehen.<sup>188</sup>

138

**Beispiel**: Nach dem **Verbraucherinformationsgesetz** (VIG), dem **Umweltinformationsgesetz** (UIG) und dem **Informationsfreiheitsgesetz** (IFG) hat der Bürger das Recht, von bestimmten Behörden bestimmte Informationen zu verlangen.<sup>189</sup>

Zur Klagebefugnis, die sich (subsidiär) aus Grundrechten ergibt, vgl. unten Rn 147 ff.

<sup>186</sup> Zum Vorrang einfachgesetzlicher Anspruchsgrundlagen vor den Grundrechten vgl. Rn 147 ff.

<sup>187</sup> Nach OVG Koblenz BauR 2021, 1269 – allerdings im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes.

<sup>188</sup> Siehe R.P. Schenke, in: Kopp/Schenke, VwGO, § 42 Rn 78.

<sup>189</sup> Zur Reichweite der Auskunftsansprüche nach IFG, UIG und VIG vgl. aus jüngerer Zeit BVerwG NVwZ 2020, 880 ff.; BVerwG NVwZ 2024, 425 ff.

*Nicht* zu den geschützten Rechten gehören bloße Annehmlichkeiten wie bspw. die schöne Aussicht auf eine Landschaft oder auch Unannehmlichkeiten wie geringfügiger Lärm, ästhetisches Unbehagen oder gar Kinder, Kranke oder Asylbewerber in der Nachbarschaft.<sup>190</sup> Keine geschützten Rechte stellen ferner bloße Erwerbschancen, wirtschaftliche und politische Interessen dar, soweit sie sich noch nicht zu echten Vermögenspositionen verdichtet haben. Objektiv-rechtliche Verfassungsprinzipien wie die staatliche Neutralitätspflicht sind individuell nicht einklagbar, solange sie nicht *auch* subjektive Abwehrrechte beeinträchtigen.

**Beispiel**<sup>191</sup>: Eine Regelung, wonach im Eingangsbereich eines jeden Dienstgebäudes als Ausdruck der geschichtlichen und kulturellen Prägung Bayerns gut sichtbar ein Kreuz anzubringen ist, verstößt gegen die staatliche Neutralitätspflicht (hier: Pflicht zur weltanschaulich-religiösen Neutralität). Solange sich der Rechtsverstoß aber in einer bloß passiven Verwendung eines religiösen Symbols ohne missionierende oder indoktrinierende Wirkung erschöpft und mit keinen weiteren Nachteilen für andere Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften verbunden ist, sollen nach Auffassung des VGH München keine subjektiven Rechte (hier: v.a. negative Glaubensfreiheit aus Art. 4 I, II GG und Diskriminierungsverbot aus Art. 3 III S. 1 GG) verletzt sein. Die fehlende Verletzung von subjektiven Rechten begründet der VGH München damit, dass Behördenbesucher wie Passanten im öffentlichen Raum nur flüchtig damit konfrontiert würden und Abstand halten könnten; dies unterscheidet den vorliegenden Sachverhalt von Kreuzen in Unterrichtsräumen<sup>192</sup> (ergänze: denen Schüler nicht entrinnen können).

Dogmatisch wird man das Anbringen von Kreuzen im Eingangsbereich von Dienstgebäuden ohne missionierende oder indoktrinierende Wirkung als „Bagatelleingriff“ einordnen müssen, wenn die Klagebefugnis verneint sein soll. In der Folge besteht dann zwar ein rechtswidriges Verhalten, aber keine subjektive Rechtsverletzung und damit kein Beseitigungsanspruch.

Zu den Rechtsreflexen vgl. Rn 142 ff., zu den Konkurrentenklagen vgl. 166 ff.

#### d. Die Schutznormtheorie

- 139** Die Adressatentheorie versagt begriffslogisch auch dann, wenn der durch den Verwaltungsakt Beschwerde jemand anderes ist als der Adressat, es sich also um einen begünstigenden Verwaltungsakt mit belastender Drittwirkung handelt und der belastete Dritte klagt („**Drittanfechtung**“). Das ist bspw. der Fall, wenn ein Nachbar die dem Bauherrn erteilte Baugenehmigung anfechtet. Auch wenn eine in der näheren Umgebung einer geplanten immissionsrechtlichen Anlage wohnende Person gegen die Erteilung der Errichtungs- bzw. Betriebsgenehmigung klagt, liegt eine Drittanfechtung vor. Gleiches gilt für den Fall, dass ein Nachbar gegen eine gaststättenrechtliche Betriebserlaubnis vorgeht. Schließlich sind die wirtschaftliche und beamtenrechtliche Konkurrentenklage Drittbeteiligungsfälle.<sup>193</sup> In Fällen dieser Art muss – wie in der Verpflichtungssituation – anhand der **Möglichkeitstheorie** untersucht werden, ob der Dritte überhaupt in eigenen Rechten verletzt sein kann. Dabei ist zu beachten, dass die Norm, die der Dritte als verletzt rügt, nach ganz herrschender Auffassung **drittschützende Wirkung** haben muss.

<sup>190</sup> Vgl. *Hufen*, VerwProzR, § 14 Rn 62. Vgl. aber auch OLG Köln NJW 1998, 763 ff. mit Anm. von *Wassermann*, NJW 1998, 730 und von *Lachwitz*, NJW 1998, 881 ff.

<sup>191</sup> VGH München NVwZ 2022, 1837 – mit Bespr. v. *Muckel*, JA 2023, 262.

<sup>192</sup> VGH München NVwZ 2022, 1837, 1840 – hier spielt der VGH auf das Kreuzfix-Urteil des BVerfG (E 93, 1) an.

<sup>193</sup> Zur Letzteren vgl. etwa OVG Lüneburg NVwZ 2011, 891 ff. unter Bezugnahme auf BVerwG NVwZ 2011, 358 ff.

**Drittschutz** entfaltet eine Norm, wenn sie **nicht nur die Interessen der Allgemeinheit schützen soll, sondern – zumindest auch – den Individualinteressen des Klägers zu dienen bestimmt ist** (sog. **Schutznormtheorie**).<sup>194</sup>

Erforderlich ist demnach eine Norm, die – ausdrücklich oder nach entsprechender Auslegung – (auch) den Interessen des Klägers zu dienen bestimmt ist, d.h. ihm eine wehrfähige Rechtsposition einräumt. Ein relevantes Rechtsgebiet ist insoweit das **Baurecht**, wenn es um geltend gemachte Ansprüche des Baunachbarn geht.

140

**Beispiel**<sup>195</sup>: B wird gemäß der Landesbauordnung die Genehmigung zur Errichtung und zum Betrieb einer Asphaltmischanlage erteilt. N ist Eigentümer benachbarter Grundstücksflächen, die zu einem FFH-Gebiet<sup>196</sup> gehören. Er fühlt sich dadurch in seinen Eigentümerrechten verletzt und möchte gegen die Baugenehmigung vorgehen.

Hier ist N Kläger und greift einen an einen Dritten, hier an den B, gerichteten und diesen begünstigenden Verwaltungsakt an. Um klagebefugt zu sein, muss N geltend machen, in drittschützenden, d.h. vorliegend in nachbarschützenden Rechten verletzt zu sein. Es muss sich also eine Norm finden lassen, die auch den Interessen des N als Nachbar zu dienen bestimmt ist. Einschlägig sind insoweit das Bau(nachbar)recht und das Naturschutzrecht.

Das BVerwG hat entschieden, dass die Vorschriften des Unionsrechts und des nationalen Rechts über den Schutz von Natura-2000-Gebieten dem Ziel dienen, einen günstigen Erhaltungszustand der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen zu bewahren oder wiederherzustellen. Einen Bezug zu den Interessen des Einzelnen ließen sie nicht erkennen. Anders als Naturschutzverbände seien Einzelne nicht berechtigt, Verstöße gegen Naturschutzrecht unabhängig von einer Verletzung in eigenen Rechten geltend zu machen.<sup>197</sup> Auch das Grundrecht auf Eigentum (Art. 14 I GG) gebiete es nicht, die im öffentlichen Interesse erlassenen Schutzvorschriften für Natura-2000-Gebiete zugunsten des Eigentümers unter Schutz gestellter Grundstücke als drittschützend auszulegen und ihm ein Klagerecht einzuräumen.<sup>198</sup>

Ergebnis: Eine eigene Rechtsverletzung ist nicht ersichtlich; N ist nicht klagebefugt.

Auch im Beispiel von Rn 137a fehlt die Klagebefugnis aus ähnlichen Gründen. Umweltaspekte sind im Rahmen einer Individualklage grundsätzlich nicht rügefähig. So hat auch das OVG Koblenz unter Verweis auf die Rechtsprechung des EuGH entschieden, dass ein Bürger nur solche umweltbezogenen Vorschriften des nationalen oder europäischen Rechts zur gerichtlichen Prüfung stellen könne, deren Vollzug seinen berechtigten individuellen Interessen diene. Insbesondere Art. 9 III der Aarhus-Konvention i.V.m. Art. 47 der EU-Grundrechtecharta vermittele einem Nachbarn keinen subjektiven Anspruch auf Beachtung jedweder objektiv-rechtlichen Vorschrift des Umweltrechts. Auch sei eine Verletzung des in § 35 III S. 1 Nr. 3 BauGB enthaltenen Rücksichtnahmegebots, dem allgemein drittschützende Wirkung beigemessen wird, nicht erkennbar.

Ergebnis: Eine eigene Rechtsverletzung ist nicht ersichtlich; K ist nicht klagebefugt.

<sup>194</sup> BVerwG 17.2.2021 – 7 C 3.20 – insoweit nicht abgedruckt in NVwZ 2021, 984 ff.; BVerwGE 132, 64, 68 ff.; 107, 215, 220; OVG Koblenz BauR 2021, 1269, 1270 f.; VGH Kassel NVwZ 2001, 112; OVG Münster NVwZ 2000, 336, 337. Die Schutznormtheorie geht auf *Ottmar Bühler*, Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung, 1914, zurück (siehe *Muckel*, JA 2017, 636, 637). Zu den Verpflichtungssituationen im Bereich der Nachbarklagen und Konkurrentenklagen vgl. Rn 340 ff.

<sup>195</sup> BVerwG NVwZ 2021, 984.

<sup>196</sup> Nach der dem Natur- und Landschaftsschutz dienenden EU-Richtlinie 92/43/EWG zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen („Fauna-Flora-Habitat-Richtlinie“) sind von den Mitgliedstaaten Fauna-Flora-Habitat-Gebiete (FFH-Gebiete) auszuweisen. Sie sind Teil des Natura-2000-Schutzgebietsnetzes und dienen dem Schutz gefährdeter Lebensräume sowie gefährdeter Tier- und Pflanzenarten.

