

Verwaltungsrecht AT und Verwaltungsprozeßrecht

Einleitung: Übersicht zu den Rechtsbehelfen gegen Maßnahmen der Verwaltung

I. Notwendigkeit von Kontrolle

- Ohne Kontrolle keine wirksame Bindung an Recht und Gesetz (vgl. Art. 20 III GG; BVerfGE 30, 1 (28 f.); Schmidt-Abmann, in: VVDStRL 34 (1976), S. 221 (232, 270); Schlink, Der Staat 12 (1973), S. 85 (98 ff.)).

II. Kontrollmöglichkeiten

1. Verwaltungsintern

- a) Durch die Erstbehörde (vgl. § 48 VwVfG (NW))
- b) Durch die Aufsichtsbehörde (§§ 116 ff. GO NW; vgl. 2. Teil, 2. Kapitel, III.)

2. Verwaltungsextern

a) Formlose Rechtsbehelfe

- Kennzeichen: nicht form- oder fristgebunden, kein Devolutiv- oder Suspensiv-
effekt

aa) Sachbeschwerde

- (1) Gegenvorstellung bei Erstbehörde
- (2) Aufsichtsbeschwerde bei übergeordneter Behörde

bb) Dienstaufsichtsbeschwerde

- cc) Aber: kein numerus clausus (wegen Art. 17 GG; vgl. auch Art. 45 c GG i.V.m. dem Gesetz über die Befugnisse des Petitionsausschusses des Deutschen Bundestages; Art. 4 I Verf NW i.V.m. Art. 17 GG)

b) Förmliche Rechtsbehelfe

- Kennzeichen: form- und i.d.R. fristgebunden, i.d.R. Devolutiv- und Suspensiv-
effekt

aa) Widerspruch (vgl. unten 1. Teil, D.)

bb) Verwaltungsgerichtliche Klagen und Anträge

(1) Hauptsacherechtsschutz

- (a) Anfechtungsklage, § 42 I 1. Alt. VwGO (vgl. 1. Teil, B.)
- (b) Verpflichtungsklage, § 42 I 2. Alt. VwGO (vgl. 1. Teil, C.)
- (c) Allgemeine Leistungsklage (vgl. 1. Teil, E.)
- (d) Feststellungsklage, § 43 VwGO (vgl. 1. Teil, F.)

- (e) Fortsetzungsfeststellungsklage, § 113 I 4 VwGO (vgl. 1. Teil, G.)
- (f) Normenkontrolle, § 47 VwGO (vgl. 1. Teil, H.)
- (2) Einstweiliger Rechtsschutz
 - (a) Verfahren nach §§ 80, 80 a VwGO (vgl. 1. Teil, I., J.)
 - (b) Verfahren gem. § 123 VwGO (vgl. 1. Teil, K.)
 - (c) Verfahren gem. § 47 VI VwGO (vgl. 1. Teil, H. IV.)
- cc) Verfassungsgerichtliche Rechtsbehelfe
 - (1) Verfassungsbeschwerde, Art. 93 I Nr. 4 a GG, § 13 Nr. 8 a BVerfGG (4. Teil, A.)
 - (2) Einstweiliger Rechtsschutz vor dem BVerfG, § 32 BVerfGG (4. Teil, B.)

A. Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges

I. Anderweitige Zuweisung

1. Aufdrängende Sonderzuweisungen

- § 126 I, II BRRG (vgl. Art. 125 a GG)
- vgl. zur Abgrenzung § 126 I BRRG-§ 2 ArbGG (BAG, NVwZ 1999, 1259)
- § 43 II OBG NW (i.V.m. § 67 PolG NW) / § 123 GO NW ?

Zulässigkeit landesgesetzlicher aufdrängender Sonderzuweisungen ?

Zahlreiche Landesbestimmungen enthalten eine die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichtsbarkeit begründende Sonderregelung, obwohl nach der Generalklausel des § 40 I 1 VwGO ohnehin der Verwaltungsrechtsweg gegeben wäre. Entsprechende Klauseln finden sich z.B. in **§ 43 II OBG NW** (i.V.m. § 67 PolG) und **§ 41 KWahlG NW**. Die Gültigkeit der Regelung hängt in erster Linie davon ab, ob der Bund mit Erlaß der Generalklausel des § 40 I 1 VwGO von seiner konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz für das gerichtliche Verfahren abschließend und mit **Sperrwirkung** für die Länder Gebrauch gemacht hat (Art. 72 I GG; so die h.M.). Für eine solche Annahme spricht außer einem Umkehrschluß zu § 40 I 2 VwGO, daß die Generalklausel des § 40 I 1 VwGO ansonsten ausgehöhlt und durch zahlreiche Sonderzuweisungen ersetzt werden könnte. Andererseits wirft die Generalklausel zahlreiche Abgrenzungsfragen auf, so daß eine solche Klarstellung aus Gründen der Rechtssicherheit vielfach im Interesse des Rechtsschutzsuchenden liegt. Dem Bundesgesetzgeber dürfte es mit dem Erlaß der Generalklausel nur darauf angekommen sein, den Ländern entgegenstehende sowie identische (generalklauselartige) Regelungen zu untersagen. Demgemäß sind norminterpretierende bzw. normkonkretisierende Landeszuweisungen, welche die Generalklausel bereichsspezifisch präzisieren, als mit Art. 72 I, 74 I Nr. 1 GG vereinbar anzusehen. Solche Bestimmungen haben auch nicht nur deklaratorischen, sondern konstitutiven Charakter. Als deklaratorische Vorschriften wären sie ohne normative Bedeutung, weil sie keinen Regelungsgehalt hätten, sich der Rechtsweg also allein nach § 40 I 1 VwGO bestimmen würde. Bedenken gegen die Gültigkeit der Landesregelungen unter dem Gesichtspunkt des **Art. 31 GG** bestehen ebenfalls nicht, da die Regelungen Bundesrecht konkretisieren, nicht lediglich wiederholen, und im übrigen Bundesrecht nicht inhaltsgleiches Landesrecht bricht. Folgt man der hier vertretenen Ansicht, handelt es sich bei den landesgesetzlichen Rechtswegklauseln der genannten Art um aufdrängende Rechtswegzuweisungen, die § 40 I 1 VwGO verdrängen, allerdings nur zulässig sind, soweit sie sich im Rahmen dieser Vorschrift halten.

Mitunter kann zweifelhaft sein, ob sich eine landesgesetzliche Vorschrift auch auf den Rechtsweg bezieht. So bestimmt **§ 123 GO NW**, daß Maßnahmen der Aufsichtsbehörde unmittelbar mit der Klage im Verwaltungsstreitverfahren angefochten werden können. Geht man von der Zulässigkeit aufdrängender Rechtswegzuweisungen der Länder aus (so Ehlers, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, § 40 Rn. 34 ff.), spricht nichts dagegen, die Rechtsschutzbestimmungen auch als Rechtswegbestimmungen (und nicht nur als Vorschriften, welche die Entbehrlichkeit eines Vorverfahrens regeln oder die Klageart festlegen) zu interpretieren.

- §§ 32 WPflG, 8 IV, 12 HandwO, 54 BaföG, 16 h II 4 TierSchG, 102 I II. WoBauG

2. Keine abdrängende Sonderzuweisung an anderes Gericht

a) Besondere Verwaltungsgerichte

- § 33 FGO
- § 51 SGG

- § 41 BDO

3. Ordentliche Gerichte

a) Staatshaftungsrecht

aa) Art. 14 III 4 GG

- Die ordentlichen Gerichte entscheiden nur über die Höhe der Entschädigung, für die Frage der Rechtmäßigkeit der Enteignung sind gemäß § 40 I 1 VwGO die Verwaltungsgerichte zuständig.

bb) § 40 II VwGO

Rechtswegzuweisung für Schadensersatzansprüche aus Amtspflichtverletzung

Für Schadensersatzansprüche aus Amtspflichtverletzung einschließlich der Rückgriffsansprüche des Staates gegen den Beamten darf nach Art. 34 S. 3 GG der ordentliche Rechtsweg nicht ausgeschlossen werden. Bei diesen Ersatzansprüchen ist zweifelhaft, ob sich die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte aus Art. 34 S. 3 GG i.V.m. § 40 I 1 VwGO (abdrängende Sonderzuweisung) ergibt (so Kopp, VwGO, § 40 Rn. 70) oder, weil es um einen Schadensersatzanspruch aus der Verletzung öffentlich-rechtlicher Pflichten geht, auf § 40 II 1 3. Fall VwGO basiert. Letzterer Auffassung dürfte aus rechtsdogmatischen Gründen zu folgen sein, da die Formulierung des Art. 34 S. 3 GG keine Zuständigkeit begründet, sondern nur einen Regelungsauftrag an den (einfachen) Gesetzgeber enthält, durch Parlamentsgesetz den Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten zu eröffnen.

cc) § 49 VI 3 VwVfG (NW)

b) Polizei- und Ordnungsrecht

- § 43 I OBG NW
- § 21 VI BImSchG
- § 61 I BSeuchenG

c) Justizverwaltungsakte

- § 23 I, II EGGVG

II. Öffentlich-rechtliche Streitigkeit

- Eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit liegt vor, wenn die Beteiligten in der Hauptsache um die Rechtsfolgen aus der Anwendung öffentlich-rechtlicher Vorschriften streiten (vgl. BVerwGE 71, 183 (186); Schoch, Übungen, S. 84; vgl. zur Vertiefung BGH, NJW 1998, S. 546 f.).

1. Dreistufige Vorgehensweise

- a) Was ist Streitgegenstand ?
 - Klagebegehren, § 88 VwGO (= Dispositionsmaxime)
- b) Welche Norm regiert ?
- c) Wie ist die Norm zu qualifizieren ?

2. Problembereiche

- a) Öffentlich-rechtlich
 - aa) Kirche

Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges in kirchlichen Angelegenheiten

Nach Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 V WRV sind die großen Religionsgesellschaften zwar Körperschaften des öffentlichen, d.h. des staatlichen Rechts. Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 III 1 WRV räumt den Kirchen aber einen von staatlichem Recht freien, autonomen Binnenbereich ein. Beziehungen innerhalb dieses Bereichs regelt das Kirchenrecht. Da § 40 I 1 VwGO (wie auch §§ 13 GVG, 33 FGO, 51 SGG) aber nur Streitigkeiten über staatliches Recht meint, gibt es insoweit keinen Rechtsschutz durch (staatliche) Verwaltungsgerichte. Folglich sind justitiable Streitigkeiten unter Beteiligung von Kirchen abzugrenzen von Streitigkeiten, die den Verwaltungsgerichten entzogen sind.

Öffentlich-rechtliche Streitigkeiten i.S. des § 40 I 1 VwGO liegen jedenfalls vor, wenn

- die Kirchen sich Handlungsformen des staatlichen Rechts bedienen;
 - Beispiel: Besoldungsstreitigkeiten zwischen kirchlichem Dienstherrn und Beamten im Kirchendienst sind Streitigkeit nach staatlichem Recht (vgl. OVG Koblenz, NVwZ 1997, S. 803 (804))
- die Kirchen als Beliehene Hoheitsgewalt / Staatsgewalt ausüben (z.B. Kirchensteuererhebung (Art. 137 VI WRV), kirchliches Friedhofswesen, kirchliche Schulen und Hochschulen);
- Dritte den Rechtskreis der Kirche beeinträchtigen und die Kirche staatlichen Schutz sucht.

Bei sonstigen Streitigkeiten unter Beteiligung einer Kirche ist zwischen dem Außenbereich (= staatliche Belange sind berührt => Rechtsstreitigkeit (+)) und dem Innenbereich (= allein innerkirchliche Belange betroffen => Zuständigkeit der Kirchengerichte) zu unterscheiden. Der Außenbereich ist jedenfalls dann berührt, wenn kirchenexterne Personen betroffen werden (z.B. Kirchenglockenläuten). Dies gebietet schon Art. 19 IV GG.

- bb) Gnadenentscheidungen

Gerichtliche Überprüfung von Gnadenakten

Nach Auffassung des BVerfG soll ein Gnadenakt jedenfalls im Fall einer Einzelbegnadigung gerichtlich nicht nachprüfbar sein (sog. justizfreier Hoheitsakt, vgl. BVerfGE 25, 352 (358 ff.); vgl. auch BVerwG, DVBl. 1980, S. 1147). Art. 60 II GG habe dem Träger des Begnadigungsrechts ein Eingriffsrecht in die

rechtsprechende Gewalt zugestanden, das nicht den Sicherungen, Gewaltenschränkungen und -balancierungen unterliege, die für eine gerichtliche Kontrolle sprächen. Diese Begründung hält jedoch nur solange stand, als das Begnadigungsrecht keinerlei gesetzlichen Bindungen unterliegt. Sind die Gnadenbehörden an Gesetz und Recht gebunden, so sind die Gnadenakte justitiable Rechtsakte. Das ist zunehmend geschehen. Auch der zur Begründung der fehlenden gerichtlichen Überprüfbarkeit dienende Rückgriff auf die Rechtsphilosophie („Gnade vor Recht“) überzeugt nicht. Er verkennt den klaren historischen Hintergrund dieses Grundsatzes im (kirchlichen) Gnadenrecht des Mittelalters und im monarchistischen Gnadenrecht des Absolutismus. Solche Grundsätze können nicht überspielen, daß es im Verfassungsstaat grundsätzlich keine verfassungsrechtlich ungebundene Staatsgewalt „über dem Recht“ gibt. Die h.L. erkennt deshalb insoweit überhaupt keinen justizfreien Hoheitsakt an, sondern betont, daß die Ausübung des Gnadenrechts durch die Gerichtsbarkeit auf ein ordnungsgemäßes Verfahren, die Einhaltung etwaiger gesetzlicher Voraussetzungen und vor allem des Gleichheitssatzes (Diskriminierungsverbote) überprüft werden kann. Allerdings wird den Trägern des Begnadigungsrechts ein Beurteilungsspielraum zugebilligt (vgl. Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig, GG, Band II, Art. 19 IV, Rn. 77 ff., 80 m.w.N.).

Justitiabilität ist unstreitig jedenfalls dann gegeben, wenn der Widerruf einer Begnadigung in Rede steht, weil dann die durch die Begnadigung gewährten Freiheitsrechte schutzbedürftig sind. Soweit Gnadenakte im Zusammenhang mit einer Straftat stehen, dürfte es sich um einen nach §§ 23 ff. EGGVG von den OLGern zu überprüfenden Justizverwaltungsakt handeln (BVerfGE 30, 108).

- cc) Staatlicher Innenbereich
 - Impermeabilitätstheorie

Die Impermeabilitätstheorie

Früher wurde - auf Grund eines verengten Gesetzesbegriffs (Gesetz = Eingriff in Freiheit und Eigentum; vertiefend Böckenförde, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, 2. Aufl. 1981) - die Auffassung vertreten, daß die organisationsinternen Regelungen kein Recht seien, daß der „Innenbereich“ des Staates und der sonstigen Verwaltungsträger „rechtsfrei“ sei, da Rechtsbeziehungen nicht innerhalb, sondern nur zwischen Rechtspersonen möglich seien. Diese Auffassung, die nur innerhalb der Gedankenwelt der konstitutionellen Monarchie ihre Berechtigung hat, wird heute zu Recht einhellig abgelehnt. Es kann nach dem GG nicht zweifelhaft sein, daß die internen Regelungen Verbindlichkeit besitzen und diese wiederum nur kraft Rechts entstehen kann. Gleichwohl ist das (intrapersonale) Innenrecht vom (interpersonalen) Außenrecht zu unterscheiden, da es auf andere Strukturen trifft und daher unterschiedliche Regelungen erfordert (grundlegend und weiterführend H.H. Rupp, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, 1965, S. 19 ff.).

- Kommunalverfassungstreit (vgl. 2. Teil, 2. Kapitel, IV. 5. b))
- b) Öffentlich-rechtlich
 - aa) Behördliche Hausverbote

Behördliche Hausverbote

Behördliche Hausverbote wurden früher teilweise als Ausübung privatrechtlicher Besitz- und Eigentumsrechte (§§ 859 ff., 903, 1004 BGB) interpretiert und daher als **privatrechtlich** angesehen. Die (noch) herrschende Rechtsprechung differenziert nach dem **Zweck des Besuchers** (vgl. etwa OVG Münster, NJW 1995, S. 1573). Geht es dem Adressaten eines Hausverbotes um die Erledigung öffentlich-

rechtlicher Angelegenheiten, soll das Verbot öffentlich-rechtlichen Charakter tragen. Erfolgt das Verbot im Rahmen privatrechtlicher Rechtsbeziehungen, wird es dem Privatrecht unterstellt. Angeknüpft wird also an die Rechtsnatur des Hauptaktes. Beide Ansichten vermögen nicht zu überzeugen. Zweck des Behördenhausrechts ist es, die Funktionsfähigkeit der Verwaltung, d.h. die ungestörte Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben in einem räumlich geschützten Bereich, sicherzustellen. In Räumlichkeiten, die dem Gemeingebrauch, Anstaltsgebrauch oder Verwaltungsgebrauch dienen, geht es der Verwaltung aber immer nur um öffentlich-rechtliche Aufgabenerfüllung. Auf die Eigentums- oder Besitzverhältnisse kommt es nicht an, da sich die Störung nicht gegen das Eigentum oder den Besitz richtet. Die Anknüpfung an den Hauptakt hilft nicht weiter, wenn es an einem Hauptakt fehlt (z.B. weil sich der Störer nur im Gebäude aufwärmen will), sowohl öffentlich-rechtliche als auch privatrechtliche Beziehungen angeknüpft werden sollen oder der Störer in dem einen Rechtskreis tätig werden will, die Störung aber den anderen Rechtskreis betrifft. Im übrigen bewirkt nicht die öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Tätigkeit des Bürgers, sondern nur ein Verhalten bei Gelegenheit dieser Tätigkeit den Ausschluß. Ferner kann ein öffentlich-rechtliches Zugangsrecht bestehen (etwa das Recht zur Benutzung der kommunalen öffentlichen Einrichtungen). Ein privatrechtliches Verbot ist aber nicht in der Lage, einen öffentlich-rechtlichen Anspruch zunichte zu machen. Mit der neueren Rechtsprechung und heute überwiegenden Meinung im Schrifttum ist daher davon auszugehen, daß ein Hausverbot in den genannten Fällen **immer öffentlich-rechtlichen Charakter** hat. Dementsprechend ist das Hausverbot auch dann dem öffentlichen Recht zuzuordnen, wenn es sich gegen einen Fotografen, der im Standesamt tätig werden will, gegen einen Besucher kommunaler öffentlicher Einrichtungen mit privatrechtlicher Nutzungsordnung, gegen einen Kunden der Sparkasse oder gegen Obdachlose im Rathaus richtet. Privatrechtlich zu beurteilen sind allein Hausverbote, die sich auf Sachen des „Finanzvermögens“ (z.B. vermietete Häuser einer Kommune) oder auf Räumlichkeiten beziehen, die von einer Eigengesellschaft oder sonstigen j.P. des Privatrechts genutzt werden. (Ehlers, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, § 40 Rn. 301)

Exkurs: Das Hausverbot ist materiell rechtmäßig erlassen worden, wenn es der Abwehr von Störungen der Verwaltungstätigkeit dient, das Verhalten des Betroffenen nicht (z.B. durch Grundrechte) gerechtfertigt war und der das Hausrecht Ausübende sein Ermessen ordnungsgemäß ausgeübt hat, insbesondere sich das Verbot an den richtigen Adressaten wendet (vgl. Ehlers, NwVBl. 1988, S. 122 (124 ff.)).

- bb) Anspruch auf Widerruf und / oder Unterlassung ehrverletzender Äußerungen

Anspruch auf Widerruf und / oder Unterlassung ehrverletzender Äußerungen

Ein solcher Anspruch könnte als zivilrechtlich (§§ 1004, 823 I BGB analog: Die analoge Anwendung des § 1004 BGB ergibt sich daraus, daß diese Vorschrift unmittelbar nur für das Eigentum gilt, ehrverletzende Äußerungen aber das allgemeine Persönlichkeitsrecht (ein sonstiges Recht i.S.d. § 823 I BGB) betreffen - sog. „actio quasi negatoria“ (vgl. Medicus, Bürgerliches Recht, Rn. 628)) oder öffentlich-rechtlich (Folgenbeseitigungsanspruch, öffentlich-rechtlicher Unterlassungsanspruch) zu qualifizieren sein.

I. Ansatzpunkt

Der Widerrufs- bzw. Unterlassungsanspruch teilt die Rechtsnatur des (staatlichen) Handelns, das abgewehrt werden soll.

II. Fallgruppen

1. Unstreitig

- a) Der Beamte äußert sich rein privat („Stammtisch“).

=> Privatrechtlicher Abwehranspruch gegen den Beamten persönlich

b) Der Beamte äußert sich in amtlicher Eigenschaft und es besteht ein Sachzusammenhang zu öffentlich-rechtlichem Handeln.

=> Öffentlich-rechtlicher Abwehranspruch gegen den Staat, dem das Verhalten des Beamten zugerechnet wird

2. Streitig

- Der Beamte äußert sich in amtlicher Eigenschaft und es besteht ein Sachzusammenhang zu privatrechtlichem Handeln.

1. A.: Alle amtlichen Äußerungen eines Beamten sind als öffentlich-rechtlich zu bewerten.

=> Öffentlich-rechtlicher Abwehranspruch gegen den Staat, dem das Verhalten des Beamten zugerechnet wird

2. A.: Äußerungen im Zusammenhang mit fiskalischen Hilfsgeschäften (Bedarfsdeckung) und erwerbswirtschaftlicher Betätigung sind privatrechtlich zu bewerten.

- Für diese Ansicht spricht, daß sie differenzierter ist.

=> Privatrechtlicher Abwehranspruch gegen den Staat, dem das Verhalten des Beamten zugerechnet wird

III. Keine Zurechnung bei „Exzeß“handlungen ?

Die früher h.L. sah in ehrverletzenden Behauptungen, Beleidigungen usw. einen „Exzeß“, ein „Verlassen der öffentlichen Funktion“. Nach heute h.A. kann es nicht auf den Grad der Diskriminierung, der Unwahrheit und der Ehrkränkung als solche ankommen, sondern nur darauf, ob der Amtsträger in einer öffentlichen Funktion gehandelt hat. Vgl. Hufen, VwPrR, § 11 Rn. 55 f.; Maurer, VwR AT, § 3 Rn. 23.

IV. Sonderproblem: Unterlassungs- / Widerrufsanspruch bei Ehrverletzungen durch den Rundfunk

1.A.: Öffentlich-rechtlich (Maurer, VwR AT, § 3 Rn. 23; Ehlers, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, § 40 Rn. 403; VGH München, DVBl. 1994, S. 642 ff.).

2.A.: Zivilrechtlich (BGHZ 66, 182; BVerwG, DVBl. 1994, S. 1245).

cc) Realakte im übrigen

Rechtliche Einordnung von Realakten im übrigen

Realakte sind grundsätzlich dann als öffentlich-rechtlich zu qualifizieren, wenn sie sich mit Maßnahmen in Verbindung bringen lassen, die sich nach dem öffentlichen Recht bestimmen. Beispiele:

I. Abwehr von öffentlichen Einwirkungen, insbesondere Immissionen

Maßgebend für die Zuordnung zum Öffentlichen Recht oder zum Privatrecht ist, ob die Störung gerade durch die Erfüllung des öffentlichen Zwecks (z.B. im Rahmen der Daseinsvorsorge) bewirkt wird oder in

unmittelbarem funktionalen Zusammenhang mit diesem Zweck steht. In diesem Fall richtet sich der Anspruch nicht gegen den „Staat als Nachbarn“, sondern gegen die negativen Folgen der hoheitlichen Tätigkeit selbst. Ansprüche auf Einschränkung der Widmung, Unterlassung, Nutzungsbegrenzung usw. gehören dann zum öffentlichen Recht und sind durch Unterlassungsklage vor den Verwaltungsgerichten geltend zu machen (z.B. Feuerwehrsirene, Kinderspielplatz, Gestank einer Kläranlage). Handelt es sich dagegen um Einwirkungen, die nicht spezifisch mit der Realisierung eines Gemeinwohlzwecks verbunden sind, sondern von dem im staatlichen Eigentum stehenden Grundstück ausgehen wie von einem im Eigentum eines Privaten stehenden Nachbargrundstücks auch (Laubabfall, Wurzeln), ist der Abwehranspruch ein zivilrechtlicher.

Wichtig: Hat der öffentliche Entscheidungsträger eine öffentliche Einrichtung einem Dritten zur Nutzung überlassen, so kann der öffentlich-rechtliche Anspruch nur auf eine Einwirkung auf diesen Dritten gehen. Der Abwehranspruch gegen den eigentlichen Störer richtet sich dann gegen den jeweiligen Privaten und ist vor dem ordentlichen Gericht einzuklagen. (vgl. Hufen, VwPrR, § 11 Rn. 54)

II. Fahrt eines Beamten mit einem Kfz aus dienstlichen Gründen

1. A.: Es ist auf den Zusammenhang und die Zielsetzung der Teilnahme am allgemeinen Verkehr abzustellen.

⇒ Öffentlich-rechtlich, wenn sie zur Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben erfolgt (z.B. Bürgermeister fährt zu einer dienstlichen Besprechung über polizeirechtliche Fragen zum Landrat)

⇒ Privatrechtlich, wenn sie der Erledigung fiskalischer und / oder erwerbswirtschaftlicher Geschäfte dient (z.B. Bürgermeister fährt zu einem Bürger, um mit diesem einen Kaufvertrag über ein für die Gemeinde zu erwerbendes Grundstück abzuschließen)

2. A.: Die Dienstreise ist als Teilnahme am allgemeinen Straßenverkehr grundsätzlich dem Privatrecht zuzuordnen. Eine öffentlich-rechtliche Tätigkeit ist nur in den Fällen des § 35 StVO anzunehmen (vgl. Maurer, VwR AT, § 3 Rn. 22).

III. Auskunft

- Eine Auskunft der Strafvollzugsbehörde ist dem öffentlichen Recht zuzuordnen (vgl. VGH Mannheim, NJW 1997, S. 1866).

dd) Öffentlich-rechtlicher Vertrag

Die Zuordnung von Verwaltungsverträgen zum öffentlichen oder privaten Recht

Nach h.M. bestimmt sich die Rechtsnatur des Vertrages nach dessen **Gegenstand**. Dies wird insbesondere aus § 54 S. 1 VwVfG (NW) hergeleitet. Der Gegenstand des Vertrages soll öffentlich-rechtlicher Art sein, wenn der Vertrag „auf von der gesetzlichen Ordnung öffentlich-rechtlich geregelte Sachverhalte“ einwirkt (sog. **Vorordnungslehre**). Dies wird insbesondere angenommen, wenn eine Norm des öffentlichen Rechts ausdrücklich zum Abschluß öffentlich-rechtlicher Verträge ermächtigt oder das öffentliche Recht den Vertrag im einzelnen normiert. Eine andere Variante der Gegenstandslehre stellt auf die durch den Vertrag begründeten bzw. mit ihm verknüpften Rechtsfolgen (Beziehungen) ab. Fehlt es an einer Vorordnung, kommt der Verwaltung nach h.M. Wahlfreiheit zu, wobei die Vermutung für öffentlich-rechtliches Vertragshandeln sprechen soll, da sich die Verwaltung zur Erfüllung ihrer Aufgaben im Zweifel ihres Sonderrechts bediene.

Steht fest, daß eine vertragliche (Leistungs-) Verpflichtung der Verwaltung dem öffentlichen Recht zuzuordnen ist, wirkt sich dies auf die Gegenleistungsverpflichtung des Bürgers aus, die bei isolierter Betrachtungsweise genauso gut privatrechtlich qualifiziert werden könnte (wie z.B. die Verpflichtung zur Zahlung eines bestimmten Geldbetrages). Die Aufspaltung solcher Verträge in einen öffentlich-rechtlichen und einen privatrechtlichen Teil ist mit der ganz h.M. abzulehnen. Die Anerkennung gemischt öffentlich-rechtlicher / privatrechtlicher Verträge hätte zur Folge, daß sich die Zulässigkeit und Ausgestaltung des Vertrages nach unterschiedlichen Vorschriften bestimmt. Eine vertraglich geregelte Leistung kann aber nicht anders beurteilt werden als die nach dem Willen der Vertragsschließenden mit ihr verkoppelte Gegenleistung. Dieses Verständnis liegt auch § 56 VwVfG (NW) zugrunde, weil die Vorschrift davon ausgeht, daß die Gegenleistung des Bürgers, die für sich genommen privatrechtlich erbracht werden könnte, Bestandteil des öffentlich-rechtlichen Vertrages ist. Der Annahme eines sog. Mischvertrages stehen auch prozessuale Gründe entgegen (ordentliche Gerichte => Verhandlungsgrundsatz; Verwaltungsgerichte => Amtsermittlungsgrundsatz). Die Ablehnung gemischtrechtlicher Konstruktionen schließt zusammengesetzte Verträge nicht aus. Darunter werden selbständige vertragliche Regelungen verstanden, die äußerlich in einem Vertragswerk zusammengefaßt worden sind. (Ehlers, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, § 40 Rn. 307 ff.)

ee) Zwei-Stufen-Theorie

(1) Subventionen

Die Zwei-Stufen-Theorie bei Subventionen

I. Begriff der Subvention

- öffentliche Mittel
- an Private
- mindestens z.T. ohne Gegenleistung
- zur Förderung gesellschaftspolitischer Zwecke
- vgl. auch § 264 VI StGB (Legaldefinition im Bereich des Strafrechts)

II. Vergabe

1. Einstufige Gewährung
 - a) Durch VA in den Fällen der sog. verlorenen Zuschüsse (Auszahlung dann nicht zweite Stufe, sondern lediglich Vollzug des VA; unstr.)
 - b) Durch öffentlich-rechtlichen Vertrag (str.)
2. Zweistufige Gewährung nach der sog. Zwei-Stufen-Theorie
 - a) 1. Stufe: Über das „ob“ wird öffentlich-rechtlich (durch VA) entschieden. Dies gilt auch dann, wenn eine private Stelle, z.B. eine Bank, in die Mittelvergabe eingeschaltet wird.
 - Die Bindung der Verwaltung an öffentlich-rechtliche Normen, insbesondere an Art. 3 I GG, soll eine gleichmäßige, d.h. willkürfreie Vergabe von staatlichen Leistungen sicherstellen.

