

Besondere Situationen im Gutachten in der Anwaltsklausur im Öffentlichen Recht

Klausurrelevant in der Anwaltsklausur im Öffentlichen Recht sind natürlich wiederum besondere Situationen gerade auch aus verfahrensrechtlicher Sicht, die die Prüfungsämter in einer gewissen Regelmäßigkeit immer wieder in die Examensklausur einbaut.

a) Erfolgsaussichten eines Widerspruchs:

Auch wenn vielfach durch landesrechtliche Regelungen (z.B. § 80 NJG für Niedersachsen) das Widerspruchsverfahren erheblich an Bedeutung in der Praxis verloren hat und dadurch auch im zweiten Staatsexamen –anders als früher- nicht mehr regelmäßig Dauerthema sein dürfte, sollten einige Besonderheiten bei derartigen Klausuren beachtet werden..

aa) Im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung eines gerichtlichen Rechtsbehelfs ist daher auch weiterhin generell die Statthaftigkeit des Widerspruchs jedenfalls kurz zu problematisieren. Hier sollte zunächst kurz der Grundsatz des § 68 VwGO dargestellt, sowie dann die ggf. landesrechtlichen Ausnahmen und Gegenausnahmen hinreichend dargelegt werden. Im Anschluss ist dann die kurze fallbezogene Subsumtion vorzunehmen.

bb) Beachten Sie auch, dass in beamtenrechtlichen Klausursituationen gem. § 126 II BBG, § 54 II BeamtenStG stets ein Vorverfahren durchzuführen ist, auch wenn es sich nicht um einen VA handelt, der durch den Beamten angegriffen bzw. begehrt wird.

cc) Aufgrund der in einigen Bundesländern erfolgten Abschaffung der Landesmittelbehörden kommt es mittlerweile häufig vor, dass gem. § 73 I Nr. 2 VwGO der Devolutiveffekt entfällt und die Ausgangsbehörde auch als Widerspruchsbehörde zuständig ist. Aus anwaltlicher Vorsicht sollte daher darauf geachtet werden, dass ein etwaig anzufertigender Widerspruch gem. § 70 I VwGO stets bei der Ausgangsbehörde eingelegt wird, um der Gefahr einer Fristversäumung zu begegnen,

wenn die Widerspruchsbehörde falsch bestimmt wurde.

dd) Letztlich dürfte zu beachten sein, dass nach der hM und Rspr.¹ ein Fortsetzungsfeststellungswiderspruch² unzulässig ist. Begründet wird dies im Wesentlichen damit, dass insoweit kein Rechtsschutzbedürfnis bestehe, weil die behördliche Entscheidung keine einem gerichtlichen Urteil gleichkommende Bindungswirkung entfalten könne. Auch könne der Zweck des Vorverfahrens, die Selbstkontrolle der Verwaltung aufgrund der Erledigung nicht mehr erreicht werden.

In diesen Fällen ist daher regelmäßig sofort Fortsetzungsfeststellungsklage zu erheben, soweit deren besondere Zulässigkeitsvoraussetzungen gegeben sind.

Anders ist dies nur dann, wenn ein Fall der direkten Anwendung von § 113 I 4 VwGO vorliegt. In diesen Fällen ist vor Erhebung der Anfechtungsklage selbstverständlich zunächst die Durchführung des Vorverfahrens erforderlich. Gleiches gilt in dem Falle, in dem in der Hauptsache Verpflichtungsklage zu erheben wäre und die Erledigung erst nach Klageerhebung eintritt.

Überprüfen Sie daher sorgfältig, ob im Zeitpunkt der Begutachtung bereits Erledigung eingetreten ist. Erledigung eines VA ist dann gegeben, wenn die mit dem VA verbundene rechtliche oder sachliche Beschwer nachträglich wegfällt³.

ee) Im Rahmen der Begründetheit ist aus anwaltlicher Sicht darauf zu achten, dass die Widerspruchsbehörde regelmäßig eine nochmalige vollständige Prüfung der Rechtmäßigkeit vornimmt und so Erwägungen zur Begründung der erstbehördlichen Entscheidung ergänzt bzw. nachgeschoben werden können, mit der Folge, dass der Widerspruch dann in der Sache keinen Erfolg hat. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage ist hier also der Zeitpunkt der letzten Behördenentscheidung

¹ BVerwG NJW 1978, 1935.

² Vgl. Sie hierzu auch die Ausführungen unten zur FFKI.

³ BVerwG NVwZ 1991, 571.

und dies ist die Widerspruchsentscheidung. Für den Mandanten droht somit letztlich die Gefahr der Reformatio in peius, die im Verwaltungsverfahren als zulässig anerkannt ist⁴.

Anmerkung:

Wiederholen Sie nochmals die sieben problematischen Fragestellungen zur RIP im Verwaltungsverfahren und deren Lösung. Diesen lauten:

1. Was ist Klagegegenstand?
2. Ist ein erneutes Vorverfahren erforderlich?
3. Wer richtiger Klagegegner beim Vorgehen gegen die RIP?
4. Ist die RIP generell im Verwaltungsverfahren zulässig?
5. Was ist die richtige Rechtsgrundlage für die RIP?
6. Ist die Widerspruchsbehörde für die RIP zuständig?
7. Muss vor der RIP erneut eine Anhörung durchgeführt werden?

Auf diese Gefahren ist der Mandant entsprechend im Mandantenanschreiben auch hinzuweisen und über ggf. bestehende Risiken aufzuklären.

ff) Zu beachten ist des Weiteren die Vorschrift des § 80 I 1, II VwVfG. Soweit ein Rechtsanwalt die Bürger bereits bei der Durchführung des Widerspruchsverfahrens vertritt, besteht bei einem erfolgreichen Widerspruch ein Kostenerstattungsanspruch des Mandanten gegen den Rechtsträger der handelnden Behörde im Hinblick auf die Rechtsanwaltskosten, soweit die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts im Vorverfahren notwendig war.

Anmerkung:

Beachten Sie, dass für die Vertretung des Mandanten im Widerspruchsverfahren regelmäßig eine Geschäftsgebühr gem. Ziff. 2300 VV RVG anfällt, wobei der Rechtsanwalt anhand der Kriterien des § 14 I RVG festlegt, an welcher Stelle er seine konkrete Gebühr im Rahmen des Gebührenrahmens der Ziff. 2300 VV RVG zwischen 0,5 und 2,5 ansetzt.

⁴ Vgl. zu den problematischen Fragestellungen auch Kopp/ Schenke, VwGO, § 68, Rdnr. 10 ff..

Als Anspruchsvoraussetzung für einen möglichen Erstattungsanspruch ist zunächst gem. § 80 I 1 VwVfG erforderlich, dass ein eingelegter Widerspruch erfolgreich war. Erfolgreich ist ein Widerspruch dann, wenn die Beschwerde des Widerspruchsführers aufgrund des Widerspruchs hin beseitigt worden ist⁵. Nicht ausreichend sind dagegen Ursachen für den Fortfall der Beschwerde, die ihren Ursprung außerhalb des Verfahrensgegenstandes haben.

Anmerkung:

Für den Anspruch aus § 80 I 1 VwVfG direkt spielt es somit keine Rolle, ob der Widerspruch Erfolgsaussichten hatte.

Zu beachten ist jedoch, dass die Regelung des § 80 I 1 VwVfG unter Umständen auch analog angewandt werden kann.

Das BVerwG hat hierzu ausgeführt, dass § 80 VwVfG grundsätzlich nicht Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens ist, anders als die Kostentragungsregelungen in den Prozessordnungen. Der Gesetzgeber habe gerade keinen allgemeinen Grundsatz schaffen wollen, dass die Behörde dem Bürger stets Kosten erstatten müsse⁶. Damit fehlt es jedoch grundsätzlich an einer planwidrigen Regelungslücke, da der Gesetzgeber bewusst von einer allgemeinen Kostenerstattungsregelung vergleichbar zu §§ 154 ff. VwGO abgesehen hat⁷. Das wiederum hat zur Folge, dass die Behörde auch bei einem zulässigen und begründeten Widerspruch grds. die Wahl hat, den durch den Widerspruch angegriffenen Bescheid im Wege der Aufhebung gem. §§ 48, 49 VwVfG zu beseitigen, statt einen Widerspruchsbescheid zu erlassen. Wählt die Behörde jedoch den Weg über §§ 48, 49 VwVfG ausschließlich deshalb, weil sie die Kostentragungspflicht aus § 80 I 1 VwVfG umgehen möchte, verhält sie sich rechtsmissbräuchlich, so dass in diesen Fällen die Rspr. dann ausnahmsweise die Regelung des § 80 I 1 VwVfG analog anwendet⁸.

Um jedoch die Rechtsmissbräuchlichkeit des Vorgehens der Behörde abschließend zu prüfen, ist Tatbestandsvoraussetzung des § 80 I 1 VwVfG analog dann, ob der eingelegte Widerspruch Aussicht auf Erfolg gehabt hätte.

⁵ vgl. hierzu umfassend auch Kopp/ Ramsauer, VwVfG, § 80, Rdnr. 26

⁶ BVerwG NVwZ 1997, 272 ff.

⁷ siehe auch Kopp/ Ramsauer, VwVfG, § 80, Rdnr. 16

⁸ Kopp/ Ramsauer, VwVfG, § 80, Rdnr. 18 m.w.N

Anmerkung:

Beachten Sie somit nochmals, die Erfolgsaussichten des Widerspruchs sind nicht Voraussetzung des Anspruchs gem. § 80 I 1 VwVfG, jedoch Voraussetzung des Anspruchs analog § 80 I 1 VwVfG.

b) Fortsetzungsfeststellungsklage

Die Fortsetzungsfeststellungsklage und ihre Probleme in der Zulässigkeit dürften/ sollten Ihnen bereits aus dem 1. Staatsexamen bekannt sein.

Gem. § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO kann das Gericht auf Antrag durch Urteil feststellen, dass der Verwaltungsakt rechtswidrig gewesen ist, wenn der Kläger ein berechtigtes Interesse an dieser Feststellung hat und sich der Verwaltungsakt während des gerichtlichen Verfahrens durch Zurücknahme oder in anderer Weise erledigt hat.

Typische Situation der Fortsetzungsfeststellungsklage, welche auch ausdrücklich gesetzlich geregelt ist, ist somit der Fall, dass dem Bürger ein belastender Verwaltungsakt zugestellt wird, er gegebenenfalls ein Vorverfahren durchführt, das jedoch erfolglos bleibt, und anschließend Klage erhebt. Nach Klageerhebung erledigt sich dann der VA.

Nach überwiegender Ansicht kann jedoch die Fortsetzungsfeststellungsklage auch in den Fällen erhoben werden, in denen die Erledigung bereits vor Klageerhebung in einer Anfechtungssituation eintritt, bzw. in denen eine Verpflichtungssituation vorliegt und die Erledigung des begehrten VA entweder vor Klageerhebung erfolgt oder nach Klageerhebung eintritt.

aa) Erforderlich für die Zulässigkeit einer derartigen Klage ist jedoch, dass der Kläger ein qualifiziertes Feststellungsinteresse, dass sogenannte **Fortsetzungsfeststellungsinteresse** geltend machen kann. Dieses Erfordernis wird damit begründet, dass ein Kläger bei Erledigung grundsätzlich kein Interesse mehr an einer

gerichtlichen Entscheidung hat, da die Belastung entfallen ist. Nur dann, wenn der Kläger ein qualifiziertes Feststellungsinteresse darlegen kann, kommt ihm noch ein Interesse an einer gerichtlichen Entscheidung zu. Aus anwaltlicher Sicht ist hier sorgfältig zu prüfen und darzulegen.

Insoweit sind mittlerweile wohl fünf Fallgruppen des sogenannten Fortsetzungsfeststellungsinteresses anerkannt:

- **Konkrete Wiederholungsgefahr⁹**
Beachten Sie, dass nicht jede irgendwie geartete Wiederholungsgefahr ausreichend ist, um eine konkrete Wiederholungsgefahr zu begründen. So ist das Feststellungsinteresse ausgeschlossen, wenn ungewiss ist, ob in Zukunft ähnliche Verhältnisse nochmals eintreten können. Allerdings dürfen hier auch keine überzogenen Anforderungen gestellt werden. Sie müssen daher Anhaltspunkte im Sachverhalt herausarbeiten, anhand derer Sie die konkrete Wiederholungsgefahr annehmen und überzeugend begründen können.
- **Rehabilitationsinteresse**
Ein solches Reha- Interesses liegt dann vor, wenn der Bürger durch eine staatliche Maßnahme in diskriminierender Weise beeinträchtigt worden ist, also im Vergleich zu anderen schlechter behandelt wurde. Dies kann letztlich nur dann der Fall sein, wenn ein gewisser Öffentlichkeitsbezug des behördlichen Handelns vorliegt¹⁰.
- **(P) Vorbereitung eines Amtshaftungsprozess:**
Die Vorbereitung eines Amtshaftungsanspruches reicht grundsätzlich nur für die Annahme eines Fortsetzungsfeststellungsinteresses aus, wenn die **Erledigung** des angegriffenen oder begehrten Verwaltungsaktes **erst nach Klageerhebung** eingetreten ist¹¹.
In diesen Fällen greift der sogenannte *Fruchterhaltungsgedanke* durch. Der Kläger soll

⁹ Kopp/ Schenke, VwGO, § 113, Rdnr. 141.

¹⁰ Kopp/ Schenke, VwGO, § 113, Rdnr. 143.

die bereits im Verwaltungsprozess gefundenen/ erreichten Ergebnisse im Rahmen der Geltendmachung eines Amtshaftungsanspruchs gegen den Hoheitsträger nutzen können. Dies wird er insbesondere dann können, wenn in einem Verwaltungsrechtsstreit mit Wirkung für und gegen die Beteiligten ein entsprechendes Urteil gefällt wird.

Es besteht dagegen kein Anspruch auf den sachnäheren Richter. Der Bürger muss daher in dem Falle, in dem sich der Verwaltungsakt bereits vor Klageerhebung erledigt hat und er nunmehr Amtshaftungsansprüche geltend machen will, unmittelbar den Zivilrechtsweg beschreiten. Der Früchterhaltungsgedanke findet auf diese Fallkonstellationen keine Anwendung.

Anmerkung:

Hier besteht wiederum eine Haftungsfalle für den Rechtsanwalt. Die Kosten, die dadurch entstehen, dass er unnötigerweise die Klage als FFkl zunächst beim VG erhebt, muss er seinem Mandanten aus Schadensersatzgesichtspunkten ersetzen.

Des Weiteren läuft er Gefahr, dass durch die nicht rechtzeitige Erhebung der Amtshaftungsklage beim Zivilgericht ggf. der Ersatzanspruch verjährt.

In Fällen, in denen der Rechtsanwalt in der Praxis einen Haftungsfall verursacht, droht in der Anwaltsklausur im Staatsexamen natürlich immer das Risiko einer nicht mehr ausreichenden Bewertung.

Zu beachten ist allerdings, dass die Zivilgerichte die Feststellung der Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsaktes durch ein verwaltungsgerichtliches Urteil im Rahmen der Rechtskraftwirkung als bindend betrachten müssen¹².

