



#### Gerichtliche Eilentscheidung - Prozessrecht und Verwaltungsvollstreckungsrecht

Antrag auf Aussetzung der Vollziehung gemäß § 80 Abs. 5 S. 1 VwGO sowie auf Rückgängigmachung der Vollziehung nach § 80 Abs. 5 S. 3 VwGO. Freiwillige Erfüllung einer Verpflichtung als erledigendes Ereignis?

Rückwirkung eines gerichtlichen Aussetzungsbeschlusses. Einfluss der Rückwirkung auf die Rechtmäßigkeit vorher ergangener Vollstreckungsmaßnahmen. Heilung fehlerhafter Vollstreckungsakte (Verstoß gegen die aufschiebende Wirkung) durch nachträgliche Unanfechtbarkeit der Grundverfügung?

Streitwert bei Verbindung von Aussetzungsantrag und Folgenbeseitigungsantrag

§§ 40, 80, 123 VwGO; §§ 6, 11, 14 VwVG; § 52, 53 GKG

---

#### Vorbereitendes Gutachten

##### A. Erfolgsaussichten des Aussetzungsbegehrens (Antrag zu 1.)

###### I. Zulässigkeit

1. Auch bei der Anrufung der Verwaltungsgerichte um die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes muss der **Verwaltungsrechtsweg** gegeben sein (OVG Koblenz DÖV 2007, 39 f.; VGH Kassel DÖV 2007, 262, 263; Kopp/Schenke, VwGO, 15. Aufl. 2007, § 40 Rdnr. 2; Koehl BayVBl 2007, 540, 541). Insofern bestehen hier nach Maßgabe des § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO keine Bedenken. Die im Streit befindlichen Zwangsgeldfestsetzungen sind gestützt auf die öffentlich-rechtlichen Vorschriften des Verwaltungsvollstreckungsgesetzes.

2. Der Antrag könnte als **Aussetzungsantrag** gemäß § 80 Abs. 5 S. 1 VwGO **statthaft** sein.

a) In Abgrenzung zur einstweiligen Anordnung ist dazu zunächst erforderlich, dass es um die Suspendierung belastender Verwaltungsakte geht, die im Hauptsacheverfahren mit der Anfechtungsklage anzugreifen sind (OVG Münster NVwZ-RR 2007, 60; OVG Lüneburg NVwZ-RR 2007, 355; Kopp/Schenke § 123 Rdnr. 4; Tappe/Glaser Jura 2007, 456, 457; AS-Skript VwGO, 3. Aufl. 2006, S. 206 und 217). Nach einhelliger Meinung ist die Androhung von Verwaltungszwang zur Erwirkung von Handlungen, Duldungen oder Unterlassungen ein selbstständig anfechtbarer Verwaltungsakt, da sie eine verbindliche Entscheidung über Art und Modalität der Vollstreckung darstellt. Gleiches gilt für die Festsetzung eines Zwangsgeldes, da sie eine verbindliche Zahlungsaufforderung i.S.e. „Leistungsbescheides“ beinhaltet (BVerwG NVwZ 1998, 393; Kopp/Ramsauer, VwVfG, 9. Aufl. 2005, § 35 Rdnr. 67 m.w.N.; Kopp/Schenke § 167 Rdnr. 16; Horn Jura 2004, 597, 600; AS-Skript VerwR AT 2, 11. Aufl. 2008, S. 42 m.w.N., auch zur abweichenden Mindermeinung bei der Festsetzung der Ersatzvornahme). Dies gilt jedenfalls dann, wenn – wie hier (s. § 14 VwVG des Bundes i.V.m. Nr. 4 des Bearbeitungsvermerks) – die Festsetzung gesetzlich vorgeschrieben ist, bevor das Zwangsmittel angewendet (beigetrieben) werden kann (Kopp/Schenke Anh. § 42 Rdnr. 33).

b) Die somit gegebenen Verwaltungsakte können aber nur dann Gegenstand eines Aussetzungsverfahrens (sowie der Anfechtungsklage) sein, wenn sie sich noch **nicht erledigt** haben. Anderenfalls wären sie eines Vollzuges ohnehin nicht mehr fähig, sodass die erstrebte Suspendierung (Vollzugsaussetzung) ins Leere gehen würde (Kopp/Schenke § 80 Rdnr. 130 und 136; AS-Skript VwGO, S. 218; für das Klageverfahren terminologisch a.A. OVG Münster NWVBl 2007, 26, 27: keine Frage der Statthaftigkeit, sondern des Rechtsschutzbedürfnisses).



In diesem Falle wäre auch ein „Fortsetzungsfeststellungsantrag“ analog § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO, gerichtet auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der Vollziehung des erledigten Verwaltungsakts, unzulässig, da die Rechtsschutzziele des § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO im Aussetzungsverfahren nicht erreicht werden können (Finkelnburg/Jank, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren, 4. Aufl. 1998, Rdnr. 981, S. 449 m.w.N. in FN 93). Eine Erledigung liegt vor, wenn die aus dem Verwaltungsakt sich ergebende Beschwer nachträglich wegfällt und die Aufhebung damit sinnlos ist (OVG Koblenz NVwZ 1997, 1009; Kopp/Schenke § 113 Rdnr. 102; Deckenbrock/Dötsch JuS 2004, 489). Insoweit kommt hier als erledigendes Ereignis die Zahlung der auferlegten Zwangsgelder seitens des Antragstellers in Betracht. Dafür könnte sprechen, dass nach erfolgter Zahlung eine zwangsweise Beitreibung des Betrages nach § 3 VwVG nicht mehr zulässig ist. Auf der anderen Seite ist jedoch zu beachten, dass es sich bei der Zahlung um einen Unterfall der Vollziehung gehandelt hat. Denn unter Vollziehung sind nicht nur Zwangsmaßnahmen, sondern auch die freiwillige Befolgung einer Verfügung zu verstehen (Finkelnburg/Jank Rdnr. 641, S. 284), jedenfalls soweit sie unter dem Druck drohender Vollstreckungsmaßnahmen erfolgt (so die Einschränkung bei Kopp/Schenke § 80 Rdnr. 179). Im vorliegenden Fall hat der Antragsteller, der auf die ersten beiden Zwangsgeldfestsetzungen noch keinerlei Zahlungen geleistet hatte, erst unter dem Eindruck der in der dritten Zwangsgeldfestsetzung enthaltenen Androhung von Vollstreckungsmaßnahmen den angefallenen Gesamtbetrag bezahlt. Handelte es sich bei der Zahlung mithin um eine Vollziehung der Zwangsgeldfestsetzungen, so ist damit eine Erledigung nicht eingetreten. Denn anerkanntermaßen erledigt sich ein Verwaltungsakt nicht dadurch, dass er vollzogen wird, solange – wie hier – eine Rückgängigmachung der Vollziehung möglich ist und bei objektiver Betrachtung sinnvoll erscheint (Kopp/Schenke § 113 Rdnr. 104). Die fortdauernde Beschwer durch den Verwaltungsakt liegt dann darin, dass er einem auf Rückgängigmachung gerichteten Folgenbeseitigungsbegehren entgegensteht (BVerwG NVwZ 2000, 63; Kopp/Schenke § 80 Rdnr. 136 und § 113 Rdnr. 104; AS-Skript VwGO, S. 110). Dies ergibt sich zudem auch aus § 80 Abs. 5 S. 3 VwGO (entsprechend § 113 Abs. 1 S. 2 VwGO im Hauptsacheverfahren), wonach im Falle des Vollzuges dessen Rückgängigmachung **neben** der Suspendierung (Aufhebung) beantragt werden kann (Finkelnburg/Jank Rdnr. 964, S. 441). Unter diesem Gesichtspunkt, nämlich der Geltendmachung eines auf Rückzahlung gerichteten Folgenbeseitigungsanspruchs, hat daher auch der bereits vollzogene Verwaltungsakt fortdauernde Rechtswirkungen und kann daher Gegenstand eines Aussetzungsantrags sein.

c) Wegen der Einbindung in die Gesamtsystematik des § 80 VwGO ist für einen Aussetzungsantrag nach Abs. 5 nur Raum, wenn gegen den im Streit befindlichen Verwaltungsakt ein **Rechtsbehelf** i.S.v. § 80 Abs. 1 VwGO **ingelegt** worden ist (VGH Mannheim NVwZ-RR 2002, 407; OVG Münster NVwZ-RR 2001, 54, 55; Redeker/vOertzen, VwGO, 14. Aufl. 2004, § 80 Rdnr. 55; Tappe/Glaser Jura 2007, 456, 458; Koehl BayVBl 2007, 540, 541; AS-Skript VwGO, S. 218 und 219). Der Gegenansicht (VGH Mannheim DVBl. 1995, 303; Kopp/Schenke § 80 Rdnr. 137 und 139; Schliesky/Schwind JA 2004, 217, 219 f.; Kahl Jura 2004, 853, 854), die vor allem unter Hinweis auf § 80 Abs. 5 S. 2 VwGO eine Rechtsbehelfseinlegung nicht für erforderlich hält, ist entgegenzuhalten, dass die Anordnung oder Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung eines noch nicht eingelegten Rechtsbehelfs schon begrifflich ausgeschlossen ist (AS-Skript VwGO S. 219; Koehl a.a.O.). Weiterhin muss die (an sich gegebene) **aufschiebende Wirkung** dieses Rechtsbehelfs nach Maßgabe des § 80 Abs. 2 VwGO **ausgeschlossen** sein. Kommt dem eingelegten Rechtsbehelf nämlich bereits nach der Grundregel des § 80 Abs. 1 VwGO aufschiebende Wirkung zu, so ginge der Aussetzungsantrag ins Leere (VGH Mannheim NVwZ-RR 1997, 74, 75; VG Gera ThürVBl. 2006, 11; Tappe/Glaser Jura 2007, 456, 457; Koehl BayVBl 2007, 540, 541; AS-Skript VwGO, S. 218; im Erg. ebenso, aber aufbaumäßig a.A. BVerwG NVwZ 2005, 943, 944 = DVBl. 2005, 916; VG Aachen NWVBl 2007, 160, 161; Proppe JA 2006, 451, 456 unten und 381 unten sowie Knorr Beilage VBIBW Heft 4/2007, 21: keine Frage der Statthaftigkeit, sondern des Rechtsschutzbedürfnisses). Gleiches gilt, wenn der Rechtsbehelf schon von vornherein einer aufschiebenden Wirkung



nicht fähig ist oder die aufschiebende Wirkung nach § 80 b VwGO ohnehin geendet hätte (VGH Mannheim VBIBW 2004, 383 LS; OVG Weimar LKV 1994, 408).

aa) Im vorliegenden Fall hat der Antragsteller gegen die Zwangsgeldfestsetzungen sowohl Widerspruch eingelegt als auch Anfechtungsklage erhoben. **Maßgeblicher Rechtsbehelf** i.S.v. § 80 Abs. 1 VwGO, dessen aufschiebende Wirkung angeordnet oder wiederhergestellt werden kann, ist in diesen Fällen nach h.M. **allein der** ursprünglich eingelegte **Widerspruch**, nicht dagegen die später erhobene Anfechtungsklage (BVerwGE 78, 192, 209; Schoch in Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, Bd. I, Stand Febr. 2007, § 80 Rdnr. 101; Finkelnburg/Jank Rdnr. 872, S. 408, AS-Skript VwGO, S. 231 unten). Dem ist zuzustimmen, da § 80 b VwGO von einer (zeitlich) einheitlichen aufschiebenden Wirkung ausgeht, die nicht durch den Suspensiveffekt des später eingelegten Rechtsbehelfs abgelöst wird (VGH Kassel NVwZ-RR 2007, 822 LS 3, 823). Die ausdrückliche Erwähnung der Anfechtungsklage in § 80 Abs. 1 S. 1 und § 80 b Abs. 1 S. 1 VwGO, aus der die Gegenmeinung eine getrennte aufschiebende Wirkung herleiten will (s. die Nachw. bei Schoch a.a.O., FN 322), erfasst richtigerweise nur die Fälle, in denen ein Vorverfahren – insbesondere nach § 68 Abs. 1 S. 2 VwGO – entfällt.

bb) Der somit maßgebliche Rechtsbehelf des Widerspruchs ist für sich gesehen der aufschiebenden **Wirkung fähig**. Insbesondere ist nichts dafür ersichtlich, dass ihm wegen offensichtlicher Unzulässigkeit, wie etwa Fristversäumung, von vornherein keine aufschiebende Wirkung zukommt (s. dazu den Meinungsstand bei Kopp/Schenke § 80 Rdnr. 50 f.; AS-Skript VwGO, S. 209). Mit dem am 05.10.2007 beim Antragsgegner eingegangenen Widerspruch ist selbst hinsichtlich der ersten, vom 06.09.2007 datierten Zwangsgeldfestsetzung noch die Monatsfrist des § 70 Abs. 1 S. 1 VwGO gewahrt. Weiterhin liegt auch nicht der Fall vor, dass die aufschiebende Wirkung nach § 80 b Abs. 1 S. 1 VwGO wegen nachträglicher Unanfechtbarkeit ohnehin geendet hätte. Mit der am 04.01.2008 eingegangenen Klage hat der Antragsteller (Kläger) nämlich in jedem Fall die Klagefrist des § 74 Abs. 1 VwGO von einem Monat seit Zustellung des vom 14.12.2007 datierten Widerspruchsbescheides eingehalten.

cc) Die somit an sich gegebene **aufschiebende Wirkung** des Widerspruchs könnte vorliegend aufgrund von § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 VwGO i.V.m. § 8 des Ausführungsgesetzes zur VwGO des Landes L (AGVwGO) **ausgeschlossen** sein. Dann müssen die Zwangsgeldfestsetzungen als „Maßnahmen in der Verwaltungsvollstreckung“ i.S.d. § 8 AGVwGO anzusehen sein. Dass sie selbst Gegenstand der Verwaltungsvollstreckung, nämlich der zwangsweisen Beitreibung nach § 3 VwVG, sein können, begründet diesen Charakter noch nicht, da insofern die Vollstreckung noch bevorsteht, es sich also nicht um Maßnahmen **in** der Zwangsvollstreckung handelt. Vollstreckungsmaßnahmen sind sie vielmehr im Hinblick auf die durchzusetzende Grundverfügung vom 03.08.2007, also zur Erzwingung von Unterlassungen (§§ 6, 11, 14 VwVG). Ein Ausschluss der aufschiebenden Wirkung liegt somit vor.

*Anm.: Beachten Sie bitte, dass § 80 Abs. 2 S. 2 VwGO hier nicht einschlägig ist, da es um Verwaltungsvollstreckung nach Landesrecht und nicht nach Bundesrecht geht (s. dazu Kopp/Schenke § 80 Rdnr. 70).*

3. Die in analoger Anwendung des § 42 Abs. 2 VwGO erforderliche **Antragsbefugnis** setzt voraus, dass der Antragsteller – ebenso wie im entsprechenden Hauptsacheverfahren – die Verletzung eigener, subjektiver Rechte geltend machen kann (OVG Lüneburg NVwZ-RR 2007, 121; OVG Weimar ThürVBl 2006, 152, 153; Kopp/Schenke § 80 Rdnr. 134). Insofern kann er als Adressat der – in diesem Rahmen nach § 3 VwVG – zu vollziehenden Zwangsgeldfestsetzungen geltend machen, dass diese möglicherweise unter Verstoß gegen die aufschiebende Wirkung (§ 80 Abs. 1 VwGO) erlassen worden sind. Da die aufschiebende Wirkung als Ausdruck der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG auch subjektive Rechte des Betroffenen beinhaltet, indem sie ihn durch Gewährung zeitnahen Rechtsschutzes vor der Schaffung vollendeter Tatsachen bewahren soll (BVerfG NVwZ 2007, 1176, 1177; NVwZ 2007, 1302, 1303 f.; Finkelnburg/Jank Rdnr. 638, S. 281 f.), ist der Antragsteller antragsbefugt.



4. Für den hier gestellten, d.h. auf § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 VwGO bezogenen Aussetzungsantrag bedarf es keines vorgeschalteten und erfolglosen Antrags auf Aussetzung der Vollziehung seitens der Ausgangs- bzw. Widerspruchsbehörde aufgrund von § 80 Abs. 4 VwGO. Dies ergibt sich aus § 80 Abs. 6 VwGO, wonach ein vorgeschaltetes behördliches Aussetzungsverfahren nur im Falle des § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 VwGO, also der Anforderung von öffentlichen Abgaben und Kosten, vorgesehen ist. In allen übrigen Fällen des § 80 Abs. 2 VwGO, also auch dem hier gegebenen Fall des § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 VwGO, bedarf es eines vorherigen behördlichen Aussetzungsverfahrens nicht (Kopp/Schenke § 80 Rdnr. 138 und 183; str. jedoch bei Verwaltungsakten mit Doppelwirkung: zur Reichweite der Verweisungsvorschrift des § 80 a Abs. 3 S. 2 VwGO s. den Streitstand bei OVG Lüneburg NVwZ 2007, 478 sowie Kopp/Schenke § 80 a Rdnr. 21).

5. Für die Entscheidung über den Antrag ist nach § 80 Abs. 5 S. 1 VwGO das **Gericht der Hauptsache** zuständig. Insofern bestehen hier keine Bedenken, da bei dem Verwaltungsgericht Neuenkirchen bereits die Hauptsache (Anfechtungsklage) anhängig gemacht ist (vgl. Kopp/Schenke § 80 Rdnr. 142), darüber hinaus dieses Gericht aber auch nach Maßgabe der §§ 45, 52 Nr. 3 S. 1 VwGO für die Hauptsacheentscheidung zuständig ist.

6. Der Antrag entspricht weiterhin den **Formerfordernissen** der §§ 81 f. VwGO, welche für das Aussetzungsverfahren analog gelten (Kopp/Schenke § 80 Rdnr. 128). Hinsichtlich des Erfordernisses des bestimmten Antrags (§ 82 Abs. 1 S. 2 VwGO) war ausreichend, dass der Antragsteller die Aussetzung der Vollziehung konkret bezeichneter Verwaltungsakte beantragt hat. Nicht erforderlich ist, dass der genaue Wortlaut der gerichtlichen Entscheidung („Anordnung oder Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung“) vorweggenommen wird (vgl. Kopp/Schenke § 80 Rdnr. 21).

Weiterhin ist der Aussetzungsantrag, soweit nicht gesetzlich etwas anderes bestimmt ist, an **keine Frist** gebunden (Kopp/Schenke § 80 Rdnr. 141; AS-Skript VwGO, S. 220, dort auch zu den Ausnahmen, insbesondere im Ausländer- und Asylrecht). Es ist daher insbesondere unschädlich, dass der Antragsteller die Zwangsgeldfestsetzungen nicht bereits zum Gegenstand des früheren Aussetzungsverfahrens (hinsichtlich der Grundverfügung) gemacht hat.

7. Der Vertreter des Antragstellers hat sich im Hauptsacheverfahren durch eine ordnungsgemäße **Prozessvollmacht** legitimiert (§ 67 Abs. 3 VwGO i.V.m. Nr. 2 des Bearbeitungsvermerks). Diese erfasst gemäß § 173 VwGO i.V.m. § 82 ZPO auch das vorläufige Rechtschutzverfahren (Kopp/Schenke § 67 Rdnr. 55), in welchem der Prozessvertreter jedoch „Verfahrensbevollmächtigter“ genannt wird (s. Rubrum).

Die Vertretungsbefugnis des Beklagtenvertreters ist jedenfalls wegen der hinterlegten Generalvollmacht unproblematisch. Es kann daher letztlich offen bleiben, ob Behördenbedienstete mit Befähigung zum Richteramt im Hinblick auf die Regelung des § 67 Abs. 1 S. 3 VwGO einer Vollmacht überhaupt bedürfen, was von der inzwischen h.M. abgelehnt wird (BVerwG NVwZ 1994, 266; DVBl. 1996, 381; Kopp/Schenke § 67 Rdnr. 12; a.A. BVerwG NVwZ 1992, 1088; zum Vertretungsrecht von Bediensteten anderer, am Verfahren nicht beteiligter Behörden s. OVG Saarlouis NVwZ-RR 2007, 562 m.w.N.).

8. Hinsichtlich des richtigen **Antragsgegners** gilt § 78 Abs. 1 VwGO entsprechend (Rozek JuS 2007, 601, 603; Erbguth/Schlacke JuS 2004, 985, 986; AS-Skript VwGO, s. S. 220). Insofern ist der Antrag hier in Übereinstimmung mit § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO zu Recht gegen die Stadt Dammfeld als diejenige Körperschaft, deren Behörde (Bürgermeister) die zu vollziehenden Verwaltungsakte erlassen hat, gerichtet worden.

Der Aussetzungsantrag ist nach alledem zulässig.

## II. Begründetheit des Aussetzungsantrags

Die Begründetheit des Aussetzungsantrags gemäß § 80 Abs. 5 S. 1 VwGO hängt von einer – im Rahmen einer eigenen Ermessensentscheidung des Gerichts zu treffenden – **Abwägung zwischen dem öffentlichen Interesse am sofortigen Vollzug** des Verwaltungsakts, dem sog. **Vollzugsinteresse**, und dem **privaten Aussetzungsinteresse** (Aufschubinteresse) des Betrof-



fenen ab (BVerfG NVwZ 2007, 1176, 1177; BVerwG DVBl. 2005, 916, 918; OVG Lüneburg NVwZ-RR 2006, 33; Kopp/Schenke § 80 Rdnr. 152; Tappe/Glaser Jura 2007, 456, 458). Dabei ist insbesondere auf die Erfolgsaussichten des Hauptsacheverfahrens abzustellen. Erweist sich der Verwaltungsakt bei der im vorläufigen Rechtsschutzverfahren gebotenen summarischen Prüfung als **offensichtlich rechtswidrig**, so ist dem Aussetzungsantrag ohne weiteres stattzugeben, weil an der sofortigen Vollziehung eines offensichtlich rechtswidrigen Verwaltungsakts kein überwiegendes öffentliches Interesse bestehen kann (zu den Besonderheiten der Drittbeteiligtenfälle nach § 80 a VwGO s. jedoch AS-Skript VwGO, S. 260 f.). Dies gilt unabhängig davon, ob es um die Fälle des gesetzlichen Ausschlusses der aufschiebenden Wirkung (§ 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 1–3 und S. 2 VwGO) oder um die Anordnung der sofortigen Vollziehung (§ 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO) geht (unstr.; s. BVerfG NVwZ 2002, 982; OVG Münster NVwZ-RR 2007, 108; OVG Schleswig NVwZ-RR 2007, 187; OVG Weimar ThürVBl 2007, 81; Kopp/Schenke § 80 Rdnr. 159; s. auch die Regelung des § 80 Abs. 4 S. 3 VwGO, die für das gerichtliche Aussetzungsverfahren teils generell, teils für die Fälle des § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 1–3 und S. 2 VwGO, teils nur für den Fall des § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 VwGO analog herangezogen wird; s. Schmitt Glaeser/Horn, VerwProzR, 15. Aufl. 2000, Rdnr. 282, S. 185; Finkelnburg/Jank Rdnr. 851 f., S. 396 f.; Kopp/Schenke § 80 Rdnr. 115 f.). Dabei wird teilweise allerdings die Einschränkung gemacht, dass nach § 45 VwVfG heilbare formelle Fehler (z.B. fehlende Anhörung) für sich gesehen eine Vollzugsaussetzung noch nicht rechtfertigen (OVG Hamburg NVwZ-RR 2007, 364; a.A. offenbar Schoch Jura 2007, 28, 31 f.). Ist der Verwaltungsakt dagegen offensichtlich rechtmäßig, so ist jedenfalls in den Fällen des § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 1–3 und S. 2 VwGO, also des gesetzlichen Ausschlusses der aufschiebenden Wirkung, ein überwiegendes Vollzugsinteresse regelmäßig zu bejahen, sodass der Aussetzungsantrag unbegründet ist. Dies ergibt sich daraus, dass in den Fällen des gesetzlichen Ausschlusses der aufschiebenden Wirkung der Gesetzgeber selbst einen grundsätzlichen Vorrang des Vollziehungsinteresses angeordnet hat und es deshalb besonderer Umstände bedarf, um eine hiervon abweichende Entscheidung zu rechtfertigen (BVerfG NVwZ 2004, 93 LS 2; OVG Bremen NVwZ-RR 2007, 337; Kopp/Schenke § 80 Rdnr. 114; Proppe JA 2004, 324, 326; a.A. VG Gera ThürVBl 2006, 11: auch hier besonderes Vollzugsinteresse erforderlich).