- Der VA ermöglicht(e) verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz, da vor dem 1.1.1960 (Inkrafttreten der Generalklausel der VwGO) die Qualifizierung als VA nicht nur Klageart bestimmend, sondern rechtswegeröffnend gewesen ist.
- b) 2. Stufe: Das „wie“ wird i.d.R. privatvertraglich (ausnahmsweise durch verwaltungsrechtlichen Vertrag) geregelt (Dogma der Formenwahlfreiheit der Verwaltung). Beachte: Soweit aber keine entgegenstehenden Anhaltspunkte vorhanden sind, ist davon auszugehen, daß sich die Verwaltung bei der Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben der Handlungsformen des Öffentlichen Rechts bedient und sich nicht ins Privatrecht be- gibt (BGH, NVwZ 1985, S. 517).
- 3. Kritik an der Zwei-Stufen-Theorie (vgl. Ehlers, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, § 40 Rn. 258 f.)
 - Das rechtsstaatliche Anliegen hat sich überholt.
 - Die Zwei-Stufen-Theorie verkompliziert (im Gegenteil) den Rechtsschutz:
 - Unnatürliche Aufspaltung eines einheitlichen Lebensvorgangs mit Geltung unterschiedlicher materiellrechtlicher (VwVfG - BGB) und verfahrensrechtlicher Anforderungen (Amtsermittlungsgrundsatz im Verwaltungs-, Verhandlungsgrundsatz im Zivilprozeß)
 - Keine saubere Trennung der Ebenen möglich
 - Aber: Soweit im geltenden Recht Stufung angelegt (§ 102 II. WoBauG; § 8 GO NW i.V.m. Formenwahlfreiheit bei der Ausgestaltung („wie“)) ist, stößt die prinzipiell be- rechtigte dogmatische Kritik an (unüberwindbare) normative Grenzen.

III. Sonstiges

- Beachte: Die positive oder negative Konkurrentenklage bezieht sich auf die 1. Stufe.
- Die Rechtsnatur der von der Behörde vorgenommenen teilweisen Rückgängigmachung der Subventionsbewilligung hängt von der rechtlichen Qualifizierung der Bewilligung ab. War die Zuschußbewilligung öffentlich-rechtlich erfolgt, trifft dies auch für ihre Aufhebung als actus contrarius zu.

III. Literatur zur Problematik von Subventionen

1. Maurer Allgemeines Verwaltungsrecht 12. Auflage 1999 § 17 C Einführung und Grundlagen
2. Ehlers, Gew Arch 1999 S. 305 ff (vertiefend)

(2) Anstaltsnutzung (vgl. unten 2. Teil, 2. Kapitel, VII. 1.)

Die Benutzung einer öffentlichen Einrichtung (§ 8 GO NW)

I. Anspruchsgrundlage für das “Ob”

II. Formelle Voraussetzungen

III. Materielle Voraussetzungen

1. Einwohner (§ 8 II GO NW) oder sog. Forensen (§ 8 III GO NW)

2. Öffentliche Einrichtung, wenn

- sachliche Grundlage
- erforderlich für öffentliche Aufgabe
- Widmung

3. Rechtliche Grenzen: Benutzung

- im Rahmen der Widmung
- keine Gefahr für Einrichtung
- keine Gefahr für die öffentliche Sicherheit

4. Faktische Grenzen

- Kapazität
- Bedingtes Auswahlermessen

IV. Rechtsweg bei privatrechtlich organisierten Einrichtungsträgern

- Beispiel: Stadthallen-GmbH

1. Klage gegen den privatrechtlich organisierten Einrichtungsträger

=> § 13 GVG (vgl. BVerwG, NVwZ 91, 59)

2. Klage gegen die Gemeinde

- sog. Verschaffungsanspruch (vgl. BVerwG, NJW 90, 134/135)

=> § 40 I 1 VwGO

ff) Verwaltungsprivatrecht

Verwaltungsprivatrecht

I. Begriff

- Verwaltungsprivatrecht ist das öffentlich-rechtlich überlagerte und gebundene Privatrecht, das der Verwaltung bei der Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben zur Verfügung steht (vgl. Wolff/Bachof, VwR AT I, 9. Aufl. 1974, § 23 II b). Mit Verwaltungsaufgaben sind nur solche der sog. Daseinsvorsorge gemeint. Davon zu unterscheiden sind die erwerbswirtschaftliche Betätigung sowie die sog. fiskalischen Hilfsgeschäfte.

II. Hintergrund

- Die Befugnis der Verwaltung, Verwaltungsaufgaben in der Form des Privatrechts zu besorgen (sog. Dogma der Formenwahlfreiheit; vgl. v. Danwitz, JuS 199), ist nicht unproblematisch. Sie läßt sich allenfalls damit rechtfertigen, daß im öffentlichen Recht geeignete Rechtsformen für die Leistungsvergabe (noch) fehlen, während das stärker ausdifferenzierte Privatrecht passende Rechtsfiguren bereithält. Gegen dieses Dogma spricht, daß es dem Sinn der Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht widerspricht, wenn der Verwaltung in so weitgehendem Ausmaße die Befugnis eingeräumt wird, über den Geltungsbereich des öffentlichen und privaten Rechts selbst zu befinden. Das öffentliche Recht ist das zur Ermöglichung, Steuerung und Kontrolle staatlichen Handelns geschaffene Amtsrecht des Staates. Der Staat darf sich diesem Amtsrecht nicht nach Belieben entziehen. Vielmehr entscheidet das öffentliche und private Recht selbst über seinen Geltungsbereich. Eine Formenwahl-“Freiheit“ der Verwaltung kann es daher nur geben, wenn und soweit sie sich aus dem positiven Gesetzesrecht oder zumindest aus Gewohnheitsrecht herleiten läßt (so etwa Ehlers, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/ Pietzner, VwGO, § 40 Rn.269). Nach h.M. soll die Verwaltung über die Inanspruchnahme privatrechtlicher Rechts- und Handlungsformen nach Ermessen entscheiden können. Feststeht, daß dogmatische Grundlage nicht der Grundsatz der Privatautonomie sein kann, denn dem ausschließlich dem Gemeinwohl verpflichteten Staat ist es verwehrt, seine Zwecke privatautonom, d.h. nach Belieben zu setzen. Verfassungsrechtlich haltbar ist der privatrechtliche Modus der Erfüllung im übrigen nur deshalb, weil elementare öffentlich-rechtliche Bindungen (Grundrechte, insbesondere Art. 3 I GG, Übermaßverbot) auch hier bestehen.

III. Voraussetzungen

- Verwaltungsträger
- erfüllt in privatrechtlicher Form
- öffentliche Aufgabe (aus Gesetz wie Art. 28 II GG - Daseinsvorsorge)
- unmittelbar
- gegenüber dem Bürger

IV. Folge

- Es gelten:

- Grundrechte, insbesondere Art. 3 I GG [Dagegen sollen im Rahmen der erwerbswirtschaftlichen Betätigung sowie der fiskalischen Hilfsgeschäfte der Verwaltung die Grundrechte nur mittelbar gelten („mittelbare Drittwirkung“ der Grundrechte, str.)]
- Verbot sachwidriger Koppelung

V. Rechtsweg

1.A.: Immer Zivilrechtsweg (BVerwG und h.A.)

2.A.: Zivilrechtsweg, wenn der Bürger privatrechtliche Ansprüche (z.B. pVV, §§ 459 ff. BGB) geltend macht; Verwaltungsrechtsweg, wenn der Bürger die Verletzung öffentlich-rechtlicher Bindungen (z.B. der Grundrechte) geltend macht.

III. Nicht verfassungsrechtlicher Art

- Eine Streitigkeit verfassungsrechtlicher Art i.S.d. § 40 I 1 VwGO ist nur gegeben, wenn Verfassungsorgane des Staates oder verfassungsrechtlich verselbständigte Teile von ihnen um ihre staatsverfassungsrechtlichen Rechte und / oder Pflichten, d.h. um Positionen des Grundgesetzes oder der Landesverfassung, streiten (vgl. Schoch, JuS 1987, S. 783 (785); sog. „**doppelte Verfassungsunmittelbarkeit**“; nach OVG Münster, DVBl. 1994, S. 124 soll es dagegen auf die Eigenschaft der Streitbeteiligten als Verfassungsorgane nicht ankommen.).
- Zum sog. Kommunalverfassungsverstreit, der kein Streit um Verfassungsrecht ist, vgl. 2. Teil, 2. Kapitel, IV. 5 b).

IV. Sonderprobleme

1. § 17 II GVG
2. Die Aufrechnung im Prozeß

Die Aufrechnung im Prozeß**I. Rechtsnatur**

- Die Aufrechnungserklärung als Rechtsgeschäft ist nach h.M. eine privatrechtliche oder öffentlich-rechtliche, rechtsgestaltende Willenserklärung, deren Voraussetzungen und Wirkungen in §§ 387 ff. BGB (analog) geregelt sind (vgl. BVerwGE 66, 218 (220); E 77, 19 (21 f.); BVerwG, DVBl. 1986, S. 146; BFH, NVwZ 1985, S. 1118 (1119 f.)).
- Nach a. A. sollen öffentlich-rechtliche Aufrechnungserklärungen im Sozial- und Steuerrecht Verwaltungsakte sein (vgl. Ehlers, JuS 1990, S. 777 mit Fn. 6; neuerdings wieder BSG, NJW 1997, S. 3397; vgl. dagegen überzeugend und sehr lesenswert VGH München, NJW 1997, S. 3392 ff.).

II. Geltendmachung im Prozeß

- Geltendmachung der erklärten Aufrechnung im Prozeß als rechtsvernichtende Einrede (Prozeßhandlung, Tatsachenbehauptung, Verteidigungsmittel - vgl. § 173 VwGO i.V.m. §§ 277 I, 282, 296, 296 a, 527, 528, 530 II ZPO).
 1. Die Aufrechnungsforderung wird nicht rechtshängig.
 2. Die Rechtskraft der gerichtlichen Entscheidung erstreckt sich dennoch auf sie (vgl. § 322 II ZPO).
 3. Problem: Aufrechnung mit rechtswegfremder Forderung (vgl. dazu VGH Mannheim, NJW 1997, S. 3394 f.)
 - a) Materiellrechtlich unproblematisch zulässig
 - b) Problematisch und streitig ist allein, ob das VG die erklärte Aufrechnung im Prozeß berücksichtigen darf.
 - aa) Unstreitig: Forderung ist bereits rechts- oder bestandskräftig festgestellt worden (vgl. BVerwGE 77, 19 (24); BFH, NVwZ 1987, S. 263).

=> Aufrechnung muß im Prozeß berücksichtigt werden.
 - bb) Streitig: Berücksichtigung umstrittener Forderungen
 - (1) Früher h.M.: Keine Entscheidungsbefugnis des VG, Aussetzung nach § 94 VwGO (analog) (vgl. BVerwGE 77, 19 (24 ff.)) oder Vorbehaltsurteil nach § 173 VwGO i.V.m. § 302 ZPO (VGH München, BayVBl. 1982, S. 245 f.).
 - (2) Problematisch, ob § 17 II 1 GVG Änderung gebracht hat (sehr streitig).
 - (a) Erste Ansicht: Ausweitung des Prüfungsumfangs (vgl. Schenke/Ruthig, NJW 1992, S. 2505; VGH Kassel, NJW 1995, S. 1107).
 - Wortlaut
 - Gleichwertigkeit der Rechtswege
 - Vorfragenkompetenz
 - (b) Zweite Ansicht: Prüfungskompetenz des VG weiterhin nicht gegeben (vgl. VGH Kassel, NJW 1994, S. 1488; offengelassen von BVerwG, NJW 1993, S. 2255; NJW 1994, S. 2968).
 - Aufrechnung ist selbständiges Gegenrecht, das neuen Streitgegenstand hinzufügt. Dies läßt sich im Umkehrschluß zu § 322 I ZPO aus § 322 II ZPO schließen.

16 B. Anfechtungsklage, § 42 I 1. Alt. VwGO

I. Zulässigkeit

1. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs, vgl. oben A.
2. Statthafte Klageart

- Beachte §§ 88, 86 III VwGO

17 a) Statthaft gegen VA (§ 35 VwVfG; str., ob damit nur das BVwVfG gemeint sein kann)

- Legaldefinition (§ 35 S. 1 VwVfG): Jede Verfügung, Entscheidung oder andere hoheitliche Maßnahme, die eine Behörde zur Regelung eines Einzelfalles auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist.

aa) Behörde (vgl. § 1 II VwVfG NW, § 1 IV VwVfG), nicht

- Privatpersonen (Ausnahme: Beleihung)
- Gesetzgebung
- Rechtsprechung
- Regierung
- Für die letzten drei Fallgruppen gilt dies, soweit die Tätigkeit nicht funktionell dem Verwaltungsrecht zuzurechnen ist (vgl. Maurer, VwR AT, § 9 Rn. 24).

bb) Gebiet des öffentlichen Rechts (s.o. unter A. zur Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges)

18 cc) Regelung

(1) Begriff

- Regelung ist eine rechtsverbindliche Anordnung, eine Willenserklärung, die auf die Setzung einer Rechtsfolge gerichtet ist.

(2) Abgrenzungen

(a) Realakt, insbesondere Auskunft

Stellen die Auskunft oder die Entscheidung über die Erteilung einer Auskunft einen VA dar ?

I. Die Auskunft selbst

- Im Gegensatz zur Zusage fehlt der Auskunft der behördliche Wille zur Selbstverpflichtung. Sie stellt eine bloße, rein informatorische Mitteilung über tatsächliche Umstände oder rechtliche Verhältnisse dar. Die Auskunft als bloße Wissensmitteilung ist mangels Regelungscharakters kein VA.

II. Die verselbständigte vorgeschaltete Entscheidung über die Auskunft

- Vor Erlass der VwGO, d.h. vor Erlass der Generalklausel des § 40 I 1 VwGO, konstruierte die ganz h.A. zur Ermöglichung effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 IV GG) einen VA, da nur gegen Verwaltungsakte Rechtsschutz eröffnet war. Seitdem herrscht diesbezüglich Streit:
 1. A.: Nie VA.
 - Das rechtsstaatliche Anliegen hat sich erledigt, weshalb die künstlich erscheinende Konstruktion nicht mehr erforderlich ist.
 2. A.: Differenzierung (BVerwG): Maßgeblich ist das einschlägige materielle Recht.
 - Früher: VA (+), wenn Auskunft im Ermessen der Behörde steht
 - Heute: VA (+), wenn der Schwerpunkt auf der Entscheidung über den Realakt und nicht auf dem Realakt selbst liegt. Dies ist dann der Fall, wenn die Behörde im Einzelfall prüfen muß, ob ein Auskunftsanspruch besteht. (Beispiel: Existenz von öffentlich-rechtlichen Gegengründen ist zu prüfen, z.B. § 14 II VSG NW; anders, wenn das Bestehen eines Anspruchs nicht zweifelhaft ist, z.B. § 34 I MeldeG NW. Teilweise wird darauf abgestellt, ob ein formalisiertes Entscheidungsverfahren vorausgeht.)

19

- (b) Zusicherung (§ 38 I VwVfG (NW)) und Zusage (vgl. Weides, Verwaltungsverfahren und Widerspruchsverfahren, S. 41 ff.)

Die Zusicherung, § 38 I VwVfG (NW)

I. Begriff

- Die Zusage ist das verbindliche Versprechen der zuständigen Behörde, eine bestimmte Verwaltungsmaßnahme vorzunehmen oder zu unterlassen. Entscheidend ist der Bindungswille der Behörde. Damit ist zugleich der Unterschied zur Auskunft bezeichnet, die als Information (nur) eine sog. *Wissenserklärung* ist, wohingegen die Zusage eine *Willenserklärung* darstellt. Die Zusicherung ist nach der Legaldefinition des § 38 I VwVfG (NW) ein Unterfall der Zusage, nämlich diejenige Zusage, die sich auf den Erlass oder Nichterlass eines VA bezieht.

II. Rechtsnatur

1. A.: VA (+) (vgl. BVerwGE 49, 244 (248) bzgl. Zusage; BVerwG, NJW 1986, S. 2267 bzgl. Zusicherung)
 - In dem verpflichtenden Charakter der Zusage ist die Regelung zu sehen.
2. A.: VA (-) (vgl. Erichsen, VwR AT, § 11 Rn. 29)
 - Die Zusage enthält noch keine Regelung, sondern stellt erst eine solche in Aussicht.
 - § 38 II VwVfG (NW): „entsprechende Anwendung“ einiger Vorschriften über den VA.

20

- (c) Öffentlich-rechtlicher Vertrag

Die Abgrenzung zustimmungsbedürftiger VA - verwaltungsrechtlicher Vertrag

Der zur Abgrenzung maßgebende Anknüpfungspunkt ist streitig. Da „Regelung“ i.S.d. § 35 S. 1 VwVfG (NW) undifferenziert Setzung von Rechtsfolgen bedeutet, gleichviel, ob die Rechtsfolge Ergebnis eines einseitigen Akts oder aber Ergebnis korrespondierender Willenserklärungen ist, ist die Abgrenzung VA / Vertrag bei diesem Merkmal allein wohl nicht zu lokalisieren. Plausibel erscheint, die Tatbestandsmerkmale „Regelung“ und „von einer Behörde“ zu verkoppeln und den VA als einseitige Regelung anzusehen. Einseitig soll die Regelung der Dinge nach ganz herrschender Sicht der Dinge dann sein, wenn der Bürger auf deren Inhalt keinen Einfluß nehmen kann. Umgekehrt soll ein Vertrag vorliegen, wenn beide Parteien (möglichst gleichberechtigt) am „Wie“ der Regelung beteiligt sind. Diese Vorstellung beruht auf dem fast schon nostalgisch verklärten Bild gleichstarker Individuen, gehört in die (ideologische) Gedankenwelt des 19. Jahrhunderts und ist bereits im Zivilrecht längst desavouiert (vgl. etwa die Fülle arbeitsrechtlicher Schutzgesetze, Art. 9 III 2 GG sowie das AGBG und die Verbraucherschutzgesetze, deren Existenz Ausdruck gestörter Vertragsparität ist). Vollends zur Fiktion gerät die Vorstellung gleichstarker Partner dann, wenn der Staat im Spiel ist (nicht ohne Grund hatte die Verwaltungsrechtsdogmatik große Vorbehalte gegen die (rechtliche) Daseinsberechtigung der Handlungsform des verwaltungsrechtlichen Vertrages).

Letztlich wird man daher die Abgrenzung dannach zu treffen haben, ob die Mitwirkungshandlung des Bürgers Tatbestands- bzw. Existenzvoraussetzung (dann Vertrag) oder nur Rechtmäßigkeitsvoraussetzung sein soll (dann mitwirkungsbedürftiger VA).

(3) Sonderprobleme

21

(a) Der mehrstufige VA

Der mehrstufige VA

I. Begriff

In einem Verfahren, an dessen Ende die Erteilung oder Ablehnung eines VA steht, wirkt außer der entscheidenden Behörde noch mindestens eine weitere Behörde mit (vgl. Weides, *Verwaltungsverfahren und Widerspruchsverfahren*, 3. Aufl., S. 28 f., 102 ff.).

II. Ist der Mitwirkungsakt ein VA ?

- Verortung bei der Frage nach der statthaften Klageart

1. Regelung ?

a) Eine Regelung ist zu bejahen, wenn der Mitwirkungsakt für die Genehmigungsbehörde (= Ausgangsbehörde) bindend ist, was nach Wortlaut und Systematik der Rechtsgrundlage zu entscheiden ist.

- Regelung (+), wenn Wortlaut „mit Zustimmung“, „im Einvernehmen“, „auf Vorschlag“

- Regelung (-), wenn Wortlaut „Anhörung“, „Beteiligung“, „Stellungnahme“, „Benehmen“

- b) Beachte: Wenn die entscheidende Behörde die Verweigerung der Zustimmung, an die sie gebunden ist, für rechtswidrig hält, kann sie die Rechtsaufsichtsbehörde der mitwirkenden Behörde anrufen, d.h. remonstrieren.

2. Außenwirkung ?

- Entscheidend ist, ob die Regelung auf Außenwirkung *gerichtet* ist.
- Früher stellte das BVerwG gesetzestreu auf die Prüfungsbereiche von entscheidender und mitwirkender Behörde ab. Bei „inkongruenten Prüfungsbereichen“ sollte das Außenrechtsverhältnis betroffen sein. Die Prüfungsbereiche waren dann nicht deckungsgleich, wenn die mitwirkende Behörde hinsichtlich bestimmter Gesichtspunkte eine eigenverantwortliche, insoweit letztverbindliche Prüfung durchführte.
- Heute geht das BVerwG zutreffend von der jeweils maßgeblichen Vorschrift aus und fragt danach, ob mit der Statuierung des Mitwirkungserfordernisses (lediglich) das Innenverhältnis zwischen den Behörden oder ein Außenrechtsverhältnis zwischen mitwirkender Behörde und Bürger geregelt werden sollte (vgl. auch OVG Münster, DVBl. 1985, S. 1247 (1248)). Bei Auslegungszweifeln ist im Hinblick auf unkomplizierten Rechtsschutz (Art. 19 IV GG) letzteres nur ausnahmsweise anzunehmen. Bejaht man den VA-Charakter der Zustimmung bzw. ihrer Verweigerung usw., könnte dieser VA bestandskräftig werden, wenn man keinen Rechtsbehelf dagegen einlegte. Erforderlich wären dann zwei Widerspruchsverfahren und insbesondere zwei Klagen, wobei in NRW eine Klagehäufung nach § 44 VwGO nicht in Betracht kommt, da zwei unterschiedliche Beklagte betroffen sind.
- Außenwirkung (-) bei: §§ 36 BauGB, 9 II BFernStrG, 21 IV DSchG NW.
- Außenwirkung (+) bei: §§ 9 VIII BFernStrG, 123 II BRRG; außerdem dann, wenn die Ablehnung des Mitwirkungsakts unmittelbar gegenüber dem Bürger erklärt wird

III. Rechtsschutz des Antragstellers

Klage gegen die Genehmigungsbehörde. Die Mitwirkungsbehörde wird nach § 65 II VwGO notwendig beigeladen. Das Urteil kann die fehlende Genehmigung ersetzen (Theorie des richterlichen Gestaltungsakts; vgl. die Parallele im Zivilrecht bei § 462 BGB, wonach wegen der Befugnis des Zivilgerichts, das vom Verkäufer zu Unrecht abgelehnte Einverständnis zur Wandelung zu ersetzen, sofort Klage aus Wandelung zulässig sein soll (vgl. Jauernig-Vollkommer, 8. Aufl. 1997, § 462 Anm. 2 b)). Speziell im Baurecht ist das Problem seit der zum 1.1.1998 eingefügten Vorschrift des § 36 II 3 BauGB entschärft. Danach kann bereits die Aufsichtsbehörde (und nicht erst das Verwaltungsgericht) das Einvernehmen ersetzen). Einer Klage gegen die Mitwirkungsbehörde fehlt zumindest das Rechtsschutzinteresse.

22

(b) Vorsorglicher / vorläufiger VA

Vorsorglicher / vorläufiger VA

I. Vorsorglicher VA

- Vgl. BVerwGE 81, 84 (94); Maurer, VwR AT, § 9 Rn. 63 c

- Spezifikum: bereits gegenwärtig verbindliche Regelung unter dem Vorbehalt der Prüfung nur rechtlicher Voraussetzungen

II. Vorläufiger VA

- Vgl. §§ 11 GastG, 20 PersBefG; BVerwGE 67, 99 ff.; OVG Münster, DÖV 1991, S. 561 f. für vorläufige Subventionsbescheide
- Spezifikum: bereits gegenwärtig verbindliche Regelung, die unter dem Vorbehalt weiterer Sachverhaltsaufklärung steht (vgl. BVerwGE 67, 99 (103 f.))
- Zulässig, da § 36 II Nr. 1, 2 VwVfG (NW) nicht abschließend die Möglichkeiten zeitlich begrenzter Regelungen normiert
- Beachte: für endgültigen Bescheid sind §§ 48, 49 VwVfG (NW) nicht einschlägig; mit dessen Erlaß erledigt sich vorläufiger Bescheid (§ 43 II VwVfG (NW)); daher: VA muß hinreichend bestimmt (vgl. § 37 I VwVfG (NW)) als vorläufiger deklariert werden (vgl. OVG Münster, DÖV 1991, S. 561 (562)).

- 23
- (c) Vorbereitungshandlung
 - (d) Androhung eines VAs und sonstiger Verwaltungsmaßnahmen
 - Grundsätzlich kein VA
 - Ausnahmen u.a.: §§ 63, 69 VwVG NW, § 13 VwVG, §§ 56, 61 PolG NW
 - (e) Polizeiliche Standardmaßnahme
 - (f) Anwendung von unmittelbarem Zwang kein VA (vgl. 2. Teil, 3. Kapitel, V. 2. a))
- 24
- (g) Abgrenzung: Wiederholende Verfügung - Zweitbescheid (vgl. auch unten 1. Teil, C. I. 2. b) bb))

Rechtsnatur der wiederholenden Verfügung

Wenn der Bürger den Erlaß eines bestandskräftig abgelehnten Verwaltungsaktes begehrt, so stellt er genau betrachtet zwei Anträge: einen Antrag auf Wiederaufgreifen des Verfahrens und einen Antrag auf Erlaß des Verwaltungsakts. Dementsprechend sind auch unterschiedliche Entscheidungen möglich. Die Behörde kann:

1. das Wiederaufgreifen des Verfahrens ablehnen (sog. „wiederholende Verfügung“),
2. das Verfahren zwar wieder aufgreifen, aber in der Sache erneut ablehnend entscheiden (sog. „Zweitbescheid“),
3. das Verfahren wieder aufgreifen und in der Sache positiv, dem Antrag entsprechend, entscheiden.

Im Fall (1) wurde allerdings früher und wird z.T. auch heute (z.B. Hufen, VwPrR, § 14, Rn. 28) noch ein bloßer Hinweis auf die ursprüngliche Ablehnung angenommen, der als „Hinweis“ keinen Regelungscharakter habe und daher kein VA sei. Das ist zunächst zu pauschal, denn (zumindest) wird abgelehnt, erneut

ein Verwaltungsverfahren durchzuführen, mit anderen Worten eine verfahrensrechtliche Regelung getroffen. Dies nimmt das BVerwG (vgl. E 44, 333 (335)) zum Anlaß, auch hier einen (verfahrensgestaltenden) VA anzunehmen mit der Konsequenz, daß eine Verpflichtungsklage gerichtet auf das Wiederaufgreifen des Verfahrens gemäß § 51 VwVfG (NW) statthaft ist. Dies ist zweifelhaft, denn § 9 VwVfG (NW) geht wohl davon aus, daß ein VA nicht am Anfang, sondern am Ende eines Verwaltungsverfahrens steht; damit kann ein VA i.S. des § 35 VwVfG (NW) nur eine Sachregelung sein.

- 25 dd) *Gerichtet* auf Außenwirkung
- Problematisch bei
 - (1) Weisungen (zum Rechtsschutz gegen Aufsichtsmaßnahmen vgl. 2. Teil, 2. Kapitel, III.)
 - (2) Sonderrechtsverhältnissen
 - (3) Mehrstufigem VA (vgl. oben 1. Teil, Rn. 21)
- 26 ee) Einzelfall

Probleme der Einzelfallregelung beim VA (§ 35 VwVfG (NW))

A. Individuell-konkrete Regelung: VA (§ 35 S. 1 VwVfG (NW))

- Eine Regelung betrifft einen konkreten Sachverhalt und richtet sich an eine bestimmte Person. Der individuelle Charakter ist auch dann noch anzunehmen, wenn sich die (konkrete) Regelung zwar nicht an eine Person, aber doch an einen individuell bestimmten oder bestimmbaren Personenkreis richtet. Die Grenze zwischen individuell und generell ist nicht numerisch festzulegen, sondern danach zu ziehen, ob der Adressatenkreis zur Zeit des Erlasses der Regelung objektiv feststeht oder nicht, ob er geschlossen oder noch offen und erweiterungsfähig ist. Beispiel: Auflösung einer Versammlung.

B. Generell-abstrakte Regelung: Norm (Satzung, Rechtsverordnung, Gesetz)

C. Problematisch: Zwischenbereich

I. Individuell-abstrakte Regelung: VA (h.M.; OVG NW, OVG 16, 289 f.; Erichsen, VwR AT, § 12 Rn. 45)

- Beispiele: Anordnung gegenüber A, jeweils bei Glatteisbildung zu streuen; Anordnung gegenüber B, jedesmal, wenn das Wasser einen Pegel überschreitet, sein Wehr zu öffnen.
- Betrachtet man diese Beispiele näher, dann stellt sich heraus, daß sie überhaupt keine abstrakten Regelungen darstellen. Dem Betroffenen wird vielmehr eine ganz konkrete Handlungspflicht auferlegt. Die Regelung hat zwar eine gewisse Dauerwirkung und aktualisiert sich auch nur bei Hinzutreten weiterer Umstände; aber das macht sie genauso wenig zu einer abstrakten Regelung wie z.B. das zum Schutze der Nachtruhe an eine Einzelperson gerichtete Verbot, nach 22.00 Uhr zu musizieren.

II. Generell-konkrete Regelung: Allgemeinverfügung (§ 35 S. 2 VwVfG (NW)) und damit VA

- Gemäß § 35 S. 2 1. Alt. VwVfG (NW) genügt es, wenn sich die Regelung an einen nach allgemeinen Merkmalen bestimmten oder bestimmbaren Personenkreis richtet. „Allgemeine Merkmale“ weist ein Personenkreis auf, der gattungsmäßig benannt werden kann. Fraglich ist, wann ein Personenkreis „bestimmbar“ ist. Da § 35 S. 2 VwVfG (NW) die Abgrenzung des Verwaltungsaktes vom Rechtssetzungsakt ermöglichen soll, genügt es den gesetzlichen Anforderungen, wenn zur Zeit des Erlasses der Maßnahme ein bestimmbarer Personenkreis gegeben ist, d.h. er muß nicht abschließend feststehen. Beispiele:
 - Versammlungsverbot
 - Anordnung seuchenpolizeilicher Maßnahmen über Rundfunk (vgl. BVerwGE 12, 87 (89 f.))
 - Widmung (vgl. §§ 2 I BFernStrG, 6 I 1 StrWG NW; OVG Koblenz, NJW 1987, S. 1284 f.) und Benennung und Umbenennung von Straßen (VGH Mannheim, NVwZ 1992, S. 196; OVG NW, NJW 1987, S. 2695)
 - Begründung der Denkmaleigenschaft von Gebäuden (OVG NW, NVwZ 1992, S. 991)

2. Problemfälle

a) Verkehrszeichen (str.)

