

## Lösungsskizzen: Allgemeines Verwaltungsrecht

### Fall 1

#### Abgrenzung öffentliches Recht – Privatrecht

- a) Das Streitverhältnis ist hier bereits deshalb unproblematisch ö-r, da die Behörde sich einer eindeutig **hoheitlichen Handlungsform (VA)** bedient hat. Darüberhinaus ist sie auch nach Maßgabe der Sonderrechtstheorie/modifizierten Subjektstheorie als ö-r zu qualifizieren, da die Rechtsgrundlage in der HBauO/LBauO zu finden ist und diese ausschließlich einen Träger hoheitlicher Gewalt berechtigen und verpflichten.
- b) Zwingend privatrechtlicher Charakter infolge der **eindeutigen Organisationsform**. Eine GmbH kann nie Hoheitsgewalt haben (außer bei Beleihung).
- c) Nach der **Sonderrechtstheorie** kommt es darauf an, ob die Rechtsgrundlage des Verwaltungshandelns ausschließlich einen Träger hoheitlicher Gewalt berechtigt und verpflichtet. Fehlt eine ausdrückliche Rechtsgrundlage, so kommt es auf den **Sachzusammenhang** an, in dem das Handeln stand. Darüberhinaus kann man hier schon an der Handlungsform (Bewilligung) erkennen, daß öffentlich-rechtlich gehandelt wurde.
- d) An sich kann sich es wegen der privatrechtlichen Organisationsform des TÜV nur um Privatrecht handeln. Der TÜV übt jedoch als **Beliehener** eine Hoheitsfunktion aus. Seine Tätigkeit erfolgt auf Grundlage der Ermächtigung des § 29 StVZO und ist deshalb öffentlich-rechtlicher Natur.
- e) Die Anschaffung des Streifenwagens dient der **Bedarfsdeckung**, die Überführung steht im Sachzusammenhang zu ihr. Bedarfsdeckung ist **fiskalisches Handeln** und als solches privatrechtlich. Deshalb privatrechtliches Streitverhältnis.
- f) Hier erfolgt die Einsatzform im Sachzusammenhang zu einer hoheitlichen Tätigkeit nach SOG oder StPO. Beide Normkomplexe berechtigen und verpflichten ausschließlich einen Träger hoheitlicher Gewalt und sind insofern nach Maßgabe der **modifizierten Subjektstheorie** öffentliches „Sonderrecht“. Deshalb öffentlich-rechtliches Streitverhältnis.
- g) Da es dem G hier nicht um die Geltendmachung eines Zulassungsanspruchs geht (ein solcher ist bereits von der Stadt durch den Bewilligungsbescheid erfüllt worden), sondern um dessen Abwicklung, entsteht das Streitverhältnis zur GmbH. Nach der **Zwei-Stufen-Theorie** kann ein Anspruch, der seine Grundlage im öffentlichen Recht hat, auf der **Abwicklungsebene** mit privatrechtlichen Gestaltungsmitteln umgesetzt werden. In diesem Fall ist die **Rechtsnatur** des Streitverhältnisses **geteilt**: Auf der ersten Stufe (hier geht es um das „ob“) **öffentlich-rechtlich** (Rechtsgrundlage findet sich in der Gemeindeordnung), auf der zweiten Stufe privatrechtlich.

### Fall 2

#### Subjektive Rechte

- a) Das subjektive Recht ergibt sich aus der Baugenehmigung; die durch ihre Erteilung geschaffene **Rechtsbeziehung** enthält eine **individuelle Begünstigung**, in deren Bestand durch die Rücknahme eingegriffen wird.
- b) Eine bestehende Zusage vermittelt ebenso wie in Fall a) ein subjektives Recht auf die Baugenehmigung. Besteht noch keine Zusage, so ist die **Ermächtigungsgrundlage** für die Bauerlaubnis heranzuziehen (vgl. § 69 HBauO). Diese enthält als **Rechtsfolge** eine **individuelle Begünstigung** und vermittelt deshalb dem Bauherrn ein subjektives Recht. Ein Rückgriff auf die subsidiären Grundrechte erübrigt sich.
- c) Als Adressat eines belastenden VA genießt A zumindest grundrechtlichen Schutz aus Art. 12, 14 GG. Da der G jedoch für den Betrieb einer Gaststätte im Besitz einer Erlaubnis sein mußte (vgl. §§ 2, 4 GastG), wird auch in das subjektive Recht aus der Gaststättenkonzession eingegriffen. Beide Quellen subjektiver Rechte stehen nebeneinander.
- d) Normalerweise dienen Ermächtigungsgrundlagen für belastende VAe nur der Befugniseroöffnung der Behörde, nicht dem Schutz des Betroffenen. Moderne bereichsspezifische Gesetze wie das Datenschutzrecht stellen aber einen Interessenausgleich zwischen dem Datenerhebungsanliegen

und dem Interesse des Betroffenen her und dienen deshalb auch seinem Individualinteresse. § 15 AuslG vermittelt Drittschutz bereits deshalb, weil als Rechtsfolge die Aufenthaltsgenehmigung und damit eine individuelle Begünstigung enthalten ist.

- e) Grundrechte schützen grds. nur vor unmittelbaren Eingriffen; Immissionen als mittelbare Eingriffe in das Eigentum (Art. 14 I GG) können aber ausnahmsweise grundrechtsrelevant werden, wenn sie **schwer und unerträglich** sind. Unterhalb dieser Schwelle ergeben sich einfachgesetzliche subjektive Rechte aus dem BImSchG.
- f) Die haushaltsrechtlichen Normen haben in der Regel nur objektivrechtlichen Charakter. In diesem Fall muß auf die **Grundrechte** zurückgegriffen werden (hier Art. 5 III GG); in ihrer Dimension als **Teilhaberechte** können sie dann einen Leistungsanspruch vermitteln, wenn der Staat ein **Monopol im grundrechtsrelevanten Bereich** hat und andere Personen **bereits Leistungen erhalten** haben.

### Fall 3

#### VA-Begriff

- a) **Dienstinterne Weisungen** ergehen zwar an den Beamten als vom Rechtsträger verschiedenes Rechtssubjekt. Sie sind jedoch nicht auf Außenwirkung gerichtet, da sie nur der Sicherstellung der dienstlichen Abläufe dienen. Betroffen ist hier nur das Betriebsverhältnis. Somit kein VA.
- b) Demgegenüber sind Regelungen gegenüber dem Beamten als Person auf Außenwirkung gerichtet; sie betreffen das sog. **Grundverhältnis**.
- c) Der bloße Hinweis auf eine bevorstehende Regelung dient lediglich deren **Vorbereitung** und hat deshalb selbst noch **keinen Regelungscharakter**, so daß kein VA vorliegt.
- d) Demgegenüber hat die **Teilgenehmigung** bereits einen eigenständigen, lediglich in ihrem Umfang begrenzten Regelungsgehalt.

### Fall 4

#### Problemschwerpunkte

- **Rechtswegeröffnung zum VG**
- **Zulässigkeit der Anfechtungsklage**
- **Begriff des VA**
- **Ermessensprüfung**

Die Klage des X vor dem VG hat Aussicht auf Erfolg, wenn sie zulässig und begründet ist.

#### A. Zulässigkeit

##### I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

Das setzt erstens voraus, daß der Verwaltungsrechtsweg eröffnet ist. Mangels **aufdrängender Sonderzuweisung** richtet sich dies gem. der Generalklausel des § 40 I 1 VwGO grds. danach, ob eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art vorliegt, für die keine abdrängende Sonderzuweisung besteht.

1. Die **Streitigkeit** ist nach der modifizierten Subjektstheorie **öffentlich-rechtlich**, wenn die streitentscheidenden Rechtsvorschriften ausschließlich einen Hoheitsträger in seiner Funktion als Hoheitsträger berechtigen oder verpflichten. Streitentscheidend sind hier Normen der StVO, deren Adressat allein den Staat ist. Das Streitverhältnis ist daher öffentlich-rechtlich.
2. Die Streitigkeit müßte auch **nichtverfassungsrechtlicher Art** sein. Verfassungsrechtlich ist eine Streitigkeit dann, wenn Verfassungsorgane Streitbeteiligte sind (formelles Kriterium) und über die Anwendung und Auslegung von Verfassungsrechtssätzen gestritten wird (materielles Kriterium).

Da es hier um die Auslegung des § 45 StVO geht und kein Verfassungsorgan beteiligt ist, liegt eine nichtverfassungsrechtliche Streitigkeit vor.

- Schließlich dürfte die Streitigkeit nicht durch Bundesgesetz anderen Gerichten zugewiesen sein. Eine derartige **abdrängende Sonderzuweisung** ist für die Streitigkeit nicht ersichtlich. Der Verwaltungsrechtsweg ist folglich eröffnet.

## II. Statthafte Klageart

Die statthafte Klageart richtet sich nach dem Begehren des Klägers unter Berücksichtigung des Vorrangs maßnahmespezifischer Rechtsbehelfe. Dementsprechend könnte hier die Anfechtungsklage gem. § 42 I VwGO statthaft sein, wenn es dem X die Aufhebung eines VA *durch das Gericht* (Gestaltungsklage!) geht.

Der X wendet sich gegen das aufgestellte Halteverbotsschild. Fraglich ist zunächst, ob diesem VA-Qualität zukommt. Nach der Legaldefinition des § 35 S. 1 VwVfG ist ein **Verwaltungsakt** jede

- \* Maßnahme (=jedes Verhalten mit Erklärungsgehalt)
- \* einer Behörde (= § 1 IV VwVfG)
- \* auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts (vgl. bereits unter Verwaltungsrechtsweg)
- \* zur Regelung (=auf die Herbeiführung von Rechtsfolgen gerichtet)
- \* eines Einzelfalls (Abgrenzung zur Rechtsnorm nach Adressatenkreis und Sachverhalt; hier problematisch)
- \* mit Außenwirkung (Rechtsfolgen sollen außerhalb der Verwaltung, nicht rein verwaltungsintern eintreten)

1. Das Verkehrsschild ist die Maßnahme einer Behörde auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts. Es soll eine Regelung treffen und Außenwirkung erzielen.

2. Fraglich ist, ob es einen Einzelfall im Sinne des § 35 S. 1 VwVfG regelt.

Diese Frage kann mit den normalerweise im Rahmen des § 35 S. 1 VwVfG zur Abgrenzung einer Einzelfallentscheidung von einer Rechtsnorm herangezogenen Kriterien (**Sachverhalt/Adressatenkreis**) kaum eindeutig gelöst werden. Aufgrund dessen ist in § 35 S. 2 VwVfG für bestimmte Arten hoheitlicher Maßnahmen ausdrücklich angeordnet, daß auch sie Verwaltungsakte in der Form einer **Allgemeinverfügung** darstellen.

Für ein Verkehrsschild in Betracht kommen zwei Alternativen der Allgemeinverfügung nach § 35 Satz 2 VwVfG: Es kann sein

- \* ein VA, der an einen nach allgemeinen Merkmalen bestimmten oder bestimmbaren Personenkreis gerichtet ist (1. Alt.), oder
- \* ein VA, der die Benutzung einer Sache durch die Allgemeinheit betrifft (3. Alt.).

Welche dieser beiden Möglichkeiten auch für einschlägig gehalten wird, in jedem Fall ist das Halteverbot ein Verwaltungsakt in Gestalt einer Allgemeinverfügung.

Daher begehrt A mit der Aufhebung des Halteverbotes die Aufhebung eines Verwaltungsakts, so daß eine Anfechtungsklage nach § 42 I Alt. 1 VwGO die für sein Begehren statthafte Klageart ist.

## III. Besondere Sachurteilsvoraussetzungen

Die besonderen Sachurteilsvoraussetzungen der Anfechtungsklage müßten erfüllt sein.

- Gem. § 42 II VwGO müßte der C **klagebefugt** sein. Hierfür darf nicht nach jeder Betrachtungsweise ausgeschlossen sein, daß dem C ein subjektives Recht zur Verfügung steht und er durch die angegriffene Maßnahme in diesem verletzt wird. Ein **subjektives Recht** ist die dem Einzelnen von der Rechtsordnung verliehene Rechtsmacht, zur Verfolgung eigener Interessen von einem anderen ein Tun, Dulden oder Unterlassen zu verlangen. Subjektive Rechte folgen u. a. aus **einfachen Gesetzen**, wenn diese neben der Allgemeinheit auch die Interessen des Klägers schützen sollen, sowie **subsidiär aus Grundrechten**. Hier ist A **Adressat** der mit dem Halteverbot ausgesprochenen belastenden Allgemeinverfügung, so daß er zumindest in seinen Grundrechten betroffen ist. Insofern kann eine Verletzung in seinen Rechten nicht ausgeschlossen werden, A ist klagebefugt.

