

die vorgesehene Investitionsmaßnahme verwendet worden. Es liegt auch weder ein Fall des vorzeitigen Mittelabrufs durch den Beklagten vor (Alternative 2) noch hat er die abgerufenen Finanzhilfen nicht rechtzeitig an den Zuwendungsempfänger weitergeleitet (Alternative 3).

[26] **bb)** Es handelt sich auch nicht um einen ungeschriebenen Erstattungsfall (»insbesondere«). § 6 Abs. 4 VV stellt, wie die ausdrücklich benannten Erstattungsfälle zeigen, auf das Finanzhilfeverhältnis zwischen Bund und Land ab (BVerwG, Urt. v. 30.06.2011 – 3 A 1.10, Buchholz 11 Art. 104a GG Nr. 24 Rdnr. 15 f.). Die Erhebung von Zwischenzinsen gegenüber dem Zuwendungsempfänger betrifft hingegen das Zuwendungsverhältnis zwischen dem Land und dem Träger der geförderten Pflegeeinrichtung. Dementsprechend ist die verzögerte Mittelverwendung durch den Zuwendungsempfänger keine zweckwidrige Mittelverwendung i.S.d. § 6 Abs. 4 Satz 1 VV.

[27] Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO.

Verteilung der Kosten eines Privatgutachtens zwischen Eil- und Hauptsacheverfahren

§§ 11, 162 Abs. 1 und 2, 164, 173 VwGO; § 104 ZPO

Beim 4. Revisionsssenat wird angefragt, ob er an der Auffassung festhält, dass die Kosten eines Privatgutachtens, das für das Hauptsache- und das zugehörige Eilverfahren eingeholt worden ist, im Rahmen der Kostenfestsetzung bei unterschiedlichem Ausgang beider Verfahren nur dem Hauptsacheverfahren zuzuordnen sind (vgl. Beschl. v. 16.11.2006 – 4 KSt 1003.06, Buchholz 310 § 162 VwGO Nr. 43).

BVerwG, Beschl. v. 09.05.2019 – 9 KSt 1.19 (9 VR 2.16)

Aus den Gründen:

[1] **I.** Der Antragsteller erstellte im Dezember 2016 und Januar 2017 für eine nach § 3 UmwRG anerkannte Vereinigung mehrere Gutachten betreffend den Planfeststellungsbeschluss der Bezirksregierung Köln für den Ausbau der Bundesautobahn A 1, die die Klägerin zur Begründung ihrer Klage gegen den Planfeststellungsbeschluss sowie ihres Antrags auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes vom 28.11.2016 vorlegte.

[2] Nachdem der Antragsgegner selbst die Vollziehung des Planfeststellungsbeschlusses weitgehend ausgesetzt hatte, hat der Senat den Antrag, im noch streitigen Umfang die aufschiebende Wirkung der Klage wiederherzustellen, mit Beschl. v. 16.02.2017 – 9 VR 2.16 – abgelehnt und die Kosten des Verfahrens dem Antragsgegner auferlegt. Zur Begründung hat er im Wesentlichen ausgeführt, unter Berücksichtigung der Feststellungen des Planfeststellungsbeschlusses einerseits und der umfangreichen, gutachterlich unterlegten Einwendungen andererseits stelle sich die Rechtmäßigkeit der umstrittenen Planung als offen dar. Im Rahmen einer Folgenabwägung überwiege das öffentliche Vollzugsinteresse, weil mit den wenigen von der Aussetzungsentscheidung des Antragsgegners ausgenommenen Maßnahmen noch

keine vollendeten Tatsachen geschaffen würden. Die Klage der Vereinigung hat der Senat durch Urt. v. 11.10.2017 – 9 A14.16 – abgewiesen.

[3] Mit Vertrag vom 30./31.05.2017 trat die Vereinigung ihre Erstattungsansprüche gegen den Antragsgegner an den Antragsteller ab. Daraufhin beantragte dieser die Kostenfestsetzung für das Eilverfahren. Die Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle gab dem Antrag mit Kostenfestsetzungsbeschluss vom 14.12.2018 teilweise statt. Sie begrenzte darin die Höhe der geltend gemachten Aufwendungen und verteilte diese auf das Eil- und auf das Hauptsacheverfahren – in Anlehnung an die Festsetzung der jeweiligen Streitwerte – anteilig im Verhältnis 1/3 zu 2/3. Sowohl der Antragsteller auch der Antragsgegner haben hiergegen die Entscheidung des Gerichts beantragt.

[4] **II.** Die Anfrage beruht auf § 11 Abs. 3 Satz 1 und 3 VwGO.

[5] Nach Maßgabe des im Tenor genannten Beschlusses des 4. Senat des BVerwG vom 16.11.2006 – 4 KSt 1003.06, Buchholz 310 § 1–62 VwGO Nr. 43 Rdnr. 11 ff., würde der Erinnerung des Antragsgegners stattzugeben und der Kostenfestsetzungsantrag des Antragstellers abzulehnen sein. Der beschließende Senat möchte aber von den einschlägigen Rechtssätzen abweichen.

[6] Nach § 162 Abs.1 VwGO sind die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Beteiligten erstattungsfähig. Ob diese Voraussetzungen vorliegen, bestimmt sich nicht nach der subjektiven Auffassung der Beteiligten, sondern danach, wie ein verständiger Beteiligter, der bemüht ist, die Kosten so niedrig wie möglich zu halten, in gleicher Lageseine Interessen wahrgenommen hätte. Abzustellen ist dabei auf den Zeitpunkt der die Aufwendungen verursachenden Handlung. Ohne Belang ist, ob sich die Handlung im Nachhinein als erforderlich oder unnötig herausstellt. Kosten von Privatgutachten sind nur unter besonderen Umständen erstattungsfähig. Das gilt gerade für Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes, die in der Regel auf eine summarische Prüfung der Erfolgsaussichten in der Hauptsache beschränkt sind. Die Einholung eines Privatgutachtens kann gleichwohl als notwendig anzuerkennen sein, wenn ein Beteiligter mangels ausreichender eigener Sachkunde die sein Begehren tragenden Behauptungen nur mit Hilfe des eingeholten Gutachtens darlegen oder unter Beweis stellen kann. Zudem muss die jeweilige Prozesssituation das Gutachten herausfordern; dessen Inhalt muss auf die Förderung des jeweiligen Verfahrens zugeschnitten sein (vgl. Beschl. v. 16.11.2006 – 4 KSt 1003.06, Rdnr. 6, 8 m.w.N.).