<sup>197</sup> BVerwG 17.2.2021 – 7 C 3.20 – insoweit nicht abgedruckt in NVwZ 2021, 984 ff.

<sup>198</sup> BVerwG 17.2.2021 – 7 C 3.20 – insoweit nicht abgedruckt in NVwZ 2021, 984 ff.

**Exkurs zur Begründetheit:** Unterstellt, die Klagebefugnis ist gegeben, ist zu beachten, dass es bei der Begründetheit des Rechtsbehelfs nicht genügt, allein auf das dritt-schützende Recht abzustellen. Vielmehr ist wegen § 113 I S. 1 VwGO die objektive und subjektive Rechtsverletzung zu prüfen. Das gilt auch für Drittanfechtungen. Insoweit geht also die Prüfung der Begründetheit über diejenige hinaus, die Gegenstand der Klagebefugnis war.

Zum Drittschutz im Baunachbarrecht vgl. auch sogleich Rn 155 ff. sowie ausführlich *R. Schmidt*, BauR, Rn 427 ff.

- 141** Die Frage nach dem Drittschutz stellt sich aber auch dann, wenn ein Bürger die Behörde verpflichten möchte, gegen eine andere Person einzuschreiten. In diesem Fall müsste die Norm, die die Behörde zum Einschreiten ermächtigt, auch dem Schutz des „Verpflichtenden“ zu dienen bestimmt sein.

**Beispiel**<sup>199</sup>: B verlangt mittels Antrags von der zuständigen Behörde, gegenüber der X-AG, einem Automobilhersteller, wegen der Manipulation von Dieselausgaswerten einzuschreiten und dieser die weitere Ausübung des Gewerbes zu untersagen. Er macht u.a. geltend, die Verantwortlichen des Unternehmens seien gewerbe-rechtlich unzuverlässig. Außerdem sei die Gewerbeuntersagung zum Schutz seiner Gesundheit erforderlich. Die Behörde lehnt jedoch entsprechende Maßnahmen ab und führt zur Begründung u.a. aus, sie wolle die strafrechtlichen Ermittlungen abwarten. B erhebt daraufhin Klage gegen den Rechtsträger der Behörde.

Hier ist B Kläger und möchte die Behörde verpflichten, gegen einen anderen (die X-AG) eine gewerberechtliche Ordnungsverfügung in Form einer Untersagungsverfügung zu erlassen. Rechtsgrundlage für eine solche Untersagungsverfügung wäre § 35 I GewO. Unabhängig vom Vorliegen ihrer Voraussetzungen müsste die Vorschrift dritt-schützend sein, also auch den Rechten und Interessen des B zu dienen bestimmt sein. Der Wortlaut der Norm („... sofern die Untersagung zum Schutze der Allgemeinheit oder der im Betrieb Beschäftigten erforderlich ist“) lässt nicht auf einen Drittschutz schließen. So sieht das auch die gewerberechtliche Rechtsprechung. Mit Blick auf den Wortlaut hätten Dritte (wie vorliegend der B) keinen Anspruch auf Erlass einer Untersagungsverfügung, selbst wenn die Voraussetzungen für eine Untersagung nachgewiesen worden seien. B könne sich auch nicht auf sein Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 II S. 1 GG) berufen. Zwar könne aus Grundrechten unter bestimmten Umständen ein staatliches Tätigwerden mit dem Ziel der Sicherung grundrechtlich geschützter Rechtsgüter geboten sein. Der Staat sei möglichen Gesundheitsgefahren, die auf den Ausstoß von Schadstoffen zurückzuführen seien, vorliegend jedoch bereits auf vielfältige Weise begegnet.<sup>200</sup>

**Bewertung:** Die Rechtsprechung entspricht der allgemeinen Zielsetzung des Gewerbe-rechts, das als besonderes Ordnungsrecht und Gefahrenabwehrrecht in erster Linie den Ordnungsrahmen für die Gewerbeausübung schafft und die Allgemeinheit vor Gefahren schützt. Zur Frage, ob man wegen des Anwendungsvorrangs einfachgesetzlicher Vorschriften vor den Grundrechten bei Verneinung der tatbestandlichen Voraussetzungen überhaupt auf den übergeordneten Verfassungskreis abstellen kann, vgl. Rn 147 ff.

- 142** Handelt es sich bei der in Frage kommenden Vorschrift indes um eine rein **objektiv-rechtliche** Norm und ergibt sich der Schutz des Bürgers nur rein tatsächlich aus einer Nebenwirkung, handelt es sich bei den Vorteilen, die er aus der behördlichen

---

<sup>199</sup> Nach OVG Lüneburg NVwZ 2019, 89.

<sup>200</sup> OVG Lüneburg NVwZ 2019, 89, 90.

Anwendung der Norm zieht, um bloße **Rechtsreflexe**, um rein faktische Vergünstigungen, aus der eine Klagebefugnis nicht hergeleitet werden kann.<sup>201</sup>

**Beispiel:** Student S möchte das Wissenschaftsministerium als Rechtsaufsichtsbehörde der Hochschulen des Landes verpflichten, gegen eine in seinen Augen rechtswidrige Ordnungsmaßnahme der Hochschule einzuschreiten.

Hier ist S schon deshalb nicht klagebefugt, weil es sich bei der Rechtsaufsicht grds. um ein rein objektives Rechtskontrollverfahren handelt.<sup>202</sup> Soweit sich durch das Einschreiten der Aufsichtsbehörde ein Vorteil für S ergeben sollte, beruht er auf einem Rechtsreflex. Eine Verpflichtungsklage wäre mangels Klagebefugnis unzulässig. Möglich, aber ohne einen bestimmten Bescheidungsanspruch, wäre eine an die Rechtsaufsichtsbehörde gerichtete Aufsichtsbeschwerde (Anspruch auf informatorischen Bescheid).

Methodisch ist die Frage, ob die im konkreten Fall einschlägige Norm ein subjektives öffentliches Recht bzw. einen Drittschutz entfaltet oder ob sie nur eine objektivrechtliche Bestimmung darstellt, unter **Anwendung der anerkannten Auslegungsmethoden**<sup>203</sup> durch **Interpretation** zu beantworten.<sup>204</sup> Auszugehen ist dabei stets vom Wortlaut der Norm (**grammatikalische Auslegung**). Ist dieser danach eindeutig ein subjektives öffentliches Recht zu entnehmen (z.B. § 17 i.V.m. §§ 19 ff. SGB XII oder § 5 I Nr. 1 BImSchG, Rn 161)<sup>205</sup>, kann auf die übrigen Auslegungsmethoden verzichtet werden. Entsprechendes gilt grundsätzlich, wenn der Wortlaut einen Drittschutz ausdrücklich verneint (vgl. etwa § 1 III S. 2 BauGB, ferner § 123 III BauGB oder § 29 I S. 2 VwVfG; siehe auch den bereits genannten § 35 I GewO). Zu beachten ist jedoch, dass in dem Fall, in dem der Verwaltungsakt (übergeordnete) verfassungsrechtliche Positionen berührt, ein subjektives öffentliches Recht auch bei entgegenstehendem Wortlaut angenommen werden kann (**verfassungskonforme Auslegung** bzw. richterliche Rechtsfortbildung, siehe sogleich).

143

Lässt sich dem Wortlaut der Norm keine eindeutige Aussage entnehmen, ist diese als Nächstes **systematisch** und **teleologisch** auszulegen. Ergibt sich aus dem Zweck der Norm und/oder ihrer systematischen Stellung im bereichsspezifischen Normengefüge, dass *auch* Individualinteressen geschützt werden sollen, kann ein subjektives öffentliches Recht nicht schon dann verneint werden, wenn der Wortlaut der Norm auf „öffentliche Sicherheit“, „öffentliche Belange“ oder „öffentliche Interessen“ abstellt.

144

**Beispiel:** § 123 BauGB bestimmt die allgemeine gemeindliche Erschließungspflicht und verneint ausdrücklich einen Rechtsanspruch auf Erschließung. Bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen kann sich aber diese im Allgemeininteresse liegende Pflicht zu einem individuellen Anspruch verdichten.<sup>206</sup>

Diese Auslegung folgt daraus, dass die Berücksichtigung von Individualinteressen i.d.R. auch einen wesentlichen Teil der staatlichen Aufgabe zur Wahrung des Gemeinwohls darstellt. Öffentliche Interessen und Individualinteressen schließen sich nicht notwendigerweise aus.<sup>207</sup> Entscheidend ist vielmehr, dass sich aus individualisierenden Tatbestandsmerkmalen der Norm ein Personenkreis entnehmen lässt, der sich

145

<sup>201</sup> St. Rspr. BVerwGE 39, 235, 237; 52, 122, 128; 55, 280, 285; 65, 167, 170; 72, 226, 229; vgl. auch *Schmitt/Glaeser/Horn*, VerwProzR, Rn 158; *R.P. Schenke*, in: Kopp/Schenke, VwGO, § 42 Rn 87; *Muckel*, JuS 2000, 132 f.

<sup>202</sup> Vgl. *Dörr*, JuS 2000, 491 mit den Besonderheiten des Rundfunkwesens.

<sup>203</sup> Vgl. dazu ausführlich *R. Schmidt*, AllgVerwR, Rn 269 ff.

<sup>204</sup> Vgl. BVerwGE 107, 215, 220.

<sup>205</sup> Das dürfte – entgegen der Auffassung des BVerwG (NVwZ 2019, 163 ff.) – auch für § 17 III KrWG gelten – siehe dazu Rn 351.

<sup>206</sup> BVerwGE 64, 186, 189 f.

<sup>207</sup> BVerwGE 77, 70, 74; *Schmitt/Glaeser/Horn*, VerwProzR, Rn 167.

von der Allgemeinheit unterscheidet.<sup>208</sup> Das ist etwa bei zahlreichen Vorschriften des Umweltschutzes nicht der Fall. Gesetzliche Umweltschutzvorschriften dienen in erster Linie der Konkretisierung des Staatsziels Umweltschutz (Art. 20a GG) sowie der Umsetzung von EU-Umweltschutzbestimmungen. Im Mittelpunkt steht der Schutz von Umweltschutzgütern, nicht von Individualinteressen.<sup>209</sup> Eine Individualklagebefugnis scheidet insoweit aus.