2. Gem. § 68 ff. VwGO ist vor der Anfechtungsklage grds. ein Vorverfahren durchzuführen. Laut Sachverhalt hat A ordnungsgemäß Widerspruch erhoben, dieser ist aber von der Behörde zurückgewiesen worden. Der Vorverfahren wurde somit ordnungsgemäß durchgeführt.
3. Schließlich sind Form und Frist der Anfechtungsklage zu beachten. Gem. § 74 I VwGO ist die Anfechtungsklage innerhalb eines Monats nach Zugang des Widerspruchsbescheides schriftlich beim VG zu erheben.

Zwischenergebnis: Die Klage ist zulässig.

## B. Begründetheit

Gem. § 113 I 1 VwGO hebt das VG den angefochtenen VA auf, soweit dieser rechtswidrig ist und den Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt. Als Adressat der belastenden Allgemeinverfügung wäre A in seinen Grundrechten zumindest aus Art. 2 I GG, daneben aber hier auch aus Art. 14 GG verletzt, da der gesteigerte Anliegergebrauch betroffen ist. Maßgebend ist somit, ob das Halteverbot rechtmäßig ist.

### I. Rechtsgrundlage

Als Ermächtigungsgrundlage für das Halteverbot kommt hier § 45 Absatz 1 Satz 2 Nr. 1 StVO in Betracht.

### II. Voraussetzungen

Es müßten die Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen in formeller und materieller Hinsicht erfüllt sein.

1. In formeller Hinsicht ist erforderlich, daß die zuständige Behörde gehandelt hat, das Verwaltungsverfahren ordnungsgemäß durchgeführt wurde und etwaige Formvorschriften beachtet worden sind. Laut Sachverhalt hat die zuständige Straßenverkehrsbehörde das Halteverbotsschild aufgestellt. Verfahrensrechtlich ist davon auszugehen, daß die Vorschriften des VwVfG eingehalten wurde. Zweifel an der Anordnung des Halteverbots in der in der StVO bzw. StVZO vorgeschriebenen Form bestehen nicht.
2. Materiell kommt es auf das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen des § 45 I StVO an.

Gem. § 45 Absatz 1 Satz 2 Nr. 1 StVO muß das Halteverbot zur Durchführung von Arbeiten im Straßenraum angeordnet worden sein. Diese Voraussetzung ist erfüllt.

### III. Rechtsfolge

Auf der Rechtsfolgende räumt § 45 StVO der Behörde Ermessen ein. Zu prüfen ist, ob die Behörde durch Anordnung eines Halteverbots für die X-Allee ermessensfehlerhaft gehandelt hat. Ermessensgrenzen folgen aus § 40 VwVfG. Mögliche **Ermessensfehler** sind demzufolge:

- Ermessensausfall
- Ermessensüberschreitung
- Ermessensunterschreitung
- Ermessensfehlgebrauch.

Hier könnte die Behörde ihr Ermessen überschritten haben, indem sie gegen den **Verhältnismäßigkeitsgrundsatz** verstoßen hat. Verhältnismäßig ist nur eine Maßnahme, die sich als

- zur Erreichung eines legitimen Ziels
- geeignet (=förderlich)
- erforderlich (=mildestes Mittel)
- verhältnismäßig im engeren Sinne (=angemessen) darstellt.

Hier ist die Anordnung des Halteverbots vor dem Grundstück des A nach den Feststellungen im Verwaltungsprozeß zur Erleichterung der Durchführung der Straßenbauarbeiten schon nicht geeignet (da nicht förderlich), zumindest aber nicht erforderlich. Deshalb verstößt diese Anordnung gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Wegen Verstoßes gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist die Anordnung des Halteverbotes vor dem Grundstück des A ermessensfehlerhaft und damit rechtswidrig.

Ergebnis: Somit ist die Klage begründet, das VG hebt das Halteverbot auf.

## Fall 5

### Problemschwerpunkte

- **Zulässigkeitsprüfung der Anfechtungsklage bei Beteiligung mehrerer**
- **Subjektives Recht bei Drittanfechtung**

Die Klage des L vor dem VG hat Aussicht auf Erfolg, wenn sie zulässig und begründet ist.

### A. Zulässigkeit

#### I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

Mangels aufdrängender Sonderzuweisung richtet sich die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs gem. der Generalklausel des § 40 I 1 VwGO grds. danach, ob eine **öffentlich-rechtliche Streitigkeit** nichtverfassungsrechtlicher Art vorliegt, für die keine abdrängende Sonderzuweisung besteht. Öffentlich-rechtlich ist eine Streitigkeit, wenn die streitentscheidende Norm ausschließlich einen Hoheitsträger gerade in dieser Eigenschaft berechtigt und verpflichtet. Vorliegend richtet sich der Ausgang des Streits nach den Normen des BImSchG, mithin nach öffentlichem Recht. Die Streitigkeit ist auch weder formell noch materiell verfassungsrechtlicher Art; schließlich sind abdrängende Sonderzuweisungen nicht ersichtlich. Der Rechtsweg ist gem. § 40 I 1 VwGO eröffnet.

#### II. Beteiligte des Rechtsstreits

Beteiligte des Rechtsstreits sind der L als Kläger (§§ 61, 63 VwGO) und die FHH als Rechtsträger der handelnden Behörde als Beklagte. Der Nachbar N ist gem. **§ 65 II VwGO notwendig beizuladen**, da die Entscheidung ihm gegenüber nur einheitlich ergehen kann.

#### III. Statthafte Klageart

Welche Klageart statthaft ist, richtet sich nach dem Begehren des Klägers. Danach kommt hier eine **Anfechtungsklage gem. § 42 I 1. Alt. VwGO** in Betracht, wenn der L die Aufhebung eines VA durch das Gericht erstrebt. Streitgegenstand ist die an N ergangene und dem L zugestellte Genehmigung nach BImSchG für eine Tierkörperbeseitigungsanstalt, deren Aufhebung der L beantragt hat. Diese stellt sich als behördliche Maßnahme dar, die im Einzelfall ein Vorhaben legalisiert und folglich eine Regelung mit Außenwirkung darstellt. Somit handelt es sich um einen VA iSd § 35 S. 1 VwGO. Die Anfechtungsklage ist statthaft.

#### IV. Besondere Sachentscheidungsvoraussetzungen

1. Die Anfechtungsklage ist – in Ermangelung eines allgemeinen Gesetzesvollziehungsanspruchs des L – nur zulässig, wenn er geltendmachen kann, daß die Möglichkeit besteht, daß die behördliche Maßnahme ihn in einem subjektiven Recht verletzt (§ 42 II VwGO). Während der Adressat eines belastenden VA stets zumindest in seinen Grundrechten betroffen sein kann, wendet sich der L hier gegen einen **an einen Dritten ergangenen VA**. Die Möglichkeit einer Verletzung in subjektiven Rechten besteht hier **nur**, wenn nicht ausgeschlossen werden kann, daß die **Rechtsgrundlage** für die dem N erteilte Anlagenehmigung gleichzeitig **auch dem Schutz des L** zumindest neben der Allgemeinheit dienen sollte und die Genehmigung unter Verkennung dieser Schutzaussage zustande gekommen ist. Die Anlagenehmigung für immissionsschutzrechtlich relevante Anlagen richtet sich nach § 6 BImSchG. Maßgebend für die Beurteilung, ob diese Vorschrift drittschützenden Charakter hat, ist die Betrachtung der Pflichten der Anlagebetreiber als Genehmigungsvoraussetzung. Hierzu gehört gem. § 5 BImSchG auch die Vermeidung von **schädlichen Umwelteinwirkungen**. Wie sich aus der Legaldefinition des Begriffs der schädlichen Umwelteinwirkungen in § 3 I BImSchG ergibt, dient diese Pflicht gerade auch den Interessen der Nachbarn; zudem ist die Nachbarschaft auch in § 5 I Nr. 1 BImSchG ausdrücklich erwähnt. Das zeigt, daß diese Norm auch dem Schutz der Interessen der Nachbarn neben der Allgemeinheit dienen soll. Die Norm des § 6 I BImSchG ist also – vermittelt über den Begriff der schädlichen Umwelt-

einwirkungen – drittschützend. Da nicht ausgeschlossen werden kann, daß die an N ergangene Genehmigung unter Verletzung der Schutzaussagen der §§ 3, 5, 6 BImSchG erteilt worden ist, ist L klagebefugt.

2. Das gem. §§ 68 ff. VwGO erforderliche Vorverfahren hat der L lt. Sachverhalt erfolglos durch geführt.
3. Schließlich ist die Klage des L auch gem. § 74 I VwGO fristgerecht eingeführt worden.

Damit ist die Anfechtungsklage zunächst zulässig.

## B. Begründetheit

Gem. § 113 I 1 VwGO hebt das VG den angefochtenen VA auf, soweit dieser rechtswidrig ist und den Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt.

### I. Rechtsgrundlage

Als Ermächtigungsgrundlage für die dem N erteilte Anlagengenehmigung kommt hier § 6 BImSchG in Betracht.

### II. Voraussetzungen

Es müßten die Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen für die Genehmigungserteilung in formeller und materielle Hinsicht erfüllt sein.

1. In formeller Hinsicht ist erforderlich, daß die **zuständige Behörde** gehandelt hat, das **Verwaltungsverfahren** ordnungsgemäß durchgeführt wurde und etwaige **Formvorschriften** beachtet worden sind. Laut Sachverhalt hat die zuständige Genehmigungsbehörde gehandelt. Verfahrensrechtlich ist davon auszugehen, daß die speziellen Verfahrensvorschriften des § 10 BImSchG eingehalten wurden. Schließlich ist den Formerfordernissen des BImSchG Rechnung zu tragen. Auch dies kann hier mangels gegenteiliger Angaben unterstellt werden.

2. Materiell kommt es auf das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen des § 6 I BImSchG an. In Ermangelung eines allgemeinen Gesetzesvollziehungsanspruchs kann L allerdings nicht die Rechtmäßigkeit der Genehmigung generell rügen; vielmehr wird das VG die Rechtswidrigkeit nur insoweit prüfen, als diese sich aus dem Verstoß gerade gegen solche Normen ergibt, die dem L ein subjektives Recht vermitteln.

a) Zunächst setzt die Rechtmäßigkeit der Genehmigung voraus, daß es sich um ein **genehmigungspflichtiges Vorhaben** handelt. Gem. § 4 I 1 BImSchG ist grds. die Errichtung besonders immissionsträchtiger Anlagen genehmigungsbedürftig. Hierzu zählt auch die Tierkörperbeseitigungsanstalt (§4 I 1 BImSchG iVm Ziff. 7.12 der 4. BImSchVO).

b) Desweiteren müßten die Pflichten der Betreiber gem. § 5 I BImSchG sichergestellt sein. Gem. Nr. 1 sind insbesondere schädliche Umwelteinwirkungen oder sonstige Gefahren, Nachteile oder Belästigungen für die Nachbarschaft zu verhindern. Vorliegend ist aber im Prozeß festgestellt worden, daß die von der Tierkörperbeseitigungsanstalt ausgehenden Geruchsbelästigungen einen derartigen Umfang annehmen werden, daß dies die Bewirtschaftung des Gutshofes von L voraussichtlich gänzlich unmöglich machen wird. Dementsprechend lagen die Voraussetzungen für die Genehmigungserteilung nicht vor. Da § 5 I BImSchG, wie bereits festgestellt, dem L Drittschutz vermittelt, greift die dem N erteilte Anlagengenehmigung rechtswidrig in die Rechte des L ein.

3. Ergebnis: Das VG hebt die dem N erteilte Anlagengenehmigung auf.

## Fall 6

### Zulässigkeit von Anfechtungs- und Verpflichtungsklage

a) Für die Zulässigkeit der Klage müßte zunächst der Verwaltungsrechtsweg eröffnet sein. Vorliegend wird um eine Baugenehmigung gestritten, die nur aufgrund von § 69 HBauO – also typischem Sonderrecht – ergehen kann. Somit liegt eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vor.

Statthafte Klageart ist die Verpflichtungsklage gem. § 42 I VwGO (hier in Gestalt der *Untätigkeitsklage*). Dem B geht es um die Verurteilung der Behörde zur Erteilung einer Genehmigung; diese legalisiert ein Vorhaben im Einzelfall und ist deshalb VA.

