

## DAS VERWALTUNGSRECHTLICHE MANDAT

RECHTSANWALT PROF. DR. WOLFGANG EWER, KIEL · VIZEPRÄSIDENT UND VORSTANDSMITGLIED  
DES DEUTSCHEN ANWALTVEREINS UND MITGLIED DES VERWALTUNGSRECHTSAUSSCHUSSES  
SOWIE DES UMWELTRECHTSAUSSCHUSSES DES DEUTSCHEN ANWALTVEREINS<sup>1)</sup>

In einer Zeit, in der die Zahl der in Deutschland zugelassenen Anwälte ständig steigt,<sup>2)</sup> kommt der Auffindung von „Marktlücken“ gerade auch für den Berufsanfänger große Bedeutung zu. Durch eine Spezialisierung, z. B. auf das Verwaltungsrecht, kann der junge Anwalt durchaus ein Stück von dem in weiten Bereichen bereits „verteilten Kuchen“ für sich gewinnen.

Die Gründe dafür, dass große Teile der Anwaltschaft dieses Rechtsgebiet lange Zeit weitgehend unbeachtet gelassen hatten, sind unterschiedlicher Art. Eine wesentliche Ursache dürfte sicherlich darin zu erblicken sein, dass in verwaltungsrechtlichen Durchschnittsmandaten häufig wesentlich niedrigere Streitwerte festgesetzt werden, als in solchen zivilrechtlicher Art.<sup>3)</sup> Ein anderer Grund dürfte darin liegen, dass das verwaltungsrechtliche Mandat in der überwiegenden Anzahl der Fälle einen wesentlich höheren Einarbeitungsaufwand erfordert, als ein solches aus dem Gebiet des Zivilrechts. So verlangt etwa der Einstieg in ein kompliziertes Planfeststellungsverfahren in aller Regel nicht nur die Durchsicht eines zahlreiche Ordner umfassenden Verwaltungsvorgangs und die meist erstmalige Befassung mit für Juristen nur schwer durchschaubaren naturwissenschaftlichen Fragestellungen. Vielmehr erfordert die Einarbeitung in ein solches Mandat auch das Aufspüren und die systematische Auswertung der zu den jeweiligen Problemen vorliegenden verwaltungsgerichtlichen Judikatur. Schließlich setzt die Möglichkeit zu einer sachgerechten Arbeit im Verwaltungsrecht eine noch an späterer Stelle zu erörternde Mindestausstattung an Fachliteratur voraus. Dies gilt insbesondere angesichts dessen, dass wegen der im Verwaltungsrecht weitaus häufiger als im Zivilrecht auftretenden Verfahren einstweiligen Rechtsschutzes die Möglichkeit der – rechtzeitigen – Inanspruchnahme einer Bibliothek häufig aus praktischen Gründen ausscheidet. All dies führt aber dazu, dass sich eine Bearbeitung verwaltungsrechtlicher Mandate regelmäßig nur dann in betriebswirtschaftlich vertretbarer Weise bewerkstelligen lässt, wenn sich der junge Anwalt oder die junge Anwältin zielstrebig auf dieses Rechtsgebiet konzentriert.

### I. Wie kommt der Berufsanfänger zum verwaltungsrechtlichen Mandat?

Die Frage, wie der Berufsanfänger an die für eine solche Schwerpunktsetzung erforderlichen Mandate gelangt, lässt sich nur schwer und kaum pauschal beantworten. Allgemein ist festzuhalten, dass die beste und wohl auch effektivste Akquisition darin besteht, sich um eine hohe Qualität der eigenen anwaltlichen Dienstleistungen zu bemühen. Dass diese Devise keine leere Floskel ist, ist gerade im Verwaltungsrecht oft

- 1) Der Verfasser ist Honorarprofessor an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel und Mitherausgeber der Zeitschriften Neue Juristische Wochenschrift und Deutsches Verwaltungsblatt.
- 2) Vgl. Senninger, Die Entwicklung der Anwaltschaft in das nächste Jahrhundert, AnwBl 1989, S. 428.
- 3) Vgl. Madert/Tacke, Anwaltsgebühren in Verwaltungs-, Steuer- und Sozialsachen, 1991, S. 126.

