



Die statthafte Klageart bei der Rechtswidrigkeitsfeststellung eines vor Klageerhebung erledigten Verwaltungsaktes

von Marc Bieber

1. Einleitung

Seit einem Obiter Dictum des Bundesverwaltungsgerichtes¹ wird in der Literatur wieder verschärft darüber diskutiert, welche Klageart zur Feststellung der Rechtswidrigkeit solcher Verwaltungsakte statthaft ist, die sich bereits vor Klageerhebung erledigt haben. In dem zu Grunde liegenden Urteil hält das Bundesverwaltungsgericht die Fortsetzungsfeststellungsklage gemäß § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO² analog für statthaft, wirft anschließend jedoch ohne Begründung und im Gegensatz zu seiner früheren Rechtsprechung³ die Frage auf, ob in solchen Fällen nicht doch auf eine Feststellungsklage gemäß § 43 Abs. 1 Alt. 1 zurückgegriffen werden sollte.⁴ Auch wenn das Bundesverwaltungsgericht durch das Infragestellen des eigenen Ergebnisses einen groben methodischen Fehler begangen hat, der im Folgenden nicht wiederholt werden soll, so verdient und erfordert diese Thematik eine nähere Untersuchung, in der die mögliche Statthaftigkeit aller in Frage kommenden Klagearten zu berücksichtigen ist.

2. Die Klagearten

a) Anfechtungsklage gemäß § 42 Abs. 1 Alt. 1 VwGO

Zunächst ist an eine Anfechtungsklage gemäß § 42 Abs. 1 Alt. 1 zu denken mit dem Argument, der Wortlaut des § 42 Abs. 1 schließe eine solche bei erledigten Verwaltungsakten nicht aus.⁵ Diese Interpretation des § 42 Abs. 1 verkennt jedoch das Verhältnis von § 113 Abs. 1 S. 1 und S. 4. Einem Umkehrschluss aus S. 4 lässt sich entnehmen, dass sich der rechtswidrige Verwaltungsakt, durch den der Kläger in seinen Rechten verletzt ist (S. 1), vor Klageerhebung nicht erledigt haben darf.⁶ Mit „vorher“ (S. 4) ist der Zeitpunkt gemeint, in dem das Gericht den Verwaltungsakt nach Klageerhebung noch nicht aufgehoben hat (S. 1). Daraus folgt zum einen, dass der Kläger bei bereits erhobener Anfechtungsklage auf den Fortsetzungsfeststellungsantrag (S. 4) umstellen muss, wenn sich der Verwaltungsakt nach Klageerhebung, aber vor Urteilsspruch erledigt hat. Zum anderen bedeutet dies, dass eine Anfechtungsklage nicht statthaft ist, wenn sich der Verwaltungsakt bereits vor Klageerhebung erledigt hat, da der Kläger im Falle der Erledigung des Verwaltungsaktes nach Klageerhebung bereits auf den Fortsetzungsfeststellungsantrag verwiesen wird. Es ist kein Grund ersichtlich, vor diesem in jedem Fall notwendigen Fortsetzungsfeststellungsantrag eine ins Leere laufende Anfechtungsklage zuzulassen. Eine solche scheidet damit als statthafte Klageart aus.

¹ BVerwGE 109, 203 (208).

² Nachfolgende Normen im Text ohne Bezeichnung sind solche der VwGO.

³ vgl. BVerwGE 12, 87 (90); 26, 161 (165); 49, 36 (39); 56, 24 (26).

⁴ BVerwGE 109, 203 (208).

⁵ VGH München, VerwRspr 12, 753 (754); *Mang*, BayVBl. 1955, 241 (242); *Schober*, DÖV 1966, 552 (552).

⁶ OVG Koblenz, NJW 1982, 1301 (1302); *Ehlers*, Jura 2001, 415 (417); *Erichsen*, Jura 1989, 49 (50).

b) Feststellungsklage gemäß § 43 Abs.1 Alt. 1 VwGO

Eine Feststellungsklage gemäß § 43 Abs. 1 Alt. 1 ist statthaft, wenn sie auf das Bestehen oder

Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses gerichtet ist. Problematisch ist, woran hierbei angeknüpft werden kann.

