

## **E. Widerspruchsverfahren**

### **I. Zulässigkeit**

#### 1. Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges (§ 40 I 1 VwGO analog)

- Die Prüfung eines Vorgehens als Widerspruch i.S.d. §§ 68 ff. VwGO setzt voraus, daß die VwGO überhaupt anwendbar ist. Das ist aber bei einer öffentlich-rechtlichen Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art i.S.d. § 40 I 1 VwGO grundsätzlich der Fall.
- Die Erörterung der Zulässigkeit des Verwaltungsrechtsweges (§ 40 I 1 VwGO) ist nicht etwa deshalb überflüssig, weil der Rechtsbehelf „Widerspruch“ gem. § 68 I 1 VwGO nur gegenüber solchen Verwaltungsmaßnahmen statthaft ist, die als VA zu qualifizieren sind und im Rahmen des VA-Begriffs das Vorliegen einer öffentlich-rechtlichen Regelung zu erörtern ist. Denn nicht in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten um den Erlaß eines VA steht dem Rechtsschutzsuchenden das Arsenal der Rechtsbehelfsmöglichkeiten der VwGO zur Verfügung, wie die zahlreichen abdrängenden Sonderzuweisungen belegen.

#### 80 2. Ordnungsgemäße Widerspruchserhebung (§ 70 I VwGO)

- Für die Annahme eines Widerspruchs i.S.d. §§ 68 ff. VwGO genügt, wenn deutlich wird, daß sich der von der angegriffenen Maßnahme Betroffene beschwert fühlt und die Überprüfung sowie die Aufhebung der Maßnahme begehrt. Auf die Bezeichnung als „Widerspruch“ kommt es nicht an.

#### 81 3. Statthaftigkeit des Widerspruchs, § 68 VwGO

##### a) VA, § 68 I 1, II VwGO

- Gemäß § 68 VwGO ist der Widerspruch grundsätzlich nur statthaft, wenn richtige Klageart im Verwaltungsrechtsstreit entweder die Anfechtungsklage (§ 68 I 1 VwGO) oder die Verpflichtungsklage (§ 68 II VwGO) wäre. Bei beiden Klagearten ist Rechtsschutzformvoraussetzung gem. § 42 I VwGO das Vorliegen bzw. Begehren auf Erlaß eines VA. Folglich ist der Widerspruch nach §§ 68, 42 I VwGO prinzipiell nur statthaft, wenn die in Streit befindliche Maßnahme als VA zu qualifizieren ist.

#### 82 b) Ausnahmen

##### aa) Widerspruchsverfahren, obwohl kein VA vorliegt

- § 126 III BRRG schreibt ein Vorverfahren nach § 68 VwGO auch für allgemeine Leistungs- und Feststellungsklagen vor, jedoch nur als solches und ohne Anwendbarkeit der §§ 69 bis 73 VwGO im einzelnen (str., vgl. Kopp, VwGO, vor § 68 Rn. 3)

##### bb) Widerspruchsverfahren unstatthaft, obwohl VA vorliegt

- Erledigung des VA vor oder während des Widerspruchsverfahrens (BVerwGE 26, 161 (165 ff.), sehr str., vgl. unten G. I. 4 b) bb)

83

4. Entbehrlichkeit

- a) Gesetzlich geregelte Fälle
  - aa) Sondergesetzliche Bestimmung, § 68 I 2 1. Fall VwGO
    - Beispiele: §§ 11 AsylVfG, 6 AGVwGO NW
  - bb) § 68 I 2 Nr. 1 VwGO
    - Der Widerspruch darf sich nicht gegen einen VA einer obersten Bundes- oder Landesbehörde richten, es sei denn, ein formelles Bundes- oder Landesgesetz schreibt die Nachprüfung ausdrücklich vor (z.B. § 126 III Nr. 1 BRRG).
  - cc) § 68 I 2 Nr. 2 VwGO
    - Der Widerspruchsführer darf sich nicht als „Dritter“ erstmals gegen einen ihn beschwerenden Widerspruchsbescheid wenden.
  - dd) § 75 VwGO
- b) Gesetzlich nicht geregelte Fälle
  - Wenn der Zweck des Widerspruchsverfahrens bereits erreicht oder nicht mehr erreichbar ist:
    - aa) Erledigung des VA vor oder während des Widerspruchsverfahrens (sehr str., vgl. oben I. Teil, D. I. 3. b) bb))
    - bb) VA wird nach Durchführung des Widerspruchsverfahrens geändert, ersetzt oder wiederholt
    - cc) Beklagter läßt sich sachlich auf die Klage ein (BVerwG, str.)
    - dd) Widerspruchsbehörde hat in sachlich und rechtlich gleichgelagerten Fällen schon abschlägig entschieden und gibt zu erkennen, daß sie von ihrer Entscheidungspraxis nicht abweichen will (str.).

84

5. Widerspruchsbefugnis

- Gem. § 70 I VwGO wird Widerspruch von dem „Beschwerten“ eingelegt. Die Widerspruchsbefugnis setzt demnach voraus, daß der Widerspruchsführer durch den VA in seinen Rechten beeinträchtigt ist. Eine bloße Interessenbeeinträchtigung reicht nicht aus. Ebenso wie eine Popularklage ist somit ein Popularwiderspruch unzulässig. Fraglich ist, welche inhaltlichen Anforderungen an die Beschwerde zu stellen sind. Nach § 68 I 1 VwGO erstreckt sich die Kontrollbefugnis der Widerspruchsbefugnis auch auf die Zweckmäßigkeit des angefochtenen VA. Damit kann die Regelung über die Klagebefugnis (§ 42 II VwGO) nicht ohne weiteres auf die Widerspruchsbefugnis übertragen werden. Der Widerspruchsführer muß nicht die Verletzung eigener Rechte geltend machen. Er kann vielmehr weitergehend seinen Widerspruch auf bloße Unzweckmäßigkeit des VA stützen. Jedoch müßte, wie aus dem Vorschaltcharakter des Widerspruchsverfahrens gegenüber dem gerichtlichen Verfahren sowie der beschränkten

Gesetzgebungskompetenz des Bundes nach Art. 74 I Nr. 1 GG zur Regelung der §§ 68 ff. VwGO zu schließen ist, die fragliche Ermessensvorschrift zumindest auch dem Interesse des Widerspruchsführers zu dienen bestimmt sein. Die Widerspruchsbefugnis ist daher gegeben, wenn nicht ausgeschlossen werden kann, daß der Widerspruchsführer durch den angefochtenen VA in seinen Rechten beeinträchtigt wird und dieser VA rechtswidrig oder unzumutbar ist (Kopp, VwGO, § 69 Rn. 6; Schoch, Übungen, S. 276 f.).

- 85            6.    Einhaltung der Widerspruchsfrist, § 70 I 1 VwGO
- a)    Fristberechnung

#### **Fristberechnung im Widerspruchsverfahren**

Das Widerspruchsverfahren besitzt eine Doppelnatur: es ist einerseits ein gerichtliches Vorschaltverfahren, andererseits auch ein Verwaltungsverfahren. Deshalb besteht ein Streit über die richtige Fristberechnung.

1. A.: §§ 57 II VwGO, 222 ff. ZPO, 187 ff. BGB („verwaltungsprozessuale Lösung“)

- Für die Anwendung des § 57 VwGO spricht die Vermutung, der Bundesgesetzgeber habe in der VwGO alle Rechtsmittelfristen des Vorverfahrens und des Verwaltungsprozesses abschließend regeln wollen; § 31 VwVfG (NW) wird also durch § 79 VwVfG grundsätzlich ausgeschlossen.

2. A.: §§ 79, 31 VwVfG (NW), 187 ff. BGB („verwaltungsverfahrenrechtliche Lösung“)

- In § 70 II VwGO ist § 57 II VwGO nicht erwähnt.
- Bei dem Vorverfahren gem. §§ 68 ff. VwGO handelt es sich um ein Verwaltungsverfahren, für welches der Bund im Rahmen der Art. 72, 74 I Nr. 1 GG nur insoweit die Regelungsbefugnis besitzt, als es eine Sachurteilsvoraussetzung darstellt und damit dem „gerichtlichen Verfahren“ zuzurechnen ist.
- Die gesetzliche Anordnung der Fristdauer (§ 70 VwGO) ist sehr wohl trennbar von der Frage der Berechnung der Frist. § 31 I VwVfG (NW) gilt auch im übrigen sowohl für gesetzliche als auch für behördlich angeordnete Fristen. Für das Widerspruchsverfahren als Verwaltungsverfahren gelten die §§ 68 ff. VwGO als Ausnahmebestimmungen. Der Gesetzgeber hat aber gerade in § 70 VwGO zur Berechnung der Fristen nichts ausgesagt, während die VwGO auch im übrigen Fristen (z.B. richterliche) enthält oder ermöglicht, die gerade nicht im Widerspruchsverfahren anwendbar sind.
- Es ist inkonsequent, § 31 VwVfG (NW) als insgesamt auf die Bedürfnisse der Verwaltung weit besser zugeschnittene Vorschrift auf alle gesetzlichen und behördlichen Fristen anzuwenden, auf den Hauptfall der Frist nach § 70 VwGO dagegen nicht.

Im Ergebnis kann die Streitfrage offenbleiben, da sowohl § 31 I VwVfG (NW) als auch § 222 I ZPO auf die §§ 187 ff. BGB verweisen.

- b)    Fristbeginn mit Bekanntgabe
- Bekanntgabe durch Zustellung, § 73 III VwGO

- § 41 II, III VwVfG (NW)
  - § 1 LZG NW, § 4 I VwZG (streitig, ob § 4 I VwZG über § 56 II VwGO unmittelbar anwendbar ist, vgl. oben I. Teil., B. II. 2. d))
- c) Fristlänge, §§ 70, 58 VwGO
- d) Ausnahmen nur nach Treu und Glauben

86

**Die Verwirkung der Widerspruchsmöglichkeit****I. Ansatz**

- Das Rechtsinstitut der Verwirkung stellt einen Unterfall der unzulässigen Rechtsausübung (Treu und Glauben) dar und richtet sich daher nach den Umständen des Einzelfalles (vgl. BVerwGE 44, 294 (299); E 78, 85 (90); BVerwG, NVwZ 1991, S. 1182 (1183)). Aber:

**II. Allgemeines Begründungsraster**

- Seit Kenntnis von der Möglichkeit, Widerspruch einzulegen, ist „längere Zeit“ verstrichen (vgl. BVerwGE 44, 339 (343); E 52, 16 (25); BVerwG, NVwZ 1991, S. 1182 (1183)).
- Beachte: Mindestzeitraum ist die Monatsfrist des § 70 VwGO. Im übrigen kann die Verjährung bereits vor Ablauf der Jahresfrist des § 58 II VwGO eintreten (vgl. BVerwGE 44, 294 (302); BVerwG, NVwZ 1991, S. 1182 (1184)).
- Besondere Umstände lassen die Erhebung des Widerspruchs als treuwidrig erscheinen (vgl. BVerwG, a.a.O.).

87

- e) Einlegung bei falscher Behörde
- Geht i.d.R. zu Lasten des Widerspruchsführers
    - Anders als bei § 17 a GVG besteht grundsätzlich keine „automatische“ Pflicht zur Weiterleitung.
    - Die richtige Behörde ist notwendiger Bestandteil der Rechtsbehelfsbelehrung.
    - Aus dem Grundsatz der Einheitlichkeit der Verwaltung kann nicht gefolgert werden, daß ein bei einer falschen Behörde eingelegter Widerspruch ordnungsgemäß erhoben ist. Das wäre mit dem Wortlaut des § 70 VwGO nicht vereinbar.
  - Zum Teil wird für die Zulässigkeit des Widerspruchs auf die Möglichkeit der Weiterleitung zur richtigen Behörde innerhalb der Frist des § 70 VwGO abgestellt

88

7. Zuständige Widerspruchsbehörde, § 73 I 2 VwGO
- Beachte §§ 73 I 2 Nr. 3 VwGO, 7 AGVwGO NW

- 89**
8. Beteiligungsfähigkeit, Handlungsfähigkeit und ordnungsgemäße Vertretung (§ 79 i.V.m. §§ 11, 12 und 14 VwVfG (NW))
  9. Kein Rechtsbehelfsverzicht
  10. Allgemeines Sachentscheidungsinteresse

**90 II. Begründetheit des Widerspruchs**

1. Es ist streitig, ob der Widerspruch trotz § 68 I 1 VwGO (Überprüfung der Recht- und Zweckmäßigkeit) nur unter den Voraussetzungen des § 113 I 1 VwGO bzw. § 113 V VwGO begründet ist, d.h. ob eine Rechtsverletzung des Widerspruchsführers erforderlich ist. Während die h.M. im Zweipersonenverhältnis den Widerspruch auch für begründet hält, wenn der VA lediglich unzulässig ist, ist im Drei-Personen-Verhältnis (VA mit Drittwirkung) die Rechtswidrigkeit des VA und eine Rechtsverletzung des Widerspruchsführers zu fordern (str.).

**91 2. Im Falle der Anfechtung**

- Der Widerspruch ist begründet, soweit der angefochtene Verwaltungsakt den Widerspruchsführer in seinen Rechten beeinträchtigt und er rechtswidrig oder unzulässig ist.
  - a) Rechtsbeeinträchtigung: Eingriff in ein subjektives öffentliches Recht
  - b) Rechtswidrigkeit des Eingriffs
  - c) Unzulässigkeit (Sachwidrigkeit des Eingriffs)
    - Eine Überprüfung auch der Zweckmäßigkeit kommt nur in Betracht, wenn die behördliche Entscheidung auch auf Zweckmäßigkeitserwägungen beruht. Das ist bei Vorschriften, die Ermessen eröffnen, grundsätzlich der Fall (Ausnahme: Ermessensreduktion auf Null).
      - aa) Bei Ermessensvorschriften
      - bb) Bei behördlichem Beurteilungsspielraum

**92 3. Im Falle der Verpflichtung zum Erlaß eines abgelehnten Verwaltungsaktes**

- Der Widerspruch ist begründet, soweit die Ablehnung des begehrten VA rechtswidrig oder im Falle der Ermessenseinräumung unzulässig ist und der Widerspruchsführer dadurch in seinen Rechten beeinträchtigt ist. Dem Widerspruchsführer muß mithin ein Anspruch auf den begehrten VA zustehen. Die Zweckmäßigkeitsgesichtspunkte sind im Rahmen von Ermessensvorschriften oder bei behördlichem Beurteilungsspielraum zu beachten.

- 92 a**
4. Fraglich ist, ob die Ausgangsbehörde, wenn sie den Verwaltungsakt aufheben will, wahlweise einen Abhilfebescheid gemäß § 72 VwGO oder einen Aufhebungsbescheid erlassen kann (so BVerwG, NVwZ 1997, S. 272; a.A. etwa Pietzner/Ronellenfitsch, Das Assessorexamen im Öffentlichen Recht, 9. Aufl. 1996, § 27 Rn. 1). Das ist deswegen problematisch, weil der Betroffene nur bei einer Abhilfeentscheidung gemäß § 80 I 1 VwVfG (NW) einen Kostenerstattungsanspruch hat. Nach Auffassung des BVerwG (a.a.O.) kann sich die Behörde für einen Aufhebungsbescheid entscheiden, wenn es dafür einen „tragfähigen Grund“ gibt.

**93 III. Das Wesen der Suspensivwirkung**

1. Wirksamkeitstheorie: VA wird durch Einlegung des Widerspruchs *unwirksam*.
  - § 80 I 2 VwGO: Feststellende und gestaltende Verwaltungsakte sind nicht vollstreckbar.
  - Nur mit der Wirksamkeitshemmung ist der Suspensiveffekt gegenüber dem begünstigten Adressaten beim VA mit Drittwirkung erklärbar.
2. Vollstreckbarkeitstheorie
  - Wortlaut und Bedeutung des § 43 II VwVfG (NW): nur „Aufhebung“ erwähnt.
  - § 113 I 1 VwGO setzt voraus, daß ein VA existent bleibt, da sonst dieser nicht kassatorisch aufgehoben werden könnte.
  - Wenn es das wichtigste Kennzeichen des VA ist, daß er eine einseitige, durch die gesetzliche Eingriffsgrundlage legitimierte Wirksamkeit erzeugt, dann kann diese nicht durch den Rechtsbehelf eines Bürgers allein suspendiert werden.
  - Es ist fraglich, ob der Bundesgesetzgeber überhaupt die Wirksamkeit oder Unwirksamkeit eines nach Landesrecht geregelten VA bestimmen dürfte.
3. Einigkeit besteht insoweit, als daß nach beiden Auffassungen keine rechtlich nachteilhaften Rechtsfolgen aus dem VA gezogen werden dürfen.

**94 F. Allgemeine Leistungsklage**

**I. Zulässigkeit**

1. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs
2. Statthafte Klageart
  - Die allgemeine Leistungsklage ist in der VwGO nicht gesondert geregelt, wird aber in verschiedenen Vorschriften, u.a. §§ 43 II, 111, 113 IV VwGO, vorausgesetzt und damit von der VwGO als statthaft anerkannt.
  - Sie ist u.a. in folgenden Fällen statthaft:
    - a) Ansprüche aus öffentlich-rechtlichem Vertrag

**95**

**Der öffentlich-rechtliche Vertrag**

**I. Abgrenzung öffentlich-rechtlicher / zivilrechtlicher Vertrag nach Vertragsgegenstand** (sog. Vorordnungslehre; dazu Scherzberg, JuS 1992, S. 205 (206 ff.)).

- Nach OVG Münster, NVwZ 1996, S. 812 ist der Kindergarten-Vertrag zwischen einer Kirchengemeinde und den Eltern dem Zivilrecht zuzuordnen (vgl. auch VG Düsseldorf (Vorinstanz), NwVBl. 1996, S. 33).

**II. Zustandekommen**

1. Durch übereinstimmende Willenserklärungen, vgl. § 62 S. 2 VwVfG (NW) i.V.m. §§ 145 ff. BGB
2. Abgrenzung zum zustimmungsbedürftigen VA (z.B. Beamtenernennung, Immatrikulation):
  - Wenn ein VA zustimmungsbedürftig ist, kann der Betroffene durch Verweigerung der Zustimmung den Erlaß des VA verhindern, aber nicht auf die inhaltliche Gestaltung der Regelung selbst Einfluß nehmen.

**III. Formelle Voraussetzungen**

1. Zuständigkeit der Behörde für versprochene Leistungen
2. Verfahren, insbesondere das Mitwirkungserfordernis des § 58 VwVfG (NW)
  - a) Sinn und Zweck der Vorschrift
    - Keine Verträge zu Lasten Dritter (§ 58 I VwVfG (NW))
    - Sicherstellung der Berücksichtigung der von den anderen Behörden vertretenen Allgemeinwohlbelange (§ 58 II VwVfG (NW))
  - b) Gilt § 58 II VwVfG (NW) auch für Verpflichtungsverträge ?



- Ein Verpflichtungsvertrag liegt vor, wenn sich ein oder beide Vertragspartner zu bestimmten Leistungen verpflichten und dementsprechend der andere Vertragspartner einen Anspruch auf Erfüllung der übernommenen Leistungspflichten erhält. Der Verfügungsvertrag führt dagegen eine unmittelbare Rechtsänderung herbei.

1. A.: § 58 II VwVfG (NW) ist nur auf Verfügungsverträge anwendbar.

- Wortlaut: „anstatt“

2. A.: § 58 II VwVfG (NW) ist (zumindest analog) auf Verpflichtungsverträge anwendbar.

- Sinn und Zweck der Norm (Berücksichtigung der von den anderen Behörden vertretenen Allgemeinwohlbelange) sprechen für das Mitwirkungserfordernis. Rechtlich festgelegte Beschränkungen dürfen nicht durch die Wahl der Vertragsform umgangen werden.
- Nicht jeder VA ist auf eine unmittelbare Rechtsänderung, d.h. eine „Verfügung“ gerichtet (z.B. Geldleistungsbescheid, Polizeiverfügung, vgl. Maurer, VwR AT, § 14 Rn. 14). Warum soll dann nur ein Vertrag, der eine unmittelbare Rechtsänderung herbeiführt, unter § 58 VwVfG (NW) fallen ?

3. Form, § 57 VwVfG (NW)

#### **IV. Materielle Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen**

1. Vertrag als Handlungsform zulässig

a) Kein Gesetzesvorbehalt

- Der Vertrag ist das mildeste der Verwaltung zur Verfügung stehende Mittel.

b) Gesetzesvorrang (Vertragsformverbot, vgl. § 54 S. 1 VwVfG (NW))

aa) Ausdrückliches Verbot

- z.B. § 2 III Nr. 2 AO

bb) Verbot nach Sinn und Zweck des Gesetzes

- Wenn der Zweck der Regelung eine gleichberechtigte Mitwirkung Privater an der Setzung von Rechtsfolgen ausschließt (kein Verkauf von Hoheitsrechten)
- z.B. Wehr- und Zivildienst, Prüfungswesen (vgl. auch § 2 III Nr. 2 VwVfG (NW)); zum Beamtenrecht vgl. BVerwG, NVwZ 1993, S. 1193 f.; S. 1194 (1195).
- Die bloße Verwendung des Wortes „VA“, „Verfügung“ etc. im Gesetzestext reicht für die Annahme eines Vertragsformverbotes nicht aus.

2. Einordnung des Vertrages
  - a) Koordinationsrechtlicher Vertrag (Verhältnis Staat - Staat), § 54 S. 1 VwVfG (NW)
  - b) Subordinationsrechtlicher Vertrag (Verhältnis Staat - Bürger), §§ 54 S. 2, 55, 56, 61 VwVfG (NW)
3. Die von der Behörde versprochenen Leistungen müssen rechtmäßig möglich sein.
4. Eine eventuelle Gegenleistung des Bürgers ist nach § 56 VwVfG (NW) zu prüfen.
  - a) Begriff des Austauschvertrages
    - Als Austauschverträge i.S.d. § 56 VwVfG (NW) sind nicht nur gegenseitige Verträge i.S. der §§ 320 ff. BGB („Synallagma“) anzusehen, da sonst eine Umgehung der Vorschrift durch den Abschluß zweier Verträge möglich würde. Der Schutzzweck des § 56 I VwVfG (NW) (= Verhinderung des Ausverkaufs von Hoheitsrechten) gebietet eine weite Auslegung. Hinreichend ist deshalb, wenn eine innere Verbindung zwischen beiden Verträgen dergestalt besteht, daß die eine Leistung „Geschäftsgrundlage“ für die andere Leistung ist.
  - b) Anforderungen an die Gegenleistung (§ 56 I 1 VwVfG (NW))
    - Bestimmter Zweck
    - dient der Erfüllung der behördlichen Aufgabe
  - c) Anforderungen an das Verhältnis Leistung - Gegenleistung (§ 56 I 2 VwVfG (NW))
    - aa) Angemessenheit der Gegenleistung (Äquivalenzverhältnis muß stimmen, Ausdruck des Übermaßverbotes)
    - bb) Koppelungsverbot, § 56 I 2 VwVfG (NW)
      - Ein sachlicher Zusammenhang besteht, wenn Leistung und Gegenleistung denselben (Allgemeinwohl-) Belangen dienen, d.h. auf die Verwirklichung desselben Interesses gerichtet sind, insbesondere wenn eine Gegenleistung dafür sorgt, daß (rechtsordnungskonforme) rechtliche Hindernisse für die Genehmigungserteilung beseitigt oder Kosten der Behörde kompensiert werden.

#### **IV. Wirksamkeit**

1. § 59 II VwVfG (NW) als spezieller Tatbestand
2. § 59 I VwVfG (NW) - Problem: Anwendbarkeit des § 134 BGB
  - a) § 134 BGB prinzipiell anwendbar (h.M.)
    - Die enumerative Aufzählung der - überdies zusätzlichen - Nichtigkeitsgründe in § 59 II VwVfG (NW) wäre überflüssig und inkonsequent, wenn bereits nach § 59 I VwVfG (NW) jeder rechtswidrige Verwaltungsvertrag nichtig wäre.

- Aber: der Ausschluß des § 134 BGB hätte gravierende Konsequenzen. So wäre ein subordinationsrechtlicher Vertrag rechtswirksam, der eine Beamtenernennung zum Inhalt hat und damit gegen das Vertragsformverbot des § 54 S. 1 VwVfG (NW) verstößt oder der die Befreiung von einer gesetzlich festgelegten Steuer vorsieht, sofern in diesen Fällen nicht ausnahmsweise § 59 II Nr. 1 und 2 VwVfG (NW) eingreifen würde: Die „vertragliche“ Beamtenernennung wäre vollzogen, die rechtswidrig erlassene Steuer brauchte nicht bezahlt zu werden.

b) Voraussetzungen eines Verbotsgesetzes i.S.d. § 134 BGB

- aa) Rechtsprechung des BGH: maßgebend, ob Sinn und Zweck des Gesetzes Nichtigkeit fordern

- bb) Im wesentlichen Übertragung dieser Grundsätze auf den öffentlich-rechtlichen Vertrag (sog. qualifizierte Rechtswidrigkeit):

(1) Verstoß gegen zwingende Rechtsnorm

(2) durch die ein bestimmter rechtlicher oder wirtschaftlicher Erfolg nach Wortlaut, Sinn und Systematik unbedingt ausgeschlossen werden soll und

(3) durch den Vertrag öffentliche Belange von einigem Gewicht beeinträchtigt werden, so daß das öffentliche Interesse an der Durchsetzung der Rechtsordnung Vorrang hat vor dem Grundsatz der Vertragsverbindlichkeit

- cc) Zu den Verbotsgesetzen i.S. des § 59 I VwVfG (NW), § 134 BGB gehören auch die zwingenden Vorschriften des Europäischen Gemeinschaftsrechts (Prinzip der effektiven Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts).

- dd) Nichtigkeit eines Vertrages, der gegen ein Vertragsformverbot verstößt

1. A.: Ein gegen ein Vertragsformverbot verstoßender Vertrag ist rechtswidrig, aber wirksam.

- § 134 BGB kann insoweit nicht greifen, da kein inhaltlicher Mangel vorliegt.

2. A.: Die Nichtigkeit eines solchen Vertrages folgt unmittelbar aus § 54 S. 1 VwVfG (NW)

- Wortlaut: Die Verwaltung „kann“ keine Verträge abschließen, ist also rechtlich dazu nicht imstande.

3. A.: Die Verletzung des Vertragsformverbotes führt über § 134 BGB zur Nichtigkeit.

- Ein Fehler dieser Art kann im Privatrechtsverkehr überhaupt nicht vorkommen. Das rechtfertigt jedoch nicht, diesen schwerwiegenden Fehler aus dem Netz der entsprechend (!) anwendbaren Nichtigkeitsgründe des BGB herausfallen zu lassen. Man kann dem Gesetzgeber nicht, wie das die 1. Ansicht tut, unterstellen, daß er

zwar in bestimmten Bereichen Verwaltungsverträge schlechthin verbieten, aber gleichwohl geschlossene Verträge hinnehmen wollte.

- Die 2. Auffassung überschätzt das „Kann“ in § 54 S. 1 VwVfG (NW). Es bringt - wie auch sonst bei derartigen Regelungen - zum Ausdruck, daß die Behörde nur innerhalb der Grenzen des Soweit-Satzes zum Vertragshandeln berechtigt ist. Überschreitet die Behörde die Grenzen des § 54 S. 1 VwVfG (NW), dann ist ihr Vertragshandeln sowie der Vertrag selbst rechtswidrig; über die Folgen der Rechtswidrigkeit ist damit aber noch nichts gesagt. Das gilt umso mehr, als § 59 VwVfG (NW) eine abschließende Fehlerregelung enthält.

3. § 59 III VwVfG (NW): Teil- oder Gesamtnichtigkeit (vgl. BVerwGE 98, 58 (77))

96 b) Auskunft (vgl. oben 1. Teil, Rn. 18)

97 c) Der Folgenbeseitigungsanspruch (vgl. Schoch, Jura 1993, S. 478 ff.)

## Der Folgenbeseitigungsanspruch

### I. Rechtsgrundlage (str.)

#### 1. Grundrechte

- Die h.M. erkennt im FBA einen Reaktionsanspruch nach einer grundrechtlichen Statusverletzung. Ausgehend von ihrer Abwehrfunktion lassen sich aus den Grundrechten zunächst Unterlassungsansprüche ableiten, denen Unterlassungspflichten des Staates entsprechen. Die Fortdauer der rechtswidrigen Beeinträchtigung ist eine permanente Verletzung der Unterlassungspflicht. Nach diesem in sich stimmigen Konzept kann man den FBA als Rechtsinstitut dogmatisch in den Freiheitsgrundrechten (genauer: im status negativus) verankert sehen, der Individualanspruch auf Folgenbeseitigung im konkreten Fall mag aus der einschlägigen Grundrechtsposition abgeleitet werden.
- Man kann sogar noch weitergehen und auch subjektive einfachgesetzliche Rechte zur Begründung des FBA heranziehen. Die Anknüpfung an den Rechtsstatus und dessen Verletzung erlaubt zudem die Entwicklung von Reaktionsansprüchen, gerichtet auf (Folgen-) Beseitigung, zwischen Trägern öffentlicher Verwaltung oder (im Organstreit) zwischen Organ(teil)en einer j.P. des öffentlichen Rechts (sog. innerorganisatorischer Störungsbeseitigungsanspruch).

#### 2. Art. 20 III GG

- Als Sollensgebot sagt das Gesetzmäßigkeitsprinzip des Art. 20 III GG nichts darüber aus, welche Folgen bei einer Zuwiderhandlung ausgelöst werden. Außerdem begründet diese objektivrechtliche Vorschrift keine subjektiven Rechte.

#### 3. § 1004 BGB analog

- Ein aus §§ 1004 I BGB (§§ 861, 862, 12 BGB) abzuleitender negatorischer Beseitigungsanspruch zielt lediglich auf die Beseitigung gegenwärtiger und die

Unterlassung fortdauernder Beeinträchtigungen. Damit könnten allenfalls der Widerruf und die Unterlassung ehrverletzender Äußerungen begehrt oder der Immissionsabwehranspruch begründet werden. Die umfassende rechtsdogmatische Fundierung des FBA muß jedoch weiter als das durch § 1004 BGB positiviert Konzept reichen und auch die Beseitigung von Folgen einer störenden hoheitlichen Einwirkung, u.U. die Eliminierung der Störungsquelle einbeziehen.

#### 4. § 113 I 2 VwGO

- Als materiellrechtlicher Anspruch kann der FBA nicht aus § 113 I 2 VwGO hergeleitet werden. Diese prozeßrechtliche Vorschrift begründet den FBA nicht, sondern setzt ihn voraus und ermöglicht eine vereinfachte prozessuale Geltendmachung des Vollzugsfolgenbeseitigungsanspruchs.

## II. Tatbestandliche Voraussetzungen

### 1. Eingriffsobjekt = jedes subjektive Recht

### 2. Hoheitlicher Eingriff

- Umfaßt sind alle Beeinträchtigungen der subjektivrechtlichen Position durch öffentlich-rechtliche Maßnahmen. In Betracht kommen dafür nicht nur Rechtsakte (z.B. VA), sondern auch Verwaltungsrealakte (Tathandeln der Verwaltung). Die Rechtsnatur des Eingriffs ist für den FBA nicht erheblich; abzugrenzen ist nur von privatrechtlichen Maßnahmen.
- Unproblematisch sind diejenigen Fälle, in denen der rechtswidrige Zustand durch positives Tun herbeigeführt worden ist. An sich kann der FBA weiter nicht reichen, da es beim behördlichen Unterlassen nichts gibt, das wiederherzustellen wäre. Zum Teil wird eine tatbestandliche Erweiterung auf behördliches Unterlassen angenommen. Angezeigt sind insoweit Differenzierungen:
  - Wenn es die Verwaltung nach vorangegangenem aktiven Tun pflichtwidrig unterläßt, die Beeinträchtigung zu beseitigen, liegt ein tauglicher Anknüpfungspunkt (= früherer Eingriffsakt) vor; der FBA kommt in Betracht.
  - Beim pflichtwidrigen Vorenthalten einer staatlichen Leistung (z.B. Erlaubnis, Genehmigung) bedarf es eines FBA grundsätzlich nicht, weil der fachgesetzliche Leistungsanspruch fortbesteht und eingeklagt werden kann.

### 3. Schaffung eines rechtswidrigen Zustandes

- Maßgebend ist nach ganz h.M. nicht, ob die Maßnahme der Behörde rechtswidrig war, sondern allein, ob in ihrem Gefolge ein rechtswidriger Zustand entstanden ist (vgl. etwa BVerwGE 82, 76 (95); Schoch, Jura 1993, S. 478 (483)). Daher kommt ein FBA auch in den (mittlerweile geradezu klassischen) Fällen in Betracht, in denen die Ordnungsbehörde den Eigentümer einer Wohnung nach §§ 14, 19 OBG NW verpflichtet, die Einweisung eines Obdachlosen zu dulden, nach Ablauf der Einweisungsfrist aber nichts tut, um den Eingewiesenen (wieder) aus der Wohnung zu setzen (vgl. BGHZ 130, 332 (336 f)).

4. Andauern des rechtswidrigen Zustandes
  - Insbesondere keine Legalisierung, z.B. durch Vertrag, Gesetz oder durch ordnungsgemäße Nachholung des fehlenden bzw. fehlerhaften VA (z.B. nachträgliche Widmung)
5. Keine Duldungspflicht (§ 906 BGB, BImSchG, VA)

### **III. Rechtsfolge**

1. Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands (status quo ante)
  - a) **Anspruchsziel**
    - Der Folgenbeseitigungsanspruch ist kein auf Naturalrestitution (§§ 249 ff. BGB) gerichteter Schadensersatzanspruch, sondern ein Restitutionsanspruch. Der Unterschied liegt darin, daß ein Schadensersatzanspruch den Zustand herstellt, der bestünde, wenn das schädigende Ereignis nicht eingetreten wäre, also ein hypothetisches Element enthält (vgl. insbesondere § 252 BGB: entgangener Gewinn). Während also der FBA fragt: „Wie war es vor dem Eingriff?“, fragt der auf Naturalrestitution gerichtete Anspruch: „Wie wäre es gewesen?“
    - Der FBA geht grundsätzlich auf Wiederherstellung in natura und ist kein Geldanspruch. Ausnahmsweise kann der FBA auch einmal Geldersatz bedeuten, wenn die Einbuße in natura in einem finanziellen Verlust des Geschädigten bestand.
  - b) **Wiederherstellung des status quo ante**
    - Die Forderung nach Herstellung rechtmäßiger Verhältnisse kann erfüllt werden durch einen actus contrarius (z.B. Widerruf ehrverletzender Äußerungen), Einstellung (d.h. Unterlassung) von Störung (z.B. beim Immissionsabwehranspruch) oder aktives Tätigwerden zwecks Wiederherstellung des status quo ante.
    - Dabei muß man sich wegen der Dimension „Zeit“ Klarheit darüber verschaffen, daß der für einige Zeit existente rechtswidrige Zustand nicht wirklich ungeschehen gemacht und der frühere rechtmäßige Zustand als solcher nicht tatsächlich wiederhergestellt werden kann. Mit Wirkung für die Vergangenheit können faktische Lagen nicht aufgehoben werden; die rechtswidrigen Folgen aus der Vergangenheit können mit Wirkung für die Zukunft beseitigt werden. Streng genommen bietet der status quo ante nur das Orientierungsziel für den Anspruchsinhalt; mitunter bedarf es der Herstellung eines gleichwertigen Zustands.
  - c) **Beseitigung nur der unmittelbaren Folgen**
    - Der FBA erfaßt nicht alle rechtswidrigen Auswirkungen des Verwaltungshandelns. Anerkannt ist, daß nur die Beseitigung der unmittelbaren Folgen des administrativen Verhaltens begehrt werden kann. Diese soll nicht gegeben sein, wenn der eingetretene Schaden mit einem eigenständigen Willensentschluß des Geschädigten in Verbindung steht (BVerwGE 69, 366 (373)). Richtiger ist es, nach dem Schutzzweck der Norm zu fragen und die „Unmittelbarkeit“ als

Zurechnungsfrage zu erkennen. Beim Parallelproblem zum enteignungsgleichen Eingriff bejaht der BGH die Zurechnung des Schadens an den Hoheitsträger, wenn die konkret eingetretenen schädigenden Auswirkungen für den Eingriff typisch sind, also aus der Eigenart der hoheitlichen Maßnahme folgen. Dieser rechtliche Ansatz bietet sich auch beim FBA an.

2. Anspruchsgrenzen

a) Wiederherstellung muß tatsächlich möglich sein

b) Wiederherstellung muß rechtlich möglich sein

- Problem: Die rechtliche Möglichkeit der Realisierung der Folgenbeseitigung beim VA mit Drittwirkung (z.B. Exmittierung des Obdachlosen, Beseitigungsverfügung gegen Bauherrn nach erfolgreicher Drittanfechtung)

- Durch das vorausgegangene behördliche Verhalten (Einweisung des Obdachlosen, Erteilung der rechtswidrigen Baugenehmigung), das zu dem rechtswidrigen Zustand geführt hat, ist im Verhältnis zwischen dem Anspruchsteller und der Verwaltung ein FBA gegeben. Hinsichtlich der Folgenbeseitigung bei der Obdachloseneinweisung ist dies nicht zweifelhaft. Im Falle der Baugenehmigung könnte fraglich sein, ob das Gebrauchmachen durch den Bauherrn der Behörde zugerechnet werden kann; dies läßt sich bejahen, ist doch die tatsächliche Ausnutzung der Begünstigung das Ziel der Erlaubniserteilung. Im Verhältnis zwischen der Behörde und dem vormals Begünstigten geht es um die Erfüllung der behördlichen Folgenbeseitigungspflicht. Soweit die Herstellung eines rechtmäßigen Zustands nur mittels Eingriffsmaßnahmen gegen den Obdachlosen oder den Bauherrn zu bewerkstelligen ist, gilt der Vorbehalt des Gesetzes. Hier liegt jedoch nicht das Problem; Ermächtigungsgrundlagen sind sowohl im Polizei- und Ordnungsrecht als auch im Bauordnungsrecht vorhanden. Allerdings müssen ihre Voraussetzungen erfüllt sein, was im Fall der Exmittierung des Obdachlosen nicht ohne weiteres zutrifft (Schutzgutbeeinträchtigung (§ 123 StGB ?), Subsidiarität des behördlichen Einschreitens und Vorrang zivilgerichtlicher Rechtsschutzmöglichkeiten). Auf der Rechtsfolgenseite bestehen zum ordnungsbehördlichen Ermessen weniger Probleme, weil mit Blick auf die geforderte Folgenbeseitigung vielfach eine Ermessensreduzierung auf Null vorliegen wird. Erst wenn das komplette Normprogramm erfüllt ist, ist die Realisierung der Folgenbeseitigung rechtlich möglich.

- Nach a.A. ist der FBA des Geschädigten die rechtliche Grundlage für das behördliche Vorgehen gegen den Dritten. Dies werde einfachgesetzlich durch § 113 I 2 VwGO bestätigt, im übrigen komme der Vorbehalt des Gesetzes mit seinem klassischen Inhalt nicht zur Anwendung; der FBA begründe auch ein Rechtsverhältnis zwischen der Verwaltung und dem vormals Begünstigten.

c) Wiederherstellung muß zumutbar sein (str.)

- Nach h.M. muß die Wiederherstellung des rechtmäßigen Zustands für die Verwaltung zumutbar sein. Unzumutbarkeit soll vorliegen, wenn die Folgenbeseitigung einen unverhältnismäßig großen Aufwand erfordern würde. Dem haftungsbegrenzenden Kriterium wird die Funktion zuerkannt, den haftenden Rechtsträger vor einer Überforderung zu bewahren. Letztlich sollen also „unvertretbare Ergebnisse“ vermieden werden.

- Das Anliegen der h.M. ist gewiß berechtigt, doch ersetzt die legitime Folgenorientierung noch nicht die rechtsdogmatische Begründung für die Einführung des haftungsbegrenzenden Merkmals. Nicht haltbar ist jedenfalls der Versuch, die Zumutbarkeit als „Ausdruck des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit“ zu qualifizieren. Dabei handelt es sich um ein Schutzprinzip des einzelnen gegenüber dem eingreifenden Staat. Hier geht es jedoch darum, daß ein hoheitlicher Eingriff gerade einen rechtswidrigen Zustand verursacht hat. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip würde auf den Kopf gestellt, wenn die zur Folgenbeseitigung verpflichtete Stelle sich auf ein Schutzprinzip des Individuums berufen könnte. Dieses Kriterium der Zumutbarkeit sollte deshalb in der Praxis nur sehr restriktiv verwandt werden. Zum Teil wird seine Existenzberechtigung mit dem Hinweis darauf, daß der FBA in den Grundrechten fundiert und eine Sanktionierung von Grundrechtseingriffen erforderlich sei, ganz abgestritten.

d) Legalisierungsmöglichkeit (str.)

- Wenn die Legalisierung des ehemals rechtswidrigen Zustands bereits erfolgt ist, liegt ein FBA tatbestandlich nicht vor. Unter dem Gesichtspunkt der Anspruchsgrenzen ist zu fragen, ob schon die Möglichkeit der Legalisierung den Anspruch entfallen lassen kann. Dies ist zu bejahen, wenn sich die Verwirklichung des FBA als unzulässige Rechtsausübung darstellt. Es verstieße gegen Treu und Glauben, die Wiederherstellung eines früheren Zustands zu verlangen, obwohl die Verwaltung z.B. durch Wiederholung des zunächst rechtsfehlerhaften Verfahrens und durch Erlass des notwendigen VA (Widmung, Enteignung, Planfeststellung etc.) den (noch rechtswidrigen) Zustand zu legalisieren vermag. Die Rechtsprobleme liegen in den inhaltlichen Anforderungen an die „Heilung“ des ursprünglichen Rechtsmangels. Hierzu wird z.T. die Auffassung vertreten, der FBA entfalle schon dann, wenn die Legalisierung seitens der Verwaltung zukünftig noch möglich sei. Dem ist mit der h.M. entgegenzutreten. Zu fordern ist, daß (1) eine Legalisierung nicht ausgeschlossen ist und (2) anhand objektiver Umstände die gesicherte Erwartung besteht, daß die zuständige Behörde alsbald rechtmäßige Zustände herbeiführt. Eine dritte Ansicht lehnt selbst diese restriktive Interpretation durch die h.M. und damit generell die Annahme einer Anspruchsgrenze in den Fällen noch möglicher Legalisierung wegen Verstoßes gegen das Prinzip gerechter Risikoverteilung im Öffentlichen Recht ab.
- In der Klausur genügt i.d.R. der folgende Hinweis: „Vorliegend gibt es keine Anhaltspunkte dafür, daß die Verwaltung diesbezüglich etwas zu tun beabsichtigte (z.B. Einleitung eines Enteignungsverfahrens).“

3. „Mitverschulden“ des Anspruchsberechtigten

a) Prinzipielle Anwendbarkeit umstritten

- Nach h.M. ist § 254 BGB - im Wege der Analogie oder als Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens - beim FBA anwendbar (der FBA als „wesensgleiches Minus“ zum Schadensersatzanspruch). Dagegen lassen sich prinzipielle rechtsdogmatische Bedenken formulieren. Eine Kategorie des zivilrechtlichen Schadensersatzrechts wird auf einen öffentlich-rechtlichen Anspruch übertragen, der Verschulden nicht voraussetzt. Im übrigen ist hier gar kein Schuldverhältnis, wie es § 254 BGB voraussetzt, gegeben, so daß es sich



wenn nur um eine Obliegenheitsverletzung handeln kann. Gibt es aber eine Obliegenheit, unverzüglich einen Rechtsbehelf (einstweiliger Rechtsschutz gemäß § 123 I 1 VwGO) einzulegen ? Das ist eine Frage der Risikoverteilung im Öffentlichen Recht, die wohl zu verneinen ist.

b) Anwendung durch das BVerwG

- Rekuriert man - sich von § 254 BGB lösend - auf die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten bei der Schadensentstehung oder sieht man den Zweck der Vorschrift gar in einer Verteilung nach dem Gesichtspunkt der Vermeidbarkeit von Schäden, stellt sich die Frage, wie bei einem unteilbaren Zustand - grundsätzlich geht der FBA ja auf Wiederherstellung in natura und ist kein Geldanspruch, der einfach gequotelt werden könnte ! - eine Mitverantwortung rechtlich in Ansatz gebracht werden kann.

aa) Früher: bei nennenswertem Verschuldensbeitrag des Bürgers vollständiger Verlust des Anspruchs

- Kritik: wenig befriedigende Antwort nach dem Muster „alles oder nichts“

bb) Heute: Differenzierung (seit BVerwGE 82, 24)

- Das Gericht hält am Grundgedanken von § 254 BGB fest, erachtet jedoch den vollständigen Ausschluß des Anspruchs auf FBA bei Herstellung eines unteilbaren Zustands auch bei überwiegender Mitverantwortung des Anspruchstellers grundsätzlich (Ausnahme: unzulässige Rechtsausübung) für nicht billigenswert.
- Bei teilbarem Anspruch: Teilung nach Verantwortungsbeiträgen
- Bei unteilbarem Anspruch: Gewichtung der Verantwortungsbeiträge und entsprechende Anwendung des § 251 BGB. Insoweit bleibt unklar, ob der Anspruchsteller den FBA behält und der Verwaltung einen anteiligen Ausgleich für die Restitution zahlen muß oder ob an die Stelle des FBA ein Geldanspruch tritt und der Betroffene selbst die Wiederherstellung des rechtmäßigen Zustands besorgt. Der Hinweis auf § 251 I BGB deutet auf eine bloße Geldentschädigung hin. Das BVerwG will aber offenbar beide Wege zulassen.

98

d) Der öffentlich-rechtliche Erstattungsanspruch (vgl. Schoch, Jura 1994, S. 86)

**Der öffentlich-rechtliche Erstattungsanspruch**

**I. Funktion**

- Dem öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch kommt die Funktion zu, die Rückgewährung rechtsgrundlos erfolgter Vermögensverschiebungen zu bewerkstelligen.

## **II. Rechtsgrundlage**

### 1. Spezialgesetze wie:

- § 49 a I 1 VwVfG (NW) - zum Umfang der Erstattung beachte § 49 a II VwVfG (NW)
- § 12 II BBesG, § 87 II BBG, § 52 II BeamtVG, § 53 BRRG
- § 50 SGB X, § 20 BAföG
- § 37 II AO

### 2. Allgemein:

#### a) §§ 812 ff. BGB analog

- Gegen eine Analogie zu §§ 812 ff. BGB wird vorgebracht, daß dies die Anwendung des § 818 III BGB einschließen würde, wodurch Wertungswidersprüche mit der Ausbildung des Vertrauensschutzes im Öffentlichen Recht eintreten würden. Analogie bedeutet aber „sinnentsprechende Anwendung“, so daß in keinem Fall eine unreflektierte Heranziehung von BGB-Vorschriften präjudiziert wäre.

#### b) Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung (Art. 20 III GG)

#### c) Allgemeiner Grundsatz des Verwaltungsrechts

#### d) Gewohnheitsrecht

- Langanhaltende Übung, getragen von einer entsprechenden Rechtsüberzeugung und Formulierbarkeit der Übung als Rechtssatz liegen vor.

#### e) Beachte: Das Institut des allgemeinen öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruchs darf nicht dazu führen, daß spezielle Tatbestandsvoraussetzungen für das Entstehen öffentlich-rechtlicher Forderungen des Staates gegen den Bürger umgangen werden (vgl. VGH Mannheim, NVwZ-RR 1997, S. 123 zum Kommunalabgabenrecht).

## **III. Voraussetzungen**

### 1. Öffentlich-rechtliche Rechtsbeziehung

#### a) Abgrenzung öffentlich-rechtliche / privatrechtliche Rechtsbeziehung

- Eine Abgrenzungsschwierigkeit wird darin gesehen, daß ein nicht vorhandener Rechtsgrund weder dem Öffentlichen Recht noch dem Privatrecht zugeordnet werden könne. Daher sei für die Zuordnung auf den vermeintlichen Rechtsgrund abzustellen. Überzeugend ist das nicht. Wie auch in sonstigen Grenzfällen (z.B. Hausverbot, Widerrufsanspruch) sollte danach gefragt werden, ob die Maßnahme, um deren Rückabwicklung es geht, nach Maßgabe des Öffentlichen Rechts oder des Privatrechts vorgenommen worden ist.

b) Fehlgeleitete Leistungen

- Beispiel: die irrtümliche (Weiter-) Zahlung (z.B. von Renten- und Versorgungsbezügen, Beihilfen) nach dem Tod des ehemals Berechtigten
- Die richtige Zuordnung des Anspruchs hat Konsequenzen nicht nur für die Rechtswegfrage, sondern auch für die Zulässigkeit des Entreichungseinwands.

1. A.: Privatrechtliches Rechtsverhältnis (BVerwGE 84, 274)

- Zwischen dem Leistungsträger und dem Empfänger (Erbe des Verstorbenen) besteht kein öffentlich-rechtliches Leistungsverhältnis.

2. A.: Öffentlich-rechtliche Rechtsbeziehung (Schoch, Jura 1994, S. 82 (87))

- Die verwaltungsrechtliche Judikatur beruht auf der unzutreffenden Prämisse, der Erstattungsanspruch sei die Kehrseite des Leistungsanspruchs. Der Erbe hat in der Tat keinen öffentlich-rechtlichen Anspruch (auf Wohngeld, Rente, Beihilfe etc.). Doch darum geht es nicht. Zu beurteilen ist, ob die tatsächlich erbrachte Leistung nach Maßgabe des öffentlichen oder privaten Rechts vorgenommen worden ist. Eine Wohngeldzahlung beruht immer auf dem Wohngeldgesetz, erfolgt also auf der Grundlage öffentlich-rechtlicher Vorschriften. Diese Rechtsnatur ändert sich nicht, wenn die Zahlung zu Unrecht geschah. Die nach Maßgabe des Öffentlichen Rechts erlassene Zahlung bleibt öffentlich-rechtlich, auch wenn es sich um eine fehlgeschlagene Leistung handelt. Der Erstattungsanspruch teilt als *actus contrarius* diese Rechtsnatur.
- Gegen eine Zuständigkeit der Zivilgerichte spricht auch die größere Sachnähe der Verwaltungs- und Sozialgerichte.

2. Vermögensverschiebung (im Verhältnis Staat-Bürger und umgekehrt sowie zwischen Hoheitsträgern)

- Die Entreichung auf der einen entspricht die Bereicherung auf der anderen Seite.

3. „durch Leistung“ oder „in sonstiger Weise“

4. Ohne Rechtsgrund (VA / Vertrag / Gesetz)

- Beruht die Vermögensverschiebung auf einem VA, ist auf dessen Rechtswirksamkeit (nicht Rechtmäßigkeit) abzustellen (vgl. § 43 II VwVfG (NW)). In der Rückforderung einer zu Unrecht empfangenen Leistung wird die konkludente Aufhebung des leistungsbewilligenden VA gesehen (str.).
- Beruht die Vermögensverschiebung auf einem verwaltungsrechtlichen Vertrag, kommt es für den Erstattungsanspruch auf die Wirksamkeit des Vertrags an.
- Auf die materielle Rechtslage kommt es in den übrigen Fällen, also beim Verwaltungsrealhandeln an. Insoweit geht es zumeist um die gesetzesunmittelbar

dirigierte Auszahlung eines Geldbetrages durch die Verwaltung (Dienst- oder Versorgungsbezüge, Renten- oder Sozialhilfeleistungen etc.).

#### **IV. Inhalt- und Umfang des Erstattungsanspruchs**

##### 1. Rechtsfolge (Anspruchsinhalt)

- Der Erstattungsanspruch zielt auf die Herausgabe des Erlangten. Herauszugeben sind auch tatsächlich gezogene Nutzungen. Das können vor allem Zinsen des rechtsgrundlos erhaltenen Geldbetrages sein. Im Öffentlichen Recht gibt es nach h.M. allerdings keinen Rechtssatz, daß (Geldschulden oder) Erstattungsbeträge vom Schuldner zu verzinsen sind.

##### 2. Wegfall der Bereicherung

###### a) Beim Verwaltungsträger

- Einem rechtsgrundlos bereicherten Verwaltungsträger wird die Berufung auf den Wegfall der Bereicherung wegen des Gesetzmäßigkeitsprinzips (Art. 20 III GG) sowie im Hinblick darauf versagt, daß die Voraussetzungen für eine Entreicherung der öffentlichen Hand tatsächlich nicht vorliegen (können).

###### b) Beim Bürger

- Keine Probleme bestehen dort, wo - wie bei den spezialgesetzlich normierten Erstattungsansprüchen - positivrechtliche Aussagen zur Zulässigkeit des Entreicherungsseinwands getroffen sind (vgl. z.B. § 49 a II 2 VwVfG (NW)).
- Nach BVerwGE 71, 85 scheidet beim allgemeinen Erstattungsanspruch die Heranziehung der BGB-Vorschriften aus, da das Vertrauensschutzkonzept des öffentlichen Rechts grundsätzlich von dem der §§ 818 III ff. BGB abweicht: Der Bürger könne einen zu Unrecht erlangten Vermögensvorteil auch gegen das öffentliche Interesse aus Art. 20 III GG verteidigen, wenn - ausweislich z.B. des § 48 II VwVfG (NW) - das Vertrauen auf die Beständigkeit des Vermögensvorteils von der Rechtsordnung als schutzwürdig anerkannt werde. Damit ist die Möglichkeit des Entreicherungsseinwands durch den Bürger nicht ausgeschlossen. Erforderlich ist vielmehr eine Abwägung der gegenläufigen Interessen: Schutz des Vertrauens auf die Beständigkeit der eingetretenen Vermögenslage - Interesse der Verwaltung an der Herbeiführung eines gesetzmäßigen Zustands.
- Vorteil: Herausgabe kann auch ausscheiden, auch wenn das Erlangte noch vorhanden ist. Es muß nur das Vertrauen des Bürgers schutzwürdig sein.
- Nachteil: Im Öffentlichen Recht kann auch bereits grob fahrlässige Unkenntnis den Vertrauensschutz zerstören (vgl. § 49 a II 2 VwVfG (NW)).
- Hat der Bürger die Geldleistung aufgrund eines ihn begünstigenden VA erhalten, wird sein Vertrauen bereits bei der - vorgängigen - Aufhebung (§§ 48 II 1-3, 49 II VwVfG (NW)) des VA berücksichtigt. Ist die behördliche Aufhebung des VA zulässig, dürfte sich der Entreicherungsseinwand erledigt haben. Erfolgte die Vermögensverschiebung durch Verwaltungsrealakt, wendet die h.M. die oben erwähnten Vertrauensschutzgrundsätze des Öffentlichen Rechts an. Es wird auf

einen Entreicherungsabwehr des Begünstigten hin gefragt, ob er die Rechtsgrundlosigkeit der Vermögensverschiebung kannte oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht kannte.

3. Treu und Glauben als Anspruchsgrenze

## V. Durchsetzung des Erstattungsanspruchs

1. Geltendmachung von Erstattungsansprüchen eines Hoheitsträgers gegen den Bürger durch VA

a) Durch VA geltend gemacht? (Abgrenzung zur schlichten Zahlungsaufforderung)

b) Befugnis zur Geltendmachung durch VA

aa) Gesetzlich geregelt: § 49 a I 2 VwVfG (NW)

bb) Im übrigen streitig:

(1) Befugnis im Über- / Unterordnungsverhältnis

- Kraft Gewohnheitsrechts oder nach einem allgemeinen Grundsatz des Verwaltungsrechts ist die hoheitliche Verwaltung nach h.M. zur Erfüllung ihrer Aufgabe auch ohne ausdrückliche rechtssatzförmige Ermächtigung zum Handeln durch VA befugt.

(2) Sog. Kehrseitentheorie

- Eine durch VA gewährte Leistung darf nach Aufhebung des Leistungsbescheids nach h.M. ebenso durch VA zurückgefordert werden.
- Kritik: Zwar wurde die Leistung durch VA bewilligt, doch wurde sie genau genommen durch Realakt ausgezahlt. Anders als die Aufhebung des Leistungsbescheids, die sich als Kehrseite zur Bewilligung darstellt, kann deshalb die Rückforderung des Geldes - als Kehrseite zum Realakt Auszahlung - nach der eigenen Prämisse der Kehrseitentheorie kein VA sein.

(3) Keine Befugnis, da Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes gilt

- Titelfunktion und Bestandskraftfähigkeit des VA führen dazu, daß für die Handlungsform VA als solche eine Ermächtigungsgrundlage erforderlich ist.

2. Geltendmachung von Erstattungsansprüchen des Bürgers durch allgemeine Leistungsklage

3. Verjährung

- § 50 I, II SGB X: vier Jahre (§ 50 IV SGB X)

- Beamtenrechtliche Versorgungsansprüche: vier Jahre (§ 197 BGB analog)

- Soweit keine speziellen Regelungen vorhanden sind: 30 Jahre (§ 195 BGB analog)

### Die vorbeugende Unterlassungsklage gegen VA und Rechtsnorm

In allen Fällen ist die Unterlassungsklage „vorbeugend“; d.h. sie ist auf die Abwehr einer erst noch bevorstehenden hoheitlichen Maßnahme gerichtet - unabhängig von deren Rechtsform. Allgemeine Voraussetzung ist nur, daß sich die drohende Handlung der Behörde jedenfalls so konkret abzeichnen muß, daß sie Gegenstand eines Unterlassungsurteils sein kann.

#### I. Zulässigkeit

- Die Unterlassungsklage ist immer eine allgemeine Leistungsklage (weil eine Leistung auch in einem Unterlassen bestehen kann, vgl. § 194 BGB). Sie ist dann nicht problematisch, wenn die nachträgliche, d.h. erst nach dem Verwaltungshandeln erhobene Klage ebenfalls eine allgemeine Leistungsklage wäre; denn die Sachentscheidungsvoraussetzungen sind in beiden Fällen identisch. Zum Problem wird die Unterlassungsklage aber dann, wenn die nachträglich erhobene Klage strengerer Sachentscheidungsvoraussetzungen unterliegt (als die allgemeine Leistungsklage). Dies ist der Fall bei Anfechtungs- bzw. Verpflichtungsklagen (vgl. §§ 68 ff. VwGO) und beim Normenkontrollantrag (§ 47 VwGO). Nur in diesen Fällen spricht man von „vorbeugenden“ Unterlassungsklagen. Die Unterlassungsklage in diesen Konstellationen uneingeschränkt zuzulassen, hieße den Kläger die Möglichkeit zu geben, die besonderen Sachentscheidungsvoraussetzungen der repressiven Klage zu umgehen. Daher kann, da das einer vorbeugenden Unterlassungsklage stattgebende verwaltungsgerichtliche Urteil ein besonders gravierender Eingriff in den Funktionsbereich der Verwaltung ist, wegen des Gewaltenteilungsprinzips (Art. 20 II GG) eine vorbeugende Unterlassungsklage nur eingeschränkt zulässig sein.
1. Vorbeugende Unterlassungsklage gegen VA
    - Die Anfechtungsklage ist erst statthaft, wenn der VA erlassen, also bekanntgegeben worden ist. Da die rechtliche Wirksamkeit erst mit der Bekanntgabe eintritt (vgl. §§ 41, 43 VwVfG (NW)), reicht im Regelfall der auf Aufhebung gerichtete nachträgliche Rechtsschutz aus. Auch gegen faktische Auswirkungen des VA hilft nicht die Unterlassungsklage, sondern die Anfechtungsklage - verbunden mit der aufschiebenden Wirkung des § 80 VwGO. Die vorbeugende Unterlassungsklage gegen einen VA kann daher nur in besonderen Ausnahmefällen in Betracht kommen, insbesondere wenn die faktische Vorwirkung des VA selbst schon so erheblich ist, daß ein Abwarten der eigentlichen Entscheidung für den Kläger unzumutbar ist (z.B. Bedrohung der beruflichen Existenz durch eine angekündigte Gewerbeuntersagung). Rechtsschutz kann hier nur die vorbeugende Unterlassungsklage bieten, denn eine „vorbeugende Anfechtungsklage“ kommt nicht in Betracht, weil es noch keinen Gegenstand einer Anfechtung und möglichen Aufhebung gibt. Zu beachten ist, daß der vorbeugende Rechtsschutz in dem Maße entbehrlich wird, wie der vorläufige Rechtsschutz zuverlässig vollendete Tatsachen zu Lasten des Klägers verhindert.
  2. Vorbeugende Unterlassungsklage gegen drohende Rechtsnorm der Verwaltung
    - Bei der vorbeugenden Unterlassungsklage gegen eine drohende Rechtsnorm der Verwaltung (Satzung einschließlich Bebauungsplan, RVO usw.) gilt grundsätzlich nichts

anderes. Auch hier bestehen keine durchschlagenden Bedenken gegen die Statthaftigkeit einer vorbeugenden Unterlassungsklage. Insbesondere handelt es sich nicht um einen Eingriff in die Rechte der Legislative oder das „freie Mandat“, sondern es geht um abstrakt-generelles Verwaltungshandeln.

## II. Qualifiziertes Rechtsschutzbedürfnis beim vorbeugenden Rechtsschutz

- Richtet sich die Unterlassungsklage auf ein künftiges Tun der Verwaltung, dann gilt ganz allgemein, daß der Kläger das besondere Bedürfnis auf vorbeugenden Rechtsschutz darlegen muß. Die Voraussetzungen sind streng, weil die VwGO allgemein auf nachträglichen Rechtsschutz ausgerichtet ist. Das gilt zumal dann, wenn der vorbeugende Rechtsschutz sich gegen einen „drohenden“ VA oder eine künftige Rechtsnorm richtet. Hier tritt die belastende Wirkung in der Regel erst mit dem Erlaß ein. Überdies stellt die VwGO für den Adressaten und auch für Dritte mit dem vorläufigen Rechtsschutz ein hochdifferenziertes Instrumentarium der Risikoabgrenzung und des Schutzes vor vollendeten Tatsachen zur Verfügung, dessen Stellenwert und Vorrang durch § 80 I 2, § 80 a, aber auch durch § 47 VI VwGO zusätzlich bestätigt und ausgebaut wurde. Dagegen bedeutet der vorbeugende Rechtsschutz in diesem Fall einen Eingriff in einen noch nicht abgeschlossenen Entscheidungsvorgang der Verwaltung und ggf. eine Umgehung des Widerspruchsverfahrens. Es kommt daher grundsätzlich nur in besonders gelagerten schwerwiegenden Fällen in Betracht.
- Das ist nach der Rechtsprechung (BVerwGE 40, 323 (326)) insbesondere der Fall, wenn
  - schon im Vorfeld eines VA oder einer Rechtsnorm gravierende Eingriffe im Hinblick auf ein besonders schutzwürdiges Interesse des Klägers drohen oder durch die Behörde angedroht wurden und
  - dem Betroffenen - auch unter Berücksichtigung der für die bevorstehende Entscheidung sprechenden Belange - das Abwarten der Regelung nicht zumutbar ist und
  - wenn feststeht, daß dem Kläger durch nachträglichen Rechtsschutz (einschließlich des vorläufigen Rechtsschutzes nach §§ 80, 47 VI oder 123 VwGO) nicht geholfen werden kann.
  - Beachte: In dem Fall, daß auch die nachträgliche Klageart eine allgemeine Leistungsklage wäre, ist, da auch keine Umgehung der Zulässigkeitsvoraussetzungen droht, kein qualifiziertes Rechtsschutzbedürfnis erforderlich.

100 f) Der öffentlich-rechtliche Unterlassungsanspruch

### Der öffentlich-rechtliche Unterlassungsanspruch

#### I. Rechtsgrundlage

- vgl. FBA

#### II. Voraussetzungen

##### 1. Eingriffsobjekt

- subjektives Recht

2. Eingriff
  - a) hoheitlich
  - b) bevorstehend
3. Keine Duldungspflicht für rechtswidrigen Zustand (VA, Gesetz, insbesondere § 906 BGB, BImSchG)
4. § 254 BGB (str.)

- 101**
3. Klagebefugnis, § 42 II VwGO analog (= möglicher Anspruch)
    - 1.A.: Der für die Verpflichtungsklage als besonderer Form der Leistungsklage geltende § 42 II VwGO ist zur Vermeidung von Popularklagen analog anzuwenden (so BVerwGE 36, 192 (199)).
    - 2.A.: Es ist keine Klagebefugnis in analoger Anwendung des § 42 II VwGO zu fordern, da die Voraussetzungen für eine Analogie fehlen. Die (vermeintliche) Gesetzeslücke ist nicht planwidrig; für den Ausschluß der sog. Popularklagen sorgt bei der allgemeinen Leistungsklage die (allgemeine) Prozeßführungsbefugnis (so Schoch, Übungen, S. 212 f., 234). Diese ist wiederum nur dann nicht gegeben, wenn das durch die Klage geltend gemachte Recht dem Kläger eindeutig und offensichtlich nicht zustehen kann.
- 102**
4. Kein Widerspruchsverfahren (außer § 126 III BRRG)
  5. Keine Frist (ggf. Verwirkung)
  6. Beteiligten- und Prozeßfähigkeit, §§ 61, 62 VwGO, § 5 I AGVwGO NW
  7. Richtiger Klagegegner
    - Allgemeines Rechtsträgerprinzip (§ 78 I Nr. 1 VwGO analog)
- 103**
8. Rechtsschutzbedürfnis
    - Problemkonstellationen:
      - a) Leistungs-Vornahme-Klage (Bürger gegen Staat)
        - Vorheriger Antrag bei der Behörde erforderlich
        - Bürger hat bereits einen Vollstreckungstitel über den eingeklagten Anspruch
      - b) Leistungsklage der Behörde (vgl. oben 1. Teil, Rn. 98 zum öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch, dort unter V.)
        - Einer allgemeinen Leistungsklage fehlt jedenfalls dann nicht das Rechtsschutzbedürfnis, wenn die Behörde einen Anspruch aus Vertrag geltend macht. Insoweit besteht Einigkeit, daß sich die Verwaltung mit dem



Bürger auf die gleiche Stufe gestellt und auf eine etwaige VA-Befugnis verzichtet hat.

- Beachte: Zulässigkeit der allgemeinen Leistungsklage trotz VA-Befugnis nicht ausgeschlossen, wenn der Bürger zu erkennen gibt, daß er auf jeden Fall die Gerichtsbarkeit bemühen werde.
- c) Qualifiziertes Rechtsschutzbedürfnis beim vorbeugenden Rechtsschutz (vgl. oben 1. Teil, Rn. 99 zur vorbeugenden Unterlassungsklage)

## 104 II. Begründetheit

- Wie bei der Verpflichtungsklage ist auf den Anspruch abzustellen.

## 105 G. Allgemeine Feststellungsklage

### I. Zulässigkeit

1. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs, § 40 I 1 VwGO (s.o. A.)
2. Statthafte Klageart
  - a) § 43 I 1. Alt. VwGO

### 106 aa) Begriff des Rechtsverhältnisses

- Unter dem Begriff „Rechtsverhältnis“ sind nach h.M. die aus einem konkreten Sachverhalt aufgrund einer Rechtsnorm (des öffentlichen Rechts) sich ergebenden rechtlichen Beziehungen einer Person zu einer anderen Person oder zu einer Sache zu verstehen (so Hufen, VwPrR, § 18 Rn. 7; Kopp, VwGO, § 43 Rn. 11).
- Versteht man unter „Person“ nur Rechtssubjekte, d.h. rechtsfähige Einheiten, sind Innenrechtsverhältnisse nicht erfaßt, da dort Organwalter nur um Innenrecht streiten. Dies hätte zur Folge, daß § 43 VwGO für Kommunalverfassungsstreitigkeiten und ähnliche Organstreitigkeiten höchstens analog Anwendung finden könnte. Diese Konsequenz ziehen aber auch Anhänger der oben gegebenen Definition nicht (vgl. Hufen, VwPrR, § 21 Rn. 14; Kopp, VwGO, § 43 Rn. 11).
- Deshalb sollte man den Begriff „Rechtsverhältnis“ ganz weit als „jede rechtliche Beziehung“ verstehen (vgl. Pietzcker, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, § 43 Rn. 5).

### 107 bb) Gegenwärtigkeit erforderlich ?

- Hinreichende Konkretheit ist auch bei in der Vergangenheit liegenden, in der Gegenwart nicht mehr bestehenden Rechtsverhältnissen gegeben, wenn sich aus dem früheren Bestehen *noch* konkrete, überschaubare Auswirkungen für den Kläger ergeben können, oder aus sonstigen Gründen ein schutzwürdiges besonderes Interesse an der Klärung besteht (Kopp, VwGO, § 43 Rn. 18). Auch wenn die Anwendung der Rechtsnorm erst in der Zukunft liegt, kann ein Rechtsverhältnis sich schon konkretisiert haben. Dies ist der Fall, wenn es sich *schon* auf die Rechtsposition des Klägers auswirkt.

### 108 cc) Beteiligung des Klägers erforderlich ?

- Das Rechtsverhältnis muß nicht zwischen den Prozeßparteien bestehen; die Klage kann auch auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses zwischen dem Beklagten und einem Dritten gerichtet sein, sog. Drittrechtsverhältnisse“, sofern auch eigene Rechte des Klägers davon abhängen (vgl. dazu BVerwG, NJW 1997, S. 3257 ff.).

- 109            b)    § 43 I 2. Alt. VwGO
- aa)    Nichtig VA
- bb)    Nicht (wirksam) bekanntgebener VA ?
- Str., richtigerweise ist wohl eher § 43 I 1. Alt. VwGO einschlägig (Feststellungsklage auf Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses)
- 110            3.    Klagebefugnis (§ 42 II VwGO analog)
- a)    Bei § 43 I 2. Alt. VwGO nach ganz überwiegender Auffassung erforderlich (vgl. Hufen, VwPrR, § 18 Rn. 46)
- In der Sache richtet sich die Nichtigkeitsfeststellungsklage gegen einen belastenden VA. Auch diese Klage ist nicht Popularklage und eröffnet dem Kläger nicht die Möglichkeit der objektiven Rechtskontrolle.
- b)    Bei § 43 I 1. Alt. VwGO streitig
- aa)    § 42 II VwGO ist analog anzuwenden (vgl. BVerwG, NVwZ 1991, S. 470; OVG Münster, NwVBl. 1997, S. 232).
- Wegen des weit verstandenen Feststellungsinteresses ist die analoge Anwendung des § 42 II VwGO zur Vermeidung von Popularklagen erforderlich.
- bb)    § 42 II VwGO ist grundsätzlich (Ausnahmen im Bereich der verwaltungsprozessualen Organklagen) nicht analog anzuwenden (vgl. Hufen, VwPrR, § 18 Rn. 26 ff.).
- Es fehlt eine Regelungslücke, denn die Popularklage wird bei konsequenter Anwendung des Merkmals „konkretes Rechtsverhältnis“ und durch das Feststellungsinteresse zuverlässig ausgeschaltet.
- Auch aus der Notwendigkeit der Klagebefugnis bei Nichtigkeits- und Fortsetzungsfeststellungsklage kann nicht für alle Feststellungsklagen abgeleitet werden, § 42 II VwGO müsse analog angewandt werden, weil es hierbei gerade in der Sache um Klagen gegen einen (unwirksamen) VA geht und der Kläger insofern nicht anders gestellt ist als bei der Anfechtungsklage.
- 111            4.    Feststellungsinteresse
- a)    „Berechtigtes Interesse“ (subjektive Komponente)
- Jedes hinreichend gewichtige schutzwürdige Interesse rechtlicher, wirtschaftlicher, ideeller oder auch nur rein persönlicher Art, solange ein Orientierungsbedürfnis (= konkreter Klärungsbedarf) besteht.
- Ein solcher konkreter Klärungsbedarf ist gegeben, wenn der Kläger sein Verhalten oder seine wirtschaftlichen Dispositionen auf die Rechtslage einstellen muß, wenn er klären will, was notwendig ist, um sich in einer umstrittenen Rechtsfrage

rechtskonform zu verhalten, oder wenn er bevorstehende oder angedrohte Sanktionen - insbesondere ein Straf- oder Bußgeldverfahren - vermeiden will. Bestehen Meinungsverschiedenheiten über Rechte und Pflichten, dann besteht im allgemeinen auch das Feststellungsinteresse, weil die Dispositionsfreiheit betroffen und weil dem Kläger nicht zuzumuten ist, die Klärung der Rechtsfrage gleichsam „auf der Anklagebank“ zu erleben.

- b) „An der baldigen Feststellung“ (zeitliche Komponente)
  - Dies setzt voraus, daß das Feststellungsinteresse gerade im Zeitpunkt des Urteils besteht und daß die Feststellung keinen Aufschub duldet.

**112**      5.      Subsidiarität

- a)      § 43 II 2 VwGO (gesetzliche Einschränkung der Subsidiarität)
- b)      § 43 II 1 VwGO
  - aa)      Sinn und Zweck des Subsidiaritätsprinzips
    - (1)      Vorrang rechtsschutzintensiverer Klagearten (besondere Ausprägung des allgemeinen Rechtsschutzinteresses)
      - Ein Leistungsurteil schafft einen vollstreckbaren Titel.
      - Ein Gestaltungsurteil führt unmittelbar eine Rechtsänderung herbei.
      - Ein Feststellungsurteil deklariert nur, ist mithin grundsätzlich rechtsschutzärmer.
    - (2)      Verhinderung der Umgehung der besonderen Sachentscheidungsvoraussetzungen von Anfechtungs- und Verpflichtungsklage (insbesondere §§ 68, 74 VwGO)

**113**      bb)      Einschränkungen der Subsidiarität:

- (1)      Bei Leistungs- oder Unterlassungsklagen gegen den Staat (str.)
  - 1. A.: § 43 II VwGO findet bei Leistungs- oder Unterlassungsklagen gegen Träger öffentlicher Gewalt grundsätzlich keine Anwendung (BVerwGE 36, 179 (181)).
    - Ziel von § 43 II VwGO ist es, daß durch die Feststellungsklage die Fristen, das Vorverfahren und die sonstigen besonderen Zulässigkeitsvoraussetzungen nicht unterlaufen werden sollen. Dieser Grund trifft für die Leistungsklage (anders als für Anfechtungs- und Verpflichtungsklage) aber nicht zu.
    - Es kann davon ausgegangen werden, daß angesichts der Rechtsbindung der Verwaltung Behörden sich in der Regel rechtstreu verhalten werden, also sich auch ohne Leistungsurteil an eine gerichtlich festgestellte Rechtslage halten. Ein

Vollstreckungsdruck ist also nicht erforderlich (sog. „Ehrenmanntheorie“).

- Eine Feststellungsklage kann im Einzelfall eine Vielzahl von Leistungs- oder Unterlassungsklagen erübrigen

2. A.: Die Feststellungsklage ist auch gegenüber öffentlichen Entscheidungsträgern unzulässig, wenn eine Unterlassungs- oder Leistungsklage in Betracht kommt (Hufen, VwPrR, § 18 Rn. 11 f.)

- Die Gegenansicht unterläuft mit fragwürdigen Spekulationen über Ziele und Motive des Gesetzgebers den eindeutigen Gesetzeswortlaut.
- Ziel der Subsidiaritätsklausel ist es nicht nur, Vorverfahren und Fristeinholung zu sichern, sondern der Kläger erreicht mit der Leistungsklage auch mehr: nämlich einen vollstreckbaren und auf eine konkrete Handlung bezogenen Titel.
- Das „Rechtstreueargument“ ist so wenig überzeugend wie andere Varianten des „da nicht sein kann, was nicht sein darf“. In § 172 VwGO kommt sogar ein gewisses Mißtrauen des Gesetzgebers gegenüber der Rechtstreue der Verwaltung zum Ausdruck, indem eine Vollstreckungsmöglichkeit vorgesehen wird.

(2) Falls für Feststellungsklagen dieselben Sachentscheidungsvoraussetzungen wie für konkurrierende Klagearten gelten (str.)

- Vgl. z.B. § 126 III BRRG: wegen des zwingend durchzuführenden Widerspruchsverfahrens müssen die Fristen eingehalten werden, so daß keine Umgehung droht

(3) Falls die andere Klageart für das Rechtsschutzziel nicht oder schlechter geeignet ist (unstreitig), z.B.

- wenn der Kläger Rechte gerade ohne Rücksicht auf eine mit einer Verpflichtungsklage verfolgbare behördliche Gestattung zu haben behauptet, z.B. die beabsichtigte Handlung als erlaubnisfrei ansieht und gerade deshalb keine Ausnahmegewilligung begehrt
- wenn sonst eine Vielzahl von Anfechtungsprozessen oder sonstiger Prozesse erforderlich sein würde

(4) Falls Klage in einem anderen Rechtsweg möglich ist (sog. rechtswegübergreifende Subsidiarität), vgl. Kopp, VwGO, § 43 Rn. 26

- Kritik: Der Rechtsschutz durch das in erster Linie zuständige (sachnähere) Gericht darf nicht zugunsten des Rechtsweges zu den Gerichten anderer Gerichtszweige verkürzt werden.

**114 II. Begründetheit**

1. Die allgemeine Feststellungsklage ist begründet, wenn das vom Kläger geltend gemachte Rechtsverhältnis besteht (positive Feststellungsklage), oder wenn das verneinte Rechtsverhältnis nicht besteht (negative Feststellungsklage).
2. Die Nichtigkeitsfeststellungsklage ist begründet, wenn der VA nichtig ist. Das Urteil wirkt nur deklaratorisch.

**115 128 H. Die Normenkontrolle nach § 47 VwGO**

- Vgl. zu den Rechtsnormen der Exekutive Pieroth, JuS 1995, L 1.

**I. Zulässigkeit**

1. „Im Rahmen seiner Gerichtsbarkeit“ = Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

- Aus der Bündelungsfunktion der Normenkontrolle folgt, daß man nicht auf die Rechtsnatur der Norm abstellt, sondern danach fragt, ob für die aus der Anwendung der Norm entstehenden Einzelstreitigkeiten die Verwaltungsgerichte zuständig wären, vgl. BVerwGE 81, 128 (137), §§ 2, 40 VwGO.

=> Keine Überprüfung von Straf- und Bußgeldvorschriften, vgl. §§ 13 GVG, 68 I OWiG - VGH Mannheim, NVwZ 1991, S. 1105 (1106).

2. Zuständig ist OVG / VGH

**129 3. Statthaftigkeit (Tauglicher Prüfungsgegenstand)**

- a) Baurechtliche Satzungen (§ 47 I Nr. 1 VwGO), z.B.

- Bebauungsplan, §§ 8, 10 BauGB
- Vorhaben- und Erschließungsplan, § 12 BauGB n.F. (sog. vorhabenbezogener Bebauungsplan)
- Veränderungssperre, §§ 14, 16 BauGB
- Teilungsgenehmigungssatzung, § 19 I 1 BauGB n.F.
- Arrondierungssatzung, § 34 IV BauGB
- Erschließungssatzung, § 132 BauGB
- Sanierungssatzung, §§ 142, 162 II BauGB
- Nicht der Flächennutzungsplan (§ 5 BauGB); dieser stellt eine Rechtsnorm des Innenrechts sui generis dar (vgl. §§ 7, 8 BauGB: Selbstbindung der Gemeinde, Bindung anderer Planungsträger; über § 35 III 1 Nr. 1 BauGB n.F. nur mittelbare Außenwirkung)
- Örtliche Bauvorschriften i.S.d. § 86 BauO NW nur, soweit gemäß § 86 IV BauO NW in Bebauungsplan usw. aufgenommen

- b) Sonstige Rechtsnormen, falls durch Landesrecht (AGVwGO) bestimmt (§ 47 I Nr. 2 VwGO)

- in NRW (-), d.h. insbesondere ordnungsbehördliche Verordnungen sind nicht erfaßt. Das könnte wegen Art. 19 IV GG ein Problem darstellen. Doch garantiert diese Norm nicht eine spezielle Klageart. Für den Bürger besteht die Möglichkeit einer Inzidentprüfung. Soweit eine solche nicht gegeben ist, wird die

Rechtsschutzlücke durch eine verfassungskonforme Handhabung der Feststellungsklage nach § 43 VwGO geschlossen, die aber nicht zur allgemeinverbindlichen Nichtigkeitserklärung der fehlerhaften Satzung führt (vgl. Kopp, VwGO, § 47 Rn. 8; BVerfGE 70, 35 (56)).

- c) Tatbestandliche Existenz der Satzung
- aa) Als Grundsatz gilt, daß die Satzung zumindest erlassen sein muß. Ob die Vorschrift sofort oder erst später in Kraft tritt, ist unerheblich. Auch die Rechtmäßigkeit des Erlaßverfahrens ist nicht entscheidend, da der Bürger dies i.d.R. nicht erkennt und mit dem Vollzug der Satzung rechnen muß.
- bb) Ausnahme bei planreifen Bebauungsplanentwürfen i.S.d. § 33 BauGB ?
1. A.: Auch planreife Bebauungsplanentwürfe i.S.d. § 33 BauGB sind überprüfbar.
- Aus § 33 BauGB kann sich ein Anspruch des Bürgers auf Erteilung einer Baugenehmigung ergeben, der planreife Bebauungsplanentwurf hat somit also bereits Außenwirkung.
2. A.: Planreife Bebauungsplanentwürfe i.S.d. § 33 BauGB sind nicht überprüfbar. (h.M.)
- Im laufenden Verfahren können sich noch vielfältige Änderungen ergeben, weshalb eine vorbeugende Normenkontrolle nicht gerechtfertigt ist.
  - Die Gegenansicht gestattet es den Gerichten, in ein laufendes Normsetzungsverfahren einzugreifen, was dem Grundsatz der Gewaltenteilung widerspricht.
- cc) Überprüfbarkeit bereits aufgehobener Vorschriften (str.)
- Die Normenkontrolle bleibt nach h.L. jedenfalls dann statthaft, wenn von der Rechtsnorm noch Wirkungen ausgehen (BVerwGE 56, 172). Da hier aber keine Nichtigkeitsklärung möglich ist, handelt es sich der Sache nach um eine Fortsetzungsfeststellungsklage.

130 4. Antragsbefugnis, § 47 II VwGO

- a) Jede natürliche oder juristische Person
- (1) bis 31.12.1996: Nachteil
- (a) Feststellungsinteresse (§ 43 I VwGO) < Nachteil (§ 47 II VwGO) < subjektives Recht (§ 42 II VwGO)
- (b) Aber: tendenzielle Annäherung an § 42 II VwGO (vgl. Dürr, NVwZ 1996, S. 105 ff.; insoweit unzutreffend OVG Münster, NVwZ 1997, S. 694 (695))
- (c) Speziell für Bebauungsplan: Anknüpfung an §§ 1 V, VI, 1 a BauGB.



- (2) Seit 1.1.1997: subjektives Recht
- Streitig - und bislang vom BVerwG noch nicht geklärt - ist die Frage, ob § 47 VwGO n.F. auf bereits anhängige Verfahren anwendbar ist (dagegen VGH München, NVwZ 1997, S. 694; OVG Lüneburg, NVwZ 1997, S. 1222 f.; dafür mit überzeugender Begründung OVG Münster, NVwZ 1997, S. 694 (695); vgl. vertiefend Beckmann/Kleefisch, NVwZ 1997, S. 1193 ff.).
  - Fraglich ist, ob angesichts des nach Maßgabe der Rechtsprechung des BVerwG kaum noch wahrnehmbaren Unterschieds zwischen § 47 II 1 VwGO a.F. und § 42 II VwGO durch die Novellierung eine Änderung in der Sache eingetreten ist. Das OVG Münster meint das annehmen zu müssen, da es ein subjektives Recht auf gerechte Abwägung gemäß § 1 V, VI BauGB nicht gebe (vgl. NVwZ 1997, S. 694 (695); S. 1002). Daher soll ein nach § 47 II 1 VwGO a.F. noch antragsbefugter (lediglich) obligatorisch Berechtigter (Mieter, Pächter) nunmehr nicht mehr antragsbefugt sein (vgl. NwVBl. 1998, S. 22). Diese Rechtsprechung, die zum einen die Rechtsprechung des BVerwG zur alten Rechtslage nur unzureichend, weil selektiv verarbeitet und zudem die höchstrichterliche Rechtsprechung zum Parallelproblem im Fachplanungsrecht souverän ignoriert, ist mit dem VGH Mannheim (vgl. DVBl. 1998, S. 236 f.) abzulehnen.

131                    b)    Behörde, die die Norm bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben zu beachten hat

- Damit ist nicht die normproduzierende Behörde gemeint, denn diese hat ja einfachere Möglichkeiten, z.B. Aufhebung der Satzung (teleologische Reduktion der Vorschrift).

#### **Exkurs: Die Aufhebung von Bauleitplänen durch die Gemeinde**

Gemäß § 2 IV BauGB gelten die für die Aufstellung relevanten Vorschriften. Ein Bauleitplan kann sowohl ausdrücklich als auch konkludent durch Aufstellung eines neuen Plans aufgehoben werden. Auch nichtige Bebauungspläne sind förmlich aufzuheben, da sie einen Rechtsschein entfalten, der beseitigt werden muß. Die Aufhebung einzelner Festsetzungen des Bebauungsplanes kann durch Gewohnheitsrecht erfolgen, wenn hiervon in bestimmter Hinsicht immer wieder Ausnahmen zugelassen worden sind. Einzelne Festsetzungen des Bebauungsplanes können unter folgenden Voraussetzungen dadurch außer Kraft treten, daß sie funktionslos werden: 1. Die Verhältnisse in dem beplanten Gebiet müssen sich so sehr verändert haben, daß eine Verwirklichung der Festsetzung auf nicht absehbare Zeit ausgeschlossen ist. 2. Dies muß so offenkundig sein, daß der Bürger in die Festsetzung kein schutzwürdiges Vertrauen mehr setzen kann. Sind einzelne Festsetzungen unwirksam, so gilt § 139 BGB sinngemäß. Im Rahmen des § 215 a BauGB n.F. kann die Gemeinde fehlerhafte Bebauungspläne heilen. Ist dies nicht möglich, muß sie den Plan aufheben. Ein Verwerfungsrecht steht der Gemeinde nicht zu, dieses ist ausschließlich den Gerichten zugewiesen.

132                    5.    Rechtsschutzbedürfnis

- a) Die Möglichkeit der Inzidentkontrolle schließt das Rechtsschutzbedürfnis nicht aus.
- b) Das Rechtsschutzbedürfnis fehlt, wenn eine stattgebende Normenkontrollentscheidung den geltend gemachten Nachteil nicht beseitigen kann, vgl. §§ 47 V 3, 183 VwGO (BVerwGE 78, 85 (91 ff.)). Solange der VA zwar bestandskräftig, aber noch nicht

vollstreckt ist, ist ein Rechtsschutzbedürfnis zu bejahen. Vgl. auch die Parallelvorschrift des § 79 BVerfGG.

- c) § 47 III VwGO (zur umstrittenen dogmatischen Einordnung vgl. Hufen, VwPrR, § 19 Rn. 9)
  - Da in NRW der Bürger keine abstrakte Normenkontrolle vor dem VerfGH NW in Gang bringen kann, ist im Rahmen des § 47 VwGO auch Landesverfassungsrecht als Prüfungsmaßstab heranzuziehen. Selbst wenn sich der Antragsteller also ausschließlich auf Landesverfassungsrecht beruft, fehlt bei ihm das Rechtsschutzbedürfnis nicht.

**133** 6. Antragsfrist (§ 47 II 1 VwGO)

- Durch diese Frist wird den Verwaltungsgerichten nicht die Kompetenz zur Inzidentverwerfung genommen (Art. 19 IV GG !). Die Streitigkeiten werden sich mithin bloß verlagern, der Sinn der Normenkontrolle (Bündelungsfunktion) wird konterkariert.

**II. Beiladung (§ 65 VwGO)**

- § 65 VwGO wird von der Spezialnorm des § 47 II 3 VwGO verdrängt.

**134 III. Begründetheit**

1. Der Normenkontrollantrag ist begründet, wenn die Satzung rechtswidrig und damit nichtig ist (Nichtigkeitsdogma; zu Ausnahmen vgl. u.a. §§ 214, 215, 215 a BauGB). Dies ist der Fall, wenn sie
  - a) von der unzuständigen Stelle erlassen wurde,
  - b) einen Verfahrensfehler aufweist (soweit dieser nicht unbeachtlich ist),
  - c) wenn eine notwendige Ermächtigungsgrundlage fehlt, nicht anwendbar oder ihrerseits rechtswidrig ist,
  - d) wenn sie gegen sonstiges höherrangiges Recht verstößt.
2. Zum Charakter des § 47 VwGO als objektivem Beanstandungsverfahren, zur Teilnichtigkeit (vgl. dazu BVerwG, NVwZ 1997, S. 896 (897): Bestätigung der bisherigen Rechtsprechung unter Bezugnahme auf BVerwG, NVwZ 1990, S. 157; 1991, S. 778; 1994, S. 272) sowie zum Nichtigkeitsdogma vgl. 2. Teil, VwR BT, 4. Kapitel, C. II.

**135 IV. Entscheidung des Gerichts**

- Gemäß § 47 V 4 VwGO n.F. erklärt das OVG die Satzung oder Rechtsverordnung bis zur Behebung der Mängel für nicht wirksam, wenn festgestellte Mängel einer Satzung oder einer Rechtsverordnung, die nach den Vorschriften des BauGB erlassen worden sind, durch ein ergänzendes Verfahren i.S.d. § 215 a BauGB behoben werden können.

**136 V. Vorläufiger Rechtsschutz (§ 47 VI VwGO)**

- Die Entscheidung des Gerichts über den Erlaß einer einstweiligen Anordnung ergeht aufgrund einer Abwägung zwischen den Folgen, die eintreten, wenn die Anordnung verweigert wird, die

Vorschrift aber nichtig ist und den Folgen, die eintreten, wenn die Anordnung erlassen wird, die Vorschrift aber wirksam ist (sog. Doppelhypothese; vgl. OVG Münster, NVwZ 1997, S. 923 f., wonach sich die Maßstäbe „weitgehend“ mit jenen des § 32 BVerfGG decken).

- Entscheidend sind die Erfolgsaussichten in der Hauptsache (vgl. die Ausführungen zu § 123 VwGO unter K. II., der zwar nicht entsprechend angewandt wird, aber sinngemäß auch hier gilt).

**137 I. Antrag nach § 80 V VwGO**

**I. Zulässigkeit**

1. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs (vgl. oben 1. Teil, A.)
2. Ordnungsgemäßer Antrag, §§ 80 V 1, 81 f. VwGO (analog)
  - Das VG ist analog § 88 VwGO nicht an den formulierten Antrag gebunden. Ein unzutreffend formulierter Eilantrag ist unschädlich. Ein auf die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes gerichtetes Begehren ist vielmehr nach seinem erkennbaren Zweck auszulegen und ein unter Bezugnahme auf § 80 V 1 VwGO formulierter Antrag unter Umständen in einen solchen nach § 123 I VwGO umzudeuten.

**138 3. Statthafte Antragsart, vgl. § 123 V VwGO**

- a) Belastender VA (§§ 80 V 1, 80 I 1, 68 I VwGO)
  - aa) Faustformel: Hauptsacherechtsschutz als Anfechtungsklage
  - bb) Sonderfälle
    - §§ 80 V 3, 113 I 2 VwGO
    - § 69 III, II AuslG
    - Bei Nichtbeachtung eines § 80 V VwGO-Beschlusses durch Behörde einstweiliger Rechtsschutz nach § 123 I VwGO.

**139 b) Keine aufschiebende Wirkung des Rechtsbehelfs**

- aa) § 80 II 1 Nr. 1 VwGO: öffentliche Abgaben und Kosten
  - Die Regelung soll vor allem sicherstellen, daß die Finanzierung notwendiger öffentlicher Aufgaben, d.h. die Solidität und Berechenbarkeit der Haushaltsführung nicht gefährdet wird. Daher ist sie einschlägig für alle Abgaben, die eine Finanzierungsfunktion erfüllen (BVerwG, DVBl. 1993, S. 441 und jüngst OVG Münster, DVBl. 1998, S. 239 f.).
- bb) § 80 II 1 Nr. 2 VwGO: unaufschiebbare polizeiliche Anordnungen und Maßnahmen
  - Die Bestimmung betrifft nur Verwaltungsakte der polizeilichen Vollzugsbeamten (Polizei im institutionellen Sinne), nicht der Ordnungsbehörden. Wegen Funktionsgleichheit ist Nr. 2 analog auch auf einen durch VA verfügten sog. Smog-Alarm, auf Verkehrsregelungen durch Verkehrsampeln oder Verkehrszeichen anzuwenden, denn die von Verkehrszeichen ausgehenden Gebote / Verbote seien prinzipiell nicht von Maßnahmen eines Polizeivollzugsbeamten zu unterscheiden (Funktionsidentität - vgl. BVerwG, NJW 1978, S. 656 f.; OVG Münster, NJW 1969, S. 765). Dies soll bemerkenswerterweise auch für die Entfernung des Verkehrszeichens als actus contrarius gelten, denn auch diese sei ein

Eingriff in eine zuvor gegebene verkehrsrechtliche Situation mit einer Vielzahl potentieller Adressaten, so daß beide Konstellationen gleichzubehandeln seien (OVG Münster, NJW 1998, S. 329).

- cc) § 80 II 1 Nr. 3 VwGO: in den durch Bundesgesetz oder für Landesrecht durch Landesgesetz vorgeschriebenen Fällen
- (1) § 212 a I BauGB n.F.
- Widerspruch und Anfechtungsklage eines Dritten gegen die bauaufsichtliche Zulassung eines Vorhabens haben keine aufschiebende Wirkung !
  - Diese Regelung, durch die der Sofortvollzug jeder Bauungs- und Baugenehmigung zur allgemeinen Regel erklärt wird, ist verfassungsrechtlich nicht unproblematisch, da ein allgemeiner Sofortvollzug baurechtlicher Genehmigungen gegen den Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes in Art. 19 IV GG verstoßen dürfte.
- (2) § 8 AGVwGO NW
- (3) § 35 I 1 WehrPflG
- dd) § 80 II 1 Nr. 4 VwGO
- Die gesetzlichen Voraussetzungen des § 80 II 1 Nr. 4 VwGO sind mit stillschweigendem Verhalten (z.B. der Aushändigung einer Baugenehmigung an den Bauherrn) nicht zu erfüllen (vgl. Pietzner/Ronellenfisch, Assessorexamen im Öffentlichen Recht, § 55 Rn. 35; a.A. OVG Lüneburg, DVBl. 1977, S. 733); vielmehr muß die sofortige Vollziehung besonders angeordnet sein. Gegen die Bejahung einer konkludenten Vollziehungsanordnung spricht § 80 III 1 VwGO, wonach das besondere Interesse an der sofortigen Vollziehung des VA schriftlich zu begründen ist.
- ee) § 80 II 2 VwGO (Maßnahmen der Verwaltungsvollstreckung)
- Die Geltendmachung von Vollstreckungskosten ist nach h.M. kein Fall des § 80 II 1 Nr. 2 VwGO, da Maßnahmen der Verwaltungsvollstreckung der zwangsweisen Durchsetzung des VA dienen und damit Beugecharakter haben. Zwar kann auch der (vorherigen) Anforderung der (voraussichtlich entstehenden) Kosten der Verwaltungsvollstreckung realistischere Weise eine beugende Wirkung nicht ganz abgesprochen werden, gleichwohl ist die Kostenanforderung kein selbständiges Zwangsmittel; sie dient nicht *unmittelbar* der Vollstreckung und ist im übrigen für die rechtmäßige Durchführung der Vollstreckung nicht erforderlich (vgl. VGH Mannheim, VBIBW 1996, S. 262; OVG Münster, DÖV 1983, S. 990; a.A. Finkelnburg/Jank, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren, 3. Aufl. 1986, Rn. 573 unter Bezugnahme auf VGH Kassel, ESVGH 32, 255).

**Der sog. „faktische Vollzug“**

Eine konkludente Anordnung der sofortigen Vollziehung ist nicht möglich (arg.: § 80 III VwGO; VGH Mannheim, NVwZ 1995, S. 813). Für eine Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung gem. § 80 V 1 VwGO ist aber kein Raum, wenn sie bereits kraft Gesetzes (§ 80 I VwGO) besteht. Wenn sich die Behörde oder ein durch VA begünstigter Dritter über eine bestehende aufschiebende Wirkung hinwegsetzen wollen oder bereits hinweggesetzt haben, hat der Betroffene deshalb (nur) folgende Rechtsschutzmöglichkeiten:

**I. Die Behörde hat den VA noch nicht vollzogen, der Vollzug droht aber, weil die Behörde meint, der Widerspruch habe keine aufschiebende Wirkung: Antrag auf Feststellung der aufschiebenden Wirkung des Rechtsmittels (§ 80 V 1 VwGO analog)**

- Eine Analogie kommt nur in Betracht, wenn eine Regelungslücke vorliegt, die eine planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes darstellt. Diese Voraussetzung wäre zu verneinen, wenn die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes im Wege der einstweiligen Anordnung zu erfolgen hätte. Dies bestimmt sich ausschließlich nach § 123 V VwGO. Es geht um vorläufigen Rechtsschutz gegen einen VA. Gem. § 123 V VwGO sind die Regelungen zur einstweiligen Anordnung daher nicht anwendbar. Scheidet aber verwaltungsgerichtlicher vorläufiger Rechtsschutz nach § 123 I VwGO aus, kommt § 80 V VwGO für die Rechtsschutzgewährung in Betracht. Diese Vorschrift sieht eine gerichtliche Feststellung nicht vor, weist also eine Regelungslücke auf. Angesichts der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 IV 1 GG ist diese auch als planwidrig zu erachten. Eine Analogie setzt ferner eine vergleichbare Interessenlage zwischen dem gesetzlich geregelten und dem nicht geregelten Fall voraus. Hätte die Verwaltung gesetzeskonform die sofortige Vollziehung des VA zugelassen, also eine Anordnung gem. § 80 II 1 Nr. 4 VwGO getroffen, hätte der Betroffene gem. § 80 V 1 VwGO Rechtsschutz begehren können. Der Rechtsschutzsuchende darf jedoch nicht schlechter gestellt werden, wenn sein gesetzlich durch die aufschiebende Wirkung angeordneter Schutz (§ 80 I VwGO) mißachtet wird. Eine vergleichbare Interessenlage i.S.d. Analogie liegt demnach vor, so daß jedenfalls bei der behördlichen Mißachtung der aufschiebenden Wirkung vorläufiger Rechtsschutz nach § 80 V VwGO zu gewähren ist (BayVGH, NJW 1983, S. 835 (836); VGH Mannheim, NVwZ-RR 1991, S. 176).
- Diese Argumentation ist m.E. nicht haltbar. Zunächst kann es - methodisch betrachtet - nicht um eine Analogie gehen (Rechtsfolge des § 80 V 1 VwGO ist ja die Anordnung bzw. Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung, nicht aber deren Feststellung), sondern (allenfalls) um eine (verfassungsrechtlich fundierte) teleologische Extension. Des weiteren fehlt es bereits an der (planwidrigen) Lücke, denn § 123 V VwGO spricht von den Fällen der §§ 80, 80 a VwGO und kann damit nur die *gesetzlich geregelten* Fälle meinen. Schließlich fehlt es an der Interessengleichheit, denn die Maßstäbe für die Begründetheit des Antrags sind grundverschieden. Ein Antrag auf Anordnung bzw. Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ist gemäß § 80 IV VwGO analog begründet, wenn der angegriffene VA rechtswidrig ist. Dies richtet sich (allein) nach dem materiellen Recht. Ein Antrag auf Feststellung der aufschiebenden Wirkung ist aber (schon) dann begründet, wenn die Voraussetzungen des § 80 I VwGO gegeben, die des § 80 II VwGO nicht gegeben sind. Das materielle Recht spielt dafür keine Rolle.

**II. Die Behörde hat den VA bereits vollzogen: Antrag gem. § 80 V 3 VwGO analog**

- Wird ein VA unter Mißachtung der aufschiebenden Wirkung des Rechtsbehelfs vollzogen, ist wegen der im wesentlichen gleichen Interessenlage § 80 V 3 VwGO analog anwendbar; die Behörde könnte sonst nämlich § 80 VwGO dadurch umgehen, daß sie ohne vorherige Anordnung der sofortigen Vollziehung vollzieht und den Bürger damit der im Vergleich zum Rechtsschutz nach § 123 VwGO günstigeren Rechtsschutzmöglichkeit nach § 80 VwGO beraubt. Die Vollziehungsmaßnahmen sind rückgängig zu machen.

141

- c) Einlegung des Rechtsbehelfs
  - aa) Für Anfechtungsklage unstreitig nicht erforderlich, vgl. § 80 V 2 VwGO
  - bb) Für Antrag nach § 80 a VwGO unstreitig erforderlich, vgl. Wortlaut „Legt ein Dritter ...“
  - cc) Für Widerspruch bei § 80 V VwGO streitig

**Erforderlichkeit der vorherigen Erhebung eines Widerspruchs als Voraussetzung der Statthaftigkeit eines Antrags nach § 80 V VwGO**

1. A.: Die vorherige Einlegung des Widerspruchs ist erforderlich (OVG Münster, NJW 1975, S. 794; OVG Koblenz, NJW 1995, S. 1043).

- Die Wiederherstellung oder Feststellung der aufschiebenden Wirkung setzt begriffsnotwendig einen den Suspensiveffekt bewirkenden Rechtsbehelf voraus.
- Bestätigt wird dies durch einen Gegenschluß aus § 80 V 2 VwGO. Danach ist der Rechtsschutzantrag lediglich bereits vor Erhebung der Anfechtungsklage zulässig, nicht also auch vor der Einlegung des Widerspruchs.
- Vom Gesetzgeber dürfen prozessuale Zulässigkeitsvoraussetzungen für einen Rechtsbehelf aufgestellt werden, ohne daß damit zugleich gegen Art. 19 IV GG verstoßen wäre.

2. A.: Die vorherige Einlegung des Widerspruchs ist entbehrlich. § 80 V VwGO ist für vorher gestellte Anträge zumindest analog anwendbar (Kopp, VwGO, § 80 Rn. 96).

- Art. 19 IV GG spricht gegen eine derartige Sachentscheidungsvoraussetzung, weil andernfalls die Rechtsbehelfsfrist (§ 70 I 1 bzw. § 74 I VwGO), die auch eine dem Bürger zugute kommende Überlegungs- und Vorbereitungsfrist darstellt, unzumutbar verkürzt werden könnte.
- Ausdrücklich schreibt das Gesetz die vorherige Einlegung des Widerspruchs nicht vor. § 80 V 2 VwGO ist analog anzuwenden. Diese Vorschrift zeigt, daß der Gesetzgeber im Rahmen des § 80 VwGO eine Vorverlagerung gerichtlichen Rechtsschutzes gewünscht hat. Auch § 123 I VwGO zeigt, daß vorläufiger Rechtsschutz nicht erst dann einsetzt, wenn auch ein Rechtsbehelf in der Sache eingelegt ist.

142

- 4. Antragsbefugnis, § 42 II VwGO analog
  - Diese Voraussetzung ist in § 80 V VwGO nicht ausdrücklich normiert. Angesichts der Bezogenheit des vorläufigen Rechtsschutzes auf den Hauptsacherechtsschutz kann jener

Rechtsschutz nicht weiter reichen als dieser. Folglich muß entsprechend § 42 II VwGO im Verfahren nach § 80 V VwGO die Antragsbefugnis gegeben sein.

- Antragsbefugt ist zunächst jeder, der durch die Anordnung der sofortigen Vollziehung eines VA rechtlich betroffen ist. In den Fällen des sog. faktischen Vollzugs ist ferner antragsbefugt, wer klagebefugt wäre. Der Betroffene kann dann i.S.d. § 42 II VwGO geltend machen, durch den dem Dritten gewährten VA in seinen Rechten verletzt zu sein, wenn er sich auf eine ihn schützende Rechtsvorschrift berufen kann und der VA möglicherweise rechtswidrig ist.

**143**      5.    Beteiligten- und Prozeßfähigkeit

- §§ 61 f. VwGO, 5 I AGVwGO NW

**144**      6.    Antragsgegner (§ 78 I Nr. 2 VwGO i.V.m. § 5 II AGVwGO NW analog)

- a)    Ausgangsbehörde, wenn diese Sofortvollzug angeordnet hat

- b)    Streitig, wenn erst Widerspruchsbehörde Sofortvollzug anordnet

1. A.: Ausgangsbehörde (VGH Mannheim, NVwZ 1995, S. 1220 (1221); VGH Kassel, NVwZ 1990, S. 677)

- § 79 I Nr. 1 VwGO

2. A.: Widerspruchsbehörde (OVG Münster, NJW 1995, S. 2242)

- Verfahrensgegner muß diejenige Behörde sein, der das streitige Verwaltungshandeln zuzurechnen ist

- c)    Faktischer Vollzug durch Drittbegünstigten

1. A.: Eilantrag ist gegen den rechtswidrig vorgehenden Begünstigten zu richten (Peters, DÖV 1965, S. 744 (751)).

2. A.: Antragsgegner ist die den VA erlassende Behörde (VGH Kassel, NVwZ 1991, S. 592 f.; Kopp, JuS 1983, S. 673 (678)).

- Das öffentlich-rechtliche Rechtsverhältnis besteht nur zwischen dem Betroffenen und der Verwaltung.

**145**      7.    Frist

- Nur in den spezialgesetzlich geregelten Fällen (Beispiel: § 36 III 1 AsylVfG). § 74 VwGO greift nicht, da es nicht um den Schutz der Bestandskraft geht.

- Beachte: Da der vorläufige Rechtsschutz nicht weitergehen kann als der Hauptsacherechtsschutz, fehlt dem Antragsteller bei Bestandskraft des VA das Rechtsschutzbedürfnis.

- Beachte: § 58 II VwGO (streitig, ob anwendbar, wenn kein ausdrücklicher Verweis in Spezialvorschrift, so wie z.B. in § 36 III 3 AsylVfG, vorhanden ist)



- 146 8. Zuständiges Gericht, § 80 V 1 VwGO
- Gericht der Hauptsache, d.h. dasjenige Gericht, bei dem die Sache schon anhängig ist bzw. anhängig zu machen wäre (vgl. §§ 45, 52 VwGO, § 1 II AGVwGO NW); das kann zuweilen auch das BVerwG sein (vgl. BVerwG, NVwZ 1997, S. 499).
- 147 9. Rechtsschutzbedürfnis
- a) Fehlendes Rechtsschutzbedürfnis bei unterbliebener vorheriger Antragstellung bei der Behörde

**Fehlendes Rechtsschutzbedürfnis bei unterbliebener vorheriger Antragstellung bei der Behörde**

1. A.: Der Antragsteller muß sich zunächst grundsätzlich mit einem Aussetzungsantrag an die Ausgangs- oder Widerspruchsbehörde gewendet haben (vgl. VGH München, NVwZ 1992, S. 990).
- Dies ist der einfachere, billigere und schnellere Weg, das Rechtsschutzziel zu erreichen.
  - Aus § 80 VI 1 VwGO läßt sich ein genereller Vorrang der behördlichen Entscheidung und damit ein Zulassungshindernis für den gerichtlichen Rechtsschutz ableiten.
2. A.: Das Verwaltungsgericht kann unmittelbar angerufen werden (Schoch, Übungen, S. 305; Hufen, VwPrR, § 32 Rn. 37).
- § 80 VI VwGO regelt enumerativ und abschließend, in welchen Fällen vorläufiger Rechtsschutz zunächst bei der Verwaltung zu beantragen ist. Zudem spricht schon die Eilbedürftigkeit des Verfahrens für die Zulässigkeit einer unmittelbaren Anrufung des Gerichts.
  - Noch klarer ist das Rechtsschutzbedürfnis für die gerichtliche Entscheidung, wenn die Behörde selbst den Sofortvollzug angeordnet hat. Dann ist es grundsätzlich unzulässig, unter dem Stichwort „Rechtsschutzbedürfnis“ eine Art „Vorverfahren im vorläufigen Rechtsschutz“ einzuführen, bevor das Gericht mit der Sache befaßt werden kann.

- 148 b) Sonstiges
- aa) Konkrete Umstände des Einzelfalls
    - Das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis kann zu verneinen sein, wenn die zuständige Verwaltungsbehörde verbindlich erklärt, Vollzugshandlungen bis zur Entscheidung in der Hauptsache nicht vorzunehmen oder vornehmen zu lassen.
  - bb) Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis bei bloßem Feststellungsantrag gem. § 80 V 1 VwGO analog in den Fällen des sog. faktischen Vollzugs durch Drittbegünstigten
    - Die Behörde würde aufgrund ihrer Gesetzesgebundenheit (Art. 20 III GG) und Gesetzestreue bei einem begründeten Eilantrag des Betroffenen gegenüber dem begünstigten Dritten einschreiten, falls dieser weiter von seiner Genehmigung Gebrauch machen würde.

**149 II. Begründetheit**

1. Überprüfung der formellen Rechtmäßigkeit der Anordnung des Sofortvollzuges in Fällen des § 80 II 1 Nr. 4 VwGO
  - a) Zuständige Behörde
    - im Widerspruchsverfahren str.
  - b) Anhörung nach § 28 I VwVfG (NW) (analog), streitig

**Erforderlichkeit einer nochmaligen Anhörung vor Anordnung der sofortigen Vollziehung**

**I. § 28 I VwVfG (NW) ist direkt anwendbar, wenn Anordnung der sofortigen Vollziehung einen VA darstellt**

1. A.: Die Anordnung stellt einen (Verfahrens-)VA dar. (Kopp, VwGO, § 80 Rn. 64 b; Ganter, DÖV 1984, S. 970)
  - Mit der Anordnung der sofortigen Vollziehung wird von einer Behörde eine Maßnahme auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts getroffen, die einen einzelnen Fall eines Privatmannes regelnd (Rechtsfolge ist sofortige Vollstreckbarkeit des zu vollziehenden VA) betrifft. Man kann daher jedes einzelne Tatbestandsmerkmal der Legaldefinition bejahen.
2. A.: Die Anordnung ist kein VA, sondern eine bloße Nebenentscheidung zum VA (vgl. Schoch, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, § 80 Rn. 140).
  - Eine Maßnahme muß, um VA zu sein, eine abschließende Regelung am Ende eines Verwaltungsverfahrens darstellen (§ 9 VwVfG (NW)). Dies ist die Anordnung der sofortigen Vollziehung aber nicht. Im übrigen ist unter Regelung i.S. des § 35 VwVfG (NW) nur eine Sachregelung zu verstehen (Anmerkung: Widerspruch zur dogmatischen Einordnung der sog. wiederholenden Verfügung als VA durch die h.M., die voraussetzt, daß ein VA nicht unbedingt eine Sachregelung enthalten muß (vgl. B. I. 2. a) cc) (3) (g)).
  - Gegen die Anordnung der sofortigen Vollziehung müßte man, wenn sie ein VA wäre, Widerspruch einlegen können. Das ist aber nicht der Fall, da sonst § 80 II 1 Nr. 4 VwGO leerliefe.
  - Mangels Anfechtungsfrist (Anträge nach § 80 V VwGO sind grundsätzlich unbefristet zulässig) kann die Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit nicht bestandskräftig werden. Die Bestandskraftfähigkeit stellt aber ein entscheidendes Charakteristikum des VA dar (vgl. Schoch, a.a.O., Rn. 182).
  - Damit eine Maßnahme VA ist, darf sie nur unter bestimmten Bedingungen (§§ 48 f. VwVfG (NW)) abänderbar und aufhebbar sein. Die Anordnung der sofortigen Vollziehung kann demgegenüber von der Erlaßbehörde jederzeit aufgehoben oder abgeändert werden.

**II. Analoge Anwendung des § 28 I VwVfG (NW) auf die Anordnung der sofortigen Vollziehung ?**

1. A.: Eine Analogie ist zu bejahen (vgl. Kopp, VwGO, § 80 Rn. 64 b)). Umstritten sind die Konsequenzen der Verletzung einer Anhörungspflicht. Nach einer Auffassung soll diese immer zur Aufhebung der Anordnung der sofortigen Vollziehung führen, während sie von anderen als unschädlich erachtet wird, weil der Betroffene auch im Verfahren nach § 80 V VwGO noch alles vorbringen könne und das Gericht alles einschlägige Vorbringen noch berücksichtigen könne.

- Es geht um elementare, durch Art. 19 IV GG sowie ggfls. durch die in der Sache betroffenen Grundrechte geschützte Rechtsschutzinteressen.

2. A.: Eine Analogie ist abzulehnen (VGH Mannheim, NVwZ 1991, S. 491 (492)).

- § 80 III VwGO enthält insofern eine eigene abschließende Regelung, die auch mit dem Rechtsstaatsprinzip vereinbar ist (VGH Mannheim, NVwZ 1995, S. 292 (293); OVG Münster, BauR 1995, S. 69).
- Es fehlt zudem an der Interessengleichheit. Schließlich hat der Betroffene oftmals schon einen belastenden VA erhalten, weshalb ihn die Anordnung der sofortigen Vollziehung nicht überraschen wird (OVG Koblenz, NVwZ 1988, S. 748).

150

c) Begründung gemäß § 80 III VwGO

aa) Sinn des § 80 III VwGO

- Schutzfunktion für den Bürger: Dieser soll erkennen können, ob ein Antrag nach § 80 V VwGO Aussicht auf Erfolg hat.
- Kontrollfunktion: Das nach § 80 V VwGO angerufene Gericht soll die Erwägungen der Behörde hinsichtlich der Sofortvollzugsanordnung überprüfen können.
- Warnfunktion für Behörde: Dieser soll der Ausnahmecharakter der Sofortvollzugsanordnung vor Augen geführt werden und sie veranlassen, mit besonderer Sorgfalt zu prüfen, ob tatsächlich ein überwiegendes Vollzugsinteresse den Ausschluß der aufschiebenden Wirkung erfordert.

bb) Anforderungen

- Erforderlich ist eine auf den konkreten Einzelfall abgestellte und nicht lediglich „formelhafte“ schriftliche Begründung des besonderen öffentlichen Interesses an der sofortigen Vollziehbarkeit.
- Zwar kann die Anordnung der sofortigen Vollziehung grundsätzlich nicht mit der Rechtmäßigkeit des VA, d.h. dem Erlaßinteresse begründet werden. Dies auch dann nicht, wenn der VA offensichtlich rechtmäßig sein sollte (vgl. VGH Mannheim, VBIBW 1996, S. 297 (298)). Vielmehr ist nach dem Normtext des § 80 III, II 1 Nr. 4 VwGO zu begründen, inwieweit ausnahmsweise ein darüberhinausgehendes besonderes Vollzugsinteresse, d.h. Dringlichkeitsinteresse besteht. Setzt allerdings bereits der Erlaß des VA die besondere Dringlichkeit der Maßnahme voraus (z.B. eine „unmittelbare Gefahr“), so kann regelmäßig hinsichtlich der Begründung des

Sofortvollzugs auf die Begründung des VA verwiesen werden (vgl. bereits OVG Hamburg, GewArch 1982, S. 384; VGH Mannheim, NVwZ 1985, S. 58; OVG Münster, DÖV 1980, S. 527 und jüngst NJW 1997, S. 1569).

- Eine inhaltlich unzutreffende Begründung schadet nicht.

cc) Heilung ?

- Die Begründung kann angesichts des Zwecks der Begründungspflicht, die Behörde zu zwingen, die gebotenen Überlegungen und Abwägungen vor Erlaß der Anordnung der sofortigen Vollziehung vorzunehmen, nicht nachgeschoben werden (Hufen, VwPrR, § 32 Rn. 18, str., die a.A. verweist auf § 45 I Nr. 2, II VwVfG (NW)).

151

dd) Rechtsfolge bei Rechtswidrigkeit

1. A.: Aufhebung der Sofortvollzugsanordnung (VGH Mannheim, GewArch 1993, S. 81 (83); OVG Münster, NwVBl. 1994, S. 424 (425))

- Der Behörde wäre sonst durch eine (rechtskräftige) gerichtlich verfügte Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung die Möglichkeit genommen, den Fehler durch eine erneute fehlerfreie Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit zu beheben (obwohl sie inhaltlich korrekt gehandelt hat). Es bliebe nur der Ausweg des § 80 VII VwGO.

2. A.: Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung (OVG Magdeburg, LKV 1994, S. 295; OVG Schleswig, NVwZ 1992, S. 688 (690))

- Die Entscheidungsbefugnis nach § 80 V VwGO deckt keine Entscheidung dieses Inhalts.
- Die Rechtskraft des Beschlusses, der die aufschiebende Wirkung wiederherstellt, beschränkt sich auf diese formelle Frage. Die Behörde darf deshalb eine neue Sofortvollzugsanordnung erlassen.

152

2. Materiellrechtliche Prüfung (hiermit ist anzufangen, wenn ein Fall des § 80 II 1 Nr. 1-3 VwGO vorliegt)

- a) Keine normativen Vorgaben
- b) Interessenabwägung des Gerichts (h.M.): Abwägung zwischen Suspensivinteresse (= Aufschubinteresse) und Vollzugsinteresse

Leitender Gesichtspunkt: Rechtmäßigkeit / Rechtswidrigkeit des VA, denn:

- Ein öffentliches Interesse an der Vollziehung eines rechtswidrigen VA kann schon aus rechtsstaatlichen Gründen (Art. 20 III GG) nicht bestehen.

153

aa) Fälle des § 80 V 1 1. Alt., II 1 Nrn. 1-3 VwGO

Allein maßgebend sind insoweit die Erfolgsaussichten in der Hauptsache, wobei § 80 IV 3 VwGO (zweifach analog: 1. Analogie: Behörde, 2. Analogie: Geltung nur für Abgaben und Kosten) den Ansatzpunkt bildet. Ernstliche Zweifel (+), wenn

- VA offensichtlich rechtswidrig (Evidenz),
- VA sicher rechtswidrig (nach eingehender Prüfung),
- streitig, wenn die Wahrscheinlichkeit, daß der VA rechtswidrig ist, nicht mehr als 50 % beträgt (non liquet). Kontrollfragen (sog. Doppelhypothese):
  - Was wäre, wenn die Entscheidung sofort vollzogen würde, die Klage aber letztlich erfolgreich bliebe ?
  - Was wäre, wenn die aufschiebende Wirkung wiederhergestellt würde, die Klage sich aber als unbegründet erwies ?
- In den Fällen des § 80 II 1 Nr. 1-3 VwGO findet keine gesonderte Dringlichkeitsprüfung statt, da der Gesetzgeber die besondere Dringlichkeit schon ausdrücklich festgelegt hat.

154

bb) Fälle des § 80 V 1 2. Alt, II 1 Nr. 4 VwGO

(1) Erfolgsaussichten in der Hauptsache maßgebend (wohl auch § 80 IV 3 VwGO (analog) als Ansatzpunkt)

(2) Dringlichkeitsinteresse zusätzlich erforderlich (str.)

1. A.: Nein (so früher h.M.)

- Durch die sofortige Vollziehung eines offensichtlich rechtmäßigen VA entsteht dem Bürger kein Schaden.

2. A.: Ja (BVerfG, NVwZ 1996, S. 58 (60); OVG Mecklenburg-Vorpommern, NVwZ 1995, S. 608; implizit jetzt auch BVerfG, NVwZ 1997, S. 499 (501))

- Die Behörde, die den Sofortvollzug anordnen will, kann dies nicht allein deshalb machen, weil der VA rechtmäßig ist. § 80 II 1 Nr. 4 VwGO verlangt ein besonderes Dringlichkeitsinteresse. Dieser für die Behörde geltende Maßstab muß auch für die Ermessensentscheidung des Gerichts maßgeblich sein (Identität von Bindungs- und Kontrollmaßstab).

155

c) Sonderproblem: Heilung eines Anhörungsmangels gem. § 45 I Nr. 3 VwVfG (NW) im verwaltungsgerichtlichen Eilverfahren ? (vgl. Schoch, NVwZ 1983, S. 249 (255 ff.))

**Heilung eines Anhörungsmangels gem. § 45 I Nr. 3 VwVfG (NW) im verwaltungsgerichtlichen Eilverfahren**

Das Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes nach § 80 V VwGO kann noch vor Abschluß des Widerspruchsverfahrens betrieben werden. Im Falle unterlassener Anhörung ist der VA wegen Verstoßes gegen § 28 I VwVfG (NW) offensichtlich rechtswidrig. Es stellt sich nunmehr die Frage, ob die Anhörung mit heilender Wirkung auch im verwaltungsgerichtlichen Eilverfahren nachgeholt werden kann oder ob sich die Behörde auf das noch andauernde Vorverfahren bzw. auf eine Nachholung durch die Ausgangsbehörde verweisen lassen muß.

**I. Verhältnis zwischen § 80 II 1 Nr. 4 VwGO und § 28 II Nr. 1 VwVfG (NW)**

- Die Problematik stellt sich nicht, wenn die Behörde von der Anhörung absehen durfte. In diesem Fall gibt es nichts Versäumtes nachzuholen. Oftmals (nicht zwingend) wird zwischen § 28 II Nr. 1 VwVfG (NW) und § 80 II 1 Nr. 4 VwGO eine inhaltliche Kongruenz mit der Folge bestehen, daß dann, wenn ein Eilverfahren nach § 80 V VwGO wegen Wegfalls der aufschiebenden Wirkung gem. § 80 II 1 Nr. 4 VwGO angestrengt worden ist, zugleich der Ausnahmefall des § 28 II Nr. 1 VwVfG (NW) gegeben ist.

**II. Kann der Verfahrensfehler auch im verwaltungsgerichtlichen Eilverfahren geheilt werden oder muß die „erforderliche Anhörung“ von der Verwaltungsbehörde - grundsätzlich außerhalb des gerichtlichen Eilverfahrens - nachgeholt werden ?**

1. A.: Es genügt, wenn dem Betroffenen Gelegenheit gegeben wird, sich im Zuge eines Verfahrens nach § 80 V VwGO zu den maßgebenden Tatsachen zu äußern. Allerdings ist es erforderlich, daß auch die zuständige Verwaltungsbehörde und nicht etwa nur das Gericht die Stellungnahme des Betroffenen zur Kenntnis nimmt, sich mit ihr auseinandersetzt und entscheidet, ob sie an ihrer früheren Entscheidung festhalten will oder nicht.
  - Ratio des § 45 VwVfG (NW) steht einer nachträglichen Anhörung mit heilender Wirkung im verwaltungsgerichtlichen Eilverfahren nicht entgegen.
  - Gegenansicht begegnet dem Vorwurf „unnötigen Förmelns“.
2. A.: Die Möglichkeit der Heilung im Eilverfahren ist i.d.R. ausgeschlossen.
  - Die sorgfältige und nicht bloß eilige Beachtung des Anhörungsrechts Beteiligter im Verwaltungsverfahren ist das Mindeste, was § 45 I Nr. 3 VwVfG (NW) verlangt. Eine Nachholung der unterlassenen Anhörung in gehöriger Form kann i.d.R. wohl nur außerhalb des gerichtlichen Eilverfahrens erfolgen.

- 156**
3. Begründetheit des Antrags auf Feststellung der aufschiebenden Wirkung des Rechtsbehelfs gem. § 80 V 1 VwGO analog in den Fällen des sog. faktischen Vollzugs
    - Der Feststellungsantrag ist begründet, wenn dem Widerspruch oder einem anderen eingelegten Rechtsbehelf tatsächlich aufschiebende Wirkung zukommt.
    - Zum Teil wird vertreten, daß einem unzulässigen Rechtsbehelf keine aufschiebende Wirkung zukommt (vgl. Schoch, BayVBl. 1983, S. 358 ff.). Deshalb ist auch die Zulässigkeit des Widerspruchs zu prüfen.

**157 J. Antrag nach § 80 a III 1 VwGO**

**I. Zulässigkeit**

1. Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges, vgl. oben 1. Teil, A.
2. Statthafte Antragsart
  - a) VA mit Doppelwirkung
    - § 80 a VwGO ist nach h.M. bei allen Verwaltungsakten mit Doppelwirkung anzuwenden, unabhängig davon, ob der Begünstigte alleiniger Adressat ist (vgl. zum vorläufigen Rechtsschutz gegen Verwaltungsakte mit Doppelwirkung Mampel, DVBl. 1997, S. 1155 ff.).
  - b) Varianten
    - aa) VA begünstigt Adressaten
      - (1) Drittrechtsbehelf hat aufschiebende Wirkung: Antrag des Adressaten auf Anordnung des Sofortvollzuges (§ 80 a I Nr. 1, III 1, 2 VwGO)
      - (2) Drittrechtsbehelf hat keine aufschiebende Wirkung (z.B.: § 212 a I BauGB n.F. i.V.m. § 80 II 1 Nr. 3 VwGO): Antrag des Dritten auf Aussetzung des Sofortvollzuges (= Anordnung der Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung, § 80 a I Nr. 2, III 1, 2 i.V.m. § 80 V VwGO)
      - (3) Antrag des Dritten gem. § 80 a III 1 i.V.m. I Nr. 2 VwGO analog gerichtet auf behördliches Einschreiten in den Fällen, in denen der begünstigte Adressat des VA die kraft Gesetzes eingetretene aufschiebende Wirkung eines Nachbarrechtsbehelfs mißachtet und mit Duldung der Behörde von der Genehmigung Gebrauch macht (str.)
        - (a) Streitstand nach alter Rechtslage

**158**

**Antrag des Dritten gem. § 80 a III 1 i.V.m. I Nr. 2 VwGO analog gerichtet auf behördliches Einschreiten in den Fällen, in denen der begünstigte Adressat des VA die kraft Gesetzes eingetretene aufschiebende Wirkung eines Nachbarrechtsbehelfs mißachtet und mit Duldung der Behörde von der Genehmigung Gebrauch macht**

1. A.: Allein die einstweilige Anordnung gem. 123 I VwGO ist in dieser Konstellation statthaft (BVerwGE, VBIBW. 1981, S. 114; BayVGH, BayVBl. 1988, S. 276; Kopp, JuS 1983, S. 673 (675 ff.)).
- Der vom Nachbarn geltend gemachte Anspruch auf behördliches Einschreiten gegenüber dem Begünstigten müßte im Hauptsacheverfahren mit der Verpflichtungsklage verfolgt werden.
  - Dieses Ergebnis wird durch eine Parallele zum Vorgehen gegen sog. „Schwarzbauten“ erhärtet. Beim Bauen ohne Genehmigung muß der betroffene Dritte im Verfahren des Hauptsacherechtsschutzes eine Verpflichtungsklage erheben, der vorläufige Rechtsschutz erfolgt mittels einstweiliger Anordnung gem. § 123 I VwGO.

- Für die Statthaftigkeit der einstweiligen Anordnung sprechen auch Gründe der Rechtsschutzeffektivität (Art. 19 IV 1 GG), da angesichts der fehlenden Gesetzestreue von Begünstigtem und Behörde eine gerichtliche Eilentscheidung notwendig ist, die auch vollstreckbar ist. Dies ist lediglich bei der einstweiligen Anordnung gem. §§ 168 I Nr. 2, 172 VwGO der Fall.

2. A.: § 80 a III 1 i.V.m. I Nr. 2 VwGO ist in dieser Konstellation analog anzuwenden (Schoch, Übungen, S. 308 ff.).

- Die Orientierung an der Hauptsacheklageart bietet lediglich eine grobe Faustformel; die rechtlich exakte Abgrenzung zwischen den Formen des vorläufigen Rechtsschutzes hat nach § 123 V VwGO zu erfolgen. § 123 I VwGO ist durch die ausdrückliche gesetzliche Anordnung des § 123 V VwGO ausgeschlossen, der eine gezielte und abschließende Abgrenzung der Formen des vorläufigen Rechtsschutzes vornimmt. Der vorläufige Rechtsschutz eines Dritten, der sich gegen den einen anderen begünstigenden VA wendet, soll ausschließlich im Wege der aufschiebenden Wirkung gewährt werden.
- §§ 80, 80 a VwGO sehen für diejenigen Fälle, in denen sich ein Genehmigungsbegünstigter und die zuständige Behörde über die eingetretene (und gerichtlich festgestellte) aufschiebende Wirkung eines Nachbarrechtsbehelfs hinwegsetzen, eine Rechtsschutzform nicht vor. Somit besteht für derartige Konstellationen eine Regelungslücke. §§ 80, 80 a VwGO stellen im Vertrauen auf die gesetzestreue Verwaltung Rechtsschutzformen nicht zur Verfügung, die angesichts des Gesetzesverstößes der Exekutive notwendig sind, so daß auch von einer planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes auszugehen ist.
- Während der gegen einen „Schwarzbauer“ vorgehende Nachbar sein Veränderungsinteresse über eine erstmalig begehrte Verwaltungsmaßnahme verwirklichen will, geht es dem um Durchsetzung der aufschiebenden Wirkung seines Rechtsbehelfs bemühten Nachbar um die Aufrechterhaltung des status quo.
- Ebenso wie sich § 80 V 3 VwGO rechtsdogmatisch als spezielle Regelung eines Leistungsbegehrens im Rahmen des Rechtsinstituts der aufschiebenden Wirkung darstellt, so daß eine entsprechende gerichtliche Eilentscheidung der Vollstreckung fähig ist, handelt es sich bei der verwaltungsgerichtlichen Anordnung von Sicherungsmaßnahmen gem. § 80 a III 1 i.V.m. I Nr. 2 VwGO um eine vollstreckbare Eilentscheidung.

(b) Streitstand nach neuer Rechtslage

- Nach der Novellierung des BauGB und der Einfügung des § 212 a BauGB, der Anfechtungsklage und Widerspruch des Dritten die aufschiebende Wirkung versagt, dürfte sich dieses Problem, soweit man die Vorschrift für verfassungsmäßig hält (vgl. Art. 19 IV GG) erledigt haben.

bb) VA belastet Adressaten

- (1) Rechtsbehelf hat aufschiebende Wirkung: Antrag des Dritten auf Anordnung des Sofortvollzuges (§ 80 a II, III 1, 2 VwGO)



- (2) Rechtsbehelf hat keine aufschiebende Wirkung: Antrag des Adressaten auf Anordnung oder Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung (§ 80 a III 2 i.V.m. § 80 V VwGO)

- 159 3. Antragsbefugnis analog § 42 II VwGO
4. Frist
- Grundsätzlich unterliegt ein Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz keiner Frist.
- 160 5. Rechtsschutzbedürfnis
- Die Anordnung der sofortigen Vollziehung ist gem. §§ 80 a I Nr. 1, 80 II Nr. 4 VwGO auch beim VA mit Doppelwirkung primär eine Befugnis der Verwaltung. Ein entsprechender, an die zuständige Behörde gerichteter Antrag bietet gegenüber dem gerichtlichen Eilverfahren den einfacheren, schnelleren und billigeren Weg zur Erlangung der Vollziehungsanordnung. Zumindest für einen verwaltungsgerichtlichen Antrag auf Anordnung der sofortigen Vollziehung (§ 80 a III 1 i.V.m. I Nr. 1 VwGO) ist das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis deshalb grundsätzlich nur gegeben, wenn der Antragsteller zuvor die Vollziehungsanordnung vergeblich bei der Behörde beantragt hat.
  - Generelles Erfordernis eines vorherigen Antrags bei der Behörde

**Hat die Zulässigkeit des Antrags nach §§ 80 a III, 80 V VwGO in jedem Fall zur Voraussetzung, daß sich der Antragsteller vorher erfolglos an die Ausgangs- oder Widerspruchsbehörde gewandt hat ?**

**I. § 80 a III 2 VwGO ist eine Rechtsfolgenverweisung, d.h. der Antrag nach § 80 IV bzw. § 80 a I, II VwGO muß in jedem Fall erfolglos gestellt worden sein.**

- Der Verweis auf § 80 VI VwGO erfaßt sonst eine Konstellation, die sich praktisch kaum denken läßt, nämlich eine Anforderung öffentlicher Abgaben und Kosten mit Doppel- i.S. von Drittwirkung. Deshalb muß § 80 VI VwGO im Rahmen des § 80 a III VwGO in allen Fällen gelten, um überhaupt Sinn zu ergeben.
- § 80 a III 2 VwGO sieht nur die „entsprechende“ Anwendung vor, die - wie dargelegt - als Rechtsgrundverweisung keinen Sinn macht.

**II. § 80 a III 2 VwGO enthält einen Rechtsgrundverweis, d.h. ein Antrag ist nur im Fall des § 80 VI, II 1 Nr. 1 VwGO erforderlich.**

- § 80 VI VwGO ist eine Ausnahmebestimmung, deren Zweck, aus fiskalischen Gründen die Effektivität des gerichtlichen Rechtsschutzes einzuschränken, nur für den Fall des § 80 II 1 Nr. 1 VwGO gilt.
- Einem Rechtsfolgenverweis steht der Grundsatz der rechtsstaatlich gebotenen Rechtsmittelklarheit entgegen, der gebietet, daß der Gesetzgeber es klar und ausdrücklich anordnen muß, wenn ein gerichtlicher Rechtsbehelf von der vorherigen Durchführung eines Verwaltungsverfahrens abhängig sein soll.
- Der Wortlaut des § 80 a III 1 VwGO bestätigt diese Auslegung, da das Gericht danach die Maßnahmen nach § 80 a I, II VwGO selbst anordnen kann.

- |  |
|--|
| <p>- Der Verweis in § 80 a III 2 VwGO auf § 80 VI VwGO ist ein Redaktionsversehen.</p> |
|--|

**161 II. Beiladung (§ 65 VwGO)**

- I.d.R. notwendige Beiladung gem. § 65 II VwGO

**162 III. Begründetheit**

1. Maßstäbe sind streitig (vgl. Schoch, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, § 80 a Rn. 58 ff.)
  1. A.: Wie bei § 80 V VwGO (vgl. VGH Kassel, NVwZ 1993, S. 491 (492))
    - => Differenzierung zwischen Fällen, in denen Rechtsbehelf kraft Gesetzes keinen Suspensiveffekt entfaltet und denen, bei dem erst die Sofortvollzugsanordnung dem Rechtsbehelf die aufschiebende Wirkung nimmt
  2. A.: Einheitlich wie bei § 80 V, II 1 Nr. 1-3 VwGO (vgl. Schoch, a.a.O., Rn. 61 ff.)
    - => Entscheidend ist nur das materielle Recht
2. Prüfungsmaßstab, soweit man in der oben unter Rn. 158 dargelegten Konstellation § 80 a III 1 i.V.m. I Nr. 2 VwGO analog anwendet (vgl. Schoch, Übungen, S. 312 f.)
  - In einem solchen Fall der Durchsetzung des § 80 I VwGO bedarf es keiner Prüfung der materiellen Rechtslage (Anspruch auf Einschreiten der Behörde), weil auch die aufschiebende Wirkung, um deren faktische Geltung es geht, unbesehen der materiellen Rechtslage eintritt.

## 163 K. Antrag nach § 123 VwGO

### I. Zulässigkeit

1. Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges, § 40 I 1 VwGO
2. Statthafte Antragsart, § 123 V VwGO
  - a) Nur, wenn §§ 80, 80 a, 47 VI VwGO nicht anwendbar sind
    - aa) Immer dann (+), wenn
      - die behördliche Maßnahme kein VA ist (Grundsatz) oder
      - der Antrag auf Vornahme einer Verwaltungsmaßnahme abgelehnt oder nicht beschieden worden ist.

164

- bb) Fallgruppen:
  - (a) Eingriffsakte ohne VA-Qualität
    - Beispiele: Organisationsakte, Umsetzungen, Maßnahmen parlamentarischer Untersuchungsausschüsse (z.B. Herausgabeverlangen bezüglich Beweismitteln, Zeugenladung; vgl. OVG NW, NVwZ 1987, S. 608 (609 f.); NVwZ 1990, S. 1083 (1084); NJW 1989, S. 1103)
  - (b) Leistungsbegehren
  - (c) Feststellungsbegehren (str.)
    1. A.: (+) (vgl. VGH München, NJW 1994, S. 2308; OVG NW, NVwZ-RR 1989, S. 104)
      - Das Gebot effektiven Rechtsschutzes gebietet die Möglichkeit vorläufigen Rechtsschutzes. Im übrigen ist das Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache nicht absolut.
    2. A.: (-) (vgl. VGH Mannheim, DVBl. 1995, S. 160)
      - Unzulässige Vorwegnahme der Hauptsache, denn für den Zeitraum bis zur Hauptsacheentscheidung ist die Feststellung endgültig.

165

- b) Kein Hauptsacherechtsbehelf erforderlich, § 123 I 1 VwGO
- c) Statthafte Anordnungsart (Sicherungsanordnung / Regelungsanordnung)
  - aa) Sicherungsanordnung (Erhaltung des status quo, § 123 I 1 VwGO)
  - bb) Regelungsanordnung (Veränderung des status quo, Erweiterung des Rechtskreises, § 123 I 2 VwGO)

- Leistungsanordnung als Unterfall der Regelungsanordnung

- 166 3. Antragsbefugnis, § 42 II VwGO (analog)
- Einstweiliger Rechtsschutz und Hauptsacherechtsschutz laufen parallel, so daß die analoge Anwendung des § 42 II VwGO in den Fällen, in denen in der Hauptsache eine Verpflichtungs- oder allgemeine Leistungsklage statthaft ist, einhellig bejaht wird, während sie für die Feststellungsklage umstritten ist (z.T. wird eine analoge Anwendung des § 43 I VwGO (Feststellungsinteresse) befürwortet).
  - § 42 II VwGO nimmt nur auf das subjektive Recht des Klägers Bezug, so daß nur die Möglichkeit des Bestehens eines Anordnungsanspruches, nicht auch eines Anordnungsgrundes (Dringlichkeit) zu prüfen ist (str.).
- 167 4. Rechtsschutzbedürfnis
- Das Rechtsschutzbedürfnis fehlt bei § 123 I 2 VwGO, wenn zuvor kein Antrag bei der Behörde gestellt worden ist (arg.: „streitiges Rechtsverhältnis“: man kann nur streiten, wenn sich die Behörde schon negativ geäußert hat; vgl. OVG Magdeburg, NVwZ-RR-1996, S. 75 (76)) oder dieser bestandskräftig abgelehnt worden ist.
  - Dieser Rechtsgedanke ist auf § 123 I 1 VwGO zu übertragen (beachte: Der Begriff „Streitgegenstand“ ist nur i.S. von „Klagebegehren“ zu verstehen, läßt sich mithin nicht als Anknüpfungspunkt verwenden).
- 168 5. Ausschluß des einstweiligen Rechtsschutzes gegen Verfahrenshandlungen (§ 44 a VwGO; vgl. Hufen, VwPrR, § 33 Rn. 12)

**Der Ausschluß des einstweiligen Rechtsschutzes gegen Verfahrenshandlungen (§ 44 a VwGO)**

Wenn § 44 a VwGO zur Vermeidung von Verzögerungstaktiken und einer Überlastung der Gerichte isolierten Rechtsschutz im Hinblick auf Verfahrenshandlungen ausschließt, so gilt das nach h.L. grundsätzlich auch für die einstweiligen Anordnungen nach § 123 VwGO. Diese Probleme sind in der Praxis äußerst wichtig.

Beispiele: Antrag gegen die Offenlegung von Geschäftsdaten in einem laufenden Planfeststellungsverfahren; Antrag auf Einbeziehung eines bestimmten Vorgangs in die Akteneinsicht.

Die Beispiele zeigen, daß die Gefahr vollendeter Tatsachen im laufenden Verfahren besonders groß ist. Andererseits ist auch hier zu vermeiden, daß es im laufenden Verwaltungsverfahren zu einer Spaltung von Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozeß kommt. Deshalb kommt eine einstweilige Anordnung nur dann in Betracht, wenn die Verfahrenshandlung selbständig vollstreckbar ist oder wenn sie einen unbeteiligten Dritten trifft. Abgesehen davon muß aber eine einstweilige Anordnung immer dann möglich sein, wenn die Verfahrenshandlung gegenüber der Hauptsache eine eigenständige Bedeutung hat und wenn der Rechtsschutz des Klägers im Hauptsacheverfahren zu spät käme. In diesen Fällen dient die einstweilige Anordnung wegen der andernfalls bestehenden Gefahr von nicht mehr heilbaren Verfahrensfehlern auch der Verfahrensökonomie.

- 169 6. Richtiger Antragsgegner
- Gleichlaufen von Hauptsacherechtsschutz und einstweiligem Rechtsschutz führt zur folgenden Differenzierung:
    - statthafte Klageart in der Hauptsache: Verpflichtungsklage => § 78 I Nr. 2 VwGO (i.V.m. § 5 II AGVwGO NW) analog
    - statthafte Klageart in der Hauptsache: allgemeine Leistungsklage / Feststellungsklage => allgemeines Rechtsträgerprinzip (bzw. § 78 I Nr. 1 VwGO analog)
- 170 7. Antragsfrist nur bei gesetzlicher Regelung
- Beispiel: § 18 a IV 1 AsylVfG
8. Zuständiges Gericht
- das Gericht der Hauptsache, § 123 II VwGO
- 171 II. Begründetheit
- Der Antrag ist begründet, wenn ein Anordnungsanspruch und ein Anordnungsgrund glaubhaft gemacht worden sind (vgl. VGH Mannheim, NVwZ 1993, S. 1220; OVG Münster, NVwZ-RR 1996, S. 182).
  - Beachte: Zum Teil wird darüber hinaus noch eine Abwägung der für und gegen den Erlaß der einstweiligen Anordnung mit dem begehrten Inhalt sprechenden Gründe (drohende Nachteile und Schäden, Bedeutung und Dringlichkeit des in Frage stehenden Anspruchs, Zumutbarkeit des Abwartens einer Entscheidung in der Hauptsache, Maß einer eventuellen Gefährdung öffentlicher Interessen oder schutzwürdiger Interessen Dritter, Reparabilität der Nachteile) gefordert (so Kopp, VwGO, § 123 Rn. 29, 30).
- 172 1. Glaubhaftmachung (§§ 123 III VwGO, 920, 294 ZPO)
- Glaubhaftmachung bedeutet analog § 294 ZPO, daß die behaupteten Tatsachen grundsätzlich substantiiert so dargelegt und, so weit möglich, belegt (z.B. durch eidesstattliche Versicherung) werden müssen, daß das Gericht von einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit, die dafür spricht, ausgehen kann. Ein weniger an Darlegung und Nachweisen genügt ausnahmsweise, wenn der Antragsteller dies nicht zu vertreten hat und ihm mehr unzumutbar oder unmöglich wäre (Kopp, VwGO, § 123 Rn. 24).
  - Nur die Sachverhaltsermittlung, nicht die rechtliche Prüfung durch das Gericht ist „summarisch“ (str., vgl. Kopp, VwGO, § 123 Rn. 29).
- 173 2. Anordnungsanspruch
- a) Sicherungsanordnung (§ 123 I 1 VwGO; vgl. auch § 935 ZPO)
    - aa) Gegenstand
      - Recht des Antragstellers, dessen Verwirklichung durch Veränderung des bestehenden Zustands unmöglich oder wesentlich erschwert werden könnte

- bb) Zweck der Sicherungsanordnung
  - Erhaltung des status quo (funktionale Parallele zu § 80 I, V VwGO) durch Sicherung von Unterlassungsansprüchen gegenüber behördlichen Eingriffsakten, die nicht VA sind
- cc) Maßstab
  - Erfolgsaussichten in der Hauptsache (Maßstab: § 80 IV 3 VwGO (analog))
- dd) Beispiele
  - Sicherung von Unterlassungsansprüchen gegenüber behördlichen Äußerungen (OVG Münster, NJW 1995, S. 1629)
  - Schutz gegen Vollzug eines Gemeinderatsbeschlusses, wenn dagegen Bürgerbegehren durchgeführt werden soll (VGH Kassel, NVwZ 1994, S. 396)
  - Schutz vor Abschiebung (VGH Mannheim, VBIBW 1993, S. 152)

174

- b) **Regelungsanordnung (§ 123 I 2 VwGO; vgl. auch § 940 ZPO)**
  - aa) **Gegenstand**
    - Nötige vorläufige Regelung eines streitigen Rechtsverhältnisses
  - bb) **Zweck der Regelungsanordnung**
    - Erweiterung des Rechtskreises durch vorläufige Durchsetzung von Leistungsansprüchen
  - cc) **Maßstab**
    - *Überwiegende* Erfolgsaussichten in der Hauptsache
  - dd) **Beispiele**
    - Erteilung einer vorläufigen Baugenehmigung (OVG Lüneburg, NVwZ 1994, S. 80; OVG Bautzen, NVwZ 1994, S. 91)
    - Vorläufige Zulassung zum Studium (OVG Münster, NVwZ-RR 1994, S. 334) oder zur Schule (OVG Schleswig, NVwZ-RR 1995, S. 664)
    - Gewährung von Sozialhilfe (OVG Münster, NwVBl. 1995, S. 140)
    - Teilnahme an Rundfunksendungen bei bevorstehender Wahl (OVG Lüneburg, NVwZ 1994, S. 586)
    - Zulassung zu öffentlicher Einrichtung (VGH Kassel, NJW 1993, S. 2331)

- 175      3.    Anordnungsgrund (Dringlichkeit / Eilbedürftigkeit)
- a)    Sicherungsanordnung: Gefährdung der Rechtsverwirklichung
  - b)    Regelungsanordnung: Gefahr des Eintritts wesentlicher Nachteile, letztlich: Gefahr der Vereitelung des materiellen Rechts (vgl. etwa OVG Mecklenburg-Vorpommern, LKV 1994, S. 65)
- 176      4.    Entscheidung des Gerichts
- a)    Ermessensentscheidung (str.)
  - b)    Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache (Grundsatz)
    - Davon ist eine Ausnahme zu machen, wenn andernfalls schwere, unzumutbare, anders nicht abwendbare Nachteile entstünden, die durch eine (positive) Hauptsacheentscheidung nicht mehr korrigiert werden könnten (OVG Münster, NVwZ 1997, S. 302).

## 177 L. Zulässigkeit und Begründetheit einer Revision zum BVerwG

### I. Zulässigkeit der Revision

1. Zuständigkeit des BVerwG (§§ 132 I, 49 I Nr. 1 VwGO)
2. Statthaftigkeit
  - a) Zulassung durch OVG (§ 132 I VwGO) oder VG (§§ 134 I, 135 S. 2 VwGO)
  - b) Nach Nichtzulassungsbeschwerde (§§ 133, 135 S. 3 VwGO) Zulassung durch BVerwG (§§ 132 I, 135 S. 2 VwGO)
3. Revisionsberechtigung gem. § 132 VwGO: Beteiligte

178

4. Beschwer (rechtlicher Nachteil)
  - a) Bei Kläger / Beklagtem: formelle Beschwer
    - gegeben bei Abweichung zwischen Antrag und Tenor
  - b) Bei Beigeladenem: materielle Beschwer
    - gegeben bei inhaltlich belastendem Tenor
  - c) Keine Beschwer erforderlich
    - aa) bei Rechtsmittel des Oberbundesanwalts, Vertreters des öffentlichen Interesses (vgl. §§ 63 Nr. 4, 35, 36 VwGO)
    - bb) bei Anschlußrechtsmittel (vgl. §§ 141 S. 1, 127 VwGO)

179

5. Form und Frist (§ 139 I 1 VwGO)
  - a) Schriftform gem. § 139 I 1 VwGO
    - Telefax genügt (BVerwGE 77, 38), aber Unterschrift ist erforderlich (VGH Mannheim, DVBl. 1989, S. 883; VGH Kassel, DVBl. 1993, S. 566)
  - b) Monatsfrist ab Urteilszustellung (§ 139 I 1 VwGO)
  - c) Revisionsbegründungsfrist (§ 139 III 1 VwGO)
6. Postulationsfähigkeit
  - Prozeßvertretung gem. § 67 I 1, 3 VwGO erforderlich

### 180 II. Begründetheit

- Revision begründet, wenn Entscheidung auf Verletzung revisiblen Rechts beruht, d.h. wenn ein (absoluter oder relativer) Revisionsgrund vorliegt.



- 181**      1.    Revisibles Recht (Prüfungsmaßstab)
- a)    Anwendung von Bundesrecht (§ 137 I Nr. 1 VwGO)
  - b)    Wörtlich mit dem BVwVfG übereinstimmende Vorschriften des LVwVfG (§ 137 I Nr. 2 VwGO)
  - c)    Beachte folgende Sonderfälle:
    - aa)   Überprüfung der Anwendung von Landesrecht, wenn diese offensichtlich willkürlich ist (BVerwG, JZ 1973, S. 26 f.)
    - bb)   Keine Überprüfung
      - (1)   der Anwendung von Bundesrecht, wenn dieses kraft landesgesetzlicher Anordnung gilt (vgl. BVerwG, DVBl. 1986, S. 1200)
      - (2)   der Anwendung von inhaltlich mit dem BVwVfG übereinstimmenden Landesfachgesetzen (vgl. BVerwG, NVwZ 1984, S. 101)
  - d)    Beachte: Tatsachenfeststellungen des Berufungsgerichts werden nicht überprüft (vgl. § 137 II VwGO), d.h. das Revisionsgericht hat von dem Sachverhalt auszugehen, den das Berufungsgericht ermittelt hat (Ausnahme: nach Erlaß des Berufungsurteils treten neue offenkundige, d.h. nicht beweisbedürftige Tatsachen ein (vgl. BVerwG, NVwZ 1993, S. 275)).
- 182**      2.    Vorliegen eines Revisionsgrundes
- a)    Absoluter Revisionsgrund (§ 138 Nr. 1-6 VwGO)
    - substantiiert vorgebracht (vgl. § 139 III 4 VwGO)
  - b)    Relativer Revisionsgrund gem. § 137 I VwGO
    - gegeben, wenn das OVG (bei Sprungrevision: das VG) Bundesrecht oder VwVfG NW (vgl. § 137 I Nr. 2 VwGO) unzutreffend angewendet hat und Entscheidung auf diesem Fehler beruht; dies hängt wiederum davon ab, ob die Berufung zulässig und begründet war.
      - aa)    Zulässigkeit der Berufung
        - §§ 124 I, 107, 124 a II, III VwGO
      - bb)    Begründetheit der Berufung
        - (1)    Zulässigkeit der erstinstanzlichen Klage
          - (a)    Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs
            - vgl. § 17 a V GVG
          - (b)    Statthafte Klageart usw.

(2) Begründetheit der erstinstanzlichen Klage (§ 113 V VwGO)

- 183      3.      Problem: Verbot der reformatio in peius
- Soweit eine begründete Revision wegen § 144 III Nr. 1, 2 VwGO zur Aufhebung des Berufungsurteils zu Lasten der Revisionsklägerin führen würde, würde dies dem Verbot der reformatio in peius im Rahmen gerichtlicher Rechtsbehelfe widersprechen (vgl. §§ 141, 129 VwGO). Trotz Vorliegen eines Revisionsgrundes ist dann die Revision unbegründet.

## 184 M. Einwirkungen des Europarechts auf das deutsche Verwaltungsprozeßrecht

### I. Vorlagepflichten deutscher Verwaltungsgerichte nach Art. 177 EGV

## 185 II. Klagebefugnis (§ 42 II VwGO)

- Nach Auffassung des EuGH kann sich ein Bürger (bereits) dann auf die Verletzung von (sekundärem) Gemeinschaftsrecht berufen, wenn dieses „inhaltlich unbedingt und hinreichend genau ist“ (vgl. EuGH, NJW 1963, S. 974; NVwZ 1990, S. 649; NVwZ 1994, S. 885).
- Beachte: Nicht gefordert ist, daß das Gemeinschaftsrecht den Schutz des Bürgers bezweckt (vgl. Hufen, VwPrR, § 14 Rn. 108 a).
- => Der Bürger kann mitgliedstaatliche Verwaltungsmaßnahmen gerichtlicher Kontrolle auch dann zuführen, wenn die Voraussetzungen einer (möglichen) Verletzung in subjektiven Rechten nach deutscher Dogmatik (Schutznormtheorie) nicht vorliegen.
- => Klagebefugnis für Anfechtungsklage (§ 42 I 1. Alt. VwGO) gegeben (vgl. Wahl, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, Vor § 42 II Rn. 127, 128; vertiefend Masing, Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des EG-Rechts, 1996).

## 186 III. Vorläufiger Rechtsschutz

1. Exkurs: Gemeinschaftseigener vorläufiger Rechtsschutz
  - a) Klagen vor dem EuGH haben keine aufschiebende Wirkung (Art. 185 S. 1 EGV)
  - b) Aber: Durchführung der angefochtenen Handlung kann ausgesetzt werden (Art. 185 S. 2 EGV - vgl. § 80 V VwGO); einstweilige Anordnung kann erlassen werden (Art. 186 EGV - vgl. § 123 I VwGO).
  - c) Voraussetzungen (vgl. EuGH, NVwZ 1991, S. 460 (461); vertiefend Schmieder, DÖV 1990, S. 924)
    - aa) Der EuGH hat erhebliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Gemeinschaftsrechtsakts.
    - bb) Vorläufiger Rechtsschutz ist dringlich, da dem Betroffenen ansonsten ein schwerer irreparabler Schaden droht.
    - cc) Das Gemeinschaftsinteresse an der uneingeschränkten Wirkung des Gemeinschaftsrechts wird in vollem Umfang berücksichtigt.

## 187 2. Mitgliedstaatlicher vorläufiger Rechtsschutz

- a) Ausgangspunkt
  - Mangels prozeßrechtlicher Kompetenz der EG Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten.
  - Aber: Aus der Notwendigkeit der einheitlichen und wirksamen Durchsetzung des EG-Rechts in allen Mitgliedstaaten (sog. „*effet utile*“) folgt nach Ansicht des

EuGH, daß innerstaatliche Gerichte einstweiligen Rechtsschutz nur nach Maßgabe der Verfahrensordnung des EuGH gewähren dürfen (vgl. EuGH, NVwZ 1991, S. 460 (461)).

b) Konsequenzen

- Da auch EG-Recht effektiven Rechtsschutz fordert, kann einstweiliger Rechtsschutz weitergehen, als der rein innerstaatliche vorläufige Rechtsschutz (vgl. etwa EuGH, NJW 1991, S. 2271 (2272); DVBl. 1996, S. 247).
- Die effektive Durchsetzung des materiellen EG-Rechts kann andererseits Einschränkungen des vorläufigen Rechtsschutzes erfordern (vgl. EuGH, EuZW 1990, S. 384 (386)). Das Europarecht kennt keine Rechtsschutzautomatik, wie sie etwa § 80 I VwGO vorsieht („Verfahrensmäßige Übersicherung“ ist dem EG-Recht fremd - vgl. Jarass, DVBl. 1995, S. 954 (955)).
- Die Behörde ist auch dann verpflichtet, den Sofortvollzug anzuordnen, wenn dies bei rein innerstaatlichem Sachverhalt unzulässig wäre (Gemeinschaftskonforme Auslegung des § 80 II 1 Nr. 4 VwGO).