

NOMOSSTUDIUM

Sauer

# Examinatorium

## Allgemeines Verwaltungsrecht und Verwaltungsprozessrecht



Nomos

NOMOSSTUDIUM

Prof. Dr. Heiko Sauer  
Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn

# **Examinatorium**

## **Allgemeines Verwaltungsrecht und Verwaltungsprozessrecht**

unter Mitarbeit von  
Matthias Mayer



**Nomos**

**Die Deutsche Nationalbibliothek** verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8329-7533-3 (Print)

ISBN 978-3-7489-0395-6 (ePDF)

1. Auflage 2020

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2020. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten.

## Vorwort

In einer konzentrierten Examensvorbereitung bleibt für die Auseinandersetzung mit klassischen Lehrbüchern meistens nicht die Zeit. Diese Werke problematisieren regelmäßig auch nicht im Kern die Umsetzung vorhandenen Wissens in eine Falllösung, wie sie der juristischen Examenspraxis ganz überwiegend entspricht. Deshalb besteht das typische Problem von Examenskandidat\*innen in der Frage, womit sie sich gezielt auf die Anforderungen des Staatsexamens vorbereiten sollen. Für das Verwaltungsrecht kommt hinzu, dass es aufgrund des Stoffumfangs und der im Vergleich zum Zivilrecht und zum Strafrecht erheblich größeren Bedeutung des Prozessrechts nicht leicht ist, den Überblick zu behalten, zu verstehen, wie die einzelnen Bereiche miteinander zusammenhängen, und dabei Wichtiges von Unwichtigem zu unterscheiden. Diesen Problemen will dieses Examinatorium für den Kernbereich des Verwaltungsrechts abhelfen, indem es eine Lücke in der Ausbildungsliteratur schließt: Ich möchte damit den Studierenden für ihre Examensvorbereitung ein Angebot machen, das eine auf das Verständnis der Grundlagen und der Zusammenhänge des Allgemeinen Verwaltungsrechts und des Verwaltungsprozessrechts setzende Wiederholung des examensrelevanten Stoffs ermöglicht. Denn noch mehr als in den übrigen Bereichen des Examensstoffs ist im Verwaltungsrecht ein solides Grundverständnis erforderlich, das sich aufgrund der Fülle unterschiedlicher Details zum Beginn der Examensvorbereitung oft noch nicht eingestellt hat. Es stellt sich auch nicht unbedingt ein, wenn man nur mit und anhand von Fällen lernt und versucht, sich in der angeblich für Examenszwecke aufbereiteten aktuellen Rechtsprechung auszukennen, auf die es nach meiner Erfahrung als Prüfer im Staatsexamen kaum je ankommt.

Das Examinatorium bleibt einerseits hinter einem Lehrbuch zurück, weil es sich bei der Darstellung des examensrelevanten Stoffs inhaltlich auf das Unerlässliche beschränkt. Dabei habe ich bewusst auf die gängige Ausbreitung aller möglichen Fallkonstellationen und auf die Darstellung aktueller Entscheidungen verzichtet, nicht jedoch auf die Veranschaulichung von Problemen durch einzelne Beispiele. Das Examinatorium geht andererseits über ein klassisches Lehrbuch hinaus: Erstens verzahnt es den Stoff des Allgemeinen Verwaltungsrechts durchgängig mit dem des Verwaltungsprozessrechts und durch zahlreiche Verweise auf die typischen Problemkonstellationen auch intensiv mit dem Besonderen Verwaltungsrecht sowie dem Verfassungsrecht und dem europäischen Unionsrecht. Zweitens legt es besonderen Wert auf die Frage, wie mit dem vorhandenen Wissen und Verständnis ein Klausurfall gelöst werden kann: Deshalb arbeitet das Examinatorium intensiv mit Aufbauhinweisen, mit – vereinheitlichenden – Prüfungsschemata und mit Formulierungstipps. Drittens geht es im Überblick auf einige examensrelevante Spezialbereiche des Allgemeinen Verwaltungsrechts ein, die oft separat, dann aber gemessen an den Bedürfnissen von Studierenden zu breit dargestellt werden: auf das Staatshaftungsrecht, das Verwaltungsvollstreckungsrecht und das Recht der öffentlichen Sachen. Damit sollte das Examinatorium dazu geeignet sein, ausgerichtet auf die Lösung verwaltungsrechtlicher Fälle den examensrelevanten Stoff zu wiederholen, dabei Verständnislücken zu schließen und sich damit für die schriftlichen und die mündlichen Examensprüfungen im Verwaltungsrecht fit zu machen.

Das Examinatorium geht maßgeblich auf Unterlagen zurück, die ich für meine verwaltungsrechtlichen Veranstaltungen im universitären Repetitorium nutze und die ich, auch aufgrund vieler guter Hinweise von Studierenden, über die Jahre sukzessive er-

## Vorwort

---

weitert und verbessert habe. Diese Unterlagen habe ich neu aufbereitet und strukturiert und namentlich um die Spezialbereiche des Allgemeinen Verwaltungsrechts ergänzt. Hierbei war mir mein wissenschaftlicher Mitarbeiter *Matthias Mayer* eine sehr engagierte, zuverlässige und für den Abschluss des Manuskripts letztlich unverzichtbare Hilfe, für die ich mich ganz herzlich bedanken möchte.

Das Examinatorium ergänzt mein im Jahr 2018 in der gleichen Reihe erschienenes „Klausurtraining Allgemeines Verwaltungsrecht und Verwaltungsprozessrecht“, mit dem ich den Versuch unternommen habe, eine verwaltungsrechtliche Fallbearbeitungslehre für Examenskandidat\*innen vorzulegen. Durch die zahlreichen Verweise des Examinatoriums auf die dortigen Fälle ist es möglich, den hier dargestellten Stoff noch intensiver mit der Fallbearbeitung zu verknüpfen. Die Arbeit mit beiden Büchern ist insofern zwar sinnvoll, aber nicht zwingend, denn jedes steht für sich. Hinweise auf Fehler und Verbesserungsvorschläge nehme ich unter [sauer@jura.uni-bonn.de](mailto:sauer@jura.uni-bonn.de) gern entgegen. Ich würde mich freuen, wenn die Nutzer\*innen dieser Bücher das Gefühl bekämen, dass sie den spezifischen Bedürfnissen in der Examensphase entsprechen, und wenn sie vielleicht auch ein wenig die Scheu vor dem Verwaltungsrecht verlören. Ich wünsche allen Studierenden in dieser nicht leichten Phase ihres Studiums gutes Gelingen!

