

**Allgemeines Verwaltungsrecht und Verwaltungsprozessrecht**

Herbst-/Wintersemester 2019/20

– Skript –

**Anhang: Prüfungsschemata**

Stand: 29. Oktober 2019

## I. Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsakts

### A. Rechtsgrundlage (bei belastenden Verwaltungsakten: Ermächtigungsgrundlage)

#### I. Nach der Rechtsfolge passende Rechtsgrundlage

#### II. Anwendbarkeit der Rechtsgrundlage

- Ausschluss der Anwendbarkeit durch andere Rechtsgrundlagen, insbesondere nach dem Lex-specialis-Grundsatz
- keine Nichtigkeit wegen Verfassungswidrigkeit
- keine Nichtanwendbarkeit wegen Kollision mit Unionsrecht

### B. Formelle Rechtmäßigkeit

#### I. Zuständigkeit

1. sachlich
2. örtlich, § 3 VwVfG
3. instanziell

#### II. Verfahren

1. Antrag (soweit erforderlich, siehe § 22 VwVfG)
2. Anhörung, § 28 Abs. 1 VwVfG (evtl. entbehrlich nach Abs. 2, 3)
3. Beteiligung einer anderen Behörde (soweit erforderlich)
4. bei Verfahrensfehlern: Heilung nach § 45 VwVfG erfolgt?

**Beachte:** Unter den Voraussetzungen des § 46 VwVfG ist zwar der Anspruch auf Aufhebung des Verwaltungsakts ausgeschlossen, der Verwaltungsakt bleibt hingegen nach h.M. rechtswidrig. Eine Heilung gem. § 45 VwVfG macht den Verwaltungsakt dagegen rechtmäßig.

#### III. Form

1. § 37 VwVfG; insb. bei Schriftform: Begründung nach § 39 VwVfG
2. bei Formfehlern: Heilung nach § 45 VwVfG erfolgt?

### C. Materielle Rechtmäßigkeit

#### I. Bestimmtheit des Regelungsgehalts, § 37 Abs. 1 VwVfG

#### II. Einhaltung aller Tatbestandsvoraussetzungen der unter A.I. identifizierten Rechtsgrundlage

#### III. Richtiger Adressat der Maßnahme

#### IV. Fehlerfreie Ermessensausübung (nur bei Ermessensentscheidungen)

- § 40 VwVfG
- insbesondere: Grundrechte und sonstige Rechtsvorschriften als Schranken des Ermessens

## II. Voraussetzungen der Rechtmäßigkeit der Rücknahme nach § 48 VwVfG

### A. Rechtsgrundlage: Anwendbarkeit des § 48 VwVfG

- passende Rechtsfolge: Aufhebung eines Verwaltungsakts, sowohl „ex nunc“ (mit Wirkung für die Zukunft) als auch „ex tunc“ (von einem in der Vergangenheit liegenden Zeitpunkt an)
- keine Spezialregelung einschlägig, die § 48 VwVfG ausschließt
- Anwendbarkeit des VwVfG (Bund) oder des LVwVfG

### B. Formelle Rechtmäßigkeit

#### I. Zuständige Behörde

##### 1. Sachliche Zuständigkeit

Behörde, die für den Erlass des Verwaltungsakts im Zeitpunkt der Rücknahme zuständig wäre.

##### 2. Örtliche Zuständigkeit

§ 48 Abs. 5 VwVfG i.V.m. § 3 VwVfG (entgegen Wortlaut wohl auch für noch anfechtbare Verwaltungsakte)

#### II. Verfahren

Rücknahme ist Verwaltungsakt, daher gelten die für Verwaltungsakte einschlägigen Verfahrensvorschriften des VwVfG.

Insbesondere: **Pflicht zur Anhörung**, wenn

- der Ausgangsbescheid für den Adressaten ein Recht begründete und daher die Aufhebung in Rechte eingreift und
- keine Ausnahme nach § 28 Abs. 2 VwVfG einschlägig ist.

Bei Verletzung von Verfahrensvorschriften Heilung nach § 45 VwVfG prüfen.

#### III. Form

§ 37 Abs. 2–5 VwVfG

Bei schriftlicher Rücknahme: § 39 Abs. 1 VwVfG, sofern nicht Ausnahme nach § 39 Abs. 2 VwVfG. Möglichkeit der Heilung nach § 45 Abs. 1 Nr. 2 VwVfG (nur *formell-rechtliches* Begründungserfordernis).

## C. Materielle Rechtmäßigkeit

### I. Rechtswidriger Ausgangsverwaltungsakt (Rücknahmegegenstand)

#### 1. Verwaltungsakt

#### 2. Rechtswidrigkeit

Siehe hierzu das Schema „Prüfung der Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsakts“ oben unter I.

- a) Rechtsgrundlage
- b) Formelle Rechtswidrigkeit

**Beachte:** Unter den Voraussetzungen des § 46 VwVfG ist zwar der *Anspruch* auf Aufhebung des Verwaltungsakts ausgeschlossen, der Verwaltungsakt bleibt hingegen nach h.M. rechtswidrig und damit nach § 48 VwVfG rücknehmbar. Anders ist es, wenn der Verfahrensfehler nach § 45 VwVfG geheilt wurde.

- c) Materielle Rechtswidrigkeit

### II. Kein Vertrauensschutz (Rücknahmegrenzen)

#### 1. Anwendbarkeit der Abs. 2 bis 4 des § 48 VwVfG

- a) Ausgangsverwaltungsakt = Begünstigender Verwaltungsakt?  
Legaldefinition in § 48 Abs. 1 S. 2 VwVfG
- b) Ausschluss des Vertrauensschutzes bei Drittanfechtung, § 50 VwVfG

#### 2. Vertrauensschutz nach § 48 Abs. 2 VwVfG

- a) Anwendbarkeit  
Ausgangsverwaltungsakt = Verwaltungsakt, der eine einmalige oder laufende Geldleistung oder teilbare Sachleistung gewährt oder hierfür Voraussetzung ist
- b) Vertrauenstatbestand
  - aa) Kenntnis vom Verwaltungsakt
  - bb) Betätigung des Vertrauens
- c) Schutzwürdigkeit des Vertrauens
  - aa) Ausschlussstatbestände, § 48 Abs. 2 S. 3 VwVfG
  - bb) Vermutung der Schutzwürdigkeit, § 48 Abs. 2 S. 2 VwVfG
  - cc) Abwägung: Vertrauen in Bestand des Ausgangsverwaltungsakts mit öffentlichem Interesse an Rücknahme, § 48 Abs. 2 S. 1 VwVfG

**Beachte:** § 48 Abs. 3 VwVfG normiert keine Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen für die Rücknahme, sondern eine Anspruchsgrundlage für den Ersatz eines Vertrauensschadens.

### **3. Vertrauensschutz nach § 48 Abs. 4 VwVfG (Rücknahmefrist)**

- a) Beginn der Frist
  - aa) Kenntnis...
  - bb) ...der Behörde...
  - cc) ...von Tatsachen...
  - dd) ...die die Rücknahme rechtfertigen
- b) Ablauf der Frist

### **III. Fehlerfreie Ermessensausübung**

Bezogen auf: „Ob“ der Rücknahme, sachliche Reichweite (vollständige/ teilweise Rücknahme), zeitliche Reichweite (ex nunc/ex tunc)

BVerwG: Intendiertes Ermessen

### III. Voraussetzungen der Rechtmäßigkeit des Widerrufs nach § 49 VwVfG

#### A. Rechtsgrundlage: Anwendbarkeit des § 49 VwVfG

- passende Rechtsfolge: Aufhebung eines Verwaltungsakts, grds. nur „ex nunc“ (mit Wirkung für die Zukunft), ausnahmsweise auch mit Wirkung „ex tunc“ (§ 49 Abs. 3 VwVfG). Vgl. § 49 Abs. 4 VwVfG.
- keine Spezialregelung einschlägig, die § 49 VwVfG ausschließt.
- Anwendbarkeit des VwVfG (Bund) oder des VwVfG BW

#### B. Formelle Rechtmäßigkeit

##### I. Zuständige Behörde

###### 1. Sachliche Zuständigkeit

Behörde, die für den Erlass des Verwaltungsakts im Zeitpunkt seines Widerrufs zuständig wäre.

###### 2. Örtliche Zuständigkeit

§ 49 Abs. 5 VwVfG i.V.m. § 3 VwVfG (entgegen Wortlaut wohl auch für noch anfechtbare Verwaltungsakte)

##### II. Verfahren

Widerruf ist Verwaltungsakt, daher gelten die für Verwaltungsakte einschlägigen Verfahrensvorschriften des VwVfG.

Insbesondere: **Pflicht zur Anhörung**, wenn

- der Ausgangsbescheid für den Adressaten ein Recht begründete und daher die Aufhebung in Rechte eingreift und
- keine Ausnahme nach § 28 Abs. 2 VwVfG einschlägig ist.

Bei Verletzung von Verfahrensvorschriften Heilung nach § 45 VwVfG prüfen.

##### III. Form

§ 37 Abs. 2–5 VwVfG

Bei schriftlichem Widerruf: § 39 Abs. 1 VwVfG, sofern nicht Ausnahme nach § 39 Abs. 2 VwVfG. Möglichkeit der Heilung nach § 45 Abs. 1 Nr. 2 VwVfG (nur *formell-rechtliches* Begründungserfordernis).

## C. Materielle Rechtmäßigkeit

### I. Rechtmäßiger Ausgangsverwaltungsakt (Widerrufsgegenstand)

#### 1. Verwaltungsakt

#### 2. Rechtmäßigkeit

Siehe hierzu das Schema „Prüfung der Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsakts“ oben unter I.

- a) Rechtsgrundlage
- b) Formelle Rechtmäßigkeit
- c) Materielle Rechtmäßigkeit

#### 3. Anwendbarkeit des § 49 VwVfG auch bei rechtswidrigem Verwaltungsakt (Erst-recht-Schluss)?

### II. Widerrufsvoraussetzungen bei nicht begünstigendem Verwaltungsakt, § 49 Abs. 1 VwVfG

Legaldefinition des begünstigenden Verwaltungsakts in § 48 Abs. 1 Satz 2 VwVfG

#### 1. Verwaltungsakt gleichen Inhalts muss nicht erneut erlassen werden

#### 2. Widerruf „aus anderen Gründen“ unzulässig

### III. Widerrufsvoraussetzungen bei begünstigendem Verwaltungsakt

Legaldefinition in § 48 Abs. 1 S. 2 VwVfG

#### 1. Kein Ausschluss der Abs. 2–4 des § 49 VwVfG wegen Drittanfechtung, § 50 VwVfG

#### 2. Widerrufsgrund nach § 49 Abs. 3 S. 1 VwVfG

##### a) Anwendbarkeit

Ausgangsverwaltungsakt = Verwaltungsakt, der eine einmalige oder laufende Geldleistung oder teilbare Sachleistung zur Erfüllung eines bestimmten Zwecks gewährt oder hierfür Voraussetzung ist.

##### b) Vorliegen eines Widerrufsgrunds

#### 3. Widerrufsgrund nach § 49 Abs. 2 S. 1 VwVfG

Bei Verwaltungsakten, die unter § 49 Abs. 3 VwVfG fallen, stehen die Widerrufsgründe aus § 49 Abs. 2 und Abs. 3 VwVfG nebeneinander.

#### 4. Kein Ablauf der Widerrufsfrist

§ 49 Abs. 2 S. 2, Abs. 3 S. 2 VwVfG i.V.m. § 48 Abs. 4 VwVfG (siehe dazu das Prüfungsschema zur Rücknahme oben unter II.)

### IV. Fehlerfreie Ermessensausübung

## IV. Erfolgsaussichten einer Anfechtungsklage

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

### A. Zulässigkeit

#### I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

##### 1. Aufdrängende Sonderzuweisung

wie z.B. § 54 Abs. 1 BeamtStG, § 54 Abs. 1 BAFöG

##### 2. Generalklausel, § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO

- a) Öffentlich-rechtliche Streitigkeit
- b) Nicht-verfassungsrechtlicher Art
- c) Keine abdrängende Sonderzuweisung  
wie z.B. § 40 Abs. 2 Satz 1 VwGO

#### II. Statthafte Rechtsschutzform

##### 1. Ermittlung des Klägerbegehrens, § 88 VwGO

hier: Anfechtungsklage, § 42 Abs. 1 Var. 1 VwGO

Beachte: Soweit der Wortlaut der erhobenen Klage Auslegungsspielräume belässt, sind diese unter maßgeblicher **Berücksichtigung des erkennbaren Rechtsschutzziels** des Klägers auszufüllen (§ 88 VwGO). Eine Umdeutung eines Klagebegehrens – also die gerichtliche Auswechslung des Antrags – kommt nur unter engen Voraussetzungen in Betracht. Wurde z.B. nach dem insoweit nicht anders auslegbaren Klageantrag eine allgemeine Leistungsklage erhoben, kann der Kläger sein Rechtsschutzziel auf diesem Wege aber nicht erreichen (z.B. weil der Anspruch auf Folgenbeseitigung nur in Verbindung mit einer Anfechtungsklage erfolgreich sein kann), ist eine Umdeutung nicht möglich, wenn der Kläger trotz entsprechendem Hinweis des Gerichts (siehe auch § 86 Abs. 3 VwGO) auf seinem Klageantrag beharrt.

##### 2. Eröffnung der Rechtsschutzform der Anfechtungsklage

- a) Verwaltungsakt oder „Verwaltungsakt im formellen Sinne“
- b) Wirksamkeit des Verwaltungsakts
  - aa) Bekanntgabe
  - bb) Keine Erledigung  
Beachte: Eine Anfechtungsklage ist nach h. M. auch bei nichtigem VA statthaft.



### III. Zuständiges Gericht

1. Sachliche Zuständigkeit, regelmäßig § 45 VwGO
2. Örtliche Zuständigkeit, § 52 VwGO  
§ 1 Abs. 2 AGVwGO i.V.m. § 12 LVG

### IV. Beteiligtenbezogene Zulässigkeitsvoraussetzungen

#### 1. Kläger

- a) Bestimmung des Klägers  
Formaler Beteiligtenbegriff: Kläger ist die Person, der die Klageerhebung zurechenbar ist.
- b) Beteiligungs- und Prozessfähigkeit des Klägers
  - aa) Beteiligungsfähigkeit, § 61 VwGO
  - bb) Prozessfähigkeit, § 62 VwGO

#### 2. Beklagter

- a) Bestimmung des Klagegegners  
Formaler Beteiligtenbegriff: Klagegegner ist, wer in der Klageschrift als solcher bezeichnet ist (ggf. Auslegung).
- b) Passive Prozessführungsbefugnis, § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO  
Rechtsträger der Behörde, welche den Verwaltungsakt erlassen hat
- c) Beteiligungsfähigkeit, § 61 Nr. 1 Var. 2 VwGO
- d) Prozessfähigkeit, § 62 Abs. 3 VwGO

### V. Klagebefugnis, § 42 Abs. 2 Var. 1 VwGO

### VI. Ordnungsgemäßes erfolgloses Vorverfahren, § 68 Abs. 1 VwGO

**Beachte:** Auch das Erfordernis eines ordnungsgemäßen erfolglosen Vorverfahrens ist eine bloße Sachurteilsvoraussetzung, keine Prozessvoraussetzung. Es genügt daher, wenn das Vorverfahren bis zur letzten mündlichen Verhandlung stattgefunden hat.

### VII. Klagefrist, § 74 Abs. 1 Satz 1 VwGO

Ein Monat ab Zustellung des Widerspruchsbescdeids, ausnahmsweise ein Jahr gem. § 58 Abs. 2 VwGO bei falscher oder fehlender Rechtsbehelfsbelehrung

### VIII. Ordnungsgemäßer Klageantrag, § 81 Abs. 1, § 82 Abs. 1 Satz 1 VwGO

## IX. Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis

Nur zu prüfen, wenn der Sachverhalt hierzu Anlass gibt.

### Fallgruppen:

- **gleichwertiger, aber einfacherer** Weg zur Erreichung des mit der Klage verfolgten Interesses
- Nichterreichbarkeit des mit der Klage verfolgten Interesses
- **Missbrauch** des Klagerechts
- **Verwirkung:** wenn der Klageberechtigte sein Klagerecht lange Zeit nicht ausgeübt hat und der Prozessgegner (bzw. bei Verwaltungsakt mit Drittwirkung auch der Begünstigte) darauf ein schutzwürdiges Vertrauen gründet.

## B. Zulässigkeit einer objektiven Klagehäufung, § 44 VwGO

Objektive Klagehäufung: Mehrere Klagebegehren werden in einem gerichtlichen Verfahren geltend gemacht.

Die Zulässigkeit der objektiven Klagehäufung ist zwar keine Voraussetzung für den Erfolg der Klage, doch ist es üblich, sie in einem zwischen Zulässigkeit und Begründetheit platzierten Prüfungspunkt (regelmäßig *kurz*) anzusprechen, wenn der Sachverhalt hierzu Anlass gibt.

## C. Beiladung, § 65 Abs. 2 VwGO

z.B. Bauherr bei Drittanfechtung einer Baugenehmigung

Die Beiladung ist zwar keine Voraussetzung für den Erfolg der Klage, doch ist es insbesondere bei der notwendigen Beiladung üblich, sie in einem zwischen Zulässigkeit und Begründetheit platzierten Prüfungspunkt (regelmäßig *kurz*) anzusprechen.

## D. Begründetheit

Die Klage ist begründet, soweit der angefochtene Verwaltungsakt rechtswidrig ist und den Kläger in seinen Rechten verletzt (§ 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO).

### I. Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts

Siehe Prüfungsschema zur Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts oben unter I.

