

**Grundkurs Öffentliches Recht III -
Allgemeines Verwaltungsrecht**

Donnerstag, den 23. November 2006 /

Montag, den 27. November 2006

I. Die Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht

1. Die Relevanz des Kriteriums

Nach § 113 I 1 VwGO hebt das Verwaltungsgericht auf eine zulässigerweise erhobene Anfechtungsklage einen Verwaltungsakt auf, der an einem rechtlich relevanten Fehler (Anfechtungs- und Nichtigkeitsgrund) leidet. Das ist mit dem Wort "rechtswidrig" gemeint. Die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes ist aber nicht die einzige Bedingung für den Erfolg einer Anfechtungsklage. Zusätzlich muss der Kläger dadurch (scil. durch die Rechtswidrigkeit) in seinen Rechten verletzt sein.

Gleiches gilt bei der Verpflichtungsklage für die Rechtswidrigkeit der Ablehnung oder Unterlassung eines begehrten Verwaltungsaktes. Es muss noch etwas hinzukommen, was § 113 V 1 VwGO mit der Formulierung "und der Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt ist" umschreibt. Eine solche Rechtsverletzung liegt bei der Verpflichtungsklage vor, wenn der Kläger einen Anspruch auf den von ihm begehrten Verwaltungsakt, etwa eine Baugenehmigung oder eine Subventionsbewilligung, hat. Sofern der Erlass des Verwaltungsaktes im behördlichen Ermessen steht, reicht ein Anspruch auf fehlerfreie Ermessensbetätigung, als Minus zu einem Anspruch auf Erlass eines Verwaltungsakts, aus; er führt dann aber auch nur zu einem Bescheidungs-, nicht zu einem Vornahmeurteil.

Während bei der Anfechtungsklage zuerst die Rechtswidrigkeit zu prüfen und die Rechtsverletzung dann (bis auf die Fälle der Drittanfechtung) in der Regel unproblematisch ist, sollte man bei der Verpflichtungsklage umgekehrt prüfen: Wenn nämlich ein

Anspruch besteht, liegt in der Regel auch Rechtswidrigkeit vor, weil die Ablehnung oder Unterlassung des Verwaltungsaktes dann gegen die anspruchsbegründende Rechtsnorm verstoßen. Der leichteren Verständlichkeit halber konzentriere ich mich beim „ersten Durchgang“ im Folgenden auf die Anfechtungsklage.

Eine Anfechtungsklage ist begründet, wenn erstens der Verwaltungsakt rechtswidrig ist und wenn zweitens der Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt ist. Die Unterscheidung dieser beiden Bedingungen für die Begründetheit einer Anfechtungsklage ist vor dem Hintergrund der Unterscheidung von objektivem Recht und subjektiven Rechten zu sehen. Mit objektivem Recht sind die Rechtsnormen des öffentlichen Rechts gemeint, unabhängig davon, ob sie für den Einzelnen eigene Rechte begründen. Anders als im Zivilrecht, wo jeder Pflicht ein subjektives Recht korrespondiert, ist es im öffentlichen Recht denkbar, dass einer Pflicht des Staates kein subjektives Recht des Bürgers entspricht, dass die Rechtspflicht vielmehr ausschließlich im Interesse der Allgemeinheit und nicht im Interesse einzelner Bürger besteht. Die Anforderungen des § 113 I 1 VwGO wären auch dann nicht erfüllt, eine Klage hätte mithin keinen Erfolg, wenn die Rechtspflicht zwar im Interesse einzelner Bürger, aber anderer Bürger als Anspruchsteller und Kläger bestünde. Die Anfechtungsklage ist ein Instrument zur Durchsetzung und Verteidigung der subjektiven Rechte gerade des Klägers. Deshalb reicht es für die Begründetheit einer Anfechtungsklage nicht aus, wenn ein Verwaltungsakt gegen Normen des objektiven Rechts verstößt. Es kann nämlich sein, dass die Normen, gegen die der Verwaltungsakt verstößt, gar nicht Interessen des Klägers schützen wollen. Zu seiner Rechtswidrigkeit muss hinzukommen, dass der Verwaltungsakt auch subjektive Rechte verletzt, und zwar subjektive Rechte gerade des Klägers. Wie das Wort "dadurch" zeigt, muss die Verletzung subjektiver Rechte die Folge der Rechtswidrigkeit, mit ihr also verbunden sein.

Das Erfordernis der Verletzung eines subjektiven Rechts hat grundsätzliche Bedeutung. Es taucht sowohl im Katalog der

Zulässigkeitsvoraussetzungen als auch im Katalog der Begründetheitsvoraussetzungen verwaltungsgerichtlicher Klagen auf. Im Rahmen der Zulässigkeit ist es bei der Klagebefugnis zu prüfen, die gemäß § 42 II VwGO sowohl bei Anfechtungs- wie auch bei Verpflichtungsklagen vorliegen muss. Hier wird verlangt, dass der Kläger die Möglichkeit einer Rechtsverletzung geltend macht. Im Rahmen der Begründetheit ist dieses Erfordernis als zweiter Punkt neben der Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes zu prüfen, so für die Anfechtungsklage § 113 I 1 VwGO. Bei dieser Prüfung ist festzustellen, ob ein subjektives Recht nicht nur möglicherweise, sondern ob es tatsächlich verletzt ist. Die Antwort auf die Frage, wie angesichts der Doppelung beim subjektiven Recht der Prüfungsstoff einer Anfechtungsklage auf § 42 II VwGO einerseits und auf § 113 I 1 VwGO andererseits wiederholungsfrei verteilt werden kann, lautet, dass die Klagebefugnis schon gegeben ist, wenn die Verletzung eigener Rechte des Klägers nur **möglich** ist. Ob eigene Rechte des Klägers **tatsächlich** verletzt sind, ist dagegen erst im Rahmen der Begründetheit zu prüfen.

