

## Die einseitige Erledigungserklärung im Verwaltungsprozeß\*

*Die einseitige Erledigungserklärung des Klägers ist in der Verwaltungsgerichtsordnung nicht geregelt. Einige neuere Entscheidungen des BVerwG geben Anlaß, noch einmal der Frage nachzugehen, unter welchen Voraussetzungen sich der Kläger im Bereich des Verwaltungsprozeßrechts durch einseitige Erledigungserklärung aus dem Prozeß zurückziehen kann. Der Beitrag kommt zu dem Ergebnis, daß dafür die ursprüngliche Zulässigkeit und Begründetheit der erhobenen Klage erforderlich ist.*

### I. Einleitung

Das Problem der einseitigen Erledigungserklärung gehört seit langem zu den besonders umstrittenen Themen der Prozeßrechtswissenschaft<sup>1</sup>. Immerhin scheint es so, daß für den Bereich der Zivilprozeßordnung mittlerweile zumindest hinsichtlich der Frage weitgehend Einigkeit herrscht, unter welchen Voraussetzungen einem einseitigen Erledigungsantrag des Klägers stattgegeben werden kann. Verlangt wird, daß eine Erledigung stattgefunden hat und daß weiterhin die ursprüngliche Klage im Augenblick des Eintritts des erledigenden Ereignisses zulässig und begründet war<sup>2</sup>.

Dem hat sich das BVerwG nicht angeschlossen. Es verfolgt vielmehr einen verwaltungsprozessualen Sonderweg. Trotz grundsätzlicher Einigkeit hierüber zeigen sich in der Rechtsprechung der *einzelnen Senate des Gerichts* in jüngerer Zeit verschiedene Auffassungen darüber, welche Voraussetzungen für eine einseitige Erledigungserklärung im Verwaltungsprozeß zu fordern sind. Die „traditionelle“ Linie wurde noch einmal vom 4. Senat mit Beschluß vom 13. 10. 1987<sup>3</sup> bestätigt. Danach ist Gegenstand der gerichtlichen Entscheidung bei der einseitigen Erledigungserklärung nur das klägerische Begehren, das Gericht möge feststellen, die Hauptsache sei erledigt; ob die Klage ursprünglich zulässig und begründet war, soll keine Rolle spielen<sup>4</sup>. Hingegen findet sich im Urteil

\* Zugleich Anm. zu BVerwG, Urt. v. 25. 4. 1989 – 9 C 61/88, NVwZ 1989, 862 = DÖV 1989, 1043.

1) S. Grunsky, Grundlagen des VerfahrensR, 1970, S. 95.

2) S. etwa BGH, NJW 1982, 767 = LM § 91 a ZPO Nr. 43; BGHZ 91, 126 (127) = NJW 1984, 1901 = LM § 840 ZPO Nr. 10; Thomas-Putze, ZPO, 15. Aufl. (1987), § 91 a Anm. 7; Hartmann, in: Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, ZPO, 45. Aufl. (1987), § 91 a Anm. 2 Da; Leipold, in: Stein-Jonas, ZPO, 20. Aufl. (1984), § 91 a Anm. 42f.; Vollkommer, in: Zöller, ZPO, 15. Aufl. (1987), § 91 a Rdnr. 40; Rosenberg-Schwab, ZivilprozeßR, 14. Aufl. (1986), § 133 III 4c, S. 830.

3) NVwZ-RR 1988, 56 = NJW 1989, 184 L = DÖV 1988, 224.

4) BVerwG, NVwZ-RR 1988, 56 = NJW 1989, 184 L = DÖV 1988, 224. Dies entspricht der lange Zeit st. Rspr., s. BVerwGE 20, 146 (150) = NJW 1965, 1035; BVerwGE 31, 318 (319f.) = NJW 1969, 1789; BVerwG, VerwRspr 26 (1973), 502 (504); BVerwGE 73, 312 (313). Dem schlossen

des 9. *Senats* vom 25. 4. 1989 eine – vorher mit Beschluß vom 6. 8. 1987<sup>5</sup> auch schon vom 3. *Senat* vertretene – abweichende Meinung. Ohne daß insoweit der Bruch mit der bisherigen Rechtsprechung deutlich gemacht würde, soll die mangelnde Zulässigkeit der (ursprünglichen) Klage das Gericht daran hindern, die Erledigung der Hauptsache auszusprechen<sup>6</sup>.

Aber nicht nur diese nicht aufeinander abgestimmten Judikate wecken Zweifel an der Richtigkeit der grundsätzlichen Position des *BVerwG*. Die Auffassung des *Gerichts* – sowohl in ihrer neuen als auch ihrer traditionellen Version – birgt für den Beklagten die Gefahr, bei einseitiger Erledigungserklärung des Klägers nach § 154 I VwGO die Kosten des Prozesses tragen zu müssen, obwohl die Klage von Beginn an unbegründet war. Dem möchte das *BVerwG* zwar teilweise dadurch entgegenreten, daß es der Beklagtenseite analog § 113 I 4 VwGO bei entsprechendem berechtigtem Interesse ein Recht auf eine Sachentscheidung einräumt<sup>7</sup>. Dadurch erreicht man zwar in vielen Fällen ein interessengerechtes Ergebnis. Es drängt sich allerdings die Frage auf, ob es nicht konsequenter wäre, auf die Analogie zu § 113 I 4 VwGO zu verzichten und von vornherein auch für den Bereich der Verwaltungsgerichtsordnung davon auszugehen, daß ein einseitiger Erledigungsantrag des Klägers nur dann Erfolg haben kann, wenn die Klage im Augenblick des erledigenden Ereignisses zulässig und begründet war<sup>8</sup>.

## II. Die dogmatische Einordnung der einseitigen Erledigungserklärung

### 1. Die Rechtsprechung der Zivilgerichte

Die prozessuale Situation, die zur Entwicklung des Instituts der „einseitigen Erledigungserklärung“ geführt hat, ist in Zivil- und Verwaltungsprozeß die gleiche: Nach erhobener Klage tritt ein Ereignis ein, von dem der Kläger behauptet, dadurch sei das Klagebegehren gegenstandslos geworden<sup>9</sup>. Um eine Abweisung der Klage als unzulässig (wegen mangelndem Rechtsschutzbedürfnis) oder zumindest als unbegründet zu entgehen, erklärt er die Klage für erledigt, während der Beklagte auf einer Klageabweisung beharrt.

Die dogmatische Einordnung einer solchen einseitigen Erledigungserklärung ist umstritten. Nach überwiegender Meinung ist sie aufzufassen als ein Antrag an das Gericht, die Erledigung der Hauptsache festzustellen<sup>10</sup>. Es handelt sich danach um eine regelmäßig zulässige Klageänderung in eine Feststellungsklage<sup>11</sup>. Ist die ursprüngliche Klage zulässig und begründet gewesen und zusätzlich Erledigung eingetreten, wird dem Feststellungsantrag durch Sachurteil stattgegeben; andernfalls wird er – ebenfalls durch Sachurteil – abgewiesen<sup>12</sup>.

Eine zweite Gruppe von Lösungsansätzen – ebenfalls für den Bereich der Zivilprozeßordnung – behandelt die einseitige Erledigungserklärung des Klägers als ein prozessuales Institut sui generis. Dabei zeigen sich im Detail erhebliche Unterschiede. Die einseitige Erledigungserklärung wird teilweise als „privilegierte Klagerücknahme“<sup>13</sup>, also als prozessuale Bewirkungshandlung verstanden<sup>14</sup>. Durch Urteil wird danach darüber entschieden, ob der Rechtsstreit in der Hauptsache durch die Erledigungserklärung beendet worden ist. Ein anderer Deutungsversuch besteht darin, von einer prozessualen Erwirkungshandlung auszugehen, durch die ein Zwischenstreit über die Frage der Erledigung in Gang gesetzt wird, über den – wie bei anderen Zwischenstreitigkeiten auch – durch Zwischen- oder im Endurteil entschieden wird<sup>15</sup>. Der *BGH* tendiert dazu, eine dogmatische Festlegung zu vermeiden<sup>16</sup>.

Unabhängig von diesem Einordnungsstreit ist man sich aber sehr weitgehend darüber einig, daß der Antrag auf Feststellung der Erledigung nur dann Erfolg hat, wenn die ursprüngliche Klage im Zeitpunkt des erledigenden Ereignisses zulässig und begründet war<sup>17</sup>. Diese Lösung entspricht den Parteiinteressen und vor allem den gesetzlichen Wertungen der Zivilprozeßordnung. § 269 III 2 und 3 ZPO sprechen gegen einen „kostenlosen“ Ausstieg des Klägers aus dem Prozeß

ohne Prüfung der Berechtigung seiner Klage, § 269 I ZPO gibt dem Beklagten nach mündlicher Verhandlung zur Hauptsache sogar einen Anspruch auf ein Sachurteil. Dem würde man nicht gerecht, wenn eine Beendigung des Prozesses mit negativer Kostenfolge für den Beklagten über eine einseitige Erledigungserklärung des Klägers auch dann möglich wäre, wenn die Klage z. Z. der Erledigung unzulässig oder unbegründet war.

### 2. Die Rechtsprechung des BVerwG

Den Befund, daß die dogmatische Einordnung der einseitigen Erledigungserklärung zumindest nach Auffassung der Rechtsprechung nicht Voraussetzung für eine Antwort auf die Frage nach ihren Voraussetzungen ist, bestätigt auch die Judikatur des *BVerwG*. So gibt es einige Äußerungen des *Gerichts*, die den Schluß nahelegen könnten, daß es einem Verständnis der einseitigen Erledigungserklärung als prozessuale Be- oder Erwirkungshandlung zuneigt<sup>18</sup>. Überwiegend bekennt sich das *BVerwG* aber – insoweit ohne ergebnismäßigen Unterschied – zur Klageänderungstheorie<sup>19</sup>. Bei der einseitigen Erledigungserklärung trete an die Stelle des durch

sich die Oberverwaltungsgerichte weitgehend an, s. *OVG Hamburg*, VerwRspr 20 (1969), 236 (238); *OVG Koblenz*, ZBR 1973, 109 (110); *OVG Saarlouis*, NJW 1978, 121. Ein Zulässigkeitsanfordernis, auf das nicht verzichtet werden sollte, war jedoch die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs, s. dazu ausf. unten III 2.

5) Buchholz 451.54 MStG Nr. 11, S. 3 (4).

6) *BVerwG*, NVwZ 1989, 862 = DÖV 1989, 1044.

7) *BVerwGE* 20, 146 (154) = NJW 1965, 1035; *BVerwGE* 34, 159 (160) = NJW 1970, 722; *BVerwG*, VerwRspr 26 (1975), 502 (504); *BVerwG*, Buchholz 310 § 161 VwGO, Nr. 69, S. 9 (13) = BayVBl 1987, 502 (504); Buchholz 310 § 113 VwGO Nr. 181, S. 11 (12). Zust. *Kopp*, VwGO, 8. Aufl. (1989), § 161 VwGO Rdnr. 25; *Redeker-v. Oertzen*, VwGO, 9. Aufl. (1988), § 107 Rdnr. 21.

8) Hierfür etwa *Köppel*, BayVBl 1979, 462; *Eyermann*, BayVBl 1982, 651.

9) Zum in der vorliegenden Untersuchung nicht näher behandelten Begriff der Erledigung im Verwaltungsprozeß s. *Schmitt-Glaeser*, VerwaltungsprozeßR, 9. Aufl. (1988), Rdnrn. 198 ff.; *Kopp* (o. Fußn. 7), § 113 Rdnr. 51; *Müller-Tochtermann*, VerwArch 53 (1962), 46 f. Zur Erledigung von Verwaltungsakten s. *Brandl*, BayVBl 1967, 82 (83).

10) *Thomas-Putzo* (o. Fußn. 2), § 91 a Anm. 7; *Vollkommer* (o. Fußn. 2), § 91 Fußn. 34.

11) *Thomas-Putzo* (o. Fußn. 2), § 91 a Anm. 7 und *Vollkommer* (o. Fußn. 2), § 91 Rdnr. 34. Anders z. T. die Rspr. des *BGH*, s. *Pietzner*, VerwArch 77 (1986), 302 m. w. Nachw.

12) Und zwar der geänderte, also der Feststellungsantrag, s. *Thomas-Putzo* (o. Fußn. 2), § 91 a Anm. 7; *Grunsky* (o. Fußn. 1), S. 97.

13) *Leipold* (o. Fußn. 2), § 91 a Rdnr. 39.

14) Hiergegen zur Recht *Rosenberg-Schwab* (o. Fußn. 2), § 133 III 1: Es widerspricht der Rechtsnatur einer Bewirkungshandlung, diese auf ihre Begründetheit hin zu überprüfen.

15) *Rosenberg-Schwab* (o. Fußn. 2), § 133 III 2, S. 828. So für den Verwaltungsprozeß auch *Pietzner*, VerwArch 77 (1986), 311, dann aber wohl doch anders *ders.*, S. 314. Für eine Deutung im Sinne einer prozessualen Erwirkungshandlung auch *Maetzel*, DÖV 1971, 613 (615) und *Weigert*, BayVBl 1974, 641.

16) Vgl. *BGH*, NJW 1982, 768 (769).

17) *BGH*, NJW 1982, 768 (769). Weiterhin *BGHZ* 91, 126 (127) = NJW 1984, 1901 = LM § 840 ZPO Nr. 10; *BGH*, NJW 1986, 588 f. S. im übrigen *Hartmann* (o. Fußn. 2), § 91 a Anm. 2 Da, m. w. Nachw. Nach der Klageänderungstheorie ist der Antrag auf Feststellung der Erledigung bei fehlender ursprünglicher Zulässigkeit oder Begründetheit abzuweisen, nach der „prozessualen“ Auffassung ist die Erledigungserklärung unwirksam und über die ursprüngliche Klage zu entscheiden.

18) S. *BVerwGE* 60, 328 (331) = NJW 1981, 699, wonach es für die „Wirksamkeit“ der Erledigungserklärung nicht darauf ankommen soll, ob die Klage ursprünglich zulässig und begründet war. Weiterhin *BVerwGE* 73, 312 (313), wonach die Erledigung im Verwaltungsprozeß unabhängig davon eintritt, ob der Antrag bis zum dem Ereignis, das ihn gegenstandslos gemacht hat, zulässig und begründet gewesen ist. Für ein „prozessuales“ Verständnis der einseitigen Erledigungserklärung auch *Müller-Tochtermann*, VerwArch 53 (1962), 56. Etwas unklar *BVerwG*, NVwZ 1989, 862 = DÖV 1989, 1043: Der Kläger begehre die „prozessuale“ Feststellung, daß sich der Rechtsstreit in der Hauptsache erledigt hat. Dies stelle der Sache nach eine Klageänderung dar.

19) Im Rahmen der weiteren Ausführungen wird deshalb grundsätzlich von der Klageänderungstheorie ausgegangen.

den ursprünglichen Klageantrag bestimmten bisherigen Streitgegenstandes der Streit um die Behauptung des Klägers, seinem Klagebegehren sei durch ein nachträgliches Ereignis die Grundlage entzogen worden<sup>20</sup>. Dies führt zu einem Urteil in der Sache, und zwar auch dann, wenn kein erledigendes Ereignis eingetreten ist, so daß der Antrag auf Feststellung der Erledigung abzuweisen ist<sup>21</sup>. Wird festgestellt, daß der Anspruch während des Rechtsstreits durch ein erledigendes Ereignis gegenstandslos geworden ist, sei – so das *BVerwG* – eine neue Klage mit demselben Anspruch nicht mehr zulässig<sup>22</sup>. Die einseitige Erledigungserklärung des Klägers ist somit eine kraft Gesetzes zulässige, besondere Form der Klageänderung<sup>23</sup>, und zwar in einen Antrag mit materiellrechtlichem Inhalt. Die Zulässigkeit des Übergangs zum Erledigungsantrag soll – dies hat das *BVerwG* in der Entscheidung vom 25. 4. 1989 noch einmal ausdrücklich ausgesprochen – nicht davon abhängen, ob die ursprüngliche Klage zulässig und begründet war<sup>24</sup>. Soweit dies doch relevant ist, handelt es sich konsequenterweise um eine Frage der *Begründetheit* des Erledigungsantrags<sup>25</sup>.

### III. Gesetzliche Vorgaben und Parteiinteressen für die Behandlung der einseitigen Erledigungserklärung im Verwaltungsprozeß

#### 1. Die Interessen des Beklagten bei einseitiger Erledigungserklärung

Nach der „traditionellen“ Auffassung des *BVerwG* war im Grundsatz weder eine Zulässigkeits- noch eine Begründetheitsprüfung nötig, damit der Kläger über die einseitige Erledigungserklärung aus dem Prozeß „aussteigen“ konnte<sup>26</sup>. Ein solcher Ansatz führt jedoch – die vom *BVerwG* selbst vorgenommenen Modifizierungen und Ergänzungen zeigen dies deutlich – zu einer erheblichen Vernachlässigung der Interessen des Beklagten<sup>27</sup>. Besonders evident ist dies dann, wenn kein Fall der Anfechtungsklage vorliegt, sondern etwa im Rahmen einer Verpflichtungsklage der Kläger das erledigende Ereignis selbst herbeiführt, beispielsweise indem er einen notwendigen Antrag zurücknimmt<sup>28</sup>. Damit umgeht er möglicherweise den Schutz, den § 92 I 2 VwGO dem Beklagten vermittelt, auf jeden Fall aber die Kostentragungspflicht bei Klagerücknahme nach § 155 II VwGO. Desweiteren ist denkbar, daß der Beklagte schon erheblich in den Prozeß „investiert“ hat und damit rechnen muß, daß der Streit mit dem Kläger sich bei passender Gelegenheit wiederholt. Die Rechtskraft des Urteils, das die Erledigung feststellt, hilft in solchen Fällen wenig weiter. Ist Prüfungsgegenstand für die Feststellung der Erledigung nur die Frage, ob die Sache tatsächlich erledigt ist, dann bezieht sich die Rechtskraft des Urteils auch nur hierauf. Stellt der Kläger beispielsweise einen neuen Antrag, ist dies ein neuer Streitgegenstand.

Zu überlegen ist immerhin, ob nicht die Interessen des Beklagten dadurch hinreichend gewahrt sind, daß er durch seinerseitige Erledigungserklärung und dem damit verbundenen rückwirkenden Wegfall der Rechtshängigkeit einen erlassenen Verwaltungsakt – etwa die Ablehnung der Erteilung einer Baugenehmigung – bestandskräftig werden läßt<sup>29</sup>. Die Behörde trägt dann aber zum einen das Kostenrisiko nach § 161 II VwGO. Sie ist nicht davor geschützt, daß das Gericht ihr anteilig Kosten auferlegt, wenn nach dem bisherigen Prozeßstand noch nicht erkennbar war, daß der Kläger unterliegen würde.

Verstärkt wird diese Gefahr dadurch, daß die Entscheidung nach § 161 II VwGO nicht anfechtbar ist (Art. II § 8 S. 1 EntlastG).

Vor allem aber erkennt das *BVerwG* Verwaltungsakten nur eine im Vergleich mit Urteilen abgestufte Bestandskraft zu<sup>30</sup>. Wichtig ist dies gerade im Bereich des Baurechts. Auch dann,

wenn ein Antrag auf Baugenehmigung bestandskräftig abgelehnt worden ist, bleibt nach Auffassung des *BVerwG* die Behörde verpflichtet, einen neuen, inhaltlich identischen Antrag sachlich zu prüfen<sup>31</sup>. Das soll aus der Eigentumsgarantie des Art. 14 GG folgen und gilt solange, wie keine gerichtliche Entscheidung über die materielle Rechtmäßigkeit des Vorhabens vorliegt<sup>32</sup>.

Gegen diese Rechtsprechung des *BVerwG* mag einiges sprechen<sup>33</sup>. Solange sie nicht wieder aufgegeben wird, kann sich aber eine beklagte Behörde bei bestandskräftig werden belastenden Verwaltungsakten auf keine fest umrissene materielle Bindungswirkung verlassen<sup>34</sup>, vor allem nicht auf eine solche, die der eines rechtskräftigen Urteils entspricht. Die Zustimmung zur Erledigungserklärung eines Klägers ist deshalb keine gleichwertige Alternative für die gerichtliche Feststellung der Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts. Eine Vernachlässigung der Interessen des Beklagten bei der einseitigen Erledigungserklärung läßt sich somit nicht mit dem Hinweis darauf rechtfertigen, daß dieser sich der Erledigungserklärung anschließen könne.

#### 2. Einseitige Erledigungserklärung und Zulässigkeitsprüfung

Wendet man also die „reine Lehre“ an und verzichtet auf eine Zulässigkeits- und Begründetheitsprüfung, so kommt es zu einer unangemessenen Verkürzung der Interessen des Beklagten. Das *BVerwG* hat deshalb schon in der ersten grundlegenden Entscheidung Abstriche an der Auffassung ge-

20) *BVerwGE* 31, 318 (319) = NJW 1969, 1789. Ebenso auch die Rspr. des VGH München, BayVBl 1973, 156; BayVBl 1975, 476 (477); BayVBl 1988, 48.

21) Kopp (o. Fußn. 7), § 161 Rdnr. 22; zumindest teilweise anders Pietzner, VerwArch 77 (1986), 311, wie hier dann aber *ders.*, S. 314.

22) *BVerwGE* 20, 146 (152) = NJW 1965, 1035.

23) *BVerwGE* 34, 159 (160) = NJW 1970, 722; *BVerwG*, NVwZ-RR 1988, 56 = NJW 1989, 184 L = DÖV 1988, 224; *BVerwG*, Buchholz 310 § 161 VwGO Nr. 79, S. 3 (5); *BVerwG*, NVwZ 1989, 862 = DÖV 1989, 1043 f. Zust. etwa Schmitt-Glaeser (o. Fußn. 9), Rdnr. 709. Nicht zur Klageänderungstheorie paßt es aber, wenn Schmitt-Glaeser davon ausgeht, daß im Fall der ursprünglichen Unzulässigkeit bzw. Unbegründetheit der Klage ein Prozeß- bzw. Sachurteil zu erlassen ist (s. *dieser*, Rdnr. 712). Geht man von der Klageänderungstheorie aus, ergeht Sachurteil über den Erledigungsantrag (ausf. u. III 2). Die Auffassung von Schmitt-Glaeser paßt nur zur prozessualen Deutung der einseitigen Erledigungserklärung, vgl. Leipold (o. Fußn. 2), § 91 a Rdnr. 42.

24) *BVerwG*, NVwZ 1989, 862 = DÖV 1989, 1043 (1044).

25) *BVerwG*, NVwZ 1989, 862 = DÖV 1989, 1043, jeweils Leitsatz 2: Die sachliche Berechtigung der Klage sei ein ausnahmsweise geltendes Erfordernis der Begründetheit des Erledigungsfeststellungsantrages.

26) Nachw. o. Fußn. 4.

27) Anders etwa Schmidt, DÖV 1984, 625; Pietzner, VerwArch 77 (1986), 307; Steiger, BaWüVPr 1980, 247. Hiergegen zu Recht Köppl, BayVBl 1979, 461: Die Erledigung der Hauptsache drängt den Beklagten in eine schlechtere prozessuale Stellung; Eyer mann, BayVBl 1982, 651 f.; Hartmann (o. Fußn. 2), § 91 a Anm. 2 Da; Weigert, BayVBl 1974, 641.

28) Das OVG Lüneburg, NVwZ 1985, 431, hat versucht, der beklagten Behörde dadurch zu helfen, daß es den Antrag unter Berufung auf § 92 VwGO für nicht rücknehmbar angesehen hat. Die Frage, ob und inwieweit ein Antrag zurückgenommen werden kann, richtet sich aber nach dem einschlägigen Verwaltungsverfahrenrecht, nicht nach der prozessualen Situation. So auch *BVerwG*, NVwZ 1989, 860 (861).

29) So Schmidt, DÖV 1984, 625.

30) *BVerwGE* 48, 271 (274) = NJW 1976, 340; auch schon *BVerwGE* 26, 161 (167): „Eine solche Feststellung der Verwaltungsbehörde hätte ... geringeres Gewicht als eine entsprechende rechtskräftige Verwaltungsgerichtsentscheidung.“ S. weiterhin Kopp, DVBl 1983, 398.

