

# Verwaltungsgerichtsordnung: VwGO

Kommentar

von

Dr. Herbert Posser, Prof. Dr. Heinrich Amadeus Wolff, Prof. Dr. Uwe Berlit, Andreas Berstermann, Dr. Günter Breunig, Dr. Stefan Brink, PD Dr. Christoph Brüning, Dr. Andreas Decker, Dr. Claudia Garloff, Prof. Dr. Hubertus Gersdorf, Dr. Ludger Giesberts, Dr. Andreas Hartung, Prof. Dr. Jost Hüttenbrink, Prof. Dr. Marcel Kaufmann, Dr. Christiane Kimmel, Roland Kintz, Prof. Dr. Wolfgang Kuhla, Dr. Wolfgang Kunze, Dr. Andreas Lambiris, Prof. Dr. Josef Franz Lindner, Dr. Markus Möstl, Prof. Dr. Ekkehart Reimer, Prof. Dr. Wolfgang Roth, Dr. Thomas Schmidt-Kötters, Dr. Heribert Schmitz, Prof. Dr. Joachim Suerbaum, Dr. Annette Zimmermann-Kreher

2. Auflage

[Verwaltungsgerichtsordnung: VwGO – Posser / Wolff / Berlit / et al.](#)

schnell und portofrei erhältlich bei [beck-shop.de](#) DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

[Verwaltungsprozess](#)



Verlag C.H. Beck München 2014

Verlag C.H. Beck im Internet:

[www.beck.de](http://www.beck.de)

ISBN 978 3 406 59722 0

materiell-rechtliche Verhältnis zwischen der Nebenbestimmung und dem übrigen Verwaltungsakt besteht, gibt die Rechtsfigur keine klare Antwort (ebenso Eyermann/Happ VwGO § 42 Rn 43; Hufen § 14 Rn 60).

**c) Anfechtbarkeit von Inhaltsbestimmungen.** In der Sache geht es um die Abgrenzung der Nebenbestimmungen von solchen **Regelungen** in einer Genehmigung, **die Inhalt und Umfang** der Genehmigung **bestimmen**. Es handelt sich bei solchen Regelungen nicht im eigentlichen Sinn um Nebenbestimmungen, sondern um prägende Bestandteile der Genehmigung, um Inhaltsbestimmungen, die die beantragte Genehmigung zu einem *aliud* machen. Auch für solche Inhaltsbestimmungen ist umstritten, ob sie isoliert anfechtbar sind (ablehnend: Eyermann/Happ VwGO § 42 Rn 42 mN; Sodan/Ziekow/Sodan VwGO § 42 Rn 21; bejahend: Kopp/Schenke VwGO § 42 Rn 23 f). Nach zutreffender Auffassung gilt auch für die Inhaltsbestimmungen, soweit sie in die Form von Nebenbestimmungen gekleidet sind, dass die isolierte Anfechtung mit der Anfechtungsklage statthaft ist, solange nicht vollständig ausgeschlossen ist, dass eine isolierte Aufhebung in Betracht kommt (BVerwG NVwZ 2001, 429 mN; NVwZ 1989, 864). Ob eine isolierte Aufhebung möglich ist, hängt nicht vom Charakter der einschränkenden Regelung ab, sondern allein davon, ob materiell-rechtlich der rechtswidrige Teil des VA in der Weise vollständig abtrennbar ist, dass der nicht aufgehobene Teil ohne Änderung seines Inhalts sinnvoller- und rechtmäßigerweise bestehen bleiben kann. Es kommt mit anderen Worten darauf an, ob die Genehmigung mit einem Inhalt fortbestehen kann, der der Rechtsordnung entspricht (BVerwG NVwZ 1984, 366 f; unzut. demgegenüber VGH Mannheim NVwZ-RR 1999, 431; OVG Berlin NVwZ 1987, 1005, die bei ihrer Bezugnahme auf die Rechtsprechung des BVerwG die Frage der zulässigen Klageart mit dem materiell-rechtlichen Anspruch auf isolierte Aufhebung vermischen). Soweit damit begünstigende Verwaltungsakte Regelungen enthalten, die den Inhalt der begünstigenden Regelung maßgeblich bestimmen, handelt es sich materiell nicht um Nebenbestimmungen iSv § 36 VwVfG, sondern um einen Teil der Hauptbestimmung. Eine solche Inhaltsbestimmung stellt beispielsweise eine Kapazitätsbeschränkung in einer Genehmigung dar (vgl. zu solchen Inhaltsbestimmungen Eyermann/Happ VwGO § 42 Rn 42; Fluck DVBl 1992, 862; Rumpel BayVBl 1987, 577). In einem solchen Fall wäre eine Anfechtungsklage dann unstatthaft, wenn die Genehmigungsfähigkeit des Vorhabens von der Beachtung einer klaren Kapazitätsgrenze gesteuert wäre. Demgegenüber sind Festsetzungen von Emissionsbegrenzungen bzw. Immissionsgrenzwerten im Rahmen von Anlageneinigungen nicht generell als Inhaltsbestimmung zu qualifizieren. Hier muss vielmehr im Einzelfall beurteilt werden, welche Bedeutung der Festsetzung für die Genehmigung im Ganzen zukommt.

Die **Abgrenzung zwischen Nebenbestimmung und Inhaltsbestimmung** bei Genehmigungen erscheint zunächst einfach. In der Praxis gibt es gleichwohl eine Vielzahl von Fällen, die nur im Einzelfall wertend zu entscheiden sind. Die Beantwortung ist eine Frage des Regelungsinhalts des VA. Oftmals geben aber unklare Regelungstechnik der Verwaltung und sprachliche Ungenauigkeiten den Anlass für Auslegungsschwierigkeiten des Regelungsinhalts eines VA. Dies gilt im Übrigen nicht nur für die sprachlich oft nachlässige Verwendung von einzelnen Bestimmungen einer Genehmigung als „Auflage“ oder „Bedingung“, sondern auch im Hinblick auf die oft undifferenzierte Verwendung der Begriffe „Auflagen“ und „Hinweise“.