- Früher vertrat der VGH München die Auffassung, Verkehrsschilder seien Rechtsverordnungen (vgl. NJW 1978, S. 1988; 1979, S. 670; DVBl. 1979, S. 742). Da Verkehrszeichen den Verkehr mittels „Geboten“ und „Verboten“ regeln (so ausdrücklich § 41 I StVO), ist diese Ansicht zwanglos richtig. Genauso gewiß ist aber, daß damit das Straßenverkehrsrecht nicht mehr funktionieren würde. Verkehrsschilder werden nicht vom Bundesverkehrsminister, sondern von den nachrangigen (Landes-) Verkehrsbehörden aufgestellt. Das StVG ermächtigt in § 6 I aber lediglich den Bundesverkehrsminister zum Erlaß von Rechtsverordnungen. Eine Subdelegationsbefugnis (vgl. Art. 80 I 4 GG) fehlt dagegen. Im übrigen ist nicht ersichtlich, wie bei Verkehrsschildern dem Zitiergebot des Art. 80 I 3 GG sollte genügt werden können. Da für Rechtsverordnungen schließlich uneingeschränkt das Nichtigkeitsdogma gelten soll, würde jeder (auch nur formelle) Rechtsverstoß zur Nichtigkeit der im Schild angeordneten Rechtsfolge führen. Die Verkehrsschilder könnten nach allem ihrer Ordnungsfunktion nicht genügen. Daher ist der dogmatisch gequälten, aber seit BVerwGE 27, 181 ff. ständigen und funktionierenden Rechtsprechung des BVerwG (vgl. zuletzt NJW 1997, S. 1021) zu folgen, die eine Allgemeinverfügung annimmt und der sich zwischenzeitlich auch der VGH München angeschlossen hat. Man sollte besser sein Augenmerk darauf legen, ob das entsprechende Schild überhaupt eine Regelung enthält (nicht so Hinweisschilder gemäß § 39 StVO; streitig für Zeichen für Bushaltestelle (dagegen VGH München, BayVBl. 1979, S. 341; dafür VGH Kassel, NJW 1986, S. 2781; VGH Mannheim, NZV 1995, S. 239)).

b) Mitwirkung an Normsetzung, z.B. Genehmigung einer Satzung (vgl. § 10 II BauGB n.F., § 7 I 2 GO NW; BVerwGE 34, 301; E 75, 142)

- Regelung eines Einzelfalles (+), da die Satzung zwar eine Rechtsnorm ist, die Genehmigung sich aber auf eine bestimmte Satzung bezieht. Unproblematisch ist insoweit, daß die Genehmigung bzw. ihre Versagung grundsätzlich keine Außen-

wirkung dem Bürger gegenüber haben, denn das Tatbestandsmerkmal der Außenwirkung i.S.d. § 35 S. 1 VwVfG (NW) ist nicht gleichbedeutend mit Staat-Bürgerverhältnis, sondern bezeichnet lediglich ein Rechtsverhältnis zwischen Rechtssubjekten.

c) Bekanntgabe des Smog-Alarms gem. §§ 40 S. 2, 49 II BImSchG

- Bei „austauscharmer Wetterlage“ ist es verboten, immissionsschutzrelevante Anlagen zu betreiben und mit Kfz zu fahren, letzteres allerdings erst, nachdem die Polizei entsprechende Verkehrszeichen (Zeichen 270 nach § 41 II StVO) aufgestellt hat, wozu sie nach den Smog-Verordnungen verpflichtet ist. Die in den Smog-Verordnungen festgelegten Pflichten und Beschränkungen treten jedoch im Smog-Fall nicht unmittelbar ein, sondern setzen voraus, daß der zuständige Landesminister die „austauscharme Wetterlage“ im Rundfunk bekannt gibt; ferner besteht sie solange, bis das Ende der „austauscharmen Wetterlage“ wieder in gleicher Weise bekannt gegeben wird. Vgl. Maurer, VwR AT, § 9 Rn. 36 a.

1.A.: Bloße Mitteilung einer (Rechts-) Tatsache (vgl. Landmann/Rohmer/Hansmann, UmweltR, Band 1, § 40 BImSchG Rn. 28)

- Die Pflichten und Beschränkungen im Smog-Fall ergeben sich unmittelbar aus der Smog-Verordnung. Die Bekanntgabe selbst enthält keine Regelung, sondern stellt lediglich das Vorliegen eines Sachverhaltes fest, der Tatbestandsvoraussetzung für den Eintritt dieser Pflichten und Beschränkungen ist.

=> Sind die Voraussetzungen des Smog-Falls nicht oder nicht mehr gegeben, kann der Bürger die Aufhebung der Bekanntgabe verlangen und ggf. eine entsprechende Leistungsklage erheben. Ferner ist eine Inzidentprüfung möglich.

2.A.: Je nach Landesrecht (Smog-VO) Rechtsverordnung oder Realakt (Ehlers, DVBl. 1987, S. 972)

- Regelungscharakter (+), da die Rechtslage verbindlich festgestellt wird. Der Adressatenkreis ist noch offen, so daß eine generelle Regelung vorliegt.

3.A.: VA (Jarass, BImSchG, § 40 Rn. 13)

- Feststellender VA mit beschränkter Außenwirkung (da er sich z.T. auch an die Verkehrspolizeibehörden wendet), der trotz seiner deklaratorischen Natur Regelungscharakter hat, weil er die Rechtslage verbindlich feststellt (vgl. § 80 I 2 VwGO).
- Stellt man auf den Regelungsgegenstand ab, so liegt ein Einzelfall vor, nämlich der Smog-Fall, und damit ein VA. Für die Annahme eines VA spricht auch die kurze Zeitdauer der Bekanntgabe, die räumliche Begrenzung und die unmittelbare, nicht weiter zu konkretisierende Wirkung.

27

ff) Ungeschriebene Tatbestandsvoraussetzungen

- Beachte: Außer den in der Legaldefinition des § 35 VwVfG (NW) aufgeführten Merkmalen muß die Maßnahme, um VA zu sein, nach h.M.

- eine abschließende Regelung am Ende eines Verwaltungsverfahrens darstellen (§ 9 VwVfG (NW); Ausnahme: sog. wiederholende Verfügung (vgl. Rn. 24)),
 - in formelle Bestandskraft erwachsen können und
 - nur unter bestimmten Bedingungen abänderbar und aufhebbar sein (vgl. §§ 48 f. VwVfG (NW)).
- Aus diesen Gründen wird von der h.M. die VA-Qualität der Sofortvollzugsanordnung i.S.d. § 80 II 1 Nr. 4 VwGO verneint.

28

b) Einzelprobleme

aa) Anfechtungsklage gegen nichtigen VA

Zur Zulässigkeit einer Anfechtungsklage gegen einen nichtigen VA

Die Anfechtungsklage ist gerichtet auf Erlass eines kassatorischen Gestaltungsurteils (vgl. § 113 I 1 VwGO). Ein solches Urteil kann es streng genommen nur geben bei einem wirksamen VA. Da der nichtige VA aber unwirksam ist (vgl. § 43 III VwVfG (NW)), scheint die Anfechtungsklage in diesem Fall prima vista nicht die adäquate Rechtsschutzform zu sein. Stimmig ist, daß die VwGO hierfür die Nichtigkeits-Feststellungsklage vorsieht (vgl. § 43 I 2. Alt. VwGO). Aus § 43 II 2 VwGO läßt sich jedoch ableiten, daß auch die Nichtigkeits-Anfechtungsklage statthaft sein muß. Hierfür bieten sich zwei Begründungen an. Bisweilen ist (nicht nur für den juristischen Laien) schwierig zu beurteilen, ob ein VA gem. § 44 VwVfG (NW) nichtig oder nur rechtswidrig, aber wirksam ist. Einen Kläger in diesem Fall auf den alleinigen Weg der Feststellungsklage zu verweisen, wäre für diesen riskant. Stellte sich nämlich heraus, daß der VA nur rechtswidrig ist, wäre die Feststellungsklage unbegründet und eine dann zu erhebende Anfechtungsklage in der Regel wegen Versäumung der Widerspruchs- bzw. Klagefrist unzulässig. Ob dem Kläger in allen Fällen über das Institut der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (vgl. §§ 60, 70 II VwGO) zu helfen wäre, ist zweifelhaft. Der einfachere Weg, dem Kläger das Prognoserisiko abzunehmen, besteht darin, die Nichtigkeits-Anfechtungsklage (vorläufig) zuzulassen, bis geklärt ist, ob der VA tatsächlich nichtig ist. Sollte der VA nur rechtswidrig sein, ist die Anfechtungsklage endgültig zulässig. Sollte er nichtig sein, müßte der Kläger nunmehr von der Anfechtungs- auf die Feststellungsklage übergehen (zulässige Klageänderung gem. § 91 VwGO). Sieht man den Grund für die Statthaftigkeit einer Nichtigkeits-Anfechtungsklage hingegen im von einem nichtigen VA ausgehenden Rechtsschein, so bleibt die Anfechtungsklage auch dann statthaft, wenn sich im Prozeß herausstellt, daß der VA tatsächlich nichtig ist.

29

bb) Anfechtungsklage gegen Nicht-Akt (str.)

1. A.: Die Anfechtungsklage ist gegen solche Nicht-VAe zulässig, bei denen das Fehlen der VA-Eigenschaft nicht offensichtlich ist, insbesondere auch VAe, die nicht wirksam bekanntgegeben wurden und deshalb noch nicht existent sind, gleichwohl aber bereits einen Rechtsschein verursachen (vgl. Kopp, VwGO, § 42 Rn. 2).
 2. A.: Statthaft ist nur die (negative) Feststellungsklage gemäß § 43 Abs. 1 1. Alt. VwGO hinsichtlich der in Frage stehenden Rechtsbeziehungen (BVerwG, NVwZ 1987, S. 330).
- Wahl der Anfechtungsklage würde widersprüchliches Verhalten des Klägers bedeuten

- 30 cc) Anfechtungsklage unstatthaft bei Erledigung
- Ist der VA bereits erledigt (vgl. § 43 II VwVfG (NW)), dann ist die Anfechtungsklage mangels Gegenstandes unstatthaft. In Betracht kommt dann aber die Fortsetzungsfeststellungsklage (§ 113 I 4 VwGO), die nach h.M. auch statthaft ist, wenn sich der VA bereits vor Klageerhebung erledigt hat (§ 113 I 4 VwGO analog).
- 31 dd) Die (isolierte) Anfechtung von Nebenbestimmungen

Die (isolierte) Anfechtung von Nebenbestimmungen

I. Begriff

Keine Legaldefinition, heranzuziehen ist § 36 II VwVfG (NW).

II. Statthafte Klageart (sehr str.): selbständige Anfechtungsklage oder Verpflichtungsklage

1.A.: Keine Nebenbestimmung ist selbständig anfechtbar, Rechtsschutz wird immer nur durch die Verpflichtungsklage gewährt (vgl. Eyermann/Fröhler, VwGO, 9. Aufl., Anhang zu § 42, Rn. 3 ff.; Stadie, DVBl. 1991, S. 613).

- Der Betroffene will seinen Rechtskreis erweitern.
- Wenn die belastende Nebenbestimmung gesondert angefochten werden kann und vom Gericht bei Rechtswidrigkeit gesondert aufzuheben ist, droht eine einheitliche Ermessensentscheidung auseinandergerissen zu werden und dem Kläger eine Vergünstigung zu verbleiben, die die Behörde ohne Nebenbestimmung u.U. rechtmäßig hätte versagen können. Der Kläger könnte durch bloße Anfechtung und Aufhebung z.B. der Befristung im Wege der Anfechtungsklage eine inhaltlich weitergehende Vergünstigung erreichen, als ihm die Behörde hat erteilen wollen - ein Ergebnis, das normalerweise nur durch eine Verpflichtungsklage zu erreichen ist. Darin liegt ein Systembruch.
- Die Anfechtung nur der Nebenbestimmung bewirkt nach § 80 I VwGO an sich nur die Suspension der Nebenbestimmung. Während des Prozesses könnte der Kläger demnach z.B. von der vorläufig uneingeschränkten Vergünstigung Gebrauch machen, der nicht angefochtene begünstigende Teil würde bestandskräftig.
- Elegantes und einfaches Lösungsmodell, bei dem keine Abgrenzungsschwierigkeiten bezüglich der verschiedenen Nebenbestimmungsformen entstehen.

2. A.: Sämtliche Nebenbestimmungen sind selbständig anfechtbar, falls Nebenbestimmung und VA teilbar sind. Teils wird die Teilbarkeit von der Art der Nebenbestimmung, teils vom Charakter des VA als gebundener Entscheidung oder Ermessensakt, teils auch von dem geäußerten oder mutmaßlichen Willen der Behörde bezüglich der Abtrennbarkeit oder Nichtabtrennbarkeit abhängig gemacht. Außerdem wird - oft zusätzlich - die Rechtmäßigkeit und Sinnhaftigkeit des verbleibenden Torsos als Teilbarkeitsvoraussetzung herangezogen (vgl. Erichsen, VwR AT, § 14 Rn. 33; Kopp, VwGO, § 42 Rn. 18; Schenke, VwPrR, Rn. 295 ff.).

- § 113 I 1 VwGO („soweit“)

3. A.: Für die Bestimmung der statthaften Klageart ist nur zu fragen, ob eine isolierte Aufhebung der Nebenbestimmung mit Blick auf die restliche Regelung als „von vornherein und offensichtlich unmöglich“ erscheint (sog. „prozessuale“ Teilbarkeit eines VA). Verneint man diese Frage, ist die Anfechtungsklage (zunächst) statthaft. Ob die Nebenbestimmung auch im Ergebnis, und zwar mit Blick auf Sinn, verfolgtem Zweck und Rechtmäßigkeit des Haupt-VAs aufgehoben werden kann (sog. „materielle Teilbarkeit“), bleibt ggfls. einer eingehenden Betrachtung in der Begründetheitsprüfung vorbehalten (BVerwG, NVwZ-RR 1996, S. 20).

- Gegen die 2. und 4. Ansicht spricht, daß eine Prüfung der benannten Kriterien eine vertiefte Auseinandersetzung mit materiellrechtlichen Fragen verlangt. Dies stellt eine Überfrachtung der Zulässigkeitsprüfung dar. Die Folge ist, daß - zulasten des Klägers - Rechtsfragen, die eigentlich ihren Platz in der Begründetheitsprüfung haben, bereits zu einer Unzulässigkeit seines Rechtsmittels führen könnten. Deshalb sollten die Kriterien, welche über die Abtrennbarkeit einer Teilregelung entscheiden, auch ohne eine vollständige materiellrechtliche Überprüfung festzustellen sein.

4. A.: Es ist nach der Art der Nebenbestimmung zu unterscheiden: Auflage bzw. Auflagenvorbehalt sind isoliert anfechtbar, Bedingungen und Befristungen als „integrierende“ Bestandteile eines VA nicht (vgl. Pietzcker, NVwZ 1995, S. 15; BVerwGE 29, 261 (265); E 65, 139; E 88, 348; BVerwG, NVwZ 1990, S. 855).

- Mit der Anfechtungsklage wird ein Eingriff in den vorhandenen Rechtsbestand abgewehrt, mit ihr kann aber dieser nicht in dem Sinn erweitert werden, daß eine durch VA zu gewährende Position erlangt wird, die die Behörde nicht durch VA gewährt hat. Immer dann also, wenn der begehrte VA noch nicht vollständig wie beantragt erteilt wurde, ist also die Verpflichtungsklage gegeben. Was für die reine Inhaltsbestimmung unproblematisch ist, gilt auch für die den Inhalt modifizierende Auflage, wenn es sie denn gibt, und für die Befristung. Dasselbe muß aber auch, obgleich es weniger evident ist, für die Bedingung (und für den Widerrufsvorbehalt) gelten. Denn die aufschiebende Bedingung ist das Mittel, mit dem die Behörde die vollständige Gewährung des Beantragten noch verweigert.
- § 113 I 1 VwGO regelt (nur) die Begründetheit einer (zulässigerweise) erhobenen Anfechtungsklage, bietet aber keine Maßstäbe für die Zulässigkeit der Klage.
- Die 1. Ansicht berücksichtigt zu wenig die rechtstechnische Ausgestaltung des Instruments der Auflage. Ihre Legitimation mag die Auflage in der Vergünstigung finden und insoweit ein bloßes Minus gegenüber der Vollgewährung darstellen. Rechtstechnisch ist sie aber als neben der Vollgewährung stehende vollziehbare Belastung ausgestaltet. Das Beantragte ist vollständig gewährt, zusätzlich ist aber eine Pflicht auferlegt. Ihre Nichterfüllung ändert nichts an der Vollgewährung. Wer von einer mit Auflage versehenen Genehmigung Gebrauch macht, ohne die Auflage zu erfüllen, handelt dennoch mit Genehmigung.
- Der Nachteil des 3. Lösungsansatzes besteht darin, daß man u.U. dann erst in der Begründetheitsprüfung - im Gegensatz zu den Aussagen zur Zulässigkeit - zu dem Resultat kommen könnte, daß eine isolierte Aufhebung unangebracht ist, und anschließend den klägerischen Antrag gemäß § 88 VwGO in eine Verpflichtungsklage umdeuten müßte.

5. Ansatz zur Lösung des Problems: § 42 I VwGO (4. Ansicht im Ergebnis richtig), d.h. ist die Nebenbestimmung ein VA ?

- a) Bedingung, Befristung, Widerrufsvorbehalt (-), vgl. Maurer, VwR AT, § 12 Rn. 8; Stelkens/ Bonk/Sachs, VwVfG, § 36 Rn. 79.

- Da die Bedingung (Widerrufsvorbehalt als besonderer Fall der auflösenden Bedingung) und die Befristung lediglich den Beginn oder das Ende der Wirksamkeit eines VA bestimmen, enthalten sie keine eigene Sachregelung, sondern begrenzen lediglich die Hauptregelung, die Inhaltsbestimmung des VA, in zeitlicher Hinsicht, wobei allerdings im Falle der Bedingung auf sachliche Gesichtspunkte Bezug genommen wird. Sie bilden daher integrierende, d.h. unselbständige Bestandteile des VA. Dafür spricht auch die Formulierung in § 36 II VwVfG (NW): „erlassen werden mit“ anstatt „verbunden werden mit“.

b) Auflage und Auflagenvorbehalt (str.)

- 1.A.: Die Auflage enthält eine eigene Sachregelung, nämlich die Verpflichtung des durch den VA Begünstigten zu einem bestimmten Tun, Dulden oder Unterlassen. Sie ist deshalb nicht nur Bestandteil des VA, sondern eine zusätzliche Verpflichtung und daher selbst VA. Sie ist aber gleichwohl Nebenbestimmung, da sie auf einen HauptVA bezogen ist und in ihrem Bestand von dessen Wirksamkeit abhängt. Der Unterschied zur Bedingung und Befristung darf trotz dieser Akzessorietät nicht nivelliert werden. Er kommt auch in der vom Gesetzgeber bewußt gewählten Formulierung des § 36 II VwVfG (NW) zum Ausdruck („erlassen mit“ - „verbunden mit“). Die Auflage verpflichtet und ist daher zwangsweise durchsetzbar („Die Auflage zwingt, suspendiert aber nicht, während die Bedingung suspendiert, aber nicht zwingt.“). Ebenso: BVerwGE 36, 134 (154); E 65, 139 (140); E 85, 24 (26 f.); BVerwG, NVwZ 1990, S. 855; OVG Lüneburg, NVwZ 1992, S. 387 (388).

- Die Akzessorietät einer Regelung ist kein Argument gegen ihren VA-Charakter: so sind zahlreiche Vollstreckungsmaßnahmen trotz ihrer Akzessorietät zur Grundverfügung unstreitig Verwaltungsakte.

- 2.A.: Die Auflage ist wegen ihrer Akzessorietät und wegen der in ihr bloß enthaltenen Teilregelung kein VA (vgl. Laubinger, VerwArch 73 (1982), S. 345 (348); Schenke, JuS 1983, S. 182 (183)).

III. Die sog. „modifizierende Auflage“

Es besteht Konsens darüber, daß die sog. modifizierende Auflage nicht selbständig anfechtbar ist (vgl. etwa BVerwGE 69, 37; E 85, 24 (26); Maurer, VwR AT, § 12 Rn. 16). Sie ist entgegen ihrer Bezeichnung gerade keine Auflage i.S. des § 36 II Nr. 4 VwVfG (NW), d.h. keine Nebenregelung, sondern betrifft unmittelbar Inhalt und Reichweite der Hauptregelung. Die „modifizierende Auflage“ ist daher in Wahrheit eine (Genehmigungs-) Inhaltsbestimmung. Erstrebt der Betroffene eine inhaltlich ungeschmälerte Erlaubnis, so muß er Verpflichtungsklage gerichtet auf Erlaß eines antragsgemäßen VA erheben.

IV. Exkurs: Zur Begründetheit einer isolierten Anfechtungsklage (etwa gegen eine Auflage)

- Zum Teil meint das BVerwG, die Klage sei nur dann begründet, wenn der zurückbleibende Rest des VA sinnvoller- und rechtmäßigerweise bestehen bleiben könne (vgl. BVerwG, NVwZ 1984, S. 36; E 81, 185 (186)). Eine Begründung hierfür fehlt in den genannten Entscheidungen. Nach Auffassung von Teilen der Literatur ergibt sich dies aus der Vorschrift des Art. 20 III GG, die den Gerichten verbiete, rechtswidrige Zustände herbeizuführen (vgl. etwa Schenke, JuS 1983, S. 182 (185); Erichsen, VerwArch 66 (1975), S. 299 (310)).
- Diese Argumentation ist verfehlt. Das für die Verwaltungsgerichte maßgebliche Gesetz und Recht i.S. des Art. 97 I, 20 III GG bilden - wenn es um die Begründetheit einer Anfechtungs-

klage geht - allein die Vorschriften der §§ 88, 113 I 1 VwGO, die in verfassungsmäßiger Weise die Entscheidungsmaßstäbe konkretisieren. Damit scheidet ein leichthändiger und pauschalierender Rückgriff auf Art. 20 III GG aus (Anwendungsvorrang des einfachen Rechts). Nach § 88 VwGO ist Streitgegenstand allein der (prozessuale) Anspruch des Klägers auf Aufhebung der Nebenbestimmung bzw. dessen Rechtsbehauptung, die Nebenbestimmung sei rechtswidrig und verletze ihn in seinen Rechten. Die Frage der Rechtswidrigkeit des (Rest-)Haupt-VA liegt dagegen außerhalb des Streitgegenstands. Das Verwaltungsgericht darf sie deshalb weder stellen noch beantworten. Das Begehren des Klägers ist wiederum gemäß § 113 I 1 VwGO bereits dann begründet, wenn allein die Nebenbestimmung rechtswidrig ist und ihn in seinen Rechten verletzt.

32

ee) Die isolierte Anfechtung des Widerspruchbescheides

Angriffsgegenstand einer Anfechtungsklage in Fällen des § 79 II 1, 2 VwGO

I. Der Begriff der zusätzlichen „selbständigen Beschwer“

1. Ansatz

- § 79 I Nr. 1 VwGO: Gegenstand der Anfechtungsklage ist der Ausgangs-VA „in Gestalt“ des Widerspruchsbescheids
- Der Ausgangs-VA hat den Inhalt, den ihm der Widerspruchsbescheid gegeben hat (allgemeine Ansicht; vgl. BVerwGE 13, 195 (197 f.); E 62, 80 (81 f.); E 78, 3 (4 f.)).

2. Konsequenzen

- Bereits durch § 79 I Nr. 1 VwGO werden die Fälle zusätzlicher Beschwer erfaßt.
- Die Fälle des § 79 II 1 VwGO müssen besondere Fälle einer zusätzlichen Beschwer sein.
- Wortlautvergleich zwischen § 79 I Nr. 1 VwGO und § 79 II 1 VwGO ergibt: Es kommt auf das Wort „selbständig“ in § 79 II 1 VwGO an.
- Interpretation des Worts „selbständig“ unter systematischer Heranziehung des § 79 II 2 VwGO ergibt: Beschwer muß eigenständig, qualitativ neu sein.

II. Folgeproblem

1. Ausgangspunkt

- § 79 II 1 VwGO ordnet seinem Wortlaut nach nicht an, daß der Kläger die zusätzliche selbständige Beschwer durch isolierte Klage gegen den Widerspruchsbescheid geltend machen muß (Unterschied zu § 79 I Nr. 2 VwGO, vgl. dessen Wortlaut („ist“)).

2. Konsequenzen

- Der Kläger hätte also ein Wahlrecht, ob er beide Verwaltungsakte (nach § 79 I Nr. 1 VwGO) oder nur den selbständig beschwerenden Widerspruchsbescheid (nach § 79 II 1 VwGO) angreifen will.
- Problematisch ist, wenn der Kläger beide Verwaltungsakte angreifen will, denn an der Selbständigkeit der Beschwer hat sich nichts geändert; diese ist gerade dadurch gekenn-

zeichnet, daß sie den Ausgangs-VA nicht gestaltet. Könnte sie gestalten, wäre sie auf den Ausgangs-VA bezogen, d.h. unselbständig.

- Streitig ist, wie dieses Problem zu bewältigen ist:

1.A.: Da der Widerspruchsbescheid den Ausgangs-VA nicht gestalten kann, kann § 79 I Nr. 1 VwGO nicht einschlägig sein. Will der Kläger die zusätzliche selbständige Beschwer zum Angriffsgegenstand machen, muß er den Widerspruchsbescheid isoliert angreifen (vgl. BVerwG, Buchholz 310 § 79 VwGO Nr. 7, 13, 18; VGH Mannheim, NVwZ 1990, S. 1085).

=> In § 79 II 1 VwGO bedeutet „kann“ „muß“.

2.A.: Zwar kann der Widerspruchsbescheid in diesen Fällen den Ausgangs-VA nicht gestalten, der Wortlaut des § 79 I 1 VwGO und dessen Zweck (variabler und damit effektiver Rechtsschutz des Klägers) gebieten aber, daß der Kläger das Wahlrecht behält und auch den Weg über § 79 I Nr. 1 VwGO gehen kann (vgl. BVerwGE 62, 80 (82); VGH München, BayVBl. 1987, S. 625; BayVBl. 1990, S. 371).

=> In § 79 I Nr. 1 VwGO ist Angriffsgegenstand in diesen Fällen nicht der Ausgangs-VA „in Gestalt“ des Widerspruchsbescheids, sondern Ausgangsbescheid und Widerspruchsbescheid (vgl. auch den Wortlaut des § 113 I 1 VwGO).

33

ff) Konkurrentenklagen

Konkurrentenklagen**I. Begriff**

- Sammelbegriff für Klagen in Konkurrenzverhältnissen, d.h. beim Wettbewerb um knappe Güter

II. Arten

1. Klage richtet sich (negativ) gegen Fremdbegünstigung => Anfechtungsklage
2. Klage richtet sich (positiv) auf Eigenbegünstigung => Verpflichtungsklage
2. Klage richtet sich bei kontingierten Begünstigungen (Personenbeförderung, Güterverkehr, beamtenrechtlichen Ernennungen, Zulassung zu öffentlichen Einrichtungen, Vergabe von Studienplätzen) auf beides

=> prozessuale Umsetzung ist Streitig:

1.A.: Anfechtungsklage + Verpflichtungsklage (z.B. VGH München, NJW 1984, S. 680; OVG Magdeburg, NVwZ 1996, S. 815 f.)

2. A.: Verpflichtungsklage (bei zulässiger, aber prozessual überflüssiger Anfechtungsklage, vgl. BVerwGE 80, 270 (273); E 96, 302 (304); vgl. zum Parallelproblem im vorläufigen Rechtsschutz einschränkend OVG Koblenz, DVBl. 1997, S. 962)

- Gegen eine Auslegung, wonach das Individuum lediglich rein tatsächlich, im Wege eines Rechtsreflexes begünstigt wird, spricht das durch das Grundgesetz geprägte Verhältnis zwischen Staat und Bürger. Danach ist das Individuum kein bloßes Objekt staatlichen Handelns, sondern - im Zweifel - Träger subjektiver Rechte gegenüber dem Staat.

III. Rechtsmacht zur Durchsetzung der Individualinteressen

- Eine objektive Begünstigung, die zumindest auch individualschützend wirkt, verleiht nach einer Auffassung stets, nach anderer Auffassung zumindest im Zweifel die Rechtsmacht zur Durchsetzung der normgeschützten Interessen gegenüber dem Verpflichteten.

IV. Organrechte

- Auch Organrechte können unter bestimmten Voraussetzungen den Anforderungen des § 42 II VwGO genügen (vgl. OVG Bautzen, LKV 1997, S. 229 f.)

(2) Aus VA (vgl. § 48 I 2 VwVfG (NW))

(3) Aus öffentlich-rechtlichem Vertrag

cc) Beachte: Anwendungsvorrang des einfachen Rechts, d.h. bei verfassungsmäßiger Ausgestaltung subjektiver Rechte in einfachem Recht auch bei „schwerer und unerträglicher“ Beeinträchtigung kein Rückgriff auf Grundrechte (so neuerdings BVerwGE 89, 69 (77); a.A. BVerwGE 32, 173 (178 f.); E 50, 282 (287 f.)).

b) Ausnahme: Gesetz sieht vom Erfordernis der Geltendmachung einer eigenen Rechtsverletzung ab.

aa) Beispiele

- §§ 6 II 3 AsylVfG, 18 II KDvNG, 8 IV, 16 III HandwO

- Wichtig: Nur die sog. altruistische, nicht aber die auf § 29 a I BNatSchG gestützte sog. egoistische Verbandsklage (vgl. dazu BVerwGE 87, 62 (68) und neuerdings BVerwG, NVwZ 1998, S. 279) gehört in diesen Kontext (vgl. zu den Klagemöglichkeiten von Naturschutzverbänden vertiefend Harings, NVwZ 1997, S. 538 ff.).

bb) Initiativberechtigung bei möglicher Verletzung von (sekundärem) Europarecht

- Einhaltung von Europarecht soll vom Einzelnen bereits dann erzwingbar sein, wenn z.B. in einer Bestimmung Öffentlichkeitsbeteiligung vorgesehen ist oder in den Erwägungsgründen der Schutz der Gesundheit als Zweck der Vorschrift genannt wird (vgl. EuGH, NVwZ 1991, S. 866; a.a.O., S. 868; a.a.O., S. 973; NVwZ 1992, S. 459; vertiefend Wahl, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, Vor § 42 II Rn. 128; § 42 II Rn. 37, 216).

36 4. Erfolgreiche Durchführung eines ordnungsgemäßen Widerspruchsverfahren (§ 68 VwGO, vgl. 1. Teil, D.)

a) Sachentscheidungsvoraussetzung

- Entgegen des Wortlauts des § 68 I 1 VwGO ist die Durchführung des Vorverfahrens eine Sachentscheidungsvoraussetzung, die nicht bereits bei Klageerhebung, sondern erst zum Zeitpunkt der Entscheidung des Gerichts (i.d.R. letzte mündliche Verhandlung) vorliegen muß (vgl. BVerwGE 4, 203 (204); BVerwG, NVwZ 1984, S. 507; a.A. Ehlers, in: Schoch/ Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, Vorb. § 40 Rn. 20).

37

b) Anforderungen

- Es genügt nicht die Durchführung des Widerspruchsverfahrens als solches; das Vorverfahren muß ordnungsgemäß durchgeführt worden sein. Die Ordnungsmäßigkeit in diesem Sinne bezieht sich allerdings lediglich auf §§ 68-70 VwGO, die an den Widerspruchsführer und potentiellen Kläger adressiert sind, von ihm also durch eigenes Verhalten erfüllt werden können. Fehler der Widerspruchsbehörde (Bsp.: Zuständigkeitsmängel) gehen nicht zu Lasten des Bürgers. Vgl. Schoch, Übungen, S. 117 f.

Zulässigkeit der Klage, wenn die Widerspruchsbehörde den verspäteten Widerspruch sachlich beschieden hat ?

1. A.: Wenn ein verfristeter Widerspruch sachlich beschieden wird, ist der Weg zu einer verwaltungsgerichtlichen Sachprüfung grundsätzlich neu eröffnet (BVerwG, DÖV 1982, S. 940 (941)). Der Betroffene soll insoweit sogar einen Anspruch auf fehlerfreie Ermessensausübung haben (so VGH Mannheim, DVBl. 1982, S. 206; Hufen, VwPrR, § 6 Rn. 39). Beachte: Dies gilt nicht, wenn es um den Widerspruch eines Dritten gegen einen VA mit Drittwirkung geht, weil der Begünstigte mit dem Eintritt der Rechtskraft eine gesicherte Rechtsposition inne hat, die ihm nur aufgrund einer besonderen Ermächtigungsgrundlage entzogen werden darf (§§ 68 ff. VwGO enthalten insoweit keine Befugnisnormen). In der gleichen Situation ist auch die Gemeinde, deren Planungshoheit z.B. durch eine zunächst abgelehnte, dann aber trotz Verfristung im Widerspruchsverfahren noch erteilte Baugenehmigung verletzt würde.

- Die Widerspruchsbehörde erhält durch die Erhebung des Widerspruchs die umfassende Sachherrschaft, ist also „Herrin über den Streitstoff“. Die Widerspruchsfrist dient dem Schutz der Widerspruchsbehörde (vgl. BVerwGE 15, 307 (310); E 28, 305 (308)). Diese trifft eine Ermessensentscheidung darüber, ob sie über einen verspäteten Widerspruch in der Sache befinden oder ihn als unzulässig zurückweisen will.
- Für eine derartige Sachherrschaft der Widerspruchsbehörde spricht, daß die Verwaltung ein bestandskräftig abgeschlossenes Verwaltungsverfahren wiederaufgreifen kann (§§ 48, 49 VwVfG (NW)) und damit die Möglichkeit hat, ohne Rücksicht auf § 70 I 1 VwGO die Folgen der Versäumung der Widerspruchsfrist zu beseitigen. Die Gegenansicht bedeutet deshalb einen übertriebenen Formalismus. Die Sachentscheidungsbefugnis der Widerspruchsbehörde kann insbesondere dann angenommen werden, wenn sie zugleich Fachaufsichtsbehörde ist.

2. A.: Der Widerspruchsbehörde fehlt die Dispositionsbefugnis über Sachentscheidungsvoraussetzungen (vgl. Schenke, VwPrR, Rn. 680 ff.).

- Nach materiellem Verwaltungsrecht und nach Verwaltungsverfahrensrecht ist die Widerspruchsbehörde nur dann „Herrin“ des Verfahrens, wenn sie aufgrund eines Selbsteintrittsrechts einen Zweitbescheid erlassen dürfte. Ein fehlendes Selbsteintrittsrecht kann auch nicht unter Hinweis auf aufsichtsbehördliche Befugnisse ersetzt werden. Die i.S.d. § 73 VwGO zuständige Behörde fungiert nur als Widerspruchsbehörde und entscheidet nur im Rahmen

des Widerspruchsverfahrens über den Widerspruch; eine Vermischung dieser Funktion mit denen einer Aufsichtsbehörde ist mit §§ 68 ff. VwGO nicht vereinbar.

- Ferner ist zur Wiederaufnahme eines bestandskräftig abgeschlossenen Verwaltungsverfahrens gemäß §§ 48, 49 VwVfG (NW) grundsätzlich die Ausgangsbehörde und nicht die ihr übergeordnete Widerspruchsbehörde zuständig.
- Es kann nicht davon gesprochen werden, daß die Widerspruchsfrist gemäß § 70 I 1 VwGO dem Schutz der Widerspruchsbehörde dient. Die mit Fristablauf eintretende formelle Bestandskraft des VA ist vielmehr Ausdruck der Rechtssicherheit. Sie dient außerdem der Entlastung der Verwaltungsgerichte.
- Die Gegenansicht übersieht, daß die Widerspruchsbehörde den Weg zu einer verwaltungsgerichtlichen Sachentscheidung eröffnen könnte, ohne an dem späteren Prozeßrechtsverhältnis i.d.R. beteiligt zu sein (vgl. § 78 I VwGO).

38 5. Ordnungsgemäße Klageerhebung (§ 81 VwGO)

- Problem: Klageerhebung per Telefax

Klageerhebung per Telefax

I. Einhaltung des Schriftformerfordernisses nur bei Namensunterschrift

1. Grundsatz

- In Anlehnung an § 126 BGB eigenhändige Unterschrift erforderlich (vgl. BVerwGE 81, 32 (33)).

2. Ausnahme

- Wenn sich aus anderen Anhaltspunkten „eine der Unterschrift vergleichbare Gewähr für die Urheberschaft und den Rechtsverkehrswillen“ ergibt (vgl. BVerwGE 81, 32 (34 ff.)).
- Anerkannt u.a.: Telefax (vgl. BVerwG, NJW 1991, S. 1193)
- Aber: gilt nur für unterschriebenes Fax.

II. „Heilung“ gem. § 82 II VwGO möglich

39 6. Klagefrist (§ 74 VwGO)

a) Fristbeginn (§ 74 I 2 VwGO)

aa) Bekanntgabe

- beachte: § 3 VwZG

bb) Frist

- §§ 57 II VwGO, 222 I ZPO, 187 I BGB

40

- b) Fristdauer
 - aa) Monatsfrist (§ 74 I 1 VwGO)
 - bb) Jahresfrist (§ 58 II 1 VwGO) bei unrichtiger Rechtsbehelfsbelehrung
 - Beachte: Angabe von Postleitzahl, Straße und Hausnummer des Gerichts nicht erforderlich (BVerwG, DVBl. 1990, S. 1354 (1355 a.E.))
- c) Fristablauf
 - Grundsätzlich §§ 57 II VwGO, 222 I ZPO, 188 II BGB
 - Aber: § 222 II ZPO beachten
- d) Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (§ 60 VwGO)
 - aa) Zulässigkeit (§ 60 II VwGO)
 - (1) Antragsfrist (§ 60 II 1 VwGO)
 - Fristbeginn bei Wegfall des Hindernisses
 - Berechnung des Fristbeginns gem. §§ 57 II VwGO, 222 I ZPO, 187 I BGB
 - (2) Antragsbegründung (§ 60 II 2 VwGO)
 - (3) Nachholung der versäumten Prozeßhandlung (§ 60 II 3 VwGO)
 - bb) Begründetheit (§ 60 I VwGO)
 - Unverschuldete Fristversäumung
 - Problem: Zurechnung des Anwaltsverschuldens gem. §§ 173 VwGO, 85 II ZPO (vgl. BVerwGE 13, 181 (182))
 - Maßstab für Verschulden: Sorgfalt eines gewissenhaften Prozeßvertreters (vgl. BVerwGE 50, 248 (254); BVerfGE 79, 372 (376 f.))
 - Aber: keine Zurechnung von Verschulden des Büropersonals (BVerwGE 44, 104 (109); BVerwG, NJW 1992, S. 63 (64)); insoweit ist zu prüfen, ob ein (Organisations-) Verschulden des Anwalts vorliegt (Bier, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, § 60 Rn. 22 ff.; Ebnet, NJW 1992, S. 2985 ff.)

41

7. Beteiligtenfähigkeit

- a) Spezialbestimmungen
 - Beispiel: § 3 PartG (vgl. BVerwGE 32, 333 (334): Privilegierung der Parteien).
- b) § 61 VwGO (i.V.m. § 5 I AGVwGO NW)

- Vereinigungen i.S.d. § 61 Nr. 2 VwGO sind solche Personenmehrheiten, die selbst nicht rechtsfähig (oder juristischen Personen gleichgestellt) sind. Ob dieser Vereinigung ein Recht zustehen kann, ist nach materiellem Recht zu entscheiden.
- Die Beteiligungsfähigkeit besteht gem. § 61 Nr. 2 VwGO nur, „soweit“ der Vereinigung ein Recht zustehen kann. Die materielle Teilrechtsfähigkeit begründet demnach keine umfassende Beteiligungsfähigkeit. Es genügt nicht, Zuordnungs-subjekt irgendeines Rechtssatzes sein zu können. Vielmehr muß das im konkreten Verfahren geltend gemachte Recht der Vereinigung zustehen können. Die materielle Teilrechtsfähigkeit bedingt somit lediglich eine prozessuale Teilbeteiligungsfähigkeit (Schmitt Glaeser, VwPrR, Rn. 125).

42 8. Prozeßfähigkeit (§ 62 VwGO)

- Prozeßfähigkeit juristischer Personen

Prozeßfähigkeit juristischer Personen

1. A.: Die Prozeßfähigkeit einer j.P. folgt aus § 62 III VwGO (Vereinigung) (vgl. Kopp, VwGO, § 62 Rn. 14).
- Mangels natürlicher Handlungsfähigkeit kann der j.P. die Geschäftsfähigkeit nicht zuerkannt werden.
2. A.: Die Prozeßfähigkeit einer j.P. ergibt sich aus § 62 I Nr. 1 VwGO (vgl. Schmidt-Jortzig/Petersen, JuS 1989, S. 27 (28)).
- Die §§ 31, 86, 89 BGB geben zu erkennen, daß das Handeln des Organs einer j.P. als Handeln der j.P. selbst zu qualifizieren ist. Durch ihre Organe kann einer j.P. volle Handlungs- und damit eigene Geschäftsfähigkeit auch außerhalb des Deliktsrechts zukommen.

43 9. Richtiger Beklagter (§ 78 VwGO i.V. m. § 5 II AGVwGO NW)

- Str., ob Landesgesetzgeber befugt ist, das Behördenprinzip auch für Bundesbehörden einzuführen
- 1.A.: (+) (z.B. Redeker / v. Oertzen, VwGO, § 78 Rn. 8)
- Wortlaut des § 78 VwGO
- 2.A.: (-) (vgl. BVerwGE 14, 330 (331 f.); E 20, 21 (22))
- Organisationshoheit des Bundes

44 10. Zuständiges Verwaltungsgericht

- a) Sachliche Zuständigkeit (§§ 45 ff. VwGO)
- b) Örtliche Zuständigkeit (§ 52 VwGO i.V.m. § 1 AGVwGO NW)

- 45 11. Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis
- Das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis soll den Mißbrauch prozessualer Rechte verhindern. Der Mißbrauch ist indes die Ausnahme, so daß auch das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis nur ausnahmsweise entfällt. Es ist zu verneinen, wenn
 - a) das Begehren des Klägers auf einem anderen Wege einfacher, schneller oder billiger erreicht werden kann oder wenn
 - b) das Gericht für unnütze bzw. unlautere Zwecke in Anspruch genommen wird, so daß die begehrte Entscheidung dem Kläger keinerlei nennenswerte Vorteile bringt, seine rechtliche Stellung also nicht verbessern kann oder wenn
 - c) sich die Klage lediglich gegen eine Verfahrenshandlung (§ 44 a VwGO) richtet.
- 46 **II. Beiladung (§ 65 VwGO)**
- III. objektive Klagehäufung (§ 44 VwGO)**

47 **IV. Begründetheit**

- Die Anfechtungsklage ist gemäß § 113 I 1 VwGO begründet, wenn der VA rechtswidrig und der Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt ist.

1. Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts

- Ein Verwaltungsakt ist rechtswidrig, wenn er nicht im Einklang mit der (Außen-) Rechtsordnung steht. Das ist der Fall, wenn er gegen eine geltende Rechtsvorschrift verstößt (Vorrang des Gesetzes) oder einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage bedarf (Vorbehalt des Gesetzes) und diese nicht vorhanden, unwirksam oder rechtsfehlerhaft angewendet worden ist.

48

a) Ermächtigungsgrundlage

aa) Erfordernis einer Ermächtigungsgrundlage

(1) Grundlage und Reichweite des Gesetzesvorbehaltes

Grundlage und Reichweite des Grundsatzes vom Vorbehalt des Gesetzes

I. Begriff

- Nach dem Prinzip des Vorbehalts des Gesetzes darf die vollziehende Gewalt nur tätig werden, wenn sie dazu durch ein formelles Gesetz ermächtigt worden ist. Dieses Prinzip verlangt also mehr als das Vorrangprinzip. Während jenes nur (negativ) den Verstoß gegen bestehende Gesetze verbietet, verlangt dieses (positiv) eine gesetzliche Grundlage. Anders ausgedrückt schließt das Fehlen eines Gesetzes nicht nach dem Vorrang-, wohl aber nach dem Vorbehaltprinzip ein (rechtmäßiges) Handeln der Exekutive aus. Das Vorbehaltprinzip ist in erster Linie für die Verwaltung und nicht für die Regierung von Bedeutung, da dieser die *politische* Staatsleitung übertragen ist, die sich naturgemäß einer detaillierten Steuerung durch den Gesetzgeber entzieht. Eine Ausnahme bildet der sog. institutionelle Gesetzesvorbehalt (s.u.). Vorrang- und Vorbehaltprinzip bilden zusammen den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung.

II. Begründung

- Im Gegensatz zum Vorrangprinzip ergibt sich das Vorbehaltprinzip nicht ausdrücklich aus Art. 20 III GG. Dementsprechend umstritten ist seine dogmatische Ableitung. Da die Existenz des Vorbehaltprinzips im Ergebnis aber von niemandem bestritten wird, hat die Frage seiner konkreten dogmatischen Ableitung nur noch akademischen Wert.

1. Grundsatz der parlamentarischen Demokratie

- Das vom Volk gewählte und somit *unmittelbar* demokratisch legitimierte Parlament muß die wesentlichen Entscheidungen des Gemeinwesens treffen, insbesondere die allgemeinen, für die Bürger bedeutsamen Regelungen. (Insoweit hat der Gesetzesvorbehalt als Parlamentsvorbehalt zugleich kompetenzverteilende Bedeutung.) Es besteht ein Legitimationsgefälle zu den nur mittelbar demokratisch legitimierten Gewalten Exekutive und Judikative (vgl. Art. 20 II GG). Ergänzend wird auch darauf hingewiesen, daß das parlamentarische Gesetzgebungsverfahren eine größere Richtigkeitsgewähr bietet.

2. Rechtsstaatsprinzip / rechtsstaatlicher Bestimmtheitsgrundsatz

- Die Rechtsbeziehungen zwischen Staat und Bürger müssen durch allgemeine Gesetze geregelt werden, die nicht nur das Verwaltungshandeln bestimmen, sondern dieses auch für den Bürger voraussehbar und berechenbar machen. Dies ist ein Gebot der Rechtssicherheit.

3. Grundrechte

III. Die Reichweite des Vorbehaltsprinzips

1. Welche Bereiche des Verwaltungshandelns fallen in den Anwendungsbereich des Vorbehaltsprinzips ?

a) Überblick über die Entwicklung des Vorbehaltsprinzips

- Ursprünglich war der Gesetzesvorbehalt auf den Bereich der Eingriffsverwaltung, d.h. der mit belastenden Eingriffen in Freiheit und Eigentum arbeitenden Verwaltung begrenzt. Dieser (schmale) Anwendungsbereich wird heute allgemein als zu eng angesehen. Der enge Vorbehaltsbegriff ist ein Instrument des „liberalen“ Rechtsstaats des 19. Jahrhunderts, der geprägt war von einer strikten Trennung zwischen der bürgerlich-gesellschaftlichen Sphäre einerseits und der staatlichen Sphäre andererseits (vgl. zur auch heute noch notwendigen Unterscheidung zwischen Staat und Gesellschaft Böckenförde, in: Festgabe für Hefermehl zum 65. Geburtstag, 1972, S. 1 ff.; H.H. Rupp, in: Isensee/Kirchhof, HbdStR, Bd. I, 1987, § 28). Der konstitutionellen Bewegung des liberalen Bürgertums des 19. Jahrhunderts ging es (neben der Reichseinheit) um den Rückzug des Staates und einer Reduzierung der staatlichen Funktionen auf die Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung und der Garantie der Rahmenbedingungen für wirtschaftliches Handeln („Nachtwächterstaat“). Demgegenüber sollte der gesellschaftliche und vor allem der wirtschaftliche Bereich sozialen Steuerungsmechanismen überlassen und Eingriffe in diesen Bereich nur aufgrund formell-gesetzlicher Ermächtigung zulässig sein. Die Funktion des formellen Gesetzes bzw. des Vorbehaltsprinzips war somit reduziert auf die Eingriffsabwehr, d.h. auf die Verhinderung staatlichen Einflusses auf die gesellschaftlichen Bedingungen bürgerlicher Freiheitsentfaltung. Diese Beschränkung des Gesetzesvorbehalts ist sowohl die verfassungsrechtliche Entwicklung als auch durch die tatsächlichen Bedingungen menschlicher Freiheitsentfaltung im modernen Industriestaat überholt. An die Stelle einer strikten Trennung zwischen gesellschaftlicher Sphäre einerseits und staatlichem Bereich andererseits, ist eine sich ständig intensivierende Vernetzung zwischen beiden Teilbereichen getreten, die sich, verfassungsrechtlich gewendet, „sozialer Rechtsstaat“ (vgl. Art. 28 I 1 GG) nennt. Für die Freiheitserhaltung und -entfaltung des Einzelnen ist staatliche Leistungserbringung mittlerweile ebenso existentiell wie staatliche Eingriffsvermeidung. Die herausgehobene Bedeutung der Leistungsverwaltung, die Entwicklung der parlamentarischen Demokratie und die zunehmende Verrechtlichung, insbesondere die verfassungsrechtliche Durchdringung aller staatlichen Bereiche durch das Grundgesetz fordern so eine Ausdehnung des Anwendungsbereichs des Vorbehaltsprinzips. Nunmehr müssen alle grundlegenden Entscheidungen vom parlamentarischen Gesetzgeber getroffen werden. Nach dem BVerfG ist der Gesetzgeber verpflichtet, in grundlegenden normativen Bereichen, zumal im Bereich der Grundrechtsausübung, soweit diese staatlicher Regelung zugänglich sind, alle wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen (vgl. etwa BVerfGE 61, 260 (275 ff.); E 77, 170 (230 f.)).

b) Die Geltung des Vorbehaltsprinzips in den einzelnen Bereichen der Verwaltung

aa) Die Eingriffsverwaltung

- Eingriffe in Freiheit und Eigentum müssen schon traditionell durchweg auf eine gesetzliche Grundlage gestützt werden. Die Eingriffsbefugnisse der Verwaltung müssen

gesetzlich nach Inhalt, Gegenstand, Zweck und Ausmaß ausreichend bestimmt sein, um zum einen der Verwaltung handhabbare Maßstäbe für ihre Entscheidungen zur Verfügung zu stellen und zum anderen Beschränkungen für den Bürger voraussehbar und berechenbar zu machen. Im Bereich der Eingriffsverwaltung sind daher strenge Maßstäbe an die „Regelungsdichte“ zu stellen; die Verwendung von sog. unbestimmten Rechtsbegriffen und Ermessensermächtigungen ist allerdings nicht völlig ausgeschlossen.

- Teilweise wird vertreten, daß bei der Rücknahme eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes, die als actus contrarius zur ursprünglichen Rechtsgewährung durch Beseitigung der rechtswidrig eingeräumten Rechtsposition lediglich die gesetzmäßige materielle Rechtslage wiederherstellt, nur der Vorrang des Gesetzes zu beachten sei (vgl. Erichsen, Jura 1982, S. 46 (49 Fn. 18)). Indes ist auch die Rücknahme als sog. „belastender“ VA i.S. einer Rechtsbeeinträchtigung und Rechtsentziehung zu qualifizieren, für den der Vorbehalt des Gesetzes gilt (Richter, JuS 1990, S. 719). In der Regel kann der Streit wegen § 48 VwVfG (NW) offen bleiben.

bb) Die Leistungsverwaltung (vgl. Maurer, VwR AT, § 6 Rn. 14 ff.)

- Die Beantwortung der Frage, ob und inwieweit der Vorbehalt des Gesetzes den Bereich der Leistungsverwaltung erfaßt, ist nach wie vor umstritten, hat jedoch dadurch viel an Brisanz verloren, daß die meisten Bereiche gesetzlich geregelt sind (vgl. etwa die BHO, die LHO, das BSHG, das BAFöG). Probleme bereitet nach wie vor die gesetzliche Determinierung von Subventionen. Im einzelnen ist hier vieles streitig:

1. A.: Subventionen bedürfen keiner (materiell)gesetzlichen Grundlage; vielmehr genügt „auch jede andere parlamentarische Willensäußerung, insbesondere die etatmäßige Bereitstellung der zu Subventionen erforderlichen Mittel“ (so BVerwGE 6, 282 (287 f.); st. Rspr., vgl. BVerwGE 90, 112 (126), wo allerdings einschränkend hinzugefügt wird, daß eine gesetzliche Grundlage dann ausnahmsweise erforderlich ist, wenn in die Grundrechtssphäre Dritter eingegriffen wird).

- Das parlamentarisch-demokratische Prinzip ist hinreichend berücksichtigt, da das Parlament - über den Haushaltsplan - die grundsätzliche Entscheidung hinsichtlich der Subventionierung eines bestimmten Bereichs getroffen hat.
- Über den Bereich der sog. Eingriffsakte hinaus müssen lediglich die wesentlichen staatlichen Entscheidungen in der Form eines Parlamentsgesetzes getroffen werden. Wesentlich i.d.S. ist insbesondere, was für die Verwirklichung von Grundrechten wesentlich ist. Im übrigen ist die mittelbar ebenfalls demokratisch legitimierte Administration zur sog. nicht-gesetzesakzessorischen Verwaltung befugt.
- Die Forderung nach einem Gesetzesvorbehalt im Bereich der Leistungsverwaltung stellt den Bürger nicht besser, sondern schlechter, da er bei fehlender gesetzlicher Regelung überhaupt nichts erhält.

2. A.: Auch für Subventionsleistungen bedarf es grundsätzlich einer (materiell)gesetzlichen Ermächtigung. Ausnahmen können in überraschend auftretenden Notfällen gelten.

- Der Haushaltsplan kann die Zweckbestimmung nur sehr generell angeben. Die Frage, an wen, unter welchen Voraussetzungen, in welcher Höhe und mit welchen Bedingungen die generell bereitgestellten Mittel verteilt werden sollen, bedarf noch der Regelung. Deshalb ist zweifelhaft, ob die Ausweisung der Mittel im Haushaltsplan dem parlamentarischen Prinzip wirklich gerecht wird.

- Jedenfalls in rechtsstaatlicher Hinsicht kann die Ausweisung der Mittel im Haushaltsplan nicht genügen. Die Verteilung staatlicher Mittel, die in Verfolgung sozial-, wirtschafts- und kulturpolitischer Zielsetzungen gewährt werden, muß durch Gesetze bestimmt werden, die die Vergabe im einzelnen bindend und vorausschauend festlegen und dem Bürger entsprechende subjektive Rechte vermitteln. Im sozialen Rechtsstaat geht es nicht nur um Freiheit vom Staat, sondern auch um Freiheit im Staat und durch den Staat. Die Vorenthaltung einer staatlichen Leistung kann den Bürger unter Umständen nicht weniger gravierend treffen als ein Eingriff in Freiheit und Eigentum. Die bei Fehlen gesetzlicher Regelungen erforderlichen Verwaltungsvorschriften zeigen auch, daß die Voraussetzungen der Subventionierung normierbar sind. Eine bis ins Einzelne gehende Regelung ist nicht erforderlich, so daß der Verwaltung noch ein ausreichender Spielraum zur elastischen Handhabung belassen werden kann.
- Der Gesetzgeber hat nicht nur das Recht, sondern die Pflicht zu entsprechenden gesetzlichen Regelungen. Sollte der Gesetzgeber dieser Pflicht nicht nachkommen, mag man eine subsidiäre Kompetenz der Verwaltung annehmen.
- Bestimmte Grundrechte stellen nicht nur Abwehrrechte dar, sondern enthalten auch eine leistungsstaatliche Komponente und vermitteln Leistungsansprüche. Demgemäß erfaßt der jeweilige grundrechtliche Gesetzesvorbehalt auch die leistungsstaatliche Seite und erfordert eine gesetzliche Regelung der Leistungsgewährung. Dies gilt umso mehr, als in Anbetracht der beschränkten Mittel auch die Grenzen und das Auswahlverfahren festgelegt werden müßten.

cc) Sonderrechtsverhältnisse (sog. „besondere Gewaltverhältnisse“)

- Diese auch Sonderstatusverhältnisse genannten öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnisse, die von einer besonderen Nähe zwischen dem Bürger und dem Staat gekennzeichnet sind (z.B. Schule, Strafgefängenschaft und sonstige Anstaltsverhältnisse, Beamten- und Wehrdienstverhältnis), waren nach einer am Ende des 19. Jahrhunderts entwickelten Lehre aus dem Vorbehaltbereich ausgenommen. Der in einem besonderen Gewaltverhältnis stehende Bürger sollte danach gleichsam in den Verwaltungsbereich einbezogen sein mit der Folge, daß die Grundrechte und der Gesetzesvorbehalt - die nur das allgemeine Staat-Bürger-Verhältnis bestimmen - nicht zur Geltung kommen. Es sollte der Verwaltung überlassen bleiben, die Beziehungen innerhalb dieser Verhältnisse (Anstalten) durch Verwaltungsvorschriften (Anstaltsordnungen) zu regeln.
- Dieser, mit dem Grundgesetz (insbesondere Art. 1 III, 20 III GG) nicht mehr zu vereinbarenden Auffassung hat das BVerfG mit einer grundlegenden Entscheidung vom März 1973 (BVerfGE 33, 1) ein längst fälliges Ende bereitet. Für das Strafgefängenenverhältnis hat das BVerfG (lakonisch) festgestellt, daß die Grundrechte auch im Strafvollzug gelten würden und nur durch oder aufgrund eines formellen Gesetzes beschränkt werden könnten (vgl. zu Eingriffen in Grundrechte im Rahmen des Strafgefängenenverhältnisses auch BVerfG, NJW 1994, S. 244; 1149). Das „besondere Gewaltverhältnis“ als solches hat als Eingriffsrechtfertigung seither ausgedient. Die Bedeutung der Strafvollzugs-Entscheidung des BVerfG beschränkt sich nicht auf den Bereich des Strafvollzugs; vielmehr kommt ihr grundsätzliche Bedeutung für alle „besonderen Gewaltverhältnisse“ zu (vgl. für das Schulverhältnis etwa BVerfGE 34, 165 (192 f.)).

dd) Verwaltungsorganisation und Verwaltungsverfahren

- Der Aufbau und die Strukturen der Verwaltung, die Errichtung der Verwaltungsträger, die Zuständigkeiten der Behörden und die Ausgestaltung des Verwaltungsverfahrens in seinen Grundzügen müssen durch Gesetz festgelegt werden. Das ergibt sich schon aus ihrer sachlichen Bedeutung, wird aber durch die Erkenntnis, daß die Grundrechte nicht nur materielle Verbürgungen enthalten, sondern auch eine entsprechende Gestaltung der Organisation und des Verfahrens erfordern („Grundrechtsschutz durch Organisation und Verfahren“), bestätigt und verstärkt.

ee) Sonstige Bereiche exekutiven Handelns

- Zahlreiche Vorschriften des Grundgesetzes außerhalb der Grundrechte verlangen für bestimmte Maßnahmen der Exekutive ein Gesetz bzw. eine andere verbindliche Erklärung des Parlaments. Beispiele hierfür sind etwa die Übertragung von Hoheitsrechten (Art. 24 GG), die Neugliederung des Bundesgebietes (Art. 29 GG), bestimmte völkerrechtliche Verträge (Art. 59 GG), die Schaffung von Bundesbehörden (Art. 87 III GG), die Fixierung der Gemeinschaftsaufgaben (Art. 91 a II GG), die Feststellung des Haushaltsgesetzes (Art. 110 GG), die Kreditaufnahme des Bundes (Art. 115 GG) oder die Inkompatibilität von Angehörigen des öffentlichen Dienstes (Art. 137 GG). Es hat sich eingebürgert, in diesem Zusammenhang von organisationsrechtlichen oder institutionellen Gesetzesvorbehalten zu sprechen. Im einzelnen ist hier vieles umstritten. Als Grundsatz gilt, daß die Reichweite der organisationsrechtlichen Gesetzesvorbehalte aus dem Anwendungsbereich der entsprechenden Vorschriften folgt.

2. Wieviel hat der formelle Gesetzgeber selbst zu regeln und welche Regelungsbefugnis kann er auf die Verwaltung delegieren ?

a) Die Unterscheidung Gesetz im formellen Sinn / Gesetz im materiellen Sinn

- a) Gesetz im formellen Sinn ist jeder Hoheitsakt, der durch die gesetzgebenden Organe im Gesetzgebungsverfahren „als Gesetz“ erlassen wird.
- b) Gesetz im materiellen Sinn ist jede generell-abstrakte Regelung, die Pflichten und Rechte für den Bürger oder sonstige selbständige Rechtspersonen begründet, ändert oder aufhebt.
- c) Parlamentsgesetze sind i.d.R. Gesetz im formellen und materiellen Sinne (Ausnahme: Haushaltsplan als nur formelles Gesetz).

b) Totalvorbehalt und Wesentlichkeitslehre (Parlamentsvorbehalt)

- Zwar zeigen die unter II. dargelegten Grundlagen des Gesetzesvorbehalts, daß mit „Gesetz“ i.S. des Gesetzesvorbehalts grundsätzlich das formelle Gesetz (Parlamentsgesetz) gemeint ist. Dennoch bedeutet die Geltung des Vorbehaltsprinzips nach ganz h.A. nicht, daß der Gesetzgeber selbst alle Fragen, die einer (generell-abstrakten) Normierung zugänglich sind, regeln müßte (sog. **Totalvorbehalt**). Es ist zulässig, daß der formelle Gesetzgeber lediglich die grundlegenden Fragen selbst regelt, das Detail der betreffenden Normierungen aber der vollziehenden Gewalt überläßt. Eine abstrakte Grenzziehung ist hierbei aber nicht möglich, die Regelungsverantwortung des parlamentarischen Gesetzgebers keine statische Größe. Vielmehr läßt sich nur sagen, daß umso höhere Anforderungen an die Regelungsdichte des Parlamentsgesetzes zu stellen sind, je wesentlicher eine Angelegenheit für die Allgemeinheit oder die Grundrechtsausübung der Bürger ist. Mit anderen Worten: Je nachhaltiger die Grundrechte der einzelnen betroffen oder bedroht sind, je gewichtiger die Auswirkungen für die All-

gemeinheit und je umstrittener ein Fragenkomplex ist, desto notwendiger ist es, daß der Ausgleich von Interessen bereits durch den parlamentarischen Gesetzgeber (und nicht erst durch die ausführende Gewalt) bewirkt wird, desto präziser und enger muß die gesetzliche Regelung sein. Zum besseren Verständnis kann man sich folgende Stufung vorstellen: Auf der ersten Stufe stehen die ganz wesentlichen Angelegenheiten, die der ausschließlichen Regelung durch den formellen Gesetzgeber bedürfen (Parlamentarvorbehalt als zum Delegationsverbot verdichteter Gesetzesvorbehalt), auf der nächsten Stufe stehen die weniger wesentlichen Angelegenheiten, die auch durch den gesetzlich determinierten Verordnungsgeber geregelt werden können, schließlich stehen auf unterster Stufe die unwesentlichen Angelegenheiten, die nicht unter den Gesetzesvorbehalt fallen. Der Übergang dieser Stufen zueinander ist allerdings fließend.

- Die „**Wesentlichkeitslehre**“ hat im GG an einer Stelle Ausdruck gefunden: in Art. 80 I GG, der sich mit dem Verhältnis zwischen Parlamentsgesetz und Rechtsverordnung befaßt. Danach können durch Gesetz die Bundesregierung, ein Bundesminister oder die Landesregierungen ermächtigt werden, Rechtsverordnungen zu erlassen (Art. 80 I 1 GG). Damit sind die Ermächtigungsadressaten zwar erschöpfend aufgezählt, eine Weiterübertragung der Ermächtigung (sog. Subdelegation) ist jedoch zulässig (vgl. Art. 80 I 4 GG). Neben diesen formellen Voraussetzungen einer Delegation von Rechtssetzungsbefugnissen auf die ausführende Gewalt statuiert Art. 80 I 2 GG inhaltliche Anforderungen an die Übertragung von Normsetzungsbefugnissen: Inhalt, Zweck und Ausmaß der der ausführenden Gewalt erteilten Ermächtigung zur Normsetzung müssen nämlich im Gesetz bestimmt werden. Vereinfacht gesagt, bedeutet dies, daß das Parlament den Rahmen und die Zielrichtung der zu erlassenden Rechtsverordnung anzugeben hat. Der ausführenden Gewalt darf dann nur noch die Regelung von Detailfragen im Rahmen des gesetzgeberischen Programms übertragen werden. Das Parlament bleibt somit „Herr der Gesetzgebung“.
- Art. 80 I GG ist die allgemeine Norm. Für bestimmte Bereiche gibt es speziellere Normen, die noch strengere Anforderungen an die Delegationsbefugnis des parlamentarischen Gesetzgebers stellen. Wichtige Beispiele hierfür sind etwa Art. 104 I 1 und Art. 103 II GG. Art. 80 I 2 GG gilt im übrigen nach h.M. weder direkt noch analog für Satzungen. Für diese bleibt es deshalb bei den (allgemeineren) Anforderungen der gegenüber Art. 80 I 2 GG weniger strengen Wesentlichkeitslehre (vgl. dazu etwa BVerfGE 33, 125 (157)).

49

(2) Sonderproblem: Öffentliche Warnungen (zusammenfassend Murswiek, DVBl. 1997, S. 1021 ff.; vgl. BVerfG, NJW 1997, S. 2871)

Öffentliche Warnungen

I. Begriffliche Bestimmung

- Die öffentliche bzw. behördliche Warnung bildet eine besondere Form des Realakts. Dabei handelt es sich um an die Bevölkerung gerichtete Erklärungen oder sonstige Verlautbarungen von Behörden oder Regierungsorganen, mit denen vor bestimmten gewerblichen oder landwirtschaftlichen Produkten (BVerwGE 87, 37 - Glykolhaltige Weine), aber auch vor anderen Erscheinungen, etwa vor sog. Jugendsekten (BVerwGE 82, 76), gewarnt wird.
- Die behördliche Warnung ist rechtlich betrachtet weniger einschneidend als ein Gebot oder Verbot, etwa das Verbot bestimmte Lebensmittel herzustellen oder zu vertreiben. In tatsächlicher Hinsicht kann sie jedoch den gleichen Effekt haben. Wenn eine Warnung bei der Bevölkerung „ankommt“ und ernstgenommen wird, dann wird eben das Produkt nicht mehr

gekauft, was im Ergebnis einem Verkaufsverbot gleichkommt. Die Warnung kann sogar erheblich darüber hinausgehen, wenn die Bevölkerung - vorsorglich - auch sonstige Produkte der betroffenen Hersteller oder Vertreiber nicht mehr kauft. Während das Verbot punktuell erfolgt und sich i.d.R. auf das (interne) Verhältnis zum Adressaten beschränkt, kann die öffentliche Warnung - je nach den Umständen - sachlich und räumlich weit darüber hinaus greifen, mittelbare Folgewirkungen haben und sich der Steuerung durch die Behörde entziehen.

- Beachte: § 8 i.V.m. § 2 ProdSG (Produktsicherheitsgesetz vom 22.4.1997): Ermächtigung zur Warnung vor nicht sicheren Produkten !

II. Rechtliche Zulässigkeit öffentlicher Warnungen - am Beispiel des Glykol-Urteils des BVerwG (vgl. BVerwGE 87, 37 (39 ff.); vgl. Schoch, DVBl. 1991, S. 667)

- Unabhängig von der Lagerung des jeweiligen Falles im Tatsächlichen weisen die verschiedenen Konstellationen im Rechtlichen strukturelle Gemeinsamkeiten auf. Zunächst stellt sich die Frage, ob die wirtschaftliche oder religiös-weltanschauliche Betätigung, die infolge der staatlichen Informationspolitik Einbußen erleidet, grundrechtlich (durch Art. 12 I, 14 I, 2 I GG (Schutz vor geschäftsschädigenden und ehrverletzenden Äußerungen), Art. 3 I GG (Wettbewerbsneutralität) oder durch Art. 4 I und II GG) geschützt ist. Bejahendenfalls ist zu ermitteln, ob die Aufklärung, Empfehlung oder Warnung im Rechtssinne einen Grundrechtseingriff darstellt. Sollte dem so sein, ist die Verfassungsmäßigkeit des Eingriffs zu untersuchen. Dabei fordert der Gesetzesvorbehalt eine rechtswirksame Ermächtigungsgrundlage (Befugnisnorm), die die Verwaltung zu dem Grundrechtseingriff berechtigt. Die rechtsfehlerfreie Anwendung einer vorhandenen Eingriffsermächtigung schließlich verlangt nicht nur in materiellrechtlicher Hinsicht die Beachtung der tatbestandlichen Eingriffsvoraussetzungen und der Grenzen eines etwaigen Rechtsfolgeermessens; in formeller Beziehung schaffen die Verbandskompetenz und die sachliche Zuständigkeit grundsätzlich unverrückbare Grenzen für die grundrechtsrelevante verwaltungsbehördliche Informationstätigkeit.

1. Eingriff in den Schutzbereich des Art. 12 I GG

a) Schutzbereich des Art. 12 I GG

- Schutzgut des Art. 12 I GG ist auch die Erwerbszwecken dienende freie unternehmerische Betätigung. Das Verhalten eines Unternehmers im Wettbewerb gehört zu dem durch Art. 12 I GG geschützten Freiheitsbereich. Die umstrittene Veröffentlichung der Liste Diethylenglykol (DEG)-haltiger Weine hat nachhaltig auf die Wettbewerbsposition des Herstellers eingewirkt, indem dieser zum einen noch vorhandene Bestände der in der Liste genannten DEG-kontaminierten Weine nicht mehr auf den Markt bringen konnte und zum anderen der Absatz seiner sonstigen, nicht DEG-haltigen Weine massiv erschwert worden ist.
- Man könnte aber die Ansicht vertreten, es handele sich in concreto um eine unerlaubte gewerbliche Betätigung, da die in der Liste aufgeführten Weine wegen ihrer DEG-Kontaminierung nicht verkehrsfähig seien, so daß der Schutzbereich des Art. 12 I GG von vornherein nicht gegeben sei. Dieser restriktiven Judikatur zum Schutzbereich der grundgesetzlichen Berufsfreiheit ist vorgeworfen worden, damit würden unerlaubte, d.h. verbotene Berufstätigkeiten von vornherein aus dem Grundrechtstatbestand und somit aus dem Schutz des Art. 12 I GG mit der Folge herausdefiniert, daß gesetzliche Verbote dann nicht als Eingriffe in die Berufsfreiheit gerechtfertigt, also gar nicht erst an den eingriffslegitimierenden Voraussetzungen der Stufentheorie gemessen zu werden brauchen. Diese Kritik ist rechtsdogmatisch völlig zutreffend. Entgegen dem Vorrang der Verfassung

(Art. 20 III GG) droht der Schutzbereich des Art. 12 I GG von der einfachgesetzlichen Rechtsordnung bestimmt zu werden.

b) Eingriff

- Ein Grundrechtseingriff im traditionellen Sinne ist nicht gegeben, weil die Listenveröffentlichung weder unmittelbare noch rechtlich verbindliche Wirkungen in bezug auf die berufliche Betätigung der Klägerin gehabt hat. Jene Wirkungen sind erst durch freie Kaufentscheidungen der Kunden vermittelt worden.
- Inzwischen ist jedoch - ausgehend von der Schutzfunktion der Grundrechte und wegen der umfassenden Grundrechtsbindung der öffentlichen Gewalt (Art. 1 III GG), wonach der Freiheitsschutz des Bürgers die Abwehr jedweder Modalität von Schutzbereichsverkürzungen durch die staatliche Gewalt verlangen kann - allgemein anerkannt, daß auch eine von einem sog. schlichthoheitlichen staatlichen Handeln ausgehende, bloß tatsächliche und mittelbare Betroffenheit des Grundrechtsträgers im Rechtssinne einen Grundrechtseingriff darstellen kann.
- Das BVerfG arbeitet hinsichtlich Art. 12 I GG bekanntlich mit der Formel, daß die Auswirkungen staatlichen Handelns geeignet sein müßten, die Berufsfreiheit zu beeinträchtigen, was insbesondere bei Maßnahmen mit „berufsregelnder Tendenz“ der Fall sein könne. Diese Voraussetzungen passen jedoch auf die streitige Listenveröffentlichung so recht nicht. Da das BVerfG den „Eingriffs“-Begriff allerdings niemals abschließend umschrieben hat, lehnt das BVerfG richtigerweise die Schlußfolgerung ab, mangels einer berufsregelnden Tendenz der Listenveröffentlichung sei ein Eingriff in das Grundrecht der Klägerin auf Berufsfreiheit ausgeschlossen. Vielmehr sei der Schutz dieses Grundrechts unvollständig, wenn an ihm nicht auch mit staatlicher Autorität vorgenommene Handlungen gemessen würden, die als nicht bezweckte, aber voraussehbare und in Kauf genommene Nebenfolge eine schwerwiegende Beeinträchtigung der beruflichen Betätigungsfreiheit bewirkten.
- Rechtsdogmatisch folgt das BVerfG mit diesen Festlegungen der Auffassung, daß das maßgebliche Kriterium für die Qualifizierung einer staatlichen Warnung vor einem Produkt als Grundrechtseingriff die Intensität der freiheits- und rechtsgutmindernden Wirkung der behördlichen Information sei (a.A. Pinger, JuS 1988, S. 53 (55), der für die Bestimmung des Grundrechtseingriff den Schutzzweck des jeweiligen Grundrechts fruchtbar machen möchte).

2. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

a) Vorbehalt des Gesetzes

- Es durfte bislang zu den rechtsstaatlich begründeten und abgesicherten Selbstverständlichkeiten gerechnet werden, daß die verfassungsrechtliche Rechtfertigung eines verwaltungsbehördlichen Grundrechtseingriffs eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage verlangt, die eine tatbestandlich bestimmte Befugnis zum Grundrechtseingriff beinhaltet.
- Da es bei der Listenveröffentlichung um eine Warnung zu Zwecken der Gefahrenabwehr ging, stand jedenfalls, sofern keine spezialgesetzliche Eingriffsgrundlage vorhanden sein sollte, die landesgesetzliche polizei- und ordnungsrechtliche Generalklausel als Befugnisnorm i.S. des Art. 12 I 2 GG zur Verfügung. Allerdings: dem handelnden Bundesminister war der Rückgriff auf diese Ermächtigungsgrundlage verwehrt.

- Das BVerwG zieht nun allerdings die verfassungsrechtlich unausweichliche Konsequenzen nicht, sondern mißachtet Art. 12 I 2 GG, tut so, als handele es sich um ein verfassungstextlich vorbehaltlos statuiertes Grundrecht und erweckt vor diesem Hintergrund den Eindruck, es sei eine verfassungsrechtliche Prüfung wie in denjenigen Konstellationen angesagt, in denen der Gesetzgeber die verfassungsimmanenten Schranken vorbehaltlos normierter Grundrechte nachzeichnet. Selbstverständlich unterliegen aber auch vorbehaltlos normierte Grundrechte in bezug auf Grundrechtseingriffe nicht etwa weniger strengen Sicherungen als unter Gesetzes- oder Regelungsvorbehalt stehende Grundrechte. Mag sich auch die inhaltliche Legitimation für den Eingriff in ein vorbehaltloses Grundrecht letztlich aus der Verfassung ergeben, so bedarf die Exekutive für derartige Grundrechtseingriffe nach gesicherter Erkenntnis allemal einer den Eingriff (als solchen) legitimierenden (und begrenzenden) gesetzlichen Grundlage, eben einer Befugnisnorm, die rechtsstaatlichen Anforderungen genügt.
- Bei der Zusammenstellung des - Art. 12 I GG gegenüberliegenden - Abwägungsmaterials stellt das Gericht die Prämisse auf, die „Verfassung gehe ersichtlich davon aus, daß schon in dem Begriff der Regierung das dem so bezeichneten Organ übertragene Aufgabenfeld hinreichend gekennzeichnet sei“. Zu den im GG vorausgesetzten Aufgaben der Bundesregierung gehöre die Beobachtung gesellschaftlicher Entwicklungen und das Einschreiten bei Fehlentwicklungen, und zwar auch ohne Beschlußfassung durch den Gesetzgeber. Es könne daher „nicht ernsthaft bezweifelt werden, daß die Regierung von Verfassungs wegen das Recht haben muß und hat, zur Abwehr schwerwiegender Gefahren für wichtige Gemeinschaftsgüter die Öffentlichkeit umfassend über die gegebene Sachlage zu informieren“. „Die der Regierung übertragene Aufgabe der politischen Krisenbewältigung durch Information und Warnung der Öffentlichkeit muß auch die Befugnis einschließen, konkrete Grundrechtsträger als Quelle der bestehenden Gefahrensituation zu bezeichnen, wenn dies zur Erfüllung der genannten Aufgabe erforderlich ist.“ Wenn etwas als nun wirklich nach allen Richtungen hin abgesicherte Erkenntnis des geltenden Staats- und Verwaltungsrechts angesehen werden kann, ist es die Unzulässigkeit des Schlusses von der Aufgabe eines Staatsorgans auf dessen Befugnis zum Grundrechtseingriff (vgl. dazu auch zuletzt OVG Münster, NVwZ 1997, S. 302, das als Befugnisgrundlage für Warnungen vor sog. Jugendsekten außerdem Schutzpflichten aus Grundrechten (Art. 2 I i.V.m. 1 I, Art. 6 II GG) herleitet. Zurecht kritisch hierzu zuvor Wahl/Masing, JZ 1990, S. 533 ff.).

b) Verbandskompetenz

- Das BVerwG löst diese Frage am Maßstab des Art. 30 GG und sieht die „andere Regelung“ i.S. der Vorschrift in der „Zuweisung der Regierungsaufgabe an die Bundesregierung“. „Der Kompetenzbereich der Regierung erstreckt sich insoweit zumindest auf die Gebiete, für die dem Bund die Gesetzgebungszuständigkeit zusteht, denn zumindest in diesen Bereichen muß die Bundesregierung ihre beobachtende und die Entwicklung begleitende Politik entfalten, wozu im notwendigen Umfang auch die Information der Öffentlichkeit gehört“. Daß der Schluß von der Gesetzgebungskompetenz (vgl. z.B. Art. 74 I Nr. 11, 17 und 20 GG) auf die Verwaltungszuständigkeit rechtlich nicht zu vertreten ist, bedarf keiner Begründung. Und was die konkrete Lösung in dem zu entscheidenden Glykol-Fall betrifft, hat die Rechtsordnung die vom BVerwG erwünschte Zuständigkeit gerade nicht vorgesehen: Die Gefahrenabwehr im Geltungsbereich des Weingesetzes ist gem. Art. 83 GG, § 40 I 1 LMBG in die Verbandskompetenz der Länder gelegt.

c) Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

- Hinzuweisen ist noch darauf, daß in diesem Zusammenhang der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit eine wesentliche Rolle spielt, sei es im Rahmen der Grundrechtsprüfung, sei es als allgemeiner Grundsatz des Verwaltungsrechts. Das gilt sowohl für das Ob als auch für das Wie der öffentlichen Warnung. Die Behörde darf eine öffentliche Warnung nur abgeben, wenn sie die Gefährlichkeit des Produkts für die Verbraucher und die Folgen der Warnung für den Hersteller sorgfältig geprüft und abgewogen hat. Sie muß ferner, wenn sie sich zur öffentlichen Warnung entschließt, so vorgehen, daß der Hersteller am wenigsten geschädigt wird, vor allem nach Möglichkeit weitere Auswirkungen auf seinen Geschäftsbetrieb vermieden werden. Dabei sind auch mögliche Alternativen zu bedenken. So kann sich im Einzelfall ergeben, daß ein Verbot weniger einschneidend ist als eine öffentliche Warnung. Schließlich ist bei der (nachträglichen) rechtlichen Beurteilung noch zu beachten, daß auf den damaligen, nicht auf den heutigen Erkenntnisstand abzustellen ist.

50 bb) Anwendbare Ermächtigungsgrundlage

- Prüfung der Verfassungsmäßigkeit (str., z.T. wird dies erst im Rahmen der materiellen Rechtmäßigkeit geprüft; indes hängt oftmals auch die formelle Rechtmäßigkeit hiervon ab.)

51 b) Formelle Rechtmäßigkeit

aa) Zuständigkeit

- §§ 3, 44 II Nr. 3, 46, 48 V VwVfG (NW)

52 bb) Verfahren

(1) Anhörung (§ 28 VwVfG (NW))

- Die verwaltungsverfahrenrechtliche Anhörungspflicht setzt voraus, daß ein VA erlassen werden soll, der in Rechte eines Beteiligten (§ 13 VwVfG (NW)) eingreift, d.h. dessen bisherige Rechtsstellung zu seinem Nachteil verändert. Beachte § 28 II VwVfG (NW).

(2) Akteneinsichtsrecht (§ 29 VwVfG (NW))

- Auch ein Nichtbeteiligter (vgl. § 13 VwVfG (NW)) hat ein Akteneinsichtsrecht nach Ermessen, wenn er ein berechtigtes Interesse i.S.d. § 43 I VwGO an der Einsichtnahme hat (vgl. OVG Münster, NJW 1997, S. 2468 ff.)

53 cc) Form

(1) Grundsatz: Formlosigkeit, vgl. § 37 II 1 VwVfG (NW), § 10 I 1 VwVfG (NW)

(2) Ausnahme: soweit spezialgesetzlich angeordnet, z.B. §§ 8 II 1 LBG NW, 75 I 2 BauO NW

54

- (3) Begründung (§ 39 VwVfG (NW))
- § 39 I VwVfG (NW) statuiert lediglich eine verfahrensrechtliche, formelle Begründungspflicht, die erfüllt ist, wenn die Behörde eine mehr als nur formelhafte Begründung gibt und in ihr darlegt, welche die entscheidungserheblichen Gesichtspunkte, auch Ermessenserwägungen, gewesen sind. Ob diese Erwägungen inhaltlich zutreffen, ist eine Frage der materiellen Rechtmäßigkeit des VA.
- dd) Heilung von Verfahrens- und Formfehlern (§ 45 VwVfG (NW))
- (1) Beachte § 45 II BVwVfG: Heilung von Verfahrens- und Formfehlern bis zum Abschluß eines *verwaltungsgerichtlichen* Verfahrens möglich
 - (2) Problem: Verfassungsmäßigkeit des neuen § 45 II VwVfG des Bundes (vgl. Ehlers, Jura 1996, S. 617 (622); auch Bonk, NVwZ 1997, S. 320 (322 ff.))

Verfassungsmäßigkeit des neuen § 45 II VwVfG des Bundes

Da die Anhörung in ihrer bisherigen Ausformung durch das VwVfG im Kern verfassungsrechtlich abgesichert ist (vgl. Schoch, NVwZ 1983, S. 249 (251 f.): Rechtsstaatsprinzip, Grundsatz des rechtlichen Gehörs, Achtung der Menschenwürde), erscheint zweifelhaft, ob § 45 II BVwVfG verfassungsgemäß ist:

- Das Verwaltungsverfahren wird völlig entwertet. Darf die Verwaltung Anhörungsmängel noch während des gerichtlichen Verfahrens heilen, wird sie in aller Regel bestrebt sein, ihren Standpunkt aufrecht zu halten. Ansonsten wäre es kaum zu einem Prozeß gekommen. Die „Anhörung“ bei schwebenden gerichtlichen Verfahren dient dann in Wahrheit nicht mehr einer entscheidungsoffenen Auseinandersetzung mit dem Vorbringen des Beteiligten, sondern stellt eine bloße Förmelerei dar.
- Im übrigen kann die Verwaltung durch die Regelung verleitet werden, unter Umgehung der Beteiligten schnell zu entscheiden, da etwaige Verfahrensmängel notfalls ja noch nachträglich behoben werden können.

- (3) Beachte: Die landesrechtlich bestehenden Heilungsmöglichkeiten werden auch über § 94 S. 2 VwGO nicht i.S.d. § 45 II VwVfG des Bundes erweitert (VG Karlsruhe, NVwZ 1998, S. 209).
- (4) Anforderungen an die Heilung von Anhörungsmängeln

Die Heilung von Anhörungsmängeln

I. Heilung durch die bloße Durchführung des Widerspruchsverfahrens ?

1. A.: Die Heilung tritt allein durch die Durchführung des Widerspruchsverfahrens ein. Besondere Anforderungen an die Nachholung der Anhörung sind nicht zu stellen. Etwas anderes gilt lediglich dann, wenn die Ausgangsbehörde und der Widerspruchsführer nach Auffassung der Widerspruchsbehörde entscheidungserhebliche Tatsachen übersehen haben (BVerwGE 66, 111 (114)).

- Ergeht ein mit Gründen versehener VA mit einer Belehrung darüber, daß dagegen innerhalb eines Monats Widerspruch erhoben werden kann, muß dem Betroffenen bewußt sein, daß er jetzt Gelegenheit hat, alles vorzubringen, was sich gegen den VA anführen läßt, und daß er insbesondere zu den im VA verwerteten Tatsachen Stellung nehmen und weitere ihm bedeutsam erscheinende Tatsachen vortragen kann. Eines besonderen Hinweises bedarf es unter diesen Umständen nicht.

2. A.: Es erfolgt keine automatische Heilung des Anhörungsmangels durch das Widerspruchsverfahren. Auch im Falle der Nachholung ist das gesamte Anhörungsverfahren i.S.d. § 28 VwVfG durchzuführen (Schoch, NVwZ 1983, S. 249 ff.).

- Die Rechtsprechung führt dazu, daß die Verletzung der Anhörungspflicht in den meisten Fällen sanktionslos bleibt. Eine solche Geringschätzung der Verstöße gegen das Anhörungsrecht wird dem Sinngehalt der verfahrensrechtlichen Normierungen nicht gerecht.
- Bei § 45 I Nr. 3 VwVfG i.V.m. § 28 I VwVfG wird man, ausgehend vom Wortlaut, nach dem Gelegenheit zu geben ist, verlangen müssen, daß in aller Regel die Behörde tätig wird. Die Verweisung auf Rechtsbehelfe bzw. Rechtsmittel, also auf nachträgliche Einwendungen gegen den im Behördengang bereits erlassenen Bescheid, ist geradezu das Gegenteil eines Angebots vorheriger Stellungnahme.
- Der Widerspruch als solcher braucht nicht begründet zu werden.
- Es ist nicht einzusehen, weshalb die gegen ihre Anhörungspflicht verstoßende Behörde dadurch belohnt werden sollte, daß man die sachlichen Anforderungen an die nachzuholende Anhörung niedriger ansetzt als an die vorgeschriebene vorherige Anhörung.
- § 45 II VwVfG erklärt lediglich eine Nachholung „bis“ zum Abschluß des Vorverfahrens (VwVfG NW) bzw. des gerichtlichen Verfahrens (VwVfG) und nicht „durch“ das Vorverfahren für zulässig.

3. A.: Grundsätzlich ist der 2. Ansicht zu folgen. Nur dann, wenn der Beteiligte von sich aus im Widerspruchsverfahren zu allen entscheidungserheblichen Tatsachen Angaben gemacht hat, bedarf es keines besonderen Hinweises der Behörde auf die Möglichkeit der Äußerung mehr (Ehlers, Jura 1996, S. 617 (621)).

II. Heilung durch Durchführung des Widerspruchsverfahrens bei Ermessensverwaltungsakten ?

1. A.: Eine Heilung ist nur dann zu bejahen, wenn die Nachholung der Anhörung durch die Ausgangsbehörde erfolgt.

- § 28 I VwVfG (NW) betrifft nur die Anhörung durch die Ausgangsbehörde; in § 45 VwVfG (NW) wird eine andere Behörde zur Anhörung nicht für zuständig erklärt. Daraus kann man folgern, daß nur die Ausgangsbehörde die Anhörung mit heilender Wirkung nachholen kann, und zwar jedenfalls in denjenigen Fällen, in denen nach Anhörung eine andere Entscheidung in der Sache hätte getroffen werden können, weil ansonsten dem Betroffenen eine Verwaltungsinstanz verloren geht.
- Andernfalls würde der Schutzzweck der §§ 28 I, 45 I Nr. 3 VwVfG (NW) verfehlt, der darin liegt, den Vortrag des Betroffenen noch in die Erwägungen bei der Ermessensausübung einfließen zu lassen. Dem Betroffenen geht eine Ermessensebene verloren. Eine Ermessenskontrolle durch die Widerspruchsbehörde ist nicht gleichbedeutend mit der Ermessensausübung, da bei Ermessen mehrere Entscheidungen denkbar

sind und grundsätzlich für den Betroffenen die Möglichkeit bestünde, die Behörde umzustimmen.

2. A.: Eine Heilung ist auch dann zu bejahen, wenn die Anhörung durch die Widerspruchsbehörde erfolgt. Sie kann allenfalls dann ausscheiden, wenn die Widerspruchsbehörde auf die Prüfung der Rechtmäßigkeit des VA beschränkt ist (vgl. BVerwGE 66, 111 (115); dies ist u.a. der Fall bei Selbstverwaltungsangelegenheiten, Beurteilungsspielräumen (Bsp.: Prüfungsrecht), und VAen mit Doppelwirkung (vgl. 1. Teil, Rn. 90)).

- Nach § 45 II VwVfG NW soll die Heilung eines Verfahrensfehlers solange möglich bleiben, solange das administrative Verfahren im Verantwortungsbereich der Verwaltung schwebt. Zudem gibt die Widerspruchsbehörde dem VA die für die gerichtliche Nachprüfung maßgebende Gestalt (§ 79 I Nr. 1 VwGO). Die Befugnisse der Widerspruchsbehörde decken sich grundsätzlich mit denjenigen der Ausgangsbehörde, sie kann ihr Ermessen grundsätzlich an die Stelle desjenigen der Erstbehörde setzen. Der Klägervortrag kann also auch im Widerspruchsverfahren im Rahmen der Zweckmäßigkeitserwägungen Berücksichtigung finden. Der Betroffene kann alles vorbringen, was sich gegen den VA vorbringen läßt.
- Die Ausgangsbehörde hat zur erneuten Ermessensausübung schon dann Gelegenheit, wenn ihr der VA nach § 72 VwGO im Abhilfeverfahren (erneut) vorgelegt wird.

(4) Beachte § 2 (II Nr. 2, 3) VwVfG NW bzw. § 2 VwVfG

55

ee) Bekanntgabe, §§ 41, 43 I VwVfG (NW)

(1) Bekanntgabe und Zustellung

- Grundsätzlich setzt die Bekanntgabe (= die von der zuständigen Behörde amtlich veranlaßte Kenntnisnahme durch den Betroffenen) keine Zustellung (= förmliche und beurkundete Übergabe eines Schriftstücks, die den Zugang sichern und den Zeitpunkt der Bekanntgabe zweifelsfrei festhalten soll) voraus, vgl. § 41 V VwVfG (NW). Zugestellt wird, wenn die Behörde dies anordnet oder wenn die Zustellung gesetzlich vorgeschrieben ist. Beispiele: § 73 III 1 VwGO für den Widerspruchsbescheid; § 63 IV VwVG für die Androhung von Zwangsmitteln (wegen der Warnfunktion der Zustellung soll sich die Zustellungspflicht auch auf den Grund-VA beziehen (vgl. Engelhardt/App, VwVG - VwZG, 4. Aufl. 1996, § 13 Anm. 4 c)).
- Die Zustellung eines Widerspruchsbeseides richtet sich auch bei Landesbehörden nicht nach Landesrecht, sondern nach dem (Bundes-) VwZG. Dies wird von der h.A. mit § 56 II VwGO begründet (vgl. BVerwGE 39, 257 (259)), wobei der Sachzusammenhang zur prozessualen Frist des § 74 VwGO die bundesstaatlichen Bedenken überspielt. Systematisch richtiger ist es, wenn durch (Landes-) Zustellungsgesetz auf das VwZG des Bundes verwiesen wird (vgl. § 1 LZG NW). Vgl. Hufen, VwPrR, § 9 Rn. 35.

56

(2) Verwirkung des Klagerechts bei unterbliebener Bekanntgabe eines VA (vgl. auch 1. Teil, Rn. 86 sowie Hufen, VwPrR, § 23 Rn. 15)

Verwirkung des Klagerechts bei unterbliebener Bekanntgabe eines VA

Das Klagerecht kann auch durch Zeitablauf oder durch Untätigkeit verwirkt sein, wenn der Kläger eine Belastung, die er erkannt hatte oder hätte erkennen müssen, zunächst hinnimmt und zu einem sehr viel späteren Zeitpunkt klagt.

Wichtigster Beispielfall: Die Baugenehmigung wird einem Nachbarn des Bauherrn nicht oder fehlerhaft zugestellt, so daß sie ihm gegenüber nicht wirksam wird. Trotz erkennbarer Bauabsicht unternimmt der Kläger zunächst nichts und klagt erst, nachdem das Bauvorhaben bereits fortgeschritten ist (BVerwGE 44, 294 (300); E 44, 339 (343)).

