

B. Die anwaltliche Tätigkeit im Verwaltungsverfahren

I. Das verwaltungsrechtliche Mandat

- 21 Die anwaltliche Tätigkeit im Verwaltungsrecht unterscheidet sich zum Teil erheblich von der Tätigkeit der Anwälte in anderen Rechtsgebieten.⁹ Diese Besonderheiten muss man kennen, wenn man im Verwaltungsrecht eine Klausur, die aus anwaltlicher Perspektive gestellt wird, mit einem guten Ergebnis bestehen will.

1. Der Anwalt als Interessenvertreter

- 22 Der Klausurbearbeiter muss sich zunächst die besonderen Konstellationen vor Auge führen, in denen ein Anwalt tätig wird. Während im Widerspruchs- und vor allem auch im gerichtlichen Verfahren die Behörde und der Mandant sich als grundsätzlich gleichberechtigte Beteiligte gegenüberstehen, ist im Verwaltungsverfahren die Behörde „Herrin des Verfahrens“. Oftmals verfügt die Behörde also über einen ganz erheblichen Wissens- und Machtvorsprung. Der anwaltliche Berater eines Bürgers ist daher besonders gefordert, mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln des Verwaltungsverfahrensrechts zu einem „Gleichstand“ mit der Behörde zu kommen. Gerade im Verwaltungsverfahren bieten sich dem Anwalt darüber hinaus auch die Möglichkeit, eine vergleichsweise Erledigung der Angelegenheit mit der Behörde zu suchen.



Tipp: Nicht stets ist die Auseinandersetzung mit der Behörde im Widerspruchs- und Gerichtsverfahren dasjenige Mittel, das den Mandanten seinem Ziel am nächsten bringt. Gerade bei einer schlechten rechtlichen Ausgangslage kann das Ziel des Mandanten womöglich über eine konsensuale Verständigung mit der Behörde weitgehender erreicht werden.

- 23 Die Tätigkeit des **Anwalts als Bevollmächtigter entweder des Antragstellers oder des von einer behördlichen Handlung betroffenen Bürgers** dürfte in der Anwaltsklausur im öffentlichen Recht der Regelfall sein. Die anwaltliche Tätigkeit im öffentlichen Recht ist aber nicht auf diese Rolle beschränkt. So suchen oftmals auch Kommunen, die keinen Juristen beschäftigen, Rat. Teilweise ist das Tätigwerden des Anwalts im gerichtlichen Verfahren auch erforderlich (etwa in Baulandsachen vor dem Landgericht oder im Normenkontrollverfahren vor dem Oberverwaltungsgericht/Verwaltungsgerichtshof – vgl. § 67 Abs. 1 VwGO).
- 24 Der Anwalt kann aber auch **den Antragsgegner vertreten**. Das ist im Verwaltungsverfahren nicht die Behörde, die nur die Trägerin des Verwaltungsverfahrens ist. Antragsgegner ist damit stets ein anderer als der Antragsteller oder die Behörde, bei der der Antrag gestellt worden ist. Antragsgegner ist derjenige, in dessen Rechte der beantragte Verwaltungsakt eingreifen oder dessen Rechtstellung verändern soll, bzw. demgegenüber ein Rechtsverhältnis oder einzelne Rechte oder Pflichten durch Verwaltungsakt festgestellt werden sollen.

Beispiel: Antragsgegner ist z. B. der Jagdberechtigte im Verfahren zur Geltendmachung von Wild- und Jagdschäden nach § 29 ff. Bundesjagdgesetz oder der Nachbar, Konkurrent oder der „Störer“, gegen den der Antragsteller den Erlass einer Abbruchsverfügung bzw. ordnungsbehördliches Einschreiten beantragt.¹⁰

- 25 Erhebliche Bedeutung für die anwaltliche Praxis hat die Vorschrift des § 13 Abs. 2 VwVfG über die **Hinzuziehung als Beteiligter**. Die Hinzuziehung ermöglicht die Einbeziehung dritter Personen, die nicht schon nach § 13 Abs. 1 Nrn. 1 – 3 VwVfG am Verfahren beteiligt sind, in ein

⁹ Vgl. dazu ausführlich *Kirchberg/Herrmann*, Verwaltungs- und Widerspruchsverfahren, in: *Quaas/Zuck*, Prozesse in Verwaltungssachen, S. 135 ff.

¹⁰ *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 13 Rdnr. 20.

anhängiges Verfahren. Damit wird ihnen die Möglichkeit gegeben, ihre Rechte oder rechtlichen Interessen in Bezug auf den Verfahrensgegenstand zu wahren, zugleich aber auch, um durch Erstreckung der Bindungswirkung der Entscheidung auf sie im Interesse der Verfahrensökonomie weitere Verfahren zu vermeiden und möglicherweise einander widersprechende Entscheidungen über denselben Gegenstand zu verhindern.¹¹ Gem. § 13 Abs. 2 Satz 2 VwVfG hat die Behörde einen Dritten auf seinen Antrag hin als Beteiligten zu dem Verfahren hinzuziehen, wenn der Ausgang des Verfahrens für ihn rechtsgestaltende Wirkung hat; wenn die Behörde den Dritten kennt, hat sie ihn von der Einleitung des Verfahrens zu benachrichtigen (sog. **notwendige Hinzuziehung**). Rechtsgestaltende Wirkung im Sinne dieser Bestimmung hat ein Verwaltungsakt, wenn er unmittelbar Rechte aufhebt, verändert oder begründet. Hauptanwendungsfall der notwendigen Hinzuziehung nach § 13 Abs. 2 Satz 2 VwVfG ist die Vorbereitung eines Verwaltungsaktes mit Doppelwirkung, z. B. einer Baugenehmigung unter Dispens von nachbarschützenden Bestimmungen.

