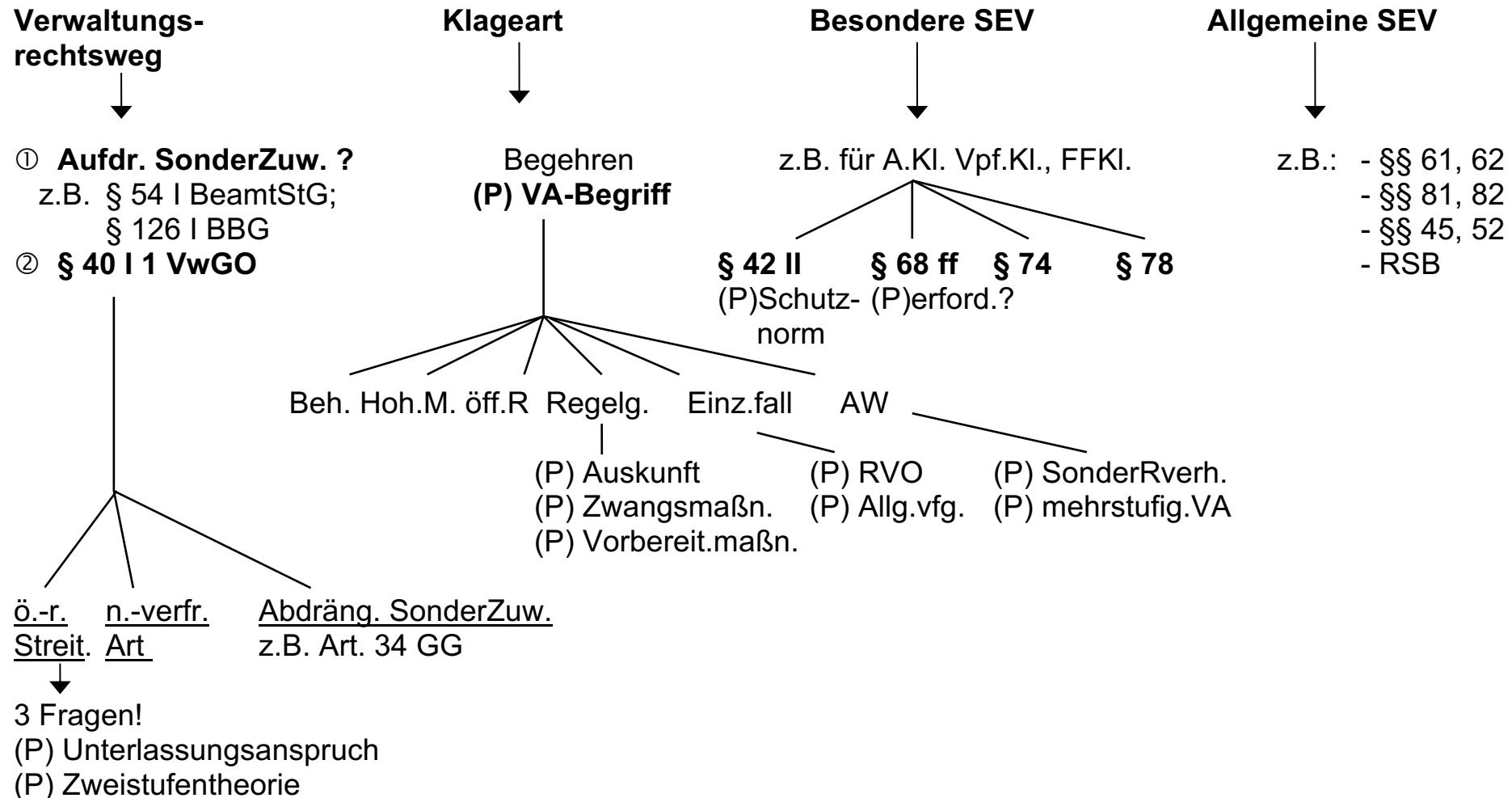


## Sachentscheidungsvoraussetzungen (SEV)



## Lösung Fall 2

Die Klage des G ist vor dem Verwaltungsgericht erfolgreich, wenn die Sachentscheidungsvoraussetzungen vorliegen und soweit sie begründet ist.

### A. Sachentscheidungsvoraussetzungen

#### I. Eröffnung des Verwaltungsrechtsweg

Gemäß § 40 I VwGO ist der Verwaltungsrechtsweg eröffnet, wenn es sich um eine *öffentliche Rechtliche Streitigkeit* handelt, die *nichtverfassungsrechtlicher Art* ist und *keine abdrängende Sonderzuweisung* besteht.

Streitgegenstand ist die Frage, ob dem G die Gaststättenerlaubnis entzogen werden konnte. Streitentscheidende Norm ist hier § 15 II GastG.<sup>1</sup> Dieses müsste öffentlich-rechtlicher Natur sein.

Nach der modifizierten Subjektstheorie sind Normen dann öffentlich-rechtlich, wenn sie den Staat einseitig berechtigen und verpflichten, also ihm Hoheitsbefugnisse verleihen.

§ 15 II GastG verpflichtet die Verwaltung zum Widerruf einer Gaststättenerlaubnis und verleiht dem Staat damit Hoheitsbefugnisse zur Eingriffsverwaltung.

Damit liegt eine *öffentliche Rechtliche Streitigkeit* vor. Diese Streitigkeit müsste weiterhin nichtverfassungsrechtlicher Art sein.

#### Anmerkung:

Eine Streitigkeit ist verfassungsrechtlicher Art i.S.d. § 40 I VwGO, wenn es sich um eine Streitigkeit zwischen unmittelbar am Verfassungsleben beteiligten Rechtsträgern über Rechte und Pflichten, die unmittelbar in der Verfassung geregelt sind, handelt (Stichwort doppelte Verfassungsumittelbarkeit).

Das BVerwG benutzt seit einiger Zeit die Formulierung, dass der Streit dann verfassungsrechtlicher Art ist, wenn er *entscheidend vom Verfassungsrecht geprägt* ist. Damit will man auch die Verfassungsbeschwerde und die konkrete Normenkontrolle erfassen, bei denen eine doppelte Verfassungsumittelbarkeit nicht besteht.

Ein Streit verfassungsrechtlicher Art läge bspw. vor, wenn oberste Staatsorgane (Bundestag, Bundeskanzler etc.) um ihre verfassungsrechtlichen Kompetenzen stritten.

Beachten Sie bitte, dass dieser Prüfungspunkt in den meisten Fällen unproblematisch und deshalb nur kurz zu prüfen ist.

Längere Ausführungen sind nur notwendig, wenn:

- über Rechte gestritten wird, die in der Verfassung verankert sind,
- einer der Beteiligten ein Verfassungsorgan ist,
- eine sog. Kommunalverfassungsstreitigkeit vorliegt.

Hier streitet sich der G als Privatperson mit der Verwaltungsbehörde. Damit liegt offensichtlich keine verfassungsrechtliche Streitigkeit vor.

Eine Sonderzuweisung an ein anderes Gericht ist ebenfalls nicht ersichtlich.

Damit ist der Verwaltungsrechtsweg gemäß § 40 I VwGO eröffnet.

#### Wichtiger Hinweis zum Aufbau (!):

Ist der beschrittene Rechtsweg unzulässig, muss das Gericht gem. § 17 a II GVG von Amts wegen an das zuständige Gericht des zulässigen Rechtswegs verweisen. Daher kann streng genommen etwa eine zivilrechtliche Klage vor dem VG nicht als unzulässig abgewiesen werden. Daher wird es von manchen Korrektoren als Fehler angesehen, wenn Sie den Verwaltungsrechtsweg innerhalb der Zulässigkeit prüfen.

Sie haben die Wahl zwischen drei Varianten:

#### 1. Drei-Stufiger Aufbau

- Verwaltungsrechtsweg | Zuständigkeit des VG
- Zulässigkeit
- Begründetheit

Mit diesem Aufbau lösen wir unsere Fälle (mit Ausnahme des einstw. Rechtsschutzes, da dort die Geltung von § 17 a GVG str. ist).

#### 2. Weiter gefasste Überschrift

- Sachentscheidungsvoraussetzungen
- Begründetheit

Zu den Sachentscheidungsvoraussetzungen (also zur Frage, ob der Verwaltungsrichter überhaupt in der Sache entscheiden kann) gehört § 40 I 1 VwGO unstrittig.

#### 3. Enger gefasste Überschrift

- Zulässigkeit der Klage vor dem VG
- Begründetheit

Hier können Sie § 40 I auch unproblematisch in der Zulässigkeit prüfen, da Sie ja die Überschrift enger fassen.

#### II.

#### Statthafte Klageart

Die Klageart richtet sich nach dem Klagebegehrten (Klageziel) des Klägers.

Der G wendet sich gegen den Entzug seiner Erlaubnis zum Betrieb der Gaststätte, damit kommt

<sup>1</sup> Beachte bitte, dass NDS ein eigenes NGastG erlassen hat. Dies war aber wg. des Bearbeitervermerks nicht anzuwenden. Mehr zum NGastG im Verwaltungsrecht BT.

die Anfechtungsklage gemäß § 42 I VwGO in Betracht. Voraussetzung ist, dass die Aufhebung einer Erlaubnis ein Verwaltungsakt im Sinne von § 1 NdsVwVfG<sup>2</sup> i.V.m. § 35 VwVfG ist.

## Anmerkung zu § 35 VwVfG

Streitig ist, ob zur Bestimmung des VA im Rahmen der Anfechtungsklage direkt auf die bundesrechtliche Regelung des § 35 VwVfG zurückgegriffen werden darf oder der landesrechtliche Verweis zitiert werden muss. Für die erste Ansicht spricht, dass bei der Statthaftigkeit § 42 VwGO und damit eine Bundesnorm zitiert wird; für die zweite Ansicht spricht, die Gesetzgebungscompetenz des Landes für das Verwaltungsverfahrensrecht. Angesichts des Verweises in § 1 NdsVwVfG auf das Bundesrecht spielt dies aber im Ergebnis keine Rolle.<sup>3</sup>

Das heißt, es müsste sich um die Maßnahme einer Behörde auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts zur Regelung eines Einzelfalls mit Außenwirkung handeln.

Hier hat eine Verwaltungsbehörde i.S.d. § 1 IV VwVfG eine verbindliche Widerrufsanordnung erlassen. Diese Anordnung erging im Bereich der GewO und des VwVfG, war also öffentlich-rechtlich. Die Behörde setzte eine Rechtsfolge mit Außenwirkung, indem sie der Einzelperson G die Erlaubnis entzog.

Damit ist die Aufhebung einer Erlaubnis ein Verwaltungsakt i.S.d. § 35 S.1 VwVfG. Darüber hinaus besagt die Kehrseiten- oder actus-contrarius-Theorie, dass die Aufhebung eines Verwaltungsakts als Gegenstück auch ein Verwaltungsakt ist. Die Erlaubniserteilung ist ein Verwaltungsakt, daher auch ihre Aufhebung.

## Anmerkung:

Im Gegensatz zu einigen anderen Bundesländern (etwa Bayern, Hamburg, Nordrhein-Westfalen) hat Niedersachsen kein selbständiges VwVfG erlassen. Das NdsVwVfG ordnet eine Verweisung auf das VwVfG des Bundes an, welches so als Landesrecht übernommen wird. Eine Verweisung kann sowohl statisch als auch dynamisch sein. Die dynamische Verweisung integriert das Gesetz in der jeweiligen Fassung. So zum Beispiel die Landesverwaltungsverfahrensgesetze in Berlin, Rheinland-Pfalz und Sachsen. Eine statische Verweisung bezieht sich dagegen nur auf die Fassung des Bezugsgesetzes zum Zeitpunkt der Übernahme. Für eine statische Verweisung hat sich der Landesgesetzgeber in Niedersachsen entschieden. Später

Änderungen des VwVfG des Bundes werden daher nicht automatisch Bestandteil des NdsVwVfG, dieses muss eine entsprechende Änderung erfahren.<sup>4</sup>

Statthafte Klageart könnte auch die Verpflichtungsklage auf eine erneute Erlaubnis sein. Aus § 43 II VwVfG kann aber man den Gedanken folgern, dass der ursprüngliche Verwaltungsakt dann wieder auflebt, wenn dessen Aufhebung aufgehoben worden ist. Gelingt es hier also mit der Anfechtungsklage die Aufhebung der Erlaubnis aufzuheben, lebt die ursprüngliche Erlaubnis wieder auf.

Eine Verpflichtungsklage würde im Erfolgsfall bloß dazu führen, dass die Behörde zum Erlass eines neuen Verwaltungsaktes verpflichtet wäre, wohingegen bei der Anfechtungsklage das Gericht selbst die Aufhebung des Aufhebungs-Verwaltungsaktes vornimmt, da die Anfechtungsklage rechtsgestaltende Wirkung hat. Die ursprüngliche Erlaubnis lebt dann unmittelbar wieder auf.

Einer Verpflichtungsklage würde es mithin am Rechtsschutzbedürfnis fehlen.

Daher ist die Anfechtungsklage gem. § 42 I 1. Alt. VwGO statthaft.

## III.

## Klagebefugnis, § 42 II VwGO

Der Kläger müsste behaupten, in seinen Rechten verletzt zu sein (§ 42 II VwGO).

Zunächst erscheint es möglich, dass der Kläger als Adressat eines Aufhebungs-Verwaltungsaktes in Rechten aus seiner Gasstätterlaubnis verletzt ist. Sodann könnten auch Rechte aus § 1 GewO i.V.m. § 4 GastG verletzt sein.

Schließlich ist an Art. 12, 14 und 2 I GG zu denken, die möglicher Weise verletzt sind.

Demnach ist G gemäß § 42 II VwGO klagebefugt.

## IV.

## Vorverfahren, §§ 68 ff. VwGO

Vor Erhebung einer Anfechtungsklage sind gem. § 68 I 1 VwGO die Recht- und Zweckmäßigkeit eines VAs grds. in einem Vorverfahren nachzuprüfen. Der G hat ein solches Vorverfahren nicht durchgeführt. Ein Vorverfahren ist gem. § 80 I Nds. JustizG (im Folgenden NJG) in Niedersachsen im Regelfall jedoch unstatthaft. Ausnahmen gem. § 80 II, III NJG bestehen nicht.

## V.

## Sachliche und örtliche Zuständigkeit, §§ 45, 52 VwGO

Ausweislich des Sachverhalts hat G Klage beim zuständigen Verwaltungsgericht erhoben.

<sup>2</sup> Auf den Zusatz wird nachfolgend verzichtet.

<sup>3</sup> Daher wird dieser irrelevante Streit in den Unterlagen auch nur einmalig hier dargestellt, vgl. auch Braun JuS 2016, 410 (413).

<sup>4</sup> Knack, § 1 VwVfG, 3.2.2.

## VI. Passive Prozessführungsbefugnis, § 78 VwGO

Fraglich ist, gegen wen die Klage zu richten ist. Gemäß § 78 I Nr.1 VwGO gilt grundsätzlich das Rechtsträgerprinzip, Klagegegner ist danach der Rechtsträger der handelnden Behörde. Nach § 78 I Nr.2 VwGO kann der Landesgesetzgeber bestimmen, dass die Behörde selbst Klagegegner ist. Von dieser Möglichkeit wurde in § 79 II NJG Gebrauch gemacht, der das für Landesbehörden anordnet. § 79 II NJG meint jedoch nur Landesbehörden im engen Sinne, also den Landesminister, das Landesamt etc. Nur dann ist gemäß § 78 I Nr.2 VwGO die Behörde selbst Klagegegner. Wurde der VA hingegen vom Landkreis oder der Stadt erlassen, ist immer § 78 I Nr.1 VwGO einschlägig.

Rechtsträger der zuständigen Behörde ist hier die kreisfreie Stadt S, so dass sie gemäß § 78 I Nr.1 VwGO Klagegegnerin ist.