31) *BVerwGE* 48, 271 (274) = NJW 1976, 340.

32) *BVerwGE* 48, 271 (277) = NJW 1976, 340. Zust. Weiß, DÖV 1976, 60 ff., sowie – wenn auch nur im Ergebnis – Ortloff, NJW 1987, 1665 (1670), *ders.*, in: Finkelnburg-Ortloff, Öffentliches BauR II, S. 76: Die materielle Illegalität des Vorhabens werde im Versagungsbescheid nicht verbindlich festgestellt.

33) S. die Kritik von Kopp, DVBl 1983, 398; Ipsen, Die Verwaltung (17) 1984, 191; Erichsen-Knocke, NVwZ 1983, 192; Drexelius, NJW 1976, 818.

34) Krebs, VerwArch 67 (1976), 415.

macht, auf Zulässigkeit und Begründetheit der ursprünglichen Klage käme es nicht an. So dürfe die Erledigung der Hauptsache nur dann festgestellt werden, wenn für die ursprüngliche Klage der Verwaltungsrechtsweg gegeben war<sup>35</sup>.

Die genaue Bedeutung dieser Einschränkung ist jedoch nicht ganz erklärlich<sup>36</sup>. Ihr scheint die Vorstellung zugrunde zu liegen, daß dann, wenn ursprünglich der Verwaltungsrechtsweg nicht eröffnet war, das Verwaltungsgericht auch nicht über die Erledigung entscheiden dürfe. Dies paßt aber nicht zu der auch vom *BVerwG* weitgehend vertretenen Auffassung, wonach es sich bei der einseitigen Erledigungserklärung um eine Klageänderung handeln soll. In die Zulässigkeitsprüfung gehört im Falle einer Klageänderung nur deren Zulässigkeit und die Zulässigkeit des neuen Antrags<sup>37</sup>. Nur dann, wenn die Klageänderung nicht in erster Instanz stattfindet, muß weiterhin geprüft werden, ob der Devolutiveffekt eingetreten ist, das Rechtsmittel also wirksam eingelegt wurde<sup>38</sup>. Ob aber der ursprüngliche Antrag zulässig war, spielt schon deshalb keine Rolle, weil dieser bei zulässiger Klageänderung nicht mehr rechtshängig ist<sup>39</sup>.

Entscheidend ist also zunächst nur, ob für den neuen, also den Antrag auf Feststellung der Erledigung der Verwaltungsrechtsweg gegeben ist. Selbst dann, wenn für die ursprüngliche Klage der Verwaltungsrechtsweg nicht gegeben war, ist aber für den Erledigungsantrag das Gericht zuständig, bei dem die Sache rechtshängig ist. Gleiches muß dann gelten, wenn das angerufene Gericht örtlich oder sachlich unzuständig gewesen ist. Jede andere Lösung wäre ausgesprochen prozeßunökonomisch. Es müßte sonst möglicherweise der Erledigungsstreit an das Zivilgericht oder an ein anderes Verwaltungsgericht verwiesen werden, damit dieses feststellen kann, ob das Verfahren vor dem zunächst angegangenen Verwaltungsgericht erledigt ist. Weiterhin bliebe unberücksichtigt, daß der Übergang zur einseitigen Erledigungserklärung nicht irgendeine Klageänderung ist. Sie hat vielmehr eine stark innerprozessuale Zielrichtung. Dies zeigen die dogmatisch ja keinesfalls von der Hand zu weisen Versuche der Einordnung als prozessuale Be- oder Erwirkungshandlung<sup>40</sup>. Zuständiges Gericht für die Feststellung, ob Erledigung eingetreten ist, ist deshalb das Gericht, bei dem die Klage anhängig ist.

Falls nun die Erledigung der Hauptsache – so die Auffassung des *BVerwG* – nur festgestellt werden kann, wenn der Verwaltungsrechtsweg gegeben ist, dann handelt es sich dabei um ein Erfordernis der *Begründetheit* des Erledigungsantrags, denn es geht weder um eine Frage der Zulässigkeit der Klageänderung noch der Zulässigkeit des Antrags auf Feststellung der Erledigung. Die eine Zulässigkeitsvoraussetzung der ursprünglichen Klage – nämlich der Verwaltungsrechtsweg – soll also für die Begründetheitsprüfung eine Rolle spielen, die anderen aber nicht. Begründen läßt sich dies wohl nur damit, daß der Beklagte nicht die Kosten tragen soll, wenn für die (ursprüngliche) Klage nicht einmal der Rechtsweg gegeben war. Dann wird man aber die Frage stellen müssen, ob nicht diese Bewertung der Parteiinteressen für *alle* Zulässigkeitsvoraussetzungen gelten muß.

### 3. Einseitige Erledigungserklärung und Begründetheitsprüfung

Aber auch hinsichtlich der Prüfung der Begründetheit des ursprünglichen Antrags hat das *BVerwG* – wie schon ausgeführt (oben I) – von Anfang an konzediert, daß die Interessen des Beklagten hieran nicht völlig außer Betracht bleiben dürfen. Das *Gericht* hat damit den mit seiner grundsätzlichen Ausgangsposition möglicherweise verbundenen Arbeitserleichterungseffekt (vor allem keine Prüfung der Begründetheit, wenn es dem Kläger „nur“ noch um die Kosten geht) wieder kompensiert und die Entscheidung über eine einseitige Erledigungserklärung erheblich verkompliziert. Der Beklagte habe – so das *BVerwG* – einen Anspruch auf eine Sachentscheidung über das ursprüngliche Klagebegehren, wenn er

hierfür analog § 113 I 4 VwGO ein schutzwürdiges Interesse geltend machen könne<sup>41</sup>. Der Prüfungsmaßstab für die Feststellung der Erledigung richtet sich damit danach, ob der Beklagte ein besonderes Interesse geltend machen kann<sup>42</sup>.

Dieser Weg zur angemessenen Berücksichtigung der Interessen des Beklagten überzeugt jedoch nicht. Das gilt sowohl für die These, die Zulässigkeit der ursprünglichen Klage sei eine Voraussetzung für den Erfolg einer einseitigen Erledigungserklärung, die Begründetheit aber nicht, als auch für die Ansicht, kumulativ oder alternativ hierzu doch bei berechtigten Interessen des Beklagten zu einer Begründetheitsprüfung zu gelangen. Es ist nicht einsichtig, daß – nach der „traditionellen“ Linie in der Rechtsprechung des *BVerwG* und entgegen den neueren Entscheidungen von 3. und 9. Senat<sup>43</sup> – für die Begründetheit des Erledigungsfeststellungsantrags das eine Zulässigkeitserfordernis des ursprünglichen Antrags (z. B. der Verwaltungsrechtsweg) eine Rolle spielt, die anderen aber nicht. Genausowenig erscheint es richtig, für die Feststellung der Erledigung die Zulässigkeit des ursprünglichen Antrags zu verlangen, nicht aber seine Begründetheit. So spielen im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung materiellrechtliche Fragen durchaus eine Rolle. Dies zeigt vor allem die Vorschrift des § 42 II VwGO als Zulässigkeitserfordernis für Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen. Die Frage, ob eigene Rechte geltend gemacht werden, ist ein (begrenzter) Vorgriff auf die Prüfung der Begründetheit, nämlich auf das Erfordernis „in seinen Rechten verletzt“ in § 113 I 1 und IV 1 VwGO. Damit käme es aber dazu, daß ein Teil der Begründetheitsfragen des ursprünglichen Antrags ein Erfordernis für die Feststellung der Erledigung ist, ein anderer aber nicht, ohne daß in irgendeiner Weise einleuchtet, warum dies so sein soll.

Wie ein verzweifelter Versuch der Befreiung aus einer selbst verpaßten dogmatischen Zwangsjacke mutet schließlich der Versuch an, bei entsprechendem Interesse des Beklagten durch eine Analogie zu § 113 I 4 VwGO doch zu einer Begründetheitsprüfung zu kommen. Diese Auffassung noch mit anerkannten Grundsätzen des Verwaltungsprozesses zu vereinbaren, fällt schwer<sup>44</sup>. Die Annahme eines Verstoßes gegen § 89 II VwGO, also das Verbot der Widerklage bei Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen<sup>45</sup>, überzeugt jedoch nur teilweise. Richtig ist zwar, daß die Rechtsprechung des *BVerwG* auf die Annahme einer Widerklage des Beklagten hinausläuft, ohne daß eine solche erhoben ist. Nur hieraus lassen sich allerdings Bedenken erheben. § 89 II VwGO sollte hingegen nicht extensiv auf die Widerklage gegen eine einseitige Erledigungserklärung angewendet werden. Zum einen handelt es sich bei der einseitigen Erledigungserklärung der Sache nach um eine Feststellungsklage. Des weiteren beruht die

35) *BVerwGE* 20, 155.

36) Anders wohl *OVG Saarlouis*, NJW 1978, 121: „Überzeugend begründete Rechtsprechung“.

37) S. auch *Renck*, BayVBl 1973, 431.

38) *BVerwGE* 34, 159 (161) = NJW 1970, 722; *VGH München*, BayVBl 1985, 22.

39) So auch *VGH Mannheim*, NVwZ-RR 1989, 443 (444); *Pietzner*, *VerwArch* 77 (1986), 317. Unrichtig die Argumentation von *Schmidt*, *DÖV* 1984, 624, der meint, eine ursprünglich unzulässige Klage werde nicht dadurch zulässig, daß der Kläger den Erledigungsantrag stelle. Die ursprüngliche Klage braucht aber gar nicht „zulässig werden“, denn es liegt ein neuer Antrag mit neuem Streitgegenstand vor.

40) S. o. II 1. Noch weitergehend wird sogar für die zweiseitige Erledigungserklärung verlangt, daß Verwaltungsrechtsweg sowie örtliche und sachliche Zuständigkeit gegeben sind, s. *Schmitt-Glaeser* (o. FuBn. 9), Rdnr. 708; *Pietzner-Ronellenfisch*, *Das Assessorexamen im Öffentlichen Recht*, 6. Aufl. (1987), § 10 III Rdnr. 15, S. 121; *Renck*, BayVBl 1973, 431. Überzeugend ist dies nicht. „Zuständiges Gericht“ für die Entscheidung nach § 161 II VwGO, ist dasjenige, bei dem die Sache anhängig ist. Daher geht auch der Hinweis auf Art. 101 I GG – Garantie des gesetzlichen Richters – (s. *Renck*, S. 431) ins Leere. Wie hier *Schmidt*, *DÖV* 1984, 624.

41) Nachw. o. FuBn. 7.

42) *BVerwG*, NVwZ 1989, 862.

43) S. ausf. o. I.

44) Sehr krit. auch *Pietzner*, *VerwArch* 77 (1986), 319ff.; weiterhin *Eyermann*, BayVBl 1982, 861.

45) So *Pietzner*, *VerwArch* 77 (1986), 321.

Regelung des § 89 II VwGO darauf, daß der Gesetzgeber der Verwaltungsgerichtsordnung eine Klage – hier in der Gestalt einer Widerklage – durch einen zum Erlaß von Verwaltungsakten befugten Hoheits-träger als „wesensfremd“ ansah, da ein Subordinationsverhältnis vorliege<sup>46</sup>. Diese Begründung ist heute überholt. Die Rechtsprechung hat anerkannt, daß ein Hoheitssträger Klage gegen einen Bürger auch im Subordinationsverhältnis erheben kann, wenn damit zu rechnen ist, daß gegen einen Verwaltungsakt ohnehin Rechtsmittel eingelegt werden<sup>47</sup>. Geht es um die Klärung eines Rechtsstreits, mit dem das Gericht – wenn auch mit umgekehrten prozessualen Rollen – schon befaßt ist, kann nichts anderes gelten. Insofern besteht kein Grund, § 89 II VwGO über seinen durch den Wortlaut bestimmten Anwendungsbereich hinaus auf eine Widerklage gegen einen einseitigen Erledigungsantrag anzuwenden. Aus seinem Rechtsgedanken läßt sich deshalb auch nichts gegen die Auffassung des *BVerwG* herleiten, bei berechtigtem Interesse des Beklagten die Begründetheit der erhobenen Klage zu überprüfen.

Die Rechtsprechung des *BVerwG* widerspricht aber dem Antragsgrundsatz des § 88 VwGO<sup>48</sup>. Das Gericht darf – solange der Beklagte keine Widerklage erhebt – nur über das entscheiden, was der Kläger entschieden haben will<sup>49</sup>. Es kann also nur darum gehen, welchen konkreten Feststellungsgehalt man dem einseitigen Erledigungsantrag des Klägers entnimmt<sup>50</sup>. Stellt der Kläger einen zulässigen Antrag, so hat das Gericht hierüber zu entscheiden. Da der Kläger in der Regel nur eine „Erledigungserklärung“ abgibt, also nicht präzisiert, ob er nur den Eintritt des erledigenden Ereignisses oder auch Zulässigkeit und Begründetheit der ursprünglichen Klage festgestellt haben will, ist davon auszugehen, daß der Kläger den Antrag stellen wollte, der im konkreten Fall zulässig ist. Dies ist die Stelle, an der das *BVerwG* die Belange des Beklagten berücksichtigen könnte. Bestehen für ihn berechnete Interessen an einer Prüfung der Begründetheit, und will der Kläger nur eine Entscheidung über die Tatsache der Erledigung, so ist die Zulässigkeit einer Klageänderung zu verneinen<sup>51</sup>. Nichts zwingt zu der Annahme, eine Klageänderung in eine Feststellungsklage sei stets auch ohne Rücksicht auf die Interessen des Beklagten möglich. Vielmehr ist in § 91 I VwGO grundsätzlich ein Schutz des Beklagten angelegt, § 264 Nr. 2<sup>52</sup> oder Nr. 3<sup>53</sup> ZPO gilt über § 173 VwGO nur insoweit, wie damit kein Widerspruch zu den Bestimmungen der Verwaltungsgerichtsordnung entsteht.

Zumindest der 8. Senat des *BVerwG* scheint im übrigen einem solchen Verständnis durchaus zuzuneigen. In einem Urteil vom 18. 4. 1986 spricht er davon, daß es dem Kläger bei entsprechend berechtigtem Interesse des Beklagten verwehrt sei, den Sachantrag „fallenzulassen“<sup>54</sup>, der Beklagte könne dem „Übergang auf den Erledigungsfeststellungsantrag widersprechen“<sup>55</sup>. Diese Äußerungen deuten wohl darauf hin, daß der Übergang vom ursprünglichen auf den Feststellungsantrag, also die Klageänderung unzulässig sein soll, nicht hingegen darauf, daß sich der Prüfungsmaßstab für den Erledigungsfeststellungsantrag danach richtet, ob der Beklagte ein entsprechendes Interesse an einer Überprüfung der Begründetheit hat, wovon die übrige Rechtsprechung des *BVerwG* ausgeht<sup>56</sup>. Folgt man dem Ansatz des 8. Senats, dann muß der Kläger bei berechtigtem Interesse des Beklagten an einer Sachentscheidung – soweit er ohne Kostenpflicht aus dem Prozeß herauskommen will – zur Fortsetzungsfeststellungsklage nach § 113 I 4 VwGO übergehen, wenn dafür die Voraussetzungen vorliegen. Das vor allem problematische Feststellungsinteresse ergibt sich für den Kläger vielfach aus dem Aspekt der Wiederholungsfahr, vor allem, wenn die beklagte Behörde deshalb die Erledigungserklärung verweigert, weil sie mit der rechtskräftigen Feststellung der Rechtmäßigkeit ihres Verhaltens für weitere Fälle gegen den Kläger gewappnet sein will<sup>57</sup>.

Die vorherrschende Linie in der Rechtsprechung des *BVerwG*, wonach der Maßstab für die Begründetheitsprü-

fung danach variiert, welches Interesse der Beklagte geltend machen kann, dient letztlich dazu, unangemessene Großzügigkeit bei der Prüfung der Zulässigkeit der Klageänderung in der Begründetheitsstation wieder zu kompensieren. Dies ist systemwidrig. Die Prüfung der Begründetheit eines zulässigerweise gestellten Antrags richtet sich nach dem geltenden Recht, nicht nach dem Interesse des Beklagten an der vollständigen oder teilweisen Berücksichtigung seiner Belange.