## SPEZIALISIERUNG -> DAS VERWALTUNGSRECHTLICHE MANDAT

festzustellen, weil es hier nur eine relativ kleine Zahl sachkundiger Anwälte und Anwältinnen gibt. Demgemäß kommt es hier häufig vor, dass die gestern auf der Gegenseite stehende Gemeinde dem Anwalt heute ihrerseits einen Auftrag erteilt oder der bei der gegnerischen Verwaltungsbehörde tätige Sachbearbeiter den Anwalt um die Übernahme eines beamtenrechtlichen Mandats in eigener Sache bittet. Darüber hinaus ist zu bedenken, dass gerade auf dem Gebiet des Verwaltungsrechts häufig ein großer allgemeiner Informationsbedarf besteht. Dies gilt insbesondere dann, wenn gerade neue gesetzliche Vorschriften erlassen bzw. in Kraft getreten sind. In solchen Fällen sind aber öffentlich-rechtliche Körperschaften und private Verbände oft gern bereit, einen Anwalt, der die Anwendungsprobleme der Vorschriften naturgemäß eher als ein Hochschullehrer unter praktischem Blickwinkel darstellt, als Referenten zu engagieren. Derartige Vortragstätigkeiten ziehen dann aber vielfach zunächst Rückfragen aus dem Kreise der Teilnehmer und schließlich auch entsprechende Mandate nach sich. Schließlich ist als Form erlaubter Werbung die Möglichkeit zu nennen, die Anerkennung als Fachanwalt zu erlangen, die aufgrund des Gesetzes über Fachanwaltsbezeichnungen vom 27. Februar 1992 (BGBl. 1992, 369) eröffnet war (vgl. jetzt die am 11. März 1997 in Kraft getretene Fachanwaltsordnung in der Fassung vom 01.01.2008, oder gem. § 43 b BRAO auf bestehende Tätigkeitsschwerpunkte hinzuweisen.<sup>4)</sup>

### II. Welche sächliche Grundausrüstung wird benötigt?

Eine fundierte Tätigkeit auf dem Gebiet des Verwaltungsrechts erfordert langfristig den Aufbau eines umfangreichen Literatur- und Rechtsprechungsapparats. So ist etwa auf lange Sicht die Anschaffung der amtlichen Sammlungen des Bundesverfassungsgerichts, des Bundesverwaltungsgerichts und des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (letztere insbesondere wegen der Entscheidungen des 3. Zivilsenats zum Recht der öffentlichen Ersatz- und Entschädigungsleistungen) ebenso unumgänglich, wie etwa der Erwerb des „Buchholz“ und das Abonnement verschiedener Zeitschriften zu speziellen Teilgebieten. Natürlich kann sich der junge Anwalt eine solche Ausstattung am Anfang seiner selbstständigen Berufstätigkeit nicht leisten. Er sollte sich deshalb darauf konzentrieren, sich jeweils einen aktuellen Kommentar zum Verwaltungsverfahrensrecht und einen solchen zur Verwaltungsgerichtsordnung anzuschaffen. Darüber hinaus ist es auch für den jungen Kollegen oder die junge Kollegin unverzichtbar, zumindest eine verwaltungsrechtliche Zeitschrift mit allgemeiner Ausrichtung zu abonnieren. Dabei fällt die Wahl zwischen den in Betracht kommenden nicht ganz leicht, da die verschiedenen Periodika durchaus unterschiedliche Vorzüge haben. Müsste ich selbst mich auf eine Zeitschrift beschränken, so würde ich mich für die NVwZ entscheiden, weil diese einen recht breiten Überblick über die Rechtsprechung – teilweise auch der Instanzgerichte – gibt und weil die regelmäßig zu verschiedenen Bereichen des besonderen Verwaltungsrechts erscheinenden Rechtsprechungsübersichten auch für eine erstmalige Einarbeitung in das betreffende Gebiet sehr hilfreich sind.

<sup>4)</sup> Vgl. Kleine-Cosack, Neuordnung des anwaltlichen Berufsrechts, NJW 1994, 2249, 2255; im Ergebnis schon zum alten Recht BGH, NJW 1994, 2035, vgl. auch Koch, Anwaltliches Berufsrecht – hilfreich oder hinderlich? in diesem Ratgeber, S. 81 ff.

## DAS VERWALTUNGSRECHTLICHE MANDAT <- SPEZIALISIERUNG

### III. Was ist bei Übernahme des Mandats zu beachten?

Für die Annahme von Mandaten bestehen in berufsrechtlicher Hinsicht bei Verwaltungssachen keine Sonderprobleme, allerdings ist zu beachten, dass es Fallkonstellationen gibt, wo eine die Zulässigkeit der Mandatsübernahme hindernde Interessenkollision nicht auf den ersten Blick erkennbar ist.<sup>5)</sup>

Liegen solche Hinderungsgründe nicht vor, muss sich der Anwalt als erstes vergewissern, ob und ggfs. wann eventuelle Rechtsbehelfsfristen ablaufen. Dies gilt insbesondere deshalb, weil Mandanten häufig dazu neigen, zunächst eine ausführliche Vorgeschichte zu erzählen, ehe sie damit herauskommen, dass bereits seit geraumer Zeit ein behördlicher Bescheid oder eine gerichtliche Entscheidung vorliegt.

