

## allgemeine Zulässigkeitsprobleme

### **Telefax / Computerfax**

genügt nach § 173 VwGO i.V.m. § 130 Nr. 6 ZPO, wenn erkennbar ist, dass der Urheber dafür verantwortlich zeichnet (Unterschrift nicht unbedingt nötig)

#### **A: Übermittlungsdefekte**

- Faxgerät defekt etc.: Anwaltverschulden (eigenes oder Organisationsverschulden), nach § 173 VwGO i.V.m. § 85 II ZPO der Prozesspartei zuzurechnen
- fehlerhafte Bedienung durch Angestellte: wenn gut instruiert (kein OrgaVerschulden), kein eigenes Verschulden des Anwaltes. Keine Zurechnung über § 85 II ZPO und auch nicht über § 278 BGB (§ 85 ZPO ist lex specialis dafür).

### **nachträgliche Klageerweiterung**

= nicht privilegierte Klageänderung § 90 I VwGO:

1. Einwilligung der Gegenpartei (bzw. rügeloses Verhandeln)
2. Sachdienlichkeit

### **gewillkürte Prozesstandschaft**

- h.M.: in der VwGO (-)
- m.M.: (+), außer bei Anfechtungs- / Verpflichtungsklagen / höchstpers. Rechten

### **einseitige Erledigungserklärung**

1. tatsächliche Erledigung
2. **P:** Klage war zulässig und begründet?
  - h.M.: nicht nötig, weil es wird nur Feststellung begehrt, dass ein erledigendes Ereignis stattgefunden hat. Außer Bekl. hat berechtigtes Interesse an Feststellung.
  - m.M.: nötig, weil Bekl. hat einen Anspruch auf Sachentscheidung (§ 92 I 2 VwGO)

## Anfechtungsklage § 42 I 1. Alt VwGO

- Kann als Vollzugsfolgenbeseitigungsanspruch mit dem Annexantrag nach § 113 I 2 und 3 versehen werden. Dann keine Klagehäufung nötig.
- Kann nach § 113 IV mit einer Leistungsklage verbunden werden, wenn die Aufhebung Voraussetzung für eine Leistung ist, die nicht in der Beseitigung einer Vollzugsfolge liegt.

### **A. Zulässigkeit**

#### **I. Verwaltungsrechtsweg § 40 I**

1. keine aufdrängende Sonderzuweisung
  - Beamtenklagen (§ 126 I BRRG)
  - Soldaten (§ 59 SoldG), Richter (§ 71 III DRiG), Wehrpflichtige (§ 32 WPfIG)
  - § 59 BAFOG
2. öffentlich-rechtliche Streitigkeit
  - P:** Funktions- und Sachzusammenhang bei Hausverboten
    - h.M.: was wollte der Bürger?
    - m.M.: wie wollte die Behörde handeln? (immer ÖR)
  - A:** Zweistufentheorie (Anstaltsnutzung / mehrmalige Subvention)
3. nichtverfassungsrechtlicher Art
  - A:** auch dann verfassungsrechtlich, wenn
    - grundrechtsgestützte Klage auf Normerlass gegen formellen GesGeb
    - Unterlassen förmlicher GesGebung

- Klagen gegen Regierung auf Unterlassen einer GesInitiative
4. keine abdrängende Sonderzuweisung
- Staatshaftung: Art. 14 III GG, § 40 II VwGO, § 49 VI VwVfG
  - Ordnungsrecht: § 43 I OBG, § 36 II PolG
- II. Klageart laut Antrag = Anfechtungsklage § 42 I 1. Alt.
- 1.VA i.S.d. § 35 VwVfG
- A:** Anordnung der sof. Vollziehung ist KEIN VA, denn er hat keine Regelung und ihm fehlt das Wesensmerkmal der Bestandskraft!
- A:** Verkehrszeichen
- Verkehrszeichen sind AV (§ 35 S. 2 3. Fall VwVfG; teilw. wird auch vertreten es seien Rechtsnormen, aber keine Zitierung der Rgrdl. etc.); Klagen dagegen haben nach § 80 II 1 Nr. 2 VwGO analog keine aufschiebende Wirkung
  - Halteverbotszeichen regeln Verbot des Abstellens und nach h.M. auch das Gebot des Entfernens
  - verkehrsregelnde Anordnungen (z.B. Planung der Aufstellung eines Schildes) sind auch AV; Rechtsbehelfe suspendieren aber
- a. Behörde (⇔ Gesetzgebung/ Rspr/ Regierungsakte/ Privatpersonen)
- A:** Beliehene  
gesetzlich Beliehene haben auf ihrem Gebiet eine VA-Kompetenz! Klagen sind direkt gegen sie und nicht gegen die beleihende Behörde zu richten.
- P:** Untersuchungsausschüsse
- h.M.: Behörde, weil Beweiserhebung materielle Vw-Tätigkeit, Zwang ggü. Bürger sieht damit aus wie vollziehende Gewalt
  - m.M.: keine Behörde, weil gehören zum Parlament und bereiten nur vor
- A:** U-Ausschüsse des BT sind nicht justiziabel (Art. 44 IV 1)
- b. Gebiet des ÖR (⇔ PR)
- c. zur Regelung (⇔ Realakt)
- A:** auch Androhung = VA, weil er Voraussetzung für eine Vollstreckung ist
- P:** Prüfungsnoten
- t.v.A.: nie einzeln anfechtbar, nur Endnote hat Regelungsgehalt
  - a.A.: anfechtbar, wenn durch rechtliche/tatsächliche Zusammenhänge die Endnote mit festgelegt wird (z.B. Examensklausuren o.ä.)
- d. Einzelfall
- e. Außenwirkung
- P:** "besonderes Gewaltverhältnis" (Beamte/Schüler)
- h.M./Rspr.: grds. kein Gewaltverhältnis mehr (also auch immer VA), aber aus Erfordernissen eines geordneten Dienstbetriebes wesentlich geringere Anforderungen an ErmGrdl (gerade bzgl. Bestimmtheit). Ausnahme bei Eingriffen ins Grundverhältnis.
  - Sonderrechtslehre: VA, wenn das Grundverhältnis, d.h. Ein- / Austritt oder personenbezogene Regelungen, betroffen ist. Dafür dann auch ErmGrdl. nötig! Im Betriebsverhältnis keine Außenwirkung, aber bei starken Eingriffen ggf. LK denkbar.
  - Theorie des Grundrechtsverzichts: teilweiser GR-Verzicht bei Eintritt (klappt aber nur bei freiwilligen Verhältnissen, nicht bei Schülern / Zivis etc, vgl. Art. 17a)
  - früher: Impermeabilitätstheorie, d.h. in diesen Sonderverhältnissen gibt es keine gerichtliche Überprüfung - bei Rechtsweg ansprechen und wg. Art. 20 III ablehnen
- f. Bekanntgabe § 41 VwVfG
- P:** Verkehrszeichen
- h.M.: Möglichkeit der Wahrnehmung mit raschem, beiläufigen Blick genügt. Bei Abwesenheit: wenn man es üblicher Weise hätte wahrnehmen können (ca. 3 Tage).
- A:** keine Bekanntgabe ggü. Nachbarn

privat erlangte Kenntnis ist keine Bekanntgabe i.S.d. § 43 I 1 VwVfG, d.h. der VA ist dem Nachbarn ggü. nicht wirksam geworden. Für eine Anfechtungssituation genügt es aber, wenn die Baugenehmigung irgendjemandem bekannt gegeben (= wirksam) wurde.

**P:** ggü. Verstorbenen

- h.M.: VA wurde nie bekannt gegeben (Adressat ist verstorben), selbst wenn der Rechtsnachfolger diesen VA auf sich bezieht. VA wurde nie wirksam.
- m.M.: VA wirksam in der Welt, aber nichtig gem. § 44 I VwVfG

**A:** eine Maßnahme, die wie ein VA aussieht (formeller VA), es aber nicht ist, kann trotzdem im Wege der AnFKI angegriffen werden, weil die diesbzgl. Unklarheit nicht dem Bürger aufgelastet werden soll (effektiver Rechtsschutz). Materiellrechtlich ist es natürlich kein VA (die Def. ist Wirksamkeits- und nicht Rechtmäßigkeitsvoraus.)!

2. keine Erledigung (sonst [FFK](#))

III. Klagebefugnis § 42 II

- Möglichkeit einer Schutznormverletzung (Möglichkeitstheorie)
- Europarecht: modifiziert Klagebefugnis, sodass keine Schutznorm mehr nötig ist. Es genügt, dass das Klägerinteresse zum durch die Norm geschützten Teilinteresse gehört, egal ob diese Norm drittschützend ist oder nicht.
- Adressatentheorie: bei belastendem VA min. Art. 2 GG betroffen

**P:** belastender VA

- h.M./Rspr.: nur VA, der in bestehende Rechte eingreift
- m.M.: auch Verweigerung einer Begünstigung ist Belastung

IV. Vorverfahren (Widerspruchsverfahren) §§ 68 ff.

**A:** bei Beamtenklagen immer! § 126 III BRRG

**A:** nach ganz h.M. Sachurteilsvoraus., d.h. muss nur bei letzter mündlicher vorliegen

1. Zuständigkeit, § 73 I 2

- grds. die nächst höhere Behörde (Nr.1). Ausnahmen:
- nächste Behörde ist oberste Bundes- / Landesbehörde (Nr. 2)
- Angelegenheit der Selbstverwaltung (Nr. 3)

**P:** Angelegenheit zur Erfüllung nach Weisung

- h.M.: sind eher SelbstVw.Angelegenheiten, also greift die Ausnahme. Nach § 7 AGVwGO ist aber doch wieder die Aufsichtsbehörde zuständig.
- m.M.: sind alte Auftragsangelegenheiten, also bleibt es bei Nr. 1

**P:** Beliehene

- t.v.A.: die Aufsichtsbehörde
- a.A.: nach Nr. 3 analog der Beliehene selbst

2. Frist, § 70

**P:** Fristberechnung

- t.v.A.: §§ 79, 31 I VwVfG
- a.A.: § 57 II VwGO i.V.m. § 222 I ZPO

} Streit egal, weil immer §§ 187 ff. BGB

**P:** Heilung der Wspr-Verfristung

- Rspr.: entscheidet die Behörde durch Wspr-Bescheid in der Sache, kann sie sich später nicht mehr auf Verfristung berufen (nicht bei Drittbeteiligung!)
- h.L.: Wspr-Frist steht nicht zur Disposition der Behörde: keine Heilung möglich

3. Entscheidungserheblicher Zeitpunkt

grds. Entscheidungszeitpunkt der Wspr-Behörde, weil alle Änderungen bis dahin mit einbezogen werden sollen.

**A:** bei Wspr. des Nachbarn gegen die Baugenehmigung gilt wegen Art. 14 GG:

- Änderungen zugunsten des Bauherren werden berücksichtigt
- Änderungen zulasten bleiben unberücksichtigt, weil er bei erteilter Baugenehmigung eine gefestigte Rechtsposition erhalten hätte.

