

Prof. Dr. Dr. h.c. Klaus Rennert
Präsident des Bundesverwaltungsgerichts

Der maßgebliche Zeitpunkt der richterlichen Verwaltungskontrolle und die Funktion der Verwaltungsgerichtsbarkeit

Vortrag

beim Deutschen Anwalts-Institut e.V. (DAI)

am 25. Januar 2019 in Leipzig

Auf welchen Zeitpunkt bei der Anfechtungs- und der Verpflichtungsklage abzustellen ist, gilt gemeinhin als eine der umstrittensten Fragen des Verwaltungsrechts. Das sollte eigentlich davor abschrecken, sich hierzu zu äußern. Andererseits zählt die Fixierung des Beurteilungszeitpunkts gerade für den Verwaltungsrichter zu den täglichen Herausforderungen, und eine kohärente Rechtsprechung sollte sich diesen Herausforderungen auch jenseits der Einzelfälle stellen.

Die nachstehenden Überlegungen sollen den vorliegenden Theorieentwürfen keinen weiteren hinzufügen. Sie versuchen vielmehr, die Aufmerksamkeit von Theorie wie Rechtsprechung auf eine Bezugsgröße zu lenken, der bislang nicht oder doch nicht überall die nötige Beachtung geschenkt wird: die Funktionen der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Das soll in drei Schritten geschehen. Am Anfang steht eine Problemanalyse, mit der das Feld aus prinzipieller Perspektive vermessen werden soll (I.). Alsdann öffnen wir den positiv-rechtlichen Bau-

kasten und überlegen, welche Instrumente Gesetz und Dogmatik zur Problembewältigung bereitstellen (II.). Damit mustern wir schließlich einige der gängigen Problemfälle durch (III.). Um es vorwegzunehmen: Grundstürzend Neues wird sich nicht ergeben. Aber das hat ja auch etwas Beruhigendes.

Einem Missverständnis sei sofort vorgebeugt: Meine Überlegungen lassen keinerlei Schluss auf die künftige Judikatur des Bundesverwaltungsgerichts oder auch nur meines Senats zu. Sie sind vorläufig und verstehen sich als Anregung, nicht als fertige Rechtsmeinung oder gar als geschlossenes System.

I. Vorverständnisse

1. Phänomen und Problem: Der Prozess um den Verwaltungsakt

Unser Problem ist das der Veränderung in der Zeit, genauer: das der Veränderung der potenziell entscheidungserheblichen Umstände während des Prozesses. Der gewöhnliche Prozess - paradigmatisch der Zivilprozess - begnügt sich damit, die Prozessbedingungen als solche gegenüber Veränderungen abzuschirmen: Parteiwechsel werden erschwert, eine Veräußerung der Streitsache wird im Zweifel ausgeblendet, und anderes mehr. Im Übrigen aber läuft der Prozess mit der Zeit; Veränderungen nach Klageerhebung sind ohne Weiteres erheblich. Das Gericht spricht in seiner Entscheidung aus, wie sich das Klägerbegehren nach dem materiellen Recht im Zeitpunkt seiner Entscheidung beurteilt. Es gibt keinen Grund, auf einen anderen - früheren oder späteren - Zeitpunkt abzu-

stellen, sofern das Klagebegehren oder das anzuwendende Recht nicht ausnahmsweise andere Zeitpunkte oder Zeiträume betrifft oder für erheblich erklärt.

Der Verwaltungsprozess liegt besonders, wenn und sofern er einen Verwaltungsakt zum Streitgegenstand hat. Das Gesetz definiert den Verwaltungsakt als hoheitliche Maßnahme, die mit Außenwirkung auf eine Einzelfallregelung gerichtet ist. Die Dogmatik arbeitet sich zumeist am Begriff der Regelung ab, also am sachlichen Inhalt des Aktes. In unserem Zusammenhang entscheidend ist aber weniger der Inhalt als die Form: dass der Verwaltungsakt eine hoheitliche Maßnahme ist, ein Akt hoheitlichen Staatshandelns, der rechtliches Dürfen und Müssen festlegt, sich damit einseitige Verbindlichkeit beimisst und der Eigenvollstreckung durch die Verwaltung unterliegt. Als „Akt“, als hoheitliches Tun steht er ganz in seiner Gegenwart. Er ergeht durch die in diesem Zeitpunkt zuständige Behörde; er wird in einem Verfahren erlassen, wie es das aktuell geltende Gesetz bestimmt; er stellt die darin ermittelten tatsächlichen Umstände in Rechnung; und er tut dies alles im Vollzug des in diesem Zeitpunkt geltenden Gesetzes. Der Verwaltungsakt ist Entscheidung; er markiert damit eine Zäsur im Fluss der Zeit.

Wird ein Verwaltungsakt zum Streitgegenstand eines Prozesses, so steht nicht nur sein Regelungsgehalt im Streit, sondern auch diese seine Eigenschaft als zeitgebundene hoheitliche Entscheidung. Das ist unproblematisch, wenn das Gericht aus derselben Situation urteilt. So liegt es aber leider nicht; Prozesse dauern, und Umstände ändern sich. Exekutiver Ho-

heitsakt und judikatives Urteil treten zeitlich auseinander. Darin liegt nicht nur eine konstruktive Schwierigkeit, sondern ein prinzipielles sachliches Problem.

2. Die Funktionen der Verwaltungsgerichtsbarkeit

Die juristische Problembewältigung sollte nicht blind geschehen. Erforderlich ist vielmehr eine vorherige prinzipielle Orientierung. Diese betrifft das wechselseitige Verhältnis zwischen drei Größen: der hoheitlich handelnden Verwaltung, dem betroffenen Bürger oder Kläger sowie dem Gericht. Dabei ist die Rolle, die dem Gericht zukommt, nicht unverrückbar vorgegeben. Schon ein flüchtiger Blick in die Geschichte oder über die Grenzen hinaus zeigt, dass Aufgaben und Befugnisse von Verwaltungsgerichten Gegenstand politisch-gestaltender Zuschreibung sind. Welche Funktion also kommt der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland zu?

