

Vorweg

Es ist hervorragend, die Probleme einer verwaltungsrechtlichen Klausur zu kennen und erfassen zu können. Leider ist das Justizprüfungsamt in Sachsen dazu nicht in der Lage, was die ab und an in den SächsVwBl veröffentlichten Lösungsskizzen eindrucksvoll belegen und auch gestandene Prüfer kolportieren. Also hat es keinen Sinn, alles zu gut zu können. Soviel zur Abschreckung. Viel Spaß.

Begriffe und Definitionen**Abgaben**

wenn es um Abgaben geht, ist im Kommunalrecht immer an das KAG zu denken. Man kann nahezu alles hier an einer real existierenden Vorschrift festmachen.

Beiträge: [§ 17 S.KAG] sind Geldleistungen, die zur Deckung des Aufwandes einer öff. Einr. von dem erhoben werden, dem die Einrichtung Vorteile bringt, wobei nicht erforderlich ist, daß die Vorteile auch wahrgenommen werden. Ermächtigungsgrundlagen finden sich in den Kommunalabgabengesetzen oder Spezialgesetzen.

Gebühren: [§ 9 S.KAG] sind Geldleistungen, denen eine konkrete Gegenleistung gegenübersteht, auch wenn diese Leistung dem Einzelnen aufgezwungen wird - sie muß aber in seinem Interesse erfolgen. Die Höhe richtet sich nach dem **Kostendeckungsprinzip** und dem **Äquivalenzprinzip**.

à **Steuern:** [Art. 104a ff. GG, § 7 S.KAG], Geldleistungen, welche von einer öff.-rechtl. Körperschaft kraft eigener Finanzhoheit allen aufgelegt werden, bei denen der leistungspflichtbegründende Tatbestand zutrifft, keine bestimmte Gegenleistung haben und die allgemein der Erzielung von Einnahmen dienen. Will z.B. eine Gemeinde Steuern erheben, so bedarf sie hierfür einer Ermächtigung durch das SächsKAG - §§ 1 I, 7 KAG.

Und noch ein Punkt zum dran denken: Geht bei der Anforderung von Abgaben die Frage nach einem Rechtsrat (Anwaltsklausur), so ist immer an den einstweiligen Rechtsschutz nach § 80 V VwGO zu denken, denn nach § 80 II Nr.1 entfällt hier per se die **aufschiebende Wirkung!** Beachte hier auch § 80 VI VwGO, es muß erst ein behördliches Verfahren durchgeführt werden!

Verjährung nach § 3 I KAG i.V.m. § 169 ff. AO: 4 Jahre ab Ende des Kalenderjahres.

Abgabensatzung

am Beispiel: à *HAssKlSa 144/4ff.*

Hier hatten wir den Fall einer kommunale Abgabensatzung, es ging um Abwasser.

Letztlich läuft so ein Fall meist auf eine Inzidentkontrolle der Satzung hinaus, der Grundaufbau (man prüft den Abgabenbescheid):

1. Rechtsgrundlage für den Abgabenbescheid ist die Abgabensatzung
2. Zur formellen Rechtmäßigkeit ist meist nicht viel zu sagen, die Gemeinde selbst ist zum Vollzug der Satzung berufen, darf also auch den Abgabenbescheid erlassen
3. Der Bescheid wird meist von der Satzung gedeckt sein, sonst ist die Sache ja witzlos. Nun fragt sich, ob die Satzung ihrerseits okay ist
 - a) Rechtsgrundlage für eine solche Satzung sind §§ 4, 10 GO i.V.m. § 2 I KAG
 - b) formell muß die Satzung rechtmäßig zustande gekommen sein. Hier ist also der Schnittpunkt zur GO.
 - c) materiell muß sie okay sein.
 - aa) Grundsätzlich müssen erst mal die Erfordernisse des § 2 KAG gewahrt sein, also die Satzung die Schuldner benennen usw. (erst mal noch rein formal)
 - bb) Dann sollte der genannte Schuldner auch wirklich Beitragspflichtig sein, was sich nach § 21 KAG bestimmt
 - cc) Der Bewertungsmaßstab bemißt sich nach § 18 I KAG. Und hier liegt immer (und lag auch im Fall) der Hase im Pfeffer. Der Beitragsmaßstab muß nach dem Gesetz den (aus der jeweiligen

Einrichtung gewonnenen) Vorteilen, die aus dem Grundstück gezogen werden angemessen sein. Dabei ist ein sog. **Wirklichkeitsmaßstab** anzulegen, wenn es den nicht gibt ein sog. **Wahrscheinlichkeitsmaßstab**. Der Maßstab muß letztlich also einen einigermaßen sicheren Schluß auf die Vorteile zulassen. Und das dürfte bei einem reinen Frontmetermaßstab meist nicht der Fall sein, denn die aus einem Grundstück gezogenen Vorteile korrelieren meist mit der Bebaubarkeit. Und ein kleines, günstig geschnittenes Grundstück kann ja ganz intensiv bebaubar sein. Ein großes kann einen ungünstigen Zuschnitt haben usw.

Im Fall war die Satzung dann nichtig. Lustigerweise hat man dann versucht, die ganze Sache durch Erlaß einer neuen, rückwirkenden Satzung zu heilen, was sogar gelang

à Rückwirkung

Abschleppfälle

Beachte: Zwei Lösungswege. Beide kann man diskutieren, insb. sind auch die Fälle nicht 100%ig vergleichbar. Trotzdem halte ich den zweiten für besser.

Am Bsp: (ASRK 4/98, basierend auf einem berichtigtem BVerwG-Urteil). A stellt sein KFZ ab und begibt sich dann einige Wochen ins Krankenhaus. Kurz darauf stellt die Straßenverkehrsbehörde mobile Halteverbotschilder wegen eines Straßenfestes auf. Bald läßt sich durch ein privates Unternehmen das KFZ des A abschleppen, der es dort vom Hof gegen 130 DM abholt.

Nach Widerspruch klagt er auf Rückzahlung der Kröten.

Zulässigkeit

A. **Verwaltungsrechtsweg:** Ja, da Rückforderung actus contrarius der Zahlung, da der ö.R. Erstattungsanspruch durch den Abschleppunternehmer als Boten befriedigt wurde – einen zivilrechtlichen Anspruch hatte er gegen A gar nicht

B. **Klageart:** allg. Leistungsklage, es ist ja kein Kostenbescheid ergangen, ansonsten vorrangig Anfechtungsklage (vgl. Polizeirechts-Skript unter à Beschlagnahme/Sicherstellung. Dort wurde das Rückzahlungsverlangen als Annex zu einer Anfechtungsklage verfolgt. Dann aber wohl Klagehäufung)

Begründetheit

AGL möglicherweise der ö.R. Erstattungsanspruch (kein Vollzugsfolgenbeseitigungsanspruch, da kein Kostenbescheid).

A. **etwas erlangt durch Leistung des A (+)**

B. **ohne Rechtsgrund:** nur, wenn die Stadt tatsächlich einen Kostenerstattungsanspruch hatte. Da das Abschleppen heute als Vollstreckung im Wege der Ersatzvornahme angesehen wird, ist AGL §§ 24 I, 2 I Nr.1 SächsVwVG, § 12 I Nr. 5 SächsVwVG.

I. Die Ersatzvornahme muß dann rechtmäßig gewesen sein

1. **Ermächtigungsgrundlage:** war § 24 I SächsVwVG (genaugenommen müßte man diskutieren, ob nicht ein Teil der Kosten auch auf der EGL des § 29 I 3 SächsPolG beruhen, wohl aber (-), da hier die Vollstreckung und die Sicherstellung einheitlich zu beurteilen sind)

2. **formelle RM:** zuständig ist die Straßenverkehrsbehörde nach § 4 I Nr.2 SächsVwVG. Die Anhörung des A konnte unterbleiben, da entweder ein Realakt vorliegt oder ein Fall des § 28 II Nr. 5 VwVfG.

3. **materielle RM:** § 2 I SächsVwVG –

a) **es braucht einen Titel und die Vollstreckungsvoraussetzungen.** Nach HM ist der vollstreckte VA beim Abschleppen ein Wegfahrgebot. Sei es ausgesprochen durch ein Verkehrszeichen oder durch einen Polizeibeamten aufgrund der pol. Generalklausel.

Der VA muß auch wirksam sein: Nach der RS (a.A. z.B. Schenke/Steiner 112) ist bei Verkehrszeichen Bekanntgabe gegeben, wenn die Schilder so aufgestellt sind, daß sie ein durchschnittlicher Kraftfahrer mit einem raschen und beiläufigem Blick erkennen kann. Ob er das wirklich getan hat, ist egal.

Vollstreckbar ist das Ganze nach § 80 II 1 Nr.2 VwGO analog. Rechtmäßig wird das Schild wohl wegen des Festes gewesen sein.

b) **Die Art und Weise der Vollstreckung müßte gewahrt sein.** Die Ersatzvornahme ist das richtige Zwangsmittel, es geht um eine vertretbare Handlung (§ 19 SächsVwVG)

Die Androhung nach § 20 fehlt, ist aber nach § 21 entbehrlich bei Gefahr im Verzuge – hier bestand eine gegenwärtige Gefahr und A war nicht erreichbar.

Die Ersatzvornahme war auch verhältnismäßig.

II. Die Höhe der Kosten ist sicher okay

III. Die Stadt ist als Kläger aktivlegitimiert, § 4 I Nr. 2 SächsVwVG.

IV. A müßte passivlegitimiert sein. Grundsätzlich ist er Störer nach § 5 PolG. Auch kann hier das Kostenrisiko ihm zugerechnet werden, weil jeder Verkehrsteilnehmer mit Änderungen der Verkehrssituation rechnen muß, daher können KFZ nach 4 Tagen abgeschleppt werden.

V. Das Auswahlmessen ist richtig betätigt – weitere Störer sind nicht ersichtlich.

Bsp. aus dem Kurs: Der Kläger war zwar Halter, aber bloß Beifahrer eines KFZ, welches im absoluten Parkverbot stand. Gerade, als der Abschleppwagen kam, stieg er schnell noch mit der Fahrerin in sein Auto und brauste davon. Auf den Leistungsbescheid mag er nicht zahlen.

Zulässigkeit: Kein Problem

Begründetheit:

A. Ermächtigungsgrundlage für den Leistungsbescheid? Es kommen (immer!) zwei in Betracht, nämlich

§ 24 I SächsVwVG

§ 6 II SächsPolG

Was ist der Unterschied? Bei § 24 braucht es einen vollstreckbaren **Grund-VA** mit allem drum und dran, Bekanntgabe usw. (sonst ist es ja auch kein VA).

Bei § 6 II dagegen gibt es gerade **keinen** zugrundeliegenden VA. Paradebeispiel dafür ist - trotz eines verirrten Urteils des BVerwG, welches den Bekanntgabebegriff bei Verkehrszeichen weiter faßte - der Autofahrer, der sich mit Mühe und Not noch ins Krankenhaus schleppt, nach einer Woche werden vor seinem Auto mobile Halteverbotsschilder aufgestellt, es gibt ein Straßenfest.

Bei § 6 II wird vielmehr ein nur gedachter VA vollzogen, der sich dann eben (siehe unten) normal nach den allg. Regeln richtet, also etwa § 3 PolG – denn die Vornahme durch die Polizei ersetzt ja nur den an sich an den Pflichtigen notwendigen VA.

Hier nun war der Kläger nicht der Fahrer, der VA "Verkehrsschild" hat also ihm gegenüber gar keine Geltung erlangt, denn Bekanntgabe liegt (wohl) bloß an den Fahrer vor, der Beifahrer ist nicht Adressat. Damit also mangels VA § 6 II PolG

B. formelle RM (des Leistungsbescheides!):

1. Zuständig: §§ 64 I Nr. 3, 68 PolG die Ortspolizeibehörde

2. Verfahren: Anhörung nach § 28 VwVfG? Nein, auch nicht entbehrlich, insb. nicht § 28 II N. 5, da keine Maßnahme der Vollstreckung. Aber Heilung nach § 45 I Nr. 3

3. Form: § 37 - sollte i.A. kein Problem sein

C. materielle RM (des Leistungsbescheides): also die Voraussetzungen des § 6 II. Es muß etwas unmittelbar ausgeführt worden sein. Und das muß wiederum formell und materiell RM gewesen sein, sonst kann die Polizei nichts verlangen. Das ist jetzt – halten wir das mal fest – die Prüfung der **Primärebene**. Also

I. formelle RM (der unmittelbaren Ausführung):

1. Zuständigkeit: z.B. eines gemeindlichen Vollzugsbeamten (Politesse), § 80 I PolG, § 1 GemPolVO (im K/S Nr. 180a).

2. Verfahren: strittig, Es liegt ja kein VA vor, also ist eigentlich auch das VwVfG nicht anwendbar. Andererseits aber handelt es sich um behördliches Handeln

3. Form: ebenso

II. materielle RM (der unmittelbaren Ausführung): vollzogen wird eine bloß **gedachte** Verfügung. Und genau die prüft man jetzt im Prinzip durch. Durfte also die Polizei einschreiten und durfte sie es gerade gegen des Kläger?

1. § 3 I PolG, Öff. Sicherheit ist auch das geschriebene Recht, damit auch die Vorschriften der StVO

2. Eine Gefahr liegt vor

3. Der richtige Störer ist gewählt, nach §§ 4, 5 kommen der Fahrer und der Halter in Betracht. Der Halter ist nunmal einfacher zu ermitteln. **Beachte:** gegen den Fahrer läge ja ein VA (Verkehrsschild) vor, so daß für diesen nur § 24 VwVG in Betracht käme

4. Die Eilbedürftigkeit war gegeben, es war ja niemand da

5. Rechtsfolge des (gedachten) § 3 wäre Ermessen, für fehlerhafte Ausübung ist nichts erkennbar

6. Auch an der Verhältnismäßigkeit bestehen keine Zweifel (E) Die unmittelbare Ausführung ist also okay

D. Kostenpflichtiger (des Leistungsbescheides): Auch hier wieder §§ 4, 5 Fahrer oder Halter, wieder gilt - der Halter läßt sich leichter ermitteln.

IV. Nur bei Not am Mann: Korrektur dieses Ergebnisses über § 3 I Nr. 3 SächsVwVG, auf der Sekundärebene. Danach trägt dann die Behörde und nicht der Kostenschuldner die Kosten, wenn die Amtshandlung überwiegend im öffentlichen Interesse vorgenommen wird. Das sind dann eben die Krankenhaus-Fälle. Hier wird das Auto weggefahren, weil die Allgemeinheit ein Fest feiern will. Aber: die 4-Tage-Regel nicht vergessen, ab und an muß man mal vorbeischaun.

Allgemeinverfügung, § 35 S. 2 VwGO

Eine abstrakt-generelle Regelung. Meist so etwas wie die Umbenennung von Straßen (2. Alternative) oder das Verkehrsschild (3. Alternative).

Auch bei einer Allgemeinverfügung muß aber natürlich bekanntgegeben werden, § 43 VwVfG, und zwar dem Adressaten gegenüber, § 41 VwVfG. Bei Allgemeinverfügungen kann die Bekanntgabe manchmal seltsame Formen annehmen.

Die Bundesregierung gewährt Zuschüsse für Dünger, der aber nach bestimmten Grundsätzen verwendet werden muß. Den billigen Dünger darf der Subventionsempfänger auch weiterveräußern, er muß den Käufer aber auch auf die Grundsätze verpflichten. (à ASRK 8/98).

Das ist ein VA in der Form der Allgemeinverfügung und bekannt gemacht wird er durch den Verkäufer als Boten! Verwendet also der Käufer den Dünger nicht zweckentsprechend, kann (ihm gegenüber!) die Regierung den VA zurücknehmen.

Nur am Rande sei bemerkt, daß in solchen Fällen selten die Rechtsmittelbelehrungen erteilt werden und so oft Fristen sehr lang sind.

Unterschiede zum normalen VA: § 28 II Nr. 4, Absehen von der Anhörung; § 41 III 2, Möglichkeit der öffentlichen Bekanntgabe; § 39 II Nr. 5, Absehen von der Begründung bei öffentlicher Bekanntgabe.

Anwalt, Vollmacht

Naja, manchmal gibt es halt Anwaltszwang und das steht im Gesetz. Viel schöner ist die Regelung des § 67 III VwGO. Im Verwaltungsprozeß nämlich muß die Vollmacht dem Gericht –gegenüber schriftlich nachgewiesen werden, das ist Wirksamkeitsvoraussetzung für die Prozeßhandlungen der Parteien.

Allerdings kann die Vollmacht nachgereicht werden, dann wird der ursprüngliche Fehler auch für die Vergangenheit geheilt.

Aufhebung eines VA

à Rücknahme und Widerruf eines VA

Aufrechnung

Immer mal wieder wird in kommunalen Abgabesatzungen ein Aufrechnungsverbot geregelt. Das kann die Kommune freilich nicht tun, da sie höherrangiges Recht nicht ändern kann – sie hat dazu keine Kompetenz. Nach § 3 V 1a) KAG i.V.m. § 226 AO ist aber die Aufrechnung möglich.

Im Prozeß ist ggf. zu erörtern, ob die Forderung, mit der aufgerechnet werden soll, demselben Rechtsweg angehört, also über sie entschieden werden kann. Eigentlich sollte das kein Problem sein, denn nach § 17 II 1 GVG muß das Gericht den Rechtsstreit unter allen Gesichtspunkten entscheiden, notfalls also auch Aufrechnungen berücksichtigen. Aber: das gilt nach § 17 II 2 **nicht für Amtshaftungsansprüche.**

Außenwirkung

Auf A. ist eine verwaltungsbehördlich Maßnahme dann gerichtet, wenn die Regelung dem obj. Sinngehalt dazu bestimmt ist, über den verwaltungsinternen Bereich hinauszugreifen. Es reicht also nicht, daß die Maßnahme tatsächlich Wirkungen nach Außen entfaltet, es kommt darauf an, daß diese auch (rechtlich) bewirkt werden sollen.

Baurecht

Steht in einem Konflikt zwischen Eigentum und Sozialstaatlichkeit, zwischen individueller Bodennutzung und Erhaltung der nicht vermehrbaren Ressource Boden. Im Übrigen gibt es dazu ein Skript.

Befangenheit

eines Gemeinderatsmitgliedes hat die Unwirksamkeit des Beschlusses **nur** zur Folge, wenn die Befangenheit auf das Abstimmungsergebnis Einfluß gehabt haben könnte. Nach § 20 IV SächsGO ist der Beschluß allerdings **rechtswidrig** (eben nicht nichtig) mit der Chance der Heilung.

Wichtig ist, daß man nicht befangen ist, wenn es um einen sog. **Gruppenvorteil** geht, z.B. der Gemeinderat stimmt über eine Abwassersatzung ab. Davon werden naturgemäß (nahezu) alle Mitglieder betroffen sein. Wenn aber eine ganze Bevölkerungsgruppe betroffen ist, ist kein **unmittelbarer individueller** Vor- oder Nachteil gegeben.

Beachte übrigens § 39 II GO: Ist mehr als die Hälfte der Mitglieder befangen, ist der Gemeinderat schon gar nicht beschlußfähig. Es geht also gar nicht mehr darum, ob die Beschlußfassung okay ist, man fliegt hier schon früher raus.

Beiladung, §§ 63 Nr.2, 65 VwGO**I Allgemeines**

beachte die Rechtskrafterstreckung nach § 121 - Beigeladene sind nach § 63 VwGO Beteiligte des Verfahrens!

Die Beiladung kann einfach (im Ermessen des Gerichtes stehend) oder notwendig sein. Notwendig ist die Beiladung nach § 65 II. Das sind so Fälle wie die Anfechtungsklage gegen einen drittbegünstigenden VA; Verpflichtungsklage auf drittbelastenden VA oder Erlaß eines mitwirkungsbedürftigen VA.

Wird die notwendige Beiladung versäumt, ist dies i.d.R. ein schwerer Fehler, der die Aufhebung des Urteils nach § 130 zur Folge hat. Oder aber auch nicht, weil die Berufungsinstanz eine Tatsacheninstanz ist und selbst beiladen kann.

Klassisches Beispiel der Beiladung ist z.B. im Baurecht die Anfechtung einer Baugenehmigung, die für einen Dritten erteilt wurde. Beklagter ist dann ja der Landkreis, aber der Begünstigte ist betroffen und daher (notwendig) beizuladen.

II notwendige Beiladung

Hier geht es um die nur einheitlich mögliche Entscheidung. Das hat folgende Konsequenz: Unterbleibt die Beiladung, kann gegenüber dem (nicht) Beigeladenen keine Rechtskraft entstehen. Da diese aber überhaupt nur einheitlich entstehen kann, entsteht einfach gar nichts, die Entscheidung ist wirkungslos.

Ob die Entscheidung bloß einheitlich möglich ist, muß man anhand des Streitgegenstandes entscheiden.

III Konsequenzen

Interessant ist nun, in welchem Rahmen Erörterungen der Notwendigkeit einer Beiladung akut werden können. Vor allem wohl in Erörterungen der **Rechtskraft** vorangegangenen Entscheidungen. Diese können ja über die Zulässigkeit einer weiteren, späteren Klage entscheiden.

Aber auch folgende lustige Konstellation gibt es: Der nicht vergessene notwendige Beigeladene kann gegen ein Urteil selbst Berufung einlegen! Es kommt auf seine materielle Stellung, nicht auf seine formale Position als nicht Beteiligter an.

IV Rechte des Beigeladenen

Stehen im § 66. Beachte, daß der nur einfach Beigeladene danach keine abweichenden Sachanträge stellen kann. Ansonsten treffen auch den Beigeladenen die üblichen Beteiligtenpflichten (Mitwirkung, § 86; Einwilligung zur Klageänderung, § 91; Rechtskrafterstreckung, § 121 usw.). Er ist eben ein ganz normaler **Verfahrensbeteiligter**, § 63. Allerdings kann auch der notwendig Beigeladene nicht die Rücknahme der Klage verhindern. Auch auf die Erledigung der Hauptsache hat er keinen Einfluß.

V Auswirkungen im Urteil

Ergeben sich im Rubrum, im Tatbestand (bei der Prozeßgeschichte), bei den Kosten und der Vollstreckbarkeit. Ggf. Auch in Tenor und Entscheidungsgründen.

Bekanntgabe eines VA; § 41 VwVfG

ist die Eröffnung des VA mit Wissen und Willen der Behörde. Die Zustellung ist nur eine spezielle (förmliche) Form der Bekanntgabe. Beachte: Bei einfacher Bekanntgabe per Brief die Dreitagesfiktion des § 41 II.

Gerade bei à Allgemeinverfügungen kann die Bekanntgabe wunderliche Formen annehmen (lesen!).

Berufung

(immer lesen: *KS vor § 124*, dort steht die ganze Zulässigkeit, viel zu Antrag und Tenor – z.B. wann zu verwerfen, wann zurückzuweisen ist)

Die muß nunmehr zugelassen werden, § 124a VwGO. Mit Stellung des Antrages wird erst mal bloß das Zulassungsverfahren beim Berufungsgericht anhängig. Nach positiver Entscheidung geht dies automatisch in das Berufungsverfahren über. Wird abgelehnt, ist die Berufung **nicht statthaft**.

Im Rahmen der Zulassung wird allein geklärt, ob ein Zulassungsgrund nach § 124a vorliegt.

Nach § 125 wird die unzulässige Berufung **verworfen**. Tenor etwa:

I. Die Berufung wird verworfen

II. Der Kläger trägt die Kosten des Berufungsverfahrens

III. Der Beschluß ist im Kostenpunkt vorläufig vollstreckbar. Der Kläger kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe des zu vollstreckenden Betrages abwenden, falls nicht der Beklagte vorher Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

IV. Die Revision wird nicht zugelassen

Zu III.: Es kommen immer noch Nichtzulassungsbeschwerde oder sogar Revision in Betracht, so daß durch den bloßen Beschluß noch keine Rechtskraft eintritt. Tritt Erledigung der Berufung ein oder wird sie zurückgenommen, so wird das Verfahren eingestellt. Bei Erledigung (übereinstimmende Erklärung – sonst bloß Klageänderung – wird zudem das erstinstanzliche Urteil für gegenstandslos erklärt.

Zurückweisung verspäteten Vorbringens ist via §§ 125 I 1, 87 b I, II auch in der Berufung möglich.

I Zulässige Berufung

Ist die Berufung zulässig, kann das Gericht entweder nach § 130a durch Beschluß entscheiden, oder aber i.d.R. mündlich verhandeln. Die zulässige, aber unbegründete Berufung wird **zurückgewiesen**, ansonsten Tenor für Kosten, Vollstreckbarkeit und Revisionszulassung wie oben. Bei der begründeten Berufung ist zu beachten, daß im Tenor auch das ursprüngliche Urteil bzw. der Gegenstand des ursprünglichen Urteiles behandelt werden müssen. Also etwa

I. Das Urteil des (...) vom (...) wird abgeändert. Die Klage wird abgewiesen.

II. Der Kläger trägt die Kosten des Verfahrens in beiden Rechtszügen

(weiter wie oben)

bzw. wenn ursprünglich unrichtigerweise die Klage abgewiesen wurde:

I. Das Urteil des (...) vom (...) wird abgeändert. Der Bescheid des LRA (...) vom (...) in der Gestalt des WSB des RP (...) vom (...) wird aufgehoben.

Beachte aber, daß das Berufungsgericht nach § 130 auch ohne eigene Sachentscheidung zurückverweisen kann. Die aufgezählten Gründe sind abschließend, aber auslegungsbedürftig, weshalb sich immer eine Heranziehung des Kopp anbietet. Beispiel: Ein wesentlicher Verfahrensmangel soll auch dann vorliegen, wenn das Urteil so spät abgesetzt worden ist, daß es kam noch auf der mündlichen Verhandlung beruhen kann.

I. Das Urteil des (...) vom (...) wird aufgehoben. Die Sache wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen.

II. Die Kostenentscheidung bleibt der Endentscheidung vorbehalten

III. Die Revision wird nicht zugelassen“

Schwierig wird die Tenorierung beim Teilobsiegen. Etwa so könnte es aussehen (ach an die Tenorierung beim Teilobsiegen im WS-Verfahren denken)

I. Das Urteil des (...) vom (...) wird abgeändert und erhält in seiner Ziffer I. folgende Fassung: ‚Der Bescheid (...) und der WSB (...) werden insoweit aufgehoben, als höhere Beträge als 3.500 DM festgesetzt werden. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

II. Im Übrigen wird die Berufung zurückgewiesen

III. (Kostenteilung in beiden Rechtszügen!)

Rest wie oben

Man beachte die lustig verschachtelten Abweisungen im Übrigen.

II Anschlußberufung, § 127

Ist auch hier wieder eine Umgehungsmöglichkeit für die sich aus § 128 ergebende RIP. Auch im Verwaltungsprozeß gibt es die Unterscheidung zwischen selbständiger (innerhalb der Frist) und unselbständiger (außerhalb der Frist oder nach Rechtsmittelverzicht) Anschlußberufung, § 127 S. 2. Im Tenor ist zwischen den beiden Berufungen streng zu unterscheiden. Also etwa:

I. Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil (...) abgeändert und erhält in seiner Nummer I. folgende Fassung ‚(...) Im Übrigen wird die Klage abgewiesen‘

II. Im übrigen werden die Berufung der Klägers und die Anschlußberufung des Beklagten zurückgewiesen.

(...)

III Vorläufige Vollstreckbarkeit

Nach §§ 167 I VwGO i.V.m. 708 ff. ZPO.

IV Zulassung der Revision

Nach § 132.

V Prüfungsschema für den Berufungszulassungsantrag

1 Statthaftigkeit

§ 124. Wenn eine berufungsfähige Entscheidung vorliegt.

2 Antragsfrist

§ 124 a – 1 Monat nach Zustellung des Urteils.

3 Form

Schriftlich, §§ 150, 81 von einem Prozeßvertreter, § 67. Im Übrigen muß nach § 125 das angefochtene Urteil bezeichnet werden, es sind Gründe anzugeben. Die möglichen Zulassungsgründe stehen im § 124 II. Noch mal Achtung: Das ist hier noch eine bloße Formalie, also das Nennen des Grundes.

4 Beschwer

Der Kläger muß bloß formell beschwert sein, die Entscheidung also muß hinter seinem Antrag zurückgeblieben sein. Auch der beklagte muß formell beschwert sein, also wenigstens zum Teil verurteilt worden sein. Es reicht für seine Beschwer (nicht für die des Klägers!) auch aus, wenn die Klage als unzulässig statt unbegründet abgewiesen wurde, denn so erwächst die Feststellung, ein Anspruch gegen ihn besteht nicht, nicht in Rechtskraft.

Beim **Beigeladenen** ist aber materielle Beschwer zu fordern. Eine solche ist dann anzunehmen, wenn der Beigeladenen in der gedachten Situation, die Entscheidung wäre als VA ergangen, klagebefugt nach § 42 wäre. Das ist allerdings bloß eine Faustregel, es gibt auch Fälle, in denen eine Beschwer vorliegt, obwohl keine Klagebefugnis gegeben wäre. Klage des beigeladenen Bauherren gegen die gerichtliche Aufhebung der Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens bei der Erteilung einer Baugenehmigung. Das wäre als VA ein Behördeninternum und so nicht angreifbar. Erwächst aber die Feststellung, die Ersetzung war rechtswidrig bzw. die Verweigerung rechtmäßig in Rechtskraft, hat der Bauherr im Prozeß das Nachsehen.

Der **Vertreter des öffentlichen Interesses** braucht keine Beschwer, da er dem Recht und dem Gemeinwohl verpflichtet ist.

5 Rechtsschutzinteresse

Wohl kaum einmal problematisch.

6 Sonstiges

Kein Verzicht, keine Verwirkung usw.

7 Begründetheit

Wenn ein Zulassungsgrund tatsächlich gegeben ist.

