

# Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren

Bearbeitet von

Prof. Dr. Matthias Dombert, Dr. Christoph Külpmann, Klaus Finkelburg, Prof. Dr. Klaus Peter Jank

vom Interesse des Antragstellers her zu beurteilen. Dass der Antragsteller das Interesse am verfolgten Rechtsschutzziel verloren hat, stellt dagegen kein erledigendes Ereignis dar.<sup>355</sup> Fälle der Erledigung sind beispielsweise der Wegfall des Sicherungsbedürfnisses,<sup>356</sup> die Erteilung der Genehmigung während laufenden Anordnungsverfahrens,<sup>357</sup> der Wegfall der Wiederholungsgefahr,<sup>358</sup> die Übertragung der begehrten Stelle bei geltend gemachtem Bewerbungsverfahrensanspruch<sup>359</sup> oder die Vorlage von dienstlichen Beurteilungen nach Konkurrentenantrag.<sup>360</sup> Ein Sicherungs- oder Regelungsbedürfnis entfällt auch, wenn entweder der Antragsteller oder das Objekt, auf das sich das Antragsbegehren bezieht, nicht mehr existent sind.<sup>361</sup> Weiterhin kann es dadurch gegenstandslos geworden sein, dass sich der Anordnungsanspruch nicht mehr durchsetzen lässt.<sup>362</sup> Dieser kann zB durch eine Gesetzesänderung,<sup>363</sup> durch freiwillige Erfüllung durch den Antragsgegner<sup>364</sup> oder durch eine anderweitige unentziehbare Vergabe der begehrten Rechtsposition<sup>365</sup> erlöschen. Im Anordnungsverfahren zur Studienplatzvergabe erledigt sich das Rechtsschutzbegehren selbst dann, wenn der jeweilige Antragsteller eine anderweitige Zulassung zu dem gewünschten Studium erhält, mag diese auch vorläufig und die ihr zugrunde liegende gerichtliche Entscheidung mit der Beschwerde angegriffen sein.<sup>366</sup> Gleiches soll gelten, wenn der jeweilige Antragsteller lediglich einen Teilstudienplatz innehat.<sup>367</sup>

Ebenso kann eine Erledigung durch Wegfall des Anordnungsgrundes eintreten.<sup>368</sup> Dies kann vor allem bei termingebundenen Antragsbegehren der Fall sein.<sup>369</sup> Wird die Zulassung zu einer bestimmten Veranstaltung begehrt, besteht mit der Durchführung der Veranstaltung kein Regelungsbedürfnis mehr. Die Dringlichkeit einer gerichtlichen Anordnung kann entfallen, wenn der Antragsteller die begehrte Leistung außerhalb des Verfahrens erhält.<sup>370</sup> 369

#### 4. Kein Fortsetzungsfeststellungsantrag

Ist das Anordnungsverfahren in der Hauptsache erledigt, können weder der Antragsteller noch der Antragsgegner auf einen Fortsetzungsfeststellungsantrag übergehen. § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO, der diesen im Klageverfahren auch für Verpflichtungs- und Leistungsbegehren zulässt, ist wegen des andersartigen Streitgegenstandes nicht entspre- 370

<sup>355</sup> VG München Beschl. v. 1.7.1999 – M 6 E 99.2624.

<sup>356</sup> VGH Kassel ESVGH 48, 40; VG Frankfurt (Oder), Beschl. v. 18.3.2013 – 5 L 320/12.

<sup>357</sup> VGH München Beschl. v. 3.2.1998 – 1 CE 96.3499.

<sup>358</sup> VGH München NVwZ-RR 2004, 623.

<sup>359</sup> VGH Kassel NVwZ 1994, 1231.

<sup>360</sup> OVG Saarlouis Beschl. v. 16.6.1992 – 1 W 28/92.

<sup>361</sup> OVG Münster NVwZ 1988, 370; *Clousing* in Schoch/Schneider/Bier VwGO § 161 Rn. 10; *Redeker/von Oertzen* VwGO § 107 Rn. 13; *Burgi* DVBl. 1191, 194.

<sup>362</sup> VGH Mannheim NVwZ-RR 1992, 442.

<sup>363</sup> BVerwG NVwZ 1989, 48; VGH Mannheim VBlBW 2005, 281; VG Göttingen Urt. v. 26.1.2005 – 2 A 184/04.

<sup>364</sup> Zur Erfüllung unter dem Druck der drohenden Vollziehung vgl. OVG Münster NVwZ-RR 1996, 169.

<sup>365</sup> BVerwGE 80, 127; OVG Weimar Beschl. v. 31.1.2005 – 2 EO 1170/03; VG Oldenburg Beschl. v. 26.3.2004 – 6 B 1192/04; OVG Lüneburg Beschl. v. 6.8.1999 – 5 M 4346/98.

<sup>366</sup> OVG Hamburg NVwZ-RR 2006, 797.

<sup>367</sup> OVG Hamburg NVwZ-RR 2006, 797; Beschl. v. 29.3.2000 – 3 Nc 30/00 –, jeweils betr. Teilzulassung im Studiengang Medizin.

<sup>368</sup> So insbes. VGH Mannheim NVwZ-RR 1992, 442. Vgl. hierzu auch VGH Kassel ESVGH 37, 1.