Der Verwaltungsgerichtsbarkeit verfassungsrechtlich vorgegeben ist die Rechtsschutzfunktion (Art. 19 Abs. 4 GG). Soweit subjektive Abwehr-, Teilhabe- oder Leistungsrechte eines Betroffenen reichen, haben die Verwaltungsgerichte im Streitfall diesen Rechten Geltung zu verschaffen. Insofern liegt ein klassischer kontradiktorischer Prozess vor, mit dem betroffenen Bürger als Kläger und der Behörde als Beklagter, dessen Beurteilungsmaßstab das behauptete subjektive Klägerrecht darstellt.

Davon zu unterscheiden ist die objektive Kontrollfunktion der Verwaltungsgerichte gegenüber der Behörde. Das betrifft

nicht das Verhältnis des Bürgers zum Staat, sondern das Verhältnis der dritten zur zweiten Gewalt und damit ein Thema der Gewaltenteilung. Insofern kommt dem Gericht nur, aber immerhin die Kontrollfunktion zu, also die Funktion einer nachgängigen aufsichtlichen Kontrolle, nicht hingegen die Funktion des ersten Zugriffs. Das Gericht ist der Verwaltung insofern zeitlich und sachlich nachgeordnet; es hat keine Initiativbefugnis und keine inhaltliche Gestaltungsmacht, sondern ist darauf beschränkt, Hüter des Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung zu sein.

Die subjektive Rechtsschutzfunktion und die objektive Kontrollfunktion schließen sich nicht aus. Sie bestehen nebeneinander und regieren in einem näher zu bestimmenden Zusammenwirken denselben Prozess. Allerdings ist die objektive Kontrollfunktion insofern weiter, als sie auch Prozesse regiert, die nicht zum Zwecke des subjektiven Rechtsschutzes geführt werden, wie etwa Prozesse auf Verbandsklage hin.

Neben diese beiden Kernfunktionen treten schließlich die Rechtsklärungs- und die Rechtsfortbildungsfunktion der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Das sind objektive Funktionen, die über den streitigen Einzelfall hinausweisen. Sie dürfen nicht ignoriert werden, auch wenn sie im vorliegenden Kontext allenfalls am Rande eine Rolle spielen.

3. Funktionenorientierte Problemsicht

Der Blick auf diese Funktionen der Verwaltungsgerichtsbarkeit zeigt das Koordinatensystem auf, innerhalb dessen zu be-

antworten ist, auf welchen Zeitpunkt für die gerichtliche Entscheidung über einen Verwaltungsakt abzustellen ist.

Der Kontrollfunktion entspricht, auf die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse im Zeitpunkt der Behördenentscheidung abzustellen. Diese Entscheidung orientiert sich nach Zuständigkeit, Verfahren und Inhalt an dem zu ihrer Zeit aktuell geltenden Gesetz. Das muss sie auch; das Gebot der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung meint in erster Linie das Gebot der Gesetzmäßigkeit des hoheitlichen Verwaltungshandelns. Das Verwaltungshandeln ist rechtmäßig, wenn es dem zu seiner Zeit geltenden Gesetz entspricht, und es ist rechtswidrig, wenn es ihm widerspricht. Daran vermögen spätere Veränderungen nichts zu ändern, sofern sie sich nicht normativ Rückwirkung beilegen, also die Rechtslage mit Rückwirkung auf den Erlasszeitpunkt des Verwaltungsakts verändern.

Diese Erwägungen zur objektiven Kontrollfunktion der Verwaltungsgerichtsbarkeit gelten im Grundsatz auch bei Individualklagen. Allerdings beansprucht hier zugleich die subjektive Rechtsschutzfunktion Beachtung. Sie kann dazu veranlassen, späteren Umständen rechtliche Bedeutung beizumessen. Freilich bedarf das dann der Begründung, die ihren Ausgang bei der Betroffenheit subjektiver Klägerrechte und ggfs. bei deren normativem Gewicht nimmt. Das zeigt: Bei einer funktionenorientierten Betrachtung ist im Prozess um einen Verwaltungsakt die Berücksichtigung nachträglicher Veränderungen nicht die fraglos gültige Regel, sondern bedarf der Begründung, kann sich dann aber als vorrangig erweisen.

II. Instrumente des positiven Rechts

Das schließt freilich nicht aus, dass das positive Recht diese Ausnahme liefert, vielleicht gar auf breiter Front. Wenden wir uns also den Instrumenten des positiven Rechts zu.

1. Absage ans Prozessrecht?

Nach ganz überwiegender Auffassung beantwortet sich die Frage nach der maßgeblichen Sach- und Rechtslage nicht nach Prozessrecht, sondern nach dem materiellen Recht. So sehr der positive Teil dieses Satzes mit dem Verweis auf das materielle Recht Zustimmung verdient, so sehr verwundert der negative Teil mit der kategorischen Absage ans Prozessrecht. Er ist natürlich richtig in Ansehung des Prozessrechts im engeren und eigentlichen Sinne als desjenigen Rechts, welches die gerichtliche Verfahrensweise zwischen Klageerhebung und formell rechtskräftigem Urteil betrifft, mit Parteirollen und Prozesshandlungen, mit schriftlichem oder mündlichem Verfahren, mit Amtsermittlung und Beweiserhebung, mit Vergleich und Urteil und Rechtsmitteln. Das ist gewissermaßen das Eigenrecht des Gerichts, betrifft aber nicht dessen Verhältnis zur Verwaltung. Die Absage ans Prozessrecht verwundert aber in Ansehung des Umstands, dass die Verwaltungsgerichtsordnung gerade dem Prozess um den Verwaltungsakt eine ganze Reihe besonderer Vorschriften widmet: über Vorverfahren und Klagefristen, über Klagearten und Klagebefugnis, über Urteilsarten und Urteilswirkungen, vom einstweiligen Rechtsschutz zu schweigen. Hier wird die

Stellung des Gerichts im Verhältnis zur Verwaltung eingehend geregelt. Daran kann eine funktionenorientierte Betrachtung nicht vorbeigehen.