VI Prüfungsschema für die Berufung

1 Zulässigkeit

a) Zulassung der Berufung

Wie oben, ohne die geht es nicht (mehr)

b) Berufungsbegründungsfrist

Nach § 124a II muß nach dem Antrag auf Zulassung der Berufung nicht nochmals extra Berufung eingelegt werden, vielmehr wird das Verfahren gleich fortgeführt. Nach III 1 ist dann aber bei Zulassung die Berufung zu begründen, das innerhalb eines Monats.

c) Form

Auch die Begründung muß von einem postulationsfähigem Vertreter unterschrieben sein. Zu weiteren Formalien, § 124a III 4. Ein Antrag könnte etwa wie folgt aussehen:

„Es wird beantragt, unter Aufhebung des Urteiles des (...) vom (...) und des Bescheides der (...) vom (...) in der Gestalt des WSB des RP (...) vom (...) die Beklagte zu verpflichten, über den Antrag des Klägers auf Erteilung einer wasserrechtlichen Erlaubnis vom (...) unter Beachtung der Rechtsauffassung des Berufungsgerichtes erneut zu bescheiden.“

Wird im vollen Umfang Berufung eingelegt, kann man natürlich auch auf die alten Anträge verweisen.

d) Sonstiges

Was noch so anfällt

2 Begründetheit

Wenn das erstinstanzliche Urteil unrichtig ist und insoweit auch eine Überprüfung beantragt ist (Bindung des Gerichtes an die Anträge!).

Das Urteil wird in diesem Rahmen voll überprüft. Ausnahme: Das Berufungsgericht ist nach § 83 S.1 VwGO, 17a V GVG gehindert, die erstinstanzliche örtliche und sachliche Zuständigkeit sowie die Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges zu überprüfen. Das Ganze gilt dann wieder nicht, wenn eine Vorabuntersuchung des Rechtsweges trotz Rüge nicht gestattet wurde.

Beschwerde

I Allgemeines

Ist auch ein ordentlicher Rechtsbehelf, obwohl der Devolutiveffekt erst eintritt, wenn das Erstgericht nicht abhilft, § 148. Ähnlich ist es mit dem Suspensiveffekt, auch dieser muß erst angeordnet werden, § 149. In erweiternder Auslegung des § 149 muß dazu auch das Beschwerdegericht (erst recht!) befugt sein.

Das Beschwerdeverfahren selbst ist nicht allzu ausführlich geregelt. Da jedenfalls nach § 150 durch Beschluß entschieden wird, sind nach § 122 viele Regeln über das Klageverfahren anwendbar. Nicht geregelt ist auch eine Anschlußbeschwerde. Sie muß aber nach allg. Grundsätzen gehen. Beachte zudem § 146 IV: Gegen bestimmte Beschlüssen, insb. die 80, 80a, 123er ist Beschwerde nur bei ausdrücklicher Zulassung möglich.

II Prüfungsschema

1 Zulässigkeit

a) Statthaftigkeit

§ 146, gegen alles, was vom VG kommt und nicht Urteil oder Gerichtsbescheid ist. Das aber mit Ausnahmen. § 146 II: keine prozeßleitenden Verfügungen. Ausgeschlossen ist die Beschwerde z.B. auch in §§ 65 III 2, 83 S.2, teilweise auch spezialgesetzlich, z.B. § 34 III 2 WPflG.

Gegen Entscheidungen des OVG gibt's nach § 152 Beschwerde nur in besonderen Fällen, z.B. bei der Nichtzulassung der Revision, § 133 I. § 152 ist dann auch lex spec. gegenüber § 166 i.V.m. den Vorschriften der ZPO (also auch keine Beschwerde gegen PKH-Versagung usw.).

b) Beschwerdesumme

§ 146 III: nicht bei Kostenstreitigkeiten unter 400 DM.

c) Form, Frist

§ 147. Auch hier gilt: bei Einlegung zur Niederschrift beim Urkundsbeamten gilt der Anwaltszwang nicht.

d) Beschwer

Wie bei der Berufung. Problematisch ist, wenn sich Dritte beschweren, etwa bei Ordnungsmaßnahmen gegen Zeugen. Dann ist der Zeuge wohl beschwert. Daß sich derjenige, dessen Zeuge er ist (Kläger z.B.) beschweren kann, ist auch klar.

e) Rechtsschutzinteresse

Kann ganz interessant sein, etwa in den 80er Geschichten, wenn der VA, dessen Vollziehung beseitigt werden soll wegen verpennter Klageerhebung der Hauptsache Bestandskraft erlangt.

f) Zulassung durch das Beschwerdegericht

Bei den Sachen, die eben zugelassen werden müssen, vor allem das einstweilige Zeug (s.o.).

2 Begründetheit

Klar, die vorausgegangene Entscheidung darf nicht richtig gewesen sein. Bei Beschwerden Dritter müssen diese in eigenen Rechten verletzt sein.

„I. Der Beschluß des (...) vom (...) wird abgeändert. Der Antrag wird abgelehnt

II. Der Antragsteller trägt die Kosten des Verfahrens in beiden Rechtszügen

III. Der Wert des Streitgegenstandes wird für das Beschwerdeverfahren auf 3000 DM festgesetzt.

Beurteilungsspielraum, unbest. Rechtsbegriff

(à K 40/38 ff. VwVfG)

I Dogmatik, allgemeines

Das ist eines der Sachen, die sich (anders als Ermessen) auf der **Tatbestandsseite** einer Norm abspielen. Und zwar handelt es sich hier um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der ausnahmsweise **nicht** vollständig überprüfbar ist (Dogmatik verstehen!)

a) steht der Verwaltung in manchen Situationen zu und ist vom Gericht nur eingeschränkt überprüfbar. Hierzu zählen

Prüfungsentscheidungen und Beurteilungen einer Person
Entscheidungen pluralistisch zusammengesetzter Gremien
Prognoseentscheidungen (Einschätzungsprärogative der Exekutive – oft bei Kernkraftwerken).

Neuerdings werden auch einige altbekannte Probleme über diese Figur gelöst. So war z.B. bei den TAs (TA Luft usw.) lange Zeit umstritten was, die eigentlich sind, die HM hat sie wohl lange Zeit als sog. antizipierte Sachverständigengutachten angesehen. Inzwischen hat sich aber wohl die Kritik durchgesetzt, die darin auch **Einschätzungen über Risiken und Zumutbarkeitsgrenzen** (also Prognosen) sieht. Das aber heißt, daß die TAs jetzt als normkonkretisierende Verwaltungsvorschrift angesehen wird, welche Beurteilungsspielräume ausfüllt – also dasselbe, was auch ermessensausfüllende Vorschriften machen, bloß eben auf der TB-Seite!

Bedenke: Die TAs gibt's immer bei unbestimmten Rechtsbegriffen, z.B. im Immissionschutzrecht. Und so gesehen ist der Beurteilungsspielraum nichts weiter als eine Abweichung vom Dogma der vollständigen Überprüfung von unbestimmten Rechtsbegriffen.

b) die Überprüfung beschränkt sich auf das Vorliegen von Beurteilungsfehlern. Trotz des etwas anderen Ansatzes ist hier nach HM wohl §§ 40, 114 entsprechend anwendbar (KS 40/39)

überhaupt keine Begründung (nicht bei Prüfungen! § 2 III 2 VwVfG)

Verstoß gegen zwingende Verfahrensvorschriften

unvollständige Sachverhaltsermittlung

Verletzung allgemein anerkannter Bewertungsgrundsätze

sachfremde Überlegungen, willkürliches Handeln

II Details

Ein gar lustiger Fall war die Frage 3 in à (ASRefKl. 2/98 zu Prüfungsnoten und VA-Qualität).

Dort gab es eine Bewertungsrichtlinie des Kultusministers bei bestimmten Prüfungsentscheidungen. Der Prüfer hielt sich daran. Nun konnte man reinfallen und sagen, das wäre eine ermes-senkonkretisierende Verwaltungsvorschrift. Aber bei Prüfungsleistungen gibt es ja kein Ermessen, sondern einen Beurteilungsspielraum. Da hat der Minister nichts (verbindlich) zu regeln. Hält sich der Prüfer aber daran, schöpft er den ihm eingeräumten Spielraum nicht aus. Die Entscheidung ist dann rechtswidrig.

Drittschutz

ist insbesondere bei der Klagebefugnis von Nichtadressaten zu erörtern

Ausfindigmachen der Norm

Drittschutzcharakter erörtern

im Notfall (!) auf Grundrechte zurückgreifen

Drittschutz gerade des Klägers? (häufig Begriff des Nachbarn diskutieren)

Insb. die §§ 30 ff. BauGB sind drittschützend, soweit man dies an ihrem konkreten Wortlaut festmachen kann („einfügen!“) oder sich dies aus ihnen im Zusammenhang mit dem das Baurecht durchziehenden Gebot der Rücksichtnahme ergibt. Diese hat für § 30 BauGB seine Ausprägung insb. in § 15 I BauNVO gefunden.

Für § 35 beachte Abs. III, 2. Spiegelstrich - auch das „ihnen ausgesetzt wird“ - Schweinemastfall!!

Fraglich ist nun, wer sich darauf berufen kann, wer also Nachbar ist. Nach HM derjenige, der in einer Weise dinglich berechtigt ist, die dem Eigentum nahe kommt. Der Käufer wohl dann, wenn schon eine Anwartschaft besteht. Nach einer MM auch Mieter.

BImSchG: § 5 I. Beachte aber die Präklusionsfrist des § 10 III 2.

Eingriffsermächtigung, verfassungsunmittelbare

z.B. Art 65; hier werden Kompetenznormen zu Eingriffsermächtigungen umgedeutet, so soll die Bundesregierung im „Funktionszusammenhang“ mit ihren Aufgaben auch Äußerungen/Informationen usw. mitteilen dürfen, auch, wenn dies zu Grundrechtseingriffen führt (stark umstritten, eher ablehnen)

Einstweiliger Rechtsschutz

Neben den üblich und bekannten Sachen (80er, 123, 47 VI) gibt es im Rahmen der Zwangsvollstreckung aus verwaltungsgerichtlichen Urteilen über § 167 I VwGO die normalen einstweiligen Sachen aus der ZPO (etwa 719, 769).

- à Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung
- à Anhang II – einstweiliger Rechtsschutz

Entlastung

des Gemeindevorstehers und seiner Verwaltung nach Feststellung der Jahresrechnung durch die Gemeindevertretung meint die Übernahme der politischen Verantwortlichkeit für deren Haushaltsführung, nicht aber Verzicht auch Disziplinar- oder SE-Ansprüche. Strittig, ob die als VA zu qualifizieren ist.

Erledigung eines VA

was das ist steht in § 43 II VwVfG. Sie liegt vor, wenn der VA keine Rechtswirkungen mehr entfaltet, die mit dem VA verbundene rechtliche Beschwer nachträglich weggefallen ist. Gegenprobe: macht eine Aufhebung (Ziel der AnfkL.) noch Sinn?

Erledigterklärung der Hauptsache im Prozeß**I Einseitige**

(à *K §§ 113/96 – bei der FFK!; 161/7 – bei den Kosten!*)

Das ist jedenfalls eine Klageänderung, denn der neue Rechtsstreit geht dahin, zu entscheiden, daß sich der alte erledigt habe. Diese Klageänderung ist aber **per se zulässig** (Ramsauer: nicht an § 91 zu messen; GKR: 264 Nr. 2 ZPO).

Der Begriff der **Erledigung** ist umstritten. Jedenfalls ist er **nicht** gleichzusetzen mit der Erledigung des angefochtenen VAs (obwohl dann häufig auch prozessuale Erledigung vorliegen wird). Die etwas verstreute Kommentierung im Kopp spricht von „einer außerprozessualen Änderung der Sach- oder Rechtslage zuungunsten des Klägers, die bereits für sich die Abweisung der Klage rechtfertigen würde.“ Das sagt er übrigens bei der FFK, wo sich ja auch was erledigt hat. Oder das BVerwG: „eine ursprünglich zulässige und begründete Klage wird durch ein nachträgliches Ereignis, das nicht dem Kläger zuzurechnen ist unzulässig oder unbegründet.“ Meint dasselbe.

Umstritten ist, ob dies auch bei **Vollstreckung oder freiwilliger Befolgung** des VAs gegeben ist. HM: Keine Erledigung, solange die Rückgängigmachung der freiwilligen Befolgung/Vollstreckung möglich und sinnvoll ist oder vom VA sonstige Auswirkungen ausgehen. Das können etwa Kosten sein – nicht aber, wenn erst auf einen (erledigten) VA noch ein Kostenbescheid ergehen muß, denn dann kann man ja den Kostenbescheid überprüfen, braucht den GrundVA nicht.

Das Tolle kommt jetzt: Das BVerwG zieht nun aber **nicht** die Konsequenz, daß sich eine ursprünglich unzulässige/unbegründete Klage nicht erledigen könne, das prüft es gar nicht. Es prüft allein, ob das Ereignis eine Klage erledigen **kann**. Ausnahme: Der Kläger kann für die Prüfung der alten Klage ein **besonderes Feststellungsinteresse** analog § 113 I 4 aufweisen. (à *K § 161/23 ff.K*). De facto heißt das, er könnte FFK erheben. Das soll er nicht müssen, man will dann doch die ursprüngliche Klage noch hier prüfen, damit nicht ein neuer Prozeß anhängig gemacht werden muß, rein taktische Gründe also.

Also hier ihn der Klausur jedenfalls den Streitstand darstellen und dann irgendwie verfahren.

Meine Meinung: Natürlich erledigt sich eine Klage **jedenfalls** dann, wenn ein o.g. nachträgliches Ereignis eintritt. Trotzdem aber sollte man m.E. **auch** Zulässigkeit und Begründetheit der alten Klage wie im Zivilrecht prüfen, denn die unzulässige oder unbegründete Klage kann man im Prinzip als von vornherein „erledigt“ ansehen.

Vor allem aber ist der Standpunkt des BVerwG irgendwie doch schlicht inkonsequent (von der Definition der Erledigung her), ohne daß mir irgendwer einen wirklich einleuchtenden Grund dafür je nennen konnte.

Zuletzt bekommt man in der Klausur nur so alle Probleme mit. Wichtig ist eben darzustellen, daß man sehr wohl weiß, daß es hier Probleme gibt.

II einvernehmliche

Auch hier wird der Rechtsstreit beendet. Die Kostenfolge ist aber eine andere, als bei der Klagerücknahme. Analog § 92 II VwGO wird das Verfahren durch Urteil eingestellt, die Kostenentscheidung richtet sich nach § 161 II, ist also eine Billigkeitsentscheidung nach bisherigem Streitstand.

III Entscheidung

Interessant sind folgende Konstellationen:

der Kläger erklärt für erledigt, beantragt festzustellen, daß die Hauptsache erledigt sei; es ergeht ein Feststellungsurteil der Beklagte erklärt für erledigt, hilfsweise Klageabweisung, der Kläger widerspricht: wenn Erledigung eingetreten ist, weist das Gericht die Klage mangels RSB ab. Ansonsten hat das Gericht in der Sache zu entscheiden.

IV Kosten

Nach § 161 II entscheidet das Gericht nur noch über die Kosten, wenn übereinstimmend erledigt erklärt wird. Geschieht dies nicht, ergeht eben Urteil, das ganz normal mit Berufung und Revision angreifbar ist.

Ermessen, §§ 40 VwVfG, 114 VwGO**I Ermessensnormen**

Da steht meistens ein „Kann“ oder so drin. Aber Vorsicht, manchmal hat sich der Gesetzgeber auch vertan, z.B. § 35 II BauGB, da steht zwar drin, es „kann“ die Baugenehmigung erteilt werden, aber wenn dessen Voraussetzungen gewahrt sind, **muß** es diese natürlich geben.

Bei den „Soll“-Vorschriften wollte der Gesetzgeber eine strikte Bindung im Regelfall, Abweichungen bloß bei Atypie.

II Ausfüllung

Die Einräumung von Ermessen dient der Einzelfallgerechtigkeit. Das Ermessen ist dem Zweck der Ermächtigung gemäß auszuüben, § 40. Leider läßt sich gerade dies von Gerichten nicht nachprüfen, sondern eben bloß Fehler (siehe unten), sehr wohl natürlich von der Aufsichtsbehörde (Recht- und Zweckmäßigkeit).

Das Ermessen kann auch durch z.B. **Verfassungsgrundsätze** gebunden sein (Gleichheit, Sozialstaatsprinzip, Menschenwürde).

Art und Maß der Sozialhilfegewährung ist nach § 4 II BSHG Ermessensentscheidung. Trotzdem kann nicht z.B. ein Nichtseßhafter nur Sachleistungen bekommen. Dem erwachsenen Menschen muß zugestanden sein, über seine Bedarfsdeckung frei zu entscheiden (Menschenwürde – kein bloßes Objekt staatlicher Hilfe).

Bei der Selbstbindung kraft Art. 3 I ist zu beachten, daß diese nicht ewig gehen kann. Sie endet, wenn sich maßgebliche Verhältnisse ändern (z.B. politischer Natur) oder auch wenn die Verwaltung **generell** zu einer neuen Praxis übergehen will.

III Fehler

- * **Ermessensüberschreitung** – die Norm gibt die gefundene Rechtsfolge gar nicht her.
- * **Ermessensfehlgebrauch** – die Vw läßt sich nicht allein vom **Zweck** der Ermessensnorm leiten (der immer herauszuarbeiten ist!). Z.B. es fließen sachfremde Erwägungen ein. Es handelt

sich hier also nicht so sehr um einen Fehler im Ergebnis, sondern eher in der Findung des Ergebnisses.

Z.B. können sachwidrige oder Grundrechtspositionen verkennde Kriterien zu der Entscheidung geführt haben.

Unterarten hiervon sind:

- Sachfremde Erwägungen
- Entscheidungsdefizit (nicht alles berücksichtigt)
- Verstoß gegen **Grundrechte**/allg. Grundsätze (Verhältnismäßigkeit!, Gleichbehandlung!)
- Tatsachenfehler

* Ermessensunterschreitung/-nichtgebrauch

IV Klausurbehandlung

Zum einen muß man daran denken, daß es bei der verwaltungsgerechtlichen Überprüfung einer Entscheidung nicht darum geht, das Ermessen der Behörde zu ersetzen, sondern nur, es zu überprüfen. Es geht nicht darum, andere, vielleicht auch sinnvollere Entscheidungen zu finden, sondern ob die konkret gefundene okay geht.

Unerheblich ist auch, wenn die Behörde zwar ihr Ermessen nicht richtig ausgeübt hat, der Bescheid aber aus anderen Erwägungen heraus hätte rechtmäßig ergehen dürfen. Das Gericht stellt eben keine eigenen Ermessenserwägungen an, sondern überprüft nur Ermessensausübung.

Fehlerhaftigkeit eines VA

Fehlerhaftigkeit ist der Oberbegriff und meint nicht allein Rechtswidrigkeit, sondern auch Fälle wie z.B. die fehlende Rechtsbehelfsbelehrung, Bagatellfehler (§ 42 VwVfG). Wann aber ist ein VA fehlerhaft?

I Vorliegen eines VA

Die Merkmale des § 35 I, du kennst sie.

II Rechtswirksamkeit des VA

§ 43 mit Bekanntgabe, die sich nach § 41 richtet. Allerdings nicht, wenn er von vornherein nichtig ist, § 44. Ist aber sowohl die Positiv- als auch die Negativbedingung erfüllt, bleibt der VA wirksam, bis er in irgendeiner Form aufgehoben/zurückgenommen wird. Anders, als beim privaten Rechtsgeschäft darf auf hoheitlichem Handeln der Einzelne, solange es formell Bestand hat.

1 Bekanntgabe, § 41

Eröffnung des VA an den Betroffenen mit Wissen und Wollen der Behörde. Bedenklich hier ggf. der VA an wen es angeht.

Zustellung ist übrigens nur eine mögliche Art der Bekanntgabe.

(... aus JuS 6/98 to be continued)

Fristen, Termine, § 31 VwVfG, § 57 VwGO

Letztlich kommt man bei §§ 187, 188 BGB an. Bedenke aber, daß für die Sonntagsgeschichten usw. Abs. III eine Sonderregelung darstellt. Und Achtung: Nach HM ist § 31 III auf den **Beginn** einer Frist nicht (analog) anwendbar. Nach Abs. VII können **behördliche Fristen** auch rückwirkend verlängert werden. Bei gesetzlichen Fristen kommt allein Wiedereinsetzung in Betracht.

Faustregel: bei den Ereignisfristen des § 188 (bei denen der Ereignistag nicht mitzählt) kommt z.B. eine Wochenfrist an dem Tag zum Ende, der in seiner Bezeichnung dem Ereignistag entspricht (VA wird am Dienstag erlassen, Frist läuft am Mi 0.00 Uhr los, endet am Di 24.00 Uhr. Das ist dann genau eine Woche!).

Bei den Fristen des § 187 endet die Frist einen Tag vor dem Tag, der der Benennung entspricht (denn der Fristanfangstag zählt ja mit, also muß es ein Tag weniger sein).

Für die in der VwGO geregelten Sachen (nach HM auch den Widerspruch als Sachurteilsvoraussetzung) gilt natürlich der. Über § 222 ZPO kommt man auch wieder ins BGB.

In der **Klausur** sollte man ganz kurz und im Urteilsstil die Fristberechnung für den Prüfer nachvollziehbar vornehmen.

Und nochmal: Bei (scheinbar versäumten) Fristen daran denken:

Zustellung okay? (insb. § 8 VwZG – Zust. an Anwalt!)

Rechtsbehelfsbelehrung okay?

(ggf. konkludenter) Antrag auf Wiedereinsetzung?

förmliches Verwaltungsverfahren, §§ 63 ff.

Das kommt bloß selten einmal vor und ist wohl eher in die Zukunft gerichtet.

Für das **Verfahren** kann man sich halt die §§ mal anlesen. Der Gag ist halt, daß es hier eine richtige Verhandlung gibt.

formlose Rechtsbehelfe

sind insb. bei der Abgrenzung zum Widerspruch interessant sowie dann, wenn ein solcher verfristet ist, aber dennoch die Begründetheit geprüft werden soll, dazu der Widerspruch als Fachaufsichtsbeschwerde behandelt wird.

Alter Gag: Das sind sogenannte Drei-,F“ Rechtsbehelfe: formlos, fristlos, fruchtlos.

Petition im weiteren Sinne (anders als Art. 17 GG) - Verwaltungshandeln wird kritisiert oder erstrebt

Gegenvorstellung - Änderung bereits vorgenommenen Verwaltungshandelns wird erstrebt

Fachaufsichtsbeschwerde - dasselbe, aber von der Aufsichtsbehörde

Dienstaufsichtsbeschwerde - gegen das Verhalten einzelner Beamter

Gesetzesvorbehalt

diesem unterliegt jedes staatliche Handeln, sofern es grundrechtsrelevant oder sonst wesentlich ist. Beachte: Grundrechte schützen lückenlos vor Eingriffen durch zielgerichtete Rechtsakte. Sonstige (reale) Eingriffe werden nur erfaßt, wenn die Veränderung nicht in die Risikosphäre des Bürgers fällt:

bei **Intention:** der Staat will den Grundrechtsträger treffen

Intensität: der Eingriff belastet in ungewöhnlichem Maße beim Eingriff in ein besonders **empfindliches Grundrecht**

Haftung

von Gemeinden bei Verletzung *privatrechtlicher Pflichten* bzw. Verkehrssicherungspflichten: für leitende Bedienstete nach §§ 823, 31,89, für alle anderen nach § 831.

bei *öff.-rechtl.* Gestaltung kann ein verwaltungsrechtl. Schuldverhältnis bestehen, auf das die BGB-Regeln, insb. auch die PVV analog anzuwenden sind. Zurechnung dann nach §§ 276, 278

Haftungsrecht

FBA und ÖREA sind kommentiert bei à *KS § 113/80*. Warum gerade bei § 113? Nun, weil § 113 I 2, 3 einen Erstattungsanspruch nicht normieren, aber immerhin voraussetzen.

Nützliche Kommentierung auch in à *Palandt § 839/85*, dort wird nämlich das Verhältnis des § 839 zu anderen Vorschriften diskutiert, also ein Kurzaß des öffentlichen Haftungsrechtes. Zum Ideenholen reicht das immerhin.

Die PVV ö.-R. Verträge ist bei à *§ 276/130 ff.* kommentiert.

I ö.-R. Erstattungsanspruch

Die Rechtsgrundlage ist zweifelhaft, manche sagen 20 III GG, manche Gewohnheitsrecht, die meisten § 62 s.2 VwVfG i.V.m. Gesamtanalogie zu §§ 812 ff. BGB. Das Ding prüft man auch ganz genau so durch. Dementsprechend sehen auch die Klausurfälle aus (vgl. *Hemmer HKBaur* 5). Üblicherweise etwa so:

1 Rechtsgrundlage

Darstellung wie oben

2 Anspruchsvoraussetzungen

a) *unmittelbare Vermögensverschiebung innerhalb eines ö-R-Rechtsverhältnisses*

Wie Bereicherung

b) Ohne Rechtsgrund

Hier wird es jetzt häufig um die Inzidentkontrolle eines ö.R. Vertrages gehen, denn der könnte ja RG sein. Also Kommunalrecht usw. einhaken, ansonsten an die allgemeinen Voraussetzung für solch einen Vertrag denken. Im Fall war das übrigens ein Erschließungsvertrag.

Handelnde im VwVfG-Verfahren**I auf seiten des Bürgers****1 Beteiligte**

§§ 11, 12, 13. Wer Beteiligter sein will, muß Beteiligungsfähig, § 11 sein. Will er dann im Verfahren auch wirksam handeln, muß er darüber hinaus Handlungsfähig, § 12 sein.

Beteiligter ist auch, wer nach § 13 I Nr. 4 hinzugezogen wird, was der Beiladung im Prozeß entspricht.

Die **Folgen der unterbliebenen Zuziehung** sind nicht ganz klar (à *K 13/41 ff VwVfG*). Bei einer bloß einfache Hinzuziehung soll der Betroffene geschützt sein, weil der VA ihm gegenüber nicht wirksam wird (keine Bekanntgabe).

Bei einer notwendigen Hinzuziehung soll der VA blß rechtswidrig, ggf. aber nach § 45 heilbar sein. Das mag schon sein, trotzdem aber hat ja der nicht Beigeladene keine Kenntnis, weshalb m.E. ihm gegenüber keine Bekanntgabe nach § 41 vorliegt.

2 Bevollmächtigte und Beistände

§ 14. Aus § 14 I 3 (ggf. schriftlicher Nachweis der Vollmacht) ergibt sich, daß (wie in der ZPO) die Vollmacht selbst auch mündlich vorliegen kann, denn es dreht sich ja nur um den Anweis.

Anders ist das aber im Vw-Prozeß – hier muß die Vollmacht, um wirksam zu sein, selbst schriftlich erteilt werden, § 67 VwGO. Im Widerspruchsverfahren, das ja ein Verwaltungsverfahren ist, soll aber (obwohl es in der VwGO gleich hinter § 67 steht) § 14 VwVfG zur Anwendung kommen.

II auf seiten der Verwaltung**1 ausgeschlossene Personen**

§ 20, hier ist die Person kraft Gesetzes vom Verfahren ausgeschlossen. Kompliziert und einzelfallbezogen wird es, wenn § 20 I 2 einschlägig ist, und einer der Beteiligten einen unmittelbaren Vor- oder Nachteil erlangt. Dann am Besten eifrig Kommentar lesen, auch Satz 3 nicht vergessen, der Gruppeninteressen ausnimmt (der Beamte soll über einen Zuschuß für einen Verein entscheiden, bei dem er selbst einfaches Mitglied ist. Das geht).

2 Besorgnis der Befangenheit

Der Ausschluß wird hier erst konstitutiv durch die Anordnung des Behördenleiters bewirkt. § 20 ist daher vorrangig. Unterbleibt die Anordnung des Behördenleiters, so ist der ergehende VA rechtswidrig.

(à Verfahrensrechte der Beteiligten)

Hausverbot

ist in einer à öff. Einr. immer ein Problem. Die Rechtsprechung stellt auf den Zweck des Besuches, die Literatur auf den des Hausverbotes ab.

Heilung von beh. Verfahrens- und Formfehlern

Hier greifen Prozeßrecht und VwVfG ineinander: §§ 87 I 2 Nr.7, 94 e.E., 114 a.E. VwGO und §§ 45 II, 46 e.E., 75 Ia VwVfG. Im Endeffekt kann die Behörde schlampen und fast alle Fehler auch noch im Verfahren und ggf. nach Hinweis des Gerichtes heilen. Das geht freilich dann nicht, wenn es entweder für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit eines VA auf den Zeitpunkt der letzten Behördenentscheidung ankommt oder aber verfassungsrechtliche Grundsätze entgegenstehen – etwa kann im Prozeß kein rechtliches Gehör durch die Behörde mehr gewährt werden.

Justizverwaltungsakte

liegen vor, wenn ein Hoheitsträger im Bereich der Rechtspflege verwaltend tätig wird. Unwichtig ist, ob er der Landesjustizbehörde untersteht, es kann z.B. auch die Polizei sein.

Hier ist nicht vor dem VG zu klagen, vielmehr ist die Beschwerde zum LG oder OLG gegeben (subsidiär weil lex generalis: §§ 23 ff. EGGVG).

Also nochmal kurz: Es geht darum, ob § 40 VwGO oder § 23 EGGVG einschlägig ist.

Kirchen

Sind problematisch - zwar sind sie Körperschaften des öffentlichen Rechtes, trotzdem ist aber fraglich, inwiefern der Verwaltungsrechtsweg gegeben ist.

Solange es um öffentlich-rechtliche Befugnisse (Kirche als Dienstherr, Satzungsgewalt, Steuererhebungsrecht) geht jedenfalls. Nach BVerwG auch bei unmittelbaren Lebensäußerungen (Geläut zum Gottesdienst), nicht aber z.B. bei Meinungsäußerung (Geläut gegen Abtreibung).

