

## DIE ANFECHTUNGSKLAGE

### Das AL-PRÜFUNGSSCHEMA der ANFECHTUNGSKLAGE

#### A. Zulässigkeit

##### I. Zulässigkeit des Verwaltungsrechtswegs

1. Spezialzuweisung zum Verwaltungsgericht (Bsp. § 126 BBG, § 54 BeamtStG)
2. Generalklausel § 40 Abs.1 VwGO
  - a) öffentlich-rechtliche Streitigkeit
  - b) nichtverfassungsrechtlicher Art
3. Keine abdrängende Sonderzuweisung (Bsp. § 23 EGGVG)

##### II. Statthafte Klageart: § 42 Abs.1 VwGO

##### III. Besondere Zulässigkeitsvoraussetzungen

1. Klagebefugnis gem. § 42 Abs.2 VwGO
2. Vorverfahren gem. §§ 68 ff. VwGO
3. Klagefrist gem. § 74 VwGO
4. Klagegegner gem. § 78 VwGO

##### IV. Allgemeine Zulässigkeitsvoraussetzungen

1. Deutsche Gerichtsbarkeit: §§ 17, 18 GVG
2. Örtliche / sachliche / instanzielle Zuständigkeit: §§ 45 ff. VwGO
3. Ordnungsgemäße Klageerhebung: §§ 81,82 VwGO
4. Klageänderung: § 91 VwGO
5. Anderweitige Rechtshängigkeit
6. Entgegenstehende Rechtskraft
7. Beteiligten-, Prozess-, Postulationsfähigkeit: §§ 61 ff. VwGO
8. Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis

#### B. Begründetheit

##### I. Rechtswidrigkeit des VA´s

1. Bestehen einer Ermächtigungsgrundlage
2. Formelle Rechtmäßigkeit des VA´s
  - a) Zuständigkeit der verklagten Behörde
    - aa) sachlich
    - bb) örtlich
    - cc) instanziell
  - b) Ordnungsgemäßes Verwaltungsverfahren
    - aa) Anhörung
    - bb) Zulässige Mitwirkung
    - cc) Form und Bekanntgabe
      - grds. formlos § 37 Abs.2 VwVfG
      - Ausnahme: Spezialvorschriften (Bsp.: § 73 Abs.3 VwGO)
    - dd) Begründung § 39 Abs.1 VwVfG
      - Ausnahme: § 39 Abs.2 VwVfG
3. Materielle Rechtmäßigkeit des VA´s
  - a) Tb-Voraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage
  - b) Richtiger Adressat
  - c) Bestimmtheit
  - d) Ermessen / Verhältnismäßigkeit

##### II. Rechtsverletzung des Klägers

**Vorbemerkung:**

- 1) **Mit der Anfechtungsklage wird die Aufhebung eines (belastenden) VA's begehrt, soweit dieser rechtswidrig ist.** Sie ist daher eine **Gestaltungsklage**, da hier die Rechtslage durch das stattgebende Urteil unmittelbar "umgestaltet" wird. Ihr Anwendungsbereich ist die **Ein-griiffsverwaltung**, nicht die Leistungsverwaltung (diese wird im Wege der Verpflichtungsklage behandelt). Aus diesem Grund ist das **objektive Vorliegen des VA's Voraussetzung für die Zulässigkeit der Anfechtungsklage**. Der Begriff des VA's ist in § 35 S.1 VwVfG legal definiert (vgl. im Einzelnen das Kapitel "Der Verwaltungsakt"). Gegen andere Maßnahmen der Verwaltung ist die Anfechtungsklage nicht statthaft. Dies folgt bereits unmittelbar aus dem Wortlaut der §§ 42 Abs.1 und 79 Abs.1 VwGO.
- 2) **Zu beachten ist, dass mit der Anfechtungsklage auch nichtige VA's (arg. e contrario § 43 Abs.2 S.2 VwGO) angreifbar sind.** Dies folgt aus § 43 Abs. 2 Satz 2 VwGO, da insoweit ausdrücklich eine Ausnahme von der grundsätzlichen Subsidiarität der Feststellungsklage gemacht wird. Hiernach hat der Kläger also ein Wahlrecht zwischen der Feststellungs- und Anfechtungsklage. Dies ist für den Kläger deshalb günstig, weil für ihn häufig überhaupt nicht feststellbar sein wird, ob der VA (nur) rechtswidrig und damit aufhebbar oder sogar nichtig ist.
- 3) **Eine Anfechtungsklage sui generis ist die Aufsichts- oder Beanstandungsklage.** Mit dieser Klage kann eine Aufsichtsbehörde Verwaltungsakte anfechten, die durch bei der Behörde gebildete Ausschüsse erlassen werden. Diese besonderen gesetzlichen Zulässigkeitsregelungen sind notwendig, da es sich hierbei um Streitigkeiten handelt, bei denen es an einer Verletzung eigener Rechte der Behörde fehlt und insofern die Voraussetzung des § 42 Abs. 2 VwGO nicht gegeben sein wird. Bezüglich des genauen Regelungsgehalts ist auf die jeweiligen landesgesetzlichen Regelungen zu verweisen. Hier werden je nach Landesrecht verschiedene Voraussetzungen verlangt. Zum Teil ist die Aufsichtsklage an keinerlei Voraussetzungen gebunden, zum Teil ist sie nur zulässig, wenn eine Rechtsverletzung oder ein Ermessensmissbrauch behauptet wird (Saarland, § 17 AGVwGOSaarl), in manchen Ländern muss es sich dagegen um eine Selbstverwaltungsangelegenheit handeln, wobei der Bescheid nicht von der Körperschaft der beteiligten Behörde angefochten wird (§ 17 Abs. 1 AGVwGORhPf).

**A. Zulässigkeit****I. Verwaltungsrechtsweg**

Im Rahmen der Anfechtungsklage bestehen hinsichtlich des Verwaltungsrechtsweges keinerlei Besonderheiten (vgl. im Einzelnen hierzu das Kapitel "Der Rechtsweg").

**II. Statthafte Klageart**

Die statthafte Klageart richtet sich nach dem **Klagebegehren des Klägers**, so wie es sich bei verständiger Würdigung des Klageantrages darstellt (§ 88 VwGO). Dabei ist auch die richterliche Hinweispflicht des § 86 Abs. 3 VwGO zu beachten („hat darauf hinzuweisen“). Wie zuvor ausgeführt, begehrt der Kläger mit der Anfechtungsklage die Aufhebung eines ihn belastenden **Verwaltungsakts (VA)**.

**Beachte:** Wird ein begünstigender VA erlassen und später von der Behörde aufgehoben, kommt die Anfechtungsklage gegen die Aufhebung als statthafte Klageart in Betracht. Mit der Aufhebung des belastenden (Aufhebungs-)VA lebt der begünstigende VA wieder auf (§ 43 Abs. 2 VwGO). Einer Verpflichtungsklage fehlt das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis.

In der Klausur ist zudem - soweit erforderlich - an dieser Stelle ausführlich zu problematisieren, ob ein Verwaltungshandeln **VA-Qualität** hat. Kommt einem Verwaltungshandeln VA-Qualität zu, ist dieser jedoch erledigt, so ist hier nicht die Anfechtungsklage, sondern die Fortsetzungsfeststellungsklage einschlägig (vgl. hierzu das Kapitel "Fortsetzungsfeststellungsklage").

### III. Besondere Zulässigkeitsvoraussetzungen

#### 1. Die Klagebefugnis

Nach § 42 Abs. 2 VwGO hat der Kläger geltend zu machen, durch den Verwaltungsakt in seinen Rechten verletzt zu sein. Der Zweck dieser Regelung ist, zu verhindern, dass jedermann von dieser Klagemöglichkeit Gebrauch machen kann, selbst wenn er von dem angefochtenen Verwaltungsakt nicht betroffen ist (Ausschluss der sog. **Popularklage**). Um eine der VwGO fremde Popularklage zu verhindern, wird § 42 Abs. 2 VwGO von der h.M. auch bei der allgemeinen Leistungsklage in analoger Weise angewendet (Schenke, Verwaltungsprozessrecht, § 14 Abs. 2, Rn. 491; vgl. hierzu das Kapitel: "Allgemeine Leistungsklage").

**Das verletzte Recht muss ein subjektives Recht sein. Hierzu gehören nach der Schutznormtheorie** (vgl. BVerwGE 1, 83; 81, 334; 82, 344) alle Normen, die eine individuelle Rechtsposition des Klägers schützen. Wenn das verletzte Recht sich nur als Nebenwirkung (als sog. **Rechtsreflex**) aus einer Norm ergibt, die ausschließlich im öffentlichen Interesse ergangen ist, und in der die Nebenwirkung ersichtlich nicht bezweckt war, handelt es sich nicht um eine Schutznorm, und demzufolge macht der Kläger dann kein subjektives Recht geltend, wenn er sich auf diese Rechtsreflexe beruft.