Bonn, im Dezember 2019

Heiko Sauer

## Inhalt

<b>Einleitung: Unterteilungen des verwaltungsrechtlichen Stoffs und Stoffauswahl</b>	17
A. Allgemeines Verwaltungsrecht und Verwaltungsprozessrecht	17
B. Allgemeine und besondere Teile des Allgemeinen Verwaltungsrechts	17
C. Allgemeines und besonderes Verwaltungsrecht	18
<b>1. Kapitel: Grundlagen und Grundbegriffe des Verwaltungsrechts</b>	21
A. Begriffe und Typen der Verwaltung	21
I. Die Verwaltungsbegriffe und ihre Bedeutung	21
II. Gesetzesvollzug und „gesetzesfreie“ Verwaltung	22
III. Eingriffsverwaltung, Leistungsverwaltung und planende Verwaltung	22
IV. Öffentlich-rechtlich und privatrechtlich handelnde Verwaltung	23
1. Grundlagen: Formenwahlfreiheit der Verwaltung und „Privatisierung“	23
2. Rechtsbindungen bei privatrechtlichem Handeln der Verwaltung	24
3. Klassische Problemfälle der Abgrenzung von öffentlich-rechtlichem und privatrechtlichem Handeln	25
B. Rechtsgrundlagen des Verwaltungsrechts	29
I. Verfassungsgrundlagen des Verwaltungsrechts	29
1. Verfassungsrecht und Verwaltungsrecht	29
2. Verfassungsgrundlagen des materiellen Verwaltungsrechts	30
a) Gesetzesbindung der Verwaltung	30
aa) Vorrang des Gesetzes	30
bb) Vorbehalt des Gesetzes	31
b) Vertrauensschutz	32
c) Verhältnismäßigkeitsgebot	33
3. Verfassungsgrundlagen des Verwaltungsprozessrechts	33
II. Unionsrechtliche Vorgaben für das Verwaltungsrecht	34
III. Bundesrecht	35
1. Materielles Recht: das Verwaltungsverfahrensgesetz und das besondere Verwaltungsrecht des Bundes	35
2. Prozessrecht: Verwaltungsgerichtsordnung und Gerichtsverfassungsgesetz	36
IV. Die Bedeutung des Landesrechts im Verwaltungsrecht	37
1. Materielles Recht: die Verwaltungsverfahrensgesetze und das besondere Verwaltungsrecht der Länder	37
2. Prozessrecht: Ausführungsrecht der Länder zur Verwaltungsgerichtsordnung	37
C. Wesentliche Funktionen des allgemeinen Verwaltungsrechts	38
I. Überblick	38
II. Verwaltungsrecht als Verfahrensrecht	38
1. Kurzer Überblick über das Verwaltungsverfahrensgesetz	38
2. Ablauf und wesentliche Grundsätze des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens	39
III. Verwaltungsrecht als Organisationsrecht	39
1. Klausurbedeutung und Schwierigkeiten des Organisationsrechts	39

**Inhalt**

---

2. Öffentlich-rechtliche Organisationsformen und Grundbegriffe des Verwaltungsorganisationsrechts	40
3. Verteilung der Verwaltungskompetenzen	41
a) Verfassungsrechtliche Grundlagen	41
b) Unmittelbare und mittelbare Staatsverwaltung	42
c) Die Bestimmung der zuständigen Behörde in verwaltungsrechtlichen Fällen	43
4. Aufbau, Zuständigkeiten und Spruchkörper der Verwaltungsgerichtsbarkeit	44
IV. Verwaltungsrecht als „Instrumentenkasten“	45
<b>2. Kapitel: Die Prüfung der Erfolgsaussichten verwaltungsgerichtlicher Rechtsbehelfe</b>	47
A. Die Prüfung der Zulässigkeit verwaltungsgerichtlicher Rechtsbehelfe	47
I. Erläuterung der Vorgehensweise	47
II. Die Prüfung der Zulässigkeit verwaltungsgerichtlicher Rechtsbehelfe	47
1. Konnexität von Verwaltungsprozessrecht und materiellem Verwaltungsrecht	47
2. Vorschlag eines einheitlichen Prüfungsschemas für die Zulässigkeit verwaltungsrechtlicher Rechtsbehelfe	48
3. Erläuterung des Prüfungsschemas mit Beispielen und Formulierungshinweisen	50
a) Zur Bedeutung der §§ 17 ff. GVG für die Zulässigkeitsprüfung	50
b) Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs	50
aa) Grundlagen und aufdrängende Sonderzuweisungen	50
bb) Öffentlich-rechtliche Streitigkeit	51
cc) Nichtverfassungsrechtliche Streitigkeit	53
dd) Abdrängende Sonderzuweisungen	54
ee) Schaubild zur Prüfung der Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs	56
ff) Formulierungsbeispiele zur Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs	56
c) Statthafte Rechtsschutzform	58
d) Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts	58
e) Klagebefugnis	58
aa) Grundkonzeption und Anwendungsbereich	58
bb) Materiell-rechtliche Grundlage: das subjektiv-öffentliche Recht	59
(1) Grundlagen	59
(2) Die Ermittlung subjektiv-öffentlicher Rechte	59
(3) Anspruch und subjektiv-öffentliches Recht	61
cc) Die Prüfung der Klagebefugnis in der Klausur	62
dd) Formulierungsbeispiele	62
f) Richtiger Beklagter	64
g) Beteiligtenfähigkeit	65
h) Prozessfähigkeit	65
i) Klageartspezifische Zulässigkeitsvoraussetzungen	66
aa) Das Widerspruchsverfahren	66

**Inhalt**

---

bb) Klagefrist	67
j) Rechtsschutzbedürfnis	68
k) Ergebnis	69
l) Formulierungsbeispiel für eine unproblematische Zulässigkeitsprüfung	69
4. Anhang: Prozessuale Erleichterungen	71
a) Klagehäufung, § 44 VwGO	71
b) Beiladung, § 65 VwGO	71
B. Die Prüfung der Begründetheit verwaltungsgerichtlicher Rechtsbehelfe	72
I. Klausurtypische Begründetheitsprobleme im Überblick	72
II. Leitfragen der Begründetheitsprüfung	73
1. Hat die Verwaltung rechtmäßig gehandelt?	73
a) Grundlagen	73
b) Prüfungsaufbau	74
2. Hat der Kläger einen Anspruch auf ein bestimmtes Verwaltungshandeln?	75
3. Besteht ein Rechtsverhältnis?	76
a) Grundlagen	76
b) Verbindung zu Rechtmäßigkeits- und Anspruchsaufbau	76
III. Verwaltungsrechtliche Anspruchsgrundlagen	77
1. Klausurwichtige Anspruchsnormen im Verwaltungsrecht	77
2. Klausurwichtige ungeschriebene Anspruchsgrundlagen im Verwaltungsrecht	78
a) Einführung	78
b) Der allgemeine verwaltungsrechtliche Folgenbeseitigungsanspruch	79
c) Der öffentlich-rechtliche Unterlassungsanspruch	81
d) Der öffentlich-rechtliche Erstattungsanspruch	82
IV. Typische Problemkonstellationen bei der Begründetheitsprüfung	83
1. Der entscheidungserhebliche Zeitpunkt im Verwaltungsrecht	83
2. Das Nachschieben von Gründen im Verwaltungsprozess	85
3. Fehlerfolgenregeln im Verwaltungsrecht	86
4. Fragestellungen im Zusammenhang mit der verwaltungsgerichtlichen Kontrolldichte	87
a) Verfassungsrechtliche Grundlagen	87
b) Grundlagen von Ermessen und Beurteilungsspielraum	88
c) Einzelfragen des Ermessens	89
aa) Ermessen, Sollvorschriften und intendiertes Ermessen	89
bb) Ermessensreduzierung auf Null und Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung	89
cc) Ermessensfehlerlehre und Folgen von Ermessensfehlern	90
d) Einzelfragen des Beurteilungsspielraums	92
<b>3. Kapitel: Handlungsformen und Rechtsschutzkonstellationen im Verwaltungsrecht</b>	94
A. Grundlagen	94
I. Bedeutung und Wechselbezüglichkeit von Handlungsformen und Rechtsschutz im Verwaltungsrecht	94