V. Klagefrist § 74 I

**A:** es genügt, wenn die Klage zunächst fristgerecht gegen den falschen Beklagten erhoben wird, der dann im laufenden (!) Verfahren wechselt

## VI. Klagegegner §§ 78 VwGO, § 5 AG VwGO NW

wird fälschlich der Rechtsträger verklagt, kann das Gericht die Klage nach § 88 VwGO umstellen, weil es hier um denselben Verwaltungsträger geht

**A:** bei Beamtenklagen gilt gem. § 5 II 2 AGVwGO *immer* Rechtsträgerprinzip

## VI. Zuständigkeit des Gerichts

1. sachlich §§ 45 ff.
2. örtlich § 52

## VII. Beteiligtenfähigkeit § 61 / Prozessfähigkeit § 62

**A:** juristische Personen umfasst alle Vereinigungen, die klagen und verklagt werden können (auch OHG, KG, Parteien § 3 PartG)

## VIII. ordnungsgemäße Klageerhebung §§ 81 ff.

## IX. allgemeines Rechtsschutzbedürfnis

1. Klage kann ihr Ziel erreichen
2. es gibt kein einfacheres Mittel

**A:** § 44a VwGO verhindert eigenständige Rechtsbehelfe gegen unselbständige Verfahrenshandlungen: *alle Maßnahmen, die nach Ansicht der Behörde zur Förderung des Verfahrens geeignet sind, es aber nicht abschließen* (Akteneinsicht, Mitwirkung eines angeblich Befangenen etc.). Ausnahmen:

- selbständig vollstreckbar
- gegen Unbeteiligte
- berührt über das anhängige Verfahren hinaus GR

## B. ggf. Klagehäufung / Beiladung

### I. Klagehäufung §§ 44, 64

**A:** bei Vollzugsfolgenbeitigungsanspruch § 113 I 2 VwGO keine Klagehäufung nötig

### II. Beiladung, § 65

**A:** bei Nichtbeachtung einer notwendigen Beiladung ist das Urteil nach h.M. nichtig! Denn das Urteil kann nur einheitlich ergehen, ohne Beiladung bindet es aber gerade die andere Partei nicht und ist deshalb sinnlos.

- Nachbarklagen
- Beamtenklagen etc.

## C. Begründetheit

*"Die Klage ist begründet, wenn der angegriffene VA rechtswidrig ist und der Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt ist."* § 113 I 1

### I. Ermächtigungsgrundlage

*"Der VA ist rechtmäßig, wenn er auf einer gültigen Rechtsgrundlage beruht und deren formelle und materielle Voraussetzungen vorliegen."*

**A:** VA-Befugnis

- Belastung durch VA:

schon alleine die Handlungsform durch VA ist mit der damit verbundenen Anfechtungslast (effektive Kriegsmaschine) – unabhängig von der materiellrechtlichen Regelung – ein GR-Eingriff und bedarf einer ErmGrdl!

- Vorteile eines VA:

umfangreiche Verfahrensvorschriften (insb. Anhörung, Akteneinsicht, Begründung etc.) und das Widerspruchsverfahren

→ wegen GR-Eingriffs ist ErmGrdl nötig, an diese sind aber recht geringe Anforderungen zu stellen, weil der Bürger von der Handlungsform – Vor- und Nachteile abgewogen – kaum belastet wird. Insb.:

- aus Wortlaut
- aus Gesetzssystematik
- BeamtenR / AbgabenR (Kraft Natur der Sache)

**P:** Subventionen (negative Konkurrentenklage)

- h.M.: abgeschwächter Vorbehalt. Parlamentarische Willensäußerung (Ausweisung im Haushaltsplan) + VergabeRL genügt. Ausnahmen (dann wieder Totalvorbehalt):

- Demokratieprinzip (extrem hohe Subvention = politische Grundentscheidung)
- Art. 115 GG (Verpflichtung über laufendes Haushaltsjahr hinaus)
- Grundrechte von Mitbewerbern:
  - Art. 12, 14 nur, wenn Bestand des Unternehmens gefährdet
  - Art. 4 bei Religionsförderung
  - Art. 5 bei Pressesubvention
- m.M.: Totalvorbehalt
- m.M.: nur Vorrang des Ges. in LeistungsVw

## II. formell

### 1. Zuständigkeit

### 2. Verfahren

#### a. Untersuchungsgrundsatz § 24 VwVfG

nur unbeachtlich nach § 46, wenn keine Auswirkung aufs Ergebnis (bei freien Ermessensentscheidungen immer Erheblichkeit!)

**A:** rechtswidrig erlangte Beweise (Verstoß gegen Ges.)

dürfen nicht verwertet werden, weil der betroffene Bürger einen Anspruch auf Unterlassung weiterer Störungen hat, d.h. auf Herausgabe des Beweises und auf Unterlassen der Verwertung! Vgl. auch § 26 VwVfG, wonach die Behörde die Beweise in "pflichtgemäßem Ermessen" erhoben werden. Rechtswidrige Beweise sind aber nie pflichtgemäß zu berücksichtigen.

**A:** rechtswidrige Verwertung von Beweisen

wenn die Erlangung rechtmäßig war, kann die Verwertung trotzdem verboten sein. Insb. bei Eingriff in Intimsphäre (Art. 2 I: volle GR-Prüfung)

#### b. Anhörung § 28 VwVfG

ggf. nach § 45 I Nr. 3 vor Gericht nachholbar

**P:** Verzichtentscheidung (Abs. 2) überprüfbar?

dem Wortlaut nach ("kann") ist es eine Ermessensentscheidung der Behörde, die nach § 114 VwGO nur eingeschränkt überprüfbar ist. ABER: die Beispiele des Abs. 2 sind unbestimmte Rechtsbegriffe, die nach h.M. voll überprüfbar sind. Das Gericht kann also voll prüfen, ob die Ausnahme TB vorliegen.

**P:** genügt Durchführung eines Wspr-Verfahrens bei Ermessensentsch.?

- h.M.: ja, denn auch hier umfassende Kontrollmöglichkeit

- m.M.: nein, denn Zweck Einwirken auf das Ermessen *Erlassbehörde*; Wortlaut: "Bevor [...] erlassen wird". Möglich, wenn gebundene Entscheidung oder Erlass- und Wspr.-Behörde identisch sind.

#### d. Begründung § 39 VwVfG

ggf. entbehrlich (Abs. 2), sonst nach § 45 I Nr. 2 vor Gericht nachholbar

#### c. Befangenheit § 21 I 1

nur unbeachtlich nach § 46, wenn keine Auswirkung aufs Ergebnis

#### e. Rechtsbehelfsbelehrung

Fehler / Fehlen setzen nur Jahresfrist in Gang § 58 VwGO

**A:** Belehrung muss richtigen Rechtsbehelf (Wspr oder Klage), richtiges Gericht und richtige Frist nennen.

**P:** Unbeachtlichkeit von Verfahrensfehlern, § 46 (KEINE Heilung!)

Klar ist, dass der VA nicht angegriffen werden kann. Nur die Begr. ist unklar:

- h.M.: Ausschluss des materiellen Anspruchs auf Aufhebung; der VA bleibt aber (formell) rechtswidrig und kann nach § 48 zurückgenommen werden

- m.M.: ist rechtswidrig, aber der Bürger ist nicht "in seinen Rechten" verletzt

- a.A.: macht den VA rechtmäßig (aber: Wortlaut!)

### 3. Form § 37 VwVfG

## III. materiell

### 1. Gültigkeit der ErmGrdl

### 2. Subsumtion

**P:** unbestimmte Rechtsbegriffe

- Lit.: grds. Beurteilungsspielraum, weil die Behörde hat die größere Sachnähe und Erfahrung. Der Einsatz unbestimmter RB durch den GesGeb ist dafür die Ermächtigung

- BVerwG: grds. voll überprüfbar (Art. 19 IV, Gesetzesvorbehalt!).

Ausnahmen davon:

- Prüfungsentscheidungen (unbest.RB = Noten)
- Beamtenbeurteilungen
- Entscheidungen nicht-weisungsgebundener Fachgremien
- verwaltungs- / wehrpolitische Entscheidungen

verbleibende Prüfung:

1. Tatsachengrundlage vollständig/richtig
2. sachfremde Erwägungen
3. allgem. Bewertungsmaßstäbe beachtet  
fachspezifische Fragen (richtig/falsch) sind dabei voll überprüfbar. Was in der Wissenschaft vertreten wird, kann nicht "falsch" sein.
4. Verfahrensvorschriften
5. Begründung  
muss wesentliche Gründe erkennen lassen und Rechtsschutz ermöglichen (folgt aus Art. 12, 19 IV GG)

**P:** Überprüfbarkeit normkonkretisierender Vw-Vorschriften (TA-Lärm o.ä.)

- h.M.: grundsätzliche Bindungswirkung, aber Willkürkontrolle
- t.v.A.: antizipiertes Sachverständigengutachten (aber: haben auch politischen Einschlag, keine gutachterliche Neutralität)
- a.A.: keinerlei Bindungswirkung, weil reines Innenrecht (aber: Rechtsschutz)

3. richtiger Adressat

4. Bestimmtheit

**A:** erfolgsbezogene VAs (Ziel ist genau bestimmt) genügen i.d.R., wenn erkennbar ist was der Pflichtige tun muss, ihm nicht aber die konkrete Handlung vorgegeben wird

5. Verhältnismäßigkeit

**P:** auch bei gebundenen Entscheidungen?

- h.M.: ja, weil übergeordnetes Verfassungsprinzip (Art. 20 III). Die Vw kann nicht vom GesGeb gezwungen werden, eine erkanntermaßen verfassungswidrige Handlung vorzunehmen
- m.M.: nein, weil GesGeb der Vw keinen Entscheidungsspielraum gelassen hat, d.h. bei Vorliegen der TBM ein Handeln erfolgen muss

IV. Ermessen, § 114 VwGO

**P:** Nachschieben von Gründen

- m.M.: nicht zulässig, denn Rechtsschutz wird dadurch verkürzt, dass die Wspr.Behörde nicht über die wirklichen Gründe befinden konnte.
- h.M.: grds. zulässig (§§ 86 I, 114 S.2 VwGO). Ausnahmen nur, wenn...
  - Wesensgehalt des VA verändert wird (§ 47 VwVfG)
  - Rechtsschutz tatsächlich verkürzt wird
    - i. Ermessensentscheidung (BVerwG: auch nicht auf 0 reduziert, str.)
    - ii. Wspr.- und Ausgangsbehörde nicht identisch
    - iii. Wspr.Behörde nicht auf Rechtsprüfung beschränkt

V. Rechtsgutsverletzung des Klägers

### Nebenbestimmungen

**A. "Zusatz" ist wirklich NB**

I. Grund-VA (nicht im VersammIR)

II. vom HauptVA unterscheidbare Regelung ("ja, aber...")

= Selbständigkeit der auferlegten Maßnahme gegenüber dem hauptsächlichlichen Gegenstand der Regelung  $\Leftrightarrow$  Inhaltsbestimmung, die keinen eigenen Regelungscharakter haben, sondern nur den Inhalt der Hauptregelung näher bestimmen

1. Befristung

- auflösend / aufschiebend auf gewisses Ereignis
- Wirkung ipso iure

2. Bedingung

- auflösend / aufschiebend auf ungewisses Ereignis
- Wirkung ipso iure

**A:** Bedingung der Bestandskraft kann sich entweder auf den Leistungsbescheid beziehen, oder auch auf einen damit gekoppelten Versagungsbescheid. Eine Koppelung mit dem Versagungsbescheid wäre aber ohne sachlichem Zusammenhang und deshalb willkürlich.

