

# Jansen, SGG § 131 Sicherung des Rechtsschutzes eines obsiegenden Beteiligten (HI768273)

Normenkette: SGG § 131

## Gliederung

- 1 Allgemeines (HI2965328)
- 2 Rechtspraxis (HI2965329)
  - 2.1 Anfechtungsklage (HI2965330)
  - 2.2 Sonderfall Folgenbeseitigung, § 131 Abs. 1 Satz 1 und 2 (HI2965331)
    - 2.2.1 Bedeutung des § 131 Abs. 1 Satz 1 und 2 (HI2965332)
    - 2.2.2 Voraussetzungen für die Entscheidung nach § 131 Abs. 1 Satz 1 und 2 (HI2965333)
    - 2.2.3 Entscheidung über Antrag nach § 131 Abs. 1 Satz 1 und 2 (HI2965334)
  - 2.3 Fortsetzungsfeststellungsklage (HI2965335)
    - 2.3.1 Allgemeines (HI2965336)
    - 2.3.2 Erledigung "nach Klageerhebung" (HI2965337)
      - 2.3.2.1 Erledigungseintritt (HI2965338)
      - 2.3.2.2 Fortsetzungsfeststellungsinteresse (HI2965339)
      - 2.3.2.3 Sonstige Voraussetzungen (HI2965340)
    - 2.3.3 Erledigung vor Klageerhebung, Rechtswidrigkeitsfeststellungsklage (HI2965341)
    - 2.3.4 Begründetheit, Urteilsformel (HI2965342)
  - 2.4 Verpflichtungsklage (HI2965343)
    - 2.4.1 Allgemeines (HI2965344)
    - 2.4.2 Verpflichtungsurteil und Bescheidungsurteil (HI2965345)
      - 2.4.2.1 Spruchreife (HI2965346)
      - 2.4.2.2 Fehlende Spruchreife (HI2965347)
    - 2.4.3 Die Urteilsformel (HI2965348)
  - 2.5 Anfechtungs- und Leistungsklage, Abs. 2 Sätze 3 und 4 a. F., Abs. 3 (HI2965349)
  - 2.6 Wahlanfechtungsklage, Abs. 4 (HI2965350)
  - 2.7 Zurückverweisung an die Behörde, Abs. 5 (HI2965351)
    - 2.7.1 Normzweck (HI2965352)
    - 2.7.2 Aufhebung nach Abs. 5 bei der isolierten Anfechtungsklage (Satz 1) (HI2965353)
      - 2.7.2.1 Isolierte Anfechtungsklage (HI2965354)
      - 2.7.2.2 Erforderlichkeit weiterer Sachaufklärung, Sachdienlichkeit (HI2965355)
      - 2.7.2.3 Die 6-Monatsfrist (HI2965356)
      - 2.7.2.4 Entscheidung des Gerichts, Wirkung (HI2965357)
      - 2.7.2.5 Einstweilige Regelung, Abs. 5 Satz 2 und 3 (HI2965358)
    - 2.7.3 Kombinierte Anfechtungs- und Leistungsklage, Verpflichtungsklage, ab 1.4.2008, jetzt Abs. 5 Satz 2 (HI2965359)
      - 2.7.3.1 Voraussetzungen (HI2965360)
      - 2.7.3.2 Entscheidung/Rechtsmittel (HI2965361)

### Literaturtipps

Autor/-in: Ansgar Humpert  
Zitiervorschlag: Ansgar Humpert, in Jansen, SGG, § 131 SGG Rz. ..., Stand: 15.06.2012

## 1 Allgemeines

(HI2965328)

Normenkette: SGG § 131

### Rz. 1

§ 131 wird häufig mit "Urteilsformel" überschrieben, trifft aber Bestimmungen über die Entscheidungsformel nur für einige Sonderfälle. Allgemeine Leistungsklage, Feststellungsklage und – anders als in der Parallelvorschrift der VwGO (vgl. § 113 Abs. 1 Satz 1, Abs. 5 VwGO) – auch die Hauptanwendungsfälle der Anfechtungs- wie der Verpflichtungsklage werden nicht angesprochen. Andererseits geht § 131 insofern inhaltlich über eine Regelung der Urteilsformel hinaus, als die Vorschrift auch die Voraussetzungen für bestimmte gerichtliche Entscheidungen aufstellt. Die Möglichkeit einer "Zurückverweisung an die Verwaltung" (Abs. 5) ist durch Art. 8 Nr. 1 des 1. Justizmodernisierungsgesetzes v. 24.8.2004 (BGBl. I S. 2198) mit Wirkung v. 1.9.2004 – zunächst nur für die reine Anfechtungsklage (vgl. BSG, Urteil v. 17.4.2007, B 5 RJ 30/05 R, mit Anm. *Humpert* in SGB 2008 S. 250) – eröffnet worden. Mit der Änderung des Abs. 5 durch Art. 1 Nr. 22 Buchst. b des Gesetzes zur Änderung des Sozialgerichtsgesetzes und des Arbeitsgerichtsgesetzes (SGGArbGGÄndG) v. 26.3.2008 (BGBl. I S. 444) wurde der Anwendungsbereich dieser Regelung ab 1.4.2008 auf alle Fälle des § 54 Abs. 1 und Abs. 4 ausgedehnt, so dass nunmehr die "Zurückverweisung an die Verwaltung" auch in der Situation der kombinierten Anfechtungs- und Leistungsklage und der Verpflichtungsklage in Betracht kommt. Zugleich wurden dem Abs. 2 die folgenden Sätze angefügt (vgl. Art. 1 Nr. 22 Buchst. a SGGArbGGÄndG): "Dies gilt auch bei Klagen auf Verurteilung zum Erlass eines Verwaltungsaktes und bei Klagen nach § 54 Abs. 4. Absatz 3 gilt entsprechend." Absatz 2 Satz 2 wurde zur Bereinigung eines "Redaktionsversehens" (so: BR-Drucks. 544/08 S. 31 zu Nr. 2 § 131) bereits durch Art. 8 des Gesetzes v. 21.12.2008 (BGBl. I S. 2933) aus Abs. 2 in Abs. 5 (Satz 2) verschoben, Satz 3 wurde angepasst. In Abs. 5 Satz 1 wurde die Passage "in den Fällen des § 54 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 4" gestrichen.