II.	Tatsächliches und rechtliches Verständnis von Handlungsformen der Verwaltung am Beispiel des Plans	94
III.	Handlungsformen und Rechtsschutz im Überblick	95
1.	Überblick über die Handlungsformen der Verwaltung	95
2.	Überblick über den verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz	96
a)	Rechtsschutzformen	96
b)	Wesentliche Unterscheidungen in Bezug auf den verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz	97
aa)	Rechtsschutz in der Hauptsache und einstweiliger Rechtsschutz	97
bb)	Repressiver und vorbeugender Rechtsschutz	97
cc)	Außenrechtsstreit und Innenrechtsstreit	97
B.	Der Verwaltungsakt und der Rechtsschutz im Zusammenhang mit dem Verwaltungsakt	99
I.	Der Verwaltungsakt als Handlungsform der Verwaltung	99
1.	Grundlagen	99
a)	Wesen und Bedeutung des Verwaltungsakts	99
b)	Arten des Verwaltungsakts	99
c)	Grundsätzliche Wirksamkeit des rechtswidrigen Verwaltungsakts	100
d)	Bestandskraft des Verwaltungsakts	101
e)	Verwaltungsakt-Befugnis	101
2.	Die einzelnen Merkmale des Verwaltungsakts	102
a)	Hoheitliche Maßnahme auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts	102
b)	Behörde	102
c)	Regelung	103
d)	Einzelfall	104
e)	Unmittelbare Rechtswirkung nach außen (Außenwirkung)	105
3.	Wirksamkeit und Bekanntgabe von Verwaltungsakten	107
a)	Begriff und Rechtswirkung der Bekanntgabe des Verwaltungsakts	107
b)	Bekanntgabe und Zustellung von Verwaltungsakten	108
c)	Sonderproblem Bekanntgabe von Verkehrszeichen	108
4.	Rechtmäßigkeit und Fehlerfolgen beim Verwaltungsakt	109
a)	Die Rechtmäßigkeit von Verwaltungsakten und ihre Prüfung	109
b)	Fehlerfolgenregime: §§ 42 ff. VwVfG	110
II.	Nebenbestimmungen zum Verwaltungsakt und Rechtsschutz gegen Nebenbestimmungen	112
1.	Wesen, Zweck und Zulässigkeit von Nebenbestimmungen	112
2.	Die verschiedenen Arten von Nebenbestimmungen	113
3.	Nebenbestimmungen und modifizierende Gewährungen	114
4.	Rechtsschutz gegen Nebenbestimmungen	114
III.	Die Aufhebung von Verwaltungsakten: §§ 48–51 VwVfG	116
1.	Grundlagen und Gesetzssystematik	116
2.	Die Rücknahme rechtswidriger Verwaltungsakte nach § 48 VwVfG	119
3.	Der Widerruf rechtmäßiger Verwaltungsakte nach § 49 VwVfG	120
4.	Die Aufhebung von Verwaltungsakten während des Rechtsbehelfsverfahrens nach § 50 VwVfG	121

5.	Das Wiederaufgreifen des Verwaltungsverfahrens nach § 51 VwVfG	122
6.	Aufhebung von Verwaltungsakten und europäisches Unionsrecht	123
a)	Die Rückforderung unionsrechtswidriger Beihilfen	123
aa)	Unionsrechtlicher Hintergrund	123
bb)	Unionsrechtliche Modifikationen bei der Anwendung von § 48 VwVfG	124
b)	Die Rücknahme unanfechtbarer unionsrechtswidriger belastender Verwaltungsakte	125
IV.	Die Verwaltungsakt-Klagen	125
1.	Grundlagen	125
2.	Zulässigkeitsprobleme der Verwaltungsakt-Klagen	126
a)	Statthaftigkeit der Verwaltungsakt-Klagen	126
b)	Durchführung und klassische Probleme des Widerspruchsverfahrens	128
aa)	Durchführung des Widerspruchsverfahrens	128
bb)	Einlassen der Behörde auf einen unzulässigen Widerspruch	129
cc)	Die reformatio in peius im Widerspruchsverfahren	129
3.	Begründetheitsprüfung bei den Verwaltungsakt-Klagen	131
a)	Anfechtungsklage	131
b)	Verpflichtungsklage	132
4.	Die Fortsetzungsfeststellungsklage als verlängerte Verwaltungsakt-Klage	133
a)	Rechtsnatur und Anwendungsbereich der Fortsetzungsfeststellungsklage	133
b)	Die Erledigung des Verwaltungsakts	134
c)	Zulässigkeitsprobleme der Fortsetzungsfeststellungsklage	134
d)	Begründetheitsprüfung bei der Fortsetzungsfeststellungsklage	136
C.	Der Realakt und der Rechtsschutz im Zusammenhang mit dem Realakt	136
I.	Der Realakt als Handlungsform der Verwaltung	136
II.	Die allgemeine Leistungsklage zur Abwehr von Realakten oder zur Durchsetzung von Ansprüchen auf Realakte	137
1.	Grundlagen	137
2.	Zulässigkeitsfragen der allgemeinen Leistungsklage	137
3.	Begründetheitsprüfung bei der allgemeinen Leistungsklage	137
III.	Der vorbeugende Rechtsschutz gegen Realakte	138
1.	Unterscheidung zwischen vorbeugendem und vorläufigem Rechtsschutz	138
2.	Voraussetzungen der Inanspruchnahme vorbeugenden Rechtsschutzes	138
D.	Der Verwaltungsvertrag und der Rechtsschutz im Zusammenhang mit dem Verwaltungsvertrag	139
I.	Der Vertrag als Handlungsform der Verwaltung	139
1.	Grundlagen	139
2.	Das Regelungssystem der §§ 54 bis 62 VwVfG	140
3.	Ungeregelte Fragestellungen	141
a)	Die Abgrenzung von verwaltungsrechtlichen und privatrechtlichen Verträgen	141
b)	Die Abgrenzung zwischen Vertrag und Verwaltungsakt	142

c) Weitere Vertragstypen	142
4. Das Fehlerfolgenregime des § 59 VwVfG	142
a) Rechtswidrigkeit und Nichtigkeit des Verwaltungsvertrags	142
b) Die Nichtigkeit von Verwaltungsverträgen im Einzelnen	143
c) Folgen nichtiger Verträge	144
5. Leistungsstörungen und Rechtswegfragen	144
II. Klausur- und Rechtsschutzkonstellationen beim Verwaltungsvertrag	145
E. Die Feststellungsklage und ihre Querschnittsfunktion im Rechtsschutzsystem	146
I. Grundlagen	146
II. Subsidiarität der Feststellungsklage	148
III. Zulässigkeitsfragen der allgemeinen Feststellungsklage	148
IV. Begründetheitsprüfung bei der allgemeinen Feststellungsklage	149
F. Normsetzung der Verwaltung und Rechtsschutz gegen Normen der Verwaltung	149
I. Normsetzung der Verwaltung	149
II. Rechtsschutz gegen Normen im Verwaltungsrecht	150
1. Die Unterscheidung zwischen prinzipalem und inzidentem Rechtsschutz	150
2. Das verwaltungsgerichtliche Normenkontrollverfahren nach § 47 VwGO	152
a) Statthaftigkeit	152
b) Zulässigkeitsprüfung im Übrigen	152
c) Begründetheitsprüfung	153
III. Klagen auf Normerlass im Verwaltungsrecht	153
G. Innenrecht der Verwaltung und Innenrechtsstreit	154
I. Rechtsbeziehungen des Innenrechts	154
II. Handlungsformen des Innenrechts	154
1. Überblick	154
2. Vertiefung zur Außenwirkung von Verwaltungsvorschriften	155
III. Der Innenrechtsstreit	156
1. Grundlagen	156
2. Zulässigkeitsprüfung	156
3. Begründetheitsprüfung	158
<b>4. Kapitel: Der einstweilige Rechtsschutz im Verwaltungsprozess</b>	<b>159</b>
A. Grundlagen	159
I. Rechtlicher und tatsächlicher Hintergrund	159
II. Arten einstweiligen Rechtsschutzes in der Verwaltungsgerichtsordnung	159
B. Der einstweilige Rechtsschutz nach §§ 80–80b VwGO	160
I. Wesen und Rechtsfolgen der aufschiebenden Wirkung nach § 80 Abs. 1 VwGO	160
II. Das Entfallen der aufschiebenden Wirkung nach § 80 Abs. 2 VwGO	161
III. Die Aussetzung der Vollziehbarkeit eines Verwaltungsakts nach § 80 Abs. 4 und Abs. 5 VwGO	163
1. Aussetzung durch die Behörde	163
2. Aussetzung durch das Gericht	163
a) Grundlagen	163