2. Fallgruppen

Diese Antwort kann man durch die Bildung von drei Fallgruppen spezifizieren.

(1) Erhebt der Adressat eines belastenden Verwaltungsaktes gegen diesen Verwaltungsakt Anfechtungsklage, so ist die Klagebefugnis immer gegeben, weil die Möglichkeit der Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes immer besteht. Im Rahmen der Begründetheit gilt, dass der Kläger dann, wenn ein an ihn adressierter belastender Verwaltungsakt rechtswidrig ist, immer in zumindest einem Recht verletzt ist. Sowohl im Rahmen der Zulässigkeit als auch im Rahmen der Begründetheit ist dies das Grundrecht aus Art. 2 I GG, das einen Anspruch darauf gibt, nicht Adressat rechtswidriger staatlicher Maßnahmen zu werden. Aus diesem Grund ist die 2. Bedingung für die Begründetheit der Anfechtungsklage hier immer mit der 1. Bedingung erfüllt. Ist

ein belastender Verwaltungsakt rechtswidrig, so steht wegen des weiten Schutzbereiches von Art. 2 I GG automatisch fest, dass sein Adressat in eigenen Rechten, nämlich zumindest in dem Recht aus Art. 2 I GG, verletzt ist.

(2) Erhebt ein Dritter gegen einen Verwaltungsakt, der an jemand anderen adressiert ist, Klage, greift also z.B. ein Nachbar eine Baugenehmigung an, so trifft diese Argumentation nicht mehr zu. Art. 2 I GG schützt nur vor staatlichen Maßnahmen, die an einen selbst adressiert sind. Der Dritte ist nur klagebefugt, wenn er geltend macht, dass der an einen anderen adressierte Verwaltungsakt, den er anfechtet, gegen eine Rechtsnorm verstößt, die ihm, dem Dritten, subjektive Rechte verleiht. Der Dritte ist also nur dann und soweit klagebefugt, wie er geltend macht, dass der Verwaltungsakt Rechtsnormen verletzt, die ihm subjektive Rechte verleihen.

Dies ist der Hauptzweck des Erfordernisses der Klagebefugnis. Er liegt im Ausschluss der Popularklage. Nicht jeder soll gegen einen Verwaltungsakt vorgehen können, sondern nur, wer geltend machen kann, durch den Verwaltungsakt in eigenen Rechten verletzt zu sein. Und seine Klage ist nur begründet, wenn gegen diese Rechtsnormen verstoßen worden ist. Dass der Verwaltungsakt gegen andere, ihm keine subjektiven Rechte verleihenden Rechtsnormen verstößt, verhilft der Anfechtungsklage eines Dritten nicht zum Erfolg. Wenn der Dritte zwar geltend machen kann, der Verwaltungsakt verstoße möglicherweise gegen Rechtsnormen, die ihm tatsächlich subjektive Rechte geben, sich aber bei der Überprüfung des Verwaltungsaktes im Rahmen der „Begründetheit“ herausstellt, dass drittschützende Normen nicht verletzt sind, ist die Anfechtungsklage unbegründet, weil jeweils eine der beiden Bedingungen des § 113 I VwGO nicht vorliegt. Daran ändert nichts, dass der Verwaltungsakt rechtswidrig ist, weil er gegen andere Normen verstößt, die aber nicht drittschützend sind. Denn § 113 I VwGO verknüpft Rechtswidrigkeit und Rechtsverstoß durch das Merkmal "dadurch".

(3) Ähnlich liegen die Dinge bei der Verpflichtungsklage. Wird von jemandem der Erlass eines Verwaltungsaktes beantragt, dieser Antrag aber entweder abgelehnt oder gar nicht beschieden, so ist für die Zulässigkeit der Verpflichtungsklage erforderlich, dass der Kläger geltend machen kann, einen Anspruch auf den Erlass des Verwaltungsaktes zu haben oder, wenn der Erlass des Verwaltungsaktes im Ermessen der Behörde steht, dass der Kläger geltend machen kann, einen Anspruch auf fehlerfreie Ermessensbetätigung zu haben. Wenn dies als möglich erscheint, ist die Klagebefugnis gegeben. Kann dies von vornherein ausgeschlossen werden, so ist die Klage bereits unzulässig. Besteht die Möglichkeit eines Anspruchs, so ist die Klage zulässig. Ob der Anspruch tatsächlich gegeben ist, ist dann im Rahmen der „Begründetheit“ zu prüfen, und zwar gemäß § 113 V 1 VwGO als zweiter Punkt nach der Frage, ob die Ablehnung oder Unterlassung des Verwaltungsaktes rechtswidrig sind.

Das Problem des subjektiven öffentlichen Rechts stellt sich demnach vor allem in zwei Konstellationen: wenn ein Dritter, der nicht Adressat des Verwaltungsaktes ist, Anfechtungsklage erhebt und allgemein bei der Verpflichtungsklage. Unproblematisch ist dagegen der Fall der Anfechtungsklage des Adressaten eines belastenden Verwaltungsaktes. Hier ergeben sich Klagebefugnis und Rechtsverletzung aus der sog. Adressatentheorie.

3. Anforderungen an ein subjektives Recht

Fraglich ist nun, welche Rechtsnormen es sind, die dem Drittkläger bei der Anfechtungsklage und dem Verpflichtungskläger subjektive Rechte vermitteln. Die Antwort hierauf lautet nach der 90 Jahre alten, im Einzelnen umstrittenen, aber trotz vieler Unklarheiten durch noch nichts Besseres ersetzten **Schutznormtheorie**, dass das Vorliegen eines subjektiven Rechts von zwei Bedingungen abhängt:

1) Es muss eine Rechtsnorm vorliegen, die die Verwaltung zu

einem bestimmten Handeln verpflichtet, und - vor allem -

2) Diese Rechtsnorm muss nach ihrem Inhalt und ihrem Zweck zumindest auch dem Schutz der Interessen des Klägers dienen.

Einfach liegen die Dinge, wenn die Rechtsnorm selbst beide Fragen ausdrücklich beantwortet. Ein Beispiel ist § 17 I SGB XII, wonach ein Anspruch auf Sozialhilfe besteht. Wenn solche klaren Aussagen, wie zumeist, fehlen, muss der Norm, welche die objektive Rechtswidrigkeit begründet, im Wege der Interpretation entnommen werden, ob und wem sie subjektive Rechte verleiht. Ich möchte dies an zwei Beispielen verdeutlichen:

Beispiel 1: X erhält eine Baugenehmigung, die ihm erlaubt, auf seinem Grundstück eine Tankstelle zu errichten. Das Grundstück liegt in einem reinen Wohngebiet. Nachbar Y, dessen Grundstück ebenfalls in diesem reinen Wohngebiet liegt, erhebt gegen die Baugenehmigung Anfechtungsklage. Um klagebefugt zu sein, müsste er die Möglichkeit geltend machen, dass die Baugenehmigung ihn in eigenen Rechten verletzt. Das wäre der Fall, wenn die Baugenehmigung gegen eine Norm des objektiven Rechts verstößt, die im Sinne der Schutznormtheorie seine Interessen schützen soll. In Betracht kommt § 4 BauNVO. Danach dürfen in reinen Wohngebieten grundsätzlich nur Wohngebäude errichtet werden, und eine Tankstelle ist sicher kein Wohngebäude. Die Frage, ob die Baugenehmigung im Fall des X tatsächlich gegen § 4 BauNVO verstößt, interessiert aber bei der Subsumtion unter § 42 II VwGO noch nicht. Hier interessiert erst, ob diese Norm grundsätzlich dem Schutz von Nachbarn zu dienen bestimmt ist. Das wird für solche Nachbarn bejaht, die ebenfalls in dem reinen Wohngebiet wohnen, also auch für Y. § 4 BauNVO vermittelt dem Y also die Klagebefugnis, also die Befugnis, Verstöße gegen diese Norm als Verletzungen eigener Rechte zu rügen. Im Rahmen der „Begründetheit“ ist dann gemäß § 113 I VwGO zweierlei zu prüfen: nämlich erstens, ob ein Verstoß gegen § 4 BauNVO tatsächlich vorliegt, und zweitens, ob Y dadurch in eigenen Rechten verletzt wird. Das Zweite ist nach dem, was zur

Klagebefugnis ausgeführt worden ist, regelmäßig zu bejahen.

Wenn sich bei der Überprüfung der materiellen Rechtmäßigkeit der Baugenehmigung nach § 113 I VwGO herausstellen sollte, dass diese noch gegen weitere, aber nicht nachbarschützende Normen des Baurechts verstößt, wenn die Baugenehmigung für die Tankstelle z.B. auch rechtswidrig sein sollte, weil Sozialräume für das Tankstellenpersonal fehlen, erhält die 2. Bedingung dieser Norm selbstständige Bedeutung. Durch diesen Rechtsverstoß wäre Y nämlich nicht in eigenen Rechten verletzt, so dass er der Anfechtungsklage nicht zum Erfolg verhelfen könnte.

Anmerkung: Das Hauptproblem der meisten Falllösungen liegt in der Feststellung des nachbarschützenden, subjektive Rechte begründenden Charakters baurechtlicher Normen wie § 4 BauNVO. Ich möchte hierzu verweisen auf Maurer, Allg. Verw.R., § 8 Rn. 9 (mit dem Kleingedruckten). Die Frage, welche seiner Normen nachbarschützend sind, und welche nicht, ist eine der Hauptstreitfragen des Baurechts.

Beispiel 2: A bewohnt eine Villa in einem reinen Wohngebiet. Er beklagt sich über den Lärm, der bis tief in die Nacht von einem in unmittelbarer Nähe gelegenen Biergarten ausgeht. Dieser Lärm liegt oberhalb der in einer Lärmschutzverordnung festgesetzten Grenzwerte. A verlangt deshalb von der zuständigen Ordnungsbehörde, dass diese dem Betreiber des Biergartens aufgabe, den Betrieb um 22.00 Uhr zu schließen. Wegen des Verstoßes gegen die Lärmschutzverordnung stelle der Betrieb des Biergartens eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit dar, und gemäß § 17 I ASOG könne das Ordnungsamt die notwendigen Maßnahmen ergreifen, um Gefahren für die öffentliche Sicherheit abzuwehren. Das Ordnungsamt weigert sich. Nach erfolglosem Widerspruch erhebt A deshalb Klage vor dem Verwaltungsgericht Berlin mit dem Antrag, die Ordnungsbehörde zu verpflichten, dem Betreiber des Biergartens aufzugeben, dass dieser um 22.00 Uhr seine Lokalität schließt. Fall nach Maurer, Allg. Verw.R., § 8 Rn. 15.

Auch in diesem Fall ist A nur klagebefugt, wenn er geltend machen kann, durch die Ablehnung eines Einschreitens in eigenen Rechten verletzt zu sein. Das wäre der Fall, wenn A einen Anspruch auf ein Tätigwerden der Ordnungsbehörde hätte. Einen solchen Anspruch gewährt § 17 I ASOG jedoch nicht. Dieser stellt ihr Tätigwerden nämlich in das Ermessen der Behörde, begründet keine behördliche Handlungspflicht und schon deshalb kein korrelierendes Recht.

Allerdings ist damit die Existenz eines "Rechtes" im Sinne von § 42 II VwGO nicht ganz ausgeschlossen. Denn neben den materiellen subjektiven öffentlichen Rechte, die auf ein bestimmtes Handeln des Staates gerichtet sind, gibt es noch sogenannte formelle subjektive öffentliches Recht, die auf fehlerfreien Ermessensgebrauch gerichtet sind. Dieses Recht beinhaltet zwar keinen Anspruch auf ein bestimmtes Tun, wohl aber einen Anspruch darauf, dass die Behörde sich mit einem Anliegen befasst und dieses ermessensfehlerfrei bescheidet.

Fraglich ist, ob § 17 I ASOG ein solches Recht vermittelt. Die Antwort richtet sich wiederum nach der Schutznormtheorie. Einen allgemeinen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung gibt es nicht. § 17 I ASOG vermittelt aber dann ein formelles subjektives öffentliches Recht, wenn die "Gefahr", die abgewehrt werden soll, nicht einem Rechtsgut der Allgemeinheit droht, sondern einem Rechtsgut, das individuell zugeordnet werden kann. Das ist hier der Fall, weil die Lärmschutzverordnung das individuelle Ruhebedürfnis schützt. Infolgedessen kann A mit der Behauptung, es liege eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit im Sinne von § 17 I ASOG vor, weil der Biergarten gegen die Lärmschutzverordnung verstoße, ein formelles subjektives öffentliches Recht auf fehlerfreie Betätigung des ordnungsbehördlichen Entschließungsermessens plausibel machen, und er kann weiter geltend machen, dass dieses Recht durch die Untätigkeit der Ordnungsbehörde möglicherweise verletzt ist. Das reicht für die Klagebefugnis

aus.

Im Rahmen der „Begründetheit“ der von A eingelegten Verpflichtungsklage ist dann gemäß § 113 V 1 VwGO zu prüfen, ob die Ablehnung ordnungsbehördlichen Einschreitens rechtswidrig und A dadurch in seinem formellen subjektiven öffentlichen Recht auf fehlerfreien Ermessensgebrauch verletzt ist. Das ist der Fall, wenn es die Verwaltungsbehörde in ermessensfehlerhafter Weise abgelehnt haben sollte, gegen den Biergarten vorzugehen (etwa mit dem Argument, Biergartenlärm sei, auch wenn er gegen eine Lärmschutzverordnung verstoße, sozialadäquat). Wegen des Ermessens der Behörde kann das Gericht diese allerdings nicht verpflichten, gegen den Biergarten einzuschreiten. Das Gericht wird die Verwaltungsbehörde, wenn ein Ermessensfehler vorliegt, das Ermessen aber nicht auf Null reduziert ist, unter Aufhebung des dem A erteilten ablehnenden Bescheides nur verpflichten, A erneut, unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts und d.h. ermessensfehlerfrei, zu bescheiden (so § 113 V 2 VwGO).

II. Die Rechtsmittel gegen einen Verwaltungsakt

§ 113 VwGO regelt in seinen Abs. 1 und 5 die Begründetheit einer Anfechtungs- und einer Verpflichtungsklage. Mit dem Inhalt dieser Vorschriften – Rechtmäßigkeitsbedingungen bei Verwaltungsakten, subjektive Rechte – haben wir uns nun ausgiebig beschäftigt. Was fehlt, ist ein Überblick über den prozessrechtlichen Kontext dieser Vorschriften, über die Rechtsmittel, die gegen einen Verwaltungsakt bzw. seine Ablehnung oder Unterlassung gegeben sind. Diese Rechtsmittel stelle ich jetzt dar, wobei ich mit belastenden Verwaltungsakten beginne, deren Aufhebung von dem Adressaten begehrt wird. Auf diese Weise wird das Prüfungsschema für die Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsakts in einen immer größeren Rahmen gestellt. Haben wir **(1)** den Verwaltungsakt als solchen kennen gelernt, **(2)** den fehlerhaften Verwaltungsakt und **(3)** die Unterscheidung von Fehlern und Fehlerfolgen, so wurde in einem

"vierten Zugriff" neben die Rechtmäßigkeitsprüfung die Prüfung der Verletzung subjektiver Rechte gestellt, um so das volle Prüfungsprogramm von § 113 I / V abzudecken. Im "fünften Zugriff" wird nun neben diese Begründetheitsprüfung die Zulässigkeitsprüfung gestellt.

Die Anfechtung belastender Verwaltungsakte ist geregelt in der VwGO. Diese sieht als Rechtsmittel vor: Widerspruch und Anfechtungsklage. Das Widerspruchsverfahren ist ein verwaltungsinternes Kontrollverfahren, welches dem gerichtlichen Kontrollverfahren vorangeht. Man bezeichnet es darum auch als Vorverfahren. Wird ohne zuvorige Durchführung eines erforderlichen Widerspruchsverfahrens gleich Anfechtungsklage erhoben, so ist diese Klage unzulässig; das Gericht wird sich mit der Sache selbst nicht beschäftigen. Dies ergibt sich aus § 68 I 1 / II VwGO; dort sind auch die Ausnahmen von dem Erfordernis des Widerspruchsverfahrens geregelt.

Der gerichtliche Rechtsschutz schließt sich an das Vorverfahren an, wenn der Widerspruchsführer sich mit dem Widerspruchsbescheid nicht zufriedengeben will. Er wird gewährt durch Anfechtungsklage bzw. Verpflichtungsklage. Über diese Klagen entscheidet in 1. Instanz grundsätzlich das Verwaltungsgericht (§ 45 VwGO). Gegen diese Entscheidung sind grundsätzlich gegeben: die Berufung zum Oberverwaltungsgericht (§§ 124 ff. VwGO) und die Revision zum Bundesverwaltungsgericht (§§ 132 ff. VwGO).

Im Widerspruchsverfahren wird der Verwaltungsakt auf Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit überprüft (§ 68 I 1 VwGO). Im Klageverfahren wird nur die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes geprüft. Der Unterschied beider Prüfungsmaßstäbe zeigt sich beim behördlichen Ermessen. Das Gericht darf dessen Betätigung nur auf rechtliche Ermessensfehler prüfen, die Widerspruchsbehörde darf ihr Ermessen an die Stelle des Ermessens der Ausgangsbehörde setzen, sie prüft die Ermessensausübung also voll

nach.

Das Widerspruchsverfahren verläuft in zwei Phasen. Zunächst wird der Verwaltungsakt durch die ihn erlassende Behörde – und eben nicht durch die Widerspruchsbehörde – noch einmal überprüft. Dies ergibt sich aus den §§ 70 I 1, 72 und 73 I VwGO. Hält die erlassende Behörde den Widerspruch für begründet, so hilft sie ihm ab, indem sie den Verwaltungsakt aufhebt oder ändert. Hält die erlassende Behörde, die auch als Ausgangsbehörde bezeichnet wird, den Widerspruch für unzulässig oder für unbegründet, so hilft sie nicht ab, sondern legt den Widerspruch der Widerspruchsbehörde vor. Dies ist in der Regel die in der Verwaltungshierarchie nächsthöhere Behörde (§ 73 I 2 Nr. 1 VwGO). Wenn die nächsthöhere Behörde eine oberste Behörde ist oder wenn der Verwaltungsakt in Selbstverwaltungsangelegenheiten ergangen ist, dann sind Ausgangs- und Widerspruchsbehörde identisch. Allerdings dürften dann behördenintern andere Organwalter über den Widerspruch entscheiden. Dies ist keine Frage der Zuständigkeit, sondern der Geschäftsverteilung, die gesetzlich grundsätzlich nicht geregelt ist.

Die Bearbeitung des Widerspruchs durch die Widerspruchsbehörde ist die zweite Phase des Widerspruchsverfahrens. Die Widerspruchsbehörde hat folgende Entscheidungsoptionen:

- Sie kann den Widerspruch als unzulässig verwerfen.
- Sie kann den Widerspruch als unbegründet zurückweisen.
- Sie kann dem Widerspruch stattgeben.

Der Widerspruchsbescheid, der selbst Verwaltungsakt ist und dessen Regelung in einer dieser drei Optionen besteht, ist zu begründen, mit einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen und zuzustellen (§ 73 III 1 VwGO).

Ein Widerspruchsverfahren ist insbesondere entbehrlich, wenn der Verwaltungsakt von einer obersten Bundes- oder Landesbehörde stammt. Hier gibt es in der Verwaltungshierarchie keine nächsthöhere Behörde. Überdies geht der Gesetzgeber von

einem besonderen Sachverstand dieser Behörden aus, so dass eine verwaltungsinterne Nachprüfung ihrer Entscheidungen auch aus diesem Grund nicht stattfindet, sondern unmittelbar das Verwaltungsgericht angerufen werden kann.

Nach Erlass des Widerspruchsbescheides ist in der Rechtsmittelfrist von einem Monat die Anfechtungsklage eröffnet. Diese richtet sich gegen den ursprünglichen Verwaltungsakt in der Gestalt, die er durch den Widerspruchsbescheid gefunden hat (§ 79 I Nr. 1 VwGO). Ist die Anfechtungsklage erfolgreich, juristisch gesprochen: ist sie zulässig und begründet, so hebt das Gericht den Verwaltungsakt und den etwaigen Widerspruchsbescheid, der auch Verwaltungsakt ist, auf (§ 113 I 1 VwGO). Ist die Anfechtungsklage dagegen unzulässig oder unbegründet, bleibt es bei dem ursprünglichen Verwaltungsakt (ggfs. in der Gestalt des Widerspruchsbescheides).

Für die Dauer des Widerspruchs- und des gerichtlichen Verfahrens ist die Wirksamkeit des Verwaltungsakts grundsätzlich gehemmt. Widerspruch und Anfechtungsklage haben aufschiebende Wirkung (Suspensiveffekt). Dies ordnet § 80 I VwGO an. Von diesem Grundsatz gibt es nach § 80 II VwGO Ausnahmen. Unter den dort genannten Voraussetzungen ist der Verwaltungsakt ausnahmsweise sofort vollziehbar, d.h. er muss von seinem Adressaten trotz des anhängigen Rechtsmittelverfahrens befolgt werden und er darf von der erlassenden Behörde trotz des anhängigen Rechtsmittelverfahrens durchgesetzt werden.

III. Die Zulässigkeit von Anfechtungs- und Verpflichtungsklage

1. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs (§ 40 I VwGO)

Der Verwaltungsrechtsweg ist eröffnet in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nicht-verfassungsrechtlicher Art, sofern die Streitigkeit nicht durch Bundes- oder Landesgesetz

einem anderen Gericht ausdrücklich zugewiesen ist. Öffentlich-rechtlich sind Streitigkeiten dann, wenn um Normen des öffentlichen Rechts gestritten wird. Wichtig: Die modifizierte Subjektstheorie, die Subjektionstheorie und die Interessentheorie betreffen die Frage, wann eine Norm dem öffentlichen Recht und wann sie dem privaten Recht angehört. Sie betreffen darum nur mittelbar die Frage, ob eine Streitigkeit öffentlich-rechtlich ist. Der Satz: "Nach der modifizierten Subjektstheorie ist eine Streitigkeit öffentlich-rechtlich, wenn ..." ist darum streng genommen falsch. Auf die Abgrenzungstheorien muss eingegangen werden, wenn unklar ist, wie die streitentscheidende Norm zu qualifizieren ist. Dies wird aber nur selten ein Problem sein. Häufiger wird es so sein, dass zwar die Rechtsnormen klar entweder dem Zivilrecht oder dem öffentlichen Recht zugeordnet werden können, dass aber unklar ist, ob die Streitigkeit von Normen des Zivilrechts oder des öffentlichen Rechts erfasst wird. In diesem Zusammenhang muss insbesondere die Fallkonstellation vertieft werden, dass das Zivilrecht und das öffentliche Recht einander inhaltlich entsprechende Normen bereithalten, so im Vertrags- und im Deliktsrecht.