Klageänderung

ist eigentlich nicht schwer. Wie schon im Zivilrecht muß man sich bloß klar machen, daß die Klageänderung eine neue Zulässigkeitsvoraussetzung in den neuen Aufbau einschiebt, eben die Zulässigkeit der Änderung. Wie auch im Zivilrecht müßte man das eigentlich bei den besonderen SUVoraussetzungen, tut es aber aus praktischen Gesichtspunkten weit vorn im Schema, um die potentiell unzulässigen Änderungen schnell rauszukicken. Vorgehen letztlich wie folgt:

I liegt eine Klageänderung wirklich vor?

(letztlich § 264 ZPO via §173)

Eine Änderung des **Streitgegenstandes**, der – wie überall – zweigliedrig ist. Aber: Auch in der VwGO gilt ja über § 173 die ZPO und damit § 264 Nr.2, der auch im Fall von Erweiterung/Beschränkung des Antrages gerade keine Klageänderung annimmt, obwohl das natürlich eigentlich schon eine ist. Also ist hier jedenfalls nicht § 91 anwendbar.

Jedoch ist auch dann – genau wie wenn tatsächlich eine Klageänderung vorliegt – zumindest bei der nach § 254 Nr. 2, 3 ZPO geänderten Klage diese nur dann zulässig, wenn für die (eigentlich ja doch) geänderte Klage auch die sonstigen Zulässigkeitsvoraussetzungen gegeben sind. problematisch ist das häufig, weil die geänderte Klage wegen des fehlenden Vorverfahrens möglicherweise unzulässig ist. Denn wird der Klageantrag in der Hauptsache erweitert oder beschränkt, wird häufig ein Aliud und damit veränderter Streitgegenstand gefordert.

Das ist etwa im Baurecht schon dann der Fall, wenn durch eine auch geringfügige Änderung eine andere bauplanungs- oder -ordnungsrechtliche Beurteilung in Betracht kommt, also eigentlich immer.

Auch in der VwGO gilt, daß Beschränkungen des Klageantrages letztlich auch z.B. Klagerücknahmen sein können. Ach ja, auch all die anderen kleinen dogmatischen Fehlgriffe (die aber ungemein praktisch sind) gelten hier: Also Parteiauswechslung/-beitritt als Klageänderung. Insbesondere sind die auch in der Berufungs- (nicht aber Revisionsinstanz) zulässig, aber auch hier gilt, daß ohne Einwilligung dem neuen Beklagten keine Tatsacheninstanz genommen werden darf.

II ist diese Klageänderung zulässig nach § 91?

Hier nun also doch wieder nicht die ZPO – wir haben eine eigene Regelung. Die Einwilligung des Beklagten als Prozeßhandlung bedarf keiner Form, sie kann auch schlüssig erfolgen (insb. im Fall des § 91 II), bloße Untätigkeit reicht nicht.

Die Sachdienlichkeit bestimmt sich nach prozeßökonomischen Gründen. Besonders aufpassen muß man hier beim Parteiwechsel, der bei einer Auswechslung nicht zu einer Verzögerung des RS führen darf.

Unzulässig ist nach § 142 eine Klageänderung in der Revisionsinstanz. Klar, das ist eben keine Tatsacheninstanz.

III liegen die sonstigen SUVoraussetzungen vor?

Dafür muß die Zulässigkeit der ursprünglichen Klage nichts hergeben. Dies schon, weil durch die Klageänderung neue SUVoraussetzungen hinzu gekommen sein können, z.B. die besonderen einer Feststellungsklage (bei einer ebensolchen Umstellung).

Nochmal: Auch in den Fällen des § 264 Nr. 2, 3 (bei denen man im Schema ja gar nicht hierher kommt, die aber irgendwie doch bloß eine Klageänderung sind, wenn auch eine zulässige) muß die „geänderte“ Klage zulässig sein, s.o.

IV Verfahren

Üblicherweise nimmt das Gericht im Endurteil zur Frage der Zulässigkeit oder nicht Stellung. Das Revisionsgericht ist auf die Überprüfung von Ermessensfehlern beschränkt.

Klagehäufung

I Allgemeines

ist auch in der VwGO möglich, auch hier ist zwischen objektiver (ein Kläger, mehrere Begehren, auch im Eventualverhältnis oder als Haupt- und Hilfsantrag, aber gegen denselben Beklagten) nach § 44 VwGO und subjektiver (ein Anspruch aber mehrere Kläger oder mehrere Beklagte - **Streitgenossenschaft**) nach § 64 VwGO iVm. §§ 59-63 ZPO(!) Nochmal: Es gibt dazu **keine Regel in der VwGO**.

Liegen die Voraussetzungen einer Klagehäufung nicht vor, wird die Klage nicht als unzulässig abgewiesen, sondern nach § 93 getrennt. Aber auch bei gemeinsamer Verhandlung sind Zulässigkeit und Begründetheit jeder Klage **einzel**n zu prüfen!

II Objektive

Häufig wird das in Polizeirechtsfällen mit vielen einzelnen Maßnahmen auftauchen - jede Maßnahme für sich ist eine Klage (bzw. könnte eine Klage sein - Wesen der Klagehäufung ist gerade, daß viele mögliche Klagen zu einer zusammengefaßt werden. Es liegt nur **eine** Klage mit verschiedenen Anträgen vor, vgl. Wortlaut des § 44, auch wenn der Begriff „Klagehäufung“ etwas anderes suggeriert) - man wird aber häufig zumindest die Zulässigkeit zusammen prüfen können, wenngleich eine Erwähnung der Sache sicher guttut.

Die HM wendet in den Fällen, in denen während des Prozesses ein weiterer Anspruch geltend gemacht wird, nicht nur die Regeln über die Klagehäufung, sondern auch über die Klageänderung (§ 91) an, was aber bloß analog geschehen sollte, der ursprüngliche Anspruch ändert sich ja nicht.

Klagerücknahme, §, 92 VwGO

I Allgemeines

Steht alles im § 92. Die Klage gilt - wenn das Ding durchgeht - als nie anhängig geworden, das Gericht stellt den Rechtsstreit per Beschluß mit deklaratorischer Wirkung ein und entscheidet noch über die Kosten, § 155 II.

II Fiktion der Klagerücknahme

Nach § 92 II gilt die Klage als zurückgenommen, wenn sich trotz Aufforderung der Kläger nicht um sie schert. Die Aufforderung muß von einem **Richter** unterzeichnet sein und zugestellt werden.

III Teilrücknahme

Interessant für die Klausur ist vermutlich die teilweise Klagerücknahme. Da muß das Gericht ein Urteil machen und über den noch anhängigen Teil der Klage entscheiden.

Der Bescheid ... wird in Ziffer 1 aufgehoben. Insoweit wird auch der Widerspruchsbescheid ... aufgehoben. Im Übrigen wird das Verfahren eingestellt.

Hinsichtlich der Kosten ergeben sich dieselben komplizierten Probleme, wie im Zivilprozeß. Jedenfalls aber kann im Urteil darüber entschieden werden.

Klageschrift - Form, Inhalt

I Form

Nach § 81 I 1 ist die Klage schriftlich zu erheben. Das heißt eigentlich, daß das Ding auch unterzeichnet sein muß. Die RS will allerdings auch ausreichen lassen, daß sich ohne weiteres ergibt, daß das Schriftstück vom Kläger stammt und willentlich an das Gericht gelangt ist. Fraglich, ob das auch bei Anwälten geht. Zu den Einzelheiten kann man einen Kommentar konsultieren, im Zweifel aber für die Klage.

II Inhalt

§ 82 I. Wichtig ist vor allem die Bezeichnung des **Gegenstandes des Verfahrens**. Das ist wohl nicht der Streitgegenstand im technischen Sinne, sondern eben schlicht das, worum es dem Kläger geht. Man muß feststellen können, inwieweit Rechtshängigkeit besteht.

Körperschaften

ist die organisatorische Zusammenfassung einer kraft Zurechnung willens- und handlungsfähigen Personenmehrheit die - unabhängig vom Wechsel der einzelnen Mitglieder - eine rechtliche Einheit bilden

Nachschieben von Gründen im Prozeß

Wie diskutiert man das? Ganz einfach (im Gutachten):

Diese Tatsache darf vom Gericht jedoch nur dann berücksichtigt werden, wenn das Nachschieben von Gründen im Prozeß insoweit zulässig ist. Grundsätzlich ist das wegen §§ 86 I und 114 S.2 VwGO der Fall. Ausgeschlossen ist es im Einzelfall, wenn (... siehe unten):

Nebenbestimmungen, § 36 II

Zweck: Feinststeuerung der Verwaltung, Vermeidung von Rechtsstreiten, Effektivität, Bürgerfreundlichkeit ;-)

Hier dreht es sich immer um die Frage, ob die Nebenbestimmungen **isoliert angefochten** werden können, oder ob Verpflichtungsklage auf Erlaß eines neuen VA ohne die Nebenbestimmungen erhoben werden muß.

Die **echten Nebenbestimmungen** (§ 36 VwVfG) können isoliert angefochten werden, auch wenn sie (allein) kein VA sind. Dies begründet sich aus § 113 I 1 ("soweit") - ein VA kann auch bloß teilweise angefochten werden.

Das klappt aber eben bloß dann, wenn auch wirklich zwei unterscheidbare Teile da sind. Bei den **unechten Nebenbestimmungen** liegt bloß eine Regelung vor (die „Nebenbestimmung“ modifiziert oder konkretisiert nur den Inhalt des VA). Wann aber liegt so etwas vor? Genau weiß es keiner, aber wohl dann, wenn nicht etwas "Zusätzliches" vorliegt, sondern der Inhalt des VA als solcher bestimmt wird.

Ansonsten ist von der prinzipiellen isolierten Anfechtbarkeit der Nebenbestimmungen auszugehen (sehr str.), wenn denn der VA **prozessual teilbar** ist (logisch teilbar), wenn also der Haupt-VA auch ohne die Nebenbestimmung noch Sinn macht.

also:

1. Grundproblem: es kommen Anfechtungs- und Verpflichtungsklage in Betracht
2. Klären, ob eine echte Nebenbestimmung vorliegt (hat die "Bestimmung" einen eigenen Gegenstand?), echte Nebenbestimmungen sind jedenfalls die des § 36 VwVfG.
3. wenn ja, rechtliche Einordnung der Nebenbestimmung; Klärung der Rechtsschutzmöglichkeiten, Erörterung der prozessualen Teilbarkeit

ist dann der VA **materiell teilbar** (bleibt der VA auch ohne die Nebenbestimmung rechtmäßig bzw. entspricht bei ErmessensVAs der VA noch dem erklärten oder mutmaßlichen Behördenwillen), wird die Auflage isoliert aufgehoben. Naja, natürlich muß die Hinzufügung der Nebenbestimmung auch noch rechtswidrig gewesen sein.

Also nochmal: wendet sich der Kläger gegen eine NB und ist der VA nicht materiell teilbar, wird die Klage abgewiesen, auch wenn die Zufügung der NB rechtswidrig war! Dann hätte er halt den gesamten VA angreifen müssen.

Umstritten ist, ob dies auch bei Ermessens-VA geht, da dann die RS einen VA kreiert, den die Verwaltung so wohl nicht erlassen hätte. Es geht aber doch (s.o.) - gefällt der VA der Verwaltung nicht, so muß sie ihn eben zurücknehmen, § 48 VwVfG oder nach § 36 II 5 analog mit einer nachträglichen anderen Auflage versehen.

Einzelheiten:

Die Auflage ist ein selbständig anfechtbarer VA, allerdings akzessorisch an den Haupt-VA gebunden (HM). Die Verwaltung muß bei begünstigenden VAs erst mal versuchen, die Auflage zu vollstrecken. Ein (möglicher!) Widerruf nach § 49 ist wegen des Verhältnismäßigkeitsprinzips letztes Mittel.

Modifikationen im allgemeinen Schema:

Es werden leichte Modifikationen in Obersatz und Prüfungsreihenfolge der Anfechtungsklage notwendig. Der Obersatz hieße:

„Die Anfechtungsklage ist begründet, wenn der Kläger einen Anspruch auf Aufhebung der Auflage hat, d.h. wenn die Auflage rechtswidrig ist, den Kläger in seinen Rechten verletzt und darüberhinaus die Baugenehmigung auch ohne die Auflage rechtmäßig fortbestehen kann.“

Nichtigkeit eines VA

Verwaltungsakt, fehlerhafter

Normenkontrolle

I Allgemeines

Die NK hat eine subjektive (Rechtsschutz) und eine objektive (Rechtsbeanstandung) Dimension. Letztere folgt auch daraus, daß, wenn die NK einmal zulässig ist, eine Rechtsverletzung des Antragstellers nicht mehr (für die Begründetheit) erforderlich ist. Die Norm wird unter allen in Betracht kommenden Gesichtspunkten geprüft.

Das Verfahren ist rudimentär in § 47 geregelt, weiterhin gelten die allg. Vorschriften. Die NK ist ein Antrags-, kein Klageverfahren. Also heißen die Beteiligten auch Antragsteller und -gegner, letzterer ist die Körperschaft, deren Rechtsvorschrift Verfahrensgegenstand ist.

Unabhängig davon, ob durch Urteil oder Beschluß entschieden wird, ist jedenfalls die Revision gegeben.

Einstweiligen Rechtsschutz gibt es nach § 47 VI. Dabei ist zu bedenken, daß eine summarische Überprüfung im § 47 VI **nicht** stattfindet, außer, die Nichtigkeit ist evident. Es geht also um eine reine und sehr strenge Interessenabwägung.

Bei der Tenorierung ist zu beachten, daß die Kostenentscheidung für vorläufig vollstreckbar erklärt wird – wegen der Möglichkeit der Revision.

„I. Der B-Plan Nr. 17 ‚Gewerbegebiet West‘ wird für nichtig erklärt.

II. Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens

III. Das Urteil ist im Kostenpunkt vorläufig vollstreckbar. Die Antragsgegnerin kann die Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe des zu vollstreckenden Betrages abwenden, sofern nicht der Antragsgegner zuvor Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

IV. Die Revision wird nicht zugelassen

Der Tenor ergibt sich letztlich aus § 47 V.

Bei der einstweiligen Anordnung tenoriert man:

„I. Der Vollzug der (was) der (von wem) vom (soundsovielten) wird einstweilen ausgesetzt.

II. (Kosten)

III. (Streitwertbeschluß)

Streitwertbeschluß, weil wir ja im Beschluß sind.

Die Nichtigkeit wirkt inter omnes und ist in selber Weise wie die urspr. Rechtsnorm bekanntzumachen. Interessant ist, daß die Nichtigkeitserklärung **ex tunc**, also mit Rückwirkung erfolgt, denn die NK stellt die Nichtigkeit lediglich fest, nichtig ist die Norm, weil sie der Rechtsordnung widerspricht. Aber § 47 V 2 i.V.m. § 183 bestimmt, daß die materiellen Folgen nicht rückwirken.

II Prüfungsschema

1 Zulässigkeit

Beachte i.Ü. daß sich das Prüfungsschema hier schon aus dem Inhaltsverzeichnis zu *KS 47* ergibt. Kann man so abrattern.

a) Statthaftigkeit

Er muß sich eben gegen eine überprüfbare Rechtsnorm richten. Oftmals ist gar nicht so klar, ob eine zur Überprüfung gestellte Regelung wirklich eine Satzung ist. Dann ist entscheidend auf die äußere Form abzustellen, etwa Fassung und für Rechtssätze übliche Form der Verkündung.

Unstatthaft ist die **Normerlaßklage**, denn die NK muß gerade auf die Nichtigkeitserklärung eines Rechtssatzes gerichtet sein.

b) Zuständigkeit

Steht im § 47 „im Rahmen seiner Gerichtsbarkeit.“ Und der Gerichtsbarkeit des OVG unterliegen nunmal nur Normen des Vw-Rechtes, so daß man hier auf die Theorien zu § 40 zurückgreifen kann.

Nicht der NK fähig sind etwa Bußgeldbestimmungen in gemeindlichen Satzungen, denn nach § 68 IOWiG sein für Streitigkeiten über Ordnungswidrigkeiten die Amtsgerichte zuständig.

c) Antragsbefugnis

§ 47 II. Nicht die Alternative „jede Behörde“ mißverstehen. Nicht jede beliebige Behörde ist gemeint, sondern eine solche, die bei der Erfüllung der ihr obliegenden Aufgaben die angegriffene Norm anwenden muß oder darf. Letztlich also muß auch die Behörde eine Art Rechtsschutzinteresse haben.

d) Form

In § 47 steht nicht, also wie bei der Klageschrift (§§ 81, 64 etc.)

e) Frist

§ 47 II 1 – innerhalb von zwei Jahren nach Bekanntmachung der Norm.

f) Vorbehalt zugunsten der Verfassungsgerichtsbarkeit

§ 47 III. Das ist eigentlich eine Beschränkung des Prüfungsumfanges, weil eben ein Teil des Prüfungsrahmens „gesperrt“ ist, nur das VerfG darf diesen Maßstab anwenden. Das Ganze mutiert aber zum Zulässigkeitsproblem, wenn vor vornherein nur die Verletzung gerade der gesperrten Bestimmungen möglich ist.

g) Rechtsschutzinteresse

Wie immer – die Nutzung der Gerichte darf nicht nutzlos sein.

h) keine anderweitige Rechtshängigkeit, keine entgegenstehende Rechtskraft

§§ 17 I 2 GVG, 121 VwGO.

i) Sonstiges

Etwa Verwirkung oder so.

2 Begründetheit

Wenn die angegriffene Norm gegen höherrangiges Recht, das auch Prüfungsmaßstab ist, verstößt. Beachte: einer konkreten Rechtsver-

letzung gerade aus der Unvereinbarkeit bedarf es nicht: Ist das Ding erst einmal zulässig, tritt die objektive Dimension der NK in Erscheinung.

Auch eine Teilnichtigkeitsklärung kommt bei Teilbarkeit in Betracht.

Öffentliche Einrichtung

Voraussetzung für deren Vorliegen sind

- ein öffentlicher Zweck
- eine Widmung für diesen Zweck
- die faktische Indienststellung der Einrichtung und
- die Verfügungsgewalt eines Trägers der öffentlichen Gewalt.

Die **Widmung** ist dabei eine Allgemeinverfügung, durch welche die Sache der Benutzung im Rahmen ihres öff. Zweckes übergeben wird. Dies kann auch konkludent erfolgen und wird oft mit der faktischen Indienststellung zusammentreffen.

Die ö. Einrichtung muß nicht unbedingt öff.-rechtl. betrieben werden (aber: keine Flucht ins Privatrecht). Die Öffentlichkeit einer Einrichtung wird durch Widmung bewirkt, wobei eine Vermutung besteht, daß der Öffentlichkeit zugängliche Einrichtungen öffentliche sind.

Wichtig ist die Feststellung, weil bei öff. Einrichtungen nach § 10 II SächsGO ein **Benutzungsrecht** der Einwohner besteht. Hierbei ist dann sofort an die **Zwei-Stufen-Theorie** zu denken, denn die erste Stufe (das **Ob** der Benutzung) ist - egal, in welcher Weise das **Wie** ausgestaltet ist, immer öff.-rechtl. zu beurteilen, also ggf. mit der Verpflichtungsklage durchzusetzen.

Bei öff. Einrichtungen, die der Natur der Sache nach über die Gemeindegrenzen hinwegwirken (Theater usw.) aufpassen, hier können und müssen tw. auch Nichteinwohner Anspruch auf Zulassung haben. Zudem unterliegen dem Gemeingebrauch Gemeindestraßen und oberirdische Gewässer, wiewohl zumindest erstere öff. Einrichtungen der Gemeinde sind.

Bei **Volksfesten** aufpassen, denn wenn diese festgesetzt sind, ergibt sich der Anspruch auf Zulassung nicht aus der GO, sondern aus §§ 60a, 70 GewO auch für auswärtige Schausteller - *Grundsatz der Marktfreiheit*.

Ein Anspruch des Einzelnen auf die Fortführung/Schaffung von öff. Einr. kann nur im Einzelfall bestehen. Normalerweise ist die Gemeinde in den sie selbst betreffenden Angelegenheiten eben frei.

Haftung: je nachdem, ob die Einrichtung öff.rechtl. oder privat-rechtlich ausgestaltet war. Verkehrssicherungspflichten, ggf. also Haftung nach Delikt ist immer öff. rechtl. zu beurteilen, es sei denn, sie ist durch Gesetz explizit zur öff. Pflicht gemacht worden (dann wohl Amtshaftung, Staatshaftung). à *Haftung*

Pflichtmitgliedschaft

in öffentlich-rechtlichen Körperschaften ist immer wieder ein beliebtes Thema. Ganz besonders schön wird das immer bei der Mitgliedschaft in der IHK. Im Allgemeinen werden die Fälle hier so liegen, daß gegen den Beitragsbescheid Klage erhoben wird. Ein solcher Fall war behandelt ist (à *HAssKISa 161*).

Im Einzelnen brachte dort ein Apotheker folgende Argumente vor:

1. Er sei schon kein Gewerbetreibender
Das ist aber, denn er wird als Apotheker zur Gewerbesteuer veranlagt. Auch er handelt wenigstens zum Teil mit nicht Apothekenpflichtigen Waren und nimmt so mit Gewinnerzielungsabsicht am Wirtschaftsverkehr teil.
2. Die Pflichtmitgliedschaft verstoße gegen die Verfassung
Das folgerte er daraus, daß er – anders als andere IHKler – zugleich in der Apothekerkammer Pflichtmitglied war. Das kann aber schon aus kompetenzrechtlichen Gründen – das IHKG ist Bundesrecht, die Kammergesetze sind Landesrecht – Art. 31 GG nichts bedeuten. Auch Art. 3 I GG gib nichts her, die IHK nimmt ganz andere Aufgaben als die Apothekerkammer wahr.
3. Jede Menge internationaler Konventionen stünden entgegen

Die Konventionen, die er nannte, hatte alle keinen Verfassungsrang, sondern standen Bundesgesetzen gleich. Von daher können sie das IHKG nicht außer kraft setzen.

4. Das Äquivalenzprinzip stünde entgegen, da er keine konkrete Gegenleistung erhalte
Doch, er kann die Beratung in Anspruch nehmen und wird politisch vertreten.

5. Die IHK überschreite ihre Kompetenzen und handele rechtswidrig

Mag sein, aber daraus folgt kein ZBR. Will er solche Auswüchse verhindern, muß er die allg. Leistungsklage erheben, kann aber nicht sein Recht selbst in die Hand nehmen.

6. Es werde nicht genügend differenziert
Naja, absolute Abgabengleichheit gibt es nicht, Pauschalierung ist aus Praktikabilitätsgründen erforderlich. Wie genau dem Grundsatz der Billigkeit und Zweckmäßigkeit der Abgaben Rechnung getragen wird, bleibt dem Gesetzgeber überlassen. Diesen kann man nicht schon schelten, wenn er bloß mögliche – aber nicht zwingend gebotene – Differenzierungen unterläßt.

7. Er müsse Vorauszahlungen leisten
Das ist ein Althergebrachter Grundsatz und bedarf einer Regelung bloß in der Haushaltsatzung

Ein Gag noch: Da hier Selbstverwaltungsangelegenheiten der IHK betroffen waren, war zuständige Widerspruchsbehörde die IHK selbst, § 73 I 2 Nr.3.

Planfeststellungsverfahren, §§ 72 ff.

(à *K 40/72 ff. VwVfG*)

Das kommt aus derselben Ecke, wie auch Ermessen und Beurteilungsspielraum/unbestimmter Rechtsbegriff. Deswegen auch hier die entsprechende Anwendung des § 40 und die Kommentierung im Kopp an dieser Stellen

I Allgemeines

Ist im Prinzip eine Art Zusammenfassung ganz vieler Verfahren. In einem einheitlichen, komplexen Verfahren werden **alle** Rechtsbeziehungen zwischen dem Vorhabenträger und den vom Plan Betroffenen geregelt. Am Ende steht **ein VA** in der Form der Allgemeinverfügung. Achtung: Wo nicht ein konkretes Projekt festgelegt wird, sondern bloß Vorgaben für zukünftiges Verwaltungshandeln getroffen werden (Bauleitpläne, Raumordnungspläne, Haushaltspläne usw.) gibt es auch kein PFV.

Das PFV ist z.B. bei Schienenwegen/Fernstraßen und Deponien vorgeschrieben.

II Gang des Verfahrens

1 Planaufstellung

Naja, das Ding muß ja erst mal irgendwo herkommen.

2 Anhörungsverfahren

Nach der Einreichung des Planes bei der **Anhörungsbehörde** beginnt es, § 73 I 1. Aber aufpassen, die beiden Behörden können auch identisch sein.

Die Behörde muß dabei Stellungnahmen anderer Behörden einholen, die Planauslegung veranlassen und Einwendungen von Bürgern entgegennehmen. Dabei sind alle einwendungsberechtigt, die von dem Vorhaben **berührt** sind, was weit auszulegen ist.

3 Planfeststellungsbeschluß

In diesem entscheidet die Behörde, ob und mit welchem Inhalt der Plan festgestellt wird. Der Planfeststellungsbeschluß ist dabei ein VA als Allgemeinverfügung. § 74 modifiziert etwas Bekanntmachung und Anfechtung etc.

Inhalt: Die Planungsbehörde hat ein weites **Planungsermessen** i.S. von Gestaltungsfreiheit. Gerichtlich ist das Ganze nur sehr be-

schränkt überprüfbar. Folgende Anforderungen werden an den Planfeststellungsbeschluß gestellt:

(Einhaltung der **Verfahrensvorschriften**) wie oben

Planrechtfertigung: es muß ein objektives Bedürfnis für das geplante Vorhaben geben. Insb. ist hier auch zu prüfen, ob etwa geplante Enteignungen wirklich in diesem Umfang nötig sind die **Planungsleitsätze**, welche sich i.A. aus den Fachgesetzen ergeben wollen beachtet sein. Ebenso **Zielvorgaben**. Andere (Optimierungsgebote) können abgewogen werden.

Abwägung - wurde gerecht abgewogen

- Abwägungsausfall – es muß überhaupt eine geben
- Abwägungsdefizit – wurden alle zu berücksichtigenden Belange in die Abwägung eingestellt
- Abwägungsfehleinschätzung – wurde die Bedeutung der Belange erkannt?
- Abwägungsdisproporz – der gefundene Ausgleich darf nicht zur objektiven Gewichtung der Belange außer Verhältnis stehen

Die Auswirkungen der Mängel sind aber nach § 75 Ia erheblich beschränkt. „Auf das Ergebnis von Einfluß gewesen“ sind sie dann, wenn sich die konkrete Möglichkeit abzeichnet, die abstrakte reicht nicht. Wenn allerdings die Behörde beteuert, sie hätte das in jedem Fall so gemacht, ist das auch nicht hilfreich., das wird sie wohl meist tun.

Wie man die **Konzentrationswirkung** des § 75 I 2 zu verstehen hat, ist unklar. Nach der RS werden wohl bloß die verfahrensrechtlichen Vorschriften, nach denen sich die andere Genehmigung gerichtet hätte verdrängt (formelle Konzentration), an die sachlich-rechtlichen Teile der Vorschriften aber wäre auch die Planfeststellungsbehörde gebunden.

Rechtsverhältnis

ist die sich aus einem konkreten Sachverhalt aufgrund einer öff.-rechtl. Norm ergebende rechtliche Beziehung einer Person zu einer anderen Person oder einer Sache

Rechtsweg, §§ 40 VwGO, 17a GVG

↳ Lit: Hemmer AssessorKl 111, Belz SächsPolG § 1

1.1 Rüge

Hier ist § 17a III 2 GVG zu beachten, nach dem hinsichtlich des Rechtsweges eine **Vorabentscheidung** über den Rechtsweg zu treffen ist.

2.1 insb. Polizeirecht

a)1 Allgemeines

Beim **repressiven** Tätigwerden der Polizei ist jedenfalls nach § 23 I EGGVG der ordentliche Rechtsweg einschlägig, da es sich um **Justizverwaltungsakte** handelt (Maßnahmen der Strafrechtspflege).

Aber auch beim **präventiven** Tätigwerden gibt es Ausnahmen. So z.B. bei § 22 VII, VIII SächsPolG. Hier ist für dessen Anwendung zu unterscheiden zwischen bloßen **Freiheitsbeschränkungen** und Freiheitsentziehungen i.S. von Art. 104 GG. Die Abgrenzung erfolgt dabei nach Dauer und Intensität des Eingriffs. Je länger und intensiver der Eingriff, um so eher liegt eine Freiheitsentziehung und damit die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte vor.

Die Unterscheidung Freiheitsbeschränkung – Freiheitsentziehung ist ein Standardproblem, von dem man gehört haben sollte.

Beachte dabei, daß die Terminologie des § 22 PolG durchaus nicht so ganz einfach ist und dem nicht so eben folgt.

Nochmal: Das alles folgt letztlich aus Art. 104 GG. Es ist aber auch logisch: Ein kurzes Festhalten mag präventiv sein, ein längeres wird meist repressiven Zwecken dienen.

Ein kleiner Dreh beim Festhalten ganzer Gruppen, wenn man schon bloße Freiheitsbeschränkung bejaht hat, ist dann noch die Prüfung des § 19 PolG, der ja doch noch eine präventive Maßnahme daraus machen könnte.

b)2 Wer soll denn das wissen?

Problematisch ist natürlich, aus wessen Sicht sich die Präventivität oder Repressivität der Maßnahme bestimmt.

Zum Teil wird sich dabei eben nicht mit der objektiven Einordnung der Maßnahmen begnügt, sondern es wird auf den Horizont des verständigen, objektivierten Betroffenen.

e)3 Folgen: Verweisung, Durchentscheidung

Die Abtrennung von Verfahren erfolgt nach § 93 VwGO. Nach § 17b GVG ist für die Kosten der Verweisung zu beachten, daß diese erst mit der Entscheidung des verwiesenen Gerichts anfallen.

Meist zu erörtern ist dann, ob der Abtrennung nicht die **Durchentscheidungskompetenz** des § 17 II 1 GVG entgegensteht. Das tut sie aber nur dann, wenn innerhalb **desselben Streitgegenstandes** Fragen aus verschiedenen Rechtsgebieten zu klären sind, nicht also z.B. wenn im Polizeirecht mit einer Klage unterschiedliche Maßnahmen angegriffen werden, von denen einige präventiv, die anderen repressiv waren.

