

Das Verwaltungsverfahren und der Verwaltungsprozess in der anwaltlichen Bearbeitung

Oldenburg 2025

***Das Skript beinhaltet einige Grundzüge des
Verwaltungsverfahrens und -prozesses
aus Anwaltssicht und darf nur zur internen Verwendung
in
der Arbeitsgemeinschaft für Rechtsreferendare im OLG
Bezirk Oldenburg als Arbeitsunterlage verwendet
werden.***

**Verfasserin: Rechtsanwältin Maike Chandra
Fachanwältin für Verwaltungsrecht,
Fachanwältin für Familienrecht,
Oldenburg**

Inhaltsverzeichnis

1. Aufbau RA-Klausur im öffentlichen Recht im 2. jur. Staatsexamen mit Beispiel	1
2. Akteneinsichtsrecht	5
3. Kleiner Fall zur Akteneinsicht	14
4. Lösung zum kleinen Fall zur Akteneinsicht	15
5. Bevollmächtigung/Beteiligtenfähigkeit	16
6. Fälle Beteiligtenfähigkeit	21
7. Fälle Beteiligtenfähigkeit/Lösung	22
8. Handlungs- und Prozessfähigkeit	23
9. Die Beiladung im Verwaltungsverfahren und -prozess	26
10. Fälle zur Zustellung im Verwaltungsverfahren/Fristen	33
11. Lösung zu den Fällen zur Zustellung/ Fristen	34
12. Der Beurteilungsspielraum der Behörden	35
13. Antragstellung im Widerspruchsverfahren /Hinzuziehung von Bevollmächtigten und deren Notwendigkeit	36
14. Das verwaltungsgerichtliche Verfahren	37
15. Der einstweilige Rechtsschutz aus anwaltlicher Sicht	38

16. Eilanträge eines Dritten bei Verwaltungsakten mit Drittwirkung	40
17. Prozessrecht in der ersten Instanz	42
I. Beweisaufnahme	42
1. Begriff des Beweisantrages	
2. Beweisanregungen	
3. konkrete Formulierung eines Beweisantrages	
4. Beweisermittlungsantrag/Ausforschungsbeweisantrag	
II. Beendigung des Verfahrens ohne Sachentscheidung	44
1) Klagerücknahme	
2) Erledigung der Hauptsache	
18. Einstweiliger Rechtsschutz/Fall	47
19. Einstweiliger Rechtsschutzfall/Lösung	
20. Vorverfahren/Unstatthaftes Vorverfahren i.V.m. § 80 Absatz 2 NJG/ Entbehrlichkeit des Vorverfahrens	51
21. Materielle Rechtmäßigkeit der Verwaltungsvollstreckungs- maßnahme/Prüfungsschema	56

22. Fall in der Verwaltungsvollstreckung: Der Präsidentenbesuch	63
Lösungsskizze zum Fall in der Verwaltungsvollstreckung	64
23. Fall zur Erledigung der Hauptsache	67
24. Lösung Fall Erledigung der Hauptsache	68

Aufbau RA – Klausur im öffentl. Recht im 2. Jur. **Staatsexamen mit Beispielen**

A. Mandantenbegehren

Das Mandantenziel ist herauszuarbeiten und in gebotener Kürze (2 -3 Sätze) wiederzugeben (Bsp.: „Der Mandant möchte gegen die Untersagungsverfügung vom ...vorgehen“). Dabei sollten die KandidatInnen bereits anführen, mit welchem (vor-) prozessualen Instrument (bei Klage ist die Klageart anzuführen – heißt: Anfechtung, Verpflichtung, Bescheidung o.a. -, Antrag im einstweiligen Rechtsschutz, Widerspruch..) das Mandantenziel umgesetzt werden könnte. (Bsp.: „Da die Behörde die sofortige Vollziehung des Bescheides angeordnet hat, kommt hier ein Vorgehen im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes in Betracht“).

B. Gutachten

Die Sach- und Rechtslage ist gutachterlich zu prüfen. Das Gutachten hat alle prozessualen und materiell-rechtlichen Fragen zu behandeln. Bei streitigem Sachverhalt (unwahrscheinlich) ist „zweischichtig“ zu prüfen. Die Relationstechnik ist ggfls. anzuwenden. Bei unstreitigem Sachverhalt ist „einschichtig“ aufzubauen.

Es empfiehlt sich dringend, das Gutachten in den Aufbau des gewählten Rechtsmittels einzukleiden (beispielhaft: Zulässigkeit und Begründetheit einer Anfechtungsklage, allgemeine und besondere Sachurteilsvoraussetzungen, formelle und materielle Rechtmäßigkeit des VA oder: Zulässigkeit und Begründetheit eines Antrages im einstweiligen Rechtsschutzes, § 80 V. Satz 1, 1. oder 2 Alt. VwGO; bei letzterem ist es unerlässlich, anzugeben, ob die aufschiebende Wirkung angeordnet (1. Alt. des Satzes 1 des Absatzes 5, § 80 VwGO oder wiederhergestellt werden soll (2. Alt.)). Von den KandidatInnen wird erwartet, dass diese dort

differenzieren und die richtige Alt. angeben); ebenso beim „§ 123-er „Antrag; Auch bei Leistungs-/Feststellungsklage etc. müssen die KandidatInnen die unterschiedlichen allg. und besonderen Sachurteilsvoraussetzungen kennen.

Unproblematisches ist im Urteilsstil abzuhandeln, d.h. kein Gutachtenstil, wenn das Prüfungsergebnis eindeutig ist. Nachgerade falsch, weil praxisfern, wäre es, im Gutachtenstil bei der Prüfung der Eröffnung des VRW unter Darlegung der Abgrenzungstheorien (mod. Subjekttheorie etc.) eine öffentlich- rechtliche Streitigkeit nicht verfassungsrechtlicher Art gutachterlich zu prüfen- beginnend mit „Fraglich ist, ob der VRW gem. § 40 Abs. 1 VwGO eröffnet ist. Dazu müsste eine öffentlich- rechtliche Streitigkeit nicht verfassungsrechtlicher Art gegeben sein“ –, wenn es sich um eine Angelegenheit aus dem öffentlichen Baurecht handelt.

In diesem Fall ist im Urteilsstil auszuführen. Vorschlag zu eben: „Der VRW gem. § 40 I S. 1 VwGO ist in Ermangelung einer ab- oder aufdrängenden Sonderzuweisung gem. § 40 I Satz 2, II VwGO eröffnet, da die streitentscheidende Norm aus dem öffentlichen Baurecht stammt“.

Punktabzug gibt es, wenn Unproblematisches langatmig ausgeführt wird. Das JPA legt gerade Wert darauf, dass die KandidatInnen im 2. Staatsexamen zeigen, dass sie effektiv, praxisnah, zielorientiert arbeiten, Schwerpunkte setzen und praktisch verwertbare Lösungen präsentieren. Dieser Bewertungsmaßstab gilt auch für das Gutachten. Dass die KandidatInnen Gutachten schreiben können, haben sie mit Bestehen des 1. Staatsexamens bewiesen. Im 2. Staatsexamen wird das Augenmerk auf den praktischen Teil gelegt. Das heißt aber nicht, dass das Gutachten skizzen-oder lückenhaft erstellt werden dürfte. Und Achtung: Ungenauigkeiten im Gutachten rächen sich im praktischen Teil. Ohne umfassendes, genaues, alle Problematiken des Falles (dabei sind Schwerpunkte zu setzen) erkennendes, diese bearbeitendes Gutachten kann kein befriedigender (damit ist -leider-nicht die Note gemeint) praktischer Teil erarbeitet werden.

Im Übrigen ist vorauszusetzen, dass die unterschiedlichen Aufbauschemata der vielfältigen Klage- und Antragsarten den KandidatInnen bekannt sind. Dies ist Prüfungsstoff aus dem 1. Staatsexamen. Es gibt dazu zuhauf Ausbildungsliteratur in Form

übersichtlicher Aufbauschemata. Skriptempfehlungen sind an dieser Stelle nicht abzugeben.

Im Übrigen siehe Hinweise des Nds. Justizministeriums „Der jur. Vorbereitungsdienst in Niedersachsen“ , Stand 2006, dort Seite 99 ff; wurde KandidatInnen zu Beginn des Vorbereitungsdienstes ausgeteilt).

C. Prozesstaktische Überlegungen

Zweckmäßigkeit des Vorgehens ist darzustellen.

Beweismittel sind anzugeben.

Nur beispielhaft:

- es ist darzulegen, ob nur Teilanfechtungsklage erhoben werden soll, da Gutachten ergeben hat, dass nur ein Teil der Verfügung rechtswidrig ist.
- prüfen, ob PKH beantragt werden sollte
- ob es wegen materieller Rechtskrafterstreckung des Urteils bei VAe mit Drittwirkung sinnvoll wäre, beim Gericht eine einfache Beiladung anzuregen (notwendige Beiladung erfolgt vAw).
- ob dabei Sachantrag mit mögl. Kostenfolge aus § 154 III VwGO gestellt werden sollte.

Allgemeinplätze wie das Anfordern einer Vollmacht sind zu vermeiden.

Die Ausführungen unter C. verbinden das Ergebnis des Gutachtens mit dem praktischen Teil.

D. Praktischer Teil

Hier kommt es darauf an, ein praktisch verwertbares Ergebnis, umgesetzt aus B und C, zu präsentieren. Siehe Hinweise des Ministeriums. Bei gerichtlichen Schriftsätzen: Förmlichkeiten des Rubrums, vollständige Anschrift des Gerichts aufführen, §§ 82,117 VwGO, Sachvortrag (soweit in Bearbeitungshinweisen nicht ausgeschlossen) und Sachantrag stellen!, Klage, -Antragsbegründung fertigen, Nennung und Prüfung des Tatbestandes und der Rechtsfolge der ESG oder ASG bei Klagen/Anträgen, Subsumtion, Ergebnis präsentieren. Die Bearbeitungshinweise sind zu lesen. Soweit Erfolgsaussicht eines Rechtsmittels im Gutachten verneint wird, Schreiben an Mandanten mit

rechtlichen Erläuterungen entwerfen. Zu allem gibt es kein Schema, das den KandidatInnen hier mitzugeben wäre. Die Kenntnis einer in der Praxis verwertbaren Umsetzung des Gutachtens im prakt. Teil kann nur durch Übungsklausuren angeeignet werden.

Die obige Darstellung erhebt keinen Anspruch auf Vollständig- und richtigkeit. Die Weitergabe an die Teilnehmer der jeweiligen Arbeitsgemeinschaften für Referendare im OLG Bezirk OI ist nur den Leiterinnen der Arbeitsgemeinschaften gestattet. Vervielfältigungen außerhalb der Arbeitsgemeinschaften sind nicht statthaft, Weitergabe an andere Personen als an die Teilnehmer der jeweiligen Arbeitsgemeinschaften ist untersagt.

2. Akteneinsichtsrecht

a) Akteneinsicht gem. § 29 VwVfG

Gem. § 29 VwVfG hat die Behörde den Beteiligten Einsicht in die das Verfahren betreffenden Akten zu gestatten, soweit deren Kenntnis zur Geltendmachung und Verteidigung ihrer rechtlichen Interessen erforderlich ist. Damit hat jeder Beteiligte einen Anspruch auf Einsicht in alle das Verfahren unmittelbar betreffende Aktenbestände. Der Aktenbegriff umfasst nicht nur beschriebenes oder bedrucktes Papier, sondern auch Fotos, Karten, Filme, Ton- oder Videobänder, Mikrofilme, u. ä. (Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 7. Auflage 2008)

Der erste Schritt der anwaltlichen Tätigkeit in einem Verwaltungsverfahren ist von maßgeblicher Bedeutung. Es ist davon abzuraten, gegenüber der Behörde eine Stellungnahme abzugeben, bevor in die Verwaltungsakte Einsicht genommen wurde. Denn erst die Akteneinsicht ermöglicht allen Beteiligten des Verwaltungsverfahrens ein Gegenübertreten „auf gleicher Augenhöhe“. Nach vollständiger Akteneinsicht ist der Anwalt auf dem gleichen Sachverhaltsstand wie die Behörde. Gerade bei Verwaltungsakten mit belastender Wirkung ist es für die Mandatsbearbeitung von entscheidender Bedeutung, zu wissen, wie viel die Behörde weiß. (Phillip Marx, Dietmar Dahmen, „Das verwaltungsrechtliche Mandat“, DAI e. V. Fachinstitut für Verwaltungsrecht, Bochum, 2007)

Das Recht auf Akteneinsicht ist wesentlicher Teil der im Rechtsstaat grundsätzlich unverzichtbaren Mitwirkungsmöglichkeiten der Beteiligten eines Verfahrens und Ausfluss der in Artikel 1 Abs. 1 GG garantierten Menschenwürde, mit der ein Verwaltungsverfahren nicht vereinbar wäre, welches die Betroffenen über die bereits gesammelten tatsächlichen und rechtlichen Grundlagen der zu treffenden Entscheidungen im Unklaren ließe. (Kopp/Ramsauer, VwVfG, Kommentar, 17. Auflage, RndZ 2 zu § 29 VwVfG.)

Denn nur bei Kenntnis der seines Verwaltungsverfahrens betreffenden Akten kann der Betroffene seine Rechte wirksam wahrnehmen. (Kopp/Ramsauer, aaO.)

Zur Akteneinsicht berechtigt ist der Beteiligte. Wer Beteiligter ist, ist in § 13 VwVfG geregelt.

a) Beteiligte i. S. d. § 13 Abs. 1 VwVfG

Dies sind zunächst einmal die sogenannten „geborenen“ Beteiligten nach § 13 Abs. 1 Nr. 1- 3 VwVfG.

b) Akteneinsicht von Beteiligten i. S. d. § 13 Abs. 2 VwVfG

§ 13 Abs. 2 VwVfG ermöglicht durch Hinzuziehung die Einbeziehung weiterer Personen, die nicht schon nach Abs 1. Nr. 1 – 3 VwVfG am Verfahren beteiligt sind, in ein anhängiges Verfahren mit einzubeziehen, um ihnen die Möglichkeit zu geben, ihre Rechte oder rechtlichen Interessen in Bezug auf den Verfahrensgegenstand zu wahren, zugleich aber auch, um durch Erstreckung der Bindungswirkung z. B. eine Entscheidung durch VA weitere Verfahren zu verhindern. (VG Berlin DVBL 1984, 1187 aus Kopp/Ramsauer, aaO, RndZ 27 zu § 13)

Die Hinzuziehung weiterer Beteiligter nach § 13 Abs. 2 VwVfG steht im Ermessen der Behörde, soweit der Ausgang des Verfahrens keine rechtsgestaltende Wirkung für einen Dritten hat. Im letzten Fall handelt es sich um eine gebundene Entscheidung. Zu beachten ist, dass die im Ermessen der Behörde stehende Hinzuziehung nach § 13 Abs. 2 VwVfG auch auf Antrag erfolgen kann. Dies ist dann bedeutsam, wenn ein weiterer Beteiligter des Verwaltungsverfahrens, der Adressat eines begünstigenden Verwaltungsaktes ist, Rechtssicherheit über dessen Bestandskraft erhalten will. So sollte bei der Baugenehmigungsbehörde als anwaltlicher Vertreter des Bauherren beantragt werden, den potentiell betroffenen Nachbarn als Beteiligten zum Genehmigungsverfahren hinzuzuziehen, damit die Behörde diesem Nachbarn die zu ergehende Baugenehmigung, versehen mit einer Rechtsbehelfsbelehrung gem. § 70 VwGO zustellt; gem. § 80 III NJG ist der statthafte Rechtsbehelf gegen die Baugenehmigung weiterhin der Widerspruch, da in diesem Falle in Vorverfahren weiter durchzuführen ist. Der Bauherr ist damit nicht dem Risiko ausgesetzt, dass der Nachbar die Möglichkeit hat, § 58 Abs. 2 VwGO (soweit nicht vorher der Verwirkungstatbestand greift) auszunutzen, um die Baugenehmigung anzufechten.

Die Akteneinsicht muss unter zeitlich und örtlich zumutbaren Bedingungen gewährt werden. Mit dem Antrag auf Akteneinsicht ist es ratsam, regelmäßig um Übersendung der Akte in die anwaltlichen Büroräume unter Versicherung der fristgerechten Rückgabe zu bitten.

Ob die Behörde die Akten verschickt oder die Akteneinsicht nur in den behördlichen Räumen gewährt, ist von Behörde zu Behörde unterschiedlich. Grundsätzlich erfolgt die Akteneinsicht gem. § 29 Abs. 3 VwVfG bei der Behörde, die die Akten führt. Handelt es sich nicht um Prüfungs- oder Personalakten, ist jedoch die

Versendung der Akte in die Kanzleiräume (niemals zu dem Mandanten selbst) üblich. Ein Anspruch auf Kopien aus der Akte besteht grundsätzlich nicht. Dieser erschöpft sich lediglich in einem Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung, wobei das Ermessen regelmäßig auf Null reduziert sein dürfte, wenn der Beteiligte, den Wunsch äußert, auf eigene Kosten Ablichtungen herstellen zu dürfen. In diesem Fall darf der Wunsch auf Kopien nur bei Vorliegen besonderer Gründe abgelehnt werden. (Kopp/Ramsauer, aaO RandZ 42 zu § 29)

Wichtig: § 29 III 2 HS VwVfG gibt EE-anspruch auf Übersendung der Akten.

Achtung: Etwas anderes gilt im Prüfungsrecht. Das BVerwG hat am 30.11.2022 entschieden, dass das Datenschutzrecht einen Anspruch auf unentgeltliche Kopien von Prüfungsarbeiten der zweiten juristischen Staatsprüfung gibt.

In der Praxis hat es sich bewährt, bei schriftlicher Antragstellung auf Akteneinsicht bereits darauf hinzuweisen, dass gem. § 100 Abs. 3 S. 3 VwGO ohnehin die Überlassung der Akte in die Kanzleiräume in Bezug auf Rechtsanwälte und in die Geschäftsräume in Bezug auf andere Amtsträger vorgesehen ist.

c) Verletzung des Akteneinsichtsrechts, Rechtsbehelfe

Die Versagung der Akteneinsicht innerhalb des den Behörden eingeräumten Ermessens stellt einen Verfahrensfehler dar. Darin liegt eine Verletzung des Anspruches auf rechtliches Gehör nach § 28 VwVfG. Der Fehler führt in der Regel nicht zur Nichtigkeit des später erlassenen VA. Wenn die Verletzung rechtlichen Gehörs und des Akteneinsichtsrechts das Ergebnis offensichtlich nicht beeinflusst haben, kommt eine Heilung des Fehlers gem. § 45 Abs. 1 Nr. 3 und eine Unbeachtlichkeit des nicht geheilten Fehlers gem. § 46 VwVfG in Betracht. (Kopp/Ramsauer, aaO, RandZ 43 zu § 29)

Die Verweigerung der Akteneinsicht ist nach allgemeiner Auffassung ein Verwaltungsakt. (beispielhaft BVerwGE 31, 307)

Es ist umstritten, ob Rechtsschutz gegen die Verweigerung der Akteneinsicht von den Beteiligten gem. § 44 a VwGO erst zusammen mit dem Rechtsschutz gegen die Hauptsache zu gewähren ist. Die herrschende Meinung ist dieser Auffassung. (BVerwGE NJW 1982, 120)

Nach der bisher geltenden Rechtsprechung zu der Möglichkeit der Anfechtbarkeit von behördlichen Verfahrenshandlungen bleibt das BVerwGE dabei, dass von der

Regelung in § 44 a VwGO (Ausschluss von selbständigen Rechtsbehelfe gegen behördliche Verfahrensverhandlungen) nicht deshalb eine Ausnahme zu machen

8

sei, weil es sich um einen (angeblichen) Verfahrensfehler handelt, wegen dessen nach § 46 VwVfG eine Aufhebung des in dem Verfahren letztlich ergehenden Verwaltungsaktes nicht beansprucht werden könne. (BVerwGE, 8. Senat, Urteil vom 27.05.1981, Az. 8 C 13/80 so auch BVerwGE, 8. Senat, Urteil vom 12.04.1978, Az. VIII C 7.77)

Sollte eine Behörde demnach tatsächlich Akteneinsicht verweigern, so stellt dies einen Verwaltungsakt dar, der nach herrschender Meinung wegen § 44 a VwGO nur gemeinsam mit der Hauptsache angefochten werden kann.

Ausnahme:

Im Prüfungsrecht kann der Weg zur rechtzeitigen Durchsetzung des Einsichtsrechts über den vorläufigen Rechtsschutz führen:

§ 44 a VwGO findet in manchen Prüfungsangelegenheiten dann keine Anwendung, da die Verweigerung des Einsichtsrechts zunächst keine schlichte Verfahrenshandlung auf dem Weg der Prüfungsentscheidung ist. Wenn sie Nachteile im Sinne eines materiellen Rechtsverlustes nach sich zieht, bleibt der Weg über den vorläufigen Rechtsschutz offen. Die Nachteile muss der Prüfling glaubhaft machen. Eilbedürftigkeit liegt zB. vor, wenn die begehrte Akteneinsicht dem Einleiten eines Überdenkungsverfahrens dienen soll, mit dem die Zulassung zur mündlichen Prüfung erreicht werden soll. Anders liegt es bei Anfechtung von schriftlichen Prüfungsleistungen; sie liegen dem Prüfling verkörpert vor (siehe dazu Fischer/Jeremias/Dietrich, Prüfungsrecht, 8. Auflag, Rz 203 mwN).

Im Verwaltungsprozess selbst ergibt sich die Pflicht der Behörde, dem Gericht die Verwaltungsvorgänge vorzulegen aus § 99 VwGO, das Akteneinsichtsrecht der Beteiligten im Verwaltungsprozess aus § 100 VwGO.

Ergibt die im nachgeschalteten verwaltungsgerichtlichen Verfahren vorgenommene Akteneinsicht, dass der angefochtene Verwaltungsakt offensichtlich rechtmäßig ist, spricht viel dafür, die dem Rechtsmittelführer, dem die Akteneinsicht im Vorverfahren verweigert wurde, entstandenen anwaltlichen Kosten und Gerichtskosten gem. § 155 Abs. 4 VwGO wegen deren Vermeidbarkeit der Behörde aufzulegen.

Denn die Kosten für die Klagerhebung wären nicht entstanden, wenn sich bereits im Vorverfahren aufgrund erteilter Akteneinsicht ergeben hätte, dass ein Rechtsmittel gegen den angefochtenen Verwaltungsakt erfolglos geblieben wäre.

Im Übrigen stellt die unberechtigte Verweigerung der Akteneinsicht eine Amtspflichtverletzung dar (LG Aachen, NJW 1989, 531).

Einsicht in elektronisch geführte Akten:

§§ 6, 8 EGovG (E-Government-Gesetz)

- Aktenausdruck kann zur Verfügung gestellt werden
- elektr. Dokumente können auf Bildschirm wiedergegeben werden,
- Übermittlung als elektr. Dokument
- Gestattung elektr. Zugriffs auf Inhalt der Akten

9

b) Akteneinsichts- und Auskunftsrecht nach dem UIG (Umweltinformationsgesetz)

Das UIG vom 22.12.2004 (BGBl I Seite 3704) ist am 14.02.2005 in Kraft getreten. Zweck dieses Gesetzes ist es nach § 1, den rechtlichen Rahmen für den freien Zugang zu Umweltinformationen bei informationspflichtigen Stellen sowie die Verbreitung dieser Umweltinformationen zu schaffen. Für Anwälte, die im Umweltrecht tätig sind, **gibt das UIG die Möglichkeit, Informationen zu erhalten, auch ohne direkt am Verfahren beteiligt zu sein.** Nach dem UIG des Bundes sind alle Behörden verpflichtet, Umweltinformationen herauszugeben.

Der Begriff der Umweltinformationen ist – insbesondere nach der Neufassung des UIG des Bundes – weit auszulegen. Die Neufassung erfolgte durch das Gesetz zur Neugestaltung des UIG und Veränderungen der Rechtsgrundlage zum Immissionshandel vom 22.12.2004. Der Gesetzgeber wollte sich bei dem Wortlaut des § 2 Abs. 3 UIG (Begriff der Umweltinformationen) ausdrücklich eng an die Richtlinie 2003/2004/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28.01.2003 über den Zugang der Öffentlichkeit zu Umweltinformationen und zur Aufhebung der Richtlinie 90/313/EWG des Rates (Abl. L 41, 26) anlehnen, deren Begriffsbestimmungen gegenüber der ursprünglichen Fassung in der Richtlinie 90/313EWG vom 07.07.1990 (abl. L 158, 56) „umfassender“ definiert ist. (vgl. dazu OVG für das Land Nordrhein-Westfalen, 8. Senat, Urteil vom 01.03.2011, 8 A 2861/07) (Bundestagsdrucksache 15/3406, Seite 11 und 14 ff.).

Er umfasst alle Informationen über den Zustand von Umweltbestandteilen wie z.B. Luft und Wasser, aber auch den Zustand der menschlichen Gesundheit und Sicherheit.

Der Anspruch auf Akteneinsicht nach dem UIG ist ein Jedermanns Recht. Gem. § 3 hat jede Person nach Maßgabe des Gesetzes einen Anspruch auf freien Zugang zu den Informationen, ohne ein rechtliches Interesse darlegen zu müssen.

Der Zugang für Jedermann ohne rechtliches Interesse erfolgt auf Antrag.

Gem. § 3 Abs. 2 UIG muss der Antrag erkennen lassen, zu welchen Umweltinformationen der Zugang gewünscht wird. Der Antragsteller ist hier gehalten, in seinem Antrag entsprechend konkrete Angaben zu machen, auf welchen Bezug er Umweltinformationen erhalten will. Gem. § 3 Abs. 3 S. 2 ist innerhalb eines Monats

10

über den Antrag zu entscheiden. Nach Nr. 2 beträgt diese Frist zwei Monate, soweit die Monatsfrist nicht eingehalten werden kann.

Wird der Antrag zurückgewiesen oder ist diesem nicht vollständig nachgegangen, ist gem. § 6 der Verwaltungsrechtsweg eröffnet. Nach Abs. 2 finden die Vorschriften über das Widerspruchsverfahren nach den §§ 68-73 der VwGO Anwendung.

a) Ablehnungsgründe

(1) Ablehnungsgründe zum Schutz öffentlicher Belange

...

(2) Ablehnungsgründe zum Schutz sonstiger Belange

Der Niedersächsische Landtag hat das Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie 2003/4/EU verabschiedet, am 14.12.2006 verkündet. Es ist am 15.12.2006 in Kraft getreten. Das Land Niedersachsen hat die Umweltinformationsrichtlinien auf der Grundlage eines Entwurfs der Niedersächsischen Landesregierung im Verhältnis „eins zu eins“ umgesetzt.

Das UIG gibt der Behörde ein Auswahlermessen, hinsichtlich der Art und Weise des Informationszugangs. **Es vermittelt demnach keinen direkten Anspruch auf Fertigung von Aktenkopien**, verpflichtet die Behörde jedoch zum Ermessen fehlerfreier Ausübung bei entsprechendem Antrag. So mag beispielsweise eine Auskunft oder ein Antrag auf Übermittlung von Aktenkopien abgelehnt werden können, wenn die Einsicht in die Akten deren aufwendige oder praktisch gar nicht zu leistende Entfernung von Unterlagen voraussetzt, die zum Schutz öffentlicher oder privater Belange vom Informationsanspruch nicht erfasst werden. (BVerwG, 7. Senat, Urteil vom 06.12.1996, 7 C 64/95)

11

c) Anspruch auf Akteneinsicht gem. der Informationsfreiheitsgesetze (IFG)

Nach dem am 01.01.2006 in Kraft getretenen IFG (BGBl I S. 2722) hat gem. § 1 jede Person des Privatrechts gegenüber den Behörden des Bundes einen Anspruch auf Zugang zu amtlichen Informationen. Nach der Zielsetzung des Bundestages zur Verabschiedung des Informationsgesetzes ist der Zugang zur Information und die Transparenz behördlicher Entscheidungen eine wichtige Voraussetzung für die effektive Wahrnehmung von Bürgerrechten. Dies gilt angesichts der wachsenden Informationsmacht des Staates heute mehr denn je (Bundestagsdrucksache 12/5694, S. 2 und 13).

Das Informationsfreiheitsgesetz ist daher notwendig, um entgegen innerstaatlicher, europäischer und internationaler Tendenzen die demokratischen Beteiligungsrechte der Bürgerinnen und Bürger durch eine Verbesserung der Informationszugangsrechte zu stärken (BTDRs., aaO).

Der Anspruch auf Akteneinsicht umfasst nach dem IFG auch einen Anspruch auf Fertigung von Kopien, § 7 Abs. 4 S. 1. Dies gilt nicht, soweit der Schutz geistigen Eigentums entgegensteht.

Auch nach dem IFG ist der Anspruch auf Informationszugang beschränkt.

Bei schützenswerten besonderen öffentlichen Belangen i. S. d. § 3 IFG, wie z. B. internationale Beziehungen, militärische und sonstige sicherheitsempfindliche Belange der Bundeswehr etc. ist der Anspruch auf Informationszugang auch ausgeschlossen.

Über den Antrag auf Informationszugang entscheidet die Behörde, die zur Verfügung über die begehrten Informationen berechtigt ist. Der Informationsanspruch kann sich auch gegen eine natürliche oder juristische Person des Privatrechts richten. In diesem Fall ist der Antrag an die Behörde zu richten, die sich der natürlichen oder juristischen Person des Privatrechts zur Erfüllung ihrer öffentlichen und rechtlichen Aufgaben bedient.

Im Übrigen können Auskünfte mündlich, schriftlich oder elektronisch erteilt werden. Die Behörde ist nicht verpflichtet, die inhaltliche Richtigkeit der Informationen zu prüfen. Wie beim UIG beträgt die Frist zur Entscheidung über

12

den Antrag einen Monat, beginnend mit Eingang des Antrags bei der Behörde, die über die Informationen verfügt. Sind auch hier die Informationen umfangreich und komplex, so dass die Monatsfrist nicht eingehalten werden kann, beträgt die Frist zwei Monate.

Zu beachten ist, dass die Ausnahmen, bei welchen Informationen nicht erteilt werden darf, weitreichender sind. Danach können neben den besonderen öffentlichen Belangen auch ein laufendes Verwaltungsverfahren oder ein behördlicher Entscheidungsprozess, soweit durch die Einsichtnahme und Informationserteilung eine Maßnahme verteilt würde, gem. § 4 IFG dem Anspruch auf Zugang von Informationen entgegenstehen. Ebenso verhält es sich bei dem Schutz personenbezogener Daten Dritter sowie bei Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen wie geistigem Eigentum (Zugang nur bei Einwilligung) (vgl. Marx, Darnen, Das verwaltungsrechtliche Mandat, aaO)

Der Voraussetzung für die sorgfältige Bearbeitung eines verwaltungsrechtlichen Mandates kann nur mit vollständiger Akteneinsicht Rechnung getragen werden. Der Anwalt trägt auch im Verwaltungsprozess trotz Amtsermittlungsgrundsatz eine prozessuale Mitwirkungspflicht, bei deren Verletzung das Gericht nicht von sich aus allen denkbaren Möglichkeiten nachgehen muss, sondern in der Regel, wenn auch der Vortrag des Klägers in der mündlichen Verhandlung, die beigezogenen Akten usw. keine näheren Anhaltspunkte ergeben, die Klage als unbegründet abweisen kann (siehe Kopp/Schenke, VwGO 27. Auflage, RandZ 11 zu § 82, RandZ 11 ff. zu § 86).

Deshalb ist der Anwalt grundsätzlich gehalten, bei der behördlichen Sachverhaltsermittlung mitzuwirken und die zur Begründung dienenden Tatsachen und Beweismittel anzugeben (§ 82 Abs. 1 VwGO).

13

Zusammenfassung: IFG

- Recht auf Zugang zu amtlichen Informationen behördlicher Entscheidung zur Wahrnehmung von Bürgerrechten. Dies gilt angesichts wachsender Informationsmacht des Staates mehr denn je.
- jede Person des Privatrechts hat Anspruch auf Zugang zu amtlichen Informationen
- Anspruch umfasst auch die Fertigung von Kopien, § 7 Abs. 4 Satz 1. Dies gilt nicht, soweit der Schutz geistigen Eigentums entgegensteht.

Niedersachsen hat trotz mehrerer Anläufe bislang kein IFG verabschiedet.

Unabhängig von den bisher fehlenden gesetzlichen Regelungen auf der Landesebene erlaubt es das Kommunalverfassungsgesetz Niedersachsen den Kommunen, jeweils eigenständig sogenannte **„Informationsfreiheitssatzungen“ (IFS)** zu verabschieden, die mehr

Informationsfreiheit und Transparenz von unten für den jeweiligen Wirkungskreis der Kommune (Stadt/Gemeinde/Landkreis) ermöglichen. Somit können die Kommunen schon jetzt, unabhängig von der Landesebene, konkret etwas für Informationsfreiheit, Transparenz und Bürgerbeteiligung tun.

14

kleiner Fall zur Akteneinsicht:

Sie vertreten Herr Meyer anwaltlich in einer Angelegenheit gegen die Gemeinde Großenkneten.

Sie benötigen dringend Akteneinsicht, da die Frist zur Einlegung eines Rechtsbehelfs bereits zu laufen begonnen hat.

Ihr schriftlich gestelltes Gesuch auf Akteneinsicht wird abgelehnt.

Was tun Sie, damit Sie Einsicht bekommen?

Denken Sie dabei an alle praktischen und rechtlichen Wege, um an Ihr Ziel zu kommen.

Lösung zum kleinen Fall zur Akteneinsicht

In Betracht kommt zunächst eine Anfechtung der Ablehnung des schriftlich gestellten Gesuchs. Da diese jedoch, wie auch die Gewährung, innerhalb eines Verwaltungsverfahrens eine vorbereitende Maßnahme im Sinne des § 44a VwGO ist, ist isolierter Rechtsschutz gegen deren generelle oder teilweise Verweigerung, insbesondere bestimmter Formen oder an bestimmten Orten, nicht statthaft.

Dies hat zur Folge, dass auch eine Durchsetzung im einstweiligen Rechtsschutzverfahren gemäß § 123 VwGO nicht möglich ist, da die Hauptsacheklage unzulässig wäre.

Solange es sich nicht um das Einsichtsrechts aus dem nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnis für den Nachbarn eines Bauvorhabens handelt, aus welchem sich die Akteneinsicht nicht aus § 29 VwVfG, sondern aus den Rechtsgrundlagen der Bauordnungen ergeben, (was dann dazu führt, dass allgemeine Leistungsklage und § 123 VwGO zulässig wären), gibt es gegen die Verweigerung keinen isolierten Rechtsschutz.

Es ist der in der Hauptsache statthafte Rechtsbehelf einzulegen.

Ergibt sich im gerichtlichen Verfahren dann, dass der Widerspruch/die Klage nicht eingelegt worden wäre, wäre dem Akteneinsichtsgesuch zur Erfüllung des Anspruches auf rechtliches Gehör entsprochen worden, da sich dann bereits bei Akteneinsicht ergeben hätte, dass eine Klage in der Hauptsache keine Aussicht auf Erfolg gehabt hätte, ist wegen der automatischen Kostenlast für den Kläger keine Klagerücknahme gemäß § 92 VwGO zu erklären, sondern, um den Prozess zu beenden, Klagerücknahme unter Hinweis auf § 155 IV VwGO oder die Erledigung in der Hauptsache zu erklären.

Die Erledigungserklärung ist zu verbinden mit dem Antrag, die Kosten des Rechtsstreits der beklagten Behörde aufzuerlegen mit der Begründung, dass diese unter Verstoß gegen § 29 VwVfG Anlass zur Klage gegeben hat (unter Verweis auf § 44a VwGO), sodass die Kosten des Rechtsstreits der Beklagten aufzuerlegen sind.

16

Bevollmächtigung/Beteiligtenfähigkeit

1.

Im Verwaltungsverfahren kann sich ein Beteiligter durch einen Bevollmächtigten vertreten lassen (§ 14 Abs. 1 S. 1 VwVfG).

Die Vollmacht ermächtigt zu allen das Verwaltungsverfahren betreffenden Verfahrenshandlungen, sofern sich aus ihrem Inhalt nicht etwas anderes ergibt. Da gem. § 14 Abs. 1 S. 3 VwVfG der Bevollmächtigte auf Verlangen der Behörde seine Vollmacht schriftlich nachzuweisen hat, sollte der Anwalt bereits bei der Mandatsannahme darauf hinwirken, sich eine Vollmacht von dem Mandanten schriftlich geben zu lassen. Die Wirksamkeit der im Verwaltungsverfahren vorzunehmenden Handlungen hängt zwar nicht davon ab, dass die Behörde zum Zeitpunkt der Entgegennahme von Anträgen oder ähnlichen Verfahrenshandlungen über eine schriftliche Vollmacht verfügt, es beugt jedoch Unklarheiten vor und zeugt von sorgfältiger Bearbeitung des Mandates von Beginn an.

Im Verwaltungsverfahren kann sich jeder fakultativ von einem Bevollmächtigten vertreten lassen. Anwaltszwang herrscht im Verwaltungsverfahren nicht. Es ist jedoch geboten, dass der Bevollmächtigte nicht unbedingt notwendig rechtskundig aber zum sachlichen Vortrag fähig ist (Breucker/Kukk/Meiniger, Anwaltsrecht 2,

Kapitel 8, Der Anwalt im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, 1. Auflage, 2003, S. 340).

Die Möglichkeit der fakultativen Vertretung auch vor dem Verwaltungsgericht war bis zur Neuregelung des Rechtsberatungsgesetzes vom 12.12.2007 BGBl I 2840, Art. 13 Nr. 2) möglich. Durch die Neuregelung wurde § 67 VwGO, der die Vertretung vor den Verwaltungsgerichten regelt, in grundlegender Weise umgestaltet. In Konsequenz dieses Gesetzes, das in dem für das Verwaltungsprozessrecht maßgeblichen Teil gem. Art. 20 S. 3 des Gesetzes am 01.07.2008 in Kraft trat, ergaben sich für § 67 VwGO nicht nur redaktionelle, sondern auch erhebliche inhaltliche Veränderungen.

Einzig in Übereinstimmung mit anderen gerichtlichen Verfahrensordnungen bleibt, dass in der unteren gerichtlichen Instanz die Beteiligten den Rechtsstreit selbst führen können, also kein Vertretungszwang besteht (Kopp/Schenke, VwGO, aaO, RZ 5 zu § 67 Abs. 2 S. 2).

17

Sie können sich jedoch auch von den in Abs. 2 Nr. 1-7 enumerativ aufgeführten Personen, Vereinigungen, Gewerkschaften oder juristischen Personen vertreten lassen.

Gem. § 67 Abs. 2 S. 1 ist naturgemäß der Rechtsanwalt oder der Rechtslehrer einer deutschen Hochschule i. S. d. Hochschulrahmengesetzes mit Befähigung zum Richteramt für die Naturalpartei vertretungsberechtigt.

Vor dem Bundesverwaltungsgericht und dem Oberverwaltungsgericht müssen sich die Beteiligten, außer im Prozesskostenhilfeverfahren, durch Prozessbevollmächtigte vertreten lassen, § 67 Abs. 4 S. 1 VwGO.

Als Bevollmächtigte i. d. S. sind nur die in Abs. 2 S. 1 bezeichneten Personen, also Rechtsanwälte oder Rechtslehrer an einer deutschen Hochschule i. S. d. Hochschulrahmengesetzes mit Befähigung zum Richteramt gemeint. Das Gericht weist Personen, die nicht vertretungsbefugt sind, mit unanfechtbarem Beschluss zurück. **Anders als in Verwaltungsverfahren ist die Vollmacht in gerichtlichen Verfahren zwingend vorzulegen.** Aus der in Abs. 6 des § 67 VwGO folgenden Vorlagepflicht ergibt sich, dass die Vorlage einer schriftlichen Vollmacht wesentliches Formerfordernis ist, **ohne** das die Vollmacht als Prozessvollmacht nicht zur Entstehung gelangt **und damit auch**

Prozessverhandlungen grundsätzlich nicht wirksam vorgenommen werden können (Kopp/Schenke, aaO, RandZ 44 des § 67).

Dies bedeutet, dass die Klage bzw. das Rechtsmittel bis zur Vorlage der Vollmacht bzw. bis zum Erlass eines Prozessurteils wegen unterbliebener Vollmacht Vorlage schwebend unwirksam ist (Kopp/Schenke, aaO).

Das Gericht prüft von Amts wegen, ob eine den gesetzlichen Erfordernissen entsprechende Vollmacht vorliegt, wenn nicht ein Rechtsanwalt vor den Verwaltungsgerichten auftritt. Im letzten Fall kann der Mangel nur auf Rüge des Prozessgegners berücksichtigt werden (Kopp/Schenke, aaO, RandZ 45 zu § 67).

Für den Rechtsanwalt von Bedeutung ist, dass das Verwaltungsgericht bei Fehlen einer Vollmachtsurkunde gem. Abs. 6 S. 2 eine Frist für die Vorlage setzen oder auch formlos die Vorlage anfordern kann (BVerwG DÖV 1985, 484).

18

Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist die Fristsetzung zwingende Voraussetzung für die Abweisung der Klage bzw. als Zurückweisung eines Rechtsmittels als unzulässig (Gemeinsamer Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes, Bundesverwaltungsgericht, 9. Senat, Urteil vom 2.01.1995, Az. 9 C 105/84).

2.

Die Beteiligungsfähigkeit gem. § 61 VwGO bestimmt die Fähigkeit, als Subjekt an einem verwaltungsgerichtlichen Verfahren teilnehmen zu können. Dies sind einmal natürliche und juristische Personen sowie Vereinigungen, soweit ihnen ein Recht zustehen kann (Nr. 2). Bei Vereinigungen kommt es für die Beteiligungsfähigkeit nicht darauf an, ob sich aus der konkret geltend gemachten Regelung ein Recht ergibt bzw. eine Verpflichtung bestünde – das ist die Frage der Klagebefugnis bzw. der passiven Prozessführungsbefugnis – sondern es kommt nur darauf an, ob die betreffende Vereinigung in Bezug auf den relevanten Normenkomplex allgemeines Zuordnungssubjekt eines Rechtssatzes ist (BVerwG NVwZ 1993, 174), wenn z.B. der „Rechtskreis“ der Vereinigung berührt ist.

So sind etwa beteiligungsfähig die BGB-Gesellschaft, OHG und KG Organe der Hochschulen sowie ein Betriebs- und Personalrat, nicht rechtsfähige Vereine wie Parteien, Arbeitgeberverbände, Gewerkschaften, (Gemeinderat-) Fraktionen, nicht aber das Gemeinderatsmitglied selbst:

Das einzelne **Ratsmitglied im Organstreitverfahren** ist in dieser Funktion weder natürliche oder juristische Person (Nr. 1) noch Vereinigung (Nr. 2) oder gar eine Behörde (Nr. 3). Dies würde jedoch bedeuten, dass einzelne Ratsmitglieder bei Verletzung ihrer Organrechte vor den Verwaltungsgerichten ausgeschlossen wären. Es müssen jedoch Organen oder gar rechtlich verselbständigten Organteilen Klagemöglichkeiten eingeräumt werden. Steht die Verletzung eines dem Ratsmitglied zustehenden subjektiven Rechts gegenüber dem Gesamtorganrat im Raum, kommt eine analoge Anwendung des § 61 Nr. 2 VwGO in Betracht. So ist z. B. bei einem Ausschluss eines Ratsmitgliedes aus einer Ratssitzung sowohl der Rat als auch das Ratsmitglied selbst Zuordnungssubjekt der bezgl. des Streitgegenstands in Frage stehender Rechte. Damit hat das Ratsmitglied in diesem Fall ein subjektives Recht gegenüber dem Gesamtorganrat. Daraus folgt aus analoger Anwendung des § 61 Nr. 2 VwGO, dass auch das Ratsmitglied beteiligtenfähig sein muss, sonst könnte es diese subjektive Recht nicht geltend machen. Die Analogie folgt damit aus der Notwendigkeit, dass ein subjektives Recht besteht und die in der VwGO in dieser Hinsicht bestehenden Regelungslücken nicht gewollt sein können, da sonst eine Klage eines einzelnen Organs mangels Regelung in § 61 VwGO bei der Frage der Beteiligtenfähigkeit scheitern würde.

19

Zu beachten ist dabei aber immer, ob eine Vorschrift der einschlägigen Gemeindeordnung, des Kommunalverfassungsgesetzes oder einer Landkreisordnung auch das einzelne Organmitglied betrifft und ihm ein subjektives Recht einräumt.

Es ist jedoch wohl auch vertretbar, dass ein Ratsmitglied nach § 61 Nr. 1 VwGO analog oder unmittelbar (NRW OVGE, 36, 154/156) beteiligtenfähig ist.

Strittig bleibt aber, ob ein einzelnes Organmitglied oder der Hauptverwaltungsbeamte als Gemeinde als Ausschussmitglieder beteiligungsfähig sind. Eine analoge Anwendung des § 61 Nr. 2 VwGO, soweit es um die Stellung als Organ in seiner organschaftlichen Rechtsstellung geht, ist zu begründen (Strittig, *Elas Jura* 2008, 367; *Martensen JuS* 1995, 992; *Schoch, JuS* 1987, 787; für eine direkte Anwendung der Nr. 2 für Organmitglieder *VGH Mannheim DÖV* 1983, 862).

Zusammenfassung:

Bevollmächtigung

- vor VG kein Vertretungszwang,
aber Möglichkeit, von Personen
nach § 67 Abs. 2 Nr. 1-7
vertreten zu werden

- vor den Verwaltungsgerichten nur
noch nach Maßgabe des § 67 VwGO

- vor OVG, BVerwG -> § 67 IV VwGO

Beteiligtenfähigkeit

§ 61 VwGO

Zusammenfassung:

Fähigkeit, als Subjekt an einem verwaltungsrechtlichen Verfahren teilnehmen zu können.

Nr. 1-Nr. 3

einzelnes Ratsmitglied im Organstreitverfahren gem. § 61 Nr. 2 analog

21

Fälle Beteiligtenfähigkeit

1.

In der entscheidenden Sitzung über die Genehmigung eines Vorhabens hat der Bürgermeister die Öffentlichkeit ausgeschlossen. Gemeinderatsmitglied G sucht Sie in Ihrer Kanzlei auf und fragt an, ob er dagegen klagen könne. Prüfen Sie die Zulässigkeit einer Klage.

(Ihre Notizen):

2.

Abwandlung:

In dieser Sitzung wird G dann auch vom Sitzungsleiter unterbrochen, als G sich gegen die geplante Beschlussfassung wendet. G protestiert heftig. Der Bürgermeister verbietet ihm das Wort und verweist ihn des Saales. Auch dagegen möchte sich G zur Wehr setzen. Prüfen sie die Zulässigkeit einer Klage.

(Ihre Notizen):

Fälle Beteiligtenfähigkeit/Lösung

1.

In der entscheidenden Sitzung über die Genehmigung eines Vorhabens hat der Bürgermeister die Öffentlichkeit ausgeschlossen. Gemeinderatsmitglied G sucht Sie in Ihrer Kanzlei auf und fragt an, ob er dagegen klagen könne. Prüfen Sie die Zulässigkeit einer Klage.

§ 11 VwVfG Nr. 1, (-), G nicht natürliche Person;

Nach Nr. 2 könnte es nur als Organmitglied am Kommunalverfassungsverstreit teilnehmen beim LVerfG.

Da keine subj. Rechte, keine Beteiligtenfähigkeit (kein subj. Recht auf öffentl. Beschlussfassung)

Kein Zugang zum VG

2.

Abwandlung:

In dieser Sitzung wird G dann auch vom Sitzungsleiter unterbrochen, als G sich gegen die geplante Beschlussfassung wendet. G protestiert heftig. Der Bürgermeister verbietet ihm das Wort und verweist ihn des Saales. Auch dagegen möchte sich G zur Wehr setzen. Prüfen Sie die Zulässigkeit einer Klage.

Beteiligtenfähigkeit nach § 11 Nr. 2, 61 Nr. 2 analog VwGO (+) da Organteil Zuordnungsobjekt eines subj. Rechtes ist. (G hat Rederecht nach NKomVG). Es kommt also immer darauf an, ob Vorschrift des NKomVG auch das einzelne Mitglied betrifft und ihm ein subj. Recht einräumt.

Dazu BVerwG (NVwZ 93, 174): „Organen oder rechtl. verselbständigten Organteilen müssen Klagemöglichkeiten eingeräumt werden. Steht eine Verletzung eines dem Ratsmitglied zustehenden subj. Rechtes im Raum, kommt analoge Anwendung des § 61 Nr. 2 VwGO in Betracht.“

23

Handlungs- bzw. Prozessfähigkeit

Handlungs- und prozessfähig zu sein ist Voraussetzung für die Vornahme von wirksamen Prozesshandlungen.

Maßgeblich ist gem. § 62 Abs. 1 VwGO die zumindest beschränkte Geschäftsfähigkeit. Die nach dem bürgerlichen Recht Geschäftsfähigen sind ohne Einschränkung geschäftsfähig, die nach bürgerlichem Recht in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten sind nach § 62 Abs. 1 Nr. 2 VwGO dann geschäftsfähig, soweit sie durch Vorschriften des bürgerlichen oder öffentlichen Rechts für den Gegenstand des Verfahrens als geschäftsfähig anerkannt sind. Es sind somit die beschränkt Geschäftsfähigen prozessfähig, die nach den Vorschriften der §§ 112, 113 BGB beschränkt geschäftsfähig sind.

Es gibt jedoch auch weitere „Spezialvorschriften“ im öffentlichen Recht, aus denen sich die Handlungs- und Prozessfähigkeit trotz fehlender Volljährigkeit ergeben kann:

Nach öffentlichem Recht als beschränkt geschäftsfähig anerkannt sind z. B. die Personen, die in einem Verfahren hinsichtlich der Teilnahme am Religionsunterricht gem. Artikel 4 Abs. 1 GG, so z. B. weiter in sie betreffenden Asylangelegenheiten gem. § 12 AsylVfG und in Ausländerangelegenheiten gem. § 80 Aufenthaltsgesetz

als Minderjährige ab vollendeten 16 Jahren beteiligt sind (Kopp/Schenke, RandZ 13 zu § 62).

Die Prozessfähigkeit Minderjähriger kann sich auch unmittelbar aus Grundrechten ergeben.

Dies ist z. B. dann der Fall, wenn es um die Abwehr oder Beseitigung einer Freiheitsentziehung geht. In diesem Fall folgt die Prozessfähigkeit unmittelbar als Folgerung aus Art. 1, Art. 2 Abs. 1 bzw. 2 GG (BVerwGE 230, 25,38). Auch aus anderen Grundrechten, die höchstpersönliche Rechte vermitteln, kann sich die Prozessfähigkeit ergeben.

Dazu folgendes Beispiel:

Ein 14jähriger Schüler möchte gerichtlichen Rechtsschutz gegen das Verbot an der Mitarbeit an der Schülerzeitung an seiner Schule suchen. Die Prozessfähigkeit folgt

24

hier aus Art. 5 Abs. 1 und Art. 2 GG analog zu § 5 RelkG. Nicht geschäftsfähig ist er aber hinsichtlich der mit der Beauftragung verbundenen geschäftlichen Tätigkeit. Insofern kann er den Anwalt auch nicht wirksam bevollmächtigen. Dazu bedarf es der Zustimmung seiner gesetzlichen Vertreter (§ 167 II, 106, 108, 1626 Abs. 1, 1629 BGB).

Der beschränkt Geschäftsfähige ist in den Fällen des § 62 Abs. 1 Nr. 2 VwGO selbst für das konkrete Verfahren prozessfähig. An seiner Stelle oder neben ihm bleibt jedoch auch der gesetzliche Vertreter zum Handeln für ihn befugt, wenn durch Gesetz nichts anders geregelt ist (BVerwGE 68, 17).

Für prozessunfähige natürliche Personen handelt der gesetzliche Vertreter, für juristische Personen der gesetzliche Vertreter, der Vorstand oder besonders Beauftragte. Ist ein gesetzlicher Vertreter (Vater, Mutter, Vormund, Betreuer, Pfleger, usw.) nicht bestellt, so muss das Gericht bei einer Klage gegen einen prozessunfähigen Beklagten nach § 62 Abs. 4, § 57 ZPO auf Antrag einen Prozesspfleger bestellen. Nach § 62 Abs. 2 VwGO kann ein Betreuer, wenn kein Einwilligungsvorbehalt nach § 1825 Abs. 3 BGB angeordnet wurde, wirksam Rechtsmittel einlegen, ohne dass der Betreuer Prozesserkklärungen abgeben muss (Kopp/Schenke, RandZ 13 zu § 62).

Gem. Abs. 3 handeln die gesetzlichen Vertreter und Vorstände für Vereinigungen sowie für Behörden.

Der Begriff für Vereinigungen ist weiter als der in § 61 Nr. 2 VwGO und erfasst anders als dort auch juristische Personen des Privatrechts und des öffentlichen Rechts, insbesondere auch den Staat, die Gemeinden und die den juristischen Personen gleichgestellten Vereinigungen und Einrichtungen.

Beispiel:

Rechtsfähige öffentlich rechtliche Anstalten und Stiftungen, Aktiengesellschaften, Genossenschaften, der Bund und die Länder.

Diese juristischen Personen sind nicht prozessfähig. Nur ihre gesetzlichen Vertreter können wirksam Prozesshandlungen vornehmen. Wer dieses ist, ergibt sich aus dem jeweiligen materiellen Recht (GG, Landesverfassung, Gemeindeordnung, usw.). Die Wohnungseigentümergeinschaft z. B. ist nicht prozessfähig und wird vertreten durch ihren Verwalter (§ 27 WEG).

25

Zusammenfassung:

§ 62 VwGO

Die Prozessfähigkeit ist die Voraussetzung für wirksame Prozesshandlungen.

Fähig zur Vornahme von Verfahrenshandlungen sind die nach dem BGB Geschäftsfähigen.

Für beschränkt GF gilt:

Anerkennung der GF

muss sich aus den Vorschriften des bürgerl./öffentl. Rechts, ergeben.

(§§ 112, 113 BGB, Art. 4 I GG, § 5 RelKEG)

Darüberhinaus ist die Prozessfähigkeit, wenn höchstpersönliche Rechte insb. Grundrechte, betroffen sind, bei hinreichender Einsichtsfähigkeit auch in allen sonstigen Fällen zu bejahen, in denen im Verfassungsrecht die Grundrechtsmündigkeit und damit die Legitimation zur Erhebung einer VB durch Mj. anerkannt wird (dazu BVerfGE 10, 306)

Bsp.: Wird einem 12-jährigen Schüler vom Schulleiter die Mitarbeit an der Schülerzeitung wg. z.B. kritischer Berichterstattung untersagt, ist der Mj. prozessfähig und muss nicht von seinen gesetzlichen Vertretern vertreten werden.

26

Die Beiladung im Verwaltungsverfahren- und prozess

Sowohl im Verwaltungsverfahren als im Verwaltungsprozess ist zwischen der einfachen und der notwendigen Beiladung zu unterscheiden.

Die einfache Hinzuziehung steht im Ermessen der Behörde. Sie kommt in Betracht, wenn die Möglichkeit besteht, dass die Entscheidung in der Hauptsache eine rechtliche Position des Hinzugezogenen verbessern oder verschlechtern könnte (BVerwGE 64, 67 = NJW 1982, 195).

Die notwendige Hinzuziehung gem. § 13 Abs. 2 S. 2 VwVfG ist immer dann ohne Ermessensspielraum der Behörde geboten, in denen die rechtlichen Interessen Dritter durch den Ausgang des Verfahrens berührt werden, da der möglicherweise ergehende Verwaltungsakt zugleich oder unmittelbar Rechte dieser Dritten begründet, aufhebt oder ändert (VG Berlin DVBl 1984, 118).

Beispiel für die einfache Beiladung:

Nachbar N1 legt gegen die den Bauherrn B begünstigende Baugenehmigung Widerspruch gegenüber der Baugenehmigungsbehörde ein. Es besteht die Möglichkeit, dass die weiteren Nachbarn N2 und N3 von dem

Anfechtungswiderspruch und einer anschließenden Nachbaranfechtungsklage faktisch betroffen sein könnten. Die Nachbarn N2 und N3 können im Verwaltungsverfahren hinzugezogen werden. Es handelt sich dabei um eine einfache Hinzuziehung.

Beispiel für eine notwendige Hinzuziehung:

Der Bauherr B, zu dessen Gunsten eine Baugenehmigung ergangen ist, die angefochten wird, ist im Verwaltungsverfahren notwendig beizuladen. Seine Interessen werden in jedem Fall, ob der Nachbar N mit seinem Widerspruch durchdringt oder nicht, betroffen. Obsiegt der Nachbar N im Widerspruchs- und im Klageverfahren, wird die Baugenehmigung für den Bauherrn B wieder aufgehoben. Unterliegt der widerspruchsführende Nachbar N im Verwaltungsverfahren oder im Verwaltungsprozess, so erwächst die angefochtene Baugenehmigung nach rechtskräftigem Abschluss eines Verwaltungsprozesses in Bestandskraft.

Bauherr B ist in diesem Fall notwendig beizuladen.

27

Der Behörde steht bei einer notwendigen Hinzuziehung im Verwaltungsverfahren kein Ermessensspielraum zur Seite.

1.Exkurs: Die Beiladung im Verwaltungsprozess

Die Beiladung im Verwaltungsprozess ist auch die einzige Möglichkeit zur Beteiligung Dritter in einem verwaltungsgerichtlichen Verfahren.

a) Rechtskrafterstreckung

Sie hat zunächst zur Folge, dass der Beigeladende mit den in § 66 VwGO genannten Mitteln auf das Verfahren Einfluss nehmen kann. Von maßgeblicher Bedeutung ist jedoch, dass die Beiladung im Verwaltungsprozess bewirkt, dass sich die Rechtskraft der späteren gerichtlichen Entscheidung auf den Beigeladenen erstreckt, wobei sich die Bindungswirkung wie im Verhältnis zwischen den Hauptbeteiligten nur auf die im Tenor des Urteils getroffene Entscheidung, aber nicht auch auf sonstige Feststellungen im Urteil, Beweisergebnisse, die

Beurteilungen präjudizieller Rechtsverhältnisse, die auch sonst von der Rechtskraft nicht erfasst werden, bezieht.

b) Besonderheiten der einfachen und der notwendigen Beiladung

Der einfach Beigeladende kann gem. § 66 VwGO nur insoweit eigene Sachanträge stellen, als diese nicht von den Sachanträgen der Hauptbeteiligten abweichen. Stellt er einen eigenen Sachantrag, trägt er auch gem. § 154 Abs. 3 VwGO das Kostenrisiko, hat aber auch im Falle des Obsiegens gem. § 162 Abs. 2 VwGO in der Regel einen Anspruch auf Erstattung der außergerichtlichen Kosten.

Mit Erfolg kann ein einfach Beigeladener ein Rechtsmittel nur einlegen, wenn das angefochtene Urteil eigene subjektive Rechte des Beigeladenen verletzt (§ 42 Abs. 2 VwGO); (BVerwG NVwZ, 1987, 971). Die Möglichkeiten des notwendig Beigeladenen, auf den Prozess Einfluss zu nehmen, sind umfassender als die des einfach Beigeladenen. Er kann im anhängigen Verfahren, eigene, d. h. auch abweichende Sachanträge stellen. Beide Arten der Beigeladenen können jedoch die in § 66 VwGO benannten Mitteln anwenden. Insbesondere können sie selbstständig Angriffs- und Verteidigungsmittel geltend machen und alle Verfahrenshandlungen wirksam vornehmen. Weder der einfach noch der

28

notwendig Beigeladene kann die Dispositionsfreiheit der Hauptbeteiligten beeinflussen.

Insofern kann er keine Klageänderung beantragen oder die Klage selbstständig zurücknehmen. Auch hinsichtlich der Wahrung von Fristen trägt der Beigeladene nur für sich selbst Sorge, nicht wie der notwendige Streitgenosse nach §§ 64, 62 ZPO auch für säumige sonstige Beteiligte. Aber auch der notwendige Beigeladene trägt das Kostenrisiko gem. § 154 Abs. 3 VwGO, sofern er eigene Sachanträge stellt.

Die notwendige Beiladung hat von Amts wegen zu erfolgen.

Unterbleibt eine notwendige Beiladung, so stellt dies einen schweren Verfahrensmangel dar, der in der Berufungsinstanz in der Regel, in der Revisionsinstanz bei entsprechender Rüge durch den im Revisionsverfahren erstmal Beigeladenen und bei Vorliegen eines berechtigten Interesses gem. § 132 Abs. 2 Nr. 3 VwGO zur Aufhebung des betroffenen Urteils unter Zurückweisung der Sache führt.

c) Folgen unterbliebener Beiladung

aa) Fehlen einfacher Beiladung

Das Fehlen einer einfachen Beiladung ist regelmäßig kein Verfahrensfehler (BVerwG vom 11.08.1993, BVerwGE 67, 341; aus: Brandt/Sachs, Handbuch Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, 3. Auflage, 2009, S. 466-468).

Selbst wenn das Gericht einen Antrag auf einfache Beiladung verfahrensfehlerhaft abgelehnt hat, ist dieser Fehler schon deshalb revisionsrechtlich schon unerheblich, weil ein Hauptbeteiligter nicht geltend machen kann, die Entscheidung beruhe im Sinne des § 137 VwGO auf diesem Mangel (BVerwG vom 25.01.1971, BVerwGE 37, 116 aus Brandt/Sachs, aaO).

bb) Fehlen notwendiger Beiladung

29

Das Fehlen der notwendigen Beiladung führt in der Regel jedoch dann nicht zur Aufhebbarkeit der ergangenen Entscheidung, wenn die Klage als unzulässig abgewiesen wurde und somit die Entscheidung nicht auf dem Verfahrensmangel beruhen kann (BVerwG vom 30.07.1990, BayVBL 1990, 728 = Buchholz 310 § 43 VwGO Nr. 109 = DÖV 1991, 564 = NJW 1991, 1844 aus Brandt/Sachs, aaO).

Bei in erster Instanz unterlassener notwendiger Beiladung kann das Berufungsgericht aber auch die Sache gem. § 130 Abs. 1 S. 2 VwGO nach seinem Ermessen an die Vorinstanz zurückweisen oder die Beiladung selbst nachholen. Nach Maßgabe des § 142 Abs. 1 S. 2 VwGO besteht diese Möglichkeit nur mehr für die notwendige, anders als für die einfache (§ 142 Abs. 1 S. 1 VwGO) Beiladung. Hält das Revisionsgericht weitere Tatsachenfeststellungen nicht für notwendig und macht der Beizuladende kein berechtigtes Interesse im Wege der Rüge daran geltend, in der Tatsacheninstanz zu Wort zu kommen (§ 144 Abs. 3 S. 2 VwGO), kann auch vom Revisionsgericht in der Sache entschieden werden.

cc) Rechtsfolgen bei fehlender Heilung

Zu den Folgen einer fehlenden Heilung des Beiladungsmangels für die Wirksamkeit der Entscheidung gibt es unterschiedliche Auffassungen.

Die Auffassung, dass das Urteil trotz unterbliebener notwendiger Beiladung den Beteiligten und auch dem Dritten gegenüber voll wirksam sein soll (OVG NRW vom 22.02.1991, NWVBl 1991, 241) erscheint wegen der Verletzung rechtlichen Gehörs nicht vertretbar zu sein. Nach herrschender Meinung im Schrifttum und in der Rspr. ist das rechtlich ergangene Urteil allen Beteiligten gegenüber wirkungslos (Kopp, VwGO, 27. Auflage, § 65 RandZ 43), nach anderer Auffassung nur dem Dritten gegenüber wirkungslos oder durch ihn vernichtbar (Brandt/Sachs, aaO).

Auf Anfechtungsklage oder andere Gestaltungsklagen ergehende stattgebende Urteile sind als schlechthin unwirksam zu behandeln (Brandt/Sachs, aaO; Bier in Schoch/Schmidt-Aßmann-Pietzner, VwGO § 65 RandZ 40; Kopp/Schenke, VwGO § 65 RandZ 43).

30

Urteile auf Verpflichtungs- und andere Leistungsklage können zwischen den Hauptbeteiligten als formell und materiell rechtskräftig und damit in vollem Umfang wirksam angesehen werden, ohne dass das verfassungsrechtlich geschützte Interesse des nicht beigeladenen Dritten an einem effektiven Schutz seiner Rechte entgegensteht (J. Schmidt in Eyermann, VwGO § 65 RandZ 19 aus Brandt/Sachs, aaO).

Beispiel:

Hat das VG auf eine Verpflichtungsklage des Nachbarn hin die Bauaufsichtsbehörde verpflichtet, eine Bauordnungsverfügung gegen den Grundstückseigentümer zu erlassen und dessen Beiladung versäumt, oder hat es auf die Klage des Bauherrn ohne Beiladung der Gemeinde die Behörde zur Erteilung der Baugenehmigung verpflichtet, so hat der übergangene Dritte mit der Möglichkeit der Anfechtungsklage gegen die in Vollzug der Verpflichtungsurteile ergehenden Verwaltungsakte hinreichende Rechtsschutzmöglichkeiten, die wegen fehlender Beteiligung am Vorprozess nicht präkludiert sind (Vgl. Grundschie, Grundlagen, S. 292 aus Brandt/Sachs, aaO).

Zusammenfassung Beiladung

Die Beiladung ist die einzige Möglichkeit zur Beteiligung Dritter an einem verwaltungsgerichtlichen Verfahren. Sie bewirkt zunächst, dass der Beigeladene mit den in § 66 VwGO genannten Mitteln auf das Verfahren Einfluß nehmen kann (Beweisanträge, alle Verfahrenshandlungen; abweichende Sachanträge nur, wenn notwendige Beiladung vorliegt)

Zu unterscheiden ist die einfache von der notwendigen Beiladung:

§ 13 Abs. 2, S. 1, 2 Alt. VwVfG

§ 65 Abs. 1, S. 1.2. Alt. VwGO

-einfache Beiladung

steht im Ermessen der

Behörde bzw. d. Gerichts bei Möglich-

keit der Verbesserung oder Verschlechterung der

rechtliche Position

des Beizuladenden

§ 13 Abs. 2, S. 1, 1. Alt. VwVfG § 65 Abs. 1. S. 1, 1. Alt. VwGO

-notwendige

Beiladung vAw

Interessen werden in

jedem Fall betroffen

Prozess §§ 65, 66 VwGO

Beispiel (Wdh.):

Nachbar N1 als unmittelbarer Nachbar des Grundstücks, auf welchen Bauherr H. ein Vorhaben errichtet, legt gegen die dem H. erteilte Baugenehmigung einen Widerspruch ein.

Im gerichtlichen Verfahren ist H. gemäß § 65, 66 VwGO notwendig beizuladen, da seine rechtlichen Interessen in jeden Fall betroffen werden:

Obsiegt der Nachbar mit seinem Widerspruchs- bzw. Klageverfahren, wird dem H. die Baugenehmigung entzogen.

Unterliegt der Nachbar in dem Verfahren, behält Herr H. seine Baugenehmigung.

32

In den Fällen, in denen die Rechtsposition eines Dritten in allen Varianten des Ausgangs des Rechtsstreits betroffen sein wird, zu seinen Gunsten oder zu seinen Lasten, liegt immer ein Fall der notwendigen Beiladung vor.

Wichtig:

Unterbleibt die notwendige Beiladung, erwachsen Gestaltungsurteile nicht in materieller Rechtskraft.

Es ist also, je nachdem, wen man vertritt, darauf zu achten, dass das Gericht notwendig beilädt, sollte der seltene Fall eintreten, dass dieses übersehen wird. Vertritt der RA den Nachbarn im obigen Beispiel und ist die dem H. erteilte Baugenehmigung offensichtlich rechtswidrig, ist auf die notwendige Beiladung hinzuwirken, falls VG dies unterlässt, damit das für den Nachbarn zu erwartende günstige Urteil in materieller Rechtskraft erwachsen kann. Die notwendige Beiladung erfolgt von Amts wegen, sie kann nicht beantragt, sondern angeregt werden.

Eine unterbliebene notwendige Beiladung stellt einen absoluten Revisionsgrund gemäß § 132 Abs. 2 Nr. 3 VwGO dar.

In Klausur:

Die Beiladung ist weder eine Frage der Zulässigkeit noch der Begründetheit. In der Klausur dürfte die Frage der Beiladung am Ende des Gutachtens oder in der Zweckmäßigkeit abzuhandeln sein.

33

Fälle zur Zustellung im Verwaltungsverfahren

Fall 1:

Die Behörde erlässt mittels Einschreiben an E einen Erschließungsbeitragsbescheid, der am 01.08. zur Post aufgegeben wurde. Der Briefträger händigt den Brief dem E am 03.08., einem Sonnabend, aus. Am 05.09. legt E Klage ein.

Fristgemäß?

(Für Ihre Notizen):

Fall 2:r

Die Stadt Oldenburg stellt dem W am 02.03. einen Widerspruchsbescheid über ein von ihm beantragtes Bauvorhaben zu, da die Stadt der Auffassung ist, dass das Bauvorhaben dem öffentlichen Baurecht nicht entspreche und den Widerspruch zurückgewiesen hat. Bereits das Widerspruchsverfahren wurde von Rechtsanwalt R. unter Vorlage einer umfassenden schriftlichen Vollmacht geführt. Am 20.03. erhält Rechtsanwalt R. den Widerspruchsbescheid nachrichtlich per einfacher Post. Er legt am 14.04. Klage ein.
Fristgemäß?
(Für Ihre Notizen):

34

Lösung zu den Fällen zur Zustellung/Fristen

Fall 1:

Die Behörde erlässt mittels Einschreiben an E einen Erschließungsbeitragsbescheid, der am 01.08. zur Post aufgegeben wurde. Der Briefträger händigt den Brief dem E am 04.08., einem Sonnabend, aus. Am 06.09. legt E Klage ein.
Fristgemäß?

förmliche Bekanntgabe = Zustellung. Damit kein Anwendungsbereich des § 41 II VwVfG. LVwZG/VwZG ist ausschließlich anzuwenden. Gem. § 57 II VwGO, § 222 ZPO, §§ 187 I, 188 II BGB, § 1 LVwZG, § 4 VwZG ist Klage verfristet. Zustellung am 05.08. Ablauf 05.09. (§ 187 BGB: Ist Ereignis maßgebend, so wird der Tag, auf den das Ereignis fällt, nicht mitgerechnet). Unerheblich ist bei der Zustellung mit 4 Tages-Fiktion die frühere tatsächliche Aushändigung sowie der Sonnabend.

Fall 2:

Die Stadt Oldenburg stellt dem W am 02.03. einen Widerspruchsbescheid über ein von ihm beantragtes Bauvorhaben zu, da die Stadt der Auffassung ist, dass das Bauvorhaben dem öffentlichen Baurecht nicht entspreche und den Widerspruch zurückgewiesen hat. Bereits das Widerspruchsverfahren wurde von Rechtsanwalt R. unter Vorlage einer umfassenden schriftlichen Vollmacht geführt. Am 20.03. erhält Rechtsanwalt R. den Widerspruchsbescheid nachrichtlich per einfacher Post. Er legt am 14.04. Klage ein. Fristgemäß?

Gem. §§ 7,8 VwZG ist bei schriftlicher Vollmachtsvorlage zwingend an Bevollmächtigten zugestellt worden. Anderenfalls wird kein Fristlauf ausgelöst. Zustellungsmangel wird nach § 8 VwZG geteilt ab Tag einfacher Bekanntgabe an den Bevollmächtigten.

Frist gewahrt.

35

Beurteilungsspielraum

Bei einem Beurteilungsspielraum der Behörde ist die verwaltungsgerichtliche Kontrolle wegen der Beurteilungsermächtigung des Prüfers oder des Beurteilers sehr eingeschränkt.

Die Verwaltungsgerichte können nur prüfen, ob der Prüfer/Beurteiler einen unrichtigen Sachverhalt zugrunde gelegt hat, ob er den anzuwendenden Begriff oder den gesetzlichen Rahmen, in dem er sich frei bewegen kann, verkannt hat, ob allgemeine Bewertungsmaßstäbe nicht beachtet oder sachfremde Erwägungen angestellt worden sind und ob das vorgeschriebene Verfahren eingehalten worden ist.

Beispiel bei Beurteilungen für Verfahrensfehler:

- keine ordnungsgemäße Eröffnung der Beurteilung (→ändert aber nichts an Wirksamkeit)
- Anlass bei Anlassbeurteilungen fällt weg/besteht nicht mehr
→ Beurteilung ersatzlos zu streichen

Zum Prüfungsrecht speziell: Hier verbleibt den Prüfungsbehörden bei prüfungsspezifischen Wertungen ein Entscheidungsspielraum (BVerwG, 16.08.2011 - 6 B 18/11). Zu den prüfungsspezifischen Wertungen gehören z. B. die Punktevergabe und Notengebung, der Schwierigkeitsgrad der Aufgabe, die Überzeugungskraft der Begründung und die Gewichtung von Teilleistungen und Teilaufgaben (BVerwG, 08.03.2012 - 6 B 36/11). Der fachspezifische Bewertungsspielraum bleibt hingegen gerichtlich voll überprüfbar. Der Bewertungsspielraum ist dann überschritten, wenn obige Grundsätze verletzt werden.

Als allgemeiner Bewertungsgrundsatz gilt insoweit auch, dass eine vertretbare und mit gewichtigen Argumenten folgerichtig begründete Lösung nicht als falsch bewertet werden darf (BVerfG, Beschluss vom 17.04.1991, 1 BvR 419/81, 213/83-NJW 1991, S. 2005)

36

Antragstellung im Widerspruchsverfahren/Hinzuziehung eines Bevollmächtigten

- Sachanträge stellen, insb. Ortstermin anregen

- Antrag auf Hinzuziehung eines Bevollmächtigten

§ 80 Abs. 2 VwVfG, Kosten eines Rechtsanwalts oder eines sonstigen Bevollmächtigten im Vorverfahren sind erstattungsfähig, wenn die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten notwendig war. Ob dies der Fall ist, ist eine reine Rechtsfrage; die Behörde hat insoweit keinen Ermessensspielraum. Notwendig ist die Zuziehung eines Rechtsanwalts oder sonstigen sachkundigen Bevollmächtigten entsprechend der Rechtsprechung zu § 162 Abs. 2 Satz 2 VwGO dann, wenn sie vom Standpunkt eines verständigen, nicht rechtskundigen Beteiligten für erforderlich gehalten werden durfte (BVerwGE, 55, 299). Die Notwendigkeit entspricht der Regel, da der Bürger nur in Ausnahmefällen in der Lage sein wird, selbst seine Rechte zu wahren. Sobald es um Gesetzesanwendung und Subsumtion gesetzl. Vorschriften geht, ist es dem Bürger nicht zumutbar, sich allein zu vertreten.

Wichtig: Der Antrag ist zu begründen.

- Im Verwaltungsprozess entscheidet das Gericht nicht vAw über diese Kosten, es muss ein Antrag gestellt werden, sonst regresswürdig.

Das verwaltungsgerichtliche Verfahren

Grundsatz:

Untersuchungsmaxime,

§ 86 I VwGO

Umfang:

Beschränkung durch den Klageantrag und Streitgegenstand und die Anspruchsvoraussetzungen nach dem anzuwendenden materiellen Recht.

Gericht tritt nicht ungefragt in Fehlersuche ein

Beteiligten haben eine Prozessförderungspflicht:

Grds. hat jeder Prozessbeteiligter den Prozessstoff umfassend vorzutragen, also bei Sachverhaltsaufklärung mitzuwirken.

Im Übrigen: gerichtlich eingeschränkte Kontrollrechte bei Ermessensentscheidungen und solchen, bei denen der Behörde ein Beurteilungsspielraum zusteht.

Der einstweilige Rechtsschutz aus anwaltlicher Sicht = große Bedeutung

1. Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung

Ist gemäß § 80 Abs. 5 Satz 1, 2. Alt. VwGO zu stellen.

In den Examensklausuren ist sehr darauf zu achten, sowohl im Gutachten, als auch in der Überschrift des praktischen Teils, die einschlägigen Normen mit den jeweiligen, gerade im einstweiligen Rechtsschutz nach § 80 Abs. 5 VwGO wegen der unterschiedlichen Herleitung dort aufgeführten Alternativen genau zu benennen.

§ 80 Abs. 5 Satz 1 1. Alt. VwGO gibt die Möglichkeit, einen Antrag auf Anordnung der aW des eingelegten oder einzulegenden Rechtsbehelfs zu stellen, wenn die aufschiebende Wirkung von Beginn an, per legem, gefehlt hat, und insofern eine aufschiebende Wirkung eines Rechtsbehelfs anzuordnen und nicht wiederherzustellen ist.

§ 80 Abs. 5 Satz 1 2. Alt. VwGO ist der statthafte Antrag, wenn die Behörde gemäß § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO den Sofortvollzug angeordnet hat. Da bis zur Anordnung des behördlichen Sofortvollzuges ein Rechtsbehelf aufschiebende Wirkung entfaltet hat bzw. hätte, richtet sich der Antrag auf Wiederherstellung und nicht auf Anordnung.

Es ist auch hier penibel darauf zu achten, diese Unterscheidung sowohl im Gutachten als auch (als Visitenkarte Ihres praktischen Teils) in den Sachantrag vorzunehmen.

2. Aufforderung der Behörde zum Unterbleiben von Vollstreckungsmaßnahmen

Hierbei ist der Zeitraum im Blick zu nehmen, der zwischen Einreichung des gerichtlichen Antrages und Erlass des Beschlusses vergeht. Aus anwaltlicher Sicht ist dafür Sorge zu tragen, dass in der Zwischenzeit die Behörde keine Vollstreckungsmaßnahmen unternimmt, wozu sie in der Theorie berechtigt wäre, solange es dazu keinen gegenteiligen Ausspruch gibt.

Demgemäß ist mit dem eigentlichen Hauptsacheantrag bei Gericht anzuregen (kein Antrag) der Behörde gerichtlicherseits aufzugeben, von Vollstreckungsmaßnahmen bis zum rechtskräftigen Beschluss des einstweiligen Rechtsschutzverfahrens Abstand zu nehmen. In der Regel geben die Gerichte der Behörde diese Verpflichtung auf, da auch die Gerichte die Aufhebung der Vollziehung bei schon vollzogenen Verwaltungsakten und damit ein Verfahren zur Folgenbeseitigung vermeiden möchten.

Effekt: faktische aufschiebende Wirkung

39

3. Anforderungen an die Anordnung des Sofortvollzugs

behördliche schriftliche Begründungspflicht, § 80 Abs. 3 VwGO erforderlich: auf den konkreten Einzelfall abstellende Darlegung, keine Verklausulierung;
Rechtsfolge bei fehlerhafter Begründung: Aufhebung des SV

Nicht ausreichend sind z.B. behördliche Formulierungen wie:

Die sofortige Vollziehung war anzuordnen, da in diesem Fall das öffentliche Interesse das private Interesse überwiegt.

Ergibt sich in der gutachterlichen Prüfung, dass der einzige Fehler des zu überprüfenden Verwaltungsaktes die unterbliebene oder nicht ausreichende Begründung nach § 80 Abs. 3 VwGO ist, der Verwaltungsakt jedoch im Übrigen rechtmäßig ist, ist kein Antrag auf Wiederherstellung/Anordnung der aufschiebenden Wirkung der sofortigen Vollziehung zu stellen. Dies erklärt sich bereits daraus, dass dieser gerichtliche Tenor nur dann in Frage kommt, wenn der Verwaltungsakt nach summarischer Prüfung offensichtlich rechtswidrig ist. Dies ist er jedoch nicht, wenn nur die Begründung fehlerhaft ist. Insofern ist darauf aus anwaltlicher Sicht zu achten, dass dann nicht der eigentliche Antrag auf Wiederherstellung/Anordnung gestellt wird, sondern beantragt wird, den Sofortvollzug aufzuheben.

Auch hier ist der Effekt: faktische aufschiebende Wirkung

Die Behörde hat dann bis zum Schluss der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung Möglichkeiten, den Sofortvollzug erneut mit richtiger Begründung anzuordnen.

4.

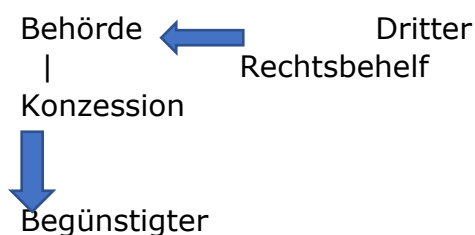
§ 80 VI VwGO vorheriger Aussetzungsantrag bei Behörde in den Fällen des § 80 Abs. 2 Nr. 1 VwGO.

Besonderheit Niedersachsen: Das OVG Lüneburg sieht es als Zugangsvoraussetzung für den Antrag nach § 80 Abs. 5, S. 1, 1. Alt. VwGO als erforderlich an, dass in nachbarrechtlichen Baustreitigkeiten der Dritte zuvor einen Aussetzungsantrag bei der Behörde gestellt haben muss (OVG Lüneburg, NVwZ-RR2005, 69) OVG Lüneburg versteht § 80 a II Satz 2 VwGO als Rechtsfolgeverweisung, daher voriger Aussetzungsantrag notwendig.

40

Eilanträge eines Dritten/Begünstigten
oder Betroffenen gegen
Verwaltungsakte mit Drittwirkung

§ 80 a I VwGO



Behörde/Gericht kann:

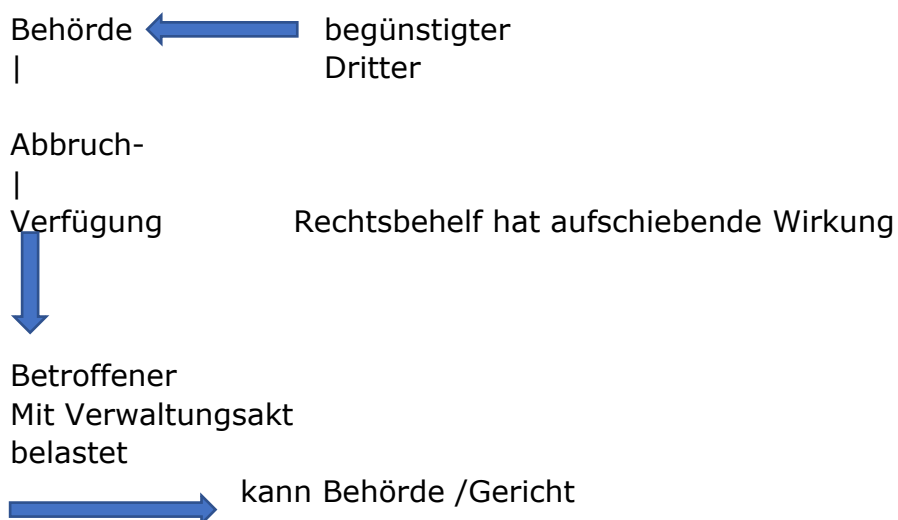
1. nach § 80 II Nr. 4 sofortige

Vollziehung anordnen (wenn
Rechtsbehelf aufschiebende
Wirkung hat (Antrag des
Begünstigten))

2. auf Antrag des Dritten Vollziehung
aussetzen und
Sicherungsmaßnahmen treffen (Bsp. Baustopp bei angefochtener BG in §
aus in 80 a I Nr. 2 VwGO enthaltenem Annexantrag)
(Rechtsbehelf hat keine a. W.)

41

§ 80 a II VwGO



auf Antrag des Dritten
nach § 80 II Nr. 4
sofortige Vollziehung
anordnen.

Prozessrecht in der ersten Instanz

I. Beweisaufnahme

1. Begriff des Beweisantrages

§ 86 Abs. 2 VwGO setzt den Begriff des Beweisantrages voraus. Mit diesem Prozessantrag verlangt ein Beteiligter von dem Gericht förmlich, es möge das Bestehen einer **bestimmten Tatsache** durch Nutzung eines **bestimmten Beweismittels** feststellen. Der Antrag bedarf keiner Begründung.

Ein solcher Beweisantrag ist zu Protokoll in der mündlichen Verhandlung zu geben, da es sich im Übrigen nur um eine **Beweisanregung** handelt. Ein förmlicher Beweisantrag zu Protokoll in der mündlichen Verhandlung kann nur durch einen begründeten und zuzustellenden Beschluss gemäß § 86 Abs. 2 VwGO abgelehnt werden.

2. Beweisanregungen

Keine Beweisanträge sind Beweisantritte in vorbereitenden Schriftsätzen, über die das Gericht hinweggehen kann, wenn es eine Entscheidung darüber nicht für erforderlich hält. Um eine solche Beweisanregung handelt es sich bei der in der Praxis sehr häufigen Ankündigung von Beweisanträgen in vorbereitenden

Schriftsätzen, unabhängig davon, wie sie konkret formuliert oder bezeichnet werden.

ACHTUNG:

Ein Antrag auf Zulassung der Berufung oder eine Berufungseinlegung kann demnach nicht mit der Rüge, dass das Gericht erstinstanzlich zu Unrecht den Beweisantrag übergangen und demnach eine Beweisaufnahme unterlassen hat mit dem Ergebnis, dass nach der Beweisaufnahme das Urteil anders gelautet hätte, nicht begründet werden, wenn sich der, durch einen Anwalt vertretene Kläger und Berufungskläger nur auf einen lediglich in einem vorbereitenden Schriftsatz erwähnten „Beweisantrag“ bezieht.

Praxistipp:

Will man die großen Hürden für die Zulassung der Berufung zum OVG Lüneburg überwinden und ahnt man in der anwaltlichen Vertretung, dass das erstinstanzliche Gericht es „auf Teufel komm raus“ vermeiden will, in die zeitaufwendige und kostenintensive Beweisaufnahme einzutreten, ist man aber davon überzeugt, dass das Ergebnis einer Beweisaufnahme für den Streit entscheidend sein kann, ist penibel darauf zu achten, solche Beweisanträge zu Protokoll in der mündlichen Verhandlung zu geben, da es im Übrigen keine sind.

Über die Beweisanträge in der mündlichen Verhandlung muss das Gericht unverzüglich per Beschluss entscheiden. Regelmäßig wird es die mündliche Verhandlung unterbrechen. Die Unverzüglichkeit hat für die anwaltliche Vertretung den Vorteil, dass das Gericht keine große Zeitspanne hat, in der es ausgiebig über den Beweisantrag nachdenken kann. Unverzügliche und zeitnahe Entscheidungen, auch von einem Gericht, haben eine zumindest etwas höhere Fehlerquote als eine

43

gerichtliche Entscheidung, für die die Kammer mehrere Tage oder Wochen Zeit hat, sie vorzubereiten.

3. Konkrete Formulierung eines Beweisantrages

Der Beweisantrag muss eine Tatsache, das Beweisthema behaupten. Es ist keine Frage zu stellen, „ob“ eine bestimmte Tatsache vorliegt, es handelt sich dann lediglich um eine Beweisanregung.

Es muss beantragt werden, dass über die Behauptung der Tatsache (benennen), dass

der Kläger am ... von dem Auto mit dem amtlichen Kennzeichen ... am Vorderreifen seines Fahrrades erfasst wurde, über die Motorhaube rollte und zu Boden fiel (zu ergänzen mit in der Straße, Uhrzeit usw.) durch Vernehmung des Zeugen ... beantragt.

4. Inhaltlich unzureichende Anträge

a) Beweisermittlungsantrag

Ein Beweisermittlungsantrag ist kein Beweisantrag, sondern soll nur einen solchen vorbereitender.

Beispiele:

- Vernehmung eines sachverständigen Zeugen zur Erläuterung einer Kalkulation, wenn der Antragsteller zwar vermutet, dass diese zu hoch ist, dies aber nicht behauptet
- Einholung eines weiteren Sachverständigengutachtens, um ein bereits vorliegendes Sachverständigengutachten auf dieser Grundlage in Zweifel ziehen zu können

b) Ausforschungsbeweisantrag

Zu unterscheiden von echten Beweisanträgen ist ein Antrag, der auf den Beweis von Behauptungen gerichtet ist, für deren Wahrheitsgehalt nicht wenigstens eine gewisse Wahrscheinlichkeit spricht, der Antragsteller quasi Behauptungen auf's Geratewohl oder ins Blaue hinein aufstellt.

Beispiel:

In einem Prüfungsrechtsstreit trägt der Anwalt die Besorgnis der Befangenheit vor und möchte deshalb einen der Prüfer als Zeugen vernehmen. Die Bewertungsvermerke der Prüfer lassen jedoch Gründe für ihre Befangenheit nicht erkennen; auch sonst fehlen Anhaltspunkte in diese Richtung. Hier handelt es sich um eine bloße (zwecklose) Ausforschung.

44

II. Beendigung des Verfahrens ohne Sachentscheidung

1. Klagerücknahme, § 92 VwGO

- kann im Prozess bis zur Rechtskraft des Urteils zurückgenommen werden.
- Rücknahmeerklärung hat prozessgestaltende Wirkung, Kostenübernahme durch den Klagerücknehmenden
- Rechtshängigkeit entfällt rückwirkend; ist die Zustimmung des Beklagten erforderlich, tritt diese Wirkung erst mit dem Eingang der Einwilligungserklärung ein
- Rücknahmeerklärung als Prozesserklärung generell unwiderruflich und unanfechtbar

Praxistipp:

Der Vorteil der Klagerücknahme liegt darin, dass eine neue Klage regelmäßig nicht ausgeschlossen ist, außer die Erklärung stellt einen Verzicht auf das Klagerecht dar. Ein solcher ist unwiderruflich, unanfechtbar und macht eine erneute Klage für die Zukunft unzulässig.

2. Erledigung der Hauptsache

Die Hauptsache ist erledigt, wenn die Klage nachträglich unzulässig oder unbegründet wird.

Das Rechtsschutzziel darf im Prozessverfahren nicht mehr erreichbar sein (Erledigung eines VA). Erledigung erfolgt nicht von Amts wegen, sondern nur auf entsprechende **Parteierklärung**.

a) Übereinstimmende Erledigungserklärung

Die übereinstimmende Erledigungserklärung beendet die Rechtshängigkeit rückwirkend, es ist nur noch über die Kosten des Rechtsstreits zu entscheiden. Für diese Wirkung ist es unerheblich, ob der Rechtsstreit tatsächlich in der Hauptsache erledigt ist oder die Klage bis zu diesem Zeitpunkt zulässig und begründet war.

Allerdings ist die Erledigungserklärung bis zum Eingang der Erklärung des anderen Verfahrensbeteiligten widerruflich.

Das Gericht entscheidet lediglich über die Kosten durch Beschluss gemäß § 161 Abs. 2 VwGO. Entscheidend ist dabei der bisherige Sach- und Streitstand.

Dies bedeutet:

Die Kostenentscheidung des Gerichts richtet sich grundsätzlich danach, welchem Beteiligten bei Fortsetzung des Verfahrens voraussichtlich die Kosten auferlegt worden wären. Für diese Beurteilung ist die Sach- und Rechtslage im

45

Zeitpunkt der Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache maßgebend, wobei der in § 161 Abs. 2 VwGO zum Ausdruck kommende Grundsatz der Prozesswirtschaftlichkeit das Gericht an einer weiteren Sachaufklärung und Beweiserhebung sowie an einer abschließenden Prüfung rechtlicher Zweifelsfragen hindert. Ist einem Verfahrensbeteiligten die Erledigung des Rechtsstreits überwiegend zuzurechnen, hat er im Regelfall die Kosten des erledigten Rechtsstreits zu tragen.

Die Frage ist also immer, ob der Kläger voraussichtlich mit seiner Klage Aussicht auf Erfolg gehabt hätte.

Beispiel für Teilerledigung:

Eine Behörde hat eine Anordnung der Sicherstellung und Tötung an einem Virus erkrankter fünf Kühe verfügt. Während des von dem Kläger angestregten verwaltungsgerichtlichen Verfahrens stirbt eine der fünf Kühe.

Falllösung:

Übereinstimmende Teilerledigungserklärung von Kläger und Beklagter hinsichtlich dieser Kuh

In dem Teileinstellungsbeschluss erfolgt keine Kostenentscheidung, sondern auf Grund des Grundsatzes der Einheit der Kostenentscheidung ergeht eine Entscheidung über die Kosten des erledigten Teils erst im Tenor des Urteils

Grundlage der Kostenentscheidung ist dabei §§ 154, 155 VwGO einerseits und § 161 Abs. 2 VwGO andererseits

Die übereinstimmende Erledigungserklärung ist zeitlich unbegrenzt möglich

b) Einseitige Erledigungserklärung (Erledigungsstreit)

Zum Erledigungsstreit kommt es dann, wenn die Verfahrensbeteiligten hinsichtlich des Eintritts der Erledigung der Hauptsache nicht übereinstimmen. Widerspricht der Beklagte der Erledigungserklärung des Klägers und hält an der Klageabweisung fest, dann ändert sich das ursprüngliche Klagebegehren und an dessen Stelle tritt der Antrag, die Erledigung des Rechtsstreits festzustellen.

Beispiel:

M. hängt an einer Hauswand ein großes Plakat mit rechtsradikalen Parolen auf. Die Stadt Oldenburg verfügt unverzüglich die Beseitigung des Plakats. Das Plakat wird in der Nacht heruntergerissen. M. hängt eine Woche später ein neues Plakat auf.

46

Falllösung:

Für M. ist es sinnlos, das Verfahren weiter zu betreiben. Es liegt nicht in seinem Interesse, dass eventuell über eine Fortsetzungsfeststellungsklage die Rechtmäßigkeit der Beseitigungsverfügung festgestellt wird.

M. erklärt die Hauptsache für erledigt. Die Stadt Oldenburg als Beklagte begehrt jedoch Klageabweisung und trägt vor, dass sich die Hauptsache durch das Aufhängen des neuen Plakats nicht erledigt habe. Im Übrigen sei die Klage auch unbegründet. Auf Grund des neuen Plakats habe sie ein schützenswertes Interesse an der Feststellung der Rechtmäßigkeit ihrer Verfügung.

Falllösung:

Das Gericht wird eine Sachentscheidung im Sinne des § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO treffen.

Einstweiliger Rechtschutz

Fall:

R ist 12-jähriger Schüler am Gymnasium in O. Er besucht dort die 7. Klasse.

Er erzielt weitestgehend gute Noten, sein Schulabschluss ist nicht gefährdet. Ihm wird nun

vorgeworfen, im Matheunterricht einen Mitschüler im Unterricht wiederholt gestört zu haben. Tatsächlich stellte er ihm zum Fach sachbezogene Fragen, die jeweils gerade Unterrichtsthema waren. Die Lehrerkonferenz beschloss, ohne R anzuhören, ihn nach den Herbstferien von der Schule zu verweisen. Der angeblich gestörte Mitschüler konnte den Vorfall auf Nachfrage nicht bestätigen. Der vorsorglich vorgerichtlich gestellte Antrag der Prozellbevollmächtigten auf

Aussetzung der Vollziehung des dann ergangenen Bescheides vom 17.10.2012 und der Bitte um Äußerungsnachlass wurde nicht beschieden.

Der Bescheid zum Schulausschluss des R trägt das Datum vom 17.10.2012 und wurde ihm mit einfacher Post nebst ordnungsgemäßer Rechtsbehelfsbelehrung bekannt gegeben. Er enthält weder Angaben der wesentlichen Tatsachen noch Gründe für die Ermessensentscheidung.

Widerspruch haben R und seine Eltern am 23.10. eingelegt.

R und seine Eltern möchten diese Maßnahme nicht akzeptieren und suchen Sie zur rechtlichen Beratung auf.

Fertigen Sie den (erforderlichen) gerichtlichen Schriftsatz an das zuständige Verwaltungsgericht Oldenburg mit vollem Rubrum und Sachanträgen.

Machen Sie auch (in Stichpunkten) Ausführungen zur Zulässigkeit und Begründetheit des von Ihnen gewählten Rechtsmittels.

Zeit: 50 Minuten

48

Verwaltungsgericht Oldenburg
Schlossplatz 10
26122 Oldenburg

***Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung eines
Widerspruchs gemäß § 80 V Satz 1 1. Alt. VwGO***

In der Verwaltungsstreitsache

der Eheleute... Antragsteller zu 1.)
sowie des Sohnes..., Antragsteller zu 2.),...weg 30, 2...

Antragsteller,

Prozessbevollmächtigte:

gegen

das Gymnasium..., vert. d. d. Schulleiterin Frau...

Antragsgegner,

wegen Suspendierung vom Schulunterricht in der 7. Klasse

vorläufiger Streitwert: 5.000,00 €

beantrage ich namens und in Vollmacht der Antragsteller,

**die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs der Antragsteller vom
23.10.2012 gegen den Bescheid des Antragsgegners vom 17.10.2012
und einer nachfolgenden Klage anzuordnen.**

49

Zur Begründung führe ich aus:

1.

Der Antragsgegner zu 2.) besucht die (Klasse) bei dem Antragsgegner. Der Antragsteller zu 2.) ist 12 Jahre alt. Die Antragsteller zu 1.) sind gemeinsam sorgeberechtigt und damit Träger des Rechts auf Erziehung des Kindes gemäß Artikel 6 Abs. 2 S. 1 GG.

Auf einer Klassenkonferenz gemäß § 61 NSchG am 15.10.2012 wurde aufgrund angeblich wiederholtem Fehlverhaltens des Antragstellers zu 2.) eine Ordnungsmaßnahme in Form einer zweiwöchigen Suspendierung vom Unterricht nach den Herbstferien, mithin vom 05.11. – 19.11.2012, im Sinne des § 61 Abs. 3 Nr. 3 NSchG angeordnet.

Die Suspendierung wurde mit Bescheid vom 17.10.2012 ausgesprochen (**Anlage A 1**). Gegen diesen Bescheid haben die Antragsteller mit dem 23.10.2012 Widerspruch eingelegt (**Anlage A 2**). Die Begründung des Antrages im

vorläufigen Rechtsschutzverfahren haben sie dabei vollinhaltlich zum Gegenstand des Widerspruchs gemacht.

Im Hinblick auf die Rechtsprechung des OVG Lüneburg zum Erfordernis des vorherigen Aussetzungsantrages der Vollziehung auch in allen anderen Fällen als den in § 80 Abs. 6, Abs. 2 Nr. 1 VwGO haben die Antragsteller mit Schriftsatz vom 19.10.2012 bei dem Antragsgegner einen Antrag auf Aussetzung der Vollziehung gestellt (**Anlage A 3**).

2.

§ 40 I VwGO: VRW eröffnet, da die dem Streit zugrunde liegende Norm des NSchG dem öffentlichen Recht zuzuordnen ist.

Der Antrag ist statthaft. In der Hauptsache ist der Anfechtungswiderspruch statthafter Rechtsbehelf. Gemäß § 61 Abs. 4 S. 3 NSchG hat der Widerspruch keine aufschiebende Wirkung.

Die Antragsteller zu 1.) und der Antragsteller zu 2.) sind antragsbefugt. Die Antragsteller zu 1.) als Träger des Rechts auf Erziehung Ihres Kindes...haben gemäß Artikel 6 Abs. 2 S. 1 GG damit das subjektive Recht, sich gegen schulische Maßnahmen, die in das Recht auf Erziehung ihres Kindes eingreifen, zur Wehr zu setzen. Das subjektive Recht des Antragstellers zu 2.) folgt aus § 54 NSchG.

Die Handlungsfähigkeit und Antragsbefugnis des Antragstellers zu 2.) ergibt sich aus einer möglichen Verletzung seines Rechts auf Bildung.

In dem Vollziehungsaussetzungsantrag an den Antragsgegner selbst hat die Prozessbevollmächtigte den Antragsgegner gebeten, sich angesichts der kurzfristig anstehenden Suspendierungsmaßnahme und auch aufgrund der Herbstferien in Niedersachsen vom 22.10.2012 - 04.11.2012 sich in der dafür

50

angemessenen Frist bis zum 22.10.2012 zu äußern. Eine zeitlich weitergehende Fristeinräumung war

angesichts oben genannter Gründe nicht möglich. Eine Äußerung ist bis zur Einreichung des Antrages im vorläufigen Rechtsschutzverfahren nicht erfolgt.

RSB: Den im Hinblick auf die Rechtsprechung des OVG Lüneburg zum Erfordernis eines vorherigen Aussetzungsantrages zur Vollziehung auch in allen anderen Fällen als den in § 80 VI geregelten Fall erforderlichen Antrag haben sie gestellt.

Die Bevollmächtigung der Unterzeichnenden seitens der Antragsteller erfolgte am 17.10.2012 ausweislich vorgelegter Vollmacht.

3.

Der Antrag ist begründet. Nach der im vorläufigen Rechtsschutzverfahren gebotenen summarischen Prüfung bestehen ernsthafte Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Suspendierungsmaßnahme des Antragsgegners, sodass die im Rahmen einer Ermessensentscheidung durchzuführende Interessenabwägung

des Gerichts zwischen dem öffentlichen Vollzugsinteresse einerseits und dem Aussetzungsinteresse andererseits zu dem Ergebnis führt, dass dem Aussetzungsinteresse der Vorrang gebührt.

Die Suspendierungsmaßnahme fußt auf § 61 Abs. 3 Nr. 3 NSCHG. Danach sind Ordnungsmaßnahmen zulässig, wenn Schülerinnen und Schüler ihre Pflichten grob verletzen, insbesondere gegen rechtliche Bestimmungen verstoßen, den Unterricht nachhaltig stören, die von ihnen geforderten Leistungen verweigern oder dem Unterricht unentschuldigt fern bleiben.

Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 61 Abs. 2 NSCHG sind im vorliegenden Fall nicht erfüllt...

(Anmerkung: Richtiger Antragsgegner ist hier die Schule, nicht das Land Niedersachsen oder die Landesschulbehörde:

Gemäß § 78 Abs. 1 Nr. 2 VwGO in Verbindung mit § 79 Abs. 2 NJG sind öffentliche Schulen richtiger Klage bzw. Antragsgegner. Öffentliche Schulen des Landes Niedersachsen sind als Landesbehörden in Bezug auf von ihnen selbst erlassene oder unterlassene Verwaltungsakte nach vorgenannten Normen anzusehen (OVG Lüneburg, 2. Senat, Beschluss vom 17.09.2018, 2 ME 486/18).

Anmerkung zu Anlage A 3:

Der vorige Antrag auch in anderen Fällen als denen aus § 80 II Nr. 1 VwGO ist nach OVG Lüneburg nur in baunachbarrechtlichen Streitigkeiten erforderlich. Aus bloßer anwaltlicher Vorsicht wird dieser hier gestellt.

51

Das Vorverfahren

Das in der VwGO als „Vorverfahren“ bezeichnete Widerspruchsverfahren ist ein Verwaltungsverfahren prozessualer Funktion. Aufgrund des Gesetzes zur Modernisierung der Verwaltung in Niedersachsen, welches zum 01.01.2005 in Kraft getreten ist, hat das Widerspruchsverfahren in der anwaltlichen Tätigkeit weitestgehend seine Bedeutung verloren. Mit dem Gesetz zur Modernisierung der Verwaltung in Niedersachsen wurden grundsätzlich alle landesrechtlich regelbaren Vorverfahren abgeschafft, bundes- oder europarechtlich vorgeschriebene Vorverfahren bleiben davon unberührt (Sitzungsbeschluss des Niedersächsischen Landtages vom 27.10.2004, Landtagsdrucksache 15/1121).

Einige Rechtsbereiche sind von der Abschaffung des Widerspruchsverfahrens ausgenommen, d. h. ein Vorverfahren ist weiterhin vorgeschrieben:

§ 80 NJG:

- Verwaltungsakte, denen eine Bewertung einer Leistung im Rahmen einer berufsbezogenen Prüfung zugrunde liegt,
- Verwaltungsakte, die von Schulen erlassen werden, Baurecht (BauGB und NBauO)
- Bundesimmissionsschutzgesetz
- Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz, Rechtsvorschriften der EG zum Abfallverbringungs-gesetz, Niedersächsisches Abfallgesetz
- Bundes- und Niedersächsisches Bodenschutzgesetz
- Naturschutz und Landschaftspflege
- Betreffende Rechtsvorschriften der EG, des Bundes und des Landes Niedersachsen
- Wasserhaushaltsgesetz und Niedersächsisches Wassergesetz
- Chemikalien- und Sprengstoffgesetz
- Geräte- und Produktsicherheitsgesetz
- Strahlen- und Röntgenverordnung
- Unterhaltsvorschussgesetz
- Einschließlich der auf diesen Rechtsvorschriften beruhenden Verordnungen und Satzungen mit Ausnahme der Abgabeangelegenheiten
- Bereich NBG, Beamtenstatusgesetz

In allen beamtenrechtlichen Angelegenheiten, soweit es sich um Landesbeamtinnen und –beamten handelt, ist gem. § 54 Abs. 2 BeamStG vor allen Klagen ein Vorverfahren nach den Vorschriften des 1. Abschnitts VwGO durchzuführen. Dies gilt auch dann, wenn die Maßnahme von der obersten Dienstbehörde getroffen worden ist. Ein Vorverfahren ist nicht erforderlich, wenn ein Landesgesetz dieses ausdrücklich bestimmt (§ 105 NBG).

52

Die dienstliche Beurteilung ist zwar kein Verwaltungsakt (grundlegend BVerwGE 28, 191; 49, 351) gleichwohl ist gem. § 54 Abs. 2 und 3 des Beamtenstatusgesetzes ein Widerspruchsverfahren grundsätzlich unentbehrlich.

Im Übrigen ist für die Einlegung eines Widerspruchs entscheidend, ob die Durchführung eines Vorverfahrens entbehrlich oder sogar unstatthaft ist.

Die Fälle der Unstatthaftigkeit eines Widerspruchsverfahrens und die Fälle der Entbehrlichkeit eines Widerspruchsverfahrens, also die Fälle, in denen ein Widerspruch zulässig, aber nicht erforderlich ist, muss die Referendarin/der Referendar für die Klausuranfertigung unbedingt kennen. Denn je nachdem, welche Fallgruppe vorliegt, sind Fristen für die Einlegung des Widerspruchs zu beachten. In dem Fall, in denen ein Widerspruch eingelegt wurde, obwohl dieser unstatthaft ist, würde im Falle der nicht rechtzeitigen Klageerhebung die Frist für diese ablaufen. Ein unstatthaft eingelegter Widerspruch kann die Klagefrist nicht hemmen.

In § 68 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 und 2 VwGO sind die Fälle der Unstatthaftigkeit des Vorverfahrens geregelt.

Unstatthaft ist ein Vorverfahren, wenn das Gesetz dieses ausschließt (§ 68 Abs. 1 S. 2, 1. Alternative VwGO).

1. Ausgangsbehörde ist die oberste Verwaltungsbehörde

Beispiele:

- 74, 70 VwVfG Asylverfahrensgesetz
- Oder nach Landesrecht

Ein Vorverfahren ist weiterhin unstatthaft, wenn die Ausgangsbehörde die oberste Verwaltungsbehörde ist, § 68 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 VwGO.

53

2. Abhilfe- oder Widerspruchsbescheid enthält erstmalige Beschwer (§ 68 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 VwGO)

Beispiele:

- Eine auf Einwendungen des Nachbarn hin versagte Baugenehmigung wird von der Widerspruchsbehörde erteilt;
- Der Nachbar ist nunmehr durch den Widerspruchsbescheid erstmalig beschwert
- Eine Auflage zum Genehmigungsbescheid wird von der Widerspruchsbehörde aufgehoben; der durch die Auflage begünstigte Dritte (sofern die Voraussetzungen des § 42 Abs. 2 gegeben sind) kann nach § 68 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 VwGO sofort Klage zum VG erheben.

3. Untätigkeit der Behörde auf Vornahmeantrag

Wird ein Vornahmeantrag von der Behörde nicht entschieden, so ist kein Untätigkeitswiderspruch, sondern unmittelbar Klage in der Hauptsache gem. § 75 VwGO einzulegen.

4. Erledigung des Ausgangs VA vor / während des Widerspruchsverfahrens

Beispiel:

- Aufhebung des angefochtenen VA
- Zeitablauf
- Erlöschen von Erlaubnissen
- Wegfall des Regelungsobjektes
- Tod bei höchstpersönlichen VA
- Bei Vollzug des VA, wenn der Vollzug nicht rückgängig gemacht werden kann
- Erledigung des Ausgangs VA vor / während des Widerspruchsverfahrens

Hat sich das Begehren durch Zeitablauf erledigt so ist nach herrschender Meinung nach Erledigung eines Verwaltungsaktes ein gegen den VA eingeleitetes Widerspruchsverfahren einzustellen, eine Widerspruchsentscheidung in der Sache ist unzulässig. Ergeht eine solche Entscheidung gleichwohl, so ist der Widerspruchsbescheid rechtswidrig, denn durch die Zurückweisung des

54

Widerspruchs wird der Eindruck erweckt, der erledigte Bescheid sei bestandskräftig geworden.

Nach herrschender Meinung ist die Fortsetzungsfeststellungsklage bei berechtigtem Interesse zulässig (BVerwG NJW 1989, 2486, VGH BWVBI 60, 62).

Die Rechtsfolge des § 68 Abs. 1 S. 2 VwGO ist, dass ein gleichwohl erhobener Widerspruch daher auch den Eintritt der Unanfechtbarkeit des Verwaltungsaktes und damit die Unzulässigkeit einer Klage nicht hindern kann.

5. Form und Frist des Widerspruchs

Der Widerspruch ist gem. § 70 Abs. 1 S. 1 und 2 VwGO schriftlich oder zur Niederschrift innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe des anzufechtenden Verwaltungsaktes einzulegen. Ein mündlich oder telefonisch eingelegter Widerspruch genügt nicht, selbst wenn die Behörde darüber einen Aktenvermerk angefertigt hat (OVG Saarland NVwZ 1986, 578, VGH Hessen, NVWZ-RR 1991, 199 aus Adler/Baisch/Beck/Breucker u. a., Anwaltsrecht II, Tätigkeitsfelder der anwaltlichen Praxis, aaO).

Zusammenfassung

1. Unstatthaftes Vorverfahren, § 68 Absatz 1 Satz 2 VwGO, soweit nach § 80 II NJG noch vorgesehen

Fallgruppen:

- Gesetz schließt Vorverfahren aus,
 1. Ausgangsbehörde = oberste Verwaltungsbehörde
 2. Abhilfe- oder Widerspruchsbescheid enthält erstmalige Beschwerde
 3. Untätigkeit der Behörde, § 75 VwGO
 4. Erledigung des Ausgangs-VA vor/während Widerspruchsverfahrens (dazu Fall 2)

2. Entbehrlichkeit des Vorverfahrens

u.a.

rügelose Einlassung der Behörde

(beklagte Behörde lässt sich vorbehaltlos auf die Klage ein, ohne das Fehlen des Vorverfahrens zur rügen (BVerwG DVBI 1981, 503, bsp.).

VG Minden, 08.11.2016, 11 L 1110/16)

Das BVerwG hält Vorverfahren für entbehrlich, wenn es nach richterlicher Einschätzung funktionslos wäre:

„Entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts und des Beklagten ist insoweit kein erneuter – vorheriger – Antrag bei Beklagten bzw. ein Vorverfahren erforderlich. Nach der neueren Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist nicht mehr der Verzicht der Behörde auf das Vorverfahren durch rügelose Einlassung entscheidend, sondern die verobjektivierte (richterliche) Einschätzung. Komme das Gericht – so das Bundesverwaltungsgericht – nach Lage der Dinge zu dem Ergebnis, dass das Vorverfahren funktionslos und überflüssig sei, weil es erfolglos bleiben werde bzw. seine Zwecke schon durch eine anderweitige Prüfung erfüllt worden seien, sei die Klage ohne Vorverfahren zulässig (so zuletzt BVerwG, U. vom 30.10.2013 – 2 C 23/12 – m.w.N. – zitiert nach juris). Ausgehend von diesen Grundsätzen ist selbst für den Fall, dass der Kläger erneut einen Antrag bei dem Beklagten stellen würde, nach Einschätzung des Senates mit einem unveränderten Ausgang des Vorverfahrens – Ablehnung – durch den Beklagten zu rechnen. Eine Verweisung des Klägers auf einen neuen Antrag beim Beklagten würde bei dieser Sachlage und in Fortführung der prozessökonomisch orientierten Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts einen sachlich nicht zu rechtfertigen Formalismus darstellen, der die Inanspruchnahme gerichtlichen Rechtsschutzes unnötig verzögern würde“.

56

I. Materielle Rechtmäßigkeit der Verwaltungsvollstreckungsmaßnahme

1. Allgemeine Vollstreckungsvoraussetzungen

Grundverwaltungsakt

Voraussetzungen jeder Vollstreckungsmaßnahmen ist gem. § 3 des NVwVG a) ein unanfechtbarer (nicht: nicht rechtmäßiger) oder b) vollziehbarer Verwaltungsakt. Vollstreckbar sind nur befehlende, nicht aber feststellende oder rechtsgestaltende Verwaltungsakte. Die Rechtmäßigkeit des vollstreckbaren Verwaltungsaktes ist grundsätzlich nicht Voraussetzung für die Vollstreckung. Ändert sich die Sach- oder Rechtslage nach Eintritt der Unanfechtbarkeit oder Vollziehbarkeit in maßgeblicher Weise, führt dies zu einem Vollstreckungshindernis, das mit einer

Verpflichtungsklage auf Einstellung der Vollstreckung oder mit der Anfechtungsklage gegen einzelne Vollstreckungsakte geltend gemacht werden kann (nachträgliche Rechtswidrigkeit des Grund-VA).

Beispiel:

Durch Bescheid werden die Kosten einer Ersatzvornahme geltend gemacht, die zur Durchsetzung einer rechtswidrigen, aber seinerzeit vollstreckbaren Grundverfügung angeordnet wurde. Hier wird man entweder die Rechtmäßigkeit des Grund-VA im Rahmen der Kontrolle der Vollstreckung ausnahmsweise prüfen müssen oder eine Anfechtung des Grund-VA mit der Begründung zulassen müssen, dieser habe sich noch nicht erledigt, da der Grund-VA Grundlage für die Vollstreckung bleibt.

2. Zuständigkeit der Vollstreckungsbehörde

Welche Behörde für die Vollstreckung sachlich und örtlich zuständig ist, ergibt sich in der Regel aus dem einschlägigen Vollstreckungsgesetz in Verbindung mit den hier zugetroffenen Zuständigkeitsregelungen. Die von einer unzuständigen Behörde ergriffenen Vollstreckungsmaßnahmen sind rechtswidrig.

Ändert sich z. B. die örtliche Zuständigkeit in Folge eines Wohnsitzwechsels des Pflichtigen, so darf diese bis dahin zuständige Behörde auch eine bereits begonnene Vollstreckung nicht weiterführen.

57

3. Nichterfüllung der Pflicht

Die im Grund-VA festgesetzte Pflicht darf tatsächlich noch nicht erfüllt worden sein, anderenfalls ist die Vollstreckung unzulässig und einzustellen. Das gilt auch für die Beitreibung bereits festgesetzter Zwangsgelder.

4. Tatsächliche und rechtliche Erfüllbarkeit der Pflicht

Die durch Verwaltungsakt festgesetzte Handlung muss für den Pflichtigen rechtlich und tatsächlich erfüllbar sein. Diese Voraussetzung ist vor allem dann problematisch, wenn die Erfüllung von der Mitwirkung oder Zustimmung Dritter abhängig ist. Darf z. B. der Pflichtige die geforderte Handlung ohne Zustimmung Dritter (zivilrechtlich) nicht vornehmen, muss die Behörde eine Duldungsanordnung an den Dritten erlassen (Bsp. Mietverhältnis).

Beispiel:

Eine Abrissverfügung ohne entsprechende Duldungsanordnung gegenüber dem Mieter ist zwar nicht rechtswidrig, darf aber bei fehlendem Einverständnis des Mieters wegen rechtlicher Unmöglichkeit der Erfüllung nicht vollstreckt werden. Hier kann zwar nicht gegen den Grundverwaltungsakt, wohl aber wegen eines Vollstreckungshindernisses gegen die Androhung der Vollstreckung (Anfechtungsklage) oder gegen die bevorstehende Durchführung (vorbeugende Unterlassungsklage) vorgegangen werden (zum Vollstreckungshindernis in diesem Fall siehe OVG Lüneburg, NJW 1994, 3309).

Praxistipp:

Wird eine Satzung / Rechtsvorschrift im Wege der Normenkontrolle für nichtig erklärt, bleiben die auf dieser Grundlage ergangenen, rechtswidrigen Verwaltungsakte zwar wirksam, sind aber nicht mehr vollstreckbar, § 47 Abs. 5 S. 2 in Verbindung mit § 183 VwGO.

5. Vollstreckung gegen den Pflichtigen**a. Adressat des Grund-VA**

Pflichtiger ist grundsätzlich derjenige, gegen den sich der Grund-VA richtet, also der Adressat der VA. Die Pflichtigkeit muss im Zeitpunkt der Vollstreckungsmaßnahme noch gegeben sein.

58

b. Rechtsnachfolger als Pflichtiger

Pflichtiger ist auch der Rechtsnachfolger des Adressaten, soweit es sich bei der festgesetzten Pflicht nicht um eine höchstpersönliche handelt. Übergehen kann eine Pflicht sowohl durch Einzelrechtsnachfolge (z. B. Erwerb eines Grundstücks) als auch durch Gesamtrechtsnachfolge (z. B. Erbgang, Vermögensübernahme).

Beispiel:

Eine Abrissverfügung wirkt wegen ihrer Grundstücksbezogenheit gegen den Rechtsnachfolger (OVG Bremen, NJW 1985, 2660).

6. Androhung der Vollstreckung

Die Behörde hat das Zwangsmittel – von unaufschiebbaren Fällen abgesehen – vor der Anwendung schriftlich anzudrohen.

Dadurch wird der Betroffene zur Duldung, nicht aber die Behörde zur Anwendung des angedrohten Zwangsmittels verpflichtet.

Die allgemeine Androhung von Vollstreckungsmaßnahmen reicht nicht aus.

Beispiel:

Auch nach der Androhung der Ersatzvornahme hat der begünstigte Nachbar nur Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über die Durchsetzung der Abrissverfügung.

Die Androhung kann mit dem zugrunde liegenden Verwaltungsakt verbunden werden. Dies entspricht bei sofort vollziehbaren Verwaltungsakten regelmäßiger Praxis. Beispiele, in denen von der Androhung abgesehen werden kann, finden sich in § 70 des niedersächsischen POG. Von der Androhung kann abgesehen werden, wenn die Umstände sie nicht zulassen, insbesondere wenn die sofortige Anwendung des Zwangsmittels zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr notwendig ist.

a. angemessene Frist

Die angemessene Frist zur Erfüllung ist bei mehreren in einem Schreiben tenorierten Verpflichtungen für jede einzelne durch Nennung eines Kalendertages oder eines anderen konkreten Zeitpunktes zu bestimmen. Die Frist muss so

59

bemessen sein, dass dem Pflichtigen die Erfüllung der im Grund-VA festgesetzten Pflicht möglich und zumutbar ist.

Beachte: ist die Frist abgelaufen, ohne dass der Pflichtige sie etwa wegen eines Suspensiveffekts zu beachten brauchte, so werden Androhung und Fristsetzung gegenstandslos und müssen ggfls. wiederholt werden.

Fristsetzung bei Handlungsverpflichtung

Zulässig: bis zum 10. Oktober 2004, 3 Wochen nach Zustellung dieses Bescheides

Unzulässig: unverzüglich, sofort, vor dem Eintritt weiterer Schäden.

Die Fristsetzung ist nur rechtmäßig, wenn im Zeitpunkt des Fristablaufs die allgemeinen Vollstreckungsvoraussetzungen (immer noch) vorliegen. Der zu vollstreckende Verwaltungsakt muss also im Zeitpunkt des Fristablaufs (voraussichtlich) bestandskräftig oder aber vollziehbar sein.

So kann eine zulässige Fristsetzung im Hinblick auf eine mögliche Aussetzung der Vollziehung so lauten:

„sollte die Vollziehung ausgesetzt oder die aufschiebende Wirkung eines Rechtsbehelfs wieder hergestellt werden, wird die Frist bis zum Ablauf von zwei Monaten nach Eintritt der Bestandskraft verlängert.“

Bei Androhung von Zwangsgeld oder Ersatzvornahme ist ein bestimmter Kostenbetrag anzugeben (unzulässig: „bis zu 150,00 €“). Bis die Verpflichtung erfüllt ist, können nacheinander (nicht aber gleichzeitig) verschiedene Zwangsmittel angedroht und angewendet werden (etwa Übergang von Zwangsgeld auf unmittelbaren Zwang).

b. Frist für Rechtsnachfolger?

Fraglich ist, ob dem Rechtsnachfolger gegenüber die Androhung wiederholt werden muss, oder ob die Androhung auch gegen den Rechtsnachfolger wirkt. Sinn und Zweck der Androhung, insbesondere ihr Beugecharakter sprechen dafür, dass sie dem Rechtsnachfolger gegenüber erneut erfolgen muss.

60

c. Entbehrlichkeit der Frist bei Gefahrenabwehr

Nach den Vollstreckungsgesetzen des Bundes und der Länder sind Androhungen und Fristsetzung in der Regel in unaufschiebbaren Fällen der Gefahrenabwehr entbehrlich. Ein ähnliches Ergebnis folgt aus den Regelungen über die unmittelbare Ausführung von Maßnahmen bzw. über den Sofortvollzug, wonach in bestimmten Fällen der Grund-VA überhaupt entbehrlich ist.

Beispiel:

Polizei lässt einen Pkw abschleppen, weil er den Verkehr stört, wobei hier zu diskutieren bliebe, ob das Abschleppen als Zwangsmittel den Grund-VA nicht indiziert.

7. Voraussetzungen für die Einstellung der Vollstreckung

Ist die Vollstreckung eingestellt oder liegen die Voraussetzungen für die Einstellung der Vollstreckung vor, so sind weitere Vollstreckungsmaßnahmen unzulässig. Einstellungsvoraussetzungen sind insbesondere die Aufhebung des VA oder seiner Vollziehbarkeit sowie die Zweckeinreichung bzw. der Zweckwegfall.

Beispiele:

Das abzureißende Gebäude ist durch Naturgewalt zerstört worden, der Sichtschutz ist statt durch die geforderte Anpflanzung durch anderen Bewuchs oder durch ein anderes Gebäude erreicht worden.

8. Fehlerfreie Auswahl eines zulässigen Zwangsmittels

Der Vollstreckungsbehörde stehen ausschließlich die in dem maßgeblichen Verwaltungsvollstreckungsgesetz oder dem einschlägigen Spezialgesetz (NPOG) vorgesehenen Zwangsmittel zur Verfügung und zwar in der dort festgeschriebenen Reihenfolge.

a. Ersatzvornahme

Mit der Ersatzvornahme können nur vertretbare Handlungen durchgesetzt werden, also solche Handlungen, die ebenso gut statt vom Pflichtigen selbst von einem Dritten vollzogen werden können. Duldungs- und Unterlassungspflichten sind ihrem Wesen nach stets unvertretbar und lassen sich daher nicht im Wege der

61

Ersatzvornahme durchsetzen. Entweder beauftragt die Vollstreckungsbehörde einen Dritten, z. B. einen privaten Unternehmer mit der Vornahme der Handlung auf Kosten des Pflichtigen (so genannte Fremdvorname) oder die Vollstreckungsbehörde nimmt die Handlung selbst vor (Selbstvorname).

b. Zwangsgeld

Androhung, Festsetzung und Beitreibung von Zwangsgeld dienen in erster Linie der Durchsetzung unvertretbarer Handlungen, sind aber nach herrschender Meinung nicht darauf beschränkt. Das Zwangsgeld wird auf höchstens 25.000,00 € schriftlich festgesetzt (nach § 67 NPOG auf mindestens 10,00 € und auf höchstens 100.000,00 €). Die Androhung des Zwangsgeldes kann zwar bereits mit dem durchzusetzenden Verwaltungsakt verbunden werden, jedoch muss die angemessene Frist so bestimmt werden, dass dem Pflichtigen nach dem Eintritt der Vollstreckungsvoraussetzungen, also nach dem Eintritt der Unanfechtbarkeit

bzw. der sofortigen Vollziehbarkeit des VA, eine angemessene Zeitspanne verbleibt, der Verpflichtung nachzukommen.

In der Regel wird die Fristsetzung und damit auch die Androhung gegenstandslos, wenn die Frist abläuft, ohne dass der Pflichtige sie z. B. wegen des Suspensiveffekts einzuhalten hatte.

Beispiel:

Eine Abrissverfügung enthält die Androhung eines Zwangsgeldes für den Fall, dass der Pflichtige die bauliche Anlage nicht innerhalb eines Monats abreißt. Erhebt der Pflichtige Widerspruch, so braucht er die Verfügung wegen des Suspensiveffekts einstweil nicht zu befolgen. Die mit der Androhung gesetzte Frist wird durch Zeitablauf gegenstandslos; Das Zwangsgeld muss nach Eintritt der Unanfechtbarkeit erneut angedroht werden. Dieses Ergebnis kann die Verwaltung vermeiden, indem sie die Frist entweder erst mit dem Eintritt der Unanfechtbarkeit beginnen lässt oder die Verfügung für sofort vollziehbar erklärt.

c. Unmittelbarer Zwang

Unmittelbarer Zwang ist die Einwirkung auf Personen oder Sachen durch körperliche Gewalt, durch ihre Hilfsmittel und durch Waffen. Er kommt durch festhalten, fesseln, bei Seite schieben, öffnen einer verschlossenen Tür, Wegnahme einer Sache, etc. in Betracht. Nach den allgemeinen Vorschriften des § 12 des Verwaltungsvollstreckungsgesetzes ist die Anwendung unmittelbaren Zwanges nur zulässig, wenn Ersatzvornahme und Zwangsgeld nicht zum Ziel führen oder untunlich sind. Dies ist anzunehmen, wenn entweder ihre Erfolglosigkeit offenkundig zu erwarten ist oder wenn sie in der Vergangenheit

62

bereits versagt haben; untunlich sind sie dann, wenn der mit der Vollstreckung beabsichtigte Erfolg nicht oder nicht schnell genug herbeigeführt werden könnte.

II. Rechtsbehelfe in der Verwaltungsvollstreckung anhand der Zwangsmaßnahmen aus dem NPOG

Zwangsmaßnahmen nach dem NPOG:

Ersatzvornahme § 66 NPOG

Zwangsgeld § 67 NPOG

Ersatzzwangshaft § 68 NPOG

Unmittelbarer Zwang § 69 NPOG

1. Zwangsmaßnahme hat sich noch nicht erledigt

Die Klageart richtet sich dann nach dem Klagebegehren und nach der Rechtsnatur der angegriffenen Maßnahme. Nach herkömmlicher Auffassung ist jede dieser Zwangsmaßnahmen anfechtbar, soweit Regelungswirkung vorhanden.

Fazit:

polizeilichen Handeln eine konkludente Duldungsverfügung zu sehen ist, ist grundsätzlich jede selbständige Maßnahme ein selbständiger Verwaltungsakt und damit anfechtbar.

Anfechtungsklage.

Im vorläufigen Rechtsschutz, hier § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO, Sicherungsanordnung.

Beispiel zur Formulierung:

„Die Vollstreckung aus der Verfügung der Beklagten vom ... wird für unzulässig erklärt. Eingeleitete Vollstreckungsmaßnahmen werden eingestellt.“

2. Verwaltungsakt hat sich schon erledigt

Fortsetzungsfeststellungsklage analog § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO. Andere Auffassung, Feststellungsklage gem. § 43 VwGO.

Achtung:

Widerspruchsverfahren ist überflüssig, wenn sich der Verwaltungsakt innerhalb der Widerspruchsfrist erledigt hat, Fortsetzungsfeststellungsklage ist an keine Frist gebunden.

63

Fall: Präsidentenbesuch

Für Dienstag, den 17.04., wurde der Staatsbesuch des Präsidenten der Republik R erwartet. Die Maschine des Präsidenten sollte um 15 Uhr auf dem Flughafen landen. Da gegen den Präsidenten in den letzten Wochen durch Flugblattaktionen „Maßnahmen gegen den Diktator“ angekündigt waren, bei denen Gewaltanwendung nicht ausgeschlossen wurde, sperrte die Polizei den Platz vor dem Flughafengebäude, an dem der Präsident mit dem Dienstwagen der Stadt abgeholt werden sollte, ab 12 Uhr ab.

Die Absperrung nahmen unter anderem die Polizeibeamten X, Y und Z vor. Um 12.15 Uhr betrat A den abgesperrten Platz, er trug eine Jacke, auf deren Rückseite er sich eines der oben genannten Flugblätter angeheftet hatte.

Der Polizeibeamte X forderte A auf, die Sperrzone zu verlassen. Als dieser darauf nicht reagierte, schob ihn X mit seinem Körper aus der Sperrzone, A entfernte sich daraufhin laut schimpfend. Gegen 14.50 Uhr betraten B und C die Absperrung. Beide trugen Plakate mit der Aufschrift „Tod dem Präsidenten“ die Polizeibeamten X und Z forderten die beiden auf, sofort den Platz zu räumen, als B und C darauf nicht reagierten, sagte Y: „wenn ihr nicht sofort verschwindet, drängen wir euch aus dem abgesperrten Gebiet“. Auch darauf reagierten B und C nicht. Daraufhin versuchte Y, den B vom Platz zu drängen, dieser wehrte sich heftig, worauf ihn Y in den Polizeigriff nahm, um ihn vom Platz zu entfernen. B riss sich jedoch los und schlug auf Y ein. Nun schlug Y den B mit der Faust vor die Brust worauf dieser zu Boden ging. Kaum hatte sich B erholt, sprang er auf und lief davon.

Z hatte den C, der sich nicht gewehrt hatte, in den Polizeigriff genommen und vom Platz geführt. X war ebenfalls herbeigeeilt, brauchte jedoch nicht eingreifen.

Als sich X, Y und Z wieder über den Platz verteilen wollten, stellten sie fest, dass in der Zeit, in der sie durch die geschilderten Vorgänge abgelenkt waren, jemand seinen Wagen unmittelbar vor die Türe, durch die der Präsident den Platz betreten müsste, abgestellt hatte, obwohl überall Zeichen Nr. 283 § 41 StVO (Halteverbot) aufgestellt waren. X rief die Abschleppfirma an, deren Wagen nach kurzer Zeit da war. Als sich herausstellte, dass es notwendig war, eine Handbremse zu lösen, öffnete X den abgesperrten Wagen, in dem er mit einem Schraubenzieher die rahmenlose Scheibe zur Seite drückte und mit einer Drahtschlinge den Türverschluss öffnete.

Haben sich die Polizeibeamten X, Y und Z rechtmäßig verhalten?

64

Lösungsskizze:

A. Das Vorgehen gegen die Demonstranten

I. Die Anwendung von Verwaltungszwang müsste überhaupt zulässig sein.

Dies setzt voraus:

1. Rechtmäßigkeit der Primärmaßnahmen:

Hier die Aufforderung, den abgesperrten Platz zu verlassen.

Platzverweisung gem. § 17 des NPOG

2. Keine aufschiebende Wirkung gem. § 80 Abs. 2 Nr. 2 VwGO.

a. bezgl. A:

Abwehr einer Gefahr

Die Anordnung ist unaufschiebbar im Sinne des § 80 Abs. 2 Nr. 2 VwGO, obwohl der Zweck der Platzsperrung nämlich Gewährleistung des Schutzes des Präsidenten erst in drei Stunden eintritt. Eine nicht rechtzeitige Absperrung würde eine spätere Räumung erforderlich machen. Die Maßnahme gilt also zur Abwehr einer Gefahr und ist eilbedürftig.

b. bezgl. B und C:

Ebenso

3. Die Gefahr für Leib oder Leben des Präsidenten dauerte an.

4. Da sich B und C weigern die Platzverweisung zu befolgen, ist die Anwendung von Zwang erforderlich.

65

II. Voraussetzungen für die in Betracht kommenden Zwangsmittel im Besonderen:

1. Gem. § 74 NPOG ist der unmittelbare Zwang vor seiner Anwendung anzudrohen, wenn nicht die in Satz 2 des § 74 NPOG dargestellten Voraussetzungen eingetreten sind. Die mündliche Androhung des Zwangsmittels ist hier aber erfolgt.

2. Die Anwendung unmittelbaren Zwangs ist gem. § 69 Abs. 6 NPOG auch erforderlich und geeignet um die Platzverweisung durchzusetzen.

3. Da Zwangsgeld oder Ersatzvornahme nicht in Betracht kommen, stellt sich hier die Fragen nach dem geringsten Eingriff in die Rechtssphäre nicht.

III. Zusätzliche Voraussetzungen für die einzelnen Zwangsmittel:

Der unmittelbare Zwang ist hier ultima ratio.

Das Mittel des unmittelbaren Zwangs müsste erforderlich und geeignet sein.

- a) bezgl. B ist der Einsatz körperlicher Gewalt erforderlich und geeignet, um diesen aus der Sperrzone zu entfernen.
- b) bezgl. C ist der Einsatz körperlicher Gewalt erforderlich und geeignet.
- 3. Der Einsatz körperlicher Gewalt stellt auch den geringsten Eingriff in die Rechtssphäre dar, etwa im Vergleich zum Einsatz von Schlaggeräten.

IV. Die Art und Weise des Einsatzes der konkreten Zwangsmittel

Verhältnismäßigkeit

- 1. Der Einsatz körperlicher Gewalt gegen B war verhältnismäßig, da keine andere Möglichkeit bestand, die vorhergehende Aufforderung zu realisieren.
- 2. Bezgl. C hätte ein körperliches Abdrängen gereicht, dass in den Polizeigriff nehmen war unverhältnismäßig und somit rechtswidrig.

66

B. Das Vorgehen bezgl. des Pkw

Als Rechtsgrundlage für das Öffnen des abgesperrten Wagens kommen sowohl eine Primärmaßnahme als auch eine Maßnahme des Verwaltungszwangs in Betracht. Als Maßnahme des Verwaltungszwangs kommt hier der unmittelbare Zwang in Betracht, als Primärmaßnahme die unmittelbare Ausführung.

Frage: Liegt der Verwaltungszwangsmaßnahme ein Verwaltungsakt zugrunde?

Gem. § 64 Abs 2 können Zwangsmittel ohne vorausgehenden Verwaltungsakt angewendet werden, wenn dies Beispiel zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr, insbesondere bei Maßnahmen gegen Personen nach §§ 6 – 8 nicht oder nicht rechtzeitig möglich sind oder keinen Erfolg versprechen erforderlich ist

und die Verwaltungsbehörde oder die Polizei hierbei innerhalb ihrer Befugnisse handelt.

Diese beiden Grundvoraussetzungen liegen hier vor.

Von einer Androhung der Anwendung des unmittelbaren Zwangs kann gem. § 74 Abs. 1 S. 2 NPOG abgesehen werden. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wurde beachtet, da der Pkw so schonen wie möglich geöffnet worden ist. Das Vorgehen bezgl. des Pkw war also rechtmäßig.

Rechtsbehelfe?

Fortsetzungsfeststellungsklage analog gem. § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO. Ein Widerspruchsverfahren ist dann überflüssig, wenn sich der Verwaltungsakt innerhalb der Widerspruchsfrist erledigt hat.

Eine zeitliche Einschränkung der Klagemöglichkeit ist spätestens seit der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 14.07.1999 in diesen Konstellationen abzulehnen. Auch im Übrigen wird jedoch regelmäßig eine Rechtsbehelfsbelehrung gem. § 58 Abs. 1 VwGO unterblieben sein und deshalb die Jahresfrist des § 58 Abs. 2 VwGO eingreifen.

Kleiner Fall zur Erledigung

Bauer Häberle ist Kläger in einem verwaltungsgerichtlichen Verfahren. Von seinen fünf Milchkühen erkrankt die Kuh „Margot“ an einem unbekannten Virus. Mit seiner Klage wendet er sich gegen die Anordnung der Sicherstellung und Tötung der Kühe, welche von der Beklagten verfügt wurde. Noch vor Vollzug der Verfügungen stirbt Lieblingskuh „Lena“. Wie ist hinsichtlich „Lena“ zu verfahren?

Lösung

Bauer Häberle ist Kläger in einem verwaltungsgerichtlichen Verfahren. Von seinen fünf Milchkühen erkrankt die Kuh „Margot“ an einem unbekannten Virus. Mit seiner Klage wendet er sich gegen die Anordnung der Sicherstellung und Tötung der Kühe, welche von der Beklagten verfügt wurde. Noch vor Vollzug der Verfügungen stirbt Lieblingskuh „Lena“. Wie ist hinsichtlich „Lena“ zu verfahren?

1. Teilerledigungserklärung übereinstimmend für „Lena“.
2. RM der vier anderen Kühe wird weiter überprüft. Kein § 161 II VwGO – Beschluss zu den Kosten, da Grundsatz der Einheit der Kostenentscheidung -> Erst im Endurteil ergeht Kostenentscheidung, §§ 154, 155 VwGO.

Maike Chandra

Rechtsanwältin