Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht – Extra

In Zusammenarbeit mit der Neuen Juristischen Wochenschrift

Gegründet von Rechtsanwalt Prof. Dr. Hermann Weber, Schriftleiter von 1982–2001

Herausgegeben von *Rechtsanwalt Prof. Dr. Rüdiger Breuer,* Bonn – *Prof. Dr. Martin Burgi,* München – *Prof. Dr. Christian Calliess,* Berlin – *Dr. Josef Christ,* Vizepräsident des BVerwG, Leipzig – *Prof. Dr. Klaus-Peter Dolde,* Rechtsanwalt, Stuttgart – *Dr. Frank Fellenberg,* Rechtsanwalt, Berlin – *Dr. Andreas Heusch,* Präsident des VG, Düsseldorf – *Prof. Dr. Thomas Mayen,* Rechtsanwalt, Bonn – *Prof. Dr. Hubert Meyer,* Geschäftsf. Vorstandsmitglied des Niedersächsischen Landkreistages, Hannover – *Prof. Dr. Janbernd Oebbecke,* Münster – *Prof. Dr. Joachim Scherer,* Rechtsanwalt, LL.M., Frankfurt a. M. – *Dr. Heribert Schmitz,* Ministerialrat, Berlin – *Prof. Dr. Friedrich Schoch,* Freiburg – *Dr. Thomas Schröer,* Rechtsanwalt, Frankfurt a. M. – *Prof. Dr. Rudolf Streinz,* München

Schriftleitung: Rechtsanwalt Prof. Dr. Achim Schunder und Rechtsanwältin Dr. Christiane Prause, Beethovenstraße 7 b, 60325 Frankfurt a. M.

18a 20-17

Seite 1–6
36. Jahrgang
15. September 2017

Vors. Richter am VG Dr. Christian Bamberger*

Subsidiarität des verwaltungsgerichtlichen Hauptsacheverfahrens?

In welchem Verhältnis stehen verwaltungsgerichtliches Eil- und Hauptsacheverfahren zueinander? Eine vorschnelle Antwort würde lauten: Das Eilverfahren sichert auf summarische Weise schnell, aber nur vorläufig – das Hauptsacheverfahren prüft zeit- und rechtsschutzintensiv. Diese Beschreibung verkürzt die Beziehung jedoch, weil sie bedeutsame Verschiebungen im Verhältnis der Rechtsschutzformen zueinander ausblendet.

I. Einführung

Augenfällig sind die Verwerfungen seit Langem im Bereich des beamtenrechtlichen Konkurrentenstreitverfahrens. Hier übernimmt das Eilverfahren sogar den Prüfungsmaßstab des Hauptsacheverfahrens. Zu den Hauptsacheverfahren kommt es zudem in der Regel nicht mehr. Notwendige Korrekturen der dienstrechtlichen Dogmatik hin zu einem Bedeutungsgewinn des Hauptsacheverfahrens sind allerdings angedacht.[1]

Eine andere Entwicklung ist allerdings gegenläufig: Das Hauptsacheverfahren soll jedenfalls bei vorprozessual erledigten Maßnahmen dann nicht mehr durchgeführt werden, wenn das Eilverfahren regelmäßig effektiven Rechtsschutz zu bieten vermag. Dies ist in der Sache eine Art Subsidiarität des verwaltungsgerichtlichen Hauptsacheverfahrens, die in der Verwaltungsgerichtsordnung jedenfalls nicht normiert ist. Gleichwohl hat diese Rechtsfigur – versteckt über das Fortsetzungsfeststellungsinteresse bei vorprozessual erledigten Verwaltungsakten – Einzug in die Dogmatik gehalten.

Der Umgang mit vorprozessual erledigten Verwaltungsakten ist seit Langem umstritten. Einer abschließenden höchstrichterlichen Klärung hat sich das *BVerwG* trotz zaghafter Ansätze[2] verschlossen. Trotzdem ist die Problematik für die Praxis heutzutage entschieden.[3] Die Rechtswidrigkeit vorprozessual erledigter Verwaltungsakte kann im Wege einer analogen Anwendung des § 113 I 4 VwGO festgestellt werden. Im Wege einer „doppelt" analogen Anwendung ist dies auch für vorprozessual erledigte Verpflichtungsbegehren möglich.[4] Durch eine grundsätzliche Neujustierung der statthaften Klageart in Richtung allgemeiner Feststellungsklage nach § 43 I VwGO wäre heutzutage auch nicht mehr viel gewonnen. Ein Blick auf das Fortsetzungsfeststellungsinteresse des § 113 I 4 VwGO bestätigt dies, das im Falle vorprozessualer Erledigung ähnlich wie das berechtigte Interesse des § 43 I VwGO verstanden wird.[5] Das Fortsetzungsfeststellungsinteresse ist regelmäßig gegeben, wenn bestimmte Fallgruppen vorliegen, unter anderem dann, wenn eine sich typischerweise kurzfristig erledigende tiefgreifende Grundrechtsbeeinträchtigung besteht. Das *BVerfG* hat diese Weichenstellung – hin zu einer wirksamen verwaltungsgerichtlichen Kontrolle behördlicher Maßnahmen – frühzeitig angemahnt und sie in ihrer jetzigen Anwendung durch die fachgerichtliche Rechtsprechung anlässlich transplantationsrechtlicher Zuteilungsentscheidungen gebilligt. Die für das verwaltungsgerichtliche Eilverfahren hierdurch ausgelösten Fragestellungen sind kompliziert, aber lösbar. Im Ergebnis überzeugt die Konstruktion mit Blick auf die hiermit verbundene Reduktion verwaltungsgerichtlichen Hauptsacherechtsschutzes gleichwohl nicht.