Reformatio in peius

ist zum einen eine Frage der statthaften Klageart: Kann die Verböserung allein angefochten werden oder ist Verpflichtungsklage zu erheben. Siehe dazu § 79 VwGO.

Desweiteren eine der formellen Rechtmäßigkeit - nämlich der Zuständigkeit. So kann die Widerspruchsbehörde den Widerspruch zu einem unzulässigen Selbsteintritt genutzt haben, was sie unzuständig macht.

Materiell kann man die Zulässigkeit der RIP diskutieren, aber allein die Existenz von § 79 VwGO ist wohl ein schlagendes Argument.

Revision

I Allgemeines

Klar, gegen Berufungsurteile. Nach § 134 gibt es auch im Verwaltungsprozeßrecht die Sprungrevision. Der Prüfungsmaßstab ergibt sich aus § 137 – letztlich also Bundesrecht oder übereinstimmendes Landesrecht. Nicht also z.B. sonstiges Landesrecht, Satzungen usw. Nach § 141 gelten die Vorschriften über die Berufung für das Revisionsverfahren entsprechend.

Einige **Besonderheiten** gibt es dann aber doch. Da wären zum einen das Verbot der Klageänderung und der Beiladung, § 142. Dabei ist aber zu beachten, daß die (eigentliche) Klageänderung nach §§ 173 VwGO, 264 ZPO ja rechtlich nicht als Klageänderung behandelt wird, also zulässig ist. Ach eine einseitige Erledigungserklärung ist möglich, denn diese Form der Klageänderung ist privilegiert, stellt eine notwendige Reaktion dar. Schon nach dem Gesetzeswortlaut ist die notwendige Beiladung auch im Revisionsverfahren noch möglich.

II Prüfungsschema

1 Zulässigkeit

a) Statthaftigkeit

§ 132, vor allem gegen OVG-Urteile incl. Normenkontrolle. Ansonsten halt Sprungrevision.

b) Schriftform, Formalien

§ 139.

c) Frist

Auch § 139.

2 Begründetheit

Nach § 137, wenn das Urteil revisibles Recht verletzt, auf dieser Verletzung beruht und auch in der Sache unrichtig (nicht aus anderen Gründen richtig) ist, § 144 IV. Aber beim letzten Punkt Obacht: Auch im Verwaltungsprozeß gibt es absolute Revisionsgründe, § 138.+

Rücknahme und Widerruf eines VA, §§ 48 ff.**I Allgemeines**

1. Formen der Aufhebung sind Rücknahme und Widerruf (beachte die Terminologie des VwVfG in den §§ 48, 49).

Nach der **actus contrarius**-Theorie handelt es sich bei der Aufhebung eines VA auch im einen VA. Dieser muß mit der **Anfechtungsklage** angegangen werden, wonach der ursprüngliche VA wieder gilt, § 43 II VwVfG. Einer Verpflichtungsklage auf den ursprünglichen VA fehlte damit das Rechtsschutzbedürfnis.

2. Bedenke: Das VwVfG ist subsidiär, es wird häufig Spezialregeln für die Aufhebung von VA geben. Wichtige sind z.B. § 15 GastG, § 21 BImSchG, § 47 WaffG.

Auch das **Abhilfeverfahren** nach § 72 VwGO ist natürlich eine Spezialregelung - hier finden §§ 48, 49 VwVfG keine Anwendung - es soll hier keinen Vertrauensschutz geben - der VA soll voll überprüft werden können.

Beachte für §§ 48, 49 den § 50 VwVfG wenn ein Dritter im Spiel ist.

II § 48 – Rücknahme rechtswidriger VAs

§ 48 ist ein Spagat zwischen Rechtmäßigkeit der Verwaltung und Rechtssicherheit für den Bürger

Schau Dir die Systematik an: § 48 II spricht von **Geld- oder teilbaren Sachleistungen**, die nur bedingt zurückzunehmen sind. § 48 III spricht von **sonstigen Leistungen**, die immer zurückgenommen werden können, wobei aber der Vermögensnachteil ausgeglichen werden muß, wenn das Vertrauen schutzwürdig wäre. Es handelt sich hier um die Unterscheidung zwischen Bestands- und Vermögensinteresse (**Vertrauensschutz** und **Vermögensschutz**).

§ 48 I: belastende VA	–frei rücknehmbar
§ 48 II: Geld- o. Sachleistungen	–Vertrauensschutz
§ 48 III: sonstige VAs	–Vermögensschutz
§ 48 IV: Zeitklausel	

Der Unterschied ist also, daß das Vertrauen einmal die Rücknahme ausschließt (wenn nicht öffentliche Interessen doch überwiegen), das andere mal nur eine Ausgleichspflicht auslöst.

In § 48 I ist oft nicht klar, ob ein VA begünstigend ist. Das bestimmt sich genau genommen aus einer Gesamtschau. So ist ein Gebührenbescheid natürlich belastend. Setzt er aber die Gebühr zu niedrig fest und die Behörde will dies nun erhöhen, ist er ja eigentlich begünstigend. Dann muß sich die Rücknahme des alten VA aber nach § 48 I richten! (à K § 48/48).

Bei § 48 II systematisch vorgehen, nämlich von hinten:

- kann er sich auf sein Vertrauen berufen oder ist es durch § 48 II 3 ausgeschlossen?
- liegt ein Regelfall des § 48 II 2 vor?
- Abwägen nach § 48 II 1 – dabei (unten) den Einfluß des EU-Rechtes beachten.

VAs nach § 48 III können immer (siehe aber unten) zurückgenommen werden, bei Vertrauen ist eben der Vermögensnachteil auszugleichen. Beim Vertrauen gelten die Grundsätze aus Abs. II entsprechend, z.T. verweist ja Abs. III sogar.

Kleine Ausnahme zu obigem: Es gibt VAs, die kraft Natur der Sache nicht zurückgenommen werden können, weil Grundsätze des Rechtsfriedens und der Rechtssicherheit dagegensprechen. Was genau davon betroffen ist, steht im à K § 48/13. Das PrOVG hat das z.B. für eine Einbürgerung angenommen, weil der Untertan in einen unsicheren Zustand geraten würde, könnte man die Einbürgerung später wieder aufheben.

Ach ja, es kann immer auch **spezialgesetzlich** die Rücknahme ausgeschlossen sein. Oder auch durch die Verfassung, das wird diskutiert bei Art. 16 I 1 GG, nach dem sie Staatsbürgerschaft nicht aberkannt werden darf (à vgl. ASRefKl. 24/98)

In § 48 IV gibt's eine Frist, die aber nach Abs. I nur für begünstigende VA gilt. Hier ist vieles streitig. Jedenfalls aber meint "Tatsa-

chen" auch die Kenntnis von der Rechtswidrigkeit, also der behörde war zwar der SV klar, aber jetzt erst merkt sie, daß sie aufgrund dieses SVes falsch entschieden hat. Die Tatsachen müssen vollständig bekannt sein. Abs. IV ist keine Bearbeitungs-, sondern eine Entscheidungsfrist. Zuletzt muß gerade der in der Behörde zuständige Amtswalter Kenntnis haben.

§ 48 ist eine **Ermessensnorm**: Man hat also eine Abwägung auf der TB-Seite und Ermessen auf der RF-Seite.

Das heißt zum einen, daß die Abwägung vor voll gerichtlich überprüfbar ist.

Das heißt aber auch, daß selbst wenn die Voraussetzungen des § 48 vorliegen, noch eine Ermessensentscheidung getroffen werden muß. Und wenn die Behörde das nicht tut – etwa gar kein Ermessen ausübt – dann wird eben aufgehoben. Da sollte man in der Klausur dran denken.

III Widerruf rechtmäßiger VAs, § 49

§ 49 I kann ja eigentlich bloß VAs mit Dauerwirkung meinen, denn andere müßten nicht widerrufen werden, sondern hätten sich schlicht erledigt. Eine starke Literaturmeinung geht dahin, daß wenn sich die Sach- oder Rechtslage so ändert, daß Widerrufen werden kann, das Ermessen reduziert ist, so daß auch muß.

Daß man die Widerrufsregeln des § 49 auch bei § 48 anwenden kann (wenn schon ein RM VA widerrufen werden kann., dann muß man erst recht einen RW VA zurücknehmen können) sollte klar sein.

IV Sonstiges

1. Für den Umfang der **Rückforderung** (neben spezialgesetzlichen Regelungen!) § 49a zu beachten. Die Rückforderung ist ein eigener VA (vgl. § 49 I 2 VwVfG) und auch so zu prüfen; ggf. läßt sich eine schöne Schachtelprüfung mit z.B. § 48 inzident denken. Beachte, daß die Rückforderung nach § 49a I auch festgesetzt werden muß! Solange die Festsetzung nicht erfolgt ist, kann die Behörde nichts verlangen. Bei Abs. II handelt es sich natürlich (nur) um eine RF-Verweisung auf die §§ 812 ff. BGB.

Für die Rechtmäßigkeit des VA kommt es auf den Zeitpunkt des Erlasses an, vgl. § 49 II Nr. 3, 4. Anders mag es bei VA mit Dauerwirkung sein.

2. Vorsicht bei § 50, der ist höchst mißverständlich. Er meint – entgegen seiner Überschrift – nicht die Aufhebung im Rechtsbehelfsverfahren, sondern **anläßlich**, wenn also Aufhebungsverfahren und Rechtsbehelfsverfahren parallel laufen. Es geht einfach darum, dann die Vertrauensregelungen der §§ 48, 49 zu umgehen, denn im Rechtsbehelfsverfahren muß man sowieso mit der Aufhebung des VA rechnen. § 50 modifiziert also bloß das Vertrauen. Der eingelegte Widerspruch muß zulässig und darf nicht offensichtlich unbegründet sein (sehr str.).

Oft kommt der z.B. im Baurecht vor, und zwar beim Nachbarn. Dem wird immer vergessen, die BG zuzustellen, weshalb erst ab Kenntnis die Jahresfrist des § 58 II entsprechend läuft. Natürlich legt der Nachbar dann irgendwann - evtl. Jahre später - Widerspruch ein. Und dann hat die Behörde § 50!

3. sind Fristen vorbei und kommt Wiedereinsetzung (§ 32 VwVfG) nicht in Betracht ist an § 51 V VwVfG zu denken - auch den bestandskräftigen VA kann die Behörde immer noch zurücknehmen - und das Entschließungsermessen hierzu kann auf Null geschrumpft sein.

4. Umstritten ist, was geschieht, wenn ein DauerVA rechtmäßig erlassen wird, aber später rechtswidrig wird - kann man ihn dann nach § 49 (nur für die Zukunft) oder auch nach § 48 (auch Vergangenheit) zurücknehmen? Richtigerweise sollte man *ab Eintritt der Rechtswidrigkeit* nach § 48 verfahren können, also bis zu diesem Zeitpunkt zurücknehmen.

V EU-Recht

Gerade § 48 wird vielfältig durch EU-Recht modifiziert. Das Ganze läuft so (à NJW 89/47 ff., EuGH - Alcan): Ist eine Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar, gilt **Art. 93 II**

EGV, die Beihilfe ist umzugestalten oder aufzuheben, ist sie schon gewährt, zurückzugewähren. Diese Rückgewährung erfolgt dabei nach **nationalem Recht**. Macht dieses die Rückgewähr nicht möglich, ist es zu beugen.

Hat die Kommission angeordnet, daß zurückzugewähren ist, steht den nationalen Behörden keinerlei Ermessens- oder Feststellungsspielraum mehr zu, sie führen bloß noch aus. Tun sie das aber nicht, so kann auch kein Rechtsfrieden einkehren (§ 48 IV VwVfG!). Jedenfalls dann nicht, wenn der Empfänger von der Kommissionsentscheidung weiß.

Überhaupt ist das bloße Wissen des Empfängers um den Verstoß gegen Art. 93 EGV die Wunderwaffe gegen alles - sie läßt bei allen Abwägungen das Gemeinschaftsinteresse voll durchschlagen und schließt die Entreichung aus (Bösgläubigkeit!).

Systematisch fügt man das bei § 48 in der Schutzwürdigkeit des Vertrauens ein. Diese Schutzwürdigkeit ergibt sich ja erst in einer Abwägung – Rücknahmeinteresse gegen Vertrauen (§ 48 II 1). Bei einem Gemeinschaftsrechtswidrigen VA überwiegt eben immer das Rücknahmeinteresse, basta. Mit „in der Regel schutzwürdigem“ Vertrauen nach S.2 ist dann natürlich auch Sense.

Rückwirkung

einer Satzung war u.a. ein Problem in à *HAssKISa 144/6 f.*). Dort sollte eine alte, nichtige Satzung durch den Erlaß einer neuen, schöneren, aber rückwirkenden Satzung geheilt werden. Das ist natürlich ein Problem der **materiellen Rechtmäßigkeit** der Satzung.

Eine solche Rückwirkung steht generell im Konflikt zum Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 III und des daraus resultierenden Vertrauensschutzes. Zu unterscheiden ist zwischen

Rückbewirkung von Rechtsfolgen
tatbestandlicher Rückanknüpfung

Die nachträgliche Verschlechterung eines bereits abgeschlossenen Sachverhaltes ist unzulässig.

Man kann sich aber genaue Diskussionen und Einordnungen dann sparen, wenn jedenfalls sogar die Rückbewirkung von Rechtsfolgen möglich wäre. Das war im Fall so, denn die ursprüngliche Satzung war nichtig, und es kann kein Vertrauen in den Erhalt eines rechtmäßigen Zustandes geben. Ohne Vertrauen aber kein Vertrauensschutz. Peng, so schnell geht das.

Sondernutzung, §§ 14 ff., insb 18 SächsStrG

Stellen wir uns doch mal den Fall vor, jemand will einen Bauzaun aufstellen, und zwar auf der Straße. Dazu fragt er die Stadt, die eine Erlaubnis erteilt. Die wird angefochten. (*A/S RefKl. 32/98*).

Es könnte sich um einen VA handeln. Das wäre der Fall, wenn eine Sondernutzungserlaubnis vorläge. Das wäre sie, wenn es sich nicht bloß um eine (deklaratorische) Feststellung handelte, daß Gemeingebrauch vorläge.

Und nun ist das zu klären:

↓ **Sondernutzung** ist jede Nutzung der Straße, die über den Gemeingebrauch hinausgeht.

↓ **Gemeingebrauch** liegt grundsätzlich nur vor, wenn die Straße zu Verkehrszwecken genutzt wird.

Aber Vorsicht: Es gibt darüber hinaus den sog. **Anliegergebrauch**, der auch eine Art (gesteigerter) Gemeingebrauch ist, weil die Anlieger schon aufgrund ihres unmittelbaren räumlichen Verhältnisses zur Straße den Gemeingebrauch intensiver ausüben dürfen (Aufstellen von Mülltonnen, Zufahrt zum Grundstück, evtl. Freiluft-Restaurants, usw.) Dieser Gebrauch ist in seinem Kernbereich durch Art. 14 GG geschützt. Dazu zählt auch die Befugnis, angrenzende Straßenteile für wirtschaftlich Zwecke, die sich auf dem Grundstück selbst abspielen zu nutzen. Und das meint auch die vorübergehende Aufstellung von Baugerüsten und Bauzäunen.

Es lag hier also sog. Anliegergebrauch vor, so daß eine Erlaubnis der Stadt gar nicht erforderlich war, es handelt sich bloß um eine deklaratorische Feststellung.

Exkurs: Es liegt in dem Bescheid der Stadt aber eine **straßenverkehrsrechtliche Ausnahmegenehmigung** nach §§ 46 I Nr. 8 iVm. § 32 I StVO vor. Die Stadt wollte ersichtlich alle rechtlichen Hindernisse aus dem Weg räumen.

Die Genehmigung war auch erforderlich, es besteht ein **Dualismus** zwischen wegerechtlicher und straßenverkehrsrechtlicher Zulassung, es bedarf also ggf. einer doppelten Genehmigung, Ausnahmen kann es in Fachgesetzen geben.

Auch die Voraussetzungen de § 32 I sind erfüllt, da der Bauzaun ein verkehrsfremdes Hindernis darstellt.

Exkurs II: Das oben ist eine Anfechtungsklage. Man kann es leicht zur Verpflichtungsklage machen, indem man einfach die Erlaubnis schon länger her sein läßt. Nun aber ist der Grund für das Bestehen des Bauzaunes weggefallen, die Behörde will aber die Ausnahmegenehmigung nicht nach §§ 48, 49 zurücknehmen. Der Kläger aber will sie dazu verpflichten. In diesem Fall übrigens bestünde wohl (kraft Ermessensreduktion) ein **Anspruch auf Widerruf** nach § 49 VwVfG. Dabei muß man nicht einmal klären, ob die Genehmigung rechtmäßig war, denn rechtswidrige VAs können ja nach HM „erst recht“ widerrufen werden.

Steuern

allg. zu den Steuern und insbesondere deren Verteilung vergl. Art. 106 GG

Realsteuern: Grundsteuer, Gewerbesteuer

örtliche Verbrauchs und Aufwandssteuern: sind solche, deren Steuertatbestand im Gebiet des Steuerhoheitsträgers verwirklicht werden, sondern deren unmittelbare Wirkung sich auch dort erschöpft. Nach Art. 105 II a dürfen solche Steuern nicht mit schon vorhandenen des Bundes identisch sein, also an denselben Tatbestand anknüpfen. Bsp.: Vergnügungs-, Hunde-, Getränkesteuer

Einkommensteuer: siehe wieder Art. 106 V GG

Straßenbaulast, § 3 BFStrG, § 9 SächsStrG

I Dogmatik

Die Straßenbaulast wird von der HM als gesetzliche geregelte Aufgabe verstanden, die dem Straßenbaulastträger ausschließlich im Interesse der Allgemeinheit auferlegt wird und deren Durchsetzung nur von der Aufsichtsbehörde erzwungen werden kann. Das heißt:

à *Es gibt keinen subjektiven Anspruch auf Straßenbau.*

Zudem kann auch die schuldhafte Verletzung der Straßenbaupflicht keine Amtshaftung (i.S. eines Verkehrssicherungsanspruches - gewissermaßen präventiv) auslösen (in mancher Hinsicht eine Ausnahme davon ist die Haftung wegen Verletzung der **Verkehrssicherungspflichten** (also hinterher, Schaden ist schon entstanden)

II Verkehrssicherungspflichten

Sind nicht etwa öffentlich-rechtliche Ansprüche, sondern die normalen zivilrechtlichen Ansprüche aus § 823 - hier kommt der Gedanke der Verkehrseröffnung zum Tragen.

In Sachsen allerdings bestimmt § 10 I StrG, daß die Straßenbaulast *doch* wieder eine Amtspflicht ist, welche die Amtshaftung auslöst - aber modifiziert: Nur auf die in § 823 BGB genannten Rechtsgüter beschränkt (keine Haftung für bloße Vermögensschäden!) und ohne den Vorbehalt anderweitiger Möglichkeit der Befriedigung (!) - eben deckungsgleich mit § 823 BGB selbst; es gelten ganz allg. die normalen Anforderungen an die Verkehrssicherungspflichten.

III Verkehrsregelungspflichten

Die Pflicht der Straßenverkehrsbehörden, darüber zu bestimmen, ob und wo Verkehrszeichen angebracht werden, obliegt diesen wieder-

um als Amtspflicht im Interesse aller Verkehrsteilnehmer und kann deshalb Amtshaftungsansprüche auslösen.

Subventionen

sind vermögenswerte Zuwendungen des Staates oder eines anderen Verwaltungsträgers an Privatpersonen zur Förderung eines im öffentlichen Interesse liegenden Zweckes.

Sollen solche zurückgenommen werden ist zunächst an Spezialnormen z.B. aus der BHO oder analogen Landesgesetzen zu denken, meist wird aber ein Fall der §§ 48, 49 VwVfG vorliegen.

Vergleich, gerichtlicher

Dazu steht etwas in § 106 VwGO. Wichtig ist, daß Vergleich nur über Ansprüche und Gegenstände geschlossen werden können, über die die Parteien auch verfügen können, die also auch Gegenstand eines ö.r. Vertrages sein könnten. Denn – ganz klar – auch der ö.r. Vergleich ist in seiner materiellen Ausprägung ein Vertrag, er hat auch eine Doppelnatur.

Dann gelten für ihn die allg. Regeln, § 59 VwVfG.

Verkehrszeichen als VAs

Verkehrszeichen sind bekanntermaßen VAs als Allgemeinverfügung, gegen sie kann also Widerspruch eingelegt werden. Der Gag ist aber, daß dafür keine Frist läuft: Zwar ist das Zeichen als Allgemeinverfügung bekannt gemacht worden, aber die Widerspruchsfrist würde ja erst ab Bekanntmachung auch an den Einzelnen laufen - da es aber unbegrenzt viele davon gibt, läuft gar keine Frist. Ähnliche Probleme stellen sich bei allen Allgemeinverfügungen und auch dritbelastenden VAs - dort wird über Verwirkung gelöst.

Aber gewaltig aufpassen. Richtig ist natürlich, daß Verkehrsschilder VAs sein können, wenn sie denn ein verbindliches Ge- oder Verbot enthalten. Aber das tun eben nicht alle.

Vielmehr gibt es auch (eine ganze Menge) Zeichen mit rein informatorischem Charakter, z.B. alle Gefahrzeichen (Bsp. aus der Klausur: Zeichen 121 – Fahrbahnverengung). Sie sind nicht auf die Herstellung unmittelbarer Rechtsfolgen gerichtet, damit keine VAs.

Allerdings werden solche Zeichen in Klausurfällen (Baustellen und Umsatzeinbuße usw.) fast immer mit Sondernutzungserlaubnissen verbunden sein, die meist für einen Nachbarn erteilt wurden. Und das sind VAs.

(à A/S RefKl. 32/98)

Versammlungsrecht

à HemmerAKIS 111

↓ **Versammlung**: Zusammenkunft mehrerer Personen (HM: 3, MM I: 2, MM 3: 7) zum Zwecke der Kundgabe und Diskussion einer bestimmten kollektiven Meinung.

↓ **öffentliche**: wenn jedermann die Möglichkeit hat, sich an der Bildung der Personenmehrheit zu beteiligen, der Zugang nicht auf individuelle bestimmte Personen beschränkt ist.

Liegt also ein (vorher!) individualisierter Personenkreis vor, ist die Versammlung geschlossen

Ganz wichtig hinsichtlich der Schranken des Art. 8 GG ist die Differenzierung freier Himmel oder nicht; hins. der Anwendbarkeit des VersG die Differenzierung öffentlich/nichtöffentlich.

	öffentliche Versammlung (nur die werden vom VersG erfaßt, § 1!	nichtöffentliche Versammlung
unter freiem Himmel Art. 8 II	Art. 8 II GG, Schranken also möglich. Diese sind §§ 14 ff. VersG	./.. schwer denkbar, was das sein soll. Falls doch halt 3 I PolG, weil ja VersG nicht anwendbar
nicht unter freiem Himmel Art. 8 I	Tja, eigentlich nicht beschränkbar, Art. 8 II (-) GG. Aber §§ 5 ff. VersG behandeln sie. Nur unter	Art. 8 II (-) nicht beschränkbar. Aber § 3 I PolG, wenn man partout eine RGL braucht.

	verfassungsgemäßer Auslegung erträglich.	(Wahnsinn: Generalklausel bei unbeschränkt gewährten Grundrechten!)
--	--	---

I Fortsetzung von Versammlungen

Sehr beliebt ist die Fortsetzung von öffentlichen Versammlungen, die (sobald die Polizei nach § 14 VersG kommt) aufgelöst werden und plötzlich seltsamerweise mit denselben Leuten in irgendwelchen Hinterzimmern oder als private „Geburtstagsparties“ weitergehen. Sehr beliebt ist das bei unseren deutschnational gesinnten kurzhaarigen Freunden.

Der Veranstalter hat es - durch Bezeichnung der Versammlung als geschlossen, Verteilung von Einladungen usw. - nicht in der Hand, den Charakter der Veranstaltung zu bestimmen.

Wird es also trotzdem so versucht, handelt es sich um eine Fortsetzung der alten Veranstaltung.

§ 14 VersG

Zwar ist die Teilnahme der Polizei an der Veranstaltung in das Ermessen dieser gestellt. Aber auch hier ist (natürlich) zu berücksichtigen, daß dieses Ermessen fehlerfrei ausgeübt werden muß.

Vollstreckung

Es stellt sich nun die Frage, wie das Handeln der Polizei auf der Grundlage des VersG vollstreckt wird. Mangels anderer Regelungen müssen hier wohl die §§ 30 ff. SächsPolG angewandt werden. Zwar verweist das VersG nicht direkt darauf, aber irgendwie muß es ja gehen (Belz, SächsPolGKomm § 30 ff.). Also das allgemeine Schema:

- a) Rechtsgrundlage
§§ 30 ff. SächsPolG
- b) formelle RM
dessen Voraussetzungen, also insb. Androhung, Subsidiarität usw.
- c) materielle RM
 - * Rechtmäßigkeit der zugrundeliegenden Verfügung
 - * Verhältnismäßigkeit der Vollstreckung, insb. des im einzelnen angewandten Mittels

Rückgriff auf das PolG

Prinzipiell sind die Regelungen des VersG abschließend. Dies aber natürlich nur, solange polizeiliche Maßnahmen auch **unmittelbar versammlungsbezogen** sind. Geht es dagegen allgemein um die Verhütung (auch versammlungsbezogener) Straftaten und Ordnungswidrigkeiten, so ist das PolG ergänzend heranzuziehen.

II Eingriffsmöglichkeiten nach dem VersG

§ 15 I 1. Alt VersG, die ganz harte Keule, das Verbot. Die „unmittelbare“ Gefahr braucht einen ganz engen Zusammenhang zwischen Gefahr und Schaden. Das muß man in der Klausur darlegen, meist wird es schon hieran scheitern. Wegen irgendwelcher Gefahren für die öffentliche Ordnung oder sonstigen Nichtigkeiten braucht man hier im Hinblick auf das ganz wesentliche Grundrecht des Art. 8 GG nicht zu kommen.

Die RF ist Ermessen (Ausübung nach § 3 II-IV PolG analog), problematisch ist meist die Störerauswahl, analog §§ 4,5,7 PolG. Insgesamt betrachtet wird das fast nie gehen.

§ 15 I 2. Alt VersG, die Auflage (im untechnischen Sinne, da nicht Nebenbestimmung, sondern HauptVA). Die mittlere Keule. Hier muß die Auflage gerade die drohende unmittelbare Gefahr abwenden.

§ 15 II VersG, die Auflösung und bloß kleine Keule, denn man darf sich eben erst mal versammeln. § 15 II bedarf aber der verfassungsgemäßen Auslegung. Wegen einer verpennten Anmeldung oder Abweichen von der Anmeldung kann man keine Versammlung auflösen. Von alle dem steht nämlich in Art. 8 I GG nichts.

Sonderproblem: **Beschlagnahme** von Gegenständen, etwa eines beleidigenden Transparentes. Dazu gibt es im VersG keine Rechtsgrundlage. Aber das VersG ist – soweit eben anwendbar – abschließend, also polizeifest, kein Rückgriff auf allgemeine Regeln. Man will aber § 15 II a maiore ad minus anwenden, denn wenn man

schon auflösen darf, dann doch erst recht ein Transparent beschlagnahmen.

Verfahrensrechte der Beteiligten

I Recht auf Anhörung, § 28

§ 28 aus Art. 103 GG entsprechend (er gilt nur für das gerichtliche Verfahren unmittelbar).

Die RS beschränkt die Anhörungspflicht auf solche Fälle, in denen dem Betroffenen eine bereits innegehabte Rechtsposition entzogen wird (daher **nicht** etwa die Ablehnung eines Antrages auf Baugenehmigung).

II Recht auf Akteneinsicht, § 29

Gilt nach HM nur im laufenden Verfahren. Danach hilft § 29 nicht mehr, sondern die Behörde entscheidet nach pflichtgemäßem Ermessen. Das kann sich allerdings verdichten, wenn der Bürger z.B. die Erfolgsaussichten eines Rechtsbehelfes prüfen möchte.

Auch **nicht Beteiligte** können sich nicht auf § 29 stützen, sondern müssen nach allg. Grundsätze einen Anspruch haben.

III Recht auf Geheimhaltung, § 30

Es geht nur um die **unbefugte** Offenbarung, befugt darf man das also machen. Das Problem ist, die Befugnis zu begründen.

Vertrag, öffentlich-rechtlicher, VV

Erst mal muß es ein **Vertrag** sein. Und der ist vom mitwirkungsbedürftigem VA zu trennen.

Deshalb kann es gerade nicht reichen, wenn die Parteien übereinstimmende WE austauschen. Vielmehr setzt die Annahme eines Vertrages voraus, daß auch tatsächlich Verhandlungen stattgefunden haben und sich der Bürger keinen schon feststehenden Bedingungen unterwerfen muß.

Das heißt aber nicht, daß sich nicht Vertragsbedingungen aus Verwaltungsvorschriften ergeben könnten – schließlich gibt es auch im Privatrecht die AGB. Die Beteiligten müssen dann aber einen Vertrag wollen.

Für die **Abgrenzung privatrechtlicher/ö.-R.** Vertrag ist entscheidend, ob der Gegenstand des Vertrages dem öffentlichen Recht zuzuordnen ist, insbesondere, ob die vertraglich übernommene Verpflichtung oder eine Rechtsfolge öffentlich rechtlichen Charakter hat.

Koordinationsrechtliche Verträge liegen vor, wenn die Parteien gleichgeordnet sein, also kein VA ergehen könnte. Das kann auch ein Vertrag zwischen zwei Hoheitsträgern, z.B. zwei Städten sein!

Subordinationsrechtliche Verträge (der Gegensatz ergibt sich übrigens aus § 54 Satz 1 und 2) ergehen statt eines VA, wobei diese Def. eigentlich zu eng ist, denn die §§ 55, 56 sind ja auch Schutzvorschriften, sie sollen immer dann greifen, wenn im Über- Unterordnungsverhältnis gehandelt wird, also offener Interpretation des § 54 S.2.

Auch in manchen Fällen, in denen mangels Außenwirkung kein VA vorliegt (Einvernehmen der Gemeinde im Baurecht) werden aber die Grundsätze des subordinationsrechtlichen Vertrages analog angewandt.

„**Nichtigkeit**“ i.S. des § 59 VwVfG meint nicht nur den § 138 BGB, sondern auch die anderen Institute, wie z.B. Anfechtung. Insgesamt ergibt die Zusammenschau der Regelungen der §§ 59, 60 VwVfG eine erhöhte Fehlerempfindlichkeit des VV gegenüber der VA.

Prüfungsschema:

- generelle Zulässigkeit (§ 54 I 2 Hs.)
- Schriftformerfordernis (§ 57)
- ggf. Zustimmung Dritter, § 58
- keine Nichtigkeit, §§ 59, 60
- [keine Nichtigkeit nach § 59 II] bei Subordinationsverträgen
- sonstige Einwendungen nach § 62 VwVfG, BGB

Beachte aber die Unterschiede beim Vergleichsvertrag: Kann man bei einem „normalen“ materiell rechtswidrigen Vertrag der Verwaltung den Einwand der Bereicherung nach §§ 62 VwVfG, 812 BGB entgegensetzen, so ist der Vergleichsvertrag Rechtsgrund. No Risk, no Fun!

Der Prozeßvergleich hat eine Doppelnatur als Prozeßhandlung und VV. Materiell ist er nach §§ 53 ff VwVfG zu beurteilen. Beachte auch § 106 VwGO.

Auch im öffentlichen Recht gibt es den **Vertrag zugunsten Dritter**, z.B. zugunsten der Bundesrepublik bei der Weitergabe von Einkaufsvorteilen bei subventionierten Waren (à *ASRK C 363; 8/98*)

Verwaltungsverfahren, allg.

Was genau das Verwaltungsverfahren im Sinne des VwVfG ist, steht in § 9. Danach ergibt sich, daß bei allen anderen Verfahren (interne Sachen, Vorbereitung des Erlasses von Richtlinien usw.) das VwVfG nicht (direkt) anwendbar ist.

Nach § 22 S.1 gilt das **Offizialprinzip**. Anders in den Fällen des § 22 S. 2 Nr. 1 2. Alt. und Nr.2 – darf die Behörde nur auf Antrag tätig werden, herrscht der **Verfügungsgrundsatz**, man kann den Antrag einfach zurücknehmen.

Verfahrensgrundsätze sind der **Untersuchungsgrundsatz**, § 24; der Grundsatz der **Einfachheit und Zweckmäßigkeit**, § 10; und der Grundsatz der **Nichtöffentlichkeit und Geheimhaltung**, § 30.

Verwaltungsakt

I Funktionen

Regelungsfunktion und Titelfunktion. innerhalb der Regelungsfunktion ist auch die Bindungswirkung zu beachten - die, ähnlich wie bei Urteilen, den Tenor erfasst.

II Abgrenzung

Nach dem **äußeren Erscheinungsbild** - denn es ist für den Rechtsschutz des Bürgers unerheblich, wie die Behörde hätte handeln müssen, sondern er muß sich, wenn denn durch „VA“ gehandelt wurde dagegen wehren können. Durfte die Behörde das gar nicht, so ist dies eine Frage der Begründetheit.

Nach den **inhaltlichen** Punkten

auf dem **Gebiet des öffentlichen Rechts**. Wie bei § 40, also vor allem die Zweifelsfälle: 2-Stufen-Theorie, Ausübung des Hausrechtes (differenzieren nach dem Zweck des Besuches) Regelung: auf die Setzung einer Rechtsfolge gerichtet. Das ist es, wenn dadurch Rechte/Pflichten begründet, geändert, aufgehoben oder verbindlich festgestellt werden sollen.

Probleme werfen hier bestimmte Tatmaßnahmen der Polizei auf, die eigentliche **Realakte** sind. Hat aber ein solcher Akt selbst den Erklärungswert, er sei als rechtmäßig zu dulden (Schlag mit dem Knüppel, Beschlagnahme eines Messers) so handelt es sich um einen VA (à *K § 35/9*).

Bei der **wiederholenden Verfügung** wird unterschieden, ob die Behörde eben wirklich bloß etwas altes wiederholt, oder ob sie in eine erneute **Sachprüfung** einsteigt und bloß zum selben Ergebnis kommt (**Zweitbescheid**). Allerdings ist die Entscheidung, **ob** denn in eine erneute Sachprüfung eingetreten wird ein VA, der aber eben bloß Verfahrensrecht betrifft.

Außenwirkung: die Rechtsposition von nat. oder JP außerhalb der Verwaltung soll verändert werden. problematisch ist dies bei Maßnahmen der **Kommunalaufsicht**. Jedenfalls aber bei der Rechtsaufsicht, da hier die Gemeinde in ihrem eigenen Wirkungskreis berührt wird, während sie bei der Fachaufsicht eher als Teil der restlichen Staatsverwaltung erscheint.

Oder auch die **Sonderstatusverhältnisse** - hier ist zu fragen, ob die Amtsstellung oder die persönliche Rechtsstellung des Beamten betroffen ist.

Aufpassen: Bei Maßnahmen im Innenbereich des Staates (z.B. Weisungen) handelt es sich eigentlich nie um VA, da es hier an der Außenwirkung mangelt. Das gilt dann nicht mehr, wenn der ange-

wiesene Rechtsträger in seiner eigenen geschützten Rechtsstellung berührt wird - in diese Rechtsstellung kann sehr wohl eingegriffen werden, was dann doch Außenwirkung ergibt.

Bei Gemeinden ist daher also zu untersuchen, ob Aufgaben im eigenen oder im übertragenen Wirkungskreis betroffen werden. Eigentlich nur bei ersteren kann ein VA vorliegen.

Verwaltungsakt, fehlerhafter

I der nichtige VA

Nur bitte dran denken, in der vom Gesetz vorgegebenen Reihenfolge (spezielle Regel, Ausschluss der Regel oder Joker) zu prüfen. Für den Zeitpunkt der „Offensichtlichkeit“ des Mangels wird auf den Erlaß des VA abgestellt – hinterher kann schließlich viel passieren.

Der nichtige VA ist nach § 43 II unwirksam. Wann der nichtig ist, steht im § 44. Die Nichtigkeit kann die Behörde selbst nach § 44 V feststellen oder auch das Gericht. Für Letzteres ist eigentlich die Feststellungsklage nach § 43 VwGO vorgesehen, nach HM muß aber auch die Anfechtungsklage gehen, oftmals kann es doch schwierig sein, zwischen Rechtswidrigkeit und Nichtigkeit zu unterscheiden, und da soll der Bürger nicht das Risiko der falsche Wahl der Klage tragen.

II der rechtswidrige, anfechtbare VA

Immer daran denken, daß Fehler auch geheilt werden können, unbeachtlich sein können oder jedenfalls eine Umdeutung des VA in Frage kommt.

1 Heilung, § 45

Immer auch Abs. II lesen: Bis zum Abschluß eines verwaltungsgerichtlichen Verfahrens kann geheilt werden. Und Achtung: Das meint wirklich bis zum Schluß des Verfahrens, ggf. also bis in die **Revisionsinstanz**.

Insb. § 45 I Nr. 2 - hier ist nur der Fall betroffen, daß bis dato überhaupt keine **Begründung** gegeben wurde und der VA deshalb an einem Formfehler leidet. Keineswegs soll damit das Nachschieben von Gründen im Prozeß modifiziert werden.

Beim Nachholen der **Anhörung**, z.B. im Widerspruch ist zu beachten, daß das Vorbringen des Bürgers auch ernsthaft erwägt werden muß. Das ist z.B. dann nicht der Fall, wenn die Behörde den Widerspruch zu Unrecht als verfristet abweist, weil sie sich dann über die Sachargumente keine Gedanken mehr macht. Ähnlich ist es, wenn die Widerspruchsbehörde bei Ermessensentscheidungen auf die Überprüfung der RM beschränkt ist, aber das Abhilfverfahren der unteren Behörde schon durch ist.

2 Unbeachtlichkeit von Fehlern, § 46

Mit der Neufassung des § 46 gilt die Norm auch für Ermessensentscheidungen. **Offensichtlich keinen Einfluß** soll ein Fehler haben, wenn seine mangelnde Kausalität für die Entscheidung gleichsam ins Auge springt.

Beachte, daß der VA rechtswidrig bleibt, diese eben bloß unbeachtlich ist. Eigentlich müßte dann ja ggf. Aufhebung nach § 48 in Betracht kommen. Nach str. Meinung soll aber § 46 § 48 ausschließen, damit nicht die Behörde einen an sich unbeachtlichen Mangel zum Anlaß nimmt, den kompletten VA wegzubekommen.

3 Umdeutung von VAs, § 47

Kommt kaum vor, kann man ja mal ansprechen.

Verfahrensgrundsätze

Verfügungsgrundsatz
Untersuchungsgrundsatz
Mündlichkeitsgrundsatz
Unmittelbarkeitsgrundsatz
Öffentlichkeit des Verfahrens
Rechtliches Gehör

Verwaltungsvollstreckung

Damit Du's Dir merkst:

Es gibt grundsätzlich zwei Varianten: Das **gestreckte Verfahren**, mit Grundverfügung, Androhung, Festsetzung und Anwendung, §§ 13-15 VwVG; sowie der **sofortige Vollzug** nach § 6 II (B)VwVG. Das sind aber bloß zwei Seiten einer Medaille.

Beachte aber, daß es nach § 6 II VwVG nicht einmal eines vorausgehenden VAs bedarf!

Beachte zudem, daß mit „sofortiger Vollzug“ in § 6 I VwVG nur die Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit nach § 80 VwGO gemeint ist.

Die Androhung nach § 13 VwVG ist VA, da sie verbindlich über das Ob und Wie der weiteren Vollstreckung entscheidet. Damit hat sie Regelungscharakter (str.).

Wohl keine VAs sind die Vollstreckungsakte selbst, also etwa die Ersatzvornahme. Wenn sich jemand gerade durch diese beschwert fühlt, muß er die allgemeine Leistungsklage erheben.

Standardfall: Zur Vollstreckung muß das Grundstück betreten werden. Der Vollstreckungsschuldner rügt die Unvereinbarkeit mit Art. 13 GG. Das ist freilich vereinbar, weil eben die Regeln des Zwangsvollstreckungsrechtes eine zulässige Inhaltsbestimmung des Eigentums darstellen.

Das kann man alles auch anders (VA!) sehen, mit dem Argument des § 11 SächsVwVG, der offenbar von Rechtsbehelfen ausgeht.

Aber zum einen gilt der ja nicht nur für die letzte Stufe der Vollstreckung, sondern auch etwa für die Androhung, die ein VA ist. Zum anderen ist doch fraglich, welche Rechtsfolge mit etwa der Ersatzvornahme erreicht werden soll, sie ist doch auf einen tatsächlichen Erfolg gerichtet.

In Sachsen haben nach § 11 Rechtsbehelfe gegen die ZV keine aufschiebende Wirkung

Vorsicht Falle: das gestreckte Verfahren erfordert bloß, daß jeder der vorherigen Akte **wirksam** ist, nicht aber muß er rechtmäßig sein. D.h. das z.B. Mängel der Grundverfügung nicht mehr gegen die ZV geltend gemacht werden können, wenn sie erst einmal bestandskräftig geworden ist. Das hat Auswirkungen etwa auf die **Klagebefugnis**: Es müssen Rechtsverletzungen gerade durch die Zwangsvollstreckung gerügt werden.

Aufpassen: In Sachsen wird, wenn nach dem BVwVG eigentlich § 6 II einschlägig wäre (Abschleppfälle) auch § 6 einschlägig sein - aber im SächsPolG! Der ist einfach zu prüfen - seine Voraussetzungen müssen vorliegen. Die unmittelbare Ausführung (die VA ist, damit die FFK möglich bleibt) konnte aber rechtmäßigerweise nur angeordnet werden, wenn auch eine „normale“ Verfügung rechtmäßig gewesen wäre - und hier prüft man dann normales PolRecht durch. Letztlich stellt § 6 PolG nur eine Art der Vollstreckung dar. Bei der Prüfung des PolR dann aber nicht schlampen!

Die **Prüfung** läuft ganz normal nach formeller RM, materieller RM. Die formelle/materielle RM bestimmt sich dabei halt nach den Regeln des VwZG. Also etwa Prüfung einer Kostenverfügung nach erfolgter ZV:

- I. Rechtsgrundlage: § 24 I SächsVwVG
- II. formelle Rechtmäßigkeit
 1. Zuständigkeit, § 4 VwVG
 2. Verfahren, etwa Zustellung, § 20 VwVG
- III. materielle RM, also besteht ein materieller Kostenerstattungsanspruch?
 1. dem Grunde nach nur bei rechtmäßiger Ersatzvornahme
 - a) allgemeine und besondere Vollstreckungsvoraussetzungen? (diese Frage ist wohl dann nicht mehr zu prüfen, wenn eine rechtskräftige Androhung vorliegt und deren Tatbestandswirkung auch soweit reicht. Denn ist die Ersatzvornahme etwa so bestandskräftig angedroht, steht die Wahl dieses Zwangsmittels als vereinbar mit dem Gesetz fest)
 - aa) allgemeine VV: § 2, Vorliegen eines vollstreckbaren VA
 - bb) besondere VV für die Ersatzvornahme: §§ 19, 24 also etwa Vorliegen einer vertretbaren Handlung,
 - b) Höhe des Anspruches

In der Fortsetzung der beliebten Vollstreckungsfälle ist es nun aber so, daß auf der **Sekundärebene** (wenn es also um die Kosten einer

erfolgten Vollstreckung geht) sehr wohl nochmals auch die RM des GrundVA zu überprüfen ist (sehr schön dargestellt in à *ASPolR 2.3.5 Fall 10*)

Klar, daß es auf der **Primärebene** für die Rechtmäßigkeit der Vollstreckung erst einmal nur auf die Vollstreckbarkeit des VAs ankommt (er darf also zwar rechtswidrig, allerdings nicht nichtig sein). Dies schon allein deswegen, weil allgemein das Vollstreckungsverfahren frei von materiellen Einwänden gehalten werden muß, die sich in der Vollstreckungssituation außerdem sowieso nicht auf die Schnelle überprüfen lassen.

Auf der Sekundärebene kann es aber nicht Aufgabe des Vollstreckungsrechtes sein, rechtswidrige Zustände zu perpetuieren, deshalb wirkt sich die Rechtswidrigkeit des GrundVAs auf das Ermessen der Behörde aus, ob sie die Kosten eintreibt oder nicht (so wohl das BVerfG!). Ggf. Reduzierung auf Null.

Problem für mich: Wo bitte schön steht in § 24 SächsVwVG etwas von Ermessen bezüglich der Kosten? Wenn ich den richtig lese, geht es um ein Ermessen, ob vollstreckt wird, wenn ja, aber nicht um eines der Kosten. Aber das läßt sich natürlich alles konstruieren. Wichtig ist jedenfalls der Sound, also Unterscheidung zwischen **Primärebene** und **Sekundärebene**.

Genauso geht das natürlich auch in den Standardfällen, wo z.B. die Zwangsgeldfestsetzung (VA!) angefochten wird. Da muß man sich eben fragen, ob die Festsetzung rechtmäßig war (RGL, formelle, materielle).

Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand

In Verwaltungsverfahren § 32 VwVfG. In der VwGO § 60. Beachte, daß im Widerspruchsverfahren eben § 60 I-IV anzuwenden ist, § 70 II VwGO.

Geht es um die Wiedereinsetzung in die Widerspruchsfrist, so muß man natürlich § 60 IV analog nehmen - die Widerspruchsbehörde entscheidet dann.

Für das Verschulden der Fristversäumung beachte insb. § 45 III VwVfG - fehlen Begründungen o.ä. ist die Versäumung immer unverschuldet.

Beachte zuletzt, daß in § 70 II VwGO gerade nicht auf § 60 V VwGO verwiesen wird, d.h. im Widerspruchsverfahren ist die Entscheidung über die Wiedereinsetzung gerichtlich überprüfbar.

Die Wiedereinsetzung kann auch konkludent erfolgen, auch ohne daß ein Antrag gestellt wurde. Nämlich dann, wenn die Behörde einen eigentlich verfristeten Widerspruch bescheidet, weil sie meint, der Widerspruchsführer habe die Frist unverschuldet versäumt. Irrt sie sich dabei (doch schuldhaft) kann das vor Gericht nicht gerügt werden, denn schließlich kann die Behörde als Herrin des Vorverfahrens ja sogar einen komplett verfristeten WS bescheiden (à *HAssKlSa 144/2*). Das Ganze findet auch hier wieder seine Grenze im Schutz Dritter – durften die vertrauen, geht das nicht.

Widerspruchsverfahren

Ist in der VwGO geregelt, weil es eben ein vor die Klage geschaltetes Verfahren ist, und dazu hat der Bund Gesetzgebungskompetenzen. Ab und an muß man mal schauen, es kann in Fachgesetzen Spezialregelungen geben.

I Verwaltungsweg, §§ 68, 40 VwGO

Nach § 68 ist das Widerspruchsverfahren der Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage vorgeschaltet. Diese aber können bloß dann erhoben werden, wenn der Vw-RW gegeben ist. Also muß der auch hier gegeben sein. Ich lese gerade, vom Vorliegen eines VAs darf man nicht auf das Vorliegen des Vw-RW schließen. Irgendwo oben steht es anders, ich finde es aber gerade nicht.

II Statthaftigkeit des Widerspruches

Der geht nur bei Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage, denn er zielt auf die Überprüfung von VAs ab. Der VA muß bereits ergangen bzw. abgelehnt sein. Auch hier wieder: Hat die Behörde durch VA gehandelt, auch wenn sie es nicht durfte, ist Widerspruch statthaft. Bei der Verpflichtung ebenso, wenn durch VA abgelehnt wurde.

Unstatthafte Widersprüche sind i.A. umdeutbar in formlose Rechtsbehelfe. Das sollte dann i.Zw. in der Klausur auch geschehen.

Weiterhin entfällt das Widerspruchsverfahren, wenn formelles Bundes oder Landesrecht dies bestimmt, § 68 I 2 1. Alt oder oberste Bundes oder Landesbehörden entschieden haben, I Nr. 1. Zuletzt nach Nr. 2, wenn es bereits um den Abhilfe- oder Widerspruchsbescheid geht.

Das Widerspruchsverfahren kann auch **entbehrlich** sein, wenn es bloße Förmerei wäre. Beachte, bei den ersten drei Punkten unter ist die Einlegung des Widerspruches zwar nicht nötig, aber statthaft, bei der vierten Fallgruppe ist der Widerspruch unstatthaft.

Widerspruchseinlegung durch Dritte – ein Kläger reicht
Wird der ursprünglich angegriffene VA geändert oder ersetzt und betrifft der neue VA im Wesentlichen denselben Streitstoff, ist eine Klageänderung möglich, ohne daß erneut angefochten werden müßte
Rügelose (nicht bloß hilfsweise!) Einlassung im Prozeß
Erledigung des angefochtenen VA. Hier ist die FFK einschlägig, ein Fortsetzungsfeststellungswiderspruch ist unstatthaft.

Noch eine Besonderheit: Liegt ein Fall des § 75 vor, und zwar so, daß die Behörde noch nicht mal über den ursprünglichen Antrag auf Vornahme entscheiden hat; und hat nun das Gericht nach Satz 4 eine Frist gesetzt, in der die Behörde entscheiden soll und diese tut das abschlägig; so soll nach dem BVerwG die Durchführung des Widerspruchsverfahrens notwendig sein, allerdings wäre dies in der Klageerhebung enthalten.

In **beamtenrechtlichen Angelegenheiten** ist nach § 126 III BRRG zwingend ein Widerspruch auch bei Leistungs-/Feststellungsklagen vorgesehen.

III Einleitung des Vorverfahrens

1 Erhebung

Form- und Fristgerecht bei der richtigen Behörde, § 70. Unterschrift muß sein, damit der Widerspruch zugeordnet werden kann, bei Fax muß das Original unterschrieben sein.

Was immer da bei der Behörde hineinflattert bedarf der **Auslegung und Abgrenzung zu formlosen Rechtsbehelfen**.

Die **Widerspruchsfrist** muß Inganggesetzt worden sein. Dazu stellt § 70 darauf ab, wann der Bescheid dem Betroffenen bekanntgegeben wurde. Bei Zustellungsmängeln ist nun aber zu unterscheiden zwischen

Mängeln am Zustellungsobjekt: z.B. Ehegatten bekommen bloß eine Ausfertigung des Bescheides. Diese Mängel sind nicht nach § 9 VwZG heilbar, der nur Mängel im Verfahren (der Übergabe etwa), nicht aber am Objekt heilen kann. D.h. im Ehegattenbeispiel, daß für keinen der Gatten die Frist anläuft
Mängel der Übergabe: der Berechtigte erhält zwar den Bescheid, aber der Vorgang ist mit Fehlern behaftet. Das kann evtl. geheilt werden, nämlich nach § 9 BundesVwZG, nicht aber dem des Freistaates!

Unterschiede beachten: Während § 9 II BundesVwZG die Heilung von Mängeln zuläßt, wenn es um eine Widerspruchsfrist geht (nur bei der Wahrung der Klagefrist ausschließt), erwähnt § 9 II SächsVwZG gerade **auch** die Widerspruchsfrist, so daß hier Heilung ausscheidet.

Übrigens. Ein bloßer Verstoß gegen Ordnungsvorschriften (etwa ungenügende Anzahl von Abschriften usw.) ist kein Zustellungsmangel, auf § 9 VwZG kommt es nicht an.

Beachte zuletzt, daß bei Zustellungsmängeln immerhin noch **Verwirkung** in Betracht kommt (Baurecht-Nachbarfälle – 1 Jahr ab hätte-kennen-müssen)

2 Verspätete Widersprüche

können natürlich als unzulässig zurückgewiesen werden. Aber die Behörde kann sie nach HM als Herrin des Verfahrens auch noch bescheiden (a.A.: unzulässiger Selbsteintritt).
Anderes gilt dann, wenn bereits schutzwürdige Positionen Dritter begründet wurden, VAs mit Doppelwirkung.

3 Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand

Ist nach dem Verweis des § 70 II VwGO auf die §§ 58 ff. möglich. Hat die Widerspruchsbehörde die Wiedereinsetzung zu Unrecht abgelehnt, und den Widerspruch deshalb verworfen, kann auch das Gericht selbst die Wiedereinsetzung gewähren. Es kann auch der Widerspruchsbescheid selbst isoliert angefochten werden, denn die fehlerhafte Behandlung des Wiedereinsetzungsantrages stellt einen Verfahrensmangel dar.

4 Widerspruchsbefugnis

Analog § 42 II VwGO um Polularwidersprüche zu vermeiden. Beachte aber, daß im Widerspruchsverfahren auch die **Zweckmäßigkeit** des VA geprüft wird. Es reicht also, wenn der Widerspruchsführer ausführt, er sei durch die **Unzweckmäßigkeit** des Widerspruches in seinen Rechten verletzt.

5 Widerspruchsinteresse

Also quasi das RSB. Es gelten hier auch die gleichen Grundsätze.

6 Kein Verzicht auf den Widerspruch

Das geht nämlich, muß aber unweideutig in der Form des § 70 VwGO erklärt werden, und wer tut das schon.

IV Zuständigkeit der Widerspruchsbehörde, § 73 VwGO

Wer genau das ist, steht im Landesrecht. Beachte auch Nr. 2, 3. Insbesondere letztere: Selbstverwaltungsangelegenheiten könnten in der Klausur mal drankommen. Dabei ist dann sauber zwischen Selbstverwaltungsangelegenheiten und übertragenen Aufgaben abzugrenzen. Beachte wieder Modifikationen durch das BRRG.

Zuständigkeitsmängel: Hat die falsche Behörde den VA erlassen, ist trotzdem deren nächsthöhere Behörde für den Widerspruch zuständig und wird ihn aufheben. Hat die falsche **Widerspruchsbehörde** zuständig, so ist dies ein schwerer Verfahrensmangel, der zu isolierten Anfechtung führt, § 79 II 2 VwGO. Aber Vorsicht: Die Sachurteilsvoraussetzung „Durchführung des Vorverfahrens“ entfällt deswegen nicht!

V Gang des Verfahrens

Der Widerspruch hat zum einen **Devolutiveffekt**, der allerdings nach § 73 VwGO aufschiebend bedingt durch die Nichtabhilfe der Ausgangsbehörde ist. Und er hat – von den 80er Ausnahmen abgesehen – **Suspensiveffekt**.

1 Recht- und Zweckmäßigkeitsprüfung

Beides wird untersucht (allerdings nicht in Selbstverwaltungsangelegenheiten – hier untersucht allein die Ausgangsbehörde im Abhilfungsverfahren die Zweckmäßigkeit). Das sollte man dann auch deutlich machen und allzu pauschale Obersätze analog § 113 VwGO vermeiden.

2 Beteiligtenbezogene Sachentscheidungsvoraussetzungen

Bei der **Beteiligungs- und Handlungsfähigkeit** gelten die §§ 11, 12 VwVfG, nicht die VwGO, es geht hier nicht um SU-Voraussetzungen, sondern ein Vw-Verfahren. Im Regelfall allerdings sollte hier keine großen Probleme liegen.

Beteiligte sind der Widerspruchsführer, u.U. beschwerte Dritte. Bei mehrstufigen VAs sind auch im Widerspruchsverfahren alle Behörden zu beteiligen, die auch an der erstinstanzlichen Entscheidung beteiligt gewesen wären. Für die **Vertretung** gilt wieder das VwVfG, §§ 79, 14; nicht die VwGO. § 14 genau lesen, § 8 VwZG dazu: Ist ein Bevollmächtigter da, soll sich die Behörde an ihn wenden; hat er seine Vollmacht schriftlich nachgewiesen, muß die es, sonst ist die Zustellung unwirksam, § 8 VwZG.

Nach § 71 VwGO ist bei erstmaliger Beschwer im Widerspruch eine **Anhörung** des Betroffenen erforderlich. Das gilt auch für die RIP. Unterbleibt die Anhörung, ist wider ein Verfahrensfehler gegeben, der zur isolierten Anfechtung, berechtigt, § 79 II 2 VwGO. Natürlich sind Fehler hier auch wieder heilbar.

Wo wird das alles aktuell? Z.B. bei der RIP, wenn der Kläger nun nur noch diese wegbekommen will, weil er die Rechtmäßigkeit des Grund-VA inzwischen einsieht. Dann kann er hier schon aus Verfahrensgründen obsiegen.

Wirksamkeit eines VA

Äußerlich wirksam (bzw. überhaupt erst existent) wird der VA ganz normal nach § 43 VwVfG durch Bekanntgabe. Das ist Eröffnung des Inhalts an den Betroffenen mit Willen der Behörde. Dabei muß Möglichkeit der Kenntnisnahme ausreichen (Brief im Kasten, Lauter Ruf „die Versammlung ist aufgelöst“ und Ohrenzuhalten).
à Zustellung

Problem: Die Baugenehmigung geht dem Bauweber zu, nicht aber dem Nachbarn. Dann werden für diesen keine Rechtsmittelfristen in Gang gesetzt. Erfährt er von dem VA, kann er sich natürlich trotzdem wehren. Er muß das sogar, will er nicht die Verwirkung riskieren (aus Treu und Glauben). Speziell im nachbarschaftlichem Verhältnis wird sogar § 58 II VwGO analog angewandt, innerhalb eines Jahres ab sicherer Kenntnis von dem VA muß der Nachbar also klagen.

Davon zu trennen ist die **innere Wirksamkeit**, also ab wann die angeordnete Rechtsfolge wirksam werden soll.

Das **Ende** der Wirksamkeit tritt nach § 43 II ein.

à *Rücknahme und Widerruf*

Zusätze

à Nebenbestimmungen

Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden

I Sachliche Zuständigkeit

1 Verbandskompetenz

Meint die Zuweisung an die unterschiedlichen Verwaltungsträger (Bund, Land, Gemeinden usw.). Die ist immer mal virulent in Kommunklausuren, denk an die Fälle der „atomwaffenfreien Zonen“, die jede menge Gemeinden ausgerufen hatten.

2 Ressortzuständigkeit

Hier sind Verwechslungen eher selten.

3 Sachliche Zuständigkeit im engeren Sinne

Hier wird danach gefragt, welche konkrete Behörde eine bestimmte Aufgabe wahrnehmen muß. Das sollte dann irgendwo im Gesetz stehen.

4 Funktionelle Zuständigkeit

Wer behördenintern konkret zuständig ist. Da gibt es i.d.R. einen Geschäftsverteilungsplan. Da aber die Behörde dem Bürger gegenüber als Einheit auftritt, bleibt ein behördeninterner Verstoß ohne Rechtsfolgen.

Der Gewerberechtsreferent des LRA erläßt die Baugenehmigung, nicht der Baureferent.

5 Verbot des Selbsteintrittes

Beim mehrstufigen Behördenaufbau darf trotz ihres Weisungsrechtes nicht einfach die nächsthöhere Behörde anstelle der eigentlich zuständigen handeln. Das stellt sich vor allem bei Widersprüchen als Problem dar, hier darf hat die Widerspruchsbehörde **keine Kompetenz** über den Rahmen des Widerspruchsverfahrens hinaus eine eigene Sachentscheidung zu treffen.

Die Ausgangsbehörde versagt lediglich die Genehmigung für einen Schwarzbau. Jetzt darf im Widerspruch die Widerspruchsbehörde nicht noch dazu eine Beseitigungsverfügung anordnen.

II Örtliche Zuständigkeit

Ergibt sich entweder aus Spezialgesetzen oder aus § 3. Beachte zu § 3, daß die Tatbestände in ihrer Reihenfolge zu prüfen sind, sie schließen sich in der Reihenfolge ihrer Aufzählung aus! Deshalb auch § 3 II nicht fehlinterpretieren – der meint Zuständigkeit mehrerer Behörden nach demselben Tatbestand!

