

## Aus Nr. 23 wird Nr. 29 – oder vorläufig doch nicht?

Von Dr. Sebastian Unger, München<sup>1</sup>

**Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung nach § 80 V 1 VwGO, insbesondere formelle Rechtmäßigkeit einer behördlichen Sofortvollzugsanordnung – Antrag auf Aufhebung der Vollziehung nach § 80 V 3 VwGO – Rechtsschutz bei faktischer Vollziehung**

### SACHVERHALT

#### Ausgangsfall:

A ist Eigentümer eines mit einem Wohnhaus bebauten Grundstücks in der Meierstraße in München, dem bislang die Hausnummer 23 zugeteilt ist. In München besteht eine auf Grundlage von Art. 23 S. 1 BayGO i. V. m. Art. 52 II BayStrWG<sup>2</sup> erlassene »Satzung über die Straßenbenennung und Hausnummerierung«. Gemäß § 5 II dieser Satzung »kann die Landeshauptstadt München aus dringenden Gründen die Umnummerierung der Gebäude vornehmen«. Mit am gleichen Tag zur Post gegebenem Schreiben vom 29. Oktober 2009 teilt die Landeshauptstadt München dem A unter Hinweis auf § 126 III BauGB die Hausnummer 29 zu und erklärt den Bescheid für sofort vollziehbar. Zur Begründung führt sie zunächst nur aus, dass auf dem Nachbargrundstück ein sogenannter Vierspänner errichtet worden sei, dem die Hausnummern 21, 23, 25 und 27 hätten zugeteilt werden müssen, so dass sie zur Umnummerierung des Grundstücks des A gezwungen gewesen sei. Zudem teilt sie dem A mit, dass die behördlichen Stellen und die Stadtwerke von der Änderung in Kenntnis gesetzt würden. Einige Tage später erhält A ein weiteres Schreiben, in dem es unter der Überschrift »Nachtrag zum Bescheid vom 29. Oktober 2009« heißt: »Die Anordnung der sofortigen Vollziehung war im öffentlichen Interesse geboten.« A, mit dem bis zu diesem Zeitpunkt niemand gesprochen hat, begibt sich am 1. Dezember 2009 zu Rechtsanwalt R. Diesem erklärt er, dass er mit der Umnummerierung keineswegs einverstanden sei und gegen diese mit allen Mitteln vorgehen wolle. »Dringende Gründe« für die Umnummerierung seien nicht in Sicht und er daher durch die Umnummerierung, wie sich nicht zuletzt aus § 126 III BauGB ergebe, in seinen Rechten verletzt. Da er aus Erfahrung wisse, wie langsam die Mühlen der Justiz mahlen, begehre er überdies die »vorläufige Sicherung seiner Interessen«: Erstens wolle er bis zu einer endgültigen Entscheidung des Gerichts seine alte Hausnummer behalten, zweitens solle die Landeshauptstadt München verpflichtet werden, die durch die Information der behördlichen Stellen und der Stadtwerke über die Umnummerierung mittlerweile geschaffenen »Fakten« bereits vor Abschluss des Hauptsacheverfahrens rückgängig zu machen. R verspricht A, die Sache zu prüfen und ihn noch im Laufe des Tages über das weitere Vorgehen und dessen Erfolgsaussichten zu unterrichten.

*Bearbeitervermerk:* In einem Gutachten, das auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen eingeht, ist zu prüfen, ob A mit Aussicht auf Erfolg Rechtsbehelfe zur »vorläufigen Sicherung seiner Interessen« erheben kann. Von der Rechtmäßigkeit der Satzung ist dabei auszugehen.

#### Abwandlung:

Die Landeshauptstadt München erklärt die Umnummerierungsvorgang nicht für sofort vollziehbar. A erhebt Mitte November

2009 Anfechtungsklage zum Verwaltungsgericht München. Ende November 2009 kündigt die Landeshauptstadt München gegenüber A an, sie werde nichtsdestotrotz in Kürze die behördlichen Stellen und die Stadtwerke von der Umnummerierung in Kenntnis setzen. A möchte dies mit Blick auf das anhängige Hauptsacheverfahren verhindern.

*Bearbeitervermerk:* In einem Gutachten, das auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen eingeht, ist zu prüfen, ob A mit Aussicht auf Erfolg gerichtlich verhindern kann, dass die Landeshauptstadt München die behördlichen Stellen und die Stadtwerke von der Umnummerierung in Kenntnis setzt.

### LÖSUNG

#### Ausgangsfall:

A begehrt zur »vorläufigen Sicherung seiner Interessen« zweierlei: Erstens will er bis zur endgültigen Entscheidung des Gerichts seine alte Hausnummer behalten. Zweitens soll die Landeshauptstadt München verpflichtet werden, die durch die Information der behördlichen Stellen und der Stadtwerke über die neue Hausnummer geschaffenen »Fakten« bereits vor Abschluss des anhängigen Hauptsacheverfahrens rückgängig zu machen. Angesprochen sind damit Rechtsbehelfe im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes.

#### A. Vorläufige Sicherung der Hausnummer

Ein auf die vorläufige Sicherung der alten Hausnummer gerichteter Antrag des A im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes hat Erfolg, wenn er zulässig und begründet ist.

<sup>1</sup> Der Verfasser ist Akademischer Rat am Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Staatsphilosophie an der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München (Prof. Dr. Peter M. Huber).

<sup>2</sup> Ähnliche Regelungen enthalten § 51 III StrWG MV (i. V. m. § 5 I 1 KV MV), § 88 I Nr. 5 LBauO RP (i. V. m. § 24 I 1 GemO RP) und § 47 III StrWG SH (i. V. m. § 4 I 1 GO SH). Gemäß § 28 I Nr. 3 VermG Bln erlässt die Senatsverwaltung durch Rechtsverordnung Vorschriften über die Voraussetzungen, unter denen Grundstücke zu nummerieren sind, die Grundsätze und das Verfahren der Grundstücksnummerierung sowie die Beschaffenheit der anzubringenden Grundstücksnummern. Auf Grundlage der Rechtsverordnung werden dann die Hausnummern festgesetzt. § 20 II 1 HbgWG und § 38 a I BremLStrG ermächtigen unmittelbar zur Festsetzung von Hausnummern. In den übrigen Ländern fehlen ausdrückliche Regelungen. Überwiegend erfolgt die Festsetzung von Hausnummern entsprechend ihrem traditionellen Verständnis als polizeiliche Aufgabe – dazu PrOVGE 45, 424; 55, 256 – hier nach Maßgabe des allgemeinen Polizei- und Sicherheitsrechts, in der Regel durch Verwaltungsakt auf Grundlage einer sicherheitsrechtlichen Verordnung. Auf § 126 III BauGB hingegen kann die Festsetzung von Hausnummern nicht gestützt werden: Die Vorschrift regelt in Satz 1 lediglich die Verpflichtung des Eigentümers zur Anbringung einer von der Gemeinde festgesetzten Hausnummer; für deren Festsetzung selbst gelten nach Satz 2 die landesrechtlichen Vorschriften. Zum Ganzen ausführlich SCHÜRMANNSCHWIND, DVBl. 2001, 1479 (1480 ff.). Unabhängig von der Rechtsgrundlage werden die Hausnummern folglich in allen Ländern durch Verwaltungsakt festgesetzt, so dass sich die prozessualen Probleme der Klausur unabhängig von der jeweiligen Rechtsgrundlage in allen Ländern in gleicher Weise stellen.

## I. Zulässigkeit

### 1. Verwaltungsrechtsweg

Mangels aufdrängender Sonderzuweisung richtet sich die Zulässigkeit des Verwaltungsrechtswegs nach § 40 I 1 VwGO. Streitbefangen sind mit Bestimmungen des BayStrWG, des BauGB, der VwGO und der Satzung Vorschriften des öffentlichen Rechts. Es handelt sich folglich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit. Da weder unmittelbar am Verfassungsrechtskreis Beteiligte im Kern um materielles Verfassungsrecht streiten noch eine prinzipale Normenkontrolle des formellen Gesetzgebers in Rede steht, ist diese auch nichtverfassungsrechtlicher Art. Eine abdrängende Sonderzuweisung schließlich ist nicht ersichtlich, der Verwaltungsrechtsweg folglich zulässig.

### 2. Statthafte Antragsart

Vorläufigen Rechtsschutz gewährt die VwGO – abgesehen von der offensichtlich nicht einschlägigen Regelung in § 47 VI VwGO – in §§ 80, 80 a VwGO und in § 123 VwGO. Nach der Abgrenzungsregel in § 123 V VwGO kommt eine einstweilige Anordnung nach § 123 VwGO in den Fällen der §§ 80, 80 a VwGO nicht in Betracht. Diese sind daher vorrangig zu prüfen. Im Zusammenhang mit der vorläufigen Sicherung der alten Hausnummer könnte ein Fall des § 80 V 1 Alt. 2 VwGO vorliegen. Voraussetzungen sind, wie sich aus der Bezugnahme des § 80 V 1 Alt. 2 VwGO auf § 80 I 1 und § 80 II 1 Nr. 4 VwGO ergibt, das Vorliegen eines noch nicht erledigten belastenden Verwaltungsakts und die behördliche Anordnung seiner sofortigen Vollziehung nach § 80 II 1 Nr. 4 VwGO, zudem ein auf die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung gerichtetes Begehren des Antragstellers<sup>3</sup>.

#### a) Vorliegen eines noch nicht erledigten belastenden Verwaltungsakts

Die gemeindliche Zuteilung einer neuen Hausnummer bedeutet die Neueinordnung eines Grundstücks in eine bestimmte StraÙe. Sie bildet die Grundlage für die aus § 126 III 1 BauGB resultierende Pflicht, das Grundstück mit der Hausnummer zu versehen. Die Zuteilung einer neuen Hausnummer im Bescheid vom 29. Oktober 2009 ist folglich eine hoheitliche Maßnahme zur Regelung eines Einzelfalls auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts mit unmittelbarer Außenwirkung, mithin ein Verwaltungsakt im Sinne des Art. 35 S. 1 BayVwVfG<sup>4</sup>. Fraglich ist lediglich, ob der einheitliche Umnummerierungsverwaltungsakt in einen auf die Aufhebung der bisherigen Hausnummernzuteilung (Art. 48, 49 BayVwVfG) und einen auf die Zuteilung einer neuen Hausnummer (Art. 52 II BayStrWG i. V. m. Art. 23 S. 1 BayGO und der Satzung) gerichteten Verwaltungsakt aufzuteilen ist<sup>5</sup>. Indes spricht vorliegend entscheidend für die Annahme nur eines Verwaltungsakts, dass § 5 II der Satzung die Landeshauptstadt München als vorrangige Spezialregelung zu Art. 48, 49 BayVwVfG unmittelbar zur einheitlichen Umnummerierung von Gebäuden »aus dringenden Gründen« befugt<sup>6</sup>. Der einheitliche Umnummerierungsverwaltungsakt ist für A mit Blick auf § 126 III 1 BauGB, der ihn dazu verpflichtet, sein Grundstück mit der gemeindlich festgesetzten Nummer zu versehen, und auch auf Umnummerierungen anwendbar ist<sup>7</sup>, auch belastend<sup>8</sup>. Er hat sich ferner noch nicht erledigt.

#### b) Behördliche Anordnung der sofortigen Vollziehung

Die Landeshauptstadt München hat die sofortige Vollziehung der Umnummerierungsverfügung angeordnet, so dass die aufschiebende Wirkung gemäß § 80 II 1 Nr. 4 VwGO entfällt. A begehrt die gerichtliche Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung, statthaft ist folglich ein Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung nach § 80 V 1 Alt. 2 VwGO.

### 3. Antragsbefugnis

Die Antragsbefugnis im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes orientiert sich an der Klagebefugnis im Hauptsacheverfahren<sup>9</sup>. Als Eigentümer des von der Umnummerierungsverfügung betroffenen Grundstücks ist A mit Blick auf die sich aus § 126 III 1 BauGB ergebende Pflicht, sein Grundstück mit der festgesetzten Nummer zu versehen, in seinem Grundrecht aus Art. 14 I GG betroffen<sup>10</sup>. Eine Verletzung erscheint auch nicht von vornherein und nach jeder Betrachtungsweise ausgeschlossen. A ist folglich entsprechend § 42 II VwGO antragsbefugt.

### 4. Einlegung eines Hauptsacherechtsbehelfs

Ob die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung mit Blick auf § 80 I 1 VwGO voraussetzt, dass bis zur Entscheidung über den diesbezüglichen Antrag ein Hauptsacherechtsbehelf eingelegt worden ist, ist umstritten<sup>11</sup>. Dafür spricht, dass nach § 80 I 1 VwGO nur Widerspruch und Anfechtungsklage aufschiebende Wirkung haben. Fehlt es an beiden, kann auch keine aufschiebende Wirkung angeordnet oder wiederhergestellt werden: Es fehlt der auslösende Rechtsbehelf und mit ihm ein Hauptsacheverfahren, das entsprechend dem Sicherungszweck des § 80 VwGO offengehalten werden könnte. Hätte der Gesetzgeber den Verwaltungsgerichten die Möglichkeit einräumen wollen, losgelöst von einem Hauptsacherechtsbehelf vorläufigen Rechtsschutz zu gewähren, hätte er sie (wie etwa in § 10 III 5 AsylVfG a. F.) mit der Befugnis ausgestattet, die Vollziehung auszusetzen. Gegen das Erfordernis eines Hauptsacherechtsbehelfs lassen sich auch nicht Art. 19 IV 1 GG und § 80 V 2 VwGO anführen: Zwar wird faktisch die Rechtsbehelfsfrist im Hauptsacheverfahren verkürzt, weil der Antragsteller gezwungen ist, bereits vor Ablauf der Rechtsbehelfsfrist einen Hauptsacherechtsbehelf einzulegen. Dies bewegt sich aber in den durch Art. 19 IV 1 GG gezogenen Grenzen. § 80 V 2 VwGO schließlich hat die für die VwGO typische Konstellation im Blick, dass ein Vorverfahren stattfindet und ein Widerspruch bereits eingelegt worden ist; eines zusätzlichen Hauptsacherechtsbehelfs – mithin: einer Anfechtungsklage – soll es dann nicht bedürfen<sup>12</sup>. A muss folglich, da das Vorverfahren

3 SCHOCH, JURA 2002, 37 (40); ausführlich SCHOCH, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner (Hrsg.), VwGO, § 80 Rdn. 223 ff. (Stand: Februar 1996).

4 BayVGH BayVBl. 1983, 20 (20); BayVBl. 1988, 496 (496 f.); R. EHLERS, DVBl. 1970, 492 (494); ERNST/GRZIOWITZ, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, BauGB, § 126 Rdn. 20 b (Stand: Februar 2008); QUAAS, in: Schröder, BauGB, 7. Aufl. 2006, § 126 Rdn. 5; SCHÜRMANN/SCHWIND, DVBl. 2001, 1479 (1484).

5 In diese Richtung BayVGH BayVBl. 1983, 20 (20 f.).

6 In diese Richtung auch BayVGH BayVBl. 1988, 496 (497); VG Ansbach v. 20. 2. 2001, AN 20 K 00.01921, juris, Rdn. 29. Folgt man der Gegenauffassung, ist der Antrag nach § 80 V 1 Alt. 2 VwGO gegen Aufhebungs- und Zuteilungsverwaltungsakt zu richten.

7 ERNST/GRZIOWITZ, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, BauGB, § 126 Rdn. 19 (Stand: Februar 2008).

8 SH OVG v. 25. 10. 1991, 4 L 56/91, juris, Rdn. 24 f., 31; BayVGH BayVBl. 1983, 20 (20); BayVBl. 1988, 496 (496); ERNST/GRZIOWITZ, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, BauGB, § 126 Rdn. 20 b (Stand: Februar 2008).

9 Für die herrschende Meinung HUFEN, Verwaltungsprozessrecht, 7. Aufl. 2008, § 32 Rdn. 34.

10 SCHÜRMANN/SCHWIND, DVBl. 2001, 1479 (1485 f., 1486 ff.). S. auch SH OVG v. 25. 10. 1991, 4 L 56/91, juris, Rdn. 31, das aber wohl eher auf Art. 2 I GG abstellt; BayVGH BayVBl. 1983, 20 (20); BayVBl. 1988, 496 (496); ERNST/GRZIOWITZ, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, BauGB, § 126 Rdn. 20 b (Stand: Februar 2008).

11 Dafür etwa OVG RP NJW 1995, 1043; DECKER, in: Wolff/Decker, Studienkommentar VwGO und VwVfG, 2. Aufl. 2007, § 80 VwGO Rdn. 52; SCHOCH, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner (Hrsg.), VwGO, § 80 Rdn. 314 f. (Stand: Februar 1996); dagegen etwa BayVGH BayVBl. 1988, 17 (18); KOPP/SCHENKE, VwGO, 16. Aufl. 2009, § 80 Rdn. 139; PUTTLER, in: Sodan/Ziekow (Hrsg.), VwGO, 3. Aufl. 2010, § 80 Rdn. 129; SHIRVANI/HEIDEBACH, DÖV 2010, 254 (259 f.).

12 SCHOCH, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner (Hrsg.), VwGO, § 80 Rdn. 314 (Stand: Februar 1996).

vorliegend nach § 68 I 2 VwGO i. V. m. Art. 15 II BayAGVwGO<sup>13</sup> entfällt und also ein Widerspruch nicht statthaft ist, noch eine Anfechtungsklage erheben<sup>14</sup>.

## 5. Rechtsschutzbedürfnis

a) *Keine Bestandskraft des streitgegenständlichen Verwaltungsakts*  
Der Antrag nach § 80 V 1 VwGO ist zwar nicht fristgebunden. Das Rechtsschutzbedürfnis entfällt aber, wenn der streitgegenständliche Verwaltungsakt wegen Ablaufs der Widerspruchs- oder Klagefrist nach § 74 I VwGO bestandskräftig wird<sup>15</sup>. Der am 29. Oktober 2009 zur Post gegebene Verwaltungsakt gilt gemäß Art. 41 II 1 BayVwVfG am 1. November 2009 als bekannt gegeben. Weil es sich bei der Dreitagesregel in Art. 41 II 1 BayVwVfG um eine Fiktion und keine Frist handelt und sich die Bekanntgabe des Verwaltungsakts also nicht nach § 222 II ZPO auf den 2. November 2009 verschiebt, beginnt der Lauf der Klagefrist am 2. November 2009 um 00:00 Uhr und endet am 1. Dezember 2009 um 24:00 Uhr (§ 57 II VwGO i. V. m. § 222 ZPO, § 187 I, § 188 II BGB). A muss mithin, da das Vorverfahren vorliegend nach § 68 I 2 VwGO i. V. m. Art. 15 II BayAGVwGO<sup>16</sup> entfällt und also ein Widerspruch nicht statthaft ist, noch am 1. Dezember 2009 (erforderlichenfalls durch Tele- oder Computertax)<sup>17</sup> Anfechtungsklage beim gemäß §§ 45, 52 Nr. 1 VwGO i. V. m. Art. 1 II Nr. 1 BayAGVwGO zuständigen Verwaltungsgericht München erheben.

## b) Behördliches Aussetzungsverfahren

Aus § 80 VI 1 VwGO ergibt sich im Umkehrschluss, dass es eines vorherigen Antrags auf Aussetzung der Vollziehung an die Behörde gemäß § 80 IV VwGO grundsätzlich nicht bedarf<sup>18</sup>. Das ist jedenfalls im Fall des § 80 II 1 Nr. 4 VwGO sachgerecht, weil hier die Behörde selbst den Sofortvollzug angeordnet und also die Frage, ob das Aussetzungs- das Vollziehungsinteresse überwiegt, bereits zu Lasten des Antragstellers beantwortet hat<sup>19</sup>.

## 6. Zuständigkeit des Gerichts

Als Gericht der Hauptsache (§§ 45, 52 Nr. 1 VwGO i. V. m. Art. 1 II Nr. 1 BayAGVwGO) ist das Verwaltungsgericht München gemäß § 80 V 1 VwGO auch im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes sachlich und örtlich zuständig.

## 7. Beteiligungs- und Prozessfähigkeit

A ist als natürliche Person gemäß § 61 Nr. 1 Alt. 1 VwGO beteiligungsfähig und gemäß § 62 I Nr. 1 VwGO i. V. m. §§ 104 ff. BGB prozessfähig. Die Landeshauptstadt München ist gemäß § 61 Nr. 1 Alt. 2 VwGO i. V. m. Art. 1 S. 1 BayGO als Körperschaft des öffentlichen Rechts beteiligungsfähig. Sie wird gemäß § 62 III VwGO i. V. m. Art. 38 I BayGO durch den Oberbürgermeister vertreten<sup>20</sup>.

## 8. Zwischenergebnis

Ein Antrag des A im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes ist als Antrag nach § 80 V 1 Alt. 2 VwGO zulässig, wenn A noch am 1. Dezember 2009 eine Anfechtungsklage erhebt.

## II. Begründetheit

Der Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz nach § 80 V 1 Alt. 2 VwGO ist begründet, wenn er gegen den richtigen Antragsgegner gerichtet ist und entweder die Anordnung der sofortigen Vollziehung durch die Landeshauptstadt München formell<sup>21</sup> rechtswidrig ist oder die sofortige Vollziehung des Verwaltungsakts nicht, wie von § 80 II 1 Nr. 4 VwGO vorausgesetzt, im öffentlichen Interesse liegt<sup>22</sup>. Maßgeblich ist insoweit, wie sich aus § 80 VII VwGO ergibt, die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung.

## 1. Richtiger Antragsgegner<sup>23</sup>

Als Körperschaft des öffentlichen Rechts ist analog § 78 I Nr. 1 VwGO<sup>24</sup> die Landeshauptstadt München passivlegitimiert<sup>25</sup>.

13 Das Vorverfahren entfällt ebenfalls in Niedersachsen (§ 8 a I, III, IV NdsAGVwGO) und Nordrhein-Westfalen (§ 6 I 1, II, III, IV AGVwGO NW). In den übrigen Ländern ist hingegen jedenfalls in einem dem vorliegenden Sachverhalt entsprechenden Fall gemäß § 68 I 1 VwGO vor Erhebung der Anfechtungsklage ein Vorverfahren durchzuführen. Ein Widerspruch ist dann statthaft. Zur Rechtslage in den einzelnen Ländern übersichtlich SODAN/ZIEKOW, Grundkurs Öffentliches Recht, 4. Aufl. 2010, § 92 Rdn. 3; STEINBEISS-WINKELMANN, NVwZ 2009, 686 (686 f.).

14 Ist wie hier die Anwaltperspektive einzunehmen, sollte aus Gründen anwaltlicher Vorsicht (und mit Blick auf die drohende Bestandskraft des streitgegenständlichen Verwaltungsakts) immer vom Erfordernis der Einlegung eines Hauptsacherechtsbehelfs ausgegangen werden. Ebenso KOEHL, BayVBl. 2007, 540 (541).

15 HUFEN, Verwaltungsprozessrecht, 7. Aufl. 2008, § 32 Rdn. 35.

16 S. zur Rechtslage in den anderen Ländern die Hinweise in Fn. 13.

17 Dazu etwa WÜRTEMBERGER, Verwaltungsprozessrecht, 2. Aufl. 2006, Rdn. 239; zur Zulässigkeit einer Klageerhebung oder Antragstellung durch Funkfax BVerwG NJW 2006, 1989 (1990).

18 DECKER, in: Wolff/Decker, Studienkommentar VwGO und VwVfG, 2. Aufl. 2007, § 80 VwGO Rdn. 55 ff.

19 HUFEN, Verwaltungsprozessrecht, 7. Aufl. 2008, § 32 Rdn. 35. In den Fällen des § 80 II 1 Nr. 2 und 3 VwGO hat die Behörde den Sofortvollzug zwar nicht angeordnet. Sie hätte aber bei Erlass des Verwaltungsakts die Vollziehung gemäß § 80 IV 1 VwGO aussetzen können. Indem sie dies nicht getan hat, hat sie zu verstehen gegeben, dass nach ihrer Auffassung das Vollziehungs- das Aussetzungsinteresse entsprechend der gesetzlichen Wertung überwiegt. S. dazu DECKER, in: Wolff/Decker, Studienkommentar VwGO und VwVfG, 2. Aufl. 2007, § 80 VwGO Rdn. 55. Bei § 80 II 1 Nr. 1 VwGO ist ein Antrag nach § 80 V 1 Alt. 1 VwGO hingegen gemäß § 80 VI 1 VwGO grundsätzlich – die Ausnahmen regelt § 80 VI 2 VwGO – nur zulässig, wenn vorher die Behörde einen Antrag auf Aussetzung der Vollziehung nach § 80 IV VwGO abgelehnt hat. Es handelt sich um eine echte Zugangsvoraussetzung, deren Fehlen durch eine Nachholung des Aussetzungsverfahrens nicht geheilt werden kann; zweifelnd aber jüngst BayVGH BayVBl. 2009, 116 (116 f.); dagegen SCHOCH, in: Ehlers/Schoch (Hrsg.), Rechtsschutz im öffentlichen Recht, 2009, § 29 Rdn. 129.

20 S. zur Rechtslage in den anderen Ländern noch die Hinweise in Fn. 25.

21 Die materielle Rechtmäßigkeit der behördlichen Sofortvollzugsanordnung spielt im Verfahren nach § 80 V 1 Alt. 2 VwGO nach zutreffender Auffassung keine Rolle, weil für die Entscheidung des Gerichts, wie sich aus § 80 VII VwGO ergibt, ausschließlich die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt seiner Entscheidung maßgeblich ist. Andernfalls müsste das Gericht bei Änderung der Sach- und Rechtslage nach Erlass der behördlichen Sofortvollzugsanordnung einerseits den Antrag nach § 80 V 1 Alt. 2 VwGO abweisen und andererseits unmittelbar im Anschluss seinen soeben gefassten Beschluss gemäß § 80 VII VwGO ändern. Zu prüfen ist daher nur die formelle Rechtmäßigkeit der Sofortvollzugsanordnung. Materiell prüft das Gericht selbst und ohne Bindung an die behördlichen Erwägungen, ob gegenwärtig ein öffentliches Interesse im Sinne des § 80 II 1 Nr. 4 VwGO an der sofortigen Vollziehung besteht. S. dazu SCHOCH, JURA 2002, 37 (44).

22 WÜRTEMBERGER, Verwaltungsprozessrecht, 2. Aufl. 2006, Rdn. 532. Insoweit handelt es sich entgegen der herrschenden Meinung nicht um eine Ermessens-, sondern um eine Rechtsentscheidung: Das Gericht prüft selbst und ohne Bindung an die behördliche Entscheidung die Rechtsfrage, ob ein öffentliches Interesse an der sofortigen Vollziehung des Verwaltungsakts besteht, SCHOCH, JURA 2002, 37 (44); WÜRTEMBERGER, Verwaltungsprozessrecht, 2. Aufl. 2006, Rdn. 532 mit Fn. 76.

23 Nach anderer Auffassung ist die Frage nach dem richtigen Antragsgegner (ebenso wie die Frage nach dem richtigen Klagegegner) als Frage nach der passiven Prozessführungsbefugnis und Gegenstück zur durch § 42 II VwGO beantworteten Frage nach der aktiven Prozessführungsbefugnis im Rahmen der Zulässigkeit zu erörtern: Die Wahl des falschen Antragsgegners (oder Klagegegners) führt dann zur Unzulässigkeit des Antrags (oder der Klage). In diesem Sinne etwa MEISSNER, in: Schoch/Schmidt-Abmann/Pietzner (Hrsg.), VwGO, § 78 Rdn. 4 ff. (Stand: Oktober 2005); SCHENKE, Verwaltungsprozessrecht, 12. Aufl. 2009, Rdn. 543 ff.

24 DECKER, in: Wolff/Decker, Studienkommentar VwGO und VwVfG, 2. Aufl. 2007, § 80 VwGO Rdn. 62.

25 § 8 II 1 BbgVwGG, § 14 II 1 AGGerStrG MV, § 8 II NdsAGVwGO, § 5 II 1 VwGOAG NW, § 19 II SaarAGVwGO, § 8 S. 2 AGVwGO LSA und § 6 S. 2 AGVwGO SH bestimmen gemäß § 78 I Nr. 2 VwGO, dass die Klage gegen die Behörde zu richten ist, die den angefochtenen Verwaltungsakt erlassen

## 2. Formelle Rechtmäßigkeit der Sofortvollzugsanordnung

Fraglich ist zunächst, ob die behördliche Sofortvollzugsanordnung formell rechtmäßig ist.

### a) Zuständigkeit

Als Ausgangsbehörde ist die Landeshauptstadt München gemäß § 80 II 1 Nr. 4 VwGO auch für die Anordnung des Sofortvollzugs zuständig.

### b) Anhörung

Fraglich ist, ob A vor Erlass der Sofortvollzugsanordnung durch die Landeshauptstadt München hätte angehört werden müssen.

#### aa) Anhörungspflicht aus Art. 28 I BayVwVfG

Eine Anhörungspflicht könnte sich aus Art. 28 I BayVwVfG ergeben. Die Sofortvollzugsanordnung ist indes – wie sich auch aus § 80 III 1 VwGO ergibt, der andernfalls nicht erforderlich wäre, weil ein Begründungsfordernis bereits aus Art. 39 I BayVwVfG folgte – als verfahrensrechtliche Nebenentscheidung zu einem Verwaltungsakt selbst kein Verwaltungsakt, so dass Art. 28 I BayVwVfG nicht unmittelbar anwendbar ist. Mangels planwidriger Regelungslücke – § 80 II 1 Nr. 4, III VwGO regelt die formellen Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen der behördlichen Sofortvollzugsanordnung abschließend – und mangels Vergleichbarkeit der Sachverhalte – hinsichtlich der überdies nicht in Bestandskraft erwachsenden Sofortvollzugsanordnung kann der Betroffene seine Einwände bereits im Rahmen der vor Erlass des zugehörigen Verwaltungsakts durchzuführenden Anhörung vorbringen – scheidet auch eine analoge Anwendung der Vorschrift aus<sup>26</sup>.

#### bb) Allgemeine rechtsstaatliche Anhörungspflicht

Es bleibt die Möglichkeit einer allgemeinen rechtsstaatlichen Anhörungspflicht. Eine solche ist freilich durch das Rechtsstaatsprinzip nicht geboten, weil der Adressat eines belastenden Verwaltungsakts mit einer Sofortvollzugsanordnung rechnen muss und seine Einwände überdies bereits im Rahmen der regelmäßig vor Erlass des Verwaltungsakts durchzuführenden Anhörung vorbringen kann. Dies genügt rechtsstaatlichen Anforderungen<sup>27</sup>.

### c) Begründung

Fraglich ist schließlich, ob die Sofortvollzugsanordnung ordnungsgemäß begründet worden ist. Gemäß § 80 III 1 VwGO ist das besondere Interesse an der sofortigen Vollziehung des Verwaltungsakts schriftlich zu begründen, wenn wie vorliegend kein Fall des § 80 III 2 VwGO vorliegt. Hier ist die Begründung indes erst nachträglich erfolgt. Überdies ist sie möglicherweise inhaltlich unzureichend.

#### aa) Nachholung der Begründung

Ob die Begründung nachgeholt werden kann, ist umstritten. Mitunter wird eine Nachholung der Begründung entsprechend Art. 45 I Nr. 2, II BayVwVfG für zulässig gehalten: Hebe das Gericht die Sofortvollzugsanordnung wegen fehlender Begründung auf, erlasse die Behörde unter Vermeidung formaler Fehler eine neue Sofortvollzugsanordnung. Gegen diese müsse der Betroffene dann erneut nach § 80 V 1 VwGO vorgehen, so dass im Ergebnis nichts gewonnen sei<sup>28</sup>. Dem ist nicht nur entgegenzuhalten, dass eine Analogie zu Lasten des Bürgers nicht unproblematisch ist<sup>29</sup>. Auch soll § 80 III 1 VwGO die Behörde dazu anhalten, sich bei Erlass einer Sofortvollzugsanordnung die Außenkraftsetzung der Grundregel des § 80 I 1 VwGO bewusst zu machen (Warnfunktion der Begründung)<sup>30</sup>. Dieser Zweck wird verfehlt, wenn man der Behörde die Nachholung der Begründung erlaubt<sup>31</sup>. Dass die Anordnung unter Vermeidung formaler Fehler wiederholt werden kann, trifft zwar zu, streitet aber nicht

dafür, die Nachholung der Begründung zuzulassen, ließe sich dieses Argument doch gegen jede Verfahrensvorschrift in Anschlag bringen und machte also austarierte Heilungs- und Unbeachtlichkeitsregelungen wie in Art. 45 f. BayVwVfG überflüssig. Vor diesem Hintergrund überzeugt auch eine vermittelnde Auffassung, nach der die Begründung bis zur Stellung des Antrags nach § 80 V 1 Alt. 2 VwGO nachgeholt werden kann<sup>32</sup>, nicht, weil § 80 III 1 VwGO auch in dieser Lesart seinen Zweck verfehlt<sup>33</sup>. Demgemäß hat die Nachholung der Begründung keine heilende Wirkung<sup>34</sup>. Allenfalls kann in ihr (bei entsprechenden Anhaltspunkten) eine neue Sofortvollzugsanordnung gesehen werden<sup>35</sup>. Vorliegend ist dafür nichts ersichtlich<sup>36</sup>: Erstens ist im zweiten Schreiben die Rede von einem »Nachtrag«, zweitens bezieht sich die im Imperfekt formulierte Begründung offensichtlich auf das erste Schreiben.

#### bb) Unzureichende Begründung

Darüber hinaus könnte die Begründung unzureichend sein<sup>37</sup>. § 80 III 1 VwGO verlangt nicht nur, dass überhaupt eine Begründung gegeben wird, sondern darüber hinaus, dass die Behörde in ihr schlüssig, konkret und substantiiert dargetut, warum aus ihrer Sicht gerade im zu entscheidenden Einzelfall ein besonderes öffentliches Interesse an der sofortigen Vollziehung gegeben ist und das Interesse des Betroffenen am Bestehen der aufschieben-

hat. Dies gilt für Anträge nach § 80 V 1 Alt. 2 VwGO entsprechend, so dass richtiger Antragsgegner die Behörde ist. Diese ist dann gemäß § 61 Nr. 3 VwGO i. V. m. § 8 I BbgVwGG, § 14 I AGGerStrG MV, § 8 I NdsAGVwGO, § 5 I AGVwGO NW, § 19 I SaarlAGVwGO, § 8 S. 1 AGVwGO LSA und § 6 S. 1 AGVwGO SH auch selbst beteiligungsfähig.