b) Entscheidungsmaßstab	164
aa) Ausgangslage	164
bb) Bedeutung der Begründungsanforderung in § 80 Abs. 3 VwGO für die Erfolgsaussichten eines Antrags auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung	164
c) Einzelfragen	166
aa) Faktischer Vollzug	166
bb) Vollziehbarkeitsanordnungen beim Verwaltungsakt mit Doppelwirkung	166
d) Rechtsbehelfe	167
IV. Prüfung der Erfolgsaussichten von Anträgen nach § 80 Abs. 5 VwGO	167
1. Zulässigkeitsprüfung	167
2. Begründetheitsprüfung	168
C. Der einstweilige Rechtsschutz nach § 123 VwGO	170
I. Grundlagen	170
II. Zulässigkeitsprüfung	171
III. Begründetheitsprüfung	171
IV. Einzelfragen	172
1. Das sogenannte Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache	172
2. Einstweilige Anordnungen bei behördlichen Ermessensentscheidungen	173
D. Der einstweilige Rechtsschutz nach § 47 Abs. 6 VwGO	173
E. Unionsrechtliche Einflüsse auf den einstweiligen Rechtsschutz im Verwaltungsprozess	174
<b>5. Kapitel: Wichtige Spezialgebiete des Allgemeinen Verwaltungsrechts</b>	<b>176</b>
A. Vorbemerkung	176
B. Bedeutung, System und Einzelfragen des Staatshaftungsrechts	176
I. Grundlagen	176
1. Anliegen der Darstellung	176
2. Die Unterscheidung zwischen rechtswidrigem und rechtmäßigem Handeln im Staatshaftungsrecht	177
II. Entwicklungslinien des Staatshaftungsrechts	178
1. Amtshaftung und Aufopferung als historisch überlieferte Anspruchsgrundlagen des Staatshaftungsrechts	178
a) Amtshaftung	178
b) Aufopferung	179
2. Die Rechtsentwicklung unter dem Grundgesetz	180
a) Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff	180
b) Folgenbeseitigungsanspruch	181
c) Unionsrechtlicher Staatshaftungsanspruch	181
3. Kodifikationsbestrebungen im Staatshaftungsrecht	182
III. Staatshaftung und Verfassung	182
1. Verfassungsrechtliche Verankerung	182
2. Richterliche Rechtsfortbildung	183
3. Primärrechtsschutz und Sekundärrechtsschutz im öffentlichen Recht	183

IV. Systematisierung der staatshaftungsrechtlichen Anspruchsgrundlagen nach Anspruchszielen	184
1. Ausgangslage: Restitutions- und Kompensationsansprüche im Staatshaftungsrecht	184
2. Überblick über die Kompensationsansprüche des Staatshaftungsrechts	186
a) Schadensersatzansprüche	186
aa) Amtshaftungsanspruch	186
bb) Haftung im Rahmen verwaltungsrechtlicher Schuldverhältnisse	188
b) Entschädigungsansprüche	190
aa) Entschädigungsansprüche bei rechtmäßigem Staatshandeln („eigentliche Sonderopferhaftung“)	190
(1) Aufopferungsanspruch	190
(2) Polizeirechtlicher Entschädigungsanspruch bei rechtmäßigem Handeln	191
(3) Enteignungsentschädigung	191
(4) Ausgleichspflichtige Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums	191
(5) Anspruch aus enteignendem Eingriff	192
bb) Entschädigungsansprüche aus dem Bereich der Staatsunrechthaftung („uneigentliche Sonderopferhaftung“)	193
(1) Anspruch aus aufopferungsgleichem Eingriff	193
(2) Polizeirechtlicher Entschädigungsanspruch bei rechtswidrigem Handeln	194
(3) Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff	194
cc) Gesamtübersicht zu den Entschädigungsansprüchen	195
3. Die Haftung für Verletzungen des Völker- oder Europarechts	196
a) Staatshaftung für Verletzungen des Völkerrechts	196
b) Staatshaftung für Verletzungen des Unionsrechts	196
V. Systematisierung der Voraussetzungen der einzelnen Anspruchsinstitute	197
VI. Zur Vorgehensweise in Klausuren	200
C. Überblick über das Verwaltungsvollstreckungsrecht	203
I. Grundlagen	203
1. Funktion des Verwaltungsvollstreckungsrechts	203
2. Examensrelevanz und typische Klausurkonstellationen	203
3. Rechtsgrundlagen	204
4. Anwendungsbereich des Verwaltungsvollstreckungsrechts bei gefahrenabwehrrechtlichen Standardermächtigungen	204
II. Zwangsmittel, Vollstreckungsvoraussetzungen und Ablauf der Vollstreckung	205
1. Zwangsmittel	205
a) Ersatzvornahme	205
b) Zwangsgeld	205
c) Unmittelbarer Zwang	206

d)	Die Abgrenzung von Ersatzvornahme und unmittelbarem Zwang anhand des Abschleppens von Kraftfahrzeugen	206
2.	Die allgemeinen Vollstreckungsvoraussetzungen	207
a)	Vorliegen eines wirksamen und vollstreckbaren Verwaltungsakts	207
b)	Das Problem des Rechtswidrigkeitszusammenhangs in der Verwaltungsvollstreckung	207
3.	Das Vollstreckungsverfahren	208
a)	Überblick	208
b)	Androhung des Zwangsmittels	209
c)	Festsetzung des Zwangsmittels	209
d)	Anwendung des Zwangsmittels	209
4.	Vollstreckung ohne Grundverfügung	210
a)	Grundlagen	210
b)	Voraussetzungen des sofortigen Vollzugs	210
c)	Sofortiger Vollzug trotz Grundverfügung	211
III.	Rechtsschutz gegen Vollstreckungsmaßnahmen	211
1.	Grundlagen	211
2.	Verwaltungsvollstreckungsrecht und Amtshilfe	212
IV.	Prüfungsschemata	212
D.	Überblick über das Recht der öffentlichen Sachen	214
I.	Grundlagen	214
II.	Der öffentlich-rechtliche Status einer Sache	215
1.	Begründung	215
2.	Änderung und Aufhebung	216
III.	Die Nutzung öffentlicher Sachen	216
1.	Die Nutzung öffentlicher Sachen kraft Widmung: öffentliche Sachen im Gemeingebrauch	216
2.	Die Nutzung öffentlicher Sachen kraft besonderer Zulassung: öffentliche Sachen im Anstaltsgebrauch und im Sondergebrauch	217
3.	Keine allgemeine Nutzungsmöglichkeit: öffentliche Sachen im Verwaltungsgebrauch	218
IV.	Typische Klausurprobleme	218
1.	Die Abgrenzung zwischen Gemeingebrauch und Sondernutzung	218
2.	Der straßenrechtliche Anliegergebrauch	219
3.	Die Zulassung zu öffentlichen Einrichtungen der Gemeinde	219
V.	Das Recht der öffentlichen Sachen auf einen Blick	220
	<b>Stichwortverzeichnis</b>	<b>221</b>

## **2. Kapitel: Die Prüfung der Erfolgsaussichten verwaltungsgerichtlicher Rechtsbehelfe**

### **A. Die Prüfung der Zulässigkeit verwaltungsgerichtlicher Rechtsbehelfe**

#### **I. Erläuterung der Vorgehensweise**

Im Folgenden wird die Prüfung der Zulässigkeit verwaltungsgerichtlicher Rechtsbehelfe erläutert. Zur Vorgehensweise ist zunächst anzumerken, dass die Prüfung von Anträgen im einstweiligen Rechtsschutz nicht in diesem Rahmen, sondern im 4. Kapitel erläutert wird. Außerdem ist darauf hinzuweisen, dass die nachfolgende Darstellung zu II. sich weitestgehend mit den diesbezüglichen Erläuterungen im „Klausurtraining Allgemeines Verwaltungsrecht und Verwaltungsprozessrecht“ deckt<sup>1</sup>. 46

#### **II. Die Prüfung der Zulässigkeit verwaltungsgerichtlicher Rechtsbehelfe**

##### **1. Konnexität von Verwaltungsprozessrecht und materiellem Verwaltungsrecht**

Die meisten verwaltungsrechtlichen Klausuren verlangen nach der Prüfung der Erfolgsaussichten, und das bedeutet der Zulässigkeit und der Begründetheit, eines Rechtsbehelfs. Die Prüfung der Zulässigkeit von Rechtsbehelfen mit ihren immer wiederkehrenden Prüfungspunkten muss daher souverän beherrscht werden. Gerade weil es eine ganze Reihe von Klausuren gibt, in denen hier keine wirklichen Probleme liegen, ist eine Souveränität erforderlich, so dass nicht bei jeder Zulässigkeitsvoraussetzung überlegt werden muss, was hier eigentlich geprüft wird und wie man unproblematische Ergebnisse zupackend formuliert. Damit haben viele Examenskandidat\*innen Schwierigkeiten. Vielfach wurde eine Vorlesung im Verwaltungsprozessrecht nicht besucht, wobei die häufig anzutreffende separate Unterrichtung des materiellen Verwaltungsrechts und des Prozessrechts auch unglücklich ist, weil sie Dinge getrennt voneinander behandelt, die in ihrem Zusammenhang besser verstanden werden können. Diese Verzahnung muss dann erst in der Examensvorbereitung mühevoll hergestellt werden, worauf aber nicht alle Repetitorien hinreichenden Wert legen. Verwaltungsrecht und Verwaltungsprozessrecht sind nämlich rechtsdogmatisch, aber auch in der Prüfungspraxis, sehr eng miteinander verzahnt: Materiell-verwaltungsrechtliche Fragestellungen des allgemeinen und besonderen Verwaltungsrechts sind fast immer in einen prozessualen Kontext eingebunden. 47

Dieses Vorgehen ist zur Erfassung der vielfältigen Zusammenhänge zwischen materiellem Recht und Prozessrecht auch sinnvoll: Denn das Verwaltungsprozessrecht bietet einen äußeren Rahmen für die Zuordnung nahezu aller materiell-rechtlicher Probleme des Verwaltungsrechts zum konkreten Fall. Und der Hintergrund vieler materiell-rechtlicher Probleme lässt sich oft erst verstehen, wenn klar wird, welche prozessrechtliche Bedeutung sie haben. Die umfangreiche Verzahnung der examensrelevanten Kerngebiete des allgemeinen Verwaltungsrechts mit dem Verwaltungsprozessrecht kann durch das folgende Schema veranschaulicht werden: 48

<sup>1</sup> Sauer, Klausurtraining Allgemeines Verwaltungsrecht und Verwaltungsprozessrecht, 2018, Rn. 30–102.

**Übersicht: Konnexität von Verwaltungsrecht und Verwaltungsprozessrecht**

prozessualer Prüfungsschritt	materiell-rechtliche Entsprechung
Verwaltungsrechtsweg, § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO	Abgrenzung öffentlich-rechtliches und privatrechtliches Handeln der Verwaltung
Statthafte Rechtsschutzform	Abgrenzung unterschiedlicher Handlungsformen der Verwaltung (zB Verwaltungsakt, Realakt, Vertrag, Rechtsnorm)
Klagebefugnis, § 42 Abs. 2 VwGO	Bestehen eines subjektiv-öffentlichen Rechts
Richtiger Beklagter, § 78 VwGO	Zuständigkeiten und Verwaltungsorganisationsrecht

- 49 Die materielle Abgrenzung zwischen privatrechtlichem und öffentlich-rechtlichem (hoheitlichem) Handeln der Verwaltung wird bereits bei der Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs vorgenommen, weil bei privatrechtlichem Handeln der Verwaltung möglicherweise keine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vorliegt. Die Frage nach der einschlägigen Rechtsschutzform richtet sich maßgeblich nach den unterschiedlichen Handlungsformen der Verwaltung, namentlich nach der Frage, ob ein Verwaltungsakt vorliegt oder nicht. Die materielle Frage nach dem subjektiv-öffentlichen Recht wird in Klausuren eigentlich immer nur im Gewande der Zulässigkeitsvoraussetzung der Klagebefugnis relevant. Und hinter der Frage nach dem richtigen Klagegegner, letztlich aber auch hinter der Frage der Beteiligtenfähigkeit, stehen immer materielle Fragen des Verwaltungsorganisationsrechts.
- 50 Wenn man sich das klarmacht, dann wird nicht nur die Rationalität der Zulässigkeitsvoraussetzungen sichtbar; man erkennt vielmehr auch, wofür und an welcher Stelle vorhandenes materielles Wissen in der Klausur relevant wird. Wenn ich im Repetitorium die Studierenden frage, ob Verwaltungsorganisationsrecht examensrelevant sei, schütteln sie oft den Kopf oder sind sich unsicher; wenn ich aber frage, ob sie Klagegegner, Zuständigkeiten und Beteiligtenfähigkeit bestimmen müssen, dann nicken sie und sind sich sicher. Es muss verstanden, sollte aber auch so gelehrt werden, dass das eine nur die Kehrseite des anderen ist.

**2. Vorschlag eines einheitlichen Prüfungsschemas für die Zulässigkeit verwaltungsrechtlicher Rechtsbehelfe**

- 51 Meistens finden Sie in den Lehrbüchern und Skripten zu jeder Klageart ein Schema für die Zulässigkeitsprüfung. Damit werden jedoch die Zusammenhänge zu wenig verdeutlicht, und Sie belasten unnötig Ihr Gedächtnis. Neben Punkten, die in der Praxis relevant werden können, in der Klausur aber in aller Regel nicht zu prüfen sind und hier deshalb auch gar nicht angesprochen werden (ordnungsgemäße Klageerhebung, §§ 81 f. VwGO; deutsche Gerichtsbarkeit), gibt es einige Prüfungspunkte, die immer zur Zulässigkeitsprüfung gehören, während es nur recht wenige klageartspezifische Zulässigkeitsvoraussetzungen gibt (Vorverfahren und Klagefrist bei den Verwaltungsakt-Klagen sowie Feststellungsinteresse bei den Feststellungsklagen). Ich empfehle deshalb, sich lediglich ein Zulässigkeitschema für alle Klagen zurecht zu legen (und zu merken!) und dies dann erforderlichenfalls nur noch mit den klageartspezifischen Zulässigkeitsvoraussetzungen zu ergänzen. Bei der Verwendung des Schemas müssen Sie

## A. Die Prüfung der Zulässigkeit verwaltungsgerichtlicher Rechtsbehelfe

auf die richtige Terminologie achten, dh Klagen und Anträge unterscheiden (deshalb heißt der Prüfungspunkt auch nicht „statthafte Klageart“, sondern er wird besser „statthafte Rechtsschutzform“ genannt, wenn noch nicht klar ist, dass es auch terminologisch um eine „Klage“ geht). Die vielen vorgeschlagenen Prüfungsschemata weichen vor allem im Hinblick auf die Reihenfolge der Prüfungspunkte voneinander ab. Das sollte Sie nicht verwirren; feste Regeln für die Reihenfolge gibt es nur wenige, namentlich dass stets mit der Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs zu beginnen und mit der statthafte Rechtsschutzform fortzufahren ist, weil von dieser die weiteren Zulässigkeitsvoraussetzungen abhängen. Die Reihenfolge der übrigen Punkte ist letztlich sekundär. Sie sollten sich aber auch hierfür eine Reihenfolge zurechtlegen, die Sie immer in gleicher Weise abarbeiten – das schafft Routine, entlastet das Gedächtnis und verhindert, dass im Eifer des Gefechts einmal ein Punkt vergessen wird.