Bei **Unzuständigkeit** soll die Behörde analog § 83 VwGO i.V.m. § 17 ff. GVG verweisen können. Umstritten ist, ob sie das bei Antrag auch tun muß, oder den Antrag als unzuständig ablehnen kann. Nimmt man die Pflichten der Behörde aus § 25 (Beratung usw.) ernst, muß man dies wohl bejahen. Kopp (à K § 3/53) bejaht sogar, daß im Fall der Verweisung die Sache anhängig bleibt (Fristwahrung!)

Zustellung

die gewollte, in gesetzlicher Form vorgenommene und beurkundete Übergabe eines Schriftstückes.

Beachte, daß nach § 56 I VwGO nach den Vorschriften des BundesVwZG zugestellt wird. Die Länderbehörden, die auf Grundlage der LänderVwVfG tätig werden, werden nach Ländervorschriften zustellen.

Aber: Der **Widerspruchsbescheid** wird nach §§ 73 III 1, 56 II VwGO nach dem BundesVwZG zugestellt!

Das VwZG genau lesen und subsumieren. So steht etwa in § 2, daß nur Urschriften oder beglaubigte Abschriften zugestellt werden können. Die „Zustellung“ einer bloßen Kopie wäre also gar keine Zustellung.

Heilung: Nach § 9. Aber weiter lesen: Heilung nach dieser Vorschrift ist dann gerade nicht möglich, wenn bestimmte Fristen gewahrt werden sollen. Und daran wird es in der Klausur oft scheitern, denn da geht es ja gerade um Widersprüche/Klagen. Beachte noch die Unterschiede im Sächsischen (WBB und Klagefrist) und im BundesVwZG (bloß Klagefristen).

Es ist der WSB zuzustellen. Nach §§ 3, 4 VwZG kann das per PZU oder Einschreiben geschehen. Bei bloßem Brief liegt also ein Zustellungsmangel vor, der nach § 9 II nicht geheilt werden kann.

Was gelten soll, wenn die Zustellung bewußt **vereitelt** wird, ist umstritten (Einschreiben wird nicht abgeholt). Eigentlich gibt es ja keine Rechtspflicht, ein Einschreiben abzuholen ...

Anhang I - Klagearten

Allgemeines

Daß man üblicherweise nach dem Zulässigkeit/Begründetheit-Schema prüft, ist schon klar. Manchmal aber sollte man schon **vor** der Zulässigkeitsprüfung etwas einschieben, zumindest im Gutachten, nämlich einen Punkt wie etwa

- „I. Gegenstand des Verfahrens und Beteiligte
1. Was will er
 2. wie ist das auszulegen – welche Anträge kommen raus
 3. was ist Klagegegenstand
 4. wer ist Beklagter (oft fraglich, gerade wenn Laien die Klage einreichen)

Der GKR empfiehlt dies auch im Urteil, wenn Klageanträge ausgelegt oder umgedeutet werden müssen. Nur so komme man um umständliche Verschachtelungen in der Zulässigkeit herum. Aber: mir ist es so als falsch angestrichen worden, man solle das bitte schön erst in der Statthaftigkeit prüfen.

Die SU-Voraussetzungen prüft das Gericht von Amts wegen. Dabei kommt es auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung an.

Anfechtungsklage, § 42 I 1. Alt VwGO

Vorweg auch hier: In Kurzform stehen die SU-Voraussetzungen bei à Kopp vor § 40/17 (ff.). Also: Pauken ist doof.

I Zulässigkeit

Eigentlich müßte man ja mit der ordnungsgemäßen Klageerhebung anfangen, denn ohne die liegt ja gar nichts vor, was irgendwie beurteilt werden könnte, nämlich überhaupt kein Prozeß, der (wenigstens durch Prozeßurteil) entschieden werden könnte. Andererseits können aber – selbst nach Ablauf der Klagefrist – nach § 82 II Mängel noch behoben werden können. Umstritten ist eben, wie gravierend diese Mängel sein dürfen. Ich halte es da mit Kopp und sage, wenn eine Klage den zwingenden Anforderungen nicht einmal ansatzweise gerecht wird, ist es gar keine Klage, es gibt nichts, was als Klage verbessert werden kann; Ungenauigkeiten schaden nicht, also kann der Beklagte noch präziser bezeichnet werden.

Konsequenterweise muß ich also die ordnungsgemäße Klageerhebung hier prüfen. Da aber eigentlich in der Klausur hier kein Problem liegen sollte, tue ich es nicht, sondern erwähne allenfalls hinten ein Sätzchen mit Klammersubsumtion. Also

1 Eröffnung des VW-Weges, § 40 I VwGO

(Richtigerweise eigentlich als eigener Punkt zu prüfen, da er mit der Zulässigkeit nichts zu tun hat – Verweisung nach § 17a II GVG, komischerweise sehen das aber Kopp/BVerwG/GKR anders).

Vorweg: Ganz einfach ist es, wenn die Behörde durch VA entschieden hat:

„Der Anspruch wird durch Bescheid, also einen VA, erhoben. Liegt ein VA vor, gegen den sich die Klage richtet, so ist stets der VWRW eröffnet, unabhängig davon, ob die Behörde durch VA handeln durfte oder nicht.“ à K § 40/6

Irgendetwas in mir sagt mir jedoch, daß man, wenn es nicht darauf ankommt, doch mal schnell noch den Satz von den streitentscheidenden Normen aufsagen soll, denn ich erinnere mich dunkel, irgendwo mal gelesen zu haben, daß die VA-(nicht)-Qualität den Rechtsweg nicht determiniere. Das kann zwar nicht richtig sein, aber man weiß ja nicht, ob der Korrektor nicht vielleicht einer solchen Strömung anhängt.

Und der Ganze Mist da unten steht schon mundfertig aufbereitet mit allen Theorien. im Kopp. Und zwar – man staune – im § 40.

a) öffentlich-rechtliche Streitigkeit

normalerweise kurz und schmerzlos:

„Der VW-RW gemäß § 40 VwGO ist eröffnet, da es sich um eine Streitigkeit auf dem Gebiet des öffentlichen Baurechts handelt, die nicht verfassungsrechtlicher Art ist und für die keine anderweitige Zuweisung existiert“

nur in problematischen Fällen:

- aa) Festlegung des Klagebegehrens
- bb) Feststellen des Normenkomplexes, der den Streit entscheidet, Zuordnung über die Zuordnungs- oder Interessentheorie
- cc) ggf. weitere Theorien (actus contrarius, Subordinations-, Zwei-Stufen-Theorie)
- dd) Abstellen auf den Sachzusammenhang
- ee) Bei öff-rechtl. Verträgen auf den Vertragsgegenstand abstellen, der dem öffentlichen Recht entnommen sein muß

b) nicht verfassungsrechtlicher Art

„doppelte Verfassungsunmittelbarkeit“. Aufpassen beim Kommunalverfassungsstreit, der Gemeinderat ist kein Parlament, sondern Verwaltungsorgan

c) keine anderweitige Zuweisung

Art. 14 III 4 GG, § 23 EGGVG, Art. 34 GG, § 217 BauGB. Bei der Polizei nach Prävention oder Repression fragen. Im Zweifel handelt sie, wo sie handeln wollte oder wo der Schwerpunkt des Handelns lag. Denn: die Polizei kann ja auch Justizaufgaben wahrnehmen, etwa bei der (repressiven) Strafverfolgung. Und die fielen unter § 23 EGGVG.

Besonders windig wird die Abgrenzung bei größeren Polizeiaktionen. Hier kann man noch schauen, ob bestimmte Teile des Handelns abtrennbar sind oder ob der Gesamteindruck entscheiden muß. Ein Tip aus dem GKR: Schau doch mal, wo die Ermächtigungsgrundlagen liegen. Kommen die aus der StPO, wird es wohl eher repressiv sein, kommen sie aus dem PolG, eher präventiv.

Ganz wichtig noch: wird der Rechtsweg gerügt, kann man das nicht dahinstehen lassen, sondern hat notwendigerweise einen Vorabbeschluß über den Rechtsweg zu fällen, § 17a II. Gerade dann also muß man im Urteil selbst eigentlich nichts mehr dazu schreiben.

2 Statthaftigkeit

Also nochmal zur Erinnerung: viele Prüfer jedenfalls im 2.Examen erwarten erst hier die Auseinandersetzung mit den Klageanträgen, also die Auslegung, was eigentlich gewollt ist. Naja, eine gewisse Logik hat das schon, denn hier entscheidet sich ja, was aus den Anträgen wird. Andererseits können ja aber die Mißverständnisse so groß sein, daß vielleicht der Antrag schon vor der Prüfung des § 40 VwGO geprüft werden sollte, weil vielleicht ja die Zivilgerichte zuständig sind. Ich halte es jedenfalls ganz vorn für besser.

a) Anfechtungsklage normal

Diese ist Statthaft, wenn es um die Beseitigung eines VA geht. Normalerweise sollte ein kurzer Hinweis genügen. Nur in problematischen Fällen ist einzeln zu prüfen. Beachte, daß im Zweifel der erklärte Wille der Behörde, wie ihn der Empfänger bei objektiver Würdigung verstehen durfte gilt.

aa) **Regelung:** behördliche WE, die auf die Setzung einer verbindlichen (Durchsetzbaren Rechtsfolge gerichtet ist. Probleme ergeben sich bei

Realakten. Häufig wird schon gar keine Regelung bezweckt sein (Emissionen einer Kläranlage). Gerade im Polizeirecht sind aber mit Realakten immer auch **konkludente Duldungsanordnungen** verbunden. Dazu ist zu erörtern, welcher Erklärungswert der Maßnahme zukommt.

bei der **wiederholenden Verfügung.** Diese selbst stellt keine neue Regelung dar. Häufig aber wird darin eine Ablehnung eines Antrages auf erneutes Tätigwerden der Behörde liegen. Das aber ist ein VA.

auch bei **negativen Feststellungen** (z.B. es bedürfe gerade keiner Genehmigung) ist zu fragen, ob sie in irgendeiner Form auch eine Regelung enthalten - man die Feststellung z.B. der Gewerbeaufsicht entgegenhalten kann.

bb) **Außenwirkung:** fraglich, ob die Maßnahme in einen anderen rechtskreis übergeht, Abgrenzung zu bloßen Internum. Problem der Akte im Sondersatsverhältnis

cc) Abgrenzung vom VA als Allgemeinverfügung, § 35 S.2 VwVfG von der Rechtsverordnung primär nach formellen Gesichtspunkten (Bezeichnung, Verfahren, Bekanntgabe, Adressatenkreis)

b) Sonderfälle

aa) bei **Rücknahme/Widerruf** von VAs ist die Anfechtungsklage gegen die Rücknahme zu richten, nicht etwa Verpflichtungsklage, § 43 VwVfG

bb) bei **Nebenbestimmungen** kommt sowohl die Verpflichtungsklage auf Erlaß eines neuen VA oder die isolierte Anfechtungsklage hinsichtlich der Nebenbestimmung in Betracht. Anfechtungsklage nur bei echten NBs.

handelt es sich um eine bloße Inhaltsbestimmung oder eine modifizierte Gewährung, dann Verpflichtungsklage. Das folgt wohl daraus, daß diese NB per se nicht selbständig ist, sondern erst klar macht, was der VA überhaupt will.

wenn eine echte Nebenbestimmung i.S. des § 36 VwVfG vorliegt, ist sie isoliert anfechtbar, wenn der VA **teilbar** ist und der Rest VA vor der Rechtsordnung **Bestand** haben kann, vgl. § 113 I 1 VwGO - „soweit“ (a.A: nur § 36 Nr. 4 und 5, da diese eigenständige VAs sind - vgl. Wortlaut; oder aber unterscheiden ob Ermessens-/gebundener VA, da bei Ermessens VA die Behörde einen VA bekäme, den sie nicht gewollt habe).

cc) der **Versagungsbescheid** kann eigentlich nicht isoliert angefochten werden, es ist Verpflichtungsklage zu erheben, für alles andere bräuchte man ein besonderes **Rechtsschutzbedürfnis**. Das soll aber schon vorliegen, weil sich die Verwaltung nach Art. 20 III GG an Recht und Gesetz hält. Das ist aber Quark, dann gäbe es keine Versagungsgegenklage mehr.

dd) die **isolierte Anfechtung des Widerspruchsbescheides** ist nach § 79 I Nr. 2 möglich, soweit eine erstmalige Beschwerde vorliegt. Das kann auch einen **Dritten** betreffen, wenn z.B. der ursprünglich den Nachbarn begünstigende VA im Widerspruchsverfahren aufgehoben wird - VAs mit **Doppelwirkung**.

3 Klagebefugnis, § 42 II VwGO

Prinzipiell ist die **Adressatentheorie** anzuwenden, die aber bloß ein Unterfall der Möglichkeitstheorie ist. Beachte, daß die Verletzung **eigener** Rechte geltend gemacht werden muß.

„Die Klagebefugnis des A ergibt sich hier aus seiner Stellung als Adressat des VA, da somit jedenfalls eine Verletzung der allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 I GG in Betracht kommt.“

Ansonsten reicht nach der **Möglichkeitstheorie** eben die Möglichkeit der Verletzung eigener Rechte aus. Problematisch sind hier immer die **Drittschutzfälle**. Klar: Drittschützend ist eine Norm, die nicht nur dem Schutz der Allgemeinheit dient, sondern dem Bürger als eigenes subjektives Recht zur Verfügung steht. Wann dies der Fall ist, ist nach der Zweckbestimmung der Norm zu beurteilen. Bedenke, daß im Rahmen der Zulässigkeit die Möglichkeit ausreicht!

Drittschützende Normen im **Baurecht** sind z.B. die Normen über Abstandsflächen. Im Bauplanungsrecht sind §§ 30 ff. erst i.V. mit dem Gebot der Rücksichtnahme drittschützend, wenn in qualifizierter und individualisierter Weise auf die Belange eines abgegrenzten Kreises Dritter Rücksicht zu nehmen ist. Das Rücksichtnahmegebot ist dabei nicht abstrakt zu verwenden, sondern jeweils in die Norm **hineinzulesen**.

IE: § 30 BauGB als solcher entfaltet keine drittschützende Wirkung, eventuell aber die einzelne Festsetzung im **BPlan**. In § 34 **BauGB** wird das am „Einfügen“ festgemacht, in § 35 **BauGB** ist die Rücksichtnahme eines der zu berücksichtigenden „öffentlichen Belange“, die bei der Prüfung zu berücksichtigen sind (wichtig!).

Zuletzt konnte früher auf Art. 14 GG zurückgegriffen werden, aber nur, wenn ein schwerer und unzumutbarer Eingriff sowie eine nachhaltige Veränderung der Grundstückssituation nicht ausgeschlossen werden konnte. Das dürfte aber wohl nicht mehr gehen, nachdem das BVerwG davon ausgeht, daß das Bauplanungsrecht Inhalt und Schranken des Art. 14 umfassend bestimmt. Ein direkter Rückgriff sollte damit ausfallen.

Hat aber der Nachbar die BPläne **unterschrieben**, so wird dies als Verzicht auf Rechtsschutz ausgelegt, so daß es an der Klagebefugnis fehlt. nach a.A. mangelt es am RSB.

Ach ja, das Bauplanungs(!)recht ist grundstücks-, nicht personenbezogen (meist aber auch das Bauordnungsrecht). Geschützt werden also Eigentümer und Anwartschafter, nicht aber obligatorisch berechnete.

Im Immissionschutzrecht ist § 5 BImSchG Nachbarnschutz her. Der Begriff des Nachbarn setzt hier bloß voraus, daß eine dem engeren Lebensbereich zugehörige Beziehung von einiger Dauer besteht, jedenfalls also auch bloß obligatorisch Berechnete. Warum der Unterschied zum Baurecht? Dort geht es um Eigentum, hier aber um die Gesundheit.

Es ist hier an die Präklusion des § 10 III 3, 4 zu denken.

bei der **Konkurrentenklage** kann eine Beeinträchtigung eigentlich bloß dann vorliegen, wenn der Dritte in seiner Wettbewerbsfreiheit **empfindlich** gestört wird (keine Anspruch auf Schutz vor Konkurrenz) oder ein Fall des Art. 3 I vorliegt. Üblicherweise aber gibt es keine Normen, die Dritte vor Konkurrenz schützen. Und beim Rückgriff auf Grundrechte muß man hier - wie überall - ganz vorsichtig sein.

Verstöße gegen **Verfahrensrecht** sind nur erheblich, wenn der VA evtl. anders ausgefallen wäre.

Auch hier wieder: Das steht alles im KS, insb der baurechtliche Nachbarschutz ist komplett kommentiert (à *KS 42/97 ff.*)

4 Vorverfahren, §§ 68 ff. VwGO

Grdstzl. ordnungsgemäße Durchführung bis zum Schluß der letzten mündl. Verhandlung. Entscheidet die WSBehörde über einen **verfristeten Widerspruch**, ist die Klage zulässig. Sie ist Herrin des Verfahrens, außerdem will die WSFrist gerade die Behörde schützen- darauf aber kann diese gern verzichten. Gegen Ausnahme: Drittbegünstigung wegen Vertrauensschutz.

5 Klagefrist, § 74 I VwGO

Innerhalb eines Monats nach ordnungsgemäßer **Zustellung** bei richtiger **RBB**.

a) Zustellung nach §§ 56 II VwGO, VwZG (Bund oder Sachsen).

↓ **Zustellung** ist die förmliche Bekanntgabe mittels der gesetzlich vorgeschriebenen Form. Bekanntgabe liegt vor, der VA mit Wissen und Willen der Behörde in den Bereich des Empfängers gelangt.

b) Auch bloße Zusätze bei der ansonsten richtigen RBB führen zur Unrichtigkeit, wenn sie in irgendeiner Art und Weise geeignet sind, die Rechtsverfolgung zu erschweren.

Aber oben die Zustellung mal lesen! Gerade, wenn ein Anwalt den Widerspruch einlegte, muß auch an ihn die Zustellung des WBB erfolgen, so er schriftliche Vollmacht vorgelegt hat, § 8 VwZG, auch keine Heilung möglich, § 9 I, II VwZG.

6 sonstige Voraussetzungen

Ordnungsgemäße Klageerhebung, §§ 81, 81 VwGO; Beteiligten- und Prozeßfähigkeit, §§ 61, 62 VwGO Zuständigkeit des Gerichtes, §§ 45 ff, 52 VwGO; keine anderweitige RH, keine RK; Rechtsschutzbedürfnis.

Vor allem die Beteiligten-/Prozeßfähigkeit kann man bei JP ja mal erwähnen.

Bei all' diesen sollte man sich in Zweifelsfällen einfach mal die Kommentierung im Kopp reinziehen, dann kommt man auch darauf, daß unter § 61 Nr. 2 z.B. die Organe einer Gemeinde im Kommunalverfassungstreit fallen.

Was gibt's noch so? Z.B. die ordnungsgemäße Vertretung. Da das bloß Prozeßhandlungsvoraussetzung ist, kann sie in der Zulässigkeit nur dann virulent werden, wenn sie z.B. schon für die Erhebung der Klage erforderlich war. Und das braucht es erst in den höheren Instanzen.

Die Vollmacht muß nach § 67 III 1 schriftlich vorliegen (Abweichung von der ZPO – allerdings soll das nur bei konkreten Anhaltspunkten geprüft werden). Auch hier gilt aber nach § 173 VwGO die ZPO, § 89 II, Mängel werden durch nachträgliche Genehmigung des vollmachtlos Vertretenen geheilt.

II Probleme zwischen Zulässigkeit und Begründetheit

Klagehäufung, Beiladung, Streitgenossenschaft

III Begründetheit

Als Obersatz § 113 I 1 VwGO

1 Passivlegitimation, § 78 I VwGO

- In Sachsen gilt das strenge **Rechtsträgerprinzip**. Insbesondere gibt es keine **Doppelstellung des LRA**.
- § 78 II VwGO nicht mißverstehen: wird der Ursprungsbescheid mit angegriffen, bleibt es bei der Klage gegen die Ursprungsbehörde.
- Handelt die Rechtsaufsichtsbehörde anstelle der Gemeinde, so hat eben die Gemeinde nicht gehandelt, der VA ist der Aufsichtsbehörde zuzurechnen, deren Rechtsträger ist zu verklagen. Oder anders gesagt: Erörterungen zur Zuständigkeit haben hier nichts zu suchen, sie werden erst bei der mat. RM virulent.

Und ganz wichtig: Immer die §§ zitieren, aus denen sich die Rechtsträgerstellung ergibt, also etwa 1 IV LKO; das kostet wenig Zeit, aber da ist der Haken.

2 Rechtsgrundlage

Ermächtigungsnorm suchen, aber bloß zitieren, noch nicht prüfen. Das hat den Sinn, daß manche Einzelheiten sich des Verfahrens nur an die Befugnis anknüpfend darstellen lassen.

3 Formelle Rechtmäßigkeit (ZVS)

a) Zuständigkeit

Diese ergibt sich meist aus Landesgesetzen, so z.B. aus der Sächs. Ausführungsbestimmung zum BImSchG. Beachte, daß Verstöße gegen die **sachliche** Zuständigkeit stets zur Rechtswidrigkeit führen, während Verstöße gegen die **örtliche** Zuständigkeit (§ 3 VwVfG) wegen § 46 VwVfG i.d.R. unbeachtlich sind. Beachte aber, daß auch hier wieder das **EU-Recht** absolute Wirkung hat, also § 46 nicht gilt, wenn EU-Behörden hätten beteiligt werden müssen - Einheitlichkeit der EU-Rechtsordnung.

b) Verfahren

aa) Anhörung, § 28 VwVfG

Die Anhörung im WS-Verfahren reicht für die Heilung nach § 45 VwVfG, aber nur, wenn die Anhörungen von gleicher Qualität sind. Bei weisungsfreien Pflichtaufgaben aber kann die WS-Behörde bloß die Recht-, nicht aber die Zweckmäßigkeit des VAs prüfen. Deshalb also Nachholung der Anhörung nur i.R. des Abhilfeverfahrens nach § 73 VwGO.

bb) Begründung, § 39 VwVfG

§ 39 regelt nur die **formelle** Begründungspflicht, daß es also so etwas geben muß und welche Anforderungen daran zu stellen sind. Ob diese Begründung dann aber **materiell** tragfähig ist, wird erst noch untersucht.

cc) Gemeindebeschlüsse

Das ist jetzt die Schnittstelle zur GemO mitsamt ihren Problemen und ggf. auch Heilungsmöglichkeiten.

dd) Befangenheit u.ä.

Auch an sowas sollte man hier halt mal denken.

c) Form, § 37 II VwVfG

4 materielle Rechtmäßigkeit

a) Zeitpunkt

aa) *traditionell*: Grundsätzlich ist maßgebend der Zeitpunkt der **letzten Behördenentscheidung**, also der Erlass des **Widerspruchsbescheides**. Danach eingetretene Veränderungen können aber per Nachschieben von Gründen berücksichtigt werden.

Bei belastenden DauerVAs wird dagegen wieder auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung abgestellt. Gegen Ausnahme: Wenn das Belastungsverfahren und das Wiederbegünstigungsverfahren getrennt sind. Klassischen Beispiel: der Entzug und die Wiedererteilung der Fahrerlaubnis nach §§ 15b, 15c StVZO. Soll er halt das Wiedererteilungsverfahren anstrengen. (à *A/S RefKl. 6/98*)

Ausnahmen

bei Verpflichtungen, die noch nicht vollzogen sind, aber nun sowieso wegfallen würden.

Bei Dauer VAs, weil diese in die Zukunft wirken abstellen auf die letzte mündlicher Verhandlung

bb) *neuere Formel des BVerwG*: Die alte Formel ist zwar praktikabel, aber sachlich nicht begründet. Vielmehr soll sich der Zeitpunkt allein aus dem **materiellen Recht** ergeben. Meist ist aber nichts explizit geregelt, man muß also nachdenken, aus Prozeßökonomischen Gründen wird das häufig die letzte mündl. Verhandlung sein.

Ist aber – wie eben oben in der StVO oder in der GewO – ein ausdrückliches Wiedererteilungsverfahren geregelt, muß klar auf die letzte Behördenentscheidung abgestellt werden. Diese Fälle lassen sich also einfacher und mit logischer Begründung in den Griff kriegen, weshalb die neue Ansicht vorzuziehen ist.

b) Nachschieben von Gründen

Beachte dann aber, daß über § 114 VwGO sowieso das Nachschieben fast unbegrenzt möglich ist, allerdings der VA

keine Wesensänderung erfahren darf. Nachgeschoben werden darf zudem nur, was zum für die gerichtliche Entscheidung maßgeblichen **Zeitpunkt** (siehe Unten 4 a) schon vorgelegen hat und die Rechtsverfolgung darf nicht unzumutbar erschwert werden.

Wann liegt eine Wesensänderung vor? Quasi nie bei gebundenen VAs, denn die gegebene Begründung ist hier de facto irrelevant, Hauptsache der hat nach § 39 VwVfG eine. Anders aber bei **ErmessensVAs**, hier macht gerade die Begründung des VA aus. Also nach § 114 nur Ergänzung der Erwägungen. Werden neue, tragende Ermessenserwägungen nachgeschoben, wird das Wesen des VA geändert.

Das gleiche übrigens, wenn die Behörde von einer gebundenen Entscheidung ausging und nun im Prozeß Ermessenserwägungen vorbringt. Das ist auch ein aliud.

Anders formuliert – Virulent wird das Ganze bei ErmessensVAs, es geht hier um die Frage, welcher VA denn eigentlich auf Fehler geprüft wird, der, den der Kläger in der Hand hält oder der, den die Behörde im Prozeß vorträgt.

Und so sollte man m.E. die Frage der Zulässigkeit des Nachschiebens auch nichts abstrakt erörtern, sondern jeweils da, wo es um die Diskussion der jeweiligen Begründung geht.

c) nachträgliche Erkenntnisse hins. der früheren Sachlage

Das alles hat wiederum nichts mit dem Problem zu tun, daß sich nachträglich neue Erkenntnisse hinsichtlich der früheren Sachlage herausstellen (à *K/S 113/53 ff.*). Schenke und wohl auch das BVerwG gehen davon aus, daß so etwas verwertet werden darf, wenn es denn Rückschlüsse über die RM des VA zuläßt. Aber bedenke, daß neue Tatsachen nicht per se eine Prognose der Verwaltung ändern müssen. Insb. bleibt eine Anscheinsgefahr eben eine Gefahr, auch wenn ex post der Eintritt eines Schadens nie drohte.

d) materielle Prüfung

Überprüfung,

Ob es eine Rechtsgrundlage gibt die Verwaltung sich in deren Rahmen bewegte das Verhältnismäßigkeitsprinzip (geeignet, erforderlich, angemessen) gewahrt wurde

Nur bei Hinweisen im SV ist auch die RGl. zu prüfen. Ausnahme ist aber die Satzung. Taucht diese auf ist sie **inzident** zu überprüfen:

formelle Anforderungen (GemO)
Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht, Problematik des § 4 SächGO

e) Anfechtung besonderer Entscheidungen

aa) Ermessensentscheidungen

beachte § 114 VwGO. Das Gericht kann Ermessensentscheidungen aus Gründen der Gewaltenteilung nur beschränkt nachprüfen.

Ermessensausfall

Ermessens Über- oder Unterschreitung (die Behörde hat die Grenzen des Ermessens verkannt)

Ermessensfehlgebrauch (es wird von falschen Voraussetzungen ausgegangen oder es wird falsch gewichtet - **Disproporz**)

bb) unbestimmte Rechtsbegriffe, Beurteilungsspielraum

Insbesondere bei **Prüfungsentscheidungen** ist, da es sich um nicht wiederholbare Einzelentscheidungen handelt nur zu überprüfen:

Verfahren
keine sachfremde Erwägungen

allgemeingültige Bewertungsmaßstäbe

cc) Planungsentscheidungen

(Kommentierung bei à *KS, § 42/91*)

Planrechtfertigung, die Planung muß durch Gesetz gerechtfertigt und vernünftigerweise geboten sein (geringe Anforderungen)

die **zwingenden** Planungsleisätze müssen beachtet sein das **Gebot der gerechten Abwägung** muß beachtet sein

- Abwägungsausfall (gar keine Abwägung)
- Abwägungsdefizit (nicht alle Belange berücksichtigt)
- Abwägungsfehleinschätzung (Bedeutung der Belange verkannt)
- Abwägungsdisproporz (falsche Gewichtung)

dd) Aufhebung eines VA, §§ 48, 49 VwVfG, Spezialregeln

Aufsuchen der Rechtsgrundlage

Feststellung, ob rechtmäßiger oder rechtswidriger VA (Zeitpunkt des Erlassens, § 49 III VwVfG)

begünstigender oder belastender VA

subsummieren. Bedenke, daß bei § 48 II 3 Nr. 2 Verschulden nicht erforderlich ist, aber i.R. der Abwägung berücksichtigt werden kann.

Die Frist des § 48 IV beginnt erst bei positiver **Kenntnis** der Behörde, Kennenmüssen reicht nicht. Auch die RW des VA ist eine Tatsache i.d.S. Zudem muß die Behörde wirklich **alle** Tatsachen kennen, auch die, welche bloß für die fehlerfreie Ermessensausübung erforderlich sind (Vertrauen usw.) - es handelt sich um eine reich **Entscheidungsfrist**.

beachte: Innerhalb des § 48 III kann man § 49 VwVfG prüfen - denn wenn schon ein rechtmäßiger VA zurückgenommen werden darf, dann erst recht ein rechtswidriger.

5 Rechtsverletzung des Klägers

Auch hier gilt: Der Adressat ist in Art. 2 I GG zumindest verletzt, also bloß ein Satz. Beachte aber untenstehendes, die Verletzung darf nicht unbeachtlich sein:

a) Unbeachtlichkeit, Umdeutung, §§ 46, 47 VwVfG

Beachte: die Heilung ist dagegen schon oben zu prüfen, denn sie macht den VA rechtmäßig, hier aber bleibt er rw.