#### IV. Einseitige Erledigungserklärung und § 113 I 4 VwGO

Die den Parteiinteressen gerecht werdende Lösung für die einseitige Erledigungserklärung des Klägers besteht auch im Verwaltungsprozeß darin, einem solchen Antrag nur dann stattzugeben, wenn die ursprüngliche Klage im Augenblick der Erledigung zulässig und begründet war<sup>58</sup>. Das zeigen die Wege und Umwege, auf denen auch das *BVerwG* die Belange des Beklagten berücksichtigen will, sowie Versuche, ihnen durch Anwendung der flexibleren Kostenbestimmung des § 161 II VwGO (statt § 154 I VwGO) Rechnung zu tragen<sup>59</sup>, oder die einseitige Erledigungserklärung unter Umständen als „verschleierte Klagerücknahme“ zu verstehen<sup>60</sup>. Zu untersuchen bleibt, ob Bestimmungen der Verwaltungsgerichtsordnung die Interessen von Kläger und Beklagtem anders bewerten, als dies bei den bisherigen Erwägungen zugrunde gelegt wurde.

Die Verwaltungsgerichtsordnung sieht grundsätzlich zwei Wege vor, wie nach einem erledigenden Ereignis das Verfahren fortgesetzt werden kann: die Fortsetzungsfeststellungsklage nach § 113 I 4 VwGO und die beiderseitige Erledigungserklärung nach § 161 II VwGO. Daß damit eine Regelungslücke besteht, ist offensichtlich, und zwar in dem Fall, daß für den Kläger die Voraussetzungen eines Übergangs zur Fortsetzungsfeststellungsklage nicht vorliegen, der Beklagte

46) BT-Dr III/55, S. 41 zu § 90.

47) *BVerwGE* 28, 153 (154); 29, 166 (172) = NJW 1968, 1251; *BVerwG*, NJW 1980, 852 = DVBl 1980, 294; *OVG Münster*, DÖV 1983, 428.

48) So auch *Pietzner*, *VerwArch* 77 (1986), 321.

49) Anders etwa *VGH Mannheim*, NVwZ-RR 1989, 445 (446): Das Vorbringen des Beklagten nötige nicht dazu, den Feststellungsantrag des Klägers zu übergehen und statt dessen über den ursprünglichen Klageabweisungsantrag des Beklagten zu entscheiden.

50) So im Grundsatz auch das *BVerwGE* 20, 150 = NJW 1965, 1035.

51) So *Köppel*, BayVBl 1979, 461; *Pietzner*, *VerwArch* 77 (1986), 323. Denkbar wäre es auch zu bestreiten, daß in solchen Fällen ein Feststellungsinteresse besteht, oder überhaupt in Abrede zu stellen, daß ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis bei der Beschränkung auf die reine Erledigungsfrage vorliegt. Diese Gedanken sollen hier aber nicht weiterverfolgt werden.

52) Hierfür etwa *Vollkommer* (o. Fußn. 2), § 91 a Rdnr. 34.

53) Hierfür *VGH Mannheim*, NVwZ-RR 1989, 443 (444).

54) *Buchholz* 310 § 161 VwGO Nr. 69, S. 9 (14). In eine ähnliche Richtung gehen auch die Ausführungen des *VGH Mannheim*, NVwZ-RR 1989, 443 (444).

55) *BVerwG*, *Buchholz* 310 § 161 VwGO Nr. 69, S. 9.

56) So deutlich vor allem *BVerwG*, NVwZ 1989, 862 = DÖV 1989, 1043, Leitsatz 2.

57) Ein gutes Beispiel bildet der Sachverhalt der Entscheidung des *BVerwG* v. 18. 4. 1986, *Buchholz* 310.161 VwGO Nr. 69, S. 9f.

58) Hierfür auch *Köppel*, BayVBl 1979, 462; *Eyermann*, BayVBl 1982, 651.

59) *Ule*, *VerwaltungsprozeßR*, 9. Aufl. (1987), § 45 I 1, S. 254; *Kopp* (o. Fußn. 7), § 161 Rdnr. 20 m. w. Nachw.; *OVG Hamburg*, *VerwRspr* 20 (1969), 236 (237); NJW 1977, 1356; *BVerwGE* 20, 153 = NJW 1965, 1035; *Müller-Tochtermann*, *VerwArch* 53 (1962), 60f. Dies ist aber systemwidrig, so zutreffend *VGH München*, BayVBl 1973, 108f.; BayVBl 1988, 48 (49); *OVG Saarlouis*, NJW 1978, 121; *Maetzel*, DÖV 1971, 616; *Schmidt*, DÖV 1984, 616.

60) *Kopp* (o. Fußn. 7), § 161 Rdnr. 20 m. w. Nachw. Hiergegen zu Recht *BVerwG*, NVwZ 1989, 861; *VGH München*, BayVBl 1975, 476 (477); *Pietzner*, *VerwArch* 77 (1986), 313; *Schmidt*, DÖV 1984, 625f.: Prozeßhandlungen können nicht gegen den erklärten Willen der Parteien ausgelegt werden.

aber seinerseits sich der Erledigungserklärung nicht anschließt<sup>61</sup>. Es bleibt die Frage, was mit einer einseitig gebliebenen Erledigungserklärung des Klägers zu geschehen hat. Das maßgebliche Hindernis dafür, generell die Prüfung von Zulässigkeit und Begründetheit für den Erfolg einer einseitigen Erledigungserklärung zu verlangen, sieht das *BVerwG* in § 113 I 4 VwGO. Diese Vorschrift deutet darauf hin, daß die einfache Erklärung des Klägers, der Rechtsstreits sei erledigt, nicht dazu führe, daß nunmehr das ursprüngliche Klagebegehren auf Zulässigkeit und Begründetheit geprüft werden müsse<sup>62</sup>.

Hinsichtlich der Auffassung, in § 113 I 4 VwGO die entscheidende Bestimmung für die Lösung des Problems der einseitigen Erledigungserklärung zu sehen, ist dem *BVerwG* zunächst zuzustimmen. Zwar gibt es noch eine Reihe anderer Vorschriften, die das Verhältnis zwischen Kläger und Beklagtem anders ausgestalten, als dies nach der Zivilprozeßordnung geschehen ist<sup>63</sup>. Den einzigen wirklich wesentlichen Unterschied enthält aber § 113 I 4 VwGO. Jeder Lösungsvorschlag für das Institut der einseitigen Erledigungserklärung, der zur Einführung einer Fortsetzungsfeststellungsklage und damit zu einem Anspruch des Klägers auf Feststellung eines erledigten Verwaltungsaktes an den Voraussetzungen des § 113 I 4 VwGO<sup>64</sup> vorbei führt, fügt sich in das System der Verwaltungsgerichtsordnung nicht ein.

Nach der bisherigen Entwicklung von Rechtsprechung und Lehre ist es gleichwohl nicht überzeugend, in der Frage der Überprüfung von Zulässigkeit und vor allem Begründetheit der ursprünglichen Klage das entscheidende Charakteristikum der Fortsetzungsfeststellungsklage zu sehen, das ein entsprechendes Vorgehen bei der einseitigen Erledigungserklärung verbietet. Ein erster – zunächst naheliegender – Einwand erweist sich jedoch nicht als stichhaltig: Zwar gehört der Prüfung die Zulässigkeit der ursprünglichen Klage bei der einseitig gebliebenen Erledigungserklärung in die Frage der Begründetheit des Antrags, während sie bei der Fortsetzungsfeststellungsklage als Zulässigkeitsvoraussetzung angesehen wird<sup>65</sup>. Wesensmäßige Unterschiede dürften sich aber daraus nicht ableiten lassen, zumal sich eine solche Sicht der Zulässigkeitsvoraussetzungen einer Fortsetzungsfeststellungsklage die Rechtsprechung des *BVerwG* nicht ganz widerspruchsfrei erschließt<sup>66</sup>.

