

## Die Prüfung der Erfolgsaussichten eines Antrags nach § 80 Abs. 5 VwGO – Klausurtaktische Erläuterungen zum „Klassiker“ mit Formulierungshilfen

*Dr. Sarah Lüttmann, Osnabrück\**

<b>I.</b>	Einleitung .....	720
<b>II.</b>	Der Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO in der Klausur .....	720
1.	Zulässigkeit.....	720
a)	Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges .....	720
aa)	Keine aufdrängende Spezialzuweisung .....	721
bb)	Vorliegen einer öffentlich-rechtlichen Streitigkeit .....	721
cc)	Streitigkeit nicht verfassungsrechtlicher Art .....	721
dd)	Keine abdrängende Sonderzuweisung .....	721
ee)	Zwischenergebnis .....	722
b)	Statthafte Antragsart.....	722
c)	Antragsbefugnis.....	722
d)	Antragsgegner .....	723
e)	Beteiligungs- und Prozessfähigkeit .....	723
f)	Rechtsschutzbedürfnis.....	724
aa)	Einhaltung der Klagefrist .....	724
bb)	Vorheriger Antrag bei der Behörde.....	724
cc)	Durchführung eines Vorverfahrens .....	725
g)	Zwischenergebnis.....	725
2.	Begründetheit.....	725
a)	Formelle Rechtmäßigkeit der Anordnung der sofortigen Vollziehung .....	726
aa)	Zuständigkeit .....	726
bb)	Verfahren .....	726
cc)	Schriftliche Begründung .....	726
b)	Interessenabwägung zwischen Aussetzungsinteresse und Vollzugsinteresse ....	727
<b>III.</b>	<b>Fazit.....</b>	<b>728</b>

---

\* Dr. Sarah Lüttmann ist Verwalterin einer Professur für Öffentliches Recht an der Hochschule Osnabrück.

## I. Einleitung

Um eine gute Note in einer juristischen Klausur zu bekommen, ist es bekanntlich nicht ausreichend, bloßes Wissen in Bezug auf einen konkreten Fall wiederzugeben. Vielmehr bedarf es im Rahmen der juristischen Fallbearbeitung neben der Beherrschung des Gutachtenstils auch einer guten Schwerpunktsetzung. Zwar ist die Schwerpunktsetzung stets von dem konkreten Fall und dessen aufgeworfenen Problemen abhängig, allerdings gibt es bestimmte Prüfungspunkte, die generell eher einer genaueren Betrachtung bedürfen und Prüfungspunkte, die in der Regel kurz mit prägnanten Formulierungen abgehandelt werden können bzw. aus Gründen der Schwerpunktsetzung sogar müssen. Insbesondere für Studierende in Anfangssemestern ist eine gute Schwerpunktsetzung aufgrund mangelnder Erfahrungen gewiss eine besondere Herausforderung. Der vorliegende Beitrag soll anhand eines „Klausur-Klassikers“, nämlich der Prüfung eines Antrags nach § 80 Abs. 5 VwGO, entsprechende Hilfestellungen bieten.

## II. Der Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO in der Klausur

Die Aufgabenstellung in Form der Prüfung der Erfolgsaussichten eines Antrages nach § 80 Abs. 5 VwGO ist im Allgemeinen Verwaltungsrecht und im Verwaltungsprozessrecht eine sehr häufige, die Studierende bis ins Examen begleitet. Dies ist auch praxisgerecht, da das gerichtliche Aussetzungsverfahren nach § 80 Abs. 5 VwGO gegenüber dem behördlichen Aussetzungsverfahren nach § 80 Abs. 4 VwGO die deutlich größere Rolle spielt.<sup>1</sup> Fordert die Aufgabenstellung also, zu prüfen, ob der Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO Aussicht auf Erfolg hat, dann ist folgender Einleitungssatz zu empfehlen:

*Formulierungsvorschlag:* Der Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO hat Aussicht auf Erfolg, wenn er zulässig und soweit er begründet ist.

### 1. Zulässigkeit

*Formulierungsvorschlag:* Der Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO ist zulässig, wenn die allgemeinen Sachentscheidungs voraussetzungen vorliegen.