**Beispiel:** Gemäß § 13 BNatSchG sind vom Verursacher erhebliche Beeinträchtigungen von Natur und Landschaft vorrangig zu vermeiden. ⇒ Diese Bestimmung dient der Erhaltung und Schonung von Natur und Landschaft, was im öffentlichen Interesse steht. Ein Individualschutz, der eine Klagebefugnis eines Anwohners herbeiführen würde, ist weder grammatikalisch noch systematisch bzw. teleologisch herzuleiten. Grundsätzlich stehen Regelungen des Umweltschutzes (und des Tierschutzes) allein im Interesse des Umweltschutzes (bzw. des Tierschutzes) und damit im öffentlichen Interesse. Eine Individualklagebefugnis ist regelmäßig nicht gegeben.

146

**Zusammenfassung:** Während das objektive Recht durch die Summe aller Rechtssätze gebildet wird, ist das subjektive Recht dadurch gekennzeichnet, dass es dem Einzelnen gegenüber dem Staat durchsetzbare Ansprüche gewährt. Ob eine Rechtsvorschrift des objektiven Rechts dem Einzelnen subjektive Rechte, d.h. Ansprüche, gewährt, ist durch Auslegung zu ermitteln. Nach der herrschenden **Schutznormtheorie** ist ein subjektives öffentliches Recht gegeben, wenn

- ein zwingender Rechtssatz des objektiven Rechts
- zumindest auch den Schutz individueller Interessen bezweckt.

Zur Klagebefugnis bei der Abwehr **wirtschaftlicher Betätigung von Kommunen** vgl. oben Rn 80 sowie *R. Schmidt*, AllgVerwR, Rn 1046 ff.

### e. Klagebefugnis und Grundrechte

147

Die klassische Funktion der Grundrechte besteht darin, als Abwehrrechte gegen staatliche Maßnahmen zu fungieren. Das könnte zu der (vorschnellen) Annahme führen, die Grundrechte seien maßgeblich oder vorrangig bei der Frage nach der Klagebefugnis heranzuziehen. Jedoch ist zu beachten, dass die in den Grundrechten garantierten Rechtspositionen in den überwiegenden Fällen der einfachgesetzlichen Ausgestaltung und Konkretisierung bedürfen. Es ist in erster Linie Aufgabe des einfachen Gesetzgebers, subjektive Rechte zu gewähren. Schließlich darf insbesondere bei *öffentlich-rechtlichen Konkurrenzverhältnissen* (siehe sogleich) nicht verkannt werden, dass die einschlägigen Grundrechte häufig sowohl für den Begünstigten als auch für den Belasteten streiten.

**Beispiel:** Art. 14 I GG garantiert einerseits die Baufreiheit des Bauherrn, schützt andererseits aber auch den Nachbarn vor Beeinträchtigungen seines Grundstücks.

148

Daraus resultiert ein genereller **Anwendungsvorrang** unterverfassungsrechtlicher Normen und Ansprüche gegenüber den Grundrechten.<sup>210</sup> Es müssen also zunächst einfachgesetzliche Normen auf subjektive Rechte (insb. auf Drittschutz) hin untersucht werden. Soweit die betreffende einfachgesetzliche Norm keinen ausdrücklichen

<sup>208</sup> Vgl. BVerwGE 94, 151, 158; *R.P. Schenke*, in: Kopp/Schenke, VwGO, § 42 Rn 84. Zur Frage nach der drittschützenden Wirkung des § 50 BImSchG vgl. *Rinke*, NVwZ 2002, 1180 ff.

<sup>209</sup> Vgl. auch *Murswiek*, JuS 2011, 1147, 1148; *Guckelberger*, JA 2014, 647, 650.

<sup>210</sup> *R.P. Schenke*, in: Kopp/Schenke, VwGO, § 42 Rn 118; *Schenke*, VerwProzR, Rn 524. Auch das BVerfG und das BVerwG bestätigen konsequent, dass zur Begründung subjektiv-rechtlicher Positionen auf die Grundrechte erst zugegriffen werden dürfen, wenn das einfache Recht keine Ansprüche bietet oder keine Regelung trifft (vgl. etwa BVerfG NVwZ 2001, 1148, 1149 f.; BVerwG DVBl 2000, 1614; vgl. auch OVG Lüneburg NVwZ 2019, 89, 90). Dagegen prüft das VG Sigmaringen (NJW 2001, 628, 630) die Grundrechte vorrangig vor dem einfachen Recht.

Individualschutz gewährt, ist danach zu fragen, ob die Norm nur Allgemeininteressen oder auch Individualinteressen schützt. Bei dieser Auslegung sind jedoch die Grundrechte maßgeblich heranzuziehen (**norminterne Wirkung der Grundrechte**).<sup>211</sup> Im Zweifel spricht eine grundrechtskonforme Auslegung in Verbindung mit der Rechtsschutzgarantie aus Art. 19 IV GG für die Annahme eines Individualschutzes.<sup>212</sup>

**Beispiel<sup>213</sup>:** Der Transport von Atommüll bedarf der Genehmigung (§ 4 AtomG). K wohnt acht Meter von der Bahnstrecke entfernt, auf der regelmäßig Castor-Behälter mit Kernbrennstoffen zum Zwischenlager Gorleben transportiert werden. Er ist der Meinung, derartige Transporte seien mit beträchtlichen Risiken für Leben, Gesundheit und Eigentum der Streckenanlieger verbunden. Insbesondere bei Unfällen (und Anschlägen) sei mit gravierenden Folgen (Tote, Verseuchung des Erdreichs) zu rechnen.

Bei der Anfechtung einer atomrechtlichen Genehmigung zum Transport von Atommüll könnte sich die Klagebefugnis aus § 4 AtomG ergeben. Dazu müsste diese Vorschrift drittschützend sein. Ausdrücklich verleiht die Vorschrift keinen Drittschutz. Dieser kann sich jedoch durch Auslegung ergeben. Hierbei sind maßgeblich die Grundrechte heranzuziehen. Vorliegend sind das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 II S. 1 GG) sowie die Eigentumsgarantie (Art. 14 I GG) einschlägig, jeweils in Verbindung mit der Rechtsschutzgarantie aus Art. 19 IV GG.

Lassen sich der Anspruch bzw. das Abwehrrecht nicht aus einfachgesetzlichen Regelungen herleiten, ist auf den übergeordneten Verfassungskreis zurückzugreifen. Dann ist zu prüfen, ob die Wertentscheidungen der Grundrechte die Anerkennung eines Abwehrrechts fordern (**normexterne Wirkung der Grundrechte**).<sup>214</sup> So sind bei der beamtenrechtlichen Konkurrentenklage stets Art. 33 II, III GG zu beachten<sup>215</sup>, bei wirtschaftlichen Konkurrentenklagen Art. 12 und 14 GG<sup>216</sup>, bei Grundstücksnachbarn Art. 14 GG<sup>217</sup>, bei Klagen auf Erlass von Maßnahmen gegen gesundheitsschädigendes Verhalten Dritter Art. 2 II S. 1 GG<sup>218</sup>, bei Auskunftsansprüchen der Presse gegenüber Bundesbehörden (in Ermangelung einer einfachgesetzlichen Anspruchsgrundlage) Art. 5 I S. 2 GG (sog. verfassungsunmittelbarer Auskunftsanspruch der Presse gegenüber Bundesbehörden)<sup>219</sup> usw.

149

Schließlich ist zu beachten, dass die Grundrechte auch **staatliche Schutzpflichten** verleihen und somit Eingang in die Auslegung einfachen Rechts finden können. Häufig geht es um einen Eingriff in die Rechtssphäre durch private Dritte (Kraftwerksbetreiber, Baunachbarn usw.). So wird man im Verfahren über die Genehmigung von Windenergieanlagen den Regelungen des Immissionsschutzrechts über Abstände und Emissionsgrenzwerte (vgl. §§ 4, 7 BImSchG i.V.m. der 4. BImSchVO) einen Drittschutzcharakter entnehmen können, der sich letztlich aus der staatlichen Schutzpflicht aus Art. 2 II S. 1 GG und Art. 14 GG abgeleitet. Daraus resultiert letztlich ein Genehmigungsabwehranspruch des Einwendenden, wenn die materiellen Voraussetzungen

150

<sup>211</sup> R.P. Schenke, in: Kopp/Schenke, VwGO, § 42 Rn 118 f.; Schenke, VerwProzR, Rn 524.

<sup>212</sup> Vgl. Wallerath, NJW 2001, 781, 785; Winter, NVwZ 1999, 467, 468.

<sup>213</sup> Vgl. BVerfG NVwZ 2009, 515, 516 f. (mit Bespr. v. Muckel, JA 2009, 553).

<sup>214</sup> Wahl/Schütz, in: Schoch/Schneider, VwGO, § 42 Abs. 2 Rn 56 ff.; R.P. Schenke, in: Kopp/Schenke, VwGO, § 42 Rn 121. In einer Verpflichtungssituation wäre danach zu fragen, ob sich der Anspruch aus Grundrechten ergibt.

<sup>215</sup> Der Beamte hat ein subjektives Recht auf fehlerfreie Anwendung des Art. 33 II GG (sowie der nachgebildeten Vorschriften des Bundes- und Landesrechts), vgl. VG Stuttgart NVwZ 2000, 959; VG Lüneburg NJW 2001, 767; BVerwG 2002, 3344 ff., dazu auch BVerfGE 108, 282, 294 ff.

<sup>216</sup> Vgl. dazu BVerwGE 32, 173, 178 f.; 50, 282, 287 f.

<sup>217</sup> Siehe etwa BVerwG NVwZ 2021, 984 (Rn 10): „...Das Grundrecht auf Eigentum nach Art. 14 GG gebietet es insbesondere nicht, die allein im öffentlichen Interesse erlassenen Schutzvorschriften für Natura-2000-Gebiete zugunsten des Eigentümers unter Schutz gestellter Grundstücke als individualschützend auszulegen und diesem ein auf §§ 32 ff. BNatSchG gestütztes Klagerecht einzuräumen.“

<sup>218</sup> Siehe OVG Lüneburg NVwZ 2019, 89, 90 – dazu bereits Rn 141.

<sup>219</sup> Siehe BVerwG NVwZ 2020, 305, 306; BVerwG NJW 2019, 2186, 2187.

der Anlage nicht vorliegen (vgl. dazu näher Rn 161 ff.). Auch bei Klagen auf Erlass von Maßnahmen gegen gesundheitsschädigendes Verhalten Dritter kann es die staatliche Schutzpflicht aus Art. 2 II S. 1 GG gebieten, der Klage stattzugeben.<sup>220</sup>

151

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** Für die Klagebefugnis bedeuten diese Grundsätze, dass zunächst **öffentlich-rechtliche Sonderverbindungen** (z.B. öffentlich-rechtlicher Vertrag, Ansprüche aus einem Verwaltungsakt oder Zusicherung), **einfach-gesetzliche Normen** (formell-materielle Gesetze) und **untergesetzliches Regelwerk** (Rechtsverordnungen, Satzungen) herangezogen und darauf hin untersucht werden müssen (ggf. in verfassungskonformer Auslegung und unter Berücksichtigung der norminternen Wirkung der Grundrechte), ob sie einen Anspruch gewähren.

