

Tipps und Tricks im Verwaltungsrecht

**Klaus Füßer, Rechtsanwalt und Fachanwalt für
Verwaltungsrecht**

(Rechtsanwälte Füßer und Kollegen, Leipzig,
www.fuesser.de)

Skript zum Seminar am 1. April 2011

Vorspruch

Das Seminar wird sich in vier Blöcke gliedern: Zunächst werde ich auf den Umgang mit Behörden und Behördenmitarbeitern zu sprechen kommen („Zuckerbrot“ und „Peitsche“ gegenüber Behörden; sogleich 1.). Anschließend werde ich auf anwaltliches Verhalten in verwaltungsgerichtlichen Verfahren eingehen (nachfolgend 2.) und schließlich noch einige Worte zum Anwaltsmarketing (unten 3.) und zur Pressearbeit (abschließend 4.) verlieren. Dies soll an einem Beispiel gemeinsam herausgearbeitet werden.

Welchem Zweck dient dieses Skript, welchen Anspruch erhebt es nicht?

Positiv: Das Skript

- ist eine Gedanken-, Gedächtnisstütze und Arbeitshilfe und Anregung sein, um die im Seminar gemeinsam erarbeiteten Inhalte wieder abzurufen und selbstständig auszubauen;
- enthält – zusammen mit der PowerPointPräsentation¹ – Hinweise, wo und wie man selbst auf dem von mir beschriebenen/vorgeführten Weg weitermachen kann;
- enthält manchen Literaturhinweis, wo man nachlesen muss, um strukturell schnell weiter zu kommen.

Negativ: Das nachstehende Skript ist (absichtsvoll) nicht

- kompendiumsartiges „Handbuch“ der psychologischen und macchiavelistischen strategischen Überlegungen und taktischen Kniffe, die ich mir über die Jahre im Umgang mit Verwaltung zurecht gelegt habe und über die ich im Seminar freimütig plaudere;
- Zitatfriedhof, aus dem man sich zwanglos bedienen und damit die von mir vorgezeigten Überlegungen schnell „nachkochen“ kann
- Formularsammlung, mit denen ich Dinge, die in liebevoller – teils jahrelanger und nackenschlägereicher – eigener und kollegialer Arbeit entstanden sind, unter die Kollegen werfe.

¹ Diese wird den Teilnehmern, die dies Wünschen, im Nachhinein per E-Mail zugesandt.

0. Methodische Einführung, oder: Die „anwaltliche Menschwerdung“ im Verwaltungsrecht

Rechtsanwalt ist

- ein *Dienstleistungs*beruf
- häufig mit hohem persönlichen („Präsenz“) und zeitlichen („long hours“) Einsatz
- häufig mit eigenem unternehmerischen Risiko;
- häufig heute unter heftigem Wettbewerb.

Bei Spezialisierung im Verwaltungsrecht

- habe ich immer zu tun:
 - mit Behörden (zugegebenermaßen verschiedener Stufe) und ihren Mitarbeitern auf verschiedenster Stufe
 - mit Verwaltungsrichtern
 - mit Mandanten
 - in bestimmten „Lebensbereichen“ oder „-lagen“
 - aus bestimmten Branchen
 - aus bestimmten sozialen Schichten.
- habe ich manchmal zu tun:
 - mit Politik (fängt schon bei den Gemeinden an (!!))

Was sind die Eigenarten der vorgenannten Bedingungen und „Spielpartner“? Bin ich der „Typ“ dafür? Wenn/insofern „Ja“ und „Nein“: Was folgt für mich sonst daraus? Wo liegen meine Stärken/meine Schwächen? Wie kann ich erstere fruchtbringend für mich als Verwaltungsrechtler nutzen und weiter ausbauen? Wie kann ich letztere umschiffen, ansonsten daran arbeiten bzw. sie vielleicht sogar ausnutzen (z. B. im Rahmen von Rollenteilung)? Wie richte ich mein Büro auf die Anforderungen meiner spezifischen Klientel ein? Wem kann und muss wie ich wie zeigen, dass es sich lohnt, mich für einen verwaltungsrechtlichen Fall einzuschalten?

Es lohnt sich, *methodisch* darüber und dabei auch über sich selbst nachzudenken!

1. Das Verwaltungsverfahren oder: Der Umgang mit den Behörden

1.1. Noch ein methodischer Vorspruch: Kommunikationsstrategien

Welche Zwecke will ich erreichen, wenn ich mit dem Mitarbeiter X einer Behörde kommuniziere? Geht es um (alles: und/oder):

- Informationsgewinnung
 - für ein konkretes Verfahren:
 - Information über Wissensstand der Entscheider
 - Information über „Linie“ der Entscheider
 - „Zustand“ der Akte/Güte der Aktenführung im Verfahren²
 - Hintergrundinformationen, z. B. über Befindlichkeit Entscheider etc.
- Injektion von Information in die Behörde
 - einfach so: Befindlichkeiten, Stimmungsmache
 - direkt auf rechtliche Relevanz in einem Verfahren gerichtet
- Beziehungspflege („Pacing“)
- Eigenwerbung
- Sonstige Zwecke (; ich möchte ihn gerne persönlich kennenlernen)?

Welche Kommunikationsform ist angemessen:

- Telefonat
- persönliches Gespräch? Wenn ja: Wo und wann?
- Mail?
- Brief?

Im Übrigen: Mit wem kommuniziere ich in welcher Reihenfolge? Wann ist der richtige Abfolge- und richtige Zeitpunkt für einen Kommunikationsschritt? Beispiele: Vorlegung einer schriftlichen WS-Begründung, Sach- und Kostenanträge? Anruf auf Ebene Sachbearbeiter und Amtsleiter?

² Vgl. zu den Qualitätsanforderungen die Kommentierungen zu §§ 10 und VwVfG, gut und nicht zu knapp z.B. Stelkens/Bonk/Sachs. VwVfG-Kommentar, 5. Aufl., 1998, Rz. 24 ff. Denksporaufgabe: Wozu ist das wichtig, insbesondere auch rechtlich relevant? Wie kann ich selbst die Qualität der Aktenführung im Verfahren frühzeitig testen?

Mit wem rede ich sonst noch (= Wer bekommt das sonst noch mit/auf wen wirkt das sonst noch):

- Mandant?!
- Andere im Behördenaufbau
- Verwaltungsrichter????!!

Achtung: Form, Gelegenheit, Auftreten, Selbstdarstellung und Inhalt jeweils passend „gut und fein abgeschmeckt“ lohnt sich, gerade im Verwaltungsrecht mit gelegentlich einer Vielzahl von „Mitspielern“! Und: Auch auf die Wirkung – und: falls nötig – Führung des Mandanten und seiner anderen Berater sowie möglicherweise nötige Absprachen zur Rollenverteilung sollten im Auge behalten werden.

1.2. Insbesondere: Akteneinsicht (vor allem: bei der Behörde, aber: durchaus auch bei Gericht)

Worum geht es mir eigentlich? Ist es:

- die Kenntnis des Aktenstückes (Inhalt, Zustand etc.); das geht manchmal auch im Büro (vgl. zwar § 29 III 1 VwVfG, aber auch § 29 III 2 VwVfG).
- das Gespräch mit (wenn ja: welchen eigentlich) Mitarbeitern der Behörde? Nur: Um was geht es genau:
 - o Informationsgewinnung
 - o Injektion (mündlicher) Information
 - o Beziehungspflege
 - o Eigenwerbung?

Und: Wie muss ich mich vorbereiten, damit ich meinen Job auch effektiv und umfassend erledige?

1.3. Informationsgewinnung

Beachte: Der Bund und einige Bundesländer haben inzwischen IFGe und die Behörden sind z. T. ziemlich großzügig bei der Bearbeitung von IFG-Anträgen!

Auch die UIGe-Ansprüche können helfen.

1.4. Insbesondere: Absprachen mit Behörden

Ein „Erfüllungsanspruch“ besteht mit Blick auf Absprachen mit der Verwaltung in Vorbereitung von Planungen oder Verwaltungsverfahren (z. B. Genehmigungsver-

fahren) regelmäßig nicht (; beachte: § 38 VwVfG). Indirekt können sich aber Druckmittel zur faktischen Durchsetzung von Absprachen ergeben mit Blick auf die ständige staatshaftungsrechtliche Rechtsprechung zur

- Pflicht zum konsequenten Handeln;
- Pflicht zur richtigen und vollständigen behördlichen Auskunft.