- 26 Für die überwiegende Auffassung PUTTLER, in: Sodan/Ziekow (Hrsg.), VwGO, 3. Aufl. 2010, § 80 Rdn. 80 f.
- 27 SCHOCH, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner (Hrsg.), VwGO, § 80 Rdn. 182 (Stand: Februar 1996); anders etwa SCHENKE, Verwaltungsprozessrecht, 12. Aufl. 2009, Rdn. 977; s. auch BayVGH BayVBl. 1988, 369 (370); BayVBl. 1990, 211 (211); differenzierend HUFEN, Verwaltungsprozessrecht, 7. Aufl. 2008, § 32 Rdn. 16, der eine Anhörung analog § 28 VwVfG dann für geboten hält, wenn Verwaltungsakt und Sofortvollzugsanordnung nicht wie regelmäßig *uno actu*, sondern getrennt ergehen. Auch nach den Befürwortern einer Anhörungspflicht entfällt diese regelmäßig analog Art. 28 II Nr. 1 BayVwVfG, BayVGH BayVBl. 1988, 369 (370); überdies soll die Anhörung entsprechend Art. 45 II BayVwVfG im gerichtlichen Eilverfahren mit heilender Wirkung nachgeholt werden können, BayVGH BayVBl. 1988, 369 (370); BayVBl. 1990, 211 (211).
- 28 DECKER, in: Wolff/Decker, Studienkommentar VwGO und VwVfG, 2. Aufl. 2007, § 80 VwGO Rdn. 33.
- 29 Dazu BVerfG NJW 1996, 3146 (3146).
- 30 DECKER, in: Wolff/Decker, Studienkommentar VwGO und VwVfG, 2. Aufl. 2007, § 80 VwGO Rdn. 29; s. dazu OVG MV NVwZ-RR 2010, 266 (266).
- 31 SCHOCH, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner (Hrsg.), VwGO, § 80 Rdn. 179 (Stand: Februar 1996).
- 32 So etwa PUTTLER, in: Sodan/Ziekow (Hrsg.), VwGO, 3. Aufl. 2010, § 80 Rdn. 99.
- 33 Zutreffend SCHOCH, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner (Hrsg.), VwGO, § 80 Rdn. 179 (Stand: Februar 1996).
- 34 So auch BayVGH BayVBl. 2002, 674 (674).
- 35 BayVGH BayVBl. 1988, 373 (373); SCHOCH, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner (Hrsg.), VwGO, § 80 Rdn. 179 (Stand: Februar 1996).
- 36 In einer Examensklausur wird man insoweit – anders als in der sehr großzügigen Praxis, s. etwa BayVGH BayVBl. 1988, 373 (373) – im Sachverhalt deutliche Anhaltspunkte erwarten dürfen.
- 37 Die Frage, ob die Begründung ausreichend ist, darf nicht mit der (im Rahmen des § 80 V 1 Alt. 2 VwGO nicht zu prüfenden) Frage verwechselt werden, ob sie inhaltlich richtig und also die behördliche Sofortvollzugsanordnung materiell rechtmäßig ist: Die Behörde kann sich durchaus entsprechend § 80 III 1 VwGO in ausreichendem Maße mit den Umständen des Einzelfalls befassen, diese Umstände aber im Ergebnis falsch gewichten und also in der Sache falsch entscheiden. Die Sofortvollzugsanordnung ist dann zwar formell rechtmäßig. Das Gericht wird aber die Frage, ob ein öffentliches Interesse an der sofortigen Vollziehung des Verwaltungsakts besteht, abweichend beantworten und in der Folge die aufschiebende Wirkung wiederherstellen.

den Wirkung ausnahmsweise zurückzutreten hat<sup>38</sup>. Nicht ausreichend ist daher eine abstrakte oder floskelhafte Begründung, die nicht auf die Umstände des Einzelfalls eingeht oder wie hier lediglich die Voraussetzungen des § 80 II 1 Nr. 4 VwGO wieder gibt. Die Begründung ist daher vorliegend unabhängig von der Frage, ob sie nachgeholt werden kann, nicht ausreichend.

#### d) Zwischenergebnis

Die Sofortvollzugsanordnung ist mangels ordnungsgemäßer Begründung formell rechtswidrig. Das Verwaltungsgericht München wird schon aus diesem Grund die aufschiebende Wirkung wiederherstellen<sup>39</sup>.

### 3. Öffentliches Interesse an der sofortigen Vollziehung

Wie sich aus § 80 IV 3 VwGO in entsprechender Anwendung ergibt<sup>40</sup>, besteht an der sofortigen Vollziehung eines rechtswidrigen Verwaltungsakts kein öffentliches Interesse. Gleichwohl führt die Rechtswidrigkeit des streitgegenständlichen Verwaltungsakts alleine noch nicht zur Begründetheit des Antrags nach § 80 V 1 Alt. 2 VwGO: Weil die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes auf das offen zu haltende Hauptsacheverfahren bezogen ist, kommt es darauf an, ob die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts im Hauptsacheverfahren mit Erfolg geltend gemacht werden kann. Maßgeblich sind mithin die Erfolgsaussichten des in der Hauptsache statthaften Rechtsbehelfs<sup>41</sup>: Wird dieser voraussichtlich<sup>42</sup> Erfolg haben, besteht kein öffentliches Interesse an der sofortigen Vollziehung. Wird er keinen Erfolg haben, besteht ein öffentliches Interesse an der sofortigen Vollziehung, wenn darüber hinaus, wie von § 80 II 1 Nr. 4 VwGO verlangt, ein besonderes Dringlichkeitsinteresse im Raum steht, das jedem Aufschub der Vollziehung des Verwaltungsakts entgegensteht<sup>43</sup>. Zu prüfen sind mithin zunächst die Erfolgsaussichten des Antragstellers im Hauptsacheverfahren:

#### a) Zulässigkeit der Anfechtungsklage

Der Verwaltungsrechtsweg ist gemäß § 40 I 1 VwGO zulässig. Die Anfechtungsklage ist gemäß § 42 I Alt. 1 VwGO statthaft. A ist gemäß § 42 II VwGO klagebefugt, das Vorverfahren entfällt nach § 68 I 2 VwGO i. V. m. Art. 15 II BayAGVwGO<sup>44</sup>. Die Klagefrist des § 74 I 2 VwGO kann durch Klageerhebung am 1. Dezember 2009 noch gewahrt werden.

#### b) Begründetheit der Anfechtungsklage

Die Anfechtungsklage ist gemäß § 113 I 1 VwGO begründet, wenn sie gegen den richtigen Klagegegner gerichtet, die Umnummerierungsverfügung rechtswidrig und A dadurch in seinen Rechten verletzt ist.

#### aa) Richtiger Klagegegner<sup>45</sup>

Als Körperschaft des öffentlichen Rechts ist gemäß § 78 I Nr. 1 VwGO die Landeshauptstadt München passivlegitimiert<sup>46</sup>.

#### bb) Rechtswidrigkeit der Umnummerierungsverfügung

Rechtsgrundlage für die Umnummerierungsverfügung ist Art. 52 II BayStrWG i. V. m. Art. 23 S. 1 BayGO<sup>47</sup> und § 5 II der Satzung. Von der Rechtmäßigkeit der Satzung ist auszugehen.

#### (1) Formelle Rechtmäßigkeit

Die Landeshauptstadt München ist gemäß Art. 52 II BayStrWG i. V. m. Art. 23 S. 1 BayGO<sup>48</sup> und § 5 II der Satzung zuständig. Die Umnummerierungsverfügung ist als schriftlicher Verwaltungsakt auch gemäß Art. 39 I 1 BayVwVfG mit einer Begründung versehen. Allerdings hätte A vor Erlass der Umnummerierungsverfügung als eines belastenden Verwaltungsakts gemäß Art. 28 I BayVwVfG angehört werden müssen. Von der Anhörung durfte auch nicht nach Art. 28 II BayVwVfG abgesehen werden. Zwar

kann die Anhörung gemäß Art. 45 I Nr. 2, II BayVwVfG bis zum Abschluss des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens nachgeholt werden. Ist dies wie hier noch nicht geschehen ist, ist der Verwaltungsakt aber formell rechtswidrig<sup>49</sup>.