<sup>369</sup> OVG Saarlouis Beschl. v. 27.6.2002 – 2 W 3/02; OVG Hamburg DVBl. 1967, 422.

<sup>370</sup> BVerwG NVwZ 1985, 573; VG Braunschweig Beschl. v. 8.10.2004 – 6 C 405/04 – (Hauptsacheerledigung im NC-Verfahren); OVG Saarlouis NJW 1978, 121 (Zuteilung eines Studienplatzes an einer anderen Hochschule).

chend anwendbar.<sup>371</sup> Im Anordnungsverfahren ist keine bindende Entscheidung über den Anspruch zu erreichen, der in einem künftigen Hauptsacheverfahren verwirklicht werden soll, da lediglich über eine vorläufige Sicherung oder Regelung entschieden wird.<sup>372</sup> Die Beteiligten müssen sich deshalb darauf verweisen lassen, im Hauptsacheverfahren mit einer (positiven oder negativen) Feststellungsklage zu einer Sachentscheidung zu kommen.<sup>373</sup> Dem Antragsgegner bleibt die weitere Möglichkeit, den Antragsteller nach §§ 123 Abs. 3 VwGO, 926 ZPO in das Klageverfahren zu zwingen.

## II. Rücknahme des Antrags

- 371 Der Antragsteller kann den Anordnungsantrag bis zur Rechtskraft der gerichtlichen Entscheidung zurücknehmen (§ 92 Abs. 1 S. 1 VwGO entspr.).<sup>374</sup> Der Einwilligung der übrigen Beteiligten bedarf es hierzu nicht.<sup>375</sup> Das VG stellt durch Beschluss das Verfahren ein (§ 92 Abs. 3 S. 1 VwGO entspr.) und entscheidet über die Kosten (§ 155 Abs. 2, 5 VwGO). Für den Erlass des Einstellungsbeschlusses sind der Vorsitzende oder der Berichterstatter zuständig (§ 87a Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3 VwGO entspr.).<sup>376</sup> Der Beschluss ist unanfechtbar (§ 92 Abs. 3 S. 2 VwGO entspr.).

## III. Verzicht, Anerkenntnis

- 372 Verzicht (§ 306 ZPO) und Anerkenntnis (§ 307 ZPO) sind einseitige prozessuale Erklärungen, die ohne Sachprüfung zu einer unstreitigen Beendigung des Verfahrens führen.<sup>377</sup> Sie enthalten das unbedingte und vorbehaltlose Zugeständnis, dass der prozessuale Anspruch nicht besteht bzw. besteht. Im Verwaltungsstreitverfahren sind sie über § 173 VwGO sowohl im Klage-<sup>378</sup> als auch im Anordnungsverfahren entsprechend anwendbar, da dem keine Besonderheiten des Verwaltungsprozessrechts entgegenstehen.<sup>379</sup> In der Praxis der Verwaltungsgerichte haben sie keine Bedeutung. Anstelle eines Verzichts wird der Antragsteller regelmäßig den Antrag zurücknehmen, anstelle eines

<sup>371</sup> Heute allgemeine Meinung, vgl. zB BVerwG NVwZ 1995, 586; OVG Münster Beschl. v. 19.2.2013 – 12 B 1259/12; OVG Berlin-Brandenburg Beschl. v. 12.9.2012 – OVG 6 S 33.12; OVG Bautzen Beschl. v. 6.1.2012 – 2 B 304/11; OVG Bautzen Beschl. v. 11.1.2010 – NC 2 B 326/09; OVG Magdeburg Beschl. v. 23.5.2006 – 1 M 95/06; OVG Greifswald NordÖR 2001, 106; VGH Kassel DÖV 2004, 345; OVG Magdeburg Beschl. v. 5.9.2003, – 2 M 381/03; VGH München NVwZ-RR 2003, 121; OVG Saarlouis Beschl. v. 27.6.2002 – 2 W 3/02; OVG Lüneburg Beschl. v. 6.8.1999 – 5 M 4346/98; VG Hamburg Beschl. v. 19.2.1998 – 13 VG 5143/97; VGH Kassel DÖV 1990, 160; VGH Mannheim NVwZ-RR 1992, 442; NVwZ 1988, 747; VGH München BayVBl. 1998, 185; BayVBl. 1986, 758; OVG Münster NVwZ-RR 1996, 169; BFHE 142, 564.

<sup>372</sup> VG München Beschl. v. 7.9.2016 – M 8 E 16.3665; VG Cottbus Beschl. v. 8.8.2016 – 1 L 298/16; OVG Magdeburg Beschl. v. 5.9.2003 – 2 M 381/03; OVG Saarlouis Beschl. v. 27.6.2002 – 2 W 3/02; OVG Greifswald Beschl. v. 14.7.2000 – 2 M 45/00; OVG Lüneburg Beschl. v. 6.8.1999 – 5 M 4346/98; VG Hamburg Beschl. v. 19.2.1998 – 13 VG 5143/97; VGH Kassel DÖV 1990, 160; BFHE 142, 566.

<sup>373</sup> VGH Kassel ESVGH 30, 36; VGH Mannheim NVwZ-RR 1992, 44. Vgl. auch VGH Mannheim VBBlW 1981, 288 (Möglichkeit des Erlasses eines feststellenden Verwaltungsaktes); OVG Magdeburg Beschl. v. 5.9.2003 – 2 M 381/03; OVG Greifswald Beschl. v. 14.7.2000 – 2 M 45/00; VG Hamburg Beschl. v. 19.2.1998 – 13 VG 5143/97.