Es müßten die besonderen Sachurteilsvoraussetzungen der Verpflichtungsklage erfüllt sein. Das für die Klagebefugnis gem. § 42 II VwGO erforderliche subjektive Recht folgt aus § 69 HBauO. Diese Norm sieht als Rechtsfolge die von B erstrebte Genehmigung und damit eine *individuelle Begünstigung* vor.

Grds. ist gem. §§ 68 II iVm 68 I 1 VwGO ein *Vorverfahren* erforderlich. Das Vorverfahren ist auch nicht gem. § 68 I 2 VwGO entbehrlich. Da die Behörde hier jedoch ohne sachlichen Grund sechs Monate keine Entscheidung getroffen hat, ist die Klage gem. § 75 VwGO abweichend von § 68 zulässig.

Sofern der B auch die gem. §74 I, II VwGO vorgeschriebene Frist wahrt, ist die Klage zulässig.

b) Der gem. § 40 I 1 VwGO notwendige öffentlich-rechtliche Charakter des Streitverhältnisses folgt hier aus der eindeutig *hoheitlichen Handlungsform (Subordinationstheorie)*. Die Behörde hat dem Bürger gegenüber mit einer belastenden Verfügung gehandelt.

Statthafte Klageart ist entsprechend dem Begehren des B die Anfechtungsklage, § 42 I VwGO. Das VG soll die dem B gegenüber ergangene Ordnungsverfügung, mithin einen VA, aufheben.

Das für die Klagebefugnis gem. § 42 II VwGO erforderliche subjektive Recht folgt für den *Adressaten* belastender Rechtsakte zumindest aus den *Grundrechten* als Minimalbestand subjektiver Rechte. Thematisch einschlägiges Grundrecht wäre hier die Berufsfreiheit (Art. 12 GG).

Das gem. § 68 ff. VwGO erforderliche Vorverfahren wurde lt. Sachverhalt durchgeführt. Schließlich kann die Klage, wie zu unterstellen ist, fristgerecht gem. § 74 I VwGO eingereicht werden. Die Klage ist zulässig.

c) Rechtswegeröffnung gem. § 40 I VwGO (*Subordination* wg. eindeutig hoheitlicher Handlungsform; Rechtsgrundlage HBauO, also öffentliches Recht).

Statthafte Klageart: Anfechtungsklage, § 42 I VwGO: VG soll die Abbruchverfügung (VA) aufheben.

Klagebefugnis gem. § 42 II VwGO (+), da Adressat belastender Maßnahme.

Vorverfahren (§§ 68 ff. VwGO): müßte noch durchgeführt werden.

Frist (§ 74 VwGO): zu unterstellen.

d) Rechtswegeröffnung gem. § 40 I VwGO: HWegG als streitentscheidende Norm ist öffentliches Recht. Statthafte Klageart: Anfechtungsklage, § 42 I VwGO: G möchte die Sondernutzungsgenehmigung des K aufheben lassen, diese ist VA.

Klagebefugnis, § 42 II VwGO? *Subjektives Recht* ist fraglich. G ist nicht Adressat, folglich nicht zwangsläufig unmittelbar in Grundrechten betroffen. § 19 HWcgG vermittelt keinen Drittschutz für die Individualinteressen des G, sondern dient *nur* Allgemeininteressen. *Grundrechte* des G könnten von Schutzbereich her *mittelbar* nur dann betroffen sein, wenn eine besondere Eingriffsintensität gegeben wäre, etwa wenn die Genehmigungserteilung an K *wettbewerbsverzerrend* wirken würde. Das ist hier nicht dargetan. Folglich fehlt dem G die Klagebefugnis.

Die Klage ist unzulässig.

## Fall 7

### Problemschwerpunkte

- **Verpflichtungsklage**
- **Ableitung subjektiver Rechte aus Genehmigungsnormen**

Die Klage des L vor dem VG hat Aussicht auf Erfolg, wenn sie zulässig und begründet ist.

### A. Zulässigkeit

#### I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

Mangels aufdrängender Sonderzuweisung richtet sich die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs gem. § 40 I 1 VwGO danach, ob eine *öffentlich-rechtliche Streitigkeit* nichtverfassungsrechtlicher Art vorliegt. Als streitentscheidende Normen kommen hier allein Rechtsvorschriften des GaststättenG in Betracht. Diese stellen öffentliches Recht dar. Die Streitigkeit hat auch keinen verfassungsrechtlichen Einschlag.

#### II. Beteiligte des Rechtsstreits

Beteiligte des Rechtsstreits sind der B als Kläger (§§ 61 Nr. 1, 63 Nr. 1 VwGO) und die FHH als Rechtsträger der Genehmigungsbehörde als Beklagte. (§§ 61 Nr. 1, 63 Nr. 2 VwGO).

#### III. Statthafte Klageart

Als statthafte Klageart kommt hier entsprechend dem Begehren des Klägers die *Verpflichtungsklage gem. § 42 I 2. Alt. VwGO* in Betracht, hier in Gestalt einer Versagungsgegenklage. Der B erstrebt die Verurteilung der Behörde zur Erteilung der Gaststättengenehmigung, mithin zum Erlaß eines VA.

#### IV. Besondere Sachentscheidungsvoraussetzungen

1. B müßte zunächst klagebefugt sein, § 42 II VwGO. Dies setzt voraus, daß die Möglichkeit besteht, daß die Nichterteilung der Genehmigung den G in subjektiven Rechten verletzt. B müßte also geltend machen können, einen *Anspruch auf die Genehmigung zu haben*. Als Anspruchsgrundlage kommen §§ 2, 4 GaststättenG in Betracht; diese enthalten die von B erstrebte individuelle Begünstigung auf der Rechtsfolgenseite und vermitteln folglich ein subjektives Recht.
2. Das gem. §§ 68 ff. VwGO erforderliche Vorverfahren hat B laut Sachverhalt erfolglos durchgeführt; sein Widerspruch ist zurückgewiesen worden.
3. Schließlich ist zu beachten, daß B die Klage form- und fristgerecht gem. § 741, II VwGO erheben muß. Die Klage ist folglich zulässig.

### B. Begründetheit

Gem. § 113 V I VwGO verurteilt das VG die beklagte FHH unter Aufhebung des Widerspruchsbescheides zur Erteilung der Konzession, soweit die Ablehnung rechtswidrig ist und den Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt. Das wäre der Fall, wenn der B einen auf Erteilung gerichteten Anspruch hätte, den die Behörde nicht ordnungsgemäß erfüllt hat.

#### I. Anspruchsgrundlage

Als Anspruchsgrundlage kommen hier §§ 2 I, 4 I GaststättenG in Betracht. Wie bereits gezeigt, vermitteln die Normen dem B ein subjektives Recht auf die Genehmigung, sofern die Voraussetzungen erfüllt sind.

#### II. Voraussetzungen

Es müßten die Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen für die Genehmigungserteilung in formeller und materielle Hinsicht erfüllt sein.

1. In formeller Hinsicht ist bei Verpflichtungssituationen *ein Antrag* an die *zuständige Behörde* erforderlich. Diesen hat der G gestellt.



2. Materiell kommt es auf die Voraussetzungen der §§ 2, 4 GaststättenG an.

a) Das setzt voraus, daß der von B angestrebte Betrieb der Kneipe überhaupt **genehmigungspflichtig** ist. Gaststättenbetriebe sind gem. § 2 I 1 GaststättenG grds. genehmigungspflichtig; eine Ausnahme gilt nur für die in § 2 II enumerativ genannten Fälle. Die dort aufgeführten Konstellationen sind hier nicht einschlägig.

b) Ein Anspruch auf Genehmigungserteilung setzt desweiteren voraus, daß keiner der **Versagungstatbestände des § 4 GaststättenG** eingreift. Gem. Nr. 1 dieser Vorschrift ist ein Versagungsgrund insbesondere die **Unzuverlässigkeit** des Gaststättenbetreibers. Unzuverlässig ist, wer befürchten läßt, er werde seine aus dem Betrieb der Gaststätte resultierenden Pflichten vernachlässigen; dies zeigen die beispielhaft im zweiten Halbsatz genannten Fallgruppen. Vorliegend ist der B hoch verschuldet; er war bereits vor Eröffnung nicht in der Lage, bestehende Verbindlichkeiten von Lieferanten zu begleichen. Zudem ist die Gaststättenpacht außerordentlich hoch. Auch wenn man berücksichtigt, daß die Kalkulation einer wirtschaftlichen Grundlage zunächst dem Gewerbetreibenden überantwortet bleiben muß, kann doch von einem ordnungsgemäßen Betrieb einer Gaststätte ohne ein Minimum an wirtschaftlicher Solidität nicht ausgegangen werden. Die desolante finanzielle Situation des B gibt daher Anlaß zu der Befürchtung, er werde die Gaststätte nutzen, um seine wirtschaftliche Lage anderweitig zu verbessern. Damit ist seine Unzuverlässigkeit anzunehmen.

Wegen des Eingreifens des Versagungstatbestandes hat B folglich keinen Anspruch auf Erteilung der Gaststättenkonzession.

Somit ist seine zulässige Klage unbegründet.

## Fall 8

### Problemschwerpunkte

- **Zulässigkeit des Widerspruchs**
- **actus contrarius**
- **Rücknahme nach § 48 VwVfG**
- **Heilung von Formfehlern (§ 45 VwVfG)**
- **Ermessensfehler und ihre Folgen**
- **Wirksamkeit und Tatbestandswirkung von VAen**

Der Widerspruch des L hat Aussicht auf Erfolg, wenn er zulässig und begründet ist.

[VORÜBERLEGUNG: Der Widerspruch richtet sich hier gegen zwei unterschiedliche Maßnahmen: zum einen den **Rücknahmebescheid**, zum anderen gegen die **Abbruchverfügung**. Beide Maßnahmen sind gesondert auf Zulässigkeit und Begründetheit zu untersuchen.]

### A. Zulässigkeit

#### I. Statthaftigkeit des Widerspruchs, §§ 68 ff. VwGO

Die Statthaftigkeit des Widerspruchs könnte sich nach §§ 68 ff. VwGO beurteilen.

1. Das setzt voraus, daß die **VwGO** überhaupt **anwendbar** ist. Mangels aufdrängender Sonderzuweisung richtet sich dies nach den Kriterien des § 40 I 1 VwGO. Eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit ist gegeben, wenn die streitentscheidende Norm ausschließlich einen Hoheitsträger als solchen berechtigt und verpflichtet.
  - a) Soweit sich der L gegen die **Aufhebung** der Baugenehmigung richtet, beurteilt sich deren Rechtmäßigkeit – mangels spezialgesetzlicher Vorschriften – nach dem **VwVfG** des Landes, mithin nach **öffentlichem Recht**. Damit ist die VwGO anwendbar.
  - b) Im Hinblick auf die **Abbruchverfügung** handelt es sich um eine Bauordnungsverfügung; diese findet ihre Rechtsgrundlage in der **LBauO**. (vgl. § 76 HBauO). Auch das Bauordnungsrecht ist typisches öffentliches Recht. Auch insoweit ist die VwGO daher anwendbar.

2. Gem. § 68 I IVwGO muß der *Streitgegenstand* des Widerspruchs ein VA sein.
  - a) Hier kommt es für den Anfechtungswiderspruch des L darauf an, ob die Aufhebung der Genehmigung (nicht die Bauerlaubnis!) ein VA ist. Als *actus contrarius* zur Erteilung der Genehmigung teilt die Aufhebung deren Rechtsnatur; sie ist auf die Aufhebung einer Regelung und damit ihrerseits auf eine Regelung gerichtet. Damit liegt in der Aufhebung der Bauerlaubnis durch die Behörde ein VA, also ein tauglicher Widerspruchsgegenstand.
  - b) Auch die Abbruchverfügung erfüllt als einzelfallbezogene behördliche Regelungsmaßnahme die Kriterien des § 35 S. 1 VwVfG (Ld) und kann deshalb im Widerspruchsverfahren angegriffen werden.
3. Schließlich darf das *Widerspruchsverfahren nicht ausgeschlossen* sein. Das wäre gem. § 68 I 2 VwGO der Fall, wenn entweder die Ausgangsbehörde eine oberste Bunde- oder Landesbehörde wäre (*Nr. 1*) oder ein Widerspruchsbescheid eine erstmalige Beschwer enthielte (*Nr. 2*). Keine dieser Konstellationen ist vorliegend erfüllt; der Widerspruch ist somit nicht ausgeschlossen.
4. Nach alledem ist der Widerspruch sowohl gegen die Rücknahme als auch gegen die Abbruchverfügung also statthaft.