## 2 Rechtspraxis

(HI2965329)

Normenkette: SGG § 131

### 2.1 Anfechtungsklage

(HI2965330)

Normenkette: SGG § 131

#### Rz. 2

Streitgegenstand der (reinen) Anfechtungsklage ist die Rechtsschutzbehauptung, dass der angefochtene Verwaltungsakt rechtswidrig und der Kläger hierdurch in seinen Rechten betroffen sei (vgl. BSGE 41 S. 100; BVerwGE 29 S. 210; BVerwGE 40 S. 104; *Leitherer* in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, § 95 Rn. 5; *Rennert*, in: *Eyermann*, § 121, Rn. 25; siehe auch Rn. 23 zu § 141). Wird der Anfechtungsklage stattgegeben, wird diese Rechtsbehauptung als zutreffend bestätigt und festgestellt, dass der Kläger durch den angegriffenen Verwaltungsakt in seinen Rechten verletzt worden ist. Modifizierungen ergeben sich insoweit, wenn über die Anfechtungsklage nach Abs. 5 entschieden wird. Wegen der Zulässigkeit und Begründetheit der Anfechtungsklage und des dafür maßgeblichen Beurteilungszeitpunkts sowie wegen der Möglichkeit, die Anfechtungsklage mit Verpflichtungsklage, Leistungsklage oder auch Feststellungsklage zu kombinieren vgl. die Kommentierung zu § 54. Die Anfechtungsklage ist Gestaltungsklage (BSGE 46 S. 71; vgl. auch Rn. 6 zu § 125).

#### Rz. 3

Ist die **Anfechtungsklage unzulässig** oder **unbegründet**, so ist die Klage abzuweisen. Ob die Klage schon unzulässig oder lediglich unbegründet ist, kann für die Rechtskraft (§ 141) Bedeutung haben, wird aber nicht in der Urteilsformel zum Ausdruck gebracht, sondern muss sich aus den Entscheidungsgründen ergeben. Der Tenor lautet in beiden Fällen:

Die Klage wird abgewiesen.

#### Rz. 4

Bei **zulässiger isolierter Anfechtungsklage** hebt das Gericht den Verwaltungsakt und den etwaigen Widerspruchsbescheid auf, soweit der Verwaltungsakt rechtswidrig und der Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt ist (vgl. § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO). Es handelt sich um eine kassatorische Entscheidung mit Wirkung ex tunc. Der **Tenor** lautet üblicherweise:

Der Bescheid (exakter: Verwaltungsakt) vom ... und der Widerspruchsbescheid vom ... werden aufgehoben.

**oder:**

Der Bescheid vom ... in der Fassung des Widerspruchsbescheids vom ... wird aufgehoben.

Die ferner gängige Formulierung: "... in der Gestalt des Widerspruchsbescheids" knüpft an § 95 an. Danach ist, wenn ein Vorverfahren stattgefunden hat, Gegenstand der Klage der ursprüngliche Verwaltungsakt in der Gestalt, die er durch den Widerspruchsbescheid gefunden hat. Wenn der Verwaltungsakt aber durch den Widerspruchsbescheid gar keine neue Gestalt erhalten hat, wirkt die genannte Formulierung nicht nur steif, sondern auch deplatziert. Im Übrigen besteht auch keine Notwendigkeit, bereits im Tenor zum Ausdruck zu bringen, ob der Widerspruchsbescheid dem Ursprungsverwaltungsakt eine andere Gestalt gegeben hat. Weil nicht der Widerspruchsbescheid, sondern der Ausgangsverwaltungsakt Gegenstand der Klage ist (§ 95 SGG und § 79 VwGO) wird allgemein nicht einmal die ausdrückliche Aufhebung des Widerspruchsbescheids für erforderlich gehalten, wenn dieser den Verwaltungsakt lediglich bestätigt (vgl. z. B. *Redeker/von Oertzen*, § 113 Rn. 5; *Kopp/Schenke*, § 113 Rn. 3; BVerwG, Buchholz 310 § 58 Nr. 29). Sie ist gleichwohl üblich und sinnvoll. Die Nennung der Behörde und des Aktenzeichens im Tenor wird i. d. R. entbehrlich sein.

#### Rz. 5

Hat die Klage nur hinsichtlich eines abgrenzbaren Teils Erfolg, wird die nur **teilweise Aufhebung** ("Abänderung", § 54 Abs. 1 Satz 1) durch entsprechende Formulierungen ("soweit") und die Abweisung der Klage im Übrigen im Tenor zum Ausdruck gebracht. Das geschieht z. B., wenn die Klage erst ab einem späteren Zeitpunkt oder in anderer Höhe erfolgreich ist, wenn etwa der Kläger statt der von der Beklagten geforderten 2.000,00 EUR lediglich 1.000,00 EUR zu zahlen hat (für die VwGO siehe auch die überflüssig erscheinende Sonderregelung des § 113 Abs. 2 Satz 1 VwGO). Die Teilbarkeit ist eine Frage des geregelten Gegenstands, richtet sich also nach materiellem Recht (vgl. BSGE 59 S. 137). Teilbarkeit liegt nach h. M. dann vor, wenn sich die Rechtswidrigkeit des einen Teils nicht auf den Rest des Verwaltungsakts auswirkt (vgl. BSGE 59 S. 137) bzw. der in Frage stehende Teil des Verwaltungsakts nicht mit seinen übrigen Teilen in einem untrennbaren inneren Zusammenhang steht, vielmehr die übrigen Teile auch selbständig bestehen können und durch die Teilaufhebung nicht eine andere Bedeutung erlangen würden, als ihnen im Zusammenhang des ursprünglichen Verwaltungsakts zukam (vgl. *Kopp/Schenke*, § 131 Rn. 16). Bei der **Anfechtung von Nebenbestimmungen** (§ 32 SGB X) zu einem begünstigenden Verwaltungsakt ist problematisch, ob sie isoliert nur unter der Voraussetzung aufgehoben werden können, dass der verbleibende Teil ohne Änderung des Inhalts sinnvoller- und rechtmäßigerweise bestehen bleiben kann (so BVerwG, NVwZ