- **Schwerwiegender Grundrechtseingriff:**
In der Rechtsprechung¹³ hat sich in den letzten Jahren gezeigt, dass auch ein schwerwiegender Grundrechtsverstoß grundsätzlich ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse begründen kann.

Diese Fallgruppe wird von Teilen der Rechtsprechung und Lit. als eigenständiger Unterfall des Fortsetzungsfeststellungsinteresses angesehen. Teilweise wird diese Gruppe dagegen dem Rehabilitationsinteresse zugeordnet.

Problematisch stellt sich hier insbesondere dar, wann ein schwerwiegender Grundrechtseingriff vorliegt. Die Rechtsprechung ist insoweit nicht immer einheitlich. Teilweise wird hierbei auf die besondere Bedeutung eines Grundrechtes abgestellt, teilweise jedoch auch darauf, ob das fragliche Grundrecht nur im Randbereich oder bereits im Kernbereich betroffen ist.

Anmerkung:

Beachten Sie, dass in der anwaltlichen Klausur das FF- Interesse mit der Prüfung im Gutachten noch nicht abgearbeitet ist.

Vielmehr ist es dann Ihre Aufgabe im abschließenden praktischen Teil der Klausur konkret die Tatsachen im Schriftsatz vorzutragen, aufgrund derer dann das Gericht das qualifizierte Feststellungsinteresse wird bejahen können.

Vermeiden Sie dabei bloß formelhafte Begründungen und bemühen Sie sich, konkret und präzise die erforderlichen Tatsachen vorzutragen.

- Als weitere Fallgruppe hat sich jedenfalls in Teilen der Rechtsprechung in den vergangenen Jahren der Gedanke entwickelt, dass auch dann ein FF-Interesse bestehen muss, wenn der Bürger mit einem **sich typischer kurzfristig erledigenden Rechtsakt** zu tun bekommt, so zB. im Bereich des Gefahrenabwehrrechts. Diese Überlegung

¹¹ BVerwG NVwZ 2001, 1410.

¹² Palandt/Putzo, BGB, § 839, Rdnr. 87.

entwickelt sich aus dem Gedanken des effektiven Rechtsschutzes.

Klageerhebung und innerhalb der Widerspruchsfrist eingetreten ist.

bb) Da die Fortsetzungsfeststellungsklage letztlich vom Grundgedanken des Gesetzgebers her die Fortführung eines Anfechtungsrechtsstreits, bzw. eines Verpflichtungsrechtsstreits darstellt, muss neben dem Vorliegen des besonderen Fortsetzungsfeststellungsinteresses das Vorliegen einer **Klagebefugnis** analog § 42 Abs. 2 VwGO gegeben sein. Insoweit soll wiederum eine Popularklage verhindert werden.

Teilweise wird in der Literatur hierzu weiterhin verlangt, dass auch in diesen Fällen ein Vorverfahren durchgeführt werden muss. Begründet wird dies damit, dass das Vorverfahren eine wichtige Rechtsschutzfunktion einnimmt und zur Befriedung des Bürger-Staat-Verhältnis beiträgt.

cc) Problematisch stellt sich daneben die Frage dar, ob vor Erhebung einer Fortsetzungsfeststellungsklage die **Durchführung eines Vorverfahrens** gem. § 68 ff. VwGO notwendig ist.

Gegen diese Ansicht wird jedoch zu Recht durch die Rspr.¹⁴ eingewandt, dass zum einen der behördlichen Feststellung der Rechtswidrigkeit keine derartige Verbindlichkeit zukommt, wie sie einer gerichtlichen Entscheidung zukommen würde. Darüber hinaus ist es nicht Aufgabe der Widerspruchsbehörde die Rechtswidrigkeit/Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsaktes festzustellen, besonders über dessen Aufhebung zu entscheiden. Letztlich wird weiterhin eingewandt, dass die Fortsetzungsfeststellungsklage eher der Feststellungsklage vergleichbar sei und daher auch aus diesem Grunde ein Vorverfahren entbehrlich ist.

Die Bedeutung des Rechtsstreits ist die häufig durch landesrechtliche Regelungen eingetretene weitgehende Abschaffung des Vorverfahrens deutlich entschärft worden.

Dennoch sind gerade Fälle aus dem Bundesrecht weiterhin auch für eine Fortsetzungsfeststellungsklage denkbar. Aus diesem Grunde sind folgende Konstellationen zu unterscheiden:

Aus diesem Grunde ist nach absolut herrschender Meinung ein Fortsetzungsfeststellungswiderspruch nicht einzulegen.

- Soweit ein Fall der direkten Anwendung des § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO vorliegt, also die Erledigung des VA erst nach Erhebung der Anfechtungsklage eintritt, muss selbstverständlich und unstrittig ein Vorverfahren bereits vor Erhebung der Anfechtungsklage durchgeführt worden sein.
- Erledigt sich der Verwaltungsakt dagegen erst nach Ablauf der Widerspruchsfrist, kann die Fortsetzungsfeststellungsklage nur dann erhoben werden, wenn zuvor innerhalb der Widerspruchsfrist ordnungsgemäß Widerspruch eingelegt wurde.
- Streitig ist dagegen die Frage, ob ein Vorverfahren durchgeführt werden muss, wenn die Erledigung des Verwaltungsaktes vor

dd) Abschließend ist im Rahmen der Fortsetzungsfeststellungsklage problematisch, ob eine **Klagefrist** beachtet werden muss. Gerade diese Fragestellung ist natürlich aus anwaltlicher Sicht von besonderer Bedeutung. Auch insoweit müssen wiederum verschiedene Fallkonstellationen auseinandergehalten werden:

- Soweit ein Fall der direkten Anwendung des § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO gegeben ist, ist immer unstrittig die Einhaltung der Klagefrist bereits

¹³ BVerwGE 61, 164 ff..

¹⁴ VGH Mannheim NVwZ 1984, 251; Kopp/ Schenke, VwGO, § 68, Rdnr. 34.

für die Erhebung der Anfechtungsklage beachtlich.

- Problematisch stellt sich diese Frage dagegen dann dar, wenn sich der Verwaltungsakt innerhalb der Klagefrist des § 74 VwGO oder sich außerhalb der Widerspruchs-/Klagefrist erledigt hat.

Teilweise wird hier die **Auffassung** vertreten, dass die Klagefrist des § 74 Abs. 1 VwGO bei einer Fortsetzungsfeststellungsklage immer eingehalten werden muss, da die Fortsetzungsfeststellungsklage prozessual letztlich als umgestellte Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage zu sehen sei.

Die **Gegenauffassung** lehnt dagegen das grundsätzliche Bestehen einer Klagefrist im Sinne des § 74 VwGO für die Fortsetzungsfeststellungsklage ab.

Begründet wird diese Ansicht damit, dass sich zum einen der Zeitpunkt der Erledigung nicht immer eindeutig ermitteln lässt und zum anderen der Zweck der Klagefrist, die Erreichung von Bestandskraft des Verwaltungsaktes, im übrigen nicht mehr erreicht werden kann. Letztlich wird auch hier das Argument angeführt, dass die Fortsetzungsfeststellungsklage prozessual eher der Feststellungsklage ähnelt und somit keinen Klagefrist zu laufen beginne. Allerdings müssten auch nach dieser Ansicht die Grundsätze über eine möglich Verwirkung Beachtung finden.

c) Allgemeine Feststellungsklage

Im Rahmen der Zulässigkeit der allgemeinen Feststellungsklage gem. § 43 VwGO gibt es nur wenige problematische Aspekte zu beachten:

aa) Neben der Subsidiarität ist im Rahmen der Zulässigkeit der allgemeinen Feststellungsklage zu beachten, dass ein **berechtigtes Feststellungsinteresse** gegeben sein muss.

Ein Feststellungsinteresse ist anders als bei der zivilrechtlichen Feststellungsklage gem. § 256 ZPO nicht nur ein rechtliches (vgl. insoweit den Wortlaut des § 256 ZPO), sondern jedes berechnigte Interesse ausreichend¹⁵. Das Feststellungsinteresse im Rahmen der allgemeinen Feststellungsklage im Verwaltungsprozess ist somit weiter zu verstehen als im Zivilprozessrecht und umfasst neben rechtlichen Interessen auch schutzwürdige Interessen wirtschaftlicher, ideeller oder auch persönlicher Art¹⁶. Zu beachten ist allerdings, dass immer dann, wenn ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse gegeben ist, auch ein berechnigtes Interesse im Sinne des § 43 VwGO vorliegt.

Anmerkung:

Prüfen Sie daher in der Examensklausur jedenfalls gedanklich immer kurz die anerkannten Fallgruppen zur FFkl.

bb) Daneben ist wiederum streitig, ob für eine Zulässigkeit der Feststellungsklage neben dem Feststellungsinteresse des weiteren eine **Klagebefugnis** analog § 42 Abs. 2 VwGO gegeben sein muss.

Überwiegend wird dies verlangt, so dass auch im Rahmen des zweiten Staatsexamen diese Zulässigkeitsvoraussetzung geprüft und angenommen werden sollte.

cc) Darüber muss bei der allgemeinen Feststellungsklage zwar generell keine **Klagefrist** eingehalten werden. Dennoch sollte ein Rechtsanwalt darauf achten, dass ggf. keine **Verwirkung** eingetreten ist.

Diese liegt vor, wenn neben einem entsprechenden **Zeitmoment** auch ein **Umstandsmoment** gegeben ist. Insoweit kann hinsichtlich des Zeitmomentes ein

¹⁵ BVerwG, NVwz 1991, 471

¹⁶ BVerwG, E 630, 226; VGH Mannheim DVBl 1995, 367, 368; OVG Münster, NWVBl 1997, 23.

Anhaltspunkt die Regelung des § 58 Abs. 2 VwGO sein. Hierbei handelt es sich allerdings nur um einen Anhaltspunkt und nicht um eine starre Grenze.

Die Erhebung einer Feststellungsklage kann daher durchaus auch nach Ablauf von mehr als 12 Monaten noch zulässig sein.

d) Leistungsklage

Die allgemeine Leistungsklage ist in der Examensklausur jedenfalls aus prozessualer Hinsicht regelmäßig unproblematisch. Sie ist zwar in der VwGO nicht ausdrücklich geregelt, wird jedoch in den Regelungen der §§ 43 Abs. 2, 111, 113 VwGO vorausgesetzt.

Die allgemeine Leistungsklage ist auf die Vornahme oder das Unterlass eines schlicht hoheitlichen Handels gerichtet. Sie kommt insbesondere als statthafte Klageart in Betracht, soweit Ansprüche aus einem öffentlich rechtlichen Vertrag im Sinne der §§ 54 ff. VwVfG geltend gemacht werden. Im übrigen jedoch häufig auch dann, wenn sonstige Geldzahlungsverpflichtungen geltend gemacht werden sollen.

Nach wohl hM ist im Rahmen der Zulässigkeit der allgemeinen Leistungsklage wiederum das Vorliegen einer Klagebefugnis analog § 42 Abs. 2 VwGO zu prüfen.

e) Einstweiliger Rechtsschutz

In der Anwaltsklausur im öffentlichen Recht sind häufig Fragen des einstweiligen Rechtsschutzes zu klären, da der Mandant sein Rechtsschutzziel möglichst schnell, jedenfalls aber vorläufig erreichen will. Die Möglichkeiten und Problemstellungen des einstweiligen Rechtsschutzes im Verwaltungsprozess müssen Ihnen daher umfassend bekannt sein.

aa) Allgemeines:

Einstweiliger Rechtsschutz im Verwaltungsprozess wird bekanntermaßen vor allem durch die Verfahren gem. § 123 VwGO und gem. §§ 80 Abs. 5, 80 a VwGO gewährt. Maßgebliche Abgrenzungsnorm für die Frage, welcher Antrag im konkreten

Fall durch den Rechtsanwalt zu stellen ist, ist die Regelung des § 123 Abs. 5 VwGO. Nach dieser Regelung ist grundsätzlich das Verfahren des § 80 Abs. 5, 80 a VwGO vorrangig.

Die Regelungen der §§ 80 Abs. 5, 80 a VwGO zielen auf die Wiederherstellung bzw. erstmalige Anordnung der aufschiebenden Wirkung eines Widerspruchs oder einer Anfechtungsklage ab. Mit der Wiederherstellung/ Anordnung der aufschiebenden Wirkung ist dem Bürger jedoch nur dann geholfen, wenn er gegen das Behördenhandeln einen Rechtsbehelf einlegen kann, dem gem. § 80 I VwGO aufschiebende Wirkung zukommt. Die Anträge gem. §§ 80 V, 80a VwGO führen also nur dann zum Erfolg, wenn in der Hauptsache eine Anfechtungssituation vorliegt.

Anmerkung:

Die richtige Entscheidung für den maßgeblichen Antrag ist in der Examensklausur im 2. Staatsexamen, die durch Praktiker korrigiert wird, von entscheidender Bedeutung. Wird hier die falsche Entscheidung getroffen, führt dies regelmäßig zu erheblichen Punktabzügen. In der Praxis wird den prozessführenden Rechtsanwälten insoweit durch die Rspr. geholfen, dass diese im Falle der Erhebung des „falschen“ Antrages eine Umdeutung vornimmt. Die Gerichte stützen sich dabei in der Regel auf die Regelung des § 88 VwGO bzw. gegen einen Hinweis gem. § 86 Abs. 3 VwGO. Dies sollte für Sie in der Examensklausur allerdings keine Option sein. Sie müssen das richtige Verfahren einleiten und dürfen nicht darauf verweisen, dass im Zweifel das Gericht schon den entsprechenden Hinweis geben wird oder aber eine Umdeutung vornimmt.

Des Weiteren sollte bei der Prüfung eines Antrages gem. § 80 V, 80a VwGO bei den Formulierungen zwingend darauf geachtet werden, ob die aufschiebende Wirkung wiederhergestellt werden muss oder aber erstmalig anzuordnen ist. Auch an dieser Stelle werden fehlerhafte Formulierungen überwiegend mit erheblichen Punktabzügen durch die Korrektoren bedacht.

Beachten Sie darüber hinaus, dass für das Normenkontrollverfahren gem. § 47 Abs. 6 VwGO eine weitere Regelung zum einstweiligen Rechtsschutz besteht, die jedoch regelmäßig nur eine geringe Klausurrelevanz besitzt.

Dieser wendet sich aufgeregt an seinen Rechtsanwalt mit der Bitte um Hilfe.

Welcher Antrag ist im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes statthaft?

Soweit diese vorliegt, ist vorrangig einstweiliger Rechtsschutz nach Regelungen der §§ 80 Abs. 5, 80 a VwGO zu beantragen. In allen anderen Fällen ist dagegen ein Antrag gem. § 123 VwGO zu stellen.

Problematisch erscheint in diesem Fall, dass zur Klärung der Statthaftigkeit eines Antrages im einstweiligen Rechtsschutz ein Rückgriff auf die Situation in der Hauptsache problematisch erscheint. In der Hauptsache müsste der Bauherr gegen die Abrissverfügung sicherlich eine Anfechtungsklage erheben. Diese hätte allerdings aufgrund entsprechender fehlender gesetzlicher Regelung bzw. ausdrücklicher Anordnung tatsächlich gem. § 80 I VwGO aufschiebende Wirkung. Bei einem Rechtsbehelf, der bereits aufschiebende Wirkung besitzt, erscheint es jedoch fraglich, ob diese aufschiebende Wirkung gem. § 80 Abs. 5 VwGO wiederhergestellt oder erstmalig angeordnet werden kann.

bb) Antrag gem. § 80 Abs. 5 VwGO:

Der Antrag gem. §§ 80 V, 80a VwGO kann bereits Problemstellungen im Rahmen der Zulässigkeit aufweisen.

Aus diesem Grunde wird teilweise in einem derartigen Fall angenommen, dass allein eine einstweilige Anordnung gem. § 123 VwGO dem Rechtsschutzbegehren des Mandanten auf Einstellung/ Untersagung der Abrissarbeiten gerecht würde.

(1) In der Zulässigkeit eines Antrages gem. § 80 Abs. 5 VwGO ist im Rahmen der **statthaften Antragsart** zunächst zu problematisieren, ob der Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO überhaupt statthaft ist (vgl. dazu auch oben).

Problematisch ist dies insbesondere in zwei Fällen:

Überwiegend wird jedoch in diesem Fall die Ansicht vertreten, dass ein Antrag analog § 80 Abs. 5 VwGO statthaft ist. Inhalt dieses Antrages sei allerdings nicht die Anordnung oder Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung, sondern lediglich die Feststellung, dass ein eingelegter Rechtsbehelf aufschiebende Wirkung hat. Als Argument für diese Lösung wird angeführt, dass im vorliegenden Fall der Durchführung eines Antrages nach § 123 Abs. 1 VwGO die Regelung des § 123 Abs. 5 VwGO eindeutig entgegen stehe. Im Übrigen sei der Feststellungsantrag als Minus im Antrag auf Anordnung/Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung enthalten.

(a) Faktischer Vollzug:

Fall:

Die Baugenehmigungsbehörde der Stadt Osnabrück erteilt dem Mandanten eine Abrissverfügung für sein Zweifamilienhaus in Osnabrück. Der Bescheid wird dem Mandanten am 25.04.2018 per Postzustellungsurkunde zugestellt. Eine Anordnung der sofortigen Vollziehung erfolgt nicht.

Als der zuständige Sachbearbeiter der Stadt Osnabrück am 03.05.2018 feststellt, dass der Mandant immer noch keine Abrissmaßnahmen durchgeführt hat, beauftragt er am 04.05.2018 ein Unternehmen mit dem Beginn der Abrissarbeiten. Noch an diesem Tag begeben sich Mitarbeiter des Unternehmens zum Grundstück des Mandanten und erklären diesem, welchen Auftrag sie haben.

Anmerkung:

In der Anwaltsklausur sollten Sie hier der herrschenden Meinung folgen und einen Entwurf für einen Antrag analog § 80 V VwGO vorbereiten.

Achten Sie im praktischen Teil darauf, den Antrag entsprechend zu formulieren.

Der Begriff des faktischen Vollzuges wird weit verstanden. Zu weiteren Beispielen aus der aktuelleren Rspr. vgl. Sie VGH München BayVBl 2009, 435, VGH Mannheim NVwZ-RR 2010, 463 und OVG Lüneburg NJW 2010, 3674.

Bei der weiteren gutachterlichen Prüfung ist dann zu beachten, dass in den Fällen des faktischen Vollzuges in der Begründetheit gerade keine Interessenabwägung stattfindet¹⁷. Vielmehr überprüft das Gericht in diesem Fall lediglich, ob aufschiebende Wirkung besteht. In der Begründetheit kann sich daher in diesem Fall an folgender Prüfungsreihenfolge orientiert werden:

1. Liegt ein Fall des § 80 Abs. 1 VwGO vor?
2. Liegt gerade kein Fall des § 80 Abs. 2 VwGO vor?
3. Ist der Rechtsbehelf in der Hauptsache nicht offensichtlich unzulässig?

Es würde daher im praktischen Teil als fehlerhaft angesehen, wenn hier zu einer Interessenabwägung Stellung genommen würde. Vielmehr ist in diesen Fällen ausschließlich im Hinblick auf das Bestehen der aufschiebenden Wirkung zu argumentieren.

(b) Ausländerrecht (§§ 81 Abs. 3, Abs. 4, 84 AufenthaltsgG):

Fall:

Der Mandant M besitzt die kenianische Staatsangehörigkeit. Er hält sich rechtmäßig auf Grundlage eines befristeten Aufenthaltstitels in Deutschland auf. Allerdings läuft die Befristung des Aufenthaltstitels demnächst am 30.06.2018 ab. Er beantragte daher am 05.05.2018 die Verlängerung des Aufenthaltstitels bei der zuständigen Behörde. Diese lehnt jedoch durch Bescheid vom 17.07.2018

die Verlängerung des Aufenthaltstitels ab. Da der Mandant Deutschland jedoch nicht verlassen möchte, wendet er sich umgehend an seinen Rechtsanwalt mit der Bitte, die Angelegenheit zu überprüfen und dafür zu sorgen, dass er Deutschland nicht während des ggf. durchzuführenden gerichtlichen Überprüfungsverfahrens verlassen muss.

Welchen Antrag wird der Rechtsanwalt im einstweiligen Rechtsschutz stellen?

Gem. § 81 Abs. 3, Abs. 4 AufenthG gilt ein Ausländer, der die erstmalige Erteilung eines Aufenthaltstitels beantragt oder die Verlängerung eines bereits erteilten Aufenthaltstitels beantragt, bis zur Entscheidung der Ausländerbehörde als im Bundesgebiet geduldet, wenn er sich zuvor rechtmäßig im Bundesgebiet aufgehalten hat.

Sobald allerdings eine Entscheidung der zuständigen Behörde vorliegt und ein Aufenthaltstitel nicht erteilt, bzw. verlängert wird, erlischt diese sog. Duldungsfiktion umgehend und der Ausländer ist gem. § 50 AufenthG zur sofortigen Ausreise verpflichtet.

Wenn der Ausländer dann den Aufenthaltstitel doch noch erlangen möchte, müsste er in der Hauptsache umgehend Widerspruch/ Verpflichtungsklage auf Erteilung des Titels erheben.

Allerdings entfällt durch die Ablehnung der erstmaligen Erteilung oder Verlängerung des Aufenthaltstitels gerade auch die Duldungswirkung gem. § 81 Abs. 3, Abs. 4 AufenthG. Dieses Entfallen stellt nach Ansicht der Rspr. eine eigenständige Beschwer dar, die mit einer Anfechtungsklage angefochten werden kann¹⁸.

Anmerkung:

Es handelt sich hier um einen Ausnahmefall. Grundsätzlich ist es anerkannt, dass die Anfechtungsklage gegen einen Ablehnungsbescheid gegenüber einer

¹⁷ Kopp/ Schenke, VwGO, § 80, Rdnr. 181; OVG Münster, Beschl. v. 28.05.2013, 5 B 1476/12.

¹⁸ BVerwG DVBl. 1997, 186, 187.

Verpflichtungsklage auf Erteilung des gewünschten Bescheides weniger rechtsschutzintensiv ist und daher mangels Rechtsschutzbedürfnisses unzulässig wäre.

Gerade im Ausländerrecht erkennt die Rspr. jedoch den Ausnahmefall der Anfechtungsklage gegen den Ablehnungsbescheid aufgrund der Duldungsfiktion an.

Da jedoch gem. § 84 Abs. 1 AufenthG ein Widerspruch bzw. eine Klage gegen die Ablehnung eines Antrages auf Erteilung oder Verlängerung eines Aufenthaltstitels keine aufschiebende Wirkung haben, hat dies zur Folge, dass der Mandant im Zweifelsfalle eine gerichtliche Entscheidung über seine Klage in der Hauptsache im Ausland abwarten muss.

Soweit jedoch die aufschiebende Wirkung von Widerspruch/Klage angeordnet würde, würde die Duldungsfiktion der Regelung der §§ 81 Abs. 3, Abs. 4 AufenthG wiederaufleben, so dass jedenfalls für das laufende Rechtsbehelfsverfahren der Mandant in Deutschland bleiben könnte.

Statthafter Antrag im einstweiligen Rechtsschutz wäre daher auch in diesem Fall die Regelung des § 80 Abs. 5 VwGO.

Beachten Sie jedoch, dass jedenfalls dann keine Duldungsfiktion gem. § 81 Abs. 3, 4 AufenthG besteht, wenn sich der Ausländer **rechtswidrig** in der BRD aufhält und dann einen Aufenthaltstitel beantragt. In diesem Fall genügt dann die Anfechtung der Ablehnungsentscheidung nicht. Erforderlich ist dann vielmehr allein die Verpflichtungsklage auf Erteilung eines Aufenthaltstitels. Einstweiliger Rechtsschutz wird in diesem Fall dann aus der Regelung des § 123 VwGO gewährt. Gleiches gilt dann, wenn nach bestandskräftiger Ablehnungsentscheidung erneut ein Aufenthaltstitel beantragt wird. Auch in diesen Fällen ist dann ein Antrag gem. § 123 VwGO zu stellen¹⁹.

¹⁹ VG Aachen, Beschluss v. 16.05.2008, 8 L 445/ 07.

(c) Vereinfachtes Genehmigungsverfahren im BauR:

In vielen Landesbauordnungen ist das vereinfachte Genehmigungsverfahren das Regelverfahren. Dies bedeutet, dass das vereinfachte Verfahren zukünftig grundsätzlich durchzuführen ist und nur noch im Ausnahmefall das umfassende Genehmigungsverfahren. Aufgrund der landesrechtlichen Regelung ist somit im Regelfall nicht mehr die Vereinbarkeit der baulichen Anlage mit dem gesamten Bauordnungsrecht zu prüfen, sondern nur noch in dem in der jeweiligen landesrechtlichen Regelung genannten Umfang.

Damit stellt sich aus Sicht des durch die Baugenehmigung im vereinfachten Verfahren betroffenen Nachbarn die Frage, wie er durch Rechtsbehelfe im einstweiligen Rechtsschutz verhindern kann, dass der durch die erteilte Baugenehmigung begünstigte Bauherr die Errichtung der baulichen Anlage vorantreibt.

Grundsätzlich könnte er insoweit zunächst (Dritt-) Anfechtungsklage gegen die erteilte Baugenehmigung erheben. Der Regelung des § 123 Abs. 5 VwGO folgend müsste er dann einen Antrag gem. §§ 80 Abs. 5, 80a Abs. 3 VwGO stellen. Zu beachten ist hierbei jedoch, dass er die Anfechtungsklage nur insoweit erheben kann, als er durch die Baugenehmigung in seinen eigenen Rechten verletzt ist. Da aber im vereinfachten Verfahren nicht alle Normen der Landesbauordnung geprüft werden, kann es im Einzelfall sein, dass die gerügte Rechtsverletzung jedenfalls nicht durch die erteilte Baugenehmigung eingetreten ist. Vielmehr muss der Nachbar in diesen Fällen gegenüber der zuständigen Behörde das Nichttätigwerden im Rahmen einer Bauordnungsmaßnahme rügen und diese zum Tätigwerden auffordern. Wird diese dann nicht tätig oder lehnt ein Tätigwerden ab, müsste er in der Hauptsache Verpflichtungsklage erheben. Im einstweiligen Rechtsschutz wäre dann ein Antrag gem. § 123 VwGO erforderlich.

(d) Teilbare Verwaltungsakte:

Möglich ist es auch, dass ein Verwaltungsakt den Mandanten zugleich begünstigt und belastet, so beispielsweise als begünstigender VA mit belastender Nebenbestimmung²⁰.

In diesen Fällen ist zunächst in der Statthaftigkeit zu prüfen, ob begünstigender und belastender Teil des VA von einander teilbar sind. Ist dies möglich ist der belastende Teil isoliert anfechtbar, so dass im einstweiligen Rechtsschutz für diesen Teil der Antrag gem. § 80 V VwGO statthaft wäre. Der Mandant kann dann bei Anordnung/ Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung von dem begünstigenden Teil Gebrauch machen.

Ist eine Teilbarkeit dagegen nicht gegeben, wird nach dem Mandantenbegehren in der Hauptsache häufig eine Verpflichtungsklage auf Erlass des begünstigenden VA ohne die Belastung statthaft sein, so dass dann im einstweiligen Rechtsschutz wiederum der Antrag gem. § 123 VwGO statthaft wäre.

(2) Des Weiteren ist im Rahmen der Zulässigkeit des Antrages gem. § 80 V VwGO die **Antragsbefugnis analog § 42 Abs. 2 VwGO** erforderlich. Da der Rechtsschutz im einstweiligen Rechtsschutz nicht weiterreichen kann, als im Hauptsacheverfahren, muss dementsprechend eine Antragsbefugnis vorliegen.

(3) Eine Antragsfrist gibt es grundsätzlich nicht. Allerdings ist zu beachten, dass es sich hierbei um Eilrechtsschutz handelt, so dass bei Verstreichen eines zu langen Zeitraumes Gründe der Verwirkung auch in diesem Falle in Betracht kommen.

Im Übrigen dürfte zu beachten sein, dass ein Antrag gem. § 80 Abs. 5 VwGO jedenfalls dann unzulässig wäre, wenn in der Hauptsache keine Anfechtungsklage mehr erhoben werden kann, da diese verfristet ist. Auch insoweit kann als Begründung darauf verwiesen werden, dass einstweiliger Rechtsschutz grds. nicht weiterreichen kann, als der Rechtsschutz in der Hauptsache.

Anmerkung:

²⁰ Vgl. hierzu Bsp. OVG Magdeburg NVwZ-RR 2010, 381.

Es kann also aus anwaltlicher Sicht erforderlich sein, dass sie im Rahmen der Zulässigkeit des Antrages gem. § 80 Abs. 5 VwGO jedenfalls kurz auf die Frist der Anfechtungsklage eingehen müssen.

Diese Prüfung kann in einem Extraprüfungspunkt erfolgen, wird allerdings auch nicht selten im Rahmen des Rechtsschutzbedürfnisses geprüft. Beachtlich ist hier lediglich ein nachvollziehbarer Prüfungsaufbau.

(4) Im Hinblick auf den richtigen Antragsgegner ist die Regelung des § 78 VwGO analog anzuwenden.

(5) Problematisch ist dann im Rahmen der Zulässigkeit des Antrages gem. § 80 Abs. 5 VwGO noch die Frage, ob dem Antragssteller ein **allgemeines Rechtsschutzbedürfnis** zur Durchführung des Verfahrens im einstweiligen Rechtsschutz zukommt. Dies entfällt immer dann, wenn dem Bürger eine einfachere Möglichkeit zukommt, sein Rechtsschutzziel zu erreichen. Klärungsbedürftig können hier im Wesentlichen drei Fragestellungen sein:

(P1) Vorherige Einlegung eines Hauptsacherechtsbehelfs:

Problematisch stellt sich dabei zum einen die Frage dar, ob der Antragssteller vor Erhebung des Antrages nach § 80 Abs. 5 VwGO einen Hauptsacherechtsbehelf einlegen muss.

Für ein derartiges Erfordernis könnte hier der eindeutige Wortlaut des § 80 Abs. 5, S. 1 VwGO sprechen. Nach dieser Regelung kann durch den Antrag nach § 80 Abs. 5 die aufschiebende Wirkung eines Hauptsacherechtsbehelfs erstmalig angeordnet oder wiederhergestellt werden. Dementsprechend könnte jedenfalls die gleichzeitige Einlegung eines Hauptsacherechtsbehelfs, der aufschiebende Wirkung im Sinne des § 80 Abs. 1 VwGO entfaltet, erforderlich sein.

Soweit nach landesrechtlichen Regelungen ein Widerspruchsverfahren auch weiterhin erforderlich ist, dürfte aufgrund des eindeutigen Wortlautes der

Regelung des § 80 Abs. 5 VwGO nach hM die vorherige Einlegung eines Widerspruchs erforderlich sein.

Anmerkung:

Aus anwaltlicher Vorsicht sollten Sie daher in den Fällen, in denen der Widerspruch statthaft ist, unbedingt darauf achten, gleichzeitig den Widerspruch einzulegen.

Da der Widerspruch zur Fristwahrung zunächst nicht begründet werden muss²¹, dürfte dies auch in der Klausur kein zeitliches Problem darstellen.

Der Schwerpunkt wird in diesen Klausuren natürlich dennoch regelmäßig auf der Prüfung der Erfolgsaussichten eines Antrages gem. § 80 Abs. 5 VwGO liegen. Regelmäßig müssen Sie daher im Gutachten nicht zusätzlich die Zulässigkeit und Begründetheit des Hauptsacherechtsbehelfs prüfen. Auch die ausschließliche Prüfung der Erfolgsaussichten des Hauptsacherechtsbehelfs wäre verfehlt, da sie nicht dem anwaltlichen Vorgehen entsprechen würde.

Im praktischen Teil wäre dann zunächst die Erstellung eines Entwurfes der Antragschrift gem. § 80 Abs. 5 VwGO an das Gericht erforderlich. Dann sollten Sie einen zusätzlichen kurzen Widerspruchsschriftsatz vorbereiten, mit dem Sie ohne weitere Begründung den Widerspruch einlegen. Möglich ist auch, diesem Schriftsatz an die Behörde, den Antrag gem. § 80 Abs. 5 VwGO an das Gericht beizufügen und zur Begründung des Widerspruchs auf diesen zu verweisen.

Die Kritik an dieser Ansicht, dass das Erfordernis der vorherigen Widerspruchseinlegung zur faktischen Verkürzung der Widerspruchsfrist führen würde, vermag letztlich nicht zu überzeugen. Zum einen handelt es sich bei der Durchführung des Vorverfahrens um ein recht kostengünstiges Verfahren, zum anderen besteht selbstverständlich für den Widerspruchsführer jederzeit die Möglichkeit seinen Widerspruch zurückzunehmen. Da die Gerichte im Rahmen des einstweiligen

Rechtsschutzes in recht kurzer Zeit entscheiden, dürfte dem Bürger somit eine Rücknahme des Widerspruchs noch vor einer Entscheidung der Behörde möglich sein.

Problematischer stellt sich diese Frage jedoch dann dar, wenn nach den landesrechtlichen Regelungen im Regelfall mittlerweile kein Vorverfahren mehr durchgeführt werden muss.

In diesem Fall erscheint es fraglich, ob der Antragssteller nach § 80 Abs. 5 VwGO zunächst verpflichtet ist, in der Hauptsache Anfechtungsklage zu erheben.

Einem derartigen Erfordernis würde bereits die Regelung des § 80 Abs. 5 Satz 2 VwGO entgegen stehen. Darüber hinaus ist zu beachten, dass im Gegensatz zum Vorverfahren das Klageverfahren vor dem Verwaltungsgericht regelmäßig sehr kostenintensiv ist und es dem Bürger nicht zumutbar ist, diese Kosten investieren zu müssen. Diese Frage wird kontrovers diskutiert. Da die Rspr. bislang den Wortlaut des § 80 V 2 VwGO berücksichtigt, kann daher zunächst davon ausgegangen werden, dass die vorherige Erhebung der Anfechtungsklage nicht Zulässigkeitsvoraussetzung des Antrages nach § 80 Abs. 5 VwGO ist.

Anmerkung:

Mittlerweile nimmt jedoch die Zahl der Stimmen in der Literatur zu, die der Ansicht sind, dass trotz des eindeutigen Wortlautes der Regelung des § 80 V 2 VwGO die vorherige/ gleichzeitige Klageerhebung dennoch erforderlich sei. Begründet wird diese Überlegung damit, dass der Gesetzgeber der VwGO bei Erlass der Regelung davon ausgegangen sei, dass stets ein Vorverfahren gem. §§ 68 ff. VwGO erforderlich sei. Er habe also den Fall, dass durch landesrechtliche Regelungen das Vorverfahren weitestgehend abgeschafft würde, nicht vorhergesehen und auch gerade nicht regeln wollen.

Es stellt sich die Frage, ob aus Gründen der anwaltlichen Vorsicht in der Klausur im 2. Staatsexamen auf diese Problematik hingewiesen und eine entsprechende Klageschrift vorbereitet

²¹ Kopp/ Schenke, VwGO, § 69, Rdnr. 6.

werden sollte. Eine abschließende Klärung dieser Frage für die Praxis durch die Rspr. ist bislang noch nicht ersichtlich. Allerdings sind die Verwaltungsgerichte in Niedersachsen bislang eher der Ansicht gefolgt, dass der Wortlaut des § 80 Abs. 5, S. 2 VwGO eindeutig sei. Soweit Sie in der konkreten Klausur am Ende tatsächlich noch Zeit haben, könnten Sie daher den entsprechenden Klageentwurf mit dem Antrag in der Hauptsache noch vorbereiten. Hinsichtlich der Begründung der Klage könnte dann in diesem Schriftsatz auf die Ausführungen in der Antragsschrift verwiesen und dieser der Klageschrift beigelegt werden.

Natürlich ist es auch gut vertretbar, wenn sie unter Bezugnahme auf den eindeutigen Wortlaut des § 80 V 2 VwGO die vorherige Einlegung einer Hauptsache Rechtsbehelfs ablehnen.

Zu beachten ist letztlich natürlich, dass der tätige Anwalt in der Praxis die Klagefrist gem. § 74 VwGO in der Hauptsache stets im Blick halten muss, da diese natürlich in keinem Falle versäumt werden darf

(P2) Vorheriger Antrag bei der Behörde?

Darüber hinaus ist im Rahmen des Rechtsschutzbedürfnisses zu problematisieren, ob der Bürger vor seiner Antragsstellung nach § 80 Abs. 5 VwGO gegenüber dem Gericht zunächst einen Antrag gem. § 80 Abs. 4 VwGO an die Behörde richten muss.

Nach dieser Regelung ist es der Ausgangsbehörde oder der Widerspruchsbehörde möglich, selbst die sofortige Vollziehung des Verwaltungsaktes auszusetzen.

Der Ansicht, die einen derartigen Antrag verlangt, damit ein Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO zulässig ist, ist jedoch entgegenzuhalten, dass der Gesetzgeber mit der Regelung des § 80 Abs. 6, Satz 1 VwGO deutlich gemacht hat, dass ein derartiges Antragserfordernis gerade nur in den Fällen des § 80 Abs. 2 Nr. 1 VwGO (Abgaben- und Kostenbescheid) zu fordern ist.

Nach wohl überwiegender Ansicht dürfte daher im Regelfall in der Examensklausur ein derartiger Antrag gerade nicht erforderlich sein.

(P3) Keine offensichtliche Unzulässigkeit der Hauptsache

In entsprechenden Fallsammlungen und Lehrbüchern findet sich immer häufiger dieser dritte Prüfungspunkt im Rechtsschutzbedürfnis des Antrages gem. § 80 V VwGO.

Begründet wird dies mit dem durchaus überzeugenden Hinweis, dass ein Antrag im einstweiligen Rechtsschutz keinen Sinn macht, wenn der Hauptsacherechtsbehelf offensichtlich unzulässig ist. Problematisch dürfte an dieser Stelle dann wohl nur die Frage der Fristwahrung in der Hauptsache sein.

Anmerkung:

Die Prüfung dieses Punktes -jedenfalls gedanklich- an dieser Stelle des Gutachtens macht durchaus Sinn. Soweit Sie dieser Überlegung folgen, sollten Sie in der Begründetheit des Antrages gem.- § 80 V VwGO dann tatsächlich nichts mehr zur Zulässigkeit der Hauptsache schreiben.

(6) Im Rahmen der **Begründetheitsprüfung des Antrages** nach § 80 Abs. 5 VwGO muss bezüglich der weiteren Darstellung der Prüfung zunächst unterschieden werden, ob die aufschiebende Wirkung der Anfechtungsklage kraft Gesetzes nach den Regelungen der § 80 Abs. 2 Nr. 1-3 von Anfang an nicht gegeben ist oder ob ein Fall des § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO vorliegt, so dass eine eigentlich gegebene aufschiebende Wirkung durch ausdrückliche Anordnung der sofortigen Vollziehung durch die Behörde nachträglich entfallen ist.

(a) Im Falle des § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO ist dann zunächst die formelle Rechtmäßigkeit der Anordnung der sofortigen Vollziehung zu prüfen.

(aa) Hierbei ist auf die üblichen Prüfungspunkte Zuständigkeit, Verfahren, Form einzugehen.

Zuständig für die Anordnung der sofortigen Vollziehung ist zum einen die Ausgangsbehörde

oder zum anderen die Widerspruchsbehörde gem. § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO.

Im Rahmen des Verfahrens ist streitig, ob vor der Anordnung der sofortigen Vollziehung eine eigenständige Anhörung gem. § 28 VwGO erforderlich ist. Überwiegend wird die Anordnung der sofortigen Vollziehung nicht als eigenständiger Verwaltungsakt angesehen, da es am Regelungscharakter fehlt, so dass aus diesem Grunde das Anhörungserfordernis nach § 28 VwGO entfällt. Auch wird angeführt, dass die Anordnung der sofortigen Vollziehung kein Verwaltungsverfahren gem. § 9 VwVfG abschließe.

Im Rahmen der Form ist dann daraufhin einzugehen, dass nach § 80 Abs. 3 VwGO eine ausführliche Begründung für die Anordnung der sofortigen Vollziehung durch die Behörde vorliegen muss, die das besondere Interesse der Behörde an der sofortigen Vollziehung am Einzelfall ausführlich begründet. Die Begründung soll den Betroffenen in die Lage versetzen, die Erfolgsaussichten eines etwaigen Rechtsbehelfs zu begründen und der Behörde den Ausnahmecharakter eine Vollzugsanordnung vor Augen führen. Es verbieten sich daher grundsätzlich formelhafte Begründungen im Wege der Verwendung von Textbausteinen. Dennoch wird in der Rspr. nicht selten eine Begründung schon als ausreichend erachtet, die, auch wenn sie sprachlich oder gedanklich noch so unvollkommen ist, erkennen lässt, dass die Behörde gestützt auf die konkreten Umstände des Einzelfalls die Sofortvollzugsanordnung ausgesprochen hat²². Zulässig ist insbesondere eine gleichlautende oder gruppentypisierte Begründung bei gleichartigen Tatbeständen, die in gehäufter Form auftreten²³.

Anmerkung:

Ist im Sachverhalt die Begründung iSd. § 80 Abs. 3 VwGO abgedruckt, müssen Sie sich ausführlich mit dieser befassen und klären, ob die Behörde das besondere Interesse an der sofortigen Vollziehung umfassend dargelegt hat.

²² OVG Münster NWVBl. 2009, 390 ff.

²³ OVG Mannheim VBIBW 1988, 22; OVG Brandenburg; OVG Bremen, NordÖR 1999, 374; Kopp/ Schenke, VwGO, § 80, Rdnr. 85.

Dabei genügt es insbesondere nicht, wenn die Behörde darauf verweist, dass die zu vollziehende Maßnahme selbst rechtmäßig angeordnet wurde.

Aus prozesstaktischen Erwägungen heraus sollte Ihnen allerdings klar sein, dass ein Vorgehen gem. § 80 Abs. 5 VwGO allein mit der Begründung, dass ein Verstoß gegen die Vorgaben des § 80 Abs. 3 VwGO selten erfolversprechend sein wird. Selbst wenn das Gericht ihrer Begründung folgen wird und entweder die Vollzugsanordnung aufhebt oder aber die aufschiebende Wirkung wiederherstellt, bleibt es der Behörde unbenommen, erneut die sofortige Vollziehung mit einer ausreichenden Begründung anzuordnen. Sie werden daher in diesen Fällen dem Mandanten kaum weiterhelfen. Vielmehr müssen Sie diesen auf diese Gefahr unbedingt im Mandantenanschreiben hinweisen.

(bb) Im Anschluss an diese formelle Rechtmäßigkeitsprüfung schließt sich dann die Interessenabwägung zwischen dem Aussetzungsinteresse des Bürgers auf der einen und dem Vollzugsinteresse der Behörde auf der anderen Seite an.

Anmerkung:

Beachten Sie, dass es sich hierbei nicht um eine materielle Rechtmäßigkeitsprüfung des behördlichen Handelns durch das Gericht handelt, sondern dieses eine eigene Interessenabwägung vornimmt²⁴.

Ein maßgebliches, jedoch nicht alleiniges Kriterium für diese Abwägung sind dabei die Erfolgsaussichten eines Hauptsacherechtsbehelfs.

Es wird daher durch das Gericht im Wege einer grds. summarischen Prüfung überprüft, ob ein Rechtsbehelf in der Hauptsache Aussicht auf Erfolg hätte, also grds. zulässig (vgl. hierzu oben) und begründet wäre.

Anmerkung:

²⁴ VGH Kassel, NVwZ 1991, 89.

Beachten Sie die Folgen der lediglich summarischen Prüfung durch das Gericht auch für Ihren anwaltlichen Schriftsatz.

Da das Gericht nur summarisch prüft, wird es nicht in eine vertiefte Beweisaufnahme eintreten. Soweit Sie also im Schriftsatz auf Beweismittel verweisen sollten, sollten Sie nur präzise Beweismittel benennen, also vor allem auf Urkunden verweisen. Soweit eigentlich ein Zeuge eine Aussage machen müsste, können Sie auf die Möglichkeit der eidesstattlichen Versicherung zurückgreifen.

wenn die Aufhebung eines VA nicht sofort vollzogen wird.

Beide Gründe können im Einzelfall durchaus geeignet sein, die sofortige Vollziehung zu rechtfertigen.

Soweit die Begründetheit bejaht werden kann, ist ein Aussetzungsinteresse zu Gunsten des Bürgers regelmäßig gegeben, da die Behörde kein Interesse an der Vollziehung eines rechtswidrigen VA haben kann.

Ist der VA dagegen rechtmäßig, so dass die Hauptsache keine Aussicht auf Erfolg hätte, reicht dies allein für die Interessenabwägung zu Gunsten der Behörde in den Fällen des § 80 II Nr. 4 VwGO nicht aus, da der Gesetzgeber durch die Regelung des § 80 II VwGO zum Ausdruck gebracht hat, dass er nicht von einer stetigen sofortigen Vollziehbarkeit eines rechtmäßigen VA ausgeht. Vielmehr muss in diesem Fall eine weitere Interessenabwägung vorgenommen werden. Es ist dann wiederum Aufgabe des Rechtsanwalts dahingehend Tatsachen vorzutragen, dass trotz Rechtmäßigkeit des behördlichen Handelns kein Interesse an einer sofortigen Vollziehbarkeit besteht. Soweit der Rechtsanwalt die Behörde vertritt muss er dagegen dann Gründe dafür vortragen, die über die Rechtmäßigkeit hinaus die sofortige Vollziehung des VA rechtfertigen.

Im Rahmen der inzident Prüfung der Erfolgsaussichten der Hauptsache in der Begründetheit des Antrags nach § 80 Abs. 5 VwGO sollte dann darauf geachtet werden, dass nicht nochmals sämtliche Zulässigkeitsvoraussetzungen des Hauptsacherechtsbehelfs ausführlichst geprüft werden. Einzugehen wäre hier nur auf Besonderheiten soweit sie sich aus dem Einzelfall ergeben. Dies könnte ggf. die Einhaltung der Klagefrist sein (vgl. auch oben Anmerkung zum RSB auf Seite 16).

Die Begründetheit der Hauptsache ist dagegen in der Klausur im 2. Staatsexamen ausführlich und umfassend zu prüfen.

Anmerkung:

Hier wird durch die Behörden in Examensklausuren sehr häufig die nicht duldbare negative Vorbildwirkung angeführt, die sich durch eine längere Verfahrensdauer noch verfestigen könne.

Als weiterer Grund könnte auch ein andauernder Verstoß gegen das Europarecht angeführt werden,

Anmerkung:

Beachten Sie, dass die Gerichte in den Fällen, in denen absehbar ist, dass der Rechtsschutz in der Hauptsache zu spät kommen würde und damit das Eilverfahren die Bedeutung des Hauptsacheverfahrens vollständig übernimmt, die grundsätzlich summarische Prüfung zu Gunsten einer möglichst umfassenden Rechtmäßigkeitsprüfung erweitern²⁵. Dies ist insbesondere bei Versammlungsverboten kurz vor dem geplanten Versammlungstermin oder bei Abrissanordnungen der Fall.

Für Sie ändert sich die Situation in der Examensklausur dadurch grundsätzlich nicht. Sie prüfen wie gewohnt die gesamte Rechtmäßigkeit der behördlichen Maßnahme. Allerdings sollten Sie die Obersätze entsprechend anpassen, um dem Korrektor deutlich zu machen, dass Ihnen die Unterschiede in der Praxis durchaus bekannt sind.

²⁵ BVerwG NVwZ 2011, 35; OVG Münster NVwZ-RR 2010, 742

(b) Soweit dagegen ein Fall des § 80 Abs. 2 Nr. 1-3 VwGO vorliegt, ist die Interessenabwägung sofort vorzunehmen. Die obengenannte Vorgehensweise ist dabei identisch anzuwenden. Zu berücksichtigen ist hier allerdings insbesondere die gesetzgeberische Wertung, dass VA, die der Regelung des § 80 II Nr. 1-3 VwGO unterfallen bereits kraft gesetzgeberischen Willens sofort vollziehbar sein sollen.

(c) Maßgeblicher Beurteilungszeitpunkt für die gerichtliche Interessenabwägung ist somit auch derjenige der gerichtlichen Entscheidung.

(7) Im Rahmen der Prüfung der Begründetheit eines Antrages gem. § 80a VwGO ist darüber hinaus erforderlich, dass der Antragssteller geltend machen muss, tatsächlich in einer drittschützenden Norm verletzt zu sein. In der Praxis wird hier also keine vollständige Rechtmäßigkeitsprüfung vorgenommen, sondern lediglich die Verletzung drittschützender Normen geprüft. Dies sollten Sie auch in der Examensklausur abbilden.

(8) Gegen einen ablehnenden Beschluss des VG steht dem Antragssteller grundsätzlich der Rechtsbehelf der Beschwerde gem. § 146 VwGO zu.

Beachten Sie aber auch, dass der Antragssteller einen Abänderungsantrag gem. § 80 Abs. 7 VwGO stellen kann. Beide Möglichkeiten stehen nebeneinander und nicht in einem Subsidiaritäts- oder sonstigen Rangverhältnis²⁶. Der Antragssteller hat hier somit ein Wahlrecht. Nicht möglich ist jedoch wohl die parallele Einlegung der beiden Anträge, das dies dem Verbot der doppelten Rechtshängigkeit widersprechen dürfte²⁷.

Der Antrag gem. § 80 Abs. 7 VwGO ist ein eigenständiges Verfahren und daher nicht die Fortsetzung des Verfahrens gem. § 80 Abs. 5 VwGO. Allerdings setzt dieses

Abänderungsverfahrens voraus, dass ein Verfahren gem. § 80 Abs. 5 VwGO formell abgeschlossen ist. Grundsätzlich erfolgt die Abänderung gem. § 80 Abs. 7 VwGO von Amts wegen. Ändern sich die Umstände oder konnte diese ohne Verschulden im Verfahren gem. § 80 Abs. 5 VwGO nicht geltend gemacht werden, dann haben die Beteiligten gem. § 80 Abs. 7 S. 2 VwGO einen Anspruch auf erneute gerichtliche Entscheidung.

Anmerkung:

Achten Sie abschließend in besonderem Maße auf die Antragsstellung.

Soweit Sie den Antragssteller vertreten, sollten Sie sehr genau darauf achten, ob die aufschiebende Wirkung wiederhergestellt oder angeordnet werden soll. Praktiker legen hierauf besonderen Wert.

Soweit Sie ausnahmsweise den Antragsgegner vertreten, sollten Sie darauf achten, dass Anträge im einstweiligen Rechtsschutz abgelehnt werden.

cc) Antrag gem. § 123 VwGO:

Durch die Anträge gem. § 123 VwGO wird im verwaltungsgerichtlichen Verfahren umfassend die Gewährung von einstweiligem Rechtsschutz gewährleistet. Unstreitig finden diese Anträge Anwendung, wenn gerade kein Fall der §§ 80 V, 80a VwGO vorliegt.

Anmerkung:

Aus anwaltlicher Sicht empfiehlt es sich daher in der Klausur, jedenfalls immer kurz gedanklich die Möglichkeiten und auch das Bedürfnis des Mandanten nach einstweiligem Rechtsschutz durchzuspielen. Maßgeblich sind hier natürlich immer das Mandantenbegehren und auch ein etwaiges Kosteninteresse des Mandanten.

Die gesetzliche Regelung unterscheidet zwischen Regelungsanordnung (§123 I S. 2 VwGO) und Sicherungsanordnung (§ 123 I S. 1 VwGO). Während bei der Sicherungsanordnung ein bereits bestehender Rechtszustand vorläufig erhalten bleiben soll, geht es bei einer Regelungsanordnung um die vorläufige Erweiterung des Rechtskreises.

Fälle der Sicherungsanordnung:

²⁶ OVG Koblenz NVwZ-RR 2005, 748; Kopp/ Schenke, VwGO, § 80, Rdnr. 198.

²⁷ Kamp NWVB 2005, 248, 254.

- Unterlassung von ehrverletzenden/ geschäftsschädigenden Äußerungen, zB. staatlichen/ behördliche Warnungen
- Unterlassung der Ernennung eines Konkurrenten
- Unterlassung der Durchführung staatlicher Maßnahmen

Fälle der Regelungsanordnung:

- Vorläufige Zulassung zum Studium/ Prüfung
- Erteilung einer vorläufigen Genehmigung
- Erbringung von vorläufigen Leistungen

Die Einordnung der jeweiligen Einzelfälle ist jedoch regelmäßig nicht ganz einfach und häufig auch streitig. Die Rspr. verzichtet daher häufig darauf, eine genaue Zuordnung zu unternehmen und stützt die einstweilige Anordnung auf die Regelungen der § 123 I S. 1 und S. 2 VwGO²⁸.

Anmerkung:

Aufgrund der im Einzelfall bestehenden Schwierigkeiten der genauen Einordnung wird häufig geraten, von dieser auch in der Examensklausur abzusehen, um keine unnötigen Fehlerquellen zu eröffnen.

Dieser Rat ist klausurtaktisch sicherlich sinnvoll, da beim Fehlen einer entsprechenden Einordnung nur mit geringen Punktabzügen zu rechnen ist. Sind Sie sich natürlich sicher, welcher Fall vorliegt, dann sollten Sie die Zuordnung allerdings vornehmen.

Zu beachten ist, dass das Gericht im Verfahren gem. § 123 VwGO nie mehr zusprechen kann, als es in der Hauptsache könnte. Von Bedeutung ist dies insbesondere, wenn der Antragssteller ein Einschreiten der Behörde gegenüber Beigeladenen oder sonstigen Dritten erreichen möchte. In diesem Fall kann der Antragssteller dann nicht im Wege der einstweiligen Verfügung eine gerichtliche Maßnahme direkt gegen den Dritten erreichen, sondern lediglich die Verpflichtung der Behörde, gegenüber dem Dritten tätig zu werden.

Anmerkung:

²⁸ OVG Münster, DVBl. 1973, 647.

Beispielhaft sei angeführt, dass der Mandant ein Vorgehen der Behörde gegen ein nicht genehmigtes, aber genehmigungsbedürftiges Bauvorhaben im Rahmen von Bauordnungsmaßnahmen wünscht.

In diesem Fall kann der Mandant nicht im Wege einer einstweiligen Anordnung gem. § 123 VwGO erreichen, dass durch das Gericht gegenüber dem Bauherrn direkt eine Bauordnungsmaßnahme angeordnet wird. Vielmehr kann er lediglich die Bauordnungsbehörde zum bauaufsichtsrechtlichen Einschreiten verpflichten. Dabei stellen sich dann weitergehende Probleme des Drittschutzes.

(1) Im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung eines Antrages nach § 123 VwGO ist im Rahmen der Statthaftigkeit wiederum die Abgrenzung zu Anträgen nach § 80 Abs. 5, 80a VwGO unter Anwendung der Regelung des § 123 Abs. 5 VwGO vorzunehmen²⁹.

(2) Des Weiteren ist eine Antragsbefugnis analog § 42 Abs. 2 VwGO grundsätzlich erforderlich. Eine Differenzierung danach, ob in der Hauptsache eine Verpflichtungssituation vorliegt, ist nicht erforderlich. Vielmehr ist nach hM auch bei allen anderen Klagearten in der Hauptsache die Klagebefugnis jedenfalls in analoger Anwendung des § 42 II VwGO erforderlich. Es muss vorliegend daher möglich erscheinen, dass zu Gunsten des Antragsstellers ein Anordnungsanspruch und ein Anordnungsgrund gegeben sind.

(3) Im Rahmen der Prüfung des richtigen Antragsgegners ist die Regelung des § 78 VwGO jedenfalls dann analog anzuwenden, soweit in der Hauptsache eine Verpflichtungssituation gegeben ist.

Im Übrigen ist der richtige Antragsgegner nach dem allgemeinen Rechtsträgerprinzip zu bestimmen.

(4) Auch im Rahmen des Antrages nach § 123 VwGO ist das Vorliegen eines Rechtsschutzbedürfnisses nicht völlig unstrittig.

²⁹ Vgl. Sie hierzu die Ausführungen oben zum Antrag gem. § 80 V VwGO.

(P1) So stellt sich im Rahmen des Rechtsschutzbedürfnisses zum einen wiederum die Frage, ob ein vorheriger Widerspruch eingelegt werden muss. Problematisch ist dies jedoch nur in den Fällen, in denen in der Hauptsache eine Verpflichtungssituation gegeben ist. In diesen Fällen ist das zu § 80 Abs. 5 VwGO gesagte entsprechend übertragbar.

Durch die weitestgehende Abschaffung des Vorverfahrens gem. § 80 NJG ist diese Problematik aber häufig nicht mehr relevant.

(P2) Anders als beim Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO ist nach absolut herrschender Meinung im Rahmen des Antrages nach § 123 VwGO erforderlich, dass vor einer Antragsstellung bei Gericht ein entsprechender Antrag bei der jeweiligen Behörde gestellt werden muss. Ein derartiger Antrag ist nach herrschender Meinung nur dann entbehrlich, soweit ein hohes Eilbedürfnis vorliegt oder geringe Wahrscheinlichkeit einer für den Antragssteller positiven Entscheidung durch die Behörde gegeben ist.

(5) Im Rahmen der Begründetheitsprüfung ist dann erforderlich, dass ein Anordnungsanspruch und ein Anordnungsgrund glaubhaft gemacht werden kann, §§ 123 III VwGO iVm. §§ 920 II, 294 ZPO. Der Rechtsanwalt muss hier insbesondere an die Möglichkeit der eidesstattlichen Versicherung gem. § 294 I ZPO denken.

Der Anordnungsanspruch ist dabei die materiell rechtliche Situation in der Hauptsache.

Der Anordnungsgrund ergibt sich regelmäßig aufgrund einer besonderen Eilbedürftigkeit.

Von besonderer Bedeutung ist im Rahmen des § 123 VwGO die Frage, ob durch eine Entscheidung im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes die Gefahr einer Vorwegnahme der Hauptsache droht. Dies ist grundsätzlich zu vermeiden. Der Antrag ist daher so zu stellen, dass lediglich vorläufige Maßnahmen zum Schutz der Mandantschaft durchgesetzt werden. Dies kann zB. auch durch eine zeitliche Begrenzung der anzuordnenden Maßnahmen bis zur rechtskräftigen Entscheidung in der Hauptsache erfolgen.

Eine Vorwegnahme der Hauptsache kommt jedoch dann in Betracht, wenn irreversible Schäden drohen. Hierbei muss es sich jedoch um einen eng auszulegenden Ausnahmetatbestand handeln.

Anmerkung:

Der Mandant ist in jedem Falle auf die Haftungsgefahr gem. § 123 Abs. 3 VwGO i.V.m. 945 ZPO hinzuweisen. Der Schadensersatzanspruch gem. § 945 ZPO ist verschuldensunabhängig.

Gehen Sie auf diese Frage im Rahmen der Zweckmäßigkeit kurz ein und klären Sie dann im praktischen Teil den Mandanten über die abstrakte und konkrete Haftungsgefahr auf.

f) Gerichtsbescheid

Mit dem Gerichtsbescheid gem. § 84 VwGO steht dem Gericht die Möglichkeit offen, ohne mdl. Verhandlung einen Rechtsstreit, der keine besondere Schwierigkeit in rechtlicher oder tatsächlicher Hinsicht aufweist, schnell zu entscheiden. Der Gerichtsbescheid hat insoweit Ähnlichkeit mit dem Strafbefehl im Strafprozessrecht.

In der Praxis gibt es aber viele Verwaltungsgerichte, die diese Möglichkeit prinzipiell nicht nutzen. Die praktische Relevanz des Gerichtsbescheides ist daher als nicht besonders hoch einzuschätzen, was allerdings nicht dazu führt, dass diese Entscheidungsform überhaupt nicht in der Examensklausur Thema sein kann.

Zwingende Voraussetzung für den Erlass eines Gerichtsbescheides ist die vollständige Sachverhaltsaufklärung und eine vorherige Anhörung der Beteiligten, um das Recht auf rechtliches Gehör zu gewährleisten.

Der Gerichtsbescheid hat gem. § 84 III 1 VwGO die Wirkungen eines Urteils. Die Regelungen der §§ 117 ff. VwGO finden daher Anwendung.

Im Rechtsmittelsystem gibt es beim Gerichtsbescheid Besonderheiten, die vom Rechtsanwalt zu beachten sind:

Neben den bekannten Rechtsmitteln der Berufung und Revision ist zu beachten, dass gem. § 84 II Ziff. 2, Ziff. 5 VwGO ein Antrag auf Durchführung der mdl. Verhandlung gestellt werden kann.

Dies kann für den Rechtsanwalt insbesondere dann interessant werden, wenn er Bedenken hat, dass die Berufung durch das OVG zugelassen wird oder weitere Tatsachen vorgetragen werden müssen, die in der zweiten Instanz gem. § 128a VwGO nicht mehr vorgebracht werden könnten.

Wird ein Antrag auf Durchführung der mdl. Verhandlung gestellt, ist immer durch Urteil zu entscheiden. Dies gilt auch dann, wenn der Antrag nicht fristgerecht gestellt wurde³⁰.

g) Klageänderung/ Klagerücknahme/ Erledigungserklärung.³¹

In der verwaltungsrechtlichen Anwaltsklausur kann Ihnen vergleichbar zu zivilrechtlichen Klausur eine Situation vorgelegt werden, in der Sie sich mit Fällen der Klageänderung, der Klagerücknahme oder einer Erledigungserklärung befassen müssen. Diese Situationen bieten sich sowohl für die Beklagten, als auch die Klägersicht an.

aa) Klageänderung:

Maßgeblich ist insoweit die Regelung des § 91 VwGO zu beachten. Die Regelung prägt zunächst die Dispositionsmaxime der Parteien aus und dient insoweit als Gestaltungselement vor allem dem Kläger, der durch eine mögliche Klageänderung die Führung eines weiteren Prozesses oder einer erneute Beweisaufnahme vermeiden kann. Da die Möglichkeit der Klageänderung durch § 91 VwGO aber teilweise eingeschränkt wird, schützt die Regelung auch die sonstigen Beteiligten eines Rechtsstreits vor willkürlichen Veränderungen des Streitgegenstandes³².

³⁰ Kopp/ Schenke, VwGO, § 84, Rdnr. 39.

³¹ Vgl. dazu auch Barczak, JA 2014, 778 ff.; Brekcamp, JA 2010, 207 ff.

³² Kopp/ Schenke, VwGO, § 91, Rdnr. 1.

Zu beachten ist, dass die Regelung des § 91 VwGO nicht abschließend ist und deshalb insbesondere auch die Regelung des § 264 ZPO Beachtung finden muss. § 91 VwGO findet auch im einstweiligen Rechtsschutz Anwendung, auch wenn § 122 VwGO nicht ausdrücklich auf § 91 VwGO verweist³³.

(1) Begriff der Klageänderung:

Grundsätzlich liegt eine Klageänderung vor, wenn der Streitgegenstand **nach** Rechtshängigkeit (vgl. hierzu § 90 VwGO) durch eine Erklärung gegenüber dem Gericht.

Eine solche liegt beispielsweise vor, wenn nachträglich ein zusätzlicher Antrag gestellt wird (zB. auch Annexantrag) oder der der Klage zugrundeliegende Sachverhalt nachträglich abgeändert wird.

Ebenfalls eine Klageänderung liegt vor, wenn nachträglich eine Parteiänderung vorgenommen wird. Zu beachten ist dabei, dass dann bezüglich des neuen Klagegegners sämtliche Sachurteilsvoraussetzungen gegeben sein müssen. Problematisch ist dies jedoch meistens nicht, da die Klagefrist schon gegenüber dem ursprünglichen Beklagten eingehalten werden musste und ein etwaiges Widerspruchsverfahren regelmäßig nach landesrechtlichen Erwägungen unstatthaft ist.

Anmerkung:

Zu achten ist hier häufig auf die Abgrenzung der Klageänderung zur Rubrumsberichtigung, die das Gericht gem. § 86 III VwGO vorzunehmen hat, wenn die Parteien irrtümlich falsch bezeichnet wurden.

(2) Privilegierte Fälle der Klageänderung:

Da in der VwGO eine Regelung wie § 264 ZPO fehlt, ist diese Regelung über § 173 VwGO entsprechend anzuwenden.

³³ Barczak, JA 2014, 778.

(a) Examensrelevant ist hier insbesondere die Regelung des § 264 Nr. 2 ZPO.

Als Fälle der Antragsbeschränkung iSd. § 264 Nr. 2 2. Alt ZPO anzusehen sind der Übergang von den Leistungs- und Gestaltungsklagen zu den jeweiligen Feststellungsklagen.

Auch die einseitige Erledigungserklärung (vgl. dazu unten) wird mittlerweile als Fall des § 264 Nr. 2, 2. Alt. ZPO iVm. § 173 VwGO behandelt³⁴.

Beachtenswert ist auch, dass in der Beschränkung eines Antrages zugleich auch eine beschränkte Klagerücknahme zu sehen sein kann, mit der Folge, dass nach Stellung der Anträge die Einwilligung des Beklagten erforderlich ist³⁵. Da die Abgrenzung im Einzelfall Schwierigkeiten bereiten kann und auch die Wertungen der Privilegierung des § 264 Nr. 2 ZPO nicht umgangen werden darf, muss im Einzelfall genau überprüft werden, ob der Kläger mit der Antragsbeschränkung tatsächlich hat zu erkennen gegeben, dass er ursprünglich zu viel verlangt hat, da erst dann eine Klagerücknahme angenommen werden kann.

(b) Die verwaltungsgerichtliche Rspr. behandelt die nachträgliche objektive Klagehäufung als Fall der gem. § 264 Nr. 2, 1. Alt. ZPO privilegierten Antragsweiterung, zB. die spätere Erhebung des sog. Annexantrages gem. §§ 113 I 2, 80 V 3 VwGO.

(3) Nichtprivilegierte Fälle der Klageänderung:

Die nichtprivilegierten Fälle der Klageänderung beurteilen sich dann gem. § 91 VwGO.

Zulässig ist eine Klageänderung dann, wenn die übrigen Beteiligten entweder gem. § 91 I 1. Alt VwGO ausdrücklich eingewilligt haben oder aber ein Fall der rügelosen Einlassung gem. § 91 II VwGO vorliegt

Auch der Beigeladene gem. § 65 VwGO muss ggf. einwilligen.

Soweit weder eingewilligt wurde, oder aber ein Fall der rügelosen Einlassung vorliegt, kann eine

Klageänderung nur bei Sachdienlichkeit möglich sein. Sachdienlichkeit liegt vor, wenn der bisherige Streitstoff verwertet werden kann, die Klageänderung die endgültige Beilegung des Rechtsstreits fördert und so ein neuer Prozess vermieden wird³⁶.

bb) Klagerücknahme:

Aus klägerischer Sicht ist insbesondere die Klagerücknahme als mögliche Dispositionsvariante über den Klagegegenstand zu beachten.

(1) Allgemeines:

Maßgeblich sind insoweit zunächst die Regelungen der §§ 92, 155 II VwGO maßgeblich zu berücksichtigen. Auch hier gilt es aber über § 173 VwGO auch die Regelungen des § 269 ZPO zu beachten. Im einstweiligen Rechtsschutz findet zwar § 92 I 1 VwGO entsprechende Anwendung, nicht jedoch § 92 I 2 VwGO, da die Entscheidung im einstweiligen Rechtsschutz nur bedingt der Rechtskraft fähig ist und der Antragsgegner deshalb weniger schutzbedürftig ist³⁷.

Ähnlich wie im Zivilprozess kann der Kläger die Klage bis zur Stellung der Anträge ohne Mitwirkung des Beklagten zurücknehmen, danach bedarf die Rücknahme der Einwilligung des Beklagten, § 92 I 2 VwGO.

Beachtlich ist hier die Regelung des § 92 I 3 VwGO, nach der die Zustimmung des Beklagten als erteilt fingiert wird, wenn dieser nicht innerhalb einer Zweiwochenfrist ab Zustellung des Klagerücknahmeschriftsatzes widerspricht und das Gericht den Beklagten auf diese Folge hingewiesen hat.

Anmerkung:

Hier droht gerade für den Beklagtenvertreter eine Haftungsfalle. Es muss darauf achten, dass die Frist des § 92 I 3 VwGO nicht versehentlich abläuft.

³⁴ Barczak, JA 2012, 778, 779.

³⁵ Vgl. auch Ausführungen unten zur Klagerücknahme.

³⁶ BVerwGE 124, 132, 136.

³⁷ Kopp/ Schenke, VwGO, § 92, Rdnr. 2.

Er muss seinen Mandanten unbedingt auf diese Gefahr hinweisen.

Der Klägervorteiler sollte dagegen das Gericht unbedingt ersuchen, den Beklagten entsprechend der Vorgaben des § 92 I 3 VwGO zu belehren, damit die Frist des § 92 I 3 VwGO schnell zu laufen beginnt.

Die Klagerücknahme ist bedingungsfeindlich, da durch ihre gestaltende Wirkung unmittelbar die prozessbeendende Wirkung eintritt und hierüber keine Unklarheit herrschen darf³⁸. Der Beschluss des Gerichts gem. § 92 Abs. 3 VwGO hat insoweit nur deklaratorischen Charakter³⁹.

Zu beachten ist weiterhin, dass die Klagerücknahme unwiderruflich⁴⁰ und unanfechtbar⁴¹ ist.

Zu beachten ist weiterhin insbesondere für den Klägervorteiler die Regelung des § 92 II 1 VwGO. Nach dieser Regelung gilt die Klage als zurückgenommen, wenn der Kläger das Verfahren trotz entsprechender Aufforderung des Gerichts und entsprechender Belehrung gem. §§ 92 II 2, I 3 VwGO nicht weiter betreibt. Insoweit findet die Regelung des § 60 VwGO (Wiedereinsetzung) **keine** Anwendung⁴². Ein Nichtbetreiben durch den Kläger liegt vor, wenn dieser sich innerhalb von 2 Monaten nach der entsprechenden gerichtlichen Aufforderung nicht oder nur so unzureichend äußert, dass nicht substantiiert dargetan ist, dass und warum das Rechtsschutzbedürfnis trotz des Zweifels an seinem Fortbestehen, aus dem sich die Betreibensaufforderung gem. § 92 II 1 VwGO erst ergeben hat, nicht entfallen ist⁴³.

Anmerkung:

Soweit in der Klausur der Kläger vertreten wird, muss aus anwaltlicher Sicht daher darauf geachtet

werden, dass spätestens bei einer gerichtlichen Betreibensaufforderung umgehend gehandelt wird. Ein Betreiben liegt in der Regel dann vor, wenn die geforderte Handlung vorgenommen wird, während die bloße Mitteilung, das Verfahren weiterbetreiben zu wollen, nicht ausreicht⁴⁴.

Aus Beklagtensicht sollte der Rechtsanwalt darauf achten, dass das Gericht auf die Möglichkeit des § 92 II 1 VwGO hingewiesen und ein entsprechendes Vorgehen angeregt wird.

Zu beachten ist, dass der Kläger sich rechtsgeschäftlich gegenüber dem Beklagten oder auch dem Beigeladenen zu einer Klagerücknahme verpflichten kann. Dieses Versprechen können dann der Beklagte oder der Beigeladene einredeweise oder im Wege der Widerklage geltend machen

(2) Abgrenzung der Klagerücknahme zu anderen Rechtsinstituten:

In Examensklausuren ist es nicht selten, dass gerade eine nicht anwaltlich vertretene Partei unklare Erklärungen abgibt und daher im Rahmen der Auslegung zu ermitteln ist, was denn genau von der jeweiligen Partei gewollt war. Nicht selten taucht in Zusammenhang mit der Klagerücknahme die Erklärung des Klägers auf, dass er den Prozess nicht weiterführen wolle.

Anmerkung:

Natürlich kann Ihnen die Frage auch im Rahmen der Zweckmäßigkeit begegnen. Gerade in diesem Fall sollten Sie die jeweiligen Unterschiede gut kennen, um dem Mandanten auch einen fundierten Rat zum weiteren Vorgehen geben zu können.

(a) Bei einer derartigen Erklärung könnte es sich neben der Klagerücknahme auch um einen **Klage- oder Anspruchsverzicht** handeln.

³⁸ BVerwG DVBl. 2002, 1048

³⁹ VGH München, DVBl. 1999, 994; Kopp/ Schenke, VwGO, § 92, Rdnr. 25.

⁴⁰ OVG Lüneburg NVwZ- RR 2010, 862.

⁴¹ VGH München BayVbl. 2011, 569.

⁴² BVerwG NVwZ- RR 1991, 445.

⁴³ BVerwG NVwZ 1987, 606.

⁴⁴ Kopp/ Schenke, VwGO, § 92, Rdnr. 22.

Folge einer solchen Verzichtserklärung wäre, dass der Kläger unwiderruflich und unanfechtbar sein Klagerecht aufgibt oder sogar auf seinen materiellrechtlichen Anspruch verzichtet. Die jeweilige Klage würde dann als unzulässig oder unbegründet abgewiesen. Ein erneutes Klagerecht bestünde in beiden Fällen nicht mehr.

Anmerkung:

Aufgrund dieser bedeutsamen Folgen ist besondere Vorsicht beim Verzicht geboten. Dieser sollte nie ohne Rücksprache mit und nie ohne ausdrückliche und umfassende Beratung des Mandanten über die Folgen erklärt werden.

Referendare sollte stets darauf verzichten, einen Verzicht zu erklären.

Bei der Klagerücknahme behält der Kläger dagegen das Recht, sein verletztes Recht in einem neuen Prozess, natürlich unter Beachtung der Klagefristen neu geltend zu machen.

Im Zweifel ist von einer Rücknahme auszugehen.

(b) Von der Klageänderung grenzt sich die Klagerücknahme dadurch ab, dass der Kläger bei der Klageänderung möchte, dass die Klage rechtshängig bleibt, also das Prozessverhältnis bestehen bleibt, während er bei der Klagerücknahme das Prozessverhältnis bewusst beendet.

(c) Im Unterschied zur einseitigen Erledigungserklärung gibt der Kläger mit der Klagerücknahme gerade zu verstehen, dass er an einer Sachentscheidung kein Interesse mehr hat und deshalb auch die Kostenentscheidung gem. § 155 VwGO regelmäßig zu seinen Lasten hinnehmen wird, während er bei einer einseitigen Erledigungserklärung die Sachentscheidung des Gerichts vermeiden möchte, aber keinesfalls die Kosten für den Rechtsstreit tragen möchte.

(3) Folgen der Klagerücknahme

Mit der Klagerücknahme entfällt die Rechtshängigkeit gem. § 173 VwGO i.V.m. § 269 III ZPO ex tunc. Da keine rechtskräftige Entscheidung ergeht, könnte der Kläger grundsätzlich erneut Klage erheben.

Anmerkung:

Achten Sie allerdings darauf, dass jedenfalls in den Fällen, in den die Klage an eine Klagefrist gebunden ist, anders als im Zivilrecht trotzdem häufig keine erneute Klageerhebung möglich sein wird.

Die Kostenfolge einer Klagerücknahme ergibt sich aus § 155 II VwGO. Der Kläger hat daher die Kosten des Rechtsstreits zu tragen. Die Regelung des § 155 Abs. 2 VwGO schließt allerdings eine abweichende Entscheidung gem. § 155 Abs. 4 VwGO nicht aus.

Die Anwendbarkeit der Regelung des § 269 III 3 ZPO wird allerdings durch § 155 II VwGO im Verwaltungsprozess ausgeschlossen⁴⁵.

cc) Erledigungserklärung

Als weitere Möglichkeit, den Rechtsstreit vorzeitig zu beenden, kommt die Erledigungserklärung in Betracht. Vorteilhaft hieran ist, dass der Kläger möglicherweise der Kostentragungspflicht, die ihn grundsätzlich bei einer Klagerücknahme treffen würde, entgehen kann.

(1) Bei der Erledigungserklärung im Verwaltungsprozess ist ähnlich wie im Zivilprozess wiederum zwischen einseitiger und beidseitiger Erledigungserklärung zu unterscheiden.

⁴⁵ Kopp/ Schenke, VwGO, § 161, Rdnr. 7.

Achten Sie auch darauf, dass es hier um die Erledigung der erhobenen Klage in der Hauptsache geht und zunächst nicht um die Erledigung des der Klage zugrunde liegenden VA (Situation der FFKl).

Anmerkung:

Die Abgrenzung zwischen der Erledigungserklärung und der Situation des § 113 I 4 VwGO kann im Einzelfall schwierig sein.

Grundsätzlich hat der Kläger ein Wahlrecht, ob er sein Sachentscheidungsinteresse mit der FFKl weiterverfolgen möchte oder ob er lediglich an einer ihm günstigen Kostenentscheidung interessiert ist.

Vorteil der FFKl ist, dass der Kläger über die bisherigen Verfahrensergebnisse mit dieser Klage eine rechtskräftige Entscheidung erhält.

*Erledigung im prozessualen Sinne liegt hier regelmäßig vor, wenn sich **nach** Rechtshängigkeit eine außerprozessuale Veränderung der Sach- und/ oder Rechtslage zu Lasten des Klägers auswirkt und zur Abweisung der Klage als unzulässig oder unbegründet führt⁴⁶.*

Rechtshängigkeit tritt dabei im Verwaltungsprozess gem. § 90 VwGO bereits mit Erhebung der Klage gem. § 81 VwGO⁴⁷, also mit Eingang bei Gericht, ein.

Anmerkung:

Anders als im Zivilprozess muss also im Verwaltungsprozess regelmäßig nicht auf die Frage eingegangen werden, wie vorzugehen ist, wenn die Erledigung zwischen Anhängigkeit und Rechtshängigkeit eingetreten ist.

Ähnlich wie in der ZPO ist auch in der VwGO nur die Kostenfolge der **beidseitigen Erledigungserklärung** geregelt. Maßgeblich ist insoweit die Regelung des § 161 II VwGO.

⁴⁶ BVerwG NVwZ 2004, 610.

⁴⁷ Kopp/ Schenke, VwGO, § 81, Rdnr. 1.

Die **einseitige Erledigungserklärung** ist dagegen auch im Verwaltungsprozessrecht gesetzlich nicht geregelt.

(2) Bei einer **beidseitigen Erledigungserklärung** wird das Vorliegen eines tatsächlichen Erledigungsereignisses durch das Gericht nicht geprüft. Dies ist Ausdruck der auch im Verwaltungsprozess bestehenden Dispositionsmaxime der Parteien⁴⁸.

Auch eine Zustimmung des Beigeladenen zur beidseitigen Erledigungserklärung ist insoweit nicht erforderlich, da er letztlich die Beendigung eines Rechtsstreits gleich welcher Form nicht verhindern kann⁴⁹.

Das Gericht nimmt vielmehr lediglich gem. § 161 II VwGO eine Kostenentscheidung vor, wobei die Kostenverteilung unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes nach billigem Ermessen erfolgt. Des Weiteren stellt das Gericht das Verfahren analog § 92 III 1 VwGO durch deklaratorischen Beschluss ein⁵⁰.

Kostenpflichtig ist hier in der Regel derjenige, zu dessen Lasten der Rechtsstreit ausgegangen wäre. Im anwaltlichen Gutachten wäre somit die Zulässigkeit und Begründetheit nach den vorliegenden Informationen zu prüfen. Eine weitere Sachverhaltsaufklärung erfolgt dagegen nicht mehr. Neuer Sachverhalt oder Beweismittel spielen daher keine Rolle mehr. Sollte sich herausstellen, dass die Erfolgsaussichten völlig offen sind, da das Gericht letztlich hätte Beweis erheben müssen, wird es zu einer Kostenteilung zwischen den Parteien kommen⁵¹.

Anmerkung:

Die Erledigungserklärung ist ebenso wie sonstige Handlungen, die unmittelbar die Einleitung, Führung oder Beendigung eines Rechtsstreits betreffen, nicht einer Anfechtung nach den Regelungen der §§ 119 ff. BGB zugänglich⁵². Es

⁴⁸ BVerwG NVwZ- RR 1989, 110, 111.

⁴⁹ Kopp/ Schenke, VwGO, § 161, Rdnr. 14.

⁵⁰ OVG Lüneburg NVwZ- RR 2007, 826.

⁵¹ BVerwGE 46, 218.

⁵² BVerwG NVwZ-RR 1999, 407

fehlen sowohl in der VwGO als auch in der ZPO entsprechende Anfechtungsregeln.

In einem etwaig dem Mandanten zu erteilenden Rechtsrat ist auf diese Folge hinzuweisen.

(3) Die **einseitige Erledigungserklärung** des Klägers ist, wie bereits dargelegt, gesetzlich nicht geregelt⁵³.

Soweit die Gegenseite der klägerischen Erledigungserklärung nicht zustimmt, ist nach hM/ Rspr. zunächst in der einseitigen Erledigungserklärung des Klägers genau wie im Zivilprozessrecht eine Klageänderung in eine allgemeine Feststellungsklage gem. § 43 I VwGO zu sehen.

Diese Feststellungsklage ist auf die Feststellung gerichtet, dass sich der Rechtsstreit erledigt hat. Die Klageänderung unterliegt dabei nicht den Einschränkungen der §§ 91, 142 VwGO⁵⁴, sondern wird regelmäßig gem. § 173 VwGO iVm. § 264 Nr. 2, Nr. 2, 2. Alt. ZPO nicht als Klageänderung angesehen⁵⁵.

Anmerkung:

Darüber hinaus dürfte eine derartige Klageänderung aber in jedem Falle auch als sachdienlich iSd. § 91 VwGO anzusehen sein, weil es sich hierbei um die einzige Möglichkeit für den Kläger handelt, die Kostenlast bei Unterliegen in einem Rechtsstreit gem. § 154 VwGO zu vermeiden.

Eine einseitige Erledigungserklärung **des Beklagten** wird im Verwaltungsprozess dagegen abgelehnt. Eine derartige Erklärung kann im Einzelfall allerdings dahingehend verstanden werden, dass der Beklagte einer noch zu erfolgenden Erledigungserklärung des Klägers

⁵³ Vgl. zur einseitigen Erledigungserklärung auch Niedzwicki JA 2011, 543 mit ausführlicherer Darstellung.

⁵⁴ BVerwG, NVwZ 2001, 1288; NVwZ 1991, 162.

⁵⁵ BVerwG DÖV 1989, 1088; BVerwG NVwZ 1999, 405.

bereits im Voraus zustimmt. Im Übrigen wird eine einseitige Erledigungserklärung des Beklagten in der Regel als Klagabweisungsantrag gewertet⁵⁶.

Im Gutachten in der Anwaltsklausur ist dann somit die Zulässigkeit und Begründetheit einer allgemeinen Feststellungsklage gem. § 43 II VwGO zu prüfen. In dieser Prüfung sind folgende Aspekte anzusprechen:

(a) Zulässigkeit der umgestellten Feststellungsklage:

Zunächst sollte kurz die Zulässigkeit der Klageänderung festgestellt werden (vgl. oben).

Da es sich bei der umgestellten Klage dann um eine allgemeine Feststellungsklage gem. § 43 VwGO handelt, müssen insbesondere aus Beklagtensicht auch deren Zulässigkeitsvoraussetzungen geprüft werden.

Es muss somit ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis gegeben sein, das vorliegend in der klärungsbedürftigen Frage besteht, ob aufgrund eines eingetretenen tatsächlichen Ereignisses der ursprünglich geltend gemachte Anspruch ausgeschlossen ist.

Die allgemeine Feststellungsklage ist vorliegend auch nicht subsidiär, da eine andere Klage vorliegend nicht mehr statthaft ist.

Das allgemeine Feststellungsinteresse ergibt sich vorliegend daraus, dass dem Kläger keine anderweitige Möglichkeit verbleibt, sich einer kostenpflichtigen Abweisung seiner ursprünglichen Klage zu entziehen.

Anmerkung:

Insoweit ergeben sich noch keine Abweichungen zur Prüfungsreihenfolge im Zivilrecht.

⁵⁶ BVerwG, Beschl. v. 01.06.2010, 4 BN 62/ 09.

(b) (P) Begründetheit der umgestellten Feststellungsklage:

Im Rahmen der Begründetheitsprüfung bezüglich der umgestellten Feststellungsklage sind dann einige Besonderheiten zu beachten.

(aa) Unstreitig ist zunächst das Vorliegen eines erledigenden Ereignisses zu prüfen.

Es muss somit ein Ereignis vorliegen, welches nach Rechtshängigkeit eingetreten ist und eine außerprozessuale Veränderung der Sach- und/ oder Rechtslage zu Lasten des Klägers bewirkt, wodurch die Klage jetzt als unzulässig oder unbegründet abgewiesen werden muss⁵⁷, weil der Kläger objektiv sein Rechtsschutzziel erreicht hat oder nicht mehr erreichen kann.

Dabei spielt es keine Rolle, ob das erledigende Ereignis ggf. durch den Kläger selbst herbeigeführt wurde, weil er beispielsweise einen erforderlichen Antrag gegenüber der Behörde zurückgenommen hat⁵⁸.

Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung dieser Frage ist derjenige der letzten mündlichen Verhandlung⁵⁹.

(bb) Streitig und damit problematisch in der Klausur ist im Verwaltungsprozessrecht regelmäßig dann die weitergehende Frage, in welchem Umfang das Gericht bei einer einseitigen Erledigungserklärung durch den Kläger neben dem tatsächlichen Vorliegen eines erledigenden Ereignisses die Zulässigkeit und Begründetheit des ursprünglichen Ausgangsklagantrages prüfen muss⁶⁰. Hierzu werden unterschiedliche Auffassungen vertreten.

eA.: Es ist stets die Zulässigkeit und Begründetheit der Ausgangsklage im Zeitpunkt des erledigenden Ereignisses zu prüfen⁶¹.

aA./ Teile des BVerwG: Es ist jedenfalls die frühere Zulässigkeit der Ausgangsklage stets zu prüfen⁶².

aA.: Frühere Zulässigkeit und Begründetheit des Ausgangsantrages sind irrelevant⁶³.

Teile des BVerwG/ hM:

- Zu prüfen ist zunächst das erledigende Ereignis
- Die Zulässigkeit und die Begründetheit der ursprünglichen Ausgangsklage bis zum erledigenden Ereignisses ist nur dann zu prüfen, wenn ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse analog § 113 I 4 VwGO beim Beklagten besteht⁶⁴.

Sie sollten hier der hM folgen, die ihre Ansicht im Wesentlichen damit begründet, dass anders als im Zivilprozess der Beklagte im Verwaltungsprozess zumeist nicht schutzbedürftig sei. Außerdem könne so ein sachlich gegenstandsloses Verfahren ohne großen Aufwand zu Ende gebracht werden. Das Ergebnis sei also nicht zuletzt Ausdruck der Prozessökonomie⁶⁵. Gegen eine generelle Prüfung von Zulässigkeit und Begründetheit der ursprünglichen Klage spräche vor allem die Regelung des § 113 I 4 VwGO, der verdeutliche dass eine Überprüfung eines erledigten Sachverhalts gerade nicht in jedem Falle, sondern nur bei einem qualifizierten Interesse möglich sei⁶⁶.

Aus Beklagtensicht müssen Sie daher im Gutachten nach der Darstellung dieses Streits als nächsten Schritt prüfen, ob dem Beklagten ein

⁵⁷ BVerwG NVwZ 2004, 610.

⁵⁸ BVerwG DVBl 1989, 874.

⁵⁹ BVerwG NVwZ-RR 1999, 277.

⁶⁰ Vgl. zur Problematik auch Messmer JA 2005, 300.

⁶¹ Manssen, NVwZ 1990, 1018, 1022; Schmitz JA 1996, 242, 245; Feser/ Kirchmaier BayVbl. 1995, 641).

⁶² Battis/ Weber, JuS 1995, 1014 ff.; BVerwG, 3. und 9. Senat, BVerwGE 82, 41, 43; BVerwGE 34, 159, 160.

⁶³ Pietzner, VerwA 1986, 318 ff.

⁶⁴ BVerwG, 1. und 4. Senat, NVwZ 2001, 1288 mwN..

⁶⁵ OVG Saarlouis, AS 27, 109, 111.

⁶⁶ Dietrich DVBl. 2002, 745, 747.

Fortsetzungsfeststellungsinteresse⁶⁷ zukommt. Da der Beklagte üblicherweise ein Hoheitsträger ist, dürfte hier insbesondere die Wiederholungsgefahr in Betracht kommen, während gerade das Rehabilitationsinteresse üblicherweise ausscheidet.

Fehlt ein solches qualifiziertes Feststellungsinteresse, muss der Beklagtenvertreter diesem anraten, der Erledigungserklärung zuzustimmen, da ihm ansonsten eine erhöhte Kostentragungspflicht im Erledigungsrechtsstreit droht, als wenn durch Beschluss über die beidseitige Erledigungserklärung entschieden wird. Weitere Vorteile der Beschlussentscheidung können sein, dass keine rechtskräftige Entscheidung ergeht und lediglich eine summarische Prüfung vorgenommen wird.

Anmerkung:

In der Regel wird in dem Falle, in dem Ihnen die einseitige Erledigungserklärung im Examensfall begegnet, allerdings der Beklagte ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse geltend machen können.

In diesem Falle wäre dann im Gutachten im nächsten Schritt in der Begründetheit der nunmehr umgestellten allgemeinen Feststellungsklage auch die Zulässigkeit und Begründetheit der ursprünglichen Klage zu prüfen.

Sollten Sie dagegen ausnahmsweise kein FF-Interesse feststellen können, ist auf die Zulässigkeit und Begründetheit der ursprünglichen Ausgangsklage nicht mehr einzugehen.

Im Übrigen ist zu beachten, dass eine **Erledigungserklärung nicht hilfsweise** zu in der Hauptsache aufrecht erhaltenen Sachanträgen abgegeben werden⁶⁸. Möglich ist allerdings, die Hauptsache für erledigt zu erklären und die ehemaligen Hauptsacheanträge hilfsweise aufrecht zu erhalten. Allerdings kann der Kläger bis zur Erteilung der Zustimmung des Beklagten jederzeit

⁶⁷ Zu den anerkannten Fallgruppen vgl. die Ausführungen unten zur FFkl.

⁶⁸ VGH München BayVBl. 2003, 399, 403; OVG Münster NWVBl. 2003, 398

die Erledigungserklärung zurücknehmen und zum Sachantrag in der Hauptsache zurückkehren⁶⁹.

(c) Umstritten ist abschließend die Frage, ob das Verwaltungsgericht in dem Falle, in dem es nach einer einseitigen Erledigungserklärung feststellt, dass tatsächlich kein erledigendes Ereignis vorliegt, den Feststellungsantrag zurückweisen muss und/oder den ursprünglichen Sachantrag.

Das BVerwG vertritt insoweit die Ansicht, dass mit der einseitigen Erledigungserklärung die Rechtshängigkeit des ursprünglichen Sachantrages nicht entfallen sei und dieser daher in diesem Fall zu prüfen und ebenfalls über diesen zu entscheiden sei⁷⁰.

Von der Gegenauffassung wird dagegen die Ansicht vertreten, dass die Rechtshängigkeit des ursprünglichen Sachantrages mit der Umstellung auf den Feststellungsantrag entfalle und der ursprüngliche Sachantrag nur dann abgewiesen werden könne, wenn er dem Gericht noch hilfsweise zur Entscheidung gestellt sei⁷¹.

Anmerkung:

Aus anwaltlicher Sicht spielt diese Problematik regelmäßig erst im Rahmen der Zweckmäßigkeit eine Rolle. Maßgeblich ist dies bei der Frage, ob der ursprüngliche Sachantrag hilfsweise gestellt wird. Hier können Sie natürlich der hM folgen. Klausurtaktisch macht es aber auch Sinn, hier der Gegenauffassung zu folgen und aus Gründen der anwaltlichen Vorsicht den ursprünglichen Sachantrag als Hilfsantrag ausdrücklich zu stellen.

h) Vertretung eines Beigeladenen/ Beizuladenden:

Als weitere denkbare Variante im Rahmen einer anwaltlichen Klausur im öffentlichen Recht kommt die Vertretung eines Beigeladenen bzw. noch Beizuladenden in Betracht.

⁶⁹ BVerwG NVwZ 1999, 404; OVG Bremen NVwZ-RR 2003, 700.

⁷⁰ BVerwG NVwZ 1999, 404, 405.

⁷¹ VGH Mannheim, VBIBW 1997, 176; Niedzwicki, JA 2011, 543,546.

Sinn und Zweck der Beiladung ist grds. die Erreichung einer Rechtskrafterstreckung gem. §§ 121 I Nr. 2, 63 Nr. 3 VwGO.

In der Klausur im 1. Staatsexamen taucht diese Problematik eher am Rande auf und ist dann regelmäßig in einem kurzen Prüfungspunkt zwischen Zulässigkeit und Begründetheit abzuarbeiten.

Im 2. Staatsexamen kann es durchaus auch in Niedersachsen vorkommen, dass der Beigeladene oder der noch Beizuladende aus anwaltlicher Sicht zu vertreten ist.

Der Mandant kommt in diesen Fällen regelmäßig zu Ihnen und bittet um eine entsprechende Beratung, welche Rechte ihm zustehen.

In diesen Fällen ist zunächst im Gutachten auf die Erfolgsaussichten der Klage einzugehen. Erst danach können Sie den Mandanten über seine generellen Rechte im Rechtsstreit sinnvoll aufklären und ihm konkrete Vorschläge für ein weiteres Vorgehen geben. Die gutachterliche Prüfung weicht nicht von demjenigen Vorgehen ab, welches Sie in dem Fall anwenden, wenn Sie den Kläger oder den Beklagten vertreten.

Besonderheiten treten dann allerdings regelmäßig in den Prozesstaktischen Erwägungen und im praktischen Teil auf (vgl. dazu unten).

i) Unbestimmte Rechtsbegriffe und Ermessen:

Im Gutachten problematisch kann dann gerade in der materiellen Prüfung sein, ob in einem etwaigen Rechtsstreit das Gericht die seitens der Behörde angestellten Erwägungen im Hinblick auf unbestimmte Rechtsbegriffe und das ggf. eingeräumte Ermessen vollständig überprüfen kann.

Beachten Sie dabei, dass unbestimmte Rechtsbegriffe und Ermessen nicht identisch sind. Während unbestimmte Rechtsbegriffe auf Tatbestandsebene zu prüfen sind, können sich Probleme im Rahmen des Ermessen nur auf Rechtsfolgenseite ergeben.

(1) Unbestimmte Rechtsbegriffe:

Die Rspr. nimmt entgegen einer Ansicht in der Literatur bei unbestimmten Rechtsbegriffen grundsätzlich eine volle Überprüfbarkeit der Auslegung dieser Begriffe durch die Gerichte an.

Anmerkung:

Unbestimmte Rechtsbegriffe tauchen in Klausuren auch im 2. Staatsexamen immer wieder auf. Klassiker sind hier die Zuverlässigkeit im Gewerberecht und die Öffentliche Ordnung im allgemeinen Gefahrenabwehrrecht.

Die Problematik sollte Ihnen aus dem 1. Staatsexamen bereits bekannt sein. Sie können und dürfen sich hier keine Schwächen leisten.

Nur in Ausnahmefällen soll den Gerichten insoweit nur ein eingeschränkter Prüfungsrahmen zukommen, wenn die Behörde aufgrund besondere Sachkunde oder –nähe allein in Lage ist, eine sach- und situationsgerechte Entscheidung zu treffen.

Anerkannt sind folgende Fallgruppen mit nur eingeschränktem Prüfungsrahmen:

- Prüfungsentscheidungen⁷²
- Beamtenrechtliche Beurteilungen
- Entscheidungen von pluralistisch besetzten, weisungsfreien Gremien⁷³
- gewisse Wertungsentscheidungen mit planerischem Charakter im Umwelt- und Wirtschaftsrecht

In diesen Fällen überprüft das Gericht anerkanntermaßen lediglich, ob

- falsche Tatsachen zugrunde gelegt
- sachfremde Erwägungen angestellt
- allg. gültige Bewertungsmaßstäbe verletzt oder
- Verfahrensvorschriften nicht eingehalten wurden.

Im Gutachten ist daher nach der Darstellung dieser Problematik lediglich auf die Frage einzugehen, ob einer der oben genannten Aspekte durch die Behörde nicht beachtet wurde.

(2) Ermessen:

⁷² BVerfG 84, 34.

Hier ist bereits im Gutachten die Regelung des § 114 VwGO zu beachten. Das Gericht überprüft also bekanntermaßen nur, ob Ermessensfehler vorliegen.

Anmerkung:

Wiederholen Sie nochmals die Ermessensfehlerlehre.

Aus anwaltlicher Sicht ist darüber hinaus zu beachten, dass die Behörde im gerichtlichen Verfahren ggf. nicht ausreichende Ermessenserwägungen durch Nachschieben von Gründen ergänzen kann. Die Grenze des Nachschiebens von Gründen ist allerdings dort erreicht, wo die Rechtsverfolgung durch das Nachschieben von Gründen für den Bürger erschwert wird. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die Behörde erstmalig eine Ermessenserwägung anstellt oder die Begründung vollständig austauscht⁷⁴.

Des Weiteren ist auch darauf zu achten, ob aus bestimmten Erwägungen heraus eine Ermessensreduzierung gegeben ist oder gar eine Ermessensreduktion auf Null gegeben ist.

Achten Sie darauf, dass der Gesetzgeber bei der Verwendung des Begriffs „soll“ im Rahmen von Ermessensvorschriften eine bestimmte Entscheidung/ Rechtsfolge in der Regel gewünscht hat und von diesem Regelfall nur in atypischen Fällen abgewichen werden soll⁷⁵.

Beachten Sie, dass die Rspr. seit einiger Zeit bei bestimmten gesetzlichen Regelungen ein sog. **intendiertes Ermessen** annimmt, obwohl in dieser Vorschrift gerade nicht der Begriff des „soll“ verwendet worden ist. Diese Rspr., die ebenfalls unter dem Schlagwort des intendierten Ermessens diskutiert wird, ist höchst umstritten.

Entwickelt wurde diese Form des Ermessens durch die Rspr.⁷⁶. Gemeint sind hier solche Fälle, in denen das Gesetz die Richtung der

Ermessensbetätigung bereits vorzeichnet, wenn also ein bestimmtes Ergebnis im Grundsatz gesetzlich gewollt sei und nur ausnahmsweise in atypischen Fällen davon abgewichen werden dürfe. Folge dieser Rspr. ist, dass in dem Fall, in dem die Behörde der gesetzlichen Intention folgt, gerade keine spezifische Ermessensabwägung und daher auch keine entsprechend umfassende Begründung mehr erforderlich ist. Diskutiert wird dieses intendierte Ermessen zB. im Rahmen der Bauordnungsmaßnahmen gem. § 79 NBauO oder auch im Rahmen der Erteilung einer Befreiung gem. § 31 II BauGB.

In der Literatur ist diese Rechtsfigur der Rspr. auf teilweise starke Kritik gestoßen, da sie eine formelhafte Vorgehensweise der Behörden ermögliche und daher gerade dem Wesen der Ermessensentscheidung, eine am Einzelfall orientierte Entscheidung zu ermöglichen, widerspräche⁷⁷. Letztlich sei für den Bürger auch kaum erkennbar, wann ein derartiger Fall tatsächlich gegeben sei.

Anmerkung:

Diese Ausprägung der Rspr. kann tatsächlich sicherlich mit guter Begründung sehr kritisch gesehen werden. Natürlich können sie den im praktischen Teil anzufertigenden Schriftsatz dazu verwenden, deutliche Kritik an der Rspr. zu äußern. Dennoch müssen Sie natürlich bedenken, dass sie die Mandanteninteressen vertreten und dessen Ziele in der Regel mit Hilfe der Gerichte durchsetzen wollen.

Aus anwaltlicher Vorsicht ist daher stets die Rspr. bei der strategischen Entscheidung mit zu berücksichtigen. Zum taktischen Vorgehen vgl. dann nächste Anmerkung.

Die Auswirkungen dieser Rspr. sind natürlich für gerade für die anwaltliche Praxis von besonderer Bedeutung. Die Behörden können in den Fällen des intendierten Ermessens ihre Entscheidungen ganz anders und in der Regel deutlich kürzer begründen, ohne Gefahr zu laufen, durch die Gericht aufgehoben zu werden. Für den Anwalt ist es von

⁷³ BVerwG NJW 2007, 2790.

⁷⁴ Vgl. hierzu Kopp/ Schenke, VwGO, § 114, Rdnr. 49 ff.

⁷⁵ Kopp/ Schenke, VwGO, § 114, Rdnr. 21.

⁷⁶ BVerwGE 105, 55; BayVGH NVwZ 2001, 931.

⁷⁷ Vgl. zur Kritik umfassend: Maurer, Allg. VerwR, § 7, Rdnr. 12 m.w.N..

besonderer Bedeutung, diese Fälle im Rahmen seiner gutachterlichen Prüfung zu erkennen, da er dann das Vorliegen eines atypischen Falls überprüfen muss.

Anmerkung:

Im abschließenden praktischen Teil Ihrer anwaltlichen Klausur müssen Sie in diesen Fällen besonderen Wert darauf legen, dem Gericht entweder klarzumachen, dass gerade kein Fall des intendierten Ermessens vorliegt bzw. jedenfalls ein atypischer Fall gegeben ist.

j) Tod des Klägers:

Grundsätzlich ist es zunächst unproblematisch, wenn der Kläger nach Klageerhebung verstirbt. In diesem Fall ist die Verwaltungsrechtssache gem. § 173 VwGO iVm. § 239 ZPO unterbrochen. Diese Regelungen sollen den möglichen Rechtsnachfolgern die Möglichkeit geben, abschließend darüber zu entscheiden, ob sie das Erbe annehmen und damit ggf. auch den Rechtsstreit fortzusetzen.

Problematisch ist die Situation jedoch dann, wenn der Kläger während der noch laufenden Klagefrist gem. §§ 74, 58 VwGO verstirbt, ohne dass er zuvor Klage erhoben hat. In diesem Fall ist streitig, ob auch dann eine Unterbrechung gem. / analog § 239 ZPO eintritt.

Nach einer Ansicht⁷⁸ muss sich der Rechtsnachfolger in diesen Fällen die bis zum Tod seines Vorgängers verstrichene Frist anrechnen lassen, da auch insoweit ein Eintritt in die Rechtsposition erfolge. Auch eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gem. § 60 VwGO komme grundsätzlich nicht in Betracht auch wenn der Rechtsnachfolger selbst keine Kenntnis von dem Verwaltungsakt gehabt habe, da auch insoweit auf die Kenntnis des Rechtsvorgängers abzustellen sei.

Die Vorschriften der §§ 239 ff ZPO seien im Verwaltungsverfahren weder direkt, noch analog anwendbar, da insbesondere auch § 173 VwGO nicht gelte⁷⁹.

⁷⁸ Kopp/Schenke, VwGO, § 74, Rdnr. 6.

⁷⁹ Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 13 Rz 58; auch OVG

Fraglich ist allerdings, ob sich hier nicht aus § 173 VwGO, §§ 239, 246 ZPO ergibt, dass von einer Unterbrechung der Klagefrist durch den Tod des Betroffenen auszugehen ist. Die beiden letzteren Vorschriften sind nach allgemeiner Ansicht jedenfalls im laufenden Verwaltungsprozess anzuwenden (vgl. OVG Münster, NVwZ-RR 1993, 55). Die Klagefrist beginnt dann gem. §§ 173 VwGO, 249 ZPO erst mit der Aufnahme des Verfahrens durch den Rechtsnachfolger komplett neu zu laufen.

Nach anderer Ansicht sollen diese Regelungen auch schon im Zeitraum vor Klageerhebung gelten, da die Sachlage vergleichbar erscheine. Obwohl die zivilprozessualen Vorschriften voraussetzten, dass bereits ein Rechtsstreit anhängig ist, müsse bei der entsprechenden Anwendung auf den Verwaltungsprozess bei fristgebundenen Klagen eine Unterbrechung auch des noch nicht anhängigen Verfahrens angenommen werden, weil nur so dem Sinn der gesetzlichen Regelung (Stillstand des Verfahrens aus Fürsorgegründen bis zur Klärung der Rechtsnachfolge) Rechnung getragen werden könne⁸⁰. Durch die Regelungen der §§ 239 ff ZPO soll u.a. der Rechtsnachfolger vor "Überraschungen" geschützt werden, wenn er von dem Prozess keine Kenntnis hat. Dieser Aspekt greift auch vor Klageerhebung während der laufenden Klagefrist. Gerade bei den Verwaltungsakten, die im Wege der Rechtsnachfolge übergehen, wäre der Nachfolger bei Ablehnung der Analogie und fehlender Kenntnis vom Verfahren rechtsschutzlos gestellt.

Anmerkung:

Vorliegend sind sicherlich beide Ansichten gut vertretbar. Eine Entscheidung des OVG Lüneburg ist zu dieser Problematik bislang nicht ersichtlich. Sie sollten sich daher klausurtaktisch entscheiden.

In jedem Falle sollte der Mandant im Mandantenanschreiben auf die Risiken hingewiesen werden.

Münster, NVwZ-RR 1997, 12 für § 265 ZPO.

⁸⁰ BVerwG NVwZ 2001, 319.