### Anmerkung:

In den „norddeutschen“ Ländern ist die Frage des richtigen Klagegegners bereits in der Zulässigkeit zu prüfen, wogegen diese z.B. in Bayern als eigener Prüfungspunkt „Passivlegitimation“ i.R.d. Begründetheit anzusprechen ist.<sup>5</sup>

## VII. Beteiligten- und Prozessfähigkeit, §§ 61, 62 VwGO

G ist als natürliche Person gemäß § 61 Nr.1 1.Alt. VwGO beteiligten- und gem. § 62 I Nr.1 VwGO auch prozessfähig.

Die Beteiligtenfähigkeit der Stadt folgt aus § 61 Nr.1 2.Alt. VwGO als juristische Person des öffentlichen Rechts. Gemäß § 62 III VwGO wird sie durch ihren Oberbürgermeister vertreten (vgl. § 86 I 2 NKomVG).

### Anmerkung:

Achten Sie auf die richtige Prüfungsreihenfolge. Denknotwendig muss der Klagegegner festgestellt worden sein, bevor dessen Beteiligungs- und Prozessfähigkeit erörtert wird.

## VIII. Klagefrist, § 74 I VwGO

Es ist von einer fristgerechten Klageerhebung auszugehen.

## IX. Ordnungsgemäße Klageerhebung, §§ 81, 82 VwGO

Die Klage kann gem. § 81 VwGO schriftlich oder zur Niederschrift und gem. § 55 a VwGO auch in elektronischer Form erhoben werden. Da gem. § 81 I 2 VwGO eine Klage auch zur Niederschrift erhoben werden kann, hat G die Klage ordnungsgemäß erhoben.

### Exkurs zur Rechtsbehelfsbelehrung:

Gem. 58 I VwGO läuft die Klagefrist nur dann, wenn der Bürger ordnungsgemäß über den Rechtsbehelf belehrt wurde. Die Rechtsbehelfsbelehrung muss grds. keinen Hinweis zum Form enthalten. Wird allerdings zur Form belehrt, dann muss der Hinweis enthalten sein, dass eine Klage schriftlich oder zur Niederschrift erhoben werden kann. Ein Hinweis auf die Möglichkeit der elektronischen Form der Klageerhebung ist nach Meinung des BVerwG (Urt. v. 25.01.2021 – 9 C 8/19) nicht zwingend nötig.

## X. Rechtsschutzbedürfnis

Dem G steht kein einfacherer Weg zur Erreichung seines Ziels offen; also ist er rechtsschutzbedürftig.

## B. Begründetheit

Gemäß § 113 I 1 VwGO ist die Klage begründet, soweit die Aufhebung der Erlaubnis rechtswidrig und der G dadurch in seinen Rechten verletzt ist. Zunächst ist die Rechtswidrigkeit des VA zu untersuchen.

## I. Rechtsgrundlage der Aufhebung

Wegen des aus Art. 20 III GG folgenden Grundsatzes vom Vorbehalt des Gesetzes bedarf die Verwaltung zumindest bei jeder Maßnahme, die in die Rechtssphäre des Bürgers eingreift (Eingriffsverwaltung), einer gesetzlichen Rechtsgrundlage.

Hier könnte § 49 II Nr.3 VwVfG als Rechtsgrundlage in Betracht kommen. Diese Vorschrift ist aber nur anwendbar, wenn nicht eine speziellere Vorschrift vorhanden ist.

### Anmerkung:

Beachten Sie, dass in vielen Fällen die §§ 48 f. VwVfG durch Spezialgesetze modifiziert oder ausgeschlossen werden. Ein Rückgriff auf die §§ 48 f. VwVfG im Anwendungsbereich solcher Spezialnormen scheidet zumindest dann aus, wenn die Spezialregelung abschließend ist (vgl. bspw. i.R.d. Gewerberechts neben § 15 GastG die § 69b II GewO und § 21 BlmSchG).

§ 15 II GastG ist hier lex specialis.<sup>6</sup> Also müssten die Voraussetzungen des § 15 II GastG gegeben sein und es dürfte kein Verstoß gegen Grundrechte vorliegen.

## a) Wirksamkeit der Rechtsgrundlage

Da sich in formeller Hinsicht keine Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit des § 15 II i.V.m. § 4 I Nr.1 GastG ergeben, ist nur auf die materielle Verfassungsmäßigkeit einzugehen, wobei

<sup>5</sup> Ausführlich hierzu HEMMER/WÜST, VerwR I, Rn. 230 ff.

<sup>6</sup> BVerwGE 81, 74.

nur eine Prüfung des Verstoßes gegen Grundrechte ernsthaft anzudenken ist.

## aa) Art. 12 I GG

### (1) Schutzbereich/Eingriff

Der Schutzbereich des Art. 12 I GG umfasst nach einhelliger Ansicht und entgegen dem Wortlaut sowohl die Berufswahl als auch die Berufsausübung. Man spricht vom *einheitlichen Grundrecht der Berufsfreiheit*.<sup>7</sup>

§ 15 II i.V.m. § 4 I Nr.1 GastG ermöglichen den Entzug einer Gaststättenerlaubnis.

Damit liegt ein Eingriff in den Schutzbereich der Berufsfreiheit vor.

### (2) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Gemäß Art. 12 I 2 GG kann die Berufsfreiheit durch ein Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes geregelt werden (sog. Regelungsvorbehalt). Das heißt, jedes verhältnismäßige Gesetz kann sowohl die Berufsausübung als auch die Berufswahl regeln.

Zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bei Art. 12 GG hat das Bundesverfassungsgericht die sogenannte *Dreistufenlehre* entwickelt.<sup>8</sup>

Hier liegt ein Eingriff in den Wahlaspekt („ob“ der beruflichen Tätigkeit) vor, und zwar in der Form einer subjektiven Zulassungsschranke, da einem Gastwirt, dem die Erlaubnis entzogen wird, subjektive (also von ihm beeinflussbare) Voraussetzungen fehlen (= Eingriff auf der zweiten Stufe).

Dieser Eingriff ist aber nur dann von den Schranken gedeckt, wenn er dem Schutz eines wichtigen Gemeinschaftsgutes dient und wenn er zu dem angestrebten Zweck, der ordnungsgemäßigen Erfüllung der Berufstätigkeit, nicht außer Verhältnis steht.

§ 15 II GastG will die Voraussetzungen, die für den Erhalt einer Gaststättenerlaubnis erforderlich sind, auch nach Erhalt der Erlaubnis durchsetzen. § 4 I GastG dient dem Schutz eines wichtigen Gemeinschaftsgutes, nämlich dem Schutz und der Sicherheit der Gäste in einer Gaststätte. Mit anderen Worten: Die Sicherheit und Ordnung der Allgemeinheit (hier insbesondere der Gäste einer Gaststätte) geht der Berufswahl eines Gastwirtes vor.

Damit ist § 15 II GastG ein im Sinne der Dreistufenlehre verhältnismäßiges Gesetz. Der Eingriff ist durch die Schranken gedeckt.

## bb) Art. 14 I GG

Der Schutzbereich des Art. 14 I GG (eingerichteter und ausgeübter Gewerbebetrieb) umfasst nicht den rechtswidrigen Gebrauch, insoweit ist schon der Schutzbereich des Art. 14 I GG nicht berührt. Darüber hinaus enthält das GastG sog. Stellvertreterregelungen, so dass die Möglichkeit

besteht, eine Gaststätte durch einen Stellvertreter betreiben zu lassen, um den Gewerbebetrieb aufrecht zu erhalten.

Damit sind §§ 15 II, 4 GastG verfassungsgemäß.

b)

### Zwischenergebnis

Die Rechtsgrundlage ist daher wirksam.

### Anmerkung:

Die Wirksamkeit der Rechtsgrundlage ist insbesondere in diesen Fällen in der Klausur zu erörtern:

- Laut Sachverhalt zweifelt ein Beteiligter an der Wirksamkeit (so wie hier).
- Die Rechtsgrundlage ist fiktiv oder ganz neu.
- Die Rechtsgrundlage ist bekanntmaßen umstritten (z.B. der Begriff öffentliche Ordnung).
- Die Rechtsgrundlage besteht in einer Satzung oder Rechtsverordnung (dann empfiehlt sich zumindest ein kurzes Eingehen auf Probleme der Wesentlichkeitstheorie).

## 2. Formelle Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts

### a) Zuständigkeit

Ausweislich des Sachverhalts hat hier die zuständige Behörde gehandelt.

### b) Verfahren

Gemäß § 28 I VwVfG ist eine Anhörung (=Ausfluss des Anspruchs auf rechtliches Gehör, Art. 103 I GG i.V.m. Art. 20 III, 28 I 1 GG) immer dann erforderlich, wenn in Rechte eingegriffen wird, also bei belastenden Maßnahmen.

Hier wurde der G laut Sachverhalt vor Erlass des Widerrufs nicht angehört. Ein Ausnahmetatbestand nach § 28 II, III VwVfG liegt nicht vor, damit war eine Anhörung grundsätzlich erforderlich. Da die erforderliche Anhörung unterblieb, liegt ein Verfahrensfehler vor.

Die fehlende Anhörung kann aber gemäß § 45 I Nr.3, II VwVfG bis zum Abschluss des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens nachgeholt werden. Damit ist der vorliegende Verfahrensfehler noch heilbar.

### Exkurs:

§ 45 II VwVfG erweitert für die Fälle des § 45 I VwVfG die Heilungsmöglichkeit bis zum Abschluss des Gerichtsverfahrens. Ziel dieser Regelung ist es, die Aufhebung des VAs wegen Verletzung von Verfahrens- oder Formfehlern auszuschließen. Die Heilung bewirkt, dass die Rechtswidrigkeit eines VAs für den Bereich des Verwaltungsverfahrensrechts rückwirkend

<sup>7</sup> JARASS/PIROTH, Art. 12 GG, Rn. 7.

<sup>8</sup> JARASS/PIROTH, Art. 12 GG, Rn. 20 ff.

beseitigt wird. Mit anderen Worten: Die Rechtmäßigkeit des VAs wird von Anfang an fingiert.

Nach § 46 VwVfG sollen Verfahrens- und Formfehler nur beachtlich sein, wenn sie die Entscheidung in der Sache auch tatsächlich beeinflusst haben.

Das „Offensichtlichkeitskriterium“ des § 46 VwVfG soll einen Ausgleich schaffen zwischen dem Grundsatz der Unzulässigkeit rechtsmissbräuchlicher Geltendmachung von Rechten und den Form- und Verfahrenserfordernissen, die dem Schutz des Bürgers dienen. Offensichtlichkeit liegt vor, wenn die fehlende Kausalität erkennbar ist.<sup>9</sup>

#### Achtung:

Da § 45 VwVfG die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts nach h.M. zu heilen vermag ist diese Norm in der formellen Rechtmäßigkeit zu prüfen. § 46 VwVfG hingegen lässt die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes unberührt und ist daher erst in der subj. Rechtsverletzung zu prüfen.

#### c) Formfehler

Formfehler sind nicht ersichtlich.

### 3. Materielle Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts

#### a) Voraussetzungen der Rechtsgrundlage

aa) G betreibt ein Gaststättengewerbe i.S.d. § 1 I Nr.1 GastG, so dass das GastG hier Anwendung findet.

bb) Nach § 15 II GastG muss die Erlaubnis widerrufen werden, wenn sie ursprünglich rechtmäßig erteilt wurde (wie hier) und nachträglich Versagungsgründe i.S.d. § 4 I Nr.1 GastG entstehen.

#### hemmer-Methode:

Achten Sie auf die richtige Begrifflichkeit. Ehemals rechtswidrige Verwaltungsakte werden nach § 48 VwVfG zurückgenommen, während ursprünglich rechtmäßige Verwaltungsakte nach § 49 VwVfG widerrufen werden. Diese Terminologie gilt auch, wenn die Behörde aufgrund spezialgesetzlicher Vorschriften tätig wird.

G müsste *unzuverlässig* sein.<sup>10</sup>

Unzuverlässig ist, wer nicht die Gewähr dafür bietet, dass er sein Gewerbe ordnungsgemäß und in Übereinstimmung mit dem geltenden Recht ausübt.<sup>11</sup>

Die Zuverlässigkeit ist im Rahmen einer Prognose zu ermitteln.

Laut Sachverhalt ist G seinen sozialversicherungsrechtlichen Pflichten nicht nachgekommen.

Bei ordnungsgemäßer Gewerbeführung würden diese Pflichten beachtet. Die einmalige unpünktliche Zahlung der Steuern reicht als Bagatelle allerdings nicht aus.

Das Lokal wurde mit Wissen des G zum Umschlagplatz von Drogen. Darin liegt ein Verstoß gegen das geltende Recht, weil dies den Tatbestand des § 29 I 1 Nr.10 BtMG erfüllt.

Ebenfalls ergibt sich die Unzuverlässigkeit des G aus seiner Weigerung, sein Lokal ausreichend zu beleuchten und zu kontrollieren, um so der Polizei bei der Bekämpfung der Drogenkriminalität zu helfen.

Damit ist G unzuverlässig und die Voraussetzungen der §§ 15 II, 4 I Nr.1 GastG liegen vor.

#### b) Allgemeine Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen des Verwaltungsakts

Hinsichtlich der Erfüllung der allg. Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen – Bestimmtheit und Möglichkeit – bestehen keine Bedenken.

#### c) Rechtsfolge

§ 15 II GastG lässt der Behörde keinen Spielraum, sie muss die Gaststättenerlaubnis widerrufen (gebundene Entscheidung).

Damit ist die Widerrufsverfügung nach Gaststättentrecht rechtmäßig.

#### II. Zwischenergebnis

Die Klage ist daher unbegründet.

#### C. Ergebnis

Die Klage des G ist zulässig, aber unbegründet und wird daher abgewiesen.

#### Vertiefungsfragen

1. Welche vorläufige Rechtschutzform käme hier in Betracht?
2. Was ist unter Gewerbefreiheit zu verstehen?
3. Ist der Betrieb einer Gaststätte in Niedersachsen erlaubnispflichtig?
4. Wie kann der unerlaubte Betrieb einer Spielhalle unterbunden werden?

#### Systematische Fragen

##### I. Prozessuale

1. Wann wird § 42 II VwGO wichtig?
2. Gibt es im Rahmen der Klagebefugnis eine Adressatentheorie?
3. Ist der Adressat eines Verwaltungsakts immer in seinen Rechten beeinträchtigt?

<sup>10</sup> Zum Begriff der Unzuverlässigkeit im Gewerberecht, vgl. L&L 1999, 118.

<sup>11</sup> BVerwG 65, 1.

4. Worin liegt der Unterschied zwischen Klagebefugnis und Rechtsschutzbedürfnis?

**II. Prüfungsschema für den belastenden Verwaltungsakt**

1. Was ist beim Prüfungspunkt „Rechtsgrundlage“ zu prüfen?
2. Welche Normen sind bei Verfahrensfehlern zu berücksichtigen?
3. Welche Formulierungen des Gesetzes räumen der Behörde Ermessen ein?
4. Welche Ermessensfehler sind zu unterscheiden?
5. Erläutern Sie § 44 VwVfG.

## Verwaltungsrecht AT Nds - Fall 2

### A. Sachentscheidungsvoraussetzungen

#### I. Verwaltungsrechtsweg, § 40 I 1 VwGO

↳ öffentlich-rechtliche Streitigkeit

① Streitgegenstand ?

⇒ RM des Widerrufs der Erlaubnis

② streitentscheidende Norm ? ⇒ § 15 II GastG

③ Norm = öff. Recht?