Hier muß sich der Kläger zwar nicht in vollem Umfang so behandeln lassen, als sei ihm die Baugenehmigung rechtzeitig zugestellt worden. Insbesondere gelten die Fristen der §§ 70, 74 VwGO, gilt aber auch § 58 II VwGO jedenfalls nicht unmittelbar. Die Rechtslage ist aber ähnlich wie bei § 58 II VwGO: Trotz fehlender Belehrung über die Rechtsschutzmöglichkeiten ist es dem Nachbarn zumutbar, sich in angemessener Zeit um sein eigenes Abwehrrecht zu bemühen. Das gilt nicht nur für den unmittelbaren Grenz-nachbarn und hat auch nichts mit einem „nachbarschaftlichen Treueverhältnis“ oder dergleichen zu tun (so aber BVerwGE 44, 294 (298)). Es ist lediglich Ausdruck des allgemeinen Prinzips, daß der Rechtsschutz (Art. 19 IV GG) in einer für alle Beteiligten angemessenen Weise ausgeübt wird. Starre Fristen, insbesondere eine undifferenzierte Anwendung von § 58 II VwGO, sind für die vielfältigen Probleme dieser Fallgruppe ihrerseits unangemessen (vgl. auch BVerwGE 44, 294 (302), wonach Verwirkung u.U. in besonders gelagerten Fällen auch schon vor Ablauf eines Jahres gegeben sein kann; a.A. Kopp, VwGO, § 74 Rn. 20 mit dem Hinweis, daß die in der VwGO mehrfach erwähnte Frist von einem Jahr Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens sei). In jedem Fall ist die „Verwirkungsfrist“ länger zu bemessen als die Frist bei korrekter Bekanntgabe (BVerwG, NVwZ 1991, S. 1182).

- 57 ee) Rechtsbehelfsbelehrung
- Wenn sie fehlt oder - an § 58 I VwGO gemessen - unrichtig ist (meist wenn im Sachverhalt der Wortlaut mitgeteilt ist), führt dies nicht zur Rechtswidrigkeit des VA, sondern hat nur die Folge des § 58 II VwGO, d.h. Fristverlängerung.
- 58 c) Materielle Rechtmäßigkeit
- aa) Die für die Entscheidung maßgebliche Sach- und Rechtslage
 - (1) Ausgangspunkt: materielles Recht, aber (letztlich prozessual begründete)
 - (2) Faustregeln
 - (a) Bei Anfechtungsklage: Sach- und Rechtslage bei Erlass / Bekanntgabe des VA (= des Widerspruchsbescheids, da dieser dem VA die für den Prozeß entscheidende Gestalt gibt, § 79 I 1 VwGO)
 - (b) Bei Verpflichtungsklage: Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung
 - (c) Bei Feststellungsklage: je nach Begehren
 - (3) Besonderheiten
 - (a) Abbruchverfügung usw.

Der maßgebliche Zeitpunkt für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage bei einer Abbruchverfügung

Bei einer nachträglichen Rechtsänderung zugunsten des Bauherrn ist wegen des durch Art. 14 I 1 GG gewährten Bestandsschutzes auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung abzustellen. Dies gilt aus Gründen des Vertrauensschutzes und der Billigkeit für alle noch nicht vollzogenen Verwaltungsakte, deren Vollstreckung billigerweise nicht mehr erfolgen kann, weil sie sogleich wieder zurückgenommen werden müßten, bzw. weil eine entsprechende Erlaubnis erteilt werden müßte.

(b) Drittanfechtungsklage (VA mit Doppelwirkung)

Der maßgebliche Zeitpunkt für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage bei einem VA mit Doppelwirkung

Hier wird teilweise angenommen, es komme letztlich wie bei der Verpflichtungsklage darauf an, ob ein Anspruch auf die Begünstigung bestehe. Maßgeblicher Zeitpunkt sei also die letzte mündliche Verhandlung. Das klingt einleuchtend, ist aber nicht sachgerecht. Auch bei der Anfechtungsklage des Dritten gegen einen VA mit Doppelwirkung kann das Gericht dessen Rechtmäßigkeit nur anhand der wirksamen Behördenentscheidung dem Kläger gegenüber beurteilen. Das gilt zumal bei Ermessensentscheidungen. Auch kann einem Begünstigten eine Rechtsposition nicht dadurch wieder entzogen werden, daß sich z.B. zwischen Genehmigungserteilung und letzter mündlicher Verhandlung technische Standards verändern. Ein Interessenausgleich zwischen Betreiber und Nachbarn muß in diesen Fällen auf anderem Wege (z.B. durch nachträgliche Schutzauflage, Wiederaufgreifen des Verwaltungsverfahrens usw.) gefunden werden.

(c) Dauer-VA

Der maßgebliche Zeitpunkt für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage bei einem Dauer-VA

I. Grundsatz

- Bei einem VA mit Dauerwirkung sind bei der gerichtlichen Entscheidung grundsätzlich sowohl nachträglich eingetretene positive wie negative Aspekte zu berücksichtigen, denn diese (z.B. Verkehrszeichen) sind nicht nur einmalige, unveränderliche Entscheidungen der Behörde, sondern werden gleichsam laufend (z.B. jedem neuen Verkehrsteilnehmer) bekanntgegeben.

II. Ausnahme, § 35 VI GewO

- An dieser Auffassung hat die Rechtsprechung nach Inkrafttreten des neuen § 35 VI GewO (Wiedergestattungsantrag) für diese Vorschrift nicht mehr festgehalten. Auch bei der Gewerbeuntersagung und ähnlichen statusentziehenden Entscheidungen kommt es also nicht auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung, sondern - wie bei allen übrigen Anfechtungsklagen - auf die letzte Behördenentscheidung an.
- Die Begründung mit § 35 VI GewO überzeugt nicht unbedingt. So macht es sehr wohl einen Unterschied, ob der Betroffene die Aufhebung der Untersagung wegen zwischenzeitlich ein-

getretener für seine Zuverlässigkeit sprechende Aspekte erreicht oder ob er - und dies in der Regel erst nach Ablauf eines Jahres - auf einen Wiedererteilungsantrag angewiesen ist.

- 59
- bb) Nachschieben von Gründen
- (1) Abgrenzung zu § 39 (i.V.m. §§ 45, 46) VwVfG (NW)
- (a) § 39 VwVfG (NW) greift, wenn
- die Begründung vollkommen fehlt;
 - die Begründung formell rechtlich unzulänglich ist, d.h. sich in standardisierenden Floskeln erschöpft, die den Zwecken des Begründungserfordernisses (Befriedungs-, Klarstellungs-, Selbstkontroll- und Rechtsschutzfunktion, vgl. Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 39 Rn. 5) nicht gerecht werden.
- (b) Nachschieben von Gründen dann, wenn eine formell ordnungsgemäße, aber materiellrechtlich fehlerhafte Begründung ergänzt oder geändert wird.
- 60
- (2) Zulässigkeit
- (a) Vor Inkrafttreten des § 114 S. 2 VwGO
- Ansatz: Da das VG die Rechtmäßigkeit des VA unter allen rechtlichen Gesichtspunkten prüft (Reparatur vor Kassation), grundsätzlich zulässig (h.M., vgl. BVerwGE 38, 191 (195); E 85, 163 (166); Schmitt-Glaeser, Rn. 530 ff.; Hufen, § 24 Rn. 22 ff.), wenn
 - Gründe bereits bei Erlass des VA vorlagen,
 - der VA nicht in seinem Wesen verändert wird,
 - der Betroffene in seiner Rechtsverfolgung nicht (unzumutbar) beeinträchtigt wird.
- (b) § 114 S. 2 VwGO
- Nur Ergänzung, nicht (komplettes) Auswechseln der Begründung.
 - Nur tatsächliche oder rechtliche Umstände, die bis zur letzten Behördenentscheidung vorgelegen haben.
- (3) Prozessuale Umsetzung (str.)
- 1.A.: §§ 87 I 2 Nr. 7, 94 S. 2 VwGO (vgl. Redeker/von Oertzen, VwGO, § 114 Rn. 10 b)
- 2.A.: §§ 86 III, 87 I 1 VwGO (Gerhardt, in: Schoch/Schmidt-Abmann/Pietzner, VwGO, § 114 Rn. 12 f.)

- 61
- cc) Auslegung und Subsumtion
 - dd) Unbestimmter Rechtsbegriff / Beurteilungsspielraum

Norm, unbestimmter Rechtsbegriff, Beurteilungsspielraum

I. Tatbestand des Gesetzes enthält „bestimmten“ Rechtsbegriff

- d.h. bereits aus dem Wortlaut der Vorschrift (grammatische Auslegung) ergibt sich das (einzig richtige) Ergebnis (*Bestimmungsfunktion* des Wortlauts)
 - Beispiel: §§ 187 ff. BGB
- ⇒ Gesetz (= Normtext) = Norm

II. Tatbestand des Gesetzes enthält „unbestimmten“ Rechtsbegriff

- d.h. der Wortlaut gibt das Ergebnis noch nicht vor, läßt vielmehr mehrere Interpretationsvarianten zu; Wortlaut bildet daher nur Deutungsrahmen (*Grenzfunktion* des Wortlauts). Um Norm zu erhalten, muß der Normtext mit Hilfe der Auslegungsmethoden (historische, genetische, systematische, teleologische „Auslegung“) konkretisiert werden.

⇒ Gesetz (= Normtext) + Konkretisierung = Norm

1. Grundsatz: Konkretisierung ist Sache der Gerichte (Art. 92, 97 I, (20 III), 19 IV GG)

⇒ Interpretation und Anwendung des „unbestimmten“ Rechtsbegriffs durch die Verwaltung wird vollständig überprüft

2. Ausnahme: Konkretisierung durch die Verwaltung (sog. Beurteilungsspielraum)

⇒ Interpretation und Auslegung des „unbestimmten“ Rechtsbegriffs wird nur auf Einhaltung äußerster Grenzen überprüft:

- Sachverhalt vollständig und zutreffend ermittelt
- allgemeingültige Bewertungsmaßstäbe eingehalten
- wesentliche Verfahrensvorschriften beachtet
- keine sachfremden Erwägungen angestellt
- Wortlautgrenze beachtet

⇒ Parallele zur Überprüfung von Ermessensentscheidungen (Beurteilungsspielraum als „Tatbestandsermessen“)

3. Wann Grundsatz, wann Ausnahme ?

- GG sieht Grundsatz vor, über Ausnahme entscheidet der Gesetzgeber (sog. normative Ermächtigungslehre; vgl. zusammenfassend Pieroth/Kemm, JuS 1995, S. 780 ff.)

- a) Interpretation der gesetzlichen Vorschrift, die den „unbestimmten“ Rechtsbegriff enthält, ergibt nicht, daß der Gesetzgeber der Verwaltung Konkretisierungsbefugnis einräumen wollte => kein Beurteilungsspielraum
 - beachte: Je stärker die Vorschrift in spezielle (Freiheits-) Grundrechte eingreift, desto weniger ist Beurteilungsspielraum anzunehmen.
- b) Interpretation der gesetzlichen Vorschrift ergibt, daß der Gesetzgeber die Verwaltung zur Konkretisierung ermächtigen wollte => Beurteilungsspielraum
 - aa) Nur ausnahmsweise ausdrückliche Ermächtigung
 - bb) I.d.R. Ermächtigung aus teleologischen Gründen
 - Beispiel: Umweltschutzrechtliche Vorschriften bezwecken Ausgleich zwischen Gesundheitsschutz und Erwerbsfreiheit (z.B. §§ 6 I Nr. 1, 5 I, 3 BImSchG; § 7 II Nr. 3 AtomG); Verwaltung wegen besserer sachlicher und personeller Ausstattung (unter Hinzuziehung sog. externen Sachverständs (vgl. §§ 7 I, 48, 51 BImSchG)) besser hierzu in der Lage als Gerichte
 - cc) Manchmal ergibt sich Beurteilungsspielraum auch aus dem GG.
 - Beispiel: Art. 3 I GG (aus dem Prinzip der Chancengleichheit im Prüfungswesen folgt Beurteilungsspielraum für sog. prüfungsspezifische Bewertungen)

- 62 ee) Wirksamkeit und verfassungs- bzw. gesetzeskonforme Auslegung (str., vgl. oben 1. Teil, Rn. 50)
- ff) Rechtsfolge
 - (1) Gebundener VA
 - (2) Ermessens-VA (vgl. auch 2. Teil, 3. Kapitel, III.)

Ermessen und Ermessensgrenzen

I. Begriff des Ermessens

- Befugnis der Verwaltung, bei Erfüllung des gesetzlichen Tatbestands zwischen Alternativen zu wählen (Spielraum hinsichtlich des „Ob“ (Entschließungsermessen) und des „Wie“ (Auswahlermessen))

II. Einräumung kraft Gesetzes

- Formulierungen wie „kann“, „darf“, „ist befugt“ etc.
- Gegensatz: gebundene Entscheidung („muß“, „ist“, „hat“, „darf nicht“ usw.)
- beachte: „soll“ heißt „muß“, es sei denn, es liegt ein atypischer (Ausnahme-) Fall vor (z.B. § 12 IV WehrpflG; vgl. zu „soll“-Vorschriften BVerwGE 49, 16 (23); E 64, 318 (323))

III. Ermessensgrenzen

- Kein „freies“, sondern rechtlich diszipliniertes („pflichtgemäßes“ - vgl. etwa §§ 3 I PolG NW, 16 OBG NW) Ermessen
 - => § 40 VwVfG (NW)
- 1. Pflicht, Ermessen zu betätigen:
 - Die Behörde macht von dem ihr zustehenden Ermessen keinen Gebrauch, etwa aus Nachlässigkeit oder weil sie irrtümlich annimmt, sie sei kraft zwingenden Rechts zum (Nicht-) Handeln verpflichtet.
 - Verstoß: Ermessensnichtgebrauch
- 2. Pflicht, dem Zweck der Ermessensnorm gemäß zu handeln
 - Die Behörde läßt sich nicht ausschließlich vom Zweck der Ermessensvorschrift leiten, d.h. sie beachtet die gesetzlichen Zielvorstellungen nicht oder bezieht die für die Ermessensausübung maßgeblichen Gesichtspunkte nicht hinreichend in ihre Erwägungen ein.
 - Verstoß: Ermessensfehlgebrauch
- 3. Pflicht, gesetzliche Grenzen des Ermessens einzuhalten
 - a) Grenzen aus Ermessensnorm selbst
 - Die Behörde wählt eine nicht mehr im Rahmen der Ermessensvorschrift liegende Rechtsfolge.
 - b) Grenzen aus anderen Normen, insbesondere Verfassungsrecht (Grundrechte, Übermaßverbot)
 - Verstoß: Ermessensüberschreitung
- 4. Beachte: Eine rechtsfehlerfreie Ermessensentscheidung setzt voraus, daß die Behörde in tatsächlicher Hinsicht nicht von unzutreffenden Umständen ausgeht. Legt die Verwaltung dagegen ihrer Entscheidung falsche Voraussetzungen zugrunde, ist die darauf gestützte Ermessensausübung fehlerhaft und damit rechtswidrig.

IV. Ermessenskontrolle

- 1. Durch Widerspruchsbehörde
 - a) Grundsatz: Vollkontrolle (Recht- und Zweckmäßigkeit - § 68 I 1 VwGO)
 - b) Ausnahmen
 - aa) Nur Rechtmäßigkeitskontrolle bei Selbstverwaltungsangelegenheiten (Gegenausnahme: § 7 AGVwGO NW)
 - bb) Nur eingeschränkte Rechtmäßigkeitskontrolle bei VA mit Doppelwirkung

- | |
|---|
| 2. Durch Verwaltungsgericht |
| - nur Rechtmäßigkeitskontrolle (§ 114 VwGO) |

- 64
2. Rechtsverletzung
- Wenn die Voraussetzungen des § 46 VwVfG (NW) erfüllt sind, entfällt insoweit die Rechtsverletzung (so BVerwGE 65, 287 (290); nach a.A. beseitigt § 46 VwVfG (NW) lediglich den Aufhebungsanspruch, vgl. Hufen, DVBl. 1988, S. 69 (75)). Abgesehen von der Ermessensreduzierung auf Null kann bei der Verletzung von Verfahrensvorschriften im Ermessensbereich aber gerade nicht ausgeschlossen werden, daß bei ordnungsgemäßem Verfahren eine andere Entscheidung in der Sache hätte getroffen werden können. § 46 VwVfG NW greift demnach bei Ermessensentscheidungen grundsätzlich nicht ein (OVG Münster, NVwZ 1985, S. 661 (662)).
 - Wichtig: Neuerdings Unterschied zwischen § 46 BVwVfG und § 46 VwVfG NW !
 - Nach § 46 VwVfG NW Fehler nur unerheblich bei gebundenem VA oder Ermessensreduktion auf Null (sog. alternativloser VA)
 - Nach § 46 BVwVfG darüber hinausgehend bei allen Ermessensverwaltungsakten, falls Fehler sich evidentermaßen nicht ausgewirkt hat.

- 65
3. Sonderprobleme
- a) Die reformatio in peius

Die reformatio in peius

A. Begriff

- Änderung eines VA innerhalb eines Rechtsbehelfsverfahrens zum Nachteil des Rechtsbehelfsführers

B. Zulässigkeit der reformatio in peius im Widerspruchsverfahren

- Beachte: Die reformatio in peius ist im verwaltungs- und strafgerichtlichen Verfahren prinzipiell unzulässig, vgl. § 129 VwGO, § 331 StPO.

I. Formelle Zulässigkeitsvoraussetzungen

1. Zuständigkeit

- a) Die Zuständigkeit zur r.i.p. ergibt sich nicht aus der Zuständigkeitsvorschrift für die Ausgangsbehörde (allgemeine Meinung).
- b) Die einschlägige Vorschrift ist im übrigen streitig.

1. A.: §§ 68 I 1, 73 I 1 VwGO (Minderheitsmeinung)

- Überprüfung der Recht- und Zweckmäßigkeit

- § 88 VwGO gilt im Widerspruchsverfahren nicht entsprechend, d.h. das Begehren des Widerspruchsführers ist nebensächlich

2. A.: Zuständigkeitsvorschriften des jeweils einschlägigen Bundes- und Landesrechts (so h.L. und Rspr., z.B. BVerwGE 51, 310 (314); BVerwG, NVwZ 1983, S. 32 (34); 1987, S. 215).

- Weitergehende Befugnisse als die, einem Widerspruch dann stattzugeben, wenn sie ihn für begründet hält, verleihen die §§ 68 ff. VwGO der Widerspruchsbehörde nicht.
- Die reformatio in peius hat mit Prozeßrecht nichts zu tun; sie ist allein eine Frage des materiellen Rechts / der Fachgesetze.
- Dabei soll es auf die Zuordnung zu einer der folgenden Fallgruppen ankommen:
 - aa) Widerspruchs- und Ausgangsbehörde sind identisch: Widerspruchsbehörde zuständig
 - bb) Widerspruchsbehörde ist weisungsbefugt: Widerspruchsbehörde zuständig
 - cc) Widerspruchsbehörde ist (nur) Rechtsaufsichtsbehörde: Ausgangsbehörde zuständig
 - Freiwillige Selbstverwaltungsaufgaben (+)
 - Pflichtige Selbstverwaltungsaufgaben ohne Weisung (+)
 - Pflichtaufgaben zur Erfüllung nach Weisung (-), da insoweit eine (wenn auch eingeschränkte) Fachaufsicht besteht

2. Verfahren (insb. § 28 I VwVfG (NW))

- a) § 28 VwVfG (NW) grundsätzlich anwendbar, vgl. § 79 2. HS VwVfG (NW)
- b) Aber: Einschränkung des Anhörungserfordernisses nach Sinn & Zweck der Vorschrift. Nach § 28 VwVfG (NW) hat der Bürger nur einen Anspruch auf Äußerung zu Tatsachen. Deshalb ist eine Anhörung nur erforderlich, wenn die Widerspruchsbehörde ihre Entscheidung auf
 - objektiv neue Tatsachen, d.h. solche, die erst nach Abschluß des Ausgangsverfahrens entstanden sind, oder auf
 - Tatsachen, die bisher noch nicht in das Verfahren eingeführt wurden, die die Ausgangsbehörde also nicht zur Grundlage ihrer Entscheidung gemacht hat, stützt (VGH Mannheim, NVwZ 1995, S. 1220 (1221); a.A. Hufen, VwPrR, § 9 Rn. 21: Anhörung unabhängig vom Vorliegen neuer Tatsachen erforderlich.)

II. Materielle Zulässigkeitsvoraussetzungen

1. Prinzipielle Zulässigkeit streitig

- a) r.i.p. zulässig (Rspr. und h.L.)

- § 79 II 1 VwGO zeigt, daß der Gesetzgeber von der Möglichkeit einer zusätzlichen selbständigen Beschwer zu Lasten des Widerspruchsführers ausgeht.
 - Die r.i.p. ist gewohnheitsrechtlich und richterrechtlich anerkannt.
 - Die volle Sachherrschaft und die Selbstkontrolle der Verwaltung umfaßt grundsätzlich die Möglichkeit zur Entscheidung „in beiden Richtungen“; anders hätte der Gesetzgeber dies ausdrücklich ausschließen müssen. Dies ist aber in §§ 68 ff. VwGO - im Gegensatz zu anderen Verfahrensordnungen - nicht geschehen.
 - Das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung (Art. 20 III GG) gebietet die vollständige Überprüfungscompetenz der Widerspruchsbehörde (vgl. auch § 68 I 1 VwGO „Recht- und Zweckmäßigkeit“)
 - Der Betroffene hat sich dadurch, daß er den Rechtsbehelf eingelegt hat, selbst des Bestandsschutzes begeben.
 - Auch aus den §§ 48, 49 VwVfG (NW) läßt sich ableiten, daß der Vertrauensschutz nicht notwendig die nachteilige Veränderung von Verwaltungsakten ausschließt. §§ 48, 49 VwVfG (NW) ermöglichen die belastende Aufhebung oder Änderung des VA selbst nach seiner Bestandskraft; dies muß erst recht vor deren Eintritt gelten.
- b) r.i.p. unzulässig (Teil der Lehre, z.B. Hufen, VwPrR, § 9 Rn. 16 ff.)
- Es verstößt gegen die Grundidee des rechtlichen Gehörs, wenn der Betroffene eine Überprüfung eines ihn belastenden VA nur erreichen kann, wenn er gleichzeitig das Risiko hinnimmt, sich selbst durch den Rechtsbehelf zu schädigen.
 - Rechtsschutzfunktion des Vorverfahrens: Weder im Ausgangsbescheid bzw. dessen Rechtsbehelfsbelehrung noch im Gesetz steht drin, daß er im Widerspruchsverfahren „verbösert“ werden kann. Nicht zuletzt deshalb ist die Argumentation, der Betroffene habe sich des Bestandsschutzes selbst begeben, rechtsstaatlich äußerst fragwürdig.
 - Verstoß gegen den Grundsatz des Vertrauensschutzes
 - Eine Entlastung der Gerichte ist bei der Zulassung einer Verböserung nicht zu erwarten.
 - Dem Bundesgesetzgeber fehlt die Kompetenz für die Regelung dieser Frage, denn gemäß Art. 74 I Nr. 1 GG ist er nur befugt gewesen, das Vorverfahren unter dem Gesichtspunkt der Rechtsschutz- und Entlastungsfunktion zu regeln, so daß die Möglichkeit einer Entstehung neuen Prozeßstoffes zwischen den Beteiligten durch das Widerspruchsverfahren ausgeschlossen sein sollte. Jedenfalls kann wegen der beschränkten Kompetenz des Bundesgesetzgebers § 79 II VwGO keine entscheidende Bedeutung zukommen. Im übrigen ist die Trägfähigkeit der Argumentation zweifelhaft, da die r.i.p. keine „selbständige Beschwer“ i.S. der Vorschrift darstellt.
 - Die r.i.p. ist eine zusätzliche Belastung einer verfahrensrechtlichen Stellung, für die der Gesetzgeber eine besondere Rechtsgrundlage hätte schaffen müssen. Diese ist aber (anders anders als z.B. bei §§ 48, 49 VwVfG (NW) und § 411 IV StPO) in §§ 68 ff. VwGO nicht enthalten.

2. Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen (str.)

- a) Nur unzulässig, wenn spezialgesetzlich ausgeschlossen (Vorrang des Gesetzes); tendenziell in die gleiche Richtung geht es, die Grenze für die r.i.p. „im Kernbestand des Vertrauensschutzes“ und im Grundsatz von Treu und Glauben zu sehen.
- b) Ermächtigungsgrundlage erforderlich, da es sich um einen belastenden Grundrechtseingriff handelt (Vorbehalt des Gesetzes, ganz h.M.)

aa) Spezialgesetz

bb) Im übrigen: Einschlägiges materielles Recht oder §§ 48, 49 VwVfG (NW)

1.A.: §§ 68, 79 VwGO bewirken eine vollständige Zuständigkeitsverlagerung von der Ausgangs- auf die Widerspruchsbehörde, so daß sich die Rechtmäßigkeit der Entscheidung der Widerspruchsbehörde nach dem einschlägigen materiellen Recht richtet. Der Aspekt des Vertrauensschutzes ist im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung zu beachten (vgl. Pietzner, VerwArch 81 (1990), S. 261).

- Rechtsgedanke der §§ 48, 49 VwVfG (NW) greift nicht, da kein schutzwürdiges Vertrauen gegeben ist
- §§ 48, 49 VwVfG (NW) sollen nicht die Widerspruchsentscheidung erfassen, vgl. § 43 II VwVfG (NW) („anderweitig aufgehoben“)

2.A.: §§ 48, 49 VwVfG (NW) analog (Analogie deshalb, weil nach den §§ 48, 49 VwVfG (NW) die Ausgangsbehörde einen von ihr erlassenen VA außerhalb des Rechtsbehelfsverfahrens aufhebt.)

- Die Ausgangsbehörde müßte bei korrekter Gesetzesanwendung ja auch die §§ 48, 49 VwVfG (NW) als materiell-rechtliche Vorschriften heranziehen.
- Die Maßstäbe der §§ 48, 49 VwVfG (NW) sind präziser als das allgemeine Übermaßverbot / Vertrauensschutzprinzip.

cc) Folgeproblem, soweit man der 2. Ansicht unter bb) folgt: Ist die Verschärfung einer Belastung als Aufhebung eines (hinsichtlich der Begrenzung der Belastung) begünstigenden VA zu behandeln ?

1.A.: Eine nachteilige Änderung eines belastenden VA wirkt wie die Aufhebung eines begünstigenden VA und ist damit wie ein begünstigender VA zu behandeln (Maurer, VwR AT, § 11 Rn. 15).

- Vom Interessenstandpunkt des Betroffenen kommt es nicht auf den Gesamtcharakter des VA an, sondern vielmehr darauf, ob die Änderung belastend oder begünstigend wirkt. Der ursprüngliche VA enthält zugleich auch die Regelung, daß nur diese Belastung auferlegt wird und keine weitergehende.
- Vertrauensschutzinteresse des Bürgers

- Die Anwendung der §§ 48 I 1, 49 I VwVfG (NW) wäre nicht sachgerecht, da diese davon ausgehen, daß der Bürger eine Aufhebung der Belastung erstreben wird.

2.A.: Für die Beurteilung ist der Gesamtcharakter des Verwaltungsaktes maßgebend. Einschlägig sind somit bei belastenden Verwaltungsakten die §§ 48 I 1, 49 I VwVfG (NW) (vgl. BVerwG, DÖV 1983, S. 941 (943)).

- Die Konstruktion der §§ 48, 49 VwVfG (NW) stellt auf den Gesamtcharakter des aufzuhebenden VA ab und nicht auf die Wirkung einer Änderung.
- Für eine Unterscheidung nach den Interessen des Betroffenen finden sich im Gesetz keine Anhaltspunkte.

C. Verwaltungsprozessuale Probleme bei der reformatio in peius

I. Klagegegenstand bei der reformatio in peius

1. A.: Beschränkung auf den Widerspruchsbescheid gemäß § 79 II 1 VwGO möglich (Kopp, VwGO, § 79 Rn. 11; Hufen, VwPrR, § 9 Rn. 21).

- Jede inhaltliche Verböserung des ursprünglichen VA stellt eine zusätzliche selbständige Beschwer i.S.d. § 79 II 1 VwGO dar.

2. A.: Klagegegenstand muß der ursprüngliche VA in der Gestalt sein, die er durch den Widerspruchsbescheid gefunden hat (Weides, JuS 1992, S. 52 (53)).

- Es geht nur um eine quantitative, nicht um eine qualitative Veränderung des Ursprungs-VA.
- § 79 II 2 VwGO sieht gerade keinen inhaltlichen Zusammenhang mit dem Ursprungs-VA vor, sondern z.B. Verstöße gegen Verfahrensvorschriften.
- Unter „Gestalt“ i.S.d. § 79 I Nr. 1 VwGO kann auch die Gestaltung durch die r.i.p. zu verstehen sein.

II. Richtiger Klagegegner

- Die Frage des Klagegegners im Falle der r.i.p. ist nur bei Identität von Ausgangs- und Widerspruchsbehörde unproblematisch. Hat die „verbösernde“ Widerspruchsbehörde die Ausgangsbehörde lediglich angewiesen, dann ist deren Träger richtiger Klagegegner. Streitig ist, was zu gelten hat, wenn die Widerspruchsbehörde den Betroffenen insoweit selbst belastet hat.

1. A.: Richtiger Klagegegner ist die Widerspruchsbehörde.

- Anderenfalls würde die Ausgangsbehörde in einen selbst nicht verursachten Rechtsstreit verwickelt.

2. A.: Richtiger Klagegegner ist die Ausgangsbehörde.

- Dies ist jedenfalls dann richtig, wenn man nicht den Widerspruchsbescheid als alleinigen Klagegegenstand ansieht, vgl. §§ 78 II, 79 II 3 VwGO, denn es fehlt ja gerade die zusätzliche selbständige Beschwer i.S.d. Vorschrift.

III. Erneutes Widerspruchsverfahren erforderlich ?

- Hinsichtlich des „verbösernden Teils“ ist kein erneutes Widerspruchsverfahren erforderlich, § 68 I 2 Nr. 2 VwGO analog.