Für die Klausur gilt als gedankliche Faustformel, dass ein Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO dann zulässig ist, wenn auch eine Anfechtungsklage in der Hauptsache zulässig wäre. Es ergeben sich die folgenden Zulässigkeitsvoraussetzungen:

#### a) Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges

*Formulierungsvorschlag:* Zunächst müsste der Verwaltungsrechtsweg eröffnet sein.

---

<sup>1</sup> Vgl. auch *Koehl*, JA 2016, 610 (616).

#### aa) Keine aufdrängende Spezialzuweisung

Bevor die Voraussetzungen des § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO geprüft werden, muss kurz mit einem Satz festgestellt werden, dass keine aufdrängende Spezialzuweisung vorliegt.

*Formulierungsvorschlag:* Mangels aufdrängender Sonderzuweisung richtet sich die Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges nach § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO.

Eine spezialgesetzliche Zuweisung an die Verwaltungsgerichtsbarkeit stellt z.B. § 40 BeamStG dar. Sofern eine solche gegeben ist, bedarf es keiner Prüfung der Voraussetzungen des § 40 VwGO.

#### bb) Vorliegen einer öffentlich-rechtlichen Streitigkeit

Dass es sich in der Fallbearbeitung um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit handelt, dürfte im Ergebnis außer Frage stehen. Die Schwierigkeit liegt vielmehr darin, die streitentscheidende Norm ausfindig zu machen und anschließend anhand der modifizierten Subjektstheorie (oder Sonderrechtstheorie)<sup>2</sup> nachvollziehbar zu erläutern, warum die streitentscheidende Norm öffentlich-rechtlicher Natur ist.

*Formulierungsvorschlag:* Gem. § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO muss die Streitigkeit zunächst öffentlich-rechtlicher Natur sein. Dies wäre dann der Fall, wenn die streitentscheidende Norm dem öffentlichen Recht zuzuordnen ist. Nach der modifizierten Subjektstheorie ist eine Norm dann öffentlich-rechtlicher Natur, wenn sie ausschließlich einen Hoheitsträger als solchen zum Handeln berechtigt oder verpflichtet. Vorliegend ist § XY die streitentscheidende Norm. Diese berechtigt allein die Behörde XY dazu, [...]. Es handelt sich somit um eine Norm des öffentlichen Rechts, sodass insgesamt eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vorliegt.

#### cc) Streitigkeit nicht verfassungsrechtlicher Art

Eine Streitigkeit ist dann verfassungsrechtlicher Art, wenn Verfassungsorgane unmittelbar über Verfassungsrecht streiten (doppelte Verfassungsunmittelbarkeit). Da dies in der Klausur auch nicht der Fall sein wird, sollte dies wieder in einem Satz festgestellt werden.

*Formulierungsvorschlag:* Vorliegend sind weder Verfassungsorgane beteiligt, noch wird unmittelbar über Verfassungsrecht gestritten, sodass mangels doppelter Verfassungsunmittelbarkeit die Streitigkeit auch nicht verfassungsrechtlicher Art ist.

#### dd) Keine abdrängende Sonderzuweisung

Ebenfalls an dieser Stelle ist im Ergebnis bereits klar, dass im Klausurfall keine abdrängende Sonderzuweisung an eine andere Gerichtsbarkeit als der Verwaltungsgerichtsbarkeit vorliegt. Insofern genügt eine kurze Feststellung.

*Formulierungsvorschlag:* Eine abdrängende Sonderzuweisung ist ebenfalls nicht gegeben.

---

<sup>2</sup> Begründet von Wolff, AöR 76 (1950/51), 205.

Beispiele für abdrängende Sonderzuweisungen sind etwa § 23 EGGVG (an die ordentliche Gerichtsbarkeit), § 33 FGO (an die Finanzgerichtsbarkeit) oder § 51 SGG (an die Sozialgerichtsbarkeit).

#### ee) Zwischenergebnis

*Formulierungsvorschlag:* Mithin ist der Verwaltungsrechtsweg eröffnet.