Bei den einschlägigen Rechtsbehelfsfristen handelt es sich zwar in der Regel um Monatsfristen (vgl. etwa die Widerspruchsfrist des § 70 Abs. 1 VwGO, die Klagefrist des § 74 Abs. 1 VwGO, die Berufungsfrist des § 124 a Abs. 2 VwGO sowie die Fristen für Nichtzulassungsbeschwerde, Revision und Sprungrevision der §§ 133 Abs. 2, § 139 Abs. 1 bzw. § 134 Abs. 1 S. 2, sämtlich VwGO). Indessen ist unbedingt zu beachten, dass diese Fristenregelungen des allgemeinen Verfahrens- und Prozessrechts teilweise durch das Fachrecht durchbrochen werden. So beträgt etwa die Widerspruchsfrist in Wehrpflichtsachen gem. § 33 Abs. 1 WPfLG nur zwei Wochen. Auch kann zum Beispiel der – an sich unbefristet mögliche – Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO bei als offensichtlich unbegründet abgelehnten Asylanträgen gem. § 36 Abs. 3 Satz 1 AsylVerfG nur innerhalb einer Woche nach Bekanntgabe der Abschiebungsandrohung gestellt werden.

Im Übrigen sind „Fristgefahren“ im weitesten Sinne auch bei Geltung der 1-Jahres-Frist des § 58 Abs. 2 VwGO nicht von vornherein ausgeschlossen. So ist etwa bei Nachbar-einwendungen im baurechtlichen Bereich häufig eine Verwirkung des Abwehrrechts zu besorgen, wenn der Nachbar nicht umgehend Rechtsmittel einlegt, sobald ihm – etwa in Gestalt von zu nahe an die Grundstücksgrenze herangerückten Grundmauern – Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass er durch das Bauvorhaben in seinen Rechten verletzt werden könnte.<sup>6)</sup>

Schließlich verdienen Fristfragen bei Mandatsbeginn auch deshalb besondere Beachtung, weil prozessuale Fristen keineswegs in jedem Falle durch einen „Einzeiler“ gewahrt werden können. So kommt es häufig vor, dass Prozessparteien in den ersten beiden Instanzen durch zivilrechtlich orientierte Kollegen vertreten worden sind, die auch noch die Nichtzulassungs- oder Nichtvorlagebeschwerde eingelegt haben, dann jedoch zu dem Schluss gelangt sind, dass die weitere Bearbeitung der Sache besser einem Verwaltungsrechtsspezialisten übertragen werden sollte. Solche Mandate kommen dann oft „fünf Tage vor Toresschluss“. Da es sich bei den Begründungsfristen für beide Rechtsmittel um solche handelt, die vom Gericht nicht verlängert werden können<sup>7)</sup> und die Fertigung entsprechender Beschwerdebegründungen meist erhebliche Zeit erfordert, muss sich der Anwalt genau überlegen, ob er ein solches Mandat verant-

5) Vgl. die zahlreichen Beispiele bei Busse/Linke, Die anwaltliche Praxis in Verwaltungssachen, 1987, Rn. 24 bis 40.

6) Vgl. BVerwG, NVwZ 1991, 1182; VGH Mannheim, NVwZ 1989, 76.

7) BVerwG, Buchholz 310 § 132 VwGO Nr. 10; BVerwGE 32, 357, 359.

## SPEZIALISIERUNG -> DAS VERWALTUNGSRECHTLICHE MANDAT

wortlich übernehmen kann. Dies gilt insbesondere angesichts dessen, dass nach einmal erfolgter Mandatsübernahme eine Niederlegung in solchen Fällen stets zur Unzeit erfolgen würde und damit Regressansprüche gegen den Anwalt ausgelöst werden könnten.<sup>8)</sup> Ähnliche Probleme können sich ergeben im Zusammenhang mit allgemeinen verwaltungsprozessualen Präklusionsregelungen, wie etwa § 87 b VwGO, oder entsprechenden Bestimmungen im Fachrecht, wie etwa § 5 Abs. 3 Satz 1 VerkPBG. Insoweit ist zu beachten, dass das Bundesverwaltungsgericht verlangt, dass eine vorläufige Klagebegründung auch schon vor Gewährung einer Einsichtsmöglichkeit in die Verwaltungsvorgänge eingereicht wird.<sup>9)</sup>

Um beim Thema Haftung zu bleiben, sei darauf hingewiesen, dass der Anwalt bereits vor Annahme des Auftrags sorgfältig prüfen sollte, welche haftungsrechtlichen Risiken das ihm angetragene Mandat in sich bergen kann. Dies gilt gerade bei Mandaten mit geringem Streitwert, bei denen der junge Anwalt oder die junge Anwältin oft davon ausgehen wird, dass auch das Haftungsrisiko gering und damit von der bestehenden Haftpflichtversicherung abgedeckt ist. Wie verfehlt diese Annahme ist, macht folgendes Beispiel deutlich: Ein Anwohner hat durch eine Nachbarklage die Stilllegung einer baulichen Anlage erreicht. Die beklagte Verwaltungsbehörde hat keine Berufung eingelegt. Der Anwalt des gem. § 65 Abs. 2 VwGO beigeladenen Betreibers hat durch eigenes Verschulden die Berufungsfrist versäumt. Eine Berufung hätte wegen evidenter Rechtsfehler des angefochtenen Urteils mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit Erfolg gehabt. Obwohl das Verwaltungsgericht den Streitwert – gem. dem nach § 13 Abs. 1 Satz 1 GKG a. F. § 52 Abs. 1 GKG n. F. maßgeblichen Interesse des Nachbarn als Kläger – nur mit 5.113 Euro festgesetzt hat, kann die Haftung des Anwaltes des Beigeladenen Millionen betragen. Aus diesem Grunde sollte bei Mandatsübernahme stets das mögliche Haftungsrisiko geprüft und ggfs. eine Haftungsbeschränkungs-Vereinbarung abgeschlossen werden.