Der eingangs referierte Satz ist gleichwohl richtig; er bedarf aber der Ergänzung. Ob der streitbefangene Verwaltungsakt rechtmäßig ist oder nicht und auf welchen Zeitpunkt insofern abzustellen ist, beurteilt sich allein nach materiellem Recht. Ebenso beurteilt sich allein nach materiellem Recht, inwiefern hierdurch die subjektiven Rechte des Klägers betroffen sind. Deshalb ist das Prozessrecht aber nicht bedeutungslos. So ergibt sich aus Prozessrecht, welche Konsequenzen aus der materiell-rechtlichen Beurteilung für das gerichtliche Urteil zu ziehen sind, ob der Verwaltungsakt aufzuheben ist oder nicht, ob die Verwaltung zu einer neuen Entscheidung zu verpflichten ist oder nicht. Ebenso bietet Prozessrecht möglichen Aufschluss darüber, ob Ereignisse nach Erlass des Verwaltungsakts, sollten sie dessen Rechtmäßigkeit nicht berühren, gleichwohl vom Gericht berücksichtigt werden müssen oder von den Beteiligten noch in den Prozess eingeführt werden dürfen, um die subjektive Rechtsschutzfunktion zu stärken, unter welchen Voraussetzungen und mit welchem möglichen Ergebnis. So liegen etwa den Vorschriften über den Suspensiv-effekt der Anfechtungsklage Wertungen des Gesetzgebers zugrunde, welche Anlass bieten können, den Vollzugszeitpunkt auch in den Hauptsacheprozess einzubeziehen. Und dem klägerischen Anspruch auf effektiven Rechtsschutz lässt sich durchaus durch eine gewisse Großzügigkeit bei der Zulassung von Klageänderungen Rechnung tragen.

Andere Argumentationen mit dem Prozessrecht erweisen sich demgegenüber als Irrwege; das sei nur am Rande erwähnt. Verfehlt war zum einen der Versuch der älteren Rechtsprechung, den maßgeblichen Beurteilungszeitpunkt anhand der Klageart zu bestimmen, also über eine Anfechtungsklage anhand der Sach- und Rechtslage zur Zeit der letzten Behördenentscheidung, über eine Verpflichtungsklage hingegen anhand der aktuellen Verhältnisse zu entscheiden. Das trifft zwar oft das richtige Ergebnis, aber nicht durchweg, und wenn, dann nicht wegen der Klageart, sondern aus anderen, vornehmlich materiell-rechtlichen Gründen. Die Absage der jüngeren Rechtsprechung ans Prozessrecht diene denn auch vornehmlich dazu, sich von dieser älteren Judikatur zu distanzieren. Ebenso verfehlt ist es, aus § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO und dem dortigen Gebrauch des Präsens darauf zu schließen, dass und in welchem Sinne es stets oder doch im Zweifel auf die Rechtslage im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung ankomme. Natürlich kann der angefochtene Verwaltungsakt nur aufgehoben werden, wenn er rechtswidrig ist. Auf welchen Zeitpunkt hierfür abzustellen ist, besagt § 113 VwGO aber gerade nicht.

2. Maßstäbe für die objektive Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandelns

Unter welchen Voraussetzungen die Verwaltung rechtmäßig handelt, ergibt sich aus dem Gesetz, genauer aus dem materiellen Recht, und zwar aus dem materiellen öffentlichen Recht. Dieses Gesetz enthält durchweg auch eine Aussage zur zeitlichen Dimension, indem es das Verwaltungshandeln auf

dessen jeweilige Gegenwart fokussiert. Das gilt zweifelsfrei in normativer Hinsicht, indem das Gesetz sein eigenes Inkrafttreten und Außerkrafttreten bestimmt und damit die historische Zeitspanne seiner Geltung festlegt. Es gilt aber auch hinsichtlich der tatsächlichen Umstände. Es zielt auf die jeweils konkrete Situation des Verwaltungshandelns, indem es die Voraussetzungen festlegt, unter denen es die Verwaltung zu konkretem hoheitlichem Handeln ermächtigt. All dies zeigt: Die Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsakts beurteilt sich auch nach positivem Recht grundsätzlich nach dem zur Zeit seines Ergehens bestehenden rechtlichen und tatsächlichen Verhältnissen. All dies ergibt sich im Grunde schon aus dem Grundgesetz. Das Verwaltungshandeln muss gesetzmäßig sein, und das heißt: Es muss in seiner jeweiligen Gegenwart gesetzmäßig sein.

Das Gesetz schaut aber nicht nur auf die jeweilige Gegenwart des Verwaltungshandelns. Es regelt auch, wie auf eine spätere Veränderung der Verhältnisse zu reagieren ist. Vor allem die Bestimmungen über den Widerruf von Verwaltungsakten in § 49 VwVfG sowie in zahlreichen Spezialgesetzen erhalten die Flexibilität des hoheitlichen Verwaltungshandelns in der Zeit.

Man hat auf diese Vorschriften verwiesen, um dem Verwaltungsgericht eine Berücksichtigung veränderter Umstände aus Gründen einer Verfahrenskonkurrenz zu verwehren. Das knüpfte daran an, dass die §§ 48 ff. VwVfG die Änderung oder Aufhebung der einmal getroffenen Verwaltungsentscheidung einer zweiten Entscheidung zuweisen, die in einem zweiten Verwaltungsverfahren zu treffen ist. Man hat daraus ge-

schlossen, dass spätere Umstände im Prozess um den Verwaltungsakt - jedenfalls im Anfechtungsprozess - keinesfalls berücksichtigt werden dürften, dass vielmehr der Kläger in jedem Falle auf ein solches zweites Verwaltungsverfahren zu verweisen sei. Dem kann nicht gefolgt werden. §§ 48 ff.