Ich schlage das folgende Schema für die Zulässigkeitsprüfung vor, das ohne größere Abwandlungen auch für die Prüfung der Zulässigkeit von Anträgen im einstweiligen Rechtsschutz verwendet werden kann<sup>2</sup>.

52

### Prüfungsschema: Zulässigkeit eines Rechtsbehelfs

- I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs  
*durch aufdrängende Sonderzuweisung oder nach § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO*
- II. Statthafte Rechtsschutzform
- IIa. Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts  
(nur soweit ausnahmsweise erforderlich!)
- III. Klagebefugnis  
*§ 42 Abs. 2 VwGO (ggf. analog) bzw. § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO  
(dann „Antragsbefugnis“)*
- IV. Klagegegner  
*§ 78 VwGO (ggf. analog)*
- V. Beteiligtenfähigkeit  
*§ 61 VwGO*
- VI. Prozessfähigkeit  
*§ 62 VwGO  
(das kann man auch mit der Beteiligtenfähigkeit zusammenziehen)*
- VII. Ggf. klageartspezifische Voraussetzungen  
*soweit einschlägig Vorverfahren u. Frist, §§ 68 ff., 74, 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO*
- VIII. Allg. Rechtsschutzbedürfnis  
*als „Feststellungsinteresse“ in den Fällen der §§ 43 Abs. 1, 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO*
- IX. Ergebnis

<sup>2</sup> S. unten Rn. 303.

### 3. Erläuterung des Prüfungsschemas mit Beispielen und Formulierungshinweisen

#### a) Zur Bedeutung der §§ 17 ff. GVG für die Zulässigkeitsprüfung

53 Lassen Sie sich von der immer wieder erörterten Frage, ob die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs echte Zulässigkeitsvoraussetzung ist, nicht unnötig verwirren. Hintergrund dieser Frage ist die Tatsache, dass kein abweisendes Prozessurteil ergeht, wenn der Verwaltungsrechtsweg nicht gegeben ist, sondern nach § 17a Abs. 2 Satz 1 GVG eine Verweisung an das zuständige Gericht des zulässigen Rechtswegs. Damit ist die Klage vor dem Gericht des unzuständigen Rechtswegs nicht im eigentlichen Sinne unzulässig. Vielfach wird deshalb empfohlen, von „Sachentscheidungs Voraussetzungen“ statt von „Zulässigkeit“ zu sprechen oder gar die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs vor der Zulässigkeit zu prüfen. Es ist indes unwahrscheinlich, dass Korrektor\*innen von einer Prüfung der „Zulässigkeit“ auf die Unkenntnis der §§ 17–17b GVG schließen, so dass man an der klassischen Unterscheidung zwischen Zulässigkeit und Begründetheit festhalten kann. Ungeachtet dessen sollte man die folgenden Grundzüge der §§ 17 ff. GVG verstanden haben (nach § 83 Satz 1 VwGO gelten die §§ 17–17b GVG im Verwaltungsprozess auch für die sachliche und örtliche Zuständigkeit):

- § 17 Abs. 1 Satz 1 GVG (*perpetuatio fori*): Die Zulässigkeit des Rechtswegs wird durch die Umstände nicht mehr berührt, die nach Rechtshängigkeit eintreten. Die Klage vor dem Verwaltungsgericht ist bereits mit Erhebung rechtshängig (§§ 90 Abs. 1, 81 Abs. 1 VwGO, anders §§ 253 Abs. 1, 261 Abs. 1 ZPO: Rechtshängigkeit der Klage erst durch Zustellung an die Beklagten)!
- § 17 Abs. 1 Satz 2 GVG (*lis pendens*): Während der Rechtshängigkeit kann der Streit nicht anderweitig anhängig gemacht werden.
- § 17 Abs. 2 Satz 1 GVG: Innerhalb des Streitgegenstands werden alle (auch rechtswegfremde) Rechtsfragen entschieden. Ausnahme: Fragen der Enteignungsentschädigung und der Amtshaftung dürfen nur vom Zivilgericht entschieden werden (§ 17 Abs. 2 Satz 2 GVG).
- § 17a Abs. 2 Satz 1 und 3 GVG: Bei unzulässigem Rechtsweg ergeht ein Verweisungsbeschluss an das zuständige Gericht des zulässigen Rechtswegs. Diese Verweisung ist hinsichtlich des Rechtswegs bindend (auch dann, wenn das verweisende Gericht den Rechtsweg fehlerhaft bestimmt hat). Kommt in der Klausur einmal eine Verweisung an das Verwaltungsgericht vor, bedeutet das, dass die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs allein mit dem bindenden Verweisungsbeschluss begründet werden kann und muss.

#### b) Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

##### aa) Grundlagen und aufdrängende Sonderzuweisungen

54 § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO setzt wie beschrieben<sup>3</sup> den Verfassungsauftrag aus Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG um, wonach gegen Rechtsverletzungen der öffentlichen Gewalt (gemeint ist hier nach hM nur die Verwaltung) der Rechtsweg gegeben sein muss, und enthält deshalb eine verwaltungsgerichtliche Generalklausel (anders § 13 BVerfGG: verfassungsgerichtliches Enumerationsprinzip). Nach § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO ist der Verwaltungsrechtsweg unter drei Voraussetzungen eröffnet:

---

3 S. oben Rn. 22.

## A. Die Prüfung der Zulässigkeit verwaltungsgerichtlicher Rechtsbehelfe

---

- es muss eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vorliegen,
- es muss eine Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art vorliegen,
- und es darf keine ausdrückliche Zuweisung an einen anderen Rechtsweg (abdrängende Sonderzuweisung) vorliegen.

Der Verwaltungsrechtsweg kann aber auch auf der Grundlage einer anderen Norm eröffnet sein. Solche sog. aufdrängenden Sonderzuweisungen sind als Spezialregelungen vor der Generalklausel des § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO zu prüfen. Dabei handelt es sich idR aber nur um einen gedanklichen Schritt. Einzig wirklich klausurrelevanter Fall einer aufdrängenden Sonderzuweisung ist § 54 Abs. 1 BeamStG, der für beamtenrechtliche Streitigkeiten in den Ländern den Verwaltungsrechtsweg eröffnet (für Bundesbeamten ist die Parallelregelung in § 126 BBG einschlägig)<sup>4</sup>. Soweit diese Norm anwendbar sein könnte, muss unter ihre Voraussetzungen natürlich auch subsumiert werden. Sind sie erfüllt, so ist der Verwaltungsrechtsweg eröffnet, ohne dass § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO noch angesprochen werden muss; die Generalklausel wird dann von der Sonderzuweisung verdrängt.

55

### bb) Öffentlich-rechtliche Streitigkeit

In den Lehrbüchern wird die überkommene Streitfrage der Justiziabilität bestimmter Hoheitsakte oft noch breiter dargestellt. In bestimmten Konstellationen (es geht im Wesentlichen um Gnadenakte, Regierungsakte und Maßnahmen im besonderen Gewaltverhältnis) war früher fraglich, ob es sich überhaupt um eine rechtliche Streitigkeit handelt. Das hat sich aber erledigt: Justizfreie Hoheitsakte darf es wegen Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG nicht geben. Auch Regierungsakte (etwa: die Anerkennung ausländischer Staaten) sind grundsätzlich justizierbar – idR wird eine Klage hier aber an anderen Voraussetzungen scheitern (insbesondere an der Klagebefugnis).

56

Hinter dem Prüfungspunkt der öffentlich-rechtlichen Streitigkeit verbirgt sich materiell-rechtlich die Abgrenzung zwischen hoheitlichem und privatrechtlichem Verwaltungshandeln. Dass im Verwaltungsrecht öffentlich-rechtliches Handeln und privatrechtliches Handeln abgegrenzt werden müssen, liegt an der Formenwahlfreiheit der Verwaltung<sup>5</sup>. Die grundsätzliche Möglichkeit privatrechtlichen Handelns führt dazu, dass sich im Einzelfall die Frage stellen kann, ob die Verwaltung öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich gehandelt hat, ob eine bestimmte Maßnahme also als hoheitlich oder privatrechtlich zu qualifizieren ist. Soweit hier ein Problem besteht, ist es in der Klausur direkt bei der Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs zu thematisieren. Daneben kann die Frage nach der Einordnung von Verwaltungshandeln als hoheitlich oder privatrechtlich kann in der Klausur auch noch an anderen Stellen relevant werden:

57

- für die Qualifikation eines Handelns als Verwaltungsakt (hoheitliche Maßnahme auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts iSv § 35 Satz 1 VwVfG) – in aller Regel kann dann aber auf das Ergebnis zur Rechtswegeröffnung verwiesen werden;

---

4 S. Sauer, Klausurtraining Allgemeines Verwaltungsrecht und Verwaltungsprozessrecht, 2018, Fall 10.

5 S. oben Rn. 8.

- für einen Amtshaftungsanspruch (hoheitliches Tätigwerden als Haftungsvoraussetzung), das gilt gleichermaßen für die anderen staatshaftungsrechtlichen Ansprüche<sup>6</sup>;
- für die Abgrenzung zwischen privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Verträgen (§§ 54 ff. VwVfG)<sup>7</sup>.

58 Eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit liegt vor, wenn die streitentscheidenden Normen dem öffentlichen Recht angehören. Sie müssen also in einem ersten Schritt die streitentscheidenden Normen identifizieren (zB Eingriffsbefugnisse im Polizei- und Ordnungsrecht) und diese in einem zweiten Schritt dem öffentlichen oder privaten Recht zuordnen.

► Streitentscheidend ist diejenige Norm, um deren **unmittelbare Rechtsfolge** gestritten wird. ◀

Das wird nicht selten falsch gemacht: Begehrt jemand ein Einschreiten gegen seinen lärmenden Nachbarn, dann spielen die immissionsschutzrechtlichen Grenzwerte, die nicht notwendigerweise als öffentlich-rechtlich zu qualifizieren sind, für den Fall zwar eine entscheidende Rolle. Unmittelbar gestritten wird aber um einen Anspruch aus der einschlägigen ordnungsrechtlichen Befugnisnorm, und diese ist eine öffentlich-rechtliche Norm. Sehr häufig wird an dieser Stelle in Klausuren zu oberflächlich gearbeitet: Benennen Sie an dieser Stelle diejenige Norm, um deren unmittelbare Rechtsfolge Ihrer Auffassung nach gestritten wird. Ein genereller Verweis, wie man ihn in Klausuren viel zu häufig antrifft, ist nur dann möglich, wenn mit Sicherheit in dem betroffenen Bereich nur öffentlich-rechtliche Normen bestehen (das kann man für die Eingriffsnormen des Polizeirechts generell annehmen, keinesfalls aber für das Baurecht insgesamt oder für ganze Gesetze wie die GewO, das BImSchG oder das PartG, denn diese enthalten viele Normen, die gerade nicht als öffentlich-rechtlich eingeordnet werden können). Für die notwendige Abgrenzung zwischen öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Normen wurden zahlreiche Theorien entwickelt. Die Schlagwörter, die Sie kennen und verstanden haben sollten, sind hier:

- die Subordinationstheorie (stellte früher nur auf ein Über-Unterordnungsverhältnis ab, es besteht aber heute oft ein Gleichordnungsverhältnis, zB beim Vertragsabschluss);
- die Interessentheorie (fragt danach, ob eine Bestimmung dem öffentlichen oder privaten Interesse dient, was aber ausgesprochen schwer zu bestimmen ist);
- die Subjektstheorie (fragte früher danach, an welches Handlungssubjekt sich eine Norm richtete);
- die Sonderrechtstheorie (auch „modifizierte Subjektstheorie“, stellt darauf ab, ob eine Norm sich nur (auch „ausschließlich“, „einseitig“) an einen Hoheitsträger wendet oder auch an Private).

59 Das ist aber kein klassischer Theorienstreit, der darzustellen oder gar zu entscheiden wäre. Die sog. Theorien sind lediglich Hilfsmittel zur Lösung des Abgrenzungsproblems, von denen Sie diejenige heranziehen, die Sie am schnellsten ans Ziel bringt. Im Regelfall kommen Sie mit der Sonderrechtstheorie gut zurecht. Danach ist eine Norm als öffentlich-rechtlich zu qualifizieren, wenn sie ausschließlich einen Träger hoheitlicher Gewalt berechtigt oder verpflichtet. Das Ausschließlichkeitsmerkmal ist die Fortentwicklung der alten Subjektstheorie: So können etwa neben Privaten auch Träger

---

6 S. dazu unten Rn. 373.

7 S. unten Rn. 246.

## A. Die Prüfung der Zulässigkeit verwaltungsgerichtlicher Rechtsbehelfe

---

hoheitlicher Gewalt auf der Grundlage eines privatrechtlichen Kaufvertrags aus § 433 BGB berechtigt bzw. verpflichtet sein. Ausschließlich berechtigt bzw. verpflichtet wird die Verwaltung dagegen aus polizeirechtlichen Befugnisnormen, weil nur die Verwaltung eine Gefahrenabwehrmaßnahme treffen kann.

Probleme bereitet weniger die Einordnung streitentscheidender Normen nach der Sonderrechtstheorie als zuweilen das Auffinden streitentscheidender Normen. Soweit sich – wie in allen Fällen der Eingriffsverwaltung wegen des Gesetzesvorbehalts – eine streitentscheidende Norm bestimmen lässt, wird sich diese auch unproblematisch als öffentlich-rechtlich einordnen lassen mit der Folge, dass eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vorliegt. Schwieriger liegt der Fall dann, wenn das Handeln der Verwaltung gesetzlich nicht näher determiniert ist oder es um Rechtsfolgen geht, die sich sowohl zivilrechtlich als auch öffentlich-rechtlich begründen lassen (zB: Unterlassungsanspruch aus §§ 12, 862, 1004 BGB oder öffentlich-rechtlicher Unterlassungsanspruch? Rückabwicklung eines Leistungsverhältnisses nach §§ 812 ff. BGB oder über den öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch?). Denn in diesen Fällen kommt man mit den auf die streitentscheidende Norm abzielenden Theorien nicht weiter. Weil die Verwaltung auch privatrechtlich handeln kann, ist eine Abgrenzung zwischen hoheitlichem und privatem Handeln allein nach dem Handlungssubjekt nämlich nicht mehr möglich.