**Beispiele:** Ob A einen Anspruch auf Erteilung der begehrten Baugenehmigung hat, ergibt sich in erster Linie aus der Vorschrift der Landesbauordnung über die Baugenehmigung. Ob B einen Anspruch auf Erteilung einer straßenrechtlichen Sondernutzungserlaubnis hat, ergibt sich in erster Linie aus der Vorschrift des Landesstraßengesetzes über die Sondernutzung. Ob C einen Anspruch auf Erteilung der begehrten Gaststättenerlaubnis hat, ergibt sich in erster Linie aus der Vorschrift des Landesgaststättengesetzes (oder des Gaststättengesetzes des Bundes) über die Gaststättenerlaubnis.

Erst wenn aus einfachgesetzlichem Regelwerk kein Anspruch hergeleitet werden kann, ist zu prüfen, ob sich der Kläger unmittelbar auf **Grundrechte** stützen kann. Im Bereich der Baugenehmigung bzw. bei Beeinträchtigung von Grundstücksinteressen wäre dies Art. 14 I GG, im Bereich der straßenrechtlichen Sondernutzungserlaubnis Art. 12 I GG (sofern beruflich veranlasst, sonst Art. 2 I GG) und im Bereich der Gaststättenerlaubnis Art. 12 I GG.

Zu beachten ist aber, dass ein Drittschutz aus Grundrechten kaum abgeleitet werden kann, wenn das spezielle Fachrecht die Frage nach dem Individualschutz abschließend beantwortet. Denn entweder gewährt das Fachrecht einen Individualschutz, dann treten die Grundrechte subsidiär zurück, oder das Fachrecht gewährt bewusst keinen Individualschutz, dann darf diese Wertung nicht durch Heranziehung der Grundrechte unterlaufen werden. Etwas anderes gilt nur dann, wenn die Grundrechte in ihrer Funktion als Leistungsrecht gerade einen Individualschutz verlangen. Da es für die Bejahung der Klagebefugnis zudem genügt, wenn die *Möglichkeit* besteht, dass der geltend gemachte Anspruch besteht, sollte im Zweifel die Klagebefugnis aus den Grundrechten hergeleitet werden. Zu beachten ist aber stets: Ob der geltend gemachte Anspruch *tatsächlich* besteht, ist eine Frage der Begründetheit.

152

**Zusammenfassung:** Eine Klagebefugnis aus Grundrechten setzt voraus, dass

- der Kläger als Träger des einschlägigen Grundrechts in Betracht kommt,
- und dass keine einfachgesetzliche Ausgestaltung des Grundrechtsschutzes besteht.

Grundsätzlich kein Grundrechtsschutz und keine Klagebefugnis bestehen bei „nur möglichen“, also unsicheren oder erst langfristig drohenden Schäden.

<sup>220</sup> Siehe OVG Lüneburg NVwZ 2019, 89, 90 (im Fall jedoch verneint).



## f. Drittanfechtung in der Fallbearbeitung

- Zunächst muss das Klägerbegehren auf die Geltendmachung der Verletzung eines subjektiven öffentlichen Rechts gerichtet sein. Rügt der Kläger nur eine Verletzung objektiven Rechts oder gar die Verletzung von Verfahrensvorschriften<sup>221</sup>, ist die Klagebefugnis regelmäßig zu verneinen.
- Anschließend muss eine einschlägige Norm aufgefunden werden, aus der sich ein subjektives öffentliches Recht des Klägers gegen das Vorhaben des anderen Bürgers ergeben könnte. Hier muss darauf geachtet werden, dass nicht sofort Grundrechte als möglicherweise verletzt herangezogen werden, wenn eine öffentlich-rechtliche Sonderverbindung, untergesetzliches Regelwerk (Rechtsverordnungen, Satzungen) oder einfach-gesetzliche formelle Normen verletzt sein könnten (s.o.).
- Sodann muss diese Norm auch (generell) drittschützend sein. Das ist der Fall, wenn sie den Einzelnen von der Allgemeinheit abgrenzt bzw. ihn aus der Allgemeinheit heraushebt, wenn sie also zumindest auch den Schutz individueller Interessen bezweckt. Wenn sich der Drittschutz nicht schon aus dem Wortlaut der Norm ergibt (so wie bei § 5 I Nr. 1 BImSchG: „Nachbarschaft“), muss anhand der anerkannten Auslegungsmethoden (siehe *R. Schmidt*; AllgVerwR, Rn 269 ff.) ermittelt werden, ob die Norm Drittschutz entfaltet. Dabei spricht eine grundrechtskonforme Auslegung im Zweifel eher für die Annahme eines Individualschutzes (sog. norminterne Wirkung der Grundrechte). Bei Fehlen einer einfachgesetzlichen Ausgestaltung ist unmittelbar auf die Grundrechte zurückzugreifen (sog. normexterne Wirkung der Grundrechte).
- Liegt nach alledem eine drittschützende Norm vor, auf die sich der Kläger beruft, und kann eine Verletzung dieser drittschützenden Norm nicht ausgeschlossen werden, ist die Klagebefugnis gegeben. Auf die mögliche Verletzung einer objektivrechtlichen Norm kommt es (anders als bei der Begründetheit, vgl. Rn 655) insoweit nicht an.

153

## g. Sonderfälle des Drittschutzes

Aufgrund der Prüfungs- und Examensrelevanz von „Drittbeteiligungsfällen“ soll auf diesen Problembereich – auch wenn die Materie dem Besonderen Verwaltungsrecht zuzuordnen ist – näher eingegangen werden.

154

### aa. Öffentliches Baurecht

#### a.) Einfachgesetzlich normiertes Baurecht

In der Fallbearbeitung kann neben der Einlegung eines Rechtsbehelfs eines (wirtschaftlichen oder beamtenrechtlichen) Konkurrenten insbesondere die eines (baurechtlichen) Nachbarn Gegenstand der Prüfung sein. Baurechtliche Nachbarn sind jedenfalls Eigentümer oder sonst (dinglich) Berechtigte (wie z.B. Inhaber eines Nießbrauchsrechts), deren Grundstücke unmittelbar an das Baugrundstück angrenzen.<sup>222</sup> Aber auch dinglich Berechtigte von weiter entfernten Grundstücken können klagebefugt sein, wenn sie wegen der Art des angegriffenen Vorhabens (insbesondere wegen befürchteter Emissionen) betroffen sind.<sup>223</sup> Bloß obligatorisch berechtigte Personen, d.h. solche, die allein durch schuldrechtlichen Vertrag eine Rechtsposition innehaben wie bspw. Mieter oder Pächter, sollen – da es an der für das Baurecht maßgeblichen

155

<sup>221</sup> Eine Ausnahme besteht aber dann, wenn die fragliche Verfahrensvorschrift gerade dem Rechtsschutzsuchenden eine selbstständig durchsetzbare Rechtsstellung einräumt. Ob dies der Fall ist, muss durch Auslegung ermittelt werden. Maßgeblich sind die Zielrichtung und der Schutzzweck der Verfahrensvorschrift. Vgl. dazu BVerwGE 41, 58, 64 f.; 44, 235, 239 f.; BVerfGE 53, 30 ff.

<sup>222</sup> Siehe nur den Fall BVerwG NVwZ 2018, 1808.

<sup>223</sup> Allgemeine Auffassung, vgl. nur *Muckel/Ogorek*, BauR, § 10 Rn 4 ff.; *Stollmann/Beaucamp*, BauR, § 29 Rn 18 ff.; *Rieger*, in: Schrödter, BauGB, § 31 Rn 49

Grundstücksbezogenheit fehle – nicht dazugehören.<sup>224</sup> Ob dieser Auffassung angesichts eines Beschlusses des BVerfG<sup>225</sup>, wonach auch Mieter und Pächter in den Schutzbereich des Art. 14 GG fallen können (deren Rechte dadurch also weitgehend denen des Eigentümers gleichgestellt sind), gefolgt werden kann, ist fraglich. Auch nach der aktuellen Rechtsprechung des BVerfG können bloße Schuldverhältnisse (Kauf, Miete, Pacht) zur Klagebefugnis führen.<sup>226,227</sup>

- 156** Ist der Begriff des Nachbarn geklärt, bestimmen sich die Erfolgsaussichten einer Anfechtungsklage eines Nachbarn gegen die baurechtliche Begünstigung des anderen maßgeblich danach, ob bei der Baugenehmigung Vorschriften verletzt worden sind, die auch seinen Interessen zu dienen bestimmt sind (Schutznormtheorie, s.o.). Kriterium für den Drittschutz ist der Schutzzweck des Gesetzes (Normtext, Wille des Gesetzgebers, abgrenzbarer begünstigter Personenkreis). In der *Klagebefugnis* ist daher zu prüfen, ob es möglich erscheint, dass der Nachbar durch die an den Bauherrn gerichtete Baugenehmigung in seinen (subjektiven) Rechten verletzt wird. Ob tatsächlich gegen die Norm verstoßen worden ist, wird erst im Rahmen der Begründetheit geprüft.

**Beispiel:** Nachbar N wendet sich mit Widerspruch und Anfechtungsklage gegen die dem Bauherrn B erteilte Baugenehmigung. N macht geltend, das Bauvorhaben des B halte nicht die in der Landesbauordnung vorgeschriebene Abstandsfläche zu seinem Hausgrundstück ein. Schließlich sei das Bauvorhaben von solch einem Ausmaß, dass von einer erdrückenden Wirkung gesprochen werden müsse.

Hier hat die Drittanfechtungsklage des N nur dann Erfolg, wenn die dem B erteilte Baugenehmigung objektiv rechtswidrig ist und den N in seinen nachbarschützenden Rechten verletzt (vgl. § 113 I S. 1 VwGO). In der Fallbearbeitung ist also zunächst die objektive Rechtmäßigkeit der Baugenehmigung zu prüfen. Sollte sie als rechtswidrig eingestuft werden, ist in einem zweiten Schritt zu untersuchen, ob N dadurch in seinen nachbarschützenden Rechten verletzt ist (sog. Schutznormtheorie).

- 157** Solche subjektiven öffentlichen Rechte können sich aus dem (bundesrechtlichen) **Bauplanungsrecht** und dem (landesrechtlichen) **Bauordnungsrecht** ergeben. Da dieser Komplex ausführlich bei *R. Schmidt*, BauR, Rn 427 ff. dargestellt ist, sei – um eine doppelte Darstellung zu vermeiden – insoweit auf die dortigen Ausführungen verwiesen. An dieser Stelle soll lediglich eine Übersicht über den Drittschutz in den drei Planbereichen gezeigt werden.

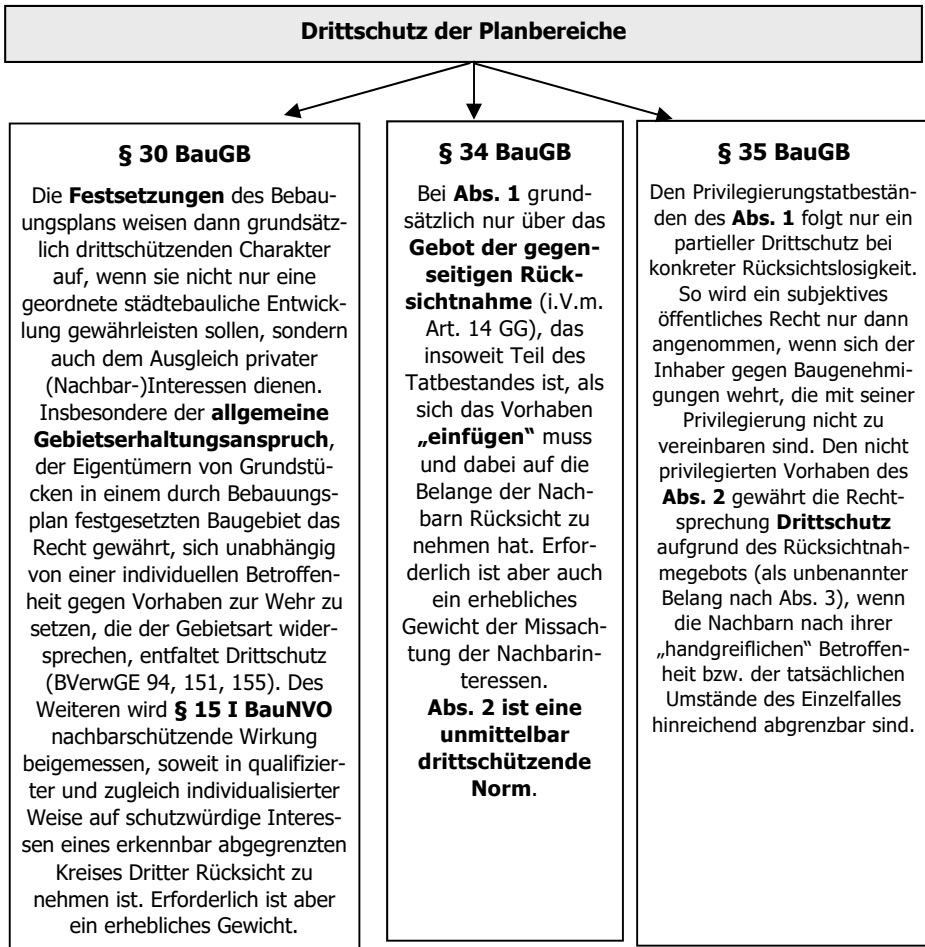
---

<sup>224</sup> BVerwG NVwZ 1998, 956. Vgl. nur *Konrad*, JA 2002, 967; *Muckel*, JuS 2000, 132, 137; *Orloff*, NVwZ 1999, 955, 959; *R.P. Schenke*, in: Kopp/Schenke, VwGO, § 42 Rn 97.

<sup>225</sup> BVerfGE 89, 1, 7; fortgeführt von BVerfG NJW 2000, 2658, 2659.

<sup>226</sup> Vgl. BVerwG NVwZ 2000, 806; OVG Lüneburg BauR 2004, 716 ff. (jeweils für den Pächter); BVerwG NVwZ 2000, 807; BVerwG NJW 2000, 2658 (jeweils für den Mieter).

<sup>227</sup> Zum baurechtlichen Nachbarbegriff vgl. insgesamt *R. Schmidt*, BauR, Rn 437 f.



## b.) Baurecht und Art. 14 GG

Auch soweit ein einfachgesetzlich gewährter Nachbarschutz bejaht werden kann, bleibt (jedenfalls im Rahmen erheblicher Beeinträchtigungen) die Möglichkeit zu prüfen, ob sich der Nachbar auf Grundrechte, insbesondere auf Art. 14 GG, stützen kann. Dieser Rückgriff hat aber sehr restriktiv zu erfolgen, da das Eigentum der Rechtsordnung nicht als „natürliches“ Recht vorgegeben ist, sondern vielmehr durch den Gesetzgeber ausgestaltet wird (sog. normgeprägter Schutzbereich, vgl. Art. 14 I S. 2, II GG).<sup>228</sup> Im Bereich des Baurechts werden Inhalt und Schranken des Eigentums durch die jeweiligen Baugesetze bestimmt. Damit ist es primär Aufgabe des Gesetzgebers, subjektive Rechte des Einzelnen in Bezug auf sein Grundeigentum zu schaffen; **ein genereller und umfassender Rückgriff auf Art. 14 GG verbietet sich somit**. Ein subjektives öffentliches Abwehrrecht des Nachbarn aus Art. 14 I S. 1 GG war aber von der Rechtsprechung seit längerem anerkannt und konnte sich dann (und nur dann) ergeben, wenn – wegen der nur indirekten Betroffenheit – **„ein schwerer und unerträglicher Eingriff“**, sowie eine **„nachhaltige Veränderung der Grundstückssituation“** nicht ausgeschlossen, mithin vom Eigentümer eine unzumutbare Beeinträchtigung des Grundeigentums geltend gemacht werden kann-

158

<sup>228</sup> Vgl. dazu R. Schmidt, Grundrechte, Rn 877 ff.

te.<sup>229</sup> Das BVerwG hat aber den durch Art. 14 GG geschützten Abwehranspruch des Nachbarn aber ausdrücklich abgelehnt.<sup>230</sup>

159

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** Aufgrund der nahezu lückenlosen und gebietsübergreifenden Verankerung des Rücksichtnahmegebots in den drei Planbereichen ist ein Rückgriff auf Art. 14 I GG i.d.R. nicht nötig. Ein auf Art. 14 I GG gestützter Anspruch des Nachbarn sollte daher bereits durch einfachgesetzliche Normen konkretisiert sein. In der Fallbearbeitung ist es demnach regelmäßig fehlerhaft, wenn zum einen das Rücksichtnahmegebot als gesonderter und eigenständiger Prüfungsmaßstab neben dem einfachen Baurecht herangezogen wird, und zum anderen, wenn Rücksichtnahmegebot und Nachbarschutz aus der Eigentumsgewährleistung des Art. 14 I S. 1 GG nebeneinander geprüft werden. Als unmittelbar heranzuziehender Maßstab für den Drittschutz kommt Art. 14 GG nur noch für das sog. Säuleneigentum in Betracht, also z.B. dann, wenn der Bauherr gegen eine Baugenehmigung vorgeht, nach deren Unanfechtbarkeit er ein Notwegerecht (§ 917 I BGB) zu dulden hätte. Zu beachten ist zuletzt, dass die vorstehenden Ausführungen zu Art. 14 GG sich nur auf die Fälle des Drittschutzes beziehen. Ist der Kläger selbst Adressat eines ihn belastenden Verwaltungsakts oder wird ihm die gewünschte Baugenehmigung versagt, ist unter Anwendung der Möglichkeitstheorie eine Klagebefugnis direkt aus der die Erteilung der Baugenehmigung regelnden Norm (bspw. § 72 I HmbLBO) i.V.m. Art. 14 GG herzuleiten. Denn bei der Baugenehmigung handelt es sich um ein präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt; durch sie wird lediglich das wiederhergestellt, was grundrechtlich ohnehin garantiert ist, jedoch zur präventiven Kontrolle (vorläufig) eingeschränkt war.

## bb. Immissionsschutzrecht

160

Im Gegensatz zu dem öffentlichen Baurecht kommt dem Immissionsschutzrecht keine bodenbezogene Ausgleichsfunktion im Verhältnis konfligierender Nutzungsinteressen zu. Vielmehr dient das Immissionsschutzrecht dem Schutz vor Emissionen, die von Anlagen ausgehen, die in den Regelungsbereich des Bundesimmissionsschutzgesetzes (BImSchG) fallen. Daher ist es vornehmlich anlagenbezogen. Aus diesem Schutzzweck heraus ergibt sich für die Klagebefugnis, dass jedenfalls die bloße **Mietereigenschaft** des Klägers die **Klagebefugnis nicht ausschließt**, da das Immissionsschutzrecht kein zum bloßen Eigentumsschutz tendierendes Rechtsgebiet wie das Baurecht ist. Jedoch fordert das BVerwG in ständiger Rechtsprechung nicht nur das Vorliegen einer drittschützenden Norm, sondern auch die Notwendigkeit eines **qualifizierten Betroffenseins**. Dieses sei bei Personen gegeben, die wegen einer engeren räumlichen, sachlichen und zeitlichen Beziehung ein besonderes Verhältnis zur Anlage haben. Nachbarn i.S.d. Immissionsschutzrechts seien daher neben den Eigentümern und eigentumsähnlich Berechtigten betroffener Grundstücke auch solche Personen, die im Einwirkungsbereich der Anlage dauerhaft an einen bestimmten Ort gebunden sind, wie Mieter und Pächter dortiger Grundstücke oder Arbeitnehmer, die ihren ständigen Aufenthaltsort in der Nähe der Anlage haben und sich deren Auswirkungen daher nicht nachhaltig entziehen könnten.<sup>231</sup> Personen, die sich dagegen nur gelegentlich im Einwirkungsbereich der Anlage aufhielten, etwa zum Zweck der Freizeitgestaltung, fehle die immissionsschutzrechtliche Nachbareigenschaft, weil bei

<sup>229</sup> BVerwGE 50, 282, 286; 52, 122, 130; weitergehend teilweise die Lit., vgl. *Schmitt Glaeser/Horn*, VerwProzR, Rn 162; *Brohm*, Öffentliches BauR, § 18 Rn 27 ff.

<sup>230</sup> BVerwGE 101, 364, 373.