Um die Besonderheit der Fortsetzungsfeststellungsklage im Gegensatz zur einseitigen Erledigungserklärung herauszuarbeiten, muß man sich vielmehr vergegenwärtigen, daß die einseitige Erledigungserklärung des Klägers zur Annahme einer Feststellungsklage führt (siehe oben II 2). Es gilt damit für das Verhältnis beider Rechtsinstitute zueinander das, was das *BVerwG* für das Verhältnis zu § 43 VwGO ausgesprochen hat: § 113 I 4 VwGO führt zu einer Verminderung der Anforderungen an das Feststellungsinteresse<sup>67</sup>. Es handelt sich somit um ein *Privileg* für den Kläger. Damit überzeugt die Rechtsprechung des *BVerwG* zur einseitigen Erledigungserklärung auch aus dieser Sicht nicht. Das *BVerwG* versteht § 113 I 4 VwGO – soweit es um die einseitige Erledigungserklärung geht – dahingehend, daß dort eine „Hürde“ für den Kläger errichtet wird, wenn dieser die ursprüngliche Zulässigkeit und Begründetheit seiner Klage und damit die Rechtswidrigkeit eines erledigten Verwaltungsaktes überprüft haben will. Vollkommen ungereimt ist es dann, daraus, daß der Kläger nicht gewillt oder nicht fähig ist, einen Fortsetzungsfeststellungsantrag zu stellen, dem Beklagten einen Nachteil zukommen zu lassen, indem ihm auch bei ursprünglicher Unzulässigkeit oder Unbegründetheit die Kosten auferlegt werden. Richtig – und mit der übrigen Rechtsprechung des *BVerwG* in Einklang stehend – wäre es, § 113 I 4 VwGO auch als Privileg des Klägers anzuwenden: Dieser kann im Bereich der Fortsetzungsfeststellungsklage die Rechtsverletzung durch einen Akt der öffentlichen Gewalt feststellen lassen,

wenn sich dies nach sonstigen Grundsätzen nicht erreichen ließe.

Diese Privilegierung durch den § 113 I 4 VwGO äußert sich in zwei Formen. Zum einen ermöglicht die Fortsetzungsfeststellungsklage die Überprüfung eines erledigten Verwaltungsaktes auch dann, wenn die Erledigung vor Klageerhebung eingetreten ist<sup>68</sup>. Zum zweiten – und dies kennzeichnet in besonderer Weise den Unterschied zur einseitig gebliebenen Erledigungserklärung – kann der Kläger bei der Fortsetzungsfeststellungsklage eine Überprüfung der Rechtmäßigkeit des angegriffenen Verwaltungsaktes erreichen, und zwar unabhängig davon, ob die beklagte Behörde dies will oder nicht. Hingegen gibt es keinen nur als einseitig gewollten und auch als einseitig durchsetzbaren Erledigungsantrag des Klägers<sup>69</sup>. Ein entsprechender Feststellungsantrag wäre unzulässig, wenn der Beklagte ebenfalls für erledigt erklären will. § 161 II VwGO sieht in solchen Fällen nur noch eine nach billigem Ermessen zu treffenden Kostenentscheidung vor. Es mangelt deshalb am Feststellungsinteresse (§ 43 I VwGO)<sup>70</sup>.

Für ein solches Verständnis des Verhältnisses von § 113 I 4 VwGO und einseitiger Erledigungserklärung spricht, daß die Verwaltungsgerichtsordnung das Instrument der Fortsetzungsfeststellungsklage zunächst nur für den Bereich der Anfechtungsklage vorsieht. Beklagter ist in einem solchen Fall immer ein Hoheitsträger, Prozeßgegenstand ein belastender Verwaltungsakt. Es besteht zwischen den Prozeßparteien keine Gleichordnung, sondern wegen Befugnis der Behörde zum Erlaß einseitiger belastender Regelungen ein Über-/Unterordnungsverhältnis. Der Beklagte ist vielfach in der Lage, seinen Willen vor der Gewährung von Rechtsschutz irreversibel durchzusetzen, vor allem über die Anordnung der sofortigen Vollziehung nach § 80 II Nr. 4 VwGO. Der Kläger ist dadurch in einer besonders schutzwürdigen Position. Gäbe es § 113 I 4 VwGO nicht, bestände für ihn die Gefahr, keine rechtskräftige Entscheidung in der Sache über die Rechtmäßigkeit einer vollzogenen behördlichen Maßnahme zu erlangen, sei es, weil die Maßnahme schon vor Klageerhebung erledigt ist, sei es, weil die Behörde bei Erledigung nach Klageerhebung ihrerseits für erledigt erklärt, wenn sie kein Interesse an einer rechtskräftigen gerichtlichen Überprüfung der Rechtmäßigkeit ihres Handelns hat<sup>71</sup>.

61) Auch nach dem Entwurf einer Verwaltungsprozeßordnung wird diese Lücke bestehen bleiben, s. dazu Steiger, BaWüVPr 1980, 279 ff.; Pietzner, VerwArch 77 (1986).

62) *BVerwGE* 20, 146 (150 f.) = NJW 1965, 1035. Ebenso *OVG Hamburg*, VerwRspr 20 (1969), 236 (237); *VGH München*, BayVBl 1973, 156.

63) Beispiel: § 92 I 1 VwGO: Klagerücknahme ohne Zustimmung zulässig bis zur Antragstellung, anders § 269 I ZPO: Klagerücknahme nur zulässig bis zu Beginn der mündlichen Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache. Vgl. ausf. Pietzner, VerwArch 77 (1986), 306.

64) Und den anerkannten Erweiterungen, s. dazu vor allem Schenke, in: Festschr. f. Menger, S. 474 ff.; Schmitt-Glaeser (o. FuBn. 9), Rdnr. 510 ff.

65) Vgl. Schmitt-Glaeser (o. FuBn. 9), Rdnr. 501; Schenke, Jura 1980, 140; Kopp (o. FuBn. 7), § 113 Rdnr. 47; *BVerwGE* 26, 161 (167).

66) So ist nach Auffassung des *BVerwG* bei Erledigung des Verwaltungsaktes vor Klageerhebung kein Vorverfahren durchzuführen, s. *BVerwGE* 26, 161 (166). Krit. hierzu Schenke (o. FuBn. 64), S. 467 ff.; Martersteig, Fortsetzungsfeststellungsklage?, Diss. Tübingen 1985, S. 129 ff.

67) *BVerwGE* 61, 128 (135) = NJW 1981, 2426.

68) Heute anerkannte Erweiterung, s. *BVerwGE* 26, 161 (165).

69) Vgl. die Überlegungen von Leipold (o. FuBn. 2), § 91 a Rdnr. 39.

70) Ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis ließe sich hingegen durchaus annehmen. Durch die Erhebung der Klage sind die Beziehungen zwischen Kläger und Beklagtem hinreichend konkretisiert, streitig ist, ob die ursprüngliche Klage zulässig und begründet war. S. *BVerwGE* 61, 128 (134) = NJW 1981, 2426; Müller-Tochtermann, VerwArch 53 (1962), 69; auch Leipold (o. FuBn. 2), § 91 a Rdnr. 39.

71) Die Frage, auf welche Klagearten man § 113 I 4 VwGO analog anwendet, muß deshalb vor allem von der Frage ausgehen, ob angesichts des Art. 19 IV GG ein solcher erleichterter Rechtsschutz gegen erledigtes Verwaltungshandeln nötig ist.

Besondere Probleme zeigen sich weiterhin dann, wenn die Behörde einen ursprünglich rechtswidrigen Verwaltungsakt durch nachträgliche Schaffung einer entsprechenden Rechtsgrundlage rückwirkend zu einem rechtmäßigen werden läßt<sup>72</sup>. Solche Fälle wird man zwar unter den Begriff „Erledigung“ nicht subsumieren können<sup>73</sup>. Gerade § 113 I 4 VwGO zeigt, daß unter den Begriff „Erledigung“ nur solche Ereignisse fallen, die die ursprüngliche Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsaktes unberührt lassen. Sowohl eine Fortsetzungsfeststellungsklage als auch ein einseitiger Erledigungsantrag (mit dem hier vertretenen Prüfungsumfang) wären dann abzuweisen, weil der Verwaltungsakt rückwirkend von Beginn an rechtmäßig und die ursprüngliche Klage somit unbegründet ist<sup>74</sup>. Die unbestreitbar notwendige Hilfestellung für den Kläger in solchen Fällen erfolgt aber wiederum über eine analoge Anwendung des § 113 I 4 VwGO<sup>75</sup>.