3. modifizierende Auflage

- suspendierend wie die Bedingung (Bestandteil des VA)
- vollstreckbar wie die Auflage

**P:** Rechtsnatur

- h.L.: Diese "Auflage" verändert den Inhalt des VA dadurch so sehr, dass im Ergebnis der beantragte VA abgelehnt wird. Deshalb gibt es diese Konstruktion nicht: es liegt eine modifizierende Gewährung (s.u.) vor  $\rightarrow$  Verpfl.Kl. statthaft

- Rspr.: passt nicht unter modifizierende Gewährung, aber auch nicht unter sonstige NB. Jedenfalls ist die modifizierende Auflage nicht vom VA trennbar (wesentlicher Bestandteil), deshalb ist eine isolierte Anfechtung NIE möglich!  $\rightarrow$  VerpflKl. statthaft

4. Vorbehalt des Widerrufs

- Widerruf (actus contrarius) = VA
- nur zulässig, wenn er nach vertretbarem Ermessen und dem Gesetzeszweck der Lösung möglicher Konflikte dient. Nicht nur, um der Verwaltung freie Hand zu geben.

5. Auflage (und Auflagenvorbehalt)

- eigener VA ("verbunden werden mit")
- vorgeschriebenes Verhalten muss mit dem GrundVA in Zusammenhang stehen

$\rightarrow$  Abgrenzung nach Behördenwillen: soll Zusatz suspendieren oder vollstreckbar sein?

Keine NB:

1. Hinweis auf rechtliche Lage
2. modifizierende Gewährung ("nein, aber stattdessen...")
  - Minus / Teilgenehmigung
  - Aliud
3. nachträgliche NB (dann jedenfalls eigenständiger VA)

## B. Rechtsschutz

### I. Zulässigkeit

**P:** Anfechtungsklage nur bei Teilbarkeit von NB und VA

- früher Rspr.: nie Teilbarkeit (missachtet Teilaufhebung § 113 I 1 "soweit")
- t.v.A.: Teilbarkeit nur bei Auflage (missachtet Teilaufhebung § 113 I 1 "soweit")
- a.A.: Teilbarkeit nur bei gebundenen VAs. Nicht bei Ermessensentscheidungen, weil sonst Ermessen der Behörde durch das Gericht ersetzt wird (Arg.: 20 II 2 GG); *aber*: dann kann Vw nach § 49 II Nr. 2 zurück nehmen.
- h.L./Rspr.: Teilbarkeit, wenn Rest-VA sinnvoller und rechtmäßiger Weise bestehen bleiben kann (nicht bei mod. Auflage!).  $\rightarrow$  in Zulässigkeit nur Evidenz prüfen

### II. Begründetheit

1. bezogen auf die NB

a. ErmGrdl.

- i. Spezialgesetz
- ii. Spezialgesetz i.V.m. § 36 VwVfG
- iii. § 36 VwVfG allein

b. formell

Zuständigkeit / Verfahren / Form: nach HauptVA

- c. materiell
  - i. TB der ErmGrdl
  - ii. statusverleihende VA meist NB-feindlich
- d. Ermessen
  - i. NB darf nie dem Zweck des VA zuwider laufen § 36 III VwVfG
  - ii. Ermessensfehler
- 2. bezogen auf Rest-VA ohne NB
  - P:** sinnvoll / rechtmäßig
    - Rspr.: ist zu prüfen, weil sonst die isolierte Aufhebung nicht möglich ist (Untrennbarkeit). Gegenstand der AnFKI ist nämlich der Aufhebungsanspruch, den es nur geben kann, wenn der VA ohne NB hätte erlassen werden können. Bei Untrennbarkeit: Umstellen auf Verpflichtungsklage, 86 III VwGO
    - m.M.: Gegenstand ist nur, ob die NB rm ist oder nicht. Die Behörde kann ggf. selber nach § 48 zurücknehmen, wenn der VA so nicht hätte erlassen werden dürfen.
  - A:** Rücknahme durch die Behörde
    - st.Rspr.: die Aufhebung einer NB steht ihrer Nichtbefolgung gleich, d.h. die Behörde kann unproblematisch nach § 49 II 2 VwVfG zurück nehmen!

### C. Umdeutung

bei rw/nichtigen NB kommt immer eine Umdeutung, § 47 VwVfG möglich.

#### reformatio in peius

#### A. Abgrenzung

##### I. reformatio in peius

= quantitative Verschlechterung (selber Streitgegenstand)

1. Bürger will auch gegen Grund-VA vorgehen: Abs. 1 Nr. 1
2. **A:** Bürger akzeptiert Grund-VA: Abs. 2

Abs. 2 wird hier ausnahmsweise durch Art. 19 IV restriktiv ausgelegt (eigentlich ja keine selbständige Beschwerde), weil der Bürger nicht gegen den Grund-VA soll vorgehen müssen, wenn er diesen akzeptiert

##### II. Selbsteintritt

= qualitative Verschlechterung / erstmalige Beschwerde:

1. VA war vorher genauso wie erwünscht: Abs. 1 Nr. 2
2. VA war vorher schon belastend: Abs. 2

[ggf. vorher noch Rechtmäßigkeit des Ausgangsbescheides]

[I. ErmGrdl]

[II. formell]

[III. materiell]

#### B. RiP zulässig?

- h.M.: ja, weil Verwaltungsentscheidung soll optimiert werden (dazu gehört auch Verböserung); Betroffener hat selbst durch Wspr seine Vertrauensgrundlage geschmälert; Wspr-Behörde hat volle Nachprüfungscompetenz
- m.M.: nein, weil aus §§ 71, 72 VwGO ergibt sich, dass nur günstige Änderungen zulässig sind; schreckt Bürger ab Rechtsschutz zu suchen (Art. 19 IV GG); nimmt Bürger eine Nachprüfungsinstanz (kein Wspr. gegen die Wspr-Behörde)

#### C. Voraussetzungen

##### I. formell

1. ErmGrdl
  - wie Ausgangsbehörde

## 2. **P:** Zuständigkeit

- h.M.: aus Landesrecht (aus GewohnheitsR, wenn gleichz. Fachaufsichtsbehörde)
- m.M.: aus § 73 VwGO (Devolutiveffekt – nur soweit der Wspr. ging; also nie beim Selbsteintritt)

## 3. **A:** Anhörung § 71 VwGO analog

### II. materiell

normale Prüfung

### III. **P:** Vertrauensschutz

- t.v.A.: nur unter den Voraussetzungen der §§ 48, 49 VwVfG
- Rspr.: Bürger hat durch Wspr selbst Vertrauensgrundlage geschmälert

## Verpflichtungsklage § 42 I 2. Alt. VwGO

- Klageverbindung mit einer AnFKl nicht nötig, weil in jeder VerpflKl zugleich eine Anfechtung einer Ablehnung liegt
- enthält die Ablehnung eine zusätzliche Beschwer (Baugenehmigung wird nicht nur versagt, sondern auch noch eine Abrissverfügung erteilt), ist AnFKl nötig!

## **A. Zulässigkeit**

### I. Verwaltungsrechtsweg § 40 I

**A:** Zweistufen-Theorie

### II. Klageart: Erlass eines VA

**P:** Auskünfte

- h.M.: vorgeschalteter VA, wenn Entscheidung, ob überhaupt Auskunft erteilt wird, den rechtlichen Schwerpunkt bildet (nie bei Pflicht zur Info; §§ 25, 29 VwVfG)
- m.M.: nie vorgeschalteter VA; LK genügt
- m.M.: nur Ablehnung ist VA (wspr. Actus-Contrarius-Theorie)

**P:** ausschließende Konkurrentenklage

wenn das zu verteilende Gut so knapp ist, dass Begünstigung nur zu Lasten eines Mitbewerbers erfolgen kann

- h.M.: Verpflichtungsklage genügt (sonst müsste man unüberschaubar viele Genehmigungen an Konkurrenten anfechten u. er müsste in Erfahrung bringen wer alles das Gut erhalten hat und gegen wen er mit Erfolg anfechten könnte); Behörde muss dann zurücknehmen / widerrufen. Ist das nach Spezialgesetz nicht möglich, entweder FBS (aber: die ist keine ErmGrdl zum Entzug), oder die spezialgesetzl. Regelung wird für nicht abschließend gehalten.
- m.M.: Anfechtung bzgl. der Begünstigung anderer + Verpflichtungsklage

**P:** BeamtenR

- h.M.: mit Ernennung und Besetzung erledigt sich der VA, weil eine Rücknahme des Amtes im BRRG abschließend geregelt ist und die rw Bestellung nicht dazu gehört (nur vorl. Rechtsschutz i.F.d. Unterlassungsklage möglich)

**Folge-P:** Folgen, wenn mangels vorheriger ordnungsgemäßer Information (Pflicht des Dienstherrn aus Art. 33 II i.V.m. 19 IV) kein vorläufiger Rechtsschutz möglich war

- Rspr.: keine Erledigung, d.h. VerpflKl statthaft

- a.A.: nur SE-Ansprüche; Erledigung tritt mit Amtsantritt dennoch ein

- m.M.: Ernennung ist VA mit Doppelwirkung (*aber*: es ergehen 2 VA!) und das BRRG regelt nur die Aufhebung durch den Dienstherrn abschließend, nicht durch das Gericht (*aber*: Grds. der Ämterstabilität)

### III. Klagebefugnis § 42 II

Möglichkeit, dass Anspruch auf Erlass besteht

## IV. Vorverfahren § 68 ff.

### V. allgemeines Rechtsschutzbedürfnis

**A:** auf Erlass eines Wspr-Bescheids (insb. bei Nachbarklagen)

- ASt hat nur Möglichkeit der Untätigkeitsklage § 75

- Begünstigter kann nach h.M. auch eine Untätigkeitsklage nach § 75 anstrengen, weil er sonst Rechtsschutzlos stünde (Antrag auf sofortige Vollziehung ist nur vorläufig, beseitigt das Rechtsschutzbedürfnis also nicht)

**A:** § 44a gilt entgegen des Wortlautes auch bei Leistungsbegehren

## **B. Begründetheit**

### **I. AGL**

**A:** Haushaltsgesetz bei Subventionen (-)

HaushaltsG ist zwar ein Gesetz und damit der abstrakten (nicht aber der konkreten!) Normenkontrolle zugänglich, nach h.M. aber kein materielles Gesetz, sondern nur ein formeller Rechtssatz (Organgesetz). Er ist also keine taugliche AGL.

**A:** interne Vw-Vorschriften bei Subventionen (-)

interne Vw-Vorschrift (VergabeRL) kann sowohl über den Gleichheitssatz (Art. 3 I), als auch über Vertrauensprinzip (Art. 20 III, 28) anspruchsbegründende Außenwirkung haben. ABER: ein Verstoß gegen interne Vw-Vorschriften macht eine Vergabe / Nichtvergabe nicht rechtswidrig (Arg.: kein Normverstoß). Ggf. Gleichheitssatz aus Art. 3 durch die ständige Vw-Praxis verletzt, die ihrerseits dann ein Verhalten rechtswidrig werden lässt (Selbstbindung der Verwaltung)

**A:** Klage aus Gleichheitssatz Art. 3 i.V.m. Selbstbindung (+)

setzt immer voraus, dass die bisherige (gleichheitswidrige) Vergabe rechtmäßig war (keine Gleichheit im Unrecht!). Also wie bei neg. Konkurrentenklage Vorausss. einer Subventionierung durch Vw prüfen!