⇒ modifizierte Subjektstheorie

nichtverfassungsrechtlicher Art ⊕

#### II. Statthafte Klageart

↳ maßgeblich: Klagebegehren ⇒ Aufhebung des Widerrufs (vgl. § 43 II VwVfG)

Anfechtungsklage, § 42 I VwGO setzt VA voraus  
 § 35 VwVfG: Widerruf = VA

Klagegegenstand § 79 I Nr. 1 VwGO  
 für Verpflichtungsklage fehlt RSB, da Anfechtungsklage rechtsgestaltende Wirkung hat

#### III. Klagebefugnis, § 42 II VwGO

hier insbesondere Erlaubnis-VA, Art. 12, 14 GG

#### IV. Vorverfahren, §§ 68 ff VwGO (-)

nicht nötig, §§ 68 I 2 VwGO, 80 I NJG

#### V. Zuständigkeit d. Gerichts, §§ 45, 52 VwGO ⊕

#### VI. § 78 VwGO

##### (P) § 78 I Nr. 2 iVm § 79 II NJG

diff.: § 78 I Nr. 1 = (S) Rechtsträgerprinzip

§ 78 I Nr. 2 = (S) Behördenprinzip

↳ VA von der LMin/LAmt ⇒ Nr. 2

VA von der Gemeinde / Kreis ⇒ Nr. 1

hier: § 78 I Nr. 1 Stadt

#### VII. Beteiligten- und Prozessfähigkeit, §§ 61, 62

G = § 61 Nr. 1 VwGO; Stadt § 61 Nr. 1

Behörde = § 62 III

#### VIII. Klagefrist, § 74 VwGO

#### IX. Ordnungsgemäße Klageerhebung, §§ 81, 82

#### X. RSB ⊕

### B. Begründetheit

Obersatz: § 113 I 1 VwGO

#### I. RGL

↳ Vorbehalt des Gesetzes

⇒ für Eingriffsverw. ⇒ RGL erford.

hier: §§ 48, 49 VwVfG?

↳ § 15 II GastG geht vor

wirksame RGL? ⇒ § 15 II GastG verf.gemäß?

#### 1. Formelle Verfassungsmäßigkeit ⊕

### 2. Materielle Verfassungsmäßigkeit

#### a. Verstoß gegen Art. 12 I GG

aa. Eingriff in den Schutzbereich

(S) einheitliches GR ⇒ ⊕

bb. Verfassungsrechtliche RF

↳ VHM ⇒ Dreistufentheorie

hier: subj. Zulassungsschranke

↳ Schutz ei wichtigen Gemeinschaftsguts:  
 Sicherheit der Gäste

#### b. Verstoß gegen Art. 14 I GG

nur Erwerb betroffen

#### 3. ZwErg.: RGL ist wirksam

#### II. Formelle RM des VA

##### 1. Zuständigkeit ⊕

##### 2. Verfahren

(P) Anhörung, § 28 VwVfG fehlt

⇒ Heilung gem. § 45 I Nr. 3 ⊕

##### 3. Form ⊕

#### III. Materielle RM des VA

##### 1. Voraussetzungen der RGL

G betreibt Gaststätte iSd § 1 I Nr. 1 GastG

§ 15 II verlangt nachträglichen

Versagungsgrund iSd § 4 I Nr. 1

↳ Zuverlässigkeit des G

↳ unbestimmter Rechtsbegriff grds.  
 zulässig

⇒ (S) Prognose zu erstellen

- fortlaufende Verletzung der sozialvers.-  
 rechtl. Pflichten

- Förderung der Verstöße gegen BtMG  
 durch Unterlassen

- keine Kooperation mit Polizei

↳ Vorauss. §§ 15 II, 4 I Nr. 1 GastG ⊕

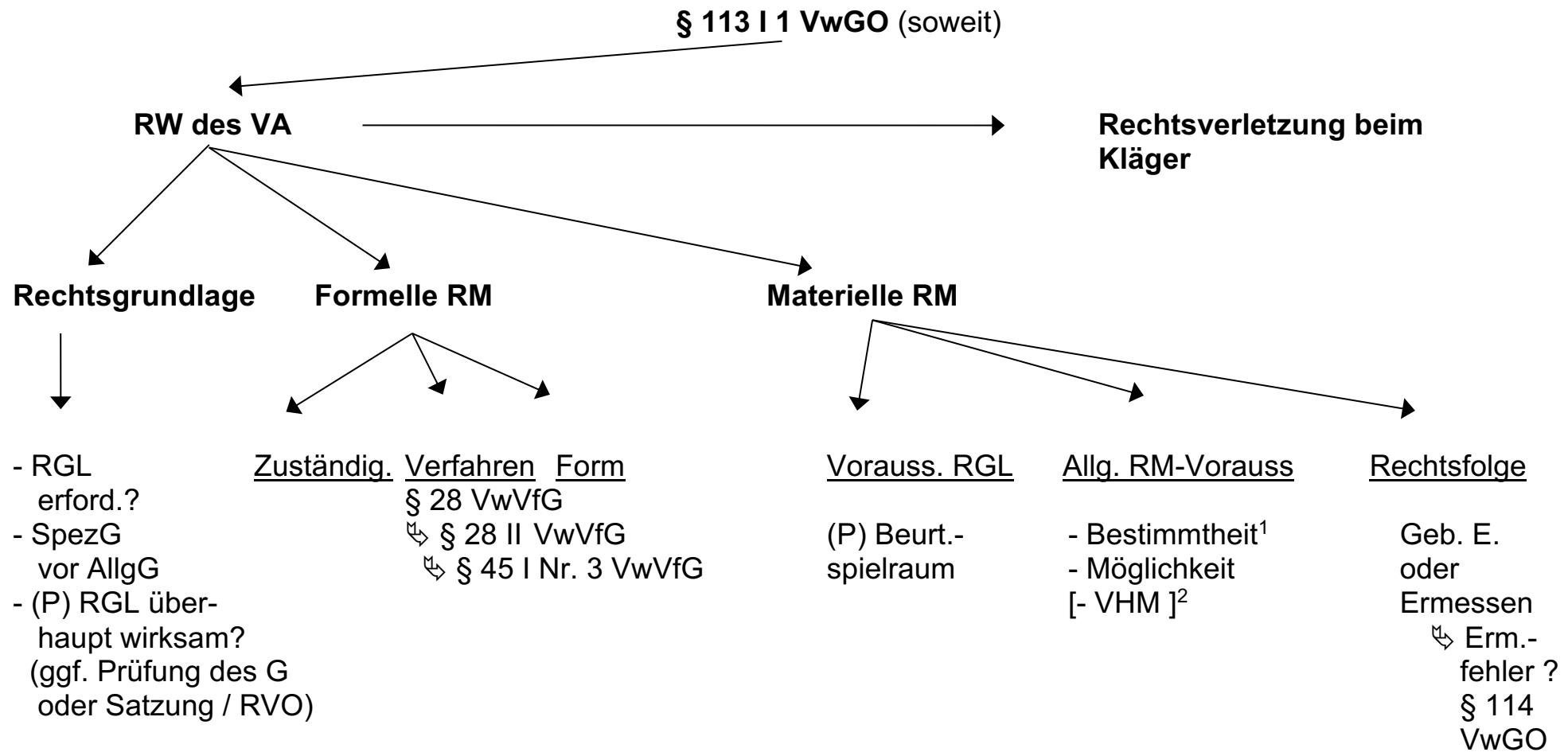
##### 2. Allg. Vorauss. an einen VA ⊕

##### 3. Rechtsfolge ⇒ gebundene Entscheidung

#### C. Erg.: Widerrufsverfügung ist rm

⇒ Klage ist unbegründet und wird abgewiesen

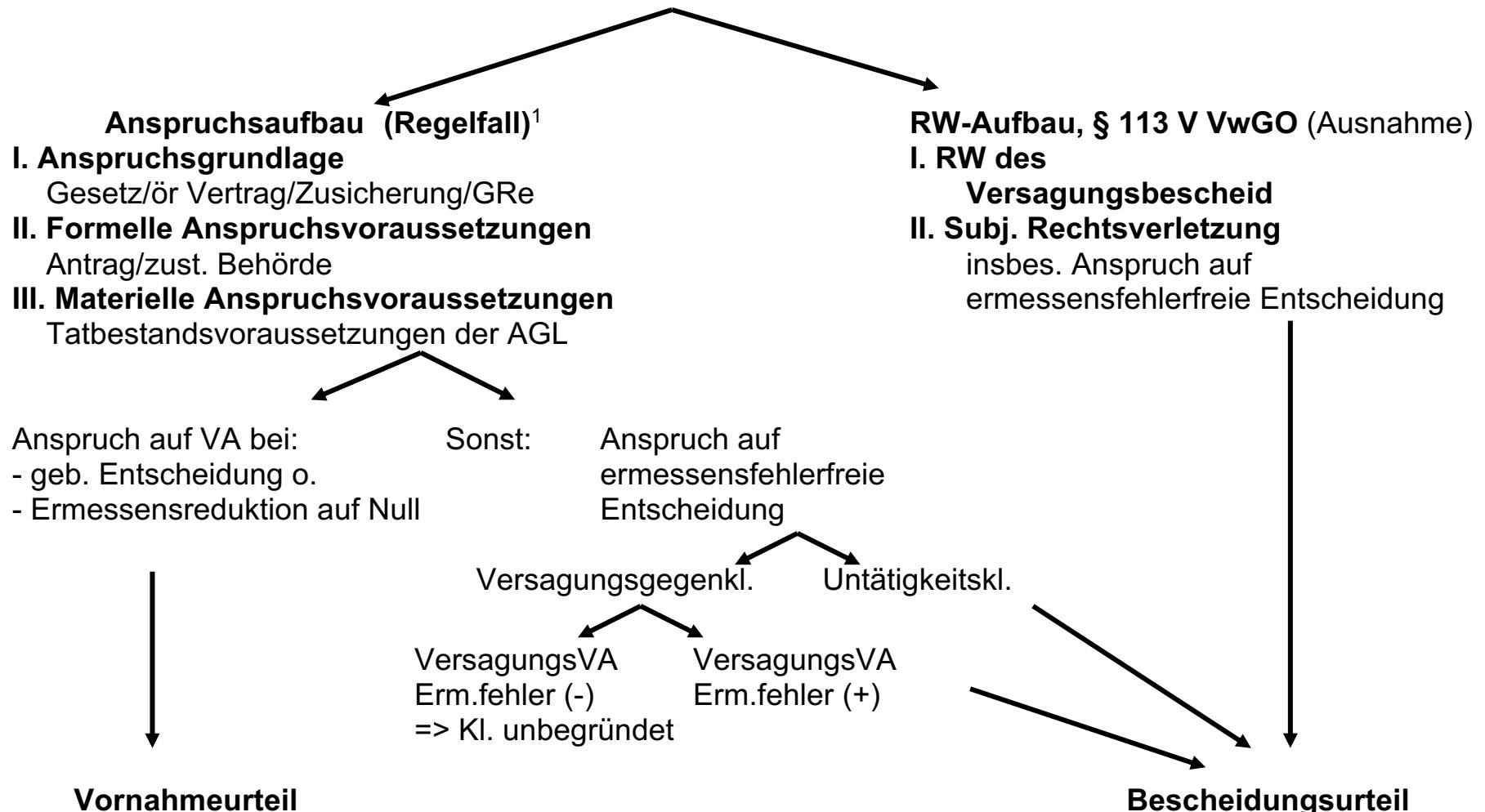
### Prüfungsschema: Begründetheit der Anfechtungsklage



<sup>1</sup> Wird z.T. auch in formeller RM geprüft.

<sup>2</sup> Empfehlenswert: VHM i.R.d. Ermessens prüfen.

### Prüfungsschema: Begründetheit der Verpflichtungsklage



<sup>1</sup> **Obersatz:** Die Klage ist begründet, soweit der Versagungs-VA (oder die Unterlassung des VA) rechtswidrig, der Kläger in seinen Rechten verletzt und die Sache spruchreif ist. Dies ist der Fall, soweit der Kläger einen Anspruch auf einen VA hat.

## Besondere Sachentscheidungsvoraussetzungen für die einzelnen Klagearten:

	Anfechtungsklage	Verpflichtungsklage	allg. Leistungsklage	allg. Feststellungsklage	Fortsetzungsfeststellungsklage
<b>Statthaftigkeit ⇒ Klageart richtet sich nach Klagebegehren</b>	§ 42 I 1.HS: Aufhebung eines noch nicht erledigten, belastenden VA (beachte § 79 VwGO)	§ 42 I 2.HS Antrag auf begünstigenden VA muss vorher bei Behörde gestellt worden sein a) Versagungsgegenklage b) Untätigkeitsklage, § 75	vorausgesetzt in §§ 43 II, 111, 113 IV Klagebegehren auf Vorannahme (oder Unterlassen) eines schlicht-hoheitlichen Handelns gerichtet	§ 43 Klagebegehren ger. auf: a) Bestehen oder Nichtbestehen eines konkreten Rechtsverhältnisses ⇒ beachte <u>Subsidiarität</u> gem. § 43 II b) Nichtigkeit eines VA	§ 113 I 4 VA, der sich nach Klageerhebung erledigt hat; analog anwendbar auf Erledigung vor Klageerhebung sowie auf Verpflichtungsklage (str. Abgrenzung zu § 43 VwGO)
<b>Klagebefugnis</b>	§ 42 II Verletzung eigener Rechte durch den Erlass des VA muss möglich erscheinen. Unprobl. bei Adressat eines belastenden VA (Art. 2 I GG), prob. regelmäßig im Dreipersonenverhältnis ⇒ Schutznormtheorie	§ 42 II Anspruch auf VA muss möglich erscheinen, zumindest Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung	h.M.: § 42 II analog a.A.: allgemeines Rechtsschutzbedürfnis ausreichend	§ 43 I berechtigtes Feststellungsinteresse str. ob daneben § 42 II analog Anwendung findet. Nach Rspr. (+), da sonst Popularklagen drohen. Zu bejahen bei Nichtigkeitsfeststellungsklage.	§ 42 II analog umgestellte Anfechtungs- bzw. Verpflichtungsklage; zusätzlich (!) § 113 I S.4 ⇒ bes. Feststellungsinteresse a) Wiederholungsgefahr b) Rehabilitationsinteresse c) Vorbereitung eines Amtshafungsprozesses (nicht bei Erledigung vor Klageerhebung) d) schwerer GR-Eingriff
<b>Vorverfahren</b> soweit statthaft ⇒ NDS: § 80 NJG NRW: § 110 JustizG HB: Art. 8 AGVwGO	§§ 68 ff.	für Versagungsgegenklage nach § 68 II erforderlich	(-) (Ausn.: § 54 II BeamtStG; § 126 BBG)	(-) (Ausn.: § 54 II BeamtStG, § 126 BBG)	jedenfalls bei Erledigung nach Klageerhebung (+), ansonsten nach h.M. (-)
<b>Frist</b>	§ 74 VwGO	§ 74 II bei Versagungsgegenklage § 75 bei Untätigkeitsklage	(-), aber Rechtsinstitut der Verwirkung	(-), aber Rechtsinstitut der Verwirkung	§ 74 unstreitig bei Erledigung nach Klageerhebung, str. bei Erledigung vor Klageerhebung nach h.M.: (-)

## Lösung Fall 6

### Klage auf Erlass einer Zustimmung

Die Klage auf Erlass einer Zustimmung nach § 9 II BFStrG ist erfolgreich, wenn die Sachentscheidungsvoraussetzungen vorliegen und so weit die Klage begründet ist.

#### A. Sachentscheidungsvoraussetzungen

##### I. Eröffnung des Verwaltungsrechtsweg

Der Verwaltungsrechtsweg müsste eröffnet sein, dazu müsste eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vorliegen. Streitgegenstand ist die Zustimmung des Bundesfernstraßenamtes, Streitentscheidende Norm ist § 9 BFStrG. Diese Norm verpflichtet einseitig einen Hoheitsträger und ist damit eine öffentlich rechtliche Norm. Eine abdrängende Sonderzuweisung und eine verfassungsrechtliche Streitigkeit liegen nicht vor, damit ist der Verwaltungsrechtsweg ist damit eröffnet.

##### II. Statthafte Klageart

Die statthafte Klageart richtet sich nach dem Klagebegehren.