Es ist somit verfehlt, generell unter dem Stichwort „Waffengleichheit“<sup>76</sup> dem Kläger durch Beschränkung der Prüfung auf die Frage der Erledigung den erleichterten Ausstieg aus dem Prozeß zu ermöglichen<sup>77</sup>. Dies ließe sich – wenn überhaupt – nur für die Anfechtungs- und möglicherweise die Verpflichtungsklage rechtfertigen, kaum jedoch für sonstige Leistungs- und Feststellungsklagen. Hier besteht weder ein durch Klagefristen gesetzter Zwang zum „Einstieg“ in den Prozeß, noch ist immer der Staat der Beklagte. Aber auch bei verwaltungsaktsbezogenen Klagearten wird kein Kläger unangemessen benachteiligt, wenn man ihm den kostenfreien Ausstieg aus dem Prozeß durch einseitige Erledigungserklärung nur dann erlaubt, wenn er ohne erledigendes Ereignis auch keine Kosten zu tragen gehabt hätte. Die „Waffengleichheit“ im Verwaltungsprozeß garantiert somit § 113 I 4 VwGO. Ihn muß man analog anwenden, wenn man ein Defizit zulasten des staatlicher Gewalt unterworfenen Bürgers zu erkennen meint<sup>78</sup>. Die übrigen Fälle sind hingegen unter gleichgewichtiger Beachtung der Interessen von Kläger und Beklagtem zu lösen.

## V. Fazit

Die einseitige Erledigungserklärung ist unabhängig von der dogmatischen Einordnung auch im Verwaltungsprozeß nur dann erfolgreich, wenn die erhobene Klage im Augenblick des erledigenden Ereignisses zulässig und begründet war. Eine solche Lösung entspricht der in der Verwaltungsgerichtsordnung zum Ausdruck kommenden Wertung der Parteiinteressen; auch § 113 I 4 VwGO steht ihr nicht entgegen. Das Urteil des 3. Senats vom 25. 4. 1989<sup>79</sup>, das eine neue Linie in der Rechtsprechung des BVerwG bekräftigt, wonach ein einseitiger Erledigungsantrag des Klägers nur dann begründet ist, wenn die ursprüngliche Klage zulässig war, weist insoweit in die richtige Richtung. Eine weitere Korrektur, die generell die Prüfung der Begründetheit der ursprünglichen Klage zu einem Erfordernis der Begründetheit des Erledigungsantrags und damit die Analogie zu § 113 I 4 VwGO zur Berücksichtigung der Interessen des Beklagten überflüssig macht, wäre jedoch begrüßenswert.

Oberregierungsrat Dr. Roland G. Bell, M. A., Schwabach

## Zur Verfahrensbeteiligung des besonderen Vertreters des öffentlichen Interesses für Asylsachen

*Anders als es wohl die allgemeinen Vertreter des öffentlichen Interesses im Verwaltungsrecht sind, ist der seit 25 Jahren arbeitende Bundesbeauftragte für Asylangelegenheiten kein Randsiedler des Verfahrens. Doch trotz seiner langjährigen besonderen Bedeutung für die Asylpraxis muß seine Beteiligung noch näher geklärt werden.*

### I. Die Problematik

Für Asylsachen schuf der Gesetzgeber 1965 einen besonderen Vertreter des öffentlichen Interesses mit der Bezeichnung Bundesbeauftragter für Asylangelegenheiten<sup>1</sup>. Er wirkt am Asylverfahren beim Bundesamt für die Anerkennung ausländischer Flüchtlinge und an sämtlichen asylgerichtlichen Verfahren aller Instanzen nach Maßgabe des § 5 II AsylVfG mit:

„Der Bundesbeauftragte kann sich an den Asylverfahren vor dem Bundesamt und vor den Gerichten der Verwaltungsgerichtsbarkeit beteiligen. Ihm ist Gelegenheit zur Äußerung zu geben. Gegen Entscheidungen des Bundesamtes kann er klagen.“

Die Frage nach der Bedeutung dieses „kann beteiligen“ des Wortlautes des § 5 II 1 AsylVfG stellt sich heute in besonderem Maße. Denn es findet sich neuerdings in der Rechtspraxis die dezidierte Behauptung, der Bundesbeauftragte könne sich nur an anhängigen Verfahren und nur durch eine auf den Einzelfall bezogene Erklärung beteiligen<sup>2</sup>; anders ausgedrückt: Nach dieser Auffassung ist der Bundesbeauftragte nicht qua Gesetzes – automatisch – an jedem Verfahren beteiligt, er kann seine Beteiligung an jedem Verfahren auch nicht darüber erreichen, daß er gegenüber Bundesamt und Verwaltungsgerichten einmalig erklärt, sich an jedem gegenwärtigen und zukünftigen Verfahren zu beteiligen.

Die Auswirkungen dieser Auffassung sind erheblich. Denn nach bisheriger verwaltungsgerichtlicher Praxis hat der Bundesbeauftragte stets eine eigene, einmonatige Rechtsbehelfsfrist, die vom Zeitpunkt der Zustellung einer Entscheidung an ihn rechnet<sup>3</sup>. Hingegen könnte der Bundesbeauftragte nach der Auffassung, die eine konkrete Beteiligungshandlung zu bereits anhängigen Verfahren fordert, nur solange einen Rechtsbehelf einlegen – und damit konkludent zugleich seine Beteiligung erklären<sup>4</sup> –, wie die Rechtsbehelfsfrist für wenigstens einen der Beteiligten, d. h. die stets beklagte Bundesrepublik oder den Asylsuchenden<sup>5</sup>, noch nicht abgelaufen ist.

Wäre diese Meinung zutreffend, dürften aber – weil regelmäßig die erste konkrete Verfahrenshandlung des Bundesbeauftragten in einer Asylsache die Rechtsbehelfseinlegung ist<sup>6</sup>

1) Eingehender zur Institution des Bundesbeauftragten Bell, Die Bundesverwaltung 10/1989, 13.

2) So VG Berlin, InfAuslR 1988, 342.

3) Gem. §§ 74 VwGO i. V. mit 12 VIII AsylVfG; 124 II VwGO; 32 IV AsylVfG; 139 I VwGO; 132 III VwGO.

4) Zur Möglichkeit der konkludenten Beteiligungserklärung eines Vertreters des öffentlichen Interesses durch Rechtsbehelfseinlegung s. z. B. OVG Bremen, Urt. v. 14. 4. 1987 – 2 BA 31/85 m. Nachw.

5) Die Möglichkeit der Beteiligung eines allgemeinen Vertreters des öffentlichen Interesses (z. B. in Bayern aufgrund der §§ 36 VwGO, 41, II VO über den Vertreter des öffentlichen Interesses vor den Gerichten der Verwaltungsgerichtsbarkeit) sei einmal außer acht gelassen.

6) Zu den Gründen hierfür zählen neben der Personalsituation (s. Bell, Die Bundesverwaltung 10/1989, 13) wesentlich auch der Umstand, daß viele Rechtssachen ihre über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung erst durch das allgemeine Rechts- und Tatsachenverständnis eines Gerichts und damit erst durch die Entscheidungsgründe erhalten.

72) S. etwa VGH Mannheim, NVwZ-RR 1989, 445 ff.

73) Anders VGH Mannheim, NVwZ-RR 1989, 446; auch OVG Lüneburg, NVwZ-RR 1989, 447. Eher wie hier BVerwGE 61, 135 = NJW 1981, 2426: Keine Erledigung „im strengen Sinne“.

74) BVerwG, BRS 46 Nr. 13, S. 27 (34).

75) BVerwGE 61, 135 = NJW 1981, 2426.

76) Hierzu allg. Tettinger, Fairneß und Waffengleichheit, 1984, S. 45 f.

77) So aber Pietzner-Ronellenfisch (o. Fußn. 40), § 10 III Rdnr. 16, S. 121; Pietzner, VerwArch 77 (1986), 307 f. und 321; Maetzel, DÖV 1971, 613 und 617.

78) Vgl. etwa zur analogen Anwendung des § 113 I 4 VwGO auf die allg. Leistungsklage Steiner, JuS 1984, 856.

79) NVwZ 1989, 862 f. = DÖV 1989, 1043 f.