[7] Der 9. Senat hält diese Voraussetzungen im vorliegenden Fall für gegeben. Er möchte demzufolge die Kosten der Gutachten anteilig (auch) dem Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes zuordnen. Daran sieht er sich jedoch durch die vorgenannte Entscheidung des 4. Senats gehindert. Danach sind die Aufwendungen für ein Privatgutachten auch und gerade dann, wenn sie in gleicher Weise dem Hauptsache- und dem Eilverfahren dienen, für die Kostenfestsetzung regelmäßig allein dem Hauptsacheverfahren zuzuordnen, da erst in diesem rechtskräftig – und aufgrund der mündlichen Verhandlung mit höherer Richtigkeitsgewähr –

über den Anspruch des Betroffenen entschieden werde. Auch praktische Bedürfnisse sprächen für diese Lösung, zumal es für eine etwaige anteilige Zuordnung der Gutachterkosten an greifbaren Maßstäben fehle. Das gelte insbesondere dann, wenn in der Hauptsache neben dem Planaufhebungsanspruch hilfsweise Verpflichtungsansprüche auf Planergänzung geltend gemacht würden, die nicht Gegenstand des Eilverfahrens gewesen seien (Beschl. v. 16.11.2006 – 4 KSt 1003.06, Rdnr. 11 ff.).

[8] Nach Auffassung des 9. Senats trägt diese Lösung den schutzwürdigen Belangen des Antragstellers eines Eilverfahrens, das sich gegen den Vollzug eines – typischerweise komplexen – Planfeststellungsbeschlusses richtet, nicht hinreichend Rechnung (zum Gesichtspunkt der Waffengleichheit vgl. Neumann/Schaks, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 5. Aufl. 2018, § 162 Rdnr. 37). Namentlich unter Berücksichtigung der neueren Rechtsprechung des BVerfG (vgl. Kammerbeschl. v. 14.09.2016 – 1BvR 1335/13, NVwZ 2017, 149 Rdnr. 20 und v. 12.07.2018 – 1 BvR 1401/18, NVwZ 2018, 1466 Rdnr. 5) darf eine derartige Eilentscheidung regelmäßig nur insoweit auf eine Folgenabwägung gestützt werden, als eine (gegebenenfalls summarische) Rechtmäßigkeitsprüfung in der zur Verfügung stehenden Zeit nicht möglich ist. Ein Antragsteller ist deshalb gegebenenfalls schon im Eilverfahren gehalten, der mit behördlichen Gutachten detailliert unterstützten Beurteilung des Antragsgegners eine ebenfalls gutachterlich unterlegte eigene Sichtweise entgegensetzen.

[9] Erlangt unter solchen Umständen das Privatgutachten aus der nach § 162 Abs. 1 VwGO maßgeblichen Sicht ex ante, wie auch vom 4. Senat in seiner Referenzentscheidung (– 4 KSt 1003.06, a.a.O., Rdnr. 10) ausdrücklich vorausgesetzt, sowohl im Eilverfahren als auch im Klageverfahren Bedeutung, hält es der 9. Senat für inkonsequent, die Kosten gleichwohl allein letzterem zuzuordnen. Das Argument, dass erst auf die Klage eine rechtskraftfähige Entscheidung ergeht, löst sich von dem in § 162 Abs. 1 VwGO geregelten Maßstab und übersieht nach Ansicht des Senats, dass das Eilverfahren mit einer eigenständigen Kostengrundscheidung schließt, deren Bestand nicht vom Ausgang des Hauptsacheverfahrens abhängt.

[10] In Anbetracht dessen hat die Kostenbeamtin hier mit der Verteilung der Kosten auf das Hauptsache- und das Eilverfahren im Verhältnis der Streitwerte ein im Schrifttum vorgeschlagenes (vgl. etwa Herget, in: Zöller, ZPO, 32. Aufl. 2018, § 91 Rdnr. 13 unter »Privatgutachten« a.E.) und nach Auffassung des Senats sachgerechtes Verfahren angewendet. Dieses ist, wie der vorliegende Fall zeigt, grundsätzlich im Rahmen der Kostenfestsetzung praktikabel. Das gilt insbesondere auch dann, wenn im Klageverfahren zwar über den Anfechtungs- und Rechtswidrigkeitsfeststellungsantrag hinaus hilfsweise noch ein Verpflichtungsantrag auf Planergänzung gestellt worden war, für den aber entweder – wie hier – gar kein eigener oder ein nur geringer, im Verhältnis zum Gesamtstreitwert nicht ins Gewicht fallender Teilstreitwert festgesetzt wurde. Denn jedenfalls in einer solchen – nach der Erfahrung des 9. Senats typischen – Konstellation kann der Teil des Streitgegenstandes des Klageverfahrens, der keine Entsprechung im Eilverfahren gefunden hat, auch bei der hier in Rede stehenden Kostenaufteilung ohne Weiteres vernachlässigt werden.