Die Klägerin begeht die Zustimmung des Bundesfernstraßenamtes, um damit ein Genehmigungshindernis zu beseitigen (§ 9 II 1 Nr.1 BFStrG).

Fraglich ist jedoch, ob und mit welcher Klageart dieses Begehren durchgesetzt werden kann.

##### 1. Verpflichtungsklage

Für die Erhebung einer Verpflichtungsklage müsste die Zustimmung der obersten Straßenbaubehörde Verwaltungsaktqualität gemäß § 35 S.1 VwVfG besitzen.

#### Anmerkung:

Die Verpflichtungsklage ist eine Leistungsklage, die in zwei Formen denkbar ist.

#### Versagungsgegenklage, § 42 I 2.HS, 1.Alt.:

Die Behörde hat den Erlass des begehrten VA nach Antragstellung abgelehnt.

#### Untätigkeitsklage, § 42 I 2.HS., 2.Alt. VwGO:

Sie ist gerichtet auf Erlass eines zuvor verwehrten VAs. Voraussetzung ist also, dass die Behörde auf einen Antrag hin untätig geblieben ist.

##### a) Regelung?

Für die Frage, ob der Mitwirkungsakt des Bundesfernstraßenamtes ein Verwaltungsakt ist, ist zunächst von Bedeutung, ob er eine Regelung enthält. Der Regelungscharakter wäre abzulehnen, wenn die fragliche Mitwirkungshandlung für die erlassende Behörde keine Verbindlichkeit hat. Wenn die den Verwaltungsakt erlassende Behörde jedoch nur „mit Zustimmung“, „im Ein-

vernehmen“ oder „auf Vorschlag“ erlassen kann, so ergibt sich bereits aus dem Wortlaut dieser Mitwirkungsfälle, dass bei Fehlen der Zustimmung der Verwaltungsakt nicht ergehen darf.<sup>1</sup> Anders ist es in den Fällen, wo die Mitwirkung der zweiten Behörde eine bloße „Anhörung“ oder „Beteiligung“ darstellt. In diesen Fällen ist die Regelung abzulehnen.

Vorliegend wurde die Erteilung einer Zustimmung abgelehnt. Wenn aber die Zustimmung, wie oben dargestellt, eine Regelung enthält, so muss deren Ablehnung als gegenteilige Entscheidung ebenfalls eine Regelung sein. Denn durch sie wird verbindlich festgestellt, dass die Mitwirkungsbehörde die Voraussetzungen, nach denen der Verwaltungsakt zu erlassen wäre, nicht als gegeben ansieht. Somit enthält die Entscheidung des Bundesfernstraßenamtes, ob sie die Zustimmung gemäß § 9 II 1 Nr.1 BFStrG erteilt, eine Regelung, und zwar sowohl im Falle negativer, wie im Falle positiver Entscheidung.

##### b) Außenwirkung?

Weiterhin ist fraglich, ob es sich bei der Zustimmung um eine Maßnahme handelt, die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist. Denn diese Entscheidung richtet sich nicht unmittelbar an die Lumex GmbH, sondern ist lediglich für die Entscheidung der Baugenehmigungsbehörde bedeutsam.

Die Außenwirkung lässt sich im vorliegenden Fall nicht schon damit begründen, dass eine Regelung gegenüber der Baugenehmigungsbehörde getroffen wird. Denn insoweit ist eine Regelung im Bereich des Bundesfernstraßenrechts lediglich eine verwaltungsinterne Maßnahme.

Auf Außenwirkung ist eine verwaltungsbehördliche Maßnahme dann gerichtet, wenn die Regelung ihrem objektiven Sinngehalt nach dazu bestimmt ist, über den verwaltungsinternen Bereich hinauszugreifen und zwar im Hinblick auf den Bürger. Es reicht deshalb nicht aus, dass eine Maßnahme (tatsächlich) Wirkungen im Außenbereich entfaltet. Entscheidend ist vielmehr, dass sie diese Wirkungen (rechtlich) auch entfalten soll.<sup>2</sup>

Durch die Regelung des § 9 II BFStrG wird die Baugenehmigung zu einem sogenannten „mehrstufigen Verwaltungsakt“, da es der Mitwirkung einer weiteren Behörde bedarf. Die Mitwirkung ist nur dann als Verwaltungsakt zu qualifizieren, wenn sie dem Bürger gegenüber eine eigene und unmittelbare Rechtswirkung entfaltet.

In der Regel ist die Mitwirkung jedoch nur eine verwaltungsinterne Erklärung gegenüber der den mehrstufigen Verwaltungsakt erlassenden

<sup>1</sup> Vgl. BVerwGE 22, 344 f.

<sup>2</sup> Vgl. MAURER, § 9, Rn. 26.

Behörde.<sup>3</sup> Diese Regel ergibt sich aus Art. 19 IV GG. Im Hinblick auf einen effektiven Rechtsschutz soll der Bürger nur einen Klagegegner haben, nämlich die den Verwaltungsakt erlassende Behörde.

So ist es hier. Unmittelbare Rechtswirkung entfaltet für die Klägerin nur die Versagung der Baugenehmigung. Mangels Außenwirkung ist die Versagung der Zustimmung gemäß § 9 II BFStrG ein Verwaltungsinternum ohne Verwaltungsaktqualität. Eine auf Erlass der Zustimmung gerichtete Verpflichtungsklage ist daher unzulässig.

#### Anmerkung:

Hängt die Erteilung einer Genehmigung durch die Erlassbehörde von der Mitwirkung einer weiteren Behörde ab, so sind Justitiabilität und Rechtsnatur der Mitwirkung problematisch.

Handelt es sich bei einer gesetzlich geregelten Mitwirkung um ein eigenständiges, an den Bürger gerichtetes Verfahren, so ist die Mitwirkung ihm gegenüber auf Außenwirkung gerichtet und damit selbst VA. Indiz für die Ausgestaltung eines solchen Mitwirkungsverfahrens ist, dass die gesetzlich geforderte Mitwirkung einen im Verhältnis zur Genehmigungsbehörde „**inkongruenten Prüfungsbereich**“ betrifft, der Mitwirkungsbehörde also die selbständige und ausschließliche Prüfung und Geltendmachung von bestimmten, bei der Entscheidung zu berücksichtigenden Gesichtspunkten zusteht.

Findet mangels Inkongruenz nur ein Verwaltungsverfahren statt, bei dem die Genehmigungsbehörde auf die Mitwirkung anderer Behörden angewiesen ist, so kann der Bürger nur gegen die Genehmigungsbehörde klagen. Das Gericht muss die mitwirkende Behörde beladen.

Eine andere Frage in diesem Zusammenhang betrifft den sog. **relativen Verwaltungsakt** (z.B. § 36 II 3 BauGB). Nach Ansicht des BVerwG können Mitwirkungen bei mehrstufigen Verwaltungsakten Doppel-natur haben. Trifft die unmittelbare Rechtswirkung nicht jedermann, sondern nur einen kleinen Kreis von Betroffenen, ist die Entscheidung nur diesen gegenüber ein Verwaltungsakt (bei § 36 II 3 BauGB: der Gemeinde gegenüber).<sup>4</sup>

Das Schrifttum lehnt diese Betrachtung mit der Begründung ab, dass eine Maßnahme nicht gleichzeitig Außenwirkung (VA) und keine Außenwirkung haben kann, so dass immer ein VA vorliege<sup>5</sup>

## 2. Anfechtungsklage

Eine Anfechtungsklage wäre ein völlig untaugliches Mittel zur Erreichung des Klagebegehrrens, da es der Klägerin im Ergebnis um die Erteilung einer Baugenehmigung geht. Im Übrigen fehlt

es wiederum am Vorliegen eines Verwaltungsakts.

### 3.

#### Leistungsklage

Für eine Leistungsklage fehlt das Rechtsschutzbedürfnis, denn die Klägerin hat die Möglichkeit, mittels einer Verpflichtungsklage auf Erlass der Baugenehmigung inzident die Rechtmäßigkeit der Zustimmungsverweigerung überprüfen zu lassen. Dies genügt zum Entfallen des Rechtsschutzbedürfnisses, denn die Genehmigung stellt ja das eigentliche Ziel der Klägerin dar und die Verpflichtungsklage gegen die Baugenehmigungsbehörde ist damit der einfachere und schnellere Weg zur Erreichung ihres Ziels.

#### Exkurs:

Anders kann es bei einem sogenannten inkongruenten Prüfungsbereich sein. In diesem Fall hat jede Behörde eigene und voneinander unabhängige Prüfungsbereiche, so dass die Zustimmung dem Bürger gegenüber eine eigene und unmittelbare Rechtswirkung entfaltet.

Hier kann es erforderlich sein, zunächst gegen die Zustimmungsbehörde auf Zustimmung zu klagen (soweit VA, dann Verpflichtungsklage) und sodann gegen die Genehmigungsbehörde auf Genehmigung. Dies ist im Hinblick auf Art 19 IV GG aber eine Ausnahme.

Beispiele sind die in § 9 VIII BFStrG, § 34 I Nr.2 Flur-BerG, § 27 IV BBG geregelten Mitwirkungserfordernisse.

## B. Ergebnis

Eine Klage auf Erlass der fernstraßenrechtlichen Zustimmung ist hier damit unzulässig. Der Klägerin ist zu raten, eine Verpflichtungsklage auf Erlass der Baugenehmigung einzureichen.

## Klage auf Erlass der Baugenehmigung

Die Klage auf Erlass einer Baugenehmigung nach ist erfolgreich, wenn die Sachentscheidungsvoraussetzungen vorliegen und soweit die Klage begründet ist.

### A. Sachentscheidungsvoraussetzungen

#### I. Eröffnung des Verwaltungsrechtsweg

Streitentscheidende Norm für die Baugenehmigung ist § 70 NBauO. Diese Norm verpflichtet einseitig einen Hoheitsträger, so dass eine öffentliche-rechtliche Streitigkeit vorliegt. Im Übrigen wird auf die obigen Ausführungen zum Verwaltungsrechtsweg verwiesen.

#### II. Statthafte Klageart

Die angestrebte Baugenehmigung stellt einen Verwaltungsakt i.S.d. § 35 S.1 VwVfG dar, so dass die Versagungsgegenklage als Unterfall der Verpflichtungsklage, § 42 I 2. Alt. VwGO, statthaft ist.

<sup>3</sup> MAURER, § 9, Rn. 30; HEMMER/WÜST, VerwR II, Rn. 21.

<sup>4</sup> BVerwGE 74, 124 (126); BVerwG, NVwZ 1994, 784 für die Anordnung der Straßenverkehrsbehörde zur Aufstellung einer Ampelanlage.

<sup>5</sup> LAUBINGER, VerwArch 1986, 421 (432).

### III. Klagebefugnis, § 42 II VwGO

Die Klägerin könnte in ihrem Recht auf eine Baugenehmigung bei Vorliegen der Genehmigungsvoraussetzungen verletzt sein (§ 70 I NBauO) (Ausfluss der Baufreiheit, Art. 14 GG).

### IV. Vorverfahren, §§ 68 ff. VwGO

1. Das Vorverfahren ist erforderlich, da die Baugenehmigungsbehörde keine oberste Landesbehörde i.S.v. § 68 I 2, II VwGO ist. Das Vorverfahren ist auch nicht nach §§ 68 I 2 VwGO, 80 II NJG ausgeschlossen, da § 80 II 1 Nr. 4a) NJG eine Ausnahme von dieser Regelung für VAe enthält, die nach den Vorschriften des BauGB oder der NBauO erlassen werden.

#### Anmerkung:

Das Vorverfahren kann als Sachurteilsvoraussetzung grundsätzlich bis zur letzten mündlichen Verhandlung nachgeholt werden, so dass auch schon vor Einlegung eines Widerspruchs Klage erhoben werden kann. Verstreicht jedoch nach Erhebung der Klage die Widerspruchsfrist, so wird die Klage unzulässig und durch Prozessurteil abgewiesen.

Der Widerspruch könnte jedoch verfristet eingelebt worden sein.

Für den Widerspruch der Klägerin galt die Monatsfrist des § 70 I 1 VwGO. Die Jahresfrist nach § 58 II VwGO kommt wegen der ordnungsgemäßen Rechtsbehelfsbelehrung nicht in Betracht.

#### Anmerkung:

Die Rechtsbehelfsbelehrung ist nicht Rechtmäßigkeitsvoraussetzung für einen Verwaltungsakt! Fehlt sie oder ist sie unrichtig, hat dies allein die Folge der längeren Rechtsbehelfsfrist gemäß 58 II VwGO (ein Jahr!).

2. Die Ablehnung erfolgte mit Schreiben vom 29.3. und ist gemäß § 41 II VwVfG spätestens am 1.4. (gesetzliche Fiktion) bekannt gemacht worden (Zugang).

Der 1.4. gilt als Tag des Zugangs auch wenn es sich hierbei um einen Samstag oder Sonntag handelt. Die Dreitagesfiktion normiert gerade keine zusätzliche Rechtsbehelfsfrist, sondern dient der Beweislastumkehr im Zustellungsverfahren. § 31 VwVfG gilt nur für die Bestimmung des Endes einer Frist und ist nicht analog auf die Bestimmung eines Termins anzuwenden.

Fraglich ist nun, nach welchen Vorschriften sich die Widerspruchsfrist berechnet. In Betracht kommen einerseits die §§ 79, 31 I VwVfG, andererseits die §§ 57 II VwGO, 222 I ZPO. Dabei ist zunächst zu berücksichtigen, dass es sich bei dem Vorverfahren gemäß §§ 68 ff. VwGO um ein Verwaltungsverfahren handelt, für welches der Bund im Rahmen der

Art. 72, 74 Nr.1 GG nur insoweit die Regelungsbefugnis besitzt, als es eine Sachurteilsvoraussetzung darstellt und damit dem gerichtlichen Verfahren zuzurechnen ist. Überdies verweist § 70 II VwGO gerade nicht auf § 57 VwGO. Damit spricht einiges für den verwaltungsverfahrensrechtlichen Weg über §§ 79, 31 VwVfG.

Im Ergebnis kann die Streitfrage jedoch offen bleiben, da sowohl § 31 I VwVfG als auch § 222 I ZPO auf die §§ 187 ff. BGB verweisen. Daran zeigt sich lediglich die Doppelnatürlichkeit des Vorverfahrens, da es einerseits Sachurteilsvoraussetzung für das Gerichtsverfahren und andererseits reines Verwaltungsverfahren ist.

#### Anmerkung:

In unproblematischen Fällen (und in Zeitnot) ist deshalb auf diese Streitfrage gar nicht oder nur sehr kurz einzugehen. Empfehlenswert ist in jedem Fall die dogmatisch saubere Lösung über das VwVfG, die sich mit den Argumenten „§ 70 II VwGO“ und „Verwaltungsverfahren“ auch sehr kurz begründen lässt.

Nach § 187 I BGB begann die Widerspruchsfrist hier am 2.4. um 0:00 Uhr zu laufen. Sie hätte gemäß § 188 II BGB am 1.5. um 24:00 Uhr geendet. Da der 1. Mai ein Feiertag ist, endete die Frist gemäß § 193 BGB am 2.5..

#### Anmerkung:

Der BFH will die Regelung des § 193 BGB auch dann anwenden, wenn die 3-Tages-Fiktion (Fristbeginn) auf einen Samstag, Sonn- oder Feiertag fällt (zu § 122 AO; NJW 04, 94). Dies wird aber überwiegend abgelehnt, da es sich dabei eben nicht um das Fristende handelt und im Zweifelsfall auch die Behörde den Zugang beweisen muss.

Die Einlegung des Widerspruchs, der sowohl bei der Ausgangsbehörde als auch bei der Widerspruchsbehörde erhoben werden kann (vgl. § 70 I 2 VwGO), ist daher am 1.5. noch rechtzeitig erfolgt. Die Einlegung per Telefax genügt auch dem Schriftformerfordernis des § 70 I 1 VwGO.<sup>6</sup>

Allerdings ist über den Widerspruch bislang nicht entschieden, so dass das Widerspruchsvorverfahren noch nicht abgeschlossen und damit „ordnungsgemäß durchgeführt“ ist.