66

- b) Die behördliche Aufhebung von Verwaltungsakten

Die behördliche Aufhebung von Verwaltungsakten

A. Spezialregelungen ohne Konkurrenz zu §§ 48 ff. VwVfG (NW), vgl. § 2 VwVfG (NW)

- Z.B. §§ 130 ff., 172 AO (vgl. § 2 II Nr. 1 VwVfG (NW))
- Z.B. §§ 44 ff. SGB-X (vgl. § 2 II Nr. 3 VwVfG NW, § 2 II Nr. 4 VwVfG)

B. Spezialregelungen in Konkurrenz zu §§ 48 ff. VwVfG (NW), vgl. § 1 I VwVfG (NW)

- Z.B. § 15 GastG

C. §§ 48, 49 VwVfG (NW)

I. Einteilungskriterien der §§ 48, 49 VwVfG (NW)

1. Rechtmäßigkeit / Rechtswidrigkeit

- Beachte: Rechtswidrigkeit i.S.d. § 48 VwVfG (NW) bedeutet *Außenrechtswidrigkeit*. Diese ist nur gegeben, wenn eine Verwaltungsmaßnahme einer Rechtsnorm widerspricht, die für die handelnde Behörde unmittelbar und mit Rechtswirkung nach außen ein Ge- oder Verbot enthält. In diesem Sinne stellen (z.B. Vergabe-) Richtlinien keine Rechtsnormen dar (vgl. OVG Münster, DÖV 1981, S. 109 (110); BVerwGE 58, 45 (49)). Über Art. 3 I GG kann aber eine Selbstbindung der Verwaltung mit der Folge eintreten, daß ohne besondere Gründe des Einzelfalles von den Richtlinien und der entsprechenden Verwaltungspraxis nicht abgewichen werden darf. Die Bewilligung einer Subvention entgegen den ständig praktizierten Richtlinien ist demnach wegen Verstoßes gegen den Gleichheitssatz - einen Außenrechtssatz i.S.d. § 48 VwVfG (NW) - grundsätzlich rechtswidrig (BVerwG, NJW 1988, S. 2907; Maurer, VwR AT, § 24 Rn. 21 ff., 26). Da der Gleichbehandlungsgrundsatz auch ein Rechtssatz des objektiven Rechts ist, ist die Verpflichtung der leistungsgewährenden Verwaltung, nach sachlichen Kriterien willkürfrei und gleichmäßig zu verfahren, stets gegeben und nicht nur dann, wenn andernfalls jemand in seinen subjektiven Rechten verletzt würde.

- a) Rücknahme, § 48 VwVfG (NW)

- b) Widerruf, § 49 VwVfG (NW)

- c) Der Zeitpunkt für die Beurteilung ist streitig:

- Aus § 49 II 1 Nrn. 3, 4 VwVfG (NW) ergibt sich, daß ein VA, der zum Zeitpunkt seines Erlasses rechtmäßig war, auch nach einer Gesetzesänderung, die einem erneuten Erlaß entgegenstehen würde, rechtmäßig bleibt, so daß § 49 VwVfG (NW) für dessen Widerruf einschlägig ist.

2. Begünstigender / nichtbegünstigender VA
 - a) Legaldefintion in § 48 I 2 VwVfG (NW): Rechtskreiserweiterung ist erforderlich.
 - b) Sog. Misch-VA
 - Beispiel: A stellt einen Antrag auf eine Subvention in Höhe von 10.000,- DM. Die Behörde bewilligt 5.000,- DM, will diesen Bescheid dann aber aufheben. Welche Norm ist einschlägig ? Aus Vertrauensschutzgesichtspunkten ist dies als begünstigender VA anzusehen; zumindest die Begünstigung, die ja eine Rechtskreiserweiterung darstellt, soll dem Bürger nur unter erschwerten Voraussetzungen entzogen werden können.
 - c) Verschärfung einer Belastung (str., vgl. oben Rn. 65 zur reformatio in peius, dort unter B. II. 2. b) cc))
3. Leistungs-VA / sonstiger VA
 - §§ 48 II, 49 III VwVfG (NW)

II. Die Prüfungsfolge bei § 48 II VwVfG (NW)

- Ausgangspunkt ist § 48 II 1 VwVfG (NW). Dieser statuiert ein Rücknahmeverbot („darf nicht zurückgenommen werden“), wenn das Vertrauen des Betroffenen schutzwürdig ist.
1. Vertrauen (subjektiv)
 - Betätigung des Vertrauens (z.B. durch Verbrauch)
 2. Schutzwürdigkeit des Vertrauens (objektiv)
 - a) Ausschlußgründe des § 48 II 3 VwVfG (NW) - nicht abschließender Negativkatalog, arg. e § 48 II 2 VwVfG (NW)
 - aa) § 48 II 3 Nr. 1 VwVfG (NW)
 - bb) § 48 II 3 Nr. 2 VwVfG (NW)
 - (1) Unvollständig i.d.S. sind Angaben, wenn anzunehmen ist, daß die Behörde bei vollständiger Angabe den VA (so) nicht erlassen hätte (VGH Mannheim, VBIBW 1986, S. 221 (223)).
 - (2) Begriff des „Erwirkens“
 - 1.A.: Es muß ein zweck- und zielgerichtetes Handeln auf eine bestimmte Folge hin gegeben sein, d.h. es muß zumindest leichtes Verschulden des Begünstigten vorliegen (Klappstein, in: Knack, VwVfG, § 48 Rn. 8.4.2).
 - 2.A.: Die Schutzwürdigkeit des Vertrauens entfällt bereits dann, wenn die Ursache für die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes dem

Verantwortungsbereich des Begünstigten zuzurechnen ist. Auf ein Verschulden des Begünstigten kommt es nicht an.

- § 48 II 3 Nr. 2 VwVfG (NW) normiert im Unterschied zu Nr. 1 und Nr. 3 gerade keine subjektiven Merkmale.

(3) Ausschluß des Vertrauensschutzes auch bei einer Mitverantwortung der Behörde, z.B. bei Kenntnis der Lückenhaftigkeit der Angaben ?

1. A.: Es gilt der Grundsatz der objektiven Zurechenbarkeit, d.h. der Ausschlußtatbestand des § 48 II 3 Nr. 2 VwVfG (NW) ist auch in solchen Fällen erfüllt. Allenfalls im Einzelfall kann die Rücknahme des begünstigenden Verwaltungsaktes wegen der behördlichen Mitverantwortung als unzulässige Rechtsausübung (§ 242 BGB analog) gewertet werden (BVerwGE 74, 357 (364)).

2. A.: Der Ausschlußtatbestand des § 48 II 3 Nr. 2 VwVfG (NW) ist in solchen Fällen nicht erfüllt (vgl. Kopp, VwVfG, § 48 Rn. 70).

- Gemäß § 24 VwVfG (NW) ist die Behörde für die Ermittlung des (zutreffenden) Sachverhalts verantwortlich. Erkennt die Behörde die Unvollständigkeit der Angaben, liegt ein von der Verwaltung begangener Verfahrensfehler vor. Anstelle der durch § 48 II 3 Nr. 2 VwVfG (NW) getroffenen strikten Entscheidung i.S. eines „entweder-oder“ sind beide Mitverantwortungsanteile bei der Abwägung zwischen dem Vertrauensinteresse und dem Rücknahmeinteresse zu berücksichtigen.

cc) § 48 II 3 Nr. 3 VwVfG (NW)

b) Positivbeispiele des § 48 II 2 VwVfG (NW)

- § 48 II 2 VwVfG (NW) ist ein Regelbeispiel, d.h.

- weder *zwingend* (die Indizwirkung (Regelwirkung) kann durch besondere Umstände des Einzelfalls entkräftet werden (sog. atypischer Fall))
- noch *abschließend* (obwohl die Voraussetzungen des Regelbeispiels nicht gegeben sind, ergibt sich die Rechtsfolge aus der Regelbeispielsnorm, wenn der nicht geregelte Fall wertungsmäßig den Regelbeispielsfällen gleichkommt (sog. unbenannter Fall)).

3. Allgemeine Abwägung zwischen Vertrauensschutz und öffentlichem Rücknahmeinteresse (§ 48 II 1 VwVfG (NW))

- Diese Abwägung ist - soweit ein Indiz für die Schutzwürdigkeit des Vertrauens i.S.d. § 48 II 2 VwVfG (NW) festgestellt werden kann - in § 48 II 2 VwVfG NW integriert (h.M., vgl. Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 48 Rn. 101) => Vertrauensschutz im Verhältnis zum Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung (Art. 20 III GG) grundsätzlich überwiegend
- Beachte: Bei Dauer-VAen ist eine Rücknahme ex nunc zulässig (§ 48 II 1 VwVfG (NW): „soweit“; vgl. Maurer, VwR AT, § 11 Rn. 33).

- Die allgemeine Abwägung im Rahmen des § 48 II 1 VwVfG (NW) muß die konkreten Umstände des Einzelfalls berücksichtigen. Soweit die - vom Empfänger als verbindlich anerkannten - Vergaberichtlinien bestimmen, daß die Behörde die Bewilligung aufzuheben und die Zuwendung zurückzufordern habe, wenn der Zuwendungsempfänger die Zuwendung zu Unrecht erhalten habe, könnte auf eine Abwägung zu verzichten sein. Das ist jedoch nicht der Fall. Andernfalls könnten Verwaltungsvorschriften und Willenserklärungen Privater die gesetzliche Bestimmung des § 48 II 1 VwVfG (NW) faktisch außer Kraft setzen (vgl. OVG Münster, DÖV 1985, S. 204 (205)).

III. § 48 III VwVfG NW

- Beachte: Für den Entschädigungsanspruch aus § 48 III 1 VwVfG (NW) ist keine abdrängende Sonderzuweisung (z.B. § 49 VI 3 VwVfG (NW)) einschlägig. Es ist somit der Rechtsweg zum VG eröffnet. Da es vor der Auszahlung gem. § 48 III 4 VwVfG (NW) noch eines die Leistungspflicht festsetzenden Verwaltungsaktes bedarf, ist die Verpflichtungsklage statthaft.

IV. Die Problematik des § 48 IV VwVfG (NW) (vgl. § 49 II 2, III 2 VwVfG (NW), § 45 IV 2 SGB X; vertiefend BVerwGE 100, 199 ff.)

1. Anwendungsbereich (Begriff der Tatsache)

1. A.: Der Tatbestand der Vorschrift umfaßt neben der nachträglichen Erkenntnis von Tatsachenirrtümern auch das nachträgliche Erkennen von Rechtsanwendungsfehlern bei von Anfang an vollständig bekanntem Sachverhalt (BVerwGE 70, 356 (357 ff.)). Nach Maurer, VwR AT, § 11 Rn. 35, ist § 48 IV VwVfG (NW) hierauf zumindest analog anzuwenden.

- Aus Vertrauensschutzgründen muß auch das Erkennen von Rechtsirrtümern unter § 48 IV VwVfG (NW) fallen, da sonst die dem Schutz des Bürgers dienende Frist nie anlaufen würde.

2. A.: Der Tatbestand der Vorschrift umfaßt nicht die nachträgliche Erkenntnis von Rechtsanwendungsfehlern.

- Der Begriff „Tatsachen“ bezieht sich nur auf diejenigen Umstände (Fakten), die in ihrer Gesamtheit einen bestimmten Lebenssachverhalt darstellen. Die rechtliche Beurteilung eines Sachverhalts, die Anwendung des Rechts auf ihn, kann nicht als „Tatsachenkenntnis“ bezeichnet werden.
- § 48 VwVfG (NW) differenziert mehrfach, wie z.B. Abs. 2 S. 3 zeigen, zwischen tatsächlichen Umständen und Rechtsanwendungsfehlern.
- § 48 IV 1 VwVfG (NW) stellt sich als Ausnahmevorschrift zu dem Grundsatz der zeitlich unbegrenzten Rücknahmemöglichkeit dar. Auch dies spricht gegen eine Einbeziehung von Rechtsanwendungsfehlern in den Geltungsbereich der Bestimmung.
- Angesichts der eindeutigen Regelung zur Jahresfrist kann von einer planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes nicht gesprochen werden, so daß eine Analogie ausscheidet.

2. Fristbeginn

1. A.: Die Frist beginnt, wenn die Behörde die zutreffenden Tatsachen kennt, also bei Rechtsanwendungsfehlern bereits mit Erlaß des VA (vgl. BVerwGE 66, 61 (64)).

- Bestmöglicher Vertrauensschutz

2. A.: Die Frist beginnt, wenn die Behörde Kenntnis von der Rechtswidrigkeit des VA erhält. § 48 IV VwVfG (NW) normiert also eine nach Kenntnis der Rechtswidrigkeit beginnende Bearbeitungsfrist (vgl. Maurer, VwR AT, § 11 Rn. 35.).

- Gegen die extensive Auslegung durch die 3. Ansicht spricht schon der Wortlaut der Vorschrift. Tatsachen, welche die Rücknahme „rechtfertigen“, können bereits vorliegen, wenn die tatbestandsmäßigen Voraussetzungen der Rücknahme, also die die Rechtswidrigkeit des aufzuhebenden VA bedingenden Tatsachen, der Behörde bekannt sind.
- Die 3. Ansicht widerspricht dem Sinn des § 48 IV VwVfG (NW). Die Fristbestimmung soll dem Schutz des Bürgers dienen und die Rücknahme zeitlich begrenzen. Dieser Zweck wird nicht erreicht, wenn der Behörde keine Bearbeitungsfrist, sondern nur eine Entscheidungsfrist gesetzt wird, ganz abgesehen davon, daß sie dann jederzeit durch neue Ermittlungen die Frist erneut in Gang setzen und damit die Fristbestimmung unterlaufen könnte.

3. A.: Die Frist beginnt erst dann zu laufen, wenn die Behörde alle für die Rücknahmeentscheidung maßgeblichen Tatsachen kennt, wenn sie also auch die für die Gewährung von Vertrauensschutz und die Ermessensabwägung relevanten Tatsachen ermittelt hat. § 48 IV VwVfG (NW) ist eine nach Aufklärung aller Tatsachen beginnende Entscheidungsfrist (vgl. BVerwGE 70, 356 (363 f.)).

3. Begriff der Behörde

1. A.: Für die Kenntniserlangung kommt es auf die Behörde an (vgl. Maurer, VwR AT, § 11 Rn. 35).

- Nach den allgemeinen Regeln, von denen auch das VwVfG durchgehend ausgeht, tritt die Behörde im Verhältnis zum Bürger als Einheit auf (vgl. § 1 IV VwVfG, § 1 II VwVfG NW). Das muß - mangels anderweitiger Vorschrift - folgerichtig auch für die Fristbestimmung des § 48 IV VwVfG (NW) gelten.
- Es ist Sache der behördeninternen Organisation, dafür zu sorgen, daß der Informationsfluß innerhalb der Behörde funktioniert. Dem Bürger können etwaige Reibungsverluste nicht angelastet werden.

2. A.: Für die Kenntniserlangung kommt es auf den behördenintern zuständigen Amtswalter an (BVerwGE 70, 356 (364)).

- Da § 48 IV VwVfG (NW) eine Entscheidungsfrist darstellt, muß der zuständige Sachwalter Bescheid wissen.
- Die Behörde ist ein Konstrukt, ein Abstraktum. Eine Zurechnung der Kenntnis von Amtswaltern zur Behörde setzt gemäß dem auch hier geltenden Rechtsgedanken des § 166 I BGB voraus, daß der Amtswalter insoweit die Behörde vertritt. Dies ist nur beim zuständigen Sachbearbeiter der Fall.

V. Die Rücknahme gemeinschaftsrechtswidriger Subventionsbescheide

1. Grundsätzliches

- Für die Aufhebung von Verwaltungsakten, die Leistungen nach EU-Recht gewähren, gelten grundsätzlich die §§ 48 ff. VwVfG (NW). Jedoch sind die Vorschriften nach der Rechtsprechung des BVerwG und des EuGH wegen des Grundsatzes der möglichst effektiven Durchsetzung des Europarechts („effet utile“) und des öffentlichen Interesses an der Erfüllung des EG-Vertrages (insbesondere Art. 92, 93 EGV) nur sehr modifiziert anwendbar.

2. § 48 I 1 VwVfG oder § 49 I 1 VwVfG ?

- § 48 I 1 VwVfG, wenn Bewilligungsbescheid rechtswidrig ist.
 - a) Verhältnis Gemeinschaftsrecht - nationales Recht
 - Allgemeine Auffassung: (Anwendungs-) Vorrang des Gemeinschaftsrechts
 - b) Wenn die Entscheidung der Kommission auch zu Lasten des begünstigten Unternehmens bestandskräftig ist (z.B. durch Ablauf der Klagefrist gem. § 173 V EGV), muß das VG von der Rechtswidrigkeit des Subventionsbescheids ausgehen (vgl. EuGH, EuZW 1994, S. 250 ff.).
 - c) Es ist streitig, ob die lediglich formelle EG-Rechtswidrigkeit (z.B. fehlende Beteiligung der Kommission gem. Art. 93 III EGV (sog. Notifizierungsverfahren)) genügt (so Richter, DÖV 1995, S. 846 (848)), oder ob die Beihilfevergabe auch materiell gegen das Europarecht verstoßen haben muß (so Kahl, JA 1996, S. 857).

3. Rechtsfolge: Ermessen (§ 48 I 1 VwVfG)

- a) Ermessensgrenze des § 48 II (§ 48 I 2) VwVfG
 - aa) (Geld-) Leistungs-VA (§ 48 II 1 VwVfG)
 - bb) Vertrauensschutz
 - (1) Vertrauen
 - (+), soweit Geldbetrag vollständig investiert
 - (2) Vertrauen schutzwürdig (§ 48 II 1 VwVfG)
 - (a) § 48 II 3 VwVfG
 - Hier: § 48 II 3 Nr. 3 VwVfG (grobe Fahrlässigkeit); vgl. EuGH, NVwZ 1990, S. 1161 - Ziff. 14; OVG Münster, JZ 1992, S. 1080: (+), falls „größeres“ Unternehmen „erhebliche“ Subventionsmittel verbraucht, ohne sich vorher über die Erfüllung der Notifizierungspflicht zu erkundigen; fraglich, ob nach der Alcan-Entscheidung des EuGH (NJW 1998, S. 47) nicht auch schon im Regelfall der Ausschußtatbestand des § 48 II 3 Nr. 3 VwVfG als erfüllt anzusehen ist.
 - (b) § 48 II 2 VwVfG
 - Soweit (+) ist zu beachten, daß es sich nur um ein Regelbeispiel handelt

- Regelwirkung (Indizwirkung) kann entkräftet werden durch erhebliche Gegengründe, hier: Europarechtswidrigkeit des Subventionsbescheides (vgl. BVerwGE 92, 81 (85 ff.)).
 - EuGH, NVwZ 1990, S. 1061 - Ziff. 19: Nationales Recht muß so angewendet werden, daß die gemeinschaftsrechtlich vorgeschriebene Rückforderung nicht praktisch unmöglich und das Gemeinschaftsinteresse voll berücksichtigt wird
 - ⇒ Öffentliches Rücknahmeinteresse bei Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht wegen des Prinzips der Sicherung der europäischen Wettbewerbsordnung größer als bei Verstoß gegen innerstaatliches Recht
 - ⇒ Regelwirkung widerlegt
 - ⇒ Vertrauen nicht schutzwürdig
 - ⇒ Ermessensgrenze des § 48 II VwVfG nicht überschritten
 - Vgl. EuGH, NJW 1998, S. 47 - Alcan: „Die Rückforderung der Beihilfe findet grundsätzlich nach Maßgabe des einschlägigen nationalen Rechts statt; jedoch darf dessen Anwendung die gemeinschaftsrechtlich vorgeschriebene Rückforderung nicht praktisch unmöglich machen. Insbesondere muß bei der Anwendung einer Vorschrift, die die Rücknahme eines rechtswidrigen VA von der Abwägung der verschiedenen widerstreitenden Interessen abhängig macht, das Interesse der Gemeinschaft in vollem Umfang berücksichtigt werden. Insoweit widerspricht es zwar nicht der Rechtsordnung der Gemeinschaft, wenn das nationale Recht im Rahmen der Rückforderung das berechtigte Vertrauen und die Rechtssicherheit schützt; da die Überwachung der staatlichen Beihilfen durch die Kommission in Art. 93 des Vertrages zwingend vorgeschrieben ist, darf ein beihilfebegünstigtes Unternehmen auf die Ordnungsgemäßheit der Beihilfe jedoch grundsätzlich nur dann vertrauen, wenn diese unter Einhaltung des darin vorgesehenen Verfahrens gewährt wurde. Einem sorgfältigen Gewerbetreibenden ist es regelmäßig möglich, sich zu vergewissern, daß dieses Verfahren eingehalten wurde.“
 - „Die Verpflichtung des Begünstigten, sich zu vergewissern, daß das Verfahren des Art. 93 III des EG-Vertrages eingehalten wurde, kann nicht vom Verhalten der Behörde abhängen, auch wenn diese für die Rechtswidrigkeit des Bescheids in einem solchen Maße verantwortlich war, daß die Rücknahme als Verstoß gegen Treu und Glauben erscheint. Die zuständige Behörde ist deshalb gemeinschaftsrechtlich verpflichtet, den Bewilligungsbescheid für eine rechtswidrig gewährte Beihilfe gemäß einer bestandskräftigen Entscheidung der Kommission, in der die Beihilfe für mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar erklärt und ihre Rückforderung verlangt wird, selbst dann vorzunehmen, wenn sie für dessen Rechtswidrigkeit in einem solchen Maße verantwortlich ist, daß die Rücknahme dem Begünstigten gegenüber als Verstoß gegen Treu und Glauben erscheint, sofern der Begünstigte wegen Nichteinhaltung des in Art. 93 EG-V vorgesehenen Verfahrens kein berechtigtes Vertrauen in die Ordnungsgemäßheit der Beihilfe haben konnte.“
- b) Ermessensgrenze des § 48 IV VwVfG
- Fristbeginn mit Kenntnis der Rechtswidrigkeit (sowie aller für die Rücknahmeentscheidung erheblichen Tatsachen)

- Zuverlässige Kenntnis bei anhängigem Verfahren gem. Art. 173 EGV i.d.R. wohl erst mit Entscheidung des EuGH, da erst dann EG-Rechtswidrigkeit der Subvention feststeht; frühestens soll die Jahresfrist mit der Bekanntgabe der Kommissionsentscheidung über die materielle Europarechtswidrigkeit der Subvention zu laufen beginnen (vgl. BVerwGE 92, 81 (87)).
- EuGH, a.a.O. - Alcan: „Bei staatlichen Beihilfen, die für mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar erklärt werden, beschränkt sich die Rolle der nationalen Behörden auf die Durchführung der Entscheidungen der Kommission. Die nationalen Behörden verfügen somit bezüglich der Rücknahme des Bewilligungsbescheids über keinerlei Ermessen [ebenso BVerwGE 92, 81 (87): Ermessensreduktion auf null]. Ordnet die Kommission also durch eine Entscheidung, gegen die keine Klage erhoben worden ist, die Rückforderung zu Unrecht gezahlter Beträge an, so ist die nationale Behörde nicht berechtigt, irgendeine andere Feststellung zu treffen. Läßt die nationale Behörde gleichwohl die im nationalen Recht für die Rücknahme des Bewilligungsbescheids vorgesehene Ausschlußfrist verstreichen, so kann diese Situation nicht mit derjenigen gleichgesetzt werden, in der ein Wirtschaftsteilnehmer nicht weiß, ob die zuständige Behörde eine Entscheidung treffen wird, und in der der Grundsatz der Rechtssicherheit verlangt, daß diese Ungewißheit nach Ablauf einer bestimmten Frist beendet wird. Der Grundsatz der Rechtssicherheit kann daher nicht deshalb der Rückforderung der Beihilfe entgegenstehen, weil die nationalen Behörden der Entscheidung, in der die Rückforderung angeordnet wird, verspätet nachgekommen sind. Andernfalls würde die Rückforderung der zu Unrecht gezahlten Beträge praktisch unmöglich gemacht und den Gemeinschaftsvorschriften über die staatlichen Beihilfen jede praktische Wirksamkeit genommen“.

4. Zum Einwand des Wegfalls der Bereicherung

- EuGH, a.a.O. - Alcan: „Die Berücksichtigung des Wegfalls der Bereicherung mangels Bösgläubigkeit des Beihilfeempfängers im nationalen Recht beruht auf dem allgemeinen Grundsatz des Schutzes des berechtigten Vertrauens des durch einen rechtswidrigen VA Begünstigten. Ein beihilfebegünstigtes Unternehmen darf auf die Ordnungsgemäßheit der Beihilfe jedoch nur vertrauen, wenn diese unter Einhaltung des in Art. 93 des Vertrages vorgesehenen Verfahrens gewährt wurde. Das gleiche hat somit auch für den Einwand des Wegfalls der Bereicherung zu gelten, der im vorliegenden Fall dazu führen würde, die gemeinschaftsrechtlich gebotene Rückforderung praktisch unmöglich zu machen“.

VI. Aufhebbarkeit von begünstigenden Verwaltungsakten mit belastender Drittwirkung, § 50 VwVfG (NW), 21 VII BImSchG (vgl. zum Ganzen Gassner, JuS 1997, S. 794 ff.)

1. Ratio

- Solange ein Rechtsbehelfsverfahren eines Dritten anhängig ist, kann der durch den VA Begünstigte ohnehin nicht auf den Bestand des Verwaltungsaktes vertrauen. Er muß mit dessen Aufhebung rechnen.
- Der Rechtsschutz des Belasteten darf nicht durch Vertrauens Gesichtspunkte zugunsten des Begünstigten beeinträchtigt werden.
- Hierfür sprechen auch Gesichtspunkte der Verfahrensökonomie, da die Behörde nicht die Aufhebung durch die Rechtsmittelinstanz abwarten muß, sondern von sich aus den angefochtenen VA aufheben kann, wenn sie zu der Erkenntnis erlangt, daß er nicht haltbar ist.

2. Tatbestandliche Voraussetzungen

a) Begünstigender VA mit drittbelastender Doppelwirkung

b) Einlegung eines förmlichen Rechtsbehelfs / Lauf des Rechtsmittelverfahrens

- Die bloße Anfechtbarkeit genügt nach dem eindeutigen Wortlaut des § 50 VwVfG (NW) nicht

c) Adressat des § 50 VwVfG (NW)

- Zuständig für die Aufhebung des VA nach §§ 48 I, 50 VwVfG (NW) ist die Ausgangsbehörde.
- Ob § 50 VwVfG (NW) eine mit § 72 VwGO (der auch von Abhilfe spricht !) konkurrierende Abhilfekompetenz enthält, ist streitig. Die Frage braucht dann nicht entschieden zu werden, wenn die Ausgangsbehörde erst zu einem Zeitpunkt tätig wurde, zu dem die Entscheidungskompetenz über den Widerspruch schon aufgrund des Devolutiveffekts auf die Widerspruchsbehörde übergegangen war. Diese Konstellation ist jedenfalls von § 50 VwVfG (NW) erfaßt (vgl. Erichsen, VwR AT, § 19 Rn. 9).
- Die Aufhebung des VA durch die Widerspruchsbehörde ist keine Frage der §§ 48, 49 VwVfG (NW), da bei Rechtsverletzung insoweit eine Pflicht zur Aufhebung besteht.

d) Zulässigkeit des Rechtsbehelfs

- Die durch § 50 VwVfG (NW) bewirkte Hintanstellung des Vertrauensschutzes ist nach nahezu einhelliger Ansicht nur bei Zulässigkeit des Rechtsbehelfs gerechtfertigt (vgl. etwa Ule/Laubinger, Verwaltungsverfahrensrecht, 4. Aufl. 1995, § 64 Rn. 9 mit Fn. 23).

e) Begründetheit des Rechtsbehelfs

1.A.: Die Begründetheit des Rechtsbehelfs ist Voraussetzung für die Anwendung des § 50 VwVfG (NW) (vgl. Maurer, VwR AT, § 11 Rn. 71).

- Nur bei begründetem Rechtsbehelf besteht Anlaß „abzuhelfen“ (Wortlaut).
- Ratio des § 50 VwVfG (NW): Die Behörde soll einer Aufhebung durch die Rechtsmittelinstanz zuvorkommen.
- Das Vertrauensschutzinteresse des Begünstigten fordert jedenfalls dann noch Beachtung, wenn der eingelegte Rechtsbehelf nicht begründet ist.

2.A.: Voraussetzung für die Anwendung des § 50 VwVfG (NW) ist, daß der Rechtsbehelf nicht offensichtlich unbegründet ist.

3.A.: Die Begründetheit des Rechtsbehelfs ist keine Voraussetzung der Anwendung des § 50 VwVfG (NW) (vgl. OVG Münster, NVwZ 1989, S. 72; VGH München, NVwZ 1997, S. 701).

- § 50 VwVfG (NW) nimmt auch auf den Fall des § 49 VwVfG (NW) Bezug. Diese Verweisung hätte aber sonst kaum Bedeutung, da die Klage eines Dritten gegen einen rechtmäßigen VA nie begründet sein kann.
 - Aus dem systematischen Zusammenhang mit § 80 I VwGO ist zu schließen, daß der Schutzzumfang des § 50 VwVfG (NW) dem des § 80 I VwGO entsprechen muß. Bei § 80 I VwGO aber wird die aufschiebende Wirkung, die dem Begünstigten das tatsächliche Gebrauchmachen von der Begünstigung untersagt, auch durch einen offensichtlich unbegründeten Nachbarrechtsbehelf ausgelöst.
- f) „Abhilfe“
- g) Anwendbarkeit des § 50 VwVfG (NW) trotz fehlender Bekanntgabe des VA an den Drittbetroffenen und dadurch verlängerter Widerspruchsfrist?
1. A.: § 50 VwVfG (NW) ist in derartigen Fällen nicht anwendbar.
- Wegen des Ablaufs der „üblichen“ Rechtsmittelfristen muß der Begünstigte nicht mehr mit einem Widerspruch rechnen. Deshalb ist sein Vertrauensschutzwürdig.
2. A.: § 50 VwVfG (NW) ist anwendbar.
- Der Wortlaut gibt für eine solche Einschränkung nichts her.
 - Die Berücksichtigung des Vertrauens des Bauherrn in den Bestand der erteilten Baugenehmigung wird nicht aufgehoben, sondern nur auf eine andere Ebene verlagert: Der Gesetzgeber hat in § 50 VwVfG (NW) nur die „regelhafte“ Beurteilung des Vertrauens nach § 48 VwVfG (NW) aufgehoben, die Behörde bleibt aber verpflichtet, die Umstände des Einzelfalles im Rahmen der Ermessensentscheidung über die Aufhebung des VA zu berücksichtigen (BVerwG, NVwZ 1994, S. 896 f.).