Besonderer Augenmerk ist zulegen auf:

- Dokumentation von amtlichen Auskünften und Beratungsergebnissen;
- Dokumentation von Absprachen und Zusagen; Zeugen
- gegebenenfalls Dokumentation der jeweiligen Informationsgrundlagen.

Aber nicht „übersteuern“: Bevor Behördenvertreter sich wieder ins Schneckenhaus zurückziehen, besser keine Übersendung knallharter Besprechungsprotokolle, sondern eher weiche Briefe und andere Mittel der späteren Darlegbarkeit wählen (z. B. Zeugen).

1.5. Beeinflussung von Behörden

Auf „Rechte“ und darauf zu setzen, sie notfalls gerichtlich durchsetzen zu können, ist insbesondere bei Verpflichtungsbegehren angesichts des häufig faktischen Ausfalls effektiven Rechtsschutzes keine wirklich befriedigende Perspektive. Vielmehr geht es dann um geschicktes Lobbying, d. h. darum, die Sache möglichst schon auf der Ebene von Verwaltungsverfahren „gerade zu ziehen“.

Entscheidend ist hier, mit Gespür dafür vorzugehen, wie man den Behördenapparat als Ganzes beeinflussen kann. Wichtig ist es insofern auch, immer die richtigen Ansprechpartner im Auge zu halten und der Frage besondere Aufmerksamkeit zu widmen, wer wann wie mit welchem Inhalt mit wem kommunizieren muss. Ich verfare nach den Maximen:

- so informell und knapp wie möglich, so formal und ausführlich wie nötig;
- von unten (Sachbearbeitungsebene) nach oben (Leitung oder Aufsicht) bzw. allenfalls „parallel“, hierbei die jeweiligen Funktionen der verschiedenen Ebenen und ihre jeweils spezifische Verantwortung beachten (Sachbearbeiter: Sachbezug, Ermittlung, evtl. interne Behördenkoordination; Sachgebiets-, Amtsleiter: Behördenkoordination, „Linie“, Wahl der Sachbearbeiter, Verfahrensfragen; Dezernent, Beigeordneter etc.: Politische Entscheidung, Ausnutzung von Handlungsspielräumen);
- zunächst kooperativ, erst zuletzt konfrontativ (zunächst Möglichkeiten aufzeigen; keine „rechtlichen Positionen“ aufbauen, bevor dies unbedingt nötig ist);

- insbesondere: Externe Bündnispartner (Beispiele: Rechts- oder Fachaufsicht, Politik, Medien, kommunale Haftpflichtversicherer) erst einschalten, wenn es gar nicht mehr anders geht
- wenn Konfrontation, dann aber richtig:
 - Staatshaftungsansprüche anmelden (häufig: interner Zuständigkeitswechsel, zudem: Einschaltung des kommunalen Schadensversicherers);
 - Persönliche Haftung der handelnden Beamten in den Raum stellen;
 - Kostenthemen vorführen;
 - Vorführen, was die Behörde erwartet.

Im Übrigen empfiehlt sich stets „offenes Visier“ – Transparenz – und deeskalierendes Vorgehen. Ich kündige üblicherweise alle eskalierenden Schritte vorher an („Instrumente zeigen“; bei mir bis zur Vorlegung von Entwürfen), bevor ich sie vollziehe. Ich bluffe im Übrigen fast nie, so bin ich als glaubwürdig und verlässlich bekannt.

1.6. Ein eigenes Thema: Die Zusammenarbeit mit Sachverständigen

Ich empfehle sehr – eine häufig von Anwälten verpasste Chance -, im Zusammenspiel mit Gutachtern, insbesondere der *Zusammenarbeit* mit vom Mandanten eingeschalteten Fachleuten darauf zu achten, dass Gutachten sogleich auf ein für die eigene Seite günstiges Gleis gebracht werden. Fast alle vermeintlich „rein fachlichen“ Stellungnahmen für die Zwecke der Verwendung in behördlichen und/oder gerichtlichen Verfahren enthalten rechtlich aufgeladene Elemente, nämlich durch

- Die Verwendung bzw. Anwendung von Rechtsbegriffen (z. B.: TA Lärm, TA Luft, GIRL-Richtlinien);
- Die Einspeisung rechtlich aufgeladener Eingangsdaten (z. B.: Was ist der in einer Bau- oder Anlagengenehmigung „genehmigte Nutzungs- und Betriebsumfang“, auf dessen prognostische Betrachtung es für die Zwecke der Genehmigungserteilung ankommt);
- Rechtliche Anforderungen an das Ergebnis des Gutachtens: Worum geht es: Um die „voraussichtlichen“, „wahrscheinlichen“, „höchstwahrscheinlichen“, „nach Maßstäben der praktischen Vernunft ausschließbaren/sicher eintretenden Folgen eines Anlagenbetriebs“ bzw. „durch ein zu rechtfertigendes öffentliches Vorhaben gesicherten Arbeitsplätze“.

An dieser Stelle sind nicht nur die Juristen gefragt, geht es um interdisziplinäre Abstimmung oder entsprechenden passenden Vortrag im Verfahren. Es geht

auch häufig darum, in einem Team von ihrem Fachstandpunkt und ihren Routinen überzeugte Sachverständige „auf Linie“ zu bringen.

Die Reichhaltigkeit der Früchte entsprechend gedeihlicher Zusammenarbeit ist nicht zu hoch zu schätzen. Gerade auch bei Gericht ist es oft die „Lufthoheit über die schwere Sachmaterie“, die es ermöglicht, dem Verfahren in eine bestimmte Richtung einen „Drall“ zu geben bzw. ein zu Beginn schon verloren geglaubtes Verfahren noch „herumzudrehen“.

Im übrigen kann es gerade insofern lohnend sein, sich als Anwalt auf bestimmte Sachmaterien und ggf. sogar Branchen zu spezialisieren, um nachhaltig das Eis zu brechen, Autorität gegenüber den Fach- und Sonderfachleuten aufzubauen und die Mühe zu sparen, sich immer neu in technische Spezialmaterien einzuarbeiten zu müssen.

1.7. Sonderlagen: „Großprojekte“/Anwalt als strategischer Berater der Verwaltung/Massenmandate

Besondere Herausforderungen ergeben sich, wenn man in die Lage gerät, die öffentliche Hand (Bsp.: Großvorhaben auf der Seite des öffentlichen Vorhabenträgers, Planfeststellungsbehörde, Gemeinde bei der Bauleitplanung), Verbände (z. B.: „Musterverfahren“ im Bereich des Wirtschaftsrechts) oder eine Vielzahl von Einzelpersonen (Bsp.: Angriff gegen Straßenbeiträge oder andere öffentliche Abgaben) zu beraten. Ich empfehle nachdrücklich, in den ersten beiden Varianten genau auf eine klare Perspektive zu folgenden Fragen achten, um Misshelligkeiten im Ansatz unter Kontrolle zu halten:

- was ist präzise die Aufgabenstellung (z. B.: rundum rechtmäßige oder etwa nur: „gerichtsfeste“ Genehmigungsentscheidung? Ergebnisoffene Beratung des Gemeinderats oder Beratung mit „spin“ in vorgegebener Richtung im Sinne des Bürgermeisters?
- Wer genau ist mein Ansprechpartner, wer nicht?
- Wie weit geht meine Projektverantwortung, wo endet sie?
- Wem gegenüber muss ich wie im Rahmen des Mandats absichern?

Neben den o. g. Fragen kommen bei Massenmandanten häufig auf schwierige Fragen der Honorargestaltung sowie Gefahren der Missachtung berufsrechtlicher Vorgaben in Betracht, namentlich zum

- Gebot der anwaltlichen Verschwiegenheit
- Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen,

die nur in begrenztem Umfang rechtsgestaltend in den Griff zu bekommen sind.

Im Übrigen sollte man gerade bei den Honorarabsprachen viel Sorgfalt auf folgende Frage verwenden: Sind die die Abrede hinreichend ökonomische Anreize angelegt, dass die (alle) Mandanten gut mitarbeiten?

Oft lohnt es sich auch, mit den Mandanten „Führungsstrukturen“ und interne „Selbstorganisations- und Finanzierungsstrukturen“ zu vereinbaren, die sicherstellen, dass auch auf längere Zeit und in schwierigen Situationen eine reibungslose Zusammenarbeit möglich ist.

2. Gestaltung von verwaltungsgerichtlichen Verfahren – „Fighten vor Gericht“

Bei der Gestaltung von verwaltungsgerichtlichen Verfahren wird es nicht um die Grundlagen, wie zum Beispiel die Formalia einer Klageschrift oder Klagebegründung, Fristen usw. gehen. Vielmehr werde ich mich hier nur den kniffligen Details widmen, insbesondere soll es um das „Fighten“ vor Gericht gehen.