#### b) Statthafte Antragsart

Im Rahmen der statthaften Antragsart gilt es, die Anträge im vorläufigen Rechtsschutz nach § 80 Abs. 5 VwGO und 123 Abs. 1 VwGO voneinander abzugrenzen, wobei der vorläufige Rechtsschutz nach § 80 Abs. 5 VwGO dem des § 123 VwGO gem. § 123 Abs. 5 VwGO grundsätzlich vorgeht.<sup>3</sup> Der Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO ist statthaft, wenn Widerspruch und Anfechtungsklage abweichend vom Grundsatz des § 80 Abs. 1 VwGO keine aufschiebende Wirkung entfalten. In der Klausur muss also einerseits dargelegt werden, dass in der Hauptsache eine Anfechtungsklage statthaft ist und andererseits, dass diese Anfechtungsklage ausnahmsweise keine aufschiebende Wirkung entfaltet. Ob sodann ein Antrag auf Wiederherstellung oder auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung statthaft ist, lässt sich schlicht dem Wortlaut des § 80 Abs. 4 S. 1 VwGO entnehmen.

*Formulierungsvorschlag:* Die statthafte Antragsart richtet sich gem. §§ 88, 122 Abs. 1 VwGO nach dem Antragsbegehren. Das Verfahren nach § 80 Abs. 5 S. 1 VwGO ist einschlägig, wenn sich das Begehren darauf richtet, die aufschiebende Wirkung einer Anfechtungsklage anordnen (Alt. 1) oder wiederherstellen (Alt. 2) zu lassen. Der Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO hat Vorrang vor dem vorläufigen Rechtsschutz nach § 123 Abs. 1 VwGO, was sich aus § 123 Abs. 5 VwGO ergibt. Vorliegend begehrt XY die Aufhebung des an ihn gerichteten Verwaltungsaktes i.S.d. § 35 S. 1 VwVfG,<sup>4</sup> sodass in der Hauptsache eine Anfechtungsklage (§ 42 Abs. 1 Alt. 1 VwGO) statthaft ist. Aufgrund der Anordnung der aufschiebenden Wirkung in dem Bescheid hat diese jedoch gem. § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO keine aufschiebende Wirkung. Somit ist hier der Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung nach § 80 Abs. 5 S. 1 Alt. 2 VwGO statthaft.

#### c) Antragsbefugnis

Die Antragsbefugnis ist in analoger Anwendung von § 42 Abs. 2 VwGO zu prüfen.<sup>5</sup> Dies führt in der Klausur zur Anwendung der sog. Adressatentheorie. Diese hat ihren Ursprung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 2 Abs. 1 GG. Demnach gewährt die allgemeine Handlungsfreiheit einen „grundrechtlichen Anspruch, durch die Staatsgewalt nicht mit einem Nachteil belastet zu werden, der nicht in der verfassungsmäßigen Ordnung begründet ist.“<sup>6</sup> Die Adressatentheorie besagt daher, dass der Adressat eines belastenden Verwaltungsaktes stets klagebefugt bzw. antrags-

<sup>3</sup> Hoppe, in: Eyermann, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 16. Aufl. 2022, § 80 Rn. 67.

<sup>4</sup> In der Regel liegt unproblematisch ein Verwaltungsakt vor, sodass keinesfalls alle Tatbestandsmerkmale zu prüfen sind. Im Einzelfall bietet es sich jedoch an, kurz auf das problematische Merkmal (z.B. Regelung) einzugehen.

<sup>5</sup> BVerwG NVwZ 1994, 1000 (1001); BVerwG BeckRS 2018, 2910; VGH Mannheim NVwZ-RR 1992, 509 (510); VGH München DVBl 1990, 167 (168); VGH Kassel NVwZ-RR 1989, 635 (636); Schoch, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht VwGO, 43. Lfg., Stand: August 2022, § 80 Rn. 462 ff.

<sup>6</sup> BVerfGE 9, 83 (88).

befugt ist.<sup>7</sup> Auch wenn die Klagebefugnis unproblematisch durch Anwendung der Adressatentheorie gegeben sein sollte, ist es in der Klausur darüber hinaus ratsam, auch speziellere (Grund-)Rechte anzusprechen, da es sich bei Art. 2 Abs. 1 GG nur um das „sog. Auffanggrundrecht mit Anwendungssubsidarität“ handelt.<sup>8</sup>

*Formulierungsvorschlag:* Die Antragsbefugnis setzt in analoger Anwendung des § 42 Abs. 2 VwGO voraus, dass eine Verletzung subjektiver Rechte des Antragstellers zumindest nicht von vornherein ausgeschlossen ist, mithin möglich erscheint. Nach der Adressatentheorie ist der Adressat eines belastenden Verwaltungsaktes stets antragsbefugt, weil zumindest die Möglichkeit besteht, dass dieser in seinem Auffanggrundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG verletzt ist. Als spezielleres Grundrecht kommt vorliegend noch Art. XY in Betracht. Somit ist die Antragsbefugnis gegeben.

#### d) Antragsgegner

In entsprechender Anwendung von § 78 VwGO ist richtiger Antragsgegner je nach Landesrecht der Rechtsträger der Behörde, die den sofort vollziehbaren Verwaltungsakt erlassen hat. Dies gilt nach der h.M. unabhängig davon, ob die Ausgangs- oder die Widerspruchsbehörde den Sofortvollzug angeordnet hat.<sup>9</sup> In der Klausur sollte dieser grundsätzlich unproblematische Prüfungspunkt möglichst kurz abgehandelt werden.

*Formulierungsvorschlag:* Richtige Antragsgegnerin ist in analoger Anwendung des § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO die Stadt XY als Rechtsträgerin der Behörde, die den sofort vollziehbaren Verwaltungsakt erlassen hat.

#### e) Beteiligungs- und Prozessfähigkeit

Die Beteiligten- und Prozessfähigkeit gem. §§ 61 und 62 VwGO sind notwendige Prozessvoraussetzungen für ein Verfahren vor dem Verwaltungsgericht und damit auch für ein Verfahren im vorläufigen Rechtsschutz. Insbesondere bedarf es hier keiner Analogiebildung zur Klage. Eine gute Bearbeitung setzt an dieser Stelle (lediglich) voraus, dass sowohl für den Antragsteller als auch für den Antragsgegner die Beteiligungs- und Prozessfähigkeit anhand der einschlägigen Normen – und zwar so genau wie möglich – festgestellt wird.

*Formulierungsvorschlag:* Der Antragsteller XY ist als natürliche Person beteiligungsfähig nach § 61 Nr. 1 Alt. 1 VwGO und nach § 62 Abs. 1 Nr. 1 VwGO als geschäftsfähige Person auch prozessfähig. Die Stadt XY ist als Gebietskörperschaft eine juristische Person des öffentlichen Rechts und damit nach § 61 Nr. 1 Alt. 2 VwGO beteiligungsfähig. Die Prozessfähigkeit der Stadt XY resultiert aus § 63 Abs. 3

<sup>7</sup> Vgl. z.B. BVerwG NJW 1988, 2752 (2753); *Gurlit*, Die Verwaltung 28 (1995), 449 ff.; *Wahl/Schütz*, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, 43. Lfg., Stand: August 2022, VwGO § 42 Rn. 48.

<sup>8</sup> *Di Fabio*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 99. Lfg., Stand: September 2022, Art. 2 Rn. 21.

<sup>9</sup> OVG Bremen NordÖR 2019, 127; OVG Bautzen SächsVBl. 2001, 122; VGH Mannheim NVwZ 1995, 1220 (1221); OVG Lüneburg NJW 1989, 2147 (2148); VGH Kassel NVwZ 1990, 677; *Hoppe*, in: Eyer mann, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 16. Aufl. 2022, § 80 Rn. 67; a.A. OVG Münster 1993, 316; *Schoch*, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, 43. Lfg., Stand: August 2022, VwGO § 80 Rn. 467.

VwGO, wobei sie durch den Bürgermeister vertreten wird.<sup>10</sup>

#### f) Rechtsschutzbedürfnis

Für die Zulässigkeit eines Antrags nach § 80 Abs. 5 VwGO ist zudem ein rechtlich schutzwürdiges Interesse des Antragstellers an dem erstrebten Rechtsschutzziel erforderlich. Das Rechtsschutzbedürfnis fehlt, wenn der Eintritt der aufschiebenden Wirkung nicht mehr möglich ist.<sup>11</sup> Dies ist dann der Fall, wenn der eingelegte Hauptsacherechtsbehelf offensichtlich unzulässig ist.<sup>12</sup> In der Klausur müssen daher die drei wesentlichen Punkte „Einhaltung der Klagefrist, Vorheriger Antrag bei der Behörde und Durchführung eines Vorverfahrens“ angesprochen werden.

