

Grundfragen der Fortsetzungsfeststellungsklage (Teil 2)

Dr. Bodo Klein, Hochschule für den öffentlichen Dienst in Bayern

2.2 Begründetheit der Fortsetzungsfeststellungsklage

Die Begründetheitsprüfung stellt die Verbindung von Prozessrecht und materiellem Recht dar. In diesem Zusammenhang kommt es nicht darauf an, ob die Behörde die Zulässigkeit der Klage bejaht oder verneint hat. Vielmehr muss sie sich auch dann mit der Begründetheit der Klage auseinandersetzen, wenn sie die Klage für unzulässig erachtet. Ursächlich hierfür ist der Umstand, dass sie sich nicht sicher sein kann, ob das Gericht ihrer Auffassung hinsichtlich der Unzulässigkeit folgt. Das Gericht ist an Rügen der Parteien nicht gebunden. Vielmehr muss es selber darüber entscheiden, ob die Sachentscheidungsvoraussetzungen gegeben sind oder nicht.

2.2.1 Sachlegitimation

Im Rahmen der Begründetheitsprüfung stellt sich zunächst die Frage nach der Sachlegitimation des Klägers, des Beklagten und gegebenenfalls des Beigeladenen. Sie umfasst die subjektive Seite des streitigen Rechtsverhältnisses und stellt darauf ab, ob die richtigen Personen am Verfahren beteiligt sind. Da es sich bei der Fortsetzungsfeststellungsklage um eine umgestellte Anfechtungsklage handelt, gelten deren Regeln weiterhin für die Frage der Sachlegitimation. Dies gilt auch für die Feststellung der Passivlegitimation.¹ Hier geht es um die Frage, wer richtiger Beklagter ist. Es gilt das Rechtsträgerprinzip. Folglich ist die Klage in entsprechender Anwendung des § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO gegen den Bund, das Land oder die Körperschaft zu richten, deren Behörde die erledigte Verfügung erlassen hat. Zielt die Klage gegen einen sachlich unzuständigen Rechtsträger, ist sie unbegründet.

2.2.2 Rechtswidrigkeit

Des weiteren führt die Fortsetzungsfeststellungsklage zum Erfolg, soweit der erledigte Verwaltungsakt rechtswidrig war. In der Sache geht es daher um eine vergleichbare Prüfung wie bei der Begründetheitsprüfung der ursprünglichen Anfechtungsklage.²

2.2.2.1 Begriff der Rechtswidrigkeit

Verwaltungsakte sind rechtswidrig, wenn sie formell beziehungsweise materiell mit dem geltenden Recht nicht in Einklang stehen. Dabei geht es um Verstöße gegen Rechtsnormen. Darunter sind nicht nur formelle, sondern auch materielle Gesetze zu verstehen, die nach außen gegenüber dem Bürger wirken.

Die Missachtung von Verwaltungsvorschriften ist für sich allein genommen aber nicht ausreichend. Verwaltungsvorschriften entfalten nur im staatlichen Innenbereich Rechtswirkungen.³ Sie wenden sich an nachgeordnete Behörden und Bedienstete und regeln deren Verhalten. Als verwaltungsinterne Regelungen begründen sie für den Bürger keine Rechte und Pflichten und

¹ Siehe etwa *Wolff*, in: *Sodan/Ziekow*, Kommentar zur VwGO, 4. Auflage 2014, § 113 Rn. 300; *Decker*, in: *Posser/Wolff*, Beck'scher Online-Kommentar zur VwGO (Stand: Juli 2016), § 113 Rn. 88.

² Vgl. *Gerhardt*, in: *Schoch/Schneider/Bier*, Kommentar zur VwGO (Juni 2016), § 113 Rn. 96.

³ Dazu und zum folgenden *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Auflage 2011, § 24 Rn. 16.

können daher die Verwaltungsgerichte grundsätzlich nicht binden.⁴ Eine Rechtswidrigkeit kann sich hier aber aus einem Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz ergeben, wenn die Behörde in vergleichbaren Fällen im Einklang mit den sie bindenden Verwaltungsvorschriften vorgegangen ist oder ein derartiges Vorgehen beabsichtigt.

Eine Rechtswidrigkeit liegt vor, wenn die Anordnung formell beziehungsweise materiell nicht mit dem geltenden Recht in Einklang steht.