(1) Der Verwaltungsakt als Rechtsverhältnis

Der Verwaltungsakt selbst kommt als Rechtsverhältnis nach ganz h. M. nicht in Frage, denn ein Verwaltungsakt als Handlungsform der Verwaltung ist kein Rechtsverhältnis, weil zwischen einer Regelung und den von einer Regelung ausgehenden Beziehungen eindeutig zu differenzieren ist.⁷ Die Gegenmeinung⁸ missachtet zudem das strukturelle Verhältnis zwischen § 43 Abs. 1 Alt. 1 und Alt. 2. Bei einer Feststellungsklage ist prinzipiell weder ein Vorverfahren erforderlich noch eine Klagefrist einzuhalten. Da tatsächliches Handeln der Verwaltungsbehörden zumindest dem Anschein nach meistens direkter und unmittelbarer in die Rechte des Adressaten eingreift, soll hiergegen jederzeit eine Rechtswidrigkeitsfeststellung möglich sein. Bei Verwaltungsakten entsteht dieser Anschein jedoch nur bei nichtigen Verwaltungsakten, da diese im Gegensatz zu rechtswidrigen Verwaltungsakten keine Rechtswirkungen entfalten (vgl. § 43 Abs. 3 VwVfG). Deswegen soll i. R. d. § 43 nur die qualifizierte Rechtswidrigkeit, d. h. die Nichtigkeit eines Verwaltungsaktes festgestellt werden dürfen. Demnach spricht die parallele Erwähnung von Rechtsverhältnis und Verwaltungsakt unter jeweils anderen Bedingungen ebenfalls dafür, einen Verwaltungsakt nicht als Rechtsverhältnis zu behandeln.

(2) Das durch den Verwaltungsakt entstehende Rechtsverhältnis

Da zwischen der Regelung selbst und den von ihr ausgehenden Beziehungen zu unterscheiden ist, verbietet sich auch eine Anknüpfung an das durch den Verwaltungsakt entstehende Rechtsverhältnis.

(3) Das dem Verwaltungsakt zu Grunde liegende Rechtsverhältnis

Nach dem bisher Gesagten ist ein Rückgriff in die Vergangenheit, d. h. ein Bezug auf das dem Verwaltungsakt zu Grunde liegende Rechtsverhältnis nicht generell ausgeschlossen. Dies gilt insbesondere, wenn man argumentiert, die Feststellung der Rechtswidrigkeit eines erledigten Verwaltungsaktes bedeute die Feststellung, dass überhaupt kein Rechtsverhältnis bestand, auf Grund dessen dieser Verwaltungsakt von der Behörde hätte wirksam oder

⁷ Fenge, DÖV 1956, 392 (392); van Gelder, JuS 1965, 89 (89); Laubinger, VerwArch 82 (1991), 459 (463); Ogorrek, JA 2002, 222 (223); Rozek, JuS 1995, 414 (415); von Turegg, MDR 1952, 150 (151).

⁸ vgl. Gerhardt, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, § 113, Rn. 99.

rechtmäßig erlassen werden können.⁹ Jedoch kann sogar auf Grund eines rechtlich zulässigen Rechtsverhältnisses zwischen Behörde und Bürger dennoch – z. B. wegen Verfahrens-, Form- oder Ermessensfehlern – ein rechtlich unzulässiger Verwaltungsakt ergehen.¹⁰ Aus diesem Grund kann aus dem Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses nicht auf die Rechtswidrigkeit oder Rechtmäßigkeit des daraus hervorgehenden Verwaltungsaktes geschlossen werden. Darauf kann auch nicht erwidert werden, dass mit der Feststellung des Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses zwingend die Rechtswidrigkeit des erlassenen Verwaltungsaktes korrespondiere¹¹, da wiederum auch ein rechtswidriger Verwaltungsakt durchaus ein rechtswirksames Rechtsverhältnis begründen kann (vgl. §§ 45, 46 VwVfG).¹² Ein Rückgriff auf das dem Verwaltungsakt zu Grunde liegende Rechtsverhältnis ist damit ausgeschlossen.

(4) Der Anspruch auf Aufhebung des Verwaltungsaktes

Man könnte nun höchstens noch anknüpfen an den Anspruch auf Aufhebung des Verwaltungsaktes als Unterfall des allgemeinen öffentlich-rechtlichen Beseitigungsanspruches, wenn der Kläger durch den Verwaltungsakt in seinen Rechten verletzt ist.¹³ In Fällen der Erledigung des Verwaltungsaktes vor Klageerhebung kann der Kläger jedoch nicht feststellen lassen, ob er einen Anspruch auf Aufhebung des Verwaltungsaktes hatte. Dies interessiert ihn auf Grund der Erledigung des Verwaltungsaktes auch gar nicht mehr; ihn interessiert lediglich (die Feststellung), dass der Verwaltungsakt rechtswidrig war. Abgesehen davon kann selbst der materiell-rechtliche Aufhebungsanspruch entfallen, obwohl der Verwaltungsakt rechtswidrig gewesen ist (z. B. in den Fällen des § 46 VwVfG).¹⁴ Somit ist auch der Anspruch auf Aufhebung des Verwaltungsaktes kein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis. Eine Feststellungsklage gemäß § 43 Abs. 1 Alt. 1 bei einem vor Klageerhebung erledigten Verwaltungsakt ist folglich nicht statthaft.

c) Feststellungsklage gemäß § 43 Abs. 1 Alt. 2 VwGO

Wegen der klaren Trennung und Unterschiedlichkeit von Rechtswidrigkeit (§§ 45, 46 VwVfG) und Nichtigkeit (§ 44 VwVfG) ist eine Nichtigkeitsfeststellungsklage nach § 43 Abs. 1 Alt. 2 bei einem vor Klageerhebung erledigten Verwaltungsakt nicht statthaft.

d) Fortsetzungsfeststellungsklage gemäß § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO

Weiterhin kommt eine Fortsetzungsfeststellungsklage gemäß § 113 Abs. 1 S. 4 in Betracht. Fraglich ist zunächst, ob § 113 Abs. 1 S. 4 eine Klageart regelt. Auf Grund der systematischen

⁹ Lange, SächsVBl. 2002, 53 (54); Renck, JuS 1970, 113 (115); Schrödter, DVBl. 1973, 365 (366).

¹⁰ BVerwG, DVBl. 1961, 444 (444); VGH Stuttgart, DÖV 1957, 218 (218); Rozek, JuS 2000, 1162 (1166).

¹¹ vgl. Lange, SächsVBl. 2002, 53 (55).

¹² Finger, VR 2004, 145 (148).

¹³ vgl. Wehr, DVBl. 2001, 785 (787).

¹⁴ Finger, VR 2004, 145 (148).

Stellung innerhalb der Verwaltungsgerichtsordnung (10. Abschnitt: Urteile und andere Entscheidungen) könnte man schlussfolgern, dass diese Norm nur den Urteilsinhalt regelt, nicht hingegen eine Klageart, da diese ansonsten im Bereich der §§ 42 ff. erwähnt worden wäre.¹⁵ Hiergegen lässt sich zunächst anführen, dass trotz ihrer Erwähnung nicht die Voraussetzungen aller im 6. Abschnitt der Verwaltungsgerichtsordnung angeführten Klagearten auch dort geregelt sind (vgl. die allgemeine Leistungsklage, § 43 Abs. 2). Viel wichtiger noch ist, dass die Urteilsrelation des § 113 Abs. 1 S. 4 denknötwendig einen Bezug zu einer rechtshängigen Klage voraussetzt. Nach den obigen Ausführungen zur Anfechtungsklage erscheint es logisch, wenn nicht sogar zwingend, auf § 113 Abs. 1 S. 4 als Quelle der Sachurteilsvoraussetzungen der Fortsetzungsfeststellungsklage zurückzugreifen. Indessen muss sich die Fortsetzungsfeststellungsklage, wie sich aus dem systematischen Zusammenspiel von § 113 Abs. 1 S. 1 und S. 4 ergibt, gegen einen erst nach Klageerhebung erledigten Verwaltungsakt richten. Dieses systematische Verhältnis von S. 1 und S. 4 überwiegt auch vermeintliche Wortlaut-Argumente, die besagen, dass mit „vorher“ (S. 4) nicht zwingend der Zeitpunkt der Erledigung eines Verwaltungsaktes nach Klageerhebung gemeint sei.¹⁶ Demzufolge ist die Fortsetzungsfeststellungsklage gemäß § 113 Abs. 1 S. 4 mangels nach Klageerhebung erledigten Verwaltungsaktes ebenso nicht die statthafte Klageart.

3. Analoge Anwendung einer Klageart

Da keine Klageart direkt einschlägig ist, kann eine Klageart analog herangezogen werden. Die Kandidaten hierfür sind die Fortsetzungsfeststellungsklage gemäß § 113 Abs. 1 S. 4 analog und die Feststellungsklage gemäß § 43 Abs. 1 Alt. 1 analog oder gemäß § 43 Abs. 1 Alt. 2 analog. Zunächst müssten bei ihnen die Analogievoraussetzungen – Regelungslücke und deren Planwidrigkeit und vergleichbare Interessenlage¹⁷ – gegeben sein. Bei ihrem Vorliegen kommt es darauf an, welche Interessenlage am ehesten vergleichbar ist.

a) Regelungslücke

Die Regelungslücke besteht darin, dass für Verwaltungsakte, die sich bereits vor Klageerhebung erledigt haben, keine Klageart direkt zur Verfügung steht.

b) Planwidrigkeit der Regelungslücke

Wegen der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG ist die Regelungslücke auch planwidrig, denn die Klagemöglichkeit kann nicht davon abhängen, zu welchem – oft zufälligen – Zeitpunkt die Erledigung eintritt.¹⁸

¹⁵ Fechner, NVwZ 2000, 121 (126); Weber, BayVBl. 2003, 488 (493).

¹⁶ vgl. Göpfert, ThürVBl. 1999, 182 (183).

¹⁷ Zippelius, Juristische Methodenlehre, § 11 II, S. 68 ff.

¹⁸ BVerwGE 26, 161 (165); Gersdorf, Rn. 108; Ehlers, Jura 2001, 415 (418); Hellerbrand, JA 1995, 153 (153).

c) Vergleichbare Interessenlage

Fraglich ist, welche Interessenlage am ehesten vergleichbar ist. Das Fehlen der Anfechtungsmöglichkeit eines Verwaltungsaktes nach seiner Erledigung ist das wesentliche, den Rechtsschutz gemäß § 113 Abs. 1 S. 4 charakterisierende Tatbestandsmerkmal, so dass eine analoge Anwendung des § 113 Abs. 1 S. 4 zur Schließung der Rechtsschutzlücke in dem Fall geboten scheint, in dem dieses Tatbestandsmerkmal bei einer Erledigung vor Klageerhebung vorliegt.¹⁹ Ebenso könnte man aber argumentieren, dass das bloße Fehlen eines Rechtsverhältnisses²⁰ bzw. die Nichtigkeitsfeststellung als Feststellung einer Rechtswidrigkeit von besonders großem Ausmaß²¹ eine analoge Anwendung von § 43 Abs. 1 Alt. 1 bzw. Alt. 2 rechtfertigt. Eine vergleichbare Interessenlage ist damit in jedem Fall gegeben. Diese drängt sich jedoch beim bloß zeitlichen Auseinanderfallen i. R. d. § 113 Abs. 1 S. 4 analog stärker auf als bei der Annahme eines anderen Klagegegenstandes i. R. d. § 43 Abs. 1 Alt. 1 analog oder bei der Missachtung der Verschiedenartigkeit von Rechtswidrigkeit (§§ 45, 46 VwVfG) und Nichtigkeit (§ 44 VwVfG) i. R. d. § 43 Abs. 1 Alt. 2.²² Die bessere Vergleichbarkeit zeigt ebenso wie die exponierte Stellung des § 113 Abs. 1 S. 4, dass jener selbst für die Fälle der Erledigung eines Verwaltungsaktes vor Klageerhebung als spezielle Regelung für die Feststellung der Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsaktes gegenüber den anderen Klagearten vorrangig ist.

4. Fazit

Die Fortsetzungsfeststellungsklage gemäß § 113 Abs. 1 S. 4 analog ist nach wie vor die statthafte Klageart bei der Feststellung der Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsaktes, der sich bereits vor Klageerhebung erledigt hat. Zwar könnte auch die Feststellungsklage gemäß § 43 Abs. 1 Alt. 1 oder Alt. 2 analog herangezogen werden, hierfür besteht jedoch auf Grund der Fortsetzungsfeststellungsklage analog kein Bedürfnis. Die praktischen Konsequenzen sind indessen gering, da die Unterschiede der Sachurteilsvoraussetzungen bei (analogen) Feststellungs- und Fortsetzungsfeststellungsklagen immer mehr verschwimmen; so kann z. B. auch bei der Fortsetzungsfeststellungsklage ein Vorverfahren gemäß § 68 Abs. 1 S. 2 (analog) i. V. m. mit einer entsprechenden landesrechtlichen Regelung (z. B. § 8a Nds. AG VwGO [analog]) entbehrlich sein, und ebenso ist eine Klagefrist (§ 74) nach h. M.²³ nicht erforderlich. Dennoch bleibt – besonders in rechtsdogmatischer Hinsicht – zu hoffen, dass das Bundesverwaltungsgericht bei nächster Gelegenheit entweder zu seiner alten Linie zurückfindet oder sich zumindest eindeutig für eine (einzige) statthafte Klageart entscheidet.

¹⁹ *Erichsen*, Jura 1989, 49 (50); *W.-R. Schenke*, Jura 1980, 133 (140).

²⁰ BVerwGE 109, 203 (208); *Fechner*, NVwZ 2000, 121 (129).

²¹ *Finger*, VR 2004, 145 (149); *Weber*, BayVBl. 2003, 488 (494).

²² *Rozek*, JuS 2000, 1162 (1166).

²³ BVerwGE 109, 203 (207); VGH München, NVwZ-RR 1992, 218 (219); *Ehlers*, Jura 2001, 415 (422).