## II. Widerspruchsbefugnis, § 42 II VwGO analog

Der Rechtsgedanke des § 42 II VwGO, Populärverfahren auszuschließen, muß auch auf das Widerspruchsverfahren Anwendung finden, um zu vermeiden, daß sich jemand zum Sachwalter fremder Interessen macht.

1. Das für die Widerspruchsbefugnis erforderliche *subjektive Recht* läßt sich hinsichtlich des Widerspruchsbescheides *aus der dem L erteilten Bauerlaubnis* ableiten. Als individuelle Begünstigung vermittelt sie dem L eine Art öffentlich-rechtlichen Besitzstand, in den durch den Rücknahmebescheid eingegriffen wird.
2. Hinsichtlich der Abbruchverfügung steht dem L als *Adressaten* einer belastenden hoheitlichen Maßnahme zumindest der *Grundrechtsschutz als Minimalbestand subjektiver Rechte* zur Verfügung (Art. 2 I GG).

L ist also widerspruchsbefugt.

## III. Form/Frist des Widerspruchs, § 70 I VwGO

Hinsichtlich Form und Frist ist zu beachten, daß L seinen Widerspruch innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe einlegen muß. Die Einlegung hat schriftlich bei der Ausgangsbehörde zu erfolgen. Beide Erfordernisse kann L erfüllen.

Somit ist sein Widerspruch zulässig.

### B. Begründetheit

Gem. § 68 I 1 VwGO hebt die Widerspruchsbehörde die angefochtenen VAe auf, soweit diese rechtswidrig sind und den Widerspruchsführer dadurch in seinen Rechten verletzen. Ist ein VA unzweckmäßig, hat die Behörde zudem Gelegenheit zu einer erneuten Ermessensbetätigung.

## I. Begründetheit des Widerspruchs gegen die Aufhebung der Genehmigung

### 1. Rechtsgrundlage

Als Rechtsgrundlage für die Aufhebung der Genehmigung kommt § 48 I 1 VwVfG (Ld) in Betracht; eine spezialgesetzliche Rücknahmeermächtigung, die vorrangig anzuwenden wäre, ist für Baugenehmigungen nicht ersichtlich.

### 2. Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen

Es müßten die von § 48 VwVfG normierten Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen erfüllt sein.

- a) In formeller Hinsicht sind die Anforderungen an Zuständigkeit, Verfahren und Form zu beachten.

(1) **Zuständig** zur Aufhebung von Verwaltungsakten ist gem. § 48 V VwVfG (Ld) die nach § 3 zuständige Behörde; dies ist grds. – wie auch hier – die **Ausgangsbehörde**, die den aufzuhebenden VA erlassen hat.

(2) Hinsichtlich von Verfahren und Form gelten die allgemeinen Regeln, insbesondere ist gem. § 28 VwVfG (Ld) derjenige, in dessen Rechte eingegriffen werden, vor Erlass des VA anzuhören. Der Erlass der Rücknahme greift in den Besitzstand der erteilten Baugenehmigung ein; die **Anhörung** des B ist aber gleichwohl unterblieben. Es stellt sich deshalb die Frage, ob der VA, also die Rücknahme der Bauerlaubnis, schon aus diesem Grunde rechtswidrig und von der Widerspruchsbehörde aufzuheben ist. Fehler, die Verfahren und Form betreffen, sind einer **Heilung** gem. § 45 VwVfG (Ld) zugänglich mit der Folge, daß die Rechtswidrigkeit unbeachtlich wird. Erforderlich dafür ist die Nachholung der unterbliebenen Verfahrenshandlung. Die Anhörung kann gem. § 45 I Nr. 3, II VwVfG bis zum Abschluß des Verwaltungsverfahrens nachgeholt werden. Hierfür reicht es aus, daß dem B im Rahmen des hier laufenden Vorverfahrens Gelegenheit der Stellungnahme geboten wird. Da die Widerspruchsbehörde den Erwägungen des B hier Beachtung schenken wird, heilt dies gem. § 45 I Nr. 3 VwVfG (Ld) das bisherige Unterbleiben.

(3) Hinsichtlich der Form ist insbesondere das **Begründungsgebot des § 39 I VwVfG** (Ld) gewahrt. Selbst wenn dies nicht der Fall wäre, hätte auch insoweit eine Heilung durch Nachholung stattfinden können [vgl. § 45 I Nr. 2 VwVfG (Ld)].

b) Materiellrechtlich muß es sich gem. § 48 I 1 VwVfG (Ld) bei dem Aufhebungsgegenstand um einen **rechtswidrigen VA** handeln. Da die Bauerlaubnis unter Verstoß gegen Normen des BauGB erteilt wurde, war sie rechtswidrig.

Somit liegen die Voraussetzungen für die Aufhebung vor.

### 3. Rechtsfolge

Die Rücknahme der Bauerlaubnis steht im Ermessen der Behörde.

- a) Ermessensbegrenzend wirkt zunächst die **Jahresfrist des § 48 IV VwVfG** (Ld), die eine spätere Aufhebung **präkludiert**. Die Jahresfrist wurde beachtet.
- b) Weitere Ermessensbegrenzungen gibt es bei begünstigenden VAen, die nicht auf Geldleistung gerichtet sind nicht. Insbesondere wirkt sich ein etwaiger **Vertrauensschutz des Betroffenen** nicht auf das Rücknahmeermessen, sondern **allein auf der Sekundärebene** (bei der Frage nach einer Entschädigung) aus, vgl. § 48 III VwVfG (Ld)!
- c) Die Behörde muß aber auch die allgemeinen, aus § 40 VwVfG (Ld) folgenden Ermessensgrenzen berücksichtigen. Insbesondere muß sie überhaupt von ihrem Ermessen Gebrauch machen. Wenn die Behörde hier davon ausging, sie mußte die Bauerlaubnis aufheben, so hat sie ihr Ermessen nicht erkannt, es liegt ein **Ermessensausfall** vor. Ermessensfehler können jedoch im Widerspruchsverfahren dadurch **geheilt** werden, daß die Widerspruchsbehörde ihre eigenen Erwägungen an die Stelle der Begründung der Ausgangsbehörde setzt. Für die Frage, ob der Ermessensausfall zur Aufhebung der Rücknahme führt, kommt es also darauf an, ob die **Rücknahme auch ermessensfehlerfrei** ergehen konnte. Es ist nicht ersichtlich, daß die Rücknahme, wäre sich die Behörde des Ermessens bewußt gewesen, unverhältnismäßig gewesen wäre. Ein milderer Mittel zur Herstellung ordnungsgemäßer Zustände war nicht ersichtlich, zumal die Beseitigung des Wochenendhauses nur angeordnet werden kann, wenn dies nicht durch eine Baugenehmigung legalisiert ist. Der Vertrauensschutz kann durch Gewährung einer Entschädigung auf der Sekundärebene berücksichtigt werden.

Nach alledem sind die festgestellten Rechtmäßigkeitsmängel nicht geeignet, die Aufhebung der Rücknahme herbeizuführen. Der Widerspruch gegen die Rücknahme bleibt erfolglos.

## **II. Begründetheit des Widerspruchs gegen die Beseitigungsverfügung**

### 1. Rechtsgrundlage

Rechtsgrundlage für die Beseitigungsverfügung ist § 75 HbauO.

## 2. Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen

- a) In formeller Hinsicht ergeben sich zu Zuständigkeit, Verfahren und Form keine Abweichungen zu den Ausführungen unter I.
- b) Materiell müßte das Bauvorhaben im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften stehen. Wegen der **Tatbestandswirkung der Baugenehmigung** würde diese im Fall ihrer **Wirksamkeit** das Bauvorhaben auch dann **legalisieren**, wenn dieses – wie festgestellt – gegen § 35 BauGB verstößt. Da jedoch, wie gezeigt, die Behörde die Bauerlaubnis zurückgenommen hat, ist damit die **Legalisierungswirkung des Genehmigungsbescheides entfallen**. Das Wochenendhaus steht somit im Widerspruch zu den Normen des BauGB. Damit sind die Voraussetzungen des § 75 HbauO erfüllt.

## 3. Rechtsfolge

Die Behörde hat bei der Anordnung der Beseitigung Ermessen. Es ist jedoch nicht ersichtlich, daß die Abbruchverfügung rechtswidrig erging, insbesondere daß diese unverhältnismäßig war; denn ein den B weniger belastendes Mittel zur Herstellung ordnungsgemäßer baulicher Zustände stand nicht zur Verfügung.

Damit ist der zulässige Widerspruch des B vollen Umfangs unbegründet.

## Fall 9

### **Rücknahme und Widerruf, §§ 48, 49 VwVfG**

- a) Rechtsgrundlage ist § 49 III VwVfG, da ein rechtmäßiger VA aufgehoben werden soll (der nachträgliche Entfall der Voraussetzungen begründet nicht seine Rechtswidrigkeit, es kommt hierfür auf seinen Erlaß an!). Die Vorschrift ist als Rechtsgrundlage anwendbar, da es um die Aufhebung eines rechtmäßigen VA geht, der Voraussetzung für eine Geldleistung ist, und keine spezialgesetzlichen Widerrufsvorschriften ersichtlich sind. Formell sind Zuständigkeit, Verfahren und Form (Anhörung, § 28 VwVfG) zu berücksichtigen. Materiell muß eine der in § 49 III VwVfG genannten **Leistungsstörungen** eingetreten sein. Hier ist liegt ein Fall der **zweckwidrigen Verwendung (Nr. 1)** vor. Als Rechtsfolge hat die Behörde Ermessen; dies wird nur durch die Jahresfrist des § 48 IV VwVfG, die gem. § 49 III 2 VwVfG auch bei rechtmäßigen VAen gilt, begrenzt. Aufhebung ist daher rechtmäßig.
- b) Als Rechtsgrundlage kommt hier § 48 I 1 VwVfG in Betracht. Formell sind Zuständigkeit, Verfahren und Form zu beachten. Materiell kommt es darauf an, daß ein **rechtswidriger VA** Aufhebungsgegenstand ist (hier (+), da Voraussetzungen für Subvention von Anfang an nicht vorlagen). Rechtsfolge ist Ermessen; begrenzend wirkt für **GeldleistungsVAe § 48 II VwVfG**, wenn
  - der Bürger auf den Bestand des VA **vertraut** hat (maßgebend, ob Dispositionen getroffen)
  - das Vertrauen **schutzwürdig** ist (vgl. § 48 II 3 VwVfG).Hier: keine Anhaltspunkte für Vertrauen auf den Bestand des VA erkennbar. Jahresfrist § 48 IV VwVfG ist ebenfalls gewahrt. Rücknahme ist daher rechtmäßig.
- c) Rechtsgrundlage wiederum § 48 I 1 VwVfG. Formelle Voraussetzungen (+). Materiell: Rechtswidriger VA; (liegt hier vor, weil Voraussetzung der Unzuverlässigkeit für den AusgangsVA nicht gegeben war). Rechtsfolge: Ermessen (hier keine Beschränkung durch § 48 II, da kein GeldleistungsVA). Aufhebung daher möglich.
- d) Rechtsgrundlage: § 49 I VwVfG (anwendbar, da es um die Aufhebung eines rechtmäßigen nicht begünstigenden VA geht). Voraussetzungen: Formell (+), Materiell:
  - **kein begünstigender VA** (da sonst Abs. 2, 3 anwendbar)
  - **keine Verpflichtung** zum erneuten **Erlaß**
  - **keine sonstige Unzulässigkeit** des WiderrufsRechtsfolge: Ermessen (Aufhebung daher rechtmäßig).

## Fall 10

### Nichtigkeitsgründe, Heilung

- a) Es liegt ein formeller Rechtmäßigkeitsmangel vor: die Behörde ist hier *sachlich unzuständig* (zur sachlichen Zuständigkeit gehören die *Verbandskompetenz*, die *funktionale Zuständigkeit* und die *instantielle Zuständigkeit*), nicht etwa nur örtlich unzuständig. Dieser Zuständigkeitsmangel begründet die Nichtigkeit nicht etwa gem. § 44 II Nr. 3 VwVfG (dieser nimmt allein Bezug auf die örtliche Zuständigkeit); allerdings ist ein Verstoß gegen die Verbandskompetenz ein *schwerwiegender* und *evidenter Fehler* im Sinne der Generalklausel des § 44 I VwVfG.
- b) Der Abriß des Nachbarhauses wäre ein Straftatbestand (§ 303 StGB). Die Anordnung strafbarer Handlungen führt gem. § 44 II Nr. 5 VwVfG zur Nichtigkeit.
- c) Nichtigkeit wegen *tatsächlicher Unausführbarkeit* (ein nicht existentes Haus kann niemand abreißen) gem. § 44 II Nr. 4 VwVfG.
- d) Wirksamkeit des VA setzt zunächst *Bekanntgabe* voraus, § 43 I VwVfG. Wird der VA an den falschen Adressaten versandt, so ist er demjenigen, demgegenüber er eine Regelung enthalten soll, nicht zugegangen, vgl. § 41 I VwVfG, folglich *nicht wirksam geworden*. Gegen den unwirksamen VA braucht sich der A nicht zu wenden. Für die Wirksamkeit dem A<sub>1</sub> gegenüber, dem er wirksam bekanntgegeben worden ist, dürfte eine Nichtigkeit gem. § 44 I VwVfG anzunehmen sein, jedenfalls wenn die Verwechslung aus den Begründungserwägungen erkennbar ist.
- e) Fehlende *Anhörung* (§ 28 VwVfG) ist durch Nachholung heilbar, vgl. § 45 I Nr. 3 VwVfG. Auch die gem. § 39 I 1 VwVfG vorgesehene *Begründung* kann gem. § 45 I Nr. 2 VwVfG nachgeholt werden. Die Nichterkennbarkeit der Behörde begründet allerdings gem. § 44 II Nr. 1 VwVfG seine Nichtigkeit.
- f) Formelle Voraussetzung für begünstigende VAe ist grds. die Stellung eines Antrages; auch ein solcher ist aber durch Nachholung heilbar, vgl. § 45 I Nr. 1 VwVfG.

## Fall 11

### Problemschwerpunkte

- **Feststellungsklagen**
- **Allgemeine Feststellungsklage**
- **Grundrechtsdogmatik: Verfassungskonforme Auslegung von Ermächtigungsgrundlagen**

Die Klage des S hat Aussicht auf Erfolg, wenn sie zulässig und begründet ist

#### A. Zulässigkeit

##### I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

Mangels aufdrängender Sonderzuweisung richtet sich die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs gem. § 40 I 1 VwGO danach, ob eine *öffentlich-rechtliche Streitigkeit* nichtverfassungsrechtlicher Art vorliegt. Streitgegenstand ist hier die Genehmigungsbedürftigkeit von Straßeninanspruchnahme; diese richtet sich nach *HWegeG*, mithin nach öffentlichem Recht. Die Streitigkeit ist auch nichtverfassungsrechtlicher Art. Auch wenn S sich auf Grundrechte beruft, sind keine Verfassungsorgane beteiligt. Der Verwaltungsrechtsweg ist eröffnet.

##### II. Statthafte Klageart

Die statthafte Klageart richtet sich nach dem Begehren des Klägers.

1. Da es dem S darum geht, seine Tätigkeit genehmigungsfrei zu betreiben, kann er nicht auf die auf Genehmigungserteilung gerichtete Verpflichtungsklage verwiesen werden.
2. Klageart kann deshalb nach dem Begehren des S nur eine *Feststellungsklage* sein. Das VG soll feststellen, daß der S für seine Malerei in der Hamburger Fußgängerzone einer wegerechtlichen Genehmigung nicht bedarf.

### III. Besondere Sachentscheidungs Voraussetzungen

Es müßten die Sachurteils Voraussetzungen der allgemeinen Feststellungsklage erfüllt sein.

1. **Streitgegenstand** der allgemeinen Feststellungsklage muß gem. § 43 I VwGO ein **gegenwärtiges konkretes Rechtsverhältnis** sein. S macht geltend, für seine konkrete Tätigkeit einer Genehmigung nicht zu bedürfen. Der Streit um eine im Einzelfall bestehende Genehmigungspflicht begründet ein hinreichendes Rechtsverhältnis.
2. Desweiteren müßte S ein **berechtigtes Interesse** an der Feststellung haben, § 43 I VwGO. Ein solches Feststellungsinteresse kann **rechtlicher, wirtschaftlicher oder ideeller Art** sein. Vorliegend hat S ein rechtliches Interesse an der Feststellung, auch sind seine wirtschaftlichen Interessen betroffen, da seine Tätigkeit seine Lebensgrundlage darstellt.
3. Schließlich ist die **Subsidiarität der Feststellungsklage** gegenüber Anfechtungs- und Verpflichtungsklage zu beachten. Soweit der Kläger mit diesen Klagen Rechtsschutz erlangen kann, ist die Feststellungsklage unzulässig. Das auf Feststellung der Genehmigungsfreiheit gerichtete Begehren kann allerdings nicht anders zur Geltung gebracht werden.
4. Die Klage des S ist daher zulässig.

### B. Begründetheit

Das VG stellt fest, daß der S einer Genehmigung für seine Malerei nicht bedarf, wenn dies der Rechtslage entspricht.

#### I. Wortlautlösung

Stellt man auf den Wortlaut des HWegG ab, so erscheint die Klage des S unbegründet. Gem. § 19 bedarf jede Sondernutzung öffentlicher Wege der Erlaubnis. Unter den Begriff der Sondernutzung fällt jede über die Teilnahme am öffentlichen Verkehr hinausgehende Inanspruchnahme des Wegebereichs. Da der S mit seiner Pflastermalerei nicht bloß am Verkehr teilnimmt, wäre seine Tätigkeit bei wortgebundenem Gesetzesverständnis somit als genehmigungspflichtig zu qualifizieren.

#### II. Verfassungskonforme Auslegung

Unter Umständen ist diese Lösung jedoch mit Art. 5 GG unvereinbar. Die hierin geschützte Kunstfreiheit gewährleistet nicht nur den Bereich der Herstellung, sondern auch das Zurschaustellen der Kunst. Dem weiten Schutzbereich des Art. 5 GG unterfällt unzweifelhaft auch die Betätigung des S. Art. 5 GG unterliegt keinen Schranken, kann folglich nur verfassungsimmanent beschränkt werden. Zur Vermeidung einer Verfassungswidrigkeit des Wegerechts ist folglich der Begriff der genehmigungspflichtigen Sondernutzung verfassungskonform dahin auszulegen, daß der verfassungsrechtlich geschützte Bereich künstlerischer Betätigung nicht umfaßt wird, sondern dem Begriff des Gemeingebrauchs zuzurechnen ist.

#### III. Ergebnis

Das VG stellt fest, daß S für seine Straßenmalerei keiner Genehmigung bedarf.

## Fall 12

### Problemschwerpunkte

- **Feststellungsklagen**
- **Nichtigkeitsfeststellungsklage**
- **Systematik der Nichtigkeitsgründe**

Das VG wird die beantragte Feststellung aussprechen, wenn die darauf gerichtete Klage des A zulässig und begründet ist.

### A. Zulässigkeit

#### I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

Mangels aufdrängender Sonderzuweisung richtet sich die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs gem. § 40 I 1 VwGO danach, ob eine **öffentlich-rechtliche Streitigkeit** nichtverfassungsrechtlicher Art vorliegt. Als streitentscheidende Normen kommen hier Rechtsvorschriften des GewO und des VwVfG (Ld) in Betracht. Diese stellen öffentliches Recht dar. Die Streitigkeit ist auch nichtverfassungsrechtlicher Art, eine abdrängende Sonderzuweisung ebenfalls nicht ersichtlich. Der Verwaltungsrechtsweg ist eröffnet.

#### II. Statthafte Klageart

Die statthafte Klageart richtet sich nach dem Begehren des Klägers. Klageart kann deshalb entsprechend dem Antrag des A nur eine **Feststellungsklage** sein. Sein auf Feststellung der Nichtigkeit der Gewerbeuntersagung gerichteter Antrag verweist auf die **Nichtigkeitsfeststellungsklage**.

#### III. Besondere Sachentscheidungsvoraussetzungen

1. **Klagegegenstand** der Nichtigkeitsfeststellungsklage kann gem. § 43 I VwGO nur ein VA iSd § 35 S. 1 VwVfG sein. A wendet sich gegen eine Untersagungsverfügung; diese erfüllt als einzel-fallbezogene behördliche Regelung alle Merkmale der Legaldefinition.
2. Zulässigkeitsvoraussetzung ist desweiteren die **Behauptung der Nichtigkeit** des VA. A macht diese Behauptung mit seinem Antrag ausdrücklich geltend; ob seine Auffassung zutrifft, ist eine Frage der Begründetheit.
3. Die grundsätzlich für die Feststellungsklage geltende **Subsidiarität** gegenüber Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen gilt für die Nichtigkeitsfeststellungsklage **nicht**, vgl. § 43 II 2 VwGO.
4. Schließlich ist wie bei der allgemeinen Feststellungsklage ein **berechtigtes Interesse** an der Feststellung erforderlich. Dieses Interesse ist hier sowohl **wirtschaftlicher** als auch – im Hinblick auf Art. 12 GG – **rechtlicher Art**.

Damit ist die von A erhobene Feststellungsklage zunächst zulässig.

### B. Begründetheit

Das VG trifft die von A erstrebte Feststellung, wenn der VA nichtig ist.

Nichtigkeitsgründe normiert § 44 VwVfG. Vorrangig sind vor der **Generalklausel** des Abs. 1 die **speziellen Nichtigkeitsgründe** des Abs. 2 zu prüfen; sofern keiner der Unbeachtlichkeitsgründe des Abs. 3 eingreift, ist danach ein VA unabhängig davon nichtig, ob der Fehler schwer und evident im Sinne des Abs. 1 erscheint [Prüfungsreihenfolge für § 44 also 2, 3, 1!].

Gem. § 44 II Nr. 1 VwVfG ist ein VA nichtig, der die ausstellende Behörde nicht erkennen läßt. Die Behörde hat sich hier nicht näher bezeichnet, sie war auch aus den Umständen nicht erkennbar. Unabhängig von etwaigen materiellrechtlichen Fehlern begründet bereits dies die Nichtigkeit.

Somit ist die Klage des A erfolgreich.

## Fall 13

### Problemschwerpunkte

- **Fortsetzungsfeststellungsklage (§ 113 I 4 VwGO)**
- **Überblick über das Versammlungsrecht**

Das VG stellt fest, daß der angegriffene VA rechtswidrig war, wenn die darauf gerichtete Klage des B zulässig und begründet ist.

### A. Zulässigkeit

#### I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

Mangels aufdrängender Sonderzuweisung richtet sich die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs gem. § 40 I 1 VwGO danach, ob eine **öffentlich-rechtliche Streitigkeit** nichtverfassungsrechtlicher Art vorliegt. Handelt die Behörde in **typischen Formen** hoheitlicher Gewaltausübung, so indiziert dies nach der **Subordinationstheorie** den öffentlich-rechtlichen Charakter der Streitigkeit. Die Polizeiverfügung ist ein klassisches Instrument der Eingriffsverwaltung, die dagegen gerichtete Klage hat somit öffentlich-rechtlichen Charakter. Der Verwaltungsrechtsweg ist eröffnet.

#### II. Statthafte Klageart

Die statthafte Klageart richtet sich nach dem Begehren des Klägers.

1. Wendet sich der Kläger gegen eine belastende Verfügung, also gegen einen VA, so ist **grds.** die **Anfechtungsklage** die **effektivste Rechtsschutzform**. Zu beachten ist allerdings, daß die **Beschwerde**, die von der auf Auflösung der Versammlung gerichteten Verfügung ausgeht, in dem Moment **entfällt**, wo das Regelungsziel erreicht ist und sich die Versammlung tatsächlich aufgelöst hat. Ein Anfechtungsbegehren hat sich in diesem Augenblick **erledigt**; der Kläger kann durch einen erledigten VA nicht mehr in seinen Rechten verletzt sein, ihm fehlte folglich die Klagebefugnis. Die Anfechtungsklage scheidet deshalb aus.
2. Klageart kann deshalb nach dem Begehren des B nur eine **Feststellungsklage** sein. Das VG soll feststellen, daß die Auflösungsverfügung rechtswidrig war und den Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt hat. Somit handelt es sich um die besondere Form der **Fortsetzungsfeststellungsklage** gem. § 113 I 4 VwGO.

#### III. Besondere Sachentscheidungsvoraussetzungen

Die besonderen Sachurteilsvoraussetzungen der Fortsetzungsfeststellungsklage bestimmen sich nach § 113 I 4 VwGO.