---

* Der Autor ist Vorsitzender Richter am *VG Münster*, Lehrbeauftragter an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster und Mitautor im Beck-Kommentar zur VwGO von RiBVerwG *Dr. Wysk*.

1 Vgl. *BVerwGE* 155, 152 = NVwZ 2016, 1650 mwN und zum Teil unter Aufgabe früherer Rechtsprechung; hieran anschließend *VG Münster*, Beschl. v. 25.8.2016 – 5 L 1009/16, BeckRS 2016, 51959; *Kenntner*, ZBR 2016, 181 (193 ff.); unter Fortführung der bisherigen Rechtsprechung *OVG Münster*, IÖD 2016, 223, und *OVG Münster*, IÖD 2016, 164; ausdrücklich aA *OVG Koblenz*, IÖD 2017, 98.

2 *BVerwGE* 109, 203 = NVwZ 2000, 63 = NJW 2000, 1515 Ls.

3 Für die Annahme einer Fortsetzungsfeststellungsklage ohne weitere Begründung nunmehr *BVerwG*, NJW 2017, 2215.

4 *BVerwG*, NVwZ 2008, 571; *BVerwGE* 81, 226 = NJW 1989, 2486 = NVwZ 1989, 959 Ls.

5 Vgl. *Wysk* in *Wysk*, VwGO, 2. Aufl. 2016, § 43 Rn. 54, 52.

II. Das Fortsetzungsfeststellungsinteresse bei vorprozessualer Erledigung

Der Kläger muss im Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung[6] bzw. bei Entscheidungen ohne mündliche Verhandlung im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung ein schutzwürdiges Interesse an der Feststellung der Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes haben. Das in § 113 I 4 VwGO normierte Fortsetzungsfeststellungsinteresse ist hierbei eine besondere Ausprägung des Rechtsinstituts des allgemeinen Rechtsschutzbedürfnisses.[7] In der Rechtsprechung ist geklärt, dass für die Anwendung des § 113 I 4 VwGO jedes nach vernünftigen Erwägungen schutzwürdige Interesse rechtlicher, wirtschaftlicher oder auch ideeller Art genügt. Entscheidend ist, dass die gerichtliche Entscheidung geeignet ist, die klägerische Position in den genannten Bereichen zu verbessern.[8] Als Fallgruppen für ein berechtigtes Interesse an der Feststellung vorprozessual erledigter Verwaltungsakte haben sich die Wiederholungsgefahr, das Rehabilitierungsinteresse und die sich typischerweise kurzfristig erledigenden tiefgreifenden Grundrechtsbeeinträchtigungen herausgebildet. Die Präjudizialität im Hinblick auf einen Schadensersatzprozess ist – zumindest nach überwiegender Meinung der Rechtsprechung[9] – nicht geeignet, ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse bei vorprozessualer Erledigung zu begründen.

1. Wiederholungsgefahr

Ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse wegen Wiederholungsgefahr ist gegeben, wenn der Kläger künftig mit dem Erlass eines gleichartigen Verwaltungsakts rechnen müsste und die maßgebliche Rechtslage im Wesentlichen unverändert geblieben wäre.[10] In Anbetracht des Gebotes, effektiven Rechtsschutz zu gewährleisten, ist dabei nicht die Prognose erforderlich, dass einem zukünftigen behördlichen Vorgehen in allen Einzelheiten die gleichen Umstände zu Grunde liegen werden, wie dies vor Erledigung des Verwaltungsakts der Fall war. Für das Fortsetzungsfeststellungsinteresse ist vielmehr entscheidend, ob die rechtlichen und tatsächlichen Voraussetzungen künftigen Verwaltungshandelns unter Anwendung der dafür maßgeblichen Rechtsvorschriften geklärt werden können.[11] Ist dagegen ungewiss, ob in Zukunft noch einmal die gleichen tatsächlichen Verhältnisse eintreten wie im Zeitpunkt des Erlasses des erledigten Verwaltungsakts, kann das Fortsetzungsfeststellungsinteresse nicht aus einer Wiederholungsgefahr hergeleitet werden.[12] Wiederholungsgefahr scheidet auch aus, wenn zu erwarten ist, dass eine bestimmte behördliche Maßnahme verlässlich nicht mehr erfolgen wird.[13]

2. Rehabilitierungsinteresse

Ein berechtigtes Interesse an der Feststellung der Rechtswidrigkeit eines erledigten Verwaltungsakts besteht auch im Falle eines Rehabilitierungsinteresses. Dieses besteht, wenn sich aus der angegriffenen Maßnahme eine Stigmatisierung des Betroffenen ergibt, die geeignet ist, sein Ansehen in der Öffentlichkeit oder im sozialen Umfeld herabzusetzen. Diese Stigmatisierung muss Außenwirkung erlangt haben und noch in der Gegenwart andauern.[14] Vorausgesetzt ist stets, dass im Einzelfall ein berechtigtes Schutzbedürfnis gegenüber rufbeeinträchtigenden Nachwirkungen vorhanden ist.[15] So reicht es bei der Erteilung eines behördenintern ausgesprochenen Alkoholverbots, der Anordnung, sich ärztlich untersuchen zu lassen, oder bei Fahreignungszweifeln wegen Alkoholmissbrauchs nicht aus, dass der Kläger diese als diskriminierend empfunden hat. Maßgebend ist vielmehr, ob abträgliche Nachwirkungen dieser Maßnahme fortbestehen, denen durch eine gerichtliche Feststellung der Rechtswidrigkeit des Verwaltungshandelns wirksam begegnet werden kann.[16]

