

Sachgebiet:

BVerwGE: nein

Fachpresse: ja

Allgemeines Beamtenrecht

Rechtsquelle/n:

BBG	§ 44
VwGO	§§ 60, 132, 133, 173 Satz 1
ZPO	§ 78b Abs. 1

Titelzeile:

Beiordnung eines Notanwalts; erfolglose Bemühungen um einen vertretungsbereiten Rechtsanwalt; Aussichtslosigkeit der Rechtsverfolgung

Stichworte:

Beamter; dauernde Dienstunfähigkeit; vorzeitige Versetzung in den Ruhestand; Notanwalt; Beiordnung; Übernahme des Mandats; erfolglose Bemühungen; Darlegungsanforderung; Substantiierung; Nichtzulassungsbeschwerde; Einlegungsfrist; Begründungsfrist; Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

Leitsätze:

1. Die Beiordnung eines sog. Notanwalts (§ 173 Satz 1 VwGO i.V.m. § 78b ZPO) für die Einlegung einer Nichtzulassungsbeschwerde (§§ 132 f. VwGO) setzt voraus, dass der Rechtsschutzsuchende innerhalb der Einlegungsfrist substantiiert darlegt und glaubhaft macht, dass er rechtzeitig alles ihm Zumutbare getan hat, um sich vertreten zu lassen. Dazu gehört, dass er eine angemessene Zahl postulationsfähiger Prozessvertreter vergeblich um die Übernahme des Mandats ersucht hat (wie BVerwG, Beschluss vom 28. Juli 1999 - 9 B 333.99 - Buchholz 303 § 78b ZPO Nr. 3 S. 1 f.).

2. Mit dem Erfordernis, dass die Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht "aussichtslos" sein darf, stellt § 78b Abs. 1 ZPO für die Beiordnung eines Notanwalts einen - aus Sicht des Antragstellers - weniger strengen Maßstab auf als für die Gewährung von Prozesskostenhilfe mit dem Erfordernis der "hinreichenden Aussicht auf Erfolg" (§ 114 Abs. 1 Satz 1 ZPO) verlangt wird. Aussichtslosigkeit i.S.v. § 78b Abs. 1 ZPO besteht, wenn ein günstiges Ergebnis auch bei anwaltlicher Beratung ganz offenbar nicht erreicht werden kann. Für die Fallkonstellation einer beabsichtigten Nichtzulassungsbeschwerde bedeutet dies, dass das Beschwerdegericht nach Lage der Akten prüft, ob ein Revisionszulassungsgrund ernsthaft in Betracht kommt. Dabei ist es nicht auf etwaiges Vorbringen des Antragstellers begrenzt.



Beschluss des 2. Senats vom 28. März 2017 - BVerwG 2 B 4.17

- I. VG Köln vom 15. Mai 2014  
Az: VG 15 K 6483/13
- II. OVG Münster vom 7. Dezember 2016  
Az: OVG 1 A 1362/14



# BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

## BESCHLUSS

BVerwG 2 B 4.17  
OVG 1 A 1362/14

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 2. Senat des Bundesverwaltungsgerichts  
am 28. März 2017  
durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht Domgörgen  
und die Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Hartung und Dollinger

beschlossen:

Der Antrag des Klägers auf Beiordnung eines Prozessbevollmächtigten für eine Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision in dem Urteil des Oberverwaltungsge-

richts für das Land Nordrhein-Westfalen vom 7. Dezember 2016 wird abgelehnt.

Die Beschwerde des Klägers gegen die Nichtzulassung der Revision in dem Urteil des Oberverwaltungsgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen vom 7. Dezember 2016 wird verworfen.

Der Kläger trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens.

Der Wert des Streitgegenstandes wird für das Beschwerdeverfahren auf 32 288,16 € festgesetzt.