2.1. Allgemeines

Zunächst sollte sich vor Augen geführt werden, dass das erste Herantreten an das Gericht von entscheidender Bedeutung ist. Schießt man auf Grund bestimmter „Fehler“ das Gericht auf eine bestimmte Richtung ein, wird es im weiteren Verfahren nur sehr schwer möglich sein, das Gericht noch einmal umzustimmen. Das hängt mit dem menschlichen Streben nach Harmonie, Konsistenz und Kongruenz in der kognitiven Repräsentation der Umwelt und der eigenen Person zusammen³. Auf Grund dessen neigt der Mensch dazu, Informationen über die Umwelt, die in Widerstreit zur bisherigen Sicht der Dinge treten und damit eine Dissonanz erzeugen, auszublenden bzw. zu reduzieren. Die erste Meinungsbildung ist also grundsätzlich die Entscheidende. Maßgeblich ist insoweit neben klugen Rechtsausführungen insbesondere die Sachverhaltsdarstellung. Sollte es indes nicht gelingen, das Gericht auf seine Seite zu ziehen, so kommt es zu der eigentlichen, hier gegenständlichen „Kampfsituation“. Insoweit sind folgende Dinge wichtig:

- Vorbereitung und Gestaltung der mündlichen Verhandlung;
- das Bewältigen schwieriger Prozesslagen;
- die Vorbereitung des Rechtsmittels.

2.2. Verfahren bis zur mündlichen Verhandlung, Sachvortrag, Verfahren

2.2.1. Klageerhebung, Sach- und Verfahrensanträge, Aktenbeiziehung

Formal sind die Anforderungen an eine ordnungsgemäße Klageerhebung im Verwaltungsprozess *äußerst* gering;⁴ das mag man sich manchmal (vgl. § 80 I VwGO) – dann aber mit Blick auf den Eindruck, den das hinterlässt, *bewusst*⁵ - zu Nutze machen.

Es ist durchaus sachgerecht, das Gericht gleich zu Anfang auf eine sachgerechte einfache (§ 65 I VwGO) oder notwendige Beiladung (§ 65 II VwGO) hinzuweisen und zugleich zu zeigen, dass man das gemeinsame Handwerk versteht.

³ Hierzu umfassend *Festinger*, in: *Irle/Möntmann*, Theorie der kognitiven Dissonanz, Bern 1978.

⁴ Lies: §§ 81 I 1, 82 I 1 VwGO.

⁵ Auch hier: *Wer* kommuniziert? Es kann auch der Mandant selbst sein....

Bei Anträgen gilt ansonsten: Präzision und Selbstbewusstsein, Sparsamkeit *und* Demut:

- Präzision und Selbstbewusstsein: Wenn möglich genau die Anträge stellen, die auch passen, Sorgfalt auf die Frage der richtigen Anträge verwenden und selbstbewusst zu diesen stehen;⁶
- Sparsamkeit: Keine Kostenanträge, das verärgert nur; ebenso kann man sich den Bescheidungsantrag (hinter dem Verpflichtungsantrag) sparen;
- Demut: Bei schwierigen Lagen/neuartigen Rechtsmaterien o. ä. bewusst § 88 VwGO nutzen: Das Klagebegehren möglichst präzise und umfassend schildern, die Anträge *ausdrücklich* als „Versuch“ benennen, das Gericht aktiv dazu auffordern, das Begehren ggf. in andere Anträge umzuinterpretieren.⁷

Sachvortrag und Antragstellung vor Kenntnis der Verwaltungsvorgänge ist regelmäßig: ein Kunstfehler; Fälle im Wesentlichen vorgeschichtsloser § 123 VwGO-Anträge bzw. von eiligen §§ 80 V-Anträgen (mit 80 VIII-Antrag) sowie Rumpfbegründungen zu Sachurteilsvoraussetzungen sowie Fälle von § 75 VwGO-Klagen mögen die Ausnahme sein. Oft sind die Verwaltungsvorgänge sowohl bezogen auf Form und Inhalt die wahre Fundgrube, aus der sich Ansatzpunkte für erfolgreiche Prozessstrategien (und Limitation solcher) überhaupt erst ergeben. Auf Einsicht in die vom Verwaltungsgericht – regelmäßig – beigezogenen Verwaltungsakten besteht im Übrigen ein Rechtsanspruch (§ 100 I VwGO).

Ob und ggf. welche Akten das Verwaltungsgericht bezieht, entscheidet das Gericht nach Ermessen (vgl. § 99 I VwGO). Bei komplexen Angelegenheiten kann es sachdienlich sein, dem Gericht konkrete Hinweise dafür zu geben, bei welchen anderen Behörden als der für das Verwaltungsverfahren aktenführenden Behörde interessantes Material vorhanden sein dürfte und ergänzend die Beiziehung entsprechender Akten anzuregen. Folgt das Gericht dem nicht, kann – und sollte nötigenfalls – dies Gegenstand eines Beweisantrags (bzw. der schriftsätzlichen Ankündigung eines entsprechenden Beweisantrags im Sachvortrag) sein und bereitet unter Umständen sogleich einen Rechtsmittelgrund (sog. Aufklärungsrüge: §§ 86 I VwGO, 124 I Nr. 5 VwGO) vor.

⁶ Unter Spezialisten ist es ein Sport, möglichst keine korrekturbedürftigen Anträge zu stellen, damit zugleich „auf gleiche Augenhöhe“ zu gehen. Denksportaufgabe/Vorgriff auf später: Was mache ich, wenn das Gericht in der mündlichen Verhandlung an meinen Anträgen herummeckert, diese korrigiert („Wir haben uns das überlegt. Sie sollten beantragen, ...“)?

⁷ Es bleibt dann immer noch die Lösung zur Denksportaufgabe oben Fn. 6: Den eigenen Antrag als Hilfsantrag aufrechterhalten!

Im sog. In-Camera-Verfahren (§ 99 II VwGO) ist zu beachten, dass nach inzwischen verschärfter und insofern gefestigter Rechtsprechung des §99 VwGO-Fachsenats des Bundesverwaltungsgerichts Sachurteilsvoraussetzung für die Entscheidung des §99-VwGO-Senats des Oberverwaltungsgerichts ist, dass das Ausgangsgericht sich qualifiziert zur Entscheidungserheblichkeit der Akten bekannt hat, deren Vorlegung verweigert wird (vgl. § 99 I 2 VwGO). Ein entsprechend qualifiziertes Bekenntnis setzt regelmäßig einen Beweisbeschluss des Ausgangsgerichts voraus, eine routinemäßige Verfügung (z.B. im Rahmen der sog. Eingangsverfügung) reicht regelmäßig nicht. Ein entsprechender Hinweis bzw. Antrag ist häufig hilfreich.

2.2.2. Umfang des Sachvortrags

In Bezug auf den Sachvortrag stellt sich weiterhin Frage, wie viel man vorträgt. Jedenfalls zu Beginn eines Verfahrens mag dies mit Blick auf die Pflicht zur Amtsermittlung (§ 86 VwGO) eine Stilfrage sein, ebenso wie diejenige, wie man seine Schriftsätze aufbaut.⁸

Freilich entspricht es der Erfahrung, dass ein „erster Aufschlag“ mit einem klar und nachvollziehbar gegliederten, übersichtlichen und mit den Verwaltungsvorgängen stimmigen Sachvortrag, der auf die entscheidenden Punkte eingeht, vielleicht zu speziellen entscheidungserheblichen Fragen – ggf.: in kritischer Auseinandersetzung mit der angegriffenen Behördenentscheidung - nochmals nachsetzt, häufig einen Startvorteil verschafft.⁹ Nicht vergessen werden darf nämlich die Tatsache, dass selbst der professionellste Entscheider immer noch Mensch bleibt und es letztlich auf die persönliche Überzeugung der die Sache entscheidenden Person ankommt. Deshalb muss dem Gericht eine in sich schlüssige und widerspruchsfreie „Geschichte“ geliefert werden. Auch Hintergrundinformationen, die das Ganze stimmiger und das eigene Begehren verständlicher machen, sind in homöopathischer Dosierung hilfreich. Dies gilt in gleicher Dosierung für Polemik und moralisierende Ausführungen, regelmäßig helfen diese aber nicht, sondern nerven Verwaltungsrichter eher. Ganz entscheidend ist dabei auch die Perspektive, die der Richter einnehmen wird: Sieht er nur den konkreten Fall oder bezieht er auch mögliche Präjudizwirkungen, die gesellschaftspolitische Resonanz oder sonstige - streng genommen – außerrechtliche Aspekte in seinen Entscheidung mit ein? Ein Schweifenlassen des Blickes im Sinne einer antizipierten Folgenabschätzung der so oder so zu treffenden Entscheidung kann dabei nicht nur

⁸ Nur: Der Stil sollte kein Tick (im psychologischen Sinn), sondern eine bewusste – und methodisch geleitete – Entscheidung sein. Kontrollfrage an unsere Praktikanten und Referendare: Warum bauen wir (F&K) wie folgt auf: I. Sachverhalt II. Rechtliche Erwägungen III. Verfahrensfragen/Sonstiges, gliedern darunter streng numerisch (1., 1.1., 1.1.1. etc.)?