*Formulierungsvorschlag:* Das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis ist grundsätzlich gegeben. Es würde jedoch entfallen, wenn die Anfechtungsklage in der Hauptsache offensichtlich unzulässig ist.

##### aa) Einhaltung der Klagefrist

Ein verfristeter Rechtsbehelf löst den Suspensiveffekt nach § 80 Abs. 1 VwGO nicht aus, welcher vom Verwaltungsgericht angeordnet oder wiederhergestellt werden könnte. Insofern ist die Hauptsache evident unzulässig, wenn sie verfristet ist.<sup>13</sup> Deshalb muss die Klagefrist gem. § 74 Abs. 1 VwGO geprüft werden.

*Formulierungsvorschlag:* Eine evidente Unzulässigkeit der Anfechtungsklage ist insbesondere dann zu bejahen, wenn die Klagefrist gem. § 74 Abs. 1 S. 2 VwGO nicht eingehalten worden wäre. Demnach muss die Klage innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe des Verwaltungsaktes erhoben werden. Laut Sachverhalt hat XY eine Woche nach Bekanntgabe des Verwaltungsaktes Klage erhoben, sodass die Anfechtungsklage nicht verfristet ist.

##### bb) Vorheriger Antrag bei der Behörde

In den Fällen des § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 VwGO (Anforderung von öffentlichen Abgaben und Kosten) muss der Antragsteller vor der Stellung eines Antrags beim Verwaltungsgericht einen Antrag bei der Behörde auf Aussetzung der Vollziehung nach § 80 Abs. 4 S. 1 VwGO stellen.

*Formulierungsvorschlag:* Darüber hinaus würde das Rechtsschutzbedürfnis entfallen, wenn in den Fällen des § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 VwGO die Behörde einen vorherigen Antrag auf Aussetzung der Vollziehung nicht ganz oder zum Teil abgelehnt hat. Vorliegend handelt es sich jedoch um einen Fall des § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO, sodass ein vorheriger Antrag bei der Behörde gar nicht zu stellen war.

<sup>10</sup> Vgl. die jeweiligen Regelungen des Kommunalrechts, z.B. § 63 Abs. 1 GO NRW.

<sup>11</sup> Koehl, JA 2016, 610 (617).

<sup>12</sup> BVerwG NVwZ 2018, 1485 (1488); Buchheister, in: Wysk, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 3. Aufl. 2020, § 80 Rn. 7; Hoppe, in: Eyermann, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 16. Aufl. 2022, VwGO § 80 Rn. 20 m.w.N.; a.A. Kopp/Schenke, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 29. Aufl. 2023, § 80 Rn. 50; Schoch, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, 43. Lfg., Stand: August 2022, VwGO § 80 Rn. 80.

<sup>13</sup> BVerwG NVwZ 2018, 1485 (1488).

### cc) Durchführung eines Vorverfahrens

Hinsichtlich der Notwendigkeit einer vorherigen Klageerhebung trifft § 80 Abs. 5 S. 2 VwGO ausdrücklich die Regelung, dass ein Antrag bereits vor Erhebung der Anfechtungsklage zulässig ist. In Bezug auf die Notwendigkeit bzw. Entbehrlichkeit der vorherigen oder zeitgleichen Einlegung eines Widerspruchs trifft die VwGO jedoch keine klare Aussage. Dementsprechend ist diese Frage umstritten.<sup>14</sup> In der Fallbearbeitung ist diese Rechtsfrage zumindest dann unerheblich, wenn ein Vorverfahren generell wegen § 68 Abs. 1 S. 2 HS. 1 VwGO in Verbindung mit landesrechtlichen Regelungen entbehrlich ist, beispielsweise in Niedersachsen nach 80 Abs. 1 NJG oder in Nordrhein-Westfalen nach § 110 Abs. 1 JustG NRW. Dann genügt eine entsprechende Feststellung im Rahmen der Fallbearbeitung. Sofern generell ein Widerspruchverfahren erforderlich ist und dies laut Sachverhalt auch nicht durchgeführt wurde, müsste eine Entscheidung getroffen werden. Dies dürfte in der Klausur jedoch eher die Ausnahme darstellen.