#### G r ü n d e :

- 1 1. Der 1957 geborene Kläger stand zuletzt als Regierungssekretär (Besoldungsgruppe A 6 BBesO) im Dienst der Beklagten. Mit dem streitgegenständlichen Bescheid versetzte die Beklagte ihn wegen dauernder Dienstunfähigkeit mit Ablauf des Monats November 2011 in den Ruhestand. Widerspruch, Klage und Berufung des Klägers hiergegen sind ohne Erfolg geblieben.
- 2 Das Berufungsurteil ist den damaligen Prozessbevollmächtigten des Klägers am 19. Dezember 2016 zugestellt worden. Mit Schriftsatz vom 9. Januar 2017 teilten die bisherigen Prozessbevollmächtigten des Klägers dem Berufungsgericht mit, dass sie das Mandat niedergelegt hätten.
- 3 In einem persönlich verfassten Schreiben vom 16. Januar 2017 an das Oberverwaltungsgericht erklärte der Kläger, dass er Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision einlege und mit Blick auf den insoweit bestehenden Anwaltszwang die "Benennung" eines Rechtsanwalts beantrage. Seine Suche nach einem vertretungsbereiten Rechtsanwalt sei bislang erfolglos gewesen, nachdem bekannt geworden sei, dass er schon mehrere Rechtsanwälte in dieser Sache mandatiert und diesen das Mandat wieder entzogen habe. Der Vorsitzende des Berufungsgerichts antwortete dem Kläger unter dem 17. Januar 2017, dass es nicht Aufgabe des Berufungsgerichts sei, für eine nicht mittellose Partei einen Rechtsanwalt zu suchen, und dass der Kläger im Übrigen nicht dargelegt habe, dass er einen solchen nicht habe finden können. Nach Ablauf

der Frist zur Einlegung der Nichtzulassungsbeschwerde bat der Vorsitzende des Berufungsgerichts unter dem 23. Januar 2017 den Kläger um Mitteilung bis zum 31. Januar 2017, ob die Beschwerde zurückgenommen werde. Mit Beschluss vom 2. Februar 2017 hat das Berufungsgericht der Beschwerde nicht abgeholfen und die Akten dem Bundesverwaltungsgericht vorgelegt. Unter dem 6. Februar 2017 hat es einen Schriftsatz des Klägers vom 5. Februar 2017 nachgereicht, in dem dieser mitteilt, dass das Schreiben des Berufungsgerichts vom 23. Januar 2017 erst am 4. Februar 2017 bei ihm eingegangen sei. Da er erkrankt sei, könne er auf die an ihn gerichteten Schreiben erst zu gegebener Zeit antworten und sich auch nicht weiter um einen vertretungsbereiten Rechtsanwalt bemühen.

- 4 Der Kläger ist mit Schreiben des Vorsitzenden des beschließenden Senats vom 16. Februar 2017 erneut u.a. darauf hingewiesen worden, dass er seine behaupteten erfolglosen Bemühungen um einen vertretungsbereiten Rechtsanwalt substantiiert darlegen und glaubhaft machen müsse und dass seine Rechtsverfolgung keine Aussicht auf Erfolg biete; darauf hat der Kläger nicht geantwortet.
- 5 2. Das Schreiben des Klägers vom 16. Januar 2017 ist - neben der ausdrücklich eingelegten Beschwerde wegen der Nichtzulassung der Revision - als Antrag auf Beiordnung eines sogenannten Notanwalts zu werten.
- 6 a) Nach § 173 Satz 1 VwGO i.V.m. § 78b ZPO ist einem Verfahrensbeteiligten auf dessen Antrag hin, soweit eine Vertretung durch Anwälte geboten ist (wie hier gemäß § 67 Abs. 4 VwGO), durch Beschluss für den Rechtszug ein Rechtsanwalt zur Wahrung seiner Rechte beizuordnen, wenn er einen zu seiner Vertretung bereiten Rechtsanwalt nicht findet und die Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht mutwillig oder aussichtslos erscheint. Ungeschriebene Tatbestandsvoraussetzung ist weiter, dass der Verfahrensbeteiligte nicht mittellos ist (andernfalls wäre sein Antrag nach den Vorgaben des Prozesskostenhilferechts gemäß § 166 Abs. 1 Satz 1 VwGO i.V.m. §§ 114 ff. ZPO zu behandeln); dass er mittellos sei, macht der Kläger nicht geltend.

