

**FALL 1**

**1. Wo sind die Verweisungsmöglichkeiten des VG geregelt? Grenzen Sie die Anwendungsbereiche der einzelnen Normen ab!**

§§ 173 VwGO, 17 a II GVG bieten dem Verwaltungsgericht die Möglichkeit der Rechtswegverweisung, §§ 83 VwGO, 17 a II GVG die der Zuständigkeitsverweisung.

**2. Kann das VG auch an das BVerfG verweisen?**

Nein, da das Bundesverfassungsgericht nicht zum Rechtsweg iSd § 17 a II GVG gehört, weil es keinen Verfassungsrechtsweg gibt. Ansonsten würde das BVerfG zur Superrevisionsinstanz werden, da sie an die Verweisung des Gerichts gebunden wäre, vgl. § 17 a II 3 GVG. Art. 93 GG enthält aber einen Ausschließlichkeitskatalog der Zuständigkeiten.

**3. Das LG hat zu Unrecht an das VG verwiesen. Welches Prozessrecht, welches materielle Recht findet Anwendung?**

Prozessual findet das Recht des jeweiligen Rechtswegs Anwendung, also Verwaltungsrecht, vgl. § 17 a I GVG. Materiellrechtlich gilt jedoch das Zivilrecht.

**4. Eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit liegt vor, wenn der Streitgegenstand sich nach öffentlichem Recht beurteilt. Hat das VG die Kompetenz, Vorfragen aus dem Zivilrecht zu entscheiden?**

Ja, das Verwaltungsgericht kann auch Vorfragen aus dem Zivilrecht entscheiden. Gem. § 17 II GVG entscheidet das Gericht des zulässigen Rechtswegs den Rechtsstreit unter allen in Betracht kommenden rechtlichen Gesichtspunkten. Ist die Vorfrage Streitgegenstand eines Verfahrens vor einem anderen Gericht, liegt es ihm Ermessen des Gerichts, die Verhandlung bis zur Entscheidung des anderen (sachnäheren) Gerichts auszusetzen, § 94 S. 1 VwGO.

**5. Ein Bundesbeamter fordert von seinem Dienstherrn wegen derselben Handlung Schadensersatz aus dem Beamtenverhältnis und aus Amtshaftung. Das nach § 126 BBG zuständige VG hält die Klage unter beiden Aspekten für unbegründet. Wie entscheidet es?**

Es wird den Schadensersatzanspruch aus dem Beamtenverhältnis ablehnen und hinsichtlich der Amtshaftung an den ordentlichen Rechtsweg verweisen. Art. 34 S. 3 GG ist höherrangiges Recht, so dass § 17 II 1 GVG nicht gilt. Einen Hinweis darauf gibt § 17 II 2 GVG, der allerdings wegen Art. 34 S. 3 GG nur deklaratorisch ist.

**6. Kann in dem Prozess vor dem VG mit einer zivilrechtlichen Forderung aufgerechnet werden?**

Ob die (S) Aufrechnung mit einer rechtswegfremden Forderung möglich ist, wird nicht einheitlich beantwortet. Die wohl h.M. befürwortet dies aus Gründen der Prozess- und Verfahrensökonomie. § 17 II GVG spricht von einer Entscheidung unter allen in Betracht kommenden rechtlichen Ge-

sichtspunkten. Dagegen wird teilweise eingewandt, dass die Aufrechnung keinen rechtlichen Gesichtspunkt iSv § 17 II GVG darstellt, sondern nur eine tatsächliche Frage. Eine Aufrechnung mit rechtswegfremden Forderungen wird danach abgelehnt.

## **Systematische Fragen**

### **1. Welche Klagetypen kennt die VwGO?**

Gestaltungsklagen: Anfechtungsklage (Gericht gestaltet die Rechtslage neu, indem der Verwaltungsakt aufgehoben wird)

Leistungsklagen: Verpflichtungsklage (auf VA gerichtet), Allgemeine Leistungsklage (nicht auf VA gerichtet)

Feststellungsklagen: Allgemeine Feststellungsklage, Fortsetzungsfeststellungsklage, Normenkontrollklage

Für alle Klagetypen gibt es zudem die Möglichkeit des einstweiligen Rechtsschutzes: § 47 VI VwGO für Normenkontrollklagen, § 80 V VwGO für Anfechtungsklagen und § 123 VwGO für alle anderen Klagen.

### **2. Was ist bei § 40 I VwGO zu prüfen?**

- I. Aufdrängende Spezialzuweisung ist vorrangig also vor § 40 I 1 VwGO zu prüfen.
- II. Keine abdrängende Sonderzuweisung
- III. Öfftl.-rechtl. Streitigkeit
- IV. Nicht verfassungsrechtlicher Art

### **3. + 4. Wie lauten die Hauptpunkte, wie das vollständige Zulässigkeitsschema?**

- I. Statthafte Klageart
  - II. Klagebefugnis, § 42 II VwGO
  - III. Vorverfahren, § 68 ff. VwGO
  - IV. Klagefrist, § 74 I VwGO
  - V. Klagegegner, § 78 VwGO
  - VI. Beteiligten- und Prozessfähigkeit, §§ 61, 62 VwGO
  - VII. Form, § 81 VwGO
  - VIII. Gerichtszuständigkeit, §§ 45, 52 VwGO
  - IX. Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis
- Vgl. Übersicht 1.

### **5. Wie lautet das allgemeine Schema für die Prüfung der Begründetheit?**

Die Klage ist begründet, soweit das Verwaltungshandeln oder –unterlassen rechtswidrig war und der Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt ist. Vgl. Übersicht 2.

## **FALL 2**

### **1. Welche vorläufige Rechtschutzform käme hier in Betracht?**

Denkbar wäre die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung nach § 80 V VwGO, da in der Hauptsache eine Anfechtungsklage statthaft ist. Einstweiliger Rechtsschutz ist hier allerdings nicht erforderlich, da die Klage ohnehin aufschiebende Wirkung hat und die sofortige Vollziehung nicht nach § 80 II Nr. 4 VwGO angeordnet worden ist.

### **2. Nennen Sie die Voraussetzungen für die Erteilung einer Gaststättenerlaubnis.**

- Anwendbarkeit des GaststättenG (§ 1 GaststättenG)
- Erlaubnispflichtigkeit (§ 2 GaststättenG)
- kein Vorliegen von Versagungsgründen (§ 4 GaststättenG)

Die Erteilung der Gaststättenerlaubnis ist eine gebundene Entscheidung, d.h. sie steht nicht im Ermessen der Behörde (arg.: Umkehrschluss aus § 4 GaststättenG).

### **3. Wie kann der unerlaubte Betrieb einer Gaststätte unterbunden werden?**

Der unerlaubte Betrieb einer Gaststätte kann gem. § 15 II GewO iVm § 31 GaststättenG verhindert (= verboten) werden.

### **4. Wie verhält sich das GaststättenG zur GewO?**

Die Gewerbeordnung gehört zum allgemeinen, das Gaststättenrecht zum besonderen, also speziellen Gewerberecht, vgl. § 31 GastG.

## **Systematische Fragen zum belastenden Verwaltungsakt**

### **I. Prozessuales**

#### **1. Wann wird § 42 II VwGO wichtig?**

§ 42 II VwGO spielt bei der Prüfung der Klagebefugnis eine Rolle. Probleme können auftauchen, wenn nicht der Adressat eines belastenden Verwaltungsaktes klagt, sondern ein Dritter. In dem Fall bedarf es für den Dritten einer sog. drittschützenden Norm, die möglicherweise verletzt sein könnte.

#### **2. Gibt es im Rahmen der Klagebefugnis eine Adressatentheorie?**

Die Bezeichnung Adressatentheorie ist eigentlich falsch, da es sich nicht um eine Theorie handelt, es gibt nämlich keine gegenteilige Ansicht. Ist der Kläger Adressat eines belastenden VAs gegen den er sich wehren will, ergibt sich die Klagebefugnis aus dem Gedanken, dass zumindest seine

allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 I GG) als Auffanggrundrecht verletzt ist, weil ihm ein Handeln, Dulden oder Unterlassen vorgeschrieben wird, das er nicht will. Korrekterweise muss man daher vom Adressatengedanken sprechen.

### **3. Ist der Adressat eines Verwaltungsakts immer in seinen Rechten beeinträchtigt?**

Zumindest nicht bei begünstigenden, aber auch nicht zwingend bei belastenden Verwaltungsakten. Probleme stellen sich insb. wenn der Adressat eines belastenden Verwaltungsaktes eine staatliche Stelle ist. Der Adressatengedanke greift dann nicht, da sich eine staatliche Stelle grds. nicht auf Grundrechte berufen kann (Konfusionsargument, Ausn.: grundrechtsdienende juristische Personen/ Kirchen).

### **4. Worin liegt der Unterschied zwischen Klagebefugnis und Rechtsschutzbedürfnis?**

Die Klagebefugnis betrifft die Frage „ob“ die Möglichkeit einer Rechtsverletzung besteht. Im Rechtsschutzbedürfnis ist zu klären, ob das Ziel nicht auf andere Weise einfacher erreicht werden könnte („wie“).

## **II. Prüfungsschema für den belastenden Verwaltungsakt**

### **1. Was ist beim Prüfungspunkt „Rechtsgrundlage“ zu prüfen?**

Bei der Prüfung der Rechtsgrundlage ist zu problematisieren,

- ob eine Rechtsgrundlage überhaupt erforderlich ist ((P) Leistungsverwaltung),
- ob eine speziellere Rechtsgrundlage existiert ((P) Sperrwirkung des Spezialgesetzes) und
- ob die Rechtsgrundlage selbst rechtmäßig ist (insb. bei fiktiven Gesetzen/ RVO/ Satzungen).

### **2. Welche Normen sind bei Verfahrensfehlern zu berücksichtigen?**

Zu beachten sind § 45 VwVfG, nach dem bestimmte formelle Fehler des VAs geheilt werden können, indem die versäumte Handlung bis zum Abschluss des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens nachgeholt wird. Der VA wird dadurch rechtmäßig.

Wird der Verfahrens- oder Formfehler nicht geheilt, so bleibt eine Anfechtungsklage trotz der formellen Rechtswidrigkeit des VAs gem. § 46 VwVfG unbegründet, wenn der Fehler die Entscheidung in der Sache offensichtlich nicht beeinflusst hat, die Behörde also einen gleichen VA unter Beachtung der Form- und Verfahrensvorschriften sofort wieder erlassen würde oder müsste. Trotz Unbeachtlichkeit des Fehlers bleibt der VA rechtswidrig. § 46 VwVfG kann jedoch erst iRd subj. Rechtsverletzung geprüft und angewandt werden.

Außerdem ist § 44 VwVfG zu berücksichtigen, nach dem der Verwaltungsakt aufgrund des Fehlers nichtig sein kann.

### **3. Welche Formulierungen des Gesetzes räumen der Behörde Ermessen ein?**

Die Ausdrücke „kann“ und „darf“ räumen der Behörde Ermessen ein. Verwendet der Gesetzgeber „soll“, liegt eigentlich ein Fall der gebundenen Entscheidung vor, der bei atypischen Konstellationen aber ausnahmsweise Ermessen zulässt.

### **4. In welcher Hinsicht kann Ermessen bestehen?**

Möglich sind das Entschließungsermessen („Ob“ die Behörde handelt, (S) Opportunitätsprinzip) und das Auswahlermessen („Wie“ die Behörde handelt), das sich in Störerauswahl („gegen wen?“) und Wahl der Mittel aufspalten lässt.

### **5. Welche Ermessensfehler sind zu unterscheiden?**

Ermessensnichtgebrauch: Behörde erkennt nicht, dass sie Ermessen hat

Bsp.: Obwohl zwei Störer existieren, glaubt die Polizei keine Wahl zu haben, weil sie nur von einem Störer weiß.

Ermessensunterschreitung: Behörde erkennt ihr Ermessen zwar, unterschreitet

Bsp.: Die Polizei weiß von zwei Störern und trifft zwischen diesen eine Auswahl. Tatsächlich existiert aber noch ein dritter Störer.

Ermessens Fehlgebrauch: Behörde geht von unzutreffenden Voraussetzungen aus, ermittelt nicht ausreichend (Heranziehungsdefizit) oder gewichtet falsch (Abwägungsdefizit), insb. sachfremde Erwägungen

Ermessensüberschreitung: Behörde überschreitet die äußeren Grenzen des Ermessens, wählt insb. eine nicht vorgesehene Rechtsfolge (insb. Verletzung von Grundrechten, Unverhältnismäßigkeit)

### **6. Erläutern Sie § 44 VwVfG.**

Bei der Prüfung des § 44 VwVfG sind – sofern keine Spezialvorschrift einschlägig ist - zunächst die speziellen Nichtigkeitsgründe des Absatz 2 zu prüfen, anschließend die Tatbestände des Absatz 3, die zumindest eine Indizwirkung dafür geben, dass der VA nicht nichtig ist. Erst dann greift § 44 I VwVfG als Auffangtatbestand, unabhängig davon, ob ein Fall des § 44 III VwVfG vorliegt oder nicht.

Danach ist ein VA nichtig, wenn er unter einem besonders schweren Fehler leidet, der offenkundig ist. Für einen besonders schwerwiegenden Fehler ist mehr zu verlangen als bloße Rechtswidrigkeit, es muss ein besonderer Widerspruch zur Rechtsordnung bestehen – bloße Kleinigkeiten reichen nicht. Die Offenkundigkeit des Fehlers ist das wesentliche Merkmal des § 44 I VwVfG. Sie liegt vor, wenn sich der Fehler geradezu aufdrängt, er muss dem VA – aus der Sicht eines aufmerksamen und verständigen Durchschnittsbeobachters – „auf der Stirn geschrieben stehen“.

Beachten Sie, dass ein rechtswidriger Verwaltungsakt grds. wirksam und nur ausnahmsweise nichtig ist!

Die Prüfungsreihenfolge lautet also:

- zwingende Nichtigkeit                    nach Abs. 2
  - niemals Nichtigkeit                    nach Abs. 3
  - Evidenz eines Fehlers                    nach Abs. 1.
- 

### **FALL 3**

#### **1. Worin liegt das „Wesen“ der Suspensivwirkung?**

Suspensiveffekt bedeutet, dass aus der angefochtenen Entscheidung für die Dauer der aufschiebenden Wirkung keine endgültigen rechtlichen Folgen hergeleitet werden dürfen. Er stellt einen Ausgleich zu § 43 II VwVfG dar, nachdem auch ein rechtswidriger Verwaltungsakt grds. wirksam ist.

Teilweise wird das mit einer Wirksamkeitshemmung begründet: Der angefochtene VA ist vorläufig nicht wirksam. Gegen diese Ansicht spricht aber § 43 I, II VwVfG, der die Fälle der Unwirksamkeit eines VAs abschließend aufzählt. Die h.M. geht daher von einer Vollzugshemmung aus, d.h. der VA ist zwar wirksam, aber vorläufig nicht vollziehbar. Im Ergebnis besteht freilich nach beiden Ansichten kein Unterschied, da auch ein nicht wirksamer VA nicht vollziehbar ist. Einziger Unterschied etwa bei Rückforderung von Bezügen nach § 12 II BBesG, vgl. dazu extra Vertiefungsfragen zum VwR AT.

#### **2. Wann wendet man § 123 und wann § 80 V VwGO an?**

Grundsätzlich gilt: Ist für die Hauptsache die Anfechtungsklage statthafte Klageart, so ist § 80 V VwGO die richtige Norm. Bei aller anderen Klagearten greift § 123 VwGO, vgl. § 123 V VwGO.

Zu beachten sind die Sonderfälle (vgl. auch Übersicht 5):

Fiktion der §§ 81 III, IV, 84 AufenthG (einstweiliger Rechtsschutz aber nach § 80 V VwGO), faktischer Vollzug (wenn Behörde trotz Suspensiveffekts vollzieht, liegt in der Hauptsache eine Anfechtungsklage vor, § 80 V VwGO erfasst nach h.M. dann auch die Feststellung der aufschiebenden Wirkung).

#### **3. Überwiegt das Vollzugsinteresse bei § 80 V VwGO schon dann, wenn der Verwaltungsakt rechtmäßig ist?**

Bei einem Fall von § 80 V 1 1.Alt. VwGO überwiegt das Vollzugsinteresse im Regelfall, wenn der VA rechtmäßig ist, es sei denn es liegt ein Fall unbilliger Härte vor.

Bei einem Fall von § 80 V 1 2.Alt. VwGO reicht die Rechtmäßigkeit des VA keinesfalls, sonst könnte jeder rechtmäßige VA für sofort vollziehbar erklärt werden. Hier ist in jedem Fall eine weitere Interessenabwägung notwendig, vgl. Übersicht 5.

---

## **FALL 4**

### **1. Nennen Sie die Wurzeln des Grundsatzes vom Vorbehalt des Gesetzes.**

Aus dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 III GG ergibt sich der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, aus dem wiederum die Grundsätze vom Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes abgeleitet werden.

### **2. Wann gilt der Gesetzesvorrang und wann der Vorbehalt des Gesetzes?**

Der Vorrang des Gesetzes gilt bei jedem staatlichen Handeln. Der Vorbehalt des Gesetzes gilt dagegen nur im Rahmen der Eingriffsverwaltung sowie bei der Leistungsverwaltung entsprechend der Wesentlichkeitsrechtsprechung (Bsp.: Pressesubventionen).

### **3. Wann ist das Ermessen der Behörde auf Null reduziert?**

Das Ermessen der Behörde ist auf Null reduziert, wenn keine rechtmäßige Alternativentscheidung möglich ist. Das kann insbesondere in Fällen der Selbstbindung der Verwaltung über Art. 3 I GG der Fall sein, aber auch wenn eine abweichende Zusage gemacht wurde oder – gerade im Polizeirecht – ein Einschreiten zum Schutze höchster Rechtsgüter erforderlich ist oder der Eintritt eines erheblichen Schadens mit großer Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist.

### **4. Gibt es einen allgemeinen Anspruch auf fehlerfreie Ermessensausübung?**

Ein Anspruch auf fehlerfreie Ermessensausübung im Sinne eines subjektiven öffentlichen Rechts besteht, wenn die Norm zumindest auch im Individualinteresse des Bürgers steht. Das ist allerdings nicht bei allen Ermessensnormen der Fall.