In einem solchen Zusammenhang kann dann auch die Frage des eventuellen Abschlusses einer Honorarvereinbarung geklärt werden, die aber im Hinblick auf § 4 Abs. 1 Satz 1 RVG unbedingt in einer separaten Urkunde niedergelegt werden sollte. Eine Erörterung der Honorierungsfrage sollte keinesfalls zurückgestellt werden. Ist nämlich der Anwaltsvertrag erst einmal zu gesetzlichen Bedingungen zustande gekommen, so wird der Mandant oft nicht mehr bereit sein, sich auf eine diese übersteigende Vergütung einzulassen. Zur Vereinbarung einer solchen besteht aber häufig deshalb Anlass, weil eine Abrechnung nach dem Vergütungsrecht in einer Vielzahl von Fällen nicht einmal eine Kostendeckung ermöglicht. So würde sich der gesetzliche Gebührenanspruch für Verfahren der Nichtzulassungsbeschwerde mit dem Auffangstreitwert des § 52 Abs. 2 GKG von 5.000,00 Euro auf 481,60 Euro zzgl. Auslagenpauschale und Mehrwertsteuer belaufen. Dass dieser Betrag nicht kostendeckend sein würde, liegt auf der Hand. Entschließt sich der Anwalt, vom Abschluss einer Honorarvereinbarung abzusehen, so sollte er darauf achten, einen konkreten Streitwertfestsetzungsantrag zu stellen. Dieser

8) Vgl. Borgmann/Haug, Anwaltspflichten – Anwaltshaftung, 2005, § 15 Ziff. 5.

9) Vgl. BVerwG, NVwZ 1994, S. 371; kritisch dazu Ewer, Effektiver Rechtsschutz in der Verwaltungsgerichtsbarkeit – Mängelliste und Wunschzettel aus der Sicht der anwaltlichen Praxis, in: Dokumentation zum 11. Deutschen Verwaltungsrichtertag, 1995, S. 59, 74 f.

## DAS VERWALTUNGSRECHTLICHE MANDAT ◀- SPEZIALISIERUNG

wird in vielen Fällen an dem „Streitwertkatalog für die Verwaltungsgerichtsbarkeit“<sup>10)</sup> orientiert werden können. Im Übrigen wird es darauf ankommen, durch möglichst konkrete Bezifferung des Interesses des Antragstellers einer – in aller Regel zu Lasten des Anwalts verlaufenden – Pauschalierung entgegenzutreten. Mir selbst ist es auf diesem Wege vor einiger Zeit gelungen, im Rahmen eines einstweiligen Rechtsschutzverfahrens, in dem das VG für die erste Instanz den Wert auf der Grundlage einer Schätzung mit 5.113 Euro festgesetzt hatte, für das Beschwerdeverfahren vor dem OVG eine Festsetzung auf 306.780,00 Euro und damit eine Erhöhung um das 60fache – zu erwirken.

Als weiteres der vom Mandanten bei Erteilung des Auftrags zu unterzeichnenden Schriftstücke ist last but not least die Vollmacht zu nennen. Dabei sollte unbedingt darauf geachtet werden, dass ein Formular verwendet wird, das sowohl die Berechtigung zur außergerichtlichen, als auch zur gerichtlichen Vertretung erfasst.<sup>11)</sup> Da es nicht selten im Zusammenhang mit demselben Auftrag zu mehreren Verfahren bei unterschiedlichen Behörden oder Gerichten (etwa zur gleichzeitigen Durchführung eines Widerspruchsverfahrens und eines Verfahrens nach § 80 Abs. 5 VwGO) kommt, empfiehlt es sich, den Mandanten gleich zwei oder drei Vollmachtsformulare unterschreiben zu lassen. Zwar hängt die Wirksamkeit einer Rechtsbehelfseinlegung nicht davon ab, dass zusammen mit der Rechtsmittelschrift auch eine Vollmacht vorgelegt wird; vielmehr sieht § 67 Abs. 3 Satz 2 VwGO ausdrücklich vor, dass diese innerhalb einer vom Gericht zu setzenden Frist nachgereicht werden kann.<sup>12)</sup> Indessen erscheint die Vorlage der Vollmachtsurkunde auch bei fehlender Anforderung schon deshalb zweckmäßig, weil gem. § 67 Abs. 3 letzter Satz VwGO im gerichtlichen Verfahren Zustellungen an den Bevollmächtigten bewirkt werden müssen.

### ■ IV. Grundüberlegungen nach erfolgter Mandatserteilung

Ist das Mandat erteilt, so muss der Anwalt zunächst ermitteln, worin das wirtschaftliche oder sonstige praktische Interesse seines Mandanten besteht, das dem Auftrag zugrunde liegt. Unterlässt der Anwalt diese Prüfung, so besteht die Gefahr, dass er einen prozessualen Erfolg erringt, der sich dann für den Auftraggeber als Pyrrhussieg entpuppt.

Dies sei an folgendem Beispiel verdeutlicht: Ein Beamter will sich gegen eine von ihm als ungerecht empfundene dienstliche Beurteilung zur Wehr setzen. Der mit der Prüfung beauftragte Anwalt kommt zu dem Ergebnis, dass diese wegen Verstoßes gegen eine Formvorschrift rechtswidrig ist. Demgemäß bräuchte sich der Anwalt eigentlich gar nicht mit der weitergehenden Frage zu beschäftigen, ob denn die Beurteilung auch inhaltlich angreifbar erscheint. Gleichwohl wird er, wenn er das wirkliche Interesse des Mandanten im Auge hat, auch Letzteres tun. Dies gilt deshalb, weil bei entsprechender Sachlage ein Bescheidungsurteil – und damit ein prozessualer Sieg – zwar ohne weiteres erreichbar wäre, dem Mandanten aber Steine statt Brot bringen würde. Denn eine

10) Streitwertkatalog für die Verwaltungsgerichtsbarkeit 2004; ZAP Fach 24, 893, DVBl. 1996, 605.

11) Busse/Linke, a. a. O., Rn. 43 bis 50.

12) BVerwG, NJW 1985, 2963; DVBl. 1985, 1986, 166; NJW 1984, 318.

## SPEZIALISIERUNG -> DAS VERWALTUNGSRECHTLICHE MANDAT

bessere Beurteilung wäre damit noch lange nicht gewonnen. Vielmehr spricht die Lebenserfahrung dafür, dass der Dienstherr zwar genau darauf achten würde, dass die Neubeurteilung in verfahrensrechtlich einwandfreier Weise erfolgt, dass diese aber am Ende die gleiche Note ausweisen würde wie die zuerst ergangene. Bei einer solchen Sachlage sollte sich der Anwalt daher nicht auf eine isoliert-prozessuale Behandlung beschränken, sondern parallel dazu das Gespräch mit der Behörde suchen. Möglicherweise wird diese – wenn sich denn darlegen lässt, dass eine bessere Beurteilung zumindest vertretbar erscheint – zu einer Einigung durch einen Vergleich bereit sein und damit zu einer Lösung, die ihr eine – von Behörden häufig als Makel empfundene – Aufhebung der angefochtenen Bescheide erspart und dem Mandanten eine Verbesserung in der Bewertung bringt. Ich selbst habe in einer ähnlichen Situation einmal einen Prozessvergleich abgeschlossen, durch den sich beide Parteien verpflichtet haben, den Streit um die alte Beurteilung für erledigt zu erklären, sofern die diese ersetzende bestimmte Anhebungen bei einzelnen Merkmalen enthält. Aus Anlass einer kurz darauf erfolgenden Bewerbung um einen anderen Dienstposten wurde dann eine neue Beurteilung eingeholt, die – wie sicherlich niemanden erstaunen wird – zu einer entsprechenden Erledigung des Rechtsstreites führte.

Dieses Beispiel mag verdeutlichen, dass nicht alles, was prozessual erreichbar ist, auch in der Sache dem Mandanten dient. Aus diesem Grunde sollte der Anwalt an den Anfang seiner Überlegungen stets die Frage stellen, welche Sachinteressen des Mandanten dem durch diesen erteilten Auftrag zu Grunde liegen.

### ■ V. Die Vertretung im Verfahren vor der Behörde

Sind diese Zielsetzungen erst einmal ermittelt, so muss der Anwalt prüfen, welche Schritte zur Erreichung dieser Ziele ergriffen werden können. Es liegt auf der Hand, dass im Rahmen dieses Beitrags insoweit nur einige exemplarische Handlungsmöglichkeiten angerissen werden können.

Im Verfahren vor der Behörde wird der Anwalt in aller Regel als Erstes gemäß § 29 VwVfG einen Antrag auf Gewährung von Akteneinsicht stellen. Soweit ersichtlich, enthält allein das schleswig-holsteinische Verwaltungsverfahrensgesetz in Gestalt von § 88 Abs. 5 LVwG einen Anspruch auf Erteilung von Auszügen oder Abschriften. Sollten Behörden anderer Länder bzw. des Bundes unter Hinweis auf das Fehlen einer entsprechenden Regelung die Erteilung von Ablichtungen aus den Verwaltungsvorgängen verweigern, so sollte unter Hinweis auf § 100 Abs. 2 VwGO damit argumentiert werden, dass spätestens im gerichtlichen Stadium ohnehin ein Anspruch auf Erteilung einer kompletten Aktenablichtung besteht. Sollte auch dies nicht helfen, so empfiehlt es sich, nach Eintreffen bei der aktenführenden Behörde ein Handdiktiergerät auszupacken, demonstrativ fünf Kassetten und einige eingepackte Butterbrote auf den Tisch zu legen, um dann, dergestalt häuslich eingerichtet, damit zu beginnen, den Verwaltungsvorgang Wort für Wort auf Diktatband zu übertragen. Nach meiner Erfahrung führt dies meist innerhalb kürzester Zeit dazu, die Bereitschaft zur Erteilung von Fotokopien erheblich zu fördern.