### II. Verletzung eines Rechts des Klägers

### **III. Anspruch auf ein Verwaltungshandeln**

#### **A. Anspruchsgrundlage**

##### **I. ausdrückliche Anspruchsgrundlage**

*oder*

##### **II. Rechtsgrundlage, die zur Vornahme der begehrten Verwaltungshandlung ermächtigt, in Verbindung mit der Schutznormtheorie**

#### **B. Formelle Anspruchsvoraussetzungen**

##### **I. Ordnungsgemäßer Antrag**

##### **II. Zuständigkeit der Behörde**

###### **1. sachlich**

###### **2. örtlich**

###### **3. instanziell**

##### **III. Mitwirkung anderer Behörden**

#### **C. Materielle Anspruchsvoraussetzungen**

##### **I. Tatbestandsvoraussetzungen der Anspruchsgrundlage**

##### **II. Bei Ermessensentscheidung: „Ermessensreduktion auf Null“**

*Beachte:* Fehlt es an einer Ermessensreduktion „auf Null“, besteht nur ein Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung – wenn die Behörde noch nicht ermessensfehlerfrei entschieden hat.

## **VI. Erfolgsaussichten einer Verpflichtungsklage**

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

### **A. Zulässigkeit**

#### **I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs**

##### **1. Aufdrängende Sonderzuweisung**

##### **2. Generalklausel, § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO**

- a) Öffentlich-rechtliche Streitigkeit
- b) Nicht-verfassungsrechtlicher Art
- c) Keine abdrängende Sonderzuweisung

#### **II. Statthafte Rechtsschutzform**

##### **1. Ermittlung des Klägerbegehrens, § 88 VwGO**

##### **2. Ermittlung der zum Klägerbegehren passenden Rechtsschutzform**

hier: Verpflichtungsklage, § 42 Abs. 1 Var. 2 VwGO

##### **3. Eröffnung der Rechtsschutzform der Verpflichtungsklage**

###### a) Verpflichtungsbegehren

Begehren einer Verpflichtung der Behörde zum Erlass eines Verwaltungsakts (sog. echte Verpflichtungsklage)

**oder**

Begehren einer Verpflichtung der Behörde zur fehlerfreien Entscheidung über den Erlass eines Verwaltungsakts (sog. Bescheidungsklage)

###### b) Abgelehnter Antrag bei Behörde auf Erlass eines Verwaltungsakts

#### **III. Zuständiges Gericht**

##### **1. Sachliche Zuständigkeit, regelmäßig § 45 VwGO**

##### **2. Örtliche Zuständigkeit, § 52 VwGO**

§ 1 Abs. 2 AGVwGO, § 12 LVG

#### **IV. Beteiligtenbezogene Zulässigkeitsvoraussetzungen**

##### **1. Kläger**

###### a) Bestimmung des Klägers

Formaler Beteiligtenbegriff: Kläger ist die Person, der die Klageerhebung zurechenbar ist.

###### b) Beteiligungs- und Prozessfähigkeit des Klägers

###### aa) Beteiligungsfähigkeit, § 61 VwGO

###### bb) Prozessfähigkeit, § 62 VwGO

## 2. Beklagter

### a) Bestimmung des Klagegegners

Formaler Beteiligtenbegriff: Klagegegner ist, wer in der Klageschrift als solcher bezeichnet ist (ggf. Auslegung).

### b) Passive Prozessführungsbefugnis, § 78 Abs. 1 VwGO

Gemäß § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO Rechtsträger der Behörde, die nach dem klägerischen Vorbringen den begehrten Verwaltungsakt zu erlassen hat (bzw. die den Antrag neu zu bescheiden hat)

### c) Beteiligungsfähigkeit, § 61 Abs. 1 Nr. 2 VwGO

### d) Prozessfähigkeit, § 62 Abs. 3 VwGO

## V. Klagebefugnis, § 42 Abs. 2 Var. 2 VwGO

- bei „echter“ Verpflichtungsklage: Möglichkeit eines Anspruchs auf Erlass des Verwaltungsakts
- bei „Bescheidungsklage“: Möglicherweise Anspruch auf Erlass einer rechtsfehlerfreien Entscheidung

## VI. Ordnungsgemäßes erfolgloses Vorverfahren, § 68 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 VwGO

## VII. Klagefrist, § 74 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 VwGO

Sonderfall: Untätigkeitsklage, § 75 VwGO

Voraussetzungen:

- keine Entscheidung über den Antrag auf Erlass eines Verwaltungsakts *oder* über den Widerspruch
- ohne zureichenden Grund
- nach Ablauf von mindestens drei Monaten (Satz 2)
- keine Verwirkung

## VIII. Ordnungsgemäßer Klageantrag, § 81 Abs. 1, § 82 Abs. 1 Satz 1 VwGO

## IX. Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis

Siehe hierzu das Prüfungsschema zu den Erfolgsaussichten einer Anfechtungsklage oben unter IV.

## B. Zulässigkeit einer objektiven Klagehäufung, § 44 VwGO

## C. Notwendige Beiladung, § 65 Abs. 2 VwGO

## **D. Begründetheit**

### **I. Begründetheit bei „echter“ Verpflichtungsklage**

#### **1. Vollumfängliche Begründetheit**

Obersatz: Die Verpflichtungsklage ist begründet, soweit die Ablehnung oder Unterlassung des Verwaltungsakts rechtswidrig, der Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt und die Sache spruchreif ist (§ 113 Abs. 5 Satz 1 VwGO). Das ist der Fall, wenn der Kläger einen Anspruch auf Erlass des begehrten Verwaltungsakts hat. Ein solcher könnte sich hier ergeben aus...

Siehe dazu das Prüfungsschema „Anspruch auf Verwaltungshandeln“, oben III.

Beachte: Besteht ein Anspruch, ist die Sache auch spruchreif (§ 113 Abs. 5 Satz 1 VwGO). Bei Ermessensentscheidungen besteht ein Anspruch nur bei „Ermessensreduktion auf Null“.

#### **2. Teilweise Begründetheit**

Obersatz: Die Klage ist teilweise begründet (Bescheidungsurteil), wenn die Ablehnung des Verwaltungsakts durch die Behörde rechtswidrig war und der Kläger hierdurch in seinen Rechten verletzt wurde (§ 113 Abs. 5 Satz 1, 2 VwGO).

### **II. Begründetheit bei Bescheidungsklage**

Obersatz: Die Klage ist begründet, wenn die Ablehnung des Verwaltungsakts durch die Behörde rechtswidrig war und der Kläger hierdurch in seinen Rechten verletzt wurde (§ 113 Abs. 5 Satz 1, 2 VwGO).

## V. Erfolgsaussichten einer Allgemeinen Feststellungsklage und einer Nichtigkeitsfeststellungsklage, § 43 VwGO

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

### A. Zulässigkeit

#### I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

##### 1. Aufdrängende Sonderzuweisung

##### 2. Generalklausel, § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO

- a) Öffentlich-rechtliche Streitigkeit
- b) Nicht-verfassungsrechtlicher Art
- c) Keine abdrängende Sonderzuweisung

#### II. Statthafte Rechtsschutzform

§ 43 Abs. 1 VwGO: Feststellungsklage ist die Klage, durch welche die gerichtliche Feststellung des Bestehens (positive Feststellungsklage, § 43 Abs. 1 Var. 1 VwGO) oder Nichtbestehens (negative Feststellungsklage, § 43 Abs. 1 Var. 2 VwGO) eines Rechtsverhältnisses oder der Nichtigkeit eines Verwaltungsakts (sog. Nichtigkeitsfeststellungsklage, § 43 Abs. 1 Var. 3 VwGO) begehrt wird.

**Rechtsverhältnisse** im Sinne von § 43 Abs. 1 VwGO sind die rechtlichen Beziehungen, „die sich aus einem konkreten Sachverhalt aufgrund einer öffentlich-rechtlichen Norm für das Verhältnis von (natürlichen oder juristischen) Personen untereinander oder einer Person zu einer Sache ergeben“ (BVerwGE 136, 54 Rn. 24).

**Abgrenzung zur Fortsetzungsfeststellungsklage** bei vorprozessual erledigtem Verwaltungsakt (Befugnis zum Erlass eines Verwaltungsakts als „Rechtsverhältnis“? – siehe dazu Prüfungsschema Fortsetzungsfeststellungsklage, VI.)

Feststellungsklage zur Schließung von Rechtsschutzlücken gegen **normatives Unrecht** (Rechtsverordnungen außerhalb des Anwendungsbereichs des § 47 VwGO, vgl. dazu BVerwGE 136, 54 ff.).

Bei **Nichtigkeitsfeststellungsklage**: Beachte Statthaftigkeit einer Anfechtungsklage auch bei nichtigem Verwaltungsakt (h. M.).

Bei der positiven und negativen Feststellungsklage: **Subsidiarität** gegenüber Gestaltungs- und Leistungsklage nach § 43 Abs. 2 Satz 1 VwGO. Gilt nicht bei Nichtigkeitsfeststellungsklage.

### **III. Zuständiges Gericht**

#### **1. Sachliche Zuständigkeit, regelmäßig § 45 VwGO**

#### **2. Örtliche Zuständigkeit, § 52 VwGO**

§ 1 Abs. 2 AGVwGO i.V.m. § 12 LVG

### **IV. Beteiligungsfähigkeit des Klägers**

#### **1. Beteiligungsfähigkeit, § 61 VwGO**

#### **2. Prozessfähigkeit, § 62 VwGO**

### **V. Bestimmungs- und Prozessfähigkeit des Klagegegners**

#### **1. Bestimmung des Klagegegners**

Formaler Beteiligtenbegriff: Klagegegner ist, wer in der Klageschrift als solcher bezeichnet ist (ggf. Auslegung).

#### **2. Richtiger Klagegegner**

Die Klage ist gegen den Rechtsträger zu richten, der an dem vom Kläger geltend gemachten Rechtsverhältnis beteiligt ist, d. h. der aus diesem Rechtsverhältnis berechtigt oder verpflichtet ist. § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO ist nicht (auch nicht analog) anwendbar.

Eine Klage gegen einen nicht an dem geltend gemachten Rechtsverhältnis beteiligten Rechtsträger ist unzulässig (ganz h.M., vgl. BVerwGE 124, 47 [55]). Das gilt auch dann, wenn man den bei Anfechtungs- und Verpflichtungsklage einschlägigen § 78 VwGO als Regelung der Passivlegitimation und deshalb bei diesen Klagearten den „richtigen Klagegegner“ als eine Begründetheitsvoraussetzung ansieht.

#### **3. Beteiligungsfähigkeit, § 61 Nr. 1 Var. 2 VwGO**

#### **4. Prozessfähigkeit, § 62 Abs. 3 VwGO**

### **VI. Berechtigtes Interesse an baldiger Feststellung**

§ 43 Abs. 1 VwGO, sog. Feststellungsinteresse

Das Feststellungsinteresse kann rechtlicher, wirtschaftlicher oder ideeller Natur sein.

Unterscheide davon das sog. Fortsetzungsfeststellungsinteresse, § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO.

### **VII. Klagebefugnis, § 42 Abs. 2 VwGO analog**

Anwendbarkeit des § 42 Abs. 2 VwGO umstritten; nach a. A. ist § 43 Abs. 1 VwGO (Feststellungsinteresse) insoweit lex specialis.



## VIII. Ordnungsgemäßer Klageantrag, § 81 Abs. 1, § 82 Abs. 1 Satz 1 VwGO

### IX. Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis

Beachte: Ein **erfolgloses Vorverfahren** (Widerspruchsverfahren) ist bei der allgemeinen Feststellungsklage grundsätzlich **nicht** Sachentscheidungs voraussetzung. Ein „Feststellungswiderspruch“ (etwa gegen die Ablehnung eines Antrags nach § 44 Abs. 5 VwVfG) ist unzulässig. Etwas anderes gilt – ausnahmsweise – in den Fällen des § 54 Abs. 2 Satz 1 BeamStG.

Die allgemeine Feststellungsklage ist **nicht fristgebunden**. Deshalb kann die Prüfung des allgemeinen Rechtsschutzbedürfnisses (Verwirkung!) besondere Bedeutung erlangen.

### B. Begründetheit

Die Allgemeine Feststellungsklage ist begründet, wenn das vom Kläger geltend gemachte Rechtsverhältnis besteht (bei negativer Feststellungsklage: nicht besteht).

Die Nichtigkeitsfeststellungsklage ist begründet, wenn der Verwaltungsakt nichtig ist.

## VIII. Erfolgsaussichten einer Fortsetzungsfeststellungsklage, § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO

### A. Zulässigkeit

#### I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

#### II. Statthafte Klageart

##### 1. Verwaltungsakt

##### 2. Erledigung des Verwaltungsakts

§ 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO: „durch Zurücknahme oder anders“. Maßgeblich ist Erledigungsbegriff des § 43 Abs. 2 VwVfG (h. M.). Eine „Erledigung“ im Sinne von § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO meint darüber hinaus aber wohl auch die Erledigung einer gegen den Verwaltungsakt (oder auf Erlass des Verwaltungsakts) gerichteten Klage, d. h. die nachträgliche Unzulässigkeit oder Unbegründetheit der Klage.

Beachte: Die freiwillige Befolgung oder Vollziehung eines Verwaltungsakts führt nicht zur Erledigung, wenn der Verwaltungsakt auch danach als Rechtsgrund für die hierdurch geschaffene Sachlage eine rechtliche Wirkung entfaltet (Ausschluss eines Folgenbeseitigungsanspruchs).

##### 3. Erledigung des Anspruchs auf Erlass eines Verwaltungsakts

h. M.: § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO ist auf die Erledigung eines Verpflichtungsbegehrens entsprechend anwendbar (a. A. *Ehlers*, Jura 2001, S. 415 [419] für die Untätigkeitsklage).

Ein Verpflichtungsbegehren erledigt sich, wenn der Anspruch auf Erlass eines Verwaltungsakts (oder auf Neubescheidung) aufgrund einer Änderung der Sach- oder Rechtslage entfallen ist, wenn er erfüllt wurde oder wenn er aus tatsächlichen Gründen nicht mehr erfüllt werden kann.

##### 4. „Vorher“

Nach § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO muss Erledigung „vorher“ eingetreten sein. Damit meint das Gesetz eine Erledigung vor der gerichtlichen Entscheidung. Aus der systematischen Stellung der Vorschrift wird zudem abgeleitet, dass § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO unmittelbar nur für Erledigung *nach* Klageerhebung eingreift. Das ergibt sich auch daraus, dass die Vorschrift einen bloßen Antrag (nicht die Erhebung einer Klage wie bei § 43 Abs. 1 VwGO) genügen lässt. Zusammengefasst: § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO ist unmittelbar nur bei Erledigung **während der Rechtshängigkeit** der Klage, d.h. nach Klageerhebung (§ 90 Satz 1, § 81 Abs. 1 VwGO), anwendbar.

Bei Erledigung **vor Klageerhebung** ist eine Abgrenzung der Anwendungsbereiche von Fortsetzungsfeststellungsklage (§ 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO) und Allgemeiner Feststellungsklage (§ 43 Abs. 1 VwGO) erforderlich.

Eine **Allgemeine Feststellungsklage** könnte auf Nichtberechtigung der Behörde, einen Ablehnungsbescheid zu erlassen, gerichtet sein (= das der Ablehnung zugrunde liegende Rechtsverhältnis). Das wäre jedoch vom Prüfungsumfang etwas anderes als eine auf die Feststellung der Rechtswidrigkeit des tatsächlich ergangenen Ablehnungsbescheids gerichtete Klage. Denn die Anfechtungsklage (und damit auch die Fortsetzungsfeststellungsklage) führt auch dann zum Erfolg, wenn die Behörde zwar grundsätzlich zum Erlass berechtigt, der tatsächlich erlassene Bescheid aber aus formell-rechtlichen Gründen rechtswidrig war.

In einer früheren Entscheidung hat das BVerwG zumindest nicht ausgeschlossen, dass bei einer Erledigung des Verwaltungsakts vor Klageerhebung eine Allgemeine Feststellungsklage statthaft und der Weg zu einer Fortsetzungsfeststellungsklage damit versperrt sein könnte (BVerwGE 109, 203); vgl. für eine Statthaftigkeit der Allgemeinen Feststellungsklage auch *Wehr*, DVBl. 2001, S. 785 [787 f.]; *Glaser*, NJW 2009, S. 1043–1047; für analoge Anwendung des § 43 Abs. 1 VwGO *Fechner*, NVwZ 2000, S. 121 [129]). Diese Entscheidung ist in der neueren Judikatur aber nicht bestätigt oder fortentwickelt worden. Die h. M. wendet bei Erledigung vor Klageerhebung **weiterhin § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO analog** an (*Ehlers*, Jura 2001, S. 415 [417]; *Schenke*, VerwProzR, Rn. 325; *Rozek*, JuS 2000, S. 1162 [1165 f.]).

**Zur Vertiefung:** Zu den verschiedenen Konstellationen der Fortsetzungsfeststellungsklage siehe folgende **Übersicht**:

Erledigung einer <b>Anfechtungsklage...</b>	Erledigung einer <b>Verpflichtungsklage ...</b>
... <b>nach</b> Klageerhebung = § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO direkt	... <b>nach</b> Klageerhebung = § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO analog
... <b>vor</b> Klageerhebung = § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO analog (h. M.) oder allgemeine Feststellungsklage	... <b>vor</b> Klageerhebung = § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO doppelt analog (h. M.) oder allgemeine Feststellungsklage

### 5. Nur bei Erledigung nach Klageerhebung: Antrag

Es handelt sich dabei wohl um eine Spezialfall einer Klageänderung (§ 173 VwGO i.V.m. § 264 Nr. 2 ZPO (vgl. aber auch BVerwGE 129, 27 Rn. 17)).