Die Klage könnte aber als Untätigkeitsklage gemäß § 75 S.1 VwGO abweichend von § 68 VwGO zulässig sein. Seit Einlegung des Widerspruchs sind über drei Monate vergangen (§ 75 S.2 VwGO). Ein zureichender Grund für die behördliche Untätigkeit i.S.d. § 75 S.3 VwGO ist aus dem Sachverhalt nicht ersichtlich. § 75

<sup>6</sup> HEMMER/WÜST, VerwR I, Rn. 216.

VwGO greift damit ein, so dass die Klage bereits jetzt in vollem Umfang zulässig ist.

Die Widerspruchseinlegung vom 1.5. mit gleichzeitigem Zugang bei der Behörde wahrt deshalb die Frist des § 70 I VwGO.

## V. Beteiligten- und Prozessfähigkeit, §§ 61, 62 VwGO

Die Lumex GmbH ist als juristische Person (§ 13 I GmbHG) gemäß § 61 Nr.1 VwGO beteiligungsfähig. Sie muss sich im Prozess gemäß § 62 III VwGO durch ihren Geschäftsführer nach § 35 I GmbHG vertreten lassen.

Die Klage wäre - ordnungsgemäße Klageerhebung gemäß §§ 81, 82 VwGO vorausgesetzt - nach alledem zulässig.

## B. Notwendige Beiladung, § 65 II VwGO

Sind an einem streitigen Rechtsverhältnis Dritte derart beteiligt, dass die Entscheidung auch ihnen gegenüber nur einheitlich ergehen kann, so sind sie beizuladen.

Dies ist bei Verpflichtungsklagen auf Erlass eines mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsakts der Fall. Das Bundesfernstraßenamt ist somit beizuladen.<sup>7</sup>

### Anmerkung:

Die notwendige Beiladung gemäß § 65 II VwGO ist eine organisatorische Maßnahme des Gerichts. Deshalb ist die notwendige Beiladung am besten zwischen Zulässigkeit und Begründetheit zu prüfen.

## C. Begründetheit der Verpflichtungsklage

Die Verpflichtungsklage ist begründet, soweit die Ablehnung der Baugenehmigung rechtswidrig, die Klägerin deshalb in ihren Rechten verletzt und die Sache spruchreif ist, § 113 VwGO. Anders ausgedrückt: Soweit die Klägerin einen Anspruch auf die Baugenehmigung hat, war deren Ablehnung rechtswidrig.

### Exkurs:

Spruchreife einer Sache bedeutet, dass das Gericht zu einer abschließenden Entscheidung über den Erlass eines VA imstande ist. Sie ist grundsätzlich durch das Gericht aufgrund des Untersuchungsgrundsatzes gem. § 86 VwGO herbeizuführen. Die Ausnahmen zu diesem Grundsatz normieren die §§ 88, 114 S.1 VwGO.

## I. Anspruch

Der Anspruch könnte sich aus § 70 I NBauO ergeben. Voraussetzung ist, dass die Baumaßnahme überhaupt einer Genehmigung bedarf

und ihr keine öffentlich-rechtlichen Regelungen entgegenstehen.

### Anmerkung:

Im Aufbau ist, wenn eine Genehmigung begeht wird, grds. zwischen der Genehmigungsbedürftigkeit (Benötigt der Bürger für seine Tätigkeit bzw. sein Vorhaben überhaupt eine Genehmigung?) und der Genehmigungsfähigkeit (Kann er die Genehmigung bekommen?) zu unterscheiden.<sup>8</sup>

## 1. Baurechtliche Genehmigungsbedürftigkeit der Leuchtreklameanlage

Die Genehmigungsbedürftigkeit könnte sich aus §§ 59 I i.V.m. 2 I, XIII NBauO ergeben, wenn es sich bei der Leuchtreklameanlage um eine bauliche Anlage in diesem Sinne handelt.

Die Leuchtreklameanlage ist laut Sachverhalt eine selbsttragende Anlage. Es kann also davon ausgegangen werden, dass sie aus Baustoffen hergestellt und mit dem Erdboden verbunden oder auf ihm ruhend ist. Eine bauliche Anlage i.S.d. § 2 I 1 NBauO liegt damit vor. Mit § 2 I Nr.2 NBauO geht bereits das Gesetz von einer grundsätzlichen Qualifikation von Werbeanlagen als bauliche Anlagen aus.

Die Errichtung der Werbeanlage ist eine Baumaßnahme, vgl. § 2 XIII NBauO.

Bei der von der Lumex GmbH geplanten Leuchtreklameanlage entfällt die Genehmigungsbedürftigkeit auch nicht nach Maßgabe von § 60 I NBauO i.V.m. 10.1 Anhang NBauO, da die dort vorgesehene Ansichtsflächengröße vorliegend überschritten ist. Die Genehmigungsbedürftigkeit nach § 59 I NBauO ist somit zu bejahen.

## 2. Genehmigungsfähigkeit

Die Ablehnung der Baugenehmigung ist rechtmäßig, wenn das genehmigungspflichtige Vorhaben (§ 59 I NBauO) dem öffentlichen Baurecht (vgl. § 2 XVII NBauO) widerspricht, § 70 I NBauO.

a) Da dem Sachverhalt keine Anhaltspunkte für eine bauplanungs- oder bauordnungsrechtliche Unzulässigkeit des Vorhabens zu entnehmen sind, beurteilt sich die Genehmigungsfähigkeit der Leuchtreklameanlage im vorliegenden Fall allein nach § 9 BFStrG.

### Anmerkung:

Vertretbar wäre es hier, die Genehmigungsfähigkeit auch nach § 50 NBauO abzulehnen.

Nach § 9 VI 1 BFStrG ist die Leuchtreklame als Anlage der Außenwerbung den in § 9 I Nr.1 und

<sup>7</sup> Vgl. HEMMER/WÜST, VerwR I, Rn. 253.

<sup>8</sup> Vgl. HEMMER/WÜST, VerwR II, Rn. 72 ff.

2 BFStrG genannten baulichen Anlagen gleichzustellen.

- b) Nachdem die Reklameanlage laut Sachverhalt ca. 70 m vom Fahrbahnrand der Bundesautobahn entfernt angebracht werden soll, greift das absolute Bauverbot des § 9 I Nr.1 BFStrG nicht ein. Zur Erteilung der Baugenehmigung ist bei diesem Abstand zum Fahrbahnrand jedoch nach § 9 II 1 Nr.1 BFStrG die Zustimmung des Bundesfernstraßenamtes erforderlich. Da diese Zustimmung verweigert wurde, scheint die Baugenehmigungsbehörde zu Recht den Antrag der Klägerin abgelehnt zu haben.

Im Gegensatz zu der Genehmigungsbehörde ist das Verwaltungsgericht jedoch nicht an die versagte Zustimmung gebunden. Vielmehr kann im gerichtlichen Verfahren auf Erteilung der Baugenehmigung auch überprüft werden, ob die Zustimmung zu Recht versagt worden ist. Gelangt das Gericht dabei zu der Überzeugung, dass die Zustimmung hätte erteilt werden müssen, kann es der Verpflichtungsklage stattgegeben.

- c) Das Bundesfernstraßenamt ist gemäß § 9 II, III BFStrG verpflichtet, ihre Zustimmung einem derartigen Bauantrag zu erteilen, wenn die Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs durch das Vorhaben nicht beeinträchtigt wird.

Angesichts von hohen Geschwindigkeiten auf Autobahnen und der Besonderheit, dass es sich hier um eine Leuchtreklame handelt, ist aber von einer großen Ablenkungswirkung in unmittelbarer Nähe der Autobahn auszugehen. Es ist zu befürchten, dass die Lichtreflexe unfallverursachend sein könnten. Darüber hinaus soll die 3 qm große Leuchtreklame in 70 m Entfernung angebracht werden. Gerade hierbei ist zu befürchten, dass sich Autofahrer:innen ablenken lassen, weil sie genau und über einen längeren Zeitraum hinsehen, um zu erkennen, für was konkret Werbung gemacht wird. Daher ist die Sicherheit des Verkehrs beeinträchtigt.

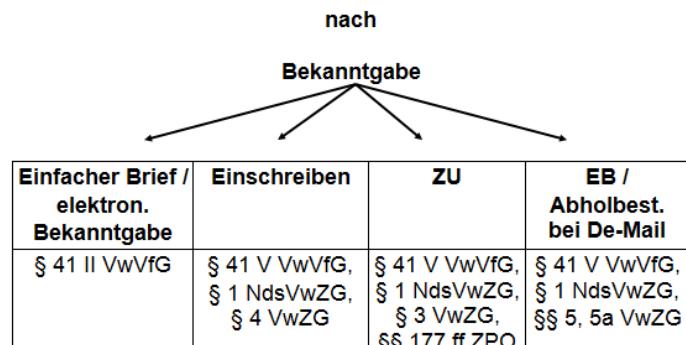
## C. Ergebnis

Damit das Bundesfernstraßenamt zu Recht die Zustimmung verweigert; die beantragte Baugenehmigung darf nicht erteilt werden. Die Verpflichtungsklage wäre damit unbegründet und vom Verwaltungsgericht abzuweisen.

### Widerspruchsfrist, § 70 VwGO

1 Monat

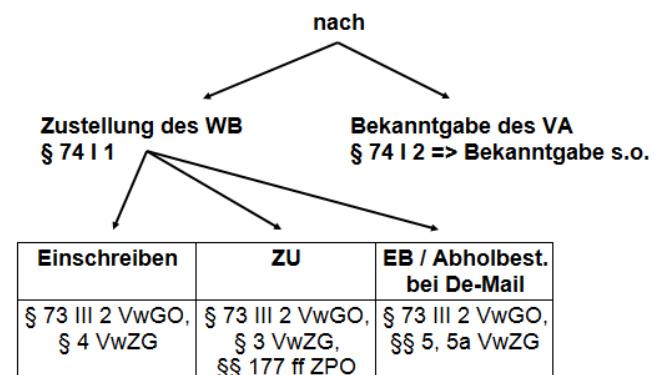
(Berechnung nach §§ 79, 31 VwVfG, § 188 BGB, h.M.)



### Klagefrist, § 74 VwGO

1 Monat

(Berechnung nach §§ 57 II VwGO, 222 ZPO, 188 BGB)



## Vertiefungsfragen

1. Nach welchem Grobschema können Sie die Versagung einer Genehmigung klausurtechnisch überprüfen?
2. 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?

## Systematische Fragen zum Verwaltungsakt

1. Wie lassen sich die Verwaltungsakte nach ihrem Inhalt einteilen?
2. Wie lassen sich die Verwaltungsakte nach ihrer Wirkung einteilen?
3. Was sind die wichtigsten Funktionen des Verwaltungsakts?
4. Nennen Sie die Kriterien des Verwaltungsakts und erläutern Sie diese kurz mit Gegenbegriffen.

## Verwaltungsrecht AT Nds - Fall 6

Vorüberlegung: Begehren der L-GmbH

⇒ Zustimmung des Fernstraßenamtes  
 diff. Zustimmung ⇔ Baugenehmigung

### Klage auf Erlass der Zustimmung

#### A. Sachentscheidungsvoraussetzungen

##### I. § 40 I 1 VwGO

BauR / BFStrG ⇒ öff. Recht ⊕

##### II. Statthafte Klageart

intendiert: Zustimmung gem. § 9 II 1 Nr. 1 BFStrG

##### 1. Verpflichtungsklage

Zustimmung = VA ?

a) **Regelung** (-), falls keine Verbindlichkeit der Mitwirkungshdlg.  
hier: kein Fall von „Anhörung, Beteiligung, o.ä.“, sond. Zustimmung (=Einvernehmen § 36 BauGB)  
 ⇒ Verbindlichkeit ⊕, Regelung ⊕

##### b) Außenwirkung

Regelung ggüb. der Baugenehmigungsbeh. (-)

↳ rein vw.interne Maßnahme

Durch § 9 II BFStrG wird Baugen. zu (S) mehrstufigem VA

↳ idR Mitwirkung = vw.interne Maßnahme

arg. keine unm. AW / Art. 19 IV GG

haben nur **ausnahmsweise** hat Mitwirkung AW, wenn (S) inkongruenter Prüfungsbereich

hier: unmittelbare Rechtswirkung geht nur von Bescheid der Baugen.behörde aus  
 ⇒ AW (-) ⇒ VA (-)

##### 2. Anfechtungsklage (-) untaugl. Mittel

##### 3. Leistungsklage (-)

RSB (-), da Verpfli.klage auf Erlass der Baugenehmigung möglich

##### B. Erg.

Klage auf Erlass der Zustimmung wäre unzulässig.

### Klage auf Erlass einer Baugenehmigung

#### A. Sachentscheidungsvoraussetzungen

##### I. § 40 I 1 VwGO ⊕

##### II. Statthafte Klageart ⇒ Verpfli.klage, § 42 I 2.Alt.

##### III. Klagebefugnis

Recht auf Baugenehmigung, vgl. § 70 NBauO

#### IV. §§ 68 ff VwGO

kein Ausschluss, § 80 III Nr. 4a) Nds. JustizG

Problem: **Fristberechnung**

Schreiben am 29.03.

Bekanntgabe § 41 II VwVfG 01.04.

↳ **Fristbeginn**, § 187 BGB, 0:00 Uhr 02.04.

§ 57 VwGO oder §§ 79, 31 VwVfG, str. (s.u.)

i. Erg. jedenfalls 1 Monat 01.05.

01.05. = Feiertag ⇒ § 193 BGB

↳ **Fristende 24:00 Uhr 02.05.**

str. **Art der Berechnung**

h.M.: vwverfahrensrecht. Lsg., §§ 79, 31 VwVfG

arg.: Wdspr.verf = Vwverf.

A.A.: vwprozess. Lsg. §§ 57 II VwGO, 222 ZPO

arg.: Vermutung: alle Fristen durch BGesetzgeber in VwGO geregelt.

hier: Widerspruch frist- und formgerecht eingelegt  
 (§ 70 I 1 VwGO, Schriftform)

Wdspr. noch nicht entschieden, § 75 VwGO ⊕

#### V. Beteiligten-/ Prozessfähigkeit

§ 61 Nr. 1 VwGO iVm § 13 GmbHG

§ 62 III VwGO iVm § 35 GmbHG (GFührer)

#### B. Notwendige Beiladung, § 65 II VwGO

#### C. Begründetheit § 113 V VwGO

##### I. Anspr. auf Baugenehmigung § 70 NBauO

diff. Genehmigungsbedürftigkeit

Genehmigungsfähigkeit

##### 1. Genehmigungsbedürftigkeit

hier: § 59 I iVm § 2 I NBauO

↳ bauliche Anlage

Ausnahmetatbestände nicht ersichtlich

##### 2. Genehmigungsfähigkeit

§ 70 I NBauO ⇒ § 9 BFStrG

§ 9 VI 1 BFStrG ⊕ Außenwerbung

§ 9 II 1 Nr. 1 ⊕, maßgeblich gem. § 9 II, III

Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs

Ablenkungsgefahr ⊕

planungsrecht. Aspekte ⊕

⇒ Gen.fähigkeit (-)

#### D. Ergebnis: Klage unbegründet,

Zustimmung wurde zu Recht verweigert

## **VORWORT**

Dieses Skript, nunmehr in neunter Auflage erschienen, dient der gezielten **Vorbereitung auf die ersten Klausuren** im Öffentlichen Recht und bietet einen schnellen Einstieg in die Grundzüge des Allgemeinen sowie des Besonderen Verwaltungsrechts in Niedersachsen.