Bei der Frage nach der Rechtswidrigkeit sind die aus dem Verwaltungsrecht bekannten Voraussetzungen zu prüfen:

1. Formelle Rechtmäßigkeit⁵
 - 1.1 Zuständigkeit der handelnden Behörde
 - 1.2 Durchführung eines ordnungsgemäßen Verwaltungsverfahrens
 - 1.3 Einhaltung der vorgeschriebenen Form
 - 1.4 Begründung

2. Materielle Rechtmäßigkeit
 - 2.1 Tatbestand der Rechtsgrundlage
 - 2.2 Rechtsfolge der Rechtsgrundlage (vor allem pflichtgemäße Ermessensausübung)
 - 2.3 Richtiger Adressat (sofern nicht bereits Tatbestandsmerkmal)
 - 2.4 Bestimmtheit des Verwaltungsaktes

In diesem Zusammenhang ist es ohne Bedeutung, auf welchen Ursachen der Fehler beruht. Da es sich bei der Rechtswidrigkeit um einen objektiven Begriff handelt, kommt es nicht darauf an, ob Bürger oder Behörde die Rechtswidrigkeit verursacht haben.⁶ Als Beispiel sei hier nur eine unzureichende Sachverhaltsermittlung durch die Behörde genannt.

2.2.2.2 Formelle Rechtmäßigkeit

2.2.2.2.1 Grundlagen

Bei den formellen Anforderungen geht es um das ordnungsgemäße Zustandekommen der Verfügung. Neben der Zuständigkeit der handelnden Behörde sind hier vor allem die Vorgaben für ein ordnungsgemäßes Verwaltungsverfahren, die gesetzlich verankerten Formerfordernisse und die Begründungserfordernisse anzusprechen.

⁴ Allgemein dazu *Hofmann/Gerke*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 10. Auflage 2010, Rn. 201; *Sachs*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, Kommentar zum VwVfG, 8. Auflage 2014, § 44 Rn. 44.

⁵ Teilweise wird auch die Bekanntgabe bei der formellen Rechtmäßigkeit aufgeführt. Siehe etwa *Pietzner/Ronellenfitsch*, Das Assessorexamen im Öffentlichen Recht, 13. Auflage 2014, Rn. 739. Dies ist aber missverständlich, da die Bekanntgabe nach Art. 43 Abs. 1 BayVwVfG als Grundbedingung für die Wirksamkeit des Verwaltungsaktes zu qualifizieren ist. Gemeint ist hier allein der Fall, dass ein der förmlichen Zustellung bedürftiger Verwaltungsakt lediglich mündlich bekannt gegeben wird und deshalb wegen Formmangels rechtswidrig ist.

⁶ Ähnlich *Sachs*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, Kommentar zum VwVfG, 8. Auflage 2014, § 44 Rn. 13f.

Verstöße führen zur formellen Rechtswidrigkeit des betreffenden Verwaltungsakts. Im Regelfall bleibt die materielle Rechtmäßigkeit davon unberührt, sofern die Voraussetzungen der jeweiligen Rechtsgrundlage gegeben sind.

2.2.2.2.2 Heilung von formellen Fehlern

Probleme ergeben sich in diesem Zusammenhang vor allem bei der Frage nach den Folgen von formellen Fehlern. Dies betrifft beispielsweise Anhörungsmängel oder Defizite bei der Begründung des Verwaltungsaktes. Bei einer Anfechtungsklage müsste die Behörde im Klageverfahren prüfen, ob derartige formelle Defizite eines Verwaltungsaktes geheilt werden können.⁷ Im Geltungsbereich des Bayerischen Verwaltungsverfahrensgesetzes beurteilt sich die Heilung nach Art. 45 BayVwVfG. In sachlicher Hinsicht können die Handlungen nachgeholt werden, die in dem abschließenden Katalog des Art. 45 Abs. 1 BayVwVfG genannt sind. Eine zeitliche Beschränkung folgt aus Art. 45 Abs. 2 BayVwVfG. Danach kann eine Heilung bis zur letzten Tatsacheninstanz eines verwaltungsgerichtlichen Verfahrens erfolgen. Die Heilungsmöglichkeit endet daher mit Verkündung beziehungsweise Zustellung der Berufungsentcheidung. Nach der Heilung des einzigen formellen Fehlers wäre der Verwaltungsakt fehlerfrei und damit rechtmäßig. Eine Aufhebung im Klageverfahren ist nicht mehr möglich. Deshalb ist die Anfechtungsklage als unbegründet zurückzuweisen, da der nunmehr rechtmäßige Verwaltungsakt nicht mehr die Voraussetzungen des § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO erfüllt.

Eine Heilung setzt jedoch voraus, dass der Verwaltungsakt noch existent ist. Diese Voraussetzung ist im Wortlaut des Art. 45 BayVwVfG nicht ausdrücklich genannt, entspricht aber dem Sinn und Zweck des Gesetzes. Die Heilung setzt eine reale Heilbarkeit des Fehlers voraus.⁸ Der Betroffene muss und soll so gestellt werden, wie er bei korrekter Verfahrensgestaltung gestanden hätte. Es ist daher eine echte Kompensation erforderlich. Im Falle der Erledigung kann der Sinn der Verfahrenshandlung bei einer Nachholung aber nicht mehr erreicht werden.⁹ Verwiesen sei hier etwa auf ein Versammlungsverbot, das wegen einer fehlenden Anhörung an einem formellen Mangel leidet. Wenn der Kläger seine Bedenken gegen das Versammlungsverbot erst nach dem geplanten Zeitpunkt der Versammlung und damit nach Erledigung der Verfügung vorträgt, kann eine Überprüfung der Entscheidung durch die Ausgangsbehörde anhand der Stellungnahme nicht mehr erfolgen. Vor diesem Hintergrund kommt im Rahmen der Fortsetzungsfeststellungsklage eine Heilung von formellen Fehlern nicht in Betracht.

2.2.2.3 Materielle Rechtmäßigkeit

2.2.2.3.1 Grundlagen

Bei der Überprüfung der materiellen Voraussetzungen steht der Inhalt der fraglichen Verfügung im Vordergrund. Dabei kommt dem in Art. 20 Abs. 3 GG verankerten Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung eine herausragende Bedeutung zu. Belastende Verwaltungs-

⁷ Ausführlich zur Heilung von Verfahrens- und Formfehlern *Klein*, apf 2006, B 89ff.

⁸ Siehe dazu auch *Korte*, in: Stober/Kluth/Korte/Eisenmenger, Verwaltungsrecht I, 13. Auflage 2017, § 49, Rn. 60.

⁹ Ähnlich *Peucker*, in: Knack, Kommentar zur VwGO, 10. Auflage 2014, § 45 Rn. 22; *Ramsauer*, in: Kopp/Ramsauer, Kommentar zum VwVfG, 18. Auflage 2017, § 45 Rn. 13; *Riese*, in: Schoch/Schneider/Bier, Kommentar zur VwGO (Stand: Juni 2017), § 113 Rn. 152. – Vgl. auch *Müller*, in: Huck/Müller, Verwaltungsverfahrensgesetz (2011), § 45 Rn. 2; *Schwarz*, in: Fehling/Kastner, VwVfG/VwGO Kommentar, 2. Auflage 2010, § 45 VwVfG Rn. 13.

akte müssen sich wegen des Vorbehalts des Gesetzes auf eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage zurückführen lassen, deren Voraussetzungen im konkreten Fall vorliegen müssen. Im Übrigen unterliegen belastende und begünstigende Verfügungen dem Vorrang des Gesetzes mit der Folge, dass sie höherrangigem Recht nicht widersprechen dürfen. Neben diesen Ausprägungen des Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung sind weiterhin die allgemeinen Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen und die Anforderungen an eine ordnungsgemäße Ermessensausübung zu beachten.

2.2.2.3.2 Beseitigung von Mängeln

Auch bei der materiellen Rechtmäßigkeit stellt sich die Frage, ob eventuelle Mängel des Ausgangsbescheids beseitigt werden können. Derartige Mängel können allenfalls durch ein Nachschieben von Gründen im Verwaltungsprozess beseitigt werden. Hier geht es um Fälle, wo eine inhaltlich fehlerhafte Begründung vorliegt und die Behörde während des gerichtlichen Verfahrens rechtliche Erwägungen, die bereits bei Erlass des Verwaltungsaktes gegeben waren, nachträglich geltend macht. Bei Ermessensentscheidungen ist ein Nachschieben in den Grenzen des § 114 Satz 2 VwGO möglich. Eine Ergänzung kann demnach bei lückenhaften Erwägungen erfolgen, bei denen einzelne für die Abwägung relevante Gesichtspunkte fehlen. Die Behörde kann hier ihre Entscheidungen nachträglich mit Argumenten stützen, die sie, obwohl sie schon bei Erlass des Verwaltungsaktes vorlagen, ursprünglich nicht herangezogen hat. Die nachgeschobenen Gründe werden zum Gegenstand des gerichtlichen Verfahrens und sind bei der Beurteilung der Rechtmäßigkeit zu berücksichtigen. Die nachgeschobenen Gründe modifizieren den streitbefangenen Verwaltungsakt. Wird die Entscheidung durch diese Erwägungen rechtmäßig, kann eine Anfechtungsklage nicht mehr zum Ziel führen. Sie wäre als unbegründet abzuweisen.