## III. Zuständiges Gericht

### 1. Sachliche Zuständigkeit, regelmäßig § 35 VwGO

### 2. Örtliche Zuständigkeit, § 52 VwGO

§ 1 Abs. 2 AGVwGO i.V.m. § 12 LVG

#### IV. **Beteiligungs- und Prozessfähigkeit des Klägers**

##### 1. **Beteiligungsfähigkeit, § 61 VwGO**

##### 2. **Prozessfähigkeit, § 62 VwGO**

#### V. **Beteiligungs- und Prozessfähigkeit des Klagegegners**

##### 1. **Bestimmung des Klagegegners**

##### 2. **Richtiger Klagegegner**

##### 3. **Beteiligungsfähigkeit, § 61 Nr. 1 Var. 2 VwGO**

##### 4. **Prozessfähigkeit, § 62 Abs. 3 VwGO**

#### VI. **Berechtigtes Interesse an der Feststellung**

Wichtige Fallgruppen:

- Wiederholungsgefahr
- Rehabilitationsinteresse
- Präjudizwirkung zur Vorbereitung eines Amtshaftungs- oder Entschädigungsprozesses (nur bei Erledigung nach Klageerhebung)
- Wesentliche Grundrechtsbeeinträchtigung (str.)
- Sich typischerweise kurzfristig erledigende Verwaltungsakte (str.)

Fehlt es an einem berechtigten Interesse, bleibt dem Kläger die Erledigungserklärung. Schließt sich der Klagegegner dieser an, entscheidet das Gericht nach § 161 Abs. 2 Satz 1 VwGO nicht mehr in der Sache, sondern nach billigem Ermessen nur noch über die Kosten des Verfahrens (s. dazu ausführlich *Klement*, in: Glaser/Klement, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2009, Fall 8 Rn. 5 f.).

Die Fortsetzungsfeststellungsklage tritt an die Stelle einer nicht (mehr) zulässigen Anfechtungsklage (oder Verpflichtungsklage, s. oben). Da die Fortsetzungsfeststellungsklage die **Rechtsschutzmöglichkeiten nicht erweitert, sondern nur fortsetzt**, bleibt der erledigte Verwaltungsakt (bzw. der erledigte Anspruch auf Erlass eines Verwaltungsakts) Streitgegenstand. Folglich bilden die Voraussetzungen der ursprünglichen Anfechtungsklage (Verpflichtungsklage) nach wie vor den Maßstab für die Zulässigkeit: Eine einmal unzulässige Klage wird nicht dadurch wieder zulässig, dass sich ihr Streitgegenstand erledigt. Die Erledigung macht aus einer unzulässigen Anfechtungsklage (Verpflichtungsklage) keine zulässige Fortsetzungsfeststellungsklage. Deshalb sind bei der Fortsetzungsfeststellungsklage alle (besonderen) Zulässigkeitsvoraussetzungen der Anfechtungsklage (Verpflichtungsklage) zu prüfen. Die Anfechtungsklage (Verpflichtungsklage) musste im Zeitpunkt des Eintritts der Erledigung zulässig sein (nicht erforderlich ist dagegen, dass sie auch schon erhoben wurde). Erforderlich sind deshalb insbesondere die Klagebefugnis sowie – jedenfalls bei Erledigung nach

Klageerhebung – ein ordnungsgemäßes erfolgloses Vorverfahren und die Einhaltung der Klagefrist.

## VII. Klagebefugnis, § 42 Abs. 2 VwGO (ggf. analog)

## VIII. Ordnungsgemäßes erfolgloses Vorverfahren (Widerspruchsverfahren)

- **Erledigung nach Klageerhebung:** Kläger muss Widerspruchsverfahren ordnungsgemäß, aber erfolglos durchlaufen haben. Denn der Kläger darf nicht durch Erledigung des Verwaltungsakts besser stehen, als er ohne Erledigung gestanden hätte.

- **Erledigung vor Klageerhebung:** Erforderlich ist jedenfalls, dass Widerspruch noch fristgemäß und auch im Übrigen zulässig hätte eingelegt werden können. Argument auch hier: Kläger darf nicht durch Erledigung des Verwaltungsakts begünstigt werden. Nach teilweise vertretener Auffassung ist das Widerspruchsverfahren trotz der Erledigung des Verwaltungsakts auch tatsächlich noch durchzuführen (sog. Fortsetzungsfeststellungswiderspruch, *Schenke*, VerwProzR, Rn. 666). Die h. M. lehnt das ab: Ein Fortsetzungsfeststellungswiderspruch sei weder erforderlich noch überhaupt statthaft (*Rozek*, JuS 2000, S. 1162 [1163]).

## IX. Klagefrist

Bei **Erledigung nach Klageerhebung** greift der Grundsatz, dass der Kläger durch die Erledigung keinen Vorteil erlangen darf: Die Klage ist nur zulässig, wenn die Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage fristgerecht erhoben wurde (§ 74 Abs. 1 VwGO).

Bei **Erledigung vor Klageerhebung** ist danach zu unterscheiden, ob die Anfechtungsklage noch fristgerecht hätte eingelegt werden können:

Erledigt sich der Verwaltungsakt zu einem Zeitpunkt, in dem eine Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage schon verfristet war (§ 74 Abs. 1 VwGO), so ist auch die Fortsetzungsfeststellungsklage unzulässig. Der Kläger darf durch die Erledigung keinen Vorteil erlangen.

Erledigt sich der Verwaltungsakt vor Ablauf der Klagefrist, so ist umstritten, ob die Erhebung der Fortsetzungsfeststellungsklage (§ 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO analog) fristgebunden ist.

Nach Ansicht des BVerwG besteht keine Fristenbindung (BVerwGE 109, 203 [207 f.]; ablehnend *Schenke*, VerwProzR, Rn. 703). Eine analoge Anwendung der § 74 Abs. 1 VwGO i.V.m. § 58 Abs. 1 VwGO, die für eine Anfechtungsklage gegolten hätten, scheidet aus. Verliere ein Verwaltungsakt infolge der Erledigung seine Regelungsfunktion, dann sei es nicht gerechtfertigt, ihm im Hinblick auf den Lauf von Klagefristen eine fortdauernde Wirkung beizumessen. Die Verwaltung werde vor „späten Klagen“ durch das Erfordernis eines berechtigten Feststellungsinteresses und das Institut der Verwirkung geschützt. Das entspricht auch der gesetzlichen Interessenbewertung bei der allgemeinen Feststellungsklage nach § 43 VwGO (s. auch *Wehr*, DVBl. 2001, S. 785 [790 f.]; *Deckenbrock/Patzer*, Jura 2003, S. 476 [482 f.]).

**X. Ordnungsgemäßer Klageantrag, § 81 Abs. 1, 82 Abs. 1 Satz 1 VwGO****XI. Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis****B. Begründetheit**

Die Fortsetzungsfeststellungsklage ist begründet, wenn der Verwaltungsakt im Zeitpunkt der Erledigung (nach der für eine hypothetische gerichtliche Entscheidung in diesem Zeitpunkt maßgeblichen Sach- und Rechtslage) rechtswidrig war und den Kläger in seinen Rechten verletzte (§ 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO, ggf. analog).

Bei **Verpflichtungsfortsetzungsfeststellungsklage**: Die Klage ist begründet, wenn der Kläger im Zeitpunkt der Erledigung einen Anspruch auf den Erlass des Verwaltungsakts hatte (Grundform, zu Besonderheiten vgl. Prüfungsschema Verpflichtungsklage).

## IX. Erfolgsaussichten eines Aussetzungsantrags, § 80 Abs. 5 Satz 1 VwGO

Der Antrag hat Erfolg, soweit er zulässig und begründet ist.

### A. Zulässigkeit eines Antrags nach § 80 Abs. 5 Satz 1 VwGO

#### I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs, § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO

**Akzessorietät** des einstweiligen Rechtsschutzes zum Hauptsacheverfahren, daher ist hier zu prüfen, ob im Hauptsacheverfahren der Verwaltungsrechtsweg eröffnet ist oder – wenn noch Hauptsacherechtsbehelf eingelegt wurde – eröffnet sein wird.

#### II. Statthaftigkeit des Antrags

##### 1. Ermittlung des Rechtsschutzbegehrens, § 122 Abs. 1 i.V.m. § 88 VwGO

hier: Aussetzungsantrag nach § 80 Abs. 5 Satz 1 VwGO

Beachte: Soweit der Wortlaut des gestellten Antrags Auslegungsspielräume belässt, sind diese unter maßgeblicher **Berücksichtigung des erkennbaren Rechtsschutzziels** des Antragstellers auszufüllen (§ 122 Abs. 1 i.V.m. § 88 VwGO). Ergibt sich im Wege der Auslegung, dass rechtsirrtümlich ein Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung (§ 123 VwGO) gestellt wurde, kann der Antragsteller sein Rechtsschutzziel damit aber nicht erreichen, kommt eine **Umdeutung** des Antrags in Betracht (*Kopp/Schenke*, VwGO, 25. Auflage 2019, § 88 Rn. 3). Beharrt der Antragsteller – insbesondere bei anwaltlicher Vertretung – allerdings trotz eines entsprechenden Hinweises auf seinem Antrag, ist das Gericht daran nach § 88 VwGO gebunden (*Schoch*, in: Schoch/Schneider/Bier [Hrsg.], VwGO, § 80 Rn. 458 [Stand: 22. Ergänzungslieferung September 2011]).

