

Aufsatz ÖR

Professor Dr. Klaus Ferdinand Gärditz und Assessor Johannes Orth

Der maßgebliche Zeitpunkt für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage im Verwaltungsprozess

Klaus Ferdinand Gärditz: Der Autor ist Professor für Öffentliches Recht an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn.

Johannes Orth: Der Autor ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl von Prof. Dr. Gärditz, Universität Bonn.

I. Einleitung

Der maßgebliche Zeitpunkt für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage gehört zu den in Rechtsprechung und Literatur häufig diskutierten Problemen des Verwaltungsprozessrechts¹. Dies liegt nicht an grundlegend unterschiedlichen Auffassungen zu dieser Fragestellung², sondern ist vielmehr Ausdruck der besonderen praktischen Relevanz für den Ausgang des Verfahrens³. Dominiert wird die Debatte vor allem von der Frage, auf welchen Zeitpunkt bei der Überprüfung eines Verwaltungsaktes im Rahmen der Anfechtungsklage abzustellen ist, wenn sich nach dem Abschluss des Verwaltungsverfahrens die Sach- oder Rechtslage geändert hat. Auf welche tatsächliche und rechtliche Grundlage das Verwaltungsgericht seine Entscheidung zu stützen hat, ist freilich ein allgemeines Problem, das einer differenzierten Behandlung bedarf. Zunächst ist zu untersuchen, bis zu welchem Zeitpunkt (neue) Tatsachen in das gerichtliche Verfahren eingeführt werden können und wie sich Änderungen des Verfahrens-

rechts auf bereits anhängige Gerichtsverfahren auswirken. Zudem stellt sich die Frage, wie sich Änderungen der Sach- oder Rechtslage auf eine bereits abgeschlossene Verwaltungsentscheidung auswirken und wie das Prozessrecht darauf reagiert.

II. Die verfahrensrechtliche Perspektive

1. Die Ermittlung der Sachlage

Im Verwaltungsprozess beauftragt § 86 VwGO das Gericht, den Sachverhalt von Amts wegen zu ermitteln (Untersuchungsgrundsatz), wobei die Beteiligten eine prozesuale Mitwirkungspflicht trifft (§ 86 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2 VwGO)⁴. Das Gericht kann zu diesem Zweck auf die Akten der Verwaltungsbehörden (§ 99 Abs. 1 Satz 1 VwGO) und den Sachvortrag der Beteiligten zurückgreifen, ist aber ggf. auch zu eigenständigen Ermittlungen verpflichtet⁵. Ziel der Amtsermittlung ist es, die Streitsache der Spruchreife zuzuführen, d.h. (vorbehaltlich § 113 Abs. 3 VwGO) alle Tatsachen zu ermitteln, die für die Entscheidung notwendig sind⁶.

a) Erstinstanzliches Verfahren

Bis zu welchem Zeitpunkt Tatsachen in das Verfahren eingeführt werden können, ergibt sich aus den Vorschriften über die mündliche Verhandlung. Nach § 104 Abs. 1

¹ Monographisch *Bähr*, Die maßgebliche Rechts- und Sachlage für die gerichtliche Beurteilung von Verwaltungsakten, 1967; *Priendl*, Eine Studie zur maßgeblichen Sach- und Rechtslage beim Rechtsschutz gegen Verwaltungsakte, 1992; *Mager*, Der maßgebliche Zeitpunkt für die Beurteilung der Rechtswidrigkeit von Verwaltungsakten, 1994; *Sieger*, Die maßgebende Sach- und Rechtslage für die Beurteilung der Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes im verwaltungsgerichtlichen Anfechtungsprozeß, 1995; ein Überblick zu den vertretenen Positionen findet sich bei *Knauff*, in: Gärditz, VwGO, 2013, § 113 Rn. 17 ff.; *Kopp/Schenke*, VwGO, 19. Aufl. (2013), § 113 Rn. 31 ff.

² Die Auffassungen in der Literatur unterscheiden sich häufig nur in Details und kommen über unterschiedliche Begründungsansätze zu demselben Ergebnis, *Baumeister*, JURA 2005, 655, 656; vgl. auch *Kopp/Schenke* (Fn. 1), § 113 Rn. 34.

³ Vgl. bereits *Schoch*, Vorläufiger Rechtsschutz und Risikoverteilung im Verwaltungsrecht, 1988, S. 671, 673.

⁴ Zur rechtspolitischen Kritik an der Ausgestaltung des Untersuchungsgrundsatzes durch § 86 VwGO vgl. *Wimmer*, in: Gärditz, VwGO, 1. Aufl. (2012), § 86 Rn. 13. Die Amtsermittlungspflicht des Gerichts wird in bestimmten Fällen abgemildert, vgl. z.B. § 87b VwGO, §§ 36 Abs. 4 Satz 2, 74 Abs. 2, 78 Abs. 1 AsylVfG; zusammenfassend *Rixen*, in: NK-VwGO, 3. Aufl. (2010), § 86 Rn. 29 ff.

⁵ Zu Recht kritisch zu einer Aufweichung der Reichweite der gerichtlichen Ermittlungspflicht durch die Rechtsprechung *Rixen*, in: NK-VwGO, 3. Aufl. (2010), § 86 Rn. 15.

⁶ BVerwG, Buchholz 310 § 86 Abs. 1 VwGO Nr. 342.

VwGO muss das Gericht die Streitsache mit den Beteiligten im Rahmen der mündlichen Verhandlung erörtern. Dies dient flankierend der Gewährung von rechtlichem Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG)⁷, was durch § 108 Abs. 2 VwGO, nach dem die gerichtliche Entscheidung nur auf Tatsachen und Beweisergebnisse gestützt werden kann, zu denen sich die Beteiligten äußern konnten, zusätzlich abgesichert wird. Der Schluss der mündlichen Verhandlung nach § 104 Abs. 3 Satz 1 VwGO bedeutet deshalb eine Zäsur, nach der (zumindest)⁸ Tatsachen nicht mehr in das Verfahren eingeführt werden können (vgl. § 173 Satz 1 VwGO i. V. m. § 296 a ZPO). Abweichendes gilt nur, wenn das Gericht einem Beteiligten nach § 173 Satz 1 VwGO i. V. m. § 283 Satz 1 ZPO einen Schriftsatznachlass erteilt, da dieser auf einen neuen Vortrag in der mündlichen Verhandlung nicht reagieren konnte.

Der Zeitpunkt der Schließung der mündlichen Verhandlung ist also grundsätzlich der maßgebliche Zeitpunkt für die Beurteilung der Sachlage durch das Gericht. Eine Einführung von Tatsachen in das Verfahren nach diesem Zeitpunkt ist nur dann möglich, wenn die mündliche Verhandlung wiedereröffnet wird (§ 104 Abs. 3 Satz 2 VwGO). Welche Gründe eine Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung rechtfertigen, gibt die VwGO nicht ausdrücklich vor. Als Wiedereröffnungsgrund anerkannt ist aber ein Ermittlungsdefizit in Bezug auf den entscheidungserheblichen Sachverhalt. Auch wenn nach § 104 Abs. 3 Satz 2 VwGO die Wiedereröffnung grundsätzlich im prozessualen Ermessen des Gerichts steht, verdichtet sich dieses im Falle der Notwendigkeit weiterer Sachverhaltsermittlungen zu einer Wiedereröffnungspflicht⁹. Aus diesem Grund erzwingen auch nachgelassene Schriftsätze (§ 173 Satz 1 VwGO i. V. m. § 283 Satz 1 ZPO) eine Wiedereröffnung, wenn sie neues tatsächliches Vorbringen ent-

halten¹⁰. Die Möglichkeit der Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung ist zeitlich begrenzt durch den Erlass der Entscheidung. Mit deren Verkündung (§ 116 Abs. 1 Satz 1 VwGO) oder der Ersetzung der Verkündung durch die Zustellung (§§ 116 Abs. 2 und 3 VwGO) erlangt das Urteil rechtliche Existenz¹¹, sodass nach diesem Zeitpunkt keine Tatsachen mehr von dem Gericht berücksichtigt werden können. Dies gilt auch dann, wenn das Gericht bei der Abfassung der Entscheidungsgründe, aber nach der Verkündung, noch von neuen Tatsachen Kenntnis erhält. Im schriftlichen Verfahren (§ 101 Abs. 2 VwGO) und beim Gerichtsbescheid (§ 84 VwGO) ist wegen des Fehlens einer mündlichen Verhandlung vom Gericht die Sachlage bis zum Erlass der Entscheidung (d. h. dem Zeitpunkt der Übergabe der Entscheidung an die Geschäftsstelle¹²) zu berücksichtigen. Entsprechendes gilt in Eilverfahren nach § 80 Abs. 5 bzw. § 123 VwGO¹³, in denen Entscheidungen in der Regel ohne mündliche Verhandlung ergehen (vgl. § 101 Abs. 3 VwGO)¹⁴, sowie ggf. bei prinzipialen Normenkontrollen¹⁵.