Nach ihrem Sinn und Zweck setzt die Regelung aber die Wirksamkeit des Verwaltungsaktes voraus, da dieser nach der Beseitigung der Mängel weiterhin Bestand haben soll.¹⁰ Dies verdeutlicht auch der Wortlaut, da eine Ergänzung schon begrifflich den Fortbestand des Verwaltungsaktes voraussetzt, auf den sie sich bezieht. Dementsprechend kann § 114 Satz 2 VwGO nach der Erledigung keine Anwendung mehr finden mit der Folge, dass ein Ergänzen von Ermessenserwägungen nicht mehr in Betracht kommt.

Da nach Eintritt des erledigenden Ereignisses keine Korrekturen der Ermessensentscheidung mehr möglich sind, führt jeder Ermessensfehler zur materiellen Rechtswidrigkeit und kann daher die Begründetheit der Fortsetzungsfeststellungsklage zur Folge haben.

2.2.2.4 Maßgebender Zeitpunkt

Der maßgebende Zeitpunkt für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit richtet sich nach der Klageart. Bei der Anfechtungsklage kommt es im Regelfall auf den Zeitpunkt der letzten Behördenentscheidung an, sofern nicht das materielle Recht im Einzelfall einen abweichenden Zeitpunkt festlegt. Ursächlich hierfür ist der Umstand, dass der Kläger im Regelfall die Aufhebung des Verwaltungsaktes beantragt, weil er von Anfang an rechtswidrig gewesen sei. Demgegenüber ist bei der Fortsetzungsfeststellungsklage die Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt

¹⁰ So ausdrücklich OVG Münster NVwZ 2001, 1424. Vgl. auch *Bader*, NVwZ 1999, 122; *Klein*, apf 2012, B 51; *Kopp/Schenke*, Kommentar zur VwGO, 22. Auflage 2016, § 113 Rn. 147; *Ramsauer*, in: *Kopp/Ramsauer*, Kommentar zum VwVfG, 18. Auflage 2017, § 45 Rn. 13. - A.A. *Wolff*, in: *Sodan/Ziekow*, Kommentar zur VwGO, 4. Auflage 2014, § 114 Rn. 206.

der Erledigung maßgebend.¹¹ Die Fortsetzungsfeststellungsklage ist demnach begründet, wenn die ursprünglich erhobene Anfechtungsklage im Zeitpunkt der Erledigung begründet gewesen wäre.

2.2.3 Rechtsverletzung

2.2.3.1 Erforderlichkeit einer Rechtsverletzung

Entgegen dem missverständlichen Wortlaut des § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO genügt die Rechtswidrigkeit für sich allein genommen aber nicht für die Begründetheit der Klage. Ursächlich hierfür ist die Erwägung, dass die Fortsetzungsfeststellungsklage die Anfechtungsklage ersetzt und an deren Stelle tritt. Wie der enge Zusammenhang mit Satz 1 verdeutlicht, darf dem Feststellungsbegehren nur entsprochen werden, soweit der Kläger durch den rechtswidrigen Verwaltungsakt auf die Vergangenheit bezogen in seinen Rechten verletzt worden ist. In diesem Zusammenhang kommt es entscheidend darauf an, dass eine derartige Verletzung tatsächlich vorliegt. Der objektiv rechtswidrige Verwaltungsakt muss gerade solche Normen verletzen, welche zumindest auch den Schutz des Klägers bezwecken. Bei einer derartigen Verletzung hätte die Verfügung im verwaltungsgerichtlichen Anfechtungsverfahren aufgehoben werden müssen, wenn keine Erledigung eingetreten wäre.¹² Bei einer Klage des Adressaten ist dies unproblematisch. Hier indiziert der Mangel stets die Rechtsverletzung. Dabei spielt es keine Rolle, ob es sich um formelle oder materielle Mängel handelt. Ein rechtswidriger Verwaltungsakt verletzt den Adressaten offenkundig immer in seinen Rechten. Bei anderen Fallgestaltungen ist die Fortsetzungsfeststellungsklage unbegründet, wenn die erledigte Anordnung nur objektiv rechtswidrig war, den Kläger aber gerade nicht in seinen Rechten verletzte.

2.2.3.2 Ausschluss einer Rechtsverletzung bei formellen Mängeln

Bei einer Anfechtungsklage wäre bei der Prüfung der Rechtsverletzung Art. 46 BayVwVfG zu beachten. Eine Unbeachtlichkeit von Verfahrensfehlern führt nicht zur rückwirkenden Heilung des betreffenden Mangels. Sie macht den verfahrensrechtlichen Rechtsverstoß nicht ungeschehen. Vielmehr bleibt der Fehler und damit die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes erhalten. Art. 46 BayVwVfG nimmt zur Relevanz von Verfahrens- und Formfehlern selbst Stellung und relativiert damit die Bedeutung dieser Regeln. Es sollen alle Einwendungen ausgeschlossen werden, die zu einer unnötigen Aufhebung des Verwaltungsaktes führen würden. Wenn die Voraussetzungen des Art. 46 BayVwVfG gegeben sind, wäre eine Anfechtungsklage unbegründet, da keine Rechtsverletzung im Sinne des § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO vorliegt.¹³ Ursächlich hierfür ist die Erwägung, dass es verfahrensökonomisch widersinnig wäre, wenn das Gericht einen formell rechtswidrigen Verwaltungsakt aufheben müsste, der von der Behörde mit dem gleichen Inhalt alsbald wieder rechtmäßig erlassen würde.

Die Konsequenzen für eine Fortsetzungsfeststellungsklage sind bis jetzt nicht abschließend geklärt. Art. 46 BayVwVfG kann im Zusammenhang mit einer Fortsetzungsfeststellungsklage nach einer im Schrifttum vertretenen Ansicht deshalb keine Anwendung finden, da diese Be-

¹¹ So BVerwGE 72, 38/43.

¹² Vgl. *Schmitt Glaeser/Horn*, Verwaltungsprozessrecht, 15. Auflage 2000, Rn. 358; *Hufen*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 10. Auflage 2016, § 29 Rn 16; *Schenke*, Verwaltungsprozessrecht, 15. Auflage 2017, Rn. 862a; *Decker*, in: Posser/Wolff, Beck'scher Online-Kommentar zur VwGO (Stand: Juli 2016), § 113 Rn. 88.

¹³ Dies unterstreicht *Ehlers*, in: JURA 2004, 178.

stimmung nach ihrem eindeutigen Wortlaut lediglich den Anspruch auf Aufhebung ausschließt, die sonstigen Konsequenzen der Rechtswidrigkeit aber nicht regelt.¹⁴ Zudem kann der hinter dieser Bestimmung stehende Gedanke der Bestandserhaltung nach Erledigung des Verwaltungsaktes nicht mehr greifen. Dies ist aber nicht unumstritten. So will eine neuere Auffassung Art. 46 BayVwVfG mit beachtlichen Argumenten auch im Fall einer Fortsetzungsfeststellungsklage anwenden.¹⁵ Zur Begründung wird auf den Wertungswiderspruch verwiesen, der sich ergibt, wenn eine Anfechtungsklage im Ergebnis wegen Art. 46 BayVwVfG erfolglos blieben muss, eine Fortsetzungsfeststellungsklage aber nach Eintritt des erledigenden Ereignisses erfolgreich wird. Dieser Widerspruch erscheint umso unverständlich, da eine Fortsetzungsfeststellungsklage die Anfechtungsklage lediglich fortführt. Die Rechtsprechung hat diese Frage bisher offen gelassen.

2.3 Entscheidung des Verwaltungsgerichts

Ist die Klage unzulässig oder unbegründet, so weist das Verwaltungsgericht sie ab. Diese Entscheidung wird unanfechtbar, sofern kein Rechtsmittel eingelegt wird.

Wenn die Fortsetzungsfeststellungsklage zulässig und begründet ist, stellt das Verwaltungsgericht die Rechtswidrigkeit des erledigten Verwaltungsaktes fest. Damit gehen von der Anordnung keine Wirkungen mehr aus. Es ist wieder die Rechtslage maßgeblich, die ohne Geltung der gerichtlich als rechtswidrig festgestellten Anordnung bestand. Die Behörde darf nunmehr aus dem Verwaltungsakt keine negativen Wirkungen beispielsweise für nachfolgende Verwaltungsverfahren mehr herleiten. Dies würde der Feststellung widersprechen.

Die Feststellung entfaltet Bindungswirkung. Diese erfasst nicht nur den Verwaltungsprozess, sondern betrifft alle Gerichtsbarkeiten. Deshalb müssen auch die Zivilgerichte in einem nachfolgenden Amtshaftungsverfahren von der Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes ausgehen und dies ihrer Entscheidung zugrundelegen.

3 Die erweiterte Fortsetzungsfeststellungsklage

Obwohl § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO nach seinem Wortlaut nur die Erledigung eines Verwaltungsaktes nach Erhebung einer Anfechtungsklage regelt, hat die Rechtsprechung den Anwendungsbereich dieser Vorschrift im Laufe der Zeit im Wege der Analogie erheblich erweitert.

3.1 Anfechtungssituation

3.1.1 Gegenstand der Klage

So wird die Fortsetzungsfeststellungsklage schon seit langem auch auf den Fall angewendet, dass sich der angefochtene Verwaltungsakt bereits vor der Klageerhebung erledigt hat.¹⁶ Be-

¹⁴ Vgl. *Guckelberger*, JuS 2011, 582.

¹⁵ Siehe etwa ; *Schwarz*, in: Fehling/Kastner, VwVfG/VwGO Kommentar, 2. Auflage 2010, § 46 VwVfG Rn. 33; *Schemmer*, in: Bader/Ronellenfisch, Kommentar zum VwVfG (Juli 2017), § 46 Rn. 9; *Peuker*, in: Knack, Kommentar zur VwGO, 10. Auflage 2014, § 46 Rn. 2; *Ramsauer*, in: Kopp/Ramsauer, Kommentar zum VwVfG, 18. Auflage 2017, § 46 Rn. 43.

¹⁶ Vgl. nur OVG Koblenz, NJW 1982, 1302; BayVGH, BayVBl 1990, 178f.; *Tettinger/Wahrendorf*, Verwaltungsprozessrecht (2000), § 20, Rn. 8; *Kienemund*, in: Brandt/Sachs, Handbuch Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, 3. Auflage 2009, Kapitel M Rn. 120; *Martini*, Verwaltungsprozessrecht, 6. Auflage 2017, 79; *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht, 10. Auflage 2012, Rn. 1422, *Schmidt*, in: Eyer mann, Kommentar zur VwGO, 14. Auflage 2014, § 113 Rn. 72. – A. A. *Emmenegger*, in: Fehl-

gründet wird diese Auffassung vor allem mit dem durch Art. 19 Abs. 4 GG verbürgten umfassenden und effektiven Rechtsschutz. Dieses Grundrecht räumt dem Bürger einen substantiellen Anspruch auf eine tatsächlich wirksame gerichtliche Kontrolle ein. Vor diesem Hintergrund könne der mehr oder weniger zufällige Zeitpunkt der Erledigung eines Verwaltungsaktes für die Art des Rechtsschutzes nicht von entscheidender Bedeutung sein. Ansonsten würden je nach Zeitpunkt der Erledigung unterschiedliche Verfahrensarten mit divergierenden Sachentscheidungsvoraussetzungen eingreifen, was den Rechtsschutz des Bürgers erschwert. Als Beispiel sei hier etwa ein Versammlungsverbot genannt, dass einige Stunden vor Durchführung der Versammlung ausgesprochen wird mit der Folge, dass eine Erhebung einer Anfechtungsklage bis zum Eintritt der Erledigung kaum möglich erscheint. Gleiches gilt häufig für Tatmaßnahmen nach Art. 7 Abs. 3 LStVG¹⁷, soweit diese mit der wohl überwiegenden Auffassung als Verwaltungsakt qualifiziert wird.¹⁸ Dieser hat sich im Regelfall schon vor Klageerhebung erledigt, wenn diese Maßnahme bereits vorüber ist.

3.1.2 Zulässigkeit der Klage

Für diese Art der erweiterten Feststellungsklage kommt es entscheidend darauf an, dass eine Anfechtungsklage im Zeitpunkt des erledigenden Ereignisses noch in zulässiger Weise hätte erhoben werden können.¹⁹ Tritt demgemäß die Erledigung vor Klageerhebung, aber nach Ablauf der Klagefrist ein, muss zuvor fristgerecht ein Rechtsbehelf erhoben worden sein. Ansonsten wäre der Verwaltungsakt schon vor der Erledigung bestandskräftig geworden mit der Folge, dass auch eine Anfechtungsklage unzulässig gewesen wäre. Dies führt zur Unzulässigkeit der Fortsetzungsfeststellungsklage, da aus der unzulässigen Anfechtungsklage keine zulässige Fortsetzungsfeststellungsklage mehr entstehen kann.²⁰