<sup>374</sup> BVerwG DVBl. 2002, 1048; NVwZ 1991, 60; VG Leipzig SächsVBl 2005, 74; VG Aachen Beschl. v. 7.4.2004 – 2 L 276/04.

<sup>375</sup> VGH Mannheim Beschl. v. 28.9.2016 – 4 S 1578/16; NVwZ 1989, 479.

<sup>376</sup> VG Osnabrück Beschl. v. 7.12.2005 – 1 C 27/05; VGH München NVwZ 1991, 896; *Ortloff/Riese* in Schoch/Schneider/Bier VwGO § 87a Rn. 30; *Schoch* ebd. § 123 Rn. 117.

<sup>377</sup> BeckOK ZPO/Elzer ZPO §§ 306, 307 Rn. 1 f.

<sup>378</sup> Kopp/Schenke VwGO § 86 Rn. 16, § 107 Rn. 5. Vgl. hierzu auch BVerwG NVwZ 1997, 576.

<sup>379</sup> *Ule* §§ 28 II, 43 I 2.

Anerkenntnisses wird das Verfahren übereinstimmend in der Hauptsache für erledigt erklärt werden.<sup>380</sup>

### 1. Verzicht

Der vom Antragsteller gegenüber dem Gericht erklärte Verzicht bezieht sich im Anordnungsverfahren auf die Sicherung oder Regelung des Anordnungsanspruchs. Hat das VG noch nicht über eine Anordnung entschieden, weist es den vom Antragsteller gestellten Antrag auf Antrag des Antragsgegners allein aufgrund der Verzichtserklärung ab. Hat es bereits eine Entscheidung erlassen, enthält der Verzicht die prozessuale Erklärung, die getroffene Anordnung nicht zu vollziehen.<sup>381</sup> In diesem Fall kann das VG seine Entscheidung nach §§ 123 Abs. 3 VwGO, 927 ZPO aufheben, wenn der Antragsgegner dies beantragt. 373

### 2. Anerkenntnis

Das vom Antragsgegner gegenüber dem Gericht erklärte Anerkenntnis muss im Anordnungsverfahren den gesamten prozessualen Anspruch, also sowohl den Anordnungsanspruch als auch den Anordnungsgrund umfassen.<sup>382</sup> In diesem Fall erlässt das VG ohne Sachprüfung die begehrte Anordnung. Ein Anerkenntnis lediglich des Anordnungsanspruchs oder des Anordnungsgrundes kann nicht zu einer Entscheidung nach § 307 ZPO führen, da das VG dann gegen den Zweck des Anerkenntnisses über einen unselbstständigen Teil des prozessualen Anspruchs streitig entscheiden müsste.<sup>383</sup> 374

## IV. Vergleich

Ein gerichtlicher Vergleich zur vollständigen oder teilweisen Erledigung des Rechtsstreits kann auch im Anordnungsverfahren in entsprechender Anwendung von § 106 VwGO abgeschlossen werden.<sup>384</sup> Voraussetzung ist, dass die Hauptbeteiligten<sup>385</sup> in einem noch laufenden Verfahren übereinstimmende Prozessklärungen abgeben. Weiterhin müssen sie befugt sein, über den „Gegenstand des Vergleichs“ zu verfügen.<sup>386</sup> Damit können in den Vergleich auch Ansprüche einbezogen werden, die nicht Verfahrensgegenstand sind.<sup>387</sup> Vor allem kann auf diese Weise eine Regelung auch über den Klageanspruch getroffen werden. Die praktische Bedeutung dieser Form der unstreitigen Verfahrensbeendigung ist im Anordnungsverfahren groß. 375

Ein Prozessvergleich kann entweder durch Erklärungen zur Niederschrift des Gerichts oder des beauftragten oder ersuchten Richters (§ 106 S. 1 VwGO) – auch des Vorsitzenden oder Berichterstatters (§ 87 Abs. 1 Nr. 1 VwGO) – oder durch schriftliche Annahme eines gerichtlichen Vergleichsvorschlags gegenüber dem Gericht (§ 106 S. 2 VwGO) geschlossen werden.<sup>388</sup> Der Abschluss des Vergleichs beendet das Verfahren unmittelbar.<sup>389</sup> 376

<sup>380</sup> *Ortloff/Riese* in Schoch/Schneider/Bier VwGO § 87a Rn. 31.

<sup>381</sup> BeckOK ZPO/Elzer ZPO § 306 Rn. 2.

<sup>382</sup> BeckOK ZPO/Elzer ZPO § 307 Rn. 2. Zur Zulässigkeit eines Anerkenntnisurteils BVerwG NVwZ. 1997, 576.

<sup>383</sup> *Hartmann* in Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann ZPO § 307 Rn. 6.

<sup>384</sup> *Kopp/Schenke* VwGO § 106 Rn. 2; *Ortloff* in Schoch/Schneider/Bier VwGO § 106 Rn. 28.

<sup>385</sup> Der Mitwirkung anderer Beteiligten, auch eines notwendig Beigeladenen, bedarf es nicht, *Kopp/Schenke* VwGO § 106 Rn. 10; *Ortloff* in Schoch/Schneider/Bier VwGO § 106 Rn. 39.

<sup>386</sup> Zur Verfügungsbefugnis *Kopp/Schenke* VwGO § 106 Rn. 12–15.

<sup>387</sup> Amtl. Begr. zu Art. 1 Nr. 21, BT-Drs. 11/7030, 29; *Kopp/Schenke* VwGO § 106 Rn. 5; *Redeker/von Oertzen* VwGO § 106 Rn. 5; *Ortloff* in Schoch/Schneider/Bier VwGO § 106.

<sup>388</sup> Zu den Einzelheiten *Ortloff* in Schoch/Schneider/Bier VwGO § 106 Rn. 34–37.

<sup>389</sup> *Kopp/Schenke* VwGO § 106 Rn. 4; *Redeker/von Oertzen* VwGO § 106 Rn. 11.

- 377 Ein außergerichtlich vereinbarter Vergleich<sup>390</sup> schließt das Verfahren dagegen nicht ab. Dies ist erst dann der Fall, wenn gegenüber dem Gericht verfahrensbeendende Erklärungen abgegeben werden.<sup>391</sup>

## E. Rechtsmittel und Rechtsbehelfe

### § 25 Das Rechtsmittelverfahren

**Schrifttum:** *Gatz*, Vorläufiger Rechtsschutz nach § 123 VwGO, ZAP Fach 19, 559 (2002); *Hamann*, Zur Zurückverweisung im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes bei unvollständiger Sachprüfung des Verwaltungsgerichts, DVBl. 1984, 1204; *Kamp*, Das gerichtliche Abänderungsverfahren im einstweiligen Rechtsschutz- insbesondere sein Verhältnis zu Beschwerdeverfahren, NWVBl 2005, 248; *Kerwer*, Rechtsschutz gegen Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bei Verletzung des rechtlichen Gehörs, JuS 1997, 592; *Loos*, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsrecht – Das Verfahren nach § 123 VwGO, JA 2001, 871; *Philipp*, Besonderheiten des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens in sozialrechtlichen Streitigkeiten, BayVBl. 1989, 387 (391) u. NVwZ 1984, 499; *Roeser/Hänlein*, Das Abänderungsverfahren nach § 80 Abs. 7 VwGO und der Grundsatz der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde, NVwZ 1995, 1082 (1084); *Schulz*, Die Erledigung von Rechtsmitteln, JZ 1983, 331 *Schenke*, Der vorläufige Rechtsschutz zwischen Rechtsbewahrung und Flexibilitätsanforderungen, VBIBW 2000, 56.

Zur Anhörungsrüge und Verfassungsbeschwerde: *Desens*, Die subsidiäre Verfassungsbeschwerde und ihr Verhältnis zur fachgerichtlichen Anhörungsrüge, NJW 2006, 1243; *Guckelberger*, Die Anhörungsrüge nach § 152a VwGO nF, NVwZ 2005, 11; *Schenke*, Außerordentliche Rechtsbehelfe im Verwaltungsprozessrecht nach Erlass des Anhörungsrügensgesetzes, NVwZ 2005, 729; *Strietzel*, Die Zulässigkeit von Verfassungsbeschwerden gegen gerichtliche Eilentscheidungen, 1993; *Zuck*, Das Verhältnis von Anhörungsrüge und Verfassungsbeschwerde, NVwZ 2005, 739; *ders.*, Gehört die Anhörungsrüge zum Rechtsweg nach § 90 II 1 BVerfGG?, NVwZ 2006, 1119.

- 378 Einziges Rechtsmittel gegen Beschlüsse des VG nach § 123 Abs. 1 VwGO ist die Beschwerde (§ 146 VwGO). Die mit dem Inkrafttreten des 6. VwGOÄndG zum 1.1.1997 eingeführte Zulassung der Beschwerde ist nach der Novellierung der VwGO durch das Gesetz zur Bereinigung des Rechtsmittelrechts im Verwaltungsprozess vom 20.12.2001<sup>1</sup> wieder entfallen. Die nunmehr zulassungsfreie Beschwerde ist Rechtsmittel mit Devolutiveffekt, sie eröffnet eine zweite Tatsacheninstanz und dient daher der Überprüfung der angefochtenen Entscheidung in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht.<sup>2</sup> Die Kontrollbefugnis des OVG ist allerdings durch die Maßgaben des § 146 Abs. 4 S. 6 VwGO eingeschränkt.<sup>3</sup>

## I. Anwendbare Verfahrensvorschriften

### 1. Die Sonderregelung des § 146 Abs. 4 VwGO

- 379 § 146 Abs. 4 VwGO ist an die Stelle des durch das 6. VwGOÄndG geschaffenen Zulassungsverfahrens getreten. Das zulassungsfreie Beschwerdeverfahren führt dazu, dass

<sup>390</sup> Zur neu entwickelten Rechtsfigur „Vergleichsähnliche Erklärungen“, der gerade im Eilverfahren Bedeutung zukommt, vgl. im Einzelnen *Ortloff* in Schoch/Schneider/Bier VwGO § 106 Rn. 82–94, insbes. Rn. 89–91, 93.

<sup>391</sup> *Kopp/Schenke* VwGO § 106 Rn. 20; *Ortloff* in Schoch/Schneider/Bier VwGO § 106 Rn. 71; *Redeker/von Oertzen* VwGO § 106 Rn. 18.

<sup>1</sup> BGBl. I S. 3987.