1. Klagegegenstand muß ein VA iSd § 35 S. 1 VwVfG sein. Wie bereits festgestellt, wendet sich der B gegen die versammlungsauflösende **Polizeiverfügung**. Diese stellt sich als **typischer VA** dar.
2. Der Kläger muß **behaupten**, daß der VA **rechtswidrig** ist. Eine entsprechende Rechtsaufassung läßt sich dem Antrag des B entnehmen.
3. Dem Wortlaut nach setzt § 113 I 4 VwGO voraus, daß sich der VA **nach Klageerhebung erledigt** hat; B hat die Klage aber erst nach Erledigung eingereicht. Damit die **Effektivität des Rechtsschutzes** nicht vom Zufall – also vom Zeitpunkt der Erledigung – abhängt, muß aber zur Vermeidung von mit **Art. 19 IV GG** unvereinbaren Rechtsschutzlücken § 113 I 4 VwGO insoweit **analog** auf die Erledigung **vor** Klageerhebung angewendet werden.
4. Auch für die Fortsetzungsfeststellungsklage muß ein **berechtigtes Interesse** bestehen. Dies kann sich aus Gründen der **Prozeßökonomie** ergeben (wenn ein bereits begonnenes Anfechtungsverfahren fortgesetzt werden soll, oder wenn das Feststellungsurteil der Vorbereitung eines Amtshaftungsprozesses dient), aus einer **Wiederholungsgefahr** folgen (wenn zu befürchten ist, die Behörde werde wieder rechtswidrig handeln) oder aus einem **Rehabilitationsbedürfnis** des



Betroffenen. Vorliegend sind mit der Teilnahme an der Demonstration die besonders empfindlichen Grundrechte der *Art. 5, 8 GG* betroffen, die für die demokratische Willensbildung schlechthin konstitutiv sind. Durch die Auflösung wurde B in der Wahrnehmung dieser Grundrechte beeinträchtigt; hieraus folgt ein Rehabilitationsbedürfnis und also ein berechtigtes Interesse an der Feststellung.

5. Schließlich ist zu beachten, daß sich die Fortsetzungsfeststellungsklage der Sache nach als **Fortführung einer erledigten Anfechtungssituation** darstellt. Um dem Kläger bei der Feststellungsklage nicht mehr an Rechten einzuräumen als er mit der Anfechtungsklage vor Erledigung hätte geltend machen können, müssen deshalb die **besonderen Zulässigkeitsvoraussetzungen der Anfechtungsklage (Klagebefugnis und Vorverfahren) bezogen auf den Zeitpunkt vor Erledigung** geprüft werden.
- Als **Adressat** einer belastenden Hoheitsverfügung wäre B unproblematisch zumindest in seinem Grundrecht aus Art. 8 GG betroffen und somit bei Ergehen der Auflösungsverfügung **klagebefugt** gewesen.
  - Auch ein **Vorverfahren** gem. §§ 68 ff. VwGO wäre in diesem Zeitpunkt noch unverfristet durchführbar gewesen.
  - Somit besteht keine Gefahr, daß durch die Klage des B die Zulässigkeitsvoraussetzungen der Anfechtungsklage umgangen werden könnten.

Nach alledem ist die Klage des B also zulässig.

## B. Begründetheit

Die Klage des B müßte auch begründet sein. Das setzt voraus, daß der VA zum Zeitpunkt seines Erlasses, also vor Erledigung, rechtswidrig war und den Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt hätte.

Als Adressat wäre der B auf jeden Fall dann in seinen Grundrechten verletzt, wenn der VA rechtswidrig gewesen wäre. Somit kommt es auf die objektive Rechtmäßigkeit an.

## I. Rechtsgrundlage

Rechtsgrundlage für die Auflösung kann nur **§ 15 II VersG** sein.

## II. Voraussetzungen

Es müßten die Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen in formeller und materieller Hinsicht erfüllt sein.

1. In formeller Hinsicht ist erforderlich, daß die zuständige Behörde gehandelt hat, das Verwaltungsverfahren ordnungsgemäß durchgeführt wurde und etwaige Formvorschriften beachtet worden sind. Von der Zuständigkeit der Polizei ist mangels gegenteiliger Angaben im Sachverhalt auszugehen; besondere Verfahrens- oder Formvorschriften waren nicht zu beachten.

2. Materiell kommt es auf das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen des § 15 II VersG an. Danach darf eine Versammlung insbesondere aufgelöst werden, wenn die **Voraussetzungen für ein Verbot** nach Abs. 1 gegeben sind. Zu den Verbotgründen zählt auch die unmittelbare Gefährdung der Schutzgüter der **öffentlichen Sicherheit** oder Ordnung. Wenn wie hier durch das Werfen von Pflastersteinen bereits Straftaten (§§ 223 ff. StGB) verübt worden sind, liegt nicht mehr bloß eine Gefährdung, sondern sogar eine Störung der öffentlichen Sicherheit vor. Folglich hätte die Demonstration verboten werden können. Erst recht ist damit die Auflösung nach Abs. 2 zulässig; die Tatbestandsvoraussetzungen sind erfüllt.

## III. Rechtsfolge

Auf der Rechtsfolgenseite räumt § 15 II VersG der Behörde Ermessen ein („kann“). Daß die Ermessensgrenzen aus **§ 40 VwVfG** überschritten worden wären, kann dem Sachverhalt nicht entnommen werden.

Somit ist die zulässige Klage des B unbegründet.

## Lösungsskizze zur Übungsklausur für die Weihnachtsferien

### Problemschwerpunkte

- **Zulässigkeit der Anfechtungsklage**
- **Auslegung/Umdeutung des Klagantrags gem. § 88 VwGO**
- **VA-Begriff (§ 35 S. 1 VwVfG)**
- **Probleme des ordnungsgemäßen Vorverfahrens gem. §§ 68 ff. VwGO**
- **Ermessensfehler (Ermessensfehlergebrauch)**
- **§ 49 a VwVfG**

Die Klage des A hat Aussicht auf Erfolg, wenn sie zulässig und begründet ist.

Vorüberlegung: Der A wendet sich gegen zwei Klagegegenstände (Aufhebungsbescheid und Rückforderungsbescheid). Beide müssen getrennt auf Zulässigkeit und Begründetheit untersucht werden.

### 1. Teil: Klage gegen die Aufhebung des Subventionsbescheides

A. Zulässigkeit
-----------------

#### I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

Mangels aufdrängender Sonderzuweisung richtet sich die Eröffnung des Verwaltungsrechtsweg gem. § 40 I 1 VwGO danach, ob eine **öffentlich-rechtliche Streitigkeit** nichtverfassungsrechtlicher Art vorliegt. Nach der modifizierten Subjektstheorie kommt es für den öffentlich-rechtlichen Charakter der Streitigkeit darauf an, ob die streitentscheidende Norm ausschließlich einen Träger hoheitlicher Gewalt berechtigt und verpflichtet. Die Aufhebung eines Subventionsbescheides richtet sich mangels spezialgesetzlicher Ermächtigungsgrundlagen nach VwVfG, somit nach **öffentlichem Recht**. Da weiterhin **keine abdrängenden Sonderzuweisungen** ersichtlich sind und auch **keine verfassungsrechtliche Streitigkeit** vorliegt, ist der Verwaltungsrechtsweg eröffnet.

#### II. Statthafte Klageart

Welche Klage statthaft ist, bestimmt sich nach dem Klägerbegehren.

Danach ist die **Anfechtungsklage** gem. § 42 I 1. Alt. statthaft, wenn es dem A um die **Aufhebung eines VA durch das Gericht** geht. Der A hat in seinem Schreiben an das VG lediglich zum Ausdruck gebracht, daß er selbst (was ihm nicht möglich ist) die behördlichen Bescheide aufheben möchte. Allerdings ist das VG gem. § 88 VwGO nicht an den Wortlaut der Antragsfassung gebunden, sondern kann sich danach richten, was der Kläger wirklich will. Aus der Anrufung des Gerichts durch A läßt sich erkennen, daß der A sein Begehren durch das Gericht durchsetzen will; A möchte den Widerruf des Subventionsbescheides aufheben lassen. Dieser teilt als **actus contrarius zum Subventionsbescheid** dessen Rechtsnatur. Mit einem Subventionsbescheid wird verbindlich eine einzelfallbezogene Rechtsfolgenanordnung auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts vorgenommen; der Subventionsbescheid hat daher VA-Qualität, vgl. § 35 S. 1 VwVfG. Gleiches gilt folglich für die Aufhebung desselben durch die Behörde. Diesen Rechtsakt möchte der A durch das VG aufheben lassen („Aufhebung der Aufhebung“), damit sein Subventionsbescheid wieder auflebt. Folglich ist die Anfechtungsklage für sein Begehren statthaft.

#### III. Besondere Sachurteilsvoraussetzungen

Die besonderen Sachurteilsvoraussetzungen der Anfechtungsklage müßten erfüllt sein.

1. Gem. § 42 II VwGO müßte der A **klagebefugt** sein, d. h. die Möglichkeit einer Verletzung in eigenen subjektiven Rechten geltendmachen können. Die Aufhebung eines Subventionsbescheides greift in die durch den Subventionsbescheid selbst vermittelte günstige Rechtsposition ein; A kann also geltendmachen, in seinem subjektiven Recht aus der schon zwischen ihm und der Behörde bestehenden Sonderbeziehung betroffen zu sein.
2. Gem. § 68 ff. VwGO ist vor der Anfechtungsklage grds. ein **Vorverfahren** durchzuführen. Laut Sachverhalt hat A ordnungsgemäß Widerspruch erhoben, dieser ist aber von der Behörde zurückgewiesen worden. **Problematisch** ist hier, ob das Vorverfahren durch einen **Wider-**

*spruchsbescheid* ordnungsgemäß abgeschlossen wurde, da die Behörde ausdrücklich formuliert hat, man wolle von einem Widerspruchsbescheid absehen.

- a) Dafür, daß gleichwohl eine *Maßnahme mit Regelungscharakter* vorliegt, könnte sprechen, daß die Behörde das Schreiben mit *Rechtsbehelfsbelehrung* versehen ist und nach der Auffassung der Behörde auch den *Rechtsweg zum VG eröffnen* sollte.
  - b) Dabei würde aber nicht berücksichtigt, daß nach dem *Willen der Behörde* erkennbar *keine Regelung* stattfinden sollte. Ist dies aber klar erkennbar, so ist ihre Handlung nicht auf Regelungswirkung gerichtet. Folglich liegt kein Widerspruchsbescheid vor.
  - c) Dieser Umstand kann allerdings nicht dazu führen, daß dem Kläger hierdurch der Rechtsweg verschlossen wird. Die ordnungsgemäße Durchführung des Vorverfahrens dient der *behördlichen Selbstkontrolle*; dieser Zweck ist auch hier gewährleistet. Die Behörde ging selbst von der Möglichkeit der Klage durch A aus. Daß sie das Widerspruchsverfahren nicht ordnungsgemäß (vgl. § 73 I 1 VwGO) abgeschlossen hat, steht der Zulässigkeit der Klage folglich nicht entgegen.
3. Schließlich sind *Form* und *Frist* der Anfechtungsklage zu beachten. Gem. § 74 I VwGO ist die Anfechtungsklage innerhalb eines Monats nach Zugang des Widerspruchsbescheides schriftlich beim VG zu erheben. Hat die Behörde einen Widerspruchsbescheid nicht erlassen, so ist die Klage abweichend hiervon jedenfalls innerhalb eines Monats nach dem Hinweis zulässig. Die Klage des A ist deshalb auf jeden Fall rechtzeitig.

## B. Begründetheit

Gem. § 113 I 1 VwGO hebt das VG den angefochtenen Aufhebungsbescheid auf, soweit dieser rechtswidrig ist und den Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt.

### I. Rechtsgrundlage

Als Ermächtigungsgrundlage für den Widerrufsbescheid kommt – in Ermangelung spezialgesetzlicher Aufhebungsvorschriften – § 49 VwVfG in Betracht. § 48 VwVfG wäre nur dann anwendbar, wenn es sich bei dem aufzuhebenden VA um einen *rechtswidrigen VA* handelte. Dies ist aus dem Sachverhalt aber nicht ersichtlich; offenbar lagen im Zeitpunkt der Bewilligung, auf die es für die Beurteilung ankommt, die Bewilligungsvoraussetzungen vor. Da es sich bei dem Subventionsbewilligungsbescheid um einen VA handelt, der *Voraussetzung für eine Geldleistung* ist, kommt § 49 III VwVfG als Ermächtigungsgrundlage zur Anwendung.

### II. Voraussetzungen

Es müßten die Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen für den Widerruf des Subventionsbescheides in formeller und materieller Hinsicht erfüllt sein.