1984 S. 336; *Redeker/von Oertzen*, § 80 Rn. 8 m. w. N.) oder ob die Aufhebung der Nebenbestimmung nicht an die o. g. Voraussetzung geknüpft sein soll und die Behörde, wenn sie durch die isolierte Aufhebung der Auflage einen Verwaltungsakt erhalten hat, den sie so nicht erlassen wollte, ggf. den Verwaltungsakt widerrufen kann (BVerwGE 65 S. 139 zur Anfechtung von Nebenbestimmungen bei einem Ermessensverwaltungsakt; *Stelkens*, NVwZ 1985 S. 469). Die früher übliche Differenzierung nach der Art der Nebenbestimmung, wonach Befristung, Bedingung und Widerruf als integrierte Bestandteile nicht isoliert anfechtbar seien, während bei Auflagen und Auflagenvorbehalten Teilbarkeit gegeben sei, entspricht nicht mehr allg. Meinung (vgl. z. B. *Wolff*, in: *Sodan/Ziekow* § 113 Rn. 172; s. auch die Darstellung des Streitstandes bei *von Albedyll*, in: *Bader/Funke-Kaiser/Stuhlfauth/von Albedyll*, § 42, 24 ff.). Wenn es sich um eine sog. "**modifizierende Auflage**" handelt, die nicht Nebenbestimmung, sondern wesentlicher Inhalt des Verwaltungsakts ist, weil sie z. B. den Genehmigungsgegenstand qualitativ verändert (modifiziert), kann die Auflage nicht isoliert aufgehoben werden (vgl. BSG, Urteil v. 21.1.1987, 1 RS 3/85, BSGE 61 S. 131, 135). Es geht in diesen Fällen nämlich nicht um die Auflage, sondern um eine Ablehnung des beantragten Verwaltungsakts. In diesen Fällen bietet sich allgemein nach dem Klageziel die auf Erteilung einer nicht eingeschränkten Genehmigung gerichtete Verpflichtungsklage als geeignete Klageart an (BSG, a. a. O.; BVerwG, DÖV 1974 S. 380, 381). Unter Umständen ist im Prozess zu prüfen, ob das auf Beseitigung einer modifizierenden Auflage gerichtete Klagebegehren (§ 123) nach seinem erkennbaren Zweck dahin ausgelegt werden kann, dass es einen Antrag auf Aufhebung des Genehmigungsbescheids und auf Verpflichtung des Beklagten zur Erteilung der Genehmigung unter Verzicht auf die belastende Anordnung umfasst (vgl. BSGE 61 S. 135 für den Fall einer Aufsichtsklage nach § 54 Abs. 3).

#### Rz. 6

Möglich ist auch, **allein den Widerspruchsbescheid aufzuheben** (vgl. §§ 115, 113 VwGO), so etwa, wenn ein Dritter erstmals durch den Widerspruchsbescheid beschwert wird (vgl. BSGE 35 S. 224, 226). Ebenso führt es nach der Rechtsprechung des BSG lediglich zur Aufhebung des Widerspruchsbescheids, wenn erst im Vorverfahren die erforderliche Anhörung des Betroffenen unterblieben ist (vgl. BSG, Urteil v. 15.8.1996, 9 RV 10/95, SozR 3-1300 § 24 Nr. 13; BSG, Urteil v. 25.3.1999, B 9 SB 14/97 R, SozR 3-1300 § 24 Nr. 14).

## 2.2 Sonderfall Folgenbeseitigung, § 131 Abs. 1 Satz 1 und 2

(HI2965331)

Normenkette: SGG § 131

### 2.2.1 Bedeutung des § 131 Abs. 1 Satz 1 und 2

(HI2965332)

Normenkette: SGG § 131

#### Rz. 7

Wenn durch einen hoheitlichen Eingriff in ein subjektives Recht ein rechtswidriger Zustand geschaffen worden ist, der noch andauert, ist nach allg. Meinung ein **Folgenbeseitigungsanspruch** gegeben (vgl. *Schmidt*, in: *Eyermann*, § 113 Rn. 28). Der Folgenbeseitigungsanspruch, der nicht durch § 131 gewährt, sondern vorausgesetzt wird, ist ein in der Rechtsprechung des BVerwG entwickeltes Rechtsinstitut. Diese einhellig anerkannte, zumeist aus den Grundrechten hergeleitete Anspruchsgrundlage (vgl. dazu etwa *Faber*, NVwZ 2003 S. 159, 160) kommt grundsätzlich als materiell-rechtlicher Anspruch bei allen Amtshandlungen (auch bei Eingriffen tatsächlicher Art) in Betracht, die rechtswidrige Folgen nach sich gezogen haben, setzt also den Vollzug eines Verwaltungsakts nicht voraus (vgl. z. B. BVerwGE 69 S. 366 ff.; BSGE 76 S. 235; *Schmidt*, in: *Eyermann*, § 113 Rn. 29; *Keller*, in: *Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer*, § 131 Rn. 4).

## Rz. 8

§ 131 Abs. 1 Satz 1 und 2 betreffen aber allein den Fall des **vollzogenen Verwaltungsakts**. Ihre Bedeutung besteht darin, dass sie die prozessuale Möglichkeit zum Ausdruck bringen, dass die Entscheidung über die Beseitigung der Folgen zusammen mit der Aufhebungsentscheidung ergehen kann, deren Rechtskraft also nicht abgewartet werden muss (vgl. z. B. *Keller* in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, § 131 Rn. 4b; vgl. auch *Redeker/von Oertzen*, § 113 Rn. 18). Wird die Anfechtungsklage um den Folgenbeseitigungsantrag ergänzt, bedeutet dies keine Klageänderung, sondern eine Klageerweiterung i. S. d. § 99 Abs. 3 Nr. 2, die auch noch in der Revisionsinstanz zulässig ist (vgl. BVerwGE 22 S. 314). In anderen Fällen als dem des vollzogenen Verwaltungsakts (§ 131 Abs. 1 Satz 1 und 2), also wenn es um die Folgen sonstigen rechtswidrigen Verwaltungshandelns geht, muss der Folgenbeseitigungsanspruch selbständig (durch Leistungs- oder Verpflichtungsklage) geltend gemacht werden (vgl. *Redeker/von Oertzen*, § 113 Rn. 22; *Stuhlfauth*, in: Bader/Funke-Kaiser/Stuhlfauth von Albedyll, § 113 Rn. 44).

## 2.2.2 Voraussetzungen für die Entscheidung nach § 131 Abs. 1 Satz 1 und 2

(HI2965333)

Normenkette: SGG § 131

## Rz. 9

Die Voraussetzungen für die Entscheidung nach Abs. 1 Satz 1 und 2 sind:

- Die Anfechtungsklage muss erfolgreich sein, der **Verwaltungsakt** (oder Widerspruchsbescheid) wird also – zumindest teilweise – **aufgehoben**.
- Der Verwaltungsakt muss schon vollzogen sein.
- Ferner erforderlich ist ein entsprechender **Antrag**, obwohl § 131 den Antrag – anders als § 131 Abs. 1 Satz 2 VwGO – nicht nennt. Das Antragerfordernis folgt aus dem Dispositionsgrundsatz (vgl. *Keller*, in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, § 131 Rn. 5; *Zeihe*, § 131 Rn. 11; *Peters/Sautter/Wolff*, § 131 Anm. 2a; str. a. *A. Bolay*, in: Lüdtke, SGG, § 131 Anm. 5).