*Formulierungsvorschlag:* Nach § 80 Abs. 5 S. 2 VwGO ist die Erhebung der Anfechtungsklage nicht vor Antragstellung erforderlich. Allerdings könnte die Erhebung eines Widerspruchs zu fordern sein. Ob dies vor Erhebung eines Antrags nach § 80 Abs. 5 VwGO der Fall ist, ist umstritten. In Niedersachsen ist das Vorverfahren jedoch gem. § 68 Abs. 1 S. 2 HS. 1 VwGO i.V.m. 80 Abs. 1 NJG generell entbehrlich, sodass der Streit vorliegend dahinstehen kann.

### g) Zwischenergebnis

*Formulierungsvorschlag:* Der Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO ist damit zulässig.

## 2. Begründetheit

Im Rahmen der Begründetheit muss differenziert werden, ob ein Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung nach § 80 Abs. 5 S. 1 Alt. 1 VwGO oder ein Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung nach § 80 Abs. 5 S. 1 Alt. 2 VwGO vorliegt. Im Falle eines Antrags auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ist vor der Vornahme einer Interessenabwägung zwischen dem Aussetzungsinteresse des Betroffenen und dem Vollzugsinteresse der Allgemeinheit noch die formelle Rechtmäßigkeit der Anordnung der sofortigen Vollziehung zu prüfen. Sofern diese nämlich rechtswidrig ist, hat der Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung bereits deshalb Erfolg.

*Formulierungsvorschlag:* Der Antrag auf Anordnung der sofortigen Vollziehung gem. § 80 Abs. 5 S. 1 Alt. 1 VwGO ist begründet, soweit das Ergebnis der gerichtlichen Interessenabwägung ergibt, dass das Aussetzungsinteresse des Betroffenen das Vollzugsinteresse der Allgemeinheit überwiegt. Entscheidend für die Interessenabwägung sind maßgeblich die Erfolgsaussichten des Rechtsbehelfs in der Hauptsache nach summarischer Prüfung.

---

<sup>14</sup> Für eine vorherige Durchführung: *Schoch*, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, 43. Lfg., Stand: August 2022, VwGO § 80 Rn. 461; *Hoppe*, in: Eyermann, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 16. Aufl. 2022, § 80 Rn. 81; a.A. *Fontana/Eh*, JuS 2023, 142 (145); *Kopp/Schenke*, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 29. Aufl. 2023, § 80 Rn. 139.

### a) Formelle Rechtmäßigkeit der Anordnung der sofortigen Vollziehung

Die formellen Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen für die Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit ergeben sich aus § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 und Abs. 3 VwGO.

*Formulierungsvorschlag:* Die Anordnung der sofortigen Vollziehung müsste formell ordnungsgemäß erfolgt sein.

#### aa) Zuständigkeit

Sowohl die Behörde, die den Verwaltungsakt erlassen hat (Ausgangsbehörde), als auch die Widerspruchsbehörde sind für die Vollziehbarkeitsanordnung zuständig (§ 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO).

*Formulierungsvorschlag:* Die Stadt XY als Ausgangsbehörde ist gem. § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO für die Anordnung der sofortigen Vollziehung zuständig.

#### bb) Verfahren

§ 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 und Abs. 3 VwGO schreiben nicht vor, dass der Betroffene anzuhören ist, bevor behördlicherseits die sofortige Vollziehbarkeit des Verwaltungsakts angeordnet wird. Dennoch ist hinsichtlich des Verfahrens umstritten, ob eine vorherige Anhörung unter Rückgriff auf § 28 VwVfG zu erfolgen hat. Da es sich bei der Anordnung der sofortigen Vollziehung nicht um einen Verwaltungsakt handelt, scheidet eine direkte Anwendung des § 28 VwVfG von vornherein aus.<sup>15</sup> In Betracht kommt daher allenfalls eine analoge Anwendung, sofern die Voraussetzungen einer Analogie (planwidrige Regelungslücke und vergleichbare Interessenlage) vorliegen. Eine planwidrige Regelungslücke liegt deshalb nicht vor, weil der Gesetzgeber in § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 und Abs. 3 VwGO abschließende Regelungen zur formellen Rechtmäßigkeit der Vollziehbarkeitsanordnung getroffen hat.<sup>16</sup> In der Klausur ist diese Streitdarstellung überhaupt nur dann vorzunehmen, wenn keine Anhörung stattgefunden hat, was in der Regel wohl der Fall sein dürfte.

*Formulierungsvorschlag:* Darüber hinaus müssten etwaige Verfahrensvorschriften eingehalten worden sein. Eine Pflicht zur vorherigen Anhörung des Betroffenen ist nach § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 und Abs. 3 VwGO nicht vorgesehen. Ob eine Anhörung aufgrund von § 28 Abs. 1 VwVfG (analog) durchzuführen ist, ist umstritten. Eine Streitdarstellung ist vorliegend jedoch verzichtbar, da XY umfassend angehört wurde.

#### cc) Schriftliche Begründung

Das besondere Interesse an der sofortigen Vollziehung des Verwaltungsaktes bedarf gem. § 80 Abs. 3 S. 1 VwGO der schriftlichen Begründung. Von dem besonderen Begründungserfordernis darf nur

<sup>15</sup> OVG Brandenburg NVwZ 1997, 202 (204); OVG Brandenburg NVwZ-RR 1997, 555 (557); OVG Lüneburg NVwZ-RR 2007, 348; *Schenke*, *VerwArch* 91 (2000), 587 (593); *Buchheister*, in: *Wysk*, *Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar*, § 80 Rn. 23; *Hoppe*, in: *Eyermann*, *Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar*, 16. Aufl. 2022, § 80 Rn. 53; *Schoch*, in: *Schoch/Schneider*, *Verwaltungsrecht, Kommentar*, 43. Lfg., Stand: August 2022, VwGO § 80 Rn. 258; a.A. OVG Bremen DÖV 1980, 180 (181); OVG Bremen NordÖR 1999, 284 (285); *Ganter*, DÖV 1984, 970 f.

<sup>16</sup> OVG Brandenburg NVwZ 1997, 202 (204); OVG Lüneburg NVwZ-RR 2002, 822; OVG Lüneburg NVwZ-RR 2007, 348; OVG Münster BauR 1995, 69; OVG Koblenz NVwZ 1988, 748; OVG Schleswig NVwZ-RR 1993, 587; *Schmaltz*, DVBl 1992, 230 (232); *Kaltenborn*, DVBl. 1999, 828 (830).



unter den Voraussetzungen des § 80 Abs. 3 S. 2 VwGO, also bei sog. Notstandsmaßnahmen, abgesehen werden. Um der Begründungspflicht gerecht zu werden, muss die Behörde bezogen auf die Umstände im konkreten Fall das besondere Interesse an der sofortigen Vollziehung sowie die Ermessens-erwägungen, die sie zur Anordnung der sofortigen Vollziehung bewogen haben, darlegen. Formelhafte, also für beliebige Fallgestaltungen passende Wendungen, formblattmäßige oder pauschale Argumentationsmuster sowie die bloße Wiederholung des Gesetzestextes reichen nicht aus.<sup>17</sup> Dabei ist in der Regel ein besonderes öffentliches Interesse darzutun, das über die die Verfügung selbst tragenden Erwägungen hinausgeht.<sup>18</sup> Nicht zur formellen Rechtmäßigkeit der Begründung gehört hingegen die Frage, ob die angeführten Gründe die Anordnung des Sofortvollzuges auch inhaltlich tragen.<sup>19</sup>

*Formulierungsvorschlag:* Zuletzt müsste die Behörde das besondere Interesse an der sofortigen Vollziehung des Verwaltungsaktes gem. § 80 Abs. 3 S. 1 VwGO schriftlich begründet haben. Erforderlich ist grundsätzlich eine einzelfallbezogene Darlegung eines besonderen öffentlichen Interesses, vom Grundsatz der aufschiebenden Wirkung von Rechtsbehelfen nach § 80 Abs. 1 S. 1 VwGO abzuweichen. In dem Bescheid führt die Behörde aus, dass [...]. Damit ist die Begründung in formeller Hinsicht nicht zu beanstanden. Damit ist die Anordnung der sofortigen Vollziehung formell ordnungsgemäß erfolgt.

#### b) Interessenabwägung zwischen Aussetzungsinteresse und Vollzugsinteresse

Wie bereits beschrieben sind im Rahmen der Interessenabwägung zunächst die Erfolgsaussichten der Anfechtungsklage zu prüfen. Lässt sich dabei im Ergebnis feststellen, dass der angefochtene Verwaltungsakt offensichtlich rechtswidrig und den Betroffenen in seinen Rechten verletzt ist (vgl. § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO), kann regelmäßig kein öffentliches Interesse an der sofortigen Vollziehung des Verwaltungsaktes bestehen. Auf eine weitere Interessenabwägung kann daher verzichtet werden.

*Formulierungsvorschlag:* Nach summarischer Prüfung ist der Bescheid mithin rechtswidrig. An dem sofortigen Vollzug eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes kann regelmäßig kein öffentliches Interesse bestehen, sodass das Suspensivinteresse des Betroffenen gegenüber dem Vollzugsinteresse der Allgemeinheit überwiegt.

Sofern sich der angegriffene Verwaltungsakt hingegen als rechtmäßig erweist, ist im Anschluss an die Prüfung der Erfolgsaussichten der Hauptsache noch eine Interessenabwägung vorzunehmen. Zu differenzieren ist hier wieder zwischen der Anordnung der aufschiebenden Wirkung nach § 80 Abs. 5 S. 1 Alt. 1 VwGO und der Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung nach § 80 Abs. 5 S. 1 Alt. 2 VwGO. Wie sich aus § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO ergibt, muss für die Rechtmäßigkeit der Anordnung des Sofortvollzuges ein besonderes öffentliches Interesse oder ein überwiegendes Interesse eines Beteiligten an der sofortigen Vollziehung bestehen. Sofern ein solches nicht festgestellt werden kann, hat der Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung trotz Rechtmäßigkeit des

<sup>17</sup> Schoch, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, 43. Lfg., Stand: August 2022, VwGO § 80 Rn. 247; Gersdorf, in: BeckOK VwGO, Stand: 1.1.2023, § 80 Rn. 87.

<sup>18</sup> OVG Lüneburg, Beschl. v. 9.9.2022 – 11 ME 180/22, Rn. 15 (juris); Schaks/Friedrich, JuS 2018, 954 (957).

<sup>19</sup> OVG Lüneburg, Beschl. v. 19.5.2010 – 11 ME 133/10, Rn. 10 (juris); OVG Lüneburg, Beschl. v. 29.11.2017 – 11 ME 268/17, Rn. 5 (juris).

Verwaltungsaktes Erfolg.<sup>20</sup> Hingegen ist in der Situation der Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Entfall der aufschiebenden Wirkung nach dem Willen des Gesetzgebers als Regelfall vorgesehen. Insofern sind hier die Erfolgsaussichten der Hauptsache maßgeblich.<sup>21</sup>

### III. Fazit

Dieser Beitrag hat beispielhaft gezeigt, dass sich verwaltungsrechtliche Klausuren mit der prozessualen Einkleidung eines Antrages nach § 80 Abs. 5 VwGO mit einer angemessenen Schwerpunktsetzung durchaus gut bewerkstelligen lassen. Die Voraussetzung dafür ist, dass insbesondere die einzelnen Prüfungspunkte in der Zulässigkeitsprüfung sicher beherrscht werden. Dadurch wird in der Klausursituation sichergestellt, dass für die Begründetheitsprüfung noch im ausreichenden Maße Zeit zur Verfügung steht. Zudem zeichnet sich eine gute Schwerpunktsetzung gerade auch dadurch aus, dass unproblematische Prüfungspunkte kurz und gehaltvoll abgeprüft werden.

---

<sup>20</sup> Schaks/Friedrich, JuS 2018, 954 (960).

<sup>21</sup> Schaks/Friedrich, JuS 2018, 954 (960).