Schwierigkeiten bei der Unterscheidung zwischen subjektivem Recht und Rechtsreflex sind nicht auszuschließen, insbesondere wenn es nicht um die Prüfung von Grundrechten geht, deren subjektiver Charakter sich entweder schon aus dem Wortlaut der Norm selbst ergibt oder der problemlos daraus abgeleitet werden kann. Bei Ansprüchen, die sich aus dem einfachen Verwaltungsrecht ergeben, wird die Frage der Gewährung eines subjektiv-öffentlichen Rechtes weit öfter zu problematisieren sein. Im Wesentlichen sind folgende Abgrenzungsmethoden zu erwähnen:

##### a) Adressatentheorie

aa) Ist der Kläger **Adressat eines ihn belastenden VA**, ist die Klagebefugnis ohne Weiteres gegeben. Allein diese Tatsache reicht für die Behauptung einer möglichen Rechtsverletzung aus (Konsequenz aus dem sog. „Elfes-Urteil“ des BVerfG, BVerfGE 6, 32 f.). Hier ergibt sich die Klagebefugnis nämlich ohne Weiteres aus einer möglichen Verletzung des Art. 2 Abs. 1 GG: Das durch diese Vorschrift gewährte Grundrecht ist immer dann verletzt, wenn eine Maßnahme der öffentlichen Gewalt nicht dem Gesetz entspricht, also rechtswidrig und damit letztlich ohne gesetzliche Grundlage ergangen ist. Wegen der sich aus dem erlassenen VA ergebenden belastenden Rechtsfolgen steht bereits jetzt fest, dass der Kläger immerhin in seinen Rechten betroffen, wenn auch nicht notwendigerweise verletzt ist (das ist in der Begründetheitsstation zu prüfen).

aa) Wendet sich der Kläger jedoch gegen einen VA, der unmittelbar nur einen anderen belastet oder begünstigt, ihn selbst aber lediglich mittelbar betrifft (*VA mit Doppelwirkung, § 80 a VwGO*), hilft die Adressatentheorie mangels Vorliegen eines an den Kläger adressierten VA's nicht weiter. Hier ist dann - wie nachfolgend unter Pkt.b) dargestellt - die Klagebefugnis anhand der *Möglichkeitstheorie* zu prüfen.

##### b) Möglichkeitstheorie

aa) Nach der *Möglichkeitstheorie* ist i.R.d. der Klagebefugnis nur zu fordern, dass dem Kläger ein subjektives Recht zustehen und es entsprechend seines Tatsachenvortrag verletzt sein *kann*.

Dies ist nach der Rechtsprechung nur dann nicht der Fall, wenn offensichtlich und eindeutig nach keiner Betrachtungsweise die vom Kläger behaupteten Rechte bestehen oder ihm zustehen können (vgl. Kopp/Schenke, VwGO, § 42 Rn. 66)

- bb) Auch **juristische Personen** können in ihren Rechten verletzt sein, vgl. jedoch Art.19 Abs.3 GG.
- cc) **Personenvereinigungen** sind nicht klagebefugt, wenn durch den Verwaltungsakt keine eigenen Rechte der Vereinigung, sondern nur Rechte eines Mitglieds verletzt werden. Die Anerkennung einer allgemeinen Verbandsklage ist bislang an diesem Erfordernis einer eigenen Rechtsverletzung gescheitert.
- dd) Beachten Sie jedoch, dass eine **Verbandsklage** aufgrund **ausdrücklicher gesetzlicher Regelung** möglich ist. Der Bundesgesetzgeber hat z.B. den **Naturschutzverbänden** durch § 63 BNatSchG im Rahmen des Verwaltungsverfahrens einige Mitwirkungsrechte und durch § 64 BNatSchG ein Verbandsklagerecht zugewiesen. Voraussetzung ist die **Anerkennung des Vereins** nach § 63 Abs. 1 BNatSchG i.V.m. § 3 Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz. Anerkannte Vereine sind von dem gesetzlichen Erfordernis, geltend machen zu müssen, durch den Verwaltungsakt, seine Ablehnung oder seine Unterlassung in ihren Rechten verletzt zu sein, unter den in § 64 BNatSchG geregelten Voraussetzungen befreit. Insoweit hat der Gesetzgeber den Vereinen die Rolle als „**Verwaltungshelfer**“ zugewiesen, um öffentliche Belange des Naturschutzes und der Landschaftspflege in besonderer Weise zur Geltung zu bringen (vgl. VGH München, BayBl. 2004, 343,344). In Nordrhein-Westfalen hat der Landesgesetzgeber in § 12 b LG NW den nach § 12 LG NW anerkannten Verbänden das Recht eingeräumt, Rechtsschutz in Anspruch zu nehmen, ohne die Verletzung eigener Recht geltend machen zu müssen. Auch die Länder Berlin, Bremen, Hamburg und Hessen den anerkannten Naturschutzverbänden ein beschränktes Klagerecht im Bereich des Naturschutzes und der Landschaftspflege eingeräumt. § 42 Abs. 2 VwGO fordert die Verletzung eigener Rechte ja nur insoweit, als nichts anderes gesetzlich bestimmt ist. Weitere Ausnahmen sind z.B. in der Handwerksordnung (§§ 8,11, 12 HandwO) vorgesehen.
- ee) **§ 45 StVO** kann gleichsam eine Klagebefugnis begründen (BVerwG NJW 2003, 601). Dem Einzelnen wird – allerdings auf eine **ermessensfehlerfreie Entschließung** der Behörde beschränkt – ein **Anspruch auf Einschreitung gegen verkehrsrechtswidrige Zustände** eingeräumt, wenn dadurch deren öffentlich-rechtlich geschützte Interessen beeinflusst werden. **Beispiel:** Eigentum von Anwohnern, sofern durch den Verkehr Erschütterungen und damit Eigentumsbeeinträchtigungen resultieren.

### c) Die Problematik der Verwaltungsakte mit Drittwirkung

Die Frage der Verwaltungsakte mit Drittwirkung oder auch **Drittbetroffenenklagen** tritt immer dann auf, wenn der durch den VA Betroffene nicht der primäre Adressat des VAs ist. Derartige Klagen treten vor allem im Nachbarrecht oder im Zusammenhang mit Konkurrenzverhältnissen auf. In diesen Fällen ist darauf abzustellen, ob wirklich **eigene Rechte** des Klägers verletzt sein können.

- aa) **Bei Nachbarklagen ist zu prüfen, ob der Kläger nachbarschützende Rechtspositionen aus dem Bauordnungsrecht geltend macht** (wie etwa Abstandsflächen oder brandschutzrechtliche Normen), oder ob es sich um allgemeine Bestimmungen handelt, die nicht auf den Nachbarschutz ausgerichtet sind. Dabei ist zu beachten, dass nach einigen Landesbauordnungen für gewisse Bauwerke zwischenzeitlich keine Baugenehmigung mehr erforderlich ist. Ein typischer Fall ist dabei der § 67 BauO NW, der sich auf Einfamilienhäuser bezieht. Wenn allerdings keine solche Baugenehmigung vorliegt, existiert auch kein drittbelastender VA, so dass in diesen Fällen die Anfechtungsklage ausgeschlossen ist. Es kommen lediglich noch die Geltendmachung bei den Zivilgerichten oder der Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz gegen die Baubehörde in Betracht, mit der diese zum Einschreiten verpflichtet wird.

Weitere Probleme entstehen im Zusammenhang mit dem Bauplanungsrecht, Immissionen von Nachbargrundstücken und der subjektiven Wirkung des Art. 14 GG. Hierzu sei auf das Kapitel Baurecht verwiesen.

bb) Ein weiterer Problemkreis tritt in Bezug auf die Klagebefugnis dann auf, wenn es um Konkurrenzverhältnisse geht (sog. **Konkurrentenklagen**). Hierunter fallen Klagen, in denen es um die Begünstigung eines Wirtschaftsunternehmens durch einen Verwaltungsakt geht, der gleichzeitig einen Konkurrenten des Begünstigten benachteiligt. Diese Klagen treten vor allem im Beamtenrecht, im Recht der Berufszulassung und im wirtschaftlichen Wettbewerbsrecht auf. Hier ist zwischen der **negativen** und der **positiven** Konkurrentenklage zu unterscheiden. Im ersten Fall bezweckt der Konkurrent lediglich die Aufhebung der Begünstigung, im letzteren versucht er, die Begünstigung auf seine eigene Rechtsposition auszudehnen.

Bei der **negativen Konkurrentenklage** ist zu prüfen, ob die Verletzung einer subjektiven Rechtsposition durch den Verwaltungsakt als **möglich erscheint**. Es ist dabei nicht notwendig, dass eine tatsächliche Rechtsverletzung festgestellt wird, sondern es geht lediglich um die Frage, ob die behauptete Beeinträchtigung ein subjektiv-öffentliches Recht einschränkt. Wenn es dem Drittbetroffenen nur darum geht, lästige Konkurrenz aus dem Feld zu schlagen, so wird keine subjektive Rechtsposition geschädigt. Denn es gibt kein subjektives Recht aus Ausschaltung der Konkurrenz. Wenn demnach eine Klagebefugnis angenommen werden soll, müssen **qualifizierende Umstände** vorliegen, die eine gravierende Verfälschung der Wettbewerbssituation durch den Verwaltungsakt vermuten lassen. Dies ist etwa dann der Fall, wenn der Konkurrent durch Subventionen einen massiven Wettbewerbsvorteil erfährt oder wenn ihm bestimmte behördliche Belastungen erlassen werden, die dem Drittbetroffenen nicht erlassen werden.

Bei Konkurrentenklagen im Beamtenrecht ist streitig, ob es genügt, wenn die Verletzung des Art. 33 Abs. 2 GG durch die Ernennung eines Konkurrenten behauptet werden kann. Allerdings wird im Falle der positiven Konkurrentenklage zumeist eine Klagebefugnis bejaht, und zwar meistens in der Form einer fehlerfreien Ermessensentscheidung über die Ernennung oder die Beförderung.

#### d) Die Problematik der Präklusion

In manchen Fällen ist der Kläger mit seinem subjektiven Recht präkludiert, d.h. die Geltendmachung wird von Gesetzes wegen ausgeschlossen.

##### Beispiele:

- Ausschluss von nicht rechtzeitig erhobenen Einwendungen im Planfeststellungsverfahren (§ 73 Abs. 6 S. 1 VwVfG).
- Ausschluss von nicht innerhalb der Auslegungsfrist geltend gemachten Einwendungen im Immissionsschutzrecht (§ 10 Abs. 3 S. 3 BImSchG).

