VGH München, Beschluss v. 02.01.2023 – 6 ZB 22.1150

**Titel:**

## Eintritt der Erledigung vor Klageerhebung im Zusammenhang mit geltend gemachtem Präjudizinteresse - erfolgloser Antrag auf Zulassung der Berufung

**Normenketten:**

BLV § 34 Abs. 1 S. 1
VwGO § 113 Abs. 1 S. 4, § 124 Abs. 2 Nr. 1
VwVfG § 43 Abs. 2

**Leitsätze:**

**1. Der Zulassungsgrund der ernstlichen Zweifel an der Richtigkeit der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung gem. § 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO liegt vor, wenn vom Rechtsmittelführer ein einzelner tragender Rechtssatz oder eine erhebliche Tatsachenfeststellung des Verwaltungsgerichts mit schlüssigen Argumenten in Frage gestellt wird. (Rn. 4) (redaktioneller Leitsatz)**
**2. Wird das Feststellungsinteresse auf die Absicht, einen Schadensersatzanspruch geltend zu machen gestützt, so gilt, dass die Erledigung erst nach Rechtshängigkeit des Antrags auf gerichtliche Entscheidung eingetreten sein darf; ist die Erledigung dagegen bereits vor Rechtshängigkeit des Antrags auf gerichtliche Entscheidung eingetreten, so ist der Betroffene gehalten, seine Schadensersatzklage unmittelbar beim zuständigen (Verwaltungs- oder ordentlichen) Gericht zu erheben, das – neben den übrigen Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs – inzident die Rechtmäßigkeit der angegriffenen Maßnahme überprüft. (Rn. 7) (redaktioneller Leitsatz)**
**3. Ein erledigter und damit unwirksamer Verwaltungsakt kann unabhängig davon, ob er angefochten wird oder nicht, keine Bestandskraft (mehr) entfalten. (Rn. 8) (redaktioneller Leitsatz)**

**Schlagworte:**

Übertragung eines gebündelten Dienstpostens, Erprobungszeit, Fortsetzungsfeststellungsklage, Feststellungsinteresse, Präjudizinteresse (abgelehnt), Beabsichtigter oder bereits anhängiger Schadensersatzprozess, Bestandskraft, Präjudizinteresse, Schadensersatzprozess, Polizeibeamter, Erledigungseintritt vor Klageerhebung, Unwirksamkeit, Erledigung

**Vorinstanz:**

VG Regensburg, Gerichtsbescheid vom 05.04.2022 – RO 1 K 20.216

**Fundstelle:**

BeckRS 2023, 250

## Tenor

I. Der Antrag des Klägers auf Zulassung der Berufung gegen den Gerichtsbescheid des Verwaltungsgerichts Regensburg vom 5. April 2022 - RO 1 K 20.216 - wird abgelehnt.

II. Der Kläger hat die Kosten des Zulassungsverfahrens zu tragen.

III. Der Streitwert für das Zulassungsverfahren wird auf 5.000,00 € festgesetzt.

## Gründe

1
Der Antrag des Klägers, die Berufung gegen den Gerichtsbescheid vom 5. April 2022 zuzulassen (§ 84 Abs. 2 Nr. 2 Halbs. 1 VwGO), bleibt ohne Erfolg. Der innerhalb der Frist des § 124a Abs. 4 Satz 4 VwGO allein geltend gemachten Zulassungsgrund der ernstlichen Zweifel an der Richtigkeit der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung (§ 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO) liegt nicht vor (§ 124a Abs. 5 Satz 2 VwGO).

2
1. Der Kläger, ein Polizeihauptkommissar (Besoldungsgruppe A 12), begehrt die Feststellung, dass die Erprobungszeit für den ihm (zunächst nur vorübergehend) übertragenen Dienstposten hätte entfallen oder