## Rz. 10

- Materiell-rechtlich muss ein **Folgenbeseitigungsanspruch** (vgl. Rz. 7 f.) bestehen. Der Folgenbeseitigungsanspruch zielt im Falle des § 131 Abs. 1 auf die Rückgängigmachung der Folgen der Vollziehung. Die rechtswidrigen Folgen des Verwaltungshandelns sind dadurch wieder zu beseitigen, dass der vor der Amtshandlung bestehende Zustand "in natura" wiederherzustellen ist (BSGE 76 S. 235; BVerwGE 69 S. 366, 371). Es handelt sich nicht um einen Schadensausgleich, auch wenn sich der Folgenbeseitigungsanspruch auf eine Geldleistung richten kann. Wenn z. B. eine Rente zu Unrecht entzogen worden ist, richtet sich der Folgenbeseitigungsanspruch auf die Auszahlung der vorenthaltenen Rente. In diesen Fällen wird ein Urteilsausspruch nach § 131 Abs. 1 aber üblicherweise nicht begehrt, denn der Rentenversicherungsträger zahlt die geschuldeten Rentenbeträge erfahrungsgemäß unmittelbar nach Rechtskraft des den Entziehungsbescheid aufhebenden Urteils aus.

## Rz. 11

- Grundsätzlich sind nur die **unmittelbaren Folgen** der rechtswidrigen Amtshandlung zu beseitigen, denn nur diese Folgen sind handelnden Behörden bzw. Leistungsträgern dann zuzurechnen, wenn zwischen der Amtshandlung und den Folgen Kausalität besteht. Ein

derartiger haftungsbegründender Zusammenhang ist zwar bei allen Folgen einer Amtshandlung gegeben, auf deren Eintritt diese unmittelbar gerichtet war bzw. die aufgrund der Amtshandlung unmittelbar und in Bezug auf die Amtshandlung adäquat eingetreten sind (vgl. BVerwGE 69 S. 372, 373). Erst durch ein Verhalten des Betroffenen, das auf dessen EntschlieÙung beruht, verursachte oder mitverursachte Folgen müssen hingegen dem Zweck des Art. 20 Abs. 3 GG entsprechend nicht beseitigt werden. Muss z. B. der Kläger wegen eines Erstattungsbescheids einen Kredit aufnehmen, um dem Inhalt des Bescheids nachkommen zu können, ist der dadurch entstandene Zinsschaden der Beklagten als mittelbarer Schaden nicht zuzurechnen (BSGE 76 S. 235, 239; vgl. auch BVerwGE 69 S. 372 ff.; Broß, VerwArchiv 1985 S. 217). Das schließt selbstverständlich eine Verzinsungspflicht nach § 44 SGB I oder § 27 SGB IV nicht aus (vgl. z. B. Zeihe, § 131 Rn. 5c).

#### Rz. 12

- Die Behörde muss zur Folgenbeseitigung **imstande sein**. Ist die Naturalrestitution tatsächlich oder rechtlich nicht möglich, scheidet ein Folgenbeseitigungsanspruch aus (vgl. Faber, NVwZ 2003 S. 159, 163). Die Verurteilung zu Schadensersatz ermöglicht § 131 nicht (vgl. aber bei Schmidt, in: Eyer mann, § 113 Rn. 31, wonach sich der Folgenbeseitigungsanspruch in einen Geldanspruch umwandeln soll; dagegen zu Recht Kopp/Schenke, § 113 Rn. 88, 89).

#### Rz. 13

- Die **Sache** muss **spruchreif** sein, denn die Entscheidung in der Hauptsache soll durch die Entscheidung über die Folgenbeseitigung nicht aufgehoben werden (vgl. Keller, in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, § 131 Rn. 6a). Ohne Weiteres in jeder Beziehung spruchreif ist die Frage der Folgenbeseitigung dann, wenn nach Abschluss der Sachaufklärung über die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts ohne darüber hinausgehende Ermittlungen ausgesprochen werden kann, dass und wie der vollzogene Verwaltungsakt in seinen Wirkungen zu beseitigen ist (Zeihe, § 131 Rn. 8). Es besteht kein Anspruch gegen das Gericht darauf, dass die Spruchreife auch hinsichtlich der Folgenbeseitigung hergestellt wird (vgl. Kopp/Schenke, § 113 Rn. 93). An der Spruchreife fehlt es, wenn der Behörde bei der Auswahl der möglichen Verhaltensweise Ermessen zusteht.
- Erfolgt mangels Spruchreife die Abweisung des Antrags, so verbleibt dem Kläger die Möglichkeit, seinen Anspruch in einem neuen Verfahren zu verfolgen (vgl. Kopp/Schenke, § 113 Rn. 94; Redeker/von Oertzen, § 113 Rn. 21).

### 2.2.3 Entscheidung über Antrag nach § 131 Abs. 1 Satz 1 und 2

(HI2965334)

Normenkette: SGG § 131

#### Rz. 14

Das Gericht "kann" nach Abs. 1 Satz 1 aussprechen, dass und in welcher Weise die Vollziehung des Verwaltungsakts rückgängig zu machen ist. Durch diese Formulierung wird lediglich die Befugnis des Gerichts zum Ausdruck gebracht, nicht aber, dass es bei Erfüllung aller Voraussetzungen des § 131 Abs. 1 und 2 dem Ermessen des Gerichts überlassen wäre, über den Anspruch auf Folgenbeseitigung zu entscheiden (vgl. Kopp/Schenke, § 131 Rn. 93; Keller, in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, § 131 Rn. 6b; a. A. "pflichtgemäß auszuübendes Ermessen": Zeihe, § 131 Rn. 4; differenzierend Hauck, in: Hennig, § 131 Rn. 43). Auswirkungen dürfte diese Frage nur in den Fällen haben, in denen ein besonderer Ausspruch über die Folgenbeseitigung üblicherweise für entbehrlich gehalten werden kann, etwa weil der Rentenversicherungsträger ohnehin nach Aufhebung des Rentenentziehungsbescheids stets die Rentennachzahlung durchführt und eine Entscheidung über den

Zinsanspruch von Amts wegen trifft (§ 44 SGB I). In solchen Fällen wäre das Rechtsschutzinteresse zu prüfen.

