

Mustertexte zum Verwaltungsprozess

(VwGO, FGO, SGG)

Bearbeitet von
Von Dr. Andreas Koch, Richter am Oberverwaltungsgericht

4. Auflage 2018. Buch. XVII, 204 S. Kartoniert
ISBN 978 3 406 71923 3
Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

Recht > Öffentliches Recht > Verwaltungsrecht > Verwaltungsverfahren,
Verwaltungsprozess

Zu Inhalts- und Sachverzeichnis

schnell und portofrei erhältlich bei

**beck-shop.de**
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

gen gestellt wird und es eine Beantwortung für seine Entscheidung als erforderlich betrachtet. Das vorlegende Gericht muss deshalb die Frage genau formulieren und deren Entscheidungserheblichkeit darlegen. Um es dem *EuGH* zu ermöglichen, dem vorlegenden Gericht nutzbringende Hinweise für den konkreten Rechtsstreit zu geben, sind die tatsächlichen und rechtlichen Rahmenbedingungen der entscheidungserheblichen Frage zu schildern.³ Zur Illustration dient *Muster 177*, das ebenfalls nur einen möglichen Aufbau der Darstellung verdeutlichen soll.

2. Die Vorlage an das BVerfG

Muster 176:⁴

367

Das Verfahren wird ausgesetzt.

Es wird die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu der Frage eingeholt, ob
 - Anlage IV Nr. 1 (Grundgehaltssätze Bundesbesoldungsordnung A, gültig ab 1.8.2004) zu § 37 Abs. 1 S. 2 des Bundesbesoldungsgesetzes (BBesG) (in der Fassung vom 6.8.2002 [BGBl. I S. 3020]) in der Fassung des Anhangs 27 zu Art. 3 Nr. 2 des Gesetzes über die Anpassung von Dienst- und Versorgungsbezügen in Bund und Ländern 2003/2004 sowie zur Änderung dienstrechtlicher Vorschriften (Bundesbesoldungs- und Versorgungsanpassungsgesetz 2003/2004 – BBVAnpG 2003/2004 [BGBl. I S. 1798]) und Anlage V (Familienzuschlag, gültig ab 1.8.2004) in der Fassung des Anhangs 28 zu Art. 3 Nr. 2 BBVAnpG 2003/2004,

- ... (*Auf die Wiedergabe der weiteren Bestimmungen wird aus Platzgründen verzichtet.*)

jeweils in Verbindung mit § 5 Abs. 1 und § 6 Abs. 1 des Gesetzes über die Gewährung einer jährlichen Sonderzahlung (Sonderzahlungsgesetz – SZG) vom 5.11.2003 (GVBl. S. 538) und dem Ersten Gesetz zur Änderung des Sonderzahlungsgesetzes (Erstes Sonderzahlungsänderungsgesetz – 1. SZÄndG) vom 1.10.2008 (GVBl. S. 271) mit Art. 33 Abs. 5 GG in seiner ab dem 1.9.2006 geltenden Fassung (BGBl. I S. 2034) unvereinbar gewesen sind, soweit sie die Besoldungsgruppe A 7 in den Kalenderjahren 2009 bis 2013, die Besoldungsgruppe A 8 in den Kalenderjahren 2013 bis 2016 sowie die Besoldungsgruppe A 9 im Kalenderjahr 2016 betreffen.

Gründe

I.

(Sachverhalt – *Auf eine Wiedergabe wird aus Platzgründen verzichtet.*)

II.

Das Verfahren ist gemäß Art. 100 Abs. 1 S. 1 Alt. 2, S. 2 Alt. 1 GG und § 13 Nr. 11, § 80 BVerfGG auszusetzen, um die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu der im Tenor dieses Beschlusses aufgeworfenen Frage einzuholen.

³ Näher zum Ganzen *Kopp/Schenke*, § 94 Rn. 20 ff.

⁴ Das Muster entspricht dem Vorlagebeschluss des *OVG Berlin-Brandenburg* vom 11.10.2017 – 4 B 34.12, juris.

Die Beteiligten hatten in der mündlichen Verhandlung am 11.10.2017 Gelegenheit, zu einer Vorlage an das Bundesverfassungsgericht Stellung zu nehmen. Die Voraussetzungen für eine solche Vorlage sind hier erfüllt.

1. Vorlagegegenstand sind die im Tenor bezeichneten Gesetzesbestimmungen, die Grundlage der Besoldung des Klägers in den hier streitgegenständlichen Jahren 2009 bis 2016 sind. Dabei handelt es sich um nachkonstitutionelle formelle Gesetze des Bundes sowie des Landes Berlin, mithin um Gesetze im Sinne des Art. 100 Abs. 1 S. 1 GG.

2. Für die Entscheidung in dem Berufungsverfahren ist die verfassungsrechtliche Beurteilung des Vorlagegegenstandes entscheidungserheblich. Auf dessen Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz, hier mit Art. 33 Abs. 5 GG, bzw. auf die Gültigkeit der hier maßgeblichen Gesetzesnormen kommt es im Sinne des Art. 100 Abs. 1 S. 1 GG bei der Entscheidung des Senats im Berufungsverfahren an (zu dem entsprechenden Maßstab für die Bestimmung der Entscheidungserheblichkeit vgl. *BVerfG*, Beschl. v. 20.2.2002 – 2 BvL 5/99 – BVerfGE 105, 61 (67) m. w. N.).

a) Die Feststellungsklage ist zulässig. *(Auf eine Wiedergabe der weiteren Ausführungen zu diesem Abschnitt wird aus Platzgründen verzichtet.)*

b) Die Begründetheit der Klage ist davon abhängig, in welcher Weise die im Tenor formulierte Fragestellung beantwortet wird. Bei Ungültigkeit der besoldungsrelevanten Normen, d. h. hier bei Feststellung ihrer Verfassungswidrigkeit (Unvereinbarkeit mit Art. 33 Abs. 5 GG), würde der Senat anders entscheiden als im Falle ihrer Gültigkeit: Erweisen sich die für die Besoldung des Klägers in den Jahren 2009 bis 2016 maßgeblichen Vorschriften als verfassungswidrig, müsste der Senat der Klage stattgeben. Andernfalls müsste er die Klage insgesamt abweisen (s. zu dieser die Entscheidungserheblichkeit hinreichend stützenden Alternativität *BVerfG*, Urt. v. 8.4.1987 – 1 BvL 8, 16/84, BVerfGE 75, 40 (55)). Eine Möglichkeit, den Rechtsstreit entscheiden zu können, ohne die hier maßgeblichen Normen anwenden zu müssen (vgl. *Dollinger*, in: *Burkiczak/Dollinger/Schorkopf*, BVerfGG, Kommentar, 2015, § 80 Rn. 61 m. w. N.), besteht für den Senat nicht. Die hier betrachteten Vorschriften des Bundes- und Landesrechts sind des Weiteren klar und bestimmt gefasst und naturgemäß keiner – vom Gesetzeswortlaut und insbesondere von den in den Vorschriften bzw. deren Anlagen genannten Zahlen abweichenden – Auslegung zugänglich.

3. Der Senat ist von der Verfassungswidrigkeit der für die Besoldung des Klägers in den Kalenderjahren 2009 bis 2016 maßgebenden Vorschriften überzeugt. Sie verstoßen gegen Art. 33 Abs. 5 GG.

a) Der verfassungsrechtliche Maßstab ergibt sich aus Art. 33 Abs. 5 GG. Nach dieser Bestimmung ist das Recht des öffentlichen Dienstes unter Berücksichtigung der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums zu regeln und fortzuentwickeln.

aa) Zu den vom Gesetzgeber wegen ihres grundlegenden und strukturprägenden Charakters nicht nur zu berücksichtigenden, sondern zu beachtenden hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums zählt das Alimentationsprinzip. *(Auf eine Wiedergabe der weiteren Ausführungen zu diesem Abschnitt wird aus Platzgründen verzichtet.)*

bb) Aus dem Alimentationsprinzip in Art. 33 Abs. 5 GG (in Verbindung mit dem Leistungsgrundsatz in Art. 33 Abs. 2 GG) ergibt sich ein Abstandsgebot, das dem Gesetzgeber ungeachtet seines weiten Gestaltungsspielraums untersagt, den Abstand zwischen verschiedenen Besoldungsgruppen dauerhaft einzuebennen. *(Auf eine*

Wiedergabe der weiteren Ausführungen zu diesem Abschnitt wird aus Platzgründen verzichtet.)

b) Die Besoldung in der Besoldungsgruppe A 4 für die Jahre 2009 bis 2016 verstößt zur Überzeugung des Senats gegen den gebotenen Mindestabstand zum Grundversicherungsniveau. *(Auf eine Wiedergabe der weiteren Ausführungen zu diesem Abschnitt wird aus Platzgründen verzichtet.)*

c) Eine verfassungskonforme Auslegung der einzelnen Bestimmungen des Vorlagegegenstandes ist von vornherein ausgeschlossen (vgl. *OVG Münster*, Beschl. v. 9.7.2009 – 1 A 373/08, juris Rn. 34; zur verfassungskonformen Auslegung und ihren Grenzen s. *BVerfG*, Beschl. v. 19.9.2007 – 2 BvF 3/02, juris Rn. 91 ff.), weil – wie bereits angemerkt – die hier einschlägigen, die Besoldung maßgeblich bestimmenden Vorschriften des Bundes- und Landesrechts klar und bestimmt gefasst und naturgemäß keiner – vom Gesetzeswortlaut und insbesondere von den in den Vorschriften bzw. deren Anlagen genannten Zahlen abweichenden – Auslegung zugänglich sind; auch kann der Senat wegen § 2 Abs. 1 BBesG keine Besoldung zusprechen, die nicht in einem Gesetz geregelt ist.

Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO).

3. Die Vorlage zum EuGH

Muster 177:⁵

Das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht wird ausgesetzt.

Dem Gerichtshof der Europäischen Union werden folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1. Ist Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie 2003/88/EG dahin auszulegen, dass er einzelstaatlichen Rechtsvorschriften oder Gepflogenheiten entgegensteht, wonach der Anspruch auf finanzielle Abgeltung bei Beendigung eines Arbeitsverhältnisses ausgeschlossen ist, wenn der Arbeitnehmer keinen Antrag auf Gewährung des bezahlten Jahresurlaubs gestellt hat, obwohl ihm dies möglich war?

2. Ist Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie 2003/88/EG dahin auszulegen, dass er einzelstaatlichen Rechtsvorschriften oder Gepflogenheiten entgegensteht, wonach der Anspruch auf finanzielle Abgeltung bei Beendigung eines Arbeitsverhältnisses voraussetzt, dass der Arbeitnehmer aus von seinem Willen unabhängigen Gründen nicht in der Lage war, seinen Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub vor Ende des Arbeitsverhältnisses auszuüben?

Gründe

I.

(Sachverhalt – Auf eine Wiedergabe wird aus Platzgründen verzichtet.)

368

⁵ Das Muster orientiert sich an dem Beschluss des *OVG Berlin-Brandenburg*, BeckRS 2016, 54983.

II.

Das Verfahren vor dem Obergerverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg ist in entsprechender Anwendung des § 94 VwGO auszusetzen, um gemäß Art. 267 AEUV eine Vorabentscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union zu den im Tenor dieses Beschlusses gestellten Fragen einzuholen.

Die Entscheidung des Rechtsstreits hängt von der Beantwortung dieser Fragen ab. Sie sind auf eine fallbezogene Klärung der unionsrechtlichen Voraussetzungen für das Bestehen eines Anspruchs auf finanzielle Abgeltung nicht genommenen Erholungsurlaubs nach Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie 2003/88/EG gerichtet. Die vom Verwaltungsgericht vertretene Ansicht begegnet aus Sicht des Senats unüberwindbaren Bedenken, weil eine jeden Zweifel ausschließende Beantwortung der unionsrechtlichen Fragen anhand der bisherigen Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union nicht möglich erscheint (vgl. zu diesem Maßstab *EuGH*, Urt. v. 6.10.1982 – C-283/81, ECLI: EU:C:1982:335, CILFIT –, Rn. 9 ff., s. dort insbesondere Rn. 16).

1. Der Senat geht zunächst davon aus, dass der Kläger seinen Anspruch auf finanzielle Abgeltung nur auf Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie 2003/88/EG stützen kann und er die dort ausdrücklich geregelten Voraussetzungen erfüllt. (*Auf eine Wiedergabe der weiteren Ausführungen zu diesem Abschnitt wird aus Platzgründen verzichtet.*)

2. Der Senat hält es jedoch nicht für hinreichend klar, ob ein Anspruch auf finanzielle Abgeltung für nicht genommenen Mindestjahresurlaub über die ausdrücklich in Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie 2003/88/EG aufgestellten tatbestandlichen Bedingungen hinaus ausgeschlossen ist, wenn der Arbeitnehmer vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses keinen Antrag auf Gewährung des bezahlten Jahresurlaubs gestellt hat, obwohl ihm dies möglich war, und zudem bzw. jedenfalls voraussetzt, dass der Arbeitnehmer aus von seinem Willen unabhängigen Gründen nicht in der Lage war, seinen Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub vor dem Ende des Arbeitsverhältnisses auszuüben. Wären diese Annahmen entweder alternativ oder kumulativ mit dem Verwaltungsgericht zu bejahen, dann müsste die Berufung des Klägers zurückgewiesen werden; anderenfalls hätte sie Erfolg. Allerdings hegt der beschließende Senat Zweifel, ob die vom Verwaltungsgericht vertretenen Prämissen mit Unionsrecht zu vereinbaren sind, und bittet den Gerichtshof der Europäischen Union deshalb um die Beantwortung der Vorlagefragen. Im Einzelnen lässt er sich dabei von folgenden Erwägungen leiten:

a) Das Verwaltungsgericht stützt sich in seiner – hier in Teil I der Beschlussgründe bereits wiedergegebenen – Argumentation für das von ihm angenommene generelle Erfordernis, dass der Arbeitnehmer aus von seinem Willen unabhängigen Gründen nicht in der Lage war, seinen Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub vor dem Ende des Arbeitsverhältnisses auszuüben, auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, wie sie in den Urteilen vom 20.1.2009 (– C-350/06 u. a., ECLI:ECLI:EU:C:2009:18, Schultz-Hoff –, Slg. 2009, I-179–262 Rn. 40 ff., 53 ff., 60 f.) und 22.11.2011 (– C-214/10, ECLI:EU:C:2011:761, KHS –, Slg. 2011, I-11757–11810 Rn. 26) zum Ausdruck gekommen ist. Diese Auffassung wird so oder der Sache nach auch von anderen deutschen Verwaltungsgerichten vertreten (vgl. *VG Trier*, Urt. v. 10.5.2011 – 1 K 1550/10.TR, juris Rn. 37 ff.; zur Krankheit und der daraus folgenden Unmöglichkeit, Erholungsurlaub zu nehmen, als Voraussetzung für den Anspruch auf finanzielle Abgeltung von Erholungsurlaub s. *OVG Münster*, Urt. v. 22.8.2012 – 1 A 2122/10, DÖD 2012, 259; *VG Münster*, Urt. v. 25.9.2012 – 4

K 182/09, juris Rn. 47 ff.; *VG Düsseldorf*, Urt. v. 31.1.2014 – 13 K 2412/13, juris Rn. 52 ff.). Die vom Verwaltungsgericht mit dieser Voraussetzung in einen engen Zusammenhang gerückte (weitere) Bedingung, die Urlaubsgewährung – und damit in der Konsequenz auch den Anspruch auf finanzielle Abgeltung des nicht genommenen Urlaubs – von einem Antrag abhängig zu machen, wird in der mit der Berufung angefochtenen Entscheidung mit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs begründet, dass die Mitgliedstaaten die Modalitäten für die Ausübung des Anspruchs auf bezahlten Mindesturlaub regeln können (vgl. dazu etwa *EuGH*, Urt. v. 20.1.2009, *Schultz-Hoff*, a. a. O., Rn. 43, und vom 22.11.2011, *KHS*, a. a. O.). In der Rechtsprechung anderer deutscher Verwaltungsgerichte finden sich dazu bisher – soweit ersichtlich – keine entsprechenden Äußerungen.

b) Der Senat hegt indes Zweifel, ob die in dem erstinstanzlichen Urteil herangezogene Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union in dem zuvor wiedergegebenen Sinne interpretiert werden kann mit der Folge, dass ein Anspruch auf finanzielle Abgeltung nach Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie 2003/88/EG ausgeschlossen ist, wenn der Arbeitnehmer die tatsächliche Möglichkeit hatte und damit nicht aus von seinem Willen unabhängigen Gründen gehindert war, den ihm zustehenden Mindestjahresurlaub zu nehmen und einen entsprechenden Antrag zu stellen. Die aus Sicht des Senats ohne eine Vorabentscheidung über die Vorlagefragen bestehenden Bedenken gegen die zu Lasten des Anspruchstellers gehenden Voraussetzungen nähren sich ebenfalls aus der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu der hier maßgeblichen Rechtsgrundlage.

aa) *(Auf eine Wiedergabe der weiteren Ausführungen zur Rechtsprechung des EuGH wird aus Platzgründen verzichtet.)*

bb) Mit der zuvor referierten Rechtsprechung lässt sich die vom Verwaltungsgericht für notwendig erachtete Voraussetzung nicht ohne Weiteres vereinbaren, dass der Arbeitnehmer (generell) aus von seinem Willen unabhängigen Gründen nicht in der Lage war, seinen Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub vor dem Ende des Arbeitsverhältnisses auszuüben. *(Auf eine Wiedergabe der weiteren Ausführungen zu diesem Abschnitt wird aus Platzgründen verzichtet.)*

cc) Die vom Verwaltungsgericht des Weiteren vertretene Auffassung, nach der es nicht zu beanstanden sei, die Urlaubsgewährung von einem Antrag abhängig zu machen, stößt aus Sicht des Senats ebenfalls auf nicht ohne eine Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union ausräumbare Bedenken. *(Auf eine Wiedergabe der weiteren Ausführungen zu diesem Abschnitt wird aus Platzgründen verzichtet.)*

Der Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO).

§ 6. Die Einlegung von Rechtsmitteln und die Erhebung einer Anhöhrungsrüge

1. Vorbemerkung

- 369** Ein Rechtsmittel bezweckt die Abänderung einer gerichtlichen Entscheidung. Mit seiner Einlegung wird das Verfahren bei dem angerufenen Rechtsmittelgericht anhängig.¹ Inhalt und Gestaltung des Rechtsmittelverfahrens hängen davon ab, ob das Gesetz eine volle Überprüfung oder nur eine eingeschränkte Kontrolle der angefochtenen Entscheidung vorsieht.
- 370** Das ist zunächst von demjenigen zu beachten, der ein Rechtsmittel einlegen will. Wird eine gerichtliche Entscheidung mit der Berufung oder der Beschwerde angefochten, so kann dieser Angriff in einem umfassenden Sinne geführt werden, der etwa auch die tatsächlichen Grundlagen einbezieht. Der Erfolg des Rechtsmittels hängt dann von der Qualität der auf die tatsächlichen Feststellungen und die rechtlichen Erwägungen der angefochtenen Entscheidung bezogenen Argumentation ab. Auch hier gelten die Grundsätze, wie sie bereits allgemein zu den Schriftsätzen der Beteiligten im Gerichtsverfahren dargestellt worden sind (vgl. § 1). Zwar muss sich das Vorbringen des in der Vorinstanz unterlegenen Beteiligten in erster Linie mit der Begründung der angefochtenen Gerichtsentscheidung befassen. Das bedeutet jedoch in der Sache kaum einen Unterschied, da nach wie vor ein Streit um die rechtlich richtige Auffassung zu führen ist. Wesentlich anders ist die Situation für denjenigen, der einen Zulassungsantrag stellen oder eine Nichtzulassungsbeschwerde erheben möchte, um eine Überprüfung der gerichtlichen Entscheidung im Rahmen eines Berufungs- bzw. Revisionsverfahrens zu ermöglichen. Denn mit diesen Rechtsmitteln wird nur die Möglichkeit einer eingeschränkten gerichtlichen Kontrolle eröffnet. Hier genügt es nicht nur, gut zu argumentieren. Es kommt vor allem darauf an, die in derartigen Verfahren noch verbleibenden Möglichkeiten zu nutzen. Der Verfasser des Zulassungsantrages oder der Nichtzulassungsbeschwerde hat sich deshalb der Frage zu stellen, ob ihm das für sein Rechtsmittel maßgebliche Recht überhaupt noch Raum für einen erfolgversprechenden Angriff lässt. Die Begründung muss sich deshalb hier in erster Linie darauf konzentrieren, die Zulassungsfähigkeit der Sache darzulegen. Nicht wenige Zulassungsanträge scheitern daran, dass dieser Komponente zu geringe Bedeutung beigemessen wird. In dem *Muster 178* wird ein Zulassungsantrag exemplarisch dargestellt.
- 371** Für die Revision gelten letztlich keine anderen taktischen Prinzipien. Die Hürde der Zulassung ist hier zwar überwunden. Dennoch verbleibt dem Revisionsführer auch hier ein nur auf Rechtsfragen eingeschränkter Spielraum, den er realistisch einschätzen sollte, bevor er sich zur Einlegung dieses Rechtsmittels entschließt.

¹ Bei Beschwerden besteht im Verwaltungs- und Finanzprozess freilich die Möglichkeit der Abhilfe (vgl. § 148 Abs. 1 VwGO; § 130 Abs. 1 FGO).

Seit dem Inkrafttreten des Anhörungsrügensgesetzes vom 9.12.2004,² das die Konsequenzen aus dem Urteil des *BVerfG* vom 30.4.2003³ zu ziehen sucht, steht den unterlegenen Beteiligten auch nach den hier betrachteten Prozessordnungen der außerordentliche Rechtsbehelf der Anhörungsrüge zur Verfügung (§ 152a VwGO, § 133a FGO, § 178a SGG), mit dem – wohl auch zur Entlastung des *BVerfG*⁴ – Verletzungen des Rechts auf die Gewährung rechtlichen Gehörs (vgl. Art. 103 Abs. 1 GG) geltend gemacht werden können. Da eine Anhörungsrüge gegen eine gerichtliche Entscheidung nur dann statthaft ist, wenn ein Rechtsmittel oder ein anderer Rechtsbehelf gegen die Entscheidung nicht gegeben ist (vgl. § 152a Abs. 1 S. 1 Nr. 1 VwGO, § 133a Abs. 1 S. 1 Nr. 1 FGO, § 178a Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGG), dürfte ihre Bedeutung in den hier betrachteten erstinstanzlichen Verfahren gering sein. In Betracht kommt sie aber in erstinstanzlichen Rechtsstreitigkeiten nach dem Asylgesetz gegen Urteile, in denen das Verwaltungsgericht die Klage als offensichtlich zulässig oder offensichtlich unbegründet abgewiesen hat, und Eilbeschlüsse (s. § 78 Abs. 1, § 80 AsylG). *Muster 179* gibt ein Beispiel für den Beschluss eines VG, in dem einer Anhörungsrüge nicht gefolgt wird. Bei Erfolg der Anhörungsrüge setzt das gerügte Gericht das Verfahren fort. Eines gesonderten Beschlusses darüber bedarf es zwar nicht; er wird aber als zweckmäßig angesehen.⁵

372

2. Der Antrag auf Zulassung der Berufung

Muster 178: (Zulassungsschrift eines Rechtsanwalts)

373

Rechtsanwalt *Günther Brenner*

N., den 10.4.2018
B.-Allee 45

An das
Verwaltungsgericht N.

Antrag auf Zulassung der Berufung

In der Sache *Graumüller ./. Landrat des Landkreises S.* (2 K 589/16) beantrage ich namens und in Vollmacht meines Mandanten,
die Berufung gegen das Urteil des *Verwaltungsgerichts N.* vom 16.3.2018 zuzulassen.

Begründung:

I. Mein Mandant wendet sich gegen die Rücknahme einer Gaststättenerlaubnis. Diese war mit Bescheid des Beklagten vom 17.3.2005 erteilt worden. Die Gaststättenerlaubnis wurde mit Bescheid vom 10.1.2017 zurückgenommen. Der hiergegen erhobene Widerspruch des Klägers wurde mit Widerspruchsbescheid des Beklagten vom 29.3.2017 zurückgewiesen. Mit seiner hiergegen am 11.4.2017 erhobenen Klage verfolgte mein Mandant sein Begehren weiter, blieb jedoch erfolglos, weil

² BGBl. I 3220.

³ BVerfGE 107, 395.

⁴ Vgl. Schoch/Schneider/Bier/Rudisile, § 152a Rn. 8.

⁵ So etwa von Eyermann/Happ, § 152a Rn. 23, der einen Tenorbeschluss („Das Verfahren wird fortgeführt.“) für ausreichend erachtet.

das *Verwaltungsgericht N.* seine Klage mit dem hier angegriffenen Urteil vom 16.3.2018 abgewiesen hat.

II. Die Berufung gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts N. vom 16.3.2018 ist zuzulassen, weil ein Zulassungsgrund nach § 124 Abs. 2 Nr. 5 VwGO vorliegt. Mit dem Zulassungsantrag wird ein der Beurteilung des Berufungsgerichts unterliegender Verfahrensmangel geltend gemacht. Dieser liegt vor und die Entscheidung des Verwaltungsgerichts kann auf ihm beruhen. Das Verwaltungsgericht war in der dem Urteil vorausgehenden mündlichen Verhandlung vom 16.3.2018 nicht ordnungsgemäß besetzt. Denn der ehrenamtliche Richter *Müller* ist in der besagten mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht eingeschlafen und jedenfalls zeitweilig in einem Zustand gewesen, in dem seine Fähigkeit, den wesentlichen Vorgängen in der mündlichen Verhandlung zu folgen, ausgeschlossen war.

III. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts verlangt die vorschriftsmäßige Besetzung des Gerichts, dass jeder Richter die zur Ausübung des Richteramtes erforderliche Verhandlungsfähigkeit besitzt und damit auch in der Lage ist, die wesentlichen Vorgänge der Verhandlung wahrzunehmen und sie aufzunehmen. Das wiederum setzt voraus, dass der Richter körperlich und geistig im Stande ist, der Verhandlung in allen ihren wesentlichen Abschnitten zu folgen. Das Gericht und damit jeder einzelne Richter muss seine Überzeugung aus dem Gesamtergebnis der Verhandlung gewinnen (§ 108 Abs. 1 VwGO). Nur wenn der Richter die wesentlichen Vorgänge der Verhandlung aufgenommen hat, ist er seiner Aufgabe gewachsen, sich sein Urteil selbständig und ohne wesentliche Hilfe der anderen Richter zu bilden und so an einer sachgerechten Entscheidung mitzuwirken. Die damit gebotene Aufmerksamkeit, die ihn befähigt, der Verhandlung zu folgen und sich den Verhandlungsstoff anzueignen, fehlt einem Richter, der in der mündlichen Verhandlung eingeschlafen ist. Das gilt jedenfalls dann, wenn der Richter wesentlichen Vorgängen nicht mehr folgen konnte (vgl. *BVerwG*, Beschl. v. 19.7.2007–5 B 84/06 – und *OVG Münster*, Beschl. v. 16.8.2017 – 13 A 1526/17.A – jeweils zit. nach juris). Allerdings sind Zeichen einer großen Ermüdung, Neigung zum Schlaf und das Kämpfen mit der Müdigkeit noch kein sicherer Beweis dafür, dass der Richter die Vorgänge in der Verhandlung nicht mehr wahrnehmen konnte. Auch das Schließen der Augen und das Senken des Kopfes auf die Brust, selbst wenn es sich nicht nur auf wenige Minuten beschränkt, beweist noch nicht, dass der Richter schläft. Diese Haltung kann vielmehr auch zur geistigen Entspannung oder zu besonderer Konzentration eingenommen werden. Deshalb kann erst dann davon ausgegangen werden, dass ein Richter schläft oder in anderer Weise „abwesend“ ist, wenn andere sichere Anzeichen hinzukommen, wie beispielsweise tiefes, hörbares und gleichmäßiges Atmen oder gar Schnarchen oder ruckartiges Aufrichten mit Anzeichen von fehlender Orientierung. Hochschrecken allein kann wiederum auch nur darauf schließen lassen, dass es sich um einen Sekundenschlaf gehandelt hat, der die geistige Aufnahme des wesentlichen Inhalts der mündlichen Verhandlung nicht beeinträchtigt (*BVerwG*, a. a. O.; *OVG Münster*, a. a. O.).

IV. Gemessen an den zuvor dargelegten Grundsätzen muss im vorliegenden Fall davon ausgegangen werden, dass der ehrenamtliche Richter *Müller* wesentlichen Teilen der mündlichen Verhandlung vom 16.3.2018 vor dem Verwaltungsgericht nicht zu folgen vermochte, weil er zeitweise geschlafen hat. Im Einzelnen ist während der mündlichen Verhandlung Folgendes geschehen.

1. Die mündliche Verhandlung wurde gegen 10.00 Uhr durch den Vorsitzenden eröffnet. Nach Aufruf der Sache und Feststellung der Anwesenheit der Beteiligten