## DAS VERWALTUNGSRECHTLICHE MANDAT ◀- SPEZIALISIERUNG

Für das weitere Vorgehen hat die Akteneinsicht in mehrfacher Hinsicht Bedeutung:

- Zum einen lässt sie erkennen, von welchem Informationsstand die Behörde bei Einleitung des Verwaltungsverfahrens bzw. bei Erlass des bereits angefochtenen Verwaltungsaktes ausgegangen ist. Häufig zeigt sich schon hier, dass die Verwaltung ihrer aus § 24 VwVfG folgenden Pflicht, den Sachverhalt von Amts wegen zu untersuchen, nicht im erforderlichen Maße nachgekommen ist. Dies ermöglicht es im Einzelfall, durch geschickte Formulierung von Beweisanträgen das aus Abs. 1 Satz 2 der Vorschrift folgende Ermessen über Art und Umfang der Ermittlungen erheblich zu reduzieren und damit die weitere Sachaufklärung in eine bestimmte, dem Anliegen des Mandanten dienliche Richtung zu lenken.
- Zum anderen lässt sich feststellen, welche Erwägungen die Behörde bei bestimmten Entscheidungen angestellt bzw. unterlassen hat. Dies wird aber in der Regel insbesondere bei einem Streit um die Rechtmäßigkeit von Ermessensentscheidungen von erheblicher Bedeutung sein. Auf welche bemerkenswerten Funde man dabei stoßen kann, sei an folgendem Fall aus meiner Praxis verdeutlicht: Der Leiter einer Dienststelle eines Technischen Überwachungsvereins (TÜV) wollte sich eines missliebigen Mitarbeiters entledigen. Nachdem entsprechende arbeitsrechtliche Versuche u. a. daran gescheitert waren, dass dieser als Betriebsratsmitglied besonderen Kündigungsschutz genoss, widerrief dann plötzlich die zuständige Aufsichtsbehörde mit der Begründung mangelnder Zuverlässigkeit die amtliche Anerkennung als Sachverständiger und ordnete zugleich die sofortige Vollziehung dieser Maßnahme an. Eine Akteneinsicht förderte schließlich einen im Verwaltungsvorgang befindlichen Telefonvermerk des zuständigen Referenten zutage. In diesem hieß es wörtlich, dass – wenn die entsprechenden arbeitsrechtlichen Probleme nicht bestehen würden – der TÜV den Betroffenen „...schon längst arbeitsrechtlich (hätte) entlassen können, statt den Umweg über uns per Aberkennung der Sachverständigenanerkennung zu wählen“. Dass angesichts dieses freimütigen Eingeständnisses sowohl der Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung als auch die Hauptsacheklage Erfolg hatten, wird nicht verwundern.
- Über eine Erkundung des Inhaltes der angestellten (oder unterlassenen) Ermessenserwägungen hinaus ermöglicht eine Akteneinsicht regelmäßig Feststellungen dazu, ob die Verwaltung die einschlägigen Form- und Verfahrensvorschriften eingehalten hat. Sollte hierbei deutlich werden, dass etwa ein zur Mitwirkung verpflichteter Ausschuss nicht beteiligt worden ist oder sonstige der in § 45 Abs. 1 VwVfG genannten Verfahrens- oder Formverstöße vorliegen, so wird der Anwalt allerdings (insbesondere in Anfechtungssachen) im Hinblick auf die zeitliche Heilungsgrenze in Abs. 2 der Vorschrift sorgfältig zu prüfen haben, ob es taktisch zweckmäßig erscheint, diesen Gesichtspunkt bereits im Rahmen des Widerspruchsverfahrens geltend zu machen.
- Schließlich lässt die Akteneinsicht häufig Einblicke in den verwaltungsinternen Ablauf der Entscheidungsfindung zu. Dies kann aber insbesondere deshalb von Bedeutung sein, weil sich so mitunter herausfinden lässt, welches der beteiligten

## SPEZIALISIERUNG -> DAS VERWALTUNGSRECHTLICHE MANDAT

Ämter oder welcher der in den betreffenden Bereichen zuständigen Beamten dem Anliegen des Mandanten positiv gegenübersteht und – zumindest am ehesten – bei eventuellen Bemühungen um eine vergleichsweise Einigung angesprochen werden kann.