<sup>231</sup> BVerwG DVBl 1996, 1192; *R.P. Schenke*, in: *Kopp/Schenke*, VwGO, § 42 Rn 104; *Konrad*, JA 2002, 967, 969.

diesen Personen eine über das allgemeine Lebensrisiko hinausgehende Belastung nicht gegeben sei.<sup>232</sup>

Die wichtigste **nachbarschützende** Regelung aus dem BImSchG ist **§ 5 I Nr. 1 BImSchG**, der im Zusammenhang mit § 6 I Nr. 1 BImSchG bei der Zulassung nach § 4 BImSchG i.V.m. der 4. BImSchVO genehmigungspflichtiger Anlagen zur Anwendung kommt. Da hier die Nachbarschaft bereits positivrechtlich benannt ist, begründet sie ein subjektives öffentliches Recht des Nachbarn ausdrücklich. Zu beachten ist aber, dass die Generalklausel des § 5 I Nr. 1 BImSchG nicht drittschützend wirkt, soweit es um schädliche Umwelteinwirkungen<sup>233</sup> und sonstige Gefahren für die Allgemeinheit – also nicht notwendigerweise für die Nachbarschaft – geht.<sup>234</sup> Darüber hinaus ist zu beachten, dass nach h.M. der (bloßen) **Gefahrenvorsorge** dienenden Norm des **§ 5 I Nr. 2 BImSchG** nur eine **objektivrechtliche** Bedeutung zukommt.<sup>235</sup>

161

**Beispiel:** Der Eurogaz AG wird die Genehmigung zum Betrieb eines großen Kohlekraftwerks erteilt, obwohl abzusehen ist, dass ein Schadstoffgrenzwert aus einer Verordnung zum BImSchG nicht eingehalten werden kann. Allerdings ist dieser Grenzwert lediglich ein Vorsorgegrenzwert; er dient der Gesundheitsvorsorge. Überschreitungen des Grenzwertes führen nachweislich nicht zu unmittelbaren Gesundheitsgefährdungen. M wohnt 500 m von der Anlage entfernt. Nachdem die Eurogaz AG die Betriebsgenehmigung erhalten hat, klagt er vor dem Verwaltungsgericht gegen die Genehmigung, weil er der Ansicht ist, die Nichteinhaltung der Vorsorgegrenzwerte verletze ihn in seinen Rechten.

M ist gem. § 42 II VwGO klagebefugt, wenn er die Möglichkeit der Verletzung einer drittschützenden Norm geltend machen kann. Als drittschützende Norm kommt § 5 I Nr. 2 BImSchG in Betracht. Jedoch gewährt das BVerwG speziell für den Bereich der Vorsorge in der Regel keine Klagebefugnis, weil zum einen § 5 I Nr. 2 BImSchG nur die Allgemeinheit schützt und zum anderen auch der übergeordnete Verfassungskreis in Gestalt des Art. 2 II S. 1 GG nicht vor möglichen, also unsicheren oder erst langfristig drohenden, Schäden schützt. M ist dementsprechend nicht klagebefugt.

Stellungnahme: Der Standpunkt der h.M., dass Art. 2 II S. 1 GG nicht vor möglichen, also unsicheren oder erst langfristig drohenden, Schäden schützt, fußt letztlich auf der Rechtsprechung des BVerfG zu den **staatlichen Schutzpflichten**. Zwar entscheidet das Gericht in st. Rspr., dass der Staat die grundrechtlich geschützten Rechtsgüter vor rechtswidrigen Beeinträchtigungen durch private Dritte, durch nicht-deutsche staatliche Stellen oder durch Naturgewalten zu wahren<sup>236</sup>, sich also **schützend und fördernd vor jedes menschliche Leben** zu stellen habe. Bei der Frage, welches Maß von Schutz erforderlich ist, billigt das BVerfG jedoch sowohl dem Gesetzgeber als auch der vollziehenden Gewalt einen **weiten Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum** zu, der auch Raum lasse, konkurrierende öffentliche und private Interessen zu berücksichtigen, und der gerichtlich nur in begrenztem Maße überprüfbar sei.<sup>237</sup> Folgerichtig gelangt das Gericht zu dem Ergebnis:

162

<sup>232</sup> BVerwG NJW 1983, 1508; VGH Mannheim NVwZ-RR 1995, 641; *R.P. Schenke*, in: Kopp/Schenke, VwGO, § 42 Rn 104; *Konrad*, JA 2002, 967, 969.

<sup>233</sup> Der Begriff der schädlichen Umwelteinwirkung ist in § 3 I BImSchG legaldefiniert. Maßgeblich für den Nachbarschutz ist dabei die Erheblichkeit der jeweiligen Immissionen.

<sup>234</sup> *Hufen*, VerwProzR, § 14 Rn 76.

<sup>235</sup> *Wahl/Schütz*, in: Schoch/Schneider, VwGO, § 42 Abs. 2 Rn 151 m.w.N.; vgl. auch *R.P. Schenke*, in: Kopp/Schenke, VwGO, § 42 Rn 105.

<sup>236</sup> BVerfGE 39, 1, 42 ff. Vgl. auch BVerfGE 49, 89, 140 ff. (Kalkar I); BVerfG NVwZ 2013, 502; BVerfG NVwZ 2018, 1224, 1225 (Stationierung von US-Atomwaffen); BVerfG NJW 2021, 1723, 1731 f. (Klimaschutzgesetz). Siehe auch EGMR NJW 2012, 1053, 1054.

<sup>237</sup> BVerfGE 46, 160, 164 (Arbeitgeberpräsident Schleyer); 49, 89, 126 ff. (Kalkar); 53, 30, 57 (Mülheim Kärlich); 56, 54, 78 (Fluglärm); 77, 170, 214 f. (C-Waffen); 77, 381, 402 f. (Gorleben); 79, 174 ff., 201 ff. (Verkehrslärm); 85, 191,

Selbst für den Fall, dass der Staat seine Schutzpflicht verletzt, hat der Einzelne grds. **keine einklagbare Rechtsposition**. Damit entnimmt das Gericht den Grundrechten in aller Regel lediglich eine **objektive Schutzverpflichtung** des Staates. Sofern also überhaupt ein Schutzanspruch in Betracht kommt, ist der mit einer staatlichen Schutzpflicht verbundene grundrechtliche Anspruch mit Blick auf diese Gestaltungsfreiheit regelmäßig nur darauf gerichtet, dass die öffentliche Gewalt mögliche Vorkehrungen zum Schutz der betroffenen Grundrechte trifft, die nicht gänzlich ungeeignet oder völlig unzulänglich sind, das gebotene Schutzziel zu erreichen.<sup>238</sup> Nur unter ganz besonderen Umständen kann sich diese Gestaltungsfreiheit bei wesentlichen Eingriffen in Grundrechtsgüter in der Weise verengen, dass allein durch eine bestimmte Maßnahme der Schutzpflicht Genüge getan wird (sog. Ermessensreduzierung auf Null) und damit eine wehrfähige Rechtsposition besteht.<sup>239</sup> Derartige ermessensreduzierende Umstände kommen etwa in Betracht, wenn die Gefahr einer schweren Gesundheitsbeeinträchtigung droht und zudem lediglich eine bestimmte Abwehr sachgerecht ist. Darüber hinaus ist bedeutsam, ob die Grundrechtsbeeinträchtigung reparabel bzw. beherrschbar ist. Ist sie irreparabel wie z.B. bei einem Schwangerschaftsabbruch, einem Tötungsdelikt oder einer HIV-Infektion oder unbeherrschbar wie z.B. bei einem Atomunfall oder einem Terroranschlag, sind erhöhte Anforderungen an die Schutzverpflichtung zu stellen.<sup>240</sup> Auch bei einer Pandemie wie z.B. der SARS-CoV-2-Pandemie („Corona-Pandemie“) verengt sich mitunter der Handlungsspielraum des Staates. So können zur Eindämmung der Ausbreitung des Corona-Virus – in Abhängigkeit insbesondere von Infektiosität, Risiken für Leben und Gesundheit, Verbreitungsgeschwindigkeit – Abstandsgebote, gesteigerte Hygienemaßnahmen, Maskenpflicht, Kontaktdatenerhebung etc. genügen, es können aber auch Kontaktbeschränkungen und sogar ein Lockdown des öffentlichen Lebens erforderlich werden.<sup>241</sup> Schließlich erwächst aus Art. 2 II S. 1 GG für den Staat die Pflicht, vor Beeinträchtigungen durch Umweltbelastungen zu schützen; insbesondere muss er Leben und Gesundheit vor den Gefahren des Klimawandels, etwa vor klimabedingten Extremwetterereignissen wie Hitzewellen, Wald- und Flächenbränden, Wirbelstürmen, Starkregen, Überschwemmungen, Lawinenabgängen oder Erdbeben schützen.<sup>242</sup>

**163** Vor diesem Hintergrund leuchtet es ein, dass die Rechtsprechung bislang keinen Grundrechtsschutz vor „nur möglichen“, also unsicheren oder erst langfristig drohenden Schäden anerkannt hat. Dieser Standpunkt ist aber nicht zwingend. Insbesondere das Erfordernis eines gleichmäßigen Grundrechtsschutzes auch dahingehend, dass der Staat den Einzelnen vor seinen Mitbürgern zu schützen habe, lässt die Annahme zu, dass der Einzelne einklagbare Rechte jedenfalls dann hat, wenn irreversible Schäden zumindest *drohen*. Ob dies jedoch bei einer Überschreitung von Vorgesegrenzwerten der Fall ist, mag bezweifelt werden. Auf der anderen Seite spricht nichts dagegen, zugunsten des wichtigsten Schutzgutes – Leben und Gesundheit von Menschen – von einem weiten Verständnis der Klagebefugnis auszugehen und die

213 (Nachtarbeitsverbot für Arbeiterinnen); 87, 363, 386 (Nachtbackverbot); 88, 203, 251 (Schwangerschaftsabbruch II); 96, 56, 64 (Auskunftsrecht des nichtehelichen Kindes auf Benennung des Vaters); 115, 118, 152 (Luftsicherheitsgesetz); BVerfG NJW 1998, 3264, 3265 (Waldsterben); NVwZ 2010, 702, 703 (Teilchenbeschleuniger); BVerfG NVwZ 2013, 502 (WaffG); BVerfG NJW 2017, 53, 55 ff. (ärztliche Zwangsmaßnahmen); BVerfG NJW 2020, 905, 909 (Geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung). Vgl. auch VG Hamburg COVuR 2020, 483 f. (keine Maskenpflicht im Schulunterricht).

<sup>238</sup> BVerfG NVwZ 2018, 1224, 1225 (Stationierung von US-Atomwaffen) mit Verweis auf BVerfGE 56, 54, 81; 77, 381, 405; 79, 174, 202; 92, 26, 46; 125, 39, 78 f.; 142, 323, 337 f. Siehe auch VG Hamburg COVuR 2020, 483 f. (keine Maskenpflicht im Schulunterricht); VG Berlin COVuR 2020, 485 f. (kein Mindestabstand in Berliner Schulen).