#### (2) Materielle Rechtmäßigkeit

Zu prüfen ist schließlich die materielle Rechtmäßigkeit der Umnummerierungsverfügung: § 5 II der Satzung setzt voraus, dass ein dringender Grund für die Umnummerierung vorliegt. Mit »dringenden Gründen« werden in der Rechtssprache nur Gründe bezeichnet, die von besonderer Erheblichkeit und von besonderem Gewicht sind. Solche »dringenden Gründe« sind weder vorgetragen noch erkennbar<sup>50</sup>. Im Übrigen ist § 5 II der Satzung eine Ermessensvorschrift. Die Gemeinde ist daher auch bei »dringenden Gründen« gemäß Art. 40 BayVwVfG verpflichtet, ihr Ermessen entsprechend dem Zweck der Ermächtigung auszuüben und die gesetzlichen Grenzen des Ermessens einzuhalten, mithin: ermessensfehlerfrei zu handeln. Sie unterliegt insoweit gemäß § 114 S. 1 VwGO verwaltungsgerichtlicher Kontrolle. Vorliegend hat die Landeshauptstadt München bereits verkannt, dass die Entscheidung in ihrem Ermessen steht, und folglich keine Ermessenserwägungen angestellt (Ermessensausfall). Überdies hat sie die Vergabe von Buchstabennummern nicht einmal in Erwägung gezogen und damit jedenfalls die Breite des Ermessensspielraums verkannt (Ermessensunterschreitung). Die Verfügung ist mithin

38 BVerwG v. 18. 9. 2001, 1 DB 26/01, juris, Rdn. 6.

39 Es ist umstritten, wie das Gericht bei formeller Rechtswidrigkeit der behördlichen Sofortvollzugsanordnung zu verfahren hat. Nach einer Ansicht (etwa: SCHOCH, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner [Hrsg.], VwGO, § 80 Rdn. 314 [Stand: Februar 1996]) wird auch in diesem Fall mit Blick auf den Wortlaut des § 80 V 1 Alt. 2 VwGO die aufschiebende Wirkung »wiederhergestellt«. Nach anderer Ansicht wird lediglich die behördliche Sofortvollzugsanordnung »aufgehoben« (etwa: DECKER, in: Wolff/Decker, Studienkommentar VwGO und VwVfG, 2. Aufl. 2007, § 80 VwGO Rdn. 37), weil die Behörde dann durch die Bindungswirkung der Entscheidung – anders als bei einer Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung – nicht gehindert sei, die sofortige Vollziehung erneut (und unter Vermeidung formeller Fehler) anzuordnen. Freilich soll sie dies auch nach der Gegenauffassung nicht sein, weil die Bindungswirkung der Entscheidung nach § 80 V 1 Alt. 2 VwGO nur insoweit eintrete, als das Gericht in der Sache entschieden habe. Beide Ansichten kommen mithin zum selben Ergebnis, so dass der Streit jedenfalls im Ersten Staatsexamen, wo anders als im Zweiten Staatsexamen keine Tenorierung verlangt wird, nicht einmal angesprochen werden sollte.

40 PUTTLER, in: Sodan/Ziekow (Hrsg.), VwGO, 3. Aufl. 2010, § 80 Rdn. 141, 146; SCHOCH, JURA 2002, 37 (44); WÜRTEMBERGER, Verwaltungsprozessrecht, 2. Aufl. 2006, Rdn. 532.

41 BayVGH NVwZ-RR 2009, 202 (203); SCHOCH, JURA 2002, 37 (44); für das über die objektive Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts hinausweisende Erfordernis einer Verletzung subjektiver Rechte im Zusammenhang mit § 80 a VwGO jüngst BayVGH BayVBl. 2009, 402 (403). Von Verfassungen wegen ist dies nicht zu beanstanden, BVerfG NVwZ 2009, 240 (242); NVwZ 2009, 581 (583).

42 Die in diesem Zusammenhang vielfach anzutreffende Rede von der »summarischen Prüfung« führt eher in die Irre. Sie bezieht sich ausschließlich auf die Ermittlung des Sachverhalts, der in Übungsfällen stets feststeht. Die Erfolgsaussichten des in der Hauptsache eingelegten Rechtsbehelfs – insbesondere: die Rechtmäßigkeit des streitgegenständlichen Verwaltungsakts – sind hingegen umfassend zu prüfen.

43 SCHOCH, JURA 2002, 37 (44 f.); s. dazu auch BVerfG NVwZ 2005, 1053 (1054).

44 S. zur Rechtslage in den anderen Ländern die Hinweise in Fn. 13.

45 S. zur systematischen Einordnung der Frage nach dem richtigen Klagegegner die Hinweise in Fn. 23.

46 S. zur Rechtslage in den anderen Ländern die Hinweise in Fn. 25.

47 S. zur Rechtslage in den anderen Ländern die Hinweise in Fn. 2.

48 S. zur Rechtslage in den anderen Ländern die Hinweise in Fn. 2.

49 KOPP/SCHENKE, VwGO, 16. Aufl. 2009, § 80 Rdn. 160; anders OVG Bremen DVBl. 1984, 1181 (1183): Unbeachtlich sind im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes Verfahrensfehler, die zwar noch nicht geheilt sind, aber geheilt werden können und voraussichtlich auch geheilt werden.

50 Vgl. BayVGH v. 6. 8. 1998, 8 CS 98.1427, juris, Rdn. 16.

ermessensfehlerhaft und folglich auch insoweit materiell rechtswidrig<sup>51</sup>.

*cc) Verletzung des A in eigenen Rechten*

A ist durch die formell und materiell rechtswidrige Umnummerierungsverfügung mit Blick auf § 126 III 1 BauGB in seinem Grundrecht aus Art. 14 I GG verletzt.

*c) Zwischenergebnis*

Die im Hauptsacheverfahren statthafte Anfechtungsklage ist zulässig und begründet, das öffentliche Interesse an der sofortigen Vollziehung mithin schon aus diesem Grund zu verneinen.

#### 4. Zwischenergebnis

Ein Antrag des A im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes ist als Antrag nach § 80 V 1 Alt. 2 VwGO begründet.

### III. Ergebnis zum ersten Antrag

Ein auf die vorläufige Sicherung der alten Hausnummer gerichteter Antrag des A im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes ist als Antrag nach § 80 V 1 Alt. 2 VwGO zulässig und begründet, wenn A noch am 1. Dezember 2009 eine Anfechtungsklage erhebt. Das Verwaltungsgericht München wird dann die aufschiebende Wirkung der Anfechtungsklage wiederherstellen.

### B. Rückgängigmachung geschaffener Fakten

Ein auf die Verpflichtung der Landeshauptstadt München zur vorläufigen Rückgängigmachung der durch die Information der behördlichen Stellen und der Stadtwerke über die neue Hausnummer geschaffenen »Fakten« gerichteter Antrag des A im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes hat Erfolg, wenn er zulässig und begründet ist.

### I. Zulässigkeit

#### 1. Verwaltungsrechtsweg

Streitbefangen ist die Verpflichtung der Landeshauptstadt München zur vorläufigen Rückgängigmachung der Vollziehung des Umnummerierungsverwaltungsakts. Es handelt sich mithin um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art, der Verwaltungsrechtsweg ist folglich gemäß § 40 I 1 VwGO zulässig.

#### 2. Statthafte Antragsart

A begehrt die Verpflichtung der Landeshauptstadt München zu einer Leistung. Statthaft im Hauptsacheverfahren ist daher auf den ersten Blick nicht eine Anfechtungs-, sondern (in Abhängigkeit von der Rechtsnatur der begehrten Maßnahme) entweder eine Verpflichtungs- oder eine allgemeine Leistungsklage und dementsprechend im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes ein Antrag nach § 123 I 2 VwGO. Dieses Ergebnis ließe aber § 80 V 3 VwGO unbeachtet: Diese Vorschrift hat Konstellationen im Blick, in denen im Zeitpunkt einer Entscheidung des Gerichts nach § 80 V 1 VwGO der gemäß § 80 II 1 Nr. 1 bis 4 VwGO sofort vollziehbare Verwaltungsakt bereits vollzogen ist. Sie ermächtigt das Gericht, die Aufhebung der Vollziehung anzuordnen und verdrängt insoweit gemäß § 123 V VwGO den Antrag nach § 123 VwGO<sup>52</sup>. Statthaft ist der Antrag nach § 80 V 3 VwGO aber nur, wenn erstens durch eine Entscheidung des Gerichts nach § 80 V 1 VwGO die aufschiebende Wirkung angeordnet oder wiederhergestellt worden ist und zweitens im Zeitpunkt der Entscheidung nach § 80 V 1 VwGO der Verwaltungsakt bereits (ganz oder teilweise) vollzogen worden ist<sup>53</sup>.

*a) Entscheidung nach § 80 V 1 VwGO*

Der Antrag des A nach § 80 V 1 Alt. 2 VwGO ist zulässig und begründet (siehe oben). Es ist daher davon auszugehen, dass das Gericht die aufschiebende Wirkung der noch einzulegenden Anfechtungsklage wiederherstellen wird.

*b) (Teilweise) Vollziehung des Verwaltungsakts*

Fraglich ist daher alleine, ob die Umnummerierungsverfügung im Zeitpunkt der Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung bereits ganz oder teilweise vollzogen worden ist. Erforderlich ist insoweit keine Vollziehung im technischen Sinne des Verwaltungsvollstreckungsrechts. Erfasst sind vielmehr alle auf die Verwirklichung des Verwaltungsakts gerichteten Maßnahmen<sup>54</sup>. Dementsprechend stellt auch die im Zeitpunkt der Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung bereits erfolgte Unterrichtung der behördlichen Stellen und der Stadtwerke von der Änderung eine Vollziehung des Verwaltungsakts im Sinne des § 80 V 3 VwGO dar<sup>55</sup>.