### **II. formell**

1. fristgerechter Antrag
2. bei richtiger Behörde
3. richtiges Verfahren

### **II. materiell**

1. TB der AGL

**A:** bei Subventionen gibt es keine "AGL", sondern nur ein Recht auf fehlerfreies (meist wg. Art. 3 auf 0 reduziertes) Ermessen

2. Ermessen

**A:** Selbstbindung der Verwaltung (Reduzierung auf 0)

i. Verwaltungspraxis

Vw-Richtlinien werden nicht ausgelegt o.ä.; es kommt einzig und alleine auf die tatsächliche Praxis der Verwaltung an. Hält sich die Vw aber an eine RL, so wird auch die künftige Befolgung der RL antizipiert (antizipierte Selbstbindung)

ii. Praxis rechtmäßig

"keine Gleichheit im Unrecht": die Verwaltung soll wegen des Grundsatzes der Gesetzesbindung nicht daran gehindert sein auf den Boden des Rechts zurück zu kehren. Insb. Prüfen, ob die Vw-Praxis gleichheitswidrig ist. Falls ja muss die Vw auf den Boden des Rechts zurück kehren (Praxis umstellen) und der ASt hat einen Anspruch aus der neuen – gesetzmäßigen – Praxis.

iii. Anspruch auf Gleichbehandlung, Art. 3

**A:** auch ein Verstoß der Verwaltung gegen Art. 3 *zugunsten* eines ASt (Gewährung in Abweichung von rechtmäßiger Vw-Praxis) macht die Entscheidung rechtswidrig. Der Bescheid kann nach § 48 zurück genommen werden!

## **Wiederaufgreifen des Verfahrens § 51 VwVfG**

Wiederholende Verfügungen sind keine VAs, weil keine selbständige Regelung mehr enthalten ist. Lehnt eine wiederholende Verfügung aber ein Wiederaufgreifen ab, dann steckt darin diese neue Regelung → VA

## **A. Zulässigkeit**

## I. Vw-Rechtsweg

## II. statthafte Klageart

### P: Rechtsnatur des Verfahrens

- m.M.: das vorherige Verfahren wird wieder aufgenommen (obwohl es abgeschlossen war), weil § 51 überwindet die Suspensivwirkung, bzw. die Behörde soll so tun, als hätte sie noch nicht abschließend entschieden (aber: Wortlaut!)

- ganz h.M.: ein neues Verfahren wird in Gang gesetzt

### Folge-P: statthafte Klageart(en)

- Rspr.: 1 Verpflichtungsklage, denn letztlich geht es dem Bürger darum eine positive Schlussentscheidung zu bekommen. Für eine einzelne Verpflichtungsklage nur auf Wiederaufgreifen fehlt ihm das Rechtsschutzbedürfnis (wird gefolgt...)

- h.L.: 2 Verpflichtungsklagen. Eine auf Wiederaufgreifen (positive Entscheidung = VA) und eine auf positive Bescheidung in der Sache.

## III. Klagebefugnis § 42 II

## IV. sonstige Zulässigkeit

## B. Begründetheit

### I. Zulässigkeit des Antrags nach § 51 VwVfG

#### 1. Wiederaufgreifensgrund

#### 2. Erfolgsgeneignetheit

§ 42 II VwGO *analog*: scheint geeignet, dem Antrag nun zum Erfolg zu verhelfen

#### 3. kein Verschulden § 51 II

#### 4. Frist § 51 III 1

### II. Begründetheit des Antrags nach § 51 VwVfG

#### 1. positive Entscheidung in der Sache

materielle Rechtmäßigkeit des Antrags bei neuem Beweismittel wird geprüft

#### 2. P: Ermessen?

- h.M.: wenn die materielle Rechtsgrundlage eine gebundene Entscheidung ist, dann hat die Behörde auch hier kein Ermessen i.S.d. §§ 48, 49. § 51 hat damit nichts zu tun und steht unabhängig daneben. Außerdem würde § 51 sonst weitgehend leer laufen und es wäre rechtsstaatlich bedenklich.

- m.M.: auch bei eigentlich gebundenen Entscheidungen wird über § 51 V in die §§ 48, 49 verwiesen und damit auch auf deren Ermessen! D.h. die Behörde hätte selbst bei erkannter Rechtswidrigkeit einen Ermessensspielraum.

## allgemeine Leistungsklage

### A. Zulässigkeit

#### I. VwRechtsweg § 40 I

##### P: Verträge

ob ÖRV vorliegt bestimmt sich nach dem Vertragsgegenstand. Ist eine begehrte Leistung nicht eindeutig dem ÖR zuzuordnen (z.B. Geldzahlung), entscheidet der Gesamtcharakter des Vertrages.

##### P: Anspruch aus cic

Entscheidend ist der Sachzusammenhang des Anspruches aus cic: eher deliktischer Natur (dann Zivilgerichte), oder eher Rückabwicklungsfunktion (dann VwGerichte):

- wegen schuldhaftem Verhalten, das auch Amtshaftung sein könnte: Zivilgerichte

- Erstattungs- und Bereicherungsansprüche für Vermögensverfügungen im Hinblick auf einen anzubahnenden Vertrag: VwGerichte

- cic neben Ansprüchen aus einem Vertrag: VwGerichte (Sachzusammenhang)

#### II. statthafte Klageart: Leistungsklage

wenn eine Handlung begehrt wird, die kein VA ist

**A:** Anerkennung durch VwGO: wird in §§ 43 II, 111, 113 IV vorausgesetzt

**P:** auf Erlass untergesetzlicher Norm

- t.v.A.: wegen großem Ermessensspielraum ist nur FK statthaft; außerdem soll LK nur auf Einzelakte gerichtet sein.

- a.A.: hier LK möglich

III. **A:** Klagebefugnis § 42 II *analog*

IV. Klagegegner § 78 *analog*

**P:** § 78 anwendbar? (offen lassen)

- h.M.: analoge Anwendung

- m.M.: muss gegen die Körperschaft gerichtet werden, deren Behörde gehandelt hat (allgem. Prinzip)

**A:** ist die LK ein Annexantrag (§ 113 I 2, 3) ist richtiger Klagegegner der der Anfechtungsklage, obwohl § 5 II AGVwGO eigentlich nicht anwendbar ist

V. allgemeines Rechtsschutzbedürfnis

**A:** Klage eines Hoheitsträgers aus ÖRV

hier kann kein VA erlassen werden, weil ÖRV dafür keine ErmGrdl ist (Gleichordnungsverhältnis). Rechtsschutzbedürfnis (+)

**A:** Klage auf Zustimmung einer Drittbehörde

wenn die andere Behörde nicht einen eigenen Prüfungsbereich hat: direkt VerpfIKl gegen die Erlassbehörde, wobei dann inzident geprüft wird, ob die Zustimmung zu Recht verweigert wurde. Für LK gegen Drittbehörde dann kein Rechtsschutzbedürfnis (hat Drittbehörde eigenen Prüfungsbereich: meist VA, dann VerpfIKlage möglich)

## B. Begründetheit

Anspruch besteht oder nicht

### insb.: öffentlichrechtlicher Vertrag (ÖRV)

I. Abgrenzung

1. vom privatrechtlichen V: nach Vertragsgegenstand

2. vom mitwirkungsbedürftigen VA: wenn der Bürger Einfluss auf Inhalt nehmen konnte

II. Vertragsschluss

**A:** bei Gemeinden grds. der Rat (§ 41 GO). Misslingt die Beauftragung des BM wegen fehlerhaftem Ratsbeschluss ist das nach h.M. für den Vertragsschluss egal (Abstraktionsverhältnis von Geschäftsführungsbefugnis/Vertretungsmacht!). Der BM kann also äußerlich wirksam WE für den Rat abgeben.

**A:** § 64 I 1, IV GO sind Vertretungsregeln, keine Formvorschriften (denn die Länder haben nicht die Kompetenz Schriftformerfordernisse festzulegen).

III. formell

1. Zuständigkeit

2. Schriftform § 57

3. ggf. Zustimmung Dritter / Behörden

IV. materiell

1. Vertragsformverbot

bei Verstößen: Nichtigkeit gem. § 59 I i.V.m. § 134 BGB

a. Bauplanungsrecht (keine Einengung der Planungshoheit)

b. Abgabenrecht (Steuergerechtigkeit)

**A:** über Erschließungskosten nach § 133 III 5 BauGB nach ganz h.M. möglich. Diese Norm ist lex specialis für einen Vergleichsvertrag und deshalb richtet sich der zulässige Inhalt (s.u.) nur hiernach!

c. Beamtenrecht (Wesen des Beamtenrechts Art. 33 V)

d. Einberufung zum Wehrdienst

e. Prüfungsentscheidungen

2. Inhalt zulässig

grds. nur Vorrang des Gesetzes, weil Vorbehalt des Gesetzes der Privatautonomie völlig widersprechen würde (auch wenn der Bürger sich zu einer Leistung verpflichtet), andererseits die Verwaltung dennoch an Recht und Gesetz gebunden ist

a. **P:** subordinationsrechtlicher Vertrag § 54 I 2

- Wortlaut: Verträge, deren *Gegenstand* die Behörde auch durch VA regeln könnte

- Rspr.: überall im Über- / Unterordnungsverhältnis, egal ob der konkrete Gegenstand durch VA hätte geregelt werden können

i. Vergleichsvertrag § 55

**A:** ErschließungskostenV ist in § 133 III 5 BauGB geregelt. Dieser ist lex specialis zu § 55

**Folge-P:** Abgabengerechtigkeit (Art. 3 GG / § 127 I BauGB) gebietet, dass bei krassem Missverhältnis eine Vertragsanpassung vorgenommen werden muss. Das ist der Fall, wenn die vertragliche Gegenleistung mehr als das Doppelte, bzw. weniger als die Hälfte der letztendlichen Erschließungskosten ergibt.

ii. Austauschvertrag § 56

**A:** hinkende Austauschverträge

wenn die Gegenleistung der Behörde nicht ausdrücklich erwähnt ist, aber zur Grundlage des Vertrages wurde. Ist auch möglich.

b. koordinationsrechtlicher Vertrag § 54 I 1

3. Folgen eines Verstoßes

a. Spezialregelungen § 59 II

b. **P:** Anwendbarkeit des § 134 BGB über § 59 I

- h.M.: nicht anwendbar bei Verfahrens- / Formfehlern, sonst aber grds. Nichtigkeit des Vertrages

- a.A.: stets anzuwenden (aber Umkehrschluss aus § 59: nicht stets nichtig)

- a.A.: nur, wenn die Rechtsnorm einen Erfolg verbietet (aber beim ÖRV strengere Bindung an Recht und Gesetz als in normaler Privatautonomie)

### **Folgen-Beseitigungs-Anspruch (FBS)**

Abgrenzung zum enteignungsgleichen Eingriff ist die Rechtsfolge:

- FBS / Primärebene: tatsächliche Wiederherstellung (Status quo ante)
- enteignungsgleicher Eingriff / Sekundärebene: Schadensersatz in Geld

### **A. Zulässigkeit**

I. Vw-Rechtsweg, § 40 I

wenn Funktionszusammenhang des Handelns ÖR; keine Ausnahme nach § 40 I 2, weil keine Entschädigung, sondern Wiederherstellung verlangt

II. statthafte Klageart: Leistungsklage

III. Klagebefugnis § 42 II *analog*

### **B. Begründetheit**

I. **P:** Rechtsgrundlage

wird in § 113 I 2 vorausgesetzt, ist aber unstr. nicht die AGL für den FBS.

- 20 III

- Grundrecht

- 1004 BGB *analog*

→ aber anerkannt, daher Streit fast immer egal (aber beachtlich im kommunalverfassungsstreit, wenn einer keine GR hat)

II. Voraussetzungen

1. hoheitlicher Eingriff

2. in subjektives Recht

**P:** Warnungen

- BVerfG: bei sachlich gehaltenen Produktwarnungen Schutzbereich (!) des Art. 12 nicht eröffnet; bei Sektenwarnungen Art. 4 aber möglich.

- a.A.: eröffnet, aber gerechtfertigt

3. Eingriff dauert an

4. keine Duldungspflicht (= Erfolg rechtswidrig)

Duldungspflicht auch bei Zumutbarkeit (Rechtsgedanke des 1004 II, 906 I)

**A:** umstr., ob die Möglichkeit einen Zustand zu legalisieren (d.h. eine Duldungspflicht zu schaffen) ausreicht. → Prüfen, damit Streit dahin stehen kann.

5. Unmittelbarkeit der Folgen

wenn die Folge eine typischen Gefahr des Handelns sind, sie diesem also innewohnen

**P:** Einschaltung Privater

unmittelbar, wenn nach Werkzeugtheorie der Private keinen großen Handlungsspielraum hatte

## 6. Wiederherstellung

des Status quo ante (kein entgangener Gewinn etc.)

a. möglich

**P:** Äußerungen

- Werturteile: nicht widerrufbar, weil diese nicht "falsch" oder "richtig" sein können
- (falsche)Tatsachenbehauptungen: Widerruf möglich

**P:** Status quo ante

- m.M.: muss exakt so sein, wie es früher war (dieselben Steine / dieselbe Erde)
- ganz h.M.: es genügt die Wiederherstellung mit gleichen Sachen, weil es sonst von bizarren Zufällen abhängig wäre, ob der FBS durchgeht, bzw. er praktisch fast immer ausgeschlossen wäre. Ist in der Zumutbarkeit zu prüfen.

**Folge-P:** Ausweisung von Eingewiesenen

- h.M.: auch wenn der Eingewiesene vorher in der Wohnung war bekommt der Eigentümer nicht "mehr" als vor der Einweisung (nämlich eine freie Wohnung), weil durch die Einweisung bemächtigt sich die Behörde der Wohnung und diese wäre vorher sonst schon geräumt worden
- m.M.: nur möglich bei Einweisung in eine freie Wohnung, weil der Adressat sonst mehr bekommen würde als vorher

b. zulässig

nicht, wenn die Behörde die geforderte Wiederherstellungshandlung nicht vornehmen könnte, insb. bei fehlender Verhältnismäßigkeit

c. zumutbar

nicht bei extrem großem Missverhältnis, das zum erstrebten Erfolg in keinem vernünftigen Verhältnis mehr steht (Rechtsgedanke des § 251 I BGB); sonst ggf. Folgenentschädigungsanspruch (s.u.). Nur rel. hohe Kosten reichen i.d.R. nicht für Unzumutbarkeit aus, weil der ASt ja sonst auf Sekundärebene einen Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff hätte.

## 7. Mitverschulden

a. Vorliegen eines Mitverschuldens § 254 BGB *analog*

b. **P:** Berücksichtigung des Mitverschuldens

- t.v.A.: § 254 geht von einer Teilbarkeit des Ersatzanspruches aus, der beim FBS nicht gegeben ist. Entweder man stellt den ursprünglichen Zustand her, oder nicht. Beim FBS deshalb Alles-oder-Nichts-Prinzip: bei überwiegendem Mitverschulden FBS (-)
- a.A.: bei überwiegendem Mitverschulden muss die Behörde sich anteilig an den Kosten des Bürgers bei der Wiederherstellung beteiligen, bei geringem Mitverschulden muss der Bürger etwas an die wiederherstellende Behörde zahlen

## III. ggf. Folgenentschädigungsanspruch

**P:** gibt es einen Folgenentschädigungsanspruch?

- BVerwG: (-), weil sonst eine Ausuferung des FBS und schwierige Abgrenzung zur Amtshaftung (insb. Verjährung). Es bleibt für Entschädigungen bei Amtshaftung und enteignungsgleichem Eingriff.
- a.A.: (+), weil sich aus §§ 74 II 3, 48 III VwVfG ergibt, dass bei Nichterfüllbarkeit der Naturalrestitution eine angemessene Entschädigung entsteht)

### 1. Zulässigkeit

**P:** Rechtsweg

- BVerfG: kollidiert mit § 40 II VwGO, Art. 14 III GG, die Entschädigungen den Zivilgerichten zuweist
- a.A.: ist Teil des FBS, den man schon vor den VwGerichten durchgefochten hat. Dann auch aus Prozessökonomie / effektiver Rechtsschutz auch für den FEA.

### 2. Begründetheit

Folgenentschädigungsanspruch ist vom FBS umfasst, weil den §§ 249 ff. BGB der Gedanke zugrunde liegt, dass ein wirtschaftlicher Ausgleich geschaffen werden soll. Nicht nur strenge Naturalrestitution.

## Unterlassungsanspruch

### **A. Rechtsgrundlage**

Freiheitsgrundrechte (d.h. nicht im kommunalverfassungstreit)

**A:** aus BImSchG folgen keine Ansprüche Nachbar-Nachbar, sondern nur Befugnisse der Behörde gegen einen Störer! Deshalb bei ör-Störer ein Unterlassungsanspruch statthaft.

### **B. Voraussetzungen**

wie FBS, nur dass Rechtsfolge nicht die Wiederherstellung des Status quo ante ist, sondern auf die Abwehr eines künftigen Angriffs

**A:** Duldungspflicht

kann aus den Wertungen des BImSchG entnommen werden, selbst wenn dieses nicht direkt anwendbar ist (s.o.). Im Einzelfall kann eine Duldungspflicht aber schon unter den Werten der TA-Lärm ausgeschlossen sein. Umgekehrt ist auch möglich, dass mehr hingegenommen werden muss, wenn die Störung sozialadäquat ist (einmalige Feiern ortsansässiger Vereine etc.).

## Feststellungsklage § 43 VwGO

### **A. Zulässigkeit**

I. Verwaltungsrechtsweg § 40 I

II. Klageart: Feststellen eines Rechtsverhältnisses

1. konkret

überschaubarer Sachverhalt, über den Streit besteht

**A:** konkrete (!) Normenkontrolle

Eine Satzung an sich bildet noch kein konkretes Rechtsverhältnis (§ 47 für abstrakte NormenK). Davon gibt es Ausnahmen vor dem Hintergrund von Art. 19 IV, die auch nicht den § 47 umgehen, weil eine Sperrwirkung zur Folge hätte, dass ein Betroffener in diesen Fällen nur vor dem BVerfG klagen kann, dieses aber wegen dem Grds. der Subsidiarität an die Fachgerichte verweisen würde → Rechtsschutzlücke!

- Hat sich der Sachverhalt aber schon auf einen konkreten Einzelfall verdichtet, ist eine FK möglich!! Festgestellt wird das Bestehen/Nichtbestehen bestimmter Pflichten im Einzelfall, für die inzident die Satzung geprüft wird (Subsidiarität aber zu beachten!!)

- Greift eine VO ohne weitere Vollzugsakte in die GR des Betroffenen ein (Flugroute), dann ist – obwohl es an einem "Rechtsverhältnis" i.e.S. fehlt – die FK auch statthaft.

2. gegenwärtig

mit Auswirkung auf die Gegenwart / sonst vorbeugend

3. einzelgerichtet

4. außengerichtet

**A:** ein VA kann nicht kontrolliert werden, weil er kein Rechtsverhältnis ist, sondern nur das Ergebnis eines Solchen. Ausnahme: Nichtigkeitsfeststellung:

- § 44 I VwVfG: schwerwiegender Fehler

insb., wenn für eine antragsabhängige – dann aber von Behördenseite aufgedrängte – Leistung, von der man keinen Vorteil hat (keinerlei Pflichtigkeit) Gebühren erhoben werden.

- § 44 II Nr. 3 (örtl. Zuständigkeit bei dingl. VAs)

gilt nur für Angelegenheiten des unbeweglichen Vermögens!! Sonst nach Abs. 3 Nr. 1 gerade keine Nichtigkeit!

### III. Klagebefugnis § 42 II *analog*

- bei Nichtigkeitsfeststellung: (+)
- **P**: bei sonstiger FK
  - h.L.: nicht nötig, wird durch Feststellungsinteresse gedeckt
  - Rspr.: nötig, um Popularklagen zu vermeiden

### IV. Feststellungsinteresse

*Orientierungsbedarf in wirtschaftlicher oder ideeller Hinsicht* (weit auslegen)

**A**: auch nachträglich (dann wie bei der FFK) oder vorbeugend möglich

### V. Klagegegner § 78 VwGO: Rechtsträgerprinzip

### VI. Zuständigkeit des Gerichts

### VII. Beteiligtenfähigkeit § 61 / Prozessfähigkeit § 62

### VIII. ordnungsgemäße Klageerhebung §§ 81 ff.

### IX. Subsidiarität § 43 II S.1 VwGO

Die Subsidiarität soll verhindern, dass Vorverfahren und Klagefrist der anderen Klagen unterlaufen werden. Daher ist es aber auch strittig, ob die FK auch ggü. der Leistungsklage (die ja keine Frist hat) subsidiär ist.

Ausnahmen:

- Nichtigkeitsfeststellung eines VA (§ 43 II S. 2)
- Behauptung keiner Erlaubnis zu bedürfen (dann keine VerpfKl auf etwas, das der Kläger gar nicht begehrt)
- sonst Vielzahl von Anfechtungsprozessen
- **P**: FK gegen einen Träger der öffentlichen Gewalt
  - Rspr.: ist gem. Art. 20 III an Recht und Gesetz gebunden und wird deshalb auch ein Urteil einer FK befolgen. Keine Subsidiarität, es sei denn Sonderregeln über Fristen und Vorverfahren würden unterlaufen (d.h. nur bei LK).
  - h.L.: auch hier Subsidiarität, denn die Umgehung von Fristen ist gar nicht Sinn der Subsidiarität. Arg.: Wortlaut / kein Suspensiveffekt tritt ein, d.h. das Erreichbare ist weniger bei der FK / §§ 170, 172 VwGO gehen von einer Vollstreckung gegen Hoheitsträger aus.