## 2.3 Fortsetzungsfeststellungsklage

(HI2965335)

Normenkette: SGG § 131

### 2.3.1 Allgemeines

(HI2965336)

Normenkette: SGG § 131

#### Rz. 15

Für das sozialgerichtliche Verfahren ist die Fortsetzungsfeststellungsklage in § 131 Abs. 1 Satz 3 geregelt (vgl. § 113 VwGO). Der typische und im Gesetz angesprochene Fall der Fortsetzungsfeststellungsklage betrifft die **Erledigung des Verwaltungsakts** (es muss sich um einen Verwaltungsakt im materiellen Sinne handeln, denn von einem sog. Verwaltungsakt im bloß formellen Sinne kann keine Regelung ausgehen, vgl. BSG, Urteil v. 20.12.2001, B 4 RA 50/01 R) **zwischen Erhebung der Anfechtungsklage und Urteil** ("vorher"). Sie kommt aber nach h. M. auch bei **Erledigung vor Klageerhebung als Rechtswidrigkeitsfeststellungsklage** in Betracht (vgl. dazu Rz. 42). Die Vorschrift ist unabhängig davon anzuwenden, ob der Verwaltungsakt mit der reinen Anfechtungsklage, mit der Verpflichtungsklage oder mit der kombinierten Anfechtungs- und Leistungsklage angefochten wird (BSGE 78 S. 243; vgl. auch BSG, SozR 4-4300 § 86 Nr. 1). Auch nach Erledigung einer Untätigkeitsklage ist der Übergang zu einer Fortsetzungsfeststellungsklage möglich (BSGE 73 S. 244). Sie ist keine selbständige Klageart. Teilweise sieht man in ihr eine echte Feststellungsklage (vgl. Keller in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, § 131 Rn. 7b Schmidt, in: Eyermann, § 113 Rn. 65) bzw. eine Unterart oder Unterform der Feststellungsklage (vgl. Wolff, in: Sodan/Ziekow § 113 Rn. 240; Wolff-Dellen, in: Breitzkreuz/Fichte, § 131 Rn. 5; BVerwGE 26 S. 161, 165), bei der es nur um die deklaratorische Klärung der Frage geht, ob der nicht mehr wirksame und auch nicht mehr rückgängig zu machende Verwaltungsakt rechtmäßig oder rechtswidrig war (vgl. BVerwGE 26 S. 161, 166). Nach anderer Ansicht soll es sich um eine "amputierte Anfechtungsklage" (Kopp/Schenke, § 113 Rn. 97) bzw. nur um einen Unterfall der jeweiligen Hauptsacheklage handeln (Kopp, NVwZ 1992 S. 1078). Dieser Streit ist ohne praktische Bedeutung.

Im einstweiligen Rechtsschutzverfahren ist ein Antrag nach § 131 Abs. 1 Satz 3 nicht statthaft. Eine entsprechende Anwendung kommt schon deswegen nicht in Betracht, weil das Feststellungsinteresse, das einen solchen Antrag allein rechtfertigt, in einem Eilverfahren nicht befriedigt werden kann. Die aufgrund summarischer Prüfung ergehende einstweilige Anordnung dient der Sicherung eines Rechts oder der vorläufigen Regelung eines Rechtsverhältnisses; sie führt jedoch nicht zu einer rechtskräftigen Klärung der Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit der Versagung des begehrten Verwaltungsakts. Eine verbindliche Entscheidung über diese Frage trotz zwischenzeitlicher Erledigung der Hauptsache herbeizuführen ist aber gerade Sinn der Regelung des Fortsetzungsfeststellungsantrags (vgl. zu § 123 VwGO BVerwG, Beschluss v. 27.1.1995, 7 VR 16/94, DVBL 1995 S. 520; LSG NRW, Beschluss v. 28.5.2010, L 19 AS 651/10 B ER u. a.).

### 2.3.2 Erledigung "nach Klageerhebung"

(HI2965337)

Normenkette: SGG § 131

#### Rz. 16

Die Anfechtungsklage wird wegen Wegfalls des Rechtsschutzinteresses unzulässig, wenn der angefochtene Verwaltungsakt sich erledigt hat (vgl. BVerwG, NVwZ 1991 S. 570), also seine Regelungswirkung verloren hat (vgl. BSG, Urteil v. 20.12.2001, B 4 RA 50/01 R; *Fechner*, NVwZ 2000 S. 121). Der Kläger kann aber seinen Antrag umstellen und die Feststellung begehren, dass der Verwaltungsakt rechtswidrig ist bzw. rechtswidrig gewesen ist (so der Wortlaut des § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO), wenn er ein berechtigtes Interesse an dieser Feststellung hat. Der Übergang von der Anfechtungsklage oder von der Verpflichtungsklage zur Fortsetzungsfeststellungsklage stellt keine Klageänderung (§ 99 Abs. 1) dar, wenn sich dadurch der Klagegrund nicht ändert (vgl. BSG, USK 9541; BSGE 68 S. 228, 229; BSG, Urteil v. 27.6.2007, B 6 KA 24/06 R, Fall des § 99 Abs. 3 Nr. 3; BSG, Urteil v. 18.5.2011, B 3 KR 7/10 R zur Umstellung von einer Anfechtungs- und Leistungsklage sowie von der kombinierten Anfechtungs- und Leistungsklage auf eine Fortsetzungsfeststellungsklage). Er ist auch möglich, wenn sich der Verwaltungsakt erst im Berufungs- oder Revisionsverfahren erledigt hat (vgl. BSG, SGB 1999 S. 462; BSGE 73 S. 244; BSG, Urteil v. 16.12.2003, B 1 KR 26/01 R).

Die Voraussetzungen im Einzelnen:

### 2.3.2.1 Erledigungseintritt

(HI2965338)