Besonderheiten treten auch bei der Frage nach dem Rechtsschutzbedürfnis zutage, da hier strengere Anforderungen für die Bejahung des Feststellungsinteresses gelten. Diese stützen sich auf den Umstand, dass noch kein Verfahren anhängig ist, sondern erst begonnen werden soll. Es braucht daher keine Vorarbeit für einen Zivilprozess geleistet zu werden. Aus diesem Grund rechtfertigt die Präjudizwirkung für einen nachfolgenden Amtshaftungsprozess nach mittlerweile herrschender Meinung bei der erweiterten Fortsetzungsfeststellungsklage nicht die Annahme eines berechtigten Interesses.²¹ Vielmehr ist der Kläger gezwungen, unmittelbar die Zivilgerichte anzurufen, die den Fall dann unter jedem rechtlichen Gesichtspunkt prüfen und dabei auch die öffentlich-rechtlichen Vorfragen klären müssen. Ursächlich hierfür ist vor

ing/Kastner, Verwaltungsrecht, Handkommentar, 2. Auflage 2010, § 113 VwGO Rn. 116, der sich für eine unmittelbare Anwendung von § 43 VwGO ausspricht. - Diese Frage hat das Bundesverwaltungsgericht in seiner neueren Rechtsprechung teilweise offengelassen. Vgl. BVerwG, NVwZ 2000, 63f.

¹⁷ Gesetz über das Landesstrafrecht und das Ordnungsrecht auf dem Gebiet der öffentlichen Sicherheit und Ordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 13. Dezember 1982 (GVBl S. 1099), zuletzt geändert durch Gesetz vom 23. Juli 2017 (GVBl S. 388).

¹⁸ So wohl BayVG, BayVBl 1991, 433/435.

¹⁹ So ausdrücklich *Wolff*, in: *Sodan/Ziekow*, Kommentar zur VwGO, 4. Auflage 2014, § 113 Rn. 263.

²⁰ Vgl. auch *Decker*, in: *Posser/Wolff*, Beck'scher Online-Kommentar zur VwGO (Stand: Juli 2017), § 113 Rn. 92.

²¹ So etwa *Kronisch/Gohde*, Behördenvertreter vor dem Verwaltungsgericht (1997), 69; *Schmitt Glaeser/Horn*, Verwaltungsprozessrecht, 15. Auflage 2000, Rn. 364; *Ingold*, JA 2009, 714; *Ipsen*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Auflage 2009, Rn. 1143; *Schmitt*, in: *Eyermann*, Kommentar zur VwGO, 13. Auflage 2010, § 113 Rn. 87; *Bamberger*, in: *Wysk*, Kommentar zur VwGO (2010), § 113 Rn. 88; *Sodan*, in: *Sodan/Ziekow*, Kommentar zur VwGO, 4. Auflage 2014, § 42 Rn. 69f.

allem die Erwägung, dass eine zusätzliche Befassung der Verwaltungsgerichte nicht ökonomisch erscheint und zu einer Prozessvermehrung führen würde.

3.3.2 Verpflichtungssituation

3.3.2.1 Gegenstand der Klage

Vergleichbare Probleme zeigen sich auch bei der Verpflichtungsklage. Ein Verpflichtungsbegehren erledigt sich, wenn das Rechtsschutzziel aus dem Kläger nicht zurechenbaren Gründen bereits außerhalb des Prozesses erreicht worden ist oder überhaupt nicht mehr erreicht werden kann. Im Vordergrund stehen hier zeitlich gebundene Begehren, bei denen die Verwirklichung des Rechts an einen bestimmten Termin gebunden ist und der Verlust der Rechtsposition durch Zeitablauf eintritt. So wird die erstrebte Zulassung zu einem Volksfest durch Zeitablauf gegenstandslos, wenn der Termin für dieses Fest vor einer gerichtlichen Entscheidung verstrichen ist. Gleiches gilt für den Zugang zu anderen Veranstaltungen. Als Beispiel sei hier nur die Benutzung eines Gemeindesaales für eine Wahlkampfveranstaltung kurz vor der Wahl genannt.

Um derartigen Fallgestaltungen Rechnung zu tragen, soll § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO im Interesse eines effektiven und umfassenden Rechtsschutzes auch bei dieser Klageart analoge Anwendung finden.²² Da mit der zum Erlass eines Verwaltungsaktes verurteilenden gerichtlichen Entscheidung zugleich das Bestehen eines Rechtsanspruchs festgestellt wird, muss dem Kläger, wenn die Verurteilung im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung aus prozessrechtlichen oder materiellrechtlichen Gründen nicht mehr in Betracht kommt, wenigstens die Möglichkeit offenstehen, die Rechtswidrigkeit der Ablehnung beziehungsweise Unterlassung des begehrten Verwaltungsaktes feststellen zu lassen. Dies betrifft beispielsweise den Fall, dass Streit über die angemessene Dauer der Bearbeitung eines Antrags besteht und im Hinblick auf künftige Anträge mit einer Wiederholung zu rechnen ist.

3.3.2.2 Zulässigkeit der Klage

Die Fortsetzungsfeststellungsklage in der Verpflichtungssituation unterliegt den gleichen Sachentscheidungsvoraussetzungen wie bei der Anfechtungsklage. Deshalb müssen die für eine Verpflichtungsklage erforderlichen allgemeinen und besonderen Sachentscheidungsvoraussetzungen gegeben sein. Deshalb darf die Verpflichtungsklage im Zeitpunkt der Erledigung des Klagebegehrens noch nicht unzulässig gewesen sein.

Zudem ist ein besonderes Feststellungsinteresse erforderlich. Ein derartiges Interesse ist dann anzunehmen, wenn mit der Feststellung der Rechtswidrigkeit eine Verbesserung der Rechtsposition des Klägers im Hinblick auf die erstrebte aber nicht mehr zu erreichende Leistung möglich ist. In diesem Zusammenhang sind die für die Anfechtungsklage geltenden Regeln heranzuziehen. In quantitativer Hinsicht stehen hier die Wiederholungsgefahr oder die Vorbereitung eines nicht offensichtlich aussichtslosen Amtshaftungsprozesses wegen eines Verzögerungsschadens im Vordergrund. Eine Wiederholungsgefahr ist gegeben, wenn die konkrete Gefahr besteht, dass die Behörde in naher Zukunft auf einen gleichartigen Antrag hin eine auf gleichartigen Erwägungen beruhende negative Entscheidung fällen könnte. Als Beispiel sei

²² Siehe etwa BVerwG, BayVBl 1994, 119; *Schmidt*, in: Eyermann, Kommentar zur VwGO, 14. Auflage 2014, § 113 Rn. 97; *Bamberger*, in: Wysk, Kommentar zur VwGO, 2. Auflage 2016, § 113 Rn. 67; *Kopp/Schenke* Kommentar zur VwGO, 22. Auflage 2016, § 113 Rn. 109; *Redeker/von Oertzen*, Kommentar zur VwGO, 16. Auflage 2014, § 113 Rn. 36.

hier ein Gewerbetreibender genannt, der in regelmäßigen Abständen einen Standplatz auf einem an vorherbestimmten festen Terminen stattfindenden Markt erstrebt.²³

3.3.2.3 Begründetheit der Klage

Bei der Begründetheitsprüfung geht es um eine vergleichbare Prüfung wie bei der Verpflichtungsklage.²⁴ Deshalb erfolgt keine isolierte Prüfung von Rechtswidrigkeit und Rechtsverletzung. Vielmehr fallen objektive und subjektive Seite in der Regel zusammen. Deshalb ist vor allem zu prüfen, ob der Kläger im Zeitpunkt der Erledigung nach dem einschlägigen materiellen Recht einen Anspruch auf den begehrten Verwaltungsakt hatte. Unerheblich ist, ob der Anspruch zu einem früheren Zeitpunkt bestanden hat. Der hier erforderliche Anspruch besteht, wenn das Vorhaben genehmigungsbedürftig ist und die materiellen Voraussetzungen der jeweiligen Anspruchsgrundlage erfüllt sind mit der Folge, dass die Ablehnung der Behörde rechtswidrig war. Eine gesonderte Prüfung der Rechtsverletzung ist dann entbehrlich, weil sich der Rechtsanspruch aus den gleichen Vorschriften ergibt.

Ist die Klage zulässig und begründet, stellt das Verwaltungsgericht bei Vorliegen der Spruchreife fest, dass die Beklagte verpflichtet war, den beantragten Verwaltungsakt unmittelbar vor Eintritt des erledigenden Ereignisses zu erlassen.

²³ Siehe dazu auch *Decker*, JA 2016, 245.

²⁴ Ähnlich *Wolff*, in: Sodan/Ziekow, Kommentar zur VwGO, 4. Auflage 2014, § 113 Rn. 314; *Schenke*, Verwaltungsprozessrecht, 15. Auflage 2017, Rn. 864.