## B. Begründetheit

Prüfung, ob das behauptete Rechtsverhältnis besteht / bestand.

### Fortsetzungsfeststellungsklage § 113 I 4 (*analog*)

#### A. Zulässigkeit

##### I. Verwaltungsrechtsweg § 40 I

##### II. statthafte Klageart

Erledigter VA. Erledigung tritt aber nicht wegen Vollziehung ein, wenn der VA dann immer noch Grundlage z.B. für Kostenerstattungsansprüche sein kann.

**A**: Erledigung meint eigentlich nur den Wegfall der "rechtlichen Beschwer" (insb. durch Rücknahme). Der Wegfall "tatsächlicher Beschwer" wird aber auch drunter subsummiert.

1. Erledigung der Anfechtungsklage *nach* Klageerhebung
2. Erledigung der Anfechtungsklage *vor* Klageerhebung (1 Analogie)
3. **A**: Erledigung einer Verpflichtungsklage *nach* Erhebung (1 Analogie)
4. **A**: Erledigung einer Verpflichtungsklage *vor* Erhebung (2 Analogien)

**P**: Analogiemöglichkeit

- m.M.: eine Analogie ist nicht nötig. Es reicht die Feststellungsklage.
- h.M.: § 113 will alle Klagen erfassen, deren Gegenstand ein VA ist. Sonst würde es auch vom Zufall abhängen, welche Klage man wählen soll, ob Erledigung noch vor oder schon nach Klageerhebung eingetreten ist. Zudem ist ein VA gar kein Rechtsverhältnis, sondern EntstehungsTB eines solchen (aber das Rechtsverhältnis,

das zu einem Erlass geführt hat) Auch könnte die formelle Rechtmäßigkeit eines VA im Rahmen einer FK gar nicht geprüft werden, weil dieses auf keinen Fall zum Rechtsverhältnis gehört. Außerdem ist die FK subsidiär, wenn Leistungs- oder Gestaltungsklagen möglich sind.

III. Klagebefugnis wie vorherige / verlängerte Klage § 42 II (*analog*)

IV. Vorverfahren

**A:** bei Beamtenklagen nach § 126 III BRRG immer nötig!

1. Erledigung *nach* Ablauf der Wspr-Frist: FFK (-)  
weil sonst eine neue Klagemöglichkeit geschaffen würde
2. **P:** Erledigung *vor* Ablauf der Wspr-Frist:
  - BVerwG: Vorverf nicht nötig (sinnlos + durch Rechtskraft mehr Sicherheit, außerdem gesetzlich nicht geregelt)
  - a.A.: Vorverf nötig (Selbstkontrolle der Verwaltung)

V. besonderes Feststellungsinteresse § 113 I S.4 (ersetzt allgem. Rechtsschutzbed.)

- hinreichend konkrete Wiederholungsgefahr
- Rehabilitationsinteresse (diskriminierend / schwerer GR-Eingriff)
- **P:** Vorbereitung eines Amtshaftungsprozesses
  - bei Erledigung *nach* Klageerhebung nur, wenn Prozess mit hinreichender Sicherheit zu erwarten ist und dieser nicht aussichtslos ist:
    - VA-Erlass auf Weisung (kein Verschulden)
    - Schaden nicht von Drittschützender Norm gedeckt
    - Verjährung + Berufen darauf
    - Verhalten durch Kollegialgericht als rechtmäßig eingestuft
  - bei Erledigung *vor* Klageerhebung (Analogie):
    - h.M.: dann direkt Amtshaftungsprozess; kein Feststellungsinteresse
    - m.M.: wie bei Erledigung nach Klageerhebung, weil sachnäheres Gericht

VI. **P:** Klagegegner

- als verlängerte Anfechtungsklage: Behördenprinzip (78 + 5 AGVwGO)
- als andere Feststellungsklage: Rechtsträgerprinzip

VII. Zuständigkeit des Gerichts

VIII. Beteiligtenfähigkeit § 61 / Prozessfähigkeit § 62

IX. Klagefrist

- bei Erledigung *nach* Klageerhebung: nötig
  - **P:** bei Erledigung *vor* Klageerhebung
    - Rspr: Klagefrist nicht nötig (Feststellungscharakter)
    - m.M.: Klagefrist § 74 I S. 2 analog (Anfechtungscharakter)
- } egal, wenn wg. fehlender Belehrung eh Jahresfrist läuft

## B. Begründetheit

Prüfungsschema der Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage in der Vergangenheitsform!

## vorläufiger Rechtsschutz nach § 80 V VwGO

### A. Zulässigkeit

I. Verwaltungsrechtsweg: nach Hauptsache

II. statthafte Antragsart

1. Abgrenzung zu [§ 123](#) (alles außer AnfKI in der Hauptsache) und § 47 VI

**P:** Rücknahme/Widerruf einer Begünstigung

- Vollziehbarkeitstheorie (h.M.): Suspensivwirkung hindert nur Vollziehbarkeit des VA, nicht dessen Wirksamkeit. Hat man von dem Recht schon Gebrauch gemacht, genügt dieses Vollziehungshindernis zur Zielerreichung. Hat man davon noch keinen Gebrauch gemacht will man seinen Rechtskreis erweitern, d.h. § 123 ist einschlägig. Arg.: Wortlaut des § 43 VwVfG ("bleibt wirksam bis WRuf") + sonst zu großer Schutz eines anfechtenden Dritten.

- Wirksamkeitstheorie (m.M.): Widerruf wäre nicht wirksam, d.h. man hat die vorherigen Rechte auch, wenn man sie noch nicht in Anspruch genommen hat. Arg.:

nur so ist Suspensivwirkung auch beim DrittWspr / Wspr gegen feststellende VA zu erklären.

**P:** in der Hauptsache nur Bescheidungsurteil möglich (§ 113 V 2)

- h.M.: zur vorläufigen Sicherung möglich, sonst kein eff. Rechtsschutz (Art. 19 IV)
- m.M.: nur bei Ermessensreduzierung auf 0, denn man kann im einstweiligen Verfahren nicht mehr bekommen als im Hauptsacheverfahren.

## 2. keine Suspensivwirkung

### a. Abgaben / Kosten (Nr. 1)

**P:** Vollstreckungskosten

- h.M.: nur solche, die der Deckung des Finanzbedarfes dienen (restriktiv ausgelegt, weil Ausnahme), weil die Vorschrift die ordnungsgemäße Haushaltsplanung sichert
- m.M.: alle Kosten, weil Staat schnell sein Geld bekommen soll

### b. Polizeivollzugsbeamte (Nr. 2)

- nur uniformierte Beamte (nicht in ihrer Funktion als Versammlungsbeh.)
- analog auf Verkehrsschilder

### c. Ausschluss durch Bundes- / LandesR (Nr. 3)

- gegen Baugenehmigungen (§ 212 a BauGB)
- Abordnung / Versetzung von Beamten (§ 126 III Nr. 3 BRRG)
- Maßnahmen in der Vollstreckung (§ 8 AGVwGO)

**A:** nicht Kostenforderungen, weil die nach der Vollstreckung entstehen

### d. behördliche Anordnung (Nr. 4)

ausdrücklich, klar und begründet

**P:** faktischer Vollzug (Nichtbeachtung der Suspensivwirkung).

- t.v.A.: FK
- a.A.: § 80 V *analog* (mit Feststellungsinteresse)
- a.A.: Antrag nach § 123 (Unterlassungsklage)

## III. Antragsbefugnis § 42 *analog*

## IV. sonstige Zulässigkeitsvoraussetzungen: nach Hauptsache

## V. Rechtsschutzbedürfnis: *Fehlen der Suspensivwirkung*

- Es ist nicht nötig, dass bereits die AnFKI eingereicht wurde (vgl. § 80 V 2)
- Es ist nicht nötig, dass vorher ein Antrag nach § 80 IV bei der Behörde gestellt wurde

**P:** Widerspruch nötig?

- t.v.A.: Widerspruch muss bereits eingelegt sein, weil es wird ein Suspensiveffekt wieder hergestellt, der muss dann aber erst einmal hätte bestehen können
- a.A.: es genügt, wenn der Wspr noch eingelegt werden kann, weil die Monatsfrist eine Bedenkzeit gibt, die ausgeschöpft werden kann

**P:** Vorwegnahme der Hauptsache

- h.M.: nur, wenn sonst zu erwartenden Nachteile unzumutbar und hohe Wahrscheinlichkeit für einen Erfolg in der Hauptsache (Art. 19 IV GG): in Begründetheit zu prüfen
- m.M.: nicht möglich: Klage unzulässig.

## B. Begründetheit

### I. formell

"Der Antrag ist bereits zum Teil begründet, wenn die Anordnung der sofortigen Vollziehung formell nicht ordnungsgemäß erfolgte."

#### 1. Antragsgegner § 78 I *analog*

Wspr-Behörde erst, wenn Wspr eingelegt wurde

#### 2. Begründung § 80 III

Muss *im Einzelfall* das besondere Interesse an der sofortigen Vollziehbarkeit begründen. Keine Leerformeln / Gesetzeswortlaut / nur Erlassinteresse.

**P:** fehlende Begründung (s.u.)

- h.M.: Gericht hebt zwar die Anordnung auf, stellt aber nicht die Suspensivwirkung wieder her, sondern prüft weiter (!). Denn ist die Anordnung materiell möglich kann die Behörde sofort neu erlassen

- a.A.: Suspensiveffekt wird wieder hergestellt

**P:** Nachholen der Begr. im Gerichtsverfahren

- h.M.: möglich, weil Behörde könnte sofort neu erlassen (Rechtsschutz) und es wäre bloßer Formalismus. Insb. da der Gegner dann ohne Kostenlast anerkennen kann, § 155 IV VwGO.

- m.M.: nicht möglich, weil Warnfunktion (Behörde soll gewarnt werden), Informationfunktion (des Bürgers) nicht genügt wird.

### 3. Anhörung § 28 VwVfG

**P:** direkte Anwendung

- h.M.: sie ist nur unselbständiger Annex, weil dagegen kein Wspr/Anfkl möglich ist und sie wird nicht bestandskräftig wird

- m.M.: alle TBM eines VA liegen vor

**P:** analoge Anwendung

- h.M.: keine Regelungslücke, weil § 80 III 1 VwGO ist abschließend!

- m.M.: vergleichbare Interessenlage, weil belastend wie VA

**A:** Der Streit ist fast immer egal, weil Gericht selber eine Ermessensentscheidung trifft, also der Vortrag des Antragsstellers nachgeholt wird (§ 45 I Nr. 3, II VwVfG)

## II. materiell

*"Der Antrag ist begründet, wenn das Aussetzungsinteresse das Vollzugsinteresse überwiegt. Das ist jedenfalls dann der Fall, wenn die summarische Prüfung ergibt, dass die erhobene Anfechtungsklage erfolgreich sein wird."*

### 1. Erfolgsaussichten der Hauptsache

"summarische Prüfung", d.h. aber in der Klausur eine ganz normale Begründetheitsprüfung

**A:** das Gericht trifft eigene Erwägungen und ist nicht an das Vorbringen der Behörde (insb. nach § 114 VwGO bei Ermessen) gebunden!

### 2. eigentliche Abwägung

wenn Erfolgsaussichten offen: Abwägung der Folgen von Vollzug / Nichtvollzug

**P:** Interessenabwägung bei rm VA?

- h.M.: hier wurde nur Erlassinteresse geprüft. Es muss aber noch ein besonderes Vollzugsinteresse dazu kommen (meist der Fall) → kleine Abwägung

- m.M.: kein Grund jmd. vom Vollzug eines rm VA zu verschonen

## C. Tenor

**P:** bei nur formeller Rechtswidrigkeit (falsche Begründung, s.o.)

- h.M.: *"Aufhebung der Anordnung"*, um eingeschränkte Bindungswirkung deutlich zu machen

- m.M.: *"Wiederherstellung der Susp.W"*, weil nur eine "Aufhebung" in § 80 V nicht vorgesehen ist. Die eingeschränkte Bindungswirkung ergibt sich aus der Begründung.

## vorläufiger Rechtsschutz nach § 123 VwGO

### A. Zulässigkeit

#### I. VwRechtsweg

**P:** Kirchen

- h.M.: Kirchen sind ÖR Kraft Struktur, d.h. wenn sie religiös in der Öffentlichkeit wirken (sakrales Läuten / Sektenbeauftragte), handeln sie ÖR

- m.M.: Kirchen handeln nach außen nur ÖR, wenn sie beliehen wurden

#### II. statthafte Antragsart

alles, was sich nicht gegen einen VA wendet (dann § 80 V), bzw. gegen die Vollzugsfolgen eines VAs (dann § 80 V 3)

**P:** vorläufige Feststellung

- h.M.: einstw. Rechtsschutz muss möglich sein, sobald ein Betroffener diesen zur Sicherung seiner Rechtspositionen bedarf. Kann auch bei FK sein.
- m.M.: einstweilige Anordnung setzt immer Vollziehbarkeit voraus. Die fehlt bei FK.

**A:** Differenzierung Sicherungs- / Regelungsanordnung

nach Rspr. nicht mehr nötig, aber bei eindeutigen SV sollte man dem Korrektor zeigen, dass man die Begriffe kennt. Sicherungsanordnung, wenn es um die Beibehaltung des status quo geht; Regelungsanordnung, wenn es um eine Verbesserung geht.

III. Antragsbefugnis § 42 II *analog*

Möglichkeit von...

1. Anordnungsanspruch (Anspruch in Hauptsache)
2. Anordnungsgrund (Eilbedürftigkeit)

IV. Antragsgegner § 78 *analog*

V. Rechtsschutzbedürfnis

**P:** zuvor Antrag bei Behörde nötig?

- h.M.: nein, aber Anliegen soll zumindest irgendwie der Behörde vorgetragen worden sein (Ausnahme bei hoher Dringlichkeit / geringer Erfolgswahrscheinlichkeit)
- m.M.: vorher Antrag nötig (quasi-Vorverfahren)

**P:** § 44a im einstweiligen Rechtsschutz

- h.M.: zu Beachten, weil im Einstweiligen kann man nicht mehr bekommen als im Hauptsacheverfahren; außerdem sind "Rechtsbehelfe" auch Anträge nach 123, 80
- m.M.: nach Wortlaut nicht anwendbar; also auch unselbständige Vf-Handlungen im Einstweiligen angreifbar

**P:** Vorwegnahme der Hauptsache

- h.M.: nur, wenn sonst zu erwartenden Nachteile unzumutbar und hohe Wahrscheinlichkeit für einen Erfolg in der Hauptsache (Art. 19 IV GG): in Begründetheit zu prüfen!
- m.M.: nicht möglich: Klage unzulässig.

**B. Begründetheit**

*Der Antrag ist begründet, wenn der ASt einen materiellrechtlichen Anspruch und darüber hinaus einen Anordnungsgrund i.S.d. § 123 I VwGO glaubhaft machen kann.*

Glaubhaftmachung von

- I. Regelungsanspruch
- II. Regelungsgrund

**vorbeugender Rechtsschutz**

Die VwGO ist grds. auf nachträgliche Kontrolle ausgelegt. Häufigste Fälle sind:

- vorbeugender Unterlassungsanspruch (allgemLK)
- vorbeugende Feststellung (gegen Normen)

Deshalb braucht ein vorbeugender Rechtsschutz immer eine **qualifiziertes Rechtsschutzbedürfnis**:

die erwartete Rechtsverletzung muss einen schwerwiegenden Eingriff in geschützte Positionen bedeuten und ein Abwarten dadurch nicht zumutbar sein:

- bei Vollzug droht Strafe / Bußgeld
- bereits ohne Vollzug werden GR betroffen (Flugkorridor)
- sonst müssten viele AnfkI erhoben werden
- Schaffung vollendeter Tatsachen
- kurzfristig erledigende Maßnahmen

**Rücknahme / Widerruf §§ 48, 49 VwVfG**

Vorüberlegung: ist VA rm oder rw? Davon hängt ab, ob und welche Spezialgesetze eingreifen können, weil die verdrängen nur Rücknahme *oder* Widerruf.

**A:** auch ein vermeintlich rw-VA kann jedenfalls unter den Voraussetzungen des § 49 zurück genommen werden (argumentum a maiori ad minus)

**A:** Abweichungsverbot als Teil der materiellen Bestandskraft: Die Behörde kann nicht ohne Rücknahme/Widerruf eine abweichende Regelung von einem bestandskräftigen VA treffen! Hier muss konkludent die Rücknahme/WRuf erklärt werden!!

## **A. ErmGrdl**

I. Spezialgesetze

II. § 48 oder 49

## **B. formell**

I. Zuständigkeit

grds. Erlassbehörde

**A:** Erlassbehörde war materiell nicht zuständig

BVerwG: dann ist eigentlich zuständige Behörde für Rücknahme / WiRuf zuständig, weil es sonst zu einer "Perpetuierung" der Unzuständigkeit käme

II. Verfahren

insb. Anhörung erforderlich

## **C. materiell (bei § 48)**

I. VA rw (im Zeitpunkt des Erlasses)

II. belastend (Abs. 1 S. 1) / begünstigend (Abs. 1 – 4)

III. Geld- und Sachleistung / sonst begünstigend

IV. Bestandsschutz / Geldersatz

1 bei Geld-/Sachleistung: Bestandsschutz

2 bei sonst. Begünstigungen: i.d.R. nur SE auf neg. Interesse (ggf. § 254 BGB)

**A:** bei EU-Recht: grds. kein Vertrauensschutz (ungeschriebene II Nr. 4)

weil in diesen Fällen auch das öffentliche Interesse an der Durchsetzung der gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsordnung besteht. Europaweite Unternehmen müssen sich erkundigen, ob Vorlage an EU-Kommission erfolgt ist, sonst liegt bereits grobe Fahrlässigkeit vor (II Nr. 3 extensiv ausgelegt)

**A:** Behörden genießen keinen Vertrauensschutz

V. Frist

**P:** "Behörde"

- h.M.: *zuständiger* Sachbearbeiter, bei der *zuständigen* Behörde, weil Wissenszurechnung nur im Rahmen der Zuständigkeit erfolgen kann (vgl. § 166 BGB nur i.R.d. Vertretungsmacht)

- m.M.: irgendeine Stelle der zuständigen Behörde (Behörde i.S.d. § 1 VwVfG)

**P:** Fristbeginn

- h.M.: erst bei positiver Kenntnis aller Tatsachen und Kenntnis der Rechtswidrigkeit (Entscheidungsreife)

- m.M.: alle Tatsachen bekannt (Bearbeitungsreife)

**P:** Rechtsanwendungsfehler

- h.M.: Frist beginnt auch, wenn die Behörde erkennt, dass sie trotz richtigen Sachverhalts rechtsfehlerhaft entschieden hat. Denn die Frist dient dem Schutz des Bürgers, dieser ist aber nicht weniger schutzwürdig bei Rechtsanwendungsfehlern der Behörde.

- m.M.: keine "Tatsachen" i.S.d. Abs. 4, dann aber kein Fristlauf, d.h. grds. unbegrenzt zurücknehmbar

**A:** bei EU-Recht keine Frist

## **D. Ermessen**

Rücknahme liegt grds. im Ermessen der Behörde, auch wenn Vertrauensschutz (s.o.) nicht eingreift. Bei sonstigen Begünstigungen kann aber ausnahmsweise auf Ermessensebene ein Bestandsschutz entstehen, wenn bei besonders schutzwürdigem Vertrauen eine Geldentschädigung nicht ausreichen würde.

**P:** kein § 50 (Ausschluss des Vertrauens)

- m.M.: keine Einschränkung über Wortlaut hinaus
- h.M.: Antrag des Dritten darf nicht unzulässig sein, weil sonst könnte ein Querulant den Vertrauensschutz sogar nach 30 Jahren durch einen offensichtlich verfristeten oder ihm nicht zustehenden (keine Betroffenheit) Wspr. zerstören.

**Folge-P:** Begründetheit

- h.M.: darf nicht offensichtlich unbegründet sein
- m.M.: Begründetheit egal

**P:** intendiertes Ermessen

- Rspr.: Ermessen der Behörde ist wegen der Pflicht der Behörde zur sparsamen Haushaltsführung (vgl. § 6 I HGrG) in Richtung Rücknahme intendiert!
- a.A.: verwischt Grenze von Kann- und Sollvorschriften und ist überflüssig

I. Adressat

- Adressat des urspr. VA, bzw. dessen Rechtsnachfolger
- auch ein Dritter, wenn der ursprüngliche Zuwendungsempfänger von vornherein nur als Durchgangsstation konzipiert war

II. ggf. Reduzierung auf 0

- bei belastenden Dauer-VA
- **A:** bei EU-Recht auf jeden Fall zurück nehmen
- nicht schon bei belastender Drittwirkung, aber Anspruch auf fehlerfreies Ermessen

→ **Rückgewähr nach § 49a**

**P:** Aufhebung ex-nunc

- h.M.: in diesen Fällen § 49a analog, weil nicht abschließend geregelt und sich aus § 49 III ergibt, dass der GesGeb die Rückforderungsanspr. nicht einschränken, sondern erweitern wollte. Außerdem hätte Behörde auch ex-tunc zurück nehmen können (hier hätten sich Änderungen bzgl. der Verzinsung ergeben).
- m.M.: eindeutiger Wortlaut: dann nicht möglich; nur allgem. Erstattungsanspruch (der hat aber keine Pflicht zur Rückforderung u. muss nicht durch schriftl. VA geltend gemacht werden).

### Verwaltungszwang

Ziel ist die Erzwingung eines durch die (fingierte) Grundverfügung geforderten Handelns, Duldens oder Unterlassens. Keine Straffunktion! Daher ist der Verwaltungszwang abubrechen, sobald das Ziel erreicht oder unmöglich ist.