67

C. Verpflichtungsklage

I. Zulässigkeit

1. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs (vgl. oben 1. Teil, A.)
2. Statthafte Klageart
 - a) wenn der Erlaß eines VA begehrt wird
 - b) Besonderheiten
 - aa) Nebenbestimmungen (vgl. oben 1. Teil, Rn. 31)

68

- bb) Das Wiederaufgreifen des Verwaltungsverfahrens (§ 51 VwVfG (NW); vgl. oben 1. Teil, Rn. 24)

Das Wiederaufgreifen des Verwaltungsverfahrens, § 51 VwVfG (NW)

I. Begriff des Wiederaufgreifens

- Vgl. § 51 VwVfG (NW)

II. Reaktion der Behörde auf einen Wiederaufgreifensantrag

1. Erlaß der begehrten Sachentscheidung
2. Wiederaufgreifen des Verfahrens und Ablehnung der begehrten Sachentscheidung (sog. Zweitbescheid)
3. Ablehnung des Wiederaufgreifens (sog. wiederholende Verfügung)

III. Rechtsschutz bei Variante II. 3.

1. Zulässigkeit
 - a) Statthafte Klageart
 - Verpflichtungsklage (§ 42 I 2. Alt. VwGO)
 - b) Inhalt des Klagebegehrens und prozessuale Umsetzung
 - aa) Rechtsschutzziel ist im Ergebnis die begehrte Sachentscheidung.
 - bb) Die prozessuale Umsetzung ist streitig:
 - 1.A.: Zwei Klagen im Stufenverhältnis: Eine Klage gerichtet auf die Verpflichtung zum Wiederaufgreifen und eine Klage gerichtet auf die Verpflichtung zur Sachentscheidung (vgl. Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 51 Rn. 52, 54).
 - 2.A.: Eine Klage, gerichtet auf Verpflichtung zur Sachentscheidung (vgl. BVerwG, NJW 1982, S. 2204 f.).

2. Begründetheit (§ 113 V 1 VwGO)

a) Falls nach III. 1. b) bb) 1.A. vorgegangen wird:

aa) Verpflichtungsklage gerichtet auf Wiederaufgreifen ist begründet, wenn Anspruch auf Wiederaufgreifen besteht (§ 51 VwVfG (NW)).

(1) Zulässigkeit des Antrags nach § 51 VwVfG (NW)

(a) VA unanfechtbar (§ 51 I VwVfG (NW))

- sonst könnte man Anfechtungsklage erheben

(b) Frist des § 51 III VwVfG (NW) eingehalten

(c) Kein grobes Verschulden (§ 51 II VwVfG (NW))

(2) Begründetheit des Antrags nach § 51 VwVfG (NW)

- Wiederaufgreifensgrund nach § 51 I VwVfG (NW) gegeben

bb) Verpflichtungsklage auf begünstigenden VA in der Sache

- Maßgebliche Rechtsgrundlagen (str.):

1.A.: §§ 48, 49 VwVfG (NW) i.V.m. mit dem jeweiligen Fachrecht (BauR usw.) (vgl. Maurer, VwR AT, § 11 Rn. 61; Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 51 Rn. 22 ff.)

- § 51 V VwVfG NW

- Begriff "Aufhebung"

2.A.: Nur das jeweils einschlägige materielle (Fach-) Recht (vgl. BVerwG, NJW 1982, S. 2204 f.; Erichsen, VwR AT, § 20 Rn. 15 m.w.N.), in den Fällen des § 51 I Nr. 2, 3 VwVfG (NW) das zum Zeitpunkt des Erlasses des Erstbescheides geltende Recht, in den Fällen des § 51 I Nr. 1 VwVfG (NW) das nunmehr geltende Rechte

- § 51 V VwVfG

- Begriff "Aufhebung" gibt nichts her (vgl. § 43 II VwVfG NW)

b) Falls nach III. 1. b) bb) 2.A. vorgegangen wird:

- Nur Verpflichtungsklage auf begünstigenden VA. Diese ist begründet, wenn ein Anspruch auf den begehrten VA besteht. Dies setzt wiederum voraus, daß ein Anspruch auf Wiederaufgreifen besteht.

aa) Zulässigkeit des Antrags nach § 51 VwVfG (NW)

(1) VA unanfechtbar (§ 51 I VwVfG (NW))

(2) Frist (§ 51 III VwVfG (NW))

- (3) Kein grobes Verschulden (§ 51 II VwVfG (NW))
- (4) Schlüssiges Vorliegen eines Wiederaufgreifensgrundes nach § 51 I VwVfG (NW)
 - (a) nach Abschluß des Verwaltungsverfahrens entstanden oder
 - (b) bereits während des Verwaltungsverfahrens vorhanden, konnte aber ohne grobes Verschulden des Betroffenen nicht rechtzeitig vorgebracht werden (arg.: § 51 II VwVfG NW; vgl. BVerwG, NJW 1982, S. 2204; Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 51 Rn. 32)
 - (c) Erfolgsgeeignetheit
- bb) Begründetheit des Antrags nach § 51 VwVfG (NW)
 - Antrag wäre begründet, wenn das neue Beweismittel tatsächlich zum Erfolg geführt hätte
 - Maßgebliche Rechtsgrundlagen (str.):
 - 1.A.: §§ 48, 49 VwVfG (NW) i.V.m. dem jeweiligen Fachrecht geben i.V.m. dem Wiederaufgreifensgrund einen Anspruch auf den VA
 - 2.A.: Das Fachrecht i.V.m. dem Wiederaufgreifensgrund gibt Anspruch auf den VA

- 69
- 3. Klagebefugnis, § 42 II VwGO (= möglicher Anspruch)
 - a) Gemäß § 42 II VwGO ist die Verpflichtungsklage nur zulässig, wenn der Kläger geltend machen kann, durch die Ablehnung des begehrten VA in seinen Rechten verletzt zu sein. Diese Voraussetzung ist erfüllt, wenn nach dem Sachverhalt eine Verletzung von klägerischen Rechten nicht ausgeschlossen, sondern möglich ist. Bei der Ablehnung eines begehrten VA ist dies nur der Fall, wenn der Kläger möglicherweise einen Anspruch auf den Erlaß des beantragten Verwaltungsaktes hat. Demnach müßte nach der Rechtsordnung eine entsprechende Anspruchsposition bestehen, die die Erreichung des erstrebten Klageziels im konkreten Fall als möglich erscheinen läßt.
 - b) Problemfälle:
 - aa) Anspruch auf ordnungsbehördliches Einschreiten (vgl. 2. Teil, 3. Kapitel, III. 3.)
 - bb) Ermessensnorm (Anwendung der Schutznormtheorie)
- 70
- 4. Erfolglose Durchführung eines ordnungsgemäßen Vorverfahrens, § 68 II VwGO
 - 5. Klagefrist, § 74 II VwGO
- 71
- 6. Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis
 - Problemfälle:

- a) Konkurrentenklage im Beamtenrecht, wenn Beamtenplanstelle schon besetzt (Grundsatz der Ämterstabilität, Art. 33 V GG)
- b) Genehmigung nicht erforderlich (nach a.A. fehlt es hier schon an der Klagebefugnis)
- c) Zivilrechtliche Hindernisse (nicht bei § 75 I 1 BauO NW erheblich, vgl. § 75 III 1 BauO NW)

72 II. Beiladung (§ 65 VwGO)**III. Objektive Klagehäufung (§ 44 VwGO)****73 IV. Begründetheit, § 113 V 1 VwGO**

- Die Verpflichtungsklage ist begründet, soweit (§ 113 V 1, 2 VwGO) die Ablehnung oder Unterlassung des VA rechtswidrig, der Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt und Spruchreife gegeben ist. Dies ist der Fall, wenn ein Anspruch auf Erlaß des beantragten VA besteht.

- 1. In Betracht kommende, wirksame Anspruchsgrundlage

74 2. Vorliegen der Anspruchsvoraussetzungen

- a) Aktiv- und Passivlegitimation

- aa) Aktivlegitimation

- Gegeben, wenn dem Kläger - vorbehaltlich der sachlichen Anspruchsvoraussetzungen - das geltend gemachte Recht wirklich zusteht; Problem bei teilrechtsfähigen Vereinigungen (oHG, KG)

- bb) Passivlegitimation

- Passivlegitimiert ist dasjenige Rechtssubjekt, gegen das sich der materielle Anspruch zu richten hat. Das ist der Verwaltungsträger der zuständigen Behörde.
- Erforderlich ist ein formgerechter Antrag bei der zuständigen Behörde (des richtigen Rechtsträgers), die im richtigen Verfahren entscheidet

75 b) Vorliegen der materiellrechtlichen Voraussetzungen

- aa) Entscheidungserheblicher Zeitpunkt

- Grundsatz: Sach- und Rechtslage der letzten mündlichen Verhandlung
- Zum Wiederaufgreifen des Verfahrens vgl. 1. Teil, Rn. 68.

76 bb) Genehmigungspflichtigkeit

- cc) Genehmigungsfähigkeit

- (1) Voraussetzungen der Anspruchsgrundlage

77 (2) Rechtsfolge der Anspruchsgrundlage

- (a) Gebundener VA => Vornahmeurteil, § 113 V 1 VwGO

- (b) Ermessens-VA (Entschließungs- und Auswahlmessen)
 - (aa) bei (zweifacher) Ermessensreduktion auf Null => Vornahmegericht, § 113 V 1 VwGO
 - (bb) Bei Bestehen eines Beurteilungs- und / oder Ermessensspielraums => Bescheidungsgericht (§ 113 V 2 VwGO), wenn
 - α) Ablehnung oder Unterlassung des VA rechtswidrig war
 - αα) Rechtswidrigkeit in formeller Hinsicht
 - ββ) Rechtswidrigkeit in materieller Hinsicht (z.B. Ermessensüberschreitung, Ermessensmissbrauch)
 - β) Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt ist

- 78 3. Sonderprobleme
- a) Alternativer Begründetheitsaufbau bei der Verpflichtungsklage

Alternativer Begründetheitsaufbau bei der Verpflichtungsklage

Die Begründetheitsprüfung nach dem Anspruchsaufbau bietet sich insbesondere bei einem gebundenem VA an oder wenn eine Ermessensreduktion auf Null naheliegt. Alternativ kann auch wie folgt aufgebaut werden:

I. Ablehnung oder Unterlassung des VA rechtswidrig

II. Rechtsverletzung des Klägers

III. Spruchreife

- 1. Sachverhalt geklärt
 - arg.: §§ 86 I, 113 III VwGO
- 2. Kein Ablehnungsspielraum der Behörde
 - aa) Bei gebundenem VA
 - bb) Bei Ermessensreduktion auf Null
- 3. Sonst: Bescheidungsgericht

D. Fortsetzungsfeststellungsklage

I. Zulässigkeit

1. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs, § 40 I 1 VwGO (vgl. oben 1. Teil, A.)
 - Beachte: Auch bei Justizverwaltungsakten, für die gemäß § 23 I 1 EGGVG der ordentliche Rechtsweg eröffnet ist, kann Fortsetzungsfeststellungsklage beantragt werden (vgl. § 28 I 4 EGGVG).
2. Statthafte Klageart
 - Wenn sich der VA erledigt hat, d.h. die rechtliche Beschwer entfallen ist, vgl. § 43 II VwVfG (NW). Ein VA ist bereits dann i.S.d. § 113 I 4 VwGO als erledigt anzusehen, wenn sein der Vollziehung fähiger Inhalt gegenstandslos geworden ist (vgl. vertiefend zum Problem der Erledigung des Rechtsstreits Burgi, DVBl. 1991, S. 193 ff.). Entscheidend ist somit der Wegfall des Regelungsgehalts der Verwaltungsmaßnahme. Dabei führt nicht schon die Befolgung oder der Vollzug des VA ohne weiteres zur Erledigung (arg.: § 113 I 2 VwGO). Aus § 113 I 2 VwGO ist zugleich abzuleiten, daß der Vollzug des VA aber dann zu seiner Erledigung führt, wenn die Vollzugsfolgen irreparabel sind. Besonderes gilt, falls der VA von der Behörde zwangsweise vollzogen, d.h. vollstreckt wird. Auch wenn die Folgen irreparabel sein sollten (Tötung von BSE-kranken Rindern, Abbruch einer baulichen Anlage), tritt dann keine Erledigung ein, wenn der Verwaltung ein Anspruch auf Erstattung der Vollstreckungskosten (für die Ersatzvornahme bzw. den unmittelbaren Zwang) gegen den Betroffenen zusteht (vgl. § 77 VwVG NW i.V.m. § 11 II Nr. 7 KostO NW); denn der VA ist dann Grundlage für den Kostenerstattungsanspruch (vgl. 1. Teil, Rn. 164).

- 116 a) Unstreitig in folgenden Fallkonstellationen:
- aa) § 113 I 4 VwGO direkt, wenn die Erledigung des belastenden VA erst nach Klageerhebung eintritt
 - Nach dem Wortlaut des § 113 I 4 VwGO („Hat sich der VA vorher [d.h. vor dem Urteil] ... erledigt ...“) ist nicht zwingend davon auszugehen, daß nur die Erledigung nach Klageerhebung unmittelbar von der Norm erfaßt wird. Dies wird aber aus der systematischen Stellung des § 113 I 4 VwGO (nach §§ 81 ff. VwGO: Klageerhebung) gefolgert.

- 117 bb) § 113 I 4 VwGO analog,
- (1) wenn die Erledigung des belastenden VA vor Klageerhebung eintritt (vgl. Ehlers, NwVBl. 1988, S. 122 (123); Schoch, Übungen, S. 240 ff.)

Die Begründung der Analogie im Falle der Erledigung des VA vor Klageerhebung

Die Analogie setzt voraus, daß eine Lücke besteht, diese Lücke planwidrig ist und die Interessenlage es gebietet, die Lücke im Sinne der vorhandenen Regelung zu schließen. An einer Lücke würde es fehlen, wenn eine andere Klageart gegeben wäre. Dies könnten allenfalls die Anfechtungs- oder Feststellungsklage sein.

I. Anfechtungsklage

- Aus dem systematischen Zusammenhang der in §§ 42 I, 113 I 1, 113 I 4 VwGO getroffenen Regelungen ergibt sich, daß die Anfechtungsklage einen aufhebbaren VA voraussetzt. Die Aufhebung eines VA scheidet aber, wie § 113 I 4 VwGO zeigt, nach seiner Erledigung aus. Die gegen einen erledigten VA gerichtete Anfechtungsklage wäre zumindest wegen fehlenden Rechtsschutzbedürfnisses als unzulässig anzusehen.

2. Feststellungsklage

- Eine Feststellungsklage kommt gemäß § 43 VwGO in Frage, wenn es um die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses bzw. eines nichtigen VA geht. Ein VA begründet ein Rechtsverhältnis, stellt aber selbst kein im Rahmen des § 43 I VwGO feststellungsfähiges Rechtsverhältnis dar. Für Konstellationen der vorliegenden Art könnte die allgemeine Feststellungsklage dennoch die richtige Klageart sein, wenn von dem Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses ein zwingender Schluß auf die Rechtmäßigkeit bzw. Rechtswidrigkeit des erledigten VA gezogen werden könnte. In Betracht kommen insoweit ein durch den VA begründetes oder ein ihm vorgelagertes Rechtsverhältnis.
- Das durch den VA *begründete* Rechtsverhältnis hat dessen Rechtswirksamkeit zur Voraussetzung, entsteht jedoch unabhängig von der Rechtmäßigkeit des zugrundeliegenden VA. Im Rahmen einer auf das Bestehen oder Nichtbestehen dieses Rechtsverhältnisses gerichteten Klage könnte folglich keine zwingende Aussage über die Rechtmäßigkeit des erledigten VA getroffen werden. Der erwogene Ausgangspunkt kommt daher nicht in Betracht.
- Das aufgrund abstrakt-genereller Regelungen bestehende, einem VA vorgelagerte Rechtsverhältnis kann die Berechtigung des Staates zum Erlaß eines VA zum Inhalt haben. Die Feststellung des Nichtbestehens dieses Rechtsverhältnisses trifft notwendigerweise die weitere Aussage, daß der VA nicht hätte erlassen werden dürfen. Damit ist zugleich seine Rechtswidrigkeit konstatiert. Die auf Feststellung der Rechtswidrigkeit eines VA gerichtete Klage könnte danach als auf die Feststellung des zwischen Staat und Bürger vor Erlaß des VA bestehenden Rechtsverhältnisses gerichtet qualifiziert werden (vgl. Renck, JuS 1970, S. 113 (117)). Voraussetzung für die Tragfähigkeit dieser Auffassung ist jedoch die sichere Schlußfolgerung von dem (Nicht-) Bestehen des Rechtsverhältnisses auf die Rechtswidrigkeit oder Rechtmäßigkeit des daraus hervorgehenden VA. Eine solche Konsequenz besteht indes rechtlich nicht. So kann ein gesetzlich begründetes Rechtsverhältnis zwischen Verwaltung und Bürger zwar bestehen, der darauf gegründete VA jedoch gleichwohl rechtswidrig sein. Dies trifft etwa zu, wenn trotz materiellrechtlicher Befugnis zum Erlaß eines VA dieser VA wegen Verstoßes gegen Form- oder Verfahrensvorschriften oder wegen fehlerhafter Ausübung des der Behörde eingeräumten Ermessens rechtswidrig ist. Die Feststellung des Bestehens des dem VA vorgelagerten Rechtsverhältnisses korrespondiert demnach nicht notwendigerweise mit der Rechtmäßigkeit des daraufhin erlassenen VA. Die allgemeine Feststellungsklage scheidet als staathafte Rechtsschutzform gegen vor Klageerhebung erledigte Verwaltungsakte aus. Ferner handelt es sich hier auch nicht um einen Fall des § 43 II VwGO (Feststellung der Nichtigkeit eines VA). Nach allem liegt eine Lücke vor.

3. Planwidrigkeit und Vergleichbarkeit der Interessenlage

- Diese Lücke ist auch planwidrig, da nach der Generalklausel des § 40 I VwGO und der verfassungsrechtlichen Gewährleistung des Art. 19 IV GG dem Kläger eine Rechtsschutzmöglichkeit offenstehen muß. Schließlich macht es für die Art und Weise des Rechtsschutzes keinen wesentlichen Unterschied aus, ob sich der VA vor oder nach Klageerhebung erledigt hat.

- 118
- (2) wenn die Erledigung eines begünstigenden VA nach Klageerhebung eintritt (vgl. Hufen, VwPrR, § 18 Rn. 65 f.; Schenke, Jura 1980, S. 133 (144))
- Beispiel: Die beantragte Zulassung zum Volksfest wird durch Zeitablauf gegenstandslos, so daß Erlaubnis zu spät kommt.
 - Für die Verdrängung der allgemeinen Feststellungsklage und das Bestehen einer Lücke spricht, daß die Klage nach § 43 I VwGO ganz andere Sachurteilsvoraussetzungen als der Ausgangsantrag aufweist und ansonsten dem zumeist zufälligen Zeitpunkt der Erledigung entscheidende Bedeutung für die Abwicklung des Rechtsschutzes zukommen würde.
 - In der Rechtsprechung (vgl. BVerwG Buchholz 310 § 113 VwGO Nr. 37; a.A. Maurer, VwR AT, § 8 Rn. 16) wird auch die Auffassung vertreten, daß durch den Antrag auf Vornahme einer Amtshandlung und dessen Ablehnung kein Rechtsverhältnis begründet werden könne.
- cc) § 113 I 4 VwGO doppelt analog,
- wenn sich ein begünstigender VA vor Klageerhebung erledigt
- 119
- b) Streitig in folgenden Fallkonstellationen:
- aa) Verlust des ursprünglichen Anspruchs durch Rechtsänderung
1. A.: Fortsetzungsfeststellungsklage statthaft (BVerwGE 61, 128; E 62, 86 (90))
- Die Klage würde sonst abgewiesen, so daß der Bürger die Prozeßkosten tragen müßte, die er dann in einem erneuten Schadensersatzanspruch geltend machen müßte (Prozeßökonomie).
 - Außerdem ist ein (Fortsetzungs-) Feststellungsurteil dem Bürger in einem späteren Amtshaftungsprozeß günstig.
- 2.A.: Fortsetzungsfeststellungsklage unstatthaft (OVG Münster, NJW 1980, S. 1069)
- Aus § 49 II Nr. 4 VwVfG (NW) ergibt sich, daß durch eine Rechtsänderung keine Erledigung eintritt.
- 120
- bb) Analoge Anwendung bei Erledigung von Akten, die nicht VAe sind
- Beispiele: Leistungsklage auf Benennung eines Informanten, die sich durch anderweitige Informationserlangung erledigt hat
1. A.: Fortsetzungsfeststellungsklage statthaft (VGH München, BayVBl. 1992, S. 310; Ehlers, NVwZ 1990, S. 105 (107 ff.); Hufen, VwPrR, § 18 Rn. 67)
- Bedürfnis für die Feststellung kann bestehen
2. A.: Fortsetzungsfeststellungsklage unstatthaft (Schenke, VwPrR, Rn. 337 (wohl h.M.))

- Die für eine Analogie erforderliche Interessengleichheit ist nicht gegeben, denn ein VA besitzt als einzige Handlungsform der Verwaltung Titelfunktion und ist zudem bestandskraftfähig.

121 3. Fortsetzungsfeststellungsinteresse

a) Begriff

- Zur Bejahung des Feststellungsinteresses i.S.d. § 113 I 4 VwGO genügt nach unstrittener, aber h. A. jedes aufgrund vernünftiger Erwägungen nach Lage des Falles anzuerkennende schutzwürdige Interesse rechtlicher, wirtschaftlicher oder ideeller Art (BVerwGE 53, 134 (137); Kopp, VwGO, § 113 Rn. 57).
- Diese Aussage ernst genommen, würde bedeuten, den Begriff des Fortsetzungsfeststellungsinteresses in § 113 I 4 VwGO so zu definieren wie den des Feststellungsinteresses in § 43 I VwGO. Die Rechtsprechungspraxis sieht indes anders aus. Das BVerwG arbeitet mit Fallgruppen (s. unten b)), deren Einschlägigkeit quasi-normative Bedeutung hat. Mit anderen Worten: Läßt sich der zu prüfende Fall einer der Fallgruppen zuordnen, besteht ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse, ist dies nicht der Fall, fehlt es.

122 b) Fallgruppen

aa) Konkrete Wiederholungsgefahr

- Dafür genügt nicht schon die zeitlich ungewisse Möglichkeit, daß die zu entscheidende Rechtsfrage zukünftig wieder einmal Bedeutung erlangen könnte. Voraussetzung für die Bejahung einer Wiederholungsgefahr ist vielmehr die hinreichend konkrete Wahrscheinlichkeit, daß sich sowohl der Lebenssachverhalt als auch das behördliche Vorgehen in absehbarer Zeit wiederholen können.

bb) Rehabilitierungsinteresse

- Beeinträchtigung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, der Menschenwürde oder des sozialen Ansehens

cc) Vorbereitung von Amtshaftungs- oder Entschädigungsprozessen

- Eine Partei darf nicht ohne Not um die „Früchte des bisherigen Prozesses“ gebracht werden, insbesondere dann nicht, wenn das Verfahren unter entsprechendem Aufwand einen bestimmten Stand erreicht hat und sich mit der Erledigung des ursprünglichen Antrags die Frage stellt, ob dieser Aufwand nutzlos gewesen sein soll und der Kläger der (häufig nicht auf sein Verhalten zurückgehenden) Erledigung wegen in diesem Verfahren leer ausgehen muß (BVerwG, NJW 1967, S. 1819).
- Gründe der Prozeßökonomie sprechen in diesen Fällen für das Bestehen eines schutzwürdigen Interesses an der begehrten Feststellung der Rechtswidrigkeit des angegriffenen VA, denn das verwaltungsgerichtliche Urteil entfaltet eine Bindungswirkung, die auch die Zivilgerichte zu beachten haben.
- Voraussetzungen nach der Rechtsprechung des BVerwG:

- Der Prozeß ist bereits anhängig oder steht unmittelbar bevor, d.h. kein Fortsetzungsfeststellungsinteresse bei Erledigung des VA vor Erhebung der FFK (BVerwGE 81, 226).
 - Der Schadensersatz- bzw. Entschädigungsprozeß darf nicht offensichtlich aussichtslos sein
 - Beachte: Nach einer Entscheidung des VGH Mannheim, NVwZ 1997, S. 198 (199), die die Rechtsprechung des BVerwG konsequent umsetzt, besteht selbst in den Fällen, in denen sich der VA nach Klageerhebung erledigt, dann kein (schutzwürdiges) Fortsetzungsfeststellungsinteresse, wenn noch kein tatsächlicher Aufwand im anhängigen Verfahren getrieben worden ist, dieses also noch in keiner Weise gefördert worden ist. Maßgeblich ist insoweit der Zeitpunkt der Erledigung (vgl. zum Problem weiterführend noch Göpfert, NVwZ 1997, S. 143 f.).
- dd) Durch den VA wurde in qualifizierter Form in ein Grundrecht eingegriffen (str., vgl. Hufen, VwPrR, Rn. 79 f.)
- Begründet wird diese Ansicht mit dem Gebot effektiven Rechtsschutzes und mit dem Recht auf Freiheit vor ungesetzlicher Grundrechtsbeeinträchtigung. Da jedoch sehr häufig Grundrechte bei Verwaltungshandeln eine Rolle spielen, würde diese Ansicht fast immer zur Bejahung des Feststellungsinteresses führen; die Einschränkungsfunktion des Feststellungsinteresses würde verloren gehen. Deshalb dürfte die allgemeine Feststellungsklage einschlägig sein.

123 4. Sachurteilsvoraussetzungen der ursprünglichen Klageart

- Da der Kläger durch die Erledigung des VA nicht besser gestellt werden soll als bei dessen Nichterledigung, müssen die Sachurteilsvoraussetzungen der ursprünglichen Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage erfüllt sein (keine Privilegierung durch Erledigung des Ursprungsbegehrens; Fortsetzungsfeststellungsklage als verlängerte Anfechtungs- bzw. Verpflichtungsklage).
- a) Klagebefugnis, § 42 II VwGO analog

124

- b) Vorverfahren, § 68 VwGO analog
- aa) bei Erledigung des VA nach Erhebung von Widerspruch oder Klage unproblematisch
 - bb) bei Erledigung des VA vor Erhebung von Widerspruch oder Klage streitig, nach ständiger Rechtsprechung des BVerwG (E 26, 161 (165 ff.)) entbehrlich

Die Frage der Notwendigkeit einer erfolglosen Widerspruchserhebung bei der Fortsetzungsfeststellungsklage

I. Unstreitig:

- War zum Zeitpunkt des Erledigungseintritts die Widerspruchsfrist versäumt, dann waren die Anfechtungs- bzw. Verpflichtungsklage unzulässig. Also muß es auch die Fortsetzungsfeststellungsklage sein, denn das zufällige Ereignis der Erledigung kann den Kläger nicht privilegieren.

II. Streitig:

- War zum Zeitpunkt des Erledigungseintritts die Widerspruchsfrist nicht abgelaufen, ist fraglich, ob das Vorverfahren noch durchzuführen ist:
 1. A.: Erfolgreiche Widerspruchserhebung erforderlich (Schoch, Übungen, S. 248 ff.)
 - Qualifizierung der Fortsetzungsfeststellungsklage als verlängerte Anfechtungs- bzw. Verpflichtungsklage
 - Der Zweck des Widerspruchsverfahrens, dem Widerspruchsführer einen schnellen und umfassenden, insbesondere auch auf die Überprüfung der Zweckmäßigkeit des Verwaltungshandelns ausgerichteten Rechtsschutz zu garantieren, wird erreicht.
 - Eine Selbstkontrolle der Verwaltung ist möglich. Denn wenn sie gemäß § 44 V VwVfG (NW) jederzeit die Nichtigkeit eines VA feststellen kann, dann doch wohl auch dessen Rechtswidrigkeit. Die realen Folgen des erledigten VA wie Wiederholungsgefahr und Diskriminierung können durch eine Entscheidung der Widerspruchsbehörde beseitigt werden.
 - Eine Entlastung der Gerichte kann erreicht werden. Bei einem erfolgreichen Widerspruch kann der Rechtsbehelfsführer Genugtuung erfahren, bei Erfolglosigkeit kann er von der Rechtmäßigkeit des VA überzeugt werden.
 2. A.: Eine erfolglose Widerspruchserhebung ist nicht erforderlich (Hufen, VwPrR, § 18 Rn. 83 f.; nach BVerwGE 26, 161 (165) sogar unstatthaft).
 - Ein Widerspruchsverfahren ist nicht mehr durchzuführen, weil dieses gegenstandslos ist. Das Widerspruchsverfahren ist nicht auf die abstrakte Prüfung der Rechtswidrigkeit einer schon erledigten Maßnahme ausgerichtet, sondern setzt den (noch) wirksamen VA voraus.
 - Eine Korrektur, die den behördlichen Entscheidungsprozeß beeinflussen könnte, ist nicht mehr möglich.
 - Nur die Feststellung durch das Gericht, die gemäß § 121 VwGO der Rechtskraft fähig ist, schafft eine verbindliche Klärung. Die Widerspruchsbehörde ist demgegenüber zu Entscheidungen gem. § 113 I 4 VwGO nicht ermächtigt.
 - § 80 VwVfG (NW) unterscheidet nur zwischen erfolgreichem und erfolglosem Widerspruch, benennt aber nicht den „erledigten“ Widerspruch.
 - Fortsetzungsfeststellungsrechtsschutz ist kein allgemeiner Rechtsgedanke, sondern ausdrücklich spezialgesetzlich normiert, vgl. z.B. §§ 113 I 4 VwGO, 28 I 4 EGGVG, 115 III StVollzG.
 3. Streit kann offen bleiben, soweit die Durchführung des Vorverfahrens noch mangels Fristablaufs (§ 70 I 1 VwGO) möglich ist, da dieses nach h.M. eine Sachentscheidungsvoraussetzung ist.

- 125 c) Klagefrist, § 74 VwGO analog
- 1.A.: Die Klagefrist muß eingehalten werden (h.M.). Die Frist beginnt mit dem Erledigungseintritt und endet gemäß §§ 74, 58 II VwGO VwGO (Rechtsbehelfsbelehrung bei mündlichen Verwaltungsakten !).
- Gleichstellung zu dem von einem nichterledigten VA Betroffenen
- 2.A.: Die Klagefrist muß nicht eingehalten werden.
- § 74 VwGO dient der Herbeiführung der Bestandskraft des VA, erledigte VAe können aber nicht (mehr) bestandskräftig werden.
- 126 d) Richtiger Klagegegner, § 78 I Nr. 2 VwGO (i.V.m. § 5 II AGVwGO) analog
- Beachte aber auch die bei Bezeichnung des Rechtsträgers der Behörde als Klagegegner gegebene Möglichkeit, § 78 I Nr. 1 2. HS VwGO analog anzuwenden. Auf eine Belehrung des Vorsitzenden hin kann die Klage innerhalb der vom Vorsitzenden zu bestimmenden Frist noch auf den richtigen Beklagten umgestellt werden, da vom Kläger keine Kenntnisse des Prozeß- und Verwaltungsorganisationsrechts erwartet werden können.

127 II. Begründetheit

- Die Fortsetzungsfeststellungsklage ist begründet, wenn der VA bzw. die Ablehnung des VA objektiv rechtswidrig ist (§ 113 I 4 VwGO) und der Kläger durch den VA bzw. dessen Ablehnung in seinen Rechten verletzt ist (§ 113 I 1, V 1 VwGO analog: Fortsetzungsfeststellungsklage als „verlängerte“ Anfechtungsklage / Verpflichtungsklage).