Kürzer und klausurorientierter als ein Lehrbuch ist dieses Skript **auf die speziellen niedersächsischen Normen und Probleme zugeschnitten**, so dass Sie nicht erst die von Ihnen gesuchte Norm aus 16 verschiedenen Landesnormen herausfiltern müssen. Es soll die wesentlichen Probleme, die sich in einer Verwaltungsrechtsklausur an der Universität stellen, **in einfacher Form** und unter **Verwendung zahlreicher Beispiele** darstellen, typische Klausurfehler vermeiden helfen und **in möglichst kurzer Zeit ein umfassendes Wissen für die Klausur** schaffen.

Wir haben zahlreiche Klausuren auf ihre Schwerpunkte „abgeklopft“ und alle wesentlichen Probleme in **einprägsamen Aufbauschemata** untergebracht. Bewusst wird dabei auf die Darstellung sämtlicher Streitigkeiten verzichtet. **Im Vordergrund steht** vielmehr **das Verständnis**, das auch unbekannte Klausurkonstellationen zu lösen ermöglichen soll. Selbstverständlich werden zu weiterer Vertiefung entsprechende Literaturhinweise gegeben.

Zusätzlich enthält das Skript **zahlreiche Kommentierungshinweise**, die Ihnen das Arbeiten mit dem Gesetz erleichtern. Am Ende jedes Kapitels findet sich darüber hinaus jeweils eine **kurze Zusammenfassung** des dargestellten Stoffs zur schnellen Wiederholung.

Für eine darüber hinausgehende und noch intensivere Auseinandersetzung mit dem Verwaltungsrecht empfehlen wir insbesondere die Hemmer-Skripten Verwaltungsrecht I bis III sowie Schlömer/ Hombert, Verwaltungsrecht Besonderer Teil Niedersachsen, Band 1 und 2.

**In Niedersachsen bieten wir Ihnen in den Städten Göttingen, Hannover und Osnabrück folgende Leistungen an:**

- **Jahreskurs (beginnt im März und im September),**
- **Klausurenkurs,**
- **umfangreiche Skriptensammlung,**
- **Assessorkurs in Hannover,**
- **Schwerpunkturse,**
- **Crashkurse in den Pflichtfächern,**
- **Individualunterricht.**

Für Fragen jeglicher Art steht Ihnen unsere Kursortbetreuerin Frau Koblenz zur Verfügung. Sie erreichen Frau Koblenz unter Tel.: 079 44 - 94 11 05. Für Fragen zum Standort Hannover wenden Sie sich bitte an Rechtsanwalt Daxhammer unter Tel.: 0931/400 337.

Per e-Mail erreichen Sie uns – je nach Kursort – unter [goettingen@hemmer.de](mailto:goettingen@hemmer.de) oder [osnabrueck@hemmer.de](mailto:osnabrueck@hemmer.de) oder [hannover@hemmer.de](mailto:hannover@hemmer.de) oder [assessor-nord@hemmer.de](mailto:assessor-nord@hemmer.de).

Besuchen Sie uns auch im Internet: [www.schloemer-sperl.de](http://www.schloemer-sperl.de) und [www.hemmer.de](http://www.hemmer.de).

Für Verbesserungsvorschläge und Hinweise auf Fehler sind wir jederzeit dankbar.

Wir wünschen Ihnen viel Spaß beim Durcharbeiten.

Dr. Uwe Schröder  
- Rechtsanwalt -

Dr. Thomas Hombert  
- Vorsitzender Richter am  
Verwaltungsgericht Oldenburg -

Christian Daxhammer  
- Rechtsanwalt -

## § 4 PRÜFUNG EINER VERWALTUNGSGERICHTLICHEN KLAQE

Die Prüfung einer verwaltungsgerichtlichen Klage ist der Standardfall einer jeden Klausur. Achten Sie darauf, dass die Klagearten alle das gleiche Grundschema haben und sich nur in wenigen Fällen Besonderheiten ergeben.

Im Folgenden soll zunächst dieses Grundschema und dessen typische Probleme dargestellt werden, bevor im Anschluss daran auf spezielle Fragestellungen einzelner Klagearten eingegangen wird.

### Grundschema: Prüfung einer verwaltungsgerichtlichen Klage

#### A. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

- I. aufdrängende Spezialzuweisung
- II. öfftl.-rechtl. Streitigkeit
- III. nichtverfassungsrechtlicher Art
- IV. keine abdrängende Sonderzuweisung

#### B. Zulässigkeit

- I. statthafte Klageart
- II. Klagebefugnis, § 42 II VwGO
- III. ggf. Vorverfahren, §§ 68 ff. VwGO
- IV. Klagefrist, § 74 I VwGO
- V. Klagegegner, § 78 VwGO
- VI. Beteiligten- und Prozessfähigkeit, §§ 61, 62 VwGO

#### C. Beiladung/ obj. Klagehäufung

#### D. Begründetheit

### A. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

Zu Beginn muss festgestellt werden, welchem **Rechtsweg** das Begehren des Klägers zuzuordnen ist. In aller Regel wird bei einer verwaltungsrechtlichen Klausur der Verwaltungsrechtsweg auch einschlägig sein. Die Frage nach dem Rechtsweg wird im Fall einer Klage vor der Zulässigkeit geprüft, da auch bei fehlerhaft gewähltem Rechtsweg die Klage nicht unzulässig ist, sondern eine Rechtswegverweisung nach § 17a GVG vorgenommen wird.<sup>17</sup>

Sollte sich die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs bereits aus einer **aufdrängenden Spezialzuweisung** ergeben (insb. § 54 BeamtStG bei beamtenrechtlichen Streitigkeiten), so ist diese anzuwenden. Aufdrängende Spezialzuweisungen gehen der Generalklausel des § 40 I VwGO vor.

Kommentieren Sie sich  
über § 40 I VwGO:

§ 54 BeamtStG

<sup>17</sup> Anders dagegen bei einem Widerspruch. Dort ist der Verwaltungsrechtsweg Zulässigkeitsvoraussetzung, vgl. § 68 VwGO.

**Kommentieren Sie sich an § 40 I VwGO:**

§ 23 EGGVG, Art. 14 III 4, 34 S. 3 GG, § 40 II VwGO, § 49 IV 3 VwVfG

Nach § 40 I VwGO ist der Verwaltungsrechtsweg nur gegeben, soweit die Streitigkeit nicht einem anderen Gericht ausdrücklich zugewiesen ist, d.h. es darf **keine abdrängende Sonderzuweisung** in einen anderen Gerichtszweig vorliegen.

**Beispiele:** § 23 EGGVG,<sup>18</sup> Art. 14 III 4, 34 S. 3 GG als Zuweisungen an die ordentliche Gerichtsbarkeit.

Liegt keine Zu- oder Abweisung vor, bleibt es bei der **Generalklausel** des § 40 I VwGO.

Danach bedarf es zunächst einer **öffentlicht-rechtlichen Streitigkeit**.

**Dreierschritt: Vorliegen einer öffentlich-rechtlichen Streitigkeit**

**1. Was ist Streitgegenstand?**

(z.B.: „Streitgegenstand ist die Frage, ob A einen Anspruch auf Erteilung einer Baugenehmigung hat.“)

**2. Was ist streitentscheidende Norm?**

(z.B.: „Anspruchsgrundlage für die Erteilung einer Baugenehmigung und damit streitentscheidende Norm ist § 70 I NBauO.“)

**3. Gehört die Norm zum öffentlichen Recht? (i.d.R. nach modifizierter Subjektstheorie)**

(z.B.: „Nach der modifizierten Subjektstheorie sind Normen dann öffentlich-rechtlich, wenn sie dem Staat Hoheitsbefugnisse verleihen. Die Vorschrift aus der NBauO berechtigt die Verwaltung zum Erlass von Baugenehmigungen und verleiht dem Staat damit Hoheitsbefugnisse. Sie gehört damit zum öffentlichen Recht.“)

Probleme können sich bei Zulassungsansprüchen zu öffentlichen Einrichtungen oder bei der Vergabe von Subventionen ergeben. Nach der „**Zwei-Stufen-Theorie**“ lassen sich diese Fälle in ein „Ob“ und ein „Wie“ aufteilen. Die erste Stufe entscheidet darüber, „ob“ der Betroffene überhaupt eine Zulassung bzw. Subvention erhält. Diese Stufe ist immer öffentlich-rechtlich ausgestaltet und stellt in Klausuren den Regelfall dar. Das „Wie“ als zweite Stufe betrifft die Frage der Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses und kann öffentlich- oder privat-rechtlich geregelt sein.

**Zwei-Stufen-Theorie:**

1. Stufe („Ob“) ⇒ ÖR
2. Stufe („Wie“) ⇒ ÖR/ ZR

**Beispiel:** A erhält einen ablehnenden Bescheid auf seinen Antrag, die Stadthalle am 21.02. zu mieten. Der Streit betrifft die erste Stufe, das „Ob“ der Zulassung und ist damit öffentlich-rechtlicher Art. Hat A die Zulassung erhalten, ist aber mit den Konditionen nicht einverstanden, so ist das „Wie“ als zweite Stufe betroffen. Ob eine öffentlich-rechtliche oder privat-rechtliche Streitigkeit vorliegt muss in diesem Fall die Auslegung ergeben. Das Vorhandensein einer Satzung spricht für eine öffentlich-rechtliche, der Abschluss eines Mietvertrags für eine privat-rechtliche Streitigkeit.

**doppelte Verfassungsunmittelbarkeit**

Die Streitigkeit dürfte **nicht verfassungsrechtlicher** Art sein. Es dürfen also nicht unmittelbar am Verfassungsleben beteiligte Rechtsträger (z.B. Bundestag, Bundeskanzler) über ihre verfassungsrechtlichen Rechte streiten. Klagt bspw. eine Privatperson, liegt eine solche sog. doppelte Verfassungsunmittelbarkeit nicht vor.

<sup>18</sup> Vgl. zu Maßnahmen der Polizei S. 85.

## B. Zulässigkeit

### I. Grundschema bei der Zulässigkeit einer Klage

#### 1. Statthafte Klageart

Die Frage nach der **statthaften Klageart** gibt darüber Auskunft, welches Rechtsinstrument zur Verfolgung des Klägerbegehrens gesetzlich vorgesehen ist. Ausgehend vom Begehr des Klägers ist die richtige Klageart auszuwählen.

### Überblick über die verschiedenen Klagearten

#### a) Anfechtungsklage, § 42 I VwGO

**Anfechtungsklage:**  
Kläger wehrt sich gegen einen VA

Die Anfechtungsklage kommt immer dann in Betracht, wenn der Kläger einen Verwaltungsakt erhalten hat, gegen den er sich wehren will. In Abgrenzung zur Verpflichtungsklage ist dabei entscheidend, dass der Verwaltungsakt ganz aus der Welt geschafft werden soll, also gar kein Verwaltungsakt erwünscht ist, auch nicht in abgewandelter Form.

**Beispiel:** A erhält einen Verwaltungsakt, der ihn zum Abbruch des von ihm gerade fertiggestellten Wohnhauses verpflichtet. Nach erfolglosem Vorverfahren erhebt er Anfechtungsklage.

#### b) Verpflichtungsklage, § 42 I VwGO

**Verpflichtungsklage:**  
Kläger begeht den Erlass eines VAs

Begeht der Kläger den Erlass eines bestimmten Verwaltungsaktes, so kommt die Verpflichtungsklage in Betracht. Dies ist in der Regel dann der Fall, wenn der Kläger auf einen Antrag einen ablehnenden Bescheid erhält und auch ein ggf. erforderliches Vorverfahren erfolglos war oder die Behörde völlig untätig geblieben ist.

**Beispiel:** A stellt einen Antrag auf Erteilung einer Baugenehmigung. Dieser wird von der Behörde negativ beschieden. Nach erfolglosem Vorverfahren erhebt er eine Verpflichtungsklage. Eine Anfechtungsklage scheidet aus, da A nicht einen Verwaltungsakt abwehren will, sondern einen Verwaltungsakt wünscht, der ihm die Baugenehmigung erteilt.

#### c) Allgemeine Leistungsklage

**allg. Leistungsklage:**  
Kläger begeht schlicht-  
hoheitliches Handeln

Bei der allgemeinen Leistungsklage begeht der Kläger ein schlicht-  
hoheitliches Handeln oder die Erfüllung eines Anspruchs. Eine Klage ist demnach nicht von vornherein unzulässig, nur weil sie sich nicht auf oder gegen den Erlass eines Verwaltungsaktes wendet. Vielmehr ist in diesen Fällen an die allgemeine Leistungsklage sowie an die Feststellungsklage zu denken.

**Beispiel:** Bei Baumfällarbeiten der Stadt wird die Garage des A zerstört. A verlangt die Beseitigung der Folgen.

### d) Feststellungsklage, § 43 VwGO

#### Feststellungsklage:

Kläger begehrt die Feststellung des Nicht-/ Beste hens eines Rechtsverhältnisses

Die Feststellungsklage ist in den Fällen richtige Klageart, in denen der Kläger die Feststellung wünscht, dass ein Rechtsverhältnis besteht bzw. nicht besteht. Der **Begriff des Rechtsverhältnisses** ist dabei weit zu verstehen und bezeichnet die rechtlichen Beziehungen zwischen Personen untereinander oder zu einer Sache, die sich in einem konkreten Sachverhalt aus einer öffentlich-rechtlichen Norm ergeben und darüber entscheiden, ob eine bestimmte Person etwas tun muss, kann oder darf oder nicht zu tun braucht.

**Beispiele:** A begehrt die Feststellung, dass er für das Anfertigen von Scherenschnitten auf Jahrmärkten keine Reisegewerbe karte benötigt (Feststellung der Genehmigungsfreiheit = Negativattest); A möchte bestätigt wissen, dass er nach der Wahl Mitglied des Gemeinderates geworden ist.

#### Fortsetzungsfeststellungsklage:

Kläger wehrt sich gegen einen VA, der sich mittlerweile erledigt hat

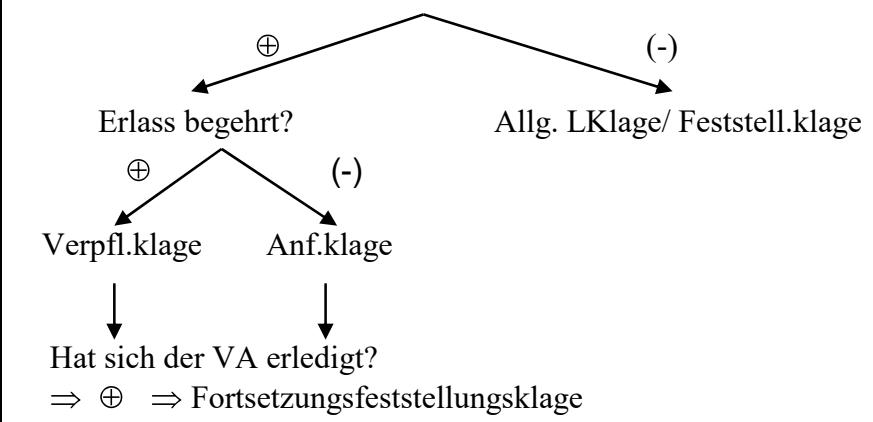
### e) Fortsetzungsfeststellungsklage, § 113 I 4 VwGO

Mit der Fortsetzungsfeststellungsklage kann der Kläger feststellen lassen, dass ein Verwaltungsakt rechtswidrig war, dessen Rechtswirkung sich mittlerweile erledigt hat. Ein Verwaltungsakt ist **erledigt**, wenn die mit ihm verbundene Beschwer nachträglich weggefallen oder dem Kläger aus anderen Gründen mit der Aufhebung nicht mehr gedient ist. Diese Klageart kommt immer dann in Betracht, wenn gegen den Kläger ein Verwaltungsakt erlassen wurde, dessen Anfechtung eigentlich keinen Sinn mehr machen würde, da er keine Rechtswirkung mehr entfaltet. Dennoch kann der Kläger ein Interesse daran haben, dass die Rechtswidrigkeit festgestellt wird, bspw. weil er die Wiederholung befürchtet.<sup>19</sup>

**Beispiel:** Die von A angezeigte Versammlung wurde von der zuständigen Behörde verboten. Eine Woche später erhebt er Klage zur Feststellung, dass die Untersagung rechtswidrig war, obgleich der Termin für die geplante Versammlung längst verstrichen ist.

#### Gedankliche Prüfung der statthaften Klageart

Ist Streitgegenstand ein Verwaltungsakt?



<sup>19</sup> Vgl. zur Möglichkeit der analogen Anwendung der FFKI auf die Verpflichtungsklage S. 31.

**Möglichkeit der Verletzung eigener Rechte**

**erfolglose Durchführung eines Widerspruchsverfahrens nur nötig, wenn Streitgegenstand ein VA und Ausnahme nach § 80 II-V NJG**

**Kommentieren Sie sich neben § 68 VwGO eine wichtige Ausnahme: § 75 S. 1, 1. Alt. VwGO**

**Fristberechnung**

## 2. Klagebefugnis, § 42 II VwGO

Die Klage ist nur zulässig, wenn der Kläger geltend macht, durch den Verwaltungsakt oder seine Ablehnung oder Unterlassung in seinen eigenen Rechten verletzt zu sein. Eine **Rechtsverletzung** muss zumindest möglich sein („Möglichkeitstheorie“). Diese Vorschrift dient dem Ausschluss der Popularklage. Nicht jeder, der eine Verwaltungsmaßnahme für rechtswidrig hält, soll deren Überprüfung verlangen können, solange er durch sie nicht beeinträchtigt wird.

## 3. Vorverfahren, §§ 68 ff. VwGO

Vor Erhebung einer Anfechtungsklage sind gem. § 68 I 1 VwGO die Recht- und Zweckmäßigkeit eines Verwaltungsakts grundsätzlich in einem Vorverfahren nachzuprüfen. Dem Kläger soll eine weitere Rechtsschutz-, der Behörde gleichzeitig eine nochmalige Überprüfungsmöglichkeit eingeräumt werden. Zudem sollen die Gerichte entlastet werden, denn wenn eine Klärung im Vorverfahren erfolgt, ist eine Klageerhebung nicht mehr nötig.

Gem. § 68 I 2 VwGO kann jedoch durch Gesetz bestimmt werden, dass es einer solchen Nachprüfung nicht bedarf. Niedersachsen hat mit § 80 NJG eine solche Regelung geschaffen. **Ein Vorverfahren findet daher grundsätzlich nicht statt.**

**Ausnahmen** gelten gem. § 80 II - V NJG u.a. für Verwaltungsakte nach dem

- BauGB, NBauO, BImSchG,
- KrWG, NAbfG, BBodSchG, NBodSchG, WHG, NWG,
- Naturschutzrecht.<sup>20</sup>

Ein **Vorverfahren** ist darüber hinaus **nicht erforderlich** in den in § 68 I 2, 2. Halbsatz VwGO genannten Fällen oder wenn das Vorverfahren ohnehin keinen Sinn machen würde, bspw. weil die Behörde bereits deutlich gemacht hat, dass sie sich im Vorverfahren nicht anders entscheiden würde (h.M.).<sup>21</sup>

Wurde laut Aufgabenstellung trotz Klageerhebung ein ausnahmsweise notwendiger Widerspruch noch nicht eingelegt, ist die Klage nicht automatisch unzulässig. Sofern die Widerspruchsfrist noch nicht abgelaufen ist, genügt in diesem Fall in der Klausur ein Hinweis darauf, dass das Vorverfahren als Sachurteilsvoraussetzung noch bis zur letzten mündlichen Verhandlung nachholbar ist.

Ist ein Vorverfahren ausnahmsweise erforderlich, muss dieses ordnungsgemäß durchgeführt und erfolglos geblieben sein. Erforderlich sind dabei insbesondere die **Einhaltung von Form und Frist**, § 70 I VwGO.

<sup>20</sup> § 80 II - V NJG.

<sup>21</sup> Vertiefend: Hemmer, VerwR I, Rn. 157 ff.

### a) Problem: Fristberechnung

**Unterstreichen Sie sich in § 41 II VwVfG „durch die Post“, in § 41 V „Zustellung“ und kommentieren Sie sich neben § 41 V: § 1 I NdsVwZG, §§ 2 I, 4 I VwZG**

#### Drei-Tages-Fiktion

Der Widerspruch ist innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe des Verwaltungsaktes zu erheben.

Entscheidend für den Fristbeginn ist die **Bekanntgabe** des Verwaltungsaktes nach §§ 41, 79 VwVfG.<sup>22</sup> Sie erfolgt typischerweise durch **einfachen Brief** gem. §§ 41 II, 79 VwVfG oder durch Zustellung per **Einschreiben** gem. §§ 41 V, 79 VwVfG, § 1 I NdsVwZG i.V.m. § 4 I VwZG.

Bei Übersendung durch einfachen Brief oder durch Übergabe-Einschreiben gilt die sog. **Drei-Tages-Fiktion**: Der Verwaltungsakt gilt mit dem dritten Tag nach Aufgabe zur Post als bekanntgegeben, es sei denn, er geht erst später zu.

**Wichtig:** Die Drei-Tages-Fiktion gilt selbst dann, wenn der Betroffene den Verwaltungsakt tatsächlich früher erhält.

Bei einem Einschreiben mit Rückschein gilt die Zustellung an dem Tag als bewirkt, den der Rückschein angibt. Die Fiktion der Zustellung in § 4 II 2 VwZG gilt nur für Zustellungen, bei denen der Rückschein den Beweisanforderungen nicht genügt oder verloren gegangen ist.

Die **Fristberechnung** erfolgt nach §§ 79, 31 I VwVfG i.V.m. §§ 187 ff. BGB.<sup>23</sup> Die Monatsfrist des § 70 I VwGO gilt allerdings nur, wenn dem Verwaltungsakt eine ordnungsgemäße Rechtsbehelfsbelehrung beigefügt ist. Ist diese fehlerhaft oder fehlt sie ganz, gilt für die Erhebung des Widerspruchs gem. § 58 II VwGO die Jahresfrist. Der Verwaltungsakt wird dadurch aber nicht rechtswidrig.

**grds. Monatsfrist, bei falscher Rechtsbehelfsbelehrung Jahresfrist**

**Anforderungen an ordnungsgemäße Belehrung**

Die **Anforderungen an eine ordnungsgemäße Rechtsbehelfsbelehrung** ergeben sich aus § 58 I VwGO: Sie muss schriftlich erfolgen und den Rechtsbehelf, die Verwaltungsbehörde (oder – im Falle eines Widerspruchsbescheids – das Gericht), bei der der Rechtsbehelf eingelegt werden kann sowie deren Sitz und die Frist angeben. Sie darf ferner keine Erschwerungen für den Betroffenen enthalten. Vergünstigungen (bspw. längere Widerspruchsfrist) sind nach h.M. zulässig. Ist im Sachverhalt eine Rechtsbehelfsbelehrung abgedruckt, enthält sie meistens auch Fehler. Die Angabe vieler Daten weist auf ein Fristenproblem hin. Schreiben Sie sich sicherheitshalber eine Zeitübersicht.

**Beispiele:** Unzulässig ist der Hinweis, dass der Widerspruch schriftlich zu erfolgen hat (§ 70 I VwGO lässt auch den mündlichen Widerspruch zur Niederschrift zu), in dreifacher Ausfertigung einzulegen ist oder die Widerspruchsfrist 4 Wochen beträgt (§ 70 I VwGO: ein Monat).

Zulässig ist folgende Formulierung: „Gegen diesen Bescheid kann innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe Widerspruch erhoben werden. Der Widerspruch

<sup>22</sup> § 79 VwVfG dient als Überleitungsvorschrift von der VwGO in das VwVfG.

<sup>23</sup> Nach anderer Ansicht erfolgt die Fristberechnung mit allerdings gleichem Ergebnis über § 57 VwGO, § 222 ZPO i.V.m. §§ 187 ff. BGB.

ist bei der Stadt X, Adresse siehe Briefkopf, schriftlich oder zur Niederschrift einzulegen.“. Ausreichend ist aber auch: „Gegen diesen Bescheid können Sie innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe bei mir Widerspruch einlegen.“.

### b) Beispiel für die Fristberechnung

#### Zeitübersicht

30.08.	Aufgabe zur Post
31.08.	1. Tag nach Aufgabe
01.09.	2. Tag nach Aufgabe
02.09.	3. Tag nach Aufgabe ⇒ Bekanntgabe
03.09.	Fristbeginn, 00.00 Uhr
So, 02.10.	Fristende, 24.00 Uhr ⇒ (P) Sonntag
Mo, 03.10.	Neues Fristende ⇒ (P) Feiertag
Di, 04.10.	Neues Fristende, 24 Uhr

Die Stadt X schickt dem A am 30.08. per Übergabeeinschreiben eine Abrissverfügung. Eine ordnungsgemäße Rechtsbehelfsbelehrung ist beigefügt. A erhält den Bescheid bereits am 31.08., wirft den Widerspruch aber erst am Abend des 04.10., einem Dienstag, in den Hausbriefkasten der zuständigen Behörde.

Der Widerspruch des A wäre ordnungsgemäß eingelegt, wenn er innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe erhoben worden wäre. Da die Stadt die Verfügung per Übergabeeinschreiben verschickt hat, richtet sich die **Bekanntgabe** nach §§ 41 V, 79 VwVfG, § 1 I NdsVwZG i.V.m. § 4 II 2 VwZG (§ 4 II 1 VwZG gilt mangels Rückschein nicht). Es gilt die Drei-Tages-Fiktion, d.h. die Bekanntgabe erfolgt am dritten Tag nach Aufgabe zur Post. Der Bescheid wurde am 30.08. zur Post gegeben. Die Bekanntgabe ist demnach am 02.09. erfolgt. Dass A den Bescheid schon am 31.08. erhalten hat, spielt dabei keine Rolle.

Die **Fristberechnung** erfolgt nach §§ 79, 31 I VwVfG i.V.m. §§ 187 ff. BGB. Gem. § 187 I BGB wird der Tag der Bekanntgabe (Ereignistag) bei der Fristberechnung nicht mitgezählt. **Fristbeginn** ist demnach der 03.09. um 00.00 Uhr. Da der Bescheid eine ordnungsgemäße Rechtsbehelfsbelehrung enthielt, gilt die Monatsfrist des § 70 I VwGO. Das **Fristende** richtet sich nach § 188 II BGB und entspricht der Zahl nach dem Tag, an dem das Ereignis (die Bekanntgabe) erfolgt ist, allerdings verlängert um die Monatsfrist. Die Bekanntgabe erfolgte am **02.09.**, Fristende ist damit eigentlich am **02.10.**, 24.00 Uhr. Etwas anderes gilt jedoch gem. § 193 BGB, wenn das Fristende auf einen Sams-, Sonn- oder Feiertag fällt. Hier fällt das Fristende auf einen Sonntag, so dass an dessen Stelle der nächste Werktag tritt, also der 03.10. Da der 3. Oktober ein gesetzlicher Feiertag ist (Tag der Deutschen Einheit), greift § 193 BGB erneut ein. Fristende ist demnach erst der **04.10.**, 24.00 Uhr. Der Widerspruch erfolgte demnach ordnungsgemäß.

### 4. Klagefrist, § 74 I VwGO

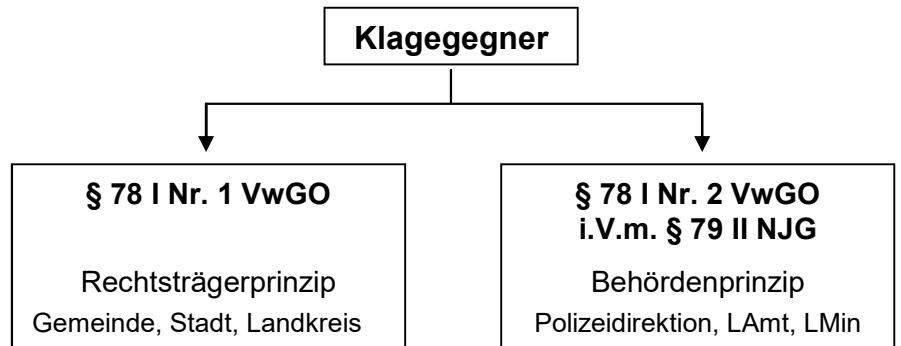
Die Klage muss innerhalb eines Monats nach ordnungsgemäßer Zustellung des Widerspruchsbescheides (vgl. § 73 III VwGO) erhoben werden. Die Bekanntgabe richtet sich gem. § 73 III 2 VwGO nach dem Verwaltungszustellungsgesetz.<sup>24</sup> Hinsichtlich der Fristberechnung gelten die eben gemachten Ausführungen entsprechend. Ist ein Vorverfahren nicht vorgesehen,<sup>25</sup> ist für den Fristbeginn die Bekanntgabe des (Ausgangs-) Verwaltungsaktes maßgeblich, § 74 I 2 VwGO.

<sup>24</sup> Vgl. dazu bereits oben.

<sup>25</sup> Vgl. dazu bereits S. 25.

## 5. Klagegegner, § 78 VwGO

§ 78 VwGO enthält zwei Regelungsprinzipien, das Rechtsträger- und das Behördenprinzip, § 78 I Nr. 1 bzw. Nr. 2 VwGO:



**Kommentieren Sie sich an § 78 I Nr. 2 VwGO:**

§ 79 II NJG;  
§§ 87 I Nr. 3, 90 NPOG

Das **Rechtsträgerprinzip** gilt immer dann, wenn der Verwaltungsakt von Gemeinden, Städten oder Landkreisen erlassen wurde. In diesen Fällen ist der Klagegegner der Rechtsträger der handelnden Behörde. Das **Behördenprinzip** kommt i.V.m. § 79 II NJG zum Tragen, wenn eine Landesbehörde den Verwaltungsakt erlassen hat, insb. auch die Polizei (vgl. §§ 87 I Nr. 3, 90 NPOG). In diesem Fall ist die Behörde selbst Klagegegner.

**Beispiel:** Hat die Gemeinde gehandelt, ist sie nach dem Rechtsträgerprinzip auch Klagegegner. Wehrt sich der Betroffene gegen eine Maßnahme der Polizei, ist richtiger Klagegegner die zuständige Polizeidirektion, da es sich bei der Polizei um eine Landesbehörde i.S.d. § 79 II NJG handelt.

## 6. Beteiligten- und Prozessfähigkeit, §§ 61, 62 VwGO

Kläger und Klagegegner müssen beteiligtenfähig und prozessfähig sein. Die **Beteiligtenfähigkeit** ist das prozessuale Gegenstück zur Rechtsfähigkeit. Für natürliche und juristische Personen des Privatrechts (AG, GmbH, rechtsfähiger Verein) und des öffentlichen Rechts (insb. Körperschaften des öffentlichen Rechts, wie Gemeinden, Städte und Landkreise) ist sie unproblematisch über § 61 Nr. 1 VwGO gegeben. Bei Landesbehörden ergibt sich die Beteiligtenfähigkeit aus § 61 Nr. 3 VwGO i.V.m. § 79 I NJG.

Die **Prozessfähigkeit** ist die Fähigkeit, Verfahrenshandlungen selbst vorzunehmen oder vornehmen zu lassen. Für natürliche Personen ergibt sie sich in aller Regel aus § 62 Nr. 1 VwGO. Für Vereinigungen und Behörden handeln gem. § 62 III VwGO ihre gesetzlichen Vertreter (bei einer Gemeinde bspw. nach § 86 I 2 NKomVG der Bürgermeister).