Verfassungsrechtlicher Art ist eine Streitigkeit, wenn Verfassungsorgane um Verfassungsrecht streiten. Allein, dass um Grundrechte gestritten wird, reicht nicht aus, wenn eine der Streitparteien ein Bürger ist.

Eine Sonderzuweisung einer öffentlich-rechtlichen Streitigkeit an ein anderes Gericht begründet z.B. Art. 14 III 4 GG für Streitigkeiten über die Höhe der Enteignungsschädigung. Insoweit sind die ordentlichen Gerichte zuständig.

Bei den Sonderzuweisungen unterscheidet man abdrängende und aufdrängende. Eine abdrängende Sonderzuweisung weist öffentlich-rechtliche Streitigkeiten einer anderen Gerichtsbarkeit zu als der Verwaltungsgerichtsbarkeit; sie sind in § 40 I 1 a.E. VwGO gemeint; ein Beispiel ist § 33 FGO, der

die meisten steuerrechtlichen Streitigkeiten den Finanzgerichten zuweist. Eine aufdrängende Sonderzuweisung weist eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit, wie § 40 I VwGO, den Verwaltungsgerichten zu. Da solche Zuweisungen spezieller sind als die Generalklausel in § 40 VwGO, sind sie dort weder geregelt noch erwähnt; sie gehen § 40 VwGO vielmehr als *leges speciales* vor; ein Beispiel wäre § 126 BRRG, der alle Streitigkeiten aus einem Beamtenverhältnis den Verwaltungsgerichten zuweist.

2. Richtige Klageart

Das Verwaltungsprozessrecht kennt keine Einheitsklage, sondern differenziert verschiedene Klagearten, zwischen denen rechtlich unterschieden werden muss, weil für sie jeweils unterschiedliche weitere Zulässigkeitsvoraussetzungen gelten und weil sie zu unterschiedlichen gerichtlichen Entscheidungen führen. Idealtypisch lassen sich in jeder Prozessordnung Leistungs-, Gestaltungs- und Feststellungsklagen unterscheiden. Die Anfechtungsklage als Spezifikum u.a. des Verwaltungsprozesses ist eine Gestaltungsklage, weil sie auf eine Rechtsgestaltung gerichtet ist, die Aufhebung des Verwaltungsakts. Die Verpflichtungsklage ist dagegen eine Leistungsklage, weil sie auf die Verurteilung der Behörde zum Erlass eines Verwaltungsakts gerichtet ist, das Gericht die Rechtsgestaltung durch Verwaltungsakt also nicht selbst vornimmt.

Welche Klageart richtig ist, richtet sich nach dem Begehren des Klägers. Erstrebt dieser die Aufhebung eines Verwaltungsakts, so ist die Anfechtungsklage die richtige Klageart (§ 42 I VwGO). Erstrebt der Kläger die Verurteilung zum Erlass eines abgelehnten oder unterlassenen Verwaltungsaktes, so ist die Verpflichtungsklage die richtige Klageart (§ 42 I VwGO). Als weitere Klagearten kennt die VwGO die allgemeine Leistungsklage, die Feststellungsklage und die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle.

3. Klagebefugnis

Anfechtungs- und Verpflichtungsklage sind nur zulässig, wenn der Kläger geltend macht, durch den Verwaltungsakt oder seine Ablehnung oder Unterlassung in seinen Rechten verletzt zu sein (§ 42 II VwGO). Es reicht hier die Möglichkeit einer Rechtsverletzung. Hier ist anzufügen, was in dem Kapitel über das subjektive öffentliche Recht schon ausgeführt worden ist.

4. Vorverfahren

Auch das Erfordernis eines Vorverfahrens gehört, wie die Klagefrist, zu den Zulässigkeitsvoraussetzungen von Anfechtungs- und Verpflichtungsklage. Das Vorverfahren muss ordnungsgemäß, aber für den späteren Kläger erfolglos durchgeführt worden sein (§§ 68 ff. VwGO). Ordnungsgemäß bedeutet insbesondere, dass der Widerspruch fristgemäß erhoben worden sein muss. Ist dies nicht der Fall, so ist nicht nur der Widerspruch, sondern auch die nachfolgende Klage grundsätzlich unzulässig.

5. Klagefrist

Gemäß § 74 I 1 VwGO muss die Anfechtungsklage innerhalb eines Monats nach Zustellung des Widerspruchsbescheides erhoben werden. Für die Verpflichtungsklage gilt gemäß § 74 II VwGO Entsprechendes. Für die Zulässigkeit der Klage müssen insgesamt zwei Fristen eingehalten worden sein, die Widerspruchsfrist (§ 70 VwGO) und die Klagefrist (§ 74 VwGO).

6. Weitere Zulässigkeitsvoraussetzungen

Die bis jetzt erwähnten Zulässigkeitsvoraussetzungen sind immer zu prüfen. Dies gilt auch dann, wenn sie unproblematisch sind; in diesem Fall ist die Prüfung allerdings kurz zu halten. Zu weiteren Zulässigkeitsvoraussetzungen, die nur zu prüfen sind,

wenn der Fall dazu Veranlassung gibt, finden Sie Schemata in allen Büchern oder Skripten zum Verwaltungs- und zum Verwaltungsprozessrecht, z.B. bei Maurer, § 10 Rn. 29. Darauf sei hier der Kürze halber verwiesen.

Generell kann man Zulässigkeitsvoraussetzungen in drei Gruppen einteilen, solche hinsichtlich des Gerichts, solche hinsichtlich der streitenden Parteien und solche hinsichtlich des Streitgegenstands. Zulässigkeitsvoraussetzungen hinsichtlich des Gerichts betreffen etwa den Rechtsweg oder die sachliche oder örtliche Zuständigkeit, solche hinsichtlich der streitenden Parteien deren Beteiligungs- und Prozessfähigkeit, solche hinsichtlich des Streitgegenstands eine mögliche anderweitige Rechtshängigkeit oder Rechtskraft.