1. In formeller Hinsicht ist erforderlich, daß die *zuständige Behörde* gehandelt hat, das *Verwaltungsverfahren* ordnungsgemäß durchgeführt wurde und etwaige *Formvorschriften* beachtet worden sind. Laut Sachverhalt hat die zuständige Genehmigungsbehörde gehandelt. Zwar ist der A, wie von ihm beanstandet, nicht vor Widerruf der Subvention angehört worden, wie dies gem. § 28 VwVfG grds. erforderlich ist. Gem. § 45 I Nr. 3 VwVfG ist ein solcher Verfahrensverstoß aber bis zum Abschluß des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens *nachholbar* mit der Folge der *Heilung*. Vorliegend ist dem A bereits im Rahmen des Widerspruchsverfahrens Gelegenheit gegeben worden, seine Rechtsauffassung darzulegen. Die zuvor unterbliebene Anhörung ist damit geheilt. Ein Verstoß gegen Formvorschriften ist im übrigen nicht ersichtlich. Damit war der Widerrufsbescheid zunächst formell rechtmäßig.

2. Materiell kommt es auf das Vorliegen der *Tatbestandsvoraussetzungen* des § 49 III 1 VwVfG an, muß also eine *Leistungsstörung* eingetreten sein. Gem. Nr. 1 ist die *Zweckentfremdung bewilligter Gelder* ein Widerrufsgrund. Der A hat die Subvention nicht entsprechend den Subventionsvergabebedingungen eingesetzt, sondern sein Wohnhaus mit dem Geld renoviert. Hierin liegt eine Zweckentfremdung.

Die Widerrufsvoraussetzungen sind somit erfüllt.

### III. Rechtsfolge

Die Rechtsfolge der Aufhebung steht im Ermessen der Behörde.

1. Ermessensbegrenzend wirkt zum einen die **Jahresfrist** gem. § 49 III 2 iVm § 48 IV VwVfG, die eine Ermessensbetätigung nach Ablauf der Jahresfrist präkludiert. Die Jahresfrist wurde aber vorliegend eingehalten.

2. Zu beachten sind desweiteren die **allgemeinen**, aus § 40 VwVfG folgenden **Ermessensgrenzen**.

- a) Anhand der Begründung ist bereits zweifelhaft, ob die Behörde ihr Ermessen überhaupt erkannt und auch ausgeübt hat. Deutet man die Formulierung „waren wir gehalten“ aber behördengünstig so, daß lediglich einiges für die Aufhebung sprach, die Behörde aber noch abgewogen hat, so lag immerhin eine Ermessensausübung vor (schon zweifelhaft).
- b) Fraglich ist aber, ob ein **Ermessens Fehlgebrauch** vorliegt. Gem. § 40 VwVfG ist das Ermessen am **Zweck der Ermächtigungsgrundlage**, hier also § 49 VwVfG **auszurichten**. Diese Vorschrift dient der Schaffung eines angemessenen Ausgleichs zwischen Vertrauensschutz des Betroffenen einerseits und dem öffentlichen Interesse an zweckentsprechender Mittelverwendung andererseits. Die Frage, zu welchem Zweck Subventionen ausgeschüttet werden und ob dies der öffentlichen Meinungsbildung vermittelbar ist, hat hiermit nichts zu tun. Hat die Behörde ihr Ermessen auf diesen Sach Gesichtspunkt ausgerichtet, so begründet dies einen **Ermessens Fehlgebrauch**.
- c) Ermessensfehler sind zwar grds. bis zum Abschluß des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens heilbar, und Ermessen kann ergänzt werden, vgl. § 114 S. 2 VwGO. Daß eine Heilung hier eingetreten ist oder eintreten könnte, ist aber nicht ersichtlich. Es kann nicht unterstellt werden, daß die Behörde automatisch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren sachgerechte Ermessenserwägungen anstellen wird.

Folglich ist der Aufhebungsbescheid wegen Ermessensfehlern rechtswidrig; das VG hebt den Widerrufsbescheid auf.

## 2. Teil: Klage gegen den Rückforderungsbescheid

### A. Zulässigkeit

#### I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

Der Rückforderungsbescheid richtet sich mangels spezialgesetzlicher Rechtsgrundlagen nach § 49 a VwVfG, mithin nach **öffentlichem Recht**. Infolgedessen ist gem. § 40 I 1 VwGO auch für diesen Streitgegenstand der Verwaltungsrechtsweg eröffnet.

#### II. Statthafte Klageart

Statthafte Klageart ist auch hier die Anfechtungsklage: Nach dem Begehren des A soll der Rückforderungsbescheid durch das Gericht aufgehoben werden.

#### III. Besondere Sachurteilsvoraussetzungen

Die besonderen Sachurteilsvoraussetzungen der Anfechtungsklage müßten erfüllt sein.

1. Das für die Klagebefugnis erforderliche Recht folgt für den A als **Adressaten** einer belastenden Hoheitsverfügung zumindest aus seinen **Grundrechten**, hier aus Art. 2 I GG.
2. Für das Vorverfahren gem. §§ 68 ff. VwGO gilt das oben zum Widerrufsbescheid Gesagte entsprechend.
3. Schließlich ist auch keine Verfristung gem. § 74 I VwGO eingetreten.

Die Klage des A ist auch insoweit zulässig.

## B. Begründetheit

Gem. § 113 I 1 VwGO hebt das VG den Rückforderungsbescheid auf, soweit dieser rechtswidrig ist und den A in seinen Rechten verletzt.

### I. Rechtsgrundlage

Rechtsgrundlage für den Erlaß von Rückforderungsbescheiden ist § 49 a VwVfG.

### II. Voraussetzungen

Es müßten die Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen für den Widerruf des Subventionsbescheides in formeller und materieller Hinsicht erfüllt sein.

1. In *formeller* Hinsicht ist lediglich die Beachtung der *Schriftform* entscheidend, vgl. § 49 a I 2 VwVfG. Es ist davon auszugehen, daß die Behörde den Bescheid schriftlich erlassen hat.
2. *Materiellrechtlich* kommt es auf das Bestehen einer – §§ 812 ff. BGB ähnlichen – *Kondiktionslage im öffentlichen Recht* an. Es muß also der im öffentlichen Recht den Rechtsgrund für eine Leistung bildende *GeldleistungsVA* in einer der von § 49 a I 1 VwVfG genannten Weisen *entfallen*. Welche der Alternativen hier in Betracht kommen könnten, kann allerdings offenbleiben. Denn infolge der Aufhebung des behördlichen Widerrufsbescheides (vgl. Teil 1) *besteht* der *Subventionsbescheid fort* und bildet den *Rechtsgrund* für die erhaltene Leistung. Es fehlt damit an den Voraussetzungen des § 49 a I VwVfG.

Somit ist auch der zweite Klagantrag des A erfolgreich.

[Praktischer Hinweis: Hiermit erringt A nur einen Pyrrhus-Sieg: Die Behörde wird in der Praxis alsbald ihr Ermessen ordnungsgemäß betätigen und ermessensfehlerfrei einen neuen Widerrufsbescheid erlassen. Anschließend liegen auch die Voraussetzungen für § 49 a I VwVfG vor; der A wird also im Endeffekt die zweckwidrig verwendete Subvention natürlich nicht behalten dürfen.]

## Fall 14

### Problemschwerpunkte

- **Allgemeine Leistungsklage**
- **Öffentlich-rechtlicher Erstattungsanspruch**

Die Klage des A hat Aussicht auf Erfolg, wenn sie zulässig und begründet ist.

#### A. Zulässigkeit

##### I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

1. Grds. gem. § 40 I 1 VwGO maßgebend, ob öffentlich-rechtliche Streitigkeit. Hier (+), da Rückforderung im **Zusammenhang** einer aufgrund eines **Abgabenbescheides** erbrachten (und damit öffentlich-rechtlichen) Leistung.
2. Abdrängende Sonderzuweisung zu den ordentlichen Gerichten durch § 40 II 1 VwGO greift nicht ein, da **kein Schadenersatzanspruch** geltend gemacht wird, sondern ein **Rückforderungsanspruch** wegen zuviel gezahlter Geldsumme.

##### II. Statthafte Klageart

Statthafte Klageart ist die **allgemeine Leistungsklage**, wenn es dem Kläger um ein **Tun oder Unterlassen geht** (vgl. § 241 BGB), das nicht im Erlaß eines VA besteht. A erstrebt eine Geldzahlung, somit eine schlichte Leistung. Es muß auch **nicht** etwa ein **Bewilligungsbescheid** vorausgehen, wie dies z. T. spezialgesetzlich vorgesehen ist. Die allgemeine Leistungsklage ist daher statthaft.

##### III. Klagebefugnis

§ 42 II VwGO gilt auch hier analog. Klagebefugnis leitet sich unmittelbar aus dem geltend gemachten öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch ab.

Die Klage ist daher zulässig.

#### B. Begründetheit

Die Klage des A ist begründet, wenn ihm der geltend gemachte Anspruch tatsächlich zusteht.

##### I. Anspruch entstanden

1. Rechtsgrundlage des öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruchs: **allgemeiner Rechtsgedanke**, der auch in § 812 BGB Niederschlag gefunden hat.
2. Schuldner muß **etwas erlangt** haben. Hier Eigentum und Besitz an DM 5000,-.
3. auf dem Gebiet des **öffentlichen Rechts**. Hier (+), da im Zusammenhang mit Abgabenbescheid
4. ohne Rechtsgrund. (+), da der Abgabenbescheid nur die erstmalige Leistung abdeckt.
5. Die Entreichervorschriften der §§ 818 ff. BGB gelten im öffentlichen Recht nur mit Einschränkungen. Die **Behörde kann sich nie auf Bereicherung berufen**.  
⇒ Der Anspruch ist entstanden.

##### II. Anspruch erloschen

Der Anspruch könnte aber erloschen sein.

1. Sobald die Behörde die 1500,- DM wie angekündigt an A auszahlt, wäre Erlöschen durch **Erfüllung** gem. § 362 BGB anzunehmen.
2. Hinsichtlich der übrigen 4000,- DM kommt ein Erlöschen durch **Aufrechnung** in Betracht. Dazu müßte eine **fällige gleichartige Gegenforderung** bestehen. Die Forderung des Finanzamtes entstammt nicht dem **gleichen Lebenssachverhalt** und ist deshalb keine taugliche Gegenforderung für das Straßenbauamt. Der Anspruch ist somit nicht erloschen.

Somit ist die Klage des A erfolgreich.

## Fall 15

### Problemschwerpunkte

- **Allgemeine Leistungsklage**
- **Öffentlich-rechtlicher Vertrag**

[Vorüberlegung: Die Stadt S könnte auf eine Klage verzichten, wenn sie die Möglichkeit hätte, ihren Anspruch einseitig durch VA durchzusetzen. Hierfür benötigt sie (Wesentlichkeitstheorie) eine Ermächtigungsgrundlage. § 49 a VwVfG gilt nur für die Rückforderung, wenn ein Subventionsbescheid vorausging. Andere Ermächtigungsgrundlagen sind nicht ersichtlich. Die Stadt S muß daher klagen.]

Die Klage hat Aussicht auf Erfolg, wenn sie zulässig und begründet ist.

### A. Zulässigkeit

#### I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

Gem. § 40 I 1 VwGO müßte öffentlich-rechtliche Streitigkeit vorliegen. Hier (+), da Klage im Sachzusammenhang mit der Subventionierung steht, die einen **öffentlich-rechtlichen Zweck (Strukturförderung)** verfolgt.

#### II. Statthafte Klageart

Statthafte Klageart ist auch hier die **allgemeine Leistungsklage**, da die Stadt Geldrückzahlung und damit eine schlichte Leistung (vgl. § 241 BGB) erstrebt.

#### III. Klagebefugnis

§ 42 II VwGO gilt auch hier analog. Klagebefugnis leitet sich unmittelbar aus dem geltend gemachten öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch ab.

### B. Begründetheit

Die Klage der S ist begründet, wenn ihr der geltend gemachte Erstattungsanspruch tatsächlich zusteht.

#### I. Etwas erlangt

Eigentum und Besitz an den 500.000,- DM

#### II. auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts

(+), s. o., da Subventionszweck öffentlich-rechtlich ist.

#### III. ohne Rechtsgrund

Maßgebend, ob der Vertrag als Rechtsgrund wirkt. Dies könnte sich nach §§ 54 ff. VwVfG beurteilen.