3. sich typischerweise kurzfristig erledigende tiefgreifende Grundrechtsbeeinträchtigungen

Vorliegend von besonderem Interesse ist die Fallgruppe, wonach ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse auch bei der angestrebten gerichtlichen Kontrolle von tiefgreifenden Grundrechtsbeeinträchtigungen anzunehmen sein soll, die sich typischerweise so kurzfristig erledigen, dass sie ohne die Annahme eines Fortsetzungsfeststellungsinteresses regelmäßig keiner Überprüfung im gerichtlichen Hauptsacheverfahren zugeführt werden könnten. Maßgebend ist dabei, ob die kurzfristige, eine Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage ausschließende Erledigung sich aus der Eigenart des Verwaltungsakts selbst ergibt.[17] Dies betrifft insbesondere die Fälle der nachträglichen Überprüfung erledigter polizeilicher Maßnahmen[18] oder den Bereich der Abschiebungshaft.[19] Ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse soll aber nicht allein aus dem Umstand eines Grundrechtseingriffs und auch nicht bei jeder sich typischerweise kurzfristig erledigenden Maßnahme anzuerkennen sein.[20] So liegt ein tiefgreifender spezifischer Grundrechtseingriff, wie er etwa bei einer Freiheitsbeschränkung, Telefonüberwachung oder Hausdurchsuchung gegeben ist, bei der Sicherstellung einer Videokassette als einer vergleichsweise geringfügigen Beschränkung des Grundrechts auf Eigentum und der allgemeinen Handlungsfreiheit nicht vor.[21] Glücksspielrechtliche Untersagungsverfügungen zB wiederum erledigen sich nicht typischerweise kurzfristig.[22] Diese Fallgruppe weist deutliche Überschneidungen mit dem oben dargestellten Rehabilitierungsinteresse auf.

Der Anwendungsbereich der sich typischerweise kurzfristig erledigenden tiefgreifenden Grundrechtsbeeinträchtigungen wurde unlängst auf die – verfassungsrechtliche – Probe gestellt.[23] Es stellte sich die Frage, ob ein auf eine Organtransplantation angewiesener Patient, der von der Transplantationsliste „gestrichen" worden ist, in der Folgezeit aber anderweitig ein Spenderorgan erhalten hatte, die ablehnende Entscheidung im Nachhinein in einem verwaltungsgerichtlichen Hauptsacheverfahren überprüfen lassen konnte.

Dass es sich bei der Streichung von der Transplantationsliste um eine tiefgreifende Grundrechtsbeeinträchtigung handelt, bedarf mit Blick auf die Lebensbedrohlichkeit der zugrundeliegenden Krankheitsbilder und wegen des besonderen

6 *BVerwG*, Buchholz 310 § 113 I VwGO Nr. 6; *BVerwGE* 106, 295 = NVwZ 1998, 1295 = NJW 1999, 305 Ls.
7 *Schenke*, Jura 1980, 134.
8 *BVerwG*, NJOZ 2014, 1892 = NVwZ-RR 2014, 94 Ls..
9 *BVerwG*, LKV 2005, 171; *BVerwG*, BRS 67 Nr. 124.
10 *BVerwG*, NVwZ-RR 2014, 465.
11 *BVerwG*, NVwZ 2008, 571.
12 *BVerwG*, ZLW 2007, 303.
13 *BVerwG*, NVwZ-RR 2002, 323.
14 *BVerwG*, NJOZ 2014, 1892 = NVwZ-RR 2014, 94 Ls.
15 *BVerwGE* 151, 373 = NVwZ 2015, 1210.
16 *BVerwG*, NVwZ 2013, 1550 = NZV 2013, 462.
17 *BVerwGE* 146, 303 = NVwZ 2013, 1481; zustimmend *Unterreitmeier*, NVwZ 2015, 25; kritisch *Lindner*, NVwZ 2014, 180.
18 *BVerfGE* 96, 27 = *BVerfGE* 1998, 27 = NJW 1997, 2163 = NStZ 1997, 447 Ls.; *BVerfGE* 98, 134 = NJW 1999, 413 = NVwZ 1999, 290 Ls.
19 *BVerfGE* 104, 220 = NJW 2002, 2456 = NVwZ 2002, 1370 Ls.
20 *BVerwGE* 146, 303 = NVwZ 2013, 1481; *BVerwG*, Buchholz 310 § 113 I VwGO Nr. 6; *OVG Bautzen*, Urt. v. 22.9.2015 – 4 A 577/13, BeckRS 2015, 55377; aA *Kopp/Schenke*, VwGO, 22. Aufl. 2016, § 113 Rn. 145 f. mwN.
21 *OVG Münster*, NJW 1999, 2202 = NVwZ 1999, 1238 Ls.
22 *BVerwGE* 146, 303 = NVwZ 2013, 1481.
23 *BVerfG*, NJW 2017, 545.