Im **Ergebnis** ist nach alledem der neueren Rechtsprechung des BVerwG zu folgen. Von Fällen abgesehen, in denen der Rest-VA offenkundig nicht ohne die angefochtene Nebenbestimmung bestehen bleiben kann, ist die Anfechtung einer Nebenbestimmung wie einer Inhaltsbestimmung einer Genehmigung durch Anfechtungsklage statthaft (BVerwGE 112, 221 = NVwZ 2001, 429; 88, 348, 349 = NVwZ-RR 1992, 470; wie hier auch Schmidt VBIBW 2004, 81). Dies gilt auch bei einheitlichen Ermessensentscheidungen (BVerwGE 65, 139, 141). Bewirkt die isolierte Anfechtung eine von der Behörde nicht gewollte Ermessens (rest)entscheidung, so ist die Behörde auf die Möglichkeit des Widerrufs nach § 49 Abs 2 Nr 2 VwVfG verwiesen (BVerwGE 65, 139, 141).

**d) Zweitbescheid, wiederholende Verfügung.** Erlässt die Behörde im Rahmen des § 51 VwVfG einen Zweitbescheid, so liegt ein neuer VA vor, gegen den eine Anfechtungsklage statthaft ist. Die Unanfechtbarkeit des Ursprungsbescheides steht dem nicht entgegen (Sodan/Ziekow/Sodan VwGO § 42 Rn 25). Dies gilt auch dann, wenn die Behörde auf-

grund der erneuten Prüfung zu keinem anderen Ergebnis kommt als der ursprüngliche VA. Der neue VA tritt insoweit an die Stelle des ursprünglichen VA (Kopp/Ramsauer VwVfG § 51 Rn 22, 53; Redeker/v Oertzen/v Nicolai VwGO § 42 Rn 7; vgl auch BVerwGE 13, 99). Demgegenüber ist die Anfechtungsklage gegen eine wiederholende Verfügung, die gerade keine eigenständige Regelung enthält, nicht statthaft (BVerwGE 13, 99).

### 5. Untätigkeitsklage

- 43 Nach § 75 VwGO kann auch die Untätigkeitsklage als Anfechtungsklage erhoben werden, wenn über einen Widerspruch ohne zureichenden Grund innerhalb angemessener Frist sachlich nicht entschieden wurde. § 75 VwGO entbindet insoweit von der vollständigen Durchführung eines Vorverfahrens nach Maßgabe der §§ 68 ff VwGO.

### 6. Isolierte Anfechtungsklage

- 44 Unter einer „isolierten Anfechtungsklage“ wird die Klage gegen einen Bescheid verstanden, der den Erlass eines beantragten Verwaltungsaktes ablehnt, ohne dass gleichzeitig die Verpflichtung zum Erlass des beantragten VA (Verpflichtungsklage) oder zumindest die Neu-bescheidung (Bescheidungsklage) angestrebt wird (vgl ausf Sodan/Ziekow/Sodan VwGO § 42 Rn 337 ff; Eyermann/Happ VwGO § 42 Rn 18; Hufen § 14 Rn 91). Es handelt sich um einen anderen Fall als den der isolierten Anfechtung von Nebenbestimmungen. Während bei der isolierten Anfechtung von Nebenbestimmungen die Teilbarkeit des VA in Frage steht, geht es bei der Zulässigkeit der isolierten Anfechtungsklage um die **Teilbarkeit des Klageziels**.
- 45 Eine isolierte Anfechtungsklage ist grundsätzlich **statthaft**, da der mit ihr angegriffene Versagungsbescheid Verwaltungsaktqualität besitzt (Eyermann/Happ VwGO § 42 Rn 18). Die Statthaftigkeit ist nicht aus systematischen Gründen des § 42 VwGO zu verneinen, der Anfechtungsklage kommt im Verhältnis zur Verpflichtungsklage auch weder ein subsidiärer Charakter zu ähnlich wie der Feststellungs- im Verhältnis zur Leistungsklage (BVerwGE 38, 99, 101; Sodan/Ziekow/Sodan VwGO § 42 Rn 339; so auch Redeker/v Oertzen/v Nicolai VwGO § 42 Rn 3, der die Zulässigkeit der isolierten Anfechtungsklage aber gleichwohl ablehnt). Auch handelt es sich bei der Verpflichtungsklage nicht um die im Verhältnis zur (isolierten) Anfechtungsklage speziellere Klageart (so zutr Eyermann/Happ VwGO § 42 Rn 21; Sodan/Ziekow/Sodan VwGO § 42 Rn 339; aA S/S/B/Pietzcker VwGO § 42 Abs 1 Rn 110; Kopp/Schenke VwGO § 42 Rn 30; Redeker/v Oertzen/v Nicolai VwGO § 42 Rn 3), da Klageziel und Prüfungsmaßstab bei den beiden Klagearten unterschiedlich ist.
- 46 Entscheidend ist, ob für die isolierte Anfechtungsklage ein **Rechtsschutzbedürfnis** vorliegt. Dies ist umstritten. Zum Teil wird die Auffassung vertreten, die Verpflichtungsklage sei regelmäßig die rechtsschutzintensivere Klageart, die isolierte Anfechtungsklage daher regelmäßig unzulässig (Hufen § 14 Rn 21; Ehlers Jura 2004, 33; BVerwGE 25, 357, 358; VGH München BayVBl 1984, 18, 20). Zutreffend ist, dass für die isolierte Anfechtungsklage nicht allgemein ein Rechtsschutzbedürfnis besteht. Im Hinblick auf das Klageziel, den Erlass eines angestrebten VA zu erreichen, gibt es keinen erkennbaren Unterschied zur Bescheidungsklage (anders aber wohl Sodan/Ziekow/Sodan VwGO § 42 Rn 346). Vielmehr besteht bei unverändertem Klageziel kein Rechtsschutzbedürfnis, an Stelle der Verpflichtungs- bzw Bescheidungsklage die isolierte Anfechtungsklage zu wählen (ebenso Kopp/Schenke VwGO § 42 Rn 30; Eyermann/Happ VwGO § 42 Rn 19, 21). Dies kann aber anders sein, wenn der isolierten Anfechtungsklage ein anderes Klagebegehren zugrunde liegt, hierfür also ein besonderes Rechtsschutzbedürfnis zu bejahen ist. Auch die Rechtsprechung geht im Ergebnis zutreffend davon aus, dass grundsätzlich für eine isolierte Anfechtungsklage kein Rechtsschutzbedürfnis besteht, die Klage bei verändertem Klageziel aber zulässig sein kann (vgl BVerwGE 78, 93, 96; 88, 111, 114; im Ansatz auch BVerwGE 38, 99, 101; BVerwG NVwZ 1999, 641; OVG Münster NVwZ-RR 2003, 615 f; vgl die umf Nachw bei Sodan/Ziekow/Sodan VwGO § 42 Rn 342 f). Zur Unzulässigkeit einer isolierten Anfechtungsklage neben einer zuvor eingelegten Feststellungsklage vgl OVG Lüneburg BeckRS 2011, 49471.

Ein **besonderes Rechtsschutzbedürfnis** für die isolierte Anfechtungsklage ist zu bejahen, wenn der Kläger das Interesse an einer weitergehenden Klage verloren hat. In diesem Fall begründet das Ziel, die Bestandskraft des Versagungsbescheids zu verhindern, ein selbständiges Rechtsschutzbedürfnis (Eyermann/Happ VwGO § 42 Rn 19). Ein besonderes Rechtsschutzbedürfnis besteht auch, wenn die Ablehnung des beantragten VA über die Ablehnung hinaus weitergehende Wirkungen zeigt (BVerwGE 88, 111, 113 f; VGH Mannheim ESUGH 46, 309, 310; BVerwGE 55, 355, 356 f; 40, 205 ff; 41, 34; 88, 111, 113; vgl auch die Beispiele bei Kopp/Schenke VwGO § 42 Rn 30 zum Ausländerrecht). Ein besonderes Rechtsschutzinteresse liegt weiter dann vor, wenn die beantragte Genehmigung nicht mehr erforderlich ist (BVerwGE 54, 54, 55 f; Eyermann/Happ VwGO § 42 Rn 19) oder sie wegen des Wechsels der für die Genehmigung zuständigen Behörde aufgrund § 78 VwGO nicht mehr erteilt werden kann (BVerwG NVwZ-RR 1997, 388). Nicht begründet ist allerdings die Auffassung, ein besonderes Rechtsschutzbedürfnis könne sich bereits daraus ergeben, dass bei der öffentlichen Hand zu erwarten sei, dass sie der Aufhebungsentscheidung auch ohne Vollstreckungsdruck folgen (so aber BVerwGE 38, 99, 103 f; ähnlich OVG Münster NWVBl 1990, 155 f; wie hier Eyermann/Happ VwGO § 42 Rn 21). Ein besonderes Rechtsschutzbedürfnis für die isolierte Anfechtungsklage kann auch dann nicht bestehen, wenn die Behörde im Rahmen ihrer Entscheidung ohnehin über keinen Ermessens- oder Beurteilungsspielraum verfügt (BVerwG NVwZ 1990, 641).

Gegen die **Zurückstellung von Baugesuchen** nach § 15 BauGB ist die Anfechtungsklage zulässig. Es handelt sich hierbei nicht um einen Fall der isolierten Anfechtungsklage, auch ist der Bauherr nicht auf eine Inzidentprüfung der Zurückstellung im Rahmen einer Verpflichtungsklage auf Erteilung der Baugenehmigung verwiesen (so zu Unrecht VGH Mannheim VBIBW 1999, 216; NVwZ-RR 2003, 333; wie hier OVG Koblenz NVwZ-RR 2002, 708; OVG Berlin NVwZ 1995, 399; OVG Lüneburg BRS 49 Nr 156; Kopp/Schenke VwGO § 42 Rn 30; Eyermann/Happ VwGO § 42 Rn 60a; Rieger BauR 2003, 1512). Der Zurückstellungsbescheid hat einen anderen Regelungsinhalt als der Versagungsbescheid über den Bauantrag, das Anfechtungsziel unterscheidet sich von dem Ziel einer gegen die Versagung gerichteten Klage.

Richtet sich die Klage gegen die **förmliche Ablehnung eines Realaktes**, so ist die Anfechtungsklage gegen die Ablehnungsentscheidung statthaft. Auch hierin liegt kein Fall der isolierten Anfechtungsklage. Der Statthaftigkeit einer allein erhobenen Anfechtungsklage steht nicht entgegen, dass der Kläger die Anfechtungsklage gem § 113 Abs 4 VwGO mit einer allgemeinen Leistungsklage verbinden könnte (ebenso Kopp/Schenke VwGO § 42 Rn 30; § 113 Rn 172).

## 7. Sachurteilsvoraussetzungen

Zu den besonderen Sachurteilsvoraussetzungen der Anfechtungsklage gehören die Durchführung des Vorverfahrens, §§ 68 VwGO ff, die Klagfrist nach § 74 Abs 1 VwGO sowie die Klagebefugnis, § 42 Abs 2 VwGO. Wird der Widerspruchsbescheid angefochten, ist zusätzlich § 79 VwGO zu beachten.

Für die Frage, ob die Sachurteilsvoraussetzungen vorliegen, ist der Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung maßgebend (BVerwG NVwZ 1998, 1295, 1296; Eyermann/Happ VwGO § 42 Rn 23). Wird im schriftlichen Verfahren entschieden, kommt es auf den Zeitpunkt der letzten gerichtlichen Entscheidung an.

## III. Verpflichtungsklage

### 1. Klagetyp

Bei der Verpflichtungsklage handelt es sich um eine **Leistungsklage**. Das Klageziel ist darauf gerichtet, die beklagte Behörde zu verpflichten, den begehrten Verwaltungsakt zu erlassen bzw neu über den Antrag des Klägers zu entscheiden, nicht dagegen – gestaltend – die Handlung der beklagten Behörde zu ersetzen. Streitgegenstand ist der materielle Anspruch auf den Erlass des beantragten VA bzw Bescheidung. Der Anwendungsbereich der Verpflichtungsklage ist nicht auf die Leistungsverwaltung beschränkt (so Redeker/v Oertzen/v Nicolai VwGO § 42 Rn 25). Verpflichtungsklagen kommt auch im Bereich der

Eingriffsverwaltung große Bedeutung zu, so zB bei Drittschutzklagen, die auf den Erlass von Schutzauflagen gerichtet sind.

- 53 Bei der Verpflichtungsklage wird unterschieden zwischen der auf den Erlass eines VA gerichteten sog **Vornahmeklage** und der **Bescheidungsklage**, die darauf gerichtet ist, bei fehlender Spruchreife den Beklagten zur (Neu)Bescheidung in einem dem Klagebegehren entsprechenden Sinne unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts zu verpflichten (BVerwG NVwZ 2007, 104). Beide werden auch als sog Versagungsgegenklage bezeichnet. Daneben gibt es weitere Unterarten oder mit der Verpflichtungsklage verwandte Klagearten, so im Gegensatz zu den beiden Versagungsgegenklagen die **Untätigkeitsklage** und die sog **(Verpflichtungs)Fortsetzungsfeststellungsklage** (entspr § 113 Abs 5, Abs 1 S 4 VwGO).
- 53.1 Bei der Bescheidungsklage handelt es sich um eine Teilmenge der Verpflichtungsklage. Der Streitgegenstand der Verpflichtungsklage und der Bescheidungsklage decken sich im Wesentlichen, der Bescheidungsantrag ist regelmäßig in der in dieselbe Richtung weisenden Verpflichtungsklage enthalten, er bleibt nur inhaltlich hinter dem Antrag auf Verpflichtung zurück (BVerwGE 120, 263, 275 f = NVwZ 2004, 1365; NVwZ 2007, 104, 105 f).

## 2. VA als Gegenstand der Verpflichtungsklage

- 54 Die Verpflichtungsklage hat als Gegenstand eine Verwaltungsaktsklage. Das Klageziel ist auf den Erlass eines beanspruchten VA gerichtet. Streitgegenstand ist der prozessuale Anspruch, mit dem der Kläger auf die Durchsetzung seines materiell-rechtlichen Anspruchs auf Erlass eines VA zielt (BVerwG NVwZ 2007, 104, 106). Eine statthafte Verpflichtungsklage setzt damit voraus, dass die begehrte Amtshandlung **objektiv ein Verwaltungsakt** ist, auf die subjektive Einschätzung des Klägers kommt es nicht an (Eyermann/Happ VwGO § 42 Rn 25). In diesem Sinne ist auch § 113 Abs 5 VwGO zu verstehen, der von „Amtshandlung“ spricht (S/S/B/Pietzcker VwGO § 42 Abs 1 Rn 94; BVerwGE 31, 301). Ein hierfür ausreichender VA ist auch der Widerspruchsbescheid selbst, so dass eine Verpflichtungsklage auf Erlass eines Widerspruchsbescheides statthaft ist (Eyermann/Happ VwGO § 42 Rn 25). Ihr dürfte aber im Regelfall das Rechtsschutzbedürfnis fehlen. Welcher Art der erstrebte VA ist, spielt keine Rolle. Ebenso wenig kommt es darauf an, ob der Erlass des VA einen Antrag voraussetzt oder er von Amts wegen ergehen muss. Ein Erlass des begehrten VA ist damit materiell-rechtlich keine Voraussetzung für die Statthafte der Verpflichtungsklage, allerdings, soweit es sich um einen mitwirkungsbedürftigen VA handelt, materiell-rechtlich von Bedeutung. Prozessual gilt für die Verpflichtungsklage – als Sachurteilsvoraussetzung – allerdings ein Antragsersfordernis selbst dann, wenn der VA materiell-rechtlich von Amts wegen ergehen könnte oder müsste (BVerwGE 99, 158, 160; VGH Mannheim NVwZ 2001, 101; VGH München NVwZ-RR 1990, 553; Eyermann/Happ VwGO § 42 Rn 36; Eyermann/Rennert VwGO § 68 Rn 22; Kopp/Schenke VwGO § 75 Rn 7 mN; S/S/B/Pietzcker VwGO § 42 Abs 1 Rn 96, der das Erfordernis allerdings dem Rechtsschutzbedürfnis zuordnet; aA BVerwGE 69, 198, 200). Unklar ist, ob der Antrag bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung noch nachgeholt werden kann (abl VGH Mannheim NVwZ 2001, 101; Eyermann/Happ VwGO § 42 Rn 36). Auch in der Klageerhebung oder einer anderen Form der prozessualen Geltendmachung liegt nicht der prozessual geforderte Antrag auf Vornahme des VA (BVerwGE 99, 158, 160; Eyermann/Happ VwGO § 42 Rn 37; großzügiger in der Auslegung allerdings BVerwG NVwZ 1995, 75).
- 55 Da die Verpflichtungsklage nur statthaft ist, wenn das Klageziel objektiv ein VA ist, kann eine Verpflichtungsklage dann nicht statthaft sein, wenn das Klageziel auf Erbringung einer **schlicht hoheitlichen Leistung** gerichtet ist, selbst wenn diese durch VA abgelehnt wurde. Statthaft ist in diesem Fall nur eine Leistungsklage (VGH Mannheim NJW 1991, 2786). Ebenso ist eine Verpflichtungsklage nicht statthaft, wenn im Verfahren auf Erteilung einer Genehmigung festgestellt wird, dass das beantragte Vorhaben genehmigungsfrei ist (vgl BVerwGE 39, 135 f; S/S/B/Pietzcker VwGO § 42 Abs 1 Rn 37).
- 56 Mit dem prozessualen Erfordernis eines Antrags ist der Grundsatz verbunden, dass vor Klageerhebung grundsätzlich ein **Verwaltungsverfahren** erfolglos **durchlaufen** sein muss. Dieses Erfordernis kommt in §§ 42, 68 Abs 2, 75 VwGO zum Ausdruck. Es kennzeichnet den Grundsatz der Gewaltenteilung (Sodan/Ziekow/Sodan VwGO § 42 Rn 37 mN; vgl

BVerwGE 31, 301, 303, 60, 144, 150; 77, 268, 275). Die Verpflichtungsklage soll ohne vorherige Einleitung des Verwaltungsverfahrens selbst dann unzulässig sein, wenn sich die Behörde zur Sache eingelassen hat (OVG Koblenz NJW 1967, 2329). Anderes gilt in Fällen unwesentlicher Änderungen (VGH München BayVBl 1980, 296, 297; OVG Münster OVG 41, 178, 181).

Wird der Antrag auf Erlass eines VA von der Verwaltung abgelehnt, so bedarf es im Rahmen der Verpflichtungsklage **keines** ausdrücklichen **Antrags auf Aufhebung der Ablehnungsentscheidung** (zutr VGH Mannheim NVwZ 1990, 985, 986; S/S/B/Pietzcker VwGO § 42 Abs 1 Rn 96), ebenso wenig einer Aufhebung der Ablehnung durch das der Klage stattgebende Gericht, wenngleich eine solche Aufhebung im Urteilstenor üblich und aus Gründen der Rechtsklarheit sinnvoll ist (S/S/B/Pietzcker VwGO § 42 Abs 1 Rn 96; ähnlich Eyer mann/Happ VwGO § 42 Rn 33). Entbehrlich ist eine ausdrückliche Anfechtung der Antragsablehnung allerdings nur dann, wenn die Ablehnungsentscheidung sich gegenständlich mit dem abgelehnten Antrag deckt. Insbes im Fall von Konkurrentenklagen bzw in sonstigen Fällen kontingentierter Rechte, zum Teil auch in anderen Fällen mehrpoliger Rechtsverhältnisse ist eine Ablehnung des Antrags häufig mit einer drittbegünstigenden Regelung verbunden. Hier setzt die erfolgreiche Verpflichtungsklage voraus, dass zuvor die abweichend erteilte Genehmigung aufgehoben wird (vgl S/S/B/Pietzcker VwGO § 42 Abs 1 Rn 96). Entsprechendes gilt in Regulierungsverfahren, in denen statt des beantragten Entgeltes ein anderes Entgelt genehmigt wird, sowie in vergleichbaren anderen Fällen der Wirtschaftsaufsicht (vgl BVerwG NJW 1993, 2391 zur Genehmigung eines anderen als des vereinbarten Krankenhauspflegesatzes).

Die Verpflichtungsklage zielt auf Erlass eines VA. Wird mit dem VA über die Bewilligung einer Leistung (zB einer Subvention) entschieden, beschränkt sich der Streitgegenstand auf den begehrten Erlass des Bewilligungsbescheides. Mit dem Verpflichtungsantrag kann nicht zugleich auch über die nachfolgende Ausführung der im Bewilligungsbescheid festgelegten Leistungsansprüche entschieden werden. Unterbleibt auf den Verpflichtungsausspruch des Gerichts die Umsetzung der Leistung, muss erneut Klage – als Leistungsklage – erhoben werden (vgl BVerwG NJW 1995, 3135; VGH München NVwZ 1995, 812; S/S/B/Pietzcker VwGO § 42 Abs 1 Rn 95).

Ohne Belang ist, auf welche rechtliche Grundlage sich der Anspruch auf Erlass eines VA richtet. Auch im Falle eines vertraglichen Anspruchs ist die Verpflichtungsklage die richtige Klageart (S/S/B/Pietzcker VwGO § 42 Abs 1 Rn 99).

### 3. Bescheidungsklage

Die Bescheidungsklage ist eine besondere Form der Verpflichtungsklage. Bei der Verpflichtungsklage zielt der Klageantrag auf die Verpflichtung des Beklagten, den beantragten VA vorzunehmen. Fehlt es an der **Spruchreife**, zielt der Antrag darauf, den Beklagten zu verpflichten, den Kläger unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu bescheiden (§ 113 Abs 5 S 1, 2 VwGO).

An der **Spruchreife** fehlt es, wenn der Behörde im Rahmen ihrer Entscheidung ein Ermessens oder Beurteilungsspielraum zusteht oder wenn im Rahmen der gebundenen Verwaltung das erkennende Gericht ausnahmsweise die vollständige Sachverhaltsaufklärung nicht selbst vornehmen muss (vgl im Einzelnen § 113 VwGO Rn 73; zur Zulässigkeit des Bescheidungsurteils im Rahmen der gebundenen Verwaltung Kopp/Schenke VwGO § 113 Rn 197 ff; BVerwG NVwZ-RR 1999, 74; BVerwGE 90, 24 = NVwZ-RR 1993, 69).

Der Bescheidungsantrag ist keine Unterart des Verpflichtungsantrags, sondern lediglich ein im Verpflichtungsantrag enthaltenes Minus (BVerwGE 120, 263, 275 f = NVwZ 2004, 1365; NVwZ 2007, 104, 105 f). Es besteht daher kein Erfordernis, einen solchen Antrag hilfsweise neben dem Verpflichtungsantrag zu stellen (BVerwG NVwZ-RR 1997, 271, 273), wenngleich ein solcher Hilfsantrag üblich ist. Aus diesem Grunde führt ein Bescheidungs-urteil, das auf einen Verpflichtungsantrag hin ergeht, zwangsläufig zu einer Teilabweisung der Klage (BVerwGE 37, 57, 61). Demgegenüber wird von einer Mindermeinung vertreten, das Bescheidungs-urteil habe ähnlichen Charakter wie die Zurückweisung durch die Rechtsmittelinstanz, deshalb sei weder ein eigenständiger Bescheidungsantrag möglich noch sei im



## VwGO § 42

Teil I Gerichtsverfassung (§§ 1–53)

Falle eines Bescheidungsurteils eine Teilabweisung der Klage möglich (vgl Czermak BayVBl 1981, 427).

- 63 Wechselt der Kläger zwischen Verpflichtungs- und Bescheidungsantrag, so liegt eine Klagebeschränkung bzw -erweiterung vor, es handelt sich **nicht** um eine **Klageänderung** (BVerwG NVwZ 2007, 104, 106; Kopp/Schenke VwGO § 91 Rn 9; S/S/B/Pietzcker VwGO § 42 Abs 1 Rn 103).
- 64 Der Bescheidungsantrag muss ebenso wie der Verpflichtungsantrag ein **bestimmtes** Klageziel haben. Der Antrag auf „Verbescheidung schlechthin“ ist nicht zulässig (ebenso Eyermann/Happ VwGO § 42 Rn 33).

### 4. Untätigkeitsklage

- 65 Die Verpflichtungsklage ist, wenn ein Ablehnungsbescheid – bzw. ein Widerspruchsbescheid – nicht ergangen ist, als Untätigkeitsklage statthaft. Die Untätigkeitsklage zielt in diesem Fall auf den Erlass eines unterlassenen VA. Zur Sonderkonstellation der Untätigkeitsklage, mit der der durch einen Bauvorbescheid Begünstigte die Zurückweisung eines Nachbarwiderspruchs anstrebt (VGH Kassel UPR 2009, 115).
- 66 Auch in diesem Fall muss der **Antrag** auf Erlass des VA gestellt worden sein. Andernfalls fehlt es an der erforderlichen Klagevoraussetzung, die Untätigkeitsklage ist dann unzulässig. Ob der fehlende Antrag nach Klageerhebung (bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung) noch nachgeholt werden kann, ist umstritten. Zum Teil wird die Möglichkeit der **Nachholung des Antrags nach Klageerhebung** unter Hinweis auf § 45 Abs 1 Nr 1, Abs 2 VwVfG bejaht (Redeker/v Oertzen/v Nicolai VwGO § 42 Rn 8). Geht man davon aus, so kommt bei Fehlen des Antrags ein Hinweis nach § 86 Abs 3 VwGO mit dem Ziel in Betracht, den Antrag nachzuholen. Nach anderer Auffassung ist eine Nachholung des Antrags nach Klageerhebung ausgeschlossen, da das prozessuale Antragsserfordernis des § 75 VwGO nicht mit dem verwaltungsverfahrenrechtlichen Antragsserfordernis gleichzusetzen sei und der Antrag eine Klagevoraussetzung, nicht eine bloße Sachurteilsvoraussetzung darstellt (BVerwGE 57, 204, 210; 99, 158, 160; VGH Mannheim NVwZ 2001, 101; 2000, 106; Eyermann/Happ VwGO § 42 Rn 36). Für diese Auffassung spricht, dass das prozessuale Antragsserfordernis des § 75 VwGO mit dem – ohnehin nicht zwingenden – materiell-rechtlichen Antragsserfordernis nach VwVfG nicht identisch ist. S auch § 75 VwGO Rn 5.

### 5. Sachurteilsvoraussetzungen

- 67 Bei den besonderen Sachurteilsvoraussetzungen der Verpflichtungsklage muss zwischen der sog Versagungsgegenklage und der Untätigkeitsklage unterschieden werden.
- 68 Besondere Sachurteilsvoraussetzungen der **Versagungsgegenklage** sind die Durchführung des Vorverfahrens, §§ 68 VwGO ff, die Klagefrist nach § 74 Abs 2 VwGO sowie die Klagebefugnis, § 42 Abs 2 VwGO.
- 69 Bei der **Untätigkeitsklage** muss als besondere Sachurteilsvoraussetzung die Sperrfrist von drei Monaten (§ 75 S 2 VwGO) beachtet werden. Auch für die Untätigkeitsklage als Unterart der Verpflichtungsklage (VGH München BayVBl 1968, 251) gilt das Erfordernis der Klagebefugnis nach § 42 Abs 2 VwGO. Zudem ist prozessuale Voraussetzung für die Untätigkeitsklage ein Antrag auf Vornahme des VA, § 75 S 1, 2 VwGO (BVerwGE 99, 158). Es handelt sich um ein prozessuales Antragsserfordernis, das selbst dann erfüllt sein muss, wenn materiell-rechtlich die Entscheidung von Amts wegen ergehen könnte (BVerwGE 99, 158, 160; Eyermann/Happ VwGO § 42 Rn 36; Kopp/Schenke VwGO § 75 Rn 7). Eine Nachholung des Antrags nach Klageerhebung scheidet aus (VGH Mannheim NVwZ 2001, 101).
- 70 Für die Frage, ob die Sachurteilsvoraussetzungen vorliegen, ist der **Zeitpunkt** der letzten mündlichen Verhandlung maßgeblich. Wird im schriftlichen Verfahren entschieden, kommt es auf den Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung an.

## IV. Abgrenzung zwischen Anfechtungs und Verpflichtungsklage

### 1. Allgemeines

Im Grundsatz scheint die Abgrenzung zwischen den beiden Klagearten einfach. Das in § 42 Abs 1 VwGO unterschiedlich ausgedrückte Klagebegehren bestimmt die Klageart. Es gibt allerdings bestimmte besondere Fallgruppen, bei denen die Abgrenzung Schwierigkeiten bereitet. Den Grund hierfür bieten nicht immer prozessuale, am Klageziel hängende Gründe, sondern materiell-rechtliche Fragen. Bestimmte Grundkonstellationen sind innerhalb einiger der typischen Fallgruppen seit langem umstritten und von einem Wandel der Auffassungen geprägt. Dies gilt namentlich im Bereich der Abgrenzung zwischen Anfechtungs- und Verpflichtungsklage bei Klagen gegen belastende Nebenbestimmungen bzw Inhaltsbestimmungen (§ Rn 28 ff). In der Praxis wird die Entscheidung über die richtige Klageart in den meisten Fällen durch richterliche Hinweise nach § 86 Abs 3 VwGO bzw durch Auslegung oder Umdeutung des gestellten Antrages gelöst.

Von besonderer Bedeutung bei der Abgrenzung zwischen den beiden Klagearten sind die folgenden **Fallgruppen**: 72

- Klagen gegen belastende Nebenbestimmungen bzw Inhaltsbestimmungen
- Klagen wegen unzureichender Begünstigung
- Klagen im Zusammenhang mit drittwirkenden Verwaltungsakten, insbes Rechtsschutz im Planfeststellungsverfahren
- Konkurrentenklagen und Klagen im Zusammenhang mit kontingentierten Rechten

Daneben gibt es kleinere Fallgruppen, die meist auf einzelne Rechtsbereiche beschränkt sind.

### 2. Klage gegen belastende Nebenbestimmungen

Über die Abgrenzung von Anfechtungs- und Verpflichtungsklage bei der Anfechtung von Nebenbestimmungen und Inhaltsbestimmungen herrscht seit Jahrzehnten Streit (§ Rn 28 ff). Dieser Meinungsstreit hängt zunächst damit zusammen, dass die Abgrenzung zwischen den beiden Klagearten in § 42 Abs 1 VwGO nicht zu dem Verhältnis der verschiedenen Nebenbestimmungen in § 36 VwVfG sowohl untereinander als auch gegenüber dem Rest-VA passt. Vor allem aber lässt sich weder durch das Verwaltungsverfahrensrecht noch durch § 42 Abs 1 VwGO die Schwierigkeit auflösen, dass die Qualifizierung einer Teilregelung in einem Verwaltungsakt als Nebenbestimmung, Inhaltsbestimmung, Hauptbestimmung, modifizierender Regelung oder nach anderen Kategorien immer von materiell-rechtlichen Wertungen abhängt. Da als Ausgangspunkt das Klageziel steht, nur den belastenden Teil des VA zu korrigieren, sind mit der prozessualen Wahl der Klageart zwangsläufig auch (vorwiegend prozessuale) Folgen verbunden, die auch den begünstigenden Teil des VA erfassen (zB die Reichweite des Suspensiveffekts und der Bestandskraft). Die für die Abgrenzung von Anfechtungs- und Verpflichtungsklage maßgebliche Frage ist, ob die Gesamtregelung mit der belastenden Teilregelung überhaupt **prozessual teilbar** ist. Diese Frage ist nicht gleichzusetzen mit der Frage nach der materiellen Abtrennbarkeit der belastenden Teilregelung vom Rest des VA. Sie hängt aber damit zusammen, ob die Klärung dieser letzteren Frage in die Zulässigkeit der Klage gehört und die Abgrenzung zwischen Anfechtungs- und Verpflichtungsklage bestimmt oder erst in der Begründetheit zu prüfen ist (vgl dazu BVerwGE 112, 121 = NVwZ 2001, 429; Schmidt VBIBW 2004, 81).

**a) Selbständige Regelung.** Die Teilbarkeit ist dann zu bejahen, wenn es sich bei der belastenden Teilregelung um eine **selbständige Regelung** handelt, die vom VA im Übrigen unabhängig ist. In diesem Fall liegen zwei (oder mehrere) Hauptbestimmungen vor. Diese sind zweifellos prozessual teilbar und selbständig durch Anfechtungsklage angreifbar. Ob ein solcher Fall vorliegt, richtet sich nach materiellem Recht. Entscheidend ist die objektive Beurteilung der Regelung(en), wengleich der Behördenwille dabei mit zu berücksichtigen ist (etwas anders Eyer mann/Happ VwGO § 42 Rn 40). 74

Ein Beispiel, das oftmals Anlass zu dieser Abgrenzung bietet, bildet die Verknüpfung einer Änderungsgenehmigung nach § 16 BImSchG mit einer nachträglichen Anordnung nach § 17 BImSchG. Werden im Zuge eines Änderungsvorhabens in Bezug auf eine bestehende Anlage in die 74.1



Änderungsgenehmigung Anforderungen aufgenommen, die sich auf nicht geänderte und nicht von der Änderung betroffene Teile der Anlage beziehen, zB strengere Emissionswerte in Bezug auf nicht von der Änderung betroffenen Emissionsquellen, so handelt es sich nicht um Nebenbestimmungen zur Änderungsgenehmigung, sondern um eine eigenständige nachträgliche Anordnung nach § 17 BImSchG. Es liegen streng genommen zwei Verwaltungsakte vor.

- 74.2 Eine solche selbständige Regelung kann auch vorliegen bei einer räumlichen Beschränkung einer Aufenthaltsgenehmigung nach § 12 Abs 1 S 2 AuslG 1990 (BVerwGE 335, 337 f).
- 75 **b) Form der belastenden Teilregelung.** Handelt es sich nicht um eine selbständige Regelung, finden sich zwei unterschiedliche Ansätze. Zum Teil wird auf die Form der belastenden Teilregelung abgestellt.
- 76 (aa) Teilweise wird ausschließlich nach der Form der Teilregelung differenziert, wobei in erster Linie auf § 36 VwVfG abgestellt wird. Die **frühere Rechtsprechung** hielt auf dieser Grundlage gegen Auflagen die Anfechtungsklage für statthaft, demgegenüber sollte gegen sonstige Nebenbestimmungen Verpflichtungsklage auf Erlass des Gesamt-VA ohne die Nebenbestimmung erhoben werden (BVerwGE 65, 139 = NJW 1982, 2269; BVerwGE 29, 261, 264 = NJW 1968, 1842; vgl auch Eyermann/Happ VwGO § 42 Rn 45, 49; S/S/B/Pietzcker VwGO § 42 Abs 1 Rn 137).
- 77 (bb) Nach anderer Auffassung sollte in allen Fällen belastender Nebenbestimmungen generell die Verpflichtungsklage statthaft sein (Stadie DVBl 1991, 613).
- 78 (cc) Nach heute **überwiegender Auffassung**, der auch die Rechtsprechung folgt, ist demgegenüber gegen belastende Nebenbestimmungen eines VA unabhängig von deren Einordnung nach § 36 VwVfG grundsätzlich die Anfechtungsklage statthaft, es sei denn, eine isolierte Aufhebbarkeit scheidet offenkundig von vornherein aus (s Rn 30; BVerwGE 112, 221 = NVwZ 2001, 429; Kopp/Schenke VwGO § 42 Rn 22 mN; Hellriegel/Malmendier DVBl 2010, 486). Nach der heute herrschenden Auffassung spielt für die Abgrenzung die Einordnung als gebundene Entscheidung oder Ermessensentscheidung keine Rolle (s Rn 31).
- 79 **c) Inhalt der Regelung.** Soweit nicht auf die Form, sondern auf den Inhalt der Regelung abgestellt wird, ebenso soweit zwischen Auflage und sonstigen Nebenbestimmungen unterschieden wird, werden bei der Frage der Teilbarkeit Kategorien wie Inhalts- und Nebenbestimmung, modifizierte Genehmigung, modifizierende Auflage oder modifizierende Gewährung herangezogen. Dabei hat sich die Abgrenzung nach den Kriterien der **modifizierenden Auflage**, modifizierenden Gewährungen bzw modifizierten Genehmigung nicht durchgesetzt (vgl Rn 38; Eyermann/Happ VwGO § 42 Rn 43 f; Hufen § 14 Rn 60; Kopp/Schenke VwGO § 42 Rn 23). Überwiegend wurde dabei vertreten, dass bei solchen modifizierenden Auflagen bzw Gewährungen eine selbständige Anfechtbarkeit ausscheiden und eine Verpflichtungsklage in Betracht kommen sollte (BVerwGE 60, 269, 274 = NJW 1980, 2773; VGH Mannheim NVwZ-RR 1999, 432; OVG Münster NWVBL 1994, 24; OVG Berlin NVwZ 1997, 1005; Brüning NVwZ 2002, 1082; aA BVerwG NVwZ 1984, 366; NVwZ-RR 1997, 317; Kopp/Schenke VwGO § 42 Rn 23). Letztlich haben diese Kategorien keine Klarheit, sondern zusätzliche Verwirrung geschaffen. Regelungen, die den Inhalt und Umfang des VA bestimmen, ihn so prägen, dass der Wegfall der Teilregelung den verbleibenden Teil zu einem aliud macht, werden überwiegend als **Inhaltsbestimmungen** dargestellt. Ihre isolierte Aufhebung setzt voraus, dass die Regelung in der Weise vollständig abtrennbar ist, dass der nicht aufgehobene Teil ohne Inhaltsänderung sinnvoller- und rechtmäßigerweise bestehen bleiben kann. Damit ist indes die Frage nicht beantwortet, ob diese Unterscheidung bei der Wahl der Klageart oder in der Begründetheit der Klage zu treffen ist.
- 80 Unabhängig davon, welche dieser Abgrenzungskriterien man heranzieht, muss die Abgrenzung zwischen Nebenbestimmung und Inhaltsbestimmung in jedem Fall anhand einer **wertenden Beurteilung** des Regelungsinhalts des VA und der betroffenen Teilregelung erfolgen. Deshalb ersetzen die Kriterien nicht eine solche wertende Zuordnung im Einzelfall. Die Wahl zwischen Anfechtungsklage und Verpflichtungsklage hat dabei Auswirkungen auf den Umfang des mit der Klage verbundenen Suspensiveffekts und mit dem Umfang der Bestandskraft. S im Einzelnen Rn 34.
- 81 Im Ergebnis überzeugt die neuere Rechtsprechung des BVerwG. Danach ist gegen belastende Nebenbestimmungen regelmäßig die Anfechtungsklage, nicht die Verpflichtungs-