⁹ Idealerweise mit Werbeeffekten dergestalt, dass Richter einen empfehlen, weil sie sich über die gute Zuarbeit freuen.

von Obergerichten vermutet werden, sondern ist durchaus auch in der ersten Instanz anzutreffen. Dies gilt insbesondere bei „Massensachverhalten“, zu denen die betreffende Kammer vielleicht sogar eine eigene „Linie“ entwickelt hat oder gerade dabei ist, dies zu tun. Zumindest muss damit gerechnet werden. Das gilt umso mehr, als zur Ausfüllung der vor allem im öffentlichen Recht en masse anzutreffenden unbestimmten Rechtsbegriffe - sei es bewusst oder unbewusst - zunehmend auch Aspekte der ökonomischen Analyse des Rechts mit einfließen, was ebenfalls eine gewisse Folgenabschätzung erforderlich macht¹⁰. Dies sollte in der Sachverhaltsdarstellung berücksichtigt und so subtil für eine entsprechende Überzeugungsbildung vorgearbeitet werden.

Im Übrigen ist der Sachverhalt - und nachfolgend auch die Rechtsausführungen - erschöpfend abzuarbeiten. Ein Sich-Verlassen auf den Amtsermittlungsgrundsatz nach § 86 I VwGO ist insbesondere vor der zwar rechtlich bedenklichen, aber immer noch nicht korrigierten Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, wonach sich der Verwaltungsrichter nicht „gleichsam ungefragt“ auf „Fehlersuche“ begeben muss¹¹, keinesfalls kunstgerecht. Ich führe Verwaltungsprozesse wie zivile Bauprozesse, zumal auch der Verwaltungsprozess die Beweislast kennt, aber eben in der sog. materiellen Variante.

2.3. Mündliche Verhandlung

Das verwaltungsgerichtliche Verfahren kumuliert regelmäßig in der mündlichen Verhandlung. Hier schlägt demzufolge auch die Sternstunde des forensisch tätigen Rechtsanwalts im Verwaltungsrecht.

Zunächst: In der Ruhe liegt die Kraft; bei Unklarheiten einfach eine Verhandlungspause beanspruchen, in Ruhe nachlesen und -denken, sich mit dem Mandanten besprechen und sich erst dann äußern.

Weiterhin: Auf die Präsentation des so genannten Sachbericht durch den Berichtstatter würde ich niemals verzichten, schon gar nicht, wenn ich den Spruchkörper noch nicht gut kenne. Der Sachbericht gibt dem kundigen Zuhörer (vgl. „Aktenvortrag“ im Examen) häufig schon wertvolle Hinweise, zum Beispiel dazu, worauf es aus Sicht des Gerichts gerade *nicht* ankommt und weist auf möglicherweise im Tatsächlichen erörterungs- bzw. korrekturbedürftige Punkte und evtl. die Notwendigkeit von späteren Beweisanträgen hin.

Schließlich: Geht es um sehr umfangreiche Termine, insbesondere mit einer aufwendigen Beweisaufnahme und ist mit einer Entscheidung auf die Sitzung zu

¹⁰ Umfassend hierzu *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 3. Aufl. (2005); Füßer/Hentsche, „Keine schlafenden Hunde wecken!“, Praktikabilitätsüberlegungen bei der richterlichen Regelausbildung, KritV 1996, 55 ff.

¹¹ BVerwG, Urt. v. 17.4.2002 - 9 CN 1/01 -, BVerwGE 116, 188 (196 f.).

rechnen, sollte man sich auch technisch wappnen, am besten mit geteilten Rollen, bei der ein Teilnehmer (möglichst wörtlich) parallel zum Gericht¹² protokolliert, der andere agiert und beobachtet. Nur so weiß man im Rahmen der abschließenden Ausführungen überhaupt noch sicher, was eigentlich – relevant – gesprochen worden ist.

Unproblematisch gestaltet sich die Situation freilich, wenn das Gericht *erkennbar* bzw. *ausdrücklich* dahin tendiert, für den eigenen Mandanten zu entscheiden und dies auch bekundet. Hier gilt nur der Satz:

„Es reicht zu siegen, man muss nicht triumphieren!“ (Ratschlag insbesondere für jüngere Kollegen),

d. h. es ist eher kontraproduktiv, selbst noch umfassend vorzutragen, zu plädieren, den Gegner zu demütigen.

Neigt das Gericht eher dazu, gegen den eigenen Mandanten zu entscheiden, ist es wegen der damit einhergehenden kognitiven Dissonanzen nur höchst selten möglich, das Gericht in der mündlichen Verhandlung noch einmal umzustimmen. Von einer „Duplizierung“ der bereits schriftsätzlich vorgetragenen Rechtsausführungen in der mündlichen Verhandlung sollte daher tunlichst abgesehen werden. Der Anwalt sollte sich in solchen Situationen vielmehr darauf konzentrieren, den Weg in die nächste Instanz vorzubereiten.

Äußert sich das Gericht im Rechtsgespräch nicht dazu, wie es zu entscheiden gedenkt, so muss der Anwalt Wege finden, um dies in Erfahrung zu bringen. Ist das Gericht auf Grund von sachfremden Erwägungen, wie den aufwandsparendsten Abschluss des Verfahrens, gegen den eigenen Mandanten eingestellt, gilt es das Gericht notfalls auf „den rechten Weg“ zurück zu zwingen. Die dem Anwalt insoweit zur Verfügung stehenden Mittel sind freilich begrenzt. Auch ist die dann erforderliche Konfliktstrategie im Verwaltungsprozess – im Gegensatz beispielsweise zum Strafprozess – immer noch überwiegend verpönt. Doch wird der Mandant wenig Verständnis für ein „Kuschen“ seines Anwalts aus Gründen des „Das macht man nicht“ haben, zugleich Unsicherheit spüren, wenn der Anwalt erkennbar nicht in der Lage ist, die konfrontative Stimmung gelassen zu ertragen.

Hierbei spielt das Stellen von Beweisanträgen eine entscheidende Rolle (nachfolgend 2.3.1.). Besonderes Augenmerk ist zudem auf die Protokollierung der mündlichen Verhandlung zu legen (unten 2.3.2.). Notfalls ist von dem Recht der Ablehnung eines Richters wegen Befangenheit Gebrauch zu machen (unten 2.3.3.). Anschließend werde noch einige nützliche Tipps für die „Arbeitspraxis“ geben (unten 2.3.4.). Schließlich werde ich noch die wesentlichsten Punkte zur

¹² Das Protokoll wird heute zumeist einfach in das Diktatband gesprochen.

Berufungs- bzw. Revisionszulassung bzw. –nichtzulassungsbeschwerde ansprechen (zuletzt 2.3.5.). Im Einzelnen:

2.3.1. Beweisantragsrecht¹³

Hauptinstrument insbesondere in schwierigen Prozesssituationen ist das Beweisantragsrecht. Der Beweisantrag kann zur „Früherkennung“ der Rechtsauffassung des Gerichts (sogleich 2.2.1.) ebenso dienen wie zur verstärkten Fehlerproduktion seitens des Gerichts (nachfolgend 2.2.2.), was wiederum unter Umständen die „Eintrittskarte“ in die nächste Instanz ist, und er kann hinsichtlich sachfremder Erwägungen auch umstimmen („Lieber gebe ich der Klage statt, als mich mit diesem Querulanten herumzuzügelern.“). Von immenser Bedeutung ist insoweit, dass der Anwalt das Beweisantragsrecht beherrscht (abschließend 2.2.3.).

2.3.1.1. „Früherkennung“ der gerichtlichen Rechtsauffassung

Macht das Gericht in der mündlichen Verhandlung keine Andeutungen, wie es zu entscheiden gedenkt, so kann ein Beweisantrag helfen, die Gefechtslage auszuloten. Aus der Ablehnung des Beweisantrages lassen sich entsprechende Rückschlüsse ziehen:

Gibt das Gericht dem Beweisantrag statt, nimmt es also die beantragte Beweisaufnahme in Angriff, so hat der Anwalt Gewissheit darüber, dass der Rechtsstreit auf der Basis der Anspruchsgrundlage entschieden werden wird, in die er sich eingearbeitet hat. Gibt das Gericht dem Beweisantrag nicht statt, so hat dies durch begründeten Beschluss noch in der mündlichen Verhandlung zu erfolgen¹⁴. Abgelehnt werden kann ein Beweisantrag, wenn

- die fragliche Tatsache offenkundig und damit nicht beweisbedürftig ist,
- die Beweistatsache nicht rechtserheblich ist,
- das Gericht bereits von der Beweistatsache überzeugt ist oder
- das Beweismittel völlig ungeeignet bzw. unerreichbar ist.

Die Ablehnungsgründe sind in der Verwaltungsgerichtsordnung nicht geregelt. Insoweit wird sich regelmäßig an § 244 III und IV StPO orientiert. Es empfiehlt sich daher, die hierzu ergangene Literatur und Rechtsprechung zu studieren.

Wird die Ablehnung der beantragten Beweiserhebung mit der Unerheblichkeit der Beweistatsache begründet, so offenbart dies, dass der Rechtsbehelf ohne Erfolg bleiben wird, weil entweder neben der vom Gericht für unerheblich erklärten An-

¹³ Vgl. dazu sehr hilfreich Vierhaus, DVBl 2009, 629 ff. mit umfangreichen weiteren Nachweisen sowie die beim DAJ durchgeführte Spezialveranstaltung dazu.

¹⁴ BVerwG, Urt. v. 25.6.1986 – 6 C 98/83 –, juris, Rdnr. 14.

spruchsgrundlage keine andere Anspruchsgrundlage in Betracht kommt oder weil die Tatbestandsvoraussetzungen einer weiteren Anspruchsgrundlage nach der Überzeugung des Gerichts zweifelsfrei erfüllt sind.

Ergeben sich daraus Gesichtspunkte, zu denen bislang nicht oder nicht ausreichend vertieft vorgetragen wurde und mit denen sich der Fall unter Umständen noch „retten“ lassen könnte, so besteht das Problem für den Anwalt – er befindet sich in der mündlichen Verhandlung – darin, Zeit zu gewinnen. Die Tatsache, dass der Ablehnungsbeschluss begründet werden muss und noch in der mündlichen Verhandlung zu ergehen hat, soll es zwar dem Antragsteller gerade auch ermöglichen, sich auf die durch die Ablehnung des Beweisantrages geschaffene Verfahrenslage einzustellen und damit auch entsprechend reagieren zu können¹⁵, doch wird dem Anwalt die herkulische Aufgabe zugemutet, binnen weniger Minuten auf die Ablehnung eines Beweisantrages reagieren zu können, da er spätestens durch das Rechtsgespräch in der mündlichen Verhandlung mit den tatsächlichen und rechtlichen Aspekten des Rechtstreites hinreichend vertraut sei¹⁶. Nur in Ausnahmefällen (schwierige Sach- und Rechtslage, Vielzahl von Beweisanträgen, großer Umfang der ablehnenden Beschlüsse) wird sich eine ausreichende Unterbrechung der mündlichen Verhandlung oder sogar eine Vertagung erreichen lassen.

Wird die beantragte Beweiserhebung hingegen mit der Beschaffenheit oder Eigenart des Beweismittels abgelehnt, so zeigt dies dem Anwalt, dass er im Grundsatz auf dem richtigen Weg ist. Dann gilt es entsprechend nachzubessern und gleichsam ad hoc in der mündlichen Verhandlung „wasserdichte“ Beweisanträge zu stellen.

2.3.1.2. Provozieren von Fehlern

Das leitet über zur Provokation und Produktion gerichtlicher Fehler. Die „Zugangspforten“ für Berufung und Revision sind reichlich eng geworden. Echten Einfluss ausüben kann der Anwalt hierauf vorrangig dadurch, dass er das Instanzgericht zur Fehlerproduktion provoziert und somit gemäß § 124 II Nr. 5 bzw. § 132 II Nr. 3 VwGO der Weg zur Berufung oder Revision frei wird. Mittels Beweisanträgen wird das Gericht zu zusätzlichen, nicht immer einfach zu handhabenden – zumal hierüber noch in der mündlichen Verhandlung zu befinden ist – Verfahrenshandlungen gezwungen, was die Fehleranfälligkeit erheblich steigen lässt. Dies darf jedoch nicht zu optimistisch stimmen.

¹⁵ So schon BVerwG, Urt. v. 23.6.1961 – IV C 308/60 –, NJW 1961, 281.

¹⁶ *Dawin*, in: *Schoch/Schmidt-Abmann/Pietzner*, VwGO-Komm., Losebl. (Stand: Februar 2007), § 86 Rdnr. 123; *Kopp/Schenke*, VwGO-Komm., 15. Aufl. (2007), § 86 Rdnr. 20.

Die häufigsten und gleichzeitig „zuverlässigsten“ rügbaren Verfahrensfehler sind Aufklärungsmängel und Gehörsverletzungen. Es ist jedoch zu vergegenwärtigen, dass Aufklärungsmängel und Gehörsverletzungen als Gründe für die Zulassung der Berufung nach § 124 II Nr. 5 bzw. als Gründe für die Zulassung der Revision nach § 132 II Nr. 3 VwGO nicht mehr geltend gemacht werden können, wenn der betreffende Prozessbeteiligte sein Rügerecht gemäß § 173 VwGO i. V. m. § 295 ZPO verloren hat¹⁷. Das wiederum ist der Fall, wenn er in der mündlichen Verhandlung, in der das Gericht den Verfahrensfehler begangen hat oder in einer darauf folgenden Verhandlung den Mangel nicht gerügt hat, obgleich er in der Verhandlung erschienen ist und ihm der Mangel bekannt war oder bekannt sein musste.

Wird also – jetzt kommt wieder unser Beweisantrag ins Spiel – der Beweisantrag zu Unrecht abgelehnt, so liegt ein Verstoß gegen § 86 II VwGO und regelmäßig auch gegen Art. 103 I GG und damit ein Verfahrensfehler vor. Hierüber kann sich der Anwalt jetzt nicht still in sich hinein freuen, vielmehr muss er das Gericht hierauf hinweisen und gegebenenfalls auch Sorge dafür tragen, dass sein Hinweis in das Protokoll aufgenommen wird (dazu noch sogleich). Das gilt insbesondere dann, wenn dem Hinweis des Anwalts in keiner Weise protokollbelegt nachgegangen wird.

Das Gleiche gilt, wenn das Gericht den Ablehnungsbeschluss gleichzeitig mit dem Urteil verkündet, den Beschluss nicht begründet bzw. sich aus ihm nicht erkennen lässt, aus welchen Erwägungen genau das Gericht den Antrag abgelehnt hat, oder der Beschluss nicht erkennen lässt, über welchen der unter mehreren gestellten Anträge im Einzelnen entschieden wurde und aus welchen Erwägungen die einzelnen Anträge abgelehnt wurden. All dies begründet nach der Grundsatzentscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 23. Juni 1961¹⁸ einen Verstoß gegen § 86 II VwGO und damit einen Verfahrensfehler. Gleichwohl kann der Anwalt auch in diesen Fällen nicht untätig bleiben, sondern das Gericht hierauf hinzuweisen.

Schweigen ist also nie eine weiterführende Taktik. Das gilt auch im Hinblick auf mögliche Aufklärungsmängel nach § 86 I VwGO. Will sich der Anwalt später – zum Beispiel in der Revisionsnichtzulassungsbeschwerde – auf einen Aufklärungsmangel stützen, so wird er damit nur durchdringen, wenn sich die geltend gemachte weitere Aufklärung aufdrängen musste. Insoweit sind aber auch die Parteien in die Pflicht genommen. So hat das Bundesverwaltungsgericht konstatiert, dass das Unterlassen eines Beweisantrages durch einen anwaltlich vertre-

¹⁷ Vgl. nur HessVGH, Beschl. v. 3.3.1997 – 12 UZ 4835/96.A –, NVwZ 1997, 296; anders im Strafrecht, siehe nur BGH, Beschl. v. 9.1.2008 – 5 StR 549/07 –.

¹⁸ BVerwG, Urt. v. 23.6.1961 – IV C 308/60 –, BVerwGE 12, 268.

tenen Beteiligten ein Verhalten darstelle, welches das Sich-Aufdrängen einer weiteren Aufklärung grundsätzlich verhindert; vielmehr vermittele der Anwalt hierdurch die Auffassung, dass es nichts weiter zu ermitteln gäbe, und zwar auch dann, wenn entsprechende Beweisanträge schon angekündigt worden sind, hierauf aber in der mündlichen Verhandlung nicht durch das Stellen der Anträge zurückgekommen wurde¹⁹. Der Anwalt schneidet sich also die Möglichkeit der Aufklärungsrüge geradezu selbst ab, wenn er nicht von seinem Beweisantragsrecht Gebrauch macht.

2.3.1.3. „Technisches“ – Das Stellen von Beweisanträgen

Eines ist deutlich geworden: Das Stellen von Beweisanträgen muss beherrscht werden. Insoweit gilt es Folgendes zu beachten:

Beweisanträge können gemäß § 86 II VwGO ausschließlich in der mündlichen Verhandlung gestellt werden. Es sollte darauf gedrängt werden, dass die mündlich gestellten Beweisanträge entweder zu Protokoll genommen werden, oder aber es sollte dem Gericht ein Schriftsatz übergeben werden, den der Vorsitzende dann zur Gerichtsakte nimmt und auf den er im Protokoll verweist.

Beweisbehauptung

Die Beweisbehauptung setzt die Behauptung einer Tatsache – der so genannten Beweistatsache – voraus. Hierbei ist zunächst eine konsequente Abgrenzung zu bloßen Wertungen vorzunehmen. Das klingt selbstverständlich, wird aber in der Praxis oft falsch gemacht. So kann zum Beispiel nicht beantragt werden, Beweis durch Sachverständigengutachten dafür zu erheben, dass der insgesamt von der Anlage XY ausgehende Lärm am Immissionsaufpunkt Z unterhalb der Grenze der Gesundheitsschädlichkeit bleibt; denn die Frage der Gesundheitsschädlichkeit ist keine Tatsache, sondern eine Wertung²⁰. Keine Tatsachen, sondern Wertungen, sind auch die so genannten Negativtatsachen. Bewiesen werden können insoweit lediglich die Umstände, aus denen das Nichtvorliegen einer bestimmten Tatsache geschlossen werden kann. Eng damit im Zusammenhang steht ein ebenfalls häufig in der Praxis anzutreffender Fehler: Die Vermengung bzw. Verwechslung von Beweistatsache und Beweisziel.

Die Behauptung der Beweistatsache muss des Weiteren hinreichend bestimmt sein. Es ist notwendig, die konkreten Umstände und Geschehnisse anzugeben, zu denen das Beweismittel etwas belegen kann und soll. Auch setzt die Beweisbehauptung – schon dem Wortsinn nach – die *Behauptung* der zu beweisenden Tatsache voraus. Bewiesen werden können immer nur Sachverhalte. Sachverhalte

¹⁹ St. Rspr., zuletzt BVerwG, Beschl. v. 8.3.1989 – 2 B 95/88 –, zitiert nach juris.

²⁰ Vgl. nur *Halama*, VBIBW 2006, 132 (137) m.w.N.; instruktiv hierzu auch *Klöpfer et all.* Leben mit Lärm?, S. 165 ff.

te sind nach einer Dinge, die Gegenstand einer Behauptung sein können, nämlich sog. propositionale Gehalte

„..., dass am X.Y.ZZZZ Herr Müller gesagt hat: ‚Auf die Erteilung der Baugenehmigung innerhalb von zwei Wochen können Sie sich verlassen‘“.

Behauptet werden Sachverhalte nur durch geeignete deutliche Formulierung, die nichts mit Worten wie „ob“, „wann“, „wo“ und „warum“ zu tun hat, sondern sich sprachlicher Ausdrücke wie „Es ist wahr“, „Es ist zutreffend“, „Es verhält sich so“ bedient oder eben einfach des schlichten Indikativs:

„Am X.Y.ZZZZ hat Herr Müller gesagt ...“

Schließlich muss die zu beweisende Tatsache entscheidungsrelevant sein. Hier und erst hier kann das Beweisziel eine Rolle spielen.

Beweismittel

Neben der Beweistatsache bedarf es der Angabe des Beweismittels; dieses muss bereits im Beweisantrag benannt werden. Was in diesem Zusammenhang im Einzelnen vorgetragen werden muss, bestimmt sich nach dem jeweiligen Beweismittel.

Wird die Einholung eines Sachverständigenbeweises beantragt, so ist die Angabe einer bestimmten Person entbehrlich, weil die Auswahl des Sachverständigen gemäß § 98 VwGO i. V. m. § 404 I 1 ZPO dem Gericht obliegt. Es genügt daher die Angabe der Fachrichtung des gewünschten Sachverständigen²¹.

Beim Zeugenbeweis ist grundsätzlich der volle Name und die Privatanschrift des Zeugen anzugeben²². Als ladungsfähige Anschrift kann ausnahmsweise auch diejenige Anschrift angegeben werden, an der der Zeuge – zwischenzeitlich – wohnt oder an der er arbeitet²³. Ist dem Antragsteller auch das nicht möglich, so müssen jedenfalls solche Angaben gemacht werden, anhand derer das Gericht den Zeugen zu identifizieren vermag.

Beim Urkunds- und beim Augenscheinsbeweis ist die Urkunde bzw. das in Augenschein zu nehmende Objekt genau zu bezeichnen. Dazu gehört auch die Angabe, wo die Urkunde verwahrt wird bzw. wo sich der in Augenschein zu nehmende Gegenstand befindet. Zu beachten ist, dass der Antrag auf Beiziehung von Akten oder Geschäftsunterlagen regelmäßig kein Beweisantrag darstellt, sondern einen bloßen Beweisermittlungsantrag. Der Grund hierfür liegt darin, dass es an einer konkreten Bezeichnung des Beweismittels fehlt, es sei denn, die

²¹ Vgl. – für das Strafrecht – *Beulke*, JuS 2006, 597 (598).

²² Vgl. *Hartmann*, in: *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, ZPO-Komm., 62. Aufl. (2004), § 373 Rdnr. 4.

²³ Vgl. *Hartmann*, siehe Fn. 22, § 373 Rdnr. 5.

gesamte Akte soll Beweismittel sein. Ist das jedoch nicht der Fall, so muss formuliert werden:

„Es wird beantragt, die Akten des Verfahrens XY beizuziehen und das darin befindliche Urteil des Verwaltungsgerichts L. vom 12. März 2008 zu verlesen zum Beweis der Tatsache, dass ...“²⁴

Sonstige Voraussetzungen

Darüber hinaus sind noch weitere Anforderungen zu beachten: Ist der Zusammenhang zwischen Beweistatsache und Beweismittel – die sog. Beweiseignung – nicht ohne weiteres ersichtlich, so muss dieser vom Antragsteller dargelegt werden. Insbesondere beim Zeugenbeweis wird es häufig unentbehrlich sein anzugeben, warum der benannte Zeuge über Wahrnehmungen zu der unter Beweis gestellten Tatsache verfügen kann.

Des Weiteren dürfen Beweisanträge nicht „aus der Luft“ gegriffen werden. Man spricht insoweit auch davon, dass die Beweistatsache als feststehend dargestellt werden muss. Bloße Vermutungen, von denen der Antragsteller hofft, dass sie sich im Verlauf der Beweiserhebung bestätigen werden, stellen keinen Beweisantrag, sondern lediglich einen Beweisermittlungsantrag dar. Der Antragsteller muss die Beweistatsache zumindest ernsthaft für möglich halten²⁵.

Schließlich sollte der der Anwalt keinesfalls den Fehler begehen und seine Beweisanträge – eventuell nach entsprechender Intervention des Gerichts – als Hilfsbeweisanträge stellen. Mag dies im Strafrecht ständige Praxis sein, so stellen nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts bloße Hilfsbeweisanträge keinen Beweisantrag im Sinne des § 86 II VwGO dar²⁶.

2.3.2. Zur Protokollierung

In den vorstehenden Ausführungen ist die wesentliche Bedeutung der Protokollierung bereits angeklungen. Über die Protokollierung wird das tatsächlich Geschehene transparent gemacht und für „die Nachwelt“ beweisbar festgehalten. Allein die Tatsache, dass bestimmte Ereignisse im Protokoll auftauchen, vermag das Gericht darüber hinaus durchaus auch in seiner Verhandlungsführung zu beeinflussen. Die Scheu der Gerichte vor dem Protokoll wird auch darin augenfällig, dass die meisten Verhandlungsprotokolle höchst spärlich ausfallen. Das hat freilich oft auch andere Ursachen als die Beweiskraft des Protokolls. Der Anwalt muss sich in der mündlichen Verhandlung stets vor Augen halten, dass nur existent ist, was im Protokoll auftaucht. Er sollte daher darauf bestehen, dass die

²⁴ Bsp. nach *Hamm/Hassemer/Pauly*, *Beweisantragsrecht*, Heidelberg 2000, Rdnr. 100.

²⁵ BVerwG, *Beschl. v. 28.3.2006 – 1 B 91/05 –, – 1 C 6/06 –, NVwZ 2007, 346 (347)*.

²⁶ Siehe nur BVerwG, *Beschl. v. 7.3.2003 – 6 B 16/03 –, juris, Rdnr. 6*.

seiner Ansicht nach festhaltenswerten Ereignisse und Äußerungen der mündlichen Verhandlung protokolliert werden.

Insoweit ist ein entsprechender Antrag nach § 105 VwGO i. V. m. § 160 IV ZPO zu stellen. Der Antrag kann nur bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung gestellt werden²⁷. Das Gericht kann dann von der Aufnahme in das Protokoll nur absehen, wenn es auf die Feststellung des zu protokollierenden Vorgangs oder der Äußerung nicht ankommt²⁸ und dies durch Beschluss festgestellt wird (§ 105 VwGO i. V. m. § 160 IV 2 ZPO). Der ablehnende Beschluss selbst ist dabei zwingend in das Protokoll aufzunehmen (§ 105 VwGO i. V. m. § 160 IV 3 ZPO). Die ablehnende Entscheidung kann im Übrigen nur durch das Gericht, nicht auch vom Vorsitzenden, ergehen (wieder eine Fehlerquelle für die Berufungs- bzw. Revisionszulassung).

Misslich ist insoweit jedoch, dass die in § 160 IV 3 ZPO vorgesehene Protokollierung der Ablehnung die abgelehnte Feststellung inhaltlich nicht wiedergeben muss²⁹. Der insoweit für das Zivilrecht brauchbare Hinweis, die zu protokollierenden Erklärungen oder Vorgänge schriftlich in das Verfahren einzuführen, lässt sich im Verwaltungsprozess auf Grund der Tatsache, dass es hier in der Regel nur einen Termin zur mündlichen Verhandlung gibt, nicht fruchtbar machen.

2.3.3. Ablehnungsgesuch

Einschneidender, aber gleichwohl vom Anwalt nicht per se auszublenden, ist das Gesuch auf Ablehnung eines Richters wegen Besorgnis der Befangenheit nach § 54 I VwGO i. V. m. § 42 I, II ZPO. Die Trauben für die Annahme der Besorgnis der Befangenheit hängen dabei gar nicht so hoch, wie oft Glauben gemacht wird. So ist Besorgnis der Befangenheit beispielsweise bereits anzunehmen,

- bei Unmutsäußerungen des Gerichts sowie der Kundgabe von Gereiztheit und Ungeduld, wobei auch erst das Verhalten des Gerichtes auf das Ablehnungsgesuch selbst hin (aufbrausende und übertriebene Reaktion sowie fast schon beleidigende Gegenäußerungen) die Besorgnis der Befangenheit erhärten können,
- bei ungeprüftem sich zu Eigen Machen massiver Vorwürfe der anderen Partei (nicht unwahrscheinlich, wenn man Privatpersonen vertritt, da manche Richter zu vergessen scheinen, dass die Verwaltung im Verwaltungsprozess ebenfalls nur Partei ist),

²⁷ BVerwG, Beschl. v. 18.1.1963 – II C 16/60 –, NJW 1963, 730.

²⁸ Nicht unwichtig für die Begründung des Protokollierungsantrags: Für die Entscheidung erheblich ist auch deren ordnungsgemäßes Zustandekommen.

²⁹ Vgl. *Stöber*, in: *Zöller*, ZPO-Komm., 23. Aufl. (2002), § 160 Rdnr. 15.

- bei Behinderung in der Ausübung von Parteirechten, willkürliche Benachteiligung und
- bei unsachgemäßer Verfahrensleitung bzw. groben Verfahrensverstößen³⁰.

Der Ablehnungsgrund ist substantiiert darzulegen und glaubhaft zu machen, es sei denn, die entsprechenden Tatsachen sind dem Gericht bekannt oder können vom Gericht jederzeit aus den Akten festgestellt werden³¹.

Auf Grund des Rechts der Prozessparteien nach Art. 20 III, 101 I 2 GG und gegebenenfalls Art. 6 EMRK auf einen gesetzlichen, unparteiischen und neutralen Richter im konkreten Rechtsstreit ist in Zweifelsfällen dem Ablehnungsgesuch stattzugeben³².

Bei Erfolg können über das Ablehnungsgesuch unter Umständen „die Karten neu gemischt“ werden, jedenfalls aber lässt sich Zeit gewinnen und dem Gericht werden Fallstricke gelegt, die dann wiederum über die Verfahrensrüge den Weg in die nächste Instanz eröffnen können.

2.3.4. Praktische Tipps

All den bislang skizzierten Anforderungen gerecht zu werden, ist ungleich schwierig. Ich empfehle daher, nicht nur gut vorbereitet in die mündliche Verhandlung zu gehen, sondern auch entsprechend präpariert zu sein. In den anwaltlichen „Notarzkoffer“ (Einheften in die Prozessakte) sollte daher auf jeden Fall eine Checkliste zur Erstellung von Beweisanträgen gehören sowie der Text der grundlegenden Entscheidungen jedenfalls des Bundesverwaltungsgerichts zum Umgang mit Beweisanträgen (insbesondere das Urteil vom 23. Juni 1961³³) sowie bereits vorgefertigte Begründungsansätze für ein eventuell erforderlich werdendes Begehren auf Unterbrechung bzw. Vertagung der mündlichen Verhandlung. Ggf. sind Beweisanträge, mit deren Stellung man ernstlich schon rechnet, am besten vorformuliert mit zu Gericht zu nehmen.

Es sollte stets auf Protokollierung der vor dem Hintergrund der Verfahrensrechte kritischen Äußerungen des Gerichts bestanden werden. Empfehlenswert ist auch eine entsprechende Checkliste in Bezug auf ein mögliches Ablehnungsgesuch wegen Befangenheit. Unter Umständen ist ein solches Ablehnungsgesuch die einzige Möglichkeit, sich berechtigter Weise weitere Überlegungszeit auf die Äußerungen des Gerichts in der mündlichen Verhandlung hin auszubedingen.

³⁰ Vgl.: *Vollkommer*, in: *Zöller*, siehe Fn. 29, § 42 Rdnr. 8 ff.

³¹ *Kopp/Schenke*, siehe Fn. 16, § 54 Rdnr. 14.

³² So auch *Vollkommer*, siehe Fn. 29, § 42 Rdnr. 10 m.w.N.

³³ BVerwG, Urt. v. 23.6.1961 – IV C 308/60 –, BVerwGE 12, 268.

Von Bedeutung – vor allem unter dem Gesichtspunkt des dauerhaften Auskommens mit den betreffenden Richtern – ist auch, gewisse Konfliktsituationen gar nicht erst entstehen zu lassen. So kann man verständlicher Weise auf wenig Gegenliebe hoffen, wenn man das Gericht mit zahlreichen Beweisanträgen überrascht und noch drei weitere Verfahren auf dem Zeitplan des Gerichts stehen. Insofern ist einerseits empfehlenswert, sich vorab telefonisch zu erkundigen, ob noch weitere Verhandlungen nach dem eigenen Termin angesetzt sind. Auch sollte das Gericht entsprechend „vorgewarnt“ werden, was sich am einfachsten bewerkstelligen lässt, indem man bereits schriftlich vorträgt wie im Zivilprozess, beispielsweise:

„Die Aufstellung des Bebauungsplans wurde in der öffentlichen Gemeinderatssitzung am 30. Oktober 2002 beschlossen.