1. **Anwendbarkeit** der §§ 54 ff. VwVfG: Entscheidend ist, ob öffentlich-rechtlicher Leistungsgegenstand vorliegt. Hier (+), da zumindest die **Hauptleistungspflicht der Behörde** Subventionierung und damit öffentlich-rechtlich ist (s. o.).
2. Vertrag als **Handlungsform zulässig** (+), kein Handlungsformverbot ersichtlich.
3. wirksames **Zustandekommen**
  - a) nach Zivilrecht (+), wirksame Einigung, vgl. §§ 145 ff. BGB
  - b) nach öffentlichem Recht: §§ 57, 58 VwVfG (hier kein Verstoß)
4. **Inhaltskontrolle (keine Nichtigkeit)**

Für **subordinationsrechtliche Verträge** (vgl. § 54 S. 2 VwVfG) gelten die besonderen Anforderungen des § 59 II VwVfG. Hier kommt insbesondere das **Verbot der sachwidrigen Kopplung** gem. § 59 II Nr. 4 VwVfG iVm § 56 I 2 VwVfG in Betracht. Leistung und Gegenleistung müssen einen

sachlichen Bezug zueinander aufweisen. Danach ist die Verpflichtung zur Schaffung von Arbeitsplätzen im Zusammenhang mit einer Strukturförderungssubvention nicht zu beanstanden. Hingegen ist die Verpflichtung zur Spende an die Feuerwehr sachwidrig. Dies führt zur Nichtigkeit des Vertrages.

Somit bildet der öffentlich-rechtliche Vertrag keinen Rechtsgrund, da er nichtig ist. Der öffentlich-rechtliche Erstattungsanspruch greift durch, die Klage ist begründet.

## Fall 16

### Problemschwerpunkte

- **Einstweiliger Rechtsschutz nach § 80 V VwGO**
- **Aufschiebende Wirkung und sofortige Vollziehbarkeit**
- **Grundzüge des Verwaltungsvollstreckungsrechts**

[Vorüberlegung: Eine normale Klage käme hier für das Interesse des H, sein Haus zu behalten, zu spät, da die Behörde schon zu vollstrecken beginnt. Wegen der Eilbedürftigkeit muß ein Eilverfahren gewählt werden. Der Rechtsanwalt des H wird deshalb einstweiligen Rechtsschutz beim VG beantragen. Er richtet sich hierbei gegen zwei Maßnahmen: Die Abrißverfügung und die Vollstreckungsandrohung.]

Der Antrag des H hat Aussicht auf Erfolg, wenn er zulässig und begründet ist.

### A. Zulässigkeit

#### I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

Der Rechtsweg im Eilverfahren richtet sich nach dem Rechtsweg in der Hauptsache. Gem. § 40 I 1 VwGO müßte öffentlich-rechtliche Streitigkeit vorliegen.

1. Für die Abrißverfügung ergibt sich dies daraus, daß sie ihre Rechtsgrundlage in der HBauO, mithin im öffentlich-rechtlichen Gesetz findet.
2. Die Androhung ist eine vollstreckungsrechtliche Maßnahme, die ebenfalls typisch subordinativen Charakter hat.

Der Verwaltungsrechtsweg ist für das Eilverfahren eröffnet.

#### II. Statthafte Antragsart

Einstweiliger Rechtsschutz ist grds. durch einen Antrag nach § 123 I VwGO zu erwirken, es sei denn, das Rechtsschutzbegehren des Klägers kann durch die *Suspendierung eines VA* bewirkt werden. In diesem Fall ist § 123 I VwGO unanwendbar (vgl. § 123 V VwGO); es kommt das speziellere Verfahren nach § 80 V VwGO zur Anwendung.

1. Die Abrißverfügung stellt sich als typische belastende Hoheitsverfügung dar und hat somit VA-Qualität. Da der H diese einstweilen außer Vollzug gesetzt wissen will, ist sein Antrag insoweit nach § 80 V VwGO statthaft.
2. Fraglich ist die *Rechtsnatur der Vollstreckungsandrohung*. Grds. fehlt der Ankündigung zukünftiger Maßnahmen gerade die *gegenwärtige Regelungsentention* und sind diese als bloßer *Hinweis* ohne VA-Qualität zu verstehen. Dies ist im Vollstreckungsrecht indes anders zu beurteilen. Zum einen stellt die Androhung eine eigenständige Vollstreckungsvoraussetzung im gestreckten Vollstreckungsverfahren dar, kommt ihr also *Tatbestandswirkung* zu. Zum anderen ist sie auch wegen ihrer *gegenwärtigen Willensbeugungsfunktion* gegenüber dem Vollstreckungsadressaten als Regelungsmaßnahme zu qualifizieren. Somit liegt auch in der Androhung ein VA; auch dieser soll vom Gericht nach § 80 V VwGO suspendiert werden.

#### III. Antragsbefugnis, § 42 II VwGO analog

Der allgemeine Rechtsgedanke des § 42 II VwGO gilt auch im einstweiligen Rechtsschutzverfahren. H ist



hier Adressat beider Streitgegenstände und als solcher unproblematisch zumindest in seinen Grundrechten aus Art. 14 I, 2 I GG betroffen.

#### **IV. Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis**

Da gem. § 80 I VwGO grds. bereits mit Betreibung der Hauptsache kraft Gesetzes der VA suspendiert wird, bedarf es besonderer Umstände, um die Beanspruchung des Gerichts nach § 80 V VwGO zu rechtfertigen. Erforderlich ist, daß der Antragsteller *bereits* Widerspruch oder Anfechtungsklage *eingelegt* hat und daß diesen *ausnahmsweise* (wegen § 80 II 1 VwGO) *keine aufschiebende Wirkung* zukommt. Hier hat die Behörde für beide Streitgegenstände gem. § 80 II 1 Nr. 4 VwGO die *sofortige Vollziehbarkeit* angeordnet. Deshalb besteht ein Bedürfnis, die Suspendierung gerichtlich herbeizuführen.

Nach alledem sind beide Anträge des H zulässig.

#### **B. Begründetheit**

Das VG stellt die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs wieder her, wenn das Aussetzungsinteresse dem Vollziehungsinteresse vorgeht. Das ist zumindest dann der Fall, wenn sich bei der im einstweiligen Rechtsschutz möglichen summarischen Prüfung der VA als rechtswidrig darstellt. Ist er rechtmäßig, so entscheiden die gesetzlichen Regelungen des § 80 I, II VwGO über das Verhältnis beider Interessen. Somit ist zunächst die Rechtmäßigkeit beider Maßnahmen getrennt zu prüfen.

##### 1. Teil: Rechtmäßigkeit der Abbruchverfügung

#### **I. Rechtsgrundlage**

Rechtsgrundlage ist § 76 HBauO.

#### **II. Voraussetzungen**

Es müßten die Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen für die Beseitigungsverfügung in formeller und materieller Hinsicht erfüllt sein.

1. In *formeller* Hinsicht ist von der Zuständigkeit der Behörde auszugehen; weitere Kriterien sind nicht ersichtlich,
2. Materiell kommt es gem. § 76 HBauO darauf an, daß eine bauliche Anlage im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften errichtet worden ist und nicht auf andere Weise als durch Abbruch ordnungsgemäße Zustände hergestellt werden können. Das Haus des H ist fraglos bauliche Anlage; die Überschreitung des seitlichen Grenzabstandes durch Errichtung einer von der Baugenehmigung nicht umfaßten Doppelgarage begründet einen Verstoß gegen die Festsetzungen des B-Planes und damit gegen die BauNVO. Fraglich ist allein, ob nicht mildere Mittel ersichtlich waren. Insbesondere sieht die Ermächtigungsgrundlage ausdrücklich einen Teilabbruch vor. Hätte das Haus ohne die Doppelgarage baurechtlich Bestand gehabt, so ist seine vollständige Beseitigung unverhältnismäßig. Die Abbruchverfügung war daher rechtswidrig.

Somit geht für den ersten Teil das Aussetzungsinteresse dem Vollziehungsinteresse vor; das VG stellt den Suspensiveffekt wieder her.

##### 1. Teil: Rechtmäßigkeit der Abbruchverfügung

[Hinweis: die Darstellung erfolgt hier zur Strukturverdeutlichung nach VwVG (Bd). Selbstverständlich müßte hier in der Klausur das HmbVwVG herangezogen werden.]

#### **I. Rechtsgrundlage**

Rechtsgrundlage der Vollstreckungsandrohung ist § 13 VwVG.

#### **II. Voraussetzungen**

Es müßten die Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen für die Androhung in formeller und materieller Hinsicht

gegeben sein.

1. **Zuständig** für Vollstreckungsmaßnahmen ist die Behörde, die den GrundVA erlassen hat, § 7 VwVG.
2. Materiellrechtliche Voraussetzungen lassen sich aus § 13 VwVG ausdrücklich nicht entnehmen. Aus der systematischen Bedeutung der Androhung als *Teilelement des Verwaltungs Vollstreckungsverfahrens* ist zu beachten, daß ein **GrundVA** gegeben sein muß, auf dessen Vollstreckung sich die Androhung bezieht. Die **Vollziehbarkeit** muß hingegen für die Androhung **nicht abgewartet werden**. Ein GrundVA liegt in Gestalt der Abrißverfügung vor; daß dieser rechtswidrig ist, berührt seine Tatbestandswirkung nicht.
3. Außerdem muß die **Art und Weise der Androhung ordnungsgemäß** sein. Es muß das Zwangsmittel bezeichnet sein; zudem muß die Zeit und die genauen Umstände, im Rahmen derer vollstreckt werden soll, angegeben sein. Hieran fehlt es vorliegend: Die bloße Ankündigung, man werde den VA zwangsweise durchsetzen, **läßt nicht das Durchsetzungsmittel erkennen**. Der AndrohungsVA ist daher wegen seiner Unbestimmtheit rechtswidrig.

Somit hat der Antrag des H auch gegen die Vollstreckungsandrohung Erfolg.

## Fall 17

### Problemschwerpunkte

- **Einstweiliger Rechtsschutz nach § 123 I VwGO**
- **Aufschiebende Wirkung und sofortige Vollziehbarkeit**
- **Grundzüge des Verwaltungsvollstreckungsrechts**

Der Antrag der F-Partei hat Aussicht auf Erfolg, wenn er zulässig und begründet ist.

### A. Zulässigkeit

#### I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

Der Rechtsweg im Eilverfahren richtet sich nach dem Rechtsweg in der Hauptsache. Gem. § 40 I 1 VwGO müßte öffentlich-rechtliche Streitigkeit vorliegen.

1. Würde sich die F-Partei gegen die GmbH richten, so läge allein wegen der Organisationsform zwingend eine privatrechtliche Streitigkeit vor
2. Hier handelt es sich aber um eine **zweistufig ausgestaltete Leistungsbeziehung**; bei der das „ob“ der Leistungserbringung als erste Stufe in den Händen der Stadt selbst liegt und lediglich die Durchführung als solche auf die GmbH delegiert ist. Der F-Partei geht es darum, überhaupt Zugang zu der Stadthalle zu erhalten. Der hiermit geltend gemachte Anspruch ist laut Sachverhalt in der **Gemeindeordnung**, also im **öffentlichen Recht** geregelt. Damit liegt eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vor.

Der Verwaltungsrechtsweg ist für das Eilverfahren eröffnet.

#### II. Statthafte Antragsart

Einstweiliger Rechtsschutz ist grds. durch einen Antrag nach § 123 I VwGO zu erwirken, es sei denn, das Rechtsschutzbegehren des Klägers ist auf Suspendierung eines VA gerichtet. Der Anspruch auf Erteilung eines Zulassungsbescheides wäre im Hauptsacheverfahren mit einer Verpflichtungsklage geltend zu machen. Somit geht es nicht um Suspendierung eines VA. § 123 I VwGO ist die statthafte Verfahrensart.

#### III. Antragsbefugnis, § 42 II VwGO analog

Der allgemeine Rechtsgedanke des § 42 II VwGO gilt auch im einstweiligen Rechtsschutzverfahren. Ist in der Gemeindeordnung festgelegt, daß die Stadt über die Zulassung zur Stadthalle entscheidet, so liegt auf der Rechtsfolgende eine individuelle Begünstigung vor. Deshalb vermittelt die Gemeindeordnung das für die Antragsbefugnis erforderliche subjektive Recht.

#### **IV. Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis**

Für das *allgemeine Rechtsschutzbedürfnis* ist zu beachten, daß der Antragsteller grds. *nicht das Verfahren in der Hauptsache vorwegnehmen* darf; sein Antrag muß auf eine *vorläufige Regelung* beschränkt bleiben. Der Antrag der F-Partei ist jedoch auf endgültige Zulassung zur Stadthalle gerichtet und bleibt damit nicht hinter dem Hauptsacheantrag zurück. Zu beachten ist jedoch, daß die normale Klageerhebung für den Wahlkampf der Partei zu spät käme und damit eine mit **Art. 19 IV GG** unvereinbare *Rechtsschutzlücke* entstünde, wollte man der Partei hier die Verfolgung ihrer Interessen im Eilverfahren versagen. Das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis kann ihr folglich nicht abgesprochen werden.

Somit ist der Antrag zulässig.