In diesen Fällen stellt sich die Frage, ob der Kläger nicht schon dadurch seine Klagebefugnis verliert.

**Hier ist nach der Rechtswirkung der Präklusion zu unterscheiden.** Wenn die Präklusion lediglich den Ausschluss von Einwendungen im Planungsverfahren zur Folge hat, nicht aber die Vernichtung des geltend zu machenden subjektiven Rechts, so ist die Klagebefugnis gegeben. Wenn dies allerdings nicht der Fall ist, kann sich der Kläger nicht auf sein subjektives Recht berufen, da dieses durch die Präklusion untergegangen ist. In diesem Fall kann er auch nicht klagebefugt sein.

### e) Gesetzliche Ausnahmen vom Erfordernis der Klagebefugnis

In § 42 Abs. 2 VwGO ist geregelt, dass durch gesetzliche Bestimmung Ausnahmen vom Erfordernis der Klagebefugnis gemacht werden können (**„soweit gesetzlich nichts anderes bestimmt ist“**).

Die Ausnahmeregelung setzt jedoch ein formelles Gesetz voraus, welches nach Inkrafttreten der VwGO erlassen wurde. Ob hier lediglich Bundesgesetze gemeint sind, oder ob auch Landesgesetze genügen ist streitig. Einerseits wird vertreten, dass es in der VwGO immer ausdrückliche Erwähnung findet, wenn der Erlass von Landesgesetzen als ausreichend erachtet wird (vgl. Schoch/Schneider/Bier, VwGO, § 42 Abs. 1 Rn. 37), während die Gegenmeinung vertritt, Landesgesetze reichten immer dann aus, wenn ein Zusammenhang mit Kompetenzen des Landes besteht (vgl. BVerwGE 92, 263).

## 2. Das Vorverfahren

- a) Anders als im Zivilprozess, jedoch ähnlich wie in der StPO (§§ 160 ff. StPO) findet vor Durchführung eines Verwaltungsprozesses in einigen (wichtigen) Verfahrensarten ein Vorverfahren statt (Anfechtungsklage, Verpflichtungsklage, Fortsetzungsfeststellungsklage). Das Vorverfahren ist ein außergerichtliches Verfahren und damit Teil eines Verwaltungsverfahrens.

Es ist auf

- eine **verwaltungsinterne Selbstkontrolle der Behörde** und
- eine **Entlastung der Gerichte** gerichtet

Als solches wird das Verwaltungsverfahren von der Verwaltungsbehörde geführt. Es dient einer erneuten Überprüfung der Verwaltungsentscheidung hinsichtlich der **Recht- und Zweckmäßigkeit** und gewährt damit praktisch eine „zweite behördliche Instanz“.

Eingeleitet wird das Vorverfahren mit der **Erhebung des Widerspruchs**, gem. § 69 VwGO. Dieser richtet sich nur gegen VA'e (§§ 68 ff. VwGO), so dass - wie zuvor dargestellt - das Vorverfahren auch nur bei der Anfechtungs-, Verpflichtungs- und Fortsetzungsfeststellungsklage in Betracht kommen kann. Für diese Klagen ist die Durchführung des Vorverfahrens unabdingbar, da es grundsätzlich Zulässigkeitsvoraussetzung ist, vgl. § 68 VwGO.

- b) Das Vorverfahren ist jedoch gem. § 68 Abs.1 S.2 VwGO unter bestimmten Voraussetzungen entbehrlich, sei es aufgrund gesetzlicher Bestimmungen oder sei es, dass ein ungeregelter Fall der **Entbehrlichkeit** vorliegt.

Diese Erkenntnis ist nicht nur deshalb wichtig, weil davon die Statthaftigkeit des Widerspruchs abhängt, sondern auch, weil bei der Entbehrlichkeit der Durchführung des Widerspruchs die Klage nicht nur ohne Weiteres erhoben werden kann, sondern auch muss.

#### aa) Gesetzlicher Ausschluss, § 68 Abs. 1 S. 2 Var. 1 VwGO

Nach § 68 Abs. 1 S. 2 Var. 1 VwGO bedarf es der Durchführung eines Widerspruchsverfahrens nicht, wenn ein Gesetz dies bestimmt. Unter den Begriff „Gesetz“ i.S. dieser Bestimmung fallen (formelle) Bundes- und – seit Inkrafttreten des **6. VwGOÄndG** – auch Landesgesetze auf dem Regelungsgebiet des betreffenden Bundeslandes.

Es muss sich dabei immer um ein Gesetz handeln, das erst nach dem 1.4.1960, also nach der VwGO (§ 195 Abs. 1 S. 1 VwGO), in Kraft getreten ist (Kopp/Schenke, VwGO, § 68 Rn. 17a).

**Gesetzliche Vorschriften** i.S.d. § 68 Abs. 1 S. 2 Var. 1 VwGO sind z.B. § 41 Abs. 1 S. 2 BDG, § 25 IV S. 2 JuSchG, § 83 Abs. 2 AufenthG oder bei (juristischen) Prüfungsentscheidungen die jeweiligen Landesjustizausbildungsordnungen. Praktische Relevanz besitzt auch § 74 Abs. 1 S. 2 VwVfG i.V.m. § 70 VwVfG im Rahmen des Planfeststellungsverfahrens.

Auf **Landesebene** sind nicht wenige Bundesländer dazu übergegangen, insbesondere in Angelegenheiten der Kommunalabgaben (etwa der Gewerbesteuer), aber auch in anderen Bereichen des Landesrechts, das Widerspruchsverfahren auszuschließen. In welchen Fällen die Durchführung des Widerspruchsverfahrens entbehrlich ist, kann dem jeweiligen landesrechtlichen Ausführungsgesetz zur VwGO (**in NRW seit dem 01.01.2011: § 110 JustG NW**) entnommen werden. Liegt ein Ausschlussgrund vor, muss der Betroffene direkt beim Verwaltungsgericht Klage erheben.

Es gibt lediglich einige **Ausnahmetatbestände**, bei denen nach wie vor ein Widerspruchsverfahren durchzuführen ist. Bei dem Widerspruch des Adressaten sind die wenigen Ausnahmen nun in **§ 110 Abs. 2 JustizG NW** geregelt. Hierbei handelt es sich um:

- die Verwaltungsverfahren auf der Grundlage des Bundesrecht oder das Recht der Europäischen Union
- prüfungsbezogene Verfahren
- Verfahren im Bereich des Schulrecht-, Ausbildungs-, Studien- und Graduiertenförderungsrechts
- Verfahren des Westdeutschen Rundfunk oder der Gebühreneinzugszentrale (GEZ)

Zur Umsetzung der Regelungen wurde auch das **LBG NRW geändert**, um so eine Ausklammerung im Beamtenverhältnis zu vermeiden. Nach Artikel 2 Bürokratieabbaugesetz Abs. 2 ist § 104 Abs. 1 S. 1 LBG NRW (§ 179a LBG NRW a.F.) in das LBG NRW eingefügt worden. Nach Satz 3 dieser Vorschrift, die zuletzt mit Wirkung zum 19. Oktober 2013 geändert wurde, soll im Rahmen des Rechtsschutzes gegen beamtenrechtliche Maßnahmen befristet bis zum 31. Dezember 2014 nun kein Vorverfahren mehr notwendig sein. Satz 2 schafft hierzu dann aber schon wieder eine weitreichende Ausnahme. In besoldungs-, versorgungs-, beihilfe-, heilfürsorge-, reisekosten-, trennungs-, entschädigungs- und umzugskostenrechtlichen Angelegenheiten bleibt nämlich alles beim Alten und damit auch bei der Notwendigkeit der Durchführung eines Vorverfahrens.

Im **Drittwidpruchsverfahren** ist der Widerspruch grundsätzlich durchzuführen, sofern sich ein Dritter gegen den einen anderen begünstigenden VA richtet, vgl. § 110 Abs. 3 JustizG NW (lesen!).

**§ 68 Abs.1 S.2 Nr.1 VwGO:** Der Verwaltungsakt stammt von einer obersten Bundes- oder Landesbehörde. Beachten Sie, dass damit die jeweilige Spitze der Exekutive angesprochen ist, z.B. Ministerien auf Bundes- oder Landesebene, der Bundesrechnungshof etc. Nicht erfasst werden hierdurch die Bundesoberbehörden.

**§ 68 Abs.1 S.2 Nr.2 VwGO:** Eine Person wird durch den Abhilfe- oder Widerspruchsbescheid erstmalig beschwert. Dieser wird ohne Durchführung eines Vorverfahrens eine Klage gegen diesen Bescheid erheben, wobei alleiniger Klagegegenstand der Widerspruchsbescheid ist, § 79 Abs.1 Nr.2 VwGO.

dd) **Nach Auffassung der Rechtsprechung soll ein Vorverfahren weiterhin entbehrlich sein, wenn**

- (1) **von mehreren Klägern bei einem einheitlichen Lebenssachverhalt bereits einer, oder wenn ein Dritter ein erfolgloses Vorverfahren durchgeführt hat**, z.B. im Rahmen von Abrissverfügungen (anders allerdings, wenn das durch den Dritten eingeleitete Vorverfahren wegen Verspätung scheitert; Kopp/Schenke, VwGO, § 68 Rn. 29).

- (2) **wenn die Beklagte mit der Widerspruchsbehörde identisch ist und sich vorbehaltlos auf die Klage einlässt (rügelose Einlassung der Behörde; d.h. ohne das Fehlen des Vorverfahrens zu rügen).** Die Abweisung der Klage wegen fehlenden Vorverfahrens bedeute bei dieser Sachlage einen sachlich nicht zu rechtfertigenden Formalismus. Die ablehnende Ansicht lehnt diese ungeschriebene Fallgruppe der Entbehrlichkeit aufgrund des klaren Wortlautes des § 68 Abs. 1 S. 1 VwGO und der Nichteinschlägigkeit der Ausnahme des § 68 Abs. 1 S. 2 VwGO ab. Dem Bürger werde so eine Ermessensebene und die Zweckmäßigkeitkontrolle genommen (zum Stand der aktuellen Entwicklung vgl. Eyermann, VwGO, § 68 Rn. 29).
- (3) **wenn das Verhalten der Widerspruchsbehörde vor oder während des gerichtlichen Verfahrens erkennen lässt, dass ein Widerspruch erfolglos wäre** (vgl. zu diesen nicht unbestrittenen Varianten die Übersicht bei Kopp/Schenke, VwGO, § 68, Rn. 32).

c) Im Rahmen der Prüfung des Vorverfahrens sind folgende Prüfungspunkte zu berücksichtigen:

aa) Der Widerspruch ist **innerhalb eines Monats**, nachdem der Verwaltungsakt dem Beschwerdeführer bekannt gegeben worden ist, schriftlich bei der Behörde erhoben worden, die den Verwaltungsakt erlassen hat. Fehlt dem Verwaltungsakt die Rechtsbehelfsbelehrung oder ist sie fehlerhaft, beträgt die Widerspruchsfrist ein Jahr, §§ 70 Abs. 2, 58 VwGO.

bb) Hat die Behörde einen verspätet eingelegten Widerspruch sachlich beschieden, so ist eine Klage zulässig, sog. **Zweitbescheid trotz verfristeten Widerspruchs**. Die Widerspruchsfrist steht als Schutzfrist zur Dispositionsfreiheit der Widerspruchsbehörde als Herrin des Vorverfahrens.

**Ausnahme:** VA mit Doppelwirkung (z.B. Anfechtung der Baugenehmigung eines Dritten): Hat ein Dritter bereits eine unanfechtbare Rechtsposition erlangt (Genehmigung der Bebauung), kann keine Heilung der Verfristung in Betracht kommen. **Das Vertrauen des Begünstigten auf die Bestandskraft überwiegt.**

cc) Wird die Monats- bzw. Jahresfrist ohne Verschulden versäumt, so ist auf **Antrag Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren** (vgl. § 60 VwGO) und ggfs. durch Verpflichtungsklage zu erwirken.

dd) Fraglich ist der Fristablauf beim **Verwaltungsakt mit Doppelwirkung** für den beschwerten Dritten.

**Beispiel:** Entscheidung über eine Baugenehmigung

Ist dem Dritten gegenüber der VA nicht bekannt gegeben worden, so läuft keine Frist. Der Dritte kann jedoch sein **Anfechtungsrecht verwirkt** haben (spätestens 1 Jahr nach Kenntnis oder Kennenmüssen des VA; Rechtsgedanke des § 58 Abs. 2 VwGO).

Es ist ein Widerspruchsbescheid ergangen (§ 73 VwGO) oder über einen Widerspruch ohne zureichenden Grund in angemessener Frist sachlich nicht entschieden worden (§ 75 S. 1 VwGO). Eine Klage kann daher also auch bei Untätigkeit der Widerspruchsbehörde erhoben werden (sog. **Untätigkeitsklage**), jedoch ist eine Frist von drei Monaten abzuwarten. Vor Ablauf dieser Frist ist eine Klageerhebung nur zulässig, wenn besondere Umstände vorliegen. Soweit die Untätigkeitsklage wegen Nichtbescheidung eines Antrages nach Ablauf der dreimonatigen Sperrfrist des § 75 S. 2 VwGO zulässig erhoben werden kann, bedarf es bei danach ergehender negativer Behördenentscheidung zur Fortsetzung des Klageverfahrens keines Vorverfahrens. Allerdings ist der Kläger auch nicht gehindert, gegen einen nachfolgend ablehnenden Verwaltungsakt Widerspruch einzulegen (vgl. VG Köln, Urteil v. 29.04.2014, Az. 7 K 3276/13).



Die **Untätigkeitsklage kann zwar nicht verfristen** (früher bestand eine Ausschlussfrist von einem Jahr, die jedoch zwischenzeitlich aufgehoben worden ist), jedoch kann das Recht auf Untätigkeitsklage **verwirkt** werden. Hier geht die Rechtsprechung von einer Verwirkung nach Ablauf eines Jahres aus. Die Anwendung der Verwirkung auf solche Fälle ist problematisch, denn hier wird die Intention des Gesetzgebers, eine Verfristung nicht zu normieren, durch Rückgriff auf das Rechtsinstitut der Verwirkung umgangen (vgl. hierzu Schoch/Schneider/Bier, VwGO, § 75 Rn. 12). Nicht erforderlich ist die Bezeichnung als Widerspruch.

Die Bezeichnung des Widerspruchs als Einspruch, Beschwerde oder Klage ist als **falsa demonstratio** unschädlich, wenn nur ersichtlich ist, dass die Aufhebung oder Änderung des ergangenen Bescheids begehrt wird. Durch **Auslegung** ist jedoch zu ermitteln, ob ein **sonstiger außergerichtlicher Rechtsbehelf** vorliegt, z. B. eine **Dienstaufsichtsbeschwerde** durch Rüge des persönlichen Verhaltens des Beamten oder eines sonstigen Angestellten des öffentlichen Dienstes mit dem Ziel, eine Disziplinarmaßnahme zu erreichen (Untätigkeit, Rechtsbeugung), oder einer **Fachaufsichtsbeschwerde**, d.h. Rüge des sachlichen Inhalts der Maßnahme mit dem Ziel, dass die Aufsichtsbehörde das Verwaltungshandeln aufhebt. Sind die Voraussetzungen des **Widerspruchs** erfüllt, wird der erhobene Rechtsbehelf von der zuständigen Behörde im Hinblick auf die Erzielung eines **effektiven Rechtsschutzes** ungeachtet seines Wortlauts und der fehlenden Bezeichnung "Widerspruch" als Widerspruch ausgelegt.

- d) Nach der Rechtsprechung des BVerwG ist eine **reformatio in peius** (Verschlechterung, auch "Verböserung" genannt) im Widerspruchsverfahren nicht grds. ausgeschlossen. Zwar folge ihre Zulässigkeit nicht schon aus den §§ 68 ff., 73 VwGO, oder aus §§ 48, 49 VwVfG, sondern richte sich vielmehr nach dem jeweils anzuwendenden materiellen Bundes- oder Landesrecht (BVerwGE 115, 259 (265)).

Die „reformatio“ ist daher auf die **Ermächtigungsgrundlage des Grund-VA** zu stützen (BVerwGE 51, 310 (314); Pietzner/Ronellenfitsch, Das Assessorexamen im öffentlichen Recht, § 40 Rn. 1227; Kopp/Schenke, VwGO, § 68 Rn. 10 f.). Die Widerspruchsbehörde ist daher befugt, auf Basis der Ermächtigungsgrundlage des Grund-VA zu entscheiden. Eine nach Überprüfung nachteilige Entscheidung ist daher die das Ergebnis der Subsumtion unter die ursprüngliche Ermächtigungsgrundlage. Dies ergebe sich daraus, dass nach § 68 VwGO die Widerspruchsbehörde eine **umfassende Recht- und Zweckmäßigkeitkontrolle** vorzunehmen habe und somit auch zu Lasten des Widerspruchsführers entscheiden könne. Auch im gerichtlichen Verfahren müsse gem. §§ 127, 141 VwGO mit Anschlussrechtsbehelfen gerechnet werden, so dass ein Vertrauensschutz nicht bestehe, zumal der Widerspruchsführer mit der Einlegung des Widerspruchs um erneute Entscheidung nachsuche.

- aa) **Formell zuständig** ist die Widerspruchsbehörde jedenfalls unstreitig dann, wenn diese mit der Ausgangsbehörde identisch ist. Sofern die Ausgangsbehörde und die Widerspruchsbehörde jedoch verschiedene Behörden sind, ist streitig, ob und wann die Widerspruchsbehörde für die „reformatio“ zuständig ist. Die h.M. hält die Widerspruchsbehörde für zuständig, da diese kraft des **Devolutiveffektes „Herrin des Vorverfahrens“** sei (BVerwGE 51, 310 (313)). Allerdings sei insoweit auch erforderlich, dass es sich tatsächlich um eine **quantitative Intensivierung und nicht um eine qualitativ neuwertige, d.h. unabhängige Beschwerde**, handelt. Unzulässig ist daher der Erlass eines selbständigen VA durch die Widerspruchsbehörde.

**Beispiel:** Zurückweisung eines Nachbarwiderspruchs gegen eine Baugenehmigung und zusätzliche Abrissverfügung oder Zurückweisung eines Widerspruchs gegen eine Schließungsverfügung und erstmalige Androhung eines Zwangsgeldes.

bb) Zum **Verfahren** im Rahmen des Widerspruchsverfahrens gehört **grundsätzlich keine Anhörung**. § 71 VwGO sieht jedoch vor, dass der Widerspruchsführer erneut angehört werden soll, sofern durch Aufhebung oder Änderung des Verwaltungsakts im Widerspruchsverfahren erstmalig mit einer Beschwerde verbunden ist. Nach der h.M. begründet **§ 71 VwGO über seinen eigentlichen Wortlaut hinaus grds. eine Pflicht zur Anhörung im Falle einer „Verböserung“ im Widerspruchsverfahren**, sodass im Rahmen der „reformatio“ eine Anhörung des Widerspruchsführers zu erfolgen hat (vgl. Pietzner/Ronellenfisch, Das Assessorexamen im öffentlichen Recht, § 40 Rn. 1234; Redeker/v. Oertzen § 71, Rn. 2).

Die zu wahrende **Schriftform** eines jeden Widerspruchsbescheides ergibt sich aus § 73 Abs. 1 VwGO („Widerspruchsbescheid“) und der Zustellungspflicht aus § 73 Abs. 3 S. 1 VwGO.

In **Teilen des Schrifttums** wird indes eine „**reformatio in peius**“ im Widerspruchsverfahren für unzulässig erachtet (vgl. Menger/Erichsen, VerwArch. 57, 280). Der Grund-VA enthalte bereits eine wirksame Regelung (§ 43 VwVfG), welche einen **Vertrauenstatbestand** schaffe. Zudem sei die „Verböserung“ eine zusätzliche **Belastung einer verfahrensrechtlichen Stellung**. Hierfür fehle es indes an einer gesetzlichen Grundlage, insbesondere sei diese – anders als in §§ 48, 49 VwVfG; § 367 Abs. 2 AO; § 411 IV StPO – in §§ 68, 73 VwGO nicht enthalten. Darüber hinaus läge ein **Verstoß gegen das rechtliche Gehör** vor, wenn der Betroffene es hinnehmen müsse, bei der Überprüfung eines ihn belastenden VA's das Risiko einer Selbstschädigung hinzunehmen. Des Weiteren verstoße die „Verböserung“ gegen den Grundsatz „**ne ultra petita**“, weil sie zu Lasten des Betroffenen über dessen Antrag hinausgehe (§ 88 VwGO).

Eine **andere Ansicht** erachtet dies hingegen nicht als per se unzulässig: Die materiellrechtliche Zulässigkeit der reformatio in peius richte sich in erster Linie nach dem jeweils anzuwendenden materiellen Recht. Mangels spezialgesetzlicher Regelungen kann die materiellrechtliche Zulässigkeit der reformatio in peius unter Heranziehung der Maßstäbe der **§§ 48, 49 VwVfG** beurteilt werden (vgl. Schoch/Schneider/Bier, Verwaltungsgerichtsordnung, § 68 Rn. 47 ff.).

Zu weiteren Problemen des Vorverfahrens vgl. Kapitel „Verpflichtungsklage“, A. III.

### 3. Klagefrist gem. § 74 Abs. 1 VwGO

Die Anfechtungsklage muss **innerhalb eines Monats nach Zustellung des Widerspruchsbescheides** erhoben werden. Sollte die Durchführung eines Widerspruchsverfahrens entbehrlich sein (Regelfall: vgl. § 68 Abs. 1 S.2 VwGO) so ist die Klage einen Monat – und nicht vier Wochen!! – nach Bekanntgabe des VA's zu erheben. Für die Berechnung der Fristen gelten die Vorschriften der § 57 Abs. 2 VwGO i.V.m. § 222 ZPO, 188 Abs. 2, 187 Abs. 1 BGB.

Die **Bekanntgabe eines Verwaltungsaktes** ist zur Wirksamkeit eines Verwaltungsaktes von Bedeutung, vgl. § 43 Abs. 1 VwVfG. Die **Zustellung ist eine besonders formalisierte Form der Bekanntgabe**, vgl. § 41 Abs. 5 VwVfG. Wesentlicher Vorteil der Zustellung ist die leichte Nachweisbarkeit. Grundsätzlich steht es im Ermessen der Behörde, ob die einfache Bekanntgabe oder die förmliche Zustellung eines Verwaltungsaktes wählt, vgl. § 1 Abs. 2 VwZG.

**Teilweise ist die förmliche Zustellung von Ausgangsbescheiden jedoch gesetzlich vorgeschrieben**, z.B. gem. § 73 Abs. 3 VwGO für den Widerspruchsbescheid, § 74 Abs. 4 für Planfeststellungsbeschlüsse, § 44 Abs. 1 S. 1 WPfIG für Bescheide nach dem Wehrpflichtgesetz oder § 71 Abs. 2 ZDG für bestimmte Bescheide nach dem Zivildienstgesetz.

**Da die Klagefrist – wie zuvor ausgeführt – erst mit der Bekanntgabe des Ausgangsverwaltungsaktes oder der Zustellung des Widerspruchsbescheides beginnt, haben Zustellungsmängel zur Folge, dass eine Frist nicht in Gang gesetzt wird.** Die Verletzung zwingender Zustellungsvorschriften führt dazu, dass keine ordnungsgemäße Bekanntgabe i.S.v. § 41 Abs. 1 VwVfG vorliegt. Ein Verwaltungsakt ist dann nicht existent, jedoch wird ein Zustellungsmangel regelmäßig durch § 8 VwZG **geheilt**, sofern der Empfangsberechtigte das Schriftstück tatsächlich zugegangen ist (Kopp/Schenke, VwGO, § 56 Rn. 8). Dieser Grundsatz gilt für die Heilung von Mängeln der Bekanntgabe entsprechend (vg. Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 41, Rn. 77).

Eine wirksam in Gang gesetzte Klagefrist ist erst mit einer ordnungsgemäß erhobenen Klage gewahrt. Dabei ist zu beachten, dass die **Klage spätestens am letzten Tage der Frist um 24 Uhr bei Gericht** eingegangen sein muss. Wird die Klage vor einem falschen, also unzuständigem Gericht erhoben, so führt dies – anders als früher – nicht mehr zur Unzulässigkeit der Klage. Vielmehr wird die Klage an das dann zuständige Gericht verwiesen, vgl. § 17 b Abs. 1 S. 2 GVG, § 83 VwGO. Die **Verweisung lässt die Wirkungen der Rechtshängigkeit unberührt**. Dies gilt jedoch nicht, wenn eine an das zuständige Gericht adressierte Klageschrift versehentlich dem unzuständigen Gericht übermittelt wird (eine an das VG adressierte Klage wird bei dem OVG eingeworfen). Insoweit wird die Klagefrist nur gewahrt, wenn die Klageschrift noch innerhalb der Frist bei dem angerufenen Gericht eingeht.

Ein besonders examensrelevantes Thema stellt im Rahmen der Klagefrist die Zustellung mittels eingeschriebenen Briefes dar. Hierbei ist seit der Novellierung des Verwaltungszustellungsrechts zu differenzieren, ob es sich bei dem Einschreiben um ein sog. **Übergabeeinschreiben** oder um ein **Übergabeeinschreiben mit Rückschein** handelt. Handelt es sich um ein **Übergabeeinschreiben im Sinne des § 4 Abs. 2 S. 2 VwZG so gilt hier die „Dreitagesfiktion“**. Dies bedeutet, dass der Bescheid am dritten Tage nach der Aufgabe zur Post als zugestellt gilt.

**Beispiel:**

Aufgabe zur Post am 01.02.

Zustellung des Bescheides am 02.02.

Die Frist endet am 04.03. 24 Uhr gem. § 73 Abs. 3 S. 2 VwGO i.V.m. § 4 Abs. 2 S. 2 VwZG n.F.

Handelt es sich demgegenüber um ein **Übergabeeinschreiben mit Rückschein**, so beginnt die **Frist mit der tatsächlichen Zustellung** (Datum des Rückscheins) gem. § 73 Abs. 3 S. 2 VwGO i.V.m. § 4 Abs. 2 S. 1 VwZG.

Zu berücksichtigen ist des Weiteren, dass die „Dreitagesfiktion“ **zu ungunsten des Bürgers nicht abänderbar** ist. Das bedeutet, dass es auch dann bei der Berechnung nach der „Dreitagesfiktion“ verbleibt, wenn tatsächlich, wie am vorherigen Beispiel aufgezeigt, eine Zustellung zu einem früheren Zeitpunkt beginnt. Die Berechnung der Klagefrist nach der „Dreitagesfiktion“ auf Grundlage des § 4 Abs. 2 S. 2 VwZG. gilt darüber hinaus nur, wenn das VwZG überhaupt Anwendung findet, d.h. also für den VA, welcher ein Widerspruchsbescheid ist (vgl. § 73 Abs. 3 VwGO). Handelt es sich dem gegenüber um einen „normalen“ VA, also einen VA, der kein Widerspruchsbescheid ist, so bestimmen sich die Fristen nach § 41 VwVfG des Bundes respektive § 41 VwVfG des Landes (je nachdem, ob eine Bundes oder Landesbehörde handelt).

Schlussendlich sind für die **Berechnung der Fristen unbedingt die Vorschriften der §§ 57 Abs. 2 VwGO i.V.m. § 222 Abs. 1, Abs. 2 ZPO i.V.m. § 188 Abs. 2 und Abs. 3 BGB** zu beachten. Dies bedeutet, dass bei einem Fristablauf an einem Samstag, Sonntag oder gesetzlichen Feiertag der tatsächliche Fristablauf immer erst der nächste Werktag ist. Dabei ist § 222 Abs. 2 ZPO als speziellere Vorschrift der Regelung des § 193 BGB vorrangig heranzuziehen. **Die vorge-nannten Vorschriften gelten indes nicht für den Fristbeginn**. Beginnt daher die Klagefrist (beispielsweise aufgrund der „Dreitagesfiktion“) an einen Sonntag, so beginnt die Frist bereits an diesem Tage und nicht etwa am darauf folgenden Montag.

Ausnahmsweise läuft eine **Klagefrist von einem Jahr** gem. § 58 Abs. 2 VwGO bei **fehlender oder falscher Rechtsbelehrung**. Wann eine Belehrung mit **obligatorischen Angaben** richtig ist, kann mit § 58 Abs. 1 VwGO ermittelt werden. Wird ein nach dem maßgeblichen Verfahrensrecht zuzustellender VA durch Einschreiben gem. § 4 VwZG zugestellt, so ist die Rechtsbelehrung

belehrung fehlerhaft, wenn in ihr als Zeitpunkt des Fristbeginns der Zugang und nicht die Zustellung des Bescheides angegeben wird. Zu beachten ist auch, dass im Falle **fakultativer Angaben** im Rahmen der Rechtsbehelfsbelehrung (Hinweise über das Erfordernis des § 58 Abs. 1 VwGO hinaus z.B. Hinweise auf die gesetzlichen zwingende Form eine Klage schriftlich oder zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle zu erheben, vgl. § 81 VwGO) vollständig und richtig sein müssen. Auch wenn diese Angaben nicht zum notwendigen Inhalt einer Rechtsbehelfsbelehrung gehören, so darf der Zusatz weder irreführend noch aufgrund Unvollständigkeit geeignet sein, den Betroffenen von der richtigen Rechtsbehelfsbelehrung abzuhalten (vgl. Pietzner/Ronellenfisch, Das Assessorexamen im öffentlichen Recht, § 17 Rn. 554; Redker/von Oertzen, VwGO, § 58, Rn. 11 ff.).

Wird die **Klagefrist ohne Verschulden nicht gewahrt**, so kommt eine **Wiedereinsetzung in den vorigen Stand in Betracht**, vgl. § 60 VwGO. Der Anwendungsbereich dieser Vorschrift bezieht sich auf **gesetzliche Fristen**. Eine z.B. im Rahmen eines Vergleichs zugestandene Widerspruchsfrist ist dagegen eine vertragliche Frist, so dass eine Anwendung des § 60 VwGO ausgeschlossen ist. Auch eine analoge Anwendung kommt nicht in Betracht, da es aufgrund der grundsätzlichen Einwirkungsmöglichkeit auf die Dauer der vereinbarten Widerrufsfrist an einer vergleichbaren Interessenlage mangelt.

Wichtig ist, dass der Kläger sich im Rahmen des § 60 VwGO das Verschulden seines Rechtsanwaltes wie eigenes Verschulden zurechnen lassen muss, vgl. §§ 173 VwGO, § 85 Abs. 2 ZPO. Auch das Verschulden eines Urlaubsvertreters des Rechtsanwaltes muss der Kläger sich uneingeschränkt - wie ein eigenes Verschulden des Rechtsanwaltes - zurechnen lassen.

#### 4. Der Klagegegner

- a) Die Klage ist gemäß § 78 Abs.1 Nr.1 VwGO grds. gegen den Bund, das Land oder die Körperschaft zu richten, deren Behörde den angefochtenen Verwaltungsakt erlassen hat (sog. **Rechtsträgerprinzip**).
- b) Nach § 78 Abs.1 Nr.2 VwGO ist die Klage jedoch gegen die Behörde zu richten, die den Verwaltungsakt erlassen hat, wenn das Landesrecht dies vorsieht (sog. **Behördenprinzip**). So ist dies z.B. nach § 78 Abs.1 Nr.2 VwGO i.V.m. § 8 Abs.2 n.s.VwGG bzw. § 17 Abs.2 saAGVwGO bzw. § 8 Abs.2 BbgVwGG der Fall.
- c) Zur Vervollständigung sei angemerkt, dass nach einer Auffassung (besonders in Bayern!) die Frage nach dem richtigen Klagegegner erst in der Begründetheitsstation geprüft werden kann, und zwar unter dem Aspekt der *Passivlegitimation*, sodass eine Klage gegen den falschen Beklagten als unbegründet abzuweisen ist (Hufen, § 12, Rn. 29 ff.). In Nordrhein-Westfalen ist die Prüfung des Klagegegners in der Zulässigkeit dagegen die gängige Vorgehensweise.

#### IV. Allgemeine Zulässigkeitsvoraussetzungen

(gelten für alle verwaltungsgerichtlichen Klagen)

Im Rahmen der Prüfung der allgemeinen Zulässigkeitsvoraussetzungen bestehen bei der Anfechtungsklage regelmäßig keinerlei Besonderheiten. Insofern gilt es lediglich auf folgende Konstellationen hinzuweisen:

##### 1. Deutsche Gerichtsbarkeit §§ 17, 18 VwVfG

##### 2. Örtliche und sachliche Zuständigkeit des Gerichts §§ 45 ff. VwGO

### 3. Objektive Klagehäufung § 44 VwGO

Gem. § 44 VwGO können vom Kläger mehrere Klagebegehren in einer Klage zusammen verfolgt werden, wenn sie sich gegen denselben Beklagten richten, im Zusammenhang stehen und dasselbe Gericht zuständig ist.

**Beispiel:** Der Kläger wendet sich gegen einen Rücknahmebescheid (§§ 48 Abs. 1 S.2, 48 Abs. 2 VwVfG) und einen Rückforderungsbescheid (§ 49 a Abs. 1 VwVfG).

**Im Zusammenhang stehen die Klagebegehren, wenn sie nach der allgemeinen Lebensanschauung rein tatsächlich einem einheitlichen Lebensvorgang zuzurechnen sind** (Kopp/Schenke, VwGO, § 44, Rn. 5). Sofern die Voraussetzung im Einzelfall nicht vorliegt, ist die Klage nicht als unzulässig abzuweisen. Das Gericht hat die Klagebegehren vielmehr nach § 93 VwGO zu trennen. Aus diesem Grund handelt es sich bei § 44 VwGO auch nicht um eine Zulässigkeitsvoraussetzung im streng formellen Sinne.

### 4. Rechtsschutz gegen Verfahrenshandlungen § 44 a VwGO

Sinn und Zweck des § 44 a VwGO ist es, gesonderte Rechtsbehelfe gegen unselbständige Verfahrenshandlungen aus Gründen der **Verfahrensökonomie** auszuschließen, um zu vermeiden, dass anhängige Verfahren durch Rechtsbehelfe verzögert oder erschwert werden (VG Gießen, NVwZ-RR, 2004, 177; VG Gießen, Urteil v. 18.01.2011, Az. 8 K 1836/10; vgl. auch OVG Münster, Beschluss v. 05.06.2014, Az. 6 A 914/14). **Unselbständige Verfahrenshandlungen sind jede behördliche Maßnahmen, die Teil eines konkreten Verwaltungsverfahrens sind, ohne selbst Sachentscheidung zu sein.** Die dient damit der Förderung des Verfahrensziels der eigentlichen Sachentscheidung und stellt keine selbständige und abgeschlossene Regelung dar, sondern hat lediglich vorbereitenden Charakter.

**Beispiel:** Verweigerung der Akteneinsicht im laufenden Verwaltungsverfahren.

**Ausnahmen:** § 44 a Satz 2 VwGO

Eine Verfahrenshandlung ist selbständig angreifbar, sofern diese

- a) **selbständig vollstreckt** werden kann, z.B. Anordnung auf Handlung, Duldung oder Unterlassung (Blutentnahme). Durch diese Ausnahme soll der Gefahr begegnet werden, dass bei einer vollstreckbaren Verfahrenshandlung bis zur Sachentscheidung ein irreparabler Zustand geschaffen wird.
- b) Verfahrenshandlungen, die sich gegen **Nichtbeteiligte** richten. Der Begriff des Beteiligten ist aus § 13 VwVfG zu ermitteln. Dabei genügt es, wenn die Voraussetzungen des § 13 Abs. 2 S. 1 VwVfG vorliegen, eine Hinzuziehung muss noch nicht erfolgt sein.
- c) § 44 a VwGO greift auch dann nicht, wenn über das anhängige Verfahren hinaus **grundrechtlich gesicherte materielle Rechte** des Bürgers berührt werden oder bei einem Abwarten **schwere irreparable Schäden** drohen.

### 5. Beteiligtenfähigkeit § 61 VwGO

**§ 61 Nr. 1 VwGO:** Auch eine in Auflösung befindliche öffentlich-rechtliche Körperschaft ist beteiligtenfähig, sofern es um ihre Auflösung oder um damit zusammenhängende Rechtsakte geht (OVG Münster, NVWBl. 2004, 23).

### 6. Prozessfähigkeit § 62 VwGO

Eine Gemeinde in Nordrhein-Westfalen handelt gem. § 62 Abs. 3 VwGO i.V.m. § 63 Abs. 1 VwGO durch den Bürgermeister.

## 7. Ordnungsgemäße Klageerhebung §§ 81, 82 VwGO

- Die **Schriftform** ist gewahrt, wenn sich aus der Klageschrift oder aus den ihr beigefügten Anlagen eindeutig und ohne Notwendigkeit einer Rückfrage ergibt, dass die Klage **vom Kläger herrührt** und **mit dessen Willen an das Gericht** gelangt ist
- Dem **Schriftformerfordernis** des § 81 VwGO wird bei der Verwendung eines Computerfaxes (Telekopie) durch die Wiedergabe der Originalunterschrift gem. § 173 VwGO i.V.m. § 130 Nr. 6 ZPO genügt.
- **E-Mails** sind ein elektronisches Dokument i.S.d. § 86 Abs. 2 VwGO. Eine Einreichung einer Klage im Wege des elektronischen Dokumentes hängt davon ab, dass die Bundes- oder Landesregierung diesen Übermittlungsweg für ihren jeweiligen Zuständigkeitsbereich freigegeben hat. In Nordrhein-Westfalen ist dies in Form der „Verordnung über den elektronischen Rechtsverkehr bei den Verwaltungsgerichten und den Finanzgerichten (ERVVO VG/FG)“ geschehen, wonach elektronische Dokumente mit einer qualifizierten elektronischen Signatur zu versehen sind, § 2 Abs. 3 ERVVO VG/FG.

## 8. Prozessvollmacht § 67 Abs. 3 S. 1 VwGO

Ein Nachweis der Vollmacht ist nur schriftlich möglich § 67 Abs. 3 S. 1 VwGO. Fehlt selbige, kann das Gericht für das Nachreichen eine Frist setzen, § 67 Abs. 3 S. 2 VwGO.

## 9. Keine anderweitige Rechtshängigkeit § 90 Abs. 1 VwGO

Im Unterschied zur ZPO (§ 253 ZPO) wird eine verwaltungsgerichtliche Klage mit Einreichung bei Gericht rechtshängig. Eine Zustellung der Klage an den Beklagten ist hierfür nicht erforderlich.

## 10. Keine entgegenstehende Rechtskraft § 121 VwGO

Soweit über den Streitgegenstand entschieden wurde, findet durch rechtskräftige Urteile eine Bindung der Beteiligten statt. Streitgegenstand ist die vom Kläger behauptete Rechtsfolge als Ergebnis der Subsumtion des Sachverhaltes unter das Gesetz.

**Beachte:** Durch die Einlegung der **Verfassungsbeschwerde** erfolgt **keine Hinderung des Eintritts der Rechtskraft** des angegriffenen Urteils.

## 11. Beiladung § 65 VwGO

Die Beiladung führt zur Rechtskrafterstreckung i.S.d. § 121 VwGO auch auf den Beigeladenen. Die Beiladung ist nach § 65 Abs. 4 S. 3 VwGO unanfechtbar.

## B. Begründetheit

**Die Anfechtungsklage ist nach § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO begründet, soweit der Verwaltungsakt rechtswidrig und der Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt ist.**

### I. Rechtswidrigkeit des VA´s

Voraussetzung für die Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsaktes ist zunächst das Vorliegen einer wirksamen Ermächtigungsgrundlage. Dies folgt aus dem Prinzip des Vorbehalts des Gesetzes.

#### 1. Wirksame Ermächtigungsgrundlage

Rechtsgrundlage für den Vorbehalt des Gesetzes sind die Grundrechte (zumindest Art.2 Abs.2 GG und Art. 14 GG, Freiheit und Eigentum) sowie das Rechtsstaatsprinzip (Art.20, 28 GG).

Danach ist ein Handeln von Hoheitsträgern nur rechtmäßig, wenn sich aus einer Rechtsvorschrift positiv ergibt, dass so gehandelt werden darf.

Nach dem Grundgesetz bedürfen somit Eingriffe in Rechte der Bürger einer gesetzlichen Grundlage (sog. *Ermächtigungsgrundlage*).

Ausführungen zur **Verfassungsmäßigkeit der Ermächtigungsgrundlage** sind in der *verwaltungsrechtlichen* Klausur grds. entbehrlich. Es gibt nur einige wenige Vorschriften, wo Ausführungen zur Verfassungsmäßigkeit der Norm erforderlich sind, obgleich die Vorschriften rechtlich existent sind. Derartige Normen sind vor allem, **§ 15 VersG**, **§ 14 OBG** (soweit ausnahmsweise das Schutzgut der öffentlichen Ordnung betroffen sein sollte) sowie alle spezialgesetzlichen Normen für einen Anspruch auf Enteignungsentschädigung. Der Vollständigkeit halber sollen hier in Kürze die formellen und materiellen Voraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage dargestellt werden.

#### a) **Gültigkeitsvoraussetzungen eines Gesetzes**

aa) Zu den **formellen Gültigkeitsvoraussetzungen** eines Gesetzes gehören: Verbandskompetenz, Art. 70 ff. GG; Ordnungsmäßigkeit des Gesetzgebungsverfahrens, Art. 76 ff. GG für Bundesgesetze; evtl. Zitiergebot des Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG.

bb) **Zu den materiellen Gültigkeitsvoraussetzungen** eines Gesetzes gehören: Vereinbarkeit mit dem höherrangigen Verfassungsrecht; Sonderprobleme sind, ob Rückwirkung oder Einzelfallregelung vorliegen (vgl. Kapitel "Strukturprinzipien der Verfassung").

#### b) **Gültigkeitsvoraussetzungen einer Rechtsverordnung**

aa) Zu den **formellen Gültigkeitsvoraussetzungen** einer Rechtsverordnung gehören: Zuständigkeit der Exekutive, Art. 80 Abs. 1 Satz 1 GG; ordnungsgemäßes Normsetzungsverfahren Art. 80 Abs. 2, 82 GG; Zitiergebot Art. 80 Abs. 1 Satz 3 GG.

bb) Zu den **materiellen Gültigkeitsvoraussetzungen** einer Rechtsverordnung gehören: bundesgesetzliche Ermächtigungsgrundlage, Art. 80 Abs. 1 Satz 1 GG, die selbst formell und materiell verfassungsgemäß sein muss (bei einer landesgesetzlichen Ermächtigungsgrundlage gilt Art. 70 LVerfNW bzw. Art. 43 NdsVerf, Art. 47 VvB); zur materiellen Verfassungsmäßigkeit gehören auch die Anforderungen des Art. 80 Abs. 1 Satz 1 (Adressat) und Satz 2 GG (Inhalt, Zweck und Ausmaß). In Berlin ist dies unproblematisch, da die Mitwirkung der Legislative durch Art. 47 VvB garantiert wird.

#### c) **Gültigkeitsvoraussetzungen einer Satzung**

aa) Zu den **formellen Gültigkeitsvoraussetzungen** einer Satzung gehören: Zuständigkeit der öffentlich-rechtlichen Körperschaft, Anstalt, Stiftung; ordnungsgemäßes Normsetzungsverfahren.

bb) Zu den **materiellen Gültigkeitsvoraussetzungen** einer Satzung gehören: gesetzliche Verleihung der Satzungsautonomie (etwa: § 7 Abs. 1 S. 1 GONW); Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht.

Nach dem sog. Facharzt-Beschluss des BVerfG (E 33, 125) kann dem vom Verbandsvolk gewählten Verbandsgesetzgeber allerdings keine Satzungsautonomie verliehen werden, soweit besonders intensive Grundrechtseingriffe in Frage stehen oder seine Entscheidung erhebliche Außenwirkung aus dem Verbandsbereich hinaus auf die Allgemeinheit haben würde. Je intensiver der Grundrechtseingriff oder das Allgemeininteresse an der Entscheidung ist, um so weitergehend muss der staatliche Gesetzgeber alle relevanten Einzelheiten selbst festlegen.

## 2. Formelle Voraussetzungen des Verwaltungsakts

Nachdem die mögliche Ermächtigungsgrundlage kurz benannt worden ist, werden die formellen Voraussetzungen des Verwaltungsakts geprüft. Möglicherweise enthält das Gesetz, in dem sich die Ermächtigungsgrundlage befindet, auch Spezialvorschriften über die formelle Rechtmäßigkeit. Fehlen diese, ist auf allgemeine Gesetze (z.B. VwGO oder VwVfG) zurückzugreifen.

### **Formelle Voraussetzungen eines Verwaltungsakts sind:**

- a) **Zuständigkeit**
  - aa) sachlich
  - bb) örtlich
  - cc) instanziell
  
- b) **Ordnungsgemäßes Verwaltungsverfahren**
  - aa) Anhörung, § 28 VwVfG
  - bb) Zulässige Mitwirkung, §§ 20, 21 VwVfG
  - cc) Form und Bekanntgabe
    - Grundsätzlich: Formlos § 37 Abs. 2 VwVfG
    - Ausnahme: Spezialvorschriften (Bsp. § 73 Abs. 3 VwGO; § 20 Abs. 1 S.1 OBG)
  - dd) Begründung § 39 Abs. 1 VwVfG
    - Ausnahme: § 39 Abs. 2 VwVfG

### **3. Materielle Voraussetzungen des Verwaltungsakts**

#### **a) Die Tatbestandsvoraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage**

An dieser Stelle sind in der Klausur die Tatbestandsvoraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage zu prüfen.

##### **Beispiel:**

Rechtmäßigkeit einer ordnungsbehördlichen Verfügung gem. § 14 OBG NW.

Hier sind die Tatbestandsvoraussetzungen:

- Betroffensein eines Schutzguts der öffentlichen Sicherheit
- Vorliegen einer Gefahr.

#### **b) Der richtige Adressat**

Auch bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage kann der Verwaltungsakt nur dann rechtmäßig sein, wenn er sich an den richtigen Adressaten wendet. Vorschriften über den richtigen Adressaten befinden sich entweder in Spezialgesetzen (Bsp. §§ 57, 58 und 59 BauO NW) oder in den **Ordnungsbehördengesetzen** der Länder (Bsp. §§ 17, 18, 19 OBG NW respektive §§ 4, 5, 6 PolG NW).

#### **c) Bestimmtheit § 37 VwVfG**

Weitere Voraussetzung für die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes ist, dass der Verwaltungsakt hinreichend bestimmt ist.

Hinreichende Bestimmtheit bedeutet, dass der Verwaltungsakt so gefasst sein muss, dass für den Bürger ohne weiteres erkennbar ist, welche Maßnahmen die Behörde von dem Bürger verlangt.

#### **d) Verhältnismäßigkeit/Ermessen**

- aa) Räumt die zu Grunde liegende Ermächtigungsgrundlage der Behörde auf der Rechtsfolgenseite ein Ermessen ein, so muss dieses Ermessen **rechtsfehlerfrei ausgeübt** worden sein.

Wenn auf der Rechtsfolgenseite der Verwaltungsbehörde ein Handlungsspielraum gegeben ist ("kann - darf - soll"), spricht man von der sog. Ermessensverwaltung. Das Ermessen besteht dann darin,



- **ob** gehandelt wird (sog. Entschließungsermessen) und
- **wie** gehandelt wird (sog. Auswahlermessen).

Hier ist dann der Verwaltungsakt auf mögliche Ermessensfehler hin zu überprüfen (vgl. den insofern missverständlichen § 114 VwGO).

**Folgende Ermessensfehler werden unterschieden, wobei es in der Klausur nicht auf die Begriffe, sondern auf die genaue Analyse des Fehlers ankommt.**

(1) **Ermessensunterschreitung (-nichtgebrauch)**

Die Behörde macht von dem ihr zustehenden Ermessen überhaupt keinen Gebrauch, etwa aus Nachlässigkeit oder weil sie irrtümlich annimmt, sie sei kraft zwingenden Rechts zum Handeln gezwungen oder sie schöpft den ihr zustehenden Ermessensrahmen nicht aus.

(2) **Ermessensüberschreitung**

Ein Fall des Ermessensfehlers ist der Ermessensfehler in Form der Ermessensüberschreitung, d.h. Wahl einer unzulässigen Rechtsfolge. Hierbei geht es (auch) um die Frage, ob die Entscheidung der Behörde verhältnismäßig ist. Dies bedeutet für den Klausuraufbau, dass die Verhältnismäßigkeitsprüfung innerhalb der Prüfung der rechtmäßigen Ausübung des Ermessens vorgenommen werden kann und (um unnötige Wiederholungen zu vermeiden) auch vorgenommen werden sollte.

(3) **Ermessensmissbrauch (-fehlgebrauch)**

Die Behörde lässt sich nicht ausschließlich vom Zweck der Ermessensvorschrift leiten. Sie beachtet die gesetzlichen Zielvorstellungen nicht oder sie bezieht die für die Ermessensausübung nach dem Gesetz maßgebenden Gesichtspunkte nicht in ihre Erwägungen ein.

Fehlerhaft in diesem Sinne ist eine Entscheidung etwa dann, wenn sie auf **unsachgemäßen Erwägungen** beruht; typische Fehlerquellen sind:

- sachfremde Erwägungen,
- Entscheidung beruht auf unvollständig oder unrichtig ermitteltem Sachverhalt,
- Missachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit,
- Verkennung grundrechtlicher Aussagen.

## II. Die Rechtsverletzung des Klägers

- 1) Der Kläger muss durch die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts in seinen Rechten verletzt sein. Eine Rechtsverletzung liegt vor, wenn der Kläger in seiner Rechtsstellung oder in seinen schutzwürdigen rechtlichen Interessen beeinträchtigt ist.
- 2) Sofern der Kläger **Adressat** des rechtswidrigen belastenden Verwaltungsakts ist, ergibt sich seine Rechtsverletzung regelmäßig bereits aus dem Vorliegen des Verwaltungsakts. In diesem Fall ist nämlich zumindest sein Abwehrrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG verletzt. Eine gesetzliche Schranke, die sich evtl. aus der geprüften Ermächtigungsgrundlage ergeben könnte, greift hier - wie soeben festgestellt - ja gerade nicht ein.
- 3) Wendet sich der Kläger gegen eine Begünstigung, die einem Dritten zuteil geworden ist (**VA mit Doppelwirkung**), so ist er in seinen Rechten verletzt, wenn die Rechtsnorm nicht nur objektiv verhindern will, dass der Dritte begünstigt werde, sondern wenn dies auch zum Schutze des Klägers geschieht (subj.-öfftl. Recht; bereits bei der Klagebefugnis geprüft).

## C. Urteilsinhalt

- 1) Grundsätzlich ist im Gesetz die **kassatorische Entscheidung**, d.h. die Aufhebung des Verwaltungsakts vorgesehen, §§ 113 Abs. 1 Satz 1, 114 VwGO. Der Verwaltungsakt und der etwaige Widerspruchsbescheid werden mit Wirkung *ex tunc* aufgehoben. Das Urteil ist öffentlich.

telbar rechtsgestaltend und bedarf deshalb keiner Vollstreckungserklärung.

Zwar ist die ausdrückliche Aufhebung des Widerspruchsbescheids in der VwGO nicht wörtlich vorgegeben, doch entspricht es aus Gründen der Klarstellung der gängigen Rechtsprechung.

- 2) Regelmäßig kommt es für die Feststellung der Rechtswidrigkeit auf die Sach- und Rechtslage zum **Zeitpunkt der letzten Behördenentscheidung** an (BVerwGE 28, 292, 78, 243). Dieser kann daher sowohl die **Vornahme des VA`s als auch der Erlass eines Widerspruchsbescheides** sein. Spätere Änderungen der Sach- und Rechtslage finden nach dieser Meinung insofern keine Bedeutung, denn ein rechtmäßig erlassener VA könne ebenso wenig rechtswidrig werden, wie ein rechtswidrig erlassener VA nachträglich rechtmäßig werden könne. **Nachträgliche Veränderungen kann die Behörde durch Entscheidungen gem. §§ 48 ff VwVfG berücksichtigen.**

**Beachte:**

Im Falle von **Verwaltungsakten mit Dauerwirkung** (z.B. Gewerbeerlaubnis zum Betrieb einer Gaststätte) wird für den Beurteilungszeitraum auf den **Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung** abgestellt. Ein VA mit Dauerwirkung wird zwar zu einem bestimmten Zeitpunkt von der Behörde erlassen, jedoch besteht seine Wirkung dauerhaft fort, als wenn eine Vielzahl zeitlich begrenzter VA`e erlassen werde, die alle auf ihre Rechtmäßigkeit gesondert überprüft werden müssen (Kopp/Schenke, VwGO, § 113, Rn. 35).

**AL-Klausurtyp:**

Von dem vorgenannten allgemeinen Grundsatz wird teilweise eine **gesetzliche Ausnahme** statuiert. Im Rahmen der **Gewerbeuntersagung** macht **§ 35 Abs. 6 VwGO** die Wiedergestattung des untersagten Gewerbes von einem gesonderten Antragsverfahren abhängig. Mit dieser Regelung hat der Gesetzgeber daher eine **Trennung** zwischen dem **Untersagungsverfahren** und dem **Wiedergestattungsverfahren** vollzogen, so dass z.B. die Frage der Unzuverlässigkeit eines Gewerbebetreibenden und daher die Rechtmäßigkeit der Untersagung anhand der letzten Behördenentscheidung zu treffen ist. Eine später erfolgte günstige Veränderung kann daher nur im Wiedergestattungsverfahren geltend gemacht werden (Redeker/von Oertzen, VwGO, § 108, Rn. 19).

Eine weitere Problematik ist, ob die Behörde im Falle von Ermessensentscheidungen befugt ist, Sachaspekte, die bereits zu dem maßgeblichen Zeitpunkt der Behördenentscheidung vorlagen, erst während des Prozesses geltend zu machen, sog. **Nachschieben von Gründen**. Das Nachschieben von Gründen ist grundsätzlich zulässig soweit:

Die Gründe bereits bei Erlass des VA`s vorlagen,  
Der Verwaltungsakt nicht in seinem Wesen verändert wird und  
Der Betroffene nicht in seiner Rechtsverteidigung beeinträchtigt wird.

§ 114 S. 2 VwGO hat diese Rechtsprechung systematisch erfasst. Zwar regelt § 114 S. 2 VwGO nur die **Ergänzung der Ermessenserwägungen**, nicht deren vollständige Nachholung oder Auswechslung der die Ermessensentscheidung tragenden Gründe, setzt aber voraus, dass bereits vorher, bei der behördlichen Entscheidung, schon Ermessenserwägungen hinsichtlich des VA angestellt worden sind.

- 3) Sofern die Behörde den angefochtenen **Verwaltungsakt bereits vollzogen** hat, kann das Gericht auf Antrag des Klägers die **Aufhebung** aussprechen (§ 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO) und die Behörde verpflichten, die **Vollzugsfolgen** zu **beseitigen**. Die Klageart richtet sich auch hier danach, wie dieses Begehren durchgesetzt werden kann. Die Zulässigkeit der Verbindung dieser Klage mit der Anfechtungsklage, sog. **Annexantrag**, ergibt sich aus § 113 Abs. 2 VwGO (Spezialvorschrift zu § 44 VwGO). Die Vollstreckung eines Annexantrages gegenüber der Behörde erfolgt gem. § 172 VwGO durch Androhung, Festsetzung und Vollstreckung von Zwangsgeld.

**Beispiel:** Eine Fahrerlaubnis wurde für ungültig erklärt, der Führerschein nachträglich eingezogen.

- 4) Sofern sich der **Verwaltungsakt** nach Klageerhebung, aber vor Urteilerlass **erledigt** hat, spricht das Gericht auf Antrag durch Urteil aus, dass der Verwaltungsakt rechtswidrig gewesen sei, wenn der Kläger ein berechtigtes Interesse an dieser Feststellung hat, § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO, sog. **Fortsetzungsfeststellungsklage**. Die Vorschrift wird analog auch für solche Fälle angewandt, in denen sich der Verwaltungsakt bereits vor Klageerhebung erledigt hat (vgl. im Übrigen im Kapitel "Fortsetzungsfeststellungsklage").
- 5) Ausnahmsweise kommt statt der Aufhebung eine **Änderung des Verwaltungsakts** in Frage, § 113 Abs. 2 VwGO (Anfechtungsklage in der Form der **Abänderungsklage**). Voraussetzung ist,
- a) dass die Festsetzung der Höhe der Leistung durch den angefochtenen Verwaltungsakt rechtswidrig war und
  - b) dass die Höhe der Leistung zwingend aus Rechtsvorschriften abzuleiten und nicht dem Ermessen überlassen ist.

Das Gericht ist nicht befugt, die Leistung nach seinem Ermessen festzusetzen.