Beweis: Niederschrift über die Gemeinderatssitzung am 30. Oktober 2002;
Kopie als Anlage K 5 anbei“

2.4. Zulassung/Nichtzulassungsbeschwerde von Berufung bzw. Revision

Konnten unter anderem über die fehlerhafte Ablehnung von Beweisanträgen Fehler seitens des Gerichts produziert werden, so steigen damit die Chancen der Zulassung der Berufung bzw. der Revision nach § 124 II Nr. 5 VwGO bzw. nach § 132 II Nr. 3 VwGO erheblich. Beim Antrag auf Zulassung bzw. bei der Begründung der Nichtzulassungsbeschwerde sind dann nicht nur die Tatsachen vorzutragen, aus denen sich der entsprechende Rechtsfehler ergibt, sondern auch all das, was unternommen wurde, um den vorgenannten von der Rechtsprechung konstatierten Obliegenheiten gerecht zu werden (insbesondere die Hinweise auf die unterlaufenen Fehler).

Neben der Verfahrensrüge sind noch die Divergenzrüge, die praktisch jedoch von untergeordneter Bedeutung ist, sowie die Grundsatzrüge denkbar. Letztere wirft bekanntlich erhebliche Hürden auf. Hierzu an dieser Stelle nur in aller Kürze:

Hinsichtlich der Grundsatzrüge nach § 124 II Nr. 3, § 132 II Nr. 1 VwGO muss dem Berufungs- bzw. Revisionsgericht letztlich zweierlei vor Augen geführt werden: Zum einen muss dargelegt werden, was es zu klären gilt, und zum anderen, warum gerade das Berufungs- bzw. das Revisionsgericht diese Klärung vornehmen soll.

Nach der Standardformel des Bundesverwaltungsgerichts liegen die Voraussetzungen der Grundsatzrüge nur dann vor, wenn für die Entscheidung des vorinstanzlichen Gerichts eine konkrete, jedoch fallübergreifende Rechtsfrage von Bedeutung war, die auch für die Entscheidung im Revisionsverfahren erheblich wäre und deren höchstrichterliche Klärung zur Erhaltung der Einheitlichkeit der

Rechtsprechung oder einer bedeutsamen Weiterentwicklung des Rechts geboten erscheint³⁴. Dies ernst nehmend müssen folgende Punkte abgearbeitet werden:

- Aufgeworfensein einer Rechtsfrage (diese darf bei der Zulassung der Revision lediglich revisibles Recht betreffen, vgl. § 137 I VwGO),
- Darstellung der Klärungsbedürftigkeit, diese besteht wiederum nur
 - + wenn es zu der betreffenden Rechtsfrage bislang überhaupt keine Judikatur gibt oder
 - + jedenfalls keine Judikatur des Berufungs- bzw. Revisionsgerichts oder
 - + nur eine stark unterschiedliche Judikatur der Untergerichte oder
 - + ein stark polarisierendes Schrifttum und
 - + es sich jeweils nicht um „einfache“ Auslegungsfragen oder Einzelfallfragen handelt.
- die Darstellung der Klärungsfähigkeit, d. h. die gestellte Rechtsfrage muss durch einen abstrakt formulierbaren Rechtssatz beantwortbar sein.

Keinesfalls darf bei der Grundsatzrüge auf inhaltliche Fragen des der anzugreifenden Entscheidung zu Grunde liegenden Falles eingegangen werden; die Zulassung zur Revision bzw. zur Berufung ebenso wie die Nichtzulassungsbeschwerde sind nicht das Rechtsmittel selbst. Zu formulieren ist vielmehr:

„Zu klären ist die Frage, ob § XYZ dahin auszulegen ist, dass ...

Diese Frage besitzt grundsätzliche Bedeutung, weil ... die Auslegungsfrage dem Bundesverwaltungsgericht die Möglichkeit der Rechtsfortentwicklung hinsichtlich ... bietet.

Außerdem wäre eine Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts richtungweisend, weil ... die Rechtsfrage ist komplex, da ... Auch wurde sie bislang höchstrichterlich nicht entschieden, ...“

Schließlich ist hinsichtlich aller Zulassungsgründe die Entscheidungserheblichkeit zu beachten: Bei der Grundsatzrüge muss die aufgeworfene Rechtsfrage entscheidungserheblich sein, bei der Divergenzrüge der Punkt, in dem sich widersprechende obergerichtliche bzw. höchstrichterliche Rechtsprechung vorliegt und bei der Verfahrensrüge der gerügte Verfahrensmangel. Wichtig ist es insoweit zu beachten, dass es an der Entscheidungserheblichkeit auch dann fehlt, wenn die letztlich angegriffene Entscheidung vom Ergebnis her auch auf einen anderen Erwägungsgrund gestützt werden kann, auf den sich die aufgeworfene Rechtsfrage, die vorliegende Divergenz oder der gerügte Verfahrensmangel nicht erstreckt.

³⁴ So schon BVerwG, Beschl. v. 2.10.1961 – VIII B 78/61 –, BVerwGE 13, 90 (91 f.).

Insgesamt sei zu diesem höchstschwierig zu handhabenden Terrain („verwaltungsrechtliches Hochreck“) auf das Skript von Prof. Dr. Dr. Jörg Berkemann, Intensivkurs Revisionsrecht, anlässlich eines Seminars im Jahre 2002 in Leipzig verwiesen.

3. Anwaltsmarketing³⁵

Hier hilft, sich zunächst die Frage klarzumachen: Was sind meine „Vertriebskanäle“ (Was ist das eigentlich?) und wie kann ich sie „befüttern“? Denken Sie insofern analytisch:

- **Wer** soll
- **Was** über mich erfahren und
- **Welchen** Schluss daraus ziehen?

Was könnte ihn an dem Schluss hindern (zum Beispiel Informationen von anderen oder Beziehungen zu anderen Kollegen) und wie kann ich das umgehen?

Wie kommen eigentlich faktisch meinen Kunden zu mir (und nicht zu einem anderen Büro (bzw. meinem Seniorpartner)) und wie kann ich dies optimieren? Welches sind die Informationen, auf die es aus Sicht der Entscheider (Privatpersonen, Syndikusanwälte, Vorstände, Geschäftsführer) ankommt und wie kann ich sie „an den Mensch“ bringen?

Dies führt sogleich zur Frage der sog. Cooperate Identity: Gibt es typische gleichförmige Merkmale meines anwaltlichen So-Seins (incl. meines Büros)? Was sind hiervon die typischen Eigenschaften/Merkmale der von mir (bei mehreren Rechtsanwälten: uns) erbrachten Dienstleistungen, für die ich als – zumal auf Verwaltungsrecht spezialisierter – Anwalt stehe, für die mich meine aktuellen Kunden schätzen und meine potentiellen Kunden schätzen sollen? Habe ich Alleinstellungsmerkmale, die mich von anderen Mitwettbewerbern unterscheiden? Welche sind es?

Schließlich, dies führt zur Frage das Cooperate Design: Wie kann ich die Cooperate Identity meines Anwaltsbüros mit einem wieder erkennungs-fähigen und -potenten Markenzeichen verknüpfen, die symbolisch gut zu den vermarkteten Eigenschaften der anwaltlichen Dienstleistung passt und anhand dessen man sich sogleich an diese mit Wohlwollen erinnert?

³⁵ Ich empfehle (Rachelle) Römermann, Anwaltliches Marketing-Management, Köln, 2003.

4. Pressearbeit³⁶

Hier ist zu beachten:

- Eigenlogik der Presse: Wie mache ich es „mundgerecht“

Beispiel: Zitat der Akteure in Presseerklärung spart den Anruf, um dem Artikel „Authentizität“ zu geben; BILD will immer das Alter wissen. Keine unnötigen Komplikationen, die den Medien zu schwierig sind, z.B. Hauptsache- und Eilverfahren. „Ich kann nur kurze Sätze“ (Münsterfering).

- Aktualitätsbezug bei Tagesaktuellen Medien

Beispiel: Gerichtsentscheidungen.

- Was „geht“, was „geht nicht“ und mit welchem Medium?

Beispiel: Tiere und ZDF-Magazine,

- Presseaktivitäten anderer, die einem einen Strich durch die Rechnung machen können

Beispiel: Pressemitteilung des Gerichts.

- Redaktionsschluss von Medien

- besonders gefährlich: Eigenlogik der Presse, redaktionelle Freiheit

Beispiel: Geplagter Mandant, der sich gegen unzumutbare Dinge in der Nachbarschaft wehrt, wird zum Arbeitsplatzvernichter.

Achtung: Wann und in wie weit mache ich Pressearbeit für mich, wann für meinen Mandanten.

Sehr zu empfehlen insofern die Teilnahme an Schulungsveranstaltungen für junge Journalisten.

³⁶ Zum Einstieg: Viola Falkenberg, Interviews meistern, F.A.Z.-Institut, Frankfurt 1999.