Die Umdeutung kann auch vom Gericht vorgenommen werden, es handelt sich bloß um die Erkenntnis des richtigen Inhalts des VAs.

b) Drittschutzfälle

Ggf. i.E. erörtern, daß tatsächlich Drittschutzcharakter vorliegt.

Verpflichtungsklage, §§ 42 I 2. Alt VwGO

I Zulässigkeit

1 Verwaltungsrechtsweg, § 40 VwGO

2 Klageart

Wenn es um den Erlaß eines VA geht. Probleme ggf. bei isolierter Anfechtung von Nebenbestimmungen, ob hier nicht Verpflichtungsklage einschlägig.

3 Klagebefugnis, § 42 II VwGO

Es muß **möglich** scheinen, daß er Anspruch auf den VA hat. In diesem Recht auf den VA ist er dann jedenfalls verletzt. Dann stellen sich aber Probleme bei Ermessensentscheidungen.

die Norm gewährt möglicherweise ein subjektives Recht (Sie verpflichtet die Vw, ggf. § 40 VwVfG; und dienst zumindest auch dem Individualschutz)

Ermessensreduktion scheidet nicht von vornherein aus

4 Vorverfahren, § 68 II VwGO5 Klagefrist, Sonstiges**II Begründetheit**

Obersatz nach § 113 V VwGO, dabei zwischen spruchreifen und nicht spruchreifen Sachen differenzieren

Vornahmeklage: Die Verpflichtungsklage, die sich gem. § 78 gegen den richtigen Beklagten wende muß, ist begründet, soweit die Ablehnung (Unterlassung) des VA rechtswidrig, der Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt und die Sache spruchreif ist. Dies ist der Fall, wenn ein Anspruch auf Erlaß des begehrten VA besteht.

Bescheidungsklage: Die (...) wenn der Kläger einen Anspruch auf nochmalige Verbescheidung hat. Das setzt voraus, daß die Versagung (Unterlassung) rechtswidrig war und den Kläger in seinen Rechten verletzt.

Also aufpassen: Obwohl (bei bereits ergangenem Versagungsbescheid, nicht also bei Untätigkeit) der Wortlauf des § 113 V 1 auf die Rechtmäßigkeit des Versagungsbescheides abzustellen scheint, kommt es darauf bei **gebundenen Entscheidungen** eigentlich nicht an, sondern allein darauf, ob der Kläger den geltend gemachten Anspruch hat.

Bei **Ermessensentscheidungen** dagegen schon: Hier geht es um einen Anspruch auf fehlerfreie Ermessensausübung. Kommt man zu dem, muß man prüfen, ob dieser Anspruch mit dem ergangenen Bescheid bereits erfüllt ist. Und jetzt muß man eben noch zwischen bloßer Verurteilung zur Verbescheidung (noch Ermessen vorhanden) und Spruchreife (Ermessen reduziert) unterscheiden. Ist der Anspruch übrigens in dem Bescheid schon erfüllt, kommt keine Verurteilung der Behörde in Betracht, die Klage wird vollständig abgewiesen.

1 Passivlegitimation

Auch hier ist § 78 klar: Die Klage ist gegen die Behörde zu richten, die den beantragten VA unterlassen hat. Auch hier also sind Ausführungen zur Zuständigkeit fehl am Platze. Rechtsträger herausbekommen

2 Rechtsgrundlagea) Aufbau

Diesen Punkt falls problematisch **vor** der Passivlegitimation diskutieren, sonst läßt sich schlecht sagen, wer denn passivlegitimiert sein soll. Übrigens gar nicht so einfach. Im Ordnungsrecht kann jede ordnungsbehördliche Befugnisnorm Rechtsgrundlage sein, bloß muß sie eben auch Dritte schützen wollen. Auslegung.

b) Zusicherung als Anspruchsgrundlage, § 38 VwVfG

Die Zusicherung kann Anspruchsgrundlage sein. Sie ist also vorrangig zu prüfen. In der Regel wird sie aber scheitern müssen - sonst wäre die Klausur ja schon zuende.

Hier wird zudem eine **Abgrenzung** zwischen bloßer Auskunft, Zusicherung, Vorbescheid und Teilgenehmigung zu bringen. Man kann dann kurz andiskutieren, ob nicht aus einem Vorbescheid sich ein Anspruch ergibt (nein, denn dieser klärt nur Einzelfragen vorab, sagt aber nichts über die Zulässigkeit insgesamt).

Beachte, daß die **Aufhebung** einer Zusicherung (diskutieren, ob die Zusicherung ein VA ist, jedenfalls aber §§ 48 ff. analog) auch konkludent mit der Verweigerung z.B. einer Baugenehmigung erfolgen kann.

3 Genehmigungsfälle

Hier ist jetzt die Schnittstelle zum VwR BT. Jetzt ist dessen Kenntnis und eine saubere Subsumtion gefragt.

Genehmigungspflichtigkeit
Genehmigungsfähigkeit

4 Ermessensfälle

a) Vorab klären, ob Vornahme oder bloß Bescheidungsbegehrt wird. Beachte, daß in jeder Vornahmeklage als Minus die Bescheidungsbegehrtung enthalten ist.

Im ersten Fall feststellen, daß dann nur Anspruch, wenn das Ermessen auf Null reduziert ist.

Im zweiten Fall klarstellen, daß lediglich ein Anspruch auf fehlerfreie Ermessensausübung besteht.

b) Prüfung der TB-Voraussetzungen der Ermessensnorm. Danach wird geprüft, ob der ergangene Bescheid den Anspruch auf Verbescheidung bereits erfüllt hat, dieser also erloschen ist.

An dieser Stelle erst ist also der **ursprüngliche Bescheid** zu prüfen.

c) subjektive Rechtsverletzung

ggf. noch (falls nicht in Klagebefugnis geschehen) Prüfung der subjektiven Rechtsverletzung

d) Spruchreife

Diese wird vorliegen, wenn das Ermessen reduziert ist. Dabei ist an die Grundrechte, insb. Art. 3 I zu denken. Auch eine vorherige Zusicherung ist hier ggf. zu berücksichtigen.

5 Zeitpunkt

Faustregel: letzte mündliche Verhandlung. Ggf. argumentieren, z.B. die Grundsätze über die Rückwirkung von Gesetzen anwenden.

Bei Ansprüchen von Dauer (Sozialhilfe) ist auf die Rechtslage der Zeitdauer abzustellen.

6 Anhanga) Begehren auf Wiederaufgreifen, § 51 VwVfG

Nach der RS des BVerwG ist nach Ablehnung eines Antrages nach § 51 auch die direkte Verpflichtungs- /Anfechtungsklage auf/gegen den alten VA möglich. Dies, weil letztlich eine neue Sachentscheidung begehrt wird. Die Voraussetzungen des § 51 sind dann als **besondere Zulässigkeitsvoraussetzungen** des Antrages auf Sachentscheidung zu sehen. Das ist aber in der **Begründetheit** der Klage zu prüfen (logisch)

b) Begehren einer Aufhebung nach §§ 48 ff.

Nach dem BVerwG ist § 51 nicht abschließend. Zugleich wird häufig das Aufhebungsermessen in den § 48 ff. auch im Individualinteresse bestehen. Dann kann auch eine solche Klage außerhalb § 51 zulässig sein.

c) Vorgehen

In der Begründetheit der Verpflichtungsklage:

Zulässigkeit des Antrages auf Wiederaufgreifen
Begründetheit des Antrages auf Wiederaufgreifen
neue Sachentscheidung

Das Widerspruchsverfahren, §§ 68 ff. VwGO

Achtung: Ist in der Klausur bloß gefragt, was man dem Betroffenen raten soll, ist durchaus auch zu prüfen, ob nicht ein Widerspruchsverfahren noch durchzuführen ist.

I Zulässigkeit

Vorweg: Wer sich das alles merkt, ist doof. Die Eckpunkte stehen nämlich im Kommentar: à *KS vor 68/12*. Diese Kommentierung läßt sich übrigens auch anderweitig fruchtbar machen. Als Gedächtnisstütze ist sie sowieso gut.

1 Verwaltungsrechtsweg, § 40 VwGO analog2 Statthaftigkeit, § 68 VwGO

Wenn es um einen VA geht. Aber mit geschriebenen (§ 68) und ungeschriebenen Ausnahmen:

Im Planfeststellungsverfahren, §§ 74 I 2 iVm. § 70 VwVfG
Bei § 75 VwGO. Hier die Augen offenhalten, wenn vor Ablauf der Dreimonatsfrist die Klage eingereicht wird. Die Klage ist nicht per se unzulässig, § 75 VwGO ist schief formuliert (sie **kann** auch vorher erhoben werden). Dann ist wohl auszusetzen und die Entscheidung nachzuholen. Anders evtl., wenn sich die Verwaltung auf die Klage einläßt.

weitere ungerichtete Fälle dann, wenn der Zweck des WSV nicht mehr erreicht werden kann – aber immer diskutieren, Kopp sieht es prinzipiell anders.

Hauptfall hier ist vielleicht die Erledigung vor Ablauf der Widerspruchsfrist.

3 Widerspruchsbefugnis, § 42 II VwGO analog, § 70 VwGO

4 Form und Frist, § 70 VwGO

Beachte, daß diese Frist sich ab ordnungsgemäßer **Bekanntgabe** bestimmt. Die genaue Fristberechnung ist strittig, richtig wohl der Weg über das VwVfG – es handelt sich um ein Verwaltungsverfahren und auf § 57 VwGO wird gerade nicht verwiesen.

Schau zudem, ob der VA auch gerade **gegenüber dem Kläger** bekannt gemacht wurde. Ist dies nicht der Fall, ist ihm gegenüber nach § 43 VwVfG der VA unwirksam. Wer aber trotz fehlender Bekanntgabe von dem VA wußte, muß sich nach HM so behandeln lassen, als habe Bekanntgabe stattgefunden.

Beachte zuletzt die **Drei-Tage-Fiktion** in § 41 VwVfG. Öffentliche Bekanntgabe nach BImSchG, §§ 35, 41 VwVfG.

Es existiert die Möglichkeit der **Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand**, §§ 70 II, 60 VwGO.

5 Beteiligten- und Verfahrensfähigkeit, §§ 11 ff. VwVfG

II Begründetheit

Obersatz wie bei den Klagen. Dazu ist ein WS aber auch dann erfolgreich, wenn der VA **unzweckmäßig** war. Gegen Ausnahme bei §§ 111 ff. SächsGemO, VAs im eigenen Wirkungsbereich. Hier gibt es nur eine Rechtmäßigkeitskontrolle.

Sonderproblem: **RIP** beim Widerspruch. Früher wurde dieser tw. als unzulässig angesehen, weil der Wortlaut der §§ 70 ff. bloß von Aufhebung oder Abweisung sprach.

Die RIP ist aber wohl möglich, weil:

der Wortlaut nunmehr auch die „Änderung“ erwähnt der Widerspruch eine Umfassende Rechts- und Zweckmäßigkeitskontrolle sei

bei den anderen Rechtsmitteln der VwGO das Verbot der RIP extra angeordnet sei, also nicht als selbstverständlich gelte kein Vertrauensschutz existiere, da der Bürger selbst die Bestandskraft durch den WS habe nicht eintreten lassen

Z.T. wird vertreten, die RIP dürfe aber nur soweit gehen, als auch §§ 48/49 VwVfG zulässig gewesen wären. Das ist wohl sinnvoll. Letztlich handelt es sich bei der RIP um einen **belastenden VA**, der eine Rechtsgrundlage braucht. Da es die spezialgesetzlich nicht geben wird, wendet man §§ 48, 49 „vergleichend“ an.

Trenne das alles aber vom Selbsteintritt der Behörde, bei der ein völlig neuer VA erlassen wird, z.B. erläßt sie nunmehr noch eine Zwangsgeldandrohung zum VA.

Anordnung des Sofortvollzuges erst im WSB ist aber Verböserung und kann nach § 79 VwGO angefochten werden.

Wird **isoliert** gegen die Verböserung geklagt, ist wohl bloß der Träger der WS-Behörde zu verklagen.

Aufbau:

bei Klage: Änderung der Passivlegitimation
formelle RM (die Zuständigkeit wird meist schon aus §§ 68, 73 VwGO selbst hergeleitet)
materielle RM (Argumente pro/contra RIP)

Die allgemeine Leistungsklage

I Zulässigkeit

1 Vw-RW, § 40 VwGO

Das wird hier oft nicht unproblematisch sein. Bei Ansprüchen aus Vertrag abstellen auf den **Gesamtcharakter** des Vertrages. Bei Unterlassungen, Widerruf auf den Charakter des Handelns.

2 Klageart

Schlicht hoheitliches Handeln wird begehrt. Hauptfälle sind:

Ansprüche aus Vertrag
Handeln, z.B. Auskunftserteilung
Kommunalverfassungsverstreit (a.A. Feststellungsklage)
Folgenbeseitigungsansprüche, Erstattungsansprüche
vorbeugende Unterlassungsklagen (z.B. auf Nichterlaß eines VA)

3 Klagebefugnis, § 42 II analog

Möglicher Anspruch, im KVS aus innerorganschaftlichen Rechten.

4 Vorverfahren, §§ 68 ff. analog

Eigentlich nicht, außer in § 126 III BRRG.

5 Klagefristen

Gibt es nicht, Grenze ist erst die Verwirkung

6 Rechtsschutzbedürfnis

Immer ansprechen. Bei ÖR-Verträgen, warum die Verwaltung nicht einfach einen VA erläßt.

Z.T. wird verlangt, wenn der Bürger etwas möchte, sollte er wenigstens schon mal einen Antrag gestellt haben.

II Begründetheit

1 Passivlegitimation

Man kann sich streiten, ob hier § 78 I VwGO angewandt werden kann, da dieser nur Anfechtungs-/Verpflichtungsklage betrifft (Stellung!), aber Handeln kann eben nur von der Behörde verlangt werden, der gegenüber der Anspruch besteht. Hier muß man sich also dann doch wieder Gedanken über die Zuständigkeiten machen. In gewisser Weise ist die Passivlegitimation hier also materiell geprägt, während sie bei der AK/VK eine formelle Position ist.

2 Anspruch

Die Feststellungsklage, § 43 VwGO

I Zulässigkeit

1 Vw-RW, § 40 I VwGO

2 Klageart

Begehrt wird die Feststellung der Nichtigkeit eines VA oder des Bestehens/Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses, § 43 VwGO.

a) Rechtsverhältnis

Ist weit auszulegen. Es liegt vor, wenn es sich um aus einer Rechtsnorm des öffentlichen Rechts ergebende rechtlichen Beziehungen zwischen einer Person zu einer anderen Person oder einer Sache geht, kraft derer die Person etwas tun muß, kann oder darf oder nicht zu tun braucht (steht bei § 43 im Kopp, klar).

Das RV muß dabei konkret sein., kein Streit über abstrakte Rechtsfragen

b) Nichtigkeit eines VA

Wird die Nichtigkeit erst im Rahmen einer Anfechtungsklage erkennbar, kann umgestellt werden, § 86 III VwGO.

3 Klagebefugnis, § 42 II VwGO analog

Hier herrsche Streit, ob eine Geltendmachung eigener Rechte erforderlich ist, manche nehmen an, es reiche, wenn der Kläger an dem Rechtsverhältnis beteiligt sei und sein Verhalten nach der Feststellung richten wolle. Mit der RS wohl ja, denn auch hier müssen Popularklagen ausgeschlossen werden. Also ist Zweckorientiert zu argumentieren. Sicher auch gut vertretbar ist es, das Ganze beim Feststellungsinteresse (s.u.) mitzuprüfen.

4 berechtigtes Interesse an der Feststellung, § 43 I VwGO

Jedes nach vernünftigen Erwägungen durch die Sachlage anzuerkennendes schutzwürdiges Interesse rechtlicher, wirtschaftlicher oder ideeller Art.

- * unklare Rechtslage
- * Klärung dient der Wahrung von Rechtspositionen
- * Rehabilitation
- * Wiederholungsgefahr

5 Subsidiarität, § 43 II 1 VwGO

Ausnahme im § 43 II 2! Sonderproblem bei FSK gegen die öffentliche Hand – diese sei an Recht und Gesetz gebunden und werde entsprechend dem Urteil handeln. Das ist natürlich Quark, aber wohl HM.

6 allg. RSB

Strittig ist, ob ein Antrag zur Behörde gestellt werden muß. Nach Kopp gibt es ein Wahlrecht.

II Begründetheit

1 Passivlegitimation

Hier ist § 78 I nicht analog anzuwenden. Die Klage ist gegen den zu richten, dem gegenüber das Rechtsverhältnis festgestellt werden soll.

2 eigentliche Prüfung

Fortsetzungsfeststellungsklage, §§ 113 I 4 VwGO

(à *KS § 113/95 ff.*)

1 Verwaltungsrechtsweg, § 40 VwGO

2 Klageart

Die FFK dient der Feststellung der Rechtswidrigkeit eines VA, der sich im laufenden Klageverfahren erledigt hat. Er kann dann nämlich erledigt erklären oder auf die FSK umstellen. Tut er letzteres, muß er eben ein bestimmtes Interesse dafür haben. Die Umstellung selbst ist **keine** Klageänderung, § 173, § 264 Nr.2 ZPO.

Es handelt sich nach HM um einen Unterfall der Anfechtungsklage, nach Ansicht einiger VGHS um eine Feststellungsklage (Arg: Heißt so, ist so. Hat den Vorteil, daß man die Problematik der Klagefrist umgeht).

Analoge Anwendung auf schon vorherige Erledigung und die Verpflichtungsklage (ggf. auch doppelt analog). Evtl. analoge Anwendung auch auf Erledigung der Leistungsklage (so Kopp), wenn die Prozeßökonomie dafür spricht.

↓ **Erledigung:** wenn die mit dem VA verbundene rechtliche oder sachliche Beschwer nachträglich weggefallen ist oder wenn aus einem anderen Grunde dem Kläger mit einer Aufhebung nicht mehr gedient ist. (nochmal kurz: Wegfall der Beschwer.)

Daraus folgt als Prüfungsreihenfolge:

Vorliegen eines VA, Begehren auf einen VA
Erledigung

3 Zulässigkeit der ursprünglichen Klage

Im **Zeitpunkt der Erledigung** wäre eine Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage zulässig gewesen. Hier auch die Diskussion, ob ein Vorverfahren durchzuführen war oder nicht.

4 Feststellungsinteresse, § 113 I 4 VwGO

Es genügt jedes nach der Lage des Falles anzuerkennendes schutzwürdiges Interesse wirtschaftlicher, rechtlicher oder ideeller Art. Anerkannt sind insb.:

Wiederholungsgefahr

Rehabilitationsinteresse (wenn die Wirkung noch andauert und der Kläger in seinen Persönlichkeitsrechten beeinträchtigt wird. Nach Kopp ist das immer schon der Fall, wenn der VA in Grundrechte eingegriffen hat. Das geht aber zu weit, dann läge bei jedem rechtswidrigen VA Feststellungsinteresse vor. Vorbereitung eines **Amtshaftungsprozesses** Aber bloß, wenn der Prozeß mit hinreichender Sicherheit zu erwarten und nicht offensichtlich aussichtslos ist.

Das kann aber nur bei direkter Anwendung des § 113 I 4 VwGO gelten. Denn bei Erledigung vor Klageerhebung kann der Kläger auch gleich das Zivilgericht anrufen, daß auch über die Vw-rechtlichen Vorfragen entscheiden kann – kein Anspruch auf den sachnäheren Richter.

5. Klagefrist

Alles strittig. Früher wohl § 74 I 2 VwGO analog. Heute manche VGHS: das ist ja eine FSK, also keine Fristbindung. Wohl richtig: Es gibt jedenfalls keine RBB, also § 58 II VwGO ab Erledigung. Klar ist aber, daß der ursprüngliche VA nicht schon bestandskräftig gewesen sein darf, denn sicher kann nicht durch seine Erledigung eine (unzulässige) Anfechtungsklage zu einer (zulässigen) FFK werden.

II Begründetheit

1 Passivlegitimation, § 78 I Nr. 1 VwGO

2 Prüfung

a) Anfechtungsklage

Wenn der ursprüngliche VA rechtswidrig war und den Kläger in seinen Rechten verletzte

b) Verpflichtungsklage

Es muß spruchreife vorgelegen haben. Ansonsten kann der Beklagte evtl. noch zur Neubescheidung verpflichtet gewesen sein (wenn zwar die Ablehnung rechtswidrig war, aber keine Ermessensreduktion vorlag.)

Vorbeugender Rechtsschutz

Es geht hier darum, künftige Rechtsverletzungen zu verhindern. Das ist nirgendwo geregelt. Klar ist, daß nicht Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage in Betracht kommen, denn diese setzen ja eine Rechtsverletzung voraus.

Also kommt wohl bloß Feststellungsklage und Leistungsklage (auf Unterlassung) in Betracht, letztere ist also immer vorbeugender Rechtsschutz.

Anhang II – einstweiliger Rechtsschutz

Anordnung und Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung, § 80 V

Eine kurze Vorbemerkung vielleicht: Das ist grauenhaft wichtig alles und kommt in jeglichen Examina ständig dran, öfter, als eine normale Klage. Die Prüfer haben einen Narren daran gefressen.

I Anwendungsbereich

Die Abgrenzung zu § 123 ist klar: Bei § 80 V wäre in der Hauptsache die Anfechtungsklage statthaft. Das gilt auch für den Fall des § 80a – auch hier liegt in der Hauptsache eine Anfechtungsklage vor – allerdings eben eine Drittanfechtung.

Das Gericht **selbst** kann die aufschiebende Wirkung anordnen/aufheben, muß also nicht die Behörde anweisen (Drittanfechtung § 80a).

1. Die sofortige Vollziehung der Baugenehmigung des (...) vom (...) wird angeordnet

Detailproblem noch: Nicht geklärt ist, ob etwa § 80a III i.V.m. I das Gericht unmittelbar ermächtigt, z.B. Bauarbeiten an einem drittschützende Norm verletzenden Vorhaben einstweilen einzustellen. oder ob die TB-Voraussetzungen einer z.B. Baueinstellung aus der BauO vorliegen müssen.

Viel spricht für letzteres, denn es kann kaum Aufgabe des Prozeßrechtes sein, Eingriffsgrundlagen zu schaffen, zumal diese auch noch in die Länderkompetenz fallen. Das BVerwG sieht das wohl anders.

II Rechtsfolgen

Nach wohl HM ist ab Antragstellung (! also aufpassen bei etwa Säumniszuschlägen vor Antragstellung) so zu tun, als habe der VA

noch keine innere Wirksamkeit erlangt, nach abschließender Klärung entfällt diese Aufschiebung rückwirkend.

III Ausschluß der aufschiebenden Wirkung

(à *KS 80/56 ff.*)

Diese Möglichkeit korreliert mit der grundsätzlichen Befugnis der Behörde, durch hoheitlichen VA einseitig zu handeln.

Die Voraussetzungen der §§ 80 II 1 Nr. 1-3 stehen gut im *KS*, wenn auch wegen des mißverständlichen Inhaltsverzeichnisses schwer zu finden. Erwähnenswert sind aber die **Kosten einer Ersatzvornahme** bzw. unmittelbaren Ausführung. Den üblichen Kostenbegriff (=Gebühren und Auslagen für eine Amtshandlung) erfüllen die nämlich locker, trotzdem wird gestritten, ob sie unter § 80 II 1 Nr. 1 fallen, jede der vertretenen Meinungen proklamiert, sie sei die HM. Die (wohl richtig) HM will diese Kosten nicht unter § 80 fallen lassen, denn sie hätten letztlich restriktiven Charakter, außerdem seien sie im Vorhinein nicht abschätzbar. Das ist natürlich Unsinn, denn diese Ausschlußmerkmale kommen ja in der Definition gar nicht vor, außerdem sind beide Argumente schon von ihrer Aussage her zu bezweifeln. Aber eben HM, also sollte das im Auge behalten werden.

Interessant sind die Fälle des Ausschlusses nach § 80 II Nr.4 kraft **behördlicher Entscheidung**.

Damit das gemacht werden kann, müssen wirklich beachtliche Gemeinwohlgründe dafür sprechen, daß dem Betroffenen die sofortige Befolgung des VAs zugemutet werden kann.

Antragsgegner ist immer die Behörde, die den Bescheid erlassen hat, auch wenn die sofortige Vollziehbarkeit erst von der WSB angeordnet wurde.

IV Prüfung

Der Antrag muß zulässig und begründet sein. Die Zulässigkeit steht im à *KS*, allerdings ist zu beachten, daß der davon ausgeht, wegen Art. 19 IV GG sei eine Einlegung eines Rechtsbehelfes in der Hauptsache nicht erforderlich. Das dürfte aber falsch sein, denn wessen aufschiebende Wirkung soll denn dann wiederhergestellt werden? Folgt man der HM kann man sich noch streiten, ob das ein Problem der Statthaftigkeit oder eine besondere Antragsvoraussetzung ist.

Problematisch sind noch einige Situationen des § 80 VI, also wenn im Falle des § 80 II 1 Nr. 1 mal ausnahmsweise ein behördliches Vorverfahren erforderlich ist. Wie lange muß man denn dann auch die Entscheidung der Behörde warten? Jedenfalls wohl keine drei Monate wie beim § 75, im Übrigen muß man halt diskutieren, außerdem kann man gerne die Grundsätze des § 75 auf die Situation eines „verfrühten“ Antrages anwenden.

Problematisch ist auch die Verweisung des § 80a III auf den § 80 VI, denn eigentlich entspricht die Interessenlage in Drittschutzfällen nicht der des § 80 VI. Also wohl ein gesetzgeberisches Versehen. Lösung: ad libitum

Eigentlich steht auch die Begründetheit im à *KS*, aber sie enthält einige Fallstricke. Oft nämlich wird- meist in Urteilen, bei denen man sich ja auch auf den Kernpunkt konzentrieren muß – nämlich bloß ein Teil der Prüfung gemacht, nämlich die Abwägung. Der § 80 hat aber doch einen umfassenderen Tatbestand, insbesondere auch formelle Voraussetzungen. Im Prinzip prüft man die Wiederherstellung (bei der Anordnung ist es ja einfacher) fast wie einen VA – die sie nach HM nicht ist, weil bloß ein Annex zum Grund-VA - durch.

Beachte wieder die unterschiedlichen Tenores (nach HM, nicht so à *KS 80/146, 148*), je nachdem, ob ein formeller Fehler bei der Aussetzung der AW unterlieft

- I. Die Anordnung der sofortigen Vollziehung im Bescheid der Antragsgegnerin vom (...) wird aufgehoben
- II. (Kosten)
- III. (Streitwert – da Beschluß!)

oder ob materielle Gründe (Vollzug des Aussetzungsinteresses) dagegen sprachen, dann nämlich muß per Rechtskraft verhindert

werden, daß die Behörde einfach eine neue Aussetzung der AW nachschiebt

Die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs vom (...) gegen den Bescheid der Antragsgegnerin vom (...) in Gestalt des Widerspruchsbescheides des RP (...) vom (...) wird angeordnet/wiederhergestellt

Beachte, daß all dies dann wieder nach § 80 VII abgeändert werden kann

Unter Aufhebung des Beschlusses des (...) wird die aufschiebende Wirkung des Widerspruchsbescheides gegen den Bescheid (...) wieder hergestellt.

Tja, und nun prüft man das ganze halt durch

I. Zulässigkeit des Antrages

1. § 40 I 1 VwGO
2. statthafte Antragsart: hier Auslegung der Anträge, Abgrenzung zu § 123 via § 123 V (Abstellen auf die Klageart der Hauptsache
3. Zuständigkeit
4. Antragsbefugnis, § 42 II analog
5. Einlegung des RB der Hauptsache erforderlich (str.)
6. RSB: hier evtl. die Diskussion um die Notwendigkeit eines Antrages nach § 80 IV diskutieren (Quark, e contrario § 80 VI) – andere sehen das als Punkt des Vorverfahrens

II. Begründetheit des Antrages

1. **Ermächtigunggrundlage:** § 80 II 1 Nr. 4 VwGO
2. **formelle RM**
 - a) Zuständigkeit: ebenso § 80 II 1 Nr. 4 VwGO
 - b) Verfahren: problematisch, da nach VzA nach HM kein VA, Anhörung ist wohl entbehrlich, also nicht § 29 VwVfG analog
 - c) Form: § 80 III VwGO
3. **materielle RM**
 - a) bei Abgaben- o. Kostenbescheid: ernstliche Zweifel an der RM oder unbillige Härte beim Vollzug
 - b) ansonsten: **Abwägung** von Suspensiv- und Vollzugsinteresse dabei vor allem Abstellen auf die **Erfolgsaussichten in der Hauptsache**, zumindest tun manche das. Andere dagegen stellen allein auf die RM des VAs ab. Das hat die Konsequenz, daß diese Prüfer es als falsch bewerten, wenn man auch die Zulässigkeit etwa eines Widerspruchs inzident prüft. Ich denke, das stimmt so nicht. Wenn ein Rechtsbehelf unzulässig sein wird, ist es auch witzlos, den VA nicht z u vollziehen.
 - bb) dazu **besonderes Vollzugsinteresse** – das muß vorliegen, sonst könnte man jeden bloß rechtmäßigen VA immer sofort vollziehen. Aber da das die Ausnahme, nicht die Regel ist, sollte da schon irgend etwas vorliegen
 - c) Im Fall des § 80a, wenn gerade der Nachbar der Antragsteller ist nicht vergessen: Es geht letztlich um ein wahrscheinliches Gewinnen in der Hauptsache, also muß der VA nicht nur rechtswidrig sein, sondern auch gerade drittschützende Normen verletzen.

Feststellung der aufschiebenden Wirkung, § 80 V

I was ist das?

Nicht geregelt ist, was geschieht, wenn im Fall der Drittanfechtung der Bauherr trotz Anordnung der aufschiebenden Wirkung von seiner suspendierten Baugenehmigung Gebrauch macht. Die HM wendet nunmehr § 80 V analog an, weil er die sachnächste Regelung darstellt.