### 3. Ordnungsgemäßer Antrag

Obwohl in der Vorschrift nicht ausdrücklich erwähnt, verlangt § 80 V 3 VwGO einen ordnungsgemäßen Antrag entsprechend §§ 81 f. VwGO<sup>56</sup>.

### 4. Zwischenergebnis

Im Übrigen kann hinsichtlich der Zulässigkeit auf die Ausführungen zu § 80 V 1 VwGO verwiesen werden: Das Verwaltungsgericht München ist zuständig, Antragsteller und Antragsgegner sind beteiligungs- und prozessfähig. Ein Antrag des A im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes ist folglich als Antrag nach § 80 V 3 VwGO zulässig.

## II. Begründetheit

Begründet ist ein gegen die Landeshauptstadt München als den

<sup>51</sup> Vgl. BayVGh v. 6. 8. 1998, 8 CS 98.1427, juris, Rdn. 16.

<sup>52</sup> Deutlicher § 123 V a. F.: »Die Vorschriften der Absätze 1 bis 4 gelten nicht für die Vollziehung des angefochtenen Verwaltungsakts oder die Beseitigung der aufschiebenden Wirkung eines Rechtsbehelfs.«

<sup>53</sup> Unmittelbare Anwendung findet § 80 V 3 VwGO dementsprechend nur, wenn infolge einer gesetzlichen oder behördlichen Sofortvollzugsanordnung eigentlich rechtmäßige Vollziehungsmaßnahmen erfolgt sind, die im Lichte einer nachfolgenden Anordnung oder Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung keinen Bestand mehr haben können, SCHOCH, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner (Hrsg.), VwGO, § 80 Rdn. 230 (Stand: Februar 1996); WÜRTENBERGER, Verwaltungsprozessrecht, 2. Aufl. 2006, Rdn. 527. Erfolgen hingegen (dann rechtswidrige) Vollziehungsmaßnahmen unter Missachtung der aufschiebenden Wirkung eines Rechtsbehelfs, findet § 80 V 3 VwGO jedenfalls keine unmittelbare Anwendung, weil es an einer Anordnung oder Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung fehlt. In Betracht kommt in solchen Fällen einer »faktischen Vollziehung« aber eine analoge Anwendung des § 80 V 3 VwGO.

<sup>54</sup> SCHOCH, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner (Hrsg.), VwGO, § 80 Rdn. 84, 232 (Stand: Februar 1996); s. auch BayVGh BayVBl. 2006, 249 (250); VGH BW NVwZ-RR 2010, 463 (464).

<sup>55</sup> Vgl. BayVGh v. 6. 8. 1998, 8 CS 98.1427, juris, Rdn. 19.

<sup>56</sup> BVerwG NVwZ 1995, 590 (595). Da der Antrag nach § 80 V 3 VwGO nur bei einer positiven Entscheidung über einen Antrag nach § 80 V 1 VwGO – mithin: bei Anordnung oder Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung durch das Gericht – statthaft ist, sollte er als Annexantrag zum Antrag nach § 80 V 1 VwGO unter der (Rechts-)Bedingung gestellt werden, dass das Gericht dem ersten Antrag stattgibt. Eine solche »uneigentliche« Eventualantragshäufung ist entsprechend § 44 VwGO zulässig, weil die Bedingung als innerprozessuales Ereignis der Einflussnahme des Antragstellers entzogen ist und daher nicht mit dem Grundsatz der Bedingungsfeindlichkeit von Prozesshandlungen in Konflikt gerät, der sich nur auf außerprozessuale Bedingungen bezieht, SODAN, in: Sodan/Ziekow (Hrsg.), VwGO, 3. Aufl. 2010, § 44 Rdn. 5 f. Technisch ist bei ihr die Rechtshängigkeit des Eventualantrags durch den Misserfolg des Hauptantrags auflösend bedingt.

richtigen Antragsgegner zu richtender<sup>57</sup> Antrag des A, wenn dieser einen Anspruch auf Anordnung der Aufhebung der Vollziehung hat.

### 1. § 80 V 3 VwGO als Rechtsgrundlage

Gemäß § 80 V 3 VwGO kann das Gericht die Aufhebung der Vollziehung anordnen. Umstritten ist, ob § 80 V 3 VwGO selbst die Rechtsgrundlage für die gerichtliche Anordnung der Aufhebung der Vollziehung enthält oder ob es insoweit – wie bei § 113 I 2 VwGO –<sup>58</sup> einer ergänzenden Anspruchsgrundlage aus dem materiellen Recht bedarf. § 80 V 3 VwGO steht in einem funktionalen Zusammenhang mit § 80 V 1 VwGO: § 80 V 1 VwGO dient der rechtlichen, § 80 V 3 VwGO der faktischen Wiederherstellung des Ausgangszustands. Dabei geht es anders als bei § 113 I 2 VwGO nicht um die Beseitigung eines rechtswidrigen Zustands, sondern um eine Interimslösung bis zur Hauptsacheentscheidung. Diese Zwecksetzung überlagert etwaige auf die (endgültige) Beseitigung eines rechtswidrigen Zustands gerichtete materiellrechtliche Anspruchsgrundlagen und macht einen diesbezüglichen Rückgriff entbehrlich<sup>59</sup>. Dieses Ergebnis erfährt Bestätigung aus einem vergleichenden Blick auf § 113 I 2 VwGO, der anders als § 80 V 3 VwGO nicht zur »Anordnung« der Vollzugsfolgenbeseitigung, sondern lediglich zum »Ausspruch« einer entsprechenden Verpflichtung berechtigt<sup>60</sup>.

### 2. Voraussetzungen und Grenzen

Voraussetzung des § 80 V 3 VwGO ist zunächst alleine, dass die aufschiebende Wirkung wie hier gemäß § 80 V 1 VwGO angeordnet oder wiederhergestellt worden ist. Ist solchermaßen der rechtliche *status quo ante* des § 80 I 1 VwGO wiederhergestellt, ermöglicht § 80 V 3 VwGO auch eine Wiederherstellung des tatsächlichen *status quo ante*. Die Anordnungsbefugnis ist lediglich in zweierlei Hinsicht zu begrenzen<sup>61</sup>: Erstens darf die Aufhebung der Vollziehung nicht tatsächlich oder unter zumutbaren Bedingungen unmöglich sein, zweitens darf sie nicht nur schwer rückgängig zu machen sein oder gar die Hauptsache vorwegnehmen, wenn dies nicht zur Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes unabdingbar ist<sup>62</sup>. Vorliegend kann das Gericht unproblematisch anordnen, dass die Landeshauptstadt München die behördlichen Stellen und die Stadtwerke von der Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung unterrichtet, ohne dass dies im Anschluss an ein Hauptsachverfahren nicht rückgängig gemacht werden könnte<sup>63</sup>.

### 3. Zwischenergebnis

Ein Antrag des A im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes ist als Antrag nach § 80 V 3 VwGO begründet.

### III. Ergebnis zum zweiten Antrag

Ein auf die Verpflichtung der Landeshauptstadt München zur vorläufigen Rückgängigmachung der durch die Information der behördlichen Stellen und der Stadtwerke über die neue Hausnummer geschaffenen »Fakten« gerichteter Antrag des A im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes ist als Antrag nach § 80 V 3 VwGO zulässig und begründet. Wenn das Verwaltungsgericht München die aufschiebende Wirkung der Anfechtungsklage wiederherstellt, wird es auch die Aufhebung der Vollziehung anordnen.

### Abwandlung:

A möchte mit Blick auf das schwebende Hauptsachverfahren im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes verhindern, dass die Landeshauptstadt München entsprechend ihrer Ankündigung die behördlichen Stellen und die Stadtwerke von der Umnummerierung in Kenntnis setzt und dadurch die Umnum-

merierungsverfügung vollzieht. Ein entsprechender Antrag des A im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes hat Erfolg, wenn er zulässig und begründet ist.