*Nach herkömmlicher Ansicht soll das auch für den Fall des § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO gelten, da der Betroffene kein schutzwürdiges Aufschubinteresse dahingehend habe, von dem sofortigen Vollzug eines offensichtlich rechtmäßigen Verwaltungsakts verschont zu bleiben (VGH München NVwZ-RR 2006, 389; VGH Mannheim VBlBW 2006, 237 f.; OVG Münster NWVBl 2006, 136; OVG Weimar ThürVBl 2005, 205; VG Chemnitz LKV 2007, 186, 187; Schmitt Glaeser/Horn a.a.O.; Hufen, VerwProzR 6. Aufl. 2005 § 32 Rdnr. 41, S. 525; offenbar auch Tappe/Glaser Jura 2007, 456, 459 oben, 461). Nach der im Vordringen befindlichen und nunmehr (über die ausländerrechtliche Ausweisung hinaus) auch vom BVerfG vertretenen Gegenmeinung reicht im Falle des § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO die bloße Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts nicht aus, da diese nur den Erlass des Verwaltungsaktes selbst, nicht aber ein darüber hinausgehendes Interesse gerade am Sofortvollzug rechtfertigt. Daher könne auch im Falle der Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts auf ein „besonderes“ Vollzugsinteresse nicht verzichtet werden (BVerfG NVwZ 2007, 1302, 1304 oben; NVwZ 2005, 1303 unten; OVG Münster NVwZ 2006, 481, 483; VGH Mannheim NVwZ-RR 2006, 395; Kopp/Schenke § 80 Rdnr. 159; Redeker/vOertzen § 80 Rdnr. 49; AS-Skript VwGO S. 229; AS-RÜ 2007, 439, 440).*

Lässt sich bei summarischer Prüfung weder die Rechtmäßigkeit noch die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts feststellen, so ist eine von den Erfolgsaussichten des Hauptsacheverfahrens unabhängige Interessenabwägung vorzunehmen (OVG Berlin-Brandenburg NVwZ 2006, 104; OVG Münster NWVBl 2006, 59, 61; OVG Weimar ThürVBl 2005, 205 f.; AS-Skript VwGO S. 223). Dabei gilt als Faustformel, dass durch die gesetzgeberische Entscheidung in den Fällen des § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 1–3 und S. 2 VwGO ein überwiegendes Vollzugsinteresse, im Fall des § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO ein überwiegendes Aufschubinteresse indiziert wird (BVerwG NVwZ 2003, 207; BauR 2005, 1145, 1146 f.; OVG Bremen NVwZ-RR 2007, 337; Finkelnburg/Jank Rdnr. 853, S. 398; Redeker/vOertzen § 80 Rdnr. 48; einschränkend BVerwG



NVwZ-RR 2002, 153; VGH München BayVBl. 2003, 48, 50 f.; Schoch a.a.O., § 80 Rdnr. 110 Debus NVwZ 2006, 49, 51).

Folglich kommt es auf die Rechtmäßigkeit der vollzogenen Zwangsgeldfestsetzungen an. Diese richtet sich, da es um die Erzwingung von Unterlassungen geht, nach §§ 6 ff. VwVG.

1. Der Bürgermeister der Antragsgegnerin, der durch Ordnungsverfügung vom 03.08.2007 die Sperrzeit für die Gaststätte des Antragstellers vorverlegt hatte, war zur Vollstreckung dieses Verwaltungsaktes gemäß § 7 Abs. 1 VwVG zuständig. Von einer Anhörung konnte gemäß § 28 Abs. 2 Nr. 5 VwVfG – nach Ermessen (s. dazu Kopp/Ramsauer a.a.O., § 28 Rdnr. 44 und 50) – abgesehen werden. Die hier maßgebliche Erwägung, der Antragsteller wisse bereits aufgrund der Grundverfügung, dass er im Falle eines Verstoßes gegen die dort auferlegte Verpflichtung mit der Verhängung von Zwangsgeldern rechnen müsse, ist durchaus sachgerecht und kann daher nicht als ermessensfehlerhaft angesehen werden. Abgesehen davon wäre auch zweifelhaft, ob Anhörungsmängel allein eine Vollzugsaussetzung rechtfertigen würden (verneinend OVG Hamburg NVwZ-RR 2007, 364; s.o.).

2. In materieller Hinsicht erfordert die Rechtmäßigkeit des Verwaltungszwangs, dass der **Verwaltungsakt**, der durchgesetzt werden soll (hier die Grundverfügung vom 03.08.2007), **unanfechtbar** ist oder dass dem **Rechtsmittel keine aufschiebende Wirkung** beigelegt ist (§ 6 Abs. 1 VwVG), wobei die Anordnung der sofortigen Vollziehung lediglich als Unterfall des Wegfalls der aufschiebenden Wirkung genannt ist.

a) Die Grundverfügung war mit einer Anordnung der **sofortigen Vollziehung** gemäß § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO versehen. Dies hat zur Folge, dass der Widerspruch des Antragstellers vom 17.08.2007 keine aufschiebende Wirkung hatte. Die Voraussetzungen des § 6 Abs. 1 VwVG lagen deshalb zunächst einmal für die am 06., 10. und 19.09.2007 erlassenen Zwangsgeldfestsetzungen vor.

b) Eine andere Beurteilung könnte sich aber aufgrund des gerichtlichen **Aussetzungsbeschlusses** vom 24.10.2007 ergeben. Darin ist die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs vom 17.08.2007 gegen die Grundverfügung vom 03.08.2007 wiederhergestellt worden. Diesem Beschluss könnte **Rückwirkung** auf den Zeitpunkt des Erlasses der Grundverfügung zukommen, mit der Folge, dass die Zwangsgeldfestsetzungen unter Verstoß gegen die aufschiebende Wirkung erlassen worden sind.

aa) Gegen eine Rückwirkung des Aussetzungsbeschlusses wurde geltend gemacht, dass das Gericht eine eigene Ermessensentscheidung fälle, die nicht eine Überprüfung der Anordnung der Behörde zum Ziele habe, sondern eine eigene Abwägung der Interessen, die sich zum Zeitpunkt der Gerichtsentscheidung gegenüberstehen. Zum anderen sei die Möglichkeit der Aufhebung der Vollziehung (§ 80 Abs. 5 S. 3 VwGO) überflüssig, wenn derselbe Effekt bereits mit einer Entscheidung nach § 80 Abs. 5 S. 1 VwGO erzielt werden könnte (Löwer DVBl. 1966, 251, 253; Schäfer DÖV 1967, 477, 479).

*Im Ergebnis ebenso die herrschende Rspr. zum Steuer- und Abgabenrecht; BFHE 122, 258; FG Kassel NVwZ 1983, 576; OVG Greifswald DÖV 2004, 213; OVG Lüneburg NVwZ 1987, 65; a.A. OVG Bautzen NVwZ-RR 2007, 54 f.; OVG Lüneburg NVwZ 1990, 270, 272: „Die Aufhebung der Vollziehbarkeit eines Steuerbescheides (oder sonstigen Abgabenbescheides) lässt die bis dahin verwirkten Säumniszuschläge unberührt.“ Hier spielen jedoch die Besonderheiten des Abgabenrechts, insbesondere § 240 Abs. 1 S. 4 AO, eine Rolle (OVG Greifswald a.a.O.).*

bb) Dieser Meinung ist aber entgegenzuhalten, dass zwar bei der gemäß § 80 Abs. 5 S. 1 VwGO vorzunehmenden Interessenabwägung wesentlich auf den Sach- und Streitstand der gerichtlichen Entscheidung abzustellen ist, andererseits das Gericht hierbei aber auch die maßgeblichen Gesichtspunkte ab Erlass der behördlichen Verfügung berücksichtigen muss. Das Gericht muss daher darüber entscheiden, ob es die aufschiebende Wirkung ganz oder teilweise anordnet oder wiederherstellt, ob also die aufschiebende Wirkung die zurückliegende Zeit erfassen soll oder nicht. Da die gerichtliche Entscheidung nach § 80 Abs. 5 S. 1



VwGO auf die in § 80 Abs. 1 VwGO geregelte aufschiebende Wirkung von Widerspruch und Klage abzielt, muss auch ihr grundsätzlich die gleiche Wirkung zukommen, sofern nicht etwas anderes ausdrücklich bestimmt ist. Die aufschiebende Wirkung von Widerspruch und Anfechtungsklage tritt aber nach einhelliger Meinung rückwirkend ein (Schoch a.a.O., § 80 Rdnr. 100; Kopp/Schenke § 80 Rdnr. 54 m.w.N.; Finkelnburg/Jank Rdnr. 669, S. 296; Schmitt Glaeser/Horn Rdnr. 254 f., S. 168). Die sofortige – d.h. vor Eintritt der Unanfechtbarkeit durchgeführte – Vollziehung erfolgt daher immer auf eigenes Risiko der Behörde (Schoch a.a.O.; Schmitt-Glaeser/Horn Rdnr. 257, S. 169; Horn Jura 2004, 447, 449). Auch ist nicht ersichtlich, dass bei einer solchen Betrachtungsweise die Regelung des § 80 Abs. 5 S. 3 VwGO überflüssig wäre. Zwar führt ein rückwirkender Aussetzungsbeschluss (§ 80 Abs. 5 S. 1 VwGO) zur Rechtswidrigkeit der Vollzugsmaßnahmen, er löst jedoch damit noch nicht zwangsläufig eine Verpflichtung der Behörde zur Rückgängigmachung der Vollzugsmaßnahmen aus; erst recht stellt der Aussetzungsbeschluss nach § 80 Abs. 5 S. 1 VwGO keinen diesbezüglichen Vollstreckungstitel dar. Hierzu bedarf es vielmehr eines zusätzlichen Beschlusses über die Aufhebung der Vollziehung nach § 80 Abs. 5 S. 3 VwGO. Die heute einhellige Meinung geht daher zu Recht davon aus, dass dem Aussetzungsbeschluss gemäß § 80 Abs. 5 S. 1 VwGO rückwirkende Kraft auf den Zeitpunkt des Erlasses der Verfügung zukommt, sofern im Beschluss selbst nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt ist (OVG Bautzen NVwZ-RR 2007, 54, 55; OVG Lüneburg NVwZ 1990, 270, 271; OVG Münster DÖV 1983, 1025; VGH München 1987, 63; Kopp/Schenke a.a.O.; Schoch a.a.O., § 80 Rdnr. 362; Finkelnburg/Jank Rdnr. 871, S. 408; Horn Jura 2004, 447, 449). Da im vorliegenden Fall der Gerichtsbeschluss vom 24.10.2007 keine abweichende Festlegung enthält, ist die aufschiebende Wirkung rückwirkend wiederhergestellt worden. Damit sind die Zwangsgeldfestsetzungen unter Verstoß gegen die aufschiebende Wirkung ergangen.

c) Dies könnte jedoch im Ergebnis wegen des späteren Eintritts der **Unanfechtbarkeit** der Grundverfügung unschädlich sein. Die Grundverfügung vom 03.08.2007 ist mit Ablauf des 29.11.2007 unanfechtbar geworden, da in diesem Zeitpunkt die Klagefrist des § 74 Abs. 1 VwGO von einem Monat seit Zustellung des dazugehörigen Widerspruchsbescheides abgelaufen ist (s. Nr. 2 des Bearbeitungsvermerks). Dies könnte – entsprechend der Ansicht der Antragsgegnerin – zur Folge haben, dass die Grundverfügung von Anfang an als vollziehbar anzusehen ist.