### **A. Normalvollzug**

I. ErmGrdl

liegt nicht in der Grundverfügung. Nach Vorbehalt des Gesetzes muss für einen GR-Eingriff das OB und WIE durch Parlamentsgesetz geregelt sein. z.B. § 55 I VwVG NW, § 50 I PolG, § 6 VwVG

**P:** Abschleppmaßnahmen

- t.v.A.: Ersatzvornahme, § 59 VwVG
- a.A.: Sicherstellung, § 43 Nr. 1 PolG i.V.m. § 24 OBG (dann kein Sofortvollzug nötig)

II. Titel

1. wirksame (= nicht nichtige) HDU-Verfügung  
(...) *ingeschränkte (!) Inzidentprüfung auf Nichtigkeit*
2. vollstreckbar
  - a. unanfechtbar
  - b. oder Rechtsmittel haben keine aufschiebende Wirkung, § 80 II 1 VwGO

- A:** Verkehrsschilder (AllgemeinVerf) gelten wie Polizisten
3. **P:** Rechtmäßigkeit im beschleunigten Normalvollzug (keine Suspensivwirkung)
- h.M.: nicht nötig, Antrag nach § 80 V reicht; Unterschied zu § 50 II PolG, in der ein Hinweis auf die (ausnahmsweise) Rechtmäßigkeit steht
  - a.A.: doch, weil hier nur eingeschränkter Rechtsschutz  
(...) *inzident den VA voll prüfen, damit Streitentscheidung ggf. dahinstehen kann!*
- III. Vollzugsbehörde = Erlassbehörde
- egal, ob sie für den Erlass der Grundverfügung zuständig war
- P:** Vollzug von Verkehrszeichen
- eigentlich wäre die Verkehrsbehörde zuständig, vollstreckt eine andere (d.h. grds. unzuständige) Behörde:
- t.v.A.: immer Eilfall, wenn Schild dem Betroffenen bekannt gegeben wurde, weil dann verletzt das Kfz die Rechtsordnung bereits (Eilzuständigkeit § 1 I 3 PolG)
  - a.A.: Polizei ist gem. § 44 II 1 StVO zuständig (Schild wirkt wie Polizist)
- IV. Zwangsmittel
1. Auswählmessen bzgl. des Zwangsmittels
- a. Mittel geeignet
  - b. Mittel verhältnismäßig, § 58 VwVG NW / § 2 PolG
- Ersatzvornahme
- vertretbare Handlung, die von der Behörde (nicht bei Bundesvollzug, dann wäre es UZw) oder einem Dritten vorgenommen werden kann
- A:** zu geringe vorläufige Kostenveranschlagung macht nach h.M. die Anordnung der Ersatzvornahme rechtswidrig!
- Zwangsgeld / Zwangshaft
- Zwangshaft dient nicht der Beitreibung des Zwangsgeldes, sondern nur der Durchsetzung der Grundverfügung
- P:** Festsetzung des Zwangsgeldes nach Vollzug der Handlung
- h.M.: das ZwangsG bekommt seine psychologische Wirkung gerade dadurch, dass sie auch später vollzogen werden kann; sonst könnte man sich des Zwangsmittels gerade durch Vornahme der verbotenen Hdl. entziehen.
  - m.M.: Verstoß gegen § 65 III Nr. 2 VwVG
- unmittelbarer Zwang
- immer subsidiär, § 62 VwVG NW
- P:** Abgrenzung UZw ↔ Selbstvornahme
- h.M.: Selbstvornahme auch bei Realisierungsfunktion, d.h. wenn Erfolg derselbe ist
  - m.M.: Handlungsidentität, d.h. nur wenn die Handlung dieselbe ist
2. Androhung
- kann umständehalber entfallen, § 63 I 5 VwVG NW
  - kann mit Grundverf. ergehen
  - ist belastender VA (Regelung: Auswahl des Mittels / Duldungsverfügung)
  - weil Maßnahme der Vollstreckung wg. § 8 AGVwGO kein Suspensiveffekt
- a. schriftlich (Soll-Vorschrift im PolR)
  - b. angemessene Frist
  - c. benennt konkretes Zwangsmittel
  - d. besondere Anforderungen je nach Zwangsmittel
3. Festsetzung (nicht im PolR!!!)
- konkretisiert die angedrohte Maßnahme / zusätzliche Warnfunktion
  - ist belastender VA
  - weil Maßnahme der Vollstreckung wg. § 8 AGVwGO kein Suspensiveffekt
4. erneute Androhung bei UZw
- nicht im Bundesvollzug, vgl. § 13 UZwG
  - kann umständehalber entfallen
5. keine Vollstreckungshindernisse
- a. möglich

b. rechtlich zulässig

wenn die Ausführung nur möglich ist, wenn ein Dritter diese dulden muss (z.B. Abrissverfügung nur gegen einen von zwei Miteigentümern), muss die DuldungsVerf im Zeitpunkt der Androhung vorliegen

**P:** DuldungsVerf bei Verbindung von HDU-Verf und Androhung

- h.M.: DuldungsVerf muss ausnahmsweise erst im Zeitpunkt der angedrohten Vollstreckung vorliegen

- m.M.: mit Androhung beginnt Vollstreckungsverfahren, d.h. auch dann schon im Zeitpunkt des Erlasses

6. Anwendung

- gemäß der Festsetzung

**P:** Rechtsnatur bei UZw / Ersatzvornahme

- h.M.: VA, weil eine Duldungsverfügung schon ein Eingriff in die GR wäre und eine Maßnahme bei Verzicht auf eine solche Duldungsverfügung nicht anders behandelt werden darf (bestätigt durch § 8 AGVwGO) → [FFK](#) statthaft

**Folge-P:** Bekanntgabe im Sofortvollzug

t.v.A.: adressatenlose Sofortverfügung, die dem Betroffenen zugeht, sobald er an den Ort des Geschehens kommt ("Adlertheorie")

a.A.: § 8 AGVwGO ist Fiktion eines VA, sodass auf den Zugang verzichtet werden kann

- m.M.: nur Realakt → [FK](#) statthaft

## B. Sofortvollzug

### I. ErmGrdl

z.B. § 55 II VwVG NW, § 50 II PolG, § 6 VwVG

### II. Rechtmäßigkeit einer fingierten Grundverfügung

(...) *umfassende Inzident-Prüfung!*

### (III. Vollstreckbarkeit entfällt ohne Grundverfügung)

### IV. Eilbedürftigkeit

#### 1. gegenwärtige Gefahr

*Sachlage, bei der die Einwirkung des schädigenden Ereignisses bereits begonnen hat oder mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit unmittelbar bevor steht*

#### 2. Maßnahme notwendig u. verhältnismäßig

### (V. Androhung entfällt umständehalber)

### (VI. Festsetzung entfällt)

### (VII. Androhung bei UZw entfällt umständehalber)

### VIII. Anwendung

## C. abgekürztes Verfahren

In NW nicht ausdrücklich normiert. Wie Sofortvollzug, nur dass es eine Grundverfügung gibt (Arg.: Die Behörde darf nicht schlechter stehen als im Sofortvollzug).

## Rechtsschutz gegen Leistungsbescheide

Wurde ohne einen vorherigen Leistungsbescheid gezahlt (z.B. direkt ggü. dem Abschleppunternehmer), kommt ein [ÖR-Erstattungsanspruch](#) in Betracht.

## A. Zulässigkeit

### I. Vw-Rechtsweg

### II. statthafte Klageart: i.d.R. [Anfechtung](#) (ggf. i.V.m. Annexantrag § 113 I 2, 3)

#### **A:** Erledigung

grds. keine Erledigung, solange eine Rückgängigmachung (Rückerstattung) der Vollzugsfolgen möglich ist. Denn solange stellt der KostenVA die Rechtsgrundlage zum Behaltendürfen dar und muss beseitigt werden.

## B. Begründetheit

- I. AGL: § 77 IV 1 VwVG iVm § 21 GebG / FBA (wenn schon gezahlt)
- II. ErmGrdl des Leistungsbescheids
  1. im Beamtenrecht
    - VA-Kompetenz für Leistungsbescheid wird aus dem Über-/Unterordnungsverhältnis i.V.m. gewohnheitsrechtlicher Befugnis hergeleitet
  2. **P:** im Verhältnis Bürger-Staat
    - BVerfG: auch hier keine spezielle VA-Kompetenz nötig (s.o.). Es genügt im Über-/Unterordnungsverhältnis, wenn es eine ErmGrdl für den materiellrechtlichen Eingriff gibt
    - a.A.: VA-Kompetenz, wenn vorher eine Lstg durch die Vw durch VA gewährt wurde
    - a.A.: nur bei ausdrücklicher gesetzlicher Ermächtigung (etwa § 77 iV 1 VwVG iVm § 14 I GebG). Sonst bleibt nur die Möglichkeit der allgemeinen LK gegen den Bürger
    - A:** im PolG wird für UZw NICHT auf § 77 VwVG verwiesen, d.h. im PolG sind Kosten im Rahmen des UZw nicht abwälzbar
- III. formell
  1. Zuständigkeit
    - Behörde, die kostenverursachende Maßnahme durchgeführt hat
  2. Anhörung
    - keine Vollstreckungshandlung (gerade nach einer Vollstreckung), deshalb Anhörung nicht nach § 28 II Nr. 5 VwVfG entbehrlich
- IV. materiell
  - die Vollstreckungsmaßnahme muss rechtmäßig gewesen sein; das ergibt sich aus Art. 20 III und § 14 I KostO (keine Kostenerstattung für rw Handlungen!)  
*i.d.R. Inzident-Prüfung einer Vollstreckungsmaßnahme*
- V. Verhältnismäßigkeit der Kostenerhebung
  - nur, wenn die Kostenerhebung grob unbillig wäre (h.M.: bei fliegenden Halteverbotsschildern nicht, weil in Sphäre des Kfz-Halters; bei plötzlichen Löscharbeiten o.ä. eher denkbar)

### öffentlichrechtlicher Erstattungsanspruch

- I. AGL
    1. geschriebener Erstattungsanspruch (meist Staat – Bürger)
      - nach Rücknahme/Widerruf eines VA: § 49a VwVfG
      - zu hoher Beamtensold: §§ 87 II, 12 II BBesG, § 52 II BeamtVG
    2. **P:** ungeschriebener Erstattungsanspruch (meist Bürger – Staat)
      - h.M.: aus Gesetzmäßigkeitsgrundsatz / Grundrechten → LK statthaft
      - m.M.: bei zugrunde liegendem VA § 49a I, II → VerpflK statthaft
  - II. Voraussetzungen (entspr. Leistungskondition)
    1. **P:** öffentlichrechtliche Rechtsbeziehung
      - t.v.A.: Rechtsgrund der Leistung (Behörde glaubt sich aus *diesem* Grd. verpflichtet)
      - a.A.: wenn Leistung und (tatsächlicher) Empfänger durch ÖR-Rechtsverhältnis bestimmt sind (Behörde glaubt, *diesen* Betrag an *diesen* Empfänger zahlen zu müssen)
    2. Vermögensverschiebung
      - auch bei Zahlung an Private, wenn dadurch ein (vermeintlicher) Erstattungsanspruch des Staates abgegolten werden soll
    3. ohne Rechtsgrund
      - kein zugrunde liegender VA mehr
      - (Pflicht-) Mitgliedschaft in ÖR-Körperschaft endet (z.B. Ärztekammer / IHK)
      - vermeintlicher Erstattungsanspruch besteht nicht
- Herausgabe des Erlangten  
 → KEINE Entreicherung (aber zugunsten des Bürgers Vertrauensschutz, § 49 a II 2)

[www.jbaumann.eu](http://www.jbaumann.eu)