---

## **FALL 5**

### **1. Welches Merkmal des Verwaltungsaktbegriffes ist hier im Fall problematisch? Definieren Sie dieses Merkmal!**

Problematisch ist hier das Merkmal der Regelung. Eine Regelung ist eine behördliche Willenserklärung, die unmittelbar auf die Herbeiführung einer verbindlichen Rechtsfolge gerichtet ist. Bloße Mitteilungen, Auskünfte oder Empfehlungen sind als Realakte demnach ebensowenig VAe, wie eine lediglich wiederholende Verfügung, bei der auf eine bestehende Regelung hingewiesen wird, ohne dass erneut eine Sachprüfung durch die Behörde stattfindet. Auch solche Maßnahmen, die eine spätere Verfügung lediglich vorbereiten, haben keinen Regelungscharakter

### **2. Nehmen Sie kurz zum Problem der unbestimmten Rechtsbegriffe mit Beurteilungsspielraum Stellung!**

Grds. sind unbestimmte Rechtsbegriffe im Hinblick auf Art. 19 IV GG voll gerichtlich überprüfbar. In bestimmten Fällen, in denen eine größere Sachnähe und –kunde der Verwaltung besteht oder weil bestimmte Entscheidungen nicht wiederholbar sind, werden jedoch Ausnahmen gemacht:

- bei beamtenrechtlichen Beurteilungen,
- bei Prüfungsentscheidungen,
- bei bestimmten Prognoseentscheidungen
- bei Wertungsentscheidungen weisungsfreier und pluralistisch besetzter Gremien.

In diesen Fällen besteht ein Beurteilungsspielraum der Verwaltung. Das Gericht darf nur überprüfen,

- ob von falschen Tatsachen ausgegangen worden ist,
- ob allgemeingültige Bewertungsmaßstäbe verletzt worden sind,
- ob Verfahrensvorschriften nicht eingehalten worden sind,
- ob sachfremde Erwägungen angestellt worden sind.

.

---

## **FALL 6**

### **1. Nach welchem Grobschema können Sie die Versagung einer Genehmigung klausurtechnisch überprüfen?**

- Anspruchsgrundlage
- Genehmigungsbedürftigkeit
- Formelle Rechtmäßigkeit
- Materielle Rechtmäßigkeit - Genehmigungsfähigkeit

Die Genehmigungsbedürftigkeit des Vorhabens betrifft die Frage, ob eine Genehmigung überhaupt erforderlich ist. Bei der Genehmigungsfähigkeit ist zu überprüfen ob die erforderliche Genehmigung erteilt werden kann.

Bei gebundener Entscheidung/ Ermessensreduktion auf Null bietet sich der „Anspruchsaufbau“ an (Bsp.: „Die Verpflichtungsklage ist begründet, soweit der Kläger einen Anspruch auf den begehrten Verwaltungsakt hat. Ein möglicher Anspruch könnte sich aus § x BauO ergeben.“).

Dagegen empfiehlt sich bei Ermessensentscheidungen der zweigeteilte (Ablehnungs-) Aufbau des § 113 V VwGO, bei dem – ähnlich der Anfechtungssituation – die Rechtmäßigkeit des Versagungsbescheides und die ggf. eintretende Rechtsverletzung überprüft wird (Bsp.: „Die Verpflichtungsklage ist begründet, soweit die Ablehnung rechtswidrig und der Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt ist.“).



**2. Im Ausgangsfall hatte die Zustimmung der obersten Landesstraßenbaubehörde keine Verwaltungsaktqualität. Gilt dies auch für die Zulassung einer Ausnahme im Rahmen des § 9 VIII BFStrG?**

Im Falle sog. mehrstufiger Verwaltungsakte besteht Außenwirkung dann, wenn die Regelung nach ihrem objektiven Sinngehalt dazu bestimmt ist, über den verwaltungsinternen Bereich hinauszugreifen. Grds. besteht in der Mitwirkung nur eine verwaltungsinterne Erklärung gegenüber der Behörde, die den Verwaltungsakt erlässt. Grund dafür ist der effektive Rechtsschutz für den Bürger, Art. 19 IV GG, für den nur ein Klagegegner in Betracht kommt, nämlich die Erlassbehörde. Etwas anderes gilt jedoch, wenn die mitwirkende Behörde einen (S) inkongruenten Prüfungsbereich hat, wie bei § 9 VIII BFStrG. In dem Fall liegt in der Mitwirkung ein eigenständiger Verwaltungsakt. Bei der Ausnahme nach § 9 VIII BFStrG ergehen damit zwei Verwaltungsakte, bei § 9 II BFStrG nur einer.

**3. Wann liegt auch in Fällen des kongruenten Prüfungsbereiches ausnahmsweise gegenüber dem Bürger ein VA vor?**

Bei formellen Verwaltungsakten, wenn also die Behörde die äußere Form eines VAs wählt.

**4. Mandant M hat den RA R beauftragt, Klage gegen eine Abrissverfügung zu erheben, die dem M am 03.09. mit Postzustellungsurkunde zugestellt wurde. Die von R entworfene Klage wird von der Auszubildenden versehentlich in einen falschen Stapel sortiert und dort erst am 10.10. gefunden. Was kann R unternehmen?**

Die Abrissverfügung wurde am 03.09. mit Postzustellungsurkunde gem. § 3 VwZG zugestellt. Daher ist Fristbeginn am 04.09. Ein Monat (§ 74 VwGO) endet am 03.10. Da dies aber der Tag der deutschen Einheit und damit ein Feiertag ist, endet die Frist gem. § 193 BGB am 04.10. Gleichwohl ist die Klageerhebung am 10.10. verfristet. In Betracht kommt nun eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gem. § 60 VwGO (lesen!). Zu beachten ist dabei, dass eine Wiedereinsetzung nur gewährt wird, wenn die Fristeinholung ohne Verschulden versäumt wurde, wobei das Verschulden des RA dem Mandanten zugerechnet wird. Allerdings wird ein Verschulden von Mitarbeitern des RA dem Mandanten dann nicht zugerechnet, wenn der RA deutlich machen kann, dass ihn kein Organisationsverschulden trifft. Dies bedeutet im konkreten Fall: Soweit der RA R darlegen kann, dass er die Auszubildende ordnungsgemäß ausgesucht und überwacht hat und auch sonstige Vorkehrungen zur Fristwahrung getroffen hat, kann erfolgreich Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gem. §60 VwGO beantragt werden.