[11] Von daher bittet der 9. Senat den 4. Senat um Antwort, ob dieser an seiner gegenteiligen Auffassung festhält. Sollte diese Frage grundsätzlich bejaht werden, möge bitte weiter mitgeteilt werden, ob das auch für den Fall gelten soll, dass etwaige, im Vergleich zum Eilverfahren überschießende Klageanträge für die Streitwertfestsetzung keine oder nur eine zu vernachlässigende Rolle gespielt haben, obwohl dann mit der Verteilung der Gutachtkosten im Verhältnis der Streitwerte ein einfaches und praktikables Zuordnungsverfahren zur Verfügung stehen dürfte.

Kosten eines Privatgutachtens

§ 154 Abs. 1, § 155 Abs. 2, § 161 Abs. 2 Satz 1, § 162 VwGO

Der 4. Senat hält an seiner Auffassung fest, dass die Kosten eines Privatgutachtens betreffend die Rechtmäßigkeit eines Planfeststellungsbeschlusses im Rahmen der Kostenfestsetzung dem Hauptsacheverfahren zuzuordnen sind, wenn das Gutachten nicht einen spezifischen Bezug zum Eilverfahren besitzt (BVerwG, Beschl. v. 16.11.2006 – 4 KSt 1003.06, Buchholz 310 § 162 VwGO Nr. 43).

BVerwG, Beschl. v. 26.06.2019 – 4 AV 1.19

Aus den Gründen:

[1] Zwischen dem anfragenden und dem beschließenden Senat besteht Einigkeit hinsichtlich der Maßstäbe, nach denen zu beurteilen ist, ob die Kosten eines Privatgutachtens erstattungsfähig sind. Die Abweichung besteht in der Frage, nach welcher Kostengrundscheidung die erstattungsfähigen Kosten eines Privatgutachtens verteilt werden, wenn sich das Privatgutachten – wie regelmäßig – zu Fragen der Rechtmäßigkeit des Planfeststellungsbeschlusses verhält, damit sowohl für die Beurteilung des Eilverfahrens als auch die Beurteilung des Hauptsacheverfahrens Bedeutung erlangen kann und ein spezifischer Bezug zum Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes fehlt.

[2] **1.** Der 4. Senat geht in seinem Beschl. v. 16.11.2006 – 4 KSt 1003.06 – Buchholz 310 § 162 VwGO Nr. 43 Rdnr. 10 ff., ebenso Beschl. v. 19.08.2008 – 4 KSt 1001.08 – juris Rdnr. 3 und v. 06.10.2009 – 4 KSt 1009.07 – Buchholz 310 § 162 VwGO Nr. 47 Rdnr. 8 davon aus, dass solche Kosten im Rahmen der Kostenfestsetzung dem Hauptsacheverfahren zuzuordnen sind. Die Gründe für diese Rechtsauffassung sind in dem Beschluss im Einzelnen dargelegt. Die Zuordnung beruht im Kern darauf, dass das Hauptsacheverfahren eine höhere Richtigkeitsgewähr bietet, auch und gerade hinsichtlich der Beurteilung von privatgutachtlich substantiierten Einwendungen (Rdnr. 12). Wegen der weiteren Einzelheiten wird verwiesen. Auf Widerspruch im Schrifttum ist diese Rechtsauffassung – soweit ersichtlich – nicht gestoßen (vgl. Kothe, in: Redeker/von Oertzen, VwGO, 16. Aufl. 2014, § 162 Rdnr. 7 bei Fußn. 18; Kunze, in: BeckOK VwGO, Stand Januar 2019, § 162 Rdnr. 58d.3; Neumann/Schaks, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 5. Aufl. 2018, § 162 Rdnr. 32; W.-R. Schenke/Hug, in: Kopp/Schenke, VwGO, 24. Aufl. 2018, § 162 Rdnr. 8; Schübel-Pfister, in: Eyermann, VwGO, 15. Aufl. 2019, § 162 Rdnr. 8). Sie

gilt auch für den Fall, dass etwaige im Vergleich zum Eilverfahren überschießende Klageanträge für die Streitwertfestsetzung keine oder nur eine zu vernachlässigende Rolle gespielt haben.

[3] 2. Die Kritik des 9. Revisionssenats überzeugt den abschließenden Senat nicht.

[4] Die Bildung von Quoten im Verhältnis der Streitwerte trägt den schutzwürdigen Belangen eines Antragstellers nicht besser Rechnung. Sie kann sich auch zu seinen Lasten auswirken: Ergeht im Eilverfahren – etwa auf der Grundlage einer Folgenabwägung – eine für den Antragsteller ungünstige Kostengrundentscheidung, obsiegt er aber in der Hauptsache, müsste er nach der Auffassung des 9. Senats einen bestimmten Anteil – regelmäßig ein Drittel – seiner erstattungsfähigen Kosten von Privatgutachten selbst tragen. Dies erscheint nicht interessengerecht. Nach der Rechtsauffassung des 4. Senats käme es dagegen zu einer Kostenerstattung in voller Höhe.

[5] Die Lösung des 9. Senats erschwert Verständigungen im Eilverfahren: Das Nachgeben eines Beteiligten, sei es die Aussetzung der Vollziehung durch die Behörde, sei es ein einseitiger Verzicht des Vorhabenträgers auf Baumaßnahmen, sei es die Rücknahme eines Eilantrags, wäre durch die folgende Kostengrundentscheidung mit der Übernahme anteiliger Kosten für Privatgutachten verbunden. Dies zeigt der Fall anschaulich: Die Kostentragungspflicht der Antragsgegnerin im Eilverfahren im Fall des 9. Senats beruhte ganz überwiegend auf § 161 Abs. 2 Satz 1 VwGO, nachdem die Behörde die Vollziehung weitgehend ausgesetzt und sich das Verfahren insoweit erledigt hatte (BVerwG, Beschl. v. 16.02.2017 – 9 VR 2.16, Rdnr. 35). Die verbreitete Bereitschaft der Beteiligten, sich für den – regelmäßig überschaubaren – Zeitraum bis zur Entscheidung in der Hauptsache zu verständigen oder einseitigen nachzugeben, wird abnehmen, wenn sie mit der teilweisen Übernahme der Kosten von Privatgutachten sanktioniert wird.

[6] Die vom 9. Senat genannten Kammerbeschlüsse des BVerfG (Beschl. v. 14.09.2016 – 1 BvR 1335/13, NVwZ 2017, 149 Rdnr. 20 und v. 12.07.2018 – 1 BvR 1401/18, NVwZ 2018, 1466 Rdnr. 5) geben keinen Anlass, die Rechtsauffassung des 4. Senats aufzugeben. Sie führen frühere Aussagen des BVerfG zum Prüfungsmaßstab des Eilverfahrens fort (vgl. BVerfG, Beschl. v. 25.10.1988 – 2 BvR 745/88, BVerfGE 79, 69 <74 f.>), die bei Ergehen des Beschl. v. 16.11.2006 – 4 KSt 1003.06, (Buchholz 310 § 162 VwGO Nr. 43) bekannt waren. Der 4. Senat hat daher in seinem Beschluss bereits anerkannt, dass es aus Sicht eines verständigen Antragstellers einer zweckentsprechenden Rechtsverfolgung entspricht, mit dem Antrag auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes zu den Erfolgsaussichten einer Anfechtungsklage und damit auch zur Rechtmäßigkeit des Planfeststellungsbeschlusses vorzutragen (Rdnr. 7). Dies beantwortet aber nicht die Frage, nach welcher Kostengrundentscheidung erstattungsfähige Kosten von Privatgutachten verteilt werden, die sowohl für das Haupt- als auch für das Eilverfahren eingeholt und vorgelegt worden sind.

[7] 3. Praktische Bedeutung hat die aufgeworfene Rechtsfrage nur, wenn die Kostengrundentscheidungen im Eilverfahren und im Hauptsacheverfahren voneinander abweichen.

[8] Eine Abweichung kann bei streitiger Entscheidung der Hauptsache darauf beruhen, dass im Eilverfahren nicht nach den voraussichtlichen Erfolgsaussichten, sondern aufgrund einer Folgenabwägung entschieden worden ist. Denkbar ist auch, dass die Kostengrundentscheidung im Eilverfahren nicht § 154 Abs. 1 VwGO folgt, sondern dem Nachgeben eines Beteiligten, etwa weil ein Eilantrag zurückgenommen worden ist (§ 155 Abs. 2 VwGO) oder sich das Eilverfahren durch Stillhalteversagen der Behörde oder des Vorhabenträgers erledigt (§ 161 Abs. 2 Satz 1 VwGO). In solchen Fällen liegt es jedenfalls nicht nahe, die Kosten des Privatgutachtens anteilig der Kostengrundentscheidung des Eilverfahrens zuzuordnen, obwohl es für diese Entscheidung auf die gutachtlich gestützten Einwände nicht ankam.

[9] Eine Abweichung der Kostengrundentscheidungen von Hauptsache- und Eilverfahren kann auch darauf beruhen, dass der Entscheidung im Eilverfahren eine summarische Prüfung der Erfolgsaussichten zugrunde liegt, die sich im Hauptsacheverfahren nicht bestätigt. Auch in diesem Fall ist es sachgerecht, die Kostengrundentscheidung des Hauptsacheverfahrens wegen dessen höherer Richtigkeitsgewähr für maßgeblich zu halten.

Anmerkung zu BVerwG, Beschl. v. 09.05.2019 – 9 KSt 1.19 (9 VR 2.16) und Beschl. v. 26.06.2019 – 4 AV 1.19

Die Leverkusener Rheinbrücke hat bereits Rechtsgeschichte geschrieben. Es war wohl das erste Gerichtsverfahren beim BVerwG, in dem mit solcher Intensität fachtechnische Fragestellungen außerhalb des Naturschutzes (BVerwGE 128, 1 – Halle-Westumfahrung; BVerwGE 130, 299 – A 44 VKE 20, Hessisch Lichtenau, BVerwGE 140, 149 – Freiberg) und des Luftverkehrs (BVerwGE 125, 116 – BBI Schönefeld) die Szene bestimmt haben.

Der Entscheidung zur Leverkusener Rheinbrücke sind folgende Leitsätze vorangestellt worden (BVerwG, Urt. v. 11.10.2017 – 9 A 14.16, BVerwGE 160, 78 = DVBl 2018, 589 m. Anm. Schink = UPR 2018, 215 m. Anm. Stürer):

»Die Planfeststellungsbehörde darf im Anhörungsverfahren einzelne Private jedenfalls dann nicht von Amts wegen beteiligen, wenn ihnen keine Erfüllung öffentlicher Aufgaben übertragen wurde.

Die Feststellung des Verkehrsbedarfs ist für die Planfeststellung einschließlich des gerichtlichen Verfahrens auch dann verbindlich, wenn das Vorhaben zwar erst nach Erlass des Planfeststellungsbeschlusses, jedoch vor der letzten mündlichen Verhandlung des Gerichts in den Bedarfsplan für die Bundesfernstraßen aufgenommen wurde.

Weder beim Bau noch beim Betrieb einer Fernstraße dürfen Gefahren oder erhebliche Beeinträchtigungen dadurch hervorgerufen werden, dass Flächen in Anspruch genommen werden, deren Tragfähigkeit zweifelhaft ist oder die Verunreinigungen aufweisen. Je schwerwiegender mögliche nachteilige Einwirkungen sind und je schwieriger sich die Bewältigung der hierdurch zu erwartenden Probleme darstellt, desto eingehender muss die Eignung des Baugrunds untersucht werden.

Auf der Grundlage einer hinreichenden Sachverhaltsermittlung hat zunächst der Vorhabenträger eigenverantwortlich zu bestimm-

men, welcher Sicherheitsstandard angemessen ist, um Risiken auszuschließen. Nach außen verantwortlich ist hierfür die Planfeststellungsbehörde.»

Der Rechtsschutz gegen die Fachplanung hat sich in den letzten Jahren erheblich verändert. Stand ursprünglich der mit enteignender Wirkung betroffene Eigentümer (BVerwG, Urt. v. 18.03.1983 – 4 C 80.79, BVerwGE 67, 74 – Wittenberg) an der Spitze der Rechtsschutzpyramide (Stüer, Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, 2015, Rdnr. 5390), der gefolgt wurde von dem zwar nicht mit unmittelbarem Eigentumsentzug bedrohten aber schwer und unerträglich Betroffenen (BVerwG, Urt. v. 21.05.1976 – 4 C 80.74, BVerwGE 51, 15 = DVBl 1976, 799 – Stuttgart-Degerloch; BVerfG, Beschl. v. 14.07.1981 – 1 BvL 24/78, BVerfGE 58, 137 – Pflichtexemplare), dem in seinen Rechten Beeinträchtigten (BVerwG, Urt. v. 14.02.1975 – IV C 21.74, BVerwGE 48, 56 – B 42), zu denen auch das Recht auf Abwägung gehören kann (BVerwG, Urt. v. 24.09.1998 – 4 CN 2.98, BVerwGE 107, 215 = DVBl 1999, 100 – m. Bespr. Stüer BauR 1999, 1221), und der in Abwägungsbelangen betroffenen Öffentlichkeit (BVerwG, Beschl. v. 09.11.1979 – 4 N 1.78, BVerwGE 59, 87), so hat sich das Rechtsschutzkonzept schon seit einiger Zeit verschoben. Neben die individuell Betroffenen sind die anerkannten Vereine getreten, die ein immer stärkeres Eigenleben im Rechtsschutzsystem entwickelt haben und durch die aktuelle Gesetzgebung und Rechtsprechung nicht selten nachgerade an die Spitze der Phalanx potenzieller Kläger getreten sind. Traditionell konnte der mit Enteignungswirkung Betroffene sich nicht nur auf die Enteignungswirkung zulasten seines Eigentums, sondern auch auf (andere) öffentliche Belange berufen, soweit dadurch die Inanspruchnahme seines Eigentums wegen Rechtswidrigkeit des Planfeststellungsbeschlusses verhindert werden konnte. Der (lediglich) in seinen Rechten Betroffene ist auf die Abwehr der eigenen Rechtsbeeinträchtigungen beschränkt. Das gilt auch für den Rechtsschutz gegenüber der Verletzung des Rechts auf Abwägung.

Die darin zum Ausdruck kommende Schutznormtheorie des deutschen Verwaltungsrechtsschutzes (Stüer, Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, 2015, Rdnr. 5973) hat es im Anschluss an das Altrip-Urteil (EuGH, Urt. v. 07.11.2013 – C-72/12, DVBl 2013, 1597 m. Anm. Stüer/Stüer, DVBl 2013, 1601) und des Urteils des EuGH im Verfahren der Kommission gegen die BR-Deutschland (EuGH, Urt. v. 15.10.2015 – C-137/14, DVBl 2015, 1514 m. Anm. Stüer/Buchsteiner, 1522) doch noch einmal geschafft. Dafür sind allerdings die Präklusionsregelungen vor allem des Fachplanungs- und Immissionsschutzrechts in ihrem Kernbereich auf der Strecke geblieben. Zugleich sind die Verbandsklagerechte weiter gestärkt worden. Ganz ohne Schrammen werde das deutsche Prozessrecht wohl nicht davonkommen, war schon seit langem vermutet worden (Generalanwalt Melchior Wathelet, Schlussanträge vom 21.05.2015).

Dem grünen Licht für die durchgreifende Brückenreparatur war das juristische Tauziehen allerdings noch nicht beendet. Ähnlich wie in dem Verfahren zum Flughafen BBI schloss sich noch ein heftiger Schlagabtausch zur Frage der Kostenerstattung an. Denn im Eilverfahren hatte das BVerwG die Kosten nach übereinstimmender Hauptsachenerledigungs-

erklärung dem Antragsgegner und Beklagten auferlegt, weil dieser den Planfeststellungsbeschluss vom 10.11.2016 bis auf einzelne unaufschiebbare Maßnahmen bis zur Entscheidung in der Hauptsache außer Vollzug gesetzt hatte (BVerwG, Beschl. v. 16.02.2017 – 9 VR 2.16). Daraufhin hatte der Gutachter des Antragstellers und Klägers einen vorzeigbaren sechsstelligen Betrag für die Erstattung von Fachgutachten zur Kostenerstattung angemeldet. Die Kostenbeamtin hatte in einer Art scheinbarer salomonischer Entscheidung die Kostenerstattung nach den im Eil- und im Hauptverfahren festgesetzten Streitwerten gequotelt und gem. §§ 162 Abs. 1 und 2, 164 VwGO i.V.m. § 173 VwGO i.V.m. § 104 ZPO eine entsprechende Teilerstattung angeordnet (BVerwG, Beschl. v. 14.12.2018 – 9 VR 2.16).

Das Eilverfahren hatte die Antragstellerin durch die weitgehende Außervollzugsetzung des Planfeststellungsbeschlusses durch den Beklagten formal gewonnen, das Hauptverfahren allerdings später nach einigen auch in der zweitägigen mündlichen Verhandlung vorgenommenen kleineren Planergänzungen verloren. Damit war immerhin ein Teil der Gutachterkosten bei der Behörde hängen geblieben.

Auf die von beiden Verfahrensbeteiligten eingelegte Beschwerde ließ der 9. Senat erkennen, dass er zumindest eine Teilerstattung der Kosten des Eilverfahrens für berechtigt hielt. Die Eilentscheidung dürfe nicht ausschließlich auf eine Folgenabwägung gestützt werden, berief sich der 9. Senat auf eine entsprechende Entscheidung des BVerfG (Beschl. v. 12.07.2018 – 1 BvR 1401/18, NVwZ 2018, 1466), in der es heißt:

»Droht einem Antragsteller bei Versagung des einstweiligen Rechtsschutzes eine erhebliche Verletzung in seinen Grundrechten, die durch eine stattgebende Entscheidung in der Hauptsache nicht mehr beseitigt werden kann, darf eine Entscheidung über die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes nur dann ausschließlich auf eine Folgenabwägung gestützt werden, wenn es nicht möglich ist, eine – ggf. auch nur summarische – Rechtmäßigkeitsprüfung in der für eine Eilentscheidung zur Verfügung stehenden Zeit durchzuführen«

An einer solchen gequotelten Kostenentscheidung zugunsten des Antragstellers und Klägers sah sich der 9. Senat allerdings durch die bisherige Rechtsprechung des 4. Senats gehindert. Dieser hatte in einem vergleichbaren Fall die Gutachterkosten ganz dem Hauptsacheverfahren zugeordnet und eine Kostenerstattung abgelehnt, wenn der Kläger das Eilverfahren zwar für sich entscheiden konnte, im Hauptsacheverfahren allerdings unterlegen war (Beschl. v. 16.11.2006 – 4 KSt 1003.06, Buchholz 310 § 162 VwGO Nr. 43).

Für einen solchen Fall sieht § 11 VwGO eine Anfrage bei dem früher entscheidenden Senat vor, ob er an seiner Rechtsauffassung festhält.

Gibt er diese auf, kann der anfragende Senat von der Auffassung des befragten Senats abweichen. Hält er daran fest, muss der Große Senat des Gerichts angerufen werden (BVerwG, Schreiben vom 05.07.2019). Vergleichbare Regelungen gelten auch für divergierende Entscheidungen verschiedener Bundesgerichte. Hier ist dann der aus den beteiligten Bundesgerichten zu bildende Gemeinsame Senat der obersten Gerichtshöfe

des Bundes anzurufen (GemS Beschl. v. 06.07.1972 – GmS OBG 2/71, BVerwGE 40, 363 = DVBl 1973, 30 – Fristberechnung der Bekanntmachung und der Bebauungsplanoffenlage nach § 2 Abs. 6 BBauG jetzt § 3 Abs. 2 BauGB).

Eine solche Lage könnte sich hier einstellen. Denn der 4. Senat hält an seiner früheren Entscheidung fest. Er ist weiterhin der Auffassung, dass die Gutachterkosten insgesamt dem Hauptsacheverfahren zuzurechnen sind. Der anfragende Senat hat in diesem Fall zwei Möglichkeiten: Er kann sich der Auffassung des befragten Senats anschließen und auf dieser Grundlage entscheiden. Dies würde bedeuten, dass der Kostenfestsetzungsantrag insgesamt abgewiesen würde. Anderenfalls wäre der Große Senat anzurufen.

Es könnte allerdings einiges dafür sprechen, dass es nicht zu einer solchen Anrufung des Großen Senats kommt, sondern der Kostenerstattungsantrag abgewiesen wird. Denn die Gründe, mit denen der 4. Senat an seiner bisherigen Auffassung festhält, sind durchaus vorzeigbar. Sicher ist das allerdings nicht.

Das eigentliche Hauptargument des 4. Senats ist bei Licht gesehen eigentlich kein Kostenargument im eigentlichen Sinne, sondern ein Gesichtspunkt, der sich aus dem typischen Ablauf solcher Großverfahren ableitet. Schon seit längerer Zeit werden die Argumente in den Gerichtsverfahren mit fachtechnischen Argumenten aufgeladen. War es zunächst das Unionsrecht, das mit dem Habitatschutz der FFH-RL, dem Vogelschutz der Vogelschutz-RL und dem Gewässerschutz der WRRL dafür ein reichhaltiges Betätigungsfeld bot, so sind seit der Leverkusener Rheinbrücke auch andere teilweise recht komplizierte fachtechnische Fragen auf den Plan getreten, die kontrovers erörtert werden. Den Gegnern des Brückenprojektes ging es dabei vor allem um die aus ihrer Sicht bestehenden Gefahren, die mit der erforderlichen Öffnung des Deponie Dhünnau und der Wahrung der Seveso-III-Belange verbunden waren. Wer soll hier eigentlich entscheiden? Die Kläger mit ihren Gutachtern, die Beklagte als zuständige Planfeststellungsbehörde mit den beteiligten Fachbehörden oder gar die Gerichte, bei denen auch nicht immer sicher ist, dass sie von Hause aus mit mehr Sachverstand als die übrigen Beteiligten ausgestattet sind.

Das BVerfG hat hier die Auffassung des BVerwG bestätigt, wonach den Behörden bei fachlich umstrittenen Fragestellungen ein Beurteilungsspielraum zugebilligt wird – und zwar auch dann, wenn der Gesetzgeber dies nicht im Einzelnen durch eine Art Blankettermächtigung im Einzelnen geregelt hat. Den Entscheidungen hat das BVerfG folgende Leitsätze vorangestellt (BVerfG, Beschl. v. 23.10.2018 – 1 BvR 2523/13, DVBl 2019, 42 m. Anm. Stürer [Harzer Windmüller] und – 1 BvR 595/14, [e.n.o. energie] m. Anm. Stürer, BauR 2019, 40; 442; vgl. bereits BVerwGE 128, 76 – Bad Laer):

»Stößt die gerichtliche Kontrolle nach weitestmöglicher Aufklärung an die Grenze des Erkenntnisstandes naturschutzfachlicher Wissenschaft und Praxis, zwingt Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG das Gericht nicht zu weiteren Ermittlungen, sondern erlaubt ihm, seiner Entscheidung insoweit die plausible Einschätzung der Behörde zu der fachlichen Frage zugrunde zu legen. Die Einschränkung der Kontrolle folgt hier nicht aus einer der Verwaltung eingeräumten Einschätzungsprärogative und bedarf nicht eigens gesetzlicher Ermächtigung.

In grundrechtsrelevanten Bereichen darf der Gesetzgeber Verwaltung und Gerichten nicht ohne weitere Maßgaben auf Dauer Entscheidungen in einem fachwissenschaftlichen »Erkenntnisvakuum« übertragen, sondern muss jedenfalls auf längere Sicht für eine zumindest untergesetzliche Maßstabbildung sorgen.

Gelangt das Gericht zu der Einschätzung, dass Einwände und gegenläufige Gutachten die Vertretbarkeit der von der Behörde verwendeten Methode zwar nicht widerlegen können, aber doch ihrerseits einer vertretbaren Methode folgen, sieht es sich letztlich zwei vertretbaren Positionen gegenüber. Welche von beiden richtig ist und ob überhaupt eine von beiden richtig ist, ist dann mangels eindeutiger fachlicher Erkenntnis objektiv nicht zu ermitteln.«

Die genaue Abschätzung lässt sich allerdings in aller Regel erst im Hauptsacheverfahren und noch nicht im Eilverfahren vornehmen. Es ist daher sachgerecht, die Kosten von Privatgutachten nicht zwischen Eilverfahren und Hauptsacheverfahren etwa nach den Streitwerten zu quoteln, sondern insgesamt dem Hauptverfahren zuzuordnen. Sie gehen in die Kostenerstattung ein, wenn der Kläger das Hauptsacheverfahren gewinnt.

Die beklagte Behörde hatte sich von einer Kostenentscheidung des Senats in einem Eilverfahren zur A 44 VKE 40.1 (BVerwG, Beschl. v. 01.03.2012 – 9 VR 7.11, DVBl 2012, 629 – A 44 VKE 40.1 – Waldkappel und Hoheneiche) leiten lassen und zur Sicherung eines ausreichenden Rechtsschutzes der Klägerseite den Vollzug des Planfeststellungsbeschlusses weitgehend ausgesetzt und hiervon nur einige Maßnahmen ausgenommen, die es unter Sofortvollzug belassen hatte. Das BVerwG hatte hierzu folgende Grundsätze entwickelt:

»Beabsichtigt der Vorhabenträger bei einem gesetzlich sofort vollziehbaren fernstraßenrechtlichen Planfeststellungsbeschluss nach dem Bauablaufplan während eines längeren Zeitraums (hier: rund 17 Monate seit Beschlussdatum) keine baulichen Vollzugsmaßnahmen, sondern lediglich die Umsetzung punktueller naturschutzfachlicher Vorabmaßnahmen, besteht kein öffentliches Interesse an einer sofortigen Vollziehung des Beschlusses in seinem vollen Umfang. In einem solchen Fall liegt es nahe, die sofortige Vollziehung bereits seitens der Planfeststellungsbehörde von Amts wegen gemäß § 80 Abs. 4 Satz 1 VwGO auf diese Vorabmaßnahmen zu beschränken und sie im Übrigen auszusetzen.

Vorarbeiten i.S.v. § 16a Abs. 1 FStrG wie Erkundungsbohrungen, Grundwasserbeprobungen und Vermessungen mit der insoweit bestehenden gesetzlichen Duldungspflicht sind zu unterscheiden von den eigentlichen Bauarbeiten, die der Ausführung des Vorhabens dienen. Letztere haben ihre Rechtsgrundlage in dem Planfeststellungsbeschluss und erfolgen in dessen Vollziehung.

Von § 16a Abs. 1 FStrG erfasst sind seit der Neufassung durch das Gesetz zur Beschleunigung von Planungsverfahren für Infrastrukturvorhaben (InfrPBG) vom 09.12.2006 (BGBl I S. 2833) auch Vorarbeiten, die nach Erlass des Planfeststellungsbeschlusses durchgeführt werden sollen.«

Nachdem der Antragsgegner selbst die Vollziehung des Planfeststellungsbeschlusses für die Leverkusener Brücke weitgehend bis auf einige dem Vorhabenträger als dringlich erscheinende Maßnahmen ausgesetzt hatte, hat der Senat den Antrag, im noch streitigen Umfang die aufschiebende Wirkung

der Klage wiederherzustellen, mit Beschl. v. 16.02.2017 – 9 VR 2.16 – abgelehnt, die Kosten des Verfahrens allerdings dem Antragsgegner auferlegt.

Würde damit auch zumindest in einer Quote die Kosten des Privatgutachters zu erstatten sein, selbst wenn das Hauptsacheverfahren später nicht erfolgreich ist, dann würde die Bereitschaft des Beklagten sinken, die aufschiebende Wirkung der Klage wiederherzustellen. Durch die Konzentration der Beteiligten auf das Hauptsacheverfahren könnte Doppelarbeit vermieden und das Gerichtsverfahren beschleunigt werden. Diese Chance wäre aber vielfach vertan, wenn Kostengesichtspunkte, die im Vergleich zu den Gesamtkosten des Vorhabens zumeist geradezu unbedeutend sind, eine wesentlich größere Bedeutung für die Dauer des Gerichtsverfahrens gewinnen würden. Aber vielleicht fallen dem 9. Senat ja noch andere überzeugendere Argumente für seine bisherige Auffassung ein. Auszuschließen ist das natürlich nicht. Dann wird der Gemeinsame Senat entscheiden.

RA FAVerwR Prof. Dr. Bernhard Stüer (Münster/Osnabrück)*

* Die Rechtsanwaltskanzlei Stüer hat im Eil- und Hauptsacheverfahren das beklagte Land vertreten und war daher an dem Gerichtsverfahren auf Antragsgegner- und Beklagtenseite beteiligt.

Oberverwaltungsgerichte und Verwaltungsgerichtshöfe

Keine vorläufige Versetzung eines Schülers trotz nicht unerheblichen Verfahrensfehlers

§ 46 VwVfG; § 52 GKG

In der Niederschrift fehlende Angaben zu den anwesenden Teilnehmern einer Versetzungskonferenz sind verfahrensfehlerhaft und können nicht ersetzt oder nachgeholt werden. Hierbei handelt sich auch um einen nicht unerheblichen Verfahrensmangel, weil die Entscheidung über die Nichtversetzung zumindest die allgemeine Handlungsfreiheit des betroffenen Schülers aus Art. 2 Abs. 1 GG, Art. 15 SächsVerf berührt.

In schulrechtlichen Klageverfahren, in denen um die Versetzung in die nächsthöhere Klassen- oder Jahrgangsstufe gestritten wird, beträgt der Streitwert 5.000,00 € (Nr. 38.5 des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit 2013). Dieser Wert ist im Verfahren nach § 123 VwGO auf vorläufige Versetzung nicht zu halbieren (Änderung der Senatsrechtsprechung, vgl. Beschl. v. 24.10.2013 – 2 B 445/13).

(Leitsatz der Schriftleitung)

Sächs. OVG, Beschl. v. 17.10.2018 – 2 B 329/18

Aus den Gründen:

[1] Die zulässige Beschwerde des Antragstellers hat keinen Erfolg. Das Verwaltungsgericht hat seinen Antrag, den

Antragsgegner im Wege der einstweiligen Anordnung nach § 123 VwGO zu verpflichten, ihn vorläufig in die Klassenstufe 8 des Gymnasiums zu versetzen, zu Recht abgelehnt. Die dagegen mit der Beschwerde vorgetragene Einwendung, auf deren Prüfung der Senat nach § 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO grundsätzlich beschränkt ist, verhilfen der Beschwerde nicht zum Erfolg.

[2] Nach § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO kann das Gericht eine einstweilige Anordnung zur Regelung eines vorläufigen Zustands in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis erlassen, wenn dies zur Abwendung wesentlicher Nachteile oder aus anderen Gründen nötig erscheint. Der geltend gemachte Anspruch (Anordnungsanspruch) und die Notwendigkeit der vorläufigen Regelung (Anordnungsgrund) sind glaubhaft zu machen (§ 123 Abs. 3 VwGO i.V.m. § 920 Abs. 2 ZPO).

[3] Der Antragsteller, der im Schuljahr 2017/2018 die Klassenstufe 7 des ...-Gymnasiums in D..... besucht hat, hat keinen Anspruch darauf, ab dem Schuljahr 2018/2019 vorläufig in die Klassenstufe 8 des Gymnasiums versetzt zu werden. Für einen dahingehenden Anordnungsanspruch muss, so bereits zutreffend das Verwaltungsgericht in seinem Beschluss (Beschlussabdruck S. 9), glaubhaft gemacht werden, dass eine rechtsfehlerfreie Wiederholung der Versetzungsentscheidung mit überwiegender Wahrscheinlichkeit zur Versetzung des Antragstellers führen wird. Hiervon ist indes auch im Beschwerdeverfahren nach wie vor nicht auszugehen.

[4] a) Nach § 31 Abs. 1 SOGYA werden diejenigen Schüler der Klassenstufen 5 bis 10 in die nächsthöhere Klassen- oder Jahrgangsstufe versetzt, die in allen Fächern mindestens die Note »ausreichend« erzielt haben oder die nicht ausreichenden Leistungen in einzelnen Fächern nach Maßgabe der Abs. 2 und 3 ausgleichen können. Dies war beim Antragsteller nicht der Fall, weil er im Fach Mathematik die Note »mangelhaft« erhielt, jedoch in keinem der in § 31 Abs. 2 Nr. 1 SOGYA genannten Fächer die Note »gut« oder »sehr gut«. Die daraufhin von der Klassenkonferenz am 21.06.2018 getroffene Entscheidung, den Antragsteller nicht zu versetzen, begegnet keinen rechtlichen Bedenken. Der Antragsteller hat, da er am Gymnasium bleibt, deshalb gem. § 32 Abs. 1 SOGYA die Klassenstufe 7 zu wiederholen.

[5] b) Zwar liegt ein Verfahrensfehler vor. Aus der Niederschrift über die Sitzung der Klassenkonferenz am 21.06.2018 ergibt sich nicht, dass alle Mitglieder der Klassenkonferenz an der Nichtversetzungsentscheidung beteiligt waren.

[6] Nach § 31 Abs. 6 SOGYA entscheidet die Klassenkonferenz unter Vorsitz des Schulleiters über die Versetzung oder Nichtversetzung eines Schülers. Über jede Sitzung einer Klassenkonferenz (§ 44 Abs. 1 Satz 1 SächsSchulG i.V.m. § 3 Abs. 1 und 3, § 5 Lehrerkonferenzverordnung – LKonfVO –) ist gem. § 14 Abs. 1 Satz 1 LKonfVO eine Niederschrift zu fertigen, die neben der Tagesordnung sowie Zeit und Ort der Sitzung die Namen der anwesenden Teilnehmer, den wesentlichen Inhalt der Beratungen sowie bei Beschlüssen deren Wortlaut, die Feststellung der Beschlussfähigkeit und das Abstimmungsergebnis enthalten muss (§ 14 Abs. 2 LKonfVO). Diesen Vorgaben entspricht die Niederschrift vom 21.06.2018 deshalb nicht, weil in der Liste der anwesenden und stimmberechtigten Lehrer weder die Klassenleh-