In diesem Sinne entspricht es zunächst der (fast) einhelligen Meinung, dass mit Eintritt der Unanfechtbarkeit (oder dem sonstigen Ende der aufschiebenden Wirkung nach § 80 b VwGO) die aufschiebende Wirkung rückwirkend wieder entfällt (BVerwG BayVBl. 1983, 505; DVBl. 1998, 647; Schmidt in Eyermann, VwGO, 12. Aufl. 2006, § 80 Rdnr. 16 a.E.; Finkelnburg/Jank Rdnr. 676, S. 298; AS-Skript VwGO, Fall 23, S. 207, 213; s. ferner die Nachw. bei Kopp/Schenke § 80 Rdnr. 22 FN 37). Das bedeutet, dass die Beteiligten grundsätzlich so zu behandeln sind, wie es der von Anfang an gegebenen vollen Wirksamkeit und Vollziehbarkeit des Verwaltungsaktes entsprochen hätte (Kopp/Schenke a.a.O.). So verliert beispielsweise ein früherer Beamter endgültig und rückwirkend (also auch für die zurückliegende Zeit der Anhängigkeit seines Rechtsbehelfs) seine Rechte aus dem Beamtenverhältnis, wenn die Entlassungsverfügung unanfechtbar geworden ist (BVerwG a.a.O.; AS-Skript a.a.O.). Entscheidende Frage ist aber, ob diese Rückwirkung auch Einfluss auf die Rechtmäßigkeit von vorher getroffenen Vollstreckungsmaßnahmen hat. Gegen eine derartige heilende Wirkung spricht, dass § 6 Abs. 1 VwVG (sowie die entsprechenden landesrechtlichen Vorschriften) allein auf die Verhältnisse im Zeitpunkt des Verwaltungszwanges abstellt. Danach ist allein maßgeblich, ob im Zeitpunkt des Verwaltungszwanges eine unanfechtbare (oder sofort vollziehbare) Grundverfügung vorlag; es reicht nicht, dass zu einem späteren Zeitpunkt die Unanfechtbarkeit eintritt. Wäre man anderer Auffassung, würde es der Behörde ermöglicht, ohne Rücksicht auf die Vollstreckungsvoraussetzungen und im Vertrauen auf die später eintretende Unanfechtbarkeit Vollstreckungsmaßnahmen zu ergreifen und damit die dem Rechtsschutz des Bürgers dienende Grundregel des § 80 Abs. 1 S. 1 VwGO zu entwerten. Der rückwirkende Eintritt der Unanfechtbarkeit ändert daher nichts an der Rechtswidrigkeit von vorherigen Vollstreckungsmaßnahmen, die unter Verstoß gegen die aufschiebende Wir-



kung getroffen worden sind (VG Münster GewArch 1982, 373; im Erg. ebenso OVG Münster DÖV 1983, 1024). Dabei kann es keinen Unterschied machen, ob die Behörde von vornherein eine Vollstreckung unter Verstoß gegen die aufschiebende Wirkung vornimmt oder ob – wie hier – die von ihr getroffene Anordnung der sofortigen Vollziehung durch einen späteren Aussetzungsbeschluss rückwirkend wieder beseitigt wird. Im letzteren Fall geht die Behörde zwar davon aus, dass sie aufgrund der Vollzugsanordnung vollstrecken darf. Dabei handelt sie aber immer auf eigenes Risiko, nämlich das der späteren (rückwirkenden) Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung (s.o.); sie hat demzufolge auch keinerlei schutzwürdiges Vertrauen am Fortbestand der von ihr getroffenen Vollzugsanordnung. Auch in diesem Fall kann die spätere Unanfechtbarkeit die fehlerhaften Vollstreckungsmaßnahmen nicht heilen (so VG Münster a.a.O. in einem ebenso gelagerten Fall, bestätigt durch OVG Münster a.a.O.).

Die Zwangsgeldfestsetzungen sind daher mangels sofort vollziehbarer Grundverfügung offensichtlich rechtswidrig. An ihrer Vollziehung kann kein öffentliches Interesse bestehen. Der auf Aussetzung des Vollzugs der Zwangsgeldfestsetzungen gerichtete Antrag zu 1. ist somit begründet. Das Gericht wird daher insoweit die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs vom 04.10.2007 anordnen (§ 80 Abs. 5 S. 1, 1. Alt. VwGO).

## B. Erfolgsaussichten des **Rückzahlungsantrags** (Antrag zu 2.)

### I. Zulässigkeit

1. Der **Verwaltungsrechtsweg** kann auch für das Rückzahlungsbegehren nach § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO eröffnet sein. Da es sich bei diesem Begehren um das Gegenstück zur öffentlich-rechtlichen Zwangsgeldforderung handelt, ist es ebenfalls öffentlich-rechtlicher Natur. Es könnte indes, entsprechend der Ansicht der Antragsgegnerin, eine anderweitige Zuweisung an die Zivilgerichte gemäß § 40 Abs. 2 S. 1 VwGO vorliegen. Unter diese abweichende Rechtswegregelung fallen u.a. „Schadensersatzansprüche aus der Verletzung öffentlich-rechtlicher Pflichten, die nicht auf einem öffentlich-rechtlichen Vertrag beruhen“. Grund dieser Regelung ist der häufig gegebene Sachzusammenhang mit Enteignungs-, Aufopferungs- und Amtshaftungsansprüchen (Kopp/Schenke § 40 Rdnr. 69 m.w.N.). Im Hinblick darauf fällt unter den Begriff des Schadensersatzes nur die Entschädigung für erlittene Eingriffe, nicht dagegen der Anspruch auf Beseitigung, Unterlassung oder – was hier in Betracht kommt – die Rückgängigmachung von Eingriffen (Kopp/Schenke § 40 Rdnr. 62 m.w.N.). Somit verbleibt es bei der Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges gemäß § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO. (Darüber hinaus folgt die Zulässigkeit des Verwaltungsrechtsweges aus der Natur des Antrags als Annexantrag zum Aussetzungsbegehren; dazu sogleich.)

2. **Statthafte Antragsart** könnte – entsprechend der Ansicht der Antragsgegnerin – die einstweilige Anordnung gemäß § 123 VwGO sein. Als Auffangtatbestand vorläufigen Rechtsschutzes greift sie aber nur ein, wenn keiner der Fälle der § 80 und § 80 a VwGO vorliegt (§ 123 Abs. 5 VwGO). Was gerichtlichen Rechtsschutz anbelangt, ist damit die Rechtsschutzform des § 80 Abs. 5 (bzw. § 80 a Abs. 3) VwGO vorrangig (OVG Münster NVwZ-RR 2007, 60; OVG Lüneburg NVwZ-RR 2007, 355; VG Wiesbaden NVwZ-RR 2007, 528; Kopp/Schenke § 123 Rdnr. 4; Schlacke JA 2007, 362, 364; Tappe/Glaser Jura 2007, 456, 457; AS-Skript VwGO, S. 206 und 217). Dies gilt nicht nur für die Aussetzung i.e.S. (§ 80 Abs. 5 S. 1 VwGO), sondern auch für die Aufhebung der Vollziehung (S. 3) als Annex zum Aussetzungsverfahren (VG Gelsenkirchen NWVBl. 2004, 282, 283; Kopp/Schenke a.a.O.; Schliesky/Hansen JuS 1998, 49, 50; AS-RÜ 2003, 324, 325). Im vorliegenden Fall kommt in Betracht, dass das Gericht gemäß § 80 Abs. 5 S. 3 VwGO die **Aufhebung der Vollziehung** anordnet. Darunter ist die Rückgängigmachung erfolgter Vollziehungshandlungen, u.a. auch die Rückzahlung beigetriebener Geldbeträge, zu verstehen (Kopp/Schenke § 80 Rdnr. 177). Wie oben (A. I. 2. b, S. 2) dargelegt, bedeutet auch die freiwillige Erfüllung einer auferlegten Pflicht, jedenfalls soweit sie – wie hier – unter dem Druck drohender Sanktionen vorgenommen wird, Vollziehung i.S.d. § 80 VwGO. Bei dem Rückzahlungsbegehren handelt es sich daher um einen Antrag auf Aufhebung der Vollziehung gemäß § 80 Abs. 5 S. 3 VwGO





als Annexantrag zum Aussetzungsantrag (entsprechend § 113 Abs. 1 S. 2 VwGO im Hauptsacheverfahren).

3. Der Antrag könnte – so die Ansicht der Antragsgegnerin – wegen mangelnder Geltendmachung der **Eilbedürftigkeit** unzulässig sein. Im Gegensatz zur einstweiligen Anordnung (§ 123 Abs. 3 VwGO i.V.m. § 920 Abs. 1 ZPO) ist jedoch im Aussetzungsverfahren nach § 80 Abs. 5 VwGO die Geltendmachung einer besonderen Eilbedürftigkeit nicht erforderlich. Die generelle Eilbedürftigkeit folgt bei noch nicht vollzogenen Verwaltungsakten aus dem drohenden Vollzug. Bei der Rückgängigmachung bereits erfolgter Vollzugsmaßnahmen ist eine Eilentscheidung ebenfalls sachlich gerechtfertigt. Vollzieht nämlich die Behörde einen Verwaltungsakt bereits vor dessen Unanfechtbarkeit, also ebenfalls im Eilverfahren, dann muss sie auch die vorzeitige Rückgängigmachung dieses Vollzugs gegen sich gelten lassen, wenn ein Gericht zu dem Ergebnis kommt, dass dieser Verwaltungsakt aller Voraussicht nach keinen Bestand haben wird.

4. Der weitere Einwand der Antragsgegnerin, der Antragsteller könne das Rückzahlungsbegehren nicht gleichzeitig zum Gegenstand eines vorläufigen Rechtsschutzbegehrens und einer Klage machen, berührt die Zulässigkeit des Antrags ebenfalls nicht. Diese Frage kann allenfalls im Rahmen der Begründetheit der Rückzahlungsklage akut werden. Zahlt nämlich die Antragsgegnerin aufgrund des gemäß § 80 Abs. 5 S. 3 VwGO ergangenen Gerichtsbeschlusses den Betrag zurück, dann wird die Rückzahlungsklage infolge Erfüllung (§ 362 BGB analog) unbegründet. (Zur Vermeidung einer kostenpflichtigen Teilklageabweisung wird der Kläger dann das Rückzahlungsbegehren für erledigt erklären; dem kann sich der Beklagte anschließen; s. die Darstellung bei Schmitt Glaeser/Horn Rdnr. 514 ff., S. 299 ff.).

5. Gegen die Zulässigkeit des Rückzahlungsantrags im Übrigen bestehen keine Bedenken. Diese folgt vielmehr aus der Zulässigkeit des Aussetzungsantrags nach § 80 Abs. 5 S. 1 VwGO, als dessen Annexantrag sich das Rückzahlungsbegehren darstellt.

## II. **Begründetheit** des Rückzahlungsantrags

Der Antrag auf Aufhebung der Vollziehung gemäß § 80 Abs. 5 S. 3 VwGO ist jedenfalls dann begründet, wenn dem Antragsteller nach summarischer Prüfung nach materiellem Recht ein Vollzugsfolgenbeseitigungsanspruch zusteht (in diesem Sinne OVG Bautzen NVwZ-RR 2007, 54, 55; OVG Münster DÖV 1983, 1025; Kopp/Schenke § 80 Rdnr. 176; Schliesky/Hansen JuS 1998, 49, 53). Nach a.A. (Finkelnburg/Jank Rdnr. 889, S. 416 f.; ebenso Proppe JA 1996, 338 f.) soll es ausreichen, dass dem Antrag auf Aussetzung der Vollziehung (§ 80 Abs. 5 S. 1 VwGO) stattgegeben wird und das Interesse an der Aufhebung der Vollziehung das etwaige öffentliche Interesse am Fortbestand des Vollzugs überwiegt, was beim Vollzug eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes fast immer der Fall sein dürfte (noch weitgehender daher Schoch a.a.O., § 80 Rdnr. 231, der auf letzteres Erfordernis verzichtet). Letztlich kann die Streitfrage offen bleiben, da dem Antragsteller nach Maßgabe des materiellen Rechts tatsächlich ein Vollzugsfolgenbeseitigungsanspruch zusteht (zu den Voraussetzungen des Folgenbeseitigungsanspruchs allgemein s. AS-Skript VerwR AT 2 S. 142 ff.). Dass die Zwangsgeldfestsetzungen rechtswidrig sind und vollzogen wurden, ist bereits festgestellt. Ihr Vollzug bedeutet für den Antragsteller eine fortdauernde Rechtsbeeinträchtigung. Außerdem ist eine Rückgängigmachung rechtlich und tatsächlich möglich. Zwar unterliegen die Zwangsgeldfestsetzungen im vorliegenden Verfahren noch nicht der (rechtskräftigen) Aufhebung. Aus der gesetzlichen Regelung folgt aber, dass bei einer Geltendmachung des Folgenbeseitigungsanspruchs im Verfahren nach § 80 Abs. 5 S. 3 VwGO die bloße Suspendierung der vollzogenen Verfügung ausreicht. Während beim Folgenbeseitigungsantrag gemäß § 113 Abs. 1 S. 2 VwGO nicht die Rechtskraft des Anfechtungsurteils abgewartet zu werden braucht, bringt § 80 Abs. 5 S. 3 VwGO die weitere Erleichterung, dass bereits die bloße Suspendierung der vollzogenen Verfügung genügt (im Erg. ebenso Horn Jura 2004, 447, 449).

Der Rückzahlungsantrag ist daher begründet. Das Gericht wird der Antragsgegnerin aufgeben, an den Antragsteller die von ihm gezahlten Zwangsgelder zurückzuzahlen.



Die Anordnung einer Sicherheitsleistung gemäß § 80 Abs. 5 S. 4 VwGO, die über den Wortlaut des Gesetzes hinaus auch im Falle der Anordnung der aufschiebenden Wirkung sowie der Aufhebung der Vollziehung ausgesprochen werden kann (Kopp/Schenke § 80 Rdnr. 169 sowie Finkelnburg/Jank Rdnr. 890, S. 417 unten), wäre bei der hier zu erfolgenden Anordnung zur Rückzahlung eines Geldbetrages nicht sinnvoll. Letztlich müsste der Antragsteller dann doch den Abschluss des Hauptsacheverfahrens abwarten, bis er per Saldo sein Geld zurückerhält. Aus dem gleichen Grunde ist auch eine Beschränkung der gerichtlichen Anordnung auf bloß vorläufige Maßnahmen (s. dazu Kopp/Schenke § 80 Rdnr. 176) nicht angezeigt, zumal die Rückzahlung der Zwangsgelder ihrerseits jederzeit rückgängig gemacht werden kann.

### C. Nebenentscheidungen

I. Gemäß § 154 Abs. 1 VwGO sind der Antragsgegnerin als dem unterlegenen Teil die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

II. Einer Vollstreckbarkeitsentscheidung bedarf es nicht, da die gegen die Entscheidung gegebene Beschwerde (§ 146 Abs. 1 und 4 VwGO) ohnehin keine aufschiebende Wirkung hat (arg.e § 149 VwGO) und der Beschluss daher unmittelbar vollstreckt werden kann (i.Erg. ebenso Kopp/Schenke § 80 Rdnr. 205, die jedoch § 168 Abs. 1 Nr. 1 VwGO entsprechend anwenden wollen).

### D. Zum Streitwertbeschluss

Im Hauptsacheverfahren wäre gemäß § 52 Abs. 3 GKG von dem Betrag der festgesetzten und gezahlten Zwangsgelder i.H.v. 1.000 € auszugehen (zum Verhältnis des § 52 Abs. 3 GKG zu Nr. 1.6.1 des Streitwertkatalogs s. Nachwort). Dabei ist allerdings problematisch, ob Anfechtungsantrag und Folgenbeseitigungsantrag jeweils getrennt zu bewerten und sodann gemäß § 39 Abs. 1 GKG auf insgesamt 2.000 € zusammen zu addieren wären oder ob von einem einheitlichen Hauptsachestreitwert von 1.000 € auszugehen ist. Dies hängt davon ab, ob die einzelnen Begehren jeweils selbstständige Bedeutung haben oder lediglich Ausdruck eines einheitlichen wirtschaftlichen Interesses sind (s. VGH München NVwZ-RR 2004, 158, 159; Kopp/Schenke Anh. § 164 Rdnr. 11, Stichwort Klagenhäufung sowie Nr. 1.1.1 des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit 2004, abgedruckt in der NVwZ 2004, 1327 ff. sowie bei Kopp/Schenke Anh. § 164 Rdnr. 14). Da es im Falle einer Verbindung von Anfechtungsantrag und Folgenbeseitigungsantrag letztlich um das einheitliche Interesse des Betroffenen geht, von den durch Verwaltungsakt auferlegten Lasten wieder befreit zu werden, erscheint eine getrennte Bewertung und Zusammenrechnung nicht gerechtfertigt (so VGH München BayVBl. 1998, 444 unter ausdrücklicher Aufgabe der früheren Rspr.; ebenso OVG Saarlouis NVwZ-RR 1991, 392; Kopp/Schenke a.a.O.; Kment JuS 2005, 420, 424; a.A. VGH München BayVBl. 1979, 700; Hartmann/Albers, Kostengesetze, 37. Aufl. 2007, Anh. I B zu § 52 GKG Streitwertkatalog Rdnr. 5). Somit verbleibt es bei einem Hauptsachestreitwert von 1.000 € (a.A. jedoch durchaus vertretbar; s. auch Nachwort).

Im vorläufigen Rechtsschutzverfahren (§ 53 Abs. 3 Nr. 1 und 2 GKG)<sup>1)</sup> wird wegen der grundsätzlichen Vorläufigkeit der begehrten Maßnahme i.d.R. nur ein Bruchteil des Hauptsachewertes zugrunde gelegt, wobei als Richtschnur 1/2, in den Fällen des § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 VwGO sowie bei sonstigen auf bezifferte Geldleistungen gerichteten Verwaltungsakten 1/4 gilt (s. Nr. 1.5 des Streitwertkatalogs a.a.O. sowie Hartmann/Albers a.a.O., § 53 GKG Rdnr. 32 f. mit zum Teil abweichenden Quoten). Eine Anhebung bis hin zum Hauptsachewert ist jedoch dann gerechtfertigt, wenn durch die (beantragte) Eilentscheidung die Hauptsache bereits ganz oder teilweise vorweggenommen wird (Streitwertkatalog a.a.O.; Hart-

---

1) Die Verweisung auf § 52 Abs. 1 GKG betrifft lediglich die Quotenbildung, während die hypothetische Berechnung des Hauptsachewertes vorrangig nach Spezialvorschriften – hier also nach § 52 Abs. 3 GKG – vorzunehmen ist (vgl. VGH Kassel NVwZ-RR 2005, 366).



mann/Albers § 53 GKG Rdnr. 3 f.). Da das vorliegende vorläufige Rechtsschutzbegehren bereits darauf hinausläuft, den Rückzahlungsanspruch – ebenso wie im Hauptsacheverfahren nach § 113 Abs. 1 S. 2 VwGO – vollständig zu realisieren und nicht bloß abzusichern, erscheint eine Reduzierung nicht angemessen (s. auch Hartmann/Albers § 53 GKG Rdnr. 4, die bei Leistungstiteln i.d.R. eine Vorwegnahme annehmen). Es verbleibt daher bei einem Streitwert von 1.000 €.



Daraus ergibt sich der nachstehende

### **Beschlussentwurf**

Az: 5 D 3/08

### **Verwaltungsgericht Neuenkirchen**

#### **Beschluss**

In der Verwaltungsrechtssache

des Gastwirts Arnold Klar, Finsterweg 8, Dammfeld,

Antragstellers,

- Verfahrensbevollmächtigter: Rechtsanwalt Franke in Dammfeld -

gegen

die Stadt Dammfeld, vertreten durch den Bürgermeister, Rathausplatz 1, Dammfeld,

Antragsgegnerin,

wegen Festsetzung und Rückerstattung von Zwangsgeldern,

hat das Verwaltungsgericht Neuenkirchen - 5. Kammer - am 28.01.2008 durch den Vorsitzenden Richter am Verwaltungsgericht Knapp, die Richterin am Verwaltungsgericht König und den Richter am Verwaltungsgericht Walter

beschlossen:

Die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs des Antragstellers vom 04.10.2007 gegen die Zwangsgeldfestsetzungen der Antragsgegnerin vom 06., 10. und 19.09.2007 wird angeordnet.

Der Antragsgegnerin wird aufgegeben, an den Antragsteller die aufgrund vorgenannter Verfügungen gezahlten Zwangsgelder in Höhe von insgesamt 1.000 € zurückzuzahlen.

Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens.

Der Streitwert wird auf 1.000 € festgesetzt.

#### **G r ü n d e**

##### **I.**

Der Antragsteller betrieb bis zum 31.12.2007 eine Schankwirtschaft am Finsterweg 8 in Dammfeld. Wegen wiederholter Störungen der Nachtruhe für die Anwohner wurde mit Ordnungsverfügung der Antragsgegnerin vom 03.08.2007 - im Folgenden auch Grundverfügung genannt - die Sperrzeit für die Schankwirtschaft ab Zustellung der Verfügung auf 24.00 Uhr vorverlegt; zugleich wurde die sofortige Vollziehung angeordnet und unter Hinweis auf § 11 und § 13 des Verwaltungsvollstreckungsgesetzes des Landes L (VwVG) ein Zwangsgeld in Höhe von 200 € angedroht. Dagegen legte der Antragsteller mit Schreiben vom 17.08.2007, welches am 20.08.2007 bei der Stadtverwaltung einging, Widerspruch ein.

Nachdem der Antragsteller am 01.09.2007 die neue Sperrzeit überschritten hatte, setzte die Antragsgegnerin mit Bescheid vom 06.09.2007 das zuvor angedrohte Zwangsgeld in Höhe von 200 € fest und drohte zugleich ein erneutes Zwangsgeld in Höhe von 300 € an. Von einer vorherigen Anhörung wurde gemäß § 28 Abs. 2 Nr. 5 VwVfG mit der Begründung abgesehen, dem Antragsteller sei bereits aufgrund der Ordnungsverfügung vom 03.08.2007 bekannt, dass er im Falle von Verstößen gegen die dort auferlegte Verpflichtung mit der Verhängung von Zwangsgeldern rechnen müsse. Wegen nochmaliger Überschreitung der Sperrzeit am 08.09.2007 setzte die Antragsgegnerin mit - im Übrigen gleich lautendem - Bescheid vom 10.09.2007 ein Zwangsgeld in Höhe von 300 € fest und drohte für einen nochmaligen Verstoß ein Zwangsgeld von 500 € an. Nachdem der Antragsteller am 15.09.2007 erneut die



festgesetzte Sperrzeit überschritten hatte, setzte die Antragsgegnerin mit Verfügung vom 19.09.2007 ein Zwangsgeld in Höhe von 500 € fest. Die Verfügung schloss mit dem Zusatz, die bislang angefallenen Zwangsgelder von insgesamt 1.000 € würden im Wege des Verwaltungszwangs beigetrieben, falls der Antragsteller diese nicht spätestens bis zum 10.10.2007 zahlen sollte. Eine sofortige Beitreibung werde auch nicht durch einen Rechtsbehelf gegen die Zwangsgeldfestsetzungen gehindert, da diesem im Hinblick auf § 8 des Ausführungsgesetzes zur VwGO (AGVwGO) des Landes L keine aufschiebende Wirkung zukomme. Daraufhin zahlte der Antragsteller, der bis dahin noch keinerlei Zahlungen geleistet hatte, am 27.09.2007 den Betrag von 1.000 € bei der Stadtkasse ein.

Mit Schriftsatz vom 04.10.2007, bei der Stadtverwaltung am darauf folgenden Tag eingegangen, ließ der Antragsteller durch seinen jetzigen Verfahrensbevollmächtigten gegen alle drei Zwangsgeldfestsetzungen Widerspruch einlegen. Gleichzeitig ließ er bei dem erkennenden Gericht beantragen, den Vollzug der Grundverfügung vom 03.08.2007 auszusetzen. Durch Beschluss vom 24.10.2007 (Az.: 5 D 668/07) hat die Kammer die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs des Antragstellers vom 17.08.2007 gegen die Ordnungsverfügung der Antragsgegnerin vom 03.08.2007 wiederhergestellt.

Den – gegen die Grundverfügung gerichteten – Widerspruch selbst wies der Landrat des Landkreises Neuenkirchen durch Bescheid vom 25.10.2007, zugestellt am 29.10.2007, den Widerspruch gegen die Zwangsgeldfestsetzungen durch Bescheid vom 14.12.2007 zurück. Im Hinblick auf die bevorstehende Schließung des Gaststättenbetriebes hat der Kläger gegen die Grundverfügung keine Klage erhoben. Gegen die Zwangsgeldfestsetzungen hat er mit Schriftsatz vom 03.01.2008, bei Gericht am 04.01.2008 eingegangen, Anfechtungsklage und gleichzeitig Klage auf Rückzahlung der gezahlten Zwangsgelder erhoben. Zuvor hatte er die Beklagte vergeblich zur Rückzahlung aufgefordert.

Unter Berufung auf die in diesem Verfahren eingereichte Prozessvollmacht hat sein Bevollmächtigter mit gesondertem Schriftsatz – ebenfalls vom 03.01.2008 datierend und am 04.01.2008 bei Gericht eingegangen – um entsprechenden vorläufigen Rechtsschutz nachgesucht, was Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist.

Unter Bezugnahme auf die Klagebegründung vertritt der Antragsteller die Ansicht, zumindest wegen des gerichtlichen Aussetzungsbeschlusses vom 24.10.2007 hätten sich die Zwangsgeldfestsetzungen als rechtswidrig erwiesen. Daher stehe ihm auch ein entsprechender Rückzahlungsanspruch zu. Er sei jedoch – so seine zusätzlichen Ausführungen in der Antragschrift – nicht bereit, auf die Rückzahlung des Betrages bis zum Abschluss des Hauptverfahrens zu warten.

Der Antragsteller beantragt,

1. die Vollziehung der Zwangsgeldfestsetzungen der Antragsgegnerin vom 06., 10. und 19.09.2007 auszusetzen,
2. der Antragsgegnerin aufzugeben, an ihn, den Antragsteller, die von ihm gezahlten Zwangsgelder in Höhe von insgesamt 1.000 € unverzüglich zurückzuzahlen.

Die Antragsgegnerin beantragt,

den Antrag zurückzuweisen.

Sie hält den Antrag bereits für unzulässig. Nach erfolgter Zahlung der 1.000 € gebe es, was die Zwangsgeldfestsetzungen anbelange, nichts mehr zu vollziehen, sodass der gestellte Aussetzungsantrag ins Leere ginge. Für den auf Rückzahlung gerichteten Antrag, der offenbar auf Erlass einer einstweiligen Anordnung abziele, sei im Hinblick auf § 40 Abs. 2 S. 1 VwGO bereits der beschrittene Rechtsweg bedenklich. Zum anderen habe der Antragsteller nichts dafür vorgetragen, dass die Rückzahlung besonders eilbedürftig sei. Schließlich könne der Antragsteller das Rückzahlungsbegehren nicht gleichzeitig zum Gegenstand einer Klage und eines vorläufigen Rechtsschutzbegehrens machen. Bekäme er in der Sache Recht, so würde er sein Geld zweimal zurückerhalten.



In der Sache trägt die Antragsgegnerin vor, wegen der Anordnung der sofortigen Vollziehung habe die Grundverfügung vom 03.08.2007 trotz des vom Antragsteller eingelegten Widerspruchs mit dem Mittel des Zwangsgeldes durchgesetzt werden dürfen. Dem erst später erfolgten Aussetzungsbeschluss vom 24.10.2007 komme keine Rückwirkung zu. Zumindest sei mit dem Verstreichenlassen der Klagefrist und damit dem Eintritt der Unanfechtbarkeit der Grundverfügung der gerichtliche Aussetzungsbeschluss hinfällig geworden, sodass dieser die Rechtmäßigkeit der Zwangsgeldfestsetzungen nicht beeinflussen könne. Folglich stehe dem Kläger auch kein Anspruch auf Rückzahlung der gezahlten Zwangsgelder zu.

## II.

Der Antrag auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes hatte insgesamt Erfolg.

Der Antrag zu 1. ist als gerichtlicher Aussetzungsantrag i.S.v. § 80 Abs. 5 S. 1 VwGO zulässig. Der Verwaltungsrechtsweg ist vorliegend gemäß § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO eröffnet. Die im Streit befindlichen Zwangsgeldfestsetzungen sind gestützt auf die öffentlich-rechtlichen Vorschriften des VwVG.

Statthafte Antragsart beim Antrag zu 1. ist das Aussetzungsverfahren gemäß § 80 Abs. 5 S. 1 VwGO. Es geht um den Vollzug belastender Verwaltungsakte, die im Hauptsacheverfahren mit der Anfechtungsklage anzugreifen sind. Nach einhelliger Meinung sind nicht nur die Androhung, sondern auch die Festsetzung von Zwangsgeldern selbstständig anfechtbare Verwaltungsakte, sofern – wie hier (§ 14 VwVG) – die Zwangsmittelfestsetzung gesetzlich vorgeschrieben ist. Während die Androhung eine verbindliche Regelung über Art und Modalität der Vollstreckung darstellt, beinhaltet die (gesetzlich vorgeschriebene) Festsetzung eines Zwangsgeldes eine verbindliche Zahlungsaufforderung i.S. eines Leistungsbescheides.

Entgegen der Ansicht der Antragsgegnerin haben sich die Zwangsgeldfestsetzungen auch nicht erledigt, mit der Folge, dass sie dann ohnehin eines Vollzuges nicht mehr fähig wären und der gestellte Aussetzungsantrag ins Leere ginge. Für einen nachträglichen Wegfall der Beschwer und damit Erledigung scheint zwar zunächst zu sprechen, dass nach erfolgter Zahlung eine zwangsweise Beitreibung des Betrages nach § 3 VwVG nicht mehr zulässig ist. Auf der anderen Seite ist jedoch zu beachten, dass es sich bei der Zahlung um einen Unterfall der Vollziehung handelt. Denn unter Vollziehung sind nicht nur Zwangsmaßnahmen, sondern auch die freiwillige Befolgung einer Verfügung zu verstehen, jedenfalls soweit sie unter dem Druck drohender Vollstreckungsmaßnahmen erfolgt. Auch nach Maßgabe dieser Einschränkung ist hier eine Vollziehung anzunehmen. Der Antragsteller, der auf die ersten beiden Zwangsgeldfestsetzungen noch keinerlei Zahlungen geleistet hatte, konnte augenscheinlich erst durch den Druck der in der dritten Zwangsgeldfestsetzung enthaltenen Androhung von Vollstreckungsmaßnahmen dazu bewogen werden, den angefallenen Gesamtbetrag zu bezahlen. Handelte es sich bei der Zahlung mithin um eine Vollziehung der Zwangsgeldfestsetzungen, so ist damit eine Erledigung nicht eingetreten. Denn anerkanntermaßen erledigt sich ein Verwaltungsakt nicht dadurch, dass er vollzogen wird, solange – wie hier – eine Rückgängigmachung der Vollziehung möglich ist und bei objektiver Betrachtung sinnvoll erscheint. Insoweit enthalten die Zwangsgeldfestsetzungen nach wie vor eine fortdauernde Beschwer in dem Sinne, dass sie einem auf Rückzahlung gerichteten Folgenbeseitigungsbegehren entgegenstehen. Unter diesem Gesichtspunkt, nämlich der Geltendmachung eines auf Rückzahlung gerichteten Folgenbeseitigungsanspruchs, hat daher auch der bereits vollzogene Verwaltungsakt fortdauernde Rechtswirkungen und kann daher Gegenstand eines Aussetzungsantrags sein.

Dem weiteren Erfordernis des Aussetzungsverfahrens, dass nämlich gegen den zu vollziehenden bzw. bereits vollzogenen Verwaltungsakt ein Rechtsbehelf i.S.d. § 80 Abs. 1 VwGO eingelegt sein muss, dessen (an sich) gegebene aufschiebende Wirkung nach Maßgabe des § 80 Abs. 2 VwGO entfällt, ist vorliegend ebenfalls Genüge getan. Der Antragsteller hat gegen die Zwangsgeldfestsetzungen sowohl Widerspruch eingelegt als auch Anfechtungsklage erhoben. Maßgeblicher Rechtsbehelf i.S.v. § 80 Abs. 1 VwGO, dessen aufschiebende Wirkung angeordnet oder wiederhergestellt werden kann, ist in diesen Fällen allein der ur-



sprünglich eingelegte Widerspruch, nicht dagegen die später erhobene Anfechtungsklage. Dies folgt daraus, dass § 80 b VwGO von einer (zeitlich) einheitlichen aufschiebenden Wirkung ausgeht, die nicht durch den Suspensiveffekt des später eingelegten Rechtsbehelfs abgelöst wird. Der somit maßgebliche Rechtsbehelf des Widerspruchs ist für sich gesehen der aufschiebenden Wirkung fähig. Insbesondere ist nichts dafür ersichtlich, dass ihm wegen offensichtlicher Unzulässigkeit, wie etwa Fristversäumung, von vornherein keine aufschiebende Wirkung zukommt. Mit dem am 05.10.2007 bei der Antragsgegnerin eingegangenen Widerspruch ist selbst hinsichtlich der ersten, vom 06.09.2007 datierten Zwangsgeldfestsetzung noch die Monatsfrist des § 70 Abs. 1 S. 1 VwGO gewahrt. Weiterhin liegt auch nicht der Fall vor, dass die aufschiebende Wirkung nach § 80 b Abs. 1 S. 1 VwGO wegen zwischenzeitlicher Unanfechtbarkeit ohnehin geendet hätte. Mit der am 04.01.2008 eingegangenen Klage hat der Antragsteller (Kläger) nämlich in jedem Fall die Klagefrist des § 74 Abs. 1 VwGO von einem Monat seit Zustellung des vom 14.12.2007 datierenden Widerspruchsbescheides eingehalten. Die somit an sich gegebene aufschiebende Wirkung des Widerspruchs entfällt vorliegend aufgrund von § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 VwGO i.V.m. § 8 des Ausführungsgesetzes zur VwGO des Landes L (AGVwGO). Bei den Zwangsgeldfestsetzungen handelt es sich nämlich um Maßnahmen in der Verwaltungsvollstreckung i.S.v. § 8 AGVwGO. Sie dienen der zwangsweisen Durchsetzung der Grundverfügung vom 03.08.2007, also der Vollstreckung zur Erzwingung von Unterlassungen (§§ 6, 11, 14 VwVG).

Für den nach alledem statthaften Aussetzungsantrag steht dem Antragsteller die in analoger Anwendung des § 42 Abs. 2 VwGO erforderliche Antragsbefugnis zu. Als Adressat der – in diesem Rahmen nach § 3 VwVG – zu vollziehenden Zwangsgeldfestsetzungen kann er nämlich geltend machen, dass diese möglicherweise unter Verstoß gegen die aufschiebende Wirkung (§ 80 Abs. 1 VwGO) erlassen worden sind. Die aufschiebende Wirkung beinhaltet als Ausdruck der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG anerkanntermaßen auch subjektive Rechte des Betroffenen. Durch die aufschiebende Wirkung soll im Interesse des Betroffenen ein zeitnahe und damit effektiver Rechtsschutz gewährleistet werden, um ihn davor zu schützen, dass als Folge übermäßig langer Dauer des Hauptsacheverfahrens vollendete Tatsachen geschaffen werden.

Für den gestellten Aussetzungsantrag ist weiterhin das angegangene Verwaltungsgericht Neuenkirchen sachlich und örtlich zuständig. „Gericht der Hauptsache“ i.S.v. § 80 Abs. 5 S. 1 VwGO ist es schon deshalb, weil bei ihm bereits tatsächlich Anfechtungsklage gegen die Zwangsgeldfestsetzungen erhoben worden ist. Darüber hinaus ist aber auch nach Maßgabe des Prozessrechts (§§ 45, 52 Nr. 3 S. 1 VwGO) die Zuständigkeit für das Hauptsacheverfahren gegeben. Der Antrag entspricht weiterhin den Formerfordernissen der §§ 81 f. VwGO, welche für das Aussetzungsverfahren analog gelten. Hinsichtlich des Erfordernisses des bestimmten Antrags (§ 82 Abs. 1 S. 2 VwGO) war ausreichend, dass der Antragsteller die Aussetzung des Vollzugs eines konkret bezeichneten Verwaltungsakts beantragt hat. Nicht erforderlich ist, dass der genaue Wortlaut der gerichtlichen Entscheidung („Anordnung oder Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung“) vorweggenommen wird. Ferner erstreckt sich die im Hauptsacheverfahren eingereichte Prozessvollmacht gemäß § 173 VwGO i.V.m. § 82 ZPO auf das hier vorliegende vorläufige Rechtsschutzverfahren. Der Antrag ist schließlich in Übereinstimmung mit dem im Aussetzungsverfahren entsprechend anwendbaren § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO zu Recht gegen die Stadt Dammfeld als Trägerin der handelnden Behörde (Bürgermeister) gerichtet worden.

Der danach zulässige Antrag zu 1. ist auch begründet, weil eine im Rahmen einer eigenen Ermessensentscheidung durchzuführende Interessenabwägung des Gerichts zwischen dem öffentlichen Vollzugsinteresse einerseits und dem Aufschubinteresse des Antragstellers andererseits zu dem Ergebnis führt, dass dem Aufschubinteresse der Vorrang zu geben ist.

Ein überwiegendes Aufschubinteresse kann aus einer offensichtlichen Rechtswidrigkeit der vollzogenen Zwangsgeldfestsetzungen hergeleitet werden. Bei allem Streit, den es in der Rspr. und Rechtslehre im Einzelnen um die Begründetheit des Aussetzungsantrags gibt, ist es jedenfalls einhellige Meinung, dass an der Vollziehung eines offensichtlich rechtswidrigen



Verwaltungsaktes kein überwiegendes öffentliches Vollzugsinteresse bestehen kann, der Aussetzungsantrag in diesem Fall also begründet ist.

Die Zwangsgeldfestsetzungen, deren Vollzug hier ausgesetzt werden sollen, sind offensichtlich rechtswidrig, da zum Zeitpunkt ihres Erlasses die Voraussetzungen für die Zulässigkeit von Verwaltungszwang nicht vorlagen. Sie ermangelten zu diesem Zeitpunkt einer unanfechtbaren oder sofort vollziehbaren Grundverfügung (§ 6 Abs. 1 VwVG).

Die mit einer Anordnung der sofortigen Vollziehung versehene Ordnungsverfügung vom 03.08.2007 stellt keine ausreichende Grundlage für die Zwangsgeldfestsetzungen dar, weil ihr durch den Beschluss der Kammer vom 24.10.2007 die Vollziehbarkeit rückwirkend wieder genommen worden ist. Entgegen der Ansicht der Antragsgegnerin kommt der Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung durch das Gericht gemäß § 80 Abs. 5 S. 1 VwGO – ebenso wie im Fall des § 80 Abs. 1 S. 1 VwGO der aufschiebenden Wirkung von Widerspruch und Klage – Rückwirkung zu, soweit im Beschluss nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt ist. Im Schrifttum wurde zwar vereinzelt die Auffassung vertreten, der gerichtliche Aussetzungsbeschluss sei lediglich auf die Zukunft gerichtet. Zur Begründung wurde ausgeführt, das Gericht beziehe seine Interessenabwägung auf den Zeitpunkt seiner Entscheidung. Außerdem wäre die dem Gericht gemäß § 80 Abs. 5 S. 3 VwGO eingeräumte Möglichkeit, die Aufhebung der Vollziehung anzuordnen, überflüssig, wenn derselbe Effekt bereits mit einer Entscheidung nach S. 1 der vorgenannten Vorschrift erzielt werden könnte.

Diese Argumentation vermag nicht zu überzeugen. Zwar ist bei der gemäß § 80 Abs. 5 S. 1 VwGO vorzunehmenden Interessenabwägung wesentlich auf den Sach- und Streitstand z.Zt. der gerichtlichen Entscheidung abzustellen. Das Gericht muss hierbei aber auch die maßgeblichen Gesichtspunkte ab Erlass der behördlichen Verfügung berücksichtigen und darüber entscheiden, ob es die aufschiebende Wirkung ganz oder teilweise anordnet bzw. wiederherstellt, insbesondere ob die aufschiebende Wirkung den zurückliegenden Zeitraum erfassen soll oder nicht. Da die gerichtliche Entscheidung gemäß § 80 Abs. 5 S. 1 VwGO auf die in § 80 Abs. 1 VwGO geregelte aufschiebende Wirkung von Widerspruch bzw. Klage abzielt, muss auch ihr grundsätzlich die gleiche Wirkung zukommen, sofern nicht etwas anderes ausdrücklich im Beschluss bestimmt ist. Der aufschiebenden Wirkung der Rechtsbehelfe gemäß § 80 Abs. 1 VwGO kommt jedoch rückwirkende Kraft auf den Zeitpunkt des Erlasses des Verwaltungsaktes zu. Damit handelt die Behörde, wenn sie den Verwaltungsakt bereits vor Eintritt der Unanfechtbarkeit vollziehen will, immer auf eigenes Risiko. Auch kann der Gegenmeinung nicht darin beigepflichtet werden, bei einer solchen Betrachtungsweise sei die Regelung des § 80 Abs. 5 S. 3 VwGO überflüssig. Die darin vorgesehene Rückgängigmachung der Vollziehung kann nämlich nicht bereits dadurch erzwungen werden, dass das Gericht einen (rückwirkenden) Aussetzungsbeschluss nach § 80 Abs. 5 S. 1 VwGO erlässt. Erst ein zusätzlicher Aufhebungsbeschluss nach § 80 Abs. 5 S. 3 VwGO stellt einen diesbezüglichen Vollstreckungstitel dar.

Sind danach die Zwangsgeldfestsetzungen unter Verstoß gegen die aufschiebende Wirkung erlassen worden, so wird dieser Mangel auch nicht durch die spätere Unanfechtbarkeit der Grundverfügung geheilt. Zwar ist die Grundverfügung mit Ablauf des 29.11.2007 unanfechtbar geworden, da in diesem Zeitpunkt die Klagefrist des § 74 Abs. 1 VwGO von einem Monat seit der am 29.10.2007 erfolgten Zustellung des entsprechenden Widerspruchsbescheides abgelaufen ist. Der Eintritt der Unanfechtbarkeit hat nach (fast) einhelliger Meinung zur Folge, dass die aufschiebende Wirkung rückwirkend wieder entfällt. Das bedeutet, dass die Beteiligten grundsätzlich so zu behandeln sind, wie es der von Anfang an gegebenen vollen Wirksamkeit und Vollziehbarkeit des Verwaltungsaktes entsprochen hätte. Gleichwohl ändert dieser Umstand nichts an der Rechtswidrigkeit bereits vorher erlassener Zwangsmaßnahmen. Denn für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit eines Vollstreckungsaktes nach § 6 Abs. 1 VwVG ist allein maßgebend, ob im Zeitpunkt des Verwaltungszwangs eine unanfechtbare oder sofort vollziehbare Grundverfügung vorlag; es reicht nicht aus, dass zu einem späteren Zeitpunkt die Unanfechtbarkeit eintritt. Eine gegenteilige Auffassung würde es der Behörde ermöglichen, ohne Rücksicht auf die Unanfechtbarkeit oder sofortige Vollziehbar-





keit der Grundverfügung und im Vertrauen auf die später eintretende Unanfechtbarkeit Vollzugsmaßnahmen zu ergreifen und damit die dem Rechtsschutz des Bürgers dienende Grundregel des § 80 Abs. 1 S. 1 VwGO zu entwerten. Dabei kann es keinen Unterschied machen, ob die Behörde von vornherein eine Vollstreckung unter Verstoß gegen die aufschiebende Wirkung vornimmt oder ob – wie hier – die von ihr getroffene Anordnung der sofortigen Vollziehung durch einen späteren Aussetzungsbeschluss rückwirkend wieder beseitigt wird. Im letzteren Fall geht die Behörde zwar davon aus, dass sie aufgrund der Vollzugsanordnung vollstrecken darf. Dabei handelt sie aber immer auf eigenes Risiko, nämlich das der späteren (rückwirkenden) Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung (s.o.); sie hat demzufolge auch keinerlei schutzwürdiges Vertrauen am Fortbestand der von ihr getroffenen Vollzugsanordnung. Auch in diesem Fall kann die spätere Unanfechtbarkeit die fehlerhaften Vollstreckungsmaßnahmen nicht heilen.

Die Zwangsgeldfestsetzungen sind daher wegen Verstoßes gegen § 6 Abs. 1 VwVG rechtswidrig. An ihrer Vollziehung konnte kein überwiegendes öffentliches Interesse bestehen. Die kraft Gesetzes ausgeschlossene aufschiebende Wirkung des gegen die Zwangsgeldfestsetzungen gerichteten Widerspruchs war daher nach § 80 Abs. 5 S. 1 VwGO anzuordnen.

Ist der Antrag zu 1. damit erfolgreich, so gilt Gleiches auch für den auf Rückzahlung gerichteten Antrag zu 2.

Auch hinsichtlich des Antrags zu 2. ist der Verwaltungsrechtsweg gemäß § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO gegeben, da das Rückzahlungsbegehren das Gegenstück zur öffentlich-rechtlichen Zwangsgeldforderung ist. Entgegen der Ansicht der Antragsgegnerin greift die anderweitige Rechtswegzuweisung an die Zivilgerichte gemäß § 40 Abs. 2 S. 1 VwGO nicht durch. Unter „Schadensersatzansprüchen aus der Verletzung öffentlich-rechtlicher Pflichten“ i.S.d. Vorschrift fällt nämlich nur die Entschädigung für erlittene Eingriffe, nicht dagegen der Anspruch auf Beseitigung, Unterlassung oder – was hier in Betracht kommt – die Rückgängigmachung von Eingriffen. Nur bei den erstgenannten Ansprüchen besteht ein häufiger Sachzusammenhang mit Enteignungs-, Aufopferungs- und Amtshaftungsansprüchen, der es rechtfertigt, auch diese Ansprüche den Zivilgerichten zuzuweisen.

Statthafte Antragsart ist nicht, wie die Antragsgegnerin meint, die einstweilige Anordnung nach § 123 VwGO, sondern der Antrag auf „Aufhebung der Vollziehung“ gemäß § 80 Abs. 5 S. 3 VwGO. Gemäß § 123 Abs. 5 VwGO greift nämlich die einstweilige Anordnung als Auffangtatbestand vorläufigen Rechtsschutzes nicht ein in den Fällen der § 80 und § 80 a VwGO, also dann, wenn es um die Vollziehung von Verwaltungsakten geht. Was gerichtlichen Rechtsschutz anbelangt, ist damit das Aussetzungsverfahren nach § 80 Abs. 5 (bzw. § 80 a Abs. 3) VwGO die vorrangige Rechtsschutzform. Dies gilt nicht nur für die Aussetzung i.e.S. (§ 80 Abs. 5 S. 1 VwGO), sondern auch für die Aufhebung der Vollziehung (S. 3) als Annex zum Aussetzungsverfahren. Im vorliegenden Fall geht es um eine solche Aufhebung der Vollziehung. Darunter ist die Rückgängigmachung erfolgter Vollziehungshandlungen, u.a. auch die Rückzahlung begetriebener Geldbeträge, zu verstehen. Dass die Zahlung des Zwangsgeldes seitens des Antragstellers als Vollziehung i.S.d. § 80 VwGO anzusehen ist, wurde oben bereits dargelegt. Mit der Rückzahlung begehrt der Antragsteller mithin die „Aufhebung der Vollziehung“ i.S.v. § 80 Abs. 5 S. 3 VwGO.

Entgegen der Ansicht der Antragsgegnerin scheidet die Zulässigkeit nicht an mangelnder Geltendmachung der Eilbedürftigkeit. Im Gegensatz zur einstweiligen Anordnung (§ 123 Abs. 3 VwGO i.V.m. § 920 Abs. 1 ZPO) ist nämlich im Aussetzungsverfahren die Geltendmachung einer besonderen Eilbedürftigkeit nicht erforderlich. Die generelle Eilbedürftigkeit folgt bei noch nicht vollzogenen Verwaltungsakten aus dem drohenden Vollzug. Bei der Rückgängigmachung bereits erfolgter Vollzugsmaßnahmen ist eine Eilentscheidung ebenfalls sachlich gerechtfertigt. Vollzieht nämlich die Behörde einen Verwaltungsakt bereits vor dessen Unanfechtbarkeit, also ebenfalls im Eilverfahren, dann muss sie auch die vorzeitige Rückgängigmachung dieses Vollzugs gegen sich gelten lassen, wenn ein Gericht zu dem Er-



gebnis kommt, dass dieser Verwaltungsakt aller Voraussicht nach keinen Bestand haben wird.

Der weitere Einwand der Antragsgegnerin, der Antragsteller könne das Rückzahlungsbegehren nicht gleichzeitig zum Gegenstand eines vorläufigen Rechtsschutzbegehrens und einer Klage machen, berührt die Zulässigkeit des vorliegenden Antrags ebenfalls nicht. Diese Frage kann allenfalls im Rahmen der Begründetheit der Rückzahlungsklage akut werden. Zahlt nämlich die Antragsgegnerin aufgrund des gemäß § 80 Abs. 5 S. 3 VwGO ergangenen Gerichtsbeschlusses den Betrag zurück, dann wird die Rückzahlungsklage infolge Erfüllung (§ 362 BGB analog) unbegründet.

Auch im Übrigen ist die Zulässigkeit des Rückzahlungsantrags als Annexantrag zum Aussetzungsantrag bedenkenfrei, da sie insoweit aus der Zulässigkeit des Aussetzungsantrags folgt.

Der somit zulässige Antrag zu 2. ist auch begründet. Dabei konnte der genaue Maßstab, der allgemein für die Begründetheit eines Antrags auf Aufhebung der Vollziehung anzulegen ist, offen bleiben. Folgt man der Meinung, wonach es ausreichend ist, dass dem Antrag auf Aussetzung der Vollziehung (§ 80 Abs. 5 S. 1 VwGO) stattgegeben wird und das Interesse des Antragstellers an der Aufhebung der Vollziehung das etwaige öffentliche Interesse am Fortbestand des Vollzugs überwiegt, so steht die Begründetheit des Antrags zu 2. außer Frage. Denn es ist – wie auch hier – kaum denkbar, dass am Fortbestand des Vollzuges eines offensichtlich rechtswidrigen Verwaltungsakts ein überwiegendes öffentliches Interesse besteht. Aber auch dann, wenn man mit der Gegenmeinung verlangt, dass dem Antragsteller nach summarischer Prüfung nach materiellem Recht ein Vollzugsfolgenbeseitigungsanspruch zusteht, so kommt man vorliegend zur Begründetheit des Annexantrages. Dem Antragsteller steht nämlich durchaus ein auf Rückzahlung der 1.000 € gerichteter Vollzugsfolgenbeseitigungsanspruch zu. Dass die Zwangsgeldfestsetzungen rechtswidrig sind und vollzogen wurden, ist bereits festgestellt. Ihr Vollzug bedeutet für den Antragsteller eine fortdauernde Rechtsbeeinträchtigung. Außerdem ist eine Rückgängigmachung rechtlich und tatsächlich möglich. Zwar unterliegen die Zwangsgeldfestsetzungen im vorliegenden Verfahren noch nicht der (rechtskräftigen) Aufhebung. Aus der gesetzlichen Regelung folgt aber, dass bei einer Geltendmachung des Folgenbeseitigungsanspruchs im Verfahren nach § 80 Abs. 5 S. 3 VwGO die bloße Suspendierung der vollzogenen Verfügung ausreicht. Während beim Folgenbeseitigungsantrag gemäß § 113 Abs. 1 S. 2 VwGO nicht die Rechtskraft des Anfechtungsurteils abgewartet zu werden braucht, bringt § 80 Abs. 5 S. 3 VwGO die weitere Erleichterung, dass bereits die bloße Suspendierung der vollzogenen Verfügung genügt.

Die Entscheidung über die mithin insgesamt erfolgreichen Anträge mit der Anordnung einer Sicherheitsleistung gemäß § 80 Abs. 5 S. 4 VwGO zu verbinden, die über den Wortlaut des Gesetzes hinaus auch im Falle der Anordnung der aufschiebenden Wirkung sowie der Aufhebung der Vollziehung ausgesprochen werden kann, wäre bei der hier zu erfolgenden Rückzahlung eines Geldbetrages nicht sinnvoll. Letztlich müsste der Antragsteller dann doch den Abschluss des Hauptsacheverfahrens abwarten, bis er per Saldo sein Geld zurückerhält. Aus dem gleichen Grunde ist auch eine Beschränkung der gerichtlichen Anordnung auf bloß vorläufige Maßnahmen nicht angezeigt, zumal die Rückzahlung der Zwangsgelder ihrerseits jederzeit rückgängig gemacht werden kann.

Gemäß § 154 Abs. 1 VwGO hat die Antragsgegnerin als unterlegener Teil die Kosten des Verfahrens zu tragen.

Im Rahmen der Streitwertfestsetzung ist das Gericht davon ausgegangen, dass im Hauptsacheverfahren gemäß § 52 Abs. 3 GKG der Betrag der festgesetzten und gezahlten Zwangsgelder i.H.v. 1.000 € zugrunde zu legen wäre. Dabei hielt es die Kammer nicht für gerechtfertigt, beide Anträge jeweils getrennt zu bewerten und sodann gemäß § 39 Abs. 1 GKG zusammenzurechnen, sondern ging in Anlehnung an die h.M. von einem einheitlichen Streitwert aus. Da es im Falle einer Verbindung von Anfechtungsantrag und Folgenbeseitigungsantrag letztlich um das einheitliche Interesse des Betroffenen geht, von den durch Verwaltungsakt auferlegten Lasten wieder befreit zu werden, erscheinen beide Anträge als Ausdruck



eines einheitlichen wirtschaftlichen Interesses. Es fehlt also an der selbstständigen Bedeutung beider Anträge, was für eine Zusammenrechnung erforderlich ist (s. Nr. 1.1.1 des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit).

War somit in der Hauptsache von einem einheitlichen Streitwert von 1.000 € auszugehen, so war dieser Wert für das vorliegende vorläufige Rechtsschutzverfahren auch nicht zu reduzieren. Zwar ist wegen der Vorläufigkeit der im Eilverfahren begehrten Maßnahme eine Reduzierung auf einen Bruchteil des Hauptsachewertes i.d.R. angezeigt (s. Nr. 1.5 des Streitwertkatalogs). Eine Anhebung bis hin zum Hauptsachewert ist jedoch dann gerechtfertigt, wenn durch die (beantragte) Eilentscheidung die Hauptsache bereits ganz oder teilweise vorweggenommen wird (Streitwertkatalog a.a.O.). Da das vorliegende vorläufige Rechtsschutzbegehren bereits darauf hinausläuft, den Rückzahlungsanspruch – ebenso wie im Hauptsacheverfahren nach § 113 Abs. 1 S. 2 VwGO – vollständig zu realisieren und nicht bloß abzuschern, erschien eine Reduzierung nicht angemessen. Es verbleibt daher bei einem Streitwert von 1.000 €.

- Rechtsmittelbelehrung:** 1. hinsichtlich der Sachentscheidung: Beschwerde gemäß § 146 Abs. 1 VwGO unter Hinweis auf den Begründungszwang des § 146 Abs. 4 VwGO
2. Beschwerde gemäß § 68 GKG hinsichtlich der Streitwertfestsetzung

gez.  
Knapp

gez.  
König

gez.  
Walter

*Sehr geehrte Kursteilnehmerin, sehr geehrter Kursteilnehmer,*

*die Klausur weist, was den Umfang der zu lösenden Problematik anbelangt, einen durchaus gehobenen Schwierigkeitsgrad auf. Auch das Erfassen des Sachverhalts war angesichts der zahlreichen Daten nicht ganz einfach, weshalb es unumgänglich war, diese auf einem gesonderten Merkblatt chronologisch zu ordnen. Erleichtert wurde Ihnen die Klausurlösung jedoch dadurch, dass die rechtliche Problematik selbst fast ausschließlich formeller Natur war und insbesondere die materiell-rechtliche Thematik des Gaststättenrechts wegen der Nichtanfechtung der Grundverfügung keinerlei Rolle spielte (zum Gaststättenrecht, insbesondere zur Verlagerung der Gesetzgebungskompetenz auf die Länder als Folge der Föderalismusreform s. AS-Skript BesOrdnr, 5. Aufl. 2007, S. 130 ff.).*

*Hinsichtlich des Antrags zu 1. war schon aufgrund der Antragsformulierung unschwer zu erkennen, dass es sich um einen Aussetzungsantrag nach § 80 Abs. 5 S. 1 VwGO handelt. Bei der diesbezüglichen Zulässigkeitsprüfung lag der Schwerpunkt bei der Erledigung (wobei es durchaus vertretbar war, diesen Punkt aufbaumäßig dem Rechtsschutzbedürfnis zuzuordnen). Im Übrigen wies die Zulässigkeitsprüfung beim Antrag zu 1. keine Besonderheiten auf.*

*Bei der Begründetheit des Antrags zu 1. lag der Schwerpunkt bei der Frage der Rückwirkung des Aussetzungsbeschlusses, gefolgt von der Problematik der nachträglichen Unanfechtbarkeit der Grundverfügung. Beide Problemkreise waren in der Antragserwiderungsschrift – wenn auch nur knapp – angesprochen.*

*Beim Antrag zu 2. war ganz entscheidend, die richtige Antragsart herauszufinden. Trotz der irreführenden Ausführungen der Antragsgegnerin (einstweilige Anordnung) musste sich Ihnen, insbesondere im Hinblick auf die Anträge in der Klageschrift, die Parallele zu § 113 Abs. 1 S. 2 VwGO aufdrängen, sodass Sie bei einem vollständigen Lesen des § 80 Abs. 5 VwGO die richtige Antragsart erkennen konnten. Die Einordnung als einstweilige Anordnung war angesichts der klaren Abgrenzungsregelung des § 123 Abs. 5 VwGO nicht vertretbar und daher falsch.*



Die Begründetheit des Antrags zu 2. war jedenfalls wegen des offensichtlich gegebenen Folgenbeseitigungsanspruchs unproblematisch. Zusätzliche Pluspunkte konnten Sie sich holen, wenn Sie hier auch das Problem erkannten, ob der Regelung des § 80 Abs. 5 S. 3 VwGO lediglich verfahrensrechtliche Bedeutung zukommt oder ob sie auch die Prüfung des Folgenbeseitigungsanspruchs überflüssig macht.

Im Rahmen der Streitwertfestsetzung war hinsichtlich des (hypothetischen) Hauptsachewerts von § 52 Abs. 3 GKG auszugehen. Zum gleichen Ergebnis kommt man allerdings auch bei Anwendung von Nr. 1.6.1 S. 1 des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit (so OVG Weimar NVwZ-RR 2002, 808, 809 zu Nr. 1.8 des Katalogs a.F.). Dieser Bestimmung dürfte jedoch, was (regelnde) Zwangsgeldfestsetzungen im Verwaltungsvollstreckungsverfahren anbelangt, wegen der vorrangigen gesetzlichen Regelung des § 52 Abs. 3 GKG allenfalls deklaratorische Bedeutung zukommen (VGH Mannheim NVwZ-RR 1998, 692; a.A. offenbar OVG Weimar a.a.O.). Mit „Zwangsgeldfestsetzung“ i.S.v. Nr. 1.6.1 des Streitwertkatalogs dürfte daher in erster Linie das gerichtliche Vollstreckungsverfahren nach § 172 VwGO gemeint sein. Dagegen wird die Zwangsgeldandrohung im Verwaltungsvollstreckungsverfahren ohne weiteres von Nr. 1.6.1 (S. 2) des Katalogs erfasst, da die bloße Androhung – anders als die Festsetzung – noch nicht (unmittelbar) auf eine Geldleistung „gerichtet“ (i.S.v. § 52 Abs. 3 GKG) ist (VGH Mannheim a.a.O.; VGH Kassel NVwZ-RR 2000, 331). Im Übrigen mussten Sie bei der Streitwertfestsetzung das Problem erkennen, ob beide Anträge getrennt zu bewerten und sodann zusammenzurechnen sind. Hier war durchaus der gegenteilige Standpunkt vertretbar, etwa mit der Begründung, dass erst die Folgenbeseitigungsentscheidung einen vollstreckbaren Rückzahlungstitel darstellt. Immerhin hat ein- und derselbe Senat des VGH München unterschiedliche Standpunkte in dieser Frage eingenommen. Auch hinsichtlich der Reduzierung (voller Hauptsachestreitwert oder Bruchteil) war der gegenteilige Standpunkt vertretbar, etwa mit der Begründung, dass die Rückzahlung jederzeit rückgängig gemacht werden kann (zu den verschiedenen Arten der Vorwegnahme der Hauptsache s. Finkelnburg/Jank Rdnr. 204 bis 210, S. 95 ff.). Nahmen Sie eine getrennte Bewertung und Addition beider Anträge vor und bejahten Sie gleichzeitig eine Vorwegnahme der Hauptsache, so mussten Sie erkennen, dass die Vorwegnahme nur den Antrag zu 2. erfasst, im Falle einer getrennten Bewertung der Antrag zu 1. also zu reduzieren ist. Bei Zugrundelegung von Nr. 1.5 des Streitwertkatalogs („GeldleistungsVA“) ergäbe sich dann ein Streitwert von 250 € plus 1.000 € insgesamt also 1.250 €.

In aufbaumäßiger Hinsicht war es geboten, die beiden Anträge zu trennen, den Antrag zu 1. also zunächst voll auf seine Zulässigkeit **und** Begründetheit zu überprüfen. Der Folgenbeseitigungsantrag ist nämlich im Zweifel als sog. „uneigentlicher Hilfsantrag“, d.h. nur für den Fall des **Erfolgs** des Hauptantrags gestellt (s. Pietzcker in Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner § 44 Rdnr. 10; Kopp/Schenke § 113 Rdnr. 80 und 84: Folgenbeseitigungsklage ist Sonderform der Stufenklage). Mangels abweichender Verlautbarung in der Antragschrift wäre der Antrag zu 2. bei Erfolglosigkeit des Antrags zu 1. also gar nicht zur Entscheidung gestellt.

Hinsichtlich der mitwirkenden Richter war in Nr. 1 des Bearbeitungsvermerks noch eine kleine „Falle“ eingebaut, indem dort die ehrenamtlichen Richter mitaufgeführt waren. Dies bedeutete jedoch nur, dass diese an dem betreffenden Sitzungstage anwesend sind, nicht dagegen, dass sie auch in jeder Sache mitentscheiden. Hier musste erkannt werden, dass die ehrenamtlichen Richter gemäß § 5 Abs. 3 S. 2 VwGO nicht mitwirken (zur Zulässigkeit einer Einzelrichterentscheidung im Eilverfahren s. Kopp/Schenke § 6 Rdnr. 2 m.w.N.).

Martin Mönnig

-----