<sup>2</sup> BVerfG NVwZ 2004, 1112; BVerfG Beschl. v. 24.3.2009 – 2 BvR 2347/08; VGH Mannheim NVwZ-RR 2006, 74; OVG Münster Beschl. v. 28.5.2004 – 13 C 20/04 u. Beschl. v. 26.3.2004 – 21 B 2399/03.

<sup>3</sup> Dazu ausführlich → Rn. 403 ff.

das OVG durch die Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes mit Streitgegenständen befasst wird, für die bei nicht zugelassener Berufung der Weg zu ihm versperrt ist. § 146 Abs. 4 VwGO ist als Sonderregelung gegenüber der allgemeinen Vorschrift des § 146 Abs. 1 VwGO anzusehen.

Die Vorschrift findet keine Anwendung, wenn fachgesetzliche Sonderregelungen wie § 23 Abs. 2 InVorG die Beschwerde ausschließen.<sup>4</sup>

## 2. Allgemein geltende Vorschriften

Das Verfahren vor dem Beschwerdegericht richtet sich nach §§ 147, 149 und 150 VwGO. Da diese Regelungen lückenhaft sind, werden sie durch die sachnahen Vorschriften des Berufungsverfahrens (§§ 125 ff. VwGO) und des erstinstanzlichen Beschluss- und Urteilsverfahrens (§§ 122, 125 Abs. 1 S. 1 VwGO) ergänzt,<sup>5</sup> soweit dem nicht die Eigenart des Eilverfahrens entgegensteht (§ 98 VwGO). Die Regelungen des Beschwerdeverfahrens der ZPO (§§ 567 ff.) können über § 173 VwGO herangezogen werden, wenn unmittelbar oder entsprechend anwendbare Vorschriften der VwGO fehlen.<sup>6</sup> Anwendbar sind damit beispielsweise die Vorschriften über die Beiladung (§ 65 VwGO), den Vertretungszwang (§ 67a VwGO), die Zurücknahme der Beschwerde (§ 126 VwGO), das Verbot der reformatio in peius und die Zurückverweisung.<sup>7</sup> 380

## II. Beschwerdegegenstand

§ 146 Abs. 4 S. 1 VwGO eröffnet das Beschwerdeverfahren seinem Wortlaut nach gegen „Beschlüsse des Verwaltungsgerichts in Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes (§§ 80, 80a und 123 VwGO)“. Klammert man die Aussetzungsverfahren nach §§ 80, 80a VwGO aus,<sup>8</sup> kommt § 146 Abs. 4 VwGO für das Anordnungsverfahren zunächst in Betracht bei stattgebenden wie antragsablehnenden Beschlüssen, Beschlüssen im Änderungsverfahren (§ 80 Abs. 7 VwGO analog) oder Beschlüssen mit Fristsetzung zur Erhebung der Hauptsacheklage (§§ 123 VwGO, 926 Abs. 1 ZPO).<sup>9</sup> 381

### 1. Anwendbarkeit des § 146 Abs. 4 VwGO auf Zwischenentscheidungen<sup>10</sup>

Fraglich ist, ob dem Antragsteller durch § 146 Abs. 4 VwGO auch die Beschwerdemöglichkeit gegen Zwischenentscheidungen eröffnet ist, mit denen das VG verhindern will, dass vor seiner Entscheidung vollendete Tatsachen geschaffen werden. Während einerseits darauf hingewiesen wird, dass Zwischenentscheidungen in den in § 146 Abs. 4 VwGO genannten Rechtsschutzverfahren ergehen, dementsprechend für sie auch die spezielle Beschwerdemöglichkeit des § 146 Abs. 4 VwGO gelten muss,<sup>11</sup> wird anderer- 382

<sup>4</sup> OVG Berlin DÖV 1993, 297; dazu auch BVerwGE 88, 81.

<sup>5</sup> Eyermann/Happ VwGO § 146 Rn. 2; Meyer-Ladewig/Rudisile in Schoch/Schneider/Bier VwGO § 146 Rn. 2; Kopp/Schenke VwGO § 150 Rn. 4; Redeker/von Oertzen VwGO § 126 Rn. 6, 146 Rn. 12; Bender VBIBW 1986, 327.

<sup>6</sup> Eyermann/Happ VwGO § 146 Rn. 2; Meyer-Ladewig/Rudisile in Schoch/Schneider/Bier VwGO § 146 Rn. 2. Anders Redeker/von Oertzen VwGO § 146 Rn. 12 (grundsätzlich nicht anwendbar).

<sup>7</sup> OVG Berlin NVwZ 2002, 1267; OVG Magdeburg NVwZ 2002, 1395.

<sup>8</sup> Dazu ausführlich → Rn. 1134 ff.

<sup>9</sup> Dazu → Rn. 474 ff.; VGH München Beschl. v. 22.1.2013 – 1 CS 12.2709; VGH München NVwZ-RR 1998, 685.

<sup>10</sup> Zu Zwischenentscheidungen → Rn. 296 ff.

<sup>11</sup> OVG Berlin Beschl. v. 24.4.2007 – OVG 3 S 33.07; OVG Greifswald Beschl. v. 14.7.2011 – 2 O 97/10; OVG Bautzen NVwZ 2004, 1134; OVG Schleswig Beschl. v. 31.5.2001 – 4 M 38/01; so auch Kopp/Schenke VwGO § 146 Rn. 11; s. auch OVG Bautzen Beschl. v. 27.7.2006 – 3 BS 151/06; NVwZ 2004, 1134.

seits eingewandt, wegen ihres „Zwischencharakters“ scheidet die Anwendung des § 146 Abs. 4 VwGO aus.<sup>12</sup> Letztgenannter Auffassung kann allenfalls dann zugestimmt werden, wenn tatsächlich eine Entscheidung in der Sache nicht getroffen wird, etwa weil dem Gericht die Verwaltungsvorgänge des Antragsgegners nicht vorliegen und/oder Erkenntnismöglichkeiten fehlen und es dem Gericht durch seine Entscheidung ausschließlich darum geht, Zeit zur Klärung des Prozessstoffes zu gewinnen.<sup>13</sup> In diesem Fall liegt keine instanzabschließende Entscheidung vor. Ein Rechtsmittel scheidet in diesem Verfahrensstadium aus und bleibt der Endentscheidung vorbehalten. Etwas anderes kann nur dann gelten, wenn das VG etwa durch Beifügung einer Rechtsmittelbelehrung zum Ausdruck bringt, selbst in der Sache entschieden zu haben.<sup>14</sup>

- 383 Problematisch bleibt für die Praxis in Fällen von „Hängebeschlüssen“ allerdings in jedem Fall, wie den Anforderungen des § 146 Abs. 4 S. 3 VwGO Rechnung getragen werden kann. Da bei derartigen Zwischenentscheidungen im Regelfall eine materiellrechtliche Begründung fehlt, dürfte es schwierig sein, sich – wie von § 146 Abs. 4 S. 3 VwGO gefordert – mit den Gründen der angefochtenen Entscheidung auseinanderzusetzen.<sup>15</sup>

## 2. § 146 Abs. 4 VwGO als Möglichkeit der „Untätigkeitsbeschwerde“?

- 384 § 146 Abs. 4 VwGO wird verschiedentlich als Anknüpfungspunkt gewählt, um Rechtsschutz in den Fällen zu gewähren, in denen ein Verwaltungsgericht entgegen der aus Art. 19 Abs. 4 GG, Art. 6 Abs. 1 EMRK und Art. 13 EMRK abzuleitenden Forderung nach effektivem Rechtsschutz<sup>16</sup> nicht innerhalb angemessener Zeit über einen Antrag nach § 123 VwGO entscheidet.<sup>17</sup> Zur Begründung wird darauf verwiesen, die Unterlassung einer zeitnahen Entscheidung sei der Ablehnung eines Antrages auf vorläufigen Rechtsschutz gleichzusetzen, so dass damit die analoge Anwendung des § 146 Abs. 4 VwGO nahe liege.<sup>18</sup>
- 385 Die überwiegende Rechtsprechung lehnt dies zu Recht ab.<sup>19</sup> Die Statthaftigkeit einer Beschwerde setzt grundsätzlich das Vorliegen einer förmlichen Entscheidung voraus.<sup>20</sup> Die bloße Untätigkeit kann einer förmlichen Entscheidung nicht gleichgestellt werden. Im Übrigen dürfte – ebenso wie voranstehend bereits bei der Beschwerde gegen Zwischenentscheidungen angemerkt<sup>21</sup> – auch hier problematisch sein, wie angesichts gerichtlicher Untätigkeit und damit einhergehendem „Schweigen“ des VG die von § 146 Abs. 4 S. 3 VwGO für die Beschwerdebegründung geforderte substantiierte Auseinandersetzung mit der erstinstanzlichen Entscheidung erfolgen kann.<sup>22</sup>

<sup>12</sup> OVG Magdeburg Beschl. v. 19.9.2003 – 2 M 417/03.

<sup>13</sup> So VerfGH Berlin NVwZ 2000, 187; s. auch dazu das Sondervotum *Driehaus/Toepfer* aaO.

<sup>14</sup> S. dazu – allerdings aufgrund mittlerweile überholter Rechtslage – VGH München DVBl. 2000, 925; VGH München Beschl. v. 31.10.2005 – 1 CS 05.2295.

<sup>15</sup> Zu den Anforderungen des § 146 Abs. 4 S. 3 VwGO ausführlich → Rn. 403; nach VGH München Beschl. v. 13.9.2005 – 11 CS 05.987, soll es allerdings ausreichend sein, wenn der Beschwerdeführer überhaupt nur darlegt, warum die Entscheidung in seinem Sinne abgeändert werden muss.

<sup>16</sup> Dazu auch EGMR NJW 2001, 2698 ff. – Kudla/Polen –.

<sup>17</sup> Kopp/*Schenke* VwGO § 146 Rn. 31; dazu auch VGH München NVwZ-RR 1997, 501; OVG Magdeburg Beschl. v. 26.2.2015 – 1 M 12/15; NVwZ 2000, 693 insoweit eine außerordentliche Beschwerde erwägend.

<sup>18</sup> Kopp/*Schenke* aaO.

<sup>19</sup> VGH München Beschl. v. 11.5.2016 – 9 C 16.392; OVG Hamburg Beschl. v. 6.11.2015 – 3 So 83/15; VGH Mannheim NVwZ 2003, 1542; OVG Greifswald Beschl. v. 27.11.2003 – 2 O 126/03; OVG Frankfurt (Oder) DVBl. 2001, 314; so auch bereits VGH Kassel DVBl. 1999, 114; OVG Münster NVwZ-RR 1998, 340.

<sup>20</sup> Dazu auch VGH Mannheim NVwZ-RR 2003, 692.

<sup>21</sup> → Rn. 383.

<sup>22</sup> S. aber auch VGH München Beschl. v. 13.9.2005 – 11 CS 05.987.

Auch verfassungsrechtliche Überlegungen können nicht zur analogen Anwendung des § 146 Abs. 4 VwGO führen. Dem dürften schon Aspekte der Rechtssicherheit entgegenstehen. Das Rechtsstaatsprinzip verlangt die Vorhersehbarkeit staatlichen Handelns. Es ist zunächst Aufgabe des Gesetzgebers, das Rechtsschutzsystem näher zu gestalten und die prozessualen Voraussetzungen für Rechtsmittel und Rechtsbehelfe näher festzulegen.<sup>23</sup> Die Prozessordnungen haben dem Rechtsuchenden den Weg zur Überprüfung gerichtlicher Entscheidungen durch eine rechtliche Ausgestaltung des Rechtsmittels in der Prozessordnung vorzuzeichnen, um ihm die Prüfung zu ermöglichen, ob und unter welchen Voraussetzungen der Rechtsbehelf oder das Rechtsmittel zulässig ist.<sup>24</sup> Würde man neben dem gesetzlich ausgeformten Rechtsbehelfssystem weitere außerordentliche Rechtsbehelfe zulassen, besteht das Risiko unnötiger Belastung der Gerichte. Schon um mögliche Rechtsverluste zu vermeiden, wird der Bürger gehalten sein, neben einem außerordentlichen Rechtsbehelf noch andere Rechtsbehelfe oder Rechtsmittel parallel einzulegen.<sup>25</sup> Der Gesetzgeber hat im Rahmen der Novellierung des Beschwerderechtes zudem keinen Anlass gesehen, einen Rechtsbehelf für den Fall gerichtlicher Untätigkeit einzuführen. Er hat vielmehr die Rechtsprechung des BVerfG zu der fachgerichtlichen Abhilfe von Verfassungsverstößen lediglich zum Anlass genommen, die Anhörungsrüge in § 152a VwGO zu regeln.<sup>26</sup> Wegen Fehlens einer planwidrigen Regelungslücke scheidet damit auch die analoge Anwendung des § 152a VwGO auf die Fälle gerichtlicher Untätigkeit aus.

Fehlt damit eine ausdrückliche gesetzliche Regelung der fachgerichtlichen Kontrolle für den Fall verzögerter Entscheidungsfindung, kann der Antragsteller im Falle unzumutbarer Verfahrensverzögerung nur auf die Verfassungsbeschwerde verwiesen werden.<sup>27</sup>

### III. Zulässigkeitsvoraussetzungen

#### 1. Allgemeines

Die Zulässigkeit der Beschwerde hängt davon ab, dass die allgemeinen oder besonderen Sachentscheidungs Voraussetzungen für das Beschwerdeverfahren erfüllt sind.<sup>28</sup> Hierzu gehören die Statthaftigkeit der Beschwerde, die Beschwerdeberechtigung und eine Beschwerde des Beschwerdeführers sowie ein Rechtsschutzbedürfnis an der Durchführung des Beschwerdeverfahrens.<sup>29</sup> Das Vorliegen der Zulässigkeitsvoraussetzungen hat das Beschwerdegericht von Amts wegen zu prüfen (§§ 173 VwGO, 574 S. 1 ZPO). Ist der Beigeladene Rechtsmittelführer, muss eine materielle Beschwerde des Rechtsmittelführers gegeben sein. Der Beigeladene muss durch die angefochtene Entscheidung in seinen subjektiven Rechten verletzt werden.<sup>30</sup>

<sup>23</sup> BVerfGE 107, 395; BVerfG Beschl. v. 9.11.2009 – 1 BvR 2298/09; Beschl. v. 28.9.2009 – 1 BvR 1943/09; (st.Rspr).

<sup>24</sup> OVG Greifswald Beschl. v. 7.9.2010 – 1 M 210/09; OVG Berlin NVwZ 2005, 470.

<sup>25</sup> BVerfGE 107, 395 ff.; dem folgend OVG Berlin NVwZ 2005, 470.

<sup>26</sup> AnhörungsrügenG vom 9.12.2004, BGBl. I S. 3220, 3223.

<sup>27</sup> Zur Möglichkeit der Landesverfassungsbeschwerde, die Verletzung des Rechts auf zügiges Verfahren zu rügen BbgLVerfG NVwZ 2003, 1379.

<sup>28</sup> Statt vieler *Rudisile* in Schoch/Schneider/Bier VwGO § 124a Rn. 122.

<sup>29</sup> Zum Erfordernis der Beschwer OVG Bautzen NVwZ 2004, 1134 m. Anmerkung *Scheffer* NVwZ 2004, 1081; zum fehlenden Rechtsschutzbedürfnis bei eingetretener Bestandskraft VGH München Beschl. v. 25.3.2003 – 12 CE 03.1939; s. auch OVG Hamburg NVwZ-RR 2001, 203; BayVerwGH Beschl. v. 17.11.2015 – 9 CS 15.1762.

<sup>30</sup> BVerwG NVwZ-RR 1991, 601; OVG Lüneburg NVwZ-RR 2000, 62; OVG Münster NWVBl. 1998, 450; OVG Lüneburg, Urt. v. 3.12.2014 – 12 LC 30/12.



## 2. Zum Rechtsschutzinteresse bei eingetretener Erledigung

- 389 Umstritten ist die Frage, ob das Rechtsschutzinteresse für eine Beschwerde gegeben ist, bei der sich die Hauptsache nach der erstinstanzlichen Entscheidung – beispielsweise durch Zeitablauf<sup>31</sup> –, also „zwischen den Instanzen“ erledigt hat, um bei der es nur (noch) darum geht, die Kostengrundentscheidung erster Instanz abgeändert zu sehen. Gegen die Zulässigkeit einer solchen Beschwerde wird zunächst auf § 158 Abs. 1 VwGO verwiesen, nachdem die Anfechtung der Entscheidung über die Kosten unzulässig ist, sich nicht gegen die Entscheidung in der Hauptsache ein Rechtsmittel eingelegt wird.<sup>32</sup> Ein Rechtsschutzinteresse wird dann ausnahmsweise anerkannt, wenn der Rechtsmittelführer ein berechtigtes Interesse an der Feststellung der Unwirksamkeit der erstinstanzlichen Entscheidung in der Sache hat.<sup>33</sup> Der überwiegende Teil der Rechtsprechung und Literatur nimmt das Rechtsschutzbedürfnis für eine zum Zwecke der Erledigungserklärung eingelegte Beschwerde regelmäßig dann an, wenn hierdurch eine günstigere Kostenentscheidung erreicht werden kann.<sup>34</sup> Zutreffend wird darauf verwiesen, dass es in diesen besonderen Fallkonstellationen – anders als im Falle des § 158 Abs. 1 VwGO – nicht darum geht, allein die Kostenentscheidung zu ändern. Maßgeblich ist das Interesse des Rechtsmittelführers, die Unwirksamkeit der angefochtenen Entscheidung herbeizuführen. Erledigt sich die Hauptsache nach Erlass der erstinstanzlichen Entscheidung, aber vor Ablauf der Rechtsmittelfrist, haben die Beteiligten die Möglichkeit, gegenüber dem VG die Hauptsache für erledigt zu erklären. Es kann jedoch unsicher sein, ob auch der Gegner vor Ablauf der Rechtsmittelfrist den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt erklärt. Die Rechtsmitteleinlegung ist gerade für diesen Fall sinnvoll, um die Unanfechtbarkeit der erstinstanzlichen Entscheidung zu verhindern.<sup>35</sup>

Soweit § 146 Abs. 4 Satz 3 VwGO Anforderungen an die Darlegung in der Beschwerdebegründung fordert, reicht der Hinweis auf die zwischenzeitlich eingetretene Erledigung nach der Rechtsprechung regelmäßig aus.<sup>36</sup>

## IV. Einleitung des Beschwerdeverfahrens

### 1. Beschwerdeeinlegung; Vertretungszwang

- 390 Die Beschwerde ist nach § 147 Abs. 1 VwGO bei dem Gericht, dessen Entscheidung angefochten wird – in Anordnungsverfahren also bei dem VG –, einzulegen. Die Einlegung hat schriftlich zu geschehen. Für die Anforderung an die Schriftlichkeit gelten im Beschwerdeverfahren keine anderen Anforderungen als für Klage- oder Antragsschriften.<sup>37</sup>

<sup>31</sup> Dazu OVG Lüneburg Beschl. v. 8.1.2007 – 7 ME 187/06.

<sup>32</sup> In diesem Sinne OVG Lüneburg Beschl. v. 8.1.2007 – 7 ME 187/06; OVG Saarlouis Beschl. v. 19.1.2016 – 2 B 223/15; OVG Bremen Beschl. v. 23.3.2010 – 2 B 449/09.

<sup>33</sup> OVG Berlin-Brandenburg Beschl. v. 26.8.2016 – OVG 12 S 37.16, OVG 12 L 40.16; OVG Münster NVwZ-RR 2002, 895.

<sup>34</sup> VGH Mannheim NVwZ-RR 2003, 392; OVG Münster NVwZ-RR 2003, 701; OVG Lüneburg NVwZ-RR 1998, 337; *Clausing* in Schoch/Schneider/Bier VwGO § 161 Rn. 19a; Kopp/Schenke VwGO § 146 Rn. 42.

<sup>35</sup> OVG Münster NVwZ-RR 2003, 701; OVG Hamburg Beschl. v. 8.5.1995 – Bs VI 19/95; OVG Lüneburg NVwZ-RR 1998, 337; aA wohl OVG Münster NVwZ-RR 2002, 895; OVG Koblenz DVBl. 1987, 851.

<sup>36</sup> OVG Münster NVwZ-RR 2003, 701.

<sup>37</sup> Zur Beschwerdeeinlegung durch Telefax OVG Münster NJW 1991, 1197; durch Telebrief VGH Mannheim Beschl. v. 29.7.1985 – 11 S 955/85; zur Möglichkeit der elektronischen Beschwerdeeinlegung s. § 55a; OVG Bautzen Beschl. v. 19.10.2015 – 5 D 55/14; Bay VGH Beschl. v. 29.12.2011 – 22 C 11.2565.