Da eine Entscheidung über das weitere Vorgehen mithin maßgeblich durch die Ergebnisse der Akteneinsicht bestimmt wird, pflege ich in vielen Fällen die erste ausführliche Besprechung mit dem Mandanten nicht bereits bei Auftragserteilung, sondern erst nach erfolgter Einsichtnahme in den Verwaltungsvorgang durchzuführen. Entsprechendes gilt fast ausnahmslos für eine Begründung des gestellten Antrags bzw. des eingelegten Widerspruchs.

In diesem Rahmen sind dann zugleich Überlegungen anzustellen über das weitere taktische Vorgehen. So kann es – etwa bei Fällen von Drittbetroffenheit – sinnvoll sein, einen Antrag auf Hinzuziehung als Beteiligter i.S.v. § 13 Abs. 2 VwVfG zu stellen. Außerdem werden häufig Überlegungen angebracht sein, ob im Interesse des Mandanten eine Zwischenlösung (etwa in Gestalt einer Teilgenehmigung oder eines Vorbescheides) angestrebt oder der Versuch einer einvernehmlichen Lösung durch Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrages unternommen werden sollte.<sup>13)</sup>

### VI. Die Vertretung im verwaltungsgerichtlichen Verfahren

Hinsichtlich des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens sollen hier (nur) einige typische Fehlerquellen im Verwaltungsstreitverfahren dargestellt werden. Dies scheint mir auch deshalb sinnvoll zu sein, weil nach den vorliegenden Statistiken in der Verwaltungsgerichtsbarkeit 80 % bis 85 % der Klagen und Rechtsmittel keinen Erfolg haben,<sup>14)</sup> was darauf hindeutet, dass entweder vor Verfahrenseinleitung bzw. Rechtsmitteleinlegung die Erfolgsaussichten falsch eingeschätzt werden oder es während des laufenden Verfahrens zu Fehlern kommt.

- Der Anwalt muss sich immer wieder vor Augen führen, dass unser Rechtsschutzsystem auf dem Grundsatz des Schutzes subjektiver Rechte beruht. Demgemäß stellt die Möglichkeit einer Verletzung eigener Rechte – entgegen dem Wortlaut und systematischen Standort des § 42 Abs. 2 VwGO – nicht nur eine Zulässigkeitsvoraussetzung für die Anfechtungs- und Verpflichtungsklage, sondern auch eine solche für die sonstigen Klagearten dar.<sup>15)</sup> Daher kann beispielsweise eine Klage, mit der sich ein Nachbar gegen ein Auskiesungsvorhaben wehrt, weder auf eine Verletzung allein der Allgemeinheit dienender naturschutzrechtlicher Vorschriften, noch darauf gestützt werden, dass ein gesetzlich vorgeschriebenes Planfeststellungsverfahren nicht durchgeführt worden ist.<sup>16)</sup>

13) Vgl. Busse/Linke, a. a. O., Rn. 171 bis 288.

14) Vgl. die Nachweise bei Fliegau, Prozessführung im Verwaltungsstreit, 1987, Rn. 10.

15) Zur Leistungsklage BVerwGE 36, 192, 199; vgl. i. ü. die Beispiele bei Eyermann, VwGO, 12. Auflage, 2006, § 42, Rn. 80 f.

16) BVerwG, DVBl. 1987, 1265.

## DAS VERWALTUNGSRECHTLICHE MANDAT ◀- SPEZIALISIERUNG

Bei der Beurteilung der Erfolgsaussichten von Anfechtungsklagen wird oft die Bedeutung von Fehlern im Verwaltungsverfahren überschätzt.<sup>17)</sup> Der Anwalt sollte stets an die Heilungsmöglichkeiten des § 45 VwVfG denken. Außerdem ist zu beachten, dass nach § 46 VwVfG eine Aufhebung des angefochtenen Verwaltungsaktes dann nicht verlangt werden kann, wenn auch ohne den Verfahrens- oder Formfehler keine andere Entscheidung in der Sache hätte getroffen werden können. Eine solche „Alternativlosigkeit der Entscheidung“<sup>18)</sup> ist allerdings in aller Regel dann auszuschließen, wenn der Behörde ein gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbarer Beurteilungsspielraum zusteht<sup>19)</sup> oder der Verwaltung Ermessen eingeräumt ist und keine Ermessensreduzierung auf Null vorliegt.<sup>20)</sup>