##### 2. Eröffnung der Rechtsschutzform des Aussetzungsantrags

a) Statthafter Rechtsbehelf in der Hauptsache ist die Anfechtungsklage (d.h. regelmäßig: Kläger wendet sich gegen einen belastenden **Verwaltungsakt**)

b) **Keine aufschiebende Wirkung** des Hauptsacherechtsbehelfs

Eine der in § 80 Abs. 2 Satz 1 VwGO geregelten Ausnahmen zu § 80 Abs. 1 VwGO muss einschlägig sein.

Ein Ausnahmefall ist die sog. faktische Vollziehung. Vollzieht die Behörde den Verwaltungsakt, obwohl ein Rechtsbehelf eingelegt wurde, oder kündigt sie den Vollzug an, ist ein Antrag auf Feststellung der aufschiebenden Wirkung des Rechtsbehelfs nach § 80 Abs. 5 VwGO analog statthaft (Feststellungsantrag). Dieser im Gesetz nicht ausdrücklich vorgesehene Antrag ist begründet, wenn der Rechtsbehelf die Tatbestandsvoraussetzungen des § 80 Abs. 1 VwGO erfüllt und eine Ausnahme nach § 80 Abs. 2 VwGO nicht vorliegt. Argument für die Zulässigkeit des Feststellungsantrags: Wenn das Verwaltungsgericht nach § 80 Abs. 5 VwGO die aufschiebende Wirkung selbst anordnen darf, muss es erst recht befugt sein, eine schon bestehende aufschiebende Wirkung rechtsverbindlich festzustellen.

c) Eingelegter **Hauptsacherechtsbehelf** (streitig)

Nach § 80 Abs. 5 Satz 2 VwGO ist es nach einem zuvor erfolglos abgeschlossenen Widerspruchsverfahren nicht erforderlich, dass die Klage schon vor der Entscheidung über den Aussetzungsantrag erhoben wurde. Sie muss in diesem Zeitpunkt lediglich noch fristgemäß erhoben werden können, d. h. der Verwaltungsakt darf noch nicht bestandskräftig sein (§ 74 Abs. 1 Satz 1 VwGO). Ob ein Aussetzungsantrag schon vor Erhebung des Widerspruchs oder – wenn ein Widerspruchsverfahren nicht erforderlich oder nicht statthaft ist – vor Erhebung der Klage statthaft ist, sagt die Vorschrift nicht. Diese Frage ist umstritten (näher *Puttler*, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 5. Auflage 2018, § 80 Rn. 129; *Klement*, in: Glaser/Klement, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2009, Fall 2 Rn. 16). **Jedenfalls** ist der Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO unzulässig, wenn der Verwaltungsakt schon bestandskräftig ist.

## d) Verhältnis zu anderen Rechtsschutzformen

Liegen die unter a) bis c) aufgeführten Voraussetzungen vor, so ist § 80 Abs. 5 VwGO *lex specialis* gegenüber allen anderen Formen einstweiligen Rechtsschutzes der VwGO. Insbesondere ist ein Antrag nach § 123 Abs. 1 VwGO nur in Erwägung zu ziehen, wenn Antrag nach § 80 Abs. 5 Satz 1 VwGO unstatthaft ist (Subsidiaritätsklausel: **§ 123 Abs. 5 VwGO**).

**4. Abgrenzung zwischen den beiden Varianten des Aussetzungsantrags**

Antrag auf **Anordnung der aufschiebenden Wirkung** (§ 80 Abs. 5 Satz 1 Var. 1 VwGO): wenn der Hauptsacherechtsbehelf unmittelbar kraft Gesetzes keine aufschiebende Wirkung hat (§ 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1–3 VwGO)

Antrag auf **Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung** (§ 80 Abs. 5 Satz 1 Var. 2 VwGO): wenn der Hauptsacherechtsbehelf aufgrund einer behördlichen Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit keine aufschiebende Wirkung hat (§ 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO). Von „Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung“ spricht man in diesem Fall selbst dann, wenn die behördliche Anordnung erging, bevor der Hauptsacherechtsbehelf eingelegt wurde, so dass dieser zu keinem Zeitpunkt aufschiebende Wirkung hatte.

Nur von terminologischer Bedeutung ist die Frage, ob im Fall des § 80 Abs. 5 Satz 2 VwGO (Antragstellung vor Klageerhebung nach abgeschlossenem Widerspruchsverfahren) der Antrag auf die aufschiebende Wirkung des (nicht mehr anhängigen) Widerspruchs oder der (noch nicht erhobenen) Klage zu richten ist (dazu näher *Klement*, in: Glaser/Klement, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2009, Fall 2 Rn. 13).

**III. Zuständiges Gericht**

Nach § 80 Abs. 5 Satz 1 VwGO ist das Gericht der Hauptsache zuständig.

Wenn Berufung eingelegt wurde oder der Antrag auf Zulassung der Berufung anhängig ist, ist das Berufungsgericht zuständig. Im Revisionsverfahren ist das BVerwG zuständig (vgl. § 49 VwGO).

**IV. Antragsbefugnis, § 42 Abs. 2 VwGO analog**



## V. **Beteiligungs- und Prozessfähigkeit des Antragstellers**

### 1. **Beteiligungsfähigkeit, § 61 VwGO**

### 2. **Prozessfähigkeit, § 62 VwGO**

## VI. **Beteiligungs- und Prozessfähigkeit des Antragsgegners**

### 1. **Bestimmung des Antragsgegners**

Formaler Beteiligtenbegriff: Antragsgegner ist, wer in der Antragsschrift als solcher bezeichnet ist (ggf. Auslegung).

### 2. **Richtiger Antragsgegner, § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO analog**

Richtiger Antragsgegner ist nach § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO analog grundsätzlich der Rechtsträger der Ausgangsbehörde, die den in der Hauptsache gegenständlichen Verwaltungsakt erlassen hat. Ob das auch dann gilt, wenn die sofortige Vollziehung nach § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO erst von der Widerspruchsbehörde angeordnet wurde, oder ob der Antrag dann gegen deren Rechtsträger gerichtet werden muss, ist umstritten.

### 3. **Beteiligungsfähigkeit, § 61 Nr. 1 Var. 2 VwGO**

### 4. **Prozessfähigkeit, § 62 Abs. 3 VwGO**

## VII. **Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis**

Rechtsschutzbedürfnis nur bei vorherigem erfolglosen Antrag bei der Behörde auf Aussetzung der Vollziehung (§ 80 Abs. 4 Satz 1 VwGO)? § 80 Abs. 6 Satz 1 VwGO verlangt einen Antrag bei der Behörde nur, wenn mit dem streitgegenständlichen Verwaltungsakt öffentliche Abgaben oder Kosten angefordert werden. Daraus ist zu schließen, dass ein fehlender Aussetzungsantrag bei der Behörde das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis in allen anderen Fällen nicht ausschließt (*Pietzner/Ronellenfitsch*, Das Assessorexamen im Öffentlichen Recht, 14. Auflage 2019, Rn. 1543; a. A. *Stern/Blanke*, Verwaltungsprozessrecht in der Klausur, 9. Auflage 2008, Rn. 259).

Widerspruch bzw. Anfechtungsklage dürfen nicht unzulässig sein, andernfalls ist auch der Aussetzungsantrag unzulässig.

Der Aussetzungsantrag ist **nicht fristgebunden**.

## VIII. **Ordnungsgemäße Antragstellung, § 81 Abs. 1, § 82 Abs. 1 Satz 1 VwGO analog**

Der Antrag ist analog § 81 Abs. 1 Satz 1 VwGO beim Gericht der Hauptsache zu stellen. Beim VG kann der Antrag analog § 81 Abs. 1 Satz 2 VwGO auch zur Niederschrift der Geschäftsstelle gestellt werden.

Auf den Antragsinhalt findet § 82 VwGO entsprechend Anwendung.

## B. Begründetheit eines Antrags nach § 80 Abs. 5 VwGO

Der Antrag ist begründet, wenn sich aufgrund einer (gerichtlichen) **Interessenabwägung** ergibt, dass das Interesse des Antragstellers am Nichtvollzug des Verwaltungsaktes (= Suspensivinteresse) das Interesse der Allgemeinheit an der sofortigen Vollziehung des Verwaltungsaktes (= Vollzugsinteresse) überwiegt.

Ein Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung (§ 80 Abs. 5 Satz 1 Var. 2 VwGO) ist außerdem begründet, wenn die Anordnung des Sofortvollzugs **formell rechtswidrig** war.

### I. Formelle Rechtmäßigkeit der Anordnung der sofortigen Vollziehung

**Nur bei Antrag auf Wiederherstellung** der aufschiebenden Wirkung (§ 80 Abs. 5 Satz 1 Var. 2 VwGO)

#### 1. Zuständigkeit

§ 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO: Ausgangsbehörde und Widerspruchsbehörde

Ausgangsbehörde auch noch während des Widerspruchsverfahrens (umstritten)

#### 2. Verfahren

Umstritten ist, ob es vor Erlass der **Anordnung der sofortigen Vollziehung** einer Anhörung des Betroffenen bedarf (s. etwa *Schröder*, Anhörung vor Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit?, VBIBW 1995, S. 384 ff.; in einer Fallbearbeitung *Leidinger*, JuS 2006, S. 816 [819 f.]). Nach dem Wortlaut des § 28 Abs. 1 VwVfG ist die Frage zu bejahen, wenn es sich bei der Anordnung der sofortigen Vollziehung um einen **Verwaltungsakt** handelt. Dies wird man mangels – materieller – Regelungswirkung wohl zu verneinen haben (*Schoch*, in: Schoch/Schneider/Bier [Hrsg.], VwGO, § 80 Rn. 258 [Stand: 22. Ergänzungslieferung September 2011]). Oft wird die Frage auch in umgekehrter Denkrichtung beantwortet: Weil die Vorschriften des VwVfG und der VwGO über Verwaltungsakte für die Anordnung der sofortigen Vollziehung „nicht passen“, liege kein Verwaltungsakt vor (*Kopp/Schenke*, VwGO, 25. Auflage 2019, § 80 Rn. 78).

#### 3. Form der Anordnung

§ 80 Abs. 3 Satz 1 VwGO

#### 4. Darlegung eines besonderen Interesses am sofortigen Vollzug

Es ist nicht erforderlich, dass das dargelegte Interesse das Suspensivinteresse überwiegt. Das dargelegte besondere Interesse muss nicht einmal tatsächlich bestehen. Rein *formelle* Anforderung an die Begründung. Allerdings muss es sich um ein *besonderes* Interesse am sofortigen Vollzug handeln. Die Ausführungen müssen also über die Gründe für den Verwaltungsakt selbst hinausgehen. Rein wiederholende oder schematische Ausführungen genügen nicht.

## II. Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung aus materiellen Gründen

Die aufschiebende Wirkung ist anzuordnen (wiederherzustellen), wenn das Interesse an einem Aufschub der Vollziehung bis zur Entscheidung in der Hauptsache (**Suspensivinteresse**) das öffentliche Interesse an der sofortigen Vollziehung (**Vollzugsinteresse**) **überwiegt**.

Da das vorläufige Rechtsschutzverfahren der Sicherung des Rechtsschutzes in der Hauptsache dient und damit einen verfassungsrechtlichen Auftrag aus Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG erfüllt, sind für die Gewichtung der Interessen in erster Linie die **Erfolgsaussichten des Rechtsbehelfs im Hauptsacheverfahren** maßgeblich. Diese können vom Gericht im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes wegen der Dringlichkeit der Sache nur in einer „**summarischen Prüfung**“ beurteilt werden. „Summarisch“ bedeutet, dass der Abwägung die tatsächlichen Erkenntnisse zugrunde gelegt werden, die das Gericht bis zum Zeitpunkt seiner Entscheidung gewonnen hat. In Klausuren sind also – wie auch sonst – die im Sachverhalt mitgeteilten Tatsachen rechtlich zu würdigen (und zwar vollständig!). Keinesfalls dürfen Bearbeiter unter Hinweis auf die „nur summarische Prüfung“ auf eine genaue Auslegung und Subsumtion verzichten.

### 1. Erfolgsaussichten des Hauptsacherechtsbehelfs

Der Hauptsacherechtsbehelf wird Erfolg haben, wenn er zulässig und begründet ist.

- a) Zulässigkeit des Widerspruchs/der Anfechtungsklage
- b) Begründetheit des Widerspruchs/der Anfechtungsklage

### 2. Interessenabwägung

Für die Interessenabwägung gelten unter maßgeblicher Berücksichtigung der Erfolgsaussichten des Rechtsbehelfs in der Hauptsache folgende **Entscheidungsregeln**:

- Die aufschiebende Wirkung ist wiederherzustellen, wenn der Rechtsbehelf nach Lage der Dinge **in der Hauptsache Erfolg** haben wird, der Verwaltungsakt also subjektive Rechte des Antragstellers verletzt (§ 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO) und der Aufhebungsanspruch nicht ausnahmsweise ausgeschlossen ist (z.B. nach § 46 VwVfG). Denn am Vollzug eines Verwaltungsakts, der vom Gericht aufzuheben ist, besteht kein öffentliches Interesse; das Suspensivinteresse überwiegt.

- Wird der Rechtsbehelf in der Hauptsache nach Lage der Dinge **erfolglos** sein, insbesondere weil der Verwaltungsakt rechtmäßig ist, ist in den Fällen des § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1–3 VwGO der Antrag zurückzuweisen. Ist die aufschiebende Wirkung hingegen lediglich durch eine behördliche Anordnung nach § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO entfallen, reichen die fehlenden Erfolgsaussichten in der Hauptsache für sich allein noch nicht aus, um ein Überwiegen des Vollzugsinteresses zu begründen. Das ergibt sich aus der Wertung des Gesetzes, die Widerspruch und Anfechtungsklage im Grundsatz auch bei rechtmäßigen Verwaltungsakten eine aufschiebende Wirkung zuspricht (§ 80 Abs. 1 VwGO). Der Antrag hat deshalb trotz fehlender Erfolgsaussichten in der Hauptsache Erfolg, wenn kein besonderes Interesse an der sofortigen Vollziehung (Eilbedürftigkeit) nach Maßgabe des § 80 Abs. 3 Satz 1 VwGO besteht. Nur wenn das Gericht aufgrund eigener Einschätzung die Eilbedürftigkeit bejaht, ist der Antrag erfolglos.
- Ist die Hauptsacheentscheidung nach Lage der Dinge **offen**, weil für die rechtliche Bewertung maßgebliche Tatsachen nicht mit der erforderlichen Wahrscheinlichkeit feststehen (in Klausuren äußerst selten!), bedarf es einer Abwägung im Hinblick auf die Folgen, die eine gerichtliche Entscheidung in der einen oder der anderen Richtung für die wechselseitigen Interessen hätte. Der Antrag ist begründet, wenn die Interessen des Antragstellers in dieser Abwägung überwiegen, was insbesondere bei schweren, irreversiblen Folgen der Fall sein kann.

### III. Gerichtliche Entscheidung

#### 1. Antrag begründet

- Anordnung der aufschiebenden Wirkung (in den Fällen des § 80 Abs. 2 Satz 1 Nrn. 1–3 VwGO)
- Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung (in den Fällen des § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO)
- Die Entscheidung kann von einer Sicherheitsleistung oder von Auflagen abhängig gemacht werden (§ 80 Abs. 5 Satz 4 VwGO). Es besteht auch die Möglichkeit einer Befristung nach § 80 Abs. 5 Satz 5 VwGO.
- Bei der sog. faktischen Vollziehung stellt das Gericht die aufschiebende Wirkung des Hauptsacherechtsbehelfs (Widerspruch oder Anfechtungsklage) fest.

#### 2. Antrag nicht begründet

Antrag wird zurückgewiesen (abgelehnt).

**Nicht:** Antrag wird abgewiesen – denn „abgewiesen“ werden nur Klagen.

## X. Erfolgsaussichten eines Antrags auf eine einstweilige Anordnung, § 123 VwGO

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung hat Erfolg, wenn er zulässig und begründet ist.

### A. Zulässigkeit eines Antrags nach § 123 Abs. 1 VwGO

#### I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs, § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO i.V.m. § 123 Abs. 2 Satz 1 VwGO

**Akzessorietät** des einstweiligen Rechtsschutzes zum Hauptsacheverfahren, daher ist hier zu prüfen, ob im Hauptsacheverfahren der Verwaltungsrechtsweg eröffnet ist oder – wenn noch kein Hauptsacherechtsbehelf eingelegt wurde – eröffnet sein wird.

#### II. Zuständiges Gericht

Nach § 123 Abs. 2 Satz 1 VwGO ist das Gericht der Hauptsache zuständig. In der Regel ist dies das örtlich zuständige Verwaltungsgericht (§§ 45, 52 VwGO i.V.m. § 1 Abs. 2 AGVwGO). Sobald allerdings Berufung eingelegt wurde oder der Antrag auf Zulassung der Berufung anhängig ist, geht die Zuständigkeit auf das Berufungsgericht über. Im Revisionsverfahren ist das BVerwG zuständig (vgl. § 49 VwGO).

#### III. Statthaftigkeit des Antrags gemäß § 123 Abs. 1 VwGO

##### 1. Ermittlung des Rechtsschutzbegehrens, § 122 Abs. 1 i.V.m. § 88 VwGO

hier: Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gemäß § 123 Abs. 1 VwGO.

Zwei Varianten: Bei einer **Sicherungsanordnung** wird die Sicherung eines bestehenden Zustandes begehrt (§ 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO), also z.B. ein öffentlich-rechtlicher Unterlassungsanspruch (grundrechtlicher Abwehranspruch) geltend gemacht.

Bei einer **Regelungsanordnung** (§ 113 Abs. 1 Satz 2 VwGO) begehrt der Antragsteller eine Maßnahme, die den bestehenden Zustand verändert (z.B. Erteilung einer Genehmigung, Auszahlung von Geld).