Normenkette: SGG § 131

#### Rz. 17

Der Verwaltungsakt muss sich "durch Zurücknahme oder anders" **objektiv** erledigt haben, der bloß subjektive Wegfall des Interesses des Klägers an der Beseitigung des Verwaltungsakts reicht nicht. Auch die bloße Behauptung, der Verwaltungsakt habe sich erledigt, genügt für die Statthaftigkeit nicht (vgl. *Kopp/Schenke*, § 113 Rn. 99; a. A. *Burgi*, DVBl. 1991 S. 193, 199). "Durch Zurücknahme oder anders" meint alle Fälle, in denen die beschwerende Wirkung des angefochtenen Verwaltungsakts entfallen ist. Das ist außer bei der in § 131 Abs. 1 Satz 3 genannten **Zurücknahme** des angefochtenen Verwaltungsakts (bei der Verpflichtungsklage: Stattgabe des ursprünglich abgelehnten Verwaltungsakts) der Fall bei der **Erledigung** eines Verwaltungsakts **durch Zeitablauf** (vgl. zu Ermächtigungsstreitigkeiten z. B. SozR 3-2500 § 116 Nr. 6, 7, 10, 11, 13, 14). Der durch Zeitablauf erledigte Verwaltungsakt kann nicht mehr aufgehoben werden. Eine gleichwohl weiter betriebene Anfechtungsklage ist abzuweisen (vgl. BSG, Urteil v. 5.6.2003, B 11 AL 58/02 R = SozR 4-4300 § 86 Nr. 1). Entfällt der befristete Verwaltungsakt nach Fristablauf keine Rechtswirkungen zwischen den Beteiligten mehr, ist das Rechtsschutzinteresse für die ursprünglich geführte, auf seine Aufhebung gerichtete Anfechtungsklage entfallen (vgl. BSG, SozR 3-2500 § 116 Nr. 6; ähnlich BVerwG, Buchholz 316 § 43 VwVfG Nr. 11; BVerwG, NVwZ 2009, 122). Auch ein ursprünglich auf Genehmigung der Beschäftigung einer Ärztin gerichteter prozessualer Anspruch erledigt sich durch Ablauf der Zeit, für die die Genehmigung beantragt worden war (BSG, SozR 3-5525 § 32b Nr. 1). Bei einer kombinierten Anfechtungs- und Verpflichtungsklage kann auch durch eine **Rechtsänderung** die Erledigung des Verwaltungsakts eintreten (BSGE 73 S. 25, 27; BSG, Urteil v. 28.1.1998, B 6 KA 44/96 R). Nach der Rechtsprechung des BVerwG ist eine Erledigung des Verwaltungsakts ferner anzunehmen, wenn der Kläger seinen an die Behörde gerichteten Antrag zurücknimmt (BVerwG, NVwZ 1989 S. 860; a. A. *Burgi*, DVBl. 1991 S. 193, 199). Das BSG nimmt bei einem Krankenkassenwechsel nach Klageerhebung an, dass sich die angefochtenen Bescheide auf andere Weise erledigt haben (§ 131 Abs. 1 Satz 3 SGG i. V. m. § 39 Abs. 2 SGB X), weil die Beklagte aufgrund der Regelung des § 19 Abs. 1 SGB V ab dem Zeitpunkt des Kassenwechsels rechtlich nicht mehr zur Erbringung der von der Klägerin beehrten Leistung (Hilfsmittelgewährung) verpflichtet sei. Damit sei mit dem Krankenkassenwechsel das für die Fortführung der ursprünglich zulässigen Anfechtungs- und Leistungsklage notwendige Rechtsschutzbedürfnis entfallen (vgl. BSG, Urteil v. 18.5.2011, B 3 KR 7/10 R). Die Meldeaufforderung (§ 309 SGB III), deren Verwaltungsaktcharakter streitig ist (bejahend *Winkler*, in: Gagel, SGB III, § 309 Rn. 20 m. w. N.; *Düe*, in: Niesel/Brand, 5. Aufl., § 309 Rn. 144 wenn mit Sanktionsandrohung verbunden, offen gelassen in BSG, SozR 3-4100, § 134 Nr. 22; s. a. § 336a Abs. 1 Nr. 4 SGB III) erledigt

sich nach dem Bay LSG (*Breithaupt* 1997 S. 903), wenn ein meldepflichtiger Arbeitsloser der Aufforderung zur Meldung bei der Agentur für Arbeit nachkommt, nach LSG Sachsen-Anhalt (Beschluss v. 24.11.2010, L 5 B 397/07 AS) auch dann, wenn der Termin zur Meldung verstreicht, ohne dass der Arbeitslose sich gemeldet hat. Das Gebot, sich zu einem bestimmten Zeitpunkt bei der Agentur für Arbeit persönlich zu melden, ist im erstgenannten Fall erfüllt und im zweiten Fall nicht mehr erfüllbar. Obwohl nicht stets die mit der Erhebung der Anfechtungsklage behauptete Beschwer schon dadurch entfällt, dass der Adressat des Verwaltungsakts die ihm auferlegte Verpflichtung erfüllt (str., vgl. bei *Schmidt*, in: *Eyermann*, § 113 Rn. 81) ist im Falle der fristgerechten Meldung die Erledigung des Verwaltungsaktes eingetreten, weil die Meldung nicht rückgängig gemacht werden kann und die Meldeaufforderung keine Rechtswirkung mehr entfaltet. Der Arbeitslose, der die Meldeaufforderung angefochten hat, ihr aber zur Vermeidung einer Sperrzeit (§ 144 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 SGB III) nachgekommen ist, ist auf die ausnahmsweise (etwa beim Vorwurf einer Schikane) in Betracht kommende Fortsetzungsfeststellungsklage zu verweisen. Im Falle des bloßen Verstreichens des Meldetermins verbleibt zwar die Folgewirkung eines Tatbestandsmerkmals des Eintritts einer Sperrzeit (§ 144 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 SGB III). Das steht dem Erledigungseintritt durch Zeitablauf aber nicht entgegen (vgl. *Winkler*, in: *Gagel*, SGB III, § 113, 82). Da beim Streit um den Sperrzeiteintritt die Rechtswidrigkeit der Meldeaufforderung ohnehin zu prüfen ist, vermehrt die Anfechtbarkeit der Meldeaufforderung den tatsächlichen Rechtsschutz in diesen Fällen der Meldesäumnis nicht (vgl. *Winkler*, a. a. O.; anders in der Situation, dass der Arbeitslose, der von ihm für rechtswidrig gehaltenen und angefochtenen Meldeaufforderung nachgekommen ist, s. o.). Ein Verwaltungsakt erledigt sich ansonsten aber jedenfalls dann nicht dadurch, dass er vollzogen wird, wenn durch die Vollziehung ein jederzeit rückgängig zu machender Zustand entsteht (vgl. *Schmidt*, in: *Eyermann*, § 131 Rn. 81; *Gerhardt*, in: *Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner*, § 113, 88; weitergehend *Stuhlfauth*, in: *Bader/Funke-Kaiser/Stuhlfauth/von Albedyll*, § 113, 53).