Schutzgehalts des Art. 2 II 1 GG keiner besonderen Begründung.[24] Dass sich die Beeinträchtigung typischerweise kurzfristig erledigt, haben sowohl die Fachinstanzen als auch das *BVerfG* übereinstimmend verneint.[25] Dies dürfte auch zutreffend sein; gleichwohl überrascht insbesondere die Entscheidung des *BVerfG* in diesem Zusammenhang mit dem knappen Hinweis, vorläufiger Rechtsschutz sei – typischerweise – in einem solchen Fall effektiv zu erlangen. Dies setzt einige entscheidende prozessuale Vorüberlegungen voraus, nämlich die Klärung der Frage, was ein Betroffener gegen die Streichung von der Liste hätte tun können. Anders gewendet: Die Zulässigkeit der Fortsetzungsfeststellungsklage setzt nach der Pointierung durch die höchstrichterliche Rechtsprechung inzident voraus, dass vorläufiger Rechtsschutz regelmäßig nicht effektiv hätte erlangt werden können. Effektiv heißt hier: zügiger Rechtsschutz unter Anwendung des entscheidungserheblichen Rechts, gegebenenfalls sogar nach Hauptsachemaßstäben.[26]

III. Die grundsätzliche Möglichkeit effektiven vorläufigen Rechtsschutzes

In Betracht kommt im geschilderten Transplantationsfall sowohl ein Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung in Form einer Regelungsanordnung nach § 123 I 2 VwGO als auch ein solcher auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung nach § 80 V 1 Var. 2 VwGO.

1. Zulässigkeit des Eilrechtsschutzes

a) *Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs*. Der Verwaltungsrechtsweg müsste nach Maßgabe einer aufdrängenden Sonderzuweisung oder nach § 40 I 1 VwGO eröffnet sein, wobei im Streit um das Streichen von einer Transplantationsliste die Rechtswegfrage äußerst unklar ist.[27] Sowohl zivilrechtliche (§ 13 GVG: Anspruch auf Durchführung des Behandlungsvertrags) als auch sozialrechtliche Streitigkeit (§ 51 I Nr. 2 SGG: Angelegenheit der gesetzlichen Krankenversicherung) sind diskutabel. Nach Ansicht des *BVerfG* soll dies im vorliegenden Zusammenhang aber nicht weiter erheblich sein, weil auch im vorläufigen Rechtsschutz von Amts wegen verwiesen werden kann bzw. muss (§ 173 S. 1 VwGO iVm § 17 a II 1 GVG) und effektiver Rechtsschutz damit – in irgendeinem Rechtsweg – erlangt werden kann.[28] Dies entspricht auch der Rechtsprechung des *BVerwG* und Teilen der Literatur.[29] Unumstritten ist dies aber nicht.[30] Die Verweisung ist für das Gericht, an das verwiesen wird, von Fällen willkürlicher Entscheidung abgesehen bindend (§ 17 a II 3 GVG). Insofern ist effektives (= zügiges) Handeln auch bei Rechtswegunsicherheiten möglich, birgt aber gegebenenfalls für den Antragsteller Nachteile in sich (Beibringungs- vs. Amtsermittlungsgrundsatz).

b) *Statthafte Antragsart*. Als statthafte Antragsart kommt nach der Abgrenzungsnorm des § 123 V VwGO der Antrag auf Erlass einer Regelungsanordnung nach § 123 I 2 VwGO in Betracht (Statusänderung auf der Warteliste vorläufig von „nicht transplantabel" in „transplantabel").[31] Wird im Streichen von der Liste schlicht ein belastender Verwaltungsakt gesehen,[32] bedürfte es allerdings, sofern dessen sofortige Vollziehbarkeit gem. § 80 II 1 Nr. 4 VwGO angeordnet worden sein sollte, lediglich dessen Suspendierung gem. § 80 V 1 Var. 2 VwGO. Mit Blick auf die dem *VG* auch im vorläufigen Rechtsschutzverfahren überantwortete Auslegungs- und Aufklärungspflicht der §§ 86 I 2, 122 I, 88 VwGO geht diese Unsicherheit jedenfalls nicht zu Lasten des Rechtsschutzsuchenden. Dessen Formulierung, er bitte um eine vorläufige Entscheidung des Gerichts gegen die Maßnahme des Transplantationszentrums, reicht aus. Daher gereicht es dem Rechtsschutzsuchenden auch nicht zum Nachteil, wenn das *VG* von einer schlichten Suspendierungssituation ausgeht und bei fehlender Vollziehungsanordnung unter gleichzeitiger Ankündigung nicht zu transplantieren einen Antrag auf Feststellung der aufschiebenden Wirkung eines noch einzulegenden Widerspruchs bzw. einer noch zu erhebenden Klage als statthaft erachtet (§ 80 V VwGO analog).

c) *Antragsbefugnis*. Leichter fällt die Beurteilung der Antragsbefugnis, die in einem möglichen Anordnungsanspruch (vgl. § 123 III VwGO, §§ 920 II, 294 ZPO) zu erblicken ist. Art. 2 II 1 GG springt jedenfalls als verfassungsrechtlich fundierte Anspruchsgrundlage ins Auge. Der Anordnungsanspruch entfiele allerdings, wenn aufgrund des schlechten Gesundheitszustandes des Antragstellers eine Transplantation zwischenzeitlich ohnehin ausgeschlossen wäre. In diesen Zeiträumen schiede der Erlass einer einstweiligen Anordnung aus. Nach der Rechtsprechung bliebe dies aber für die spätere Beurteilung eines Fortsetzungsfeststellungsinteresses ohne Auswirkungen, weil sich stets nur die Frage stellen soll, ob die Erledigung *typischerweise* kurzfristig eintritt. Ein sich individuell verschlechternder Gesundheitszustand lässt sich hierunter nicht fassen.

Sofern ein Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung favorisiert würde, ließe sich die Antragsbefugnis analog § 42 II VwGO schon aus der möglichen Grundrechtsverletzung als Adressat der belastenden Entscheidung ableiten. Schließt der Gesundheitszustand des Antragstellers die Transplantation dauerhaft aus, hat sich der Verwaltungsakt erledigt, da von ihm keine belastende Wirkung mehr ausgeht; jedenfalls fehlt es an einem Rechtsschutzbedürfnis. Der Antrag wäre unzulässig. Eine Umstellung auf einen Fortsetzungsfeststellungsantrag analog § 113 I 4 VwGO scheidet aus,[33] da dies der Natur des Eilrechtsschutzes widerspricht.

d) *Zuständigkeit des Gerichts*. Das für die vorläufige Entscheidung zuständige Gericht ist das Gericht der Hauptsache (§ 80 V 1 VwGO bzw. § 123 II 1 und 2 VwGO iVm §§ 45, 52 Nr. 3 S. 1 und 5 VwGO). Gegebenenfalls ist effektiver Rechtsschutz im Wege einer – bindenden – Verweisung nach § 83 S. 1 VwGO iVm § 17 a II 1 und 3 GVG zu erlangen.

e) *Rechtsschutzbedürfnis*. Das Rechtsschutzbedürfnis für einen Eilantrag dürfte regelmäßig zu bejahen sein. Für den Erlass einer einstweiligen Anordnung bedürfte es grundsätzlich einer Vorbefassung des Antragsgegners mit der Sache, es sei denn, es besteht eine besondere Eilbedürftigkeit oder der Antragsgegner hat sich anderweitig bereits endgültig festgelegt.[34] Gänzlich gesichert ist diese Rechtsprechung allerdings nicht. Für die Praxis kann sich der Rechtsschutzsuchende dadurch behelfen, dass er – wenn noch nicht geschehen – ausdrücklich beim Transplantationszentrum die

24 *Höfling/Lang*, NJW 2014, 3396 (3401).
25 *VG München*, NJW 2014, 3467; *VGH München*, Beschl. v. 15.6.2015 – 5 ZB 14.1919, BeckRS 2015, 48093; *BVerfG*, NJW 2017, 545.
26 Der Beitrag beschränkt sich auf die verwaltungsprozessualen Grundfragen. Zum normativen Regelungsdefizit im Transplantationswesen vgl. *Höfling/Lang*, NJW 2014, 3396 (3402 f.);
27 Für Verwaltungsrechtsweg *VG München*, NJW 2014, 3467; für Zivilrechtsweg *LG Essen*, GesR 2009, 78; umfassend dargestellt bei *Höfling/Lang*, NJW 2014, 3396 (3396 f.); s. a. *Hufen*, JuS 2015, 574.
28 *BVerfG*, NJW 2017, 545.
29 *BVerwG*, ZOV 2002, 236; *Wysk* in *Wysk*, VwGO, § 41 Rn. 7 mwN.
30 Gegen die Zulässigkeit der Verweisung *Kopp/Schenke*, VwGO, Anh. § 41 Rn. 2 a.
31 Mit dieser Tendenz *BVerfG*, NJW 2017, 545.
32 Zur Problematik des Rechtscharakters der Streichung vgl. *Höfling/Lang*, NJW 2014, 3396 (3399 f.).
33 Vgl. *Kopp/Schenke*, VwGO, § 80 Rn. 131 mwN.
34 Vgl. *Buchheister* in *Wysk*, VwGO, 2. Aufl. 2016, § 123 Rn. 13.

Aufhebung der Maßnahme bzw. die Vornahme der Handlung verlangt. Einer vorherigen Klageerhebung bedarf es in keinem Fall (§ 80 V 2 bzw. § 123 I 1 VwGO). Bei dem Antrag nach § 80 V VwGO darf jedoch die Widerspruchs-/Klagefrist für das Hauptsacheverfahren noch nicht verstrichen sein, da das Gericht im Eilverfahren nicht mehr gewähren kann als ihm im Hauptsacheverfahren möglich wäre.

2. Begründetheit des Eilantrags

a) *Erlass einer einstweiligen Anordnung*. Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ist begründet, wenn der Antragsteller die tatsächlichen Voraussetzungen eines Anordnungsanspruchs unter Vorwegnahme der Hauptsache glaubhaft macht. Der Anordnungsanspruch beruht auf Art. 2 II 1 GG. Die zumindest partielle Vorwegnahme der Hauptsache ist mit Blick auf die essentielle Bedeutung des geltend gemachten Anspruchs nicht nur zu billigen, sondern zu fordern;[35] allerdings ist auch hier Vieles umstritten.[36] Der Prüfungsmaßstab nähert sich einer Vollprüfung wie im Hauptsacheverfahren an.[37] An der Glaubhaftmachung der tatsächlichen Voraussetzungen eines Anordnungsgrundes (Eilbedürftigkeit) dürfte es regelmäßig nicht fehlen.

b) *Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung*. Der Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung hat Erfolg, wenn die Anordnung der sofortigen Vollziehung rechtswidrig ist und/oder das Aussetzungsinteresse des Antragstellers das Vollziehungsinteresse des Antragsgegners überwiegt. In diesem Zusammenhang kommt es maßgeblich auf die Rechtmäßigkeit der Entscheidung des Transplantationszentrums an.