IV. Die Begründetheit der Anfechtungsklage

Die Begründetheitsprüfung gliedert sich bei der Anfechtungsklage in die Punkte Rechtswidrigkeit und Rechtsverletzung. Dem zweiten Punkt kommt nur bei der Dritt-, nicht bei der Adressatenanfechtungsklage eigenständige Bedeutung zu.

Bei der Rechtswidrigkeitsprüfung kommt es darauf an, ob es für den Verwaltungsakt eine Ermächtigung gibt (es sei denn, der Vorbehalt des Gesetzes greift nicht, was bei der Anfechtungsklage aber schwerlich der Fall ist, weil diese einen belastenden Verwaltungsakt voraussetzt) und ob der Verwaltungsakt deren Anforderungen in formeller und materieller Hinsicht genügt. Im Rahmen der Prüfung der formellen Rechtmäßigkeit ist auf Fragen der Zuständigkeit, des Verfahrens und der Form einzugehen. Die Prüfung der materiellen Rechtmäßigkeit besteht in der Feststellung, dass der Tatbestand der Ermächtigung erfüllt ist und ggfs. eröffnetes Ermessen fehlerfrei ausgeübt worden ist.

Die Prüfung von Rechtsverletzung (Begründetheit) und Klagebefugnis (Zulässigkeit) korrespondieren. Während für die Klagebefugnis jedoch nur die substantiierte Behauptung der Verletzung eines subjektiven Rechts verlangt wird, ist im Rahmen der Begründetheitsstation zu prüfen, ob der objektiv rechtswidrige Verwaltungsakt den Kläger tatsächlich in eigenen Rechten verletzt. Ist der Kläger Adressat des Verwaltungsakts, so ist dies regelmäßig der Fall. Ist der Kläger Dritter, so muss weiter gefragt werden, ob eine verletzte Norm aus seiner Sicht auch eine Schutznorm ist.

V. Begründetheit der Verpflichtungsklage

Bei der Verpflichtungsklage unterscheidet man die Vornahmeklage (§ 113 V 1 VwGO) und die Bescheidungsklage (§ 113 V 2 VwGO). Von Vornahmeklage spricht man, wenn ein Anspruch auf Vornahme einer bestimmten Amtshandlung der Verwaltung geltend gemacht wird; ist sie begründet, so wird die Verwaltung zu deren Vornahme verurteilt. Von Bescheidungsklage spricht man, wenn ein Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung der Verwaltung geltend gemacht wird und ein Anspruch auf Vornahme einer bestimmten Amtshandlung nicht geltend gemacht werden kann, weil die Verwaltung insoweit ein Ermessen hat; ist die Bescheidungsklage begründet, so wird die Verwaltung verurteilt, den Kläger erneut zu bescheiden, und zwar diesmal unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts.

Bei der Vornahmeklage empfiehlt sich eine Umkehrung der Reihenfolge Rechtswidrigkeit und Rechtsverletzung. Wenn nämlich eine Rechtsverletzung vorliegt, steht Rechtswidrigkeit fest. Die Rechtsverletzung besteht dann in der Missachtung eines inhaltlich bestimmten gesetzlichen Anspruchs. Dies muss zugleich rechtswidrig sein. Bei der Adressatenanfechtungsklage kann so nicht aufgebaut werden, weil die Rechtsverletzung dort in der Verletzung der inhaltlich unbestimmten allgemeinen Handlungsfreiheit besteht.

VI. Nachtrag: Die Lehre vom Beurteilungsspielraum

Als letzte Ergänzung des Prüfungsschemas bei belastenden und begünstigenden Verwaltungsakten stelle ich Ihnen die Lehre vom Beurteilungsspielraum dar. Dies erfolgt außerhalb des Schemas, ex post, wegen der besonderen Schwierigkeit.

Beurteilungsspielraum und Ermessen haben gemeinsam, dass beide der Verwaltung einen Spielraum eröffnen, der gerichtlich nicht voll überprüfbar ist. Das Ermessen betrifft die Verbindung von Tatbestand und Rechtsfolge; der Beurteilungsspielraum betrifft einzelne Merkmale eines Tatbestandes. Insoweit ist er eine Irregularität. Der Regelfall besteht darin, dass bei der Subsumtion unter Tatbestandsmerkmale die Verwaltung keine Spielräume hat, sondern ihre Subsumtion von den Gerichten voll nachgeprüft wird. Anders als bei Studierenden in Prüfungen reicht es für die Verwaltung im Verwaltungsprozess nicht, dass ihre Subsumtion vertretbar ist. Die Subsumtion muss vielmehr richtig sein, und es gibt nur eine richtige Subsumtion, über die die Verwaltungsgerichte entscheiden. Dies ist bei Beurteilungsspielräumen anders. Hier hat die Verwaltung grundsätzlich das letzte Wort und können die Verwaltungsgerichte die Subsumtion der Verwaltung nur in engen Grenzen überprüfen, so wie beim Ermessen.

Ein Beispiel für einen Beurteilungsspielraum ist die Benotung von Prüfungsleistungen in juristischen Staatsexamen. Zwar gibt es gesetzliche Definitionen der Note "befriedigend" (eine Leistung, die durchschnittlichen Anforderungen in jeder Hinsicht entspricht) und ist die Vergabe der Note Subsumtion unter die Definition. Doch gibt es hier einen Beurteilungsspielraum, bei dem die gerichtliche Kontrolldichte auf folgende Punkte reduziert ist: Sachverhaltsermittlung, Einhaltung von Verfahrensvorschriften, Beachtung allgemein anerkannter Bewertungsgrundsätze, sachfremde Erwägungen. Werden diese Punkte respektiert, so muss das Gericht die Benotung akzeptieren, auch wenn es selbst möglicherweise anders benotet

hätte.

Damit stellen sich drei Fragen, die nicht aus dem Gesetz zu beantworten sind. Nicht zuletzt das Fehlen einer gesetzlichen Regelung macht das Rechtsinstitut "Beurteilungsspielraum" schwierig und unbeliebt. Die erste Frage lautet: Wann eröffnet ein unbestimmter Rechtsbegriff einen Beurteilungsspielraum? Die zweite Frage lautet, was aus der Eröffnung eines Beurteilungsspielraums juristisch folgt. Drittens ist zu fragen, wie ein Beurteilungsspielraum in das Schema für die Überprüfung der Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsakts einzufügen ist, wie m.a.W. wir von diesem Exkurs in die Systematik der Vorlesung zurückfinden.

Ausgangspunkt der Überlegungen zum Beurteilungsspielraum hat zu sein, dass im Verwaltungsrecht nicht jede Unbestimmtheit von Rechtsbegriffen, etwa der Begriffe "Verunstaltung" oder "Zuverlässigkeit", der Verwaltung einen Beurteilungsspielraum zu Lasten der Verwaltungsgerichte und der Bürger eröffnet, sondern dass dies nur in bestimmten Fallgruppen so ist.

Als solche hat die Rechtsprechung anerkannt: Prüfungsentscheidungen (BVerfGE 84, 34 und 59); prüfungsähnliche Entscheidungen; beamtenrechtliche Beurteilungen; Entscheidungen weisungsfreier Ausschüsse; Prognoseentscheidungen und Risikobewertungen. Fallgruppen bei Maurer, VerwR, § 7 Rn. 37 ff. Maßgebendes Kriterium ist dabei, ob die Verwaltung entweder einen von den Gerichten uneinholbaren Erkenntnisvorsprung hat oder vom Gesetzgeber in begrenztem Umfang zu rechtlich nicht gebundenen Wertungen ermächtigt ist.

Ein uneinholbarer Erkenntnisvorsprung besteht im Prüfungswesen, weil jede Prüfung und jede Benotung auch ein Vergleich mehrerer Kandidaten und ihrer Leistungen ist, ein Gericht aber immer nur über einzelne Streitfälle entscheidet und weil weiter jede Prüfung situationsgebunden ist, ein Gericht aber immer erst nachträglich entscheiden kann. Entsprechendes gilt für beamten-

rechtliche Beurteilungen.

Bei Entscheidungen weisungsfreier Ausschüsse und Prognose- und Risikoentscheidungen der Verwaltung lässt sich dem ermächtigenden Gesetz entnehmen, dass die Verwaltung im Verhältnis zu den Gerichten das letzte Wort haben soll. Ein Beispiel ist § 5 I Nr. 3 AufenthG, wonach einem Ausländer die Erteilung eines Aufenthaltstitels verweigert werden darf, wenn der Aufenthalt Interessen der Bundesrepublik Deutschland beeinträchtigt oder gefährdet. Der Begriff "Interessen" ist kein Rechtsbegriff. Es liegt nahe, dass bei seiner Auslegung und Anwendung die politisch geleitete Verwaltung im Verhältnis zu den Verwaltungsgerichten das letzte Wort haben soll. Vergleichbare Fälle normativer Ermächtigung der Verwaltung zu abschließender Entscheidung sind selten.

Fraglich ist als zweites, ob bei Vorliegen eines Beurteilungsspielraums die Verwaltung von jeder gerichtlichen Kontrolle freigestellt ist. Die Antwort auf diese Frage kann in einem Rechtsstaat im Ansatz nur "Nein!" sein. Eine begrenzte gerichtliche Kontrolle muss stattfinden. Beurteilungsspielräume ähneln insoweit dem Ermessen, weshalb man auch von einem Tatbestandsermessen spricht. Diese Ähnlichkeit setzt sich bei den rechtlichen Kontrollmaßstäben fort. Die gerichtliche Kontrolldichte ist auf folgende Punkte reduziert: Richtigkeit und Vollständigkeit der Sachverhaltsermittlung, Einhaltung von Verfahrensvorschriften (weshalb die Unbeachtlichkeitsvorschrift des § 46 VwVfG solche Fälle nicht erfasst), Beachtung allgemein anerkannter Bewertungsgrundsätze, Fehlen sachfremder Erwägungen. Dies kann man auch dahin zusammenfassen, dass bei Beurteilungsspielräumen nur eine gerichtliche Kontrolle auf Vertretbarkeit der Verwaltungsentscheidung stattfindet.

Im Prüfungsschema muss das Problem des Beurteilungsspielraums bei dem Punkt "materielle Rechtmäßigkeit" zu Beginn der Überprüfung des Tatbestands einer Norm eingefügt werden. Hier ist jeweils zu fragen, ob bei einem Tatbestandsmerkmal eine

Vollkontrolle stattfindet oder ob die Kontrolle auf eine Vertretbarkeitskontrolle reduziert ist, weil ein Tatbestandsmerkmal einen Beurteilungsspielraum eröffnet. Diese Frage aufzuwerfen lohnt sich bei allen Tatbeständen mit unbestimmten Rechtsbegriffen. Sie zu bejahen bleibt aber die seltene Ausnahme. Keinen Beurteilungsspielraum eröffnet trotz der Unbestimmtheit seiner Begrifflichkeit z.B. § 15 II VersG. Hier ist keines der beiden für einen Beurteilungsspielraum angeführten Kriterien einschlägig.

Bei verwaltungsrechtlichen Normen mit unbestimmten Rechtsbegriffen ergibt sich damit folgende Prüfungsreihenfolge:

I. Tatbestand,

II. Ggfs. Ermessen.

Im Rahmen des Tatbestandes ist zwischen Vollkontrolle und Vertretbarkeitskontrolle zu unterscheiden. Grundsätzlich findet eine Vollkontrolle statt, es sei denn, es besteht ausnahmsweise ein Beurteilungsspielraum.