### 2.3.2.2 Fortsetzungsfeststellungsinteresse

(HI2965339)

Normenkette: SGG § 131

#### Rz. 18

Der Fortsetzungsfeststellungsantrag setzt gemäß § 131 Abs. 1 Satz 3 ein **berechtigtes Interesse** voraus. Das berechtigte Interesse kann **rechtlicher, wirtschaftlicher** oder auch **ideeller** Natur sein. Entscheidend ist, dass die erstrebte gerichtliche Entscheidung geeignet ist, die Position des Klägers zu verbessern (BVerwGE 53 S. 134, 137; BSG, SozR 3-7815 Art. 1 § 3 Nr. 4). Ein Feststellungsinteresse als Sonderform des Rechtsschutzbedürfnisses kommt – abgesehen von Fällen der Präjudizialität – im Grundsatz in 3 verschiedenen Richtungen in Betracht: wegen eines **Schadensersatzinteresses**, eines **Rehabilitierungsinteresses** und wegen des **Wiederholungsvorbeugungsinteresses**. Teilweise wird auch eine selbständige Fallgruppe der Beeinträchtigung einer wesentlichen Grundrechtsposition angenommen (vgl. z. B. *Wolff*, in: *Sodan/Ziekow*, § 113 Rn. 282 f.; OVG Niedersachsen, Beschluss v. 12.11.2007, 2 LA 423/07). Dabei sind vom Rechtsuchenden die Umstände substantiiert darzulegen, die sein Feststellungsinteresse begründen (BSG, Urteil v. 10.7.1996, 3 RK 27/95, BSGE 79 S. 33; BVerwGE 53 S. 134; BVerwG, NVwZ 1991 S. 570; *Schnellenbach*, NVwZ 1990 S. 140, 141). Maßgeblicher Zeitpunkt für die Prüfung des Feststellungsinteresses ist der Schluss der letzten mündlichen Verhandlung (vgl. BSG, Urteil v. 21.9.2005, B 12 KR 26/04 R = SozR 4-2500 § 266 Nr. 10; BVerwG, Urteil v. 27.3.1998, 4 C 14/96, BVerwGE 106 S. 295).

#### Rz. 19

#### Wiederholungsvorbeugungsinteresse

Für die Wiederholungsgefahr bzw. das Wiederholungsvorbeugungsinteresse (*Gerhardt*, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, § 113 Rn. 93) genügt nicht jede abstrakte, im Übrigen aber ungewisse oder vage Möglichkeit der Wiederholung einer gleichartigen Verwaltungsentscheidung. Ein berechtigtes Interesse an der Feststellung der Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsakts unter dem Gesichtspunkt der Wiederholungsgefahr setzt die hinreichend bestimmte (konkrete) Gefahr (BSGE 42 S. 212, 217) bzw. wohl begründete Gefahr (BVerwGE 42 S. 318, 320) voraus, dass in naher Zukunft oder in absehbarer Zeit (vgl. BSG, Urteil v. 16.12.2003, B 1 KR 26/01 R) unter im Wesentlichen unveränderten tatsächlichen und rechtlichen Umständen ein gleichartiger Verwaltungsakt ergehen wird (vgl. BVerwG, Buchholz 310 § 113 VwGO Nr. 162, 181 und NVwZ 1990 S. 360; BSGE 42 S. 212, 217; BSGE 74 S. 257; BSG, SozR 3-1500 § 55 Nr. 12) oder trotz veränderter Verhältnisse zumindest eine auf gleichartigen Erwägungen beruhende Entscheidung zu erwarten ist, weil die Behörde eine entsprechende Absicht zu erkennen gegeben hat (BSG, Urteil v. 10.7.1996, 3 RK 27/95, BSGE 79 S. 33; BVerwG, DVBl. 1994 S. 168). Es darf nicht völlig ungewiss bleiben, ob in Zukunft noch einmal die gleichen tatsächlichen Verhältnisse vorliegen wie im Zeitpunkt des Erlasses des erledigten Verwaltungsakts (BSG, Urteil v. 7.9.1988, 10 RAr 8/87; BSG, SozR 3-1500 § 55 Nr. 12; BVerwG, Buchholz 310 § 113 Nr. 162). Das Interesse ist zu bejahen, wenn der im angefochtenen Verwaltungsakt beschiedene Zeitraum zwar abgelaufen ist, die Klärung der im Rechtsstreit zu entscheidenden Rechtsfrage aber für das Verhältnis der Beteiligten (für Folgezeiträume) weiterhin relevant ist (vgl. BSG, Urteil v. 27.6.2007, B 6 KA 24/06 R).

## Rz. 20

### Schadensersatzinteresse

Das Fortsetzungsfeststellungsinteresse kann auch durch eine bereits erhobene oder zumindest ernsthaft beabsichtigte **Amtshaftungsklage** begründet sein, weil das Zivilgericht an die Entscheidung des Sozialgerichts über die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts gebunden ist (wegen der Rechtsprechung des BGH zur Amtshaftungsklage gegen bestandskräftige Verwaltungsakte siehe aber *Stuttman*, NJW 2003 S. 143; siehe auch unten Rn. 42 a. E. zum Fall der Erledigung des Verwaltungsakts vor Klageerhebung). Nicht selten wird ein Schadensersatzinteresse vorgeschoben, um ein anderweitig fehlendes Interesse zu begründen (vgl. LSG Schleswig-Holstein, Urteil v. 24.2.2006, L 3 AL 77/05). Die bloße Behauptung, einen Amtshaftungsprozess folgen lassen zu wollen, wird schnell aufgestellt, reicht jedoch nicht schon aus. Es sind vielmehr ausreichende Anhaltspunkte dafür unerlässlich, dass die **Erhebung** einer solchen Klage **ernsthaft beabsichtigt** bzw. zu erwarten ist (*Schnellenbach*, NVwZ 1990 S. 140, 144 m. w. N.; *Stuhlfauth*, in: Bader/Funke-Kaiser/Stuhlfauth/von Albedyll, § 113 Rn. 68 f; vgl. auch bei *Keller*, in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, § 131 Rn. 10c und 10d). So verlangt der BFH für das besondere Feststellungsinteresse nach § 100 Abs. 1 Satz 4 FGO die substantiierte Darlegung, dass ein Schadensersatzprozess bevorsteht (vgl. z. B. BFH, Urteil v. 27.1.2004, VII R 54/02). Nach h. M. darf die **Amtshaftungsklage nicht offensichtlich aussichtslos** sein (vgl. BSGE 8 S. 178; BVerwG, NVwZ 2004 S. 104; BVerwG, NVwZ 1982 S. 560, 561; BVerwG, NVwZ 1985 S. 265, 267; BFHE 119 S. 26; *Kopp/Schenke*, § 113 Rn. 136; *Keller*, in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, § 131 Rn. 10d; *Wolff-Dellen*, in: Breikreuz/Fichte, § 131 Rn. 7; a. A. *Redeker/von Oertzen*, § 113 Rn. 32). Den Sozialgerichten ist in diesem Rahmen eine eigene und abschließende Prüfungscompetenz zuzugestehen, ohne dass hierdurch die Gefahr der Vorwegnahme einer Entscheidung des im Verfahren der Amtshaftungsklage zuständigen ordentlichen Gerichts begründet würde. Nach der Rechtsprechung liegt ein berechtigtes Interesse nämlich bereits dann vor, wenn die verwaltungsgerichtliche Entscheidung für ein zivilgerichtliches Amtshaftungsverfahren erheblich sein kann. Andererseits muss ein derartiges Mindestmaß an Beziehung zwischen Feststellungsinteresse und Amtshaftungsprozess gewahrt bleiben, will man nicht zu einem rein theoretischen Interesse ohne praktische Folgerungen gelangen (vgl. BSG, Urteil v. 21.9.2005, B 12 KR 26/04 R = SozR 4-2500 § 266 Nr. 10; BSGE 8 S. 178). Offensichtliche Aussichtslosigkeit ist in diesem Zusammenhang nur anzunehmen, wenn ohne eine in die Einzelheiten gehende Prüfung erkennbar ist, dass der behauptete Anspruch unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt bestehen kann (vgl. BSG, Urteil v. 10.9.1998, B 7 AL

70/97 R = SozR 3-4100 § 19 Nr. 4; BVerwG, NJW 1988 S. 926). Eine Klage wegen Amtspflichtverletzung wird als offensichtlich aussichtslos angesehen, wenn ein Verschulden des Amtsträgers ausgeschlossen werden kann. Der Grundsatz der h. M., dass ein Verschulden ausgeschlossen sei, wenn ein mit mehreren Berufsrichtern besetztes Kollegialgericht die Rechtmäßigkeit des Behördenhandelns bestätigt hat (vgl. BVerwG, NJW 1985 S. 876; BVerwG, NVwZ 1985 S. 265, 267), hat aber in der Rechtsprechung des BGH zahlreiche Ausnahmen erfahren (vgl. dazu BSG, Urteil v. 10.7.1996, 3 RK 27/95, BSGE 79 S. 33). Das BVerwG bekräftigt jedoch die sog. "Kollegialgerichts- Richtlinie" im Urteil v. 3.6.2003, 5 C 50/02 (NVwZ 2004 S. 104). Das LSG Hamburg (zum Risikostrukturausgleich) nimmt an, eine offensichtliche Aussichtslosigkeit liege vor, wenn die Behörde, gegen die sich die Klage richten soll, rechtliche Regelungen in Übereinstimmung mit dem Willen des Gesetzgebers angewendet hat; das gelte auch dann, wenn diese Regelungen in der juristischen Literatur teilweise umstritten diskutiert und insoweit auch Bedenken hinsichtlich ihrer Verfassungsmäßigkeit vorgebracht wurden (vgl. LSG Hamburg, Urteil v. 4.2.2004, L 1 KR 45/99, *Breithaupt* 2004 S. 629). Nach LSG Schleswig-Holstein, Urteil v. 24.2.2006, L 3 AL 77/05, besteht offensichtliche Aussichtslosigkeit wegen schuldhafter Nichteinlegung eines geeigneten Rechtsmittels, wenn ein Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung zur Vermeidung eines Schadens geboten gewesen wäre.

## Rz. 21

### Rehabilitierungsinteresse

Weil das berechtigte Interesse auch ein ideelles sein kann, kommt ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse auch bei fortdauernder diskriminierender Wirkung eines Verwaltungsakts oder seiner Begründung in Betracht, wenn die begehrte Feststellung als "Genugtuung" (*Kopp/Schenke*, § 113 Rn. 142) oder zur Rehabilitation erforderlich ist.

## Rz. 22

### Rechtsprechungsbeispiele

**Bejaht** wurde das Feststellungsinteresse z. B.

- bei der beabsichtigten Wiederholung einer genehmigungsbedürftigen, aber nicht genehmigten Wahlordnung (BVerwGE 16 S. 312, 316), bei der beabsichtigten Wiederholung der – im Einzelfall als unzulässig zurückgewiesenen – unentgeltlichen Vertretung von Wehrpflichtigen im Kriegsdienstverweigerungsverfahren (BVerwGE 42 S. 318),
- beim Streit über die Höhe der Beförderungsgeld für Drucksachen, die eine Rundfunkanstalt weiterhin regelmäßig durch die Briefpost versenden lassen will (BVerwG, Buchholz 310 § 113 VwGO Nr. 37),
- beim Streit über die Vollstreckbarkeit einer der Höhe nach umstrittenen Fernmeldegebührenrechnung bei Aufrechterhaltung des Fernmeldeanschlusses (BVerwGE 54 S. 314, 316),
- wenn ein Kläger im Falle einer aufgrund einer Befristung erledigten Auflage glaubhaft geltend macht, er wolle zu der durch die streitige Auflage beanstandeten Praxis zurückkehren und Leiharbeiter, deren unbefristetes Arbeitsverhältnis er durch fristlose Kündigungen beendet hat, ggf. auch vor Ablauf von 3 Monaten wieder einstellen (BSG, SozR 3-7815 Art. 1 § 3 Nr. 4),
- wenn die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Errichtungsgenehmigung Voraussetzung der späteren Schließung der Betriebskrankenkasse ist (BSG, USK 9541),
- bei der Klärung verfassungsrechtlicher Bedenken gegen die Einnahmengrenzen in § 61 Abs. 2 und 4 SGB V (BSG, Urteil v. 16.12.2003, B 1 KR 26/01 R),

- wenn die Klärung der im Rechtsstreit zu entscheidenden Rechtsfrage für das Verhältnis der Beteiligten (für Folgezeiträume) weiterhin relevant ist (vgl. BSG, Urteil v. 27.6.2007, B 6 KA 24/06 R).

#### Rz. 23

Das Feststellungsinteresse ist zu **verneinen**, wenn ungewiss bleibt, ob in Zukunft noch einmal die gleichen tatsächlichen Verhältnisse vorliegen wie im Zeitpunkt des Erlasses des erledigten Verwaltungsakts (BVerwG, Urteil v. 25.11.1986, 1 C 10/86, Buchholz 310 § 113 Nr. 162). Eine Entscheidung über die Kosten des Rechtsstreits rechtfertigt das Feststellungsbegehren i. S. v. § 131 Abs. 1 Satz 3 nicht (BSG, Urteil v. 7.9.1988, 10 RAR 8/87).

### 2.3.2.3 Sonstige Voraussetzungen

(HI2965340)

Normenkette: SGG § 131

#### Rz. 24

Erforderlich ist zunächst ein Antrag des Klägers auf Feststellung der Rechtswidrigkeit. Ob auch ein **Beigeladener** diese Möglichkeit hat, ist streitig (verneinend *Keller*, in: *Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer*, § 131 Rn. 8c unter Hinweis auf BVerwGE 31 S. 320; a. A. *Behn*, SGB 1996 S. 140, 148). Der Antrag kann hilfsweise gestellt werden (BSGE 44 S. 82, 88;), er muss auch nicht ausdrücklich gestellt werden, ein Aufhebungsantrag kann aber nur dann als ein Antