

§§ 80, 123 VwGO; § 52 BImSchG

## Eilrechtsschutz gegen vollzogene Verfügung

OVG NRW, Beschl. v. 04.06.2021 – 8 B 165/21, BeckRS 2021, 14530  
BayVGH, Beschl. v. 27.05.2021 – 19 CE 21.708, BeckRS 2021, 12519

### Fall

Der AG erließ gegen den ASt eine Verfügung nach § 52 BImSchG, in der dem ASt als Eigentümer eines Anlagengrundstücks i.S.d. BImSchG aufgegeben wurde, das Betreten des Betriebsgrundstücks durch Mitarbeiter des AG zwecks Durchführung der Umweltinspektion zu gewöhnlichen Geschäftszeiten zu dulden. Der AG ordnete die sofortige Vollziehung der Verfügung an und drohte ein Zwangsgeld an. Der ASt hat Klage gegen die Verfügung erhoben und beantragt, deren aufschiebende Wirkung wiederherzustellen. Wenige Tage später führte der AG die Umweltinspektion durch. Das Protokoll und die von den Betriebsanlagen gefertigten Fotografien übermittelte er dem ASt und teilte mit, er halte die Duldungsverfügung nunmehr für „verbraucht“.

Auf die gerichtliche Nachfrage, ob das Eilrechtsschutzverfahren fortgesetzt werden solle, hat der ASt beantragt, vorläufig festzustellen, dass die Duldungsverfügung rechtswidrig gewesen sei. Entwerfen Sie die Entscheidung im Eilrechtsschutzverfahren (nur Tenor, Gründe zu II.).

### Beschluss

**Der Antrag wird abgelehnt.**

**Der Antragsteller trägt die Kosten des Verfahrens.**

Gründe II.

Der Antrag hat keinen Erfolg.

**I.** Für den nach § 80 Abs. 5 S. 1 VwGO grds. statthaften Antrag, die aufschiebende Wirkung der zulässigen Klage, über die noch nicht entschieden ist, gegen die nach § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO für sofort vollziehbar erklärte Duldungsverfügung wiederherzustellen, **fehlt** dem ASt das **Rechtsschutzinteresse**.

**OVG NRW:** „[4] Ein Rechtsschutzbedürfnis im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes nach § 80 Abs. 5 S. 1 VwGO ist regelmäßig zu verneinen, wenn die gerichtliche Entscheidung für den ASt von vornherein **nutzlos** erscheint, weil sie seine **subjektive Rechtsstellung nicht verbessern** kann.“

Der **Vollzug** eines Verwaltungsakts beseitigt das Rechtsschutzinteresse für sich genommen allerdings noch nicht.

**OVG NRW:** „[5] Der Vollzug eines Verwaltungsakts lässt das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis grundsätzlich nicht entfallen, wenn eine **Rückgängigmachung der Vollziehung gemäß § 80 Abs. 5 S. 3 VwGO** in Betracht kommt bzw. eine Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung eine weitere Vollstreckungsmaßnahme unterbinden kann. Etwas anderes gilt in den Fällen, in denen eine Rückgängigmachung der Vollziehung offensichtlich ausgeschlossen ist und der Eintritt der aufschiebenden Wirkung dem ASt auch sonst keinen Vorteil bringt.“

Nachdem die Mitarbeiter des AG das Grundstück auf der Grundlage der angegriffenen Duldungsverfügung betreten und auch wieder verlassen haben, lässt sich deren Vollzug nicht mehr rückgängig machen. Das Betreten lässt sich nicht mehr ungeschehen machen.

### Leitsätze

1. Ein Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO auf vorläufigen Rechtsschutz gegen einen vollzogenen VA ist unzulässig, wenn die Vollziehung nicht rückgängig zu machen ist.

2. Da im vorläufigen Rechtsschutz lediglich das Vollzugsinteresse streitgegenständlich ist, aber nicht die Rechtmäßigkeit des VA, ist ein „Fortsetzungsfeststellungsantrag“ analog § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO unzulässig.

3. Die Vorwegnahme der Hauptsache im Verfahren nach § 123 VwGO setzt ganz überwiegende Erfolgsaussichten für den Antragsteller voraus.

AS-Skript Die verwaltungsgerichtliche Assessorklausur (2021), Rn. 622.

Kopp/Schenke, VwGO (2021), § 80 Rn. 136 m.w.N.

Külpmann, in Finkelnburg/Dombert/Külpmann, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren (2017), Rn. 933

AS-Skript Die verwaltungsgerichtliche Assessor Klausur (2021), Rn. 828

Aus denselben Gründen ist ein Antrag auf Feststellung, dass die Anordnung des Sofortvollzugs rechtswidrig war, nicht statthaft.

Der Vollzugsfolgenbeseitigungsanspruch (VFBA) ist ein Unterfall des FBA. Der FBA erfasst jedes rechtswidrige hoheitliche Handeln, der VFBA nur den Vollzug rechtswidriger VA.

#### BImSchG § 52 Überwachung

(2) Eigentümer und Betreiber von Anlagen sowie Eigentümer und Besitzer von Grundstücken, auf denen Anlagen betrieben werden, sind verpflichtet, den Angehörigen der zuständigen Behörde und deren Beauftragten den Zutritt zu den Grundstücken ... die Vornahme von Prüfungen ... zu gestatten ...

**II.** Soweit der ASt beantragt, die Rechtswidrigkeit der Duldungsverfügung **vorläufig festzustellen**, bleibt der Antrag ebenfalls ohne Erfolg.

Eine analoge Anwendung des § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO, nach dem eine Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage auf eine Fortsetzungsfeststellungsklage umgestellt werden kann, ist ausgeschlossen. Es fehlt an der vergleichbaren Rechtslage. § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO soll im Klageverfahren die Möglichkeit eröffnen, bei berechtigtem Interesse trotz Eintritts der Erledigung eine rechtskräftige gerichtliche Entscheidung über die behauptete Rechtswidrigkeit des behördlichen Handelns herbeizuführen. Die rechtliche Klärung der Hauptsache kann im Wege der Fortsetzungsfeststellungsklage erfolgen.

**OVG NRW:** „[15] Denn das vorläufige Rechtsschutzverfahren nach § 80 Abs. 5 VwGO dient – anders als das Klageverfahren – nicht der rechtskräftigen Klärung der Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit einer behördlichen Anordnung. Seine Funktion besteht in der Abwehr von Nachteilen, die sich aus der sofortigen Vollziehbarkeit von Verwaltungsakten ergeben. Ein Fortsetzungsfeststellungsantrag, wie er im Klageverfahren unter bestimmten Umständen nach § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO (analog) möglich ist, kommt im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes nach § 80 Abs. 5 VwGO nicht in Betracht. [16] Etwas anderes gilt auch nicht in den Fällen, in denen ein gerichtlicher Ausspruch über die Rechtswidrigkeit der Anordnung der sofortigen Vollziehung dieses VA gemäß § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO erstrebt wird.“

Auseinander gehen die Auffassungen lediglich in der Frage, ob nach Erledigung der angefochtenen Entscheidung der Antrag mangels Rechtsschutzbedürfnisses als unzulässig oder als unbegründet abzulehnen ist.

**III.** Auch wenn das antragstellerische Begehren gemäß §§ 122 Abs. 1, 88 VwGO so auszulegen sein sollte, dass der ASt die **vorläufige Herausgabe aller Lichtbilder** als **Vollzugsfolgenbeseitigungsanspruch** erstreben sollte, bleibt der Antrags erfolglos.

**BayVGH:** „[11] Würde eine derartige Verpflichtung des AG gemäß § 123 VwGO erstrebt, läge eine **Vorwegnahme der Hauptsache** vor. Das einstweilige Rechtsschutzverfahren nach § 123 VwGO dient regelmäßig nur der vorläufigen Regelung eines Rechtsverhältnisses; einem ASt soll hier grundsätzlich nicht bereits das gewährt werden, was er nur in einem Hauptsacheverfahren erreichen kann. Daher könnte in einem derartigen Fall dem Eilantrag [gemäß] § 123 VwGO nur stattgegeben werden, wenn dies zur Gewährung effektiven Rechtsschutzes nach Art. 19 Abs. 4 GG unabweisbar wäre. Dafür wären **hohe Erfolgsaussichten**, also eine weit überwiegende Wahrscheinlichkeit eines Erfolgs in der Hauptsache ... erforderlich.“

Der **Vollzugsfolgenbeseitigungsanspruch** verleiht einen Anspruch auf Rückgängigmachung der Folgen eines vollzogenen **rechtswidrigen Verwaltungsakts**. Der Anspruch wird u.a. von § 113 Abs. 1 S. 2 VwGO vorausgesetzt, aber nicht begründet. Es ist jedoch nicht überwiegend wahrscheinlich, dass ein solcher Anspruch des ASt im Hauptsacheverfahren festgestellt wird.

**OVG NRW:** „[12] ... Diese Fotos, die im Zusammenhang mit der auf den Grundstücken des ASt errichteten und von Herrn X betriebenen ... [Anlage] angefertigt wurden, sind zu den ... Verwaltungsakten genommen worden. Die subjektive Rechtsstellung des ASt ist hiervon nicht berührt. Der ASt wurde durch die streitgegenständliche Ordnungsverfügung allein in seiner Eigenschaft als Grundstückseigentümer und nicht (auch) als Anlagenbetreiber in Anspruch genommen.“

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO.

**VRVG Dr. Martin Stuttmann**