Nur allzu leicht gerät in Vergessenheit, dass sich die Anfechtungs- und Verpflichtungsklage keineswegs nur hinsichtlich der Formulierung des Klageantrags unterscheiden, sondern auch – und zwar ganz wesentlich – hinsichtlich der Klagebegründung. So stößt man immer wieder auf Verpflichtungsklagen, in denen nicht nur die Aufhebung des angefochtenen Ablehnungsbescheides, sondern auch die Verpflichtung zum Erlass des begehrten Verwaltungsaktes beantragt wird, in deren Begründung dann aber gleichwohl ausschließlich eine Auseinandersetzung mit formellen und materiellen Fehlern der behördlichen Ablehnungsentscheidung stattfindet. Ein solches Vorgehen führt nicht weiter, da vielfach zwar die behördliche Ablehnungsentscheidung rechtswidrig ist, der Kläger indessen gleichwohl keine Verpflichtung zum Erlass des begehrten Verwaltungsaktes erreichen kann. In der Begründung einer Verpflichtungsklage ist daher stets darzulegen, dass der Kläger einen subjektiv öffentlich-rechtlichen Anspruch auf die begehrte Leistung hat. Ist die Gewährung der Leistung in das Ermessen der beklagten Behörde gestellt, reicht es demgemäß nicht aus, darzulegen, dass die Ablehnung des Antrags ermessensfehlerhaft erfolgte; vielmehr muss darüber hinaus begründet werden, warum das Ermessen der Behörde dahingehend auf Null reduziert war, dass sich der Erlass der begehrten Regelung als einzig rechtmäßige Handlungsalternative darstellte. Ansonsten kann die Klage allenfalls zu einem teilstattgebenden Bescheidungs-urteil führen.

Eine weitgehend unbekannt, aber für die Praxis durchaus wichtige Vorschrift ist § 44 a VwGO. Nach dieser Vorschrift sind – von den in Satz 2 genannten Einzelfällen abgesehen – behördliche Verfahrenshandlungen in der Regel der isolierten Anfechtung durch Rechtsbehelfe entzogen. Demgemäß kann eine Behörde beispielsweise nicht im Wege einstweiliger Anordnung dazu verpflichtet werden, einem im Hauptsachverfahren angefochtenen Verwaltungsakt nachträglich die fehlende Begründung beizufügen. Eine wachsende Anzahl von Gerichten und Autoren hält die Bestimmung jedoch in Anwendung der Grundsätze aus der Mülheim-Kärlich-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes<sup>21)</sup> dann für unanwendbar, wenn die Vornahme der angefochtenen oder Unterlassung der begehrten

17) De Witt, in: Beck'sches Rechtsanwalts-Handbuch, München, 1989, Abschnitt C III, Rn. 50.

18) Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 7. Auflage 2008, § 46, Rn. 57 ff.

19) Zur Geltung von § 46 VwVfG im Prüfungsrecht, vgl. BVerwG, DVBl. 1988, 402, 403.

20) BVerwG, NVwZ 1988, 525, 526.

21) BVerfG, NJW 1980, S. 759.

## SPEZIALISIERUNG -> DAS VERWALTUNGSRECHTLICHE MANDAT

Verfahrenshandlung zu einer durch die Sachentscheidung nicht mehr rückgängig zu machenden Grundrechtsverletzung des Betroffenen führen würde.<sup>22)</sup>

Viele der bislang überwiegend im Zivilrecht tätigen Kolleginnen und Kollegen gehen von der falschen Vorstellung aus, dass die Aufklärung des Sachverhaltes im Verwaltungsstreitverfahren allein Sache des Gerichtes sei. Dieser Irrtum kann seit dem 1. Januar 1997 in besonderem Maße folgenschwer sein, weil von diesem Zeitpunkt an aufgrund von Art. 11 i.V.m. Art. 1 Nrn. 20 und 21 des Sechsten Gesetzes zur Änderung der Verwaltungsgerichtsordnung und anderer Gesetze (6.VwGO ÄndG) vom 1. November 1996 (BGBl. 1996, S. 1626) keine generelle Berufungsmöglichkeit mehr gegeben ist und sich das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht somit in einer Vielzahl von Fällen als erste und einzige Tatsacheninstanz darstellen wird. Hat eine anwaltlich vertretene Partei in derartigen Fällen keinen Beweisantrag gestellt, so wird eine spätere Aufklärungsrüge regelmäßig keinen Erfolg haben.<sup>23)</sup> In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass nach § 86 Abs. 2 VwGO ein in der mündlichen Verhandlung gestellter Beweisantrag nur durch einen mit Begründung zu versehenen Beweisbeschluss abgelehnt werden kann. Insoweit ist zum einen von Bedeutung, dass nur ein in der mündlichen Verhandlung zu Protokoll erklärter Beweisantrag, nicht dagegen dessen Ankündigung in einem vorbereitenden Schriftsatz die Aufklärungspflicht des Gerichtes entsprechend zu konkretisieren und einen Anspruch auf eine Vorabentscheidung auszulösen vermag.<sup>24)</sup> Zum anderen erhält der Anwalt bei Ablehnung der gestellten Beweisanträge die Möglichkeit, sich noch während der mündlichen Verhandlung ein Bild davon zu machen, welche Fragen das Gericht für erheblich oder unerheblich hält, und seine weitere Prozessführung hierauf einzurichten.

22) Vgl. Redeker/von Oertzen, VwGO, 14. Auflage 2004, § 44 a, Rn. 3 b.

23) BVerwG, DÖV 1963, 886.

24) Vgl. BVerwGE 21, 184, 185.