Dasselbe gilt in den Fällen der faktischen Vollziehung, also der Nichtbeachtung der Suspendierung durch die Behörde. Interessant ist noch, wie in einem solchen Fall Antrag und Tenor lauten. Sie können ja nicht dahingehen, die aufschiebende Wirkung anzuordnen oder festzustellen – das ist ja schon nach § 80 I 1 automatisch der Fall. Vielmehr wird die aufschiebende Wirkung bloß nochmals **festgestellt**.

II Aufbau

Hochgradig umstritten und eigentlich nirgendwo (Ramsauer, Kopp, PiR, Station in der Vw) ausgeführt ist, wie man so einen Antrag

prüft. Das liegt daran, daß es niemand weiß, insbesondere nicht der Ramsauer, der nicht einmal zwischen Zulässigkeit und Begründetheit trennt. In anderen Publikationen kursieren andere Schemata, die aber soweit ich das überblicke alle auf ihre Weise Schwächen haben, insb. wird oft die Begründetheit (ob der WS suspensiv wirkt oder nicht) als Punkt der Statthaftigkeit geprüft. Wenn man das mal selbst durchdenkt merkt man, daß das Unsinn sein muß. In der Statthaftigkeit wird ja nur nach dem richtigen Rechtsbehelf für den gegebenen Antrag gefragt, mehr nicht. Es muß also so aussehen, am Bsp. original BW-Examensklausur (in deren Lösungsskizze es falsch war):

AS parkte am Fronleichnam abends auf dem Markt in Tübingen. Dort Halteverbot für Do 5-15 Uhr wegen des Wochenmarktes. Am Feiertag war aber kein Wochenmarkt. Nachdem AS Auto verlassen hatte, Zusatzschild mit handgeschriebenem Karton „Fr. 6.6.80 Wochenmarkt“ überklebt (22Uhr). Am Fr. ließ Stadt von Privatfirma abschleppen. Nun Bescheid über Kosten.

Im Bescheid: Hinweis, daß WS keine Aufw. WS eingelegt, Bescheid nicht ergangen, in Eingangsbestätigung aber wieder: WS keine AW

Zulässigkeit (fraglich, ob es die hier überhaupt gibt, vgl. Ramsauer)

1. Vw-RW, § 40 I (+), Normen der VwGO, VwVG
2. Statthaftigkeit als was?
In VwGO derartige Feststellung nicht geregelt, muß aber möglich sein, da sonst Gebot des effektiven RS verletzt. Teilweise wird hier zwar vertreten, daß § 123 einschlägig sei, es paßt aber § 80 V besser, da die Feststellung als Minus in der Möglichkeit der Anordnung enthalten ist
 - a) Vorliegen eines belastenden VA (+)
 - b) WS tatsächlich erhoben? (+)
 - c) kein anderer Antrag möglich, um das Rechtsschutzziel zu erreichen)
3. Gericht sachlich und örtlich zuständig, §§ 45, 52 Nr.3.
4. Antragsbefugnis analog § 42 II (+), da Adressat des belastenden VA
5. RSB (+), strittig, ob wenn Zweifel daran bestehen, ob sich die Behörde an die gesetzlichen Folgen des § 80 Abs. 1 VwGO halten wird, was schon (+), wenn Aufw bestritten
Vollstreckung drohen muß (Gedanke aus § 80 VI 2 Nr.1)
M.E. ist erste Ansicht vorzuziehen, da hier immerhin Mißachtung einer ges. Folge des Widerspruches durch die Behörde, es kann nicht sein, daß der Bürger abwarten muß, bis die Verletzung des Rechtes sich zementiert, er also deren Risiko trägt. Situation mit 80 VI nicht vergleichbar, da es dort um Schaffung eines Zustandes geht, den das Gesetz gerade nicht vorsieht.
RSB (+)
6. Vorverfahren braucht es nicht, insb. nicht § 80 VI analog oder so - der ist als Ausnahme sowieso nicht analogiefähig

Begründetheit

richtiger Antragsgegner? Analog § 78 I Nr. 1 (+) - Stadt
Ansonsten begründet, wenn tatsächlich WS Suspensiveffekt

prinzipiell ja, § 80 I 1

Entfallen nach § 80 II 1 Nr. 1? Evtl. **Kosten**: die bei Verwaltungshandeln entstandenen Gebühren und Auslagen. Damit Begriff eigentlich erfüllt, da Verwaltung ihre Kosten decken will. HM trotzdem (-) bei Kosten von Ersatzvornahme/unm. Ausführung, da diese (auch) Sanktionscharakter haben. Sehr zweifelhaft (genaugenommen sogar Unsinn), aber RS, darum wohl dran halten.

Entfallen, nach § 80 II 1 Nr. 3 i.V.m. § 11 SächsVwVG? (+), wenn Vollstreckungsmaßnahme: zwangsweise Durchsetzung eines VA bzw. unm. Ausf. Hier (-), es geht um die Kosten für die bereits erfolgte Durchsetzung, die Sekundärebene

Damit aber alles (+), keine Ausnahme: der WS hat Suspensiveffekt. Antrag zulässig und begründet à erfolgreich

Einstweilige Anordnung, § 123

im à KS § 123 steht wirklich alles, also ein Zulässigkeitschema, die Voraussetzungen für die Begründetheit und sogar ein Obersätzchen

Gesondert erwähnenswert sind wohl zwei Punkte:

Die (besser nicht offenzulassende) Frage, ob eine Sicherungs- oder Regelungsanordnung vorliegt, sollte in der **Statthaftigkeit** geklärt werden, eben als welche Art sie zulässig ist.

Die Frage der **Vorwegnahme der Hauptsache** prüft man in der Begründetheit am Schluß. Dort baut man eben schön auf, daß es eigentlich nicht geht (steht im KS) aber manchmal eben doch (steht im KS), wann das so ist (steht im KS) und warum gerade hier (steht im SV).

Anhang III – Entscheidungen

(Ausgangs-) Bescheid

Das ist ein dienstliches Schreiben, welches die typische Bescheidsform mit Tenor, Gründen und RBB aufweist.

Hiesig verwendet man im Bescheid i.A. den Behördenstil, der letztlich nur eine Spielart des Urteilsstils ist.

Die Stadt X erläßt folgenden

Bescheid

I Kopf

§ 37 III, 41 I, V VwVfG, 7, 8 VwZG

Nicht vergessen, „gegen PZU“ oder „gegen EB“ aufzunehmen.

II Tenor

Der besteht aus der

1 Hauptregelung

In der Hauptsache sollte man – da man ja keine Anrede bringt – den Adressaten hier nochmals bezeichnen.

Herr X muß ab sofort dafür sorgen, daß seine Hunde außerhalb seines Grundstückes einen Maulkorb tragen.

2 Nebenbestimmungen

Die können nach § 36 VwVfG drin und dran sein. Die Nebenbestimmungen kann man in den Hauptsachetenor einbauen, aber auch einzeln in eine neue Nummer schreiben.

II. Die Genehmigung wird mit folgenden Auflagen verbunden:

3 Vollzugsanordnung

4 Zwangsmittellandrohung

Wie diese zu formulieren ist, hängt davon ab, ob es nach dem LVwVG noch einer Festsetzung bedarf (wie in Sachsen, § 22 II SächsVwVG)

Falls Sie die Verpflichtung aus Nr.1 bis zum (...) nicht erfüllen werden wir ein Zwangsgeld i.H. von (...) festsetzen

Vorsicht übrigens: Nach der RS ist die Androhung eines Zwangsgeldes für "jeden Fall der Zuwiderhandlung" oder "jeden Tag des Bestehens des Zustandes" unzulässig, da hier angeblich das Zwangsgeld Strafcharakter annehmen soll. Ich halte das für Quark, im Gegenteil ist die (selbst beeinflussbare=Gegensatz zur Strafe) Länge des Geldes die reinste Form der Beugung.

5 Kostenentscheidung**III Gründe****IV Rechtsbehelfsbelehrung**

Selbst wenn die in der Prüfung erlassen ist, sollte man immer wenigstens die Überschrift hinschreiben.

V Unterschrift**Abhilfebescheid, § 72 VwGO****I Abgrenzung zu §§ 48 ff. VwGO**

Zum einen kommt nach § 72 VwGO nur eine Abänderung **zugunsten** des Widerspruchsführers in Betracht; zum anderen kann die Behörde das Widerspruchsverfahren auch zum Anlaß nehmen, einen VA aus **nicht widerspruchsbezogenen** Gründen abzuändern.

Widerspruchsbezogen ist die Aufhebung oder Änderung, wenn sie während des Vorverfahrens erfolgt, im Ergebnis dem Widerspruchsbegehren stattgegeben wird und dies vom Widerspruch herrührt.

Abhilfe wird dann vorliegen, wenn der Widerspruch zulässig und begründet war. Bekommt die Behörde anlässlich eines (z.B. mangels eigener Rechtsverletzung) unbegründeten Widerspruches mit, daß ein obj. RW VA vorliegt, wird sie aber nach § 48

II Nichtabhilfe

Eine förmliche Entscheidung ergeht nicht, die Nichtabhilfe ist ein Verwaltungsinternum und ist bloß im Vorlagebericht zu erwähnen. vorgehen.

Nach der RS kann die Ausgangsbehörde auch dann noch abhelfen, wenn sie zwar die Akten schon weitergegeben hat, die Widerspruchsbehörde aber noch nicht entschieden hat. Sie verliert also nicht die **Abhilfekompetenz**, vielmehr besteht jetzt eine Konkurrenz zwischen den Behörden.

III Abhilfe nach Vorlage

Auch nach Vorlage an die Widerspruchsbehörde kann die Ausgangsbehörde kann noch abgeholfen werden, §§ 72 ff. setzen dem keine zeitliche Grenze, auch der Devolutiveffekt begründe lediglich eine **Zuständigkeitskonkurrenz**.

IV Vorgehen gegen den Abhilfebescheid

Normal mit Klage.

V Der Abhilfebescheid

Er enthält die Aufhebung oder Änderung bzw. den begehrten VA bei der Verpflichtung. Das alles muß nicht ausdrücklich tenoriert sein, es kann sich auch durch Auslegung ergeben.

Da ja Konkurrenz zwischen Abhilfe/Widerspruch besteht, gilt das, was zuerst ergeht, **Prioritätsprinzip**.

Es kann ja möglich, bloß teilweise abzuhelfen. Dann soll die (Gesamt-)Kostenentscheidung der Widerspruchsbehörde zustehen. Ansonsten muß die Ausgangsbehörde über die Kosten entscheiden, § 72 VwGO. Wie zu entscheiden ist, steht im § 80 VwVfG.

Widerspruchsbescheid, § 73 VwGO**I Tenor**1 Entscheidungskompetenzen

Grundsätzlich hat die Widerspruchsbehörde die gleichen Entscheidungskompetenzen wie die Ausgangsbehörde, d.h. sie darf insbesondere auch die Zweckmäßigkeit des VA überprüfen. Davon ergeben sich aber einige Ausnahmen:

in Selbstverwaltungsangelegenheiten ist die Widerspruchsbehörde (so sie von der Erlaßbehörde verschieden ist) auf eine Rechtskontrolle beschränkt
Beim Nachbar- oder Drittwiderspruch ist die Behörde auf die Überprüfung drittschützender Normen beschränkt.
es gibt noch ein paar, die ich noch nicht verstehe

Die Widerspruchsbehörde darf (ohne ges. Ermächtigung) den Widerspruch nicht zum Anlaß für Neuregelungen nehmen, die vom Verfahrensgegenstand nicht mehr gedeckt sind – **Verbot des Selbsteintrittes**.

Die Widerspruchsbehörde kann – wenn sie zugleich Aufsichtsbehörde ist – auch kraft Weisung die untere Behörde dazu bringen, dem Widerspruch abzuhelfen.

Die **RIP** wird von der HM zugelassen. Die Widerspruchsbehörde ist ja Herrin des Verfahrens, und dieses Verfahren dient auch der Selbstkontrolle der Verwaltung.

Allerdings muß die Widerspruchsbehörde dieselbe Entscheidungskompetenz haben, wie die Ausgangsbehörde (also nicht in Selbstverwaltungsangelegenheiten) und es darf kein Vertrauen des Bürgers existieren (selten, da er selbst Widerspruch eingelegt hat).

Wichtig: die Verschärfung eines VA auf den Widerspruch eines Dritten ist **keine RIP**. Das ist ganz ähnlich, wie bei den Rechtsmitteln im Prozeß. Anders, wenn gerade die Position des Dritten verschlechtert wird.

Weiterhin ist die (zulässige) RIP vom **Selbsteintritt der Behörde** abzugrenzen. Letztere wird dann vorliegen, wenn ein ganz anderer Streitgegenstand als der (vielleicht bloß teilweise!) angefochtene VA entschieden wird

Nach Erteilung einer Baugenehmigung wird isoliert bloß eine Auflage angefochten. Jetzt kann die Behörde gern die Auflage verschärfen (RIP), nicht aber eine neue Auflage hinzufügen - die Genehmigung selbst ist ja nicht angefochten

Man muß also den Verfahrensgegenstand festlegen und schauen, in welchem Umfang die Behörde überhaupt noch zu entscheiden hat.

Lustig ist noch die Variante, in der der Widerspruch selbst unbegründet ist, und zwar, weil der Bescheid zwar rechtswidrig ist, aber der Widerspruchsführer nicht in seinen Rechten verletzt ist.

Dann muß zwar die Widerspruchsbehörde den Widerspruch als unbegründet zurückweisen, kann aber trotzdem die Ausgangsbehörde anweisen, den ursprünglichen Bescheid nach §§ 48 ff. zurückzunehmen. Wow.

2 unzulässiger/unbegründeter Widerspruch

Egal, welcher Fall vorliegt, der Widerspruch ist zurückzuweisen. Dabei wird üblicherweise bloß tenoriert:

„ ... wird zurückgewiesen“,

ob das wegen Unzulässigkeit oder Unbegründetheit geschieht, bleibt den Gründen vorbehalten.

Ist gleichzeitig ein Antrag auf Wiedereinsetzung gestellt gewesen, ist der im Tenor vorrangig abzulehnen. Die Zurückweisung des Widerspruches als unzulässig soll nach § 79 II 2 VwGO zur isolierten Anfechtung berechtigen.

3 begründeter Widerspruch

a) Egal, ob ein Anfechtungs- oder ein Verpflichtungswiderspruch vorliegt, die ursprüngliche Entscheidung wird (ganz oder tw.) aufgehoben.

b) Nach der insoweit offenen Regelung des § 73 VwGO kann die Widerspruchsbehörde wahlweise entweder **selbst** den beantragten VA erlassen (Devolutiveffekt!), oder aber auch die **Ausgangsbehörde verpflichtet**, dies zu tun. Letzteres wird vor allem bei umfangreichen Entscheidungen sinnvoll sein.

Es kann – insb. bei Ermessensakten – auch sinnvoll sein, an die urspr. Behörde zurückzuverweisen und analog § 113 V 2 VwGO diese zu verpflichten, unter Beachtung der Rechtsauffassung der Widerspruchsbehörde neu zu bescheiden.

Hinsichtlich des Tenors ist zwischen Anfechtungs- und Verpflichtungswiderspruch zu unterscheiden

aa) beim **Anfechtungswiderspruch**

Der Gebührenbescheid vom ... wird insoweit aufgehoben, als eine den Betrag von 120 DM übersteigende Gebühr festgesetzt wurde. Im Übrigen wird der Widerspruch zurückgewiesen.

oder

1. *Der Bescheid des (...) vom (...) wird aufgehoben*
2. *Der Bauantrag des (...) wird abgelehnt*

bb) beim **Verpflichtungswiderspruch**

Der Landkreis wird unter Aufhebung des Bescheides vom ... verpflichtet, die Baugenehmigung zu erteilen.

Beim **Verpflichtungswiderspruch** muß der ablehnende Bescheid zwar nicht zwingend aufgehoben werden, sollte es aber. Die Widerspruchsbehörde kann sich aussuchen, ob sie den nun erforderlichen VA selbst erlassen will (Devolutiveffekt!) oder die Ausgangsbehörde verpflichten will, den VA zu erlassen (möglicherweise größere Sachnähe).

Zuletzt geht auch § 113 V 2 VwGO analog, die Sache wird an die Ausgangsbehörde zurückverwiesen, diese wird verpflichtet, unter Beachtung der Rechtsauffassung der Widerspruchsbehörde neu zu entscheiden. Das kommt vor allem bei Ermessensentscheidungen in Betracht oder wenn noch umfangreiche Vorarbeiten zu leisten sind.

c) **Kosten** richten sich nach § 80 VwVfG, die VwGO selbst enthält hier keine Regelung. Wird der Widerspruch von einem Anwalt eingelegt, darf man nicht vergessen, im Tenor die Hinzuziehung des Anwaltes für notwendig zu erklären, § 80 II 3, III 2 VwVfG.

II Gründe

1 Sachverhaltsdarstellung

Im Wesentlichen wie der TB beim Urteil, aber wohl knapper. Etwa:
Festgestellter SV im Imperfekt
Vorbringen des Widerspruchsführers in indirekter Rede
Angaben über Verfahrenshandlungen im Perfekt

2 rechtliche Würdigung

Klar, die rechtlichen Erwägungen zur Entscheidung. Und dies (natürlich!) zu

- a) Zulässigkeit
- b) Begründetheit (Befugnis/FR/MR/Ermessen/Überprüfung von Nebeneinscheidungen)

Und der Obersatz der Begründetheit könnte dann wie folgt lauten:

Der Widerspruch ist begründet, da die Baugenehmigung vom (...) rechtswidrig ist und die Widerspruchsführerin in ihren Rechten verletzt, § 113 I 1 VwGO analog

Beachte, daß die sächsischen Prüfen offenbar großen Wert darauf legen, daß der § 113 zitiert wird.

3 Kosten

Nach § 73 III 2 VwGO bestimmt auch darüber die WSBehörde. Aber: es gibt **keine** Kostenregelung in der VwGO für den Widerspruch, das durfte der Bund nicht regeln, er hat ja Kompetenz nur, soweit das WSVerfahren als SU-Voraussetzung betroffen ist. Also § 80 VwVfG. Wie hoch die genau sind, sollte im VwKostG stehen. Die Entscheidung ist bloß eine Kostenlastentscheidung, auf Antrag werden die genauen Kosten durch gesonderten VA festgesetzt, § 80 III VwVfG.

Für § 80 II VwVfG ist zu beachten, daß die Hinzuziehung des Bevollmächtigten im Tenor für notwendig erklärt werden muß! Das sieht man dem Text so nicht an, es steht aber im Kopp. Die Kostenentscheidung kann man (da VA) auch isoliert angreifen

4 Begründung der Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit

5 Sonstiges

RBB muß sein. Achtung: Gegen den Ausgangsbescheid kann Klage erhoben werden, nicht den Widerspruchsbescheid (Ausnahme:

erstmalige Beschwer). Die Zustellung erfolgt nach § 56 II VwGO nach dem VwZG des **Bundes**.

III Rechtsbehelfsbelehrung, Unterschrift

Urteil, 1. Rechtszug

Das Endurteil heißt einfach bloß Urteil. Besondere Urteilsarten finden sich in §§ 109-111 VwGO.

I Rubrum

§ 117 I VwGO

Das Urteil ergeht im Namen des Volkes, die Grobgliederung des Rubrums ergibt sich aus § 117 I.

II Tenor

(lies: *JuS 4/98 S. 345 ff.*)

Grundsätzlich besteht der aus:

Sachausspruch
Kostenentscheidung
Regelung über die Vollstreckbarkeit

1 Sachausspruch

Unabhängig von der Klageart heißt der Tenor einer **negativen Entscheidung**:

„Die Klage wird abgewiesen“

Es ist **nicht** danach zu unterscheiden, ob die Klage unzulässig oder unbegründet ist, das machen die Entscheidungsgründe. Bei nur teilweise erfolgreicher Klage nicht vergessen:

„Im Übrigen wird die Klage abgewiesen“

Bei **stattgebenden** Urteilen ist nach der Klageart zu unterscheiden.

a) Anfechtungsklage

§ 113 I 1 hilft hier etwas weiter, der rechtswidrige, den Kläger verletzende VA ist **aufzuheben**. Dabei ist aber zunächst zu ermitteln, was eigentlich Gegenstand der Anfechtungsklage war: der ursprüngliche oder modifizierte Bescheid? Allein der Widerspruchsbescheid?

*„Der Erschließungsbeitragsbescheid der Gemeinde X vom ... in Gestalt des Widerspruchsbescheides des Landratsamtes Y vom ... wird aufgehoben, soweit ein höherer Erschließungsbeitrag als 4.000,00 DM festgesetzt wurde.
Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.“*

Zu achten ist auf **genaue Bezeichnung**. Zu bedenken ist manchmal auch § 113 I 2, wonach das Gericht schon im Tenor anordnen kann, wie der ggf. bereits erfolgte Vollzug rückgängig zu machen ist.

*„Der Bescheid ... In der Fassung ... wird aufgehoben.
Der Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger den eingezogenen Führerschein herauszugeben.“*

Weiter gibt's den § 113 II 1.

„Der Bescheid ... in der Gestalt ... wird dahingehend abgeändert, daß der Betrag von 4.000,00 DM durch 3.400,00 DM ersetzt wird.“

Interessanter ist § 113 II 2. Eine echte Zurückverweisung gibt es in der VwGO nicht, das VG entscheidet immer abschließend. Sind zur Feststellung des genauen Umfanges der RW aber noch umfangreiche Ermittlungen notwendig, gibt es so die Möglichkeit der **de facto Zurückverweisung**.

Ach ja, bei Zeitdruck in der Klausur steht ein Beispieltenor in à *KS § 113/3*.

b) *Verpflichtungsklage*

Den Tenor regelt § 113 V. Es hat sich eingebürgert, im Tenor der Versagungsgegenklage den Versagungsbescheid + Widerspruchsbescheid aufzuheben, zwingend ist dies aber nicht. Der Tenor hieße dann etwa:

„Der Bescheid des Landratsamtes ... und der Widerspruchsbescheid des Regierungspräsidiums vom ... werden aufgehoben. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger eine Aufenthaltserlaubnis von ... bis ... zu erteilen.“

Oder bei fehlender Spruchreife

„... Die Beklagte wird verpflichtet, über den Antrag des Klägers auf Erteilung der Aufenthaltserlaubnis unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichtes zu entscheiden. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.“

Das Im Übrigen wird hier dauernd auftreten, da i.d.R direkt auf einen bestimmten Bescheid geklagt wird. Dann kommt nur ein Bescheidungsurteil heraus, das ist ein Teilunterliegen.

c) *Fortsetzungsfeststellungsklage*

Wie es schon in § 113 I 4 steht. Auch hier kann und sollte man (falls ergangen, das muß hier ja nicht sein) Widerspruchsbescheid in den Widerspruchsbescheid in den Tenor einbeziehen.

„Es wird festgestellt, daß der Bescheid des Landratsamtes ... und der Widerspruchsbescheid des Regierungspräsidiums vom ... rechtswidrig waren.“

Im Fall der (doppelt) analogen Anwendung muß das natürlich anders lauten, also beim Fall einer strukturellen Verbescheidungsklage:

„Es wird festgestellt, daß die Beklagte verpflichtet war, den Antrag des Klägers auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichtes zu bescheiden.“

d) *Leistungsklage*

Einen festen Tenor gibt es hier nicht, man muß halt schauen, was verlangt wird.

„Die Beklagte wird verurteilt...“ dies und jedes zu tun

e) *Feststellungsklage*

„Es wird festgestellt, daß...“ was auch immer

2 Kostenentscheidung (Tenor)

Steht in § 154 ff.

„Die Kosten des Verfahrens hat der Beklagte zu tragen.“

Bestimmte Kosten müssen aber nach § 162 ausdrücklich tenoriert werden. Etwa

„Die Kosten des Verfahrens einschließlich der außergerichtlichen Kosten des Beigeladenen hat die Beklagte zu tragen.“
oder

„... Die Zuziehung von Rechtsanwalt ... im Vorverfahren war notwendig“

3 Vollstreckbarkeit (Tenor)

§ 167 i.V.m. der ZPO. Beachte aber § 167 II – in diesen Fällen können nur die Kosten vollstreckt werden.

III Tatbestand

Nach § 117 III. Wegen des Untersuchungsgrundsatzes sind die Aufbauregeln nicht so streng, wie im Zivilprozeß. Ein klassischer Aufbau:

unstreitiger bzw. vom Gericht ermittelter Sachverhalt
Darstellung des Verwaltungsverfahrens und –vorverfahrens
Sach- und Rechtsvortrag des Klägers
Antrag des Klägers
Antrag des Beklagte
Sach- und Rechtsvortrag des Beklagte
Prozeßgeschichte
ergänzende Bezugnahmen, z.B. auf Behördenakten

IV Entscheidungsgründe

Nach § 108 muß alles Entscheidungserhebliche darin vorkommen.

V Rechtsmittelbelehrung, Unterschriften, Streitwertbeschuß

Zu belehren ist über den Antrag auf Zulassung der Berufung. Nach § 117 müssen mindestens die Berufsrichter unterschreiben. Der Streitwertbeschuß gehört nicht mit zum Urteil, ergeht aber i.d.R. ihm zusammen.

Urteil in der Berufung**I Antrag/Tenor**

Schon beim Antrag, auch beim Tenor, ist zu beachten, daß nicht allein der Rechtsmittelantrag gestellt und verbeschieden werden darf, sondern auch der Sachantrag (also Aufhebung und Zurückverweisung der angegriffenen Entscheidung + Verpflichtung des LRA zur Erteilung der Genehmigung).

(à *KS vor § 124/28*)

II Tatbestand

Im Prinzip muß der TB nun zweimal kommen, nämlich der der ersten Instanz und der der Berufung. Weil die erste Instanz schon gelaufen ist, steht hier alles im Perfekt.

Am ... hat der Kläger Klage erhoben

Der Kläger hat vorgetragen ...

Der Kläger hat beantragt ...

(...)

Das VG hat Beweis erhoben über (...). Mit Urteil vom (...) hat das VG die Klage abgewiesen. Zu Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt (...)

Gegen das ihm am (...) zugestellte Urteil hat der Kläger am (...) die Zulassung zur Berufung beantragt, die mit Beschluß vom (...) zugelassen wurde.

Der Kläger trägt mit der Berufung vor (...)

(...)

Beschluß

Klar, wenn die zu fertigen sind, dann vor allem 80er, manchmal auch 123er. Alles andere ist redundant.

Im Prinzip sieht so ein Beschluß - mit einigen Besonderheiten - aus wie ein Urteil.

I Rubrum

Normal, aber er ergeht nicht im Namen des Volkes und es wurde nicht für Recht erkannt, sondern beschlossen.

In der Verwaltungsrechtssache ... hat das ... am ... aufgrund der mündlichen Verhandlung vom ... durch die Richter ... beschlossen:

II Tenor

Er enthält nur eine Kostenentscheidung, dazu evtl. eine Streitwertentscheidung, aber nichts über die vorläufige Vollstreckbarkeit, denn Beschlüsse sind per se vollstreckbar, §§ 168 I Nr. 1, 2; 149 VwGO.

III Gründe

Zumindest im Examen enthält der Beschluß auch eine Sachverhaltsdarstellung, de facto ein Tatbestand. Dazu noch die rechtliche Begründung, die auch wieder Zulässigkeit und Begründetheit behandelt.

IV Unterschriften, Rechtsmittelbelehrung**Anhang IV - Hilfsmittel in der Assessorprüfung**

Was kann man aus den zugelassenen Hilfsmitteln in fünf Stunden machen? Eine ganze Menge, und das liegt daran, daß die Kopps (ich nenne sie mal so, auch wenn sie jetzt eigentlich Schenke und Ramsauer heißen) zum Besten gehören, was dem Assessor passieren kann; insb. gilt das für die VwGO. Ganz im Gegensatz übrigens zum T/P in der ZPO, auch wenn sich da inzwischen einige Lichtblicke einstellen.

Ach ja, auch im ÖR bitte den Palandt nicht vergessen (Staatshaftung!)

Verwaltungsakt:

Da schaut man ... na, wo? ... im Anhang zu § 42 VwGO (!), denn da ist § 35 VwVfG kommentiert, und zwar sehr übersichtlich. Insbesondere z.B. auch VA-Qualität von Polizeiakten usw.

Zulässigkeitschemata:

Stehen im Kopp drin (s.O. AnfechtungsK). Bei der FFK z.B. im § 113/118 ff.

Anträge:

Kann man aus dem Kopp nehmen, siehe § 42, wo überhaupt viel zu den Klagearten usw. drinsteht.

Haftungsrecht:

FBA und ÖREA sind kommentiert bei à *KS § 113/80*. Warum gerade bei § 113? Nun, weil § 113 I 2, 3 einen Erstattungsanspruch nicht normieren, aber immerhin voraussetzen.

Nützliche Kommentierung auch in à *Palandt § 839/85*, dort wird nämlich das Verhältnis des § 839 zu anderen Vorschriften diskutiert, also ein Kurzaß des öffentlichen Haftungsrechtes. Zum Ideenholen reicht das immerhin.

Die PVV ö.-R. Verträge ist bei à § 276/130 ff. kommentiert.

Nachbarschutz:

Steht bei § 42 VwGO, und zwar sowohl baurechtlich, als auch anderweitig (BImSchG!).

Sonderstatusverhältnisse:

Bei § 42 VwGO. Aber Achtung: steht nicht im Sachverzeichnis (jedenfalls nicht unter „S“)

Tenorierungsbeispiele:

bei Zeitdruck in der Klausur steht ein Beispielstenor in à *KS § 113/3*.

Rechtsmittel: immer lesen: *KS vor § 124*, dort steht die ganze Zulässigkeit, viel zu Antrag und Tenor – z.B. wann zu verwerfen, wann zurückzuweisen ist) Übrigens sollte man schon aus dem Grund den Kopp auch mit ins Zivilrecht nehmen. Ich jedenfalls kann mir nicht merken, wann man zu verwerfen (unzulässig), wann zurückzuweisen (unbegründet) hat.