### A. Zulässigkeit

#### I. Statthafte Antragsart

Der Verwaltungsrechtsweg ist zulässig. Fraglich ist die statthafte Antragsart. Weil die Landeshauptstadt München davon abgesehen hat, die sofortige Vollziehung der Umnummerierungsverfügung anzuordnen, ist ein Antrag nach § 80 V 1 VwGO weder erforderlich noch statthaft. Vielmehr hat die Mitte November 2009 erhobene Anfechtungsklage des A nach der Grundregel des § 80 I 1 VwGO ohne weiteres aufschiebende Wirkung. Zwar setzt der Eintritt der aufschiebenden Wirkung nach mitunter vertretener Ansicht voraus, dass die Anfechtungsklage zulässig ist<sup>64</sup>. Das aber ist hier der Fall (siehe oben). Infolge der aufschiebenden Wirkung ist die Ausgangsbehörde nach der herrschenden Vollziehbarkeitstheorie rechtlich gehindert, den Verwaltungsakt zu vollziehen<sup>65</sup>. Nach der weitergehenden Wirksamkeitstheorie ist sogar die Wirksamkeit des Verwaltungsakts gehemmt<sup>66</sup>. Davon bleibt die Möglichkeit einer faktischen Vollziehung des Verwaltungsakts unter (bewusster oder unbewusster) Missachtung der aufschiebenden Wirkung durch die Ausgangsbehörde freilich unberührt. Ende November hat die Landeshauptstadt München gegenüber A angekündigt, sie werde in Kürze die behördlichen Stellen und die Stadtwerke von der Umnummerierung in Kenntnis setzen. Fraglich ist daher, wie A gegenüber der damit drohenden faktischen Vollziehung der Umnummerierungsverfügung die aufschiebende Wirkung seiner Anfechtungsklage geltend machen kann. Einschlägig ist mit Blick auf die in der Hauptsache statthafte Anfechtungsklage auch insoweit, wie sich aus § 123 V VwGO ergibt, das Verfahren nach §§ 80, 80 a VwGO<sup>67</sup>. Weil vorliegend kein Fall des § 80 II VwGO vorliegt, ist unmittelbar weder ein Antrag nach § 80 V 1 VwGO noch ein an eine Entscheidung nach § 80 V 1 VwGO anknüpfender und überdies eine bereits erfolgte Vollziehung voraussetzender Antrag nach § 80 V 3 VwGO statthaft<sup>68</sup>. Mit

57 S. zur systematischen Einordnung der Frage nach dem richtigen Klagegegner und zur Rechtslage in den anderen Ländern die Hinweise in Fn. 23 und 25.

58 § 113 I 2 VwGO regelt nur die Geltendmachung des Folgenbeseitigungsanspruchs durch den Kläger im Anfechtungsrechtsstreit (und die entsprechende Folgeentscheidungsbefugnis des Gerichts), nicht aber den materiellen Anspruch auf Folgenbeseitigung. Es gilt der Merksatz: § 113 I 2 VwGO regelt den Folgenbeseitigungs- oder öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch nicht, sondern setzt ihn voraus.

59 SCHOCH, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner (Hrsg.), VwGO, § 80 Rdn. 231 (Stand: Februar 1996).

60 Wie hier SCHOCH, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner (Hrsg.), VwGO, § 80 Rdn. 231 (Stand: Februar 1996); ebenso wohl BayVGH v. 6. 8. 1998, 8 CS 98.1427, juris, Rdn. 19 f.; JÄDE, Verwaltungsverfahren, Widerspruchsverfahren, Verwaltungsprozess, 5. Aufl. 2006, Rdn. 288; PUTTLER, in: Sodan/Ziekow (Hrsg.), VwGO, 2. Aufl. 2006, § 80 Rdn. 163; anders etwa OVG MV GewArch 1996, 76 (77); KOPP/SCHENKE, VwGO, 16. Aufl. 2009, § 80 Rdn. 176.

61 PUTTLER, in: Sodan/Ziekow (Hrsg.), VwGO, 3. Aufl. 2010, § 80 Rdn. 163 f.; kritisch SCHOCH, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner (Hrsg.), VwGO, § 80 Rdn. 84, 304 (Stand: Februar 1996).

62 Dazu auch BayVGH v. 6. 8. 1998, 8 CS 98.1427, juris, Rdn. 20.

63 Vgl. BayVGH v. 6. 8. 1998, 8 CS 98.1427, juris, Rdn. 19.

64 Dazu PUTTLER, in: Sodan/Ziekow (Hrsg.), VwGO, 3. Aufl. 2010, § 80 Rdn. 31 ff.; WÜRTEMBERGER, Verwaltungsprozessrecht, 2. Aufl. 2006, Rdn. 505.

65 S. etwa BVerwGE 66, 218 (222).

66 Statt vieler PUTTLER, in: Sodan/Ziekow (Hrsg.), VwGO, 3. Aufl. 2010, § 80 Rdn. 35.

67 BayVGH BayVBl. 2006, 249 (249).

68 SCHOCH, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner (Hrsg.), VwGO, § 80 Rdn. 241 (Stand: Februar 1996).

Blick auf die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 IV GG sind § 80 V 1 VwGO und § 80 V 3 VwGO aber entsprechend anzuwenden<sup>69</sup>. Dabei genügt vorliegend entsprechend § 80 V 1 VwGO ein Antrag auf Feststellung der aufschiebenden Wirkung der bereits eingelegten Anfechtungsklage<sup>70</sup>: Da Antragsgegner mit der Landeshauptstadt München ein Träger hoheitlicher Gewalt ist, kann davon ausgegangen werden, dass dieser sich an einen die aufschiebende Wirkung feststellenden Beschluss halten wird<sup>71</sup>.

## II. Zulässigkeit im Übrigen

Hinsichtlich der weiteren Zulässigkeitsvoraussetzungen kann weitgehend auf den Ausgangsfall verwiesen werden: Das Verwaltungsgericht München ist zuständig, Antragsteller und Antragsgegner sind beteiligungs- und prozessfähig. Die Antragsbefugnis ergibt sich aus § 42 II VwGO analog i. V. m. Art. 14 I GG. Ein Hauptsacherechtsbehelf wurde fristgerecht eingelegt. Auch das Rechtsschutzbedürfnis ist zu bejahen: Erstens ist mit einer Vollziehung der Umnummerierungsverfügung ernsthaft zu rechnen, zweitens ist davon auszugehen, dass sich die Landeshauptstadt München als Träger hoheitlicher Gewalt an einen Feststellungsbeschluss halten wird.

## III. Begründetheit

Der Antrag ist begründet, wenn er gegen den richtigen Antragsgegner gerichtet ist und die Anfechtungsklage tatsächlich aufschiebende Wirkung hat.<sup>72</sup>

### 1. Richtiger Antragsgegner<sup>73</sup>

Als Körperschaft des öffentlichen Rechts ist analog § 78 I Nr. 1 VwGO die Landeshauptstadt München passivlegitimiert<sup>74</sup>.

### 2. Aufschiebende Wirkung der Anfechtungsklage

Die erhobene Anfechtungsklage entfaltet jedenfalls dann aufschiebende Wirkung, wenn sie nicht offensichtlich unzulässig ist (siehe oben). Das ist hier der Fall.

## III. Ergebnis

Der Antrag ist zulässig und begründet. Das Verwaltungsgericht München wird entsprechend § 80 V 1 VwGO feststellen, dass die erhobene Anfechtungsklage aufschiebende Wirkung hat.

<sup>69</sup> Für die ganz herrschende Meinung PUTTLER, in: Sodan/Ziekow (Hrsg.), VwGO, 3. Aufl. 2010, § 80 Rdn. 164; SCHOCH, in: Schoch/Schmidt-Abmann/Pietzner (Hrsg.), VwGO, § 80 Rdn. 241 (Stand: Februar 1996).

<sup>70</sup> BayVGH BayVbl. 2006, 249 (249 f.); VGH BW NVwZ-RR 2010, 463 (464). Hat die Behörde bereits mit der Vollziehung des Verwaltungsakts begonnen, bedarf es neben einem Antrag auf Feststellung der aufschiebenden Wirkung der bereits eingelegten Anfechtungsklage (§ 80 V 1 VwGO entsprechend) eines darauf aufbauenden Annexantrags auf Anordnung der Aufhebung der Vollziehung (§ 80 V 3 VwGO entsprechend). Schließlich ist auf die Sonderkonstellation hinzuweisen, in der die Behörde einen nicht gemäß § 80 II VwGO sofort vollziehbaren Verwaltungsakt bereits vollzogen hat, bevor der Betroffene (noch innerhalb der Rechtsbehelfsfrist) eine die aufschiebende Wirkung erst auslösende Anfechtungsklage erhebt: Weil einerseits die aufschiebende Wirkung ex tunc eintritt und also die Vollziehung rechtswidrig erfolgte, andererseits aber der Behörde keine Missachtung der aufschiebenden Wirkung vorgeworfen werden kann, bedarf es hier lediglich eines isolierten Antrags auf Anordnung der Aufhebung der Vollziehung entsprechend § 80 V 3 VwGO. Zusammenfassend: Im Zusammenhang mit der aufschiebenden Wirkung von Widerspruch und Anfechtungsklage wird Rechtsschutz (auch hinsichtlich einer drohenden oder bereits erfolgten Vollziehung) umfassend nach § 80 V VwGO gewährt.

<sup>71</sup> Zu diesem Argument im Zusammenhang mit der allgemeinen Feststellungsklage BVerwGE 51, 69 (75); 77, 207 (211); kritisch etwa WÜRTEMBERGER, Verwaltungsprozessrecht, 2. Aufl. 2006, Rdn. 416.

<sup>72</sup> S. dazu VGH BW NVwZ-RR 2010, 463 (464).

<sup>73</sup> S. Hinweis in Fn. 23.

<sup>74</sup> S. Hinweis in Fn. 25.