- 7 b) Zuständig für die Bescheidung eines Antrags auf Bestellung eines Notanwalts ist das Prozessgericht, das über den von dem Antragsteller verfolgten Rechtsbehelf zu entscheiden hat. Das ist beim angestrebten Zugang zur Revisionsinstanz das Bundesverwaltungsgericht (vgl. BVerwG, Beschluss vom 20. November 2012 - 4 AV 2.12 - Buchholz 303 § 78b ZPO Nr. 4 Rn. 8; Pietzner/Bier, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, Stand: Juni 2016, Bd. II, § 133 Rn. 60 mit Verweis auf Rn. 51). Dies gilt auch bei einer Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision, die beim Berufungsgericht einzulegen und der zunächst eine Nichtabhilfeentscheidung durch das Berufungsgericht vorschaltet ist (vgl. BVerwG, Beschluss vom 20. November 2012 - 4 AV 2.12 - Buchholz 303 § 78b ZPO Nr. 4 Rn. 8). Dies folgt schon daraus, dass die Prüfung, ob die beabsichtigte Rechtsverfolgung aussichtslos ist, nicht von dem gleichen Gericht zu treffen ist, das über diese Rechtsverfolgung in der angegriffenen Entscheidung abschlägig entschieden hat.
- 8 c) Die Voraussetzungen für die Bestellung eines Notanwalts sind in zweifacher Hinsicht nicht erfüllt: Zum einen hat der Kläger nicht in der gebotenen Weise dargelegt, dass er sich erfolglos um eine anwaltliche Vertretung für die Einlegung der Nichtzulassungsbeschwerde bemüht hat (aa); zum anderen erscheint seine Rechtsverfolgung bzw. -verteidigung auch aussichtslos (bb).
- 9 aa) Nach allgemeiner Ansicht in der überwiegend zivilrechtlichen Rechtsprechung und Literatur muss der Verfahrensbeteiligte substantiiert darlegen und glaubhaft machen, dass er sich erfolglos darum bemüht hat, einen Rechtsanwalt für die Prozessvertretung zu gewinnen (vgl. Zöller/Vollkommer, ZPO, 31. Aufl. 2016, § 78b Rn. 4; Weth, in: Musielak, ZPO, 7. Aufl. 2009, § 78b Rn. 4, jeweils m.w.N.). Bei einer Nichtzulassungsbeschwerde muss diese Substantiierung innerhalb der Einlegungsfrist erfolgen (Pietzner/Bier, a.a.O. Rn. 60). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs muss der Betroffene substantiiert dartun, dass er sich zumindest an mehr als vier (beim Bundesgerichtshof zugelassene) Rechtsanwälte gewandt hat, bei denen er erfolglos wegen einer Übernahme des Mandats angefragt hat, und dies gegebenenfalls nachweisen (vgl. BGH, Beschlüsse vom 16. Februar 2004 - IV ZR 290/03 - NJW-RR 2004, 864, vom 25. Januar 2007 - IX ZB 186/06 - FamRZ 2007, 635, vom 27. November

2014 - III ZR 211/14 - MDR 2015, 540 Rn. 3 und vom 7. Juni 2016 - XI ZR 439/15 - NZS 2016, 759 <dort nur Leitsatz>; vgl. auch Beschluss vom 7. Dezember 1999 - VI ZR 219/99 - MDR 2000, 412 <mehr als drei Anwälte>). Inwieweit dem im Einzelnen (hinsichtlich der konkreten Anzahl vergeblich angefragter Rechtsanwälte) zu folgen ist, ohne durch eine Überspannung der Anforderungen in Konflikt mit der Rechtsschutzgarantie und -gleichheit zu geraten (vgl. BVerwG, Beschluss vom 28. Juli 1999 - 9 B 333.99 - Buchholz 303 § 78b ZPO Nr. 3 S. 2), bedarf hier keiner abschließenden Stellungnahme; der erforderliche Umfang der erfolglosen Bemühungen dürfte z.B. auch von der Eilbedürftigkeit der Angelegenheit bzw. der in Rede stehenden Rechtshandlung abhängen (so zutreffend Weth, in: Musielak, ZPO, a.a.O. Rn. 4). Erforderlich ist nach Auffassung des Senats jedenfalls, dass der Rechtsschutzsuchende innerhalb der Einlegungsfrist substantiiert darlegt und glaubhaft macht, rechtzeitig alles ihm Zumutbare getan zu haben, um sich vertreten zu lassen. Dazu gehört, dass er eine angemessene Zahl von postulationsfähigen Prozessvertretern vergeblich um die Übernahme des Mandats ersucht hat (vgl. BVerwG, Beschluss vom 28. Juli 1999 - 9 B 333.99 - Buchholz 303 § 78b ZPO Nr. 3 S. 1 f.; Pietzner/Bier, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, a.a.O. Rn. 60 m.w.N.).

- 10 Dieser Darlegungspflicht hat der Kläger nicht Genüge getan. Sein Vorbringen erschöpft sich in der bloßen Behauptung, er habe bislang vergeblich nach einem vertretungsbereiten Rechtsanwalt gesucht, aber niemanden gefunden, sowie in einer Vermutung für die Erfolglosigkeit seiner Bemühungen, nämlich dass sich herumgesprochen habe, dass er schon öfters erteilte Mandate wieder entzogen habe. Weder die Anzahl der um Vertretung gebetenen Rechtsanwälte noch die Art seiner Bemühungen (schriftlich, mündlich/telefonisch) noch die Umstände oder Begründung der behaupteten Absagen werden genannt. Soweit der Kläger in seinem letzten Schreiben geltend macht, eine Erkrankung hindere ihn an weiteren Ausführungen und an einer weiteren Suche nach einem Rechtsanwalt, ist die behauptete Erkrankung weder hinsichtlich Art und Dauer näher erläutert (insbesondere Beginn der Erkrankung) noch belegt (z.B. durch ein ärztliches Attest) und bleibt somit ebenfalls unsubstantiiert. Auch nach dem Hinweis des Senatsvorsitzenden des Beschwerdegerichts auf das Erfordernis,

die Bemühungen um einen Rechtsanwalt substantiiert darzulegen, hat der Kläger nichts Entsprechendes vorgetragen.

- 11 b) Unabhängig davon erscheint die Rechtsverfolgung oder -verteidigung des Klägers auch aussichtslos. Mit dem Begriff der "Aussichtslosigkeit" stellt das Gesetz für die Beiordnung eines Notarwalts i.S.v. § 78b Abs. 1 ZPO einen - aus Sicht des Antragstellers - weniger strengen Maßstab auf als im Rahmen der Gewährung von Prozesskostenhilfe mit dem Erfordernis der "hinreichenden Aussicht auf Erfolg" (§ 114 Abs. 1 Satz 1 ZPO) verlangt wird. Dies findet seine Rechtfertigung darin, dass hier nicht die Staatskasse vor einer unnützen Inanspruchnahme wegen der Kosten einer Rechtsverfolgung oder -verteidigung geschützt werden muss, die wenig Aussicht auf Erfolg hat. Aussichtslosigkeit i.S.v. § 78b Abs. 1 ZPO besteht, wenn ein günstiges Ergebnis auch bei anwaltlicher Beratung ganz offenbar nicht erreicht werden kann (vgl. BGH, Beschluss vom 6. Juli 1988 - IVb ZB 147/87 - FamRZ 1988, 1152 <1153>; Zöller/Vollkommer, ZPO, a.a.O. § 78b Rn. 5; Weth, in: Musielak, ZPO, a.a.O. § 78b Rn. 6; jeweils m.w.N.)
- 12 Diesen Anforderungen genügt das Rechtsschutzbegehren des Klägers nicht. Es erscheint aussichtslos i.S.v. § 78b Abs. 1 ZPO.
- 13 Zwar lässt sich dem bisherigen Vorbringen des Klägers nicht entnehmen, auf welchen der in § 132 Abs. 2 VwGO genannten Gründe er seine Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision durch das Oberverwaltungsgericht zu stützen gedenkt. Für die Beurteilung, ob eine Rechtsverfolgung i.S.v. § 78b Abs. 1 ZPO aussichtslos erscheint, ist erforderlich, dass das Beschwerdegericht nach Lage der Akten prüft, ob ein Revisionszulassungsgrund ernsthaft in Betracht kommt. Dabei ist es nicht auf etwaiges Vorbringen des Klägers begrenzt.
- 14 Dies ist anzunehmen, wenn das Berufungsgericht die in § 132 Abs. 2 Nr. 1 und 2 VwGO genannten Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision zu Unrecht verneint hätte (vgl. BGH, Beschluss vom 25. März 2003 - VI ZR 355/02 - NJW-RR 2003, 1074 zu § 543 Abs. 2 ZPO).



- 15 Eine Frage von grundsätzlicher Bedeutung i.S.v. § 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO wirft das Verfahren nicht auf. Insbesondere ist in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts bereits geklärt, dass die aus § 44 Abs. 2 BBG folgende Pflicht zur Suche nach einer anderweitigen Verwendung im Einzelfall nicht besteht, wenn ihr Zweck von vornherein nicht erreicht werden kann. Dies ist anzunehmen, wenn die Erkrankung des Beamten von solcher Art oder Schwere ist, dass dieser - wie hier - für sämtliche Dienstposten der betreffenden oder einer anderen Laufbahn, in die der Beamte wechseln könnte, ersichtlich gesundheitlich ungeeignet ist (BVerwG, Urteil vom 30. Oktober 2013 - 2 C 16.12 - BVerwGE 148, 204 Rn. 40).
- 16 Es bestehen ferner keine Anhaltspunkte für die Annahme, das Oberverwaltungsgericht sei bei seinem Urteil von einer Entscheidung eines der in § 132 Abs. 2 Nr. 2 VwGO genannten Gerichte abgewichen. Insbesondere ist das Berufungsgericht hinsichtlich des Bezugspunkts der Prüfung der dauernden Dienstunfähigkeit (abstrakt-funktionelles Amt), des maßgeblichen Zeitpunkts (Zustellung des Widerspruchsbescheids) und des Erfordernisses einer ärztlichen Begutachtung von der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ausgegangen.
- 17 Schließlich fehlt jeder Anhalt für die Annahme eines Verfahrensmangels i.S.v. § 132 Abs. 2 Nr. 3 VwGO.
- 18 3. Die von dem Kläger persönlich erhobene Beschwerde ist als unzulässig zu verwerfen, weil der Kläger sowohl die Frist zur Einlegung der Nichtzulassungsbeschwerde (ein Monat nach Zustellung des Berufungsurteils, § 133 Abs. 2 Satz 1 VwGO) als auch die weitere Frist zur Begründung derselben (zwei Monate nach Zustellung des Berufungsurteils, § 133 Abs. 3 Satz 1 VwGO) versäumt hat. Die letztgenannte Frist ist von dem Lauf der erstgenannten Frist unabhängig (BVerwG, Beschlüsse vom 2. März 1992 - 9 B 256.91 - Buchholz 310 § 133 <n.F.> VwGO Nr. 2 Rn. 2 und vom 26. September 2016 - 2 B 39.16 - juris Rn. 7) und hier ebenfalls nicht gewahrt. Das Schreiben des Klägers vom 16. Januar 2017 an das Berufungsgericht hat die am 19. Januar 2017 endende Einlegungsfrist nicht gewahrt, weil die Beschwerde nicht von einem vertretungsbe-

rechtigten Prozessbevollmächtigten gezeichnet ist (§ 67 Abs. 4 Satz 1 bis 3 i.V.m. Abs. 2 Satz 1 VwGO). Die Frist zur Vorlage einer Beschwerdebegründung endete am 20. Februar 2017, ohne dass bis heute eine solche vorliegt.

- 19 4. Es liegen auch keine Gründe dafür vor, dem Kläger wegen der Versäumung der Frist zur Beantragung eines Notarwalts und der Fristen zur Einlegung sowie zur Begründung der Nichtzulassungsbeschwerde Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren (§ 60 VwGO).
- 20 Entsprechend der Rechtsprechung zum Prozesskostenhilferecht ist einem Rechtsschutzsuchenden, der innerhalb der Frist zur Einlegung der Nichtzulassungsbeschwerde persönlich (als Naturalperson) lediglich einen Antrag auf Bestellung eines Notarwalts gestellt hat, weil er einen zur Einlegung der Beschwerde bereiten postulationsfähigen Prozessvertreter i.S.v. § 67 Abs. 4 VwGO nicht hat finden können, von Amts wegen Wiedereinsetzung in die versäumte Frist des § 133 Abs. 2 Satz 1 VwGO zu gewähren, wenn der Antrag auf Bestellung des Notarwalts erfolgreich ist (vgl. BVerwG, Beschluss vom 23. März 1987 - 3 B 72.86 - Buchholz 303 § 78b ZPO Nr. 2 S. 2; BGH, Beschluss vom 24. Juni 2014 - VI ZR 226/13 - NJW 2014, 3247 Rn. 5, jeweils m.w.N.). Wie vorstehend dargelegt, ist der Antrag auf Beiordnung eines Rechtsanwalts aber abzulehnen.
- 21 Im Übrigen war die Fristversäumnis insoweit nicht unverschuldet i.S.v. § 60 Abs. 1 VwGO, als der Kläger schon nach dem Hinweisschreiben des Vorsitzenden des Berufungsgerichts (noch innerhalb der laufenden Einlegungsfrist), im Übrigen nach dem weiteren rechtlichen Hinweis des Vorsitzenden des Beschwerdegerichts Anlass und Gelegenheit hatte, näher darzulegen, welche Bemühungen um einen Rechtsanwalt er unternommen hatte. Da er dem bis heute nicht nachgekommen ist, besteht kein Anhaltspunkt für eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Dasselbe gilt mit Blick auf seine von ihm behauptete, aber nicht glaubhaft gemachte Erkrankung.
- 22 5. Die Kostenentscheidung hinsichtlich der Verwerfung der Nichtzulassungsbeschwerde folgt aus § 154 Abs. 2 VwGO. Die Festsetzung des Werts des Streit-

gegenstandes für das Beschwerdeverfahren beruht auf §§ 40, 47 Abs. 1 und 3 sowie § 52 Abs. 6 Satz 1 Nr. 1 GKG.

Domgörgen

Dr. Hartung

Dollinger