<sup>239</sup> BVerfG NJW 1996, 1297.

<sup>240</sup> Vgl. bereits die 14. Aufl. 2012; ähnlich später auch *Voßkuhle*, NVwZ 2013, 1, 7.

<sup>241</sup> Hinsichtlich (keiner) Maskenpflicht im Schulunterricht siehe VG Hamburg COVuR 2020, 483 f.; hinsichtlich (nicht erforderlichen) Mindestabstandes in Schulen siehe VG Berlin COVuR 2020, 485 f.

<sup>242</sup> BVerfG NJW 2021, 1723, 1731 f. (Klimaschutzgesetz).

Einhaltung der Schutzverpflichtung gerichtlich einklagbar zu gestalten. Freilich würde dies zu einer verstärkten Inanspruchnahme der Verwaltungsgerichte führen.

Im obigen **Beispiel** wäre M demzufolge klagebefugt, da die Anlage die in der Verordnung zum BImSchG festgesetzten Vorsorgegrenzwerte überschreitet. Geht es bei der Einhaltung der staatlichen Schutzverpflichtung durch den formellen Gesetzgeber, ist aber zu beachten dass die Verwaltungsgerichte nicht zuständig sind. Hier ist der Gang vor das BVerfG einschlägig.<sup>243</sup> Zur **europarechtlichen** Dimension der Problematik vgl. Rn 188 ff.

Einen Drittschutz verneint hat die Rechtsprechung auch bei § 5 I Nr. 3 und 4 BImSchG. Dagegen soll **§ 10 II S. 2** BImSchG wiederum drittsschützend sein.<sup>244</sup>

Die Grenze des qualifizierten Betroffenseins (die derjenigen der Unzumutbarkeit entspricht) kann vor allem mit Hilfe technischer Regelwerke bestimmt werden. Bei der Zulassung genehmigungspflichtiger Anlagen nach Immissionsschutzrecht sind vor allem die TA-Lärm und TA-Luft in ihrer Funktion als normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften relevant. In dieser Funktion kommt ihnen grds. bindende Wirkung für Behörden und Gerichte zu (siehe ausführlich *R. Schmidt*, AllgVerwR, Rn 877 ff.). Freilich wirft dies die Frage auf, ob Grenzwerte überhaupt in Verwaltungsvorschriften festgelegt werden dürfen oder ob der parlamentarische Gesetzgeber nicht selbst berufen ist, Grenzwerte in förmlichen Gesetzen festzulegen oder ob er zumindest eine Verordnungsermächtigung zu erlassen hat. Dass nämlich der Gesetzgeber alle wesentlichen Grundrechtsfragen selbst regeln muss und sie nicht der Exekutive überlassen darf, ist vor dem Hintergrund des **Parlamentarismusbegriffs** und der **Wesentlichkeitsrechtsprechung**<sup>245</sup> des BVerfG selbstverständlich. Gleichwohl erkennt die Rechtsprechung einen Parlamentsvorbehalt für Grenzwertfestlegung nicht an und lässt insb. **Verwaltungsvorschriften** genügen.<sup>246</sup> Vgl. dazu näher *R. Schmidt*, AllgVerwR, Rn 192 ff./197 ff. (zu Wesentlichkeitsrechtsprechung und Parlamentsvorbehalt) und Rn 864 ff. (zu Verwaltungsvorschriften).

Jedenfalls sind die Regelwerke privater Institutionen wie DIN-Vorschriften oder VDI-Richtlinien keinesfalls verbindlich; diese können aber (wie im Baurecht) als Entscheidungs- oder Orientierungshilfe herangezogen werden.

Im Zusammenhang mit **genehmigungsfreien** Anlagen nach Immissionsschutzrecht ist die Regelung des **§ 22 I S. 1 Nr. 1 und 2 BImSchG nachbarschützend**, was vor allem auch im Hinblick auf die Genehmigung von Bauvorhaben von Bedeutung sein kann. Findet im Baugenehmigungsverfahren wegen der Art des Vorhabens eine umfassende Prüfung statt, gehört die Regelung des § 22 BImSchG bei emittierenden Bauvorhaben zum Prüfungsmaßstab mit der Folge, dass sich Nachbarn im Baurecht darauf berufen können. Zu beachten ist, Geräuscheinwirkungen, die von Kindertageseinrichtungen, Kinderspielflächen und ähnlichen Einrichtungen durch **Kinder** hervorgerufen werden, im Regelfall keine schädliche Umwelteinwirkung darstellen und daher auch keine Abwehransprüche auslösen (§ 22 Ia BImSchG).

164

Nach gesetzlicher Bestimmung kann unter gewissen Voraussetzungen eine **Ausschlusswirkung** (Präklusion) für bestimmte Rechte oder Rechtshandlungen eintreten. So muss beispielsweise in einem Genehmigungsverfahren der Kläger die Einwendungen innerhalb von zwei Wochen nach der einmonatigen Auslegungsfrist erheben, § 10 III S. 2 und 4 BImSchG. Innerhalb dieser Frist nicht vorgebrachte Einwendungen werden im anschließenden Genehmigungsverfahren nicht erörtert (**formelle Präklusion**).

165

<sup>243</sup> Siehe etwa BVerfG NJW 2021, 1723, 1731 f. (Klimaschutzgesetz).

<sup>244</sup> BVerwG NVwZ 1983, 476; vgl. auch *Koehl*, JuS 2004, 234, 237.

<sup>245</sup> Zum Parlamentsvorbehalt und zur Wesentlichkeitsrechtsprechung vgl. *R. Schmidt*, AllgVerwR, Rn 197 ff. und 192 ff.

<sup>246</sup> BVerwGE 55, 250, 251 f.; 72, 300, 320 ff.; bestätigt von BVerwGE 107, 338, 341 und 110, 216, 218.

## Sachverzeichnis

- Abdrängende Sonderzuweisung 102
- Abgaben 894
- Abhilfebescheid 214, 1065
- Adressatentheorie 136
- Akteneinsicht 336, 377
- Aktivlegitimation 302
- Akzessorietätstheorie 64, 369, 802
- allgemeine Feststellungsklage
  - Begründetheit 462 ff.
  - Zulässigkeit 365 ff.
- allgemeine Leistungsklage
  - Akteneinsicht 377
  - Akzessorietätstheorie 369
  - Auskunft 376
  - Begründetheit 790 ff.
  - Leistungsunterlassungsklage 383
  - Leistungsvornahmeklage 365 ff., 374
  - Sachentscheidungs-voraussetzungen 368 ff.
  - Unterlassungsklage 365 ff., 383
  - Vorbeugende Unterlassungsklage 366, 387
  - Zulässigkeit 365 ff.
- allgemeines Rechtsschutzbedürfnis 323
- Analogie 434
- Anfechtungsfortsetzungsfeststellungsklage 395 ff.
- Anfechtungsklage
  - Abhilfebescheid 214
  - Adressatentheorie 136
  - Aktivlegitimation 302
  - allgemeines Rechtsschutzbedürfnis 323
  - Baurecht 152
  - Beamtenrechtsrahmengesetz 27, 231
  - Begründetheit 627 ff.
  - Bekanntgabe VA 256 ff.
  - Beklagter 301
  - Beteiligungsfähigkeit 310
  - Bevollmächtigter 264c, 314, 319, 561
  - Computerfax 260, 322, 299, 1095
  - DE-Mail 253, 260b, 264b
  - Drittanfechtung 151
  - Drittschutz 140
  - Ehrenmanntheorie 128
  - Einschreiben 261, 264a
  - Elektronische Form 252, 260a, 260b, 260c
  - EU-Recht und Klagebefugnis 184, 188 ff.
  - Elektronisches Dokument 252, 260a, 260b, 260c
  - E-Mail 251, 260a, 260b, 260c, 299b
  - Entbehrlichkeit Widerspruchsverfahren 223 ff.
  - Fax 250, 260, 297, 322
  - Förmliche Zustellung 263
  - Frist Widerspruch 266 ff.
  - Fristberechnung 266 ff., 292
  - Gesetzlicher Vertreter 264c
  - Immissionsschutzrecht 160
  - Informationsfreiheitsgesetz 138
  - Insihprozess 173
  - Interessenklage 497 ff.
  - Internet 260b, 260c, 261, 299
  - Isolierte Anfechtung Versagungsbescheid 127
  - Isolierte Anfechtung Widerspruchsbescheid 130, 307
  - Isolierte Anfechtung Nebenbestimmungen 134
  - Juristische Personen 181 ff.
  - Klagebefugnis 135
  - Klagefrist 285
  - Klagegegner 301
  - Konkurrentenklage 166 ff.
  - Möglichkeitstheorie 137
  - Monatsfrist 266
  - Nachbar 153
  - Nachbarschutz 156
  - Öffentliche Bekanntgabe 262
  - Ordnungsgemäße Klageerhebung 318
  - Passivlegitimation 302
  - Postzustellungsurkunde 263, 264a
  - Prozessfähigkeit 314
  - Prozessführungsbefugnis 302
  - Rechtsbehelfsbelehrung 276, 293
  - Rechtsschutzbedürfnis 323
  - Reformatio in peius 307
  - Religionsgemeinschaften 86, 193
  - Sachentscheidung trotz verfristeten Widerspruchs 284b
  - Sachentscheidungsvoraussetzungen 111 ff.
  - Sachlegitimation 302
  - Schutznormtheorie 139
  - Sperrgrundstück 180
  - Telefax 250, 260, 297, 322
  - Verbandsklage 175 ff.
  - Vereinsklage 175 ff.
  - Verwaltungsakt 121
  - Widerspruchsbescheid 214
  - Widerspruchsfrist 256 ff.
  - Widerspruchsverfahren 210 ff.
  - Wiedereinsetzung in den vorigen Stand 220, 284d, 297, 298
  - Wirksamkeit VA 258 ff.
  - Zulässigkeit 116 ff.
  - Zustellung VA 263 ff., 285
- Anfechtungsklage gegen Rücknahme VA 872 ff.
- Anordnung der aufschiebenden Wirkung 929
- Anordnung der sofortigen Vollziehung 918
- Anordnungsanspruch 1011, 1019
- Anordnungsgrund 1012, 1021
- Anspruchsgrundlage 756
- Antragsbefugnis bei Normenkontrolle 543



