

## Die verwaltungsgerichtliche Assessorklausur

Gerichtliche Entscheidungen, Prozessuale Anwaltsklausuren

Bearbeitet von  
Von Horst Wüstenbecker, Rechtsanwalt und Repetitor

11. Auflage 2019. Buch. 248 S. Softcover  
ISBN 978 3 86752 680 7  
Format (B x L): 21,0 x 29,7 cm  
Gewicht: 659 g

[Recht > Öffentliches Recht > Verwaltungsrecht](#)

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

The logo for beck-shop.de features the text 'beck-shop.de' in a bold, red, sans-serif font. Above the 'i' in 'shop' are three red dots of increasing size. Below the main text, the words 'DIE FACHBUCHHANDLUNG' are written in a smaller, red, all-caps, sans-serif font.

**beck-shop.de**  
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](http://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.

## Einleitung

### A. Die Aufgabenstellung

In der verwaltungsgerichtlichen Assessorklausur geht es regelmäßig darum, einen tatsächlich meist einfachen und nicht allzu umfangreichen Aktenfall in **prozessualer und materiell-rechtlicher Hinsicht** zu bearbeiten und das Ergebnis

- in einem **Entscheidungsentwurf** (insbes. einem Urteil oder Beschluss)
- in einem **anwaltlichen Schriftsatz** (Klageschrift, Eilantrag) oder
- in einem **Gutachten** oder einer sonstigen schriftlichen Stellungnahme (Votum, Schreiben an den Mandanten o.Ä.) darzustellen.

**Beachte:** Der Schwerpunkt liegt auch in der Assessorklausur auf der Anwendung des materiellen Rechts, nur angereichert mit prozessualen Problemen. Sie sollten also bei der Vorbereitung auf das Examen das materielle Recht stets wiederholen. Das bedeutet aber nicht, dass Sie – wie im Ersten Examen – jede Frage bis in die letzte Verästelung beherrschen müssen. In der Assessorklausur soll eine praktische Entscheidung getroffen werden, die nicht mit für die Praxis unbedeutenden (Streit-) Fragen belastet werden darf. Eine kompakte Darstellung der wichtigsten Rechtsgebiete finden Sie im AS-Skript Materielles Verwaltungsrecht in der Assessorklausur.

Gerade im Öffentlichen Recht gibt es immer wieder Examensklausuren aus **abgelegenen Bereichen**, in denen Einzelwissen nicht vorausgesetzt wird, sondern lediglich Verständnis und Arbeitsmethode überprüft werden sollen. Materiell geht es in diesen Klausuren zumeist darum, das Wissen aus den (bekannten) Kernbereichen auf das unbekannte Rechtsgebiet der Klausur zu übertragen (Transferleistung).

**Beispiele:** Der Ihnen bekannte Begriff der Zuverlässigkeit muss statt in der GewO im WaffG oder PBefG subsumiert werden. Die allgemeinen Strukturen der Verhältnismäßigkeitsprüfung sind im Ausländerrecht bei der Ausweisung oder im Umweltrecht bei einer bodenschutzrechtlichen Anordnung ebenso wie im Allgemeinen Verwaltungsrecht anzuwenden.

Die Schwierigkeit dieser Fallgestaltungen liegt zumeist darin zu erkennen, wo die **Besonderheiten** des speziellen Gesetzes liegen, die ggf. eine abweichende Auslegung des – für sich genommen – bekannten Tatbestandsmerkmals erfordern. Besonders wichtig ist bei dieser Art Klausur die **Entschlüsselung des Aufgabentextes**. Die materiellen Fragen lassen sich regelmäßig durch die Angaben im Aktenauszug lösen. Entscheidend ist, dass Sie den Sachverhalt unter das unbekannte Gesetz subsumieren können und damit ihre „**Praxistauglichkeit**“ unter Beweis stellen.

**Beachte:** Die Bearbeitung darf auch auf unbekannten Gebieten oder bei unvorhergesehenen Schwierigkeiten niemals die juristische Arbeitsweise (Subsumtion) vernachlässigen. Nur methodisch einwandfreie Arbeiten lassen den Schluss zu, dass Sie nicht nur zufällig zu dem (richtigen) Ergebnis gelangt sind, sondern dass Ihnen dies auch in anderen Fällen gelingen wird.

Praxistauglich ist Ihre Klausurlösung nur, wenn Sie die **Schwerpunkte richtig setzen**. Sie müssen der Versuchung widerstehen, Unproblematisches breit zu erörtern, nur weil es Ihnen bekannt ist, und die entscheidenden Fragen des Falles nur beiläufig zu behandeln. Weiterhin müssen Sie beim Abfassen der Entscheidung die formalen und inhaltlichen Gepflogenheiten der **(Klausur-)Praxis** beachten.

So sind z.B. im Rahmen der formellen Rechtmäßigkeit die Punkte Zuständigkeit und Verfahren immer, wenn auch in der gebotenen Kürze, anzusprechen. Auch werden im verwaltungsgerichtlichen Urteil häufig nicht nur die entscheidungserheblichen, sondern alle problematischen Punkte angesprochen, um der Behörde Handlungsanweisungen für künftige Fälle zu geben. Formalfehler der Beteiligten, etwa ein unrichtig oder ungeschickt formulierter Antrag, werden dagegen eher beiläufig richtig gestellt, ohne viel Aufhebens darum zu machen.

## B. Die Klausurtypen

- 5 Die Assessorskripten von Alpmann Schmidt behandeln die verwaltungsverfahrenrechtlichen und verwaltungsprozessualen Fragen so, wie sie im Examen und in der Praxis auftreten. Die **verwaltungsgerichtliche Assessorklausur** stellt Sie hierbei vor folgende Situationen:
  - Meistens beschränkt sich die Aufgabenstellung auf die Anfertigung eines gerichtlichen **Entscheidungsentwurfs** (Urteil, Beschluss, Gerichtsbescheid).
  - **Anwaltsklausuren** bestehen i.d.R. aus einem vorbereitenden Gutachten und einem Schriftsatzentwurf (Klageschrift, Klageerwiderung, Eilantrag).
  - In der Prüfungspraxis finden sich zuweilen auch reine **Gutachtenklausuren**, in denen „nur“ ein Gutachten (insbesondere zur Zulässigkeit und Begründetheit einer Klage oder eines sonstigen Rechtsbehelfs) anzufertigen ist und sich der praktische Teil in der Formulierung des Tenors oder des Klageantrags erschöpft.

## C. Die Vorbereitung der Klausurlösung

### I. Lesen des Aktenauszugs

- 6 Die Lösung der Klausur steht zumeist im Aktenauszug! Diese Binsenweisheit trifft vor allem auf Klausuren zu, die eher entlegene Gebiete des besonderen Verwaltungsrechts betreffen. Niemand wird von Ihnen erwarten, dass Sie z.B. Einzelfragen aus dem Waffenrecht oder dem beamtenrechtlichen Beihilferecht beherrschen. Entscheidend ist hier, dass Sie die gesetzliche Systematik erfassen und die Aufgabe methodisch sauber einer vertretbaren Lösung zuführen. Das besondere Verwaltungsrecht ist zumeist nur der **Aufhänger** für die Fallgestaltung. Die Lösung ergibt sich i.d.R. aus Hinweisen in den abgedruckten Schriftsätzen. Daher ist unabdingbare Voraussetzung, dass Sie den **Aktenauszug durch mehrfaches Lesen vollständig erfassen**.

### II. Chronologie und rechtliche Würdigung

- 7 Durch das **erste Lesen** der (auszugsweise) wiedergegebenen Schriftsätze verschaffen Sie sich einen **groben Überblick** über die Klausur. Versuchen Sie hierbei, den Sachverhalt zunächst rein tatsächlich im Zusammenhang zu erfassen. Belasten Sie sich dabei noch nicht mit rechtlichen Überlegungen. Achten Sie von Anfang an auf die konkrete **Aufgabenstellung**, die sich zumeist unmittelbar aus dem Bearbeitungsvermerk ergibt.
- 8 Das dann folgende **Durcharbeiten des Aufgabentextes** dient der Erfassung der **Details**. Dabei ist es hilfreich, wenn Sie vor Erstellung der Lösungsskizze aus den verstreuten Angaben in der Akte eine Übersicht der zeitlichen Abfolge der Ereignisse (**Chronologie**) erstellen. Die Examensklausur wird i.d.R. aus einer oder mehreren echten Gerichtsakten zusammengestellt. Vor Gericht wird über einen tatsächlich geschehenen Lebenssachverhalt entschieden. Auch dieser ist chronologisch verlaufen.
- 9 Die Chronologie können Sie später verwenden, um einen knappen, aber vollständigen **Tatbestand** zu schreiben.

**Beispiel:** K ist seit April 2018 Betreiber der Gaststätte „Rokoko“ in der kreisfreien Stadt M. Auf seinen Antrag vom 15.03.2018 erhielt K am 16.04.2018 eine Baugenehmigung für eine Nutzungsänderung in eine Diskothek. Nachdem sich im Mai 2018 Nachbar N wiederholt erfolglos bei der Behörde über ruhestörenden Lärm beschwert hatte, hat N (vorbehaltlich landesrechtlicher Ausnahmen) am 25.08.2018 Widerspruch erhoben. Gegen den die Baugenehmigung aufhebenden Widerspruchsbescheid der Bezirksregierung vom 15.10.2018 hat K am 04.12.2018 Klage erhoben.

### Chronologie

Datum	Ereignis
15.03.2018	Antrag auf Erteilung einer Baugenehmigung
seit April 2018	K Betreiber der Gaststätte „Rokoko“ in M
16.04.2018	Baugenehmigung für Nutzungsänderung in Diskothek
Mai 2018	Nachbarbeschwerden über ruhestörenden Lärm
25.08.2018	Widerspruch des N gegen die Baugenehmigung
15.10.2018	Widerspruchsbescheid: Aufhebung der Baugenehmigung
04.12.2018	Klage des K gegen Widerspruchsbescheid

Die **rechtlichen Argumente** der Beteiligten, die in den Schriftsätzen ausgetauscht werden, sollten Sie separat zusammenstellen. Sie zeigen Ihnen, was **aus Sicht des Prüfungsamtes** erörterungswürdig ist. Diese Hinweise sollten Sie auf jeden Fall in die Lösung aufnehmen. Versuchen Sie schon bei der ersten Zusammenstellung, eine innere Ordnung herzustellen, die sich am späteren Entscheidungsaufbau orientiert (z.B. Trennung von Hinweisen zur Zulässigkeit und zur Begründetheit).

10

### Rechtliche Argumente

Standort	Kläger	Beklagter	Anmerkungen
<b>Zulässigkeit</b>	Widerspruch des N verfristet, evtl. verwirkt?	Klage verfristet	RBB ordnungsgemäß?
<b>Begründetheit</b>	keine wesentliche Änderung Vorbelastung durch andere Betriebe Lärm nicht dem Betrieb zuzurechnen Sperrzeitverlängerung wäre ausreichend	erhebliche Ausweitung des Betriebs unzumutbarer Lärm durch Besucher typische Erscheinungsform einer Gaststätte Sperrzeitverlängerung unzureichend	Bindungswirkung der Gaststätten-erlaubnis?

**Hinweis:** Gesichtspunkte, die von den Beteiligten nicht benannt wurden, Ihrer Ansicht nach aber für die Lösung relevant sind, ebenfalls aufführen, auch wenn diese später ggf. wieder verworfen werden!

### III. Die Klausurbearbeitung

Die konkrete Aufgabenstellung richtet sich nach dem jeweiligen **Bearbeitungsvermerk**. Der Vermerk muss stets **aufmerksam gelesen** werden.

11

**Beachte:** Auch wenn die Bearbeitungsvermerke i.d.R. gleich lauten, enthalten sie doch häufig wichtige Hinweise für die Klausurlösung und geben Weichenstellungen vor! Notieren Sie deshalb die Besonderheiten, die nicht in jeder Klausur standardmäßig vorkommen und offensichtlich nur den zu entscheidenden Fall betreffen.

Neben den Standardformulierungen („Die Formalien sind in Ordnung“) finden sich im Bearbeitungsvermerk z.B. folgende **Hinweise**:

12

- Datum der Zustellung des Ausgangs- und/oder des Widerspruchsbescheides,
- Datum des Eingangs der Klage (Eingangsstempel),
- Hinweise auf Formalien des Gerichtsverfahrens (z.B. Beiladung, Vollmachten),

- Auszug aus dem Kalender (i.d.R. Hinweis auf Fristprobleme!), ggf. i.V.m. der Ablichtung von mit Poststempel versehenen Briefumschlägen (als Hinweis auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen postalischer Verzögerungen),
- Hinweise auf Zuständigkeiten beteiligter Behörden oder auf Formalien während des Verwaltungs- und Widerspruchsverfahrens (z.B. Anhörung, Beteiligung Dritter),
- Hinweise auf den Inhalt der beigezogenen Verwaltungsvorgänge,
- Datum der Entscheidung und Zusammensetzung des Spruchkörpers,
- Wiedergabe von Normen, die in den in der Prüfung zugelassenen Gesetzestexten nicht enthalten sind, oder Ausschluss von Gesetzen, die nicht zu prüfen sind.

**Hinweis:** Sind einzelne Teile des Bearbeitungsvermerks nicht auf den ersten Blick verständlich, kann es sich um verdeckte Umschreibungen von prozessualen Sonder-situationen handeln!

- 13 Beispiele:** Bei einer Nachbarklage gegen die dem Bauherrn erteilte Baugenehmigung findet sich der kryptische Satz: „Das Gericht hat alle erforderlichen Verfahrenshandlungen vorgenommen.“ Da bei der Nachbarklage eine notwendige **Beiladung** des Bauherrn (§ 65 Abs. 2 VwGO) erfolgen muss (vgl. unten Rn. 109), ist dies ein Hinweis auf die erfolgte Beiladung, auch wenn der Beiladungsbeschluss im Aktenauszug nicht enthalten ist. Der beigelegte Bauherr muss deshalb als Beteiligter i.S.d. §§ 63 Nr. 3, 117 Abs. 1 Nr. 1 VwGO im Rubrum erscheinen. Dagegen wird der Beiladungsbeschluss weder im Tatbestand noch in den (Entscheidungs-)Gründen erwähnt (vgl. Rn. 55 u. 113).

Der Hinweis: „Das Gericht ist der Auffassung, dass die Sache keine besonderen Schwierigkeiten tatsächlicher oder rechtlicher Art aufweist und der Sachverhalt geklärt ist. Die Entscheidung ergeht am ... ohne mündliche Verhandlung. Notwendige Anhörungen sind erfolgt“ umschreibt, dass ein **Gerichtsbescheid** nach § 84 VwGO zu fertigen ist (s.u. Rn. 318 ff.).

- 14** Ein wesentlicher Unterschied zur Klausur im Ersten Examen besteht darin, dass Ihnen in den meisten Ländern im Assessorexamen **Kommentare** als Hilfsmittel zur Verfügung stehen. Sie sollten sich vom Beginn des Referendariats an mit ihnen vertraut machen. Die zugelassenen Kommentare sollten neben dem Gesetzestext ihr ständiges Werkzeug und Begleiter bei der Falllösung sein. Nur dann können Sie in der Klausur vollen Nutzen aus ihnen ziehen.

- 15** In der öffentlich-rechtlichen Klausur helfen Ihnen vor allem die Kommentare von Kopp/Schenke zur **VwGO** und von Kopp/Ramsauer zum **VwVfG**. Sie werden überrascht sein, wieviele Erläuterungen sich in den Einzelkommentierungen auch zu allgemeinen Fragestellungen und zu anderen Gesetzen finden. Beschränken Sie sich aber nicht nur auf die öffentlich-rechtlichen Kommentare. Oft können Sie in der öffentlich-rechtlichen Klausur auch die anderen Kommentare weiterbringen.

**Beispiele:** Im Kopp/Schenke finden Sie z.B. Ausführungen zur Fristberechnung,<sup>1</sup> zum Folgenbeseitigungsanspruch und zum öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch,<sup>2</sup> im Kopp/Ramsauer zum Verwaltungszustellungsgesetz (VwZG).<sup>3</sup> Im Palandt werden u.a. auch die öffentlich-rechtliche GoA, der öffentlich-rechtliche Erstattungsanspruch, die Amtshaftung und der enteignungsgleiche und enteignende Eingriff kommentiert.<sup>4</sup> Fischer hilft Ihnen bei ehrbeeinträchtigenden Äußerungen eines Hoheitsträgers.<sup>5</sup>

Bedenken Sie allerdings auch die **Kehrseite** der zugelassenen Hilfsmittel. Während eine richtige Definition im Ersten Examen noch als eigene Leistung anerkannt wird, wird der Prüfer im Assessorexamen erwarten und davon ausgehen, dass Sie die Definition nachgeschlagen haben.

<sup>1</sup> Kopp/Schenke VwGO § 57 Rn. 10 u. 10 a.

<sup>2</sup> Kopp/Schenke VwGO § 113 Rn. 80 ff.

<sup>3</sup> Kopp/Ramsauer VwVfG § 41 Rn. 46 ff.

<sup>4</sup> Palandt BGB Einf. v. § 677 Rn. 13 ff. (ör GoA), Einf. v. § 812 Rn. 9 ff. (ör Erstattungsanspruch), § 839 Rn. 1 ff. (Amtshaftung), vor § 903 Rn. 14 (enteignender und enteignungsgleicher Eingriff).

<sup>5</sup> Fischer StGB § 193 Rn. 16 ff.

## 2. Abschnitt: Besondere prozessuale Situationen

### Besondere prozessuale Situationen

- **Klagehäufung**
- **Klagerücknahme**
- **Klageänderung**
- **Erledigung des Rechtsstreits**
  - **übereinstimmende** Erledigungserklärung
  - **einseitige** Erledigungserklärung
- **Prozessvergleich**
- **Prozessaufrechnung**
- **Prozesskostenhilfe**

### A. Klagehäufung

- 198** Der Kläger kann in einer Klage **mehrere Klagebegehren** zusammen verfolgen (§ 44 VwGO). Eine solche **objektive Klagehäufung** liegt vor, wenn Gegenstand der Klage **mehrere Streitgegenstände** sind.

**Beispiele:** K hat Anfechtungsklage gegen die dem Bauherrn erteilte Baugenehmigung erhoben verbunden mit einem Verpflichtungsantrag auf Erlass einer Beseitigungsverfügung hinsichtlich der bereits errichteten baulichen Anlage (§ 113 Abs. 1 S. 2 VwGO).<sup>154</sup> – Der unterlegene Bewerber B hat Anfechtungsklage gegen die Begünstigung des Konkurrenten K erhoben verbunden mit einer Verpflichtungsklage auf erneute Bescheidung seines Antrags.

**Gegenbeispiel:** K beantragt, die Behörde zu verpflichten, ihm die begehrte Baugenehmigung für ein Mehrfamilienhaus zu erteilen und außerdem den Ablehnungsbescheid aufzuheben. Bei letzterem handelt es sich nicht um eine zusätzliche Anfechtungsklage, da der Aufhebungsantrag bzgl. der ablehnenden Bescheide im Verpflichtungsantrag mitenthalten ist (s.o. Rn. 124).

**Beachte:** Von der objektiven Klagehäufung i.S.d. § 44 VwGO zu unterscheiden ist die **subjektive Klagehäufung** (Streitgenossenschaft). Für die **Streitgenossenschaft** gelten nach § 64 VwGO die §§ 59 ff. ZPO. Sie ist kein Fall des § 44 VwGO, kann aber zusammen mit einer objektiven Klagehäufung vorliegen.

- 199** Die Voraussetzungen des § 44 VwGO gelten auch für die **Eventualklagehäufung**, d.h. beim Zusammentreffen von Haupt- und Hilfsantrag.<sup>155</sup>

**Beispiel:** K klagt auf Feststellung, dass das Aufstellen von Tischen und Stühlen vor seiner Gaststätte nicht erlaubnispflichtig ist, hilfsweise beantragt er die Behörde zu verpflichten, ihm eine Sondernutzungserlaubnis zu erteilen.

Denkbar ist auch eine **alternative Klagehäufung**, die indes nach allgemeiner Auffassung **unzulässig** ist. Denn der Streitgegenstand würde abweichend von § 82 VwGO in das Belieben des Gerichts gestellt, wenn der Kläger gegen einen Beklagten diesen oder jenen Anspruch geltend machen könnte.

- 200** Die (**objektive**) **Klagehäufung** ist nach § 44 VwGO nur **zulässig**, wenn
- sich die Klagebegehren gegen **denselben Beklagten** richten,
  - im **Zusammenhang** stehen und
  - **dasselbe Gericht** zuständig ist, d.h. sowohl sachlich als auch örtlich (§ 52 VwGO).

<sup>154</sup> Zum Verhältnis zwischen § 113 Abs. 1 S. 2 und § 44 VwGO vgl. AS-Skript VwGO (2019), Rn. 419.

<sup>155</sup> Kopp/Schenke VwGO § 44 Rn. 1.

Im **Entscheidungsentwurf** ist es i.d.R. angebracht, die Darstellung der verschiedenen Klagebegehren zu **trennen**. Liegen die Voraussetzungen des § 44 VwGO unzweifelhaft vor, kann es zweckmäßig sein, die Zulässigkeit der Anträge zusammen zu prüfen, wenn die Begehren sich ähneln und dadurch Wiederholungen vermieden werden.

201

*Die Anträge sind zulässig. ... Der Kläger kann die von ihm verfolgten Begehren nach § 44 VwGO in einer einheitlichen Klage verfolgen. Die Anträge richten sich gegen denselben Beklagten, stehen im Zusammenhang, für beide Begehren ist gemäß § ... VwGO das erkennende Gericht zuständig.*

**Beachte:** Eine Zusammenprüfung der Zulässigkeit **verbietet** sich in jedem Fall bei Haupt- und Hilfsanträgen. Hier darf auf den Hilfsantrag (auch auf dessen Zulässigkeit) erst eingegangen werden, wenn der Hauptantrag vollständig auf Zulässigkeit und Begründetheit überprüft worden ist.

Liegen die Voraussetzungen des § 44 VwGO nicht vor, bleiben die Klagebegehren für sich gesehen zulässig, nur die Klageverbindung ist unzulässig. Die Verfahren werden nach § 93 VwGO **getrennt**.

202

## B. Klagerücknahme

### I. Wirksamkeit der Klagerücknahme

Der Kläger kann seine Klage bis zur **Rechtskraft** des Urteils (also auch noch nach Erlass des Urteils) zurücknehmen (§ 92 Abs. 1 S. 1 VwGO). Nach Antragstellung in der mündlichen Verhandlung kann die Klagerücknahme nur wirksam erfolgen, wenn der Beklagte und ggf. der VÖL **einwilligen** (§ 92 Abs. 1 S. 2 VwGO).

203

Die Einwilligung ist **Wirksamkeitsvoraussetzung** für die Klagerücknahme.<sup>156</sup> Durch das Einwilligungserfordernis soll verhindert werden, dass sich der Kläger in einem fortgeschrittenen Verfahrens stadium einer rechtskraftfähigen Entscheidung entzieht.

**Beachte:** Eine Zustimmung des Beigeladenen, auch des notwendig Beigeladenen, sieht das Gesetz bei der Klagerücknahme nicht vor!

Die Einwilligung kann **ausdrücklich** oder **konkludent** erteilt werden, z.B. durch Stellung eines Kostenantrags nach § 155 Abs. 2 VwGO. Die Einwilligung gilt als erteilt, wenn der Klagerücknahme nicht innerhalb von zwei Wochen seit Zustellung des die Rücknahme enthaltenden Schriftsatzes widersprochen wird (§ 92 Abs. 1 S. 3 VwGO).

204

Nach § 92 Abs. 2 VwGO **gilt** die Klage **als zurückgenommen**, wenn der Kläger das Verfahren trotz Aufforderung des Gerichts länger als zwei Monate nicht betreibt. In der Aufforderung hat das Gericht auf diese Rechtsfolge sowie auf die Kostenfolge des § 155 Abs. 2 VwGO hinzuweisen (§ 92 Abs. 2 S. 3 VwGO). Die Rücknahmefiktion ist keine Sanktion für einen Verstoß gegen prozessuale Mitwirkungspflichten, die Betreibensaufforderung darf nur zur Klärung von Zweifeln am Fortbestehen des Rechtsschutzinteresses eingesetzt werden.<sup>157</sup> Im Zeitpunkt der Betreibensaufforderung müssen deshalb sachlich begründete Anhaltspunkte für einen Wegfall des Rechtsschutzinteresses bestehen.<sup>158</sup>

205

Bei Anträgen im **einstweiligen Rechtsschutzverfahren** ist § 92 Abs. 1 S. 2 VwGO nicht entsprechend anwendbar, die Anträge können daher in jedem Verfahrens stadium auch ohne Einwilligung des Gegners zurückgenommen werden. Anders als im Hauptsacheverfahren ist der Antragsgegner wegen der nur beschränkten Rechtskraftwirkung nicht besonders schutzbedürftig.<sup>159</sup>

206

<sup>156</sup> BVerwG DVBl. 1989, 874, 875.

<sup>157</sup> BVerfG NVwZ 2013, 136; Schübel-Pfister JuS 2013, 990, 991.

<sup>158</sup> SächsOVG NVwZ-RR 2016, 199; OVG Bln-Bbg, Beschl. v. 14.12.2015 – OVG 2 M 18.15, BeckRS 2016, 40316.

<sup>159</sup> Kopp/Schenke VwGO § 92 Rn. 2; Schoch/Clausing VwGO § 92 Rn. 83 m.w.N.

- 207** Der Kläger kann sich **außergerichtlich** verpflichten, die Klage zurückzunehmen.

**Beispiel:** Nachbar N hat gegen die dem Bauherrn B erteilte Baugenehmigung Anfechtungsklage erhoben. Außergerichtlich einigen sich B und N, dass N die Klage gegen Zahlung von 10.000 Euro zurücknimmt.

Ein **außergerichtlicher Vergleich** gestaltet als materiell-rechtlicher Vertrag die Rechtslage nur in materieller Hinsicht und hat **keine unmittelbaren Auswirkungen auf den Prozess** (anders der Prozessvergleich, dazu unten Rn. 278 ff.). Kommt der Kläger seiner Verpflichtung nicht nach und erhält die Klage aufrecht, stellt dies ein treuwidriges Verhalten dar, das analog § 242 BGB den Einwand der Treuwidrigkeit begründet. Nach h.M. wird daher eine Klage unzulässig, wenn sich der Kläger außergerichtlich (wirksam) zur Rücknahme der Klage verpflichtet hat.<sup>160</sup>

## II. Rechtsfolge der Klagerücknahme

- 208** Die Klagerücknahme hat **unmittelbar verfahrensgestaltende Wirkung**, d.h. sie bewirkt **automatisch** die Beendigung des Verfahrens. Sie ist als **Prozesshandlung** beendigungsfeindlich und unanfechtbar.<sup>161</sup>

Allerdings ist ausnahmsweise ein **Widerruf** zulässig, wenn nach § 153 VwGO i.V.m. § 580 ZPO ein Restitutionsgrund besteht. Wenn sich die Beteiligten sogar von der Bindung an ein rechtskräftiges Urteil lösen können, gilt dies erst recht, wenn ein Verfahren anderweitig beendet worden ist. Ein Widerruf kommt ferner dann in Betracht, wenn es mit dem Grundsatz von Treu und Glauben unvereinbar wäre, einen Beteiligten an einer von ihm vorgenommenen Prozesshandlung festzuhalten.<sup>162</sup>

- 209** Die Rücknahme wirkt **ex tunc**, das Verfahren gilt als nicht rechtshängig geworden, bereits ergangene Entscheidungen werden wirkungslos, ohne dass es einer ausdrücklichen Aufhebung bedarf (§ 173 S. 1 VwGO, § 269 Abs. 3 S. 1 Hs. 2 ZPO).

- 210** Ist die Klage wirksam zurückgenommen oder gilt sie nach § 92 Abs. 2 VwGO als zurückgenommen, so **stellt** das Gericht das Verfahren nach § 92 Abs. 3 S. 1 VwGO durch Beschluss (deklaratorisch) **ein** und entscheidet über die **Kosten**, die nach § 155 Abs. 2 VwGO i.d.R. vom Kläger zu tragen sind. Beruht die Klageerhebung auf einem Verschulden des Beklagten, bleibt § 155 Abs. 4 VwGO anwendbar.<sup>163</sup>

§ 155 Abs. 2 VwGO gilt auch, wenn die Klagerücknahme in einem außergerichtlichen Vergleich vorgesehen ist. § 160 VwGO gilt nicht analog, weil nicht der außergerichtliche Vergleich, sondern erst die Klagerücknahme zur Beendigung des Rechtsstreits führt (anders beim Prozessvergleich).<sup>164</sup>

*Das Verfahren wird eingestellt.*

*Der Kläger trägt die Kosten des Verfahrens.*

*Der Streitwert beträgt 5.000 Euro.*

Im Fall des § 92 Abs. 2 VwGO (**Rücknahmefiktion**) ist zusätzlich festzustellen, dass die Klage als zurückgenommen gilt (§ 92 Abs. 2 S. 4 VwGO). In der Rechtsmittelinstanz ist auf Antrag (deklaratorisch) auszusprechen, dass die vorinstanzlichen Entscheidungen gegenstandslos sind (§ 173 S. 1 VwGO, § 269 Abs. 3 S. 1 Hs. 2, Abs. 4 S. 1 ZPO).

- 211** Der Beschluss ist **unanfechtbar** – bzgl. der Einstellung nach § 92 Abs. 3 S. 2 VwGO, bzgl. der Kosten nach § 158 Abs. 2 VwGO. Entsteht im Nachhinein **Streit**, ob eine wirkungsvolle Klagerücknahme vorliegt, ist ein Antrag auf **Fortsetzung** des Verfahrens möglich. Das Gericht entscheidet sodann durch Urteil, ob das Verfahren tatsächlich beendet ist.<sup>165</sup>

<sup>160</sup> BVerwG DVBl. 1994, 211, 213; BayVGh NJW 2009, 247, 248.

<sup>161</sup> BayVGh NVwZ-RR 2018, 374, 375.

<sup>162</sup> BayVGh RÜ 2016, 139, 140; RÜ 2018, 67, 68.

<sup>163</sup> Kopp/Schenke VwGO § 155 Rn. 11 m.w.N.

<sup>164</sup> NdsOVG NVwZ-RR 2014, 119; a.A. Kopp/Schenke VwGO § 160 Rn. 7.

In der Klausur ist diese Voraussetzung zumeist unproblematisch. Mutwilligkeit liegt z.B. vor, wenn eine einfachere Möglichkeit für die Verwirklichung des Anspruchs besteht, dann fehlt es i.d.R. aber auch schon am Rechtsschutzbedürfnis.

#### 4. Bedürftigkeit

- 311** Wesentliche Voraussetzung ist, dass der Betroffene nach seinen **persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen** die Kosten nicht, nur zum Teil oder nur in Raten aufbringen kann. Zur Feststellung der **Bedürftigkeit** hat der Antragsteller seinem Antrag eine Erklärung über seine persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse sowie entsprechende Belege beizufügen (§ 117 Abs. 2 ZPO).

In Examensklausuren findet sich i.d.R. der Bearbeitungsvermerk, dass die Angaben zur Bedürftigkeit des Antragstellers zutreffen und davon auszugehen ist, dass er die Kosten des Verfahrens nicht selbst tragen kann.<sup>290</sup> Die Darstellung in der Klausur beschränkt sich dann im Wesentlichen auf die Inzidentprüfung der Erfolgsaussichten in der Hauptsache.

## II. Rechtsfolge

### 1. Anspruch auf PKH

- 312** Sind die Voraussetzungen erfüllt, so **muss** das Gericht PKH gewähren. Es besteht ein **Anspruch** des Antragstellers. Allerdings hängt die Entscheidung von den wirtschaftlichen Verhältnissen des Antragstellers ab (§§ 114, 120 ZPO):
- Gelangt das Gericht zu dem Ergebnis, dass der Antragsteller keinerlei Prozesskosten tragen kann, wird **uneingeschränkt PKH** bewilligt.
  - Kann der Antragsteller einen Teil der Prozesskosten aus seinem **Vermögen** aufbringen, wird PKH bewilligt und dem Antragsteller aufgegeben, den zumutbaren Teil des Vermögens für die Prozesskosten einzusetzen (§ 115 Abs. 3 ZPO).
  - Ist der Antragsteller in der Lage, einen Teil der Kosten aus seinem **Einkommen** aufzubringen, so wird PKH bewilligt mit der Auflage, monatliche Raten zu zahlen (§ 115 Abs. 2 ZPO).

### 2. Entscheidung durch Beschluss

- 313** Die Bewilligung erfolgt durch **Beschluss** ohne mündliche Verhandlung (§ 127 ZPO), aber i.d.R. nach Anhörung des Gegners (§ 118 Abs. 1 S. 1 ZPO). Die Bewilligung gilt immer nur für einen Rechtszug (§ 119 Abs. 1 ZPO). Für die Form gelten die allgemeinen Regeln über Beschlüsse (s.u. Rn. 329).
- 314** Gegen die (vollständige oder teilweise) **Ablehnung** durch das VG kann **Beschwerde** (§ 146 Abs. 1 VwGO) erhoben werden (mit der Einschränkung des § 146 Abs. 2 VwGO), die nicht dem Anwaltszwang unterliegt (§ 67 Abs. 4 S. 1 Alt. 2 VwGO). Die Beschwerdeentscheidung des OVG ist unanfechtbar (§ 152 VwGO).

Der Prozessgegner kann gegen die Bewilligung der PKH kein Rechtsmittel einlegen (vgl. § 127 Abs. 2 u. Abs. 3 ZPO). Denn er ist nicht unmittelbar Beteiligter des PKH-Verfahrens, sondern gemäß § 118 ZPO lediglich anzuhören.

- 315** In der Praxis wird der Beschluss üblicherweise mit einem **vollem Rubrum** versehen. Erforderlich ist dies nicht, da die Entscheidung kein Vollstreckungstitel ist.<sup>291</sup>

Eingeleitet wird üblicherweise mit der Formulierung „In dem verwaltungsgerichtlichen Verfahren ...“ o.Ä., teilweise findet sich auch die Formulierung: „In dem Prozesskostenhilfverfahren ...“ Die Beteiligten werden als „Antragsteller“ bzw. „Antragsgegner“ bezeichnet, unabhängig von ihrer Ver-

<sup>290</sup> Vgl. z.B. Beaucamp JuS 2004, 706, 708.

<sup>291</sup> Fischer JuS 2004, 1068, 1070.

fahrensrolle im Hauptsacheverfahren. Teilweise wird auf die Nennung des Gegners verzichtet, da dieser nicht Verfahrensbeteiligter ist (s.o.). Dies widerspricht jedoch der Regelung des § 118 ZPO, der ausdrücklich vom „Gegner“ spricht.

Eine **Kostenentscheidung** ist **nicht erforderlich**, da das PKH-Verfahren gerichtskostenfrei ist und dem Gegner auch keine Kosten erstattet werden (§ 118 Abs. 1 S. 4 ZPO). Eine **Begründung** des Beschlusses ist nur erforderlich, wenn das Verwaltungsgericht PKH ganz oder teilweise ablehnt (§§ 122 Abs. 2, 166 VwGO, § 127 Abs. 2 S. 2 ZPO). Für das PKH-Verfahren selbst kann keine Prozesskostenhilfe bewilligt werden.<sup>292</sup> **316**

Im Hinblick auf die nach § 127 Abs. 3 ZPO denkbare Beschwerde der Staatskasse, ist in der Praxis allerdings eine Begründung unter Darlegung der Voraussetzungen des § 115 ZPO auch üblich, wenn PKH ohne Ratenzahlung bewilligt worden ist.<sup>293</sup> Soweit die Gründe der Entscheidung Angaben über die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse der Partei enthalten, dürfen sie dem Gegner nur mit Zustimmung des Antragstellers zugänglich gemacht werden (§ 127 Abs. 1 S. 3 ZPO, vgl. auch § 117 Abs. 2 S. 2 ZPO).

Ist im Hauptsacheverfahren eine **Vertretung durch Anwälte** vorgeschrieben (z.B. vor dem OVG, § 67 Abs. 4 VwGO), wird dem Beteiligten ein Rechtsanwalt seiner Wahl beigeordnet (§ 121 Abs. 1 ZPO). Ist eine Vertretung – wie im erstinstanzlichen Verfahren vor dem VG – nicht vorgeschrieben, wird ein Anwalt nur beigeordnet, wenn die Vertretung durch einen Anwalt erforderlich erscheint oder der Gegner durch einen Rechtsanwalt vertreten ist (§ 121 Abs. 2 ZPO). Erforderlich ist die Beordnung eines Anwalts insb. dann, wenn im Kenntnisstand und in den Fähigkeiten der Prozessparteien ein deutliches Ungleichgewicht besteht.<sup>294</sup> Bezüglich der Beordnung eines Anwalts bedarf es eines **besonderen Antrags** (§ 121 Abs. 2 ZPO).<sup>295</sup> **317**

Ob die Vertretung durch einen Rechtsanwalt erforderlich erscheint, ist im Einzelfall unter Berücksichtigung der Schwierigkeit der Sach- und Rechtslage und der persönlichen Verhältnisse des Antragstellers zu beurteilen. Im Falle der Beordnung hat der Anwalt **keinen eigenen Vergütungsanspruch** gegen den Mandanten (§ 122 Abs. 1 Nr. 3 ZPO). Er erhält lediglich eine Entschädigung aus der Staatskasse (§§ 45 ff. RVG) nach besonderen Gebührensätzen (§ 49 RVG). Soweit die Staatskasse zahlt, geht ein evtl. Kostenerstattungsanspruch gegen den Gegner auf den Staat über (§ 59 RVG).

**Beachte:** Keinen Einfluss hat die PKH-Bewilligung auf das Verhältnis zum **Prozessgegner** (§ 123 ZPO), d.h. wenn und soweit der PKH-Berechtigte den Prozess verliert, muss er die Kosten des Gegners selbst tragen. Insoweit bleibt daher auch bei Bewilligung von PKH ein Kostenrisiko.

7 M 453/19

### **Beschluss**

*In dem verwaltungsgerichtlichen Verfahren*

*des ...*

*Antragstellers,*

*gegen*

*den ...*

*Antragsgegner,*

*hat die 7. Kammer des Verwaltungsgerichts ...*

*am ...*

*durch ...*

<sup>292</sup> BGH NJW 2004, 2595, 2596; Kopp/Schenke VwGO § 166 Rn 2.

<sup>293</sup> Fischer JuS 2004, 1068, 1071.

<sup>294</sup> BVerfG, Beschl. v. 06.05.2009 – 1 BvR 439/08, BeckRS 2010, 52864.

<sup>295</sup> BVerwG NVwZ 2004, 888, 889.

beschlossen:

*Dem Antragsteller wird Prozesskostenhilfe bewilligt. (ggf.: Zur Wahrnehmung seiner Rechte wird ihm Rechtsanwalt ... beigeordnet.)*

*Der Antragsteller hat ab dem ... insgesamt ... Raten in Höhe von ... Euro monatlich an die Staatskasse zu zahlen.*

*Im Übrigen wird der Antrag abgelehnt.*

### **Gründe**

#### **I.**

*(Darstellung des Sachverhalts)*

#### **II.**

*Der Antrag des Antragstellers ist in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang begründet. Gemäß § 166 VwGO i.V.m. § 114 ZPO erhält ein Beteiligter, der nach seinen persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen die Kosten der Prozessführung nicht, nur zum Teil oder nur in Raten aufbringen kann, auf Antrag Prozesskostenhilfe, wenn die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet und nicht mutwillig erscheint.*

*Diese Voraussetzungen sind erfüllt. Der Antragsteller hat durch Vorlage von Erklärungen über seine persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse und von entsprechenden Nachweisen seine Bedürftigkeit dargetan. ...*

*Die beabsichtigte Rechtsverfolgung bietet unter Berücksichtigung des Vorbringens des Antragstellers auch hinreichende Aussicht auf Erfolg. Hierbei muss der Erfolg nicht gewiss sein, sondern nach den Gegebenheiten eine gewisse Wahrscheinlichkeit für sich haben. Dies ist schon dann der Fall, wenn ein Obsiegen ebenso wahrscheinlich ist wie ein Unterliegen. Auf dieser Grundlage bestehen vorliegend hinreichende Erfolgsaussichten.*

*Die zu erhebende Klage des Antragstellers wäre voraussichtlich zulässig und begründet. ...*

*Mit der Bewilligung von Prozesskostenhilfe war dem Antragsteller auf seinen Antrag gemäß § 166 VwGO i.V.m. § 121 Abs. 2 S. 1 ZPO sein Rechtsanwalt beizuordnen, da die Vertretung durch einen Rechtsanwalt erforderlich erscheint. Unter Berücksichtigung der Schwierigkeit der Sach- und Rechtslage und der persönlichen Verhältnisse des Antragstellers ist diesem nicht zumutbar, das Verfahren selbst zu führen.*

*Abweichend vom Antrag des Antragstellers war Prozesskostenhilfe nur unter gleichzeitiger Auferlegung von Ratenzahlungen zu gewähren. Denn dem Antragsteller ist zumutbar, monatliche Raten in Höhe von ... Euro aus seinem Einkommen aufzubringen. Der Antragsteller verfügt über ein nach § 115 ZPO einzusetzendes Einkommen von monatlich ... Euro. ...*

### **Rechtsmittelbelehrung:**

*Soweit dem Antragsteller Prozesskostenhilfe bewilligt wurde, ist der Beschluss unanfechtbar. Im Übrigen kann gegen diesen Beschluss Beschwerde eingelegt werden. Die Beschwerde ist innerhalb von zwei Wochen nach Bekanntgabe des Beschlusses beim Verwaltungsgericht in ... zu erheben.*

**Muster: Beschluss nach § 80 Abs. 5 VwGO**

7 L 1318/19

**Verwaltungsgericht Düsseldorf****B e s c h l u s s**

In dem verwaltungsgerichtlichen Verfahren  
des Kaufmanns Ludger Bosse, Wiesenstr. 51, 40629 Düsseldorf,

Antragstellers,

– Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwälte Müller und Schneider, Hermann-  
Löns-Weg 36, 40235 Düsseldorf –

gegen

die Stadt Düsseldorf, vertreten durch den Oberbürgermeister, 40210 Düsseldorf,

Antragsgegnerin,

wegen Beseitigungsverfügung

hier: Regelung der Vollziehung

hat die 7. Kammer des Verwaltungsgerichts Düsseldorf

am 26. Mai 2019

durch

Vizepräsidenten des Verwaltungsgerichts Schmitz

Richter am Verwaltungsgericht Meier und

Richterin Müller

beschlossen:

1. Die aufschiebende Wirkung der Klage des Antragstellers vom ... gegen die Verfügung der Antragsgegnerin vom ... wird wiederhergestellt.
2. Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens
3. Der Streitwert wird auf 2.500 EUR festgesetzt.

**Gründe****I.**

(Darstellung des Sach- und Streitstandes ähnlich dem Tatbestand eines Urteils)

- Geschichtserzählung
  - feststehender Sachverhalt
  - Verwaltungsverfahren
- Verfahrensgeschichte
- Vorbringen des Antragstellers
  - **Antrag des Antragstellers**
  - **Antrag des Antragsgegners**
- Vorbringen des Antragsgegners
  - ggf. **Antrag des/der Beigeladenen**
- Vorbringen des/der Beigeladenen

## ANFECHTUNGSKLAGE

### A. Zulässigkeit der Klage

#### I. Verwaltungsrechtsweg

- Spezialzuweisung zum Verwaltungsgericht (z.B. § 54 Abs. 1 BeamtStG)
- Generalklausel, § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO

#### II. Statthaftigkeit

**Anfechtungsklage**, wenn **Aufhebung** eines (belastenden) VA begehrt wird

- **Verwaltungsakt**
  - formell, wenn in der Form eines VA
  - materiell gemäß § 35 VwVfG, auch isoliert gegen Nebenbestimmungen (str.), **nicht** gegen Inhaltsbestimmungen
- **Ausgangsbescheid in der Gestalt des Widerspruchsbescheides**, § 79 Abs. 1 Nr. 1 VwGO
- **Widerspruchsbescheid/Abhilfebescheid isoliert**
  - erstmalige Beschwerde durch Abhilfe- oder Widerspruchsbescheid, § 79 Abs. 1 Nr. 2 VwGO
  - zusätzliche selbstständige Beschwerde durch Widerspruchsbescheid, § 79 Abs. 2 S. 1 VwGO
  - wesentlicher Verfahrensfehler beim Widerspruchsbescheid, § 79 Abs. 2 S. 2 VwGO
- **Annexanträge**, § 113 Abs. 1 S. 2 u. § 113 Abs. 4 VwGO

#### III. Klagebefugnis

Geltendmachung der Verletzung eines **subjektiven (Abwehr-)Rechts**, § 42 Abs. 2 VwGO

- wenn **einfach-gesetzliche Vorschrift** zumindest auch dem Schutz von Individualinteressen des Klägers zu dienen bestimmt ist (Schutznormtheorie)
- aus **Grundrechten**

#### IV. Vorverfahren

- ordnungsgemäßes **Widerspruchsverfahren**, §§ 68 ff. VwGO
- **Ausnahmen**, § 68 Abs. 1 S. 2 VwGO
  - kraft Gesetzes (z.B. §§ 74, 70 VwVfG, AGVwGO, JustG)
  - VA einer obersten Bundes- oder Landesbehörde (insb. Ministerium), außer wenn Gesetz Nachprüfung vorschreibt
  - erstmalige Beschwerde durch Widerspruchsbescheid oder Abhilfebescheid
- Vorverfahren **entbehrlich**
  - bei Untätigkeit, § 75 VwGO
  - wenn Zweck des Widerspruchsverfahrens auf andere Weise erreicht oder nicht mehr erreicht werden kann (insb. rügelose Einlassung des mit der Widerspruchsbehörde identischen Beklagten/-vertreters)

#### V. Klagefrist

- § 74 Abs. 1 VwGO: **1 Monat**
  - ab Zustellung des Widerspruchsbescheides
  - oder (im Fall des § 68 Abs. 1 S. 2 VwGO) ab Bekanntgabe des VA
- § 58 Abs. 2 VwGO: **1 Jahr** bei fehlender/unrichtiger Rechtsbehelfsbelehrung

#### VI. Klagegegner

- Rechtsträger der Ausgangsbehörde, § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO
- (Ausgangs-)Behörde, § 78 Abs. 1 Nr. 2 VwGO i.V.m. Landesrecht
- bei isolierter Anfechtung des Widerspruchsbescheides: Widerspruchsbehörde bzw. deren Rechtsträger, §§ 78 Abs. 2, 79 Abs. 2 S. 3 VwGO

## 4. Teil: Das Eilverfahren in der Assessorklausur

### 1. Abschnitt: Verfahrensarten

Anträge auf vorläufigen Rechtsschutz sind in der Praxis und im Examen von erheblicher Bedeutung. Die VwGO kennt im Wesentlichen zwei Arten des Eilverfahrens: **630**

- das **Aussetzungsverfahren nach § 80 Abs. 5 VwGO** und
- das **Anordnungsverfahren nach § 123 VwGO**.

Bei Verwaltungsakten mit Doppelwirkung wird § 80 VwGO durch § 80 a VwGO ergänzt, im Rahmen der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle (insbes. bei Bebauungsplänen, § 47 Abs. 1 Nr. 1 VwGO) wird vorläufiger Rechtsschutz durch die besondere einstweilige Anordnung nach § 47 Abs. 6 VwGO gewährt.<sup>718</sup>

#### A. Vorläufiger Rechtsschutz nach § 80 VwGO

Beim belastenden VA haben Widerspruch und Anfechtungsklage grds. **aufschiebende Wirkung** (§ 80 Abs. 1 VwGO). Der VA wird durch den Rechtsbehelf automatisch **kraft Gesetzes suspendiert**. Der Bürger braucht den VA (vorläufig) nicht zu befolgen, die Behörde darf den VA zunächst weder in rechtlicher noch tatsächlicher Hinsicht verwirklichen (sog. Verwirklichungshemmung).<sup>719</sup> Eines besonderen gerichtlichen Eilverfahrens bedarf es daher bei belastenden Verwaltungsakten im Normalfall nicht. **631**

Etwas anderes gilt dann, wenn die **aufschiebende Wirkung nach § 80 Abs. 2 VwGO ausgeschlossen** ist: **632**

- bei der Anforderung von **öffentlichen Abgaben und Kosten** (Nr. 1)
  - **Abgaben** sind neben den klassischen Abgaben (Steuern, Gebühren, Beiträge) alle Geldleistungen, die den allgemeinen Finanzbedarf der öffentlichen Hand decken sollen.

**Beispiele:** Erschließungsbeiträge, Abwassergebühren, Kindergartenbeiträge, nicht dagegen die Stellplatzablässe, da diese keine allgemeine Finanzierungsfunktion hat, sondern in erster Linie den geldwerten Vorteil abschöpfen will, Stellplätze nicht herstellen zu müssen.<sup>720</sup>

**Verwaltungsgebühren** werden von der Regelung nach h.Rspr. auch dann erfasst, wenn sie zusammen mit einer nicht unter § 80 Abs. 2 VwGO fallenden Sachentscheidung erhoben werden (sog. **unselbstständige Gebührenentscheidung**).

**Beispiel:** Für den Erlass einer Beseitigungsverfügung wird eine Verwaltungsgebühr erhoben. Die Gebühr muss gezahlt werden, obwohl Rechtsbehelfe gegen die Beseitigungsverfügung grds. aufschiebende Wirkung entfalten. Im Hinblick auf das durch § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 VwGO geschützte Finanzierungsinteresse des Staates ist es unerheblich, ob die Kostenforderung isoliert oder als Nebenforderung geltend gemacht wird.<sup>721</sup> Die Gegenansicht verweist darauf, dass die Rechtmäßigkeit der Gebührenfestsetzung vom Bestand des HauptVA abhängt, so dass es ungerechtfertigt sei, den Gebührenbescheid vor Abschluss des Hauptsacheverfahrens zu vollziehen.<sup>722</sup>

- **Kosten** i.S.d. § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 VwGO sind alle Kosten und Auslagen, die den Beteiligten im Verwaltungsverfahren einschließlich des Widerspruchsverfahrens nach **feststehenden Sätzen** auferlegt werden.<sup>723</sup> **633**

<sup>718</sup> Vgl. AS-Skript VwGO (2019), Rn. 416 u. 819.

<sup>719</sup> BVerwG RÜ 2009, 45, 46.

<sup>720</sup> OVG M-V KommJur 2005, 145; Schoch VwGO § 80 Rn. 137; a.A. Kopp/Schenke VwGO § 80 Rn. 57.

<sup>721</sup> OVG LSA RÜ 2017, 45, 46; VGH BW VBIBW 2012, 116; SächsOVG NVwZ-RR 2011, 225, 226; ThürOVG NVwZ-RR 2004, 393; OVG Koblenz NVwZ-RR 2004, 393; OVG NWVBI. 2003, 479; NRW NWVBI 2018, 208.

<sup>722</sup> Kopp/Schenke VwGO § 80 Rn. 62.

<sup>723</sup> OVG NRW DVBI. 1998, 239; VGH BW VBIBW 1991, 215, 216; Pietzner/Ronellenfitsch Rn. 1454.

**Keine Kosten** i.S.d. § 80 Abs. 2 Nr. 1 S. 1 VwGO sind daher Kosten des Verwaltungszwangs, z.B. der Ersatzvornahme, deren Höhe sich nicht nach normativen Sätzen richtet, sondern von den Umständen des Einzelfalls abhängt.<sup>724</sup>

Nach der Gegenansicht ist der Begriff der „öffentlichen Kosten“ weit auszulegen und erfasst alle Verwaltungskosten, die nicht schon als öffentliche Abgaben zu qualifizieren sind und damit auch die Kosten der Ersatzvornahme.<sup>725</sup> Dagegen spricht der Ausnahmecharakter des § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 VwGO, der sonst praktisch jede öffentlich-rechtliche Geldforderung erfassen würde.

- 634 ■ bei unaufschiebbaren Anordnungen und Maßnahmen von Polizeivollzugsbeamten (§ 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 VwGO)**

§ 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 VwGO gilt analog bei **Verkehrszeichen** nach § 41 Abs. 1 StVO i.V.m. Anlage 2, da sich die von ihnen ausgehenden Ge- und Verbote nicht von polizeilichen Anordnungen unterscheiden (Funktionsgleichheit).<sup>726</sup>

- 635 ■ bei gesetzlichem Ausschluss (§ 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 VwGO)**

**Beispiele:** Bauaufsichtliche Zulassungen (§ 212 a Abs. 1 BauGB), also Baugenehmigungen, nach h.M. auch der Vorbescheid;<sup>727</sup> Ablehnung eines Aufenthaltstitels (§ 84 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG); Abordnung und Versetzung im Beamtenrecht (§ 126 Abs. 4 BBG, § 54 Abs. 4 BeamStG); kraft Landesrechts bei Maßnahmen in der Verwaltungsvollstreckung (vgl. z.B. Art. 21 a S. 1 Bay VwZVG, § 12 S. 1 LVwVG BW, § 16 S. 1 Hess AGVwGO, § 112 S. 1 JustG NRW u.a.), und zwar auch dann, wenn sich die Vollstreckung nach Bundesrecht richtet (§ 80 Abs. 2 S. 2 VwGO), also z.B. bei der Abschiebung nach §§ 58 ff. AufenthG.

**Beachte:** Der Kostenbescheid nach durchgeführter Ersatzvornahme fällt nach h.M. nicht unter die v.g. Regelungen, da es sich nicht mehr um eine Maßnahme „in“ der Verwaltungsvollstreckung handelt.

Die Gegenansicht verweist darauf, dass die Kostenforderung integraler Bestandteil der Ersatzvornahme sei. Sie verleihe der Ersatzvornahme die Beugefunktion, sodass auch der Kostenbescheid noch als Vollstreckungsmaßnahme anzusehen sei.<sup>728</sup> Dagegen spricht jedoch der Ausnahmecharakter der genannten Vorschriften. Rechtsbehelfe gegen den Kostenbescheid haben daher grds. aufschiebende Wirkung.<sup>729</sup> Etwas anderes gilt, wenn der Kostenbescheid kraft Gesetzes sofort vollziehbar ist (z.B. § 32 Abs. 3 S. 2 VwVG Bbg, § 16 Hess AGVwGO, § 59 Abs. 1 S. 2 VwVG NRW).

- 636 ■ bei Anordnung der sofortigen Vollziehung durch die Behörde im Einzelfall (§ 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO).**

- 637** Haben Rechtsbehelfe gemäß § 80 Abs. 2 VwGO **keine aufschiebende Wirkung**, so besteht **keine Vollzugs- und Verwirklichungshemmung**. Der Adressat muss den wirksamen VA (§ 43 VwVfG) bereits vor Bestandskraft befolgen, selbst wenn er rechtswidrig sein sollte. Die Behörde kann den VA schon jetzt verwirklichen, insbes. im Rahmen der Verwaltungsvollstreckung zwangsweise durchsetzen (vgl. § 6 Abs. 1 VwVG). Um dies zu verhindern, besteht für den Betroffenen ein Bedürfnis für **vorläufigen gerichtlichen Rechtsschutz**, der im Aussetzungsverfahren nach § 80 Abs. 5 VwGO zu gewähren ist. Auf Antrag kann das Gericht der Hauptsache

- die **aufschiebende Wirkung** ganz oder teilweise **anordnen** (wenn die aufschiebende Wirkung **kraft Gesetzes** ausgeschlossen ist)
- die **aufschiebende Wirkung** ganz oder teilweise **wiederherstellen** (wenn die Behörde die **sofortige Vollziehung** gemäß § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO angeordnet hat).

724 BayVGh NVwZ-RR 2009, 787; ThürOVG RÜ 2008, 534, 536; Kopp/Schenke VwGO § 80 Rn. 63.

725 BayVGh BayVbl. 2006, 734; NVwZ-RR 1994, 471; im Ergebnis ebenso OVG Hamburg NVwZ-RR 2007, 364; NordÖR 2006, 201 für den Gebührenbescheid nach Abschleppen eines Fahrzeuges.

726 Vgl. BVerwG RÜ 2018, 657, 659; Kopp/Schenke VwGO § 80 Rn. 64.

727 NdsOVG NVwZ-RR 2010, 140; OVG NRW DVbl. 1999, 788, 789; Kopp/Schenke VwGO § 80 Rn. 65.

728 OVG Berlin-Brandenburg NVwZ-RR 2006, 377; OVG MV NVwZ-RR 2017, 123, 124 zu § 99 Abs. 1 SOG MV.

729 BayVGh NVwZ-RR 2009, 787; ThürOVG RÜ 2008, 534, 537.

## B. Vorläufiger Rechtsschutz nach § 80 a VwGO

Bei **Verwaltungsakten mit Doppelwirkung** wird § 80 VwGO durch § 80 a VwGO ergänzt. Die Vorschrift unterscheidet zwei Fälle: **638**

- den **begünstigenden VA mit drittbelastender Wirkung** (§ 80 a Abs. 1 VwGO),  
**Beispiele:** Baugenehmigung und die immissionsschutzrechtliche Genehmigung, die den Bauherrn bzw. Anlagenbetreiber begünstigt und den Nachbarn belastet; gaststättenrechtliche Erlaubnisse und Sperrzeitverkürzungen zugunsten des Gaststätteninhabers mit drittbelastender Wirkung für die Nachbarschaft.
- den **belastenden VA mit drittbegünstigender Wirkung** (§ 80 a Abs. 2 VwGO).  
**Beispiele:** Beseitigungsverfügung, die den Bauherrn belastet und den Nachbarn begünstigt; Stilllegungsverfügung zulasten des Anlagenbetreibers, wodurch der Nachbar begünstigt wird, Sperrzeitverlängerungen im Gaststättenrecht, die den Inhaber der Gaststätte belasten und den Nachbarn begünstigen.

Rechtsbehelfe haben auch bei VAen mit Doppelwirkung **grds. aufschiebende Wirkung** (§ 80 Abs. 1 S. 2 VwGO), d.h. der VA darf weder verwirklicht noch durchgesetzt werden. Dies ist grds. erst möglich, wenn die Behörde die **sofortige Vollziehung anordnet** (§ 80 a Abs. 1 Nr. 1 u. Abs. 2, § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO). **639**

**Beispiele:** Der Anlagenbetreiber will die Anlage trotz Nachbarwiderspruchs möglichst bald errichten. – Der Nachbar möchte erreichen, dass eine Beseitigungsverfügung kurzfristig gegenüber dem Bauherrn durchgesetzt wird. – Eine Durchsetzung des VA ist hier aufgrund der aufschiebenden Wirkung erst zulässig, wenn die Behörde die sofortige Vollziehung anordnet.

Hat der Rechtsbehelf nach § 80 Abs. 2 VwGO **keine aufschiebende Wirkung**, so besteht auch beim VA mit Doppelwirkung keine Verwirklichungshemmung. Will der durch den VA Belastete die Vollziehung verhindern, bedarf es der **Aussetzung der Vollziehung** (§ 80 a Abs. 1 Nr. 2 Hs. 1, § 80 Abs. 4 VwGO). **640**

**Beispiel:** Der Nachbar möchte erreichen, dass der Bauherr die Bauarbeiten einstellt, obwohl seine Klage gegen die Baugenehmigung keine aufschiebende Wirkung entfaltet (§ 212 a Abs. 1 BauGB).

## C. Vorläufiger Rechtsschutz nach § 123 VwGO

Geht es nicht um die Vollziehung eines belastenden VA oder die Beseitigung der aufschiebenden Wirkung eines Rechtsbehelfs, so wird vorläufiger Rechtsschutz durch **einstweilige Anordnung** nach § 123 VwGO gewährt. **641**

**Beispiele:** Der unterlegene Bewerber um einen Beförderungsposten will die Ernennung des erfolgreichen Konkurrenten verhindern. – Nachbar N will verhindern, dass Bauherr B eine Grenzgarage ohne die erforderliche Baugenehmigung errichtet. – Die R-Partei will erreichen, dass ihr, wie anderen Parteien, die Stadthalle zur Nutzung für einen Parteitag überlassen wird. – Eine Ratsfraktion begehrt im Rahmen eines Kommunalverfassungskstreits die Feststellung, dass ein (rechtswidriger) Ratsbeschluss vorläufig nicht vollzogen werden darf.

Aus § 123 Abs. 5 VwGO folgt, dass die einstweilige Anordnung **subsidiär** und nur statthaft ist, wenn **keiner der Fälle der §§ 80, 80 a VwGO** vorliegt. Daher gilt für die Abgrenzung der beiden Verfahren grds. folgende Faustregel, die sich an der Klageart in der Hauptsache orientiert: **642**

- **§ 80 Abs. 5 VwGO:** wenn es um die Vollziehung eines belastenden VA geht, also in der Situation der **Anfechtungsklage**,
- **§ 123 VwGO:** bei allen übrigen Begehren, also in der Situation der **Verpflichtungs-, Leistungs- und Feststellungsklage**.