VwVfG richten sich an die Verwaltung. Über die Befugnisse und Pflichten des Gerichts besagen sie nichts. Vor allem würde eine Subsidiarität des gerichtlichen Verfahrens gegenüber einem zweiten Verwaltungsverfahren zwar vielleicht der objektiven Kontrollfunktion der Verwaltungsgerichtsbarkeit Rechnung tragen; die ebenso zu beachtende subjektive Rechtsschutzfunktion würde hingegen zu gering geachtet.

Gleichwohl sind die §§ 48 ff. VwVfG und die entsprechenden spezialgesetzlichen Vorschriften in unserem Zusammenhang nicht ohne jede Bedeutung. Sie gehen nämlich durchweg davon aus, dass der Verwaltungsakt seine Wirksamkeit auch unter veränderten tatsächlichen oder rechtlichen Umständen behält, wenn die Behörde ihn nicht ändert. Und sie gehen davon aus, dass der einmal rechtmäßige Verwaltungsakt ungeachtet der veränderten Umstände rechtmäßig bleibt, also nicht eo ipso rechtswidrig wird. Sieht die Behörde in fehlerfreier Ausübung ihres Widerrufsermessens von einem möglichen Widerruf ab und hält den Verwaltungsakt aufrecht, so ist der Verwaltungsakt weiterhin rechtmäßig, auch wenn er jetzt so nicht mehr erlassen werden dürfte. An dieser gesetzlichen Wertung sollte auch die Behandlung veränderter Umstände im Prozess nicht vorbeigehen.

3. Aufhebungsermächtigung und Aufhebungsanspruch

Neben die objektive Rechtswidrigkeit stellt § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO die subjektive Rechtsverletzung und knüpft an beides die Ermächtigung des Gerichts, den angefochtenen Verwaltungsakt aufzuheben. Aus der subjektivrechtlichen Perspektive des Klägers ist Folge der subjektiven Rechtsverletzung der Anspruch auf Aufhebung des Verwaltungsakts. Davon zu unterscheiden ist die objektivrechtliche Dimension im gewaltenteilenden Verhältnis zwischen Behörde und Gericht. Insofern regelt § 113 Abs. 1 VwGO die Aufhebungsbefugnis des Gerichts. Aufhebungsanspruch und Aufhebungsbefugnis müssen nicht kongruent sein, wie der Blick auf die Verbandsklage zeigt; sollte dem Verband nicht nur eine prozessuale Beanstandungsbefugnis, sondern auch ein materiellrechtlicher Aufhebungsanspruch zur Seite stehen, so wäre der doch jedenfalls nicht grundrechtlich unterfangen.

Aufhebungsanspruch und Aufhebungsermächtigung bieten Ansatzpunkte, die Reichweite der gerichtlichen Tätigkeit einzuschränken. So kann der Gesetzgeber bestimmte Rechtswidrigkeitsgründe für unbeachtlich erklären oder Fehlerheilungen zulassen. Auf diesem Wege wird nachträgliches Geschehen prozessrelevant. Das gilt im Übrigen nicht nur für den subjektiven Aufhebungsanspruch, sondern auch für die objektive Aufhebungsbefugnis des Gerichts und damit nicht nur für die Verletztenklage, sondern auch für die Verbandsklage. Allerdings ziehen bei der Verletztenklage die Grundrechte des Klägers solchen Einschränkungen wiederum Grenzen. Ähnli-

ches mag bei der Verbandsklage, soweit es um Unionsrecht geht, aus dem Gebot der effektiven Umsetzung des Unionsrechts folgen.

Der Blick auf den subjektiven Aufhebungsanspruch bietet umgekehrt auch einen möglichen Ansatzpunkt, um die Prüfungs- und Aufhebungsbefugnis des Gerichts auszuweiten. Wie erwähnt, ist der Aufhebungsanspruch des Individualklägers regelmäßig grundrechtlich unterlegt. Das aber kann gebieten, nachträgliche Sach- oder Rechtsänderungen ebenfalls zum Anlass für die Aufhebung eines an sich rechtmäßig erlassenen Verwaltungsakts zu nehmen, wenn anders dem Gebot effektiver Rechtsschutzgewähr nicht hinlänglich Rechnung getragen werden kann. Wiederum gilt: Jenseits der Verletzungsklage trägt der Rekurs auf die Grundrechte und deren effektiven gerichtlichen Schutz nicht. Auch hier ist allerdings denkbar, für die Verbandsklage Ähnliches aus dem Gebot der effektiven Umsetzung des Unionsrechts herzuleiten - jedenfalls in dessen sachlichem Anwendungsbereich.

III. Ausgewählte Problemfelder

So ausgerüstet, sollen einige typische Problemfelder diskutiert werden. Der Überblick ist keinesfalls vollständig, auch werden die angesprochenen Fragenkreise keiner abschließenden Lösung zugeführt. Es geht allein darum, das funktionsorientierte Grundverständnis zu exemplifizieren und damit als solches deutlicher werden zu lassen.

1. Der klassische Fall der Anfechtungsklage

a) Grundsatz. Im klassischen Fall der Anfechtungsklage beurteilt sich die Rechtmäßigkeit des angefochtenen Verwaltungsakts nach der Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt seines Ergehens. Ist ein Widerspruchsbescheid ergangen, so ist auf dessen Erlass abzustellen. Das ergibt sich, wie erwähnt, entgegen der anfänglichen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts nicht schon aus der Klageart der Anfechtungsklage, sondern aus dem materiellen Recht. Natürlich muss das Gericht immer das im Zeitpunkt seiner Entscheidung geltende materielle Recht anwenden. Dieses verweist aber regelmäßig auf den Erlasszeitpunkt des Verwaltungsakts zurück. Dass sich dies im Grunde schon aus dem Verfassungsgrundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung ergibt, haben wir ebenfalls bereits erwähnt.

b) Gesetzlich fixierter Beurteilungszeitpunkt. Allerdings kann das Gesetz einen abweichenden Beurteilungszeitpunkt festlegen. Das betrifft nicht die Frage nach der möglichen Relevanz einer späteren Veränderung der Umstände für die gerichtliche Kontrollentscheidung, sondern gilt schon für die Verwaltungsentscheidung selbst. So kommt es etwa für die Bewährung des Probebeamten auf den Zeitpunkt an, zu dem die gesetzliche Probezeit abgelaufen ist. Und nach Zeitabschnitten gewährte Sozialleistungen haben Bedürftigkeit in eben diesen Zeitabschnitten zur Voraussetzung. Auf diese Zeitpunkte oder Zeitabschnitte muss die Verwaltung abstellen, auch wenn sie ihren Verwaltungsakt erst später erlässt.

Dass ein bestimmter Zeitpunkt maßgeblich ist, kann sich auch ohne ausdrückliche gesetzliche Bestimmung aus der Eigenart der Verwaltungsentscheidung ergeben. So setzen Kollegialentscheidungen das Zusammentreten des Kollegiums voraus; entscheidet über einen Widerspruch - wie bei bestimmten Prüfungsentscheidungen - nicht wiederum das Kollegium, sondern die Aufsichtsbehörde, so ist der Zeitpunkt der Ausgangs- und nicht der der Widerspruchsentscheidung maßgebend. Und für Vergabe- und vergleichbare Auswahlentscheidungen kommt es auf den Zeitpunkt des Endes der Ausschreibungs- oder Bewerbungsfrist an, sofern das Gesetz nicht - in verfassungsrechtlich unbedenklicher Weise - einzelnen Bewerbern den Nacherwerb von Teilnahmevoraussetzungen gestattet.

c) Vollzug als Beurteilungszeitpunkt. Zeigt sich hiernach, dass der Verwaltungsakt im Einklang mit dem Gesetz erlassen wurde, so ist die Anfechtungsklage im Regelfalle abweisungsreif; der objektiven Kontrollfunktion der Verwaltungsgerichtsbarkeit ist Genüge getan. Freilich kann sich aus der subjektiven Rechtsschutzfunktion die Notwendigkeit ergeben, ausnahmsweise auch die weitere Entwicklung bis hin zur Gegenwart der gerichtlichen Entscheidung in den Blick zu nehmen.

So kann es liegen, wenn der Verwaltungsakt dem Betroffenen gebietet, einen Grundrechtseingriff hinzunehmen, der Grundrechtseingriff aber noch nicht stattgefunden hat. Bei Gebotsverfügungen ist zwischen der Verfügung selbst und ihrem Vollzug zu unterscheiden, und den tatsächlichen Grund-

rechtseingriff bringt erst der Vollzug. Steht dieser Vollzug noch aus, so kann das Grundrecht dem Gericht die Prüfung gebieten, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für den Grundrechtseingriff unverändert noch vorliegen.

Das gilt freilich nicht bei jedwedem Grundrechtseingriff. Weil bei belastenden Verwaltungsakten zumindest die allgemeine Handlungsfreiheit betroffen ist, liefe dies auf eine generelle Verschiebung des Beurteilungszeitpunkts auf die Gegenwart der gerichtlichen Entscheidung hinaus, sofern nur der Suspensiveffekt der Klage bislang den Vollzug verhindert hat. Das würde der nur vorläufigen Regelung des § 80 VwGO endgültigen Charakter verleihen; zudem würde das Spannungsfälle zwischen der objektiven Kontrollfunktion und der subjektiven Rechtsschutzfunktion einseitig zulasten der Kontrollfunktion aufgelöst. Es ist deshalb richtig, dass die Rechtsprechung die Einbeziehung nachträglicher Umstände vom Gewicht des drohenden Grundrechtseingriffs abhängig macht. So gebietet Art. 14 GG die Aufhebung einer Abrissverfügung, auch wenn sie rechtmäßig ergangen ist, aber gegenwärtig nicht mehr ergehen dürfte. Ähnlich liegt es infolge der unionsrechtlichen Freizügigkeit bei Ausweisungsverfügungen; auch hier ist, wenn die Ausweisung noch nicht vollzogen wurde, auf die gegenwärtige Sachlage abzustellen.

Konstruktiv begegnet das freilich Schwierigkeiten, weil die veränderten Umstände den Verwaltungsakt selbst unberührt lassen und lediglich dessen Vollzug hindern. Das Prozessrecht sieht nicht vor, den Verwaltungsakt dauerhaft außer Vollzug zu setzen; es erlaubt lediglich, ihn gänzlich aufzuheben, setzt

hierfür allerdings seine Rechtswidrigkeit voraus, woran es gerade fehlt. Das sollte freilich nicht dazu veranlassen, dieses Manko des Prozessrechts mit komplizierten Theorien hinwegzukonstruieren. Das Manko lässt sich an seinem Ort selbst durch eine erweiternde Auslegung des § 113 Abs. 1 VwGO bewältigen: Das Verwaltungsgericht darf auch rechtmäßige Verwaltungsakte aufheben, wenn deren Voraussetzungen zwischenzeitlich entfallen sind, der Vollzug aber noch aussteht und mit diesem Vollzug ein gravierender Grundrechtseingriff verbunden wäre.

2. Können rechtmäßige Verwaltungsakte rechtswidrig werden?

a) Grundsatz. Den bisherigen Überlegungen liegt als Grundsatz zugrunde, dass ein rechtmäßig erlassener Verwaltungsakt nicht nachträglich rechtswidrig werden kann. Das Verfassungsgebot der Gesetzmäßigkeit des Verwaltungshandelns bindet die Verwaltung im Zeitpunkt ihres Handelns, und hierauf richtet sich die nachgängige Kontrolle durch das Gericht. Daran ändert sich auch nichts, wenn der Vollzug des Aktes noch aussteht und mit diesem ein Eingriff in die Grundrechte des Klägers verbunden wäre; das Grundrecht kann dann freilich eine Erweiterung der Prüfungs- und Kassationsbefugnis des Gerichts auch mit Blick auf die Vollzugsebene erzwingen.

b) Verwaltungsakte mit dauerhafter Regelung. Gegenstand der bisherigen Überlegungen waren nur „klassische“ Verwaltungsakte, die ein einmaliges Gebot oder Verbot enthalten. Damit ist noch nicht entschieden, ob eine Änderung der Sach-

lage nicht lediglich den Vollzug eines rechtmäßigen Verwaltungsakts hindern, sondern einen Verwaltungsakt auch selbst rechtswidrig werden lassen kann. Das kommt in Betracht, wenn der Verwaltungsakt ein dauerndes oder doch auf eine gewisse Dauer berechnetes Gebot oder Verbot enthält. Derartige Verwaltungsakte werden üblicherweise als Dauerverwaltungsakte bezeichnet. Hierher rechnen jedenfalls repressive Untersagungsverfügungen etwa des Bau- oder des Gewerbe-rechts, aber auch polizeiliche Maßnahmen wie Ingewahrsamnahmen und Beschlagnahmen. Sie bleiben zwar nach ihrer Form zeitgebundene Akte der Verwaltung, die durch die zu diesem Zeitpunkt zuständige Behörde, in dem zu diesem Zeitpunkt vorgesehenen Verfahren und nach dem zu diesem Zeitpunkt geltenden sachlichen Gesetzesrecht erlassen wurden. Ihrem Inhalt nach treffen sie jedoch eine Regelung, die über diesen Zeitpunkt in eine bestimmte oder gar unbestimmte Zukunft hinausweist. Ändern sich die Umstände, so kann auch ein Dauerverwaltungsakt zwar nicht nachträglich formell rechtswidrig werden. Es können aber die Voraussetzungen für seine inhaltliche Regelung entfallen.

Die Neigung ist verbreitet, die Rechtmäßigkeit solcher Akte für die gesamte Dauer ihrer Regelungswirkung zu beurteilen und sie jedenfalls für solche Zeitabschnitte aufzuheben, während derer ihre gesetzlichen Voraussetzungen nicht oder nicht mehr vorliegen, sofern der Kläger dies begehrt. Teilweise wird hierfür ohne Weiteres davon ausgegangen, dass rechtmäßige Verwaltungsakte infolge einer Änderung der Umstände und also eo ipso rechtswidrig werden können. Andere sind vorsichtiger, greifen auf dem Weg zum gewünsch-

ten Ziel aber auf die Fiktion des täglich erneuerten Ge- oder Verbots zurück; es ergäbe sich dann eine große Vielzahl von Verwaltungsakten, die freilich aus Vereinfachungsgründen zu wenigen zeitabschnittsbezogenen Verwaltungsakten zusammengefasst werden. Beides kann nicht zufrieden stellen. Solche Konstruktionen reduzieren den Verwaltungsakt auf seine inhaltliche Regelung, gehen aber über seinen Charakter als zeit- und verfahrensgebundene hoheitliche Entscheidung hinweg. Es ergeben sich gespaltene Beurteilungszeitpunkte: Die formelle Rechtmäßigkeit wird situativ und ex tunc, die inhaltliche Rechtmäßigkeit aber fortlaufend beurteilt.

Vorzugswürdig erscheint demgegenüber die Annahme einer Pflicht der Behörde, ihren Verwaltungsakt während der Dauer seiner Regelungswirkung unter Kontrolle zu halten und ihn von sich aus aufzuheben, wenn seine Voraussetzungen entfallen sollten. Man mag zur Begründung dieser Pflicht auf § 49 Abs. 2 Nr. 3 und 4 VwVfG verweisen. Diese Bestimmungen regeln zwar den Widerruf von Vergünstigungen, nicht die Beseitigung von Belastungen, und werten die widerstreitenden Interessen der Allgemeinheit und des Betroffenen deshalb aus einer gewissermaßen seitenverkehrten Perspektive. Sie zeigen aber, dass Verwaltungsakte grundsätzlich an eine veränderte Sach- oder Rechtslage angepasst werden können und gegebenenfalls angepasst werden sollen. Und sie zeigen, dass die Anpassung kein Automatismus ist, sondern wiederum eine Abwägung zwischen den widerstreitenden Interessen erfordert. Das sollte Beachtung finden. Ob eine Behörde, welche eine Anpassung unterlässt, ihre Kontroll- und Anpas-

sungspflicht verletzt, wird auch vom Gewicht der Belastung für den Betroffenen abhängen.

Noch nicht entschieden ist damit, ob das Gericht auf diese Kontroll- und Anpassungspflicht ohne Weiteres abheben darf. Das Gesetz verweist den Betroffenen mitunter auf einen förmlichen Anpassungsantrag bei der Behörde und damit auf ein gesondertes Verwaltungsverfahren. So liegt es ausdrücklich etwa bei der Gewerbeuntersagung; es mag sich trotz fehlender ausdrücklicher Anordnung auch sonst aus dem Gesetz erschließen lassen. Das darf das Gericht nicht überspielen. Andernfalls aber kann es eine Verletzung der Kontroll- und Anpassungspflicht zum Anlass nehmen, die Dauerregelung für hiervon betroffene Zeitabschnitte aufzuheben, wenn der Kläger dies verlangt, und der Klage also teilweise stattzugeben. Zwar ist der Verwaltungsakt selbst nicht rechtswidrig geworden; für die zeitabschnittsweise Kassation genügt aber, dass die Aufrechterhaltung seiner Regelung insoweit rechtswidrig ist.

3. Können rechtswidrige Verwaltungsakte rechtmäßig werden?

a) Grundsatz, Problematik und Bewältigungsstrategien. So wie rechtmäßige Verwaltungsakte nicht eo ipso rechtswidrig werden können, können rechtswidrige Verwaltungsakte nicht eo ipso rechtmäßig werden. Allerdings besteht in diversen Konstellationen der Wunsch, die Rechtsfolge der Kassation zu vermeiden oder doch zu relativieren, sei es weil der Gesetzgeber seine rechtliche Bewertung ändert, sei es weil die

Kassation dem Kläger keinen Vorteil mehr bringt, sei es schließlich weil die vollständige Aufhebung des Verwaltungsakts übers Ziel hinausschösse.

b) Normative Rückwirkung. Ein ursprünglich rechtswidriger Verwaltungsakt wird zweifelsfrei rechtmäßig, wenn der Gesetzgeber rückwirkend eine gesetzliche Grundlage schafft. Das vor allem meint die Rechtsprechung, wenn sie hervorhebt, dass das Gericht das im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung geltende materielle Recht anzuwenden hat und dass sich aus diesem ergibt, welche Rechtslage der Beurteilung des angefochtenen Verwaltungsakts zugrunde zu legen ist. Hat sich bis zur Entscheidung des Gerichts die Rechtslage so geändert, dass der Verwaltungsakt jetzt rechtmäßig erlassen werden könnte, so wird er ex tunc rechtmäßig, wenn sich das Änderungsgesetz Rückwirkung auf den Zeitpunkt des Bescheiderlasses beimisst. Dasselbe mag für einen Erstattungsbescheid anzunehmen sein, wenn die Subventionsbewilligung erst nachträglich, aber mit Rückwirkung widerrufen wird.

Auf die normative Rückwirkung sollte aber nicht verzichtet werden. Die Auffassung, bei Abgabenbescheiden genüge die nachträgliche Schaffung einer wirksamen Rechtsgrundlage auch ohne Rückwirkung, wird mit guten Gründen bemängelt. Zum einen läuft diese Auffassung Gefahr, die verfassungsrechtlichen Voraussetzungen für eine echte Rückwirkung zu überspielen. Zum Zweiten rückt sie das Verjährungsproblem in eine veränderte rechtliche Umgebung, die nicht ohne Weiteres angemessene Ergebnisse verspricht. Zum Dritten begründet sie gerade für Abgabenbescheide ohne überzeugenden

den Grund ein Sonderregime. Der Hinweis auf eine Abgabenerhebungspflicht kann jedenfalls nicht ersparen, bei der Abgabenerhebung rechtsstaatliche Regeln einzuhalten.

c) Unbeachtlichkeiten, Heilungen, Nachschieben von Gründen. Der Gesetzgeber sucht fehlerhafte Verwaltungsakte ferner in gewissem Umfang vor der Aufhebung zu bewahren, indem er den klägerischen Aufhebungsanspruch sowie - was bei Verbandsklagen wichtig wird - die gerichtliche Aufhebungsbefugnis relativiert.

Die Aufhebungsermächtigung wird ohne Weiteres zurückgenommen, wenn das Gesetz bestimmte Fehler für unbeachtlich erklärt. Es entsteht eine Diskrepanz zwischen Rechtswidrigkeit und Rechtswidrigkeitsfolge: Der Verwaltungsakt ist und bleibt rechtswidrig; er unterliegt aber nicht der gerichtlichen Aufhebung.

Komplizierter liegt es bei Heilungsmöglichkeiten. Hier wird der Heilung rückwirkende Kraft beigelegt: Der fehlerhafte Verwaltungsakt wird - ex tunc oder ex nunc - rechtmäßig. Darin liegt kein Problem, wenn Fehler noch vor der maßgeblichen Behördenentscheidung geheilt werden, also etwa im Vorverfahren, sofern eben die Entscheidung der Widerspruchsbehörde die maßgebliche ist. Können aber Verfahrensmängel noch während des Prozesses mit der Wirkung repariert werden, dass der Verwaltungsakt rechtmäßig wird? Das wird angenommen, wenn die Regelung die nämliche bleibt. Unser leitender Blick auf die Funktionen der Verwaltungsgerichtsbarkeit veranlasst dazu hinzuzufügen, dass auch

das ursprünglich geübte Verfahren die Eignung behalten muss, die Entscheidung der Behörde als Verwaltungshandlung zu tragen. Verfahren wie Entscheidung dürfen also allenfalls in singulären Randpunkten ergänzt, aber nicht im Kern durch ein anderes Verfahren oder eine andere Entscheidung ersetzt werden. Ähnlich liegt es beim Nachschieben von Gründen, wenn defizitäre Ermessenserwägungen komplettiert werden.

Beides: Einschränkung der Aufhebungsbefugnis und nachträgliche Fehlerreparatur liegt vor, wenn das Gericht einen Planfeststellungsbeschluss nicht aufhebt, sondern lediglich für nicht vollziehbar erklärt und der Behörde eine Planergänzung oder ein ergänzendes Verfahren anheimstellt. Auch dies kommt nur in Betracht, wenn die Verwaltungsentscheidung im Kern dieselbe bleibt und durch das geübte Verfahren im Grunde schon getragen wird. Nur dann lässt sich annehmen, dass die Planergänzung oder das ergänzende Verfahren nicht zum Erlass eines neuen Planfeststellungsbeschlusses führt. Dies aber ist die Voraussetzung dafür, dass alle anderen Einwände gegen den Planfeststellungsbeschluss rechtskräftig abgewiesen sind.

d) Drittanfechtungen. Oben hatten wir gesehen, dass die subjektive Rechtsschutzfunktion des Gerichts dazu führen kann, einen rechtmäßigen Verwaltungsakt gleichwohl aufzuheben, wenn sein Vollzug noch aussteht und mit einem gravierenden Grundrechtseingriff einhergehen würde. Dieselbe Überlegung kann umgekehrt dazu führen, die Aufhebung eines rechtswidrigen Verwaltungsakts zu verhindern. So liegt es bei Nach-

barklagen im Bau-, Immissionsschutz- oder Gaststättenrecht, wenn die angefochtene Genehmigung für den Bauherrn oder Unternehmer zwar rechtswidrig war, infolge einer zwischenzeitlichen Änderung der Sach- oder Rechtslage aber nunmehr als rechtmäßig anzusehen wäre; die Genehmigung gleichwohl jetzt noch aufzuheben, würde die Baufreiheit des Bauherrn oder die Wirtschaftsfreiheit des Unternehmers verletzen. Genau genommen setzt sich hier nicht der subjektive Rechtschutzanspruch des klagenden Nachbarn, sondern derjenige des beigeladenen Bauherrn oder Unternehmers durch: Dieser könnte nach einer Aufhebung umgehend den Neuerlass der Genehmigung begehren. Aus dessen Sicht liegt die Sache damit ähnlich wie bei der Genehmigungsklage. Dies führt dazu, unsere Tour d'horizon mit einem Blick auf die Verpflichtungsklage abzuschließen.

4. Randbemerkung zur Verpflichtungsklage

Es entspricht praktisch einhelliger Auffassung, dass für die Verpflichtungsklage ohne Weiteres auf die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung abzustellen ist. Das ist für den Fall der Untätigkeitsklage einwandfrei, muss aber irritieren, wenn ein Versagungsbescheid ergangen war. Tatsächlich weiß man nicht so recht, wie mit einem solchen Bescheid umzugehen ist. Regelmäßig wird er als bloßer Anfechtungsannex kleingeredet. Im Ermessensbereich gewinnt er aber unversehens Relevanz; hier sollen sogar unterschiedliche Zeitpunkte maßgeblich sein, je nachdem ob die Ermessensbetätigung oder ihr gesetzlicher Rahmen in Rede steht.

Eine funktionenorientierte Betrachtung gebietet demgegenüber, dem Versagungsbescheid die ihm gebührende Aufmerksamkeit zu schenken: Auch er ist eine zeitgebundene Verwaltungshandlung der Behörde, die als solche Respekt verdient; auch ihm gegenüber kommt dem Gericht zunächst einmal die Aufgabe nachgängiger Verwaltungskontrolle zu. Das lässt im Übrigen auch der Wortlaut des Gesetzes erkennen: Nach § 113 Abs. 5 VwGO gibt das Gericht der Verpflichtungs- oder Bescheidungsklage nur statt, „soweit die Ablehnung ... des Verwaltungsakts rechtswidrig und der Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt ist“. Die gerichtliche Prüfung hat deshalb ihren Ausgangspunkt beim Versagungsbescheid zu nehmen. Wird der Anspruch des Klägers hierdurch befriedigt, ist die Klage abweisungsreif. Das gilt auch bei Ermessensakten, wenn die Behörde ihr Ermessen einwandfrei ausgeübt hat.

Ein Problem entsteht erst, wenn die Behörde den klägerischen Antrag mit Recht abgelehnt hat, die Anspruchsvoraussetzungen sich aber während des Prozesses einstellen. An sich wäre der Kläger auf einen neuen Antrag bei der Behörde zu verweisen. Es stellt sich aber die Frage, ob dieses Begehren in das gerichtliche Verfahren hingezogen werden kann oder hingezogen werden muss. Dabei ist nicht ohne Belang, welche Dispositionsbefugnis insoweit der Behörde zukommt, ob diese also einer Einbeziehung widersprechen darf. Das dürfte im Bereich der gesetzlich gebundenen Verwaltung zu verneinen sein, wenn die Durchführung eines weiteren Verwaltungsverfahrens leere Förmerei wäre, wenn also die Behörde dem Begehren entsprechen muss und dies auch nicht an besondere

Verfahrenskautelen gebunden ist; die Behörde mag den Kläger klaglos stellen, andernfalls sie zu verpflichten ist. Im Bereich der Ermessensverwaltung liegt es aber anders; hier spricht manches dafür, der Verwaltung anheimzustellen, ob sie sich auf das Begehren im Prozess sachlich einlässt, namentlich ihr Ermessen betätigt, oder auf der Durchführung eines erneuten Verwaltungsverfahrens besteht, sofern hierfür aner kennenswerte Gründe bestehen. Prozessrechtlich ist von Belang, ob die Einbeziehung veränderter Umstände eine förmliche Klageänderung erfordert. Das ist zumeist Geschmacksfrage, wird aber relevant, wenn der neuen Erfolgsaussicht des Begehrens eine Rechtsänderung zugrunde liegt, die erst im Revisionsrechtszug eintritt.

IV. Besteht legislativer Handlungsbedarf?

Die Justizministerkonferenz der Länder hat darüber beraten, ob in die Verwaltungsgerichtsordnung eine Vorschrift wie § 77 Abs. 1 AsylG aufgenommen werden soll, der zufolge das Gericht stets und in allen Fällen auf die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung abstellen muss. Die Konferenz ist diesem Vorschlag nicht gefolgt, weil damit wenig gewonnen sei; schon jetzt müsse das Gericht jedenfalls auf die aktuelle Rechtslage abstellen, aus der sich dann das Weitere ergebe, auch hinsichtlich des maßgeblichen Beurteilungszeitpunkts. Die Entschließung der Konferenz ist im Ergebnis zu begrüßen. Eine pauschale Flurbereinigung würde zahlreiche sachlich begründete Differenzierungen einebnen. Vor allem würden das Gewicht des hoheitlichen Verwaltungshandelns und die Bedeutung des zugrunde liegenden

Verwaltungsverfahren weiter gemindert. Im Gegenzug müsste das Gericht eine Verantwortung für das Staatshandeln übernehmen, die seiner Rolle und Funktion nicht angemessen wäre und für die es wenig gerüstet ist. Es spricht vielmehr alles dafür, das Verhältnis, in welchem die Verwaltung und die Verwaltungsgerichtsbarkeit zueinander stehen, weiterhin differenzierend und durchaus streitig zu diskutieren.