3. Folgerung

Beiden Verfahrensarten ist daher gemein, dass das *VG* auch im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes generell in der Lage ist, die Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandelns zu überprüfen. Normativen Regelungsdefiziten[38] ist im Rahmen der Bewertung, ob ein Anordnungsanspruch vorliegt, bzw. ob – bei offener Erfolgsaussicht – die Interessenabwägung zu Gunsten des Antragstellers ausfällt, Rechnung zu tragen. Diese Entscheidung teilt – unabhängig davon, wie sie ausfällt – (Über-)Lebenschancen zu, da nahezu jede Entscheidung zu Gunsten des Antragstellers zugleich eine Entscheidung zulasten eines anderen auf der Transplantationsliste stehenden Patienten darstellt.[39] Prozessual wirkt sich dies allerdings nicht aus; eine Beiladung nach § 65 I oder II VwGO setzte zunächst die Konkretisierung des um das Organ Konkurrierenden voraus, woran es regelmäßig fehlen dürfte.

Als Zwischenfazit lässt sich festhalten, dass der Obersatz trotz mancher prozessualer Unwägbarkeiten zumindest stimmig ist. In den typischen Fällen dürfte verwaltungsgerichtlicher Eilrechtsschutz zu erlangen sein. Nach dem prozessualen Instrumentarium vermag dies auch effektiv zu gelingen, sofern im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes eine halbwegs umfassende und fundierte Rechtmäßigkeitsprüfung transplantationsrechtlicher Zuteilungsentscheidungen geliefert werden kann.

IV. In Anspruch genommener Eilrechtsschutz als Zugangsvoraussetzung zum Hauptsacheverfahren?

Zwei Problemkreise springen aber ins Auge. In welcher Weise vermag ein nach dieser Maßgabe gewährter vorläufiger Rechtsschutz die beteiligten Interessen überhaupt effektiv zum Ausgleich zu bringen? Wird individuellen Besonderheiten ausreichend Rechnung getragen?

1. Ausgleichsfunktion des Eilrechtsschutzes

Mit Blick auf die Komplexität des Transplantationsrechts und dessen vielfach monierter Regelungsdefizite sowie angereichert um schwierige medizinische Tatsachen- und Bewertungsfragen ist mehr als fraglich, wie inhaltlich eine belastbare Rechtmäßigkeitskontrolle im Eilverfahren – welcher prozessualen Einkleidung auch immer – gelingen soll. Transplantationsrechtliche Entscheidungen sind Zuteilungsentscheidungen über Lebenschancen, die in Anbetracht der zu Grunde liegenden Erkrankungen äußerst schnell getroffen werden müssen. Einer Einholung von Gutachten, sachverständigen Äußerungen und sonstigen Erklärungen dürfte der Zeitdruck regelmäßig entgegenstehen. Dem Erfordernis, bei einer Vorwegnahme der Hauptsache eine materielle Vollprüfung vorzunehmen,[40] dürften hiermit jedenfalls faktisch deutliche Grenzen gesetzt sein.

Diesen Unzulänglichkeiten kann nicht entgegengehalten werden, dass das Gericht im Zweifel eine Abwägungsentscheidung zu treffen habe. Die Aussage des *BVerfG*, dass der in Art. 19 IV 1 GG verankerte Anspruch des Bürgers auf eine tatsächliche und rechtlich wirksame Kontrolle die Gerichte verpflichte, bei ihrer Entscheidungsfindung diejenigen Folgen zu erwägen, die mit der Versagung vorläufigen Rechtsschutzes für den Bürger verbunden seien, ist ebenso richtig wie im vorliegenden Fall nicht weiterführend. Auch ist zwar ebenso richtig, dass je schwerer die sich daraus ergebenden Belastungen wiegen und je geringer die Wahrscheinlichkeit ist, dass sie im Falle des Obsiegens in der Hauptsache rückgängig gemacht werden könnten, umso weniger das Interesse an einer vorläufigen Regelung oder Sicherung der geltend gemachten Rechtsposition zurückgestellt werden darf. Auch gilt, dass für den hier betroffenen Bereich der Zuteilung von Organen die Pflicht des Staates, sich schützend und fördernd vor die Rechtsgüter des Art. 2 II 1 GG zu stellen, es gebieten kann, einem an einer lebensbedrohlichen oder regelmäßig tödlichen Erkrankung leidenden Betroffenen einstweiligen Rechtsschutz zu gewähren, auch wenn hiermit gegebenenfalls eine Vorwegnahme der Hauptsache verbunden ist.[41] Aber: Die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes zu Gunsten des Rechtsschutzsuchenden verteilt in hoheitlicher Weise Überlebenschancen um. Die Zuteilung eines Organs an den im vorläufigen Rechtsschutz Obsiegenden verteilt dieses von den auf der Warteliste Nachrangigen weg. Für die Zuteilung an alle sind die Ressourcen (deutlich) zu knapp. Eine belastbare Lösung dieser Fragen wird sich nicht in dem regelmäßig unter besonderem Zeitdruck stehenden Eilverfahren finden lassen.

2. Berücksichtigung individueller Besonderheiten

Auch kommen individuelle Besonderheiten, die der Durchführung eines Eilverfahrens entgegenstehen, durch das Postulat vorrangigen, den Hauptsacherechtsbehelf gegebenenfalls ausschließenden Eilrechtsschutzes zu kurz. Hierfür mag folgendes, bereits oben angedeutetes Beispiel stehen: Der Gesundheitszustand des von der Transplantationsliste gestrichenen Patienten verschlechtert sich so sehr, dass die Durchführung eines Eilverfahrens schon deswegen sinnlos wäre, weil im akuten Zustand eine Transplantation ohnehin nicht

35 *BVerfG*, NJW 2017, 545.
36 *Buchheister* in *Wysk*, VwGO, § 123 Rn. 33 ff.
37 Zum Erfordernis der grundsätzlichen Vollprüfung bei der Vorwegnahme der Hauptsache *Buchheister*, NVwZ 2017, 610.
38 Vgl. hierzu *Höfling/Lang*, NJW 2014, 3396.
39 *Höfling/Lang*, NJW 2014, 3396 (3403).
40 Vgl. *Buchheister*, NVwZ 2017, 610.
41 *BVerfG*, NJW 2017, 545.

erfolgen könnte und es dem Patienten aus diesem Grund an einem Anordnungsanspruch, jedenfalls aber an einem Anordnungsgrund (keine Eilbedürftigkeit) fehlt, bzw. die Entscheidung, nicht zu transplantieren, jedenfalls in dem für das Gericht im Eilverfahren entscheidungserheblichen Zeitpunkt nicht zu beanstanden wäre. Dies änderte aber an dem Allgemeingültigkeit beanspruchenden Obersatz der höchstrichterlichen Rechtsprechung nichts, dass es sich nicht um einen Anwendungsfall des sich *typischerweise* kurzfristig erledigenden Verwaltungsakts handeln würde. Der Betroffene stünde sowohl im Eilverfahren als auch im Hauptsacheverfahren trotz tiefgreifender Grundrechtsbeeinträchtigung rechtsschutzlos da. Die Berechtigung dieser Konsequenz erscheint fraglich.

3. Berechtigung der Begrenzung des Fortsetzungsfeststellungsinteresses

Dies führt zurück zum hier interessierenden Ausgangspunkt: Welche innere Berechtigung haben die insbesondere vom *BVerfG* forcierten Weichenstellungen – eingebettet in das berechtigte Feststellungsinteresse analog § 113 I 4 VwGO – überhaupt? Das Erfordernis des berechtigten Feststellungsinteresses begrenzt nach dem normativen Konzept den Rechtsschutz. Nur wenn dieses besteht, soll das Gericht im Hauptsacheverfahren überhaupt in die Sachentscheidung eintreten dürfen. Das allgemeine Interesse, die gerichtliche Bestätigung zu erfahren, im Recht gewesen zu sein (schlichtes Genugtuungsinteresse), soll hierbei nicht ausreichen. Die Fachgerichtsbarkeiten haben diese Begrenzung vielfach zu eng gefasst und sind vom *BVerfG* korrigiert worden.[42] Auf diese Weise ist auch die Fallgruppe der tiefgreifenden Grundrechtsbeeinträchtigungen, die die Fachgerichte zu einer Überprüfung im Hauptsacheverfahren zwingen sollten, entstanden. Sie trägt mit der Formel der sich typischerweise kurzfristigen Erledigung aber wiederum die Begrenzung des Rechtsschutzes in sich. Mit welcher Berechtigung? Ist es nicht ebenso sachgerecht, die sich nicht typischerweise kurzfristig erledigenden, aber erledigten Fälle tiefgreifender Grundrechtsbeeinträchtigungen in die Hauptsacheprüfung mit einzubeziehen? Gehen von einer solchen grundlegenden, prüfungsintensiven Kontrolle behördlichen Handelns nicht auch besondere Effekte für künftiges rechtmäßiges Verwaltungshandeln aus?

Das Gegenteil aber ist bewirkt worden. In der Sache wurde in den Verwaltungsprozess eine Art Subsidiarität des Hauptsacheverfahrens, wie sie im Verfassungsprozess im Wesentlichen für Rechtssatzverfassungsbeschwerden entwickelt worden ist, implementiert. Der in § 90 II 1 BVerfGG zum Ausdruck kommende Grundsatz der Subsidiarität erfordert, dass ein Beschwerdeführer vor Erhebung einer Verfassungsbeschwerde alle zur Verfügung stehenden prozessualen Möglichkeiten ergreift, um eine Korrektur der geltend gemachten Verfassungsverletzung zu erwirken oder eine Grundrechtsverletzung zu verhindern. Daher ist eine Verfassungsbeschwerde unzulässig, wenn in zumutbarer Weise Rechtsschutz durch die Anrufung der Fachgerichte erlangt werden kann. Die Pflicht zur Anrufung der Fachgerichte besteht ausnahmsweise dann nicht, wenn die angegriffene Regelung die Beschwerdeführenden zu Dispositionen zwingt, die später nicht mehr korrigiert werden können, oder wenn die Anrufung der Fachgerichte nicht zumutbar ist, etwa weil sie offensichtlich sinn- und aussichtslos wäre. Sie besteht ferner nicht, wenn ein Sachverhalt allein spezifisch verfassungsrechtliche Fragen aufwirft, die das *BVerfG* letztlich zu beantworten hat, ohne dass von einer vorausgegangenen fachgerichtlichen Prüfung verbesserte Entscheidungsgrundlagen zu erwarten wären.[43]

Ein solches Verhältnis, wie es zwischen *BVerfG* und Fachgerichtsbarkeit besteht, existiert im Verhältnis zwischen Eil- und Hauptsacheverfahren vor dem *VG* allerdings nicht. Die mit dem Grundsatz der Subsidiarität angestrebte Entlastung unter gleichzeitiger fachgerichtlicher Aufbereitung des Sach- und Streitstands hat für das *VG*, das sowohl über den Eilantrag als auch die Hauptsache entscheidet, keine Bedeutung. Für das Eilverfahren ist das Gericht der Hauptsache zuständig. Auch bereitet das Eilverfahren den Sach- und Streitstand für das Hauptsacheverfahren regelmäßig nicht auf. Der Prüfungsmaßstab im Eilverfahren ist grundsätzlich lediglich ein summarischer. Daran ändert auch nichts, dass in bestimmten Konstellationen auch im Eilverfahren nach Hauptsachemaßstäben zu prüfen ist; die vollumfängliche Sachaufklärung stößt schon in Anbetracht der Eilbedürftigkeit und der Komplexität mancher Tatsachen regelmäßig an die Grenze des Leistbaren. Die Rechtswürdigung lässt sich unter dem besonderen Zeitdruck auch nicht immer verlässlich vornehmen. Auf den Punkt hat es das *BVerfG* an anderer Stelle (zum Versammlungsrecht) selbst gebracht:

> „Der im Eilverfahren erreichbare Schutz entspricht nicht dem Rechtsschutz, der im Hauptsacheverfahren erlangt werden kann. Erst dieses kann Rechtssicherheit herstellen. Dies verdeutlicht schon die Begrenzung der im Eilverfahren erfolgenden Prüfung der in der behördlichen Verfügung zu erfüllenden Rechtmäßigkeitsanforderungen … Hinzu kommt bei einem Angewiesensein auf Eilrechtsschutz die begrenzte Vorhersehbarkeit der Ergebnisse.“[44]

Dies übertragen auf die konkrete Konstellation bedeutet: Der Fortsetzungsfeststellungsstreit bezieht sich auf einen grundrechtlich fundierten Abwehr- bzw. Leistungsanspruch. Art. 2 II 1 GG verbietet es, hoheitliche Eingriffe vorzunehmen, die Überlebenschancen ohne rechtliche Grundlage „wegverteilen“, bzw. gebietet es, entsprechende Eingriffe zu unterlassen. Steht ein solcher Eingriff, auch wenn der zugrunde liegende Verwaltungsakt bzw. das zugrunde liegende Rechtsverhältnis der Vergangenheit angehört, zur gerichtlichen Überprüfung an, gibt es keinen Anlass, das Fortsetzungsfeststellungsinteresse im Interesse einer vorrangigen Anwendbarkeit (lediglich) vorläufigen Rechtsschutzes zu negieren. Es ist dem Hauptsacherechtsstreit im Verwaltungsprozess fremd, dem Kläger deswegen Nachteile zu bereiten, dass er einen ihm im Grunde offenstehenden vorläufigen Rechtsschutzweg nicht nutzt. Hierfür kann es vielfältige Gründe geben; gegebenenfalls sogar denjenigen ökonomischer Vernunft bei im konkret-individuellen Fall äußerst ungünstigen Erfolgsaussichten.

V. Ausblick

Welche Folgerungen hat dies für die Rechtsfigur der sich typischerweise kurzfristig erledigenden tiefgreifenden Grundrechtsbeeinträchtigung? Sie ist zumindest korrekturbedürftig, wenn nicht gar gänzlich überflüssig, soweit sie ohnehin im Rehabilitierungsinteresse aufgeht. Sie hat allenfalls ihre Berechtigung, um den nach schlichter Genugtuung strebenden, geringfügig betroffenen Kläger von demjenigen abzugrenzen, der tiefgreifend beeinträchtigte Grundrechtspositionen zu verteidigen sucht. Die Berechtigung zur Klärung erlittener tiefgreifender Grundrechtsbeeinträchtigungen trotz abgeschlossenen Sachverhalts ergibt sich allein aus dem Umstand der Erledigung, die in einem Zeitpunkt eingetreten

42 Vgl. *BVerfGE* 110, 77 = NJW 2004, 2510 = NVwZ 2004, 1484 Ls.
43 *BVerfG*, NJW 2017, 147 = MMR 2017, 98 = GRUR 2017, 159.
44 *BVerfGE* 110, 77 = NJW 2004, 2510 = NVwZ 2004, 1484 Ls.

ist, in dem der Kläger seine diesbezügliche Grundrechtsposition nicht anderweitig wahren konnte bzw. in dem ihm vernünftigerweise nicht vorgehalten werden konnte, dass er sie nicht gewahrt hat. Stand dem Kläger in seiner konkreten Position – und nicht nur typischerweise – keine solche Möglichkeit zu, ist ihm ein Hauptsacherechtsbehelf zu eröffnen, der das *VG* in die Lage versetzt, komplizierte Sach- und Rechtsfragen rechtsschutzintensiv für den Einzelfall und auch mit ihren Vorwirkungen für künftiges Verwaltungshandeln zu behandeln.