Unterbleibt eine notwendige Hinzuziehung nach § 13 Abs. 2 VwVfG im Verfahren, so hat dies dem Dritten gegenüber grundsätzlich zur Folge, dass der Verwaltungsakt für ihn nicht wirksam wird und ihn deshalb auch nicht bindet, selbst dann nicht, wenn er ihn begünstigt. Das Unterbleiben einer notwendigen Hinzuziehung stellt einen schweren Verfahrensmangel dar, der von dem Hinzuziehenden, jedoch nicht hinzugezogenen Dritten mit den normalen Rechtsbehelfen gegen die Ablehnung der Hinzuziehung geltend gemacht werden. 26

Eine besondere Form der Interessenvertretung ist schließlich die Tätigkeit des Anwalts als Bevollmächtigter in Massenverfahren oder Musterverfahren. Angesichts der Vielzahl der Fragen, die sich in einem derartigen Verfahren für den Anwalt stellen, dürfte sich diese Tätigkeit aber nicht für eine Anwaltsklausur im Zweiten Staatsexamen als Grundlage eignen. Der Klausurbearbeiter sollte jedoch zumindest einmal die §§ 17 – 19 VwVfG gelesen haben. 27

2. Die Dauer von Verwaltungsverfahren

Ein wesentlicher Faktor für die anwaltliche Tätigkeit ist die **Dauer der Verwaltungsverfahren** und der sich oft anschließenden verwaltungsgerichtlichen Verfahren. Obwohl von Bundesland zu Bundesland unterschiedlich, kann z. B. das Erstreiten einer Baugenehmigung durchaus einhalb bis zwei Jahre in Anspruch nehmen, gerechnet vom Eingang des Bauantrags über das Widerspruchsverfahren bis zum Abschluss des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens. Die Baugenehmigung hat für den Mandanten dann aber oft keine Bedeutung mehr, so dass sich aus anwaltlicher Perspektive die Frage stellt, wie der Mandant schneller zu seiner Baugenehmigung gelangen kann. Insofern könnten in der Klausur auch Überlegungen angezeigt sein, wie man einen Kompromiss mit der Behörde erreichen kann. Andererseits kann das Interesse des Mandanten natürlich auch darauf gerichtet sein, dass das Verfahren möglichst viel Zeit in Anspruch nimmt, etwa wenn es darum geht, gegen eine nicht sofort vollziehbare Abbruchverfügung vorzugehen. 28

Unabhängig von der generellen Dauer von Verfahren im Verwaltungsrecht spielt – nicht nur in der Anwaltsklausur – die Einhaltung von (Not-)Fristen nicht nur in der anwaltlichen Praxis, sondern auch in der Klausur im öffentlichen Recht eine erhebliche Rolle. 29



Tipp: Jedem Referendar muss die Vorschrift des § 58 VwGO geläufig sein. Fristenprobleme lassen sich oftmals mit § 58 Abs. 2 VwGO lösen, wonach die Einlegung des Rechtsbehelfs innerhalb eines Jahres seit Zustellung, Eröffnung oder Verkündung zulässig ist, wenn die Belehrung unterblieben ist oder unrichtig erteilt wurde.

Für den **Fristanlauf** ist oftmals die Bekanntgabe ausreichend, so dass auf § 43 Abs. 1 VwVfG zurückzugreifen ist. Die Bekanntgabe kann durch förmliche Zustellung nach dem Verwaltungs- 30

¹¹ Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 13 Rdnr. 27.

zustellungsgesetz (des Bundes oder der Länder) erfolgen oder durch die nichtförmliche Bekanntgabe, die ebenfalls schriftlich, aber auch mündlich (!) erfolgen kann.

Beispiel: Paradefall der mündlichen Bekanntgabe ist die Anweisung eines Polizisten. Eine auf einen Anrufbeantworter gesprochene Mitteilung genügt hingegen nicht, da diese nicht gegenüber einem Anwesenden erfolgte, was für die Bekanntgabe Voraussetzung ist.¹² Für die Berechnung von Fristen gelten die §§ 187 – 193 BGB gem. § 31 Abs. 1 VwVfG entsprechend, soweit in diesem Paragraphen nicht etwas anderes bestimmt ist. Nach § 31 Abs. 3 VwVfG besteht z. B. die Möglichkeit, dass der Fristablauf (unter Angabe der Vorschrift) auf einen Samstag oder auf einen Sonn- oder Feiertag bestimmt wird.

- 31** Wird eine Frist versäumt, kommt auch im Verwaltungsrecht die Möglichkeit eines Antrags auf **Wiedereinsetzung in den vorigen Stand** (vgl. § 32 VwVfG) in Betracht. Auch insoweit ist aber eine Antragsfrist, nämlich zwei Wochen nach Wegfall des Hindernisses (§ 32 Abs. 2 VwVfG), zu beachten (vgl. dazu im Einzelnen Rn. 56 ff).
- 32** In diesem Zusammenhang ist schließlich auch noch zu berücksichtigen, dass im Verwaltungsrecht diverse Verfahren existieren, die eine formelle oder materielle **Präklusion** vorsehen. Bei der materiellen Präklusion ist nicht nur die Verfahrenshandlung unzulässig, sondern der Betroffene verliert darüber hinaus die materielle Rechtsposition mit der Folge, dass er diese auch im gerichtlichen Verfahren nicht mehr geltend machen kann. Fälle materieller Präklusion finden sich z. B. in §§ 73 Abs. 4 VwVfG, 10 Abs. 3 Satz 3 BImSchG. In der Anwaltsklausur im öffentlichen Recht müsste der Klausurbearbeiter überlegen, ob die Präklusion tatsächlich eingreift (fehlt z. B. die sog. Anstoßwirkung?¹³) oder ob etwa die Möglichkeit besteht, anderweitig vorzugehen: gem. § 55 Abs. 2 Satz 2 LBO BW ist der Nachbar im Baugenehmigungsverfahren mit allen Einwendungen, die er nicht fristgemäß (innerhalb von zwei Wochen) vorgebracht hat, ausgeschlossen, wenn er ordnungsgemäß benachrichtigt wurde. Fehlt in der Benachrichtigung etwa die Bezeichnung des konkreten Bauvorhabens oder der Hinweis auf die Präklusion, greift diese nicht ein. Ist die Benachrichtigung ordnungsgemäß erfolgt und kommt auch keine Wiedereinsetzung gem. § 32 VwVfG etwa wegen Urlaubs des Mandanten in Betracht, könnte gleichwohl durch eine Stellungnahme gegenüber der Behörde versucht werden, auf diese (ohne rechtlichen Anspruch des Mandanten) einzuwirken. Die Behörde ist gem. Art. 20 Abs. 3 GG verpflichtet, nach Gesetz und Recht zu entscheiden.