zumindest auf einen Monat verkürzt werden müssen. Er hatte sich auf einen Dienstposten als stellvertretender Dienstgruppenleiter (Besoldungsgruppe A 11-13g BBesO) beworben. Als Ergebnis der Ausschreibung setzte ihn die Bundespolizeidirektion M. mit Wirkung vom 1. März 2019 „mit dem Ziel der endgültigen Umsetzung“ zur Verwendung als stellvertretender Dienstgruppenleiter um. Den Antrag des Klägers vom 19. März 2019, die Erprobungszeit entfallen zu lassen oder zumindest auf einen Monat zu verkürzen, lehnte sie mit Schreiben vom 4. April 2019 ab. Hiergegen erhob der Kläger Widerspruch. Mit Wirkung vom 15. September 2019 setzte die Bundespolizeidirektion den Kläger (endgültig) um und übertrug ihm mit gleicher Wirkung den Dienstposten „stellvertretender Dienstgruppenleiter“. Zugleich hob sie die vorübergehend verfügte Umsetzung mit Ablauf des 14. September 2019 auf. Mit Widerspruchsbescheid vom 8. Januar 2020 wurde der Widerspruch des Klägers mit der Begründung zurückgewiesen, er sei zulässig, aber unbegründet. Die Erprobungszeit gemäß § 34 Abs. 1 Satz 1 BLV von mindestens sechs Monaten sei obligatorisch. Hiergegen erhob der Kläger Klage auf Feststellung, dass „der Bescheid der Beklagten vom 4. April 2019“ und der Widerspruchsbescheid vom 8. Januar 2020 rechtswidrig waren und dass die Erprobungszeit hätte entfallen oder verkürzt werden müssen. Unter dem 16. März 2022 erweiterte der Kläger seine Klage um den Antrag, ihn im Wege des Schadensersatzes dienst-, besoldungs- und versorgungsrechtlich so zu stellen, als ob er zum 1. Juni 2019 zum Ersten Polizeihauptkommissar A 13 ernannt worden wäre. Soweit die Klage auf die Geltendmachung von Schadensersatz gerichtet ist, wurde sie mit Beschluss vom 17. März 2022 vom Verfahren abgetrennt und unter dem Az. RO 1 K 22.915 fortgeführt. Über sie ist noch nicht entschieden. Die Feststellungsklage hat das Gericht mit Gerichtsbescheid vom 5. April 2022 mit der Begründung abgewiesen, die Klage sei bereits unzulässig. Sie sei zwar als Fortsetzungsfeststellungsklage statthaft, das erforderliche berechtigte Interesse an der Feststellung sei aber nicht erkennbar.

3
2. Die gegen den Gerichtsbescheid vorgebrachten Einwände rechtfertigen nicht die Zulassung der Berufung. Es bestehen keine ernstlichen Zweifel an der Richtigkeit der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung gemäß § 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO.

4
Dieser Zulassungsgrund läge vor, wenn vom Rechtsmittelführer ein einzelner tragender Rechtssatz oder eine erhebliche Tatsachenfeststellung des Verwaltungsgerichts mit schlüssigen Argumenten in Frage gestellt würde (vgl. zu diesem Maßstab BVerfG, B.v. 10.9.2009 - 1 BvR 814/09 - NJW 2009, 3642 m.w.N.). Die Richtigkeitszweifel müssen sich auf das Ergebnis der Entscheidung beziehen; es muss also mit hinreichender Wahrscheinlichkeit anzunehmen sein, dass die Berufung zu einer Änderung der angefochtenen Entscheidung führen wird (vgl. BVerwG, B.v. 10.3.2004 - 7 AV 4.03 - NVwZ-RR 2004, 542 f.; BayVGH, B.v. 15.2.2018 - 6 ZB 17.2521 - juris Rn. 4). Das ist nicht der Fall.

5
Das Verwaltungsgericht ist entscheidungstragend davon ausgegangen, dass die Fortsetzungsfeststellungsklage gemäß § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO in entsprechender Anwendung statthaft sei. Der „Bescheid der Beklagten vom 4. April 2019“ und der Widerspruchsbescheid vom 8. Januar 2020 hätten sich mit Wirkung 15. September 2019 - der (konkludenten) Beendigung der Erprobungszeit - und damit vor Klageerhebung erledigt (UA Seite 18 letzter Absatz). Es sei aber kein berechtigtes Interesse an der Feststellung der Rechtswidrigkeit erkennbar, auch nicht unter dem sinngemäß geltend gemachten Gesichtspunkt der Präjudizwirkung der Feststellung für den behaupteten Schadensersatzanspruch. Zum Zeitpunkt der Klageerhebung sei bereits Erledigung eingetreten. Daher sei dem Kläger bereits bei Klageerhebung zuzumuten und objektiv möglich gewesen, Leistungsklage hinsichtlich eines etwaigen Schadensersatzanspruchs aufgrund der entgangenen Beförderungsmöglichkeit zu erheben bzw. einen entsprechenden Antrag bei der Behörde zu stellen. Es sei auch im Übrigen nicht ersichtlich, welche Verbesserung der Rechtsstellung des Klägers sich aus der begehrten Feststellung ergeben könnte.