60

Deshalb bereitet die Frage der öffentlich-rechtlichen Streitigkeit in solchen Fällen Schwierigkeiten. Hierzu hat sich in der Rechtspraxis eine (unübersichtliche) Kasuistik herausgebildet<sup>8</sup>. Dabei können Sie getrost mit immer wiederkehrenden Argumenten arbeiten – fast alles ist umstritten, fast alles ist mit entsprechenden Argumenten vertretbar. Merken Sie sich statt zu vieler Fallgruppen daher einige der immer wiederkehrenden Abgrenzungsgesichtspunkte, insbesondere:

61

- das Bestehen eines Über-Unterordnungsverhältnisses (Subordinationsverhältnis) zwischen der Verwaltung und dem Bürger (als Indiz für hoheitliches Handeln);
- den Sachzusammenhang des Tätigwerdens (mit öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Tätigkeit?);
- die Zwecksetzung des Tätigwerdens (Erfüllung öffentlicher Aufgaben? Aufrechterhaltung des störungsfreien öffentlich-rechtlichen Betriebs einer Einrichtung?);
- die Betrachtung von Indizien (Benutzungsgebühren statt Miete usw.);
- bei Leistungsverhältnissen, für die ein Zulassungsanspruch besteht, kann auch mit der Zweistufentheorie gearbeitet werden (die man aber nur recht selten wirklich benötigt<sup>9</sup>).

Die Bearbeitung schwieriger Fälle wird freilich dadurch erleichtert, dass Sie das Ergebnis letztlich kennen und hierfür nur noch eine gute Begründung finden müssen: Denn es wird kaum eine Klausur gestellt werden, in der Sie zu einer Verweisung an die Zivilgerichtsbarkeit nach § 17a Abs. 2 Satz 1 GVG kommen sollen.

62

### cc) Nichtverfassungsrechtliche Streitigkeit

Auch die verfassungsrechtlichen Streitigkeiten sind öffentlich-rechtliche Streitigkeiten, sie sind aber nicht von den Verwaltungsgerichten, sondern von den Verfassungsgerichten der Länder und des Bundes zu entscheiden. Das bedeutet indes nicht, dass eine ver-

63

---

<sup>8</sup> Zu den wichtigsten Klassikern oben Rn. 12.

<sup>9</sup> S. dazu auch *Sauer*, Klausurtraining Allgemeines Verwaltungsrecht und Verwaltungsprozessrecht, 2018, Fall 12.

waltungsrechtliche Klausur nicht ganz wesentlich verfassungsrechtlich geprägt sein kann, etwa indem die Vereinbarkeit eines Verwaltungshandelns mit Grundrechten des Betroffenen zu prüfen ist. Wann eine Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art nach § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO vorliegt, ist im Einzelnen umstritten und auch nicht ganz leicht zu beantworten. Es reicht aber aus, auf die Lehre von der **doppelten Verfassungsunmittelbarkeit** abzustellen, weil diese sich durchgesetzt hat:

► Danach liegt eine verfassungsrechtliche Streitigkeit nur vor, wenn unmittelbar am Verfassungsleben Beteiligte um materielles Verfassungsrecht streiten. ◀

- 64 Trotz der Möglichkeit der Verfassungsbeschwerde ist damit ein Streit des Bürgers gegen einen Hoheitsträger niemals eine verfassungsrechtliche Streitigkeit im Sinne von § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO; vielmehr soll der Bürger den fachgerichtlichen Rechtsweg ja gerade vorher beschreiten (§ 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG).

#### dd) Abdrängende Sonderzuweisungen

- 65 Abschließend ist zu prüfen, ob eine abdrängende Sonderzuweisung vorliegt, dh der Rechtsstreit von einer Norm einem anderen Rechtsweg zugewiesen wird. Hier sollten Sie einige Bestimmungen bzw. Fälle kennen. In der Praxis, aber weniger in der Klausur, bedeutend sind die Zuweisungen an die öffentlich-rechtlichen Sondergerichtsbarkeiten (§ 33 FGO und § 51 SGG) sowie die Zuweisung von Ordnungswidrigkeiten an die ordentlichen Gerichte (§ 68 OWiG). In den Klausuren können Ihnen hier im Wesentlichen staatshaftungsrechtliche Ansprüche und Justizverwaltungsakte begegnen:

- Aus historischen Gründen entscheiden über staatshaftungsrechtliche Fragen in weitem Umfang die Zivilgerichte. Das gilt für Amtshaftungsansprüche (Art. 34 Satz 3 GG), Streitigkeiten über die Höhe der Enteignungsentschädigung (Art. 14 Abs. 3 Satz 4 GG), Ansprüche aus Aufopferung (§ 40 Abs. 2 Satz 1 VwGO), Ansprüche aus enteignungsgleichem und enteignendem Eingriff (§ 40 Abs. 2 Satz 1 VwGO, da in der Sache Aufopferungshaftung), Schadenersatzansprüche wegen der Verletzung nicht-vertraglicher Pflichten (§ 40 Abs. 2 Satz 1 VwGO, ratio: Sachnähe zu Amtshaftung und Enteignung – wichtig, da Argumentationsmöglichkeit in unbekanntem Fällen!), Schadenersatzansprüche aus öffentlich-rechtlicher Verwahrung (§ 40 Abs. 2 Satz 1 VwGO), polizeirechtliche Entschädigungsansprüche nach Landesrecht<sup>10</sup> und für die Entschädigung bei Widerruf eines Verwaltungsakts (§ 49 Abs. 6 Satz 3 VwVfG). Da es sich bei § 40 Abs. 2 Satz 1 VwGO um eine Regelung handelt, die sich aus der Sachnähe zur Amtshaftung erklärt, gilt sie generell nur für Ansprüche des Bürgers gegen den Staat.
- Wichtig ist zudem die Zuweisung an die ordentlichen Gerichte in § 23 Abs. 1 EGGVG für Justizverwaltungsakte. Diese Zuweisung wird weit verstanden: Neben „Anordnungen und Verfügungen“ werden auch Realakte erfasst, und der Begriff der „Justizbehörde“ wird in funktionellem Sinn verstanden, dh es geht um alle Behörden, die Aufgaben der Zivil- und Strafrechtspflege übernehmen. Ein Abgrenzungsproblem besteht hier bei Maßnahmen der Polizei: Übernimmt diese als Kriminalpolizei Aufgaben im – repressiven – strafrechtlichen Ermittlungsverfahren, greift § 23 Abs. 1 EGGVG, wohingegen bei präventivem Handeln nach § 40 Abs. 1

---

10 S. zB § 67 PolG NRW iVm § 39 Abs. 1 OBG NRW; § 55 PolG BaWü; Art. 87 PAG Bayern.

## A. Die Prüfung der Zulässigkeit verwaltungsgerichtlicher Rechtsbehelfe

---

VwGO der Verwaltungsrechtsweg eröffnet ist. Bei sog. doppelfunktionalen Maßnahmen wird in der Regel nach dem Schwerpunkt der Zielsetzung gefragt<sup>11</sup>.

Im Wesentlichen ergibt sich das System dabei aber aus § 40 VwGO selbst, so dass man sich diese Einzelheiten nicht sämtlich merken muss. Sobald es um Staatshaftungsrecht geht, sollten Sie deshalb § 40 Abs. 2 VwGO noch einmal sorgfältig lesen. Von den außerhalb § 40 VwGO geregelten Fällen dürften lediglich die Amtshaftung (Art. 34 Satz 3 GG) sowie die polizeirechtlichen Ersatzansprüche Klausurrelevanz haben. Ansprüche aus dem Zusammenhang des Staatshaftungsrechts, über die die Verwaltungsgerichte entscheiden, sind damit nur der Folgenbeseitigungsanspruch und der öffentlich-rechtliche Unterlassungsanspruch, der öffentlich-rechtliche Erstattungsanspruch (alle drei nach § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO, da keine abdrängende Sonderzuweisung), Ansprüche aus öffentlich-rechtlichen Verträgen (§ 40 Abs. 2 Satz 1 VwGO im Umkehrschluss) und die ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmung des Eigentums, die in Klausuren aber praktisch nicht vorkommt (§ 40 Abs. 2 Satz 1 aE VwGO).

66

---

11 S. dazu mit Beispielen *Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, 11. Aufl. 2019, § 11 Rn. 63 f.