## Sachverzeichnis

- Antragsgegner bei Normenkontrolle 557  
Aufdrängende Spezialzuweisung 25  
Aufopferungsanspruch 96  
aufschiebende Wirkung 880, 883 ff., 920  
Aufsichtsbeschwerde 6  
Auftragsvergabe 54  
Auskunft 336, 376  
Aussetzung der Vollziehung 925 ff.
- Baurecht** 152, 342  
Beamtenrechtsrahmengesetz 27, 231  
behördliche Aussetzung der Vollziehung 925 ff.  
Beiladung 615  
Beiträge 894  
Bekanntgabe VA 256 ff.  
Bekanntgabefiktion 261  
Beklagter 301  
Beleihung 89  
Beliehene 89  
Bescheidungsklage 753  
Beteiligungsfähigkeit 310  
Beurteilungsspielräume 665  
Bevollmächtigter 264c, 314, 319, 561  
Bürokratieabbau 225  
Bundesdisziplinargesetz 29  
Bundesverwaltungsgericht 1, 108  
Bußgeldbescheid 102
- Computerfax** 260, 322, 299, 1095
- Daseinsvorsorge** 55  
DE-Mail 253, 260b, 264b  
Devolutiveffekt 1066 ff.  
Dienstaufsichtsbeschwerde 7  
Doppelte Verfassungsunmittelbarkeit 100  
Drittanfechtung 151  
Drittfeststellungsklage 481  
Drittklagen 340, 352 ff.  
Drittsschutz 140
- EU-Recht**  
- und Begründetheit 643 ff., 660 ff.  
- und Klagebefugnis 184, 187 ff.  
- und Verwaltungsrechtsweg 104 ff.  
Ehrenmanntheorie 128  
Eilantrag 931, 951 ff.  
Einschreiben 261, 264a  
einstweilige Anordnung 999 ff.  
elektronische Form 248, 251, 252, 259, 299a, 322  
elektronisches Dokument 252, 260a  
E-Mail 251, 260a, 260b, 260c, 299b  
Emissionen 62  
Entbehrlichkeit der Durchführung des Widerspruchsverfahrens 223 ff.  
Enteignender Eingriff 95  
Enteignung 92  
Enteignungsgleicher Eingriff 94  
Erledigung Verwaltungsakt 403
- Ermessens 665, 780 ff.  
erweiterte Fortsetzungsfeststellungsklage 445  
erwerbswirtschaftliche Betätigung 51  
Eventualklage 625
- Fachaufsichtsbeschwerde** 6  
faktische Vollziehung 936  
Fax 250, 260, 297, 322  
Feststellungsinteresse 415, 501  
Feststellungsklagen  
- Begründetheit 816 ff.  
- Zulässigkeit 395 ff.  
fiskalische Hilfsgeschäfte 50  
Fiskalverwaltung 49  
Flächennutzungsplan 534  
Folgenbeseitigungsanspruch 338, 799 ff.  
formelle Rechtmäßigkeit VA 653 ff.  
förmliche Rechtsbehelfe 10  
förmliche Zustellung 263  
formlose Rechtsbehelfe 3 ff.  
Fortsetzungsfeststellungsinteresse 415  
Fortsetzungsfeststellungsklage 395 ff.  
Fortsetzungsfeststellungswiderspruch 455  
Fraktionen 79  
Frist Widerspruch 266 ff.  
Fristberechnung 266 ff., 292  
Funktion und Sachzusammenhang 64
- Gebühren** 894  
Gefährderansprachen 379  
Gegenstandstheorie 81  
Gegenvorstellung 5  
Gemeingebrauch 76  
Genehmigungsfähigkeit 757  
Genehmigungsfiktion 339, 363a, 758  
Genehmigungspflichtigkeit 757  
Generalklausel 31 ff.  
gerichtliche Anordnung der aufschiebenden Wirkung 929 ff.  
gesetzlicher Vertreter 264c  
Glockengeläut 85 ff.  
Grundrechte 766
- Hausverbot** 59
- Immissionsschutzrecht** 160  
Informationsfreiheitsgesetz 138  
Inhalts- und Schrankenbestimmung 93  
Insichprozess 173  
Interessentheorie 41  
Internet 260b, 260c, 261, 299  
Inzidentkontrolle 512 ff.  
Isolierte Anfechtung  
- des Versagungsbescheids 127  
- des Widerspruchbescheids 130  
- des Widerspruchsbescheids 307  
- von Nebenbestimmungen 134

- juristische Personen 181 ff.
- Justizverwaltungsakt 102
- Kirchenrechtliche Streitigkeiten** 85 ff.
- Klage sui generis 592
- Klagebefugnis 135, 347 ff.
- Klagefrist 285, 361
- Klagegegner 301
- Klagehäufung 620
- Kommunalverfassungsverstreit 582 ff.
- Konkurrentenklage 166 ff., 343, 358
- Landesverfassungsgerichtsbarkeit** 520
- Leistungsrechte 766
- Leistungsunterlassungsklage 383
- Leistungsverwaltung 327
- Leistungsvornahmeklage 365 ff., 374
- Materielle Rechtmäßigkeit VA** 655 ff.
- Mischverträge 83
- Modifizierte Subjektstheorie 39
- Möglichkeitstheorie 137, 347 ff.
- Monatsfrist 266, 285
- Nachbar** 153, 353
- Nachbarschutz 156
- Nachschieben von Gründen 739
- Nebenbestimmungen 845
- nichtverfassungsrechtlicher Art 98
- Nichtigkeitsfeststellungsklage 483
- Normenkontrolle
  - Begründetheit 831 ff.
  - Zulässigkeit 512 ff.
- Normerlassklage 568 ff.
- Obdachseneinweisung** 338
- Oberverwaltungsgericht 1, 107, 518
- Objektive Klagehäufung 620
- Öffentlich-rechtliche Streitigkeit 31 ff.
- öffentlich-rechtlicher Unterlassungsanspruch 807
- öffentlich-rechtlicher Vertrag 81
- öffentliche Auftragsvergabe 54
- öffentliche Bekanntgabe 262
- öffentliche Einrichtungen 56, 69
- öffentliche Kosten 75, 894
- öffentliche Warnungen 65
- Ordnungsgemäße Klageerhebung 318
- Organklage 582 ff.
- Parlamentarischer Untersuchungsausschuss** 100
- Parteien 79, 101
- Passivlegitimation 302
- Petition 4
- Planerische Abwägungsentscheidungen 704 ff.
- politische Parteien 79, 101
- Postzustellungsurkunde 263, 264a
- Privatrechtliche Betätigung 49
- Prozessentscheidung 23
- Prozessfähigkeit 314
- Prozessführungsbefugnis 302
- prozessuale Erleichterungen 613 ff.
- Prüfungsentscheidungen 225, 665, 1116
- Realakt** 332
- Rechtmäßigkeit VA 636 ff.
- Rechtsbehelfsbelehrung 274, 293
- Rechtsgrundlage für Erlass VA 636
- Rechtsschutzbedürfnis 323
- Rechtsverhältnis 468
- Rechtsverordnung 522 ff.
- Reformatio in peius 307, 845 ff.
- Religionsgemeinschaften 86, 193
- Remonstrations 5
- rundfunkrechtliche Streitigkeiten 85
- Sachentscheidung trotz verfristeten Widerspruchs** 284b
- Sachentscheidungs Voraussetzungen 23 ff., 111 ff., 325 ff., 368 ff.
- Sachlegitimation 302
- Satzung 476, 517, 522 ff.
- schlichtes Verwaltungshandeln 332
- Schutznormtheorie 139
- Sonderabgaben 894
- Sondernutzung 77
- Sperrgrundstück 180
- Spruchreife 752
- Steuern 894
- Streitgegenstand 34
- Streitgenossenschaft 626
- Stufenklage 625
- subjektive Klagehäufung 626
- subjektive Rechtsverletzung 746
- Subordinationstheorie 43
- Subsidiarität Feststellungsklage 485
- Subventionen 56, 67 ff.
- Suspensiveffekt 1068 ff.
- Telefax** 250, 260, 297, 322
- Tiergesundheitsgesetz 25a, 26, 102, 912
- unaufschiebbare Anordnungen der Vollzugspolizei 906
- unbestimmte Rechtsbegriffe** 692 ff.
- Untätigkeitsklage 330, 349, 360, 362
- Unterlassungsanspruch 807 ff.
- Unterlassungsklage 365 ff., 383
- Untersuchungsausschuss 100
- Verbandsklage** 175 ff.
- Vereinsklage 175 ff.
- Verhältnismäßigkeitsgrundsatz 665
- Verpflichtungsfortsetzungsfeststellungsklage 427
- Verpflichtungsklage
  - Akteneinsicht 336
  - Auskunft 336
  - Baurecht 342
  - Begründetheit 749 ff.

- Drittklagen 340, 352 ff.
- Folgenbeseitigungsanspruch 338
- Klagebefugnis 347 ff.
- Klagefrist 361
- Konkurrentenklage 343, 358
- Leistungsverwaltung 327
- Möglichkeitstheorie 347 ff.
- Nachbar 353
- Obdachloseneinweisung 338
- Realakt 332
- Sachentscheidungsvoraussetzungen der Verpflichtungsklage 325 ff.
- schlichtes Verwaltungshandeln 332
- Untätigkeitsklage 330, 339, 362
- Versagungsgegenklage 330, 339
- Zulässigkeit 325 ff.
- Zwei-Stufen-Theorie 359
- Versagungsgegenklage 330, 339
- Vertragsansprüche 793
- Verwaltung eigener Vermögensgegenstände 53
- Verwaltungsakt 121
- Verwaltungsgerichtsbarkeit 1 ff.
- Verwaltungsprivatrecht 55
- Verwaltungsrechtsweg 25 ff.
- Verweisungsbeschluss 23
- Vollstreckbarkeitstheorie 885
- Vollziehbarkeitstheorie 885
- vorbeugende Feststellungsklage 480 ff., 1056 ff., 1059
- vorbeugende Unterlassungsklage 366, 387
- vorbeugender Rechtsschutz 1049 ff.
- vorherige Erledigung 410
- vorläufiger Rechtsschutz 877 ff.
- Vornahmeklage 752
  
- W**arnungen 65
- Wettbewerbsverhältnisse 80
- Widerspruchsbescheid 214, 1065
- Widerspruchsfrist 266 ff.
- Widerspruchsverfahren 210 ff., 1063 ff.
- Widmung 75
- Wiedereinsetzung in den vorigen Stand 220, 284d, 297, 298
- Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung 929
- Wirksamkeit VA 258 ff.
- Wirksamkeitstheorie 884
- wirtschaftliche Betätigung 80
  
- Z**eitpunkt Beurteilung Rechtslage 729, 787
- Zusicherung 762
- Zuständigkeit des Gerichts 105 ff.
- Zustellung VA 263 ff., 285
- Zwei-Stufen-Theorie 56, 58, 67, 359