b) Rechtsmittelverfahren

Im Rechtsmittelverfahren bestehen besondere Regelungen für die Tatsachenermittlung durch das Gericht. Gem. § 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO ist gegen das Urteil die Berufung zuzulassen, wenn ernstliche Zweifel an dessen Richtigkeit bestehen. Soweit das Urteil auf einer fehlerhaften Sachverhaltsermittlung beruht, kann deshalb die Zulassung der Berufung beantragt werden. Problematisch ist, ob im Berufungsverfahren vom Gericht auch noch Tatsachen berücksichtigt werden können, die den Beteiligten im Ausgangs-

⁷ Art. 103 Abs. 1 GG verlangt allerdings nicht zwingend eine mündliche Verhandlung, sondern gewährt den Beteiligten das Recht, sich über das Verfahren zu informieren, sich zu äußern und dazu spiegelbildlich eine Beachtungspflicht durch das Gericht, stellvertretend *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig, GG, Stand: 2013, Art. 103 Abs. 1, Rn. 66 ff.

⁸ Ob das Gericht im Hinblick auf § 296 a ZPO noch Schriftsätze nach der mündlichen Verhandlung berücksichtigen muss, die nur Rechtsausführungen enthalten, ist strittig, vgl. *Dolderer*, in: NK-VwGO, 3. Aufl. (2010), § 104 Rn. 48 m. w. N.

⁹ BVerwGE 81, 139, 143; BVerwG, Beschl. v. 21. 10. 2004, 7 B 98/04. BVerwG, NVwZ-RR 1991, 587 macht die Wiedereröffnung davon abhängig, dass die Beteiligten nicht gegen ihre Prozessförderungspflicht (§ 86 Abs. 1 Satz 2 VwGO) verstoßen haben und will einen Sachvortrag deshalb ausschließen, der schon vor dem Schluss der mündlichen Verhandlung hätte beigebracht werden können, dazu im Hinblick auf den Amtsermittlungsgrundsatz zu Recht kritisch: *Dolderer*, in: NK-VwGO, 3. Aufl. (2010), § 104 Rn. 65.

¹⁰ BVerwG, NVwZ-RR 2002, 217.

¹¹ *Orth*, in: Gärditz, VwGO, 2013, § 116 Rn. 1.

¹² *Orth* (Fn. 11), § 116 Rn. 16 m. w. N. auch zur Gegenansicht, nach der die willentliche Entäußerung der Entscheidung durch die Aufgabe an die Post erforderlich ist.

¹³ BayVGH, NVwZ-RR 2001, 154; NdsOVG, NVwZ-RR 2006, 782, 783; *Erichsen*, *JURA* 1984, 478, 487; kritisch und für eine differenzierte Lösung *Schoch*, in: ders./Schneider/Bier, VwGO, Stand: 2012, § 80 Rn. 418 ff.; *Windthorst*, in: Gärditz, VwGO, 2013, § 80 Rn. 213 f.

¹⁴ Eine mündliche Verhandlung ist hiernach lediglich fakultativ. Ein schriftliches Verfahren ist grundsätzlich verbindlich vorgegeben für gerichtliche Eilentscheidungen im Asylverfahren, vgl. § 18 a Abs. 4 Satz 5, § 36 Abs. 3 Satz 4 AsylVfG. Zum Ganzen *Schoch* (Fn. 13), § 80 Rn. 523.

¹⁵ Siehe § 47 Abs. 5 Satz 1 VwGO, der freilich mit Blick auf Art. 6 Abs. 1 EMRK einer einschränkenden Auslegung bedarf, siehe BVerwGE 110, 203, 210 ff.; BVerwG, NVwZ 2002, 87 ff.; *Lenz/Klose*, NVwZ 2000, 1004, 1005 f.; *Schmidt-Aßmann*, in: FS Schmitt Glaeser, 2003, S. 317, 326.

verfahren bereits bekannt waren, aber von ihnen nicht vorgetragen wurden. Dies wird vereinzelt mit dem Argument befürwortet, dass die prozessuale Mitwirkungspflicht (§ 86 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2 VwGO) die Beteiligten zu einem rechtzeitigen Vortrag verpflichte¹⁶. Vom BVerwG wird eine allgemeine Präklusion der bereits im Ausgangsverfahren bekannten Tatsachen aber zu Recht abgelehnt, da der Amtsermittlungsgrundsatz auch das Berufungsgericht zu einer – dem Umfang des Verwaltungsgerichtes gleichgestellten (vgl. § 128 VwGO) – Prüfung verpflichtet, da der Gesetzgeber eine Präklusion nicht vorgesehen hat¹⁷.

Auch für das Rechtsmittel der Beschwerde (§ 146 Abs. 1 VwGO) ist es fraglich, ob bereits im Ausgangsverfahren bekannte Tatsachen erstmalig im Beschwerdeverfahren vorgetragen werden können. Für einen Ausschluss wird neben dem Argument der beteiligtenbezogenen Prozessförderungspflicht die Möglichkeit angeführt, statt der Einlegung der Beschwerde das Abänderungsverfahren nach § 80 Abs. 7 VwGO (ggf. analog) einzuleiten¹⁸. Gegen eine Präklusion spricht jedoch auch im Beschwerdeverfahren, dass diese nicht gesetzlich angeordnet ist, und auch dem Beschwerdegericht – wie im Berufungsverfahren – eine umfassende Prüfung der Tatsachen obliegt¹⁹. Da die Beschwerde gegen Beschlüsse, die im einstweiligen Rechtsschutz ergangen sind, von dem Beschwerdeführer besonders zu begründen ist (§ 146 Abs. 4 VwGO), sind indes Tatsachen präkludiert, die erstmalig nach der Frist des § 146 Abs. 4 Satz 1 VwGO vorgetragen werden²⁰.

2. Änderungen des Verfahrensrechts

Wenn sich während eines Verwaltungsprozesses das maßgebliche Verfahrensrecht ändert, stellt sich die Frage, ob die bereits beim Gericht anhängigen Verfahren nach dem alten Recht fortzuführen oder den neuen Regeln zu unterwerfen sind. Der Gesetzgeber löst diese Problematik i. d. R. durch Übergangsvorschriften, die ausdrücklich das alte

oder neue Verfahrensrecht für anwendbar erklären (vgl. z. B. § 194 VwGO). Wenn die Anwendung des neuen Verfahrensrechtes angeordnet wird, handelt es sich um einen Fall der sog. tatbestandlichen (bzw. unechten) Rückwirkung, da die Neuregelung an einen noch nicht abgeschlossenen Sachverhalt anknüpft. Die Anordnung der unechten Rückwirkung verstößt grundsätzlich nicht gegen die rechtsstaatlichen Grundsätze des Vertrauensschutzes und der Rechtssicherheit, da ein Vertrauen in den Fortbestand der gegenwärtigen Rechtslage für die Zukunft nicht schutzwürdig ist und unverhältnismäßige Belastungen ggf. durch Übergangsregelungen abgemildert werden können²¹. Soweit eine ausdrückliche Übergangsregelung vom Gesetzgeber nicht geschaffen wurde, ist nach dem Grundsatz des intertemporalen Prozessrechts²² das neue Verfahrensrecht auch auf bereits anhängige Verfahren anzuwenden²³. Etwas anderes gilt nur für den Fall, dass ein Beteiligter durch eine Neuregelung ein nach altem Recht bestehendes Verfahrensrecht, z. B. den Zugang zu einem Rechtsmittelverfahren, verlieren würde²⁴. Die Beteiligten können sich also auf Vertrauensschutz hinsichtlich bereits entstandener Verfahrensrechte berufen, sodass in diesem Fall das Verfahren nach altem Recht zu Ende zu führen ist.

3. Prozessuale Konsequenzen von tatsächlichen und rechtlichen Veränderungen

Schon eingangs wurde darauf hingewiesen, dass die Rechtsprechung und Literatur den maßgeblichen Zeitpunkt für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage insbesondere dahingehend problematisieren, wie sich tatsächliche oder rechtliche Veränderungen nach dem Abschluss eines Verwaltungsverfahrens auf dieses auswirken und welche prozessualen Folgen sie zeitigen. Anschaulich wird diese Fallkonstellation bei Veränderungen nach dem Erlass eines Verwaltungsaktes und dessen Überprüfung im Rahmen einer Anfechtungsklage (§§ 42 Abs. 1, 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO)²⁵. So sah sich die Rechtsprechung früh mit der Frage konfrontiert, ob eine Anfechtungsklage gegen einen Verwaltungsakt, der rechtswidrig erlassen

¹⁶ Berkemann, DVBl. 1998, 446, 455; NdsOVG, NordÖR 2003, 196; anders nunmehr NdsOVG, Beschl. v. 5. 11. 2012, 2 LA 177/12.

¹⁷ BVerwG, NVwZ-RR 2002, 894; Seibert, in: NK-VwGO, 3. Aufl. (2010), § 124 Rn. 88. Sachvortrag, der nach § 87b VwGO im Ausgangsverfahren präkludiert war, bedarf allerdings auch im Berufungsverfahren einer besonderen Zulassung, § 128a VwGO.

¹⁸ OVG LSA, Beschl. v. 2. 12. 2004, 2 M 589/04; Bader, VBIBW 2002, 471, 474.

¹⁹ NdsOVG, NVwZ-RR 2005, 409; Beschl. v. 10. 11. 2008, 5 ME 260/08; BayVG, Beschl. v. 31. 7. 2008, 7 CE 08.1120; Guckelberger, in: NK-VwGO, § 146 Rn. 82; i.E. auch Käß, BayVBl. 2009, 677, 680.

²⁰ OVG MV, NVwZ-RR 2003, 318; VGH BW, NVwZ-RR 2006, 849; SächsOVG, Beschl. v. 6. 6. 2013, 4 A 247/12.

²¹ BVerfGE 38, 61, 83; 68, 193, 222f.

²² Allgemein Kopp, SGB 1993, 593; Koch, Die Grundsätze des intertemporalen Rechts im Verwaltungsprozess, 2009.

²³ BVerfGE 87, 48, 64; BVerwG, Beschl. v. 29. 1. 2013, 1 WB 30/12.

²⁴ BVerfGE 63, 343, 359f.; 87, 48, 64; BFH/NV, 2005, 1838; BVerwG, NJW 2005, 1449; OVG NW, Beschl. v. 13. 10. 2005, 8 B 823/05; Beckmann/Kleefisch, NVwZ 1997, 1194f.

²⁵ Dazu näher unten III.2.

wurde, Aussicht auf Erfolg auch dann besitzt, wenn wegen einer zwischenzeitlich eingetretenen Veränderung der Sach- oder Rechtslage nunmehr ein rechtmäßiger Erlass des Verwaltungsaktes möglich wäre. Im Rahmen der Verpflichtungsklage stellte sich hingegen das Problem, ob der Kläger seinen Leistungsanspruch mit Erfolg geltend machen kann, wenn ursprünglich die Anspruchsvoraussetzungen zwar vorlagen und die Verwaltung den Erlass des Verwaltungsaktes rechtswidrig versagt hatte, dann aber die Anspruchsvoraussetzungen weggefallen waren.

Das BVerwG vertrat ursprünglich die Auffassung, dass bei der Bestimmung des maßgeblichen Zeitpunkts für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage zwischen den verschiedenen Verfahrensarten zu differenzieren sei²⁶. Im Falle einer Anfechtungsklage sei die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes zum Zeitpunkt der letzten Behördenentscheidung maßgeblich, sodass nachträgliche Änderungen grundsätzlich nicht für die gerichtliche Entscheidung relevant seien²⁷. Bei der Verpflichtungsklage müssten hingegen die Voraussetzungen des geltend gemachten Leistungsanspruchs im Zeitpunkt der Entscheidung vorliegen, sodass nachträgliche Änderungen vom Gericht zu berücksichtigen seien²⁸. Da die Rechtsprechung von diesen »Faustformeln« für verschiedene Fallkonstellationen wiederum Ausnahmen entwickelte²⁹, entstand eine fragmentierte, inkohärente und durch Kasuistik geprägte Spruchpraxis³⁰.

Die neuere Rechtsprechung weist nun ausdrücklich darauf hin, dass sich aus dem Prozessrecht nur ergibt, dass »ein Kläger im verwaltungsgerichtlichen Rechtsstreit ebenso mit einem Aufhebungsbegehren wie mit einem Verpflichtungsbegehren nur dann Erfolg haben kann, wenn er im Zeitpunkt der letzten gerichtlichen Entscheidung einen Anspruch auf die erstrebte Aufhebung des Verwaltungsakts bzw. auf die erstrebte Leistung hat«³¹. Dies bedeutet, dass im Falle der Anfechtungsklage der Verwaltungsakt zum Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung rechtswidrig sein muss, da der Kläger keinen Anspruch

auf die Aufhebung eines rechtmäßigen Verwaltungsaktes geltend machen kann. Dafür spricht schon der Wortlaut des § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO, der im Präsens formuliert ist³². Unbeschadet hiervon bleibt die Möglichkeit, die frühere Rechtswidrigkeit ggf. in einem Fortsetzungsfeststellungsstreit (§ 113 Abs. 1 Satz 4 bzw. § 43 Abs. 1 VwGO) geltend zu machen. Auch die Verpflichtungsklage hat nur Aussicht auf Erfolg, wenn die Anspruchsvoraussetzungen zum Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung vorliegen. Der maßgebliche Zeitpunkt ist aus prozessualer Sicht also immer der der gerichtlichen Entscheidung³³.

Die Festlegung auf den Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung beantwortet indes nicht die Frage, welche Auswirkungen eine Änderung der Sach- und Rechtslage nach dem Abschluss des Verwaltungsverfahrens auf die getroffene Verwaltungsentscheidung hat. Denn ob ein rechtmäßig erlassener Verwaltungsakt wegen einer tatsächlichen oder rechtlichen Veränderung rechtswidrig wird oder ob eine Leistung wegen veränderter Umstände nicht mehr eingefordert werden kann, richtet sich nicht nach dem Prozessrecht, sondern nach dem materiellen Recht (dazu unten)³⁴. Es bedarf auch hier einer sorgfältigen Trennung zwischen materiellrechtlichen und prozessualen Fragen³⁵. Die weit verbreitete Begriffswahl »maßgeblicher Zeitpunkt der Beurteilung der Sach- und Rechtslage« ist deshalb für die Fragestellung der Konsequenz von tatsächlichen oder rechtlichen Veränderungen nach dem Erlass einer Verwaltungsentscheidung auch eher irreführend³⁶, da die prozessuale Frage des maßgeblichen

³² *Schenke*, NVwZ 1986, 522, 524; kritisch zum Wortlautargument: *Kopp*, in: FS Menger, 1985, 693, 697; *Mager*, Der maßgebliche Zeitpunkt für die Beurteilung der Rechtswidrigkeit von Verwaltungsakten, 1994, 48.

³³ *Baumeister*, JURA 2005, 655, 656; *Sauthoff*, in: FG 50 Jahre BVerwG, 599, 617; *Schenke*, NVwZ 1986, 522, 525; *Decker*, in: Posser/Wolff, VwGO, § 113 Rn. 21; *Emmenegger*, in: Fehling/Kastner, VwGO, 2. Aufl. (2010), § 113 VwGO Rn. 15.

³⁴ StRspr.: BVerwGE 78, 243, 244; 120, 246, 250; *Mager*, Der maßgebliche Zeitpunkt für die Beurteilung der Rechtswidrigkeit von Verwaltungsakten, 1994, 61 ff.; *Wolff*, in: NK-VwGO, 3. Aufl. (2010), § 113 Rn. 94; *Kopp/Schenke* (Fn. 1), § 113 Rn. 41.

³⁵ *Kopp/Schenke* (Fn. 1), 18. Aufl. (2012), § 113 Rn. 29 und Rn. 35 Fn. 42; *Schenke*, Verwaltungsprozessrecht, 13. Aufl. (2012), Rn. 783; *Baumeister*, JURA 2005, 655, 658; i.E. so auch *Ehlers*, Die Verwaltung 37 (2004), 255, 286; die notwendige Trennung übersieht *Lenke*, JA 1999, 240, 241, so zu Recht *Schenke*, JA 1999, 580, 581; irrig deshalb auch das Verständnis von *Käbß*, BayVBl. 2009, 677, 678; die Trennung regelmäßig als nicht zielführend ansehend *Hufen* (Fn. 26), § 24 Rn. 7.

³⁶ Zu der irreführenden Formulierung des BVerwG ausführlich *Kopp/Schenke* (Fn. 1), § 113 Rn. 33. Dass terminologische Unklarheiten die Hauptursache für die Vielzahl von wissenschaftlichen Veröffentlichungen zu dieser Frage sind, sehen so zu Recht *Baumeister*, JURA 2005, 655; *Biermann*, DVP 2010, 147, 148.

²⁶ BVerwGE 1, 291, 295; 4, 161, 164; 34, 155, 157 f.; so heute immer noch in der Lit.: *Gatawis*, JA 2003, 692; *Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, 8. Aufl. (2011), § 24 Rn. 7.

²⁷ Stellvertretend BVerwGE 1, 35, 36.

²⁸ Stellvertretend BVerwGE 1, 291, 295.

²⁹ So z. B. für Dauerverwaltungsakte, vgl. zu verschiedenen Ausnahmen BVerwGE 5, 351, 352; 22, 16, 19 f.; 28, 292, 293; 61, 176, 191 f.; siehe auch unten III. 2. b).

³⁰ *Kopp*, in: FS Menger, 1985, 693, 694; *Schenke*, NVwZ 1986, 522, 523; *Osterloh*, JuS 1990, 942.

³¹ Angedeutet schon in BVerwGE 29, 304, 304 f.; 31, 170, 171; ausdrücklich dann BVerwGE 51, 15, 24; 78, 243, 244; 120, 246; i.E. zustimmend *Kopp/Schenke* (Fn. 1), § 113 Rn. 33, 35.

Zeitpunkts der Beurteilung der Sachlage durch die Vorschriften des Verfahrensrechts zur Ermittlung des Sachverhalts (II. 1.) geregelt wird und das Gericht die Rechtslage stets nach den aktuell geltenden Vorschriften zu prüfen hat (Art. 20 Abs. 3 GG).

4. Sachentscheidungs Voraussetzungen

Hinsichtlich der prozessualen Sachentscheidungs Voraussetzungen gilt ebenfalls ganz allgemein, dass diese (erst, noch) im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung gegeben sein müssen³⁷. Insbesondere tatsächliche Änderungen der Sachlage (Tatsachen oder vorgenommene Prozesshandlungen) können sich daher zum Vor- wie zum Nachteil des Klägers auswirken, was folgende Beispiele verdeutlichen: Wer etwa durch psychische Erkrankung während des Verfahrens geschäftsunfähig wird, verliert seine Prozessfähigkeit (§ 62 Abs. 1 Nr. 1 VwGO)³⁸, was freilich noch im Zustand der Geschäftsfähigkeit wirksam getätigte Verfahrenshandlungen unberührt lässt³⁹. Wird eine Klage vor erfolgloser Durchführung eines Widerspruchsverfahrens (§§ 68 ff. VwGO) erhoben, wird sie dennoch zulässig, wenn das Verfahren noch vor der gerichtlichen Entscheidung nachgeholt wird⁴⁰. Und eine Untätigkeitsklage, die erhoben wird, bevor die Voraussetzungen des § 75 Satz 2 VwGO gegeben sind, wird zulässig, wenn diese Voraussetzungen durch Zeitablauf während des Verfahrens eintreten⁴¹.

³⁷ BVerwGE 23, 135, 136.

³⁸ Zur Prüfung in jedem Stadium des Verfahrens von Amts wegen sowie zu den damit verbundenen Verfahrensfragen *Krausnick*, in: Gärditz (Fn. 1), § 62 Rn. 24 ff.

³⁹ Siehe für den umgekehrten Fall (nachträgliche Erlangung der Prozessfähigkeit) *Kopp/Schenke* (Fn. 1), § 62 Rn. 17; *Laubinger*, FS Carl Hermann Ule, 1987, S. 161, 181.

⁴⁰ BVerwGE 4, 203, 204; BVerwG, DVBl. 1984, 91, 92; OVG Berlin, NVwZ 1982, 253, 254; *Kopp/Schenke* (Fn. 1), § 68 Rn. 3.

⁴¹ BVerwGE 23, 135, 137; 42, 108, 110; BVerwG, NVwZ 1995, 80; *Funke-Kaiser*, in: Bader/ders./Stuhlfauth/von Albedyll, VwGO, 5. Aufl. (2011), § 75 Rn. 7; hiergegen aber *Brenner*, NK-VwGO, § 75 Rn. 41; *Krausnick*, in: Gärditz (Fn. 1), § 75 Rn. 16.

III. Der maßgebliche Bezugspunkt für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage

1. Die Bedeutung des materiellen Rechts

Während das Prozessrecht vor diesem Hintergrund verlangt, dass das Gericht auf der Grundlage des geltenden Rechts entscheidet, bleibt es eine Frage materiellen Rechts, wie sich Veränderungen der Sach- oder Rechtslage auf die Rechtmäßigkeit einer streitgegenständlichen Verwaltungsentscheidung auswirken⁴². So bestimmt das materielle Recht, ob zum Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung die Voraussetzungen für den mit der Klage geltend gemachten Anspruch (noch, bereits) bestehen oder ob ein angefochtener Verwaltungsakt rechtmäßig ist. Von vornherein sind natürlich Änderungen der Sachlage rechtlich unerheblich, wenn sie schon nicht dazu führen, dass das Vorliegen eines Tatbestandsmerkmals anders als ursprünglich zu beurteilen wäre⁴³. Zudem kann das materielle Recht aber auch nachträgliche Veränderungen, die gemessen am Tatbestand bei isolierter Betrachtung relevant sein könnten, für unbeachtlich zur Beurteilung der Rechtmäßigkeit erklären.

a) Prinzipielle Unbeachtlichkeit nachträglicher Änderungen

Grundsätzlich gilt, dass Änderungen der Sach- und Rechtslage sich nicht auf eine abgeschlossene Verwaltungsentscheidung auswirken⁴⁴. Für Verwaltungsakte ergibt sich dies aus § 49 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3, 4 sowie aus § 51 Abs. 1 Nr. 1 VwVfG⁴⁵. Diese Bestimmungen tragen letztlich der allgemeinen Konkretisierungsfunktion des Verwaltungsaktes Rechnung⁴⁶, der eine verbindliche fallbezogene Regelung in einem bestimmten Zeitpunkt trifft und damit für konkret-individuelle Rechtssicherheit sorgt, wo-

⁴² So mit Recht die heute hM, stellvertretend m. w. N. *Kopp/Schenke* (Fn. 1), § 113 Rn. 41.

⁴³ Bsp.: Dass ein vormals minderjähriger Antragsteller volljährig wird, ändert an den tatbestandlichen Voraussetzungen des § 25a AufenthG nichts.

⁴⁴ *Kopp/Schenke* (Fn. 1), § 113 Rn. 42.

⁴⁵ Siehe nur *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, 13. Aufl. (2012), § 48 Rn. 57f. Entsprechendes gilt für Spezialvorschriften wie § 21 Abs. 1 Nr. 3 BImSchG oder § 15 Abs. 2 GastG.

⁴⁶ Hierzu etwa *Ruffert*, in: Erichsen/Ehlers, Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl. (2010), § 21 Rn. 8.

mit eine Dynamisierung der Rechtmäßigkeitsbeurteilung strukturell unvereinbar wäre.

Oftmals ergibt sich die rechtliche Unbeachtlichkeit späterer Änderungen der Rechts- oder Sachlage auch aus der Ratio des jeweiligen Normenkomplexes: Wenn das geltende Recht besondere Regelungen bereitstellt, um auf eine nachträgliche Änderung der Sachlage zu reagieren – etwa durch nachträgliche Anordnungen nach § 17 BImSchG –, indiziert dies, dass die tatsächlichen Änderungen die Rechtmäßigkeit der Ausgangsverfügung unberührt lassen⁴⁷. Prognoseentscheidungen ist eine Zukunfts-offenheit immanent; eine nach den Regeln der Kunst getroffene Prognose wird nicht rechtswidrig, weil man später bessere Tatsachenkenntnis erlangt⁴⁸. Nachträgliche Änderungen der Sachlage, die zur Gegenstandslosigkeit des Verwaltungsaktes führen (z. B. Abrissverfügung, wenn das betroffene Gebäude vom Erdbeben zerstört wird), machen die Verfügung nicht rechtswidrig⁴⁹, sondern führen nur zur Erledigung, auf die prozessual entsprechend reagiert werden muss.

b) Sonderproblem verfassungsgerichtlicher Normverwerfung

Quer zur Frage des maßgeblichen Zeitpunkts der Rechtmäßigkeitsbeurteilung liegen die Bestimmungen der § 79 Abs. 2 BVerfGG und § 183 VwGO, die nicht die Frage der Rechtmäßigkeit betreffen, sondern die Folgen, die sich aus einer verfassungsgerichtlichen Feststellung der Verfassungswidrigkeit einer der Einzelentscheidung zugrunde liegenden Rechtsnorm ergeben⁵⁰. Die Regelungen enthalten Rückabwicklungssperren⁵¹, die insoweit auch § 51 VwVfG (richtigerweise jedoch nicht § 48 Abs. 1 VwVfG) verdrängen⁵². Ob eine verfassungsgerichtliche Entscheidung, die eine Rechtsnorm für nichtig erklärt, überhaupt die *Rechtslage* ändert⁵³, hängt davon ab, ob man der

Verfassungswidrigerklärung konstitutive Gestaltung⁵⁴ oder lediglich deklaratorische Feststellungswirkung⁵⁵ beimisst⁵⁶. Jedenfalls gilt § 79 Abs. 2 BVerfGG ausdrücklich nur für unanfechtbare Entscheidungen und zeitigt daher keine Auswirkungen auf noch anhängige gerichtliche Verfahren.

c) Rückwirkung und Heilung

Das materielle Recht kann aber auch Ausnahmen zu Gunsten einer Berücksichtigung der späteren Rechtslage anordnen, etwa durch eine ausdrückliche Anordnung von rückwirkenden Rechtsänderungen (echte Rückwirkung)⁵⁷ oder durch eine Heilung (mit Wirkung ex tunc oder ex nunc). So lässt § 45 Abs. 2 VwVfG eine Heilung bis zum Abschluss der letzten Tatsacheninstanz zu, wobei umstritten ist, ob die Heilung ex nunc oder ex tunc wirkt⁵⁸. Die praktische Bedeutung des Streits ist gering, da der Betroffene bei Heilung die Klage nach § 92 Abs. 1 VwGO zurücknehmen kann und das Mitverschulden der Behörde – unter Überwindung des § 155 Abs. 2 VwGO, der insoweit teleologisch restriktiv auszulegen ist – nach § 155 Abs. 4 VwGO (sowie spiegelbildlich zum Rechtsgedanken des § 156 VwGO) angemessen zu berücksichtigen ist⁵⁹. Auch bei einer Heilung

Schneider/Bier, VwGO, Stand: 2012, § 183 Rn. 54; Zuck (Fn. 51), § 79 Rn. 12.

54 Böckenförde, Die sogenannte Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze, 1966, S. 111ff., 275ff.; Gärditz, in: Friauf/Höfling, Berliner Kommentar zum GG, 2013, Art. 20 Abs. 3 (Rechtsstaat) Rn. 97ff.; Grzeszick, Rechte und Ansprüche, 2002, S. 79ff.; Heckmann, Geltungskraft und Geltungsverlust von Rechtsnormen, 1997, S. 115ff.; Hein, Die Unvereinbarerklärung verfassungswidriger Gesetze durch das Bundesverfassungsgericht, 1988, S. 102ff.; Moench, Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle, 1977, S. 125ff.; Lippold, Der Staat 29 (1990), 185, 204ff.; Pestalozza, Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl. (1991), § 20, Rn. 15; Söhn, Anwendungspflicht und Aussetzungspflicht bei festgestellter Verfassungswidrigkeit von Gesetzen, 1974, S. 43.

55 Etwa Arndt, DÖV 1959, 81ff.; Bethge, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/ders., BVerfGG, 2013, § 31, Rn. 139ff.; Detterbeck, Streitgegenstand und Entscheidungswirkungen im Öffentlichen Recht, 1995, S. 433, 442; Löwer, in: Isensee/Kirchhof, HStR III, 3. Aufl. (2005), § 70, Rn. 114; Pietzcker, AöR 101 (1976), 374 (383); Schlaich/Korioth, Das Bundesverfassungsgericht, 9. Aufl. (2012), Rn. 379; Schulte-Fieltz, in: Dreier, GG, Bd. II, Art. 20 (Rechtsstaat), Rn. 84; Sachs, in: Sachs, GG, 6. Aufl. (2011), Art. 20 Rn. 95; Wysk, in: Wysk, VwGO, 2011, § 183 Rn. 2.

56 Siehe Gärditz, in: ders., VwGO, 2013, § 183 Rn. 2.

57 Kopp/Ramsauer (Fn. 45), § 48 Rn. 58.

58 Nach hM ex nunc, vgl. Kopp/Ramsauer (Fn. 45), § 48 Rn. 14, mit Nachweisen zum Streitstand. Für die Gegenansicht etwa Meyer, in: Knack/Henneke, VwVfG, 9. Aufl. (2010), § 45 Rn. 15.

59 Zutreffend Kopp/Ramsauer (Fn. 45), § 45 Rn. 14, 38.

47 Vgl. Kopp/Schenke (Fn. 1), § 113 Rn. 46.

48 In diesem Sinne für Gefahrenprognosen auch Kopp/Schenke (Fn. 1), § 113 Rn. 53.

49 Kopp/Ramsauer (Fn. 45), § 48 Rn. 59.

50 Vertiefend Gerhard, Die Rechtsfolgen prinzipialer Normenkontrollen für Verwaltungsakte: § 79 Abs. 2 BVerfGG und § 183 VwGO, 2008; Kneser, AöR 89 (1964), 129ff.; Latzel, Die Wirkung für nichtig erklärter Steuergesetze auf bestehende Steuerverwaltungsakte, 1971; Steiner, in: FG BVerfG, Bd. I, 1976, S. 628ff.; Zehkorn, ZfP 74 (1961), 401ff.

51 Graßhoff, in: Umbach/Clemens/Dollinger, BVerfGG, 2. Aufl. (2005), § 79 Rn. 26. Zuck, BVerfGG, 6. Aufl. (2011), § 79 Rn. 8.

52 Lenz/Hansel, BVerfGG, 2013, § 79 Rn. 23.

53 Hiergegen etwa Bethge, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, Stand: 2013, § 79 Rn. 49; Pietzner, in: Schoch/

ex tunc wird also der Kläger kostenrechtlich so gestellt, als ob nur eine temporale Teilaufhebung erfolgt wäre. Entsprechendes gilt bei einer Erledigungserklärung im Rahmen des § 161 Abs. 2 VwGO.

2. Anfechtungsklage

Für die Anfechtungsklage (§ 42 Abs. 1 Var. 1 VwGO) ergibt sich hieraus, dass sich die nach § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO maßgebliche Rechtmäßigkeit nach Maßgabe des materiellen Rechts grundsätzlich auf den Zeitpunkt des Erlasses der letzten Behördenentscheidung (bzw. des Widerspruchsbescheids, vgl. § 79 Abs. 1 VwGO) bezieht. Denn eine Änderung der Sach- und Rechtslage wirkt sich nach materiellem Recht, wie dargelegt, grundsätzlich nicht auf die Rechtmäßigkeitsbeurteilung des angegriffenen Verwaltungsaktes aus. Vor diesem Hintergrund ist der maßgebliche Bezugspunkt für die gerichtliche Beurteilung – notabene: aus materiell-rechtlichen, nicht aus prozessualen Gründen – im Ergebnis in der Regel gleichzusetzen mit dem Zeitpunkt des Erlasses des Verwaltungsaktes bzw. des Widerspruchsbescheids. Hiervon sind freilich Ausnahmen dort anzuerkennen, wo eine rigide Erlassperspektive entweder den Wertungen des materiellen Rechts zuwider liefe⁶⁰ oder – vor allem unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit – zu verfassungsrechtlich prekären Ergebnissen führen würde.

a) Rechtmäßigwerden rechtswidriger Verwaltungsakte?

Aus § 49 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 – 4 VwVfG folgt, dass ein rechtswidriger Verwaltungsakt – ungeachtet der möglichen Unbeachtlichkeit von Verfahrensfehlern nach §§ 45, 46 VwVfG – nicht durch eine nachträgliche Änderung der Rechts- oder Sachlage rechtmäßig werden kann⁶¹. Freilich kann eine entsprechende Änderung dazu führen, dass der Verwaltungsakt nach gerichtlicher Aufhebung sofort mit gleichem Inhalt – nunmehr aber auf materiell rechtskonformer Grundlage – wieder erlassen werden müsste. In diesem Fall wird in der Regel das Rechtsschutzbedürfnis für eine Anfechtungsklage nachträglich fortfallen, was ggf. zu einem Erledigungsstreit führt. Ein rechtswidriger Verwaltungsakt wird nur dann nachträglich rechtmäßig,

wenn ein Gesetz Fehler rückwirkend beseitigt⁶². Da es sich um eine echte Rückwirkung handelt, die nachträglich die materiellen Voraussetzungen des prozessualen Beseitigungsanspruches des Klägers (§ 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO) entzieht, ist eine solche rückwirkende Heilung freilich verfassungsrechtlich nur unter sehr strengen Voraussetzungen zulässig⁶³. Die Umstände, die zur Unbegründetheit führten, sind zudem im Rahmen des § 155 Abs. 4 VwGO zu berücksichtigen.

b) Dauerverwaltungsakte und aufschiebend bedingte Verwaltungsakte

Besondere Probleme stellen sich bei Dauerverwaltungsakten. Prüfungsrelevante Beispiele wären etwa ein polizeilicher Platzverweis, ein Verkehrszeichen, die Anordnung von Anschluss- und Benutzungszwang oder eine bauordnungsrechtliche Nutzungsuntersagung⁶⁴. Überwiegend wird vertreten, dass diese durch nachträgliche Änderungen der Rechts- oder Sachlage ab dem Zeitpunkt des ändernden Ereignisses rechtswidrig werden⁶⁵. Richtigerweise ist jedoch auch das Konzept des nachträglichen Rechtswidrigwerdens mit § 49 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 – 4 VwVfG unvereinbar⁶⁶. Auch bei Dauerverwaltungsakten markieren nachträgliche Änderungen nur einen Widerrufsgrund, wobei ggf. – namentlich bei anderenfalls unverhältnismäßigen Belastungen – ein Anspruch auf Widerruf im Rahmen der §§ 51, 49 Abs. 1 VwVfG besteht. Dieser Anspruch ist dann prozessual selbstständig mit der Verpflichtungsklage und nicht durch Anfechtung des Bescheides zu verfolgen. Auch für Verwaltungsakte, bei denen die materielle Entfaltung des Regelungsgehaltes nicht mit dem Wirksamwerden (§ 43 VwVfG) zusammenfällt, sondern hinausgeschoben wird (z. B. durch zeitliche Geltungsbestimmung oder aufschiebende Bedingung), gilt nichts Abweichendes.

⁶⁰ BVerwG, Beschl. v. 4. 7. 2006, 5 B 90/05; HessVGH, Urt. v. 25. 2. 2013, 6 C 824/11.T.

⁶¹ So i. E. auch *Kopp/Schenke* (Fn. 1), § 113 Rn. 47.

⁶² BVerwG, NVwZ 1991, 360 f.; Beschl. v. 2. 5. 2005, 6 B 6/05; *Kopp/Schenke* (Fn. 1), § 113 Rn. 48.

⁶³ Hierzu m. w. N. *Jarass*, in: ders./Pieroth, GG, 12. Aufl. (2012), Art. 20 Rn. 70 ff.

⁶⁴ Nach *Kopp/Schenke* (Fn. 1), § 113 Rn. 43.

⁶⁵ VGH BW, VBIBW 2002, 208; OVG NW, NVwZ-RR 1988, 1f.; *Knauff* (Fn. 1), § 113 Rn. 20; *Kopp/Schenke* (Fn. 1), § 113 Rn. 43. BVerwG, NVwZ 2012, 510, 511; *Schübel-Pfister*, JuS 2012, 420, 423. *Baumeister*, JURA 2005, 655, 660 spricht sich dagegen aus, dass jede Veränderung automatisch die Rechtswidrigkeit des Dauerverwaltungsaktes zur Folge hat.

⁶⁶ *Kopp/Ramsauer* (Fn. 45), § 48 Rn. 57.

c) Verwaltungsakte mit Drittwirkung

Bei Verwaltungsakten mit Drittwirkung stellt sich ganz allgemein das Problem, dass die Begünstigung des Einen die Belastung des Anderen ist. Grundsätzlich bleibt es auch hier dabei, dass spätere Änderungen der Rechts- oder Sachlage die Rechtmäßigkeit unberührt lassen. Dem belasteten Drittkläger kann freilich das Rechtsschutzbedürfnis fehlen, wenn er einen rechtswidrigen begünstigenden Verwaltungsakt angreift, obschon ein inhaltsgleicher Verwaltungsakt auf Grund einer nachträglichen Änderung der Rechts- oder Sachlage nach einer gerichtlichen Aufhebung sofort wieder erlassen werden müsste⁶⁷.

d) Dynamisierung kraft Verhältnismäßigkeitsgebots

Ganz allgemein wird man aus Gründen der Verhältnismäßigkeit auch nachträgliche Änderungen der Sach- und Rechtslage berücksichtigen müssen, wenn es anderenfalls zu schweren und irreparablen Folgen käme. Die nachträgliche Rechtswidrigkeit des Grundverwaltungsaktes lässt sich richtigerweise nicht im Vollstreckungsrechtsschutz (§ 167 Abs. 2 VwGO i. V. mit § 767 ZPO) geltend machen, sodass nur die Verpflichtungsklage auf Rücknahme/Widerruf verbliebe⁶⁸. Dies würde aber den Betroffenen in der ungünstigen Ausgangslage positionieren, einen wirksamen und vollstreckbaren Verwaltungsakt hinzunehmen und Rechtsschutz unter erschwerten Bedingungen im Vorgriff auf die Verpflichtungsklage über § 123 VwGO zu erreichen. Dieser Weg ist zwar prozessrechtlich praktikabel, kann aber unzumutbar sein, wenn mit dem Vollzug des Verwaltungsaktes schwerwiegende Nachteile verbunden sind, für die der Defensivmechanismus der Anfechtungsklage nebst § 80 VwGO angemessener ist. Die Konnexität von folgenbezogener Verhältnismäßigkeit und hinausgeschobenem Beurteilungszeitpunkt ist richtigerweise ebenfalls eine Frage des verfassungskonform interpretierten materiellen Rechts. So wird man beispielsweise eine auf die materielle Baurechtswidrigkeit gestützte Abrissverfügung bei verfassungskonformer Auslegung des materiellen Bauordnungsrechts als rechtswidrig qualifizieren müssen, wenn

⁶⁷ *Kopp/Schenke* (Fn. 1), § 113 Rn. 51 (»dolo agit«); ebenso *Baumeister*, Der Beseitigungsanspruch als Fehlerfolge des rechtswidrigen Verwaltungsakts, 2006, S. 339f.

⁶⁸ *Kopp/Schenke* (Fn. 1), § 167 Rn. 19a; *Poscher*, *VerwArch* (89) 1998, 111, 123. Für eine analoge Anwendung von § 767 Abs. 2 ZPO hingegen VGH BW, VBIBW 1983, 142, 143; NVwZ-RR 1992, 473, 474.

ein Bebauungsplan das Vorhaben nach Erlass der Verfügung materiell legalisiert⁶⁹.

Ähnliche – letztlich auch auf Verhältnismäßigkeits-erwägungen beruhende – Folgerungen ergeben sich vereinzelt auch aus dem Unionsrecht, das es gebieten kann, einer späteren Änderung der Sach- oder Rechtslage noch im Rahmen des gerichtlichen Verfahrens Rechnung zu tragen, schon um die praktische Wirksamkeit unionsrechtlich begründeter Rechte nicht zu unterlaufen (Art. 4 Abs. 3 EUV). Ein Beispiel wäre die Ausweisung von Unionsbürgern. Das einschlägige Unionsrecht⁷⁰ verlangt, auch nachträgliche Änderungen noch bei der Ermessensausübung zu berücksichtigen⁷¹, weshalb eine Entscheidung nach § 6 FreizügG/EU, die dem nicht genügt, vom angerufenen Verwaltungsgericht als rechtswidrig aufzuheben ist⁷². Entsprechendes gilt für eine Abschiebungsandrohung, falls der Adressat im Entscheidungszeitpunkt weder abgeschoben wurde noch ausgereist ist⁷³. Auch in der Rationalität asylrelevanter Nachfluchtgründe (§ 28 AsylVfG) läge es, Änderungen nach Ergehen der Entscheidung Rechnung zu tragen⁷⁴.

3. Verpflichtungsklage und allgemeine Leistungsklage

Hinsichtlich der Verpflichtungsklage (§ 42 Abs. 1 2. Var. VwGO) gilt, dass zum Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung nach § 113 Abs. 5 VwGO die Voraussetzungen des Anspruchs auf Erlass eines begünstigenden Verwaltungsakts vorliegen müssen⁷⁵. Veränderungen der Rechts- oder Sachlage nach Antragstellung können sich also sowohl positiv als auch negativ auf den Erfolg der Klage auswirken. Entfällt eine nach materiellem Recht für den Bestand des geltend gemachten Anspruchs konstitutive Voraussetzung, ist die Klage abzuweisen. Entsprechendes gilt für die allgemeine Leistungsklage. Ausnahmsweise

⁶⁹ *Kopp/Schenke* (Fn. 1), § 113 Rn. 45.

⁷⁰ Inzwischen Art. 28 Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 29. 4. 2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten (ABl. L 158, 77).

⁷¹ EuGH, Urt. v. 29. 4. 2004, C-482/01 (Orfanopoulos und Oliveri), Slg. 2004 I-5257, Rn. 82; *Dienelt*, in: Renner, *Ausländerrecht*, 6. Aufl. (2011), § 6 FreizügG/EU Rn. 61, 67; *Kurzidem*, in: Kluth/Hund/Maaßen, *Zuwanderungsrecht*, 2008, § 6 Rn. 38.

⁷² BVerwGE 121, 297, 301ff.

⁷³ *Kopp/Schenke* (Fn. 1), § 113 Rn. 45; BVerwG, NVwZ-RR 2012, 529.

⁷⁴ Zur zeitlichen Sperre in Relation zur ersten Asylentscheidung siehe *Marx*, *AsylVfG*, 7. Aufl. (2009), § 28 Rn. 145ff.

⁷⁵ Stellvertretend *Knauff* (Fn. 1), § 113 Rn. 103.

muss auf eine frühere Sach- und Rechtslage abgestellt werden, wenn der Kläger einen Anspruch auf Grund eines aufgehobenen Gesetzes hatte und dieser bislang unerfüllte Anspruch nicht mit der Aufhebung der Rechtsgrundlage erloschen ist⁷⁶, oder bei ereignisbezogenen und damit temporal fixierten (z. B. prüfungsrechtlichen⁷⁷) Klagen⁷⁸. Bei Klagen auf künftige Leistung muss auf den Anspruch im geltend gemachten Leistungszeitraum abgestellt werden.

4. Feststellungsklagen

Im Rahmen von Feststellungsklagen nach § 43 Abs. 1 VwGO kommt es entscheidend darauf an, auf welches Rechtsverhältnis sich die Klage bezieht. Der Kläger kann insoweit über den Streitgegenstand auch die intertemporale Einbindung in den jeweiligen rechtlichen und tatsächlichen Kontext eines Rechtsverhältnisses festlegen. Prinzipiell ist es auch möglich, das frühere Bestehen oder Nichtbestehen eines vergangenen Rechtsverhältnisses feststellen zu lassen, vorausgesetzt, ein hinreichendes Feststellungsinteresse besteht. Im Rahmen der Fortsetzungsfeststellungsklage ist grundsätzlich der Zeitpunkt der Erledigung des Verwaltungsakts maßgeblich, auf den sich das besondere Feststellungsinteresse – gleich ob über § 43 Abs. 1 VwGO oder § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO (analog)⁷⁹ – bezieht, ggf. aber auch der gesamte Zeitraum, in dem der als rechtswidrig beanstandete Verwaltungsakt wirksam war⁸⁰. Wäre der Verwaltungsakt gemessen am Streitgegenstand nur in einem Teilzeitraum rechtswidrig, wäre die Klage im Übrigen abzuweisen.

5. Normenkontrollanträge

Auch bei Verfahren der prinzipialen Normenkontrolle nach § 47 VwGO ist die Rechts- und Sachlage im Zeitpunkt der Entscheidung maßgeblich⁸¹. Die hM deutet § 47 Abs. 5

Satz 2 VwGO als deklaratorische Feststellungsentscheidung⁸², weshalb die Feststellung der Unwirksamkeit dann ex tunc entweder auf den Erlasszeitpunkt oder auf den Zeitpunkt des späteren Ereignisses, das zur Rechtswidrigkeit geführt hat, bezogen wird⁸³. Auch eine nach Erlass der Rechtsnorm eingetretene Änderung der Sach- und Rechtslage kann also erheblich sein, sofern das materielle Recht der Änderung Bedeutung für die Rechtmäßigkeit zumisst. Abstrakt-generelle Normen können auch nach ihrem Erlass rechtswidrig werden, sofern das jeweils höherrangige Recht nachwirkende Konformitätsgebote enthält, die einen dynamischen Inhalt haben. Dies trifft namentlich auf das kontextabhängige und damit normintern dynamisierte Verhältnismäßigkeitsgebot zu. Und Beobachtungs- sowie Nachbesserungspflichten des Gesetzgebers⁸⁴ setzen voraus, dass die Verfassungskonformität zulässig erlassener materieller Gesetze von tatsächlichen Veränderungen abhängen kann⁸⁵. Soweit dies der Fall ist, hat das erkennende OVG entscheidungserhebliche Änderungen, die im relevanten Entscheidungszeitpunkt eingetreten sind, zugrunde zu legen.

Im Kern der verwaltungsprozessualen Normenkontrolle nach § 47 VwGO steht freilich die Kontrolle der planerischen Abwägung von Bauleitplänen. Für die Rechtmäßigkeit der Abwägung ist nach § 214 Abs. 3 Satz 1 BauGB die Rechts- und Sachlage im Zeitpunkt der Beschlussfassung maßgeblich, was nachträgliche Änderungen unbeachtlich macht⁸⁶. Abweichendes dürfte nur gelten, soweit ein Fall der nachträglichen Abwägungsdisproportionalität vorliegt und insoweit gegen das verfassungsunmittelbare Verhältnismäßigkeitsprinzip verstoßen wird⁸⁷, das auch über den Erlasszeitpunkt hinaus

⁷⁶ Vgl. BVerwGE 42, 296, 299.

⁷⁷ Maßgeblich ist das Prüfungsrecht und das tatsächliche Können im Zeitpunkt der Prüfung, nicht der Kontrolle.

⁷⁸ *Knauff* (Fn. 1), § 113 Rn. 103; *Pietzner/Ronellenfisch*, Assessorexamen im Öffentlichen Recht, 12. Aufl. (2010), § 20 Rn. 23.

⁷⁹ Zum Streit über die systematisch richtige Zuordnung stellvertretend *Glaser*, in: Gärditz, VwGO, 2013, § 43 Rn. 74.

⁸⁰ So zutreffend HessVGH, Urt. v. 25. 2. 2013, 6 C 824/11.T, in einer Fortsetzungsfeststellungsklage betreffend das sog. Atommoratorium.

⁸¹ von *Albedyll*, in: *Bader/Funke-Kaiser/Stuhlfauth/ders.*, VwGO, 5. Aufl. (2011), § 47 Rn. 109; *Kerkmann/Lambrecht*, in: Gärditz (Fn. 1), § 47 Rn. 142.

⁸² Etwa *Detterbeck*, Streitgegenstand und Entscheidungswirkungen im Öffentlichen Recht, 1995, S. 244; *Schmidt*, in: *Eyerermann*, VwGO, 13. Aufl. (2010), § 47 Rn. 91; *Ziekow*, in: *NK-VwGO*, 3. Aufl. (2010), § 47 Rn. 355.

⁸³ VGH BW, DÖV 1985, 162, 163; *Stüer*, DVBl. 1985, 469, 479; *Kopp/Schenke* (Fn. 1), § 47 Rn. 144.

⁸⁴ Hierzu etwa BVerfGE 25, 1, 12f.; 49, 89, 130ff.; 50, 290, 335; 56, 54, 78f.; *Badura*, in: *FS Kurt Eichenberger*, 1982, S. 481ff.; *Gerber*, DÖV 1989, 698ff.; *Miernik*, Die verfassungsrechtliche Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers, 1997, S. 51ff.; *Roßnagel*, JZ 1985, 714ff.

⁸⁵ Vgl. *Gusy*, ZRP 1985, 291, 294; *Huster*, ZfRSoz 24 (2003), 3, 8; *Mayer*, Die Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers, 1996, S. 117ff., 161f.; *Steinberg*, Der Staat 26 (1987), 161, 164f., 169.

⁸⁶ *Koch/Hendler*, Baurecht, Raumordnung- und Landesplanungsrecht, 5. Aufl. (2009), § 18 Rn. 46; vgl. auch *Battis*, in: *Battis/Krautberger/Löhr*, BauGB, 11. Aufl. (2009), § 214 Rn. 5.

⁸⁷ Vgl. zum Zusammenhang etwa *Peine*, Öffentliches Baurecht, 4. Aufl. (2003), Rn. 381. Allgemein zur rechtsstaatlichen Ableitung (Art. 20 Abs. 3 GG) des planerischen Abwägungsgebots BVerwGE 41, 67, 68; 48, 56, 63; 64, 33 (35); *Bertrams*, in: *FS Werner Hoppe*, 2000,

als relationaler Maßstab relevant bleibt. Typischerweise wird eine Planung vor diesem Hintergrund nicht nachträglich rechtswidrig, sondern lediglich von Änderungen der Rechts- oder Sachlage überholt. Dem trägt auch die Rechtsprechung Rechnung. Einzelne Festsetzungen eines Bebauungsplans können wegen Funktionslosigkeit außer Kraft treten, wenn sich die dem Bebauungsplan zugrunde liegenden Verhältnisse derart ändern, dass mit einer Verwirklichung der planerischen Festsetzungen des Planes nicht mehr zu rechnen ist⁸⁸. Die Funktionslosigkeit kann nach hM auch im Rahmen eines Normenkontrollantrags nach § 47 Abs. 1 Nr. 1 VwGO festgestellt werden⁸⁹. Dies erfordert es dann aber auch, auf die jeweiligen Verhältnisse im Zeitpunkt der Entscheidung abzustellen.

S. 975, 992; *Durner*, Konflikte räumlicher Planungen, 2005, S. 301 ff.; *Erbguth*, UPR 2010, 281 ff.; *Koch/Hendler* (Fn. 86), § 17, Rn. 1; *Schmidt-Aßmann*, DÖV 1981, 237, 240; *Sobota*, Das Prinzip Rechtsstaat, 1997, S. 216 f.; *Stüer*, Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, 4. Aufl. (2009), Rn. 1309; zurückhaltend *Gärditz*, in: *Friauf/Höfling*, Berliner Kommentar GG, Stand: 2013, Art. 20 (Rechtsstaat), Rn. 197 f.

⁸⁸ BVerwGE 54, 5, 7 ff.; BVerwG, NVwZ-RR 1990, 121; NVwZ-RR 1997, 513, 514; NVwZ-RR 2000, 411 f.; *Stüer*, Der Bebauungsplan, 4. Aufl. (2009), Rn. 588.

⁸⁹ *Kopp/Schenke* (Fn. 1), § 47 Rn. 146; *Stüer* (Fn. 88), Rn. 1423.

IV. Fazit

Der vorliegende Überblicksbeitrag hat gezeigt, dass das geltende Verwaltungsprozessrecht für die gängigen Probleme, den richtigen Beurteilungszeitpunkt für die Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandelns zu fixieren, in sich stimmige und praktikable Lösungen anbietet. Die zum Teil gegenüber der verwaltungsgerichtlichen Judikatur erhobene Kritik, es sei eine umfangreiche und uneinheitliche Kasuistik entstanden, überzeugt gemessen am derzeitigen Stand der Rechtsprechung nicht. Jedenfalls heute trennt die Rechtsprechung klar zwischen der (prozessualen) Frage nach dem nach der VwGO relevanten Zeitpunkt und dem (materiellen) Problem der Auswirkungen von Änderungen der Sach- und Rechtslage auf abgeschlossene Verwaltungsentscheidungen. Im Kern ist und bleibt es eine Frage des materiellen Fachrechts, wie mit dem Faktor Zeit und Änderungen in der Sach- und Rechtslage umzugehen ist. Und dies ist schon deshalb sachgerecht, weil Fragen der Stabilität von Verwaltungsentscheidungen in der Zeit unmittelbar sowohl die intertemporale Verhältnismäßigkeit⁹⁰ als auch die Rechtssicherheit, also den materiellen Konfliktausgleich betreffen. Dies erfordert problemspezifische Lösungen, die das abstrakte und gegenstandsübergreifende Prozessrecht nicht bereitstellen kann.

⁹⁰ Hierzu *Gärditz*, EurUP 2013, 2, 10 f.