6
Der Kläger hält dem als einziges Argument entgegen, das Gericht übersehe, dass nach Eintritt eines erledigenden Ereignisses - der Dienstpostenübertragung mit Wirkung vom 15. September 2019 - erst der Widerspruchsbescheid vom 8. Januar 2020 ergangen sei. Er sei daher gezwungen gewesen, gegen den Widerspruchsbescheid Klage zu erheben, da dieser ansonsten bestandskräftig geworden wäre. Insofern sei er gehindert gewesen, sogleich Leistungsklage hinsichtlich eines Schadensersatzanspruchs zu erheben

bzw. einen entsprechenden Antrag bei der Behörde zu stellen, da ihm dann die Bestandskraft der Entscheidung entgegengehalten worden wäre.

7
Damit vermag der Kläger nicht durchzudringen. Im Ergebnis zu Recht ist das Gericht davon ausgegangen, dass der Kläger das erforderliche Feststellungsinteresse nicht aus der Präjudizwirkung der begehrten Feststellung für einen beabsichtigten bzw. inzwischen bereits anhängig gemachten Schadensersatzprozess herleiten kann. Wird das Feststellungsinteresse auf die Absicht, einen Schadensersatzanspruch geltend zu machen gestützt, so gilt einschränkend, dass die Erledigung erst nach Rechtshängigkeit des Antrags auf gerichtliche Entscheidung eingetreten sein darf. Ist die Erledigung dagegen bereits vor Rechtshängigkeit des Antrags auf gerichtliche Entscheidung eingetreten, so ist der Beschwerdeführer gehalten, seine Schadensersatzklage unmittelbar beim zuständigen (Verwaltungs- oder ordentlichen) Gericht zu erheben, das - neben den übrigen Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs - inzident die Rechtmäßigkeit der angegriffenen Maßnahme überprüft (BVerwG, B.v. 26.1.2022 - 1 WB 8/21 - juris Rn. 24 m.w.N.; Schübel-Pfister in Eyermann, VwGO, 16. Aufl. 2022, § 113 Rn. 114, 118; vgl. auch OVG Bremen. B.v. 25.9.2014 - 2 A 140/12 - juris Rn. 12; OVG Saarl, B.v. 29.9.2015 - 1 A 30/15 - juris Rn. 12 f.).

8
Daran vermag der Einwand des Klägers, er sei gehindert gewesen, sogleich Leistungsklage hinsichtlich eines etwaigen Schadensersatzanspruchs zu erheben bzw. einen entsprechenden Antrag bei der Behörde zu stellen, weil ihm dann die Bestandskraft der Widerspruchsentscheidung entgegengehalten worden wäre, nichts zu ändern. Ausgehend von der - insoweit nicht angegriffenen - Annahme des Gerichts, „der Bescheid der Beklagten vom 4. April 2019“ und der Widerspruchsbescheid vom 8. Januar 2020 hätten sich mit der Dienstpostenübertragung mit Wirkung vom 15. September 2019 erledigt, kann der erst nach Eintritt der Erledigung erlassene Widerspruchsbescheid nicht in Bestandskraft erwachsen. Bestandskraft im Sinne einer Bindung insbesondere von Behörden und Gerichten an die im Verwaltungsakt getroffenen Feststellungen (vgl. Goldhammer in Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, 22. EL April 2022, VwVfG, § 43 Rn. 75 ff., 85 ff.; Schwarz in Fehling/Kastner/Störmer, Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 2021, VwVfG, § 43 Rn. 24) setzt voraus, dass dieser wirksam ist. Ein Verwaltungsakt ist aber gemäß § 43 Abs. 2 VwVfG u.a. nur solange wirksam, als er nicht (durch Zeitablauf oder auf sonstige Weise) erledigt ist. Ein erledigter und damit unwirksamer Verwaltungsakt kann unabhängig davon, ob er angefochten wird oder nicht, keine Bestandskraft (mehr) entfalten (vgl. BVerwG, B.v. 26.1.2022 - 1 WB 8/21 - juris Rn. 18; Goldhammer in Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, 22. EL April 2022, VwVfG, § 43 Rn. 85, 87). Dementsprechend wird eine auf Aufhebung eines Verwaltungsakts gerichtete Anfechtungsklage mit Eintritt der Erledigung unstatthaft bzw. mangels Rechtsschutzbedürfnisses unzulässig. Sie kann gemäß § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO nur noch als Fortsetzungsfeststellungsklage fortgeführt werden (vgl. Schübel-Pfister in Eyermann, VwGO, 16. Aufl. 2022, § 113 Rn. 86). Entsprechendes gilt für erledigte Verpflichtungsbegehren (Schübel-Pfister in Eyermann, VwGO, 16. Aufl. 2020, § 13 Rn. 127 m.w.N.). Kann aber der Kläger - wie hier - nach Eintritt der Erledigung sein erklärtes Ziel, einen Verwaltungsakt aufheben zu lassen und so den Eintritt der Bestandskraft zu verhindern, ohnehin nicht (mehr) erreichen, kann ihm auch in einem beabsichtigten oder schon anhängigen Schadensersatzprozess nicht entgegengehalten werden, er habe nach Eintritt der Erledigung noch eine Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage oder eine - auf dieses Ziel von vornherein nicht gerichtete - (Fortsetzungs-)Feststellungsklage erheben müssen.

9
Dahingestellt bleiben kann und muss, ob das Gericht den Widerspruchsbescheid vom 8. Januar 2020, mit dem der Widerspruch als unbegründet zurückgewiesen worden ist, zur Beseitigung des dadurch erzeugten Rechtsscheins hätte aufheben oder dessen Unwirksamkeit feststellen können oder müssen. Einen entsprechenden Antrag auf Aufhebung des Widerspruchsbescheids (vgl. BVerwG, B.v. 20.1.1989 - 8 C 30/87 - juris Rn. 10) oder auf Feststellung, dass „der Bescheid der Beklagten vom 4. April 2019“ in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 8. Januar 2020 gegenstandlos geworden ist (vgl. BVerwG, B.v. 26.1.2022 - 1 WB 8/21 - juris Rn. 19 ff.), hat der Kläger aber weder im Ausgangsverfahren gestellt noch hat er im Zulassungsverfahren (zumindest sinngemäß) gerügt, dass sein Antrag vom Gericht dergestalt auszulegen bzw. auf eine entsprechende Antragstellung hinzuwirken gewesen wäre.

10
Ebenfalls offenbleiben kann die Frage, ob dem Kläger für sein Klagebegehren auf „Wegfall oder Verkürzung der Erprobungszeit“ die als Rechtsgrundlage allein in Betracht kommende Vorschrift des § 34 Abs. 2 Satz 1

Alt. 2 BLV ein subjektives Recht und damit die erforderliche Klagebefugnis vermitteln kann. Das ist bereits deshalb fraglich, weil der übertragene Dienstposten gebündelt (von A 11-13g) bewertet, also für den Kläger (im Statusamt nach A 12) amtsangemessen ist, und deshalb die Vorschriften über die Erprobung auf einem höher bewerteten Dienstposten nicht ohne weiteres anwendbar sind (vgl. Lemhöfer in Lemhöfer/Leppek, Das Laufbahnrecht der Bundesbeamten, Stand März 2019, § 34 BLV 2009 Rn. 10; vgl. auch BVerwG, U.v. 25.1.2007 - 2 A 2/06 - juris Rn. 11 f.). Weiter ist zweifelhaft, ob diese Vorschrift im Fall ihrer Anwendung dem zu erprobenden Beamten ein subjektives Recht (auf Bewertung der auf einem anderen Dienstposten geleisteten Zeiten als geleistete Erprobungszeit in der neuen Funktion) vermittelt oder allein objektivem Interesse dient.

11
3. Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 2 VwGO.

12
Die Streitwertfestsetzung folgt aus § 47, § 52 Abs. 2 GKG. Streitgegenstand ist ausgehend vom Rechtsmittelantrag die Feststellung, dass die Erprobungszeit hätte entfallen oder verkürzt werden müssen. Gegenstand der Klage ist also nicht die Vergabe eines höherwertigen Dienstpostens an einen Konkurrenten, mithin eine Konkurrenzsituation, sondern nur der Zeitpunkt der Übertragung des Dienstpostens an den zum Zuge gekommenen Bewerber, hier den Kläger. Streitgegenständlich ist nicht das „Ob“, sondern nur das „Wann“ der Dienstpostenübertragung. Dass diese Frage sich wiederum (mittelbar) auf die nachgelagerte Frage einer Beförderung in ein höherwertiges Statusamt auszuwirken vermag, hält der Senat nicht für ausreichend, um einen Anwendungsfall von § 52 Abs. 6 Satz 1 Nr. 1, Satz 4 GKG („Verleihung eines anderen Amts“) anzunehmen (vgl. zum Ganzen etwa NdsOVG, B.v. 18.7.2022 - 5 OA 34/22- juris Rn. 4; OVG Bremen, B.v. 16.4.2020 - 2 S 27/20 - juris Rn. 3 m.w.N.; vgl. zum Fall der faktischen Übertragung eines Beförderungsdienstpostens OVG NW, B.v. 26.11.2013 - 1 B 691/13 - juris Rn. 11 ff., 30; vgl. auch BayVGH, B.v. 10.9.2018 - 3 C 18.877 - juris Rn. 3).

13
Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO). Mit ihm wird der Gerichtsbescheid des Verwaltungsgerichts rechtskräftig (§ 84 Abs. 3 Halbs. 1, § 124a Abs. 5 Satz 4 VwGO).