**Kommentieren Sie sich an § 61 Nr. 3 VwGO:**

§ 79 I NJG

**Kommentieren Sie sich an § 62 III VwGO:**

§ 86 I 2 NKomVG;  
§ 78 AktG; § 11 III PartG

## II. Besonderheiten der Zulässigkeit einzelner Klagearten

### 1. Anfechtungsklage

#### Zulässigkeit der Anfechtungsklage:

- I. statthafte Klageart
- II. Klagebefugnis
- III. ggf. Vorverfahren
- IV. Klagefrist
- V. Klagegegner
- VI. Bet.-/ Proz.fähigkeit

**Norm ist drittschützend, wenn sie auch dem Klägerinteresse dienen soll**

#### Klagebefugnis

Ist der Kläger Adressat einen belastenden Verwaltungsaktes, gegen den er sich wehren will, ergibt sich die Klagebefugnis bereits 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 (**Adressatengedanke**).

Will sich der Kläger gegen einen Verwaltungsakt wehren, dessen Adressat nicht er selbst ist (**Drittanfechtungsklage**), greift der Adressatengedanke nicht. In dem Fall muss eine Verletzung von Normen vorliegen, die auch ihn als Dritten schützen sollen. Eine solche **drittschützende Norm** liegt vor, wenn sie nicht nur dem Schutz der Allgemeinheit, sondern auch dem Interesse des Klägers dienen soll (**Schutznormtheorie**).

**Beispiel:** A will sich gegen die seinem Nachbarn erteilte Baugenehmigung wehren, da er sich durch die geplante grenznahe Bebauung belästigt fühlt. Als drittschützende Norm, die verletzt sein könnte, kommt § 5 I NBauO in Betracht, der u.a. den Nachbarn vor zu dichter Bebauung schützen soll.

Hinsichtlich der übrigen Voraussetzungen bestehen keine Besonderheiten.

#### Zulässigkeit der Verpflichtungsklage:

- I. statthafte Klageart
- II. Klagebefugnis
- III. ggf. Vorverfahren
- IV. Klagefrist
- V. Klagegegner
- VI. Bet.-/ Proz.fähigkeit

### 2. Verpflichtungsklage

#### Klagebefugnis

Wird der beantragte Verwaltungsakt nicht erteilt, so besteht die Klagebefugnis, wenn es zumindest möglich erscheint, dass der Kläger aus einer Norm einen **Anspruch auf den begehrten Verwaltungsakt oder zumindest auf eine ermessensfehlerfreie Entscheidung** darüber hat.

Im Übrigen ergeben sich keine Besonderheiten.

### 3. Allgemeine Leistungsklage

#### a) Klagebefugnis

Auch bei der allgemeinen Leistungsklage wird nach h.M. eine Klagebefugnis analog § 42 II VwGO verlangt, um die Popularklage auszuschließen. Sie ist gegeben, wenn der Kläger möglicherweise einen Anspruch hat.<sup>26</sup>

<sup>26</sup> Zur Vertiefung: Hemmer, VerwR II, Rn. 191.

### b) Vorverfahren/ Klagefrist

Bei der allgemeinen Leistungsklage ist ein Vorverfahren **nicht** durchzuführen. Eine Klagefrist ist demnach ebenfalls **nicht** einzuhalten.

## 4. Feststellungsklage

### Zulässigkeit der Feststellungsklage:

- I. statthafte Klageart
- II. Klagebefugnis
- III. Feststellungsinteresse
- IV. Subsidiarität
- V. Klagegegner
- VI. Bet.-/ Proz.fähigkeit

### Feststellungsinteresse

bei jedem nach den Umständen vernünftigen Interesse wirtschaftlicher, rechtlicher oder auch ideeller Art

### Subsidiarität

### a) Klagebefugnis

Nach h.M. erfordert die Feststellungsklage ebenfalls eine Klagebefugnis analog § 42 II VwGO.<sup>27</sup> Sie ist gegeben, wenn das begehrte Rechtsverhältnis möglicherweise besteht bzw. nicht besteht.

### b) Feststellungsinteresse

Darüber hinaus ist nach § 43 I VwGO als besondere Ausprägung des Rechtsschutzbedürfnisses ein **berechtigtes Interesse** an der Feststellung nötig. Es liegt bei jedem nach den Umständen vernünftigen Interesse wirtschaftlicher, rechtlicher oder auch ideeller Art vor (insb. Wiederholungsgefahr, Rehabilitationsinteresse, Vorbereitung eines Amtshaftungsprozesses) und ist damit weiter als bei der Fortsetzungsfeststellungsklage.

### c) Subsidiarität, § 43 II VwGO

Gem. § 43 II VwGO ist die Feststellungsklage subsidiär gegenüber den anderen Klagearten, d.h. sie darf nicht angewendet werden, wenn der Kläger seine Rechte ebenso gut mit Hilfe der Anfechtungs-, Verpflichtungs- oder Leistungsklage verfolgen könnte. Hintergrund für diese **Subsidiarität** ist die Prozessökonomie. Häufig reicht dem Kläger die bloße Feststellung nicht aus, sondern es bedarf zur Durchsetzung seines Begehrens noch einer weiteren Klage.

**Beispiel:** Die bloße Feststellung, dass ein Verwaltungsakt rechtswidrig ist, schafft diesen noch nicht aus der Welt. Vielmehr bedarf es einer Anfechtungsklage, um dessen Aufhebung zu erreichen. Der Kläger soll in diesen Fällen gleich die Anfechtungsklage wählen.

### d) Vorverfahren/ Klagefrist

Die Durchführung eines Vorverfahrens sowie die Einhaltung einer Klagefrist sind bei der Feststellungsklage nicht erforderlich.

---

<sup>27</sup> Zur Vertiefung: Hemmer, VerwR II, Rn. 329 ff.

## 5. Fortsetzungsfeststellungsklage

### Zulässigkeit der FFKI:

- I. statthafte Klageart
- II. Klagebefugnis
- III. Feststellungsinteresse
- IV. ggf. Vorverfahren (P)
- V. Klagefrist (P)
- VI. Klagegegner
- VII. Bet.-/ Proz.fähigkeit

### a) Statthafte Klageart

§ 113 I 4 VwGO sieht die Fortsetzungsfeststellungsklage seinem Wortlaut nach nur für die Fälle vor, in denen sich der Verwaltungsakt **nach** Erhebung der **Anfechtungsklage**, aber vor der gerichtlichen Entscheidung erledigt hat.<sup>28</sup> Dennoch ist anerkannt, dass die Fortsetzungsfeststellungsklage in analoger Anwendung des § 113 I 4 VwGO auch möglich sein muss, wenn sich der Verwaltungsakt **vor** **Anfechtungsklageerhebung** erledigt hat, ebenso **vor** und **nach** Erhebung einer **Verpflichtungsklage**.

	Erledigung nach Klageerhebung	Erledigung vor Klageerhebung
Anfechtungssituation	§113 I 4 VwGO direkt	§113 I 4 VwGO analog
Verpflichtungssituation	§113 I 4 VwGO analog	§113 I 4 VwGO analog („doppelte Analogie“)

### b) Klagebefugnis

Auch die Fortsetzungsfeststellungsklage erfordert als fortgesetzte Anfechtungs- bzw. Verpflichtungsklage nach h.M. eine Klagebefugnis analog § 42 II VwGO. Sie liegt vor, wenn der Verwaltungsakt möglicherweise rechtswidrig war (Anfechtungssituation) bzw. ein Anspruch bestand (Verpflichtungssituation).

### c) Feststellungsinteresse

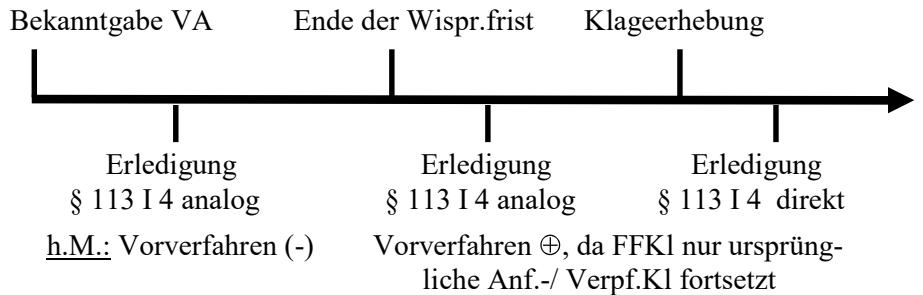
**Feststellungsinteresse**  
bei Wiederholungsgefahr, Rehabilitationsinteresse, schwerwiegendem Grundrechtseingriff, Vorbereitung eines Amtshaftungsprozesses

Ebenso wie die Feststellungsklage setzt die Fortsetzungsfeststellungsklage ein berechtigtes Interesse voraus. Typischerweise liegt es vor, wenn eine erneute Verletzung hinreichend konkret zu befürchten ist (**Wiederholungsgefahr**), der Verwaltungsakt auf den Kläger eine diskriminierende Wirkung hatte (**Rehabilitationsinteresse**), bei **schwerwiegenden Grundrechtseingriffen** oder – nach h.M. allerdings nur bei Erledigung nach Klageerhebung – wenn das Verfahren als **Vorbereitung eines Amtshaftungsprozesses** dienen kann.

<sup>28</sup> Zum Begriff der Erledigung siehe S. 24.

### d) Vorverfahren

**Vorverfahren entbehrlich bei Erledigung vor Klageerhebung innerhalb der Widerspruchsfrist**



Falls Streitgegenstand eine Materie ist, in der nach § 80 II - V NJG ausnahmsweise ein Vorverfahren erforderlich ist,<sup>29</sup> stellt sich die Frage, ob das nicht nur für die Anfechtungs- und Verpflichtungsklage gilt, sondern auch für die Fortsetzungsfeststellungsklage.

Grundsätzlich ist die Durchführung eines Vorverfahrens auch bei der Fortsetzungsfeststellungsklage nötig, da sie eine ursprüngliche Anfechtungs- bzw. Verpflichtungsklage für die Fälle fortsetzt, in denen sich der Verwaltungsakt erledigt hat. Etwas anderes soll nach h.M. nur dann gelten, wenn sich der Verwaltungsakt **vor Klageerhebung**, aber noch **innerhalb der Widerspruchsfrist** erledigt hat. In diesem Fall sei der Zweck des Vorverfahrens ohnehin nicht mehr zu erreichen, so dass es entbehrlich und gleich eine Klage möglich sein soll.<sup>30</sup>

### e) Klagefrist

**§ 74 I 2 VwGO analog?**

e.A.: ⊕, AnfKl/ VerpfKl wird fortgeführt

a.A.: (-), Unterfall der FKL, kein Erfordernis für Rechtssicherheit

**Streitentscheid entbehrlich, wenn ohnehin fristgerecht**

Die Fortsetzungsfeststellungsklage hat eine Doppelnatur: Mit ihr soll gem. § 113 I 4 VwGO **festgestellt** werden, ob der **angefochte**ne, mittlerweile erledigte Verwaltungsakt rechtswidrig war. Daher ist streitig, ob es sich bei der Fortsetzungsfeststellungsklage um einen **Unterfall der Feststellungs- oder der Anfechtungsklage** handelt. Im letzteren Fall wäre die Einhaltung der Klagefrist analog § 74 I 2 VwGO auch dann erforderlich ist, wenn sich der Verwaltungsakt bereits vor Klageerhebung erledigt hat. Für diese Ansicht spricht die Tatsache, dass die Fortsetzungsfeststellungsklage die ursprüngliche Anfechtungs- bzw. Verpflichtungsklage fortführt. Auf der anderen Seite soll das Fristerfordernis der Rechtssicherheit dienen. Irgendwann soll feststehen, ob ein Verwaltungsakt wirksam ist und bleibt. Hat sich ein Verwaltungsakt aber erledigt, gebietet die Rechtssicherheit keine Einschränkung der Anfechtungsmöglichkeit mehr. Zumindest in den Fällen, in denen das Fristerfordernis ohnehin erfüllt ist, kann die Entscheidung offenbleiben.<sup>31</sup>

<sup>29</sup> Vgl. dazu bereits S. 25.

<sup>30</sup> Vertiefend: Hemmer, VerwR II, Rn. 144 ff.

<sup>31</sup> Zur Vertiefung: Hemmer, VerwR II, Rn. 148 ff.

## Fall 2



### Gaststättenerlaubnis und Drogenumschlagplatz

Der Gastwirt G erhielt vor zwei Jahren von der zuständigen Behörde die Erlaubnis zum Betrieb der Gaststätte „Die brave Kneipe“. Die Gaststätte liegt in der Innenstadt einer kreisfreien niedersächsischen Stadt.

Zunächst verdiente G gut, seit Anfang des Jahres allerdings wurde die Gaststätte aus unerklärlichen Gründen zunehmend gemieden. Wegen des zurückgehenden Umsatzes konnte G seine Steuern nicht mehr pünktlich bezahlen und führte den Arbeitgeberanteil für die Sozialversicherung seiner Angestellten nicht mehr ab.

G versuchte in dieser scheinbar aussichtslosen Situation das Ambiente seiner Gaststätte zu verbessern, indem er sie in „joint venture“ umtaufte. Er änderte Anstrich, Beleuchtung, Bestuhlung und Musik derartig, dass sich nur noch ein bestimmter Teil der Jugend angesprochen fühlte, von dem er erwartete, dass er mehr Geld in seiner Gaststätte lassen würde. Nach einiger Zeit entstand so ein Umschlagplatz für Drogen. Diese Entwicklung nahm der G gelassen hin, weil sein Umsatz nun endlich wieder zunahm. Die Polizei hatte ihn bereits mehrmals aufgefordert, bei der Bekämpfung der Drogenkriminalität behilflich zu sein und die Räume seiner Gaststätte zu kontrollieren bzw. mindestens ausreichend zu beleuchten. Diesen Bitten war der G nicht nachgekommen. Geldbußen, die deshalb verhängt wurden, bezahlte er. Sein Verhalten veränderte er aber nicht.

Vor kurzem wurde ihm die Gaststättenerlaubnis unter Hinweis auf seine nicht mehr vorhandene Zuverlässigkeit von der zuständigen Behörde entzogen.

G er hob beim örtlich zuständigen Verwaltungsgericht Klage, indem er zum VG fuhr und dort seine Klage dem Urkundsbeamten diktierte. Er ist der Ansicht, er hätte vor Erlass der Verfügung angehört werden müssen. Es sei Sache der Polizei, die Drogenkriminalität zu bekämpfen und nicht seine Aufgabe. Er sei weiterhin zuverlässig. Die Vorschriften, die den Entzug einer Gaststättenerlaubnis zuließen, seien verfassungswidrig und könnten einer Überprüfung anhand seiner Grundrechte aus Art. 12 I, 14 I GG nicht standhalten.

#### **Kann die Klage erfolgreich sein?**

**Vermerk:** Das NGastG ist nicht anzuwenden.

## Fall 6



### Leuchtreklame an der Autobahn

Die Lumex GmbH beantragte am 20.3. bei der zuständigen Behörde die Genehmigung zur Anbringung einer selbsttragenden Leuchtreklameanlage mit einer 3 m<sup>2</sup> großen Ansichtsfläche, die an der Ostseite der Bundesautobahn ca. 70 m vom Fahrbahnrand angebracht werden sollte. Das Schild soll auf die sich dort befindliche Betriebs- und Verkaufsstätte der Lumex-GmbH aufmerksam machen.

Die Baugenehmigungsbehörde lehnte den Antrag mit einfachem Brief vom 29.3. mit der Begründung ab, das Bundesfernstraßenamt habe die erforderliche Zustimmung versagt. Dem Schreiben war eine ordnungsgemäße Rechtsbehelfsbelehrung beigefügt.

Mit Schriftsatz vom 1.5., der per Telefax am selben Tag um 23.58 Uhr bei der Widerspruchsbehörde einging, legte die Lumex GmbH Widerspruch gegen die Entscheidung ein. Da über diesen im September noch nicht entschieden wurde, will sie das Bundesfernstraßenamt im Klagewege zur Erteilung der Zustimmung verpflichten.

#### **Wie sind die Erfolgsaussichten und was ist der Lumex GmbH sonst zu raten?**

**Vermerk:** Es ist zu unterstellen, dass dem Bund die Verwaltung dieser Bundesfernstraße zusteht.