**Systematische Fragen zum Verwaltungsakt**

**1. Wie lassen sich die Verwaltungsakte nach ihrem Inhalt einteilen?**

- befehlende VAe (Gebot/ Verbot)
- gestaltende VAe (Begründung eines neuen Status)
- feststellende VAe (Klärung einer Rechtslage)

**2. Wie lassen sich die Verwaltungsakte nach ihrer Wirkung einteilen?**

- begünstigende / belastende VAe
- VAe mit Dauerwirkung (z.B. Rentenbescheid)

- VAe mit Doppelwirkung (z.B. Baugenehmigung)
- vorläufige VAe

### **3. Was sind die wichtigsten Funktionen des Verwaltungsakts?**

- **Regelungsfunktion**: VA entfaltet nach Bestandskraft Bindungswirkung

Arten von Bindungswirkung:

Tatbestandswirkung:

nur Bindung an den Tenor des VA, Regelfall

Feststellungswirkung:

Bindung an den Tenor und die Gründe des VA (nur, wenn gesetzlich angeordnet, z.B. § 35 III GewO)

Konzentrationswirkung:

eine Genehmigung ersetzt alle für ein Vorhaben erforderlichen Genehmigungen (nur, wenn gesetzlich angeordnet, z.B. § 13 BImSchG, § 75 VwVfG)

• **Titelfunktion:**

Verwaltung kann bestimmte VAe, die auf ein Tun, Dulden oder Unterlassen gerichtet sind, selbst vollstrecken. VA ist insoweit Vollstreckungstitel, vgl. VwVG.

**4. Nennen Sie die Kriterien des Verwaltungsakts und erläutern Sie diese kurz mit Gegenbeispielen.**

Ein Verwaltungsakt ist eine

- |                                    |  |
|------------------------------------|--|
| - hoheitliche Maßnahme             | ⇔ Maßnahme im Gleichordnungsverhältnis       |
| - einer Behörde                    | ⇔ Privatperson, Rechtsprechung, Gesetzgebung |
| - zur Regelung                     | ⇔ Realakt                                    |
| - eines Einzelfalls                | ⇔ generell-abstrakt                          |
| - auf dem Gebiet des öff. Rechts   | ⇔ auf dem Gebiet des Privatrechts            |
| - die auf Rechtswirkung nach außen | ⇔ verwaltungsinterne Wirkung                 |

gerichtet ist.

---

**FALL 7**

**1. Was ist der Unterschied zwischen wiederholender Verfügung und Zweitbescheid? Welche prozessualen Folgen ergeben sich aus diesem Unterschied?**

Bei der wiederholenden Verfügung handelt es sich um einen bloßen Hinweis der Behörde auf den Inhalt eines bereits früher ergangenen VA, ohne dass eine erneute Sachprüfung stattfindet. Nach h.M. kann darin aber eine verfahrensrechtliche Regelung gesehen werden, nämlich den Fall nicht erneut zu prüfen, so dass ein VA vorliegt.

Bei einem Zweitbescheid hat dagegen eine neue Sachentscheidung der Behörde stattgefunden. Der Zweitbescheid hat Regelungswirkung in materiell-rechtlicher Hinsicht und ist ein VA.

Das entscheidende Abgrenzungskriterium besteht darin, ob die Behörde erneut in eine Sachprüfung eingestiegen ist, dann nämlich liegt ein Zweitbescheid vor.

**2. Kann die Behörde über einen verspätet eingelegten Widerspruch zur Sache entscheiden?**

Die Frage, ob eine behördliche Sachentscheidung trotz verfristeter Widerspruchserhebung möglich ist, wird nicht einheitlich beantwortet.

Teilweise wird dies abgelehnt, da der Verwaltungsakt in formelle Bestandskraft erwachsen ist. Die Behörde hat dadurch ihre Entscheidungskompetenz verloren. Die Fristen dienen der Entlastung der Gerichte sowie dem Schutz der Widerspruchsbehörde und Dritter.

Die h.M. lässt eine Entscheidung zu, so dass die Sachentscheidung den Fristablauf überwindet. Argument dafür ist, dass die Behörde die (S) Herrin des Vorverfahrens ist. Zudem soll die Frist vor allem die Behörde schützen, die auf diesen Schutz aber verzichten kann. Zudem ist eine Erweiterung des Rechtsschutzes immer positiv. Eine unstreitige Ausnahme gilt aber zum Schutz Dritter bei Klagen mit Drittwirkung. Dort ist eine Entscheidung über einen verspätet eingelegten Widerspruch nicht möglich.

### **3. Was ist der Unterschied zwischen Rechtsmittel und Rechtsbehelf?**

Rechtsmittel wenden sich gegen Gerichtsentscheidungen. Rechtsbehelf stellt den Oberbegriff dar.

---

## **FALL 9**

### **1. Zählen Sie die Handlungsformen der Verwaltung auf!**

vgl. Übersicht 6.

### **2. Grenzen Sie den öffentlich-rechtlichen Vertrag vom Verwaltungsakt ab!**

Beim öffentlich-rechtlichen Vertrag besteht kein Subordinationsverhältnis, sondern Gleichordnung. Der Bürger wird entscheidend in den Regelungsbereich mit einbezogen.

Problematisch ist die Abgrenzung zwischen einem öffentlich-rechtlichen Vertrag und einem zustimmungsbedürftigen Verwaltungsakt. Ausschlaggebend ist, wie hoch die Einflussmöglichkeiten hinsichtlich der Regelung sind. Sind Behörde und Bürger gleichberechtigte Vertragspartner, handelt es sich um einen öffentlich-rechtlichen Vertrag, die Erklärung des Bürgers ist Existenzvoraussetzung. Beim zustimmungsbedürftigen Verwaltungsakt ist die Erklärung des Bürgers nur Rechtmäßigkeitsvoraussetzung, vgl. auch Vertiefungsfragen zu VerwR AT Fall 5.

### **3. Grenzen Sie den öffentlich-rechtlichen Vertrag von der Zusicherung ab!**

Bei der Zusicherung ist anders als beim öffentlich-rechtlichen Vertrag keine Gegenleistung erforderlich, sie kann einseitig erfolgen. Eine rechtswidrige Zusicherung kann zurückgenommen werden, während ein rechtswidriger öffentlich-rechtlicher Vertrag nur nach § 59 VwVfG nichtig sein kann.

#### **4. Wann ist ein Vertrag öffentlich-rechtlich?**

Ein Vertrag ist öffentlich-rechtlich, wenn er ein Rechtsverhältnis auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts regelt und von einer Behörde abgeschlossen worden sind. Dabei können auch Zweck und Gesamtcharakter des Vertrages Hinweise geben.

#### **5. Geben Sie einen Überblick über das Prüfungsschema!**

Vgl. Übersicht zum ÖR Vertrag.

#### **6. Warum wird Rechtmäßigkeit und Wirksamkeit unterschieden?**

Die Unterscheidung zwischen Rechtmäßigkeit und Wirksamkeit ist ein Kompromiss zwischen dem Grundsatz unbedingter Vertragsbindung als Erfordernis der Rechtssicherheit und dem Erfordernis der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung.

#### **7. Gilt der Gesetzesvorbehalt für den öffentlich- rechtlichen Vertrag?**

Für den öffentlich- rechtlichen Vertrag gilt der Vorbehalt des Gesetzes nicht, sondern nur der Vorrang des Gesetzes. Das Wesen eines Vertrages ist das Aushandeln. Daher kann sich nicht der gesamte zulässige Inhalt aus dem Gesetz ergeben. Allerdings besteht auch keine reine Privatautonomie: Der Inhalt des Vertrages wird durch die öffentlich-rechtlichen Normen begrenzt.

#### **8. Wie prüfen Sie die Wirksamkeit?**

Vgl. Übersicht zum ÖR Vertrag.

#### **9. Gilt über § 59 I VwVfG § 134 BGB?**

Nach h.M. gilt über § 59 I VwVfG wie im Zivilrecht auch § 134 BGB, wenn tatsächlich ein Verbotsgesetz vorliegt und eben dieser Vertrag verhindert werden soll. § 134 BGB greift jedoch nicht bei bloßer Rechtswidrigkeit wegen eines Gesetzesverstößes. Ansonsten wäre der öffentlich-rechtliche Vertrag immer nichtig, was aber dem Grundsatz des § 59 II VwVfG widerspricht.

#### **10. Was ist ein koordinationsrechtlicher, subordinationsrechtlicher öffentlich-rechtlicher Vertrag, was ist ein Austausch-, was ein Vergleichsvertrag?**

Ein koordinationsrechtlicher ör-Vertrag wird auf gleicher Ebene, also zwischen Behörden geschlossen. Der subordinationsrechtliche ör-Vertrag ist der Regelfall und besteht zwischen Bürger und Behörde. Bei einem Austauschvertrag, § 56 VwVfG, findet ein Austausch von Leistung und Gegenleistung statt. Ein Vergleichsvertrag, § 55 VwVfG, wird geschlossen, wenn eine Ungewissheit besteht, die durch gegenseitiges Nachgeben beseitigt werden kann.

## 11. Was versteht man unter dem sogenannten Kopplungsverbot?

Das Kopplungsverbot (§ 56 I 2 VwVfG) soll vor dem (S) Ausverkauf von Hoheitsrechten schützen. Leistung und Gegenleistung müssen danach angemessen sein und in einem sachlichen Zusammenhang stehen, also dem selben Interesse dienen.

---

### FALL 10

#### 1. Unterscheiden sie die Arten von Nebenbestimmungen anhand ihrer Rechtsfolgen.

Befristung: Wirksamkeit des VAs endet mit Eintritt eines gewissen Ereignisses

Bedingung: die innere Wirksamkeit des VAs ist abhängig vom Eintritt eines ungewissen Ereignisses („Nein, es sei denn...“)

Auflage: die innere Wirksamkeit des VAs besteht, aber es wird ein zusätzliches Tun/ Dulden/ Unterlassen verlangt („Ja, aber...“)

Widerrufsvorbehalt: die Behörde hat die vereinfachte Möglichkeit, den VA zu widerrufen

Auflagenvorbehalt: die Behörde hat die Möglichkeit, nachträglich Auflagen zu erlassen oder zu ändern

vgl. dazu Übersicht zu den Nebenbestimmungen

#### 2. Was ist eine modifizierende Auflage?

Bei der modifizierenden Auflage wird dem Antrag eine Auflage beigefügt, durch die vom Antrag abgewichen wird. Abgesehen davon, dass die modifizierende Auflage selbständig vollstreckbar ist, besteht kein Unterschied zur modifizierten Gewährung, bei der vom Antrag abgewichen wird, nur nicht in Form der Auflage. Beide sind nicht isoliert anfechtbar, so dass die Verpflichtungsklage statthaft ist. Daher wird in der Literatur die modifizierende Auflage auch teilweise für entbehrlich gehalten.

#### 3. Wie prüft man die Zulässigkeit von Nebenbestimmungen?

Zu prüfen ist, ob spezialgesetzliche Rechtsgrundlagen eingreifen, die § 36 VwVfG verdrängen.

Ist das nicht der Fall, ist weiter nach dem Haupt-VA zu differenzieren:

Liegt ein Haupt-VA mit gebundener Entscheidung vor, richtet sich die Zulässigkeit nach § 36 I VwVfG, so dass eine NB nur dann zulässig ist, wenn sie spezialgesetzlich zugelassen ist oder erlassen wird, um die Tatbestandsvoraussetzungen für den Haupt-VA zu erfüllen.

Liegt hingegen ein Haupt-VA mit Ermessensentscheidung vor, richtet sich die Zulässigkeit nach § 36 II VwVfG. Hier können NB nach pflichtgemäßem Ermessen erlassen werden.

Das Prüfungsschema ist identisch dem VA-Schema:

(1) RGL (s.o.)

(2) Formelle RM (Zuständigkeit, Verfahren, Form)

(3) Materielle RM (Voraus. der RGL, sonst. Voraus.)

**4. Ist eine rechtswidrige Nebenbestimmung durchsetzbar?**

Ja, auch eine rechtswidrige Nebenbestimmung ist wirksam, § 43 VwVfG.

**5. Wann ist ausnahmsweise eine rechtswidrige unanfechtbare Nebenbestimmung nicht durchsetzbar?**

Eine rechtswidrige unanfechtbare Nebenbestimmung ist nicht durchsetzbar, wenn sie nichtig ist.

**6. An welche Möglichkeit muss man bei rechtswidrigen oder nichtigen Nebenbestimmungen denken?**

Bei rechtswidrigen oder nichtigen Nebenbestimmungen ist an die Möglichkeit der Teilnichtigkeit (§ 44 IV VwVfG) oder die Umdeutung (§ 47 VwVfG) zu denken.

**7. Kann man bei nichtigen Nebenbestimmungen im Rahmen der Auslegung von § 44 IV VwVfG den Willen der Behörde berücksichtigen?**

Nein, bei nichtigen Nebenbestimmungen kann man im Rahmen der Auslegung von § 44 IV VwVfG den Willen der Behörde nicht berücksichtigen. Es ist auf den Willen einer gesetzestreuen Behörde und damit auf eine objektivierte Sichtweise abzustellen.

**8. Welche Klagemöglichkeiten hat der Bürger gegen Nebenbestimmungen?**

Dem Kläger stehen die Anfechtungsklage gegen die Nebenbestimmung oder die Verpflichtungsklage auf Erlass eines Verwaltungsaktes ohne Nebenbestimmung zur Verfügung. Vgl. dazu umfassend Übersicht 5.

---

**FALL 11**

**1. Worin besteht der Unterschied zwischen § 45 und § 46 VwVfG?**

Nach h.M. vermag § 45 VwVfG die formelle RW des VA zu heilen und ist daher in der formellen RM anzusprechen. § 46 VwVfG hingegen führt nur zur Unbeachtlichkeit der RW des VA, vermag an der RW des VA selbst nichts zu ändern und ist daher erst in der subj. Rechtsverletzung beim Kläger zu subsumieren.

**2. Unter welchen Voraussetzungen ist das Nachschieben von Gründen durch die Behörde im Prozess zulässig?**

§ 114 S. 2 VwGO ermöglicht nach h.M. das (S) Nachschieben von Gründen im Verwaltungsprozess. Hat die Behörde bspw. ihre Ermessensentscheidung nicht ausreichend begründet, wäre eine Anfechtungsklage erfolglos, wenn die Begründung nachgeholt wird.

Die Grenzen liegen jedoch dort, wo der Verwaltungsakt in seinem Wesen verändert wird (bspw. Stützung auf eine völlig andere Rechtsgrundlage mit anderen Voraussetzungen) oder der Kläger in seiner Rechtsverteidigung beeinträchtigt wird (wenn bspw. vorher überhaupt keine Begründung erfolgt ist und der Betroffene gleichsam zur Klage provoziert wird).

Streng davon zu trennen (!) ist die Frage der Nachholung einer Begründung nach § 45 VwVfG, bei der es bloß darum geht, die formelle RW des VA wegen Fehlens einer Begründung zu heilen.

---

## **FALL 12**

### **1. Welche Voraussetzung hat § 49 III VwVfG ?**

- rechtmäßiger VA
- begünstigend (auf Geld- oder Sachleistung gerichtet oder dafür Voraussetzung)
- § 49 III Nr. 1/ 2 VwVfG: Leistung nicht (mehr) für den Zweck verwendet oder Auflage nicht erfüllt
- Frist, 48 IV
- Ermessen

### **2. Welche Aufbauprobleme ergeben sich bei Rückforderungsbegehren der Verwaltung aus § 49a VwVfG?**

Hier sind Inzidentprüfungen vorzunehmen. Zu beachten ist, dass § 49 a VwVfG nur die Wirksamkeit des Aufhebungs-VA verlangt, nicht hingegen die Rechtmäßigkeit. Hier darf also nicht zuviel geprüft werden. Anders sieht es hingegen aus, wenn Aufhebungs- und Rückforderungs-VA zusammen oder zeitnah ergehen. Dann ist i.d.R. davon auszugehen, dass der Bürger beide VA angreift. In diesem Fall sollte erst die Rechtmäßigkeit des Aufhebungs- und dann die des Rückforderungs-VA geprüft werden.

---

## **FALL 13**

### **Nach welchem Schema lässt sich § 51 VwVfG prüfen?**

Vgl. Übersicht zu § 51 VwVfG

**Vertiefungsfall** - vgl. Übersicht zur Lösung Vertiefungsfall zu Fall 13

---



## FALL 14

### 1. Welche Funktionen hat das Widerspruchsverfahren?

- Rechtsschutz des Bürgers
- Selbstkontrolle der Behörde
- Entlastung der Gerichte

### 2. Was versteht man unter Devolutiv-, was unter Suspensiveffekt?

Suspensiveffekt bedeutet, dass ein Widerspruch aufschiebende Wirkung hat, § 80 I VwGO.

Devolutiveffekt heißt, dass über den Widerspruch die nächsthöhere Behörde entscheidet, wenn die Ausgangsbehörde nicht abhelfen will, § 73 VwGO.

### 3. Nach herrschender Meinung genügt als Sachurteilsvoraussetzung für eine Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage nicht, dass überhaupt ein Vorverfahren durchgeführt wurde. Vielmehr muss das Widerspruchsverfahren auch ordnungsgemäß durchgeführt worden sein. Wann ist das der Fall?

- Beachtung von Frist, Form- und Verfahrensvorschriften
- Ergehen eines Widerspruchsbescheide bzw. Untätigkeit, § 75 VwGO.

### 4. Die Schausteller S und K haben sich auf dem Volksfest beide um den einzigen Platz für einen Auto-Scooter beworben. S erhält den Zuschlag. Welche Klageart ist für K statthaft?

Klagebegehren: Zulassung zum Volksfest, also Verwaltungsakt  
⇒ eigentlich Verpflichtungsklage als Versagungsgegenklage

(P) K will primär nur eigene Zulassung, aber einziger Platz für Auto-Scooter ist an S vergeben  
⇒ K kann eigene Zulassung nur erhalten, wenn gleichzeitig auch Zulassung des K beseitigt wird  
⇒ positiven Konkurrentenklage in der Form der **Mitbewerberklage (Konkurrentenverdrängungsklage)**

Klageart str.

- alleinige Anfechtung der Drittbegünstigung (-), da dann zwar Stellplatz frei, aber noch keine eigene Zulassung
- alleinige Versagungsgegenklage (-), da ohne freien Stellplatz keine eigene Zulassung möglich; zudem droht Erledigung, wenn die Erteilung an den Mitbewerber bestandskräftig wird

**E.A.<sup>1</sup>:** Verpflichtungsklage und Anfechtungsklage

contra: unpraktikabel, wenn es sich nicht um einen einzigen, sondern um eine Vielzahl möglicher Stellplätze handelt ⇒ Kläger müsste, um maximale Chancen zu haben, jeden einzelnen Zulassungsbescheid anfechten ⇒ unvereinbar mit § 19 IV GG

**BVerwG<sup>2</sup>** daher: Verpflichtungsklage, gerichtet auf erneute **Verbescheidung** ⇒ bei Erfolg ist Behörde aus Rechtsstaatsgesichtspunkten verpflichtet, auch darüber zu entscheiden, ob sie die dem S erteilte Genehmigung nach §§ 48, 49 VwVfG aufhebt.

hier:

- nur ein Platz vergeben, **in diesem Fall** überzeugt Ansicht des BVerwG nicht, da Anfechtung dieses einen Zulassungsbescheides den K in seinem Rechtsschutz nicht unverhältnismäßig behindert.<sup>3</sup>
- außerdem für K **sicherster und effektivster Weg**, wenn die dem S erteilte Genehmigung unmittelbar durch das Gericht beseitigt wird und der K insoweit nicht auf die Entscheidung der Behörde angewiesen ist<sup>4</sup>.

⇒ K muss daher zunächst eine **Anfechtungsklage gegen den Zulassungsbescheid des S** erheben und im Erfolgsfall eine **Verpflichtungsklage**, gerichtet auf die eigene Zulassung zum Volksfest.

---

## FALL 16

### 1. Erläutern Sie § 44a VwGO!

Grundsätzlich ist eine Anfechtung von Verfahrenshandlungen nicht möglich, wenn sie im Zusammenhang mit der Einlegung von Rechtsbehelfen gegen die Sachentscheidung gerügt werden. Zweck der Vorschrift ist es, Verzögerungen des Verwaltungsverfahrens zu verhindern. Verfahrens

Probleme können sich allerdings durch § 46 VwVfG stellen, nach dem bestimmte Verfahrensfehler auch später unbeachtlich sind und nicht geheilt werden können. Der Rechtsschutz des Bürgers könnte ausgehöhlt werden. Aus diesem Grund muss der Begriff der Verfahrenshandlungen eingeschränkt ausgelegt werden, vgl. Frage 3.

### 2. Ist § 44a VwGO im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes anwendbar?

Grds. ist § 44a VwGO aus Gründen der Prozess- und Verfahrensökonomie auch im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes anwendbar, da durch diese Rechtsbehelfe nicht mehr erreicht werden kann, als in der Hauptsache(str., so aber die h.M. Vgl. dazu näher Fall 18 VwR AT !). Eine Ausnahme gilt auch hier nach § 44 a S. 2 VwGO und wenn die Verfahrenshandlung im Haupt-

---

<sup>1</sup> Pietzner/Ronellenfitsch § 16 Rn.2.

<sup>2</sup> BVerwGE 80,270 für den Bereich des GüKG; so auch Kopp/Schenke § 42 Rz 48.

<sup>3</sup> So später auch für einen vergleichbaren Fall: BVerwG JuS 1995, 883.

<sup>4</sup> OVG Magdeburg NwVZ 1996, 815.

sacheverfahren eine eigenständige Bedeutung hat und die Gefahr von nicht mehr heilbaren Verfahrensfehlern besteht.

### **3. Wie ist der Begriff der Verfahrenshandlung zu definieren?**

Verfahrenshandlungen sind unselbständige Maßnahmen einer Behörde, die keine abschließende Regelung enthalten, sondern nur der Vorbereitung eines Verwaltungsaktes dienen. Da Verfahrenshandlungen auch grundrechtsschützend sein können, erfasst § 44 a VwGO nur solche Verfahrenshandlungen, die über das konkrete Verfahren hinaus nicht zu Grundrechtsverletzungen führen (Mülheim-Kärlich-Beschluss).

### **4. Welche vorläufigen Rechtsschutzformen kennt die Verwaltungsgerichtsordnung?**

- § 80 V VwGO: Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung
- § 80 a VwGO: bei Verwaltungsakten mit Doppel-/ Drittwirkung
- § 123 I VwGO: Einstweilige Anordnung
- § 47 VI VwGO: Einstweilige Anordnung bei Normenkontrollverfahren

### **5. Grenzen Sie diese Rechtsschutzformen voneinander ab.**

Grundsätzlich gilt: Ist für die Hauptsache die Anfechtungsklage statthafte Klageart, so ist § 80 V VwGO die richtige Norm. Bei aller anderen Klagearten greift § 123 VwGO, vgl. § 123 V VwGO.

Zu beachten sind die Sonderfälle:

Duldungsfiktion der §§ 81 III, IV, 84 AufenthG (in der Hauptsache zwar Verpflichtungsklage, einstweiliger Rechtsschutz aber nach § 80 V VwGO),  
faktischer Vollzug (wenn Behörde trotz Suspensiveffekts vollzieht, liegt in der Hauptsache eine Anfechtungsklage vor, § 80 V VwGO erfasst nach h.M. dann auch die Feststellung der aufschiebenden Wirkung).

### **6. Welche Formen einer einstweiligen Anordnung gibt es?**

Die Sicherungsanordnung dient der Sicherung des „status quo“. Sie soll der Gefahr vorbeugen, dass durch Veränderung des bestehenden Zustands die Verwirklichung eines rechts des Antragstellers vereitelt oder erschwert wird.

Die Regelungsanordnung dient zur Regelung eines vorläufigen Zustands in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis. Der Antragsteller begehrt die vorläufige Begründung oder Erweiterung einer Rechtsposition.