Beachte: Soweit der Wortlaut des gestellten Antrags Auslegungsspielräume belässt, sind diese unter maßgeblicher **Berücksichtigung des erkennbaren Rechtsschutzziels** des Antragstellers auszufüllen (§ 122 Abs. 1 i.V.m. § 88 VwGO). Ergibt sich im Wege der Auslegung, dass rechtsirrtümlich ein Antrag auf Aussetzung der Vollziehung (§ 80 Abs. 5, § 80a VwGO) gestellt wurde, kann der Antragsteller sein Rechtsschutzziel damit aber nicht erreichen, kommt eine **Umdeutung** des Antrags in Betracht (*Kopp/Schenke*, VwGO, 25. Auflage 2019, § 88 Rn. 3). Beharrt der Antragsteller – insbesondere bei anwaltlicher Vertretung – allerdings trotz eines entsprechenden Hinweises auf seinem Antrag, ist das Gericht daran nach § 88 VwGO gebunden (*Schoch*, in: Schoch/Schneider/Bier [Hrsg.], VwGO, § 123 Rn. 104b [Stand: 26. Ergänzungslieferung März 2014]).

## 2. Eröffnung der Rechtsschutzform

Insbesondere: **Abgrenzung** zu § 80 Abs. 5, § 80a oder § 47 Abs. 6 VwGO

Nach § 123 Abs. 5 VwGO ist der Rechtsschutz durch einstweilige Anordnungen gegenüber dem Aussetzungsverfahren des § 80 Abs. 5, § 80a VwGO **subsidiär**. Gemäß § 47 Abs. 6 VwGO besteht eine Subsidiarität auch gegenüber dem speziell geregelten einstweiligen Rechtsschutz im Normenkontrollverfahren.

Für die besonders wichtige Abgrenzung zwischen dem Aussetzungsverfahren (§§ 80, 80a VwGO) und § 123 VwGO gilt die „**Faustformel**“: Vorläufiger Rechtsschutz ist im Wege des **Aussetzungsverfahrens** nach §§ 80, 80a VwGO zu erlangen, wenn sich in der **Hauptsache die Anfechtungsklage** als statthafte Klageart erweist. Hingegen ist ein Antrag auf eine einstweilige Anordnung nach § 123 VwGO zu stellen, wenn das Begehren in der Hauptsache durch Verpflichtungs-, Leistungs- oder Feststellungsklage zu verfolgen ist.

Es gibt allerdings Fälle, in denen die „Faustformel“ nicht zum richtigen Ergebnis führt: So ist Rechtsschutz gegen die Ablehnung eines Antrags auf Verlängerung eines Aufenthaltstitels nach dem Aufenthaltsgesetz (AufenthG) im Hauptsacheverfahren mit der Verpflichtungsklage zu erlangen, im einstweiligen Rechtsschutz ist aber gleichwohl ein Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO zu stellen, weil nur so die mit der Ablehnung des Antrags kraft Gesetzes entstehende Ausreisepflicht (§ 50 Abs. 1 AufenthG; vgl. § 81 Abs. 3 Satz 1 AufenthG) suspendiert werden kann.

## IV. Antragsbefugnis, § 42 Abs. 2 VwGO analog

Die **Möglichkeit** eines **Anordnungsanspruchs** genügt. Es bedarf in der Zulässigkeit noch keiner Glaubhaftmachung des Anordnungsanspruchs gemäß § 123 Abs. 3 VwGO i.V.m. §§ 920 Abs. 2, 294 ZPO; dies ist erst in der Begründetheit zu prüfen.

Nach h. M. ist darüber hinaus auch die **Möglichkeit** eines **Anordnungsgrunds** (Eilbedürftigkeit) zu prüfen (bejahend *Hufen*, VerwProzR, 11. Auflage 2019, § 33 Rn. 9; *Gröpl*, ThürVBl. 1996, S. 43; anders wohl *Schoch*, in: Schoch/Schneider/Bier [Hrsg.], VwGO, § 123 Rn. 107 [Stand: 26. Ergänzungslieferung März 2014]). Zwingend ist das aber nicht, denn § 42 Abs. 2 VwGO wird nur wegen der Akzessorietät des einstweiligen Rechtsschutzes zum Hauptsacherechtsbehelf geprüft; die Zulässigkeit des Hauptsacherechtsbehelfs verlangt aber nicht das Geltendmachen eines Anordnungsgrunds.

## V. Beteiligungs- und Prozessfähigkeit des Antragstellers

### 1. Beteiligungsfähigkeit, § 61 VwGO

### 2. Prozessfähigkeit, § 62 VwGO

## VI. Beteiligungs- und Prozessfähigkeit des Antragsgegners

Richtiger Antragsgegner ist, wer im **Hauptsacheverfahren** richtiger Klagegegner ist (§ 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO bzw. Rechtsträgerprinzip).

Die Beteiligten- und Prozessfähigkeit des Antragsgegners richtet sich nach §§ 61, 62 VwGO.

## VII. Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis

Weder bedarf es einer vorherigen Klageerhebung noch der Einlegung eines Widerspruchs (Argument: Wortlaut des § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO). Wegen der Akzessorität zur Hauptsache darf die Klage in der Hauptsache aber nicht unzulässig sein.

Ein vorheriger Antrag bei der Behörde ist erforderlich, kann bei besonderer Eile jedoch entbehrlich sein.

## VIII. Frist

Es gibt keine spezielle Antragsfrist für das Verfahren nach § 123 Abs. 1 VwGO. Allerdings darf die Klage in der Hauptsache nicht verfristet sein (Akzessorietät des einstweiligen Rechtsschutzes).

## IX. Ordnungsgemäße Antragsstellung

§ 123 Abs. 3 i.V.m. § 920 ZPO: Bezeichnung des Anspruchs und des Anordnungsgrundes (rein formelle Erfordernisse!)

§§ 81, 82 VwGO sind analog anzuwenden (Schoch, in: Schoch/Schneider/Bier [Hrsg.], VwGO, § 123 Rn. 125 [Stand: 26. Ergänzungslieferung März 2014]).

## B. Begründetheit eines Antrags nach § 123 Abs. 1 VwGO

Das Gericht wird eine Anordnung zur Sicherung des bestehenden/zur Regelung eines vorläufigen Zustands erlassen, wenn der Antragsteller einen Anordnungsanspruch und einen Anordnungsgrund glaubhaft machen kann, vgl. §§ 123 Abs. 3 VwGO i.V.m. § 920 Abs. 2 ZPO. Glaubhaft gemacht sind Anordnungsanspruch und Anordnungsgrund, wenn ihr Bestehen dem Gericht aufgrund der ihm vorliegenden Erkenntnisse wahrscheinlich erscheint (vgl. § 173 Satz 1 VwGO i.V.m. § 294 ZPO).

Die Prüfung der Begründetheit umfasst **drei Schritte**:

### 1. Glaubhaftmachung des **Anordnungsanspruchs**

Ein Anordnungsanspruch besteht, wenn das streitige Recht, der Anspruch oder das Rechtsverhältnis besteht. Aufgrund der besonderen Funktion des einstweiligen Rechtsschutzes genügt es, dass nach summarischer Prüfung der Tatsachen (nicht der Rechtslage!) überwiegende Erfolgsaussichten in der Hauptsache bestehen.

### 2. Glaubhaftmachung des **Anordnungsgrundes**

Der Anordnungsgrund ist die Begründung dafür, warum Rechtsschutz – auch unter Beachtung der verfassungsrechtlichen Garantie des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG – im konkreten Fall abweichend vom Regelfall nicht erst durch eine Entscheidung im Hauptsacheverfahren, sondern im Wege einstweiligen Rechtsschutzes gewährt werden kann und muss. Für die **Sicherungsanordnung** genügt es, dass durch eine (drohende)

Veränderung des bestehenden Zustands „die Verwirklichung eines Rechts des Antragstellers vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte“ (§ 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO). Bei der **Regelungsanordnung** verlangt das Gesetz, dass die Regelung „um wesentliche Nachteile abzuwenden oder drohende Gewalt zu verhindern oder aus anderen Gründen nötig erscheint“. Das ist nur dann der Fall, wenn das geltend gemachte materielle Recht andernfalls zumindest gefährdet wäre.

### 3. Inhalt der gerichtlichen Anordnung

#### a) Rechtliche Grenzen der Anordnungsbefugnis

Inbesondere: Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache

Wegen Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG gilt das Vorwegnahmeverbot ausnahmsweise nicht, wenn sich der Streitgegenstand einer vorläufigen Regelung entzieht, die Vorwegnahme der Hauptsache bei überwiegender Erfolgsaussicht in der Hauptsache aber erforderlich ist, um einen schwerwiegenden Nachteil vom Antragsteller abzuwenden.

#### b) Zweckmäßigkeitsüberlegungen des Gerichts bzgl. des Inhalts der Anordnung

Liegen die Voraussetzungen einer einstweiligen Anordnung vor, ist das Gericht zur Gewährung effektiven Rechtsschutzes gemäß Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG nicht nur berechtigt, sondern verpflichtet, eine Anordnung „in bezug auf den Streitgegenstand“ (Satz 1) oder in Bezug auf das streitige Rechtsverhältnis (Satz 2) zu erlassen. Das Gericht verfügt über Ermessen hinsichtlich des Inhalts der Anordnung. Angesichts der Funktion des einstweiligen Rechtsschutzes darf es allerdings nicht über das hinausgehen, was dem Antragsteller in der Hauptsache zugesprochen werden könnte.