II. Möglichkeiten der Einflussnahme auf das Verfahren

- 33** Da es in der Anwaltsklausur darum geht, für den Mandanten das (aus dessen Sicht) beste Ergebnis zu erzielen, kommt der möglichen Einflussnahme des Rechtsanwalts auf das Verwaltungsverfahren eine besondere Bedeutung zu. Der Klausurbearbeiter muss sich im konkreten Fall daher überlegen, ob ihm noch Möglichkeiten zur Verfügung stehen und wie er diese ggf. durchsetzen kann.

1. Akteneinsicht

- 34** Die Tätigkeit des Anwalts im Verwaltungsrecht unterscheidet sich etwa von derjenigen im Zivilrecht dadurch, dass der Sachverhalt meist unstreitig ist und **primär rechtliche Fragen** im Mittelpunkt der Auseinandersetzung zwischen Mandant und Behörde stehen. Um hinsichtlich des Sachverhalts einen „Gleichstand“ mit der Behörde zu erzielen, sollte der Anwalt unmittelbar nach Übernahme eines Mandates – sofern möglich – **Akteneinsicht** nehmen.

¹² KG, Beschl. v. 08. 11. 1989, NJW 1990, 1803/1804.

¹³ Vgl. z. B. BVerwG, Urt. v. 01. 09. 1999, NVwZ 2000, 68/69.

Gem. § 29 Abs. 1 Satz 1 VwVfG hat die Behörde den Beteiligten **Einsicht in die das Verfahren betreffenden Akten** zu gestatten, soweit deren Kenntnisnahme zur Geltendmachung oder Verteidigung ihrer rechtlichen Interessen erforderlich ist. Wer Beteiligter ist, ergibt sich aus § 13 VwVfG. Wer nicht Beteiligter ist oder nicht mehr Beteiligter oder noch nicht Beteiligter, muss deshalb aber grundsätzlich nicht ausgeschlossen sein, denn § 29 VwVfG schließt die Gewährung von Akteneinsicht an Dritte nicht aus, sofern ein Geheimhaltungsbedürfnis gem. § 30 VwVfG dem nicht entgegensteht.¹⁴ Allerdings steht die Gewährung von Akteneinsicht in diesen Fällen grundsätzlich im Ermessen der zuständigen Behörde.¹⁵

Die Einsichtnahme erfolgt in die „**Akte**“. Dieser Begriff ist weit zu verstehen und umfasst alle das konkrete Verfahren betreffenden Unterlagen wie Schriftsätze, Gutachten, Aktenvermerke, Randbemerkungen zu Schriftsätzen, Prüfungsaufgaben usw.¹⁶ Zu berücksichtigen ist allerdings, dass gem. § 29 Abs. 1 Satz 2 VwVfG Entwürfe zu Entscheidungen sowie die Arbeiten zu ihrer unmittelbaren Vorbereitung nicht vom Akteneinsichtsrecht umfasst werden. Diese Einschränkung gilt allerdings nur bis zum Abschluss des Verwaltungsverfahrens.

Die Akteneinsicht erfolgt grundsätzlich bei der Behörde, die die Akten führt (vgl. § 29 Abs. 3 VwVfG). Allerdings kann diese Behörde Ausnahmen gestatten, etwa die Überlassung zur Einsichtnahme auf die Kanzlei des beauftragten Rechtsanwalts.



Klausurtyp: Da in der Klausur an zahlreichen Stellen Probleme eingestreut werden, auf die der Klausurbearbeiter reagieren muss, stellt sich die Frage, wie der Anwalt reagieren kann (oder muss), wenn die Akteneinsicht verweigert oder unzureichend gewährt wird, etwa weil nicht die vollständige Akte vorgelegt wird. In einem derartigen Verhalten der Behörde liegt ein Verfahrensfehler, der durch den Verfahrensbeteiligten gem. § 44 a VwGO jedoch **grundsätzlich nicht selbstständig** mit einem Rechtsmittel **angegriffen** werden kann. Rügen gegen behördliche Verfahrenshandlungen können nur gleichzeitig mit Rechtsbehelfen gegen die Sachentscheidung erhoben werden. Etwas anderes gilt nur, wenn Verfahrensverhandlungen vollstreckt werden oder gegen einen Nichtbeteiligten ergehen. Daher können bisher nicht am Verfahren Beteiligte ihren Anspruch auf Akteneinsicht mit einem Rechtsmittel (Widerspruch, Verpflichtungsklage, Antrag nach § 123 VwGO) geltend machen.¹⁷

Zu berücksichtigen ist aber auch, dass neben dem allgemeinen Akteneinsichtsrecht aus § 29 VwVfG **weitere Möglichkeiten** existieren, um Informationen zu erhalten. So sind nicht nur auf Bundesebene, sondern auch auf Landesebene Umweltinformationsgesetze erlassen worden, die eine Möglichkeit der Informationsbeschaffung eröffnen, wenn es sich um Umweltinformationen (vgl. dazu § 2 Abs. 3 UIG) handelt, was etwa in Verfahren mit umweltrechtlichen Bezug von Bedeutung ist. Da es sich bei dem Informationsanspruch um einen eigenen Anspruch handelt, findet **§ 44 a VwGO keine Anwendung**.

Darüber hinaus haben der Bund und einige Bundesländer sog. Informationsfreiheitsgesetze erlassen, die einen Anspruch auf einen allgemeinen Informationszugang zu Unterlagen der öffentlichen Verwaltung vermitteln. Auch hier findet § 44 a VwGO keine Anwendung.

Eine Sonderform der Akteneinsicht findet sich schließlich im **Planfeststellungsverfahren**. Gem. § 72 Abs. 1 2. Halbs. VwVfG ist § 29 VwVfG mit der Maßgabe anzuwenden, dass Akteneinsicht nach pflichtgemäßem Ermessen zu gewähren ist. Diese Rechtsfolge weicht von der ansonsten gebundenen Entscheidung ab.

¹⁴ BVerwG, Urt. v. 21. 03. 1986, NJW 1986, 2329/2339.

¹⁵ BVerwG, Urt. v. 05. 06. 1984, DVBl 1984, 1078/1079.

¹⁶ Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 29 Rdnr. 13.

¹⁷ Vgl. VGH München, Urt. v. 08. 06. 1988, NVwZ 1989, 266.

2. Amtsermittlung/Beratung

- 38 Die Klausursituation hat für den Bearbeiter den Vorteil, dass er auf den vom Justizprüfungsamt zur Verfügung gestellten Aktenauszug zurückgreifen kann. Allerdings kommen auch Falltexte mit offenem Sachverhalt vor, die das Entwickeln und Darstellen alternativer Lösungswege verlangen bzw. den Klausursachbearbeiter auffordern, einen Vorschlag für das weitere Vorgehen zu unterbreiten.
- 39 Gem. § 24 VwVfG **ermittelt** die Behörde den **Sachverhalt von Amts** wegen. Sie bestimmt Art und Umfang der Ermittlungen; an das Vorbringen und die Beweisanträge der Beteiligten ist sie nicht gebunden. Gleichwohl hat der Anwalt – und damit auch der Klausurbearbeiter – nicht nur die Möglichkeit, sondern auch die Pflicht, zur Ermittlung des Sachverhaltes beizutragen. Dies ergibt sich auch aus § 26 Abs. 2 VwVfG, wonach die Beteiligten bei der Ermittlung des Sachverhaltes mitwirken sollen. Zu berücksichtigen ist des Weiteren, dass weitergehende Pflichten der Mitwirkung bei der Ermittlung des Sachverhaltes nach § 26 Abs. 2 Satz 3 VwVfG bestehen, wenn sie durch Rechtsvorschriften besonders vorgesehen sind. So existieren etwa Pflichten
- zum persönlichen Erscheinen (§ 17 Abs. 3 WPfIG, § 23 Abs. 1 AsylVerfG)
 - zur Erteilung von Auskünften (§ 17 Abs. 1 HandwerksO, § 22 Abs. 1 GastG)
 - zur Vorlage von Urkunden (§ 52 Abs. 2 BImSchG)
 - zur Duldung einer behördlichen Augenscheineinnahme (§ 17 Abs. 2 HandwerksO, § 21 WHG, § 52 Abs. 2 BImSchG, Regelungen des Landesbaurechts) oder
 - zur Duldung einer amtsärztlichen Untersuchung (§ 17 Abs. 4 Satz 1 WPfIG).
- 40 Im Einzelfall ist es auch sinnvoll, **Beweisanträge zu stellen** und bestimmte Beweismittel zu benennen, damit die Behörde sich mit diesen befasst. Zwar ist sie nicht an die Beweisanträge gebunden (vgl. § 24 Abs. 1 Satz 2 VwVfG), sie muss aber in ihrer Entscheidung darlegen, weshalb sie von der Beweiserhebung abgesehen hat.



Klausurtyp: Welches Beweismittel sich anbietet, hängt vom jeweiligen Einzelfall ab. In baurechtlichen Fällen bietet sich die Einnahme eines Augenscheins an. In Fällen, in denen eine andere Behörde sich bereits mit der betroffenen Angelegenheit befasst und für den Mandanten günstige Schlussfolgerungen gezogen hat, ist die Beiziehung der einschlägigen Akte zu beantragen.

- 41 Eine wichtige Ergänzung hat jüngst § 25 VwVfG erfahren. Mit dem Ende des Jahres 2008 eingeführten § 25 Abs. 2 VwVfG werden die bisher in § 71 c VwVfG a. F. geregelten **Informationspflichten** in Bezug auf Genehmigungsverfahren für wirtschaftliche Unternehmungen **in die allgemeinen Vorschriften übernommen**. Damit wird zum einen die Beratungs- und Betreuungspflicht auf den Zeitraum vor Antragstellung ausgedehnt und zum anderen wird dem Antragsteller die Möglichkeit eröffnet, durch schnelle Reaktionen auf die behördlichen Vorgaben die Verfahrenslaufzeit zu verkürzen. Überdies kann ihm die Auskunft über die voraussichtliche Verfahrensdauer eine gewisse Planungssicherheit vermitteln.¹⁸

3. Anhörung

- 42 In der Klausur kann die Konstellation gegeben sein, dass ein Mandant zu dem Anwalt kommt, nachdem er ein Anhörungsschreiben erhalten hat, in dem ihm mitgeteilt wird, dass eine belastende Maßnahme gegen ihn verhängt oder sein Antrag abschlägig verbeschieden werden soll. Der Anwalt ist dann gefragt, im Rahmen der **Anhörung** für den Mandanten tätig zu werden.

¹⁸ Zu Einzelheiten vgl. *Herrmann*, in: *Bader/Ronellenfitsch*, Beck OK VwVfG, § 25 Rdnrn. 15ff.

Entscheidend ist dabei, dass der Anwalt sich nicht auf rechtliche Gesichtspunkte beschränkt, sondern ggf. auch zu Sachverhaltsaspekten vorträgt.

Gem. § 28 Abs. 1 VwVfG ist allen Beteiligten Gelegenheiten zu geben, sich zu den für die Entscheidung erheblichen Tatsachen zu äußern, bevor ein Verwaltungsakt erlassen wird, der in seine Rechte eingreift. **Umstritten** ist die Frage, ob als ein derartiger Eingriff **auch die Ablehnung eines begünstigenden Verwaltungsaktes**, etwa die Ablehnung einer beantragten Baugenehmigung, angesehen werden kann.¹⁹ Unabhängig von diesem Streit in der Literatur sollte der Anwalt und damit der Klausurbearbeiter jede Möglichkeit nutzen, auf das Verfahren durch eine Stellungnahme gegenüber der Behörde Einfluss zu nehmen. **43**

Die Anhörungspflicht bezieht sich auf **entscheidungserhebliche Tatsachen**, zu denen zunächst der durch die Behörde festgestellte Sachverhalt, einschließlich der Ergebnisse von Beweisaufnahmen, aber auch die Ausführungen anderer Beteiligter, etwa weiterer hinzugezogener Behörden zählen. Zu dem Sachverhalt zählen weiterhin diejenigen Umstände, die bei einer etwaigen Ermessensentscheidung eine Rolle spielen. Zu den Tatsachen zählen letztendlich aber auch die Rechtsgrundlagen, auf die sich die Behörde stützen will. **44**

Wird die Anhörung nicht oder mangelhaft durchgeführt, liegt ein Verfahrensfehler vor. Die fehlende **Anhörung kann** jedoch noch bis zum Abschluss nicht nur des verwaltungsbehördlichen, sondern auch des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens (letzte Tatsacheninstanz) **nachgeholt werden** (vgl. § 45 Abs. 1 Nr. 3 i. V. m. § 45 Abs. 2 VwVfG). Insofern wird es dem Anwalt zumeist nicht weiterhelfen, wenn er sich auf die fehlende Anhörung beruft; vielmehr sollte alles dasjenige vorgetragen werden, was nach Auffassung des Klausurbearbeiters entscheidungserheblich ist. **45**

4. Ausschluss und Befangenheit

Der für eine Klausur typische Fall der **Befangenheit** ist der befangene Gemeinderat, der etwa über einen Bebauungsplan abstimmt, in dessen Geltungsbereich ein Grundstück liegt, das in seinem Eigentum steht. Zu berücksichtigen ist dabei, dass der Verstoß gegen die Befangenheitsvorschrift und damit die Rechtswidrigkeit eines Gemeinderatsbeschlusses zumeist nach einiger Zeit unbeachtlich wird (in Baden-Württemberg ein Jahr – § 18 Abs. 6 GemO BW). **46**

Daneben kommt es aber auch durchaus vor, dass Behördenvertreter **kraft Gesetzes** (§ 20 VwVfG) **ausgeschlossen** sind oder die Besorgnis der Befangenheit (§ 21 VwVfG) besteht. Zu berücksichtigen ist, dass das Mitwirkungsverbot gem. § 20 VwVfG nicht nur die Behördenmitarbeiter selbst, sondern auch solche (Privat-)Personen betrifft, die von der Behörde im Verwaltungsverfahren unterstützend herangezogen werden. **47**

Beispiel: Unzulässig ist etwa die Mitwirkung eines Nachbarn einer Windkraftanlage, der durch einen elektronischen Schlüssel in die Lage versetzt wird, ein Messgerät zu starten (und so Einfluss auf den Widerruf der Nachtbetriebsgenehmigung hatte).²⁰ Ein Verstoß gegen § 20 VwVfG führt allerdings in der Regel nicht zur Nichtigkeit der davon betroffenen Amtshandlung (vgl. § 44 Abs. 3 Nr. 2 VwVfG).

Die **Besorgnis der Befangenheit** ist gegeben, wenn ein Grund vorliegt, der geeignet ist, Misstrauen gegen eine unparteiische Amtsführung zu rechtfertigen, wenn also aufgrund objektiv feststellbarer Tatsachen die subjektiv vernünftigerweise mögliche Besorgnis nicht auszuschließen ist, ein bestimmter Amtsträger werde in der Sache nicht unparteiisch, unvoreingenommen oder unbefangen entscheiden.²¹ **48**

¹⁹ Vgl. z. B. *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 28 Rdnr. 26 ff. und *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, § 28 Rdnr. 27 f.

²⁰ OVG Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 13. 04. 2004, NVwZ-RR 2004, 721/722.

²¹ *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 21 Rdnr. 13.

Die Beteiligten haben grundsätzlich kein förmliches Ablehnungsrecht; dieses existiert nur im förmlichen Verfahren (§ 71 Abs. 3 VwVfG). Auch kann ein Verstoß gegen § 21 VwVfG gem. § 44 a VwGO nicht selbstständig mit einem Rechtsmittel angegriffen werden.

III. Fehler und ihre Folgen (§ 44 VwVfG)

- 49 Es ist bereits mehrfach angeklungen, dass Fehler, die den Behörden unterlaufen oder die von ihnen wissentlich gemacht werden, nicht ohne Weiteres anfechtbar sind und auch nicht stets zu der Nichtigkeit oder Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsaktes führen. Der Klausurbearbeiter muss sich deshalb ggf. mit den Folgen eines Fehlers auseinandersetzen und deren Einfluss auf das von ihm zu beurteilende Verfahren abschätzen. Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang erneut § 44 a VwGO, wonach Rügen gegen behördliche Verfahrenshandlungen nur gleichzeitig mit Rechtsbehelfen gegen die Sachentscheidung erhoben werden können. Bestimmte Fehler, wie etwa Schreibfehler, Rechenfehler u.ä. offenbare Unrichtigkeiten in einem Verwaltungsakt kann die Behörde gem. § 42 VwVfG grundsätzlich jederzeit berichtigen.
- 50 Hinsichtlich der Fehlerfolgen sollte zunächst die strikteste Folge, nämlich die Nichtigkeit des Verwaltungsaktes überprüft werden. Zu überprüfen ist zunächst, ob ein absoluter Nichtigkeitsgrund vorliegt (§ 44 Abs. 2 VwVfG). Anschließend ist auf die sog. „Nicht“-Nichtigkeitsgründe einzugehen (§ 44 Abs. 3 VwVfG). Die dort genannten Fehler können dazu führen, dass der Verwaltungsakt aufzuheben ist. Ggf. können die Fehler unter der Voraussetzung des § 46 VwVfG aber auch folgenlos bleiben.
- 51 Schließlich ist auf die Generalklausel des § 44 Abs. 1 VwVfG einzugehen. Für die Nichtigkeit ist zunächst Voraussetzung, dass es sich um einen **schwerwiegenden Fehler** handelt.

Beispiele:

Erlass eines Verwaltungsakts gegenüber einem Teilungsunfähigen oder Handlungsunfähigen

Erlass eines mündlichen Verwaltungsakts, obwohl Schriftform aus Gründen der Rechtssicherheit unverzichtbar ist (z. B. Genehmigungsbescheid gem. § 10 Abs. 7 BImSchG)

Erlass eines Verwaltungsakts an eine nicht vorhandene, z. B. verstorbene Person.

- 52 Der schwerwiegende Verfahrensfehler muss **offensichtlich** sein, d. h. dem Verwaltungsakt muss die **Fehlerhaftigkeit auf die Stirn geschrieben** sein.²² Offenkundigkeit liegt z. B. vor, wenn eine absolut unzuständige Behörde gehandelt hat, wenn ein eklatanter Verstoß gegen wesentliche Grundsätze des formellen oder materiellen Rechts vorliegt oder wenn z. B. eindeutig feststeht, dass ein Verwaltungsakt gegenüber einem Verstorbenen ergangen ist.
- 53 Soweit Verfahrens- und Formfehler den Verwaltungsakt nicht nach § 44 VwVfG nichtig machen, können derartige Fehler bis zum Abschluss der letzten Tatsacheninstanz im verwaltungsgerichtlichen Verfahren **geheilt werden**, mit der Folge, dass der Verfahrensfehler unbeachtlich ist. In § 45 Abs. 1 VwVfG sind die Heilungsmöglichkeiten im Einzelnen aufgeführt. Eine Besonderheit liegt etwa vor, wenn eine Begründung zwar vorhanden, aber inhaltlich falsch ist. Dann kann nicht auf § 45 Abs. 1 Nr. 2 VwVfG zurückgegriffen werden, sondern es ist zu überprüfen, ob das sog. Nachschieben von Gründen, also das spätere Abstützen eines Verwaltungsakts auf neue Erwägungen, zulässig ist. Zu berücksichtigen ist dabei, dass gem. § 114 Satz 2 VwGO die Verwaltungsbehörde ihre Ermessenserwägungen noch im Verwaltungsprozess ergänzen kann. Nicht zulässig ist es jedoch, Gründe nachzuschreiben, wenn durch zusätz-

²² Vgl. z. B. Wolff/Bachoff/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht, § 49 Rdnr. 8.

liche Begründungsteile der Verwaltungsakt in seinem Wesen verändert wird oder Rechtsschutz für den Betroffenen unzumutbar erschwert wird.²³

§ 46 VwVfG sieht schließlich vor, dass die Aufhebung eines Verwaltungsakts, der nicht nach § 44 VwVfG nichtig ist, nicht allein deshalb beansprucht werden kann, weil er unter Verletzung von Vorschriften über das Verfahren, die Form oder die örtliche Zuständigkeit zustande gekommen ist, wenn offensichtlich ist, dass die Verletzung die Entscheidung in der Sache nicht beeinflusst hat. Es kann somit nicht beansprucht werden, dass ein derartig rechtswidriger Verwaltungsakt aufgehoben wird.

54

IV. Umgang mit bestandskräftigen Verwaltungsakten

Der im öffentlichen Recht tätige Rechtsanwalt wird von seinen Mandanten oftmals erst dann kontaktiert, wenn sämtliche Rechtsbehelfsfristen abgelaufen sind. Dann stehen allenfalls noch zwei Möglichkeiten zur Verfügung, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (§ 32 VwVfG) und das Wiederaufgreifen des Verfahrens (§ 51 VwVfG). Auch die Behörde hat die Möglichkeit, bestandskräftige Verwaltungsakte aufzuheben (vgl. §§ 48 ff VwVfG). In diesen Fällen besteht die anwaltliche Tätigkeit darin, die Rechtmäßigkeit der Aufhebungsentscheidungen zu überprüfen, sofern es sich um einen begünstigenden Verwaltungsakt handelt, wie etwa eine Baugenehmigung. Grundsätzlich besteht auch die Möglichkeit, dass sich der Mandant mit einem Antrag auf Rücknahme oder Widerruf eines Verwaltungsakts an die Behörde wendet.

55

1. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (§ 32 VwVfG)

Gemäß § 32 VwVfG besteht ein **Rechtsanspruch auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand**, wenn jemand ohne eigenes Verschulden (und ohne Verschulden des Vertreters) verhindert war, eine **gesetzliche** Frist einzuhalten. Klassische Fälle, in denen eine Frist versäumt worden ist und die auch in einer Klausur vorkommen könnten, sind die Urlaubsabwesenheit des Mandanten oder ein Verschulden im Bereich der anwaltlichen Büroorganisation.

56

Neben den „klassischen“ gesetzlichen Fristen, wie z. B. der Widerspruchsfrist oder der Klagfrist, existieren auch schon im Verwaltungsverfahren **gesetzliche Fristen**, wie z. B. diejenige zur Antragstellung gem. § 22 VwVfG (sofern es sich nicht um eine Ausschlussfrist handelt), aber auch die durch Gesetz vorgesehene Einwendungsfristen wie z. B. § 73 Abs. 4 VwVfG oder § 10 Abs. 3 Satz 4 BImSchG sowie schließlich auch die Frist für den Antrag auf Wiedereinsetzung nach § 32 Abs. 2 VwVfG. Von der Behörde gesetzte Fristen unterliegen grundsätzlich keiner Wiedereinsetzung.

Weitere Voraussetzung für die Wiedereinsetzung ist, dass der Betroffene **ohne Verschulden verhindert** gewesen ist, die gesetzliche Frist einzuhalten. Ein Verschulden liegt dann vor, wenn der Betroffene bzw. sein Vertreter die gebotene und nach den Umständen zumutbare Sorgfalt nicht eingehalten hat, d. h. diejenige Sorgfalt außer Acht gelassen hat, die für einen gewissenhaften, seine Rechte und Pflichten sachgemäß wahrenen Verfahrensbeteiligten geboten ist und ihm nach den gesamten Umständen des konkreten Falles zumutbar ist.²⁴

57

Beispiele:

Bei Antragstellung bei einer unzuständigen Stelle liegt ein Verschulden in der Regel vor, wenn dem Betroffenen die zuständige Behörde bekannt war oder bei entsprechender Sorgfalt von ihm ohne Schwierigkeiten hätte festgestellt werden können.²⁵

Bei einem einfachen Brief darf der Absender sich auf die üblichen Brieflaufzeiten oder auf eine Auskunft des Postamtes verlassen, sofern der Brief ordnungs-

²³ BVerwG, Urt. v. 16. 06. 1997, NJW 1998, 2233/2234.

²⁴ Vgl. dazu z. B. BVerwG, Urt. v. 08. 03. 1983, NJW 1983, 1923/1924.

²⁵ Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 32 Rdnr. 25.

gemäß adressiert und frankiert war.²⁶ Bei Absendung eines Antrages kurz vor Ablauf der zu wahrenen Frist trifft den Antragsteller eine erhöhte Sorgfaltspflicht. Verschulden liegt z. B. vor, wenn ein Schreiben so spät abgesandt wird, dass nur unter besonders günstigen Umständen, nicht aber bei normalem Beförderungsverlauf, mit fristgerechtem Eingehen gerechnet werden kann.²⁷

Kein Verschulden liegt vor, wenn der Betroffene, der die Frist zu wahren gehabt hätte, von der Sendung, die die Frist in Gang gesetzt hat, keine Kenntnis erlangt hat, weil eine dritte Person, die nicht Bevollmächtigter des Betroffenen ist, die Zustellung in Empfang genommen und nicht weitergegeben hat.²⁸

Kein Verschulden liegt vor, wenn der Betroffene ernsthaft erkrankt war und in Folge davon die Frist nicht selbst wahren oder einen Vertreter beauftragen konnte.

Kein Verschulden liegt vor, wenn ein Bürger, der einen schriftlich zu stellenden Antrag nur mündlich gestellt hat, darauf vertraute, alles Erforderliche getan zu haben, weil man ihn sonst sicher auf einen etwaigen Formmangel, der für den den Rechtsbehelf entgegennehmenden Beamten ja offensichtlich sein musste, hingewiesen hätte.²⁹

Wer eine ständige Wohnung hat, braucht, wenn er vorübergehend abwesend ist, keine besonderen Vorkehrungen hinsichtlich möglicher Zustellungen zu treffen, z. B. bei Urlaub auch außerhalb der allgemeinen Urlaubszeit.³⁰

- 58** Das **Verschulden eines bevollmächtigten Rechtsanwalts** ist dem von der Fristversäumung Betroffenen entsprechend § 85 Abs. 2 ZPO zuzurechnen, solange das Mandat besteht. Vergleichbares gilt auch für das Verschulden eines sonstigen Vertreters, wie z. B. von Gewerkschaften, die etwa Personalräte oder Beamte vertreten. Ein ausschließliches Verschulden von Hilfspersonen des Vertreters ist dem Vertretenden jedoch nicht zuzurechnen.³¹ Dies ist nur dann der Fall, wenn ihn ein Auswahl- oder Überwachungsver schulden trifft.

Beispiele:

Kein Anwaltsverschulden ist anzunehmen, wenn ein Anwalt eine von ihm angeordnete, im Rahmen üblicher Büroerledigungen liegende wichtige Korrektur in einem Schriftsatz nach Unterschriftsleistung nicht mehr selbst nachprüft, sondern die Erledigung einer zuverlässigen Angestellten überlässt.³²

Arbeitsüberlastung des Prozessbevollmächtigten ist nur dann ein Grund, der dessen Verschulden ausschließen kann, wenn sie unvorhersehbar war, nach den Umständen des Falles Abhilfe nicht möglich war und der Prozessbevollmächtigte alles seinerseits Mögliche getan hat, um dadurch bedingte Fristversäumungen zu vermeiden.³³

- 59** In formeller Hinsicht ist zu berücksichtigen, dass ein **Antrag gestellt** werden muss und zwar innerhalb einer Frist von zwei Wochen nach Wegfall des Hindernisses, d. h. mit dem Zeitpunkt, in dem dem Betroffenen die Fristversäumung und der Wegfall des Hindernisses bekannt wurde oder hätte bekannt sein müssen, wenn er die erforderliche Sorgfalt bei der Beachtung und

26 Vgl. z. B. BGH, Beschl. v. 07. 02. 1990, NJW-RR 1990, 508.

27 BVerwG, Beschl. v. 02. 02. 1972, DÖV 1972, 798.

28 Vgl. VGH Baden-Württemberg, Beschl. v. 15. 12. 1977, NJW 1978, 719.

29 Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 32 Rdnr. 30 a.

30 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 06. 10. 1992, NJW 1993, 847.

31 Vgl. BVerwG, Urt. v. 08. 05. 1991, NJW 1992, 63/64 zur Erteilung eines Beförderungsauftrages an eine Hilfsperson.

32 BGH, Beschl. v. 10. 02. 1982, NJW 1982, 2670.

33 Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 32 Rdnr. 36.

Prüfung der Erfordernisse der Fristwahrung angewandt hätte.³⁴ Zu berücksichtigen ist, dass die Wiedereinsetzung gem. § 32 Abs. 2 Satz 4 VwVfG auch von Amts wegen erfolgen kann, wenn die versäumte Handlung fristgerecht nachgeholt worden ist.

2. Wiederaufgreifen des Verfahrens

Gem. § 51 Abs. 1 VwVfG hat die Behörde auf Antrag des Betroffenen über die Aufhebung oder Änderung eines unanfechtbaren Verwaltungsaktes zu entscheiden, wenn ein Wiederaufgreifensgrund vorliegt. Mit diesem außerordentlichen Rechtsbehelf kann der Antragsteller also erreichen, dass ein fehlerhafter Verwaltungsakt durch einen neuen Verwaltungsakt aufgehoben oder abgeändert wird. 60

Der in der Praxis **wichtigste Wiederaufnahmegrund** dürfte die nachträgliche Änderung der Sach- oder Rechtslage zugunsten des Betroffenen sein (§ 51 Abs. 1 Nr. 1 VwVfG). Betroffen werden davon vor allem Dauerverwaltungsakte. 61

Beispiel: Ein Wehrpflichtiger, dessen Antrag als Kriegsdienstverweigerer abgelehnt worden ist, kann einen erneuten Antrag auf Anerkennung stellen, der auf später entstandene neue Gesichtspunkte gestützt wird.³⁵

Von einer **Änderung der Sachlage** wird ausgegangen, wenn „Tatsachen“ die im Zeitpunkt des Erlasses des früheren Bescheides vorlagen oder für die behördliche Entscheidung objektiv bedeutsam waren, nachträglich weggefallen oder wenn neue, für die Entscheidung erhebliche, Tatsachen nachträglich eingetreten sind. Eine **Änderung der Rechtslage** liegt vor, wenn das maßgebliche materielle Recht nach Erlass des Verwaltungsaktes geändert wird. Keine Änderung der Rechtslage ist es, wenn eine Rechtsnorm durch ein Bundes- oder Landesverfassungsgericht oder ein Verwaltungsgericht für nichtig erklärt wird.³⁶

Voraussetzung für den Wiederaufgreifensgrund des § 51 Abs. 1 Nr. 2 VwVfG (**neue Beweismittel**) ist entweder das Vorliegen eines gänzlich neuen Beweismittels oder das schon vorhandene Beweismittel ohne Verschulden des Betroffenen zum Verfahren nicht oder nicht mehr rechtzeitig beschafft werden konnten oder von deren Existenz der Betroffene noch keine Kenntnis hatte.³⁷ Oftmals wird der Rechtsanwalt von dem Mandanten mit der Frage konfrontiert, ob ein neues Sachverständigengutachten zu einem Wiederaufgreifen des Verfahrens führen könnte. Dies ist nur dann der Fall, wenn das Sachverständigengutachten selbst auf neuen Beweismitteln beruht, etwa indem es neue, seinerzeit nicht bekannte, Tatsachen verwertet. Andere fachliche Meinungen, wissenschaftliche Ansichten oder bloße Folgerungen sachkundiger Personen begründen für sich allein somit keinen Anspruch auf Wiederaufgreifen des Verfahrens.³⁸ 62

Der Wiederaufnahmegrund des § 51 Abs. 1 Nr. 3 VwVfG (Wiederaufnahmegründe entsprechend § 580 ZPO) spielt in der Praxis keine wesentliche Rolle.

In **formeller Hinsicht** ist Folgendes zu berücksichtigen: Gem. § 51 Abs. 2 VwVfG ist der Antrag nur zulässig, wenn der Betroffene ohne grobes Verschulden außerstande war, den Grund für das Wiederaufgreifen in dem früheren Verfahren, insbesondere durch Rechtsbehelf, geltend zu machen. Der Antrag auf Wiederaufgreifen des Verfahrens ist gem. § 51 Abs. 3 VwVfG auf **drei Monate** befristet, wobei die Frist mit dem Tag beginnt, an dem der Betroffene von dem Grund für das Wiederaufgreifen Kenntnis erlangt hat, ein Kennenmüssen oder Kennenkönnen reicht nicht. Gem. § 51 Abs. 5 VwVfG bleiben die Vorschriften des § 48 Abs. 1 Satz 1 und des § 49 Abs. 1 VwVfG unberührt, so dass der Betroffene auch die Möglichkeit hat, einen 63

34 BGH, Beschl. v. 12. 10. 1989, NJW 1989, 379/380.

35 Vgl. BVerwG, Urt. v. 14. 03. 1984, NVwZ 1984, 727.

36 Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 51 Rdnr. 30.

37 Vgl. z. B. VGH Baden-Württemberg, Beschl. v. 22. 06. 1990, NVwZ-RR 1991, 55/56 zu der ermöglichten persönlichen Vernehmung eines Zeugen anstelle dessen zuvor erfolgter schriftlichen Aussage.

38 BVerwG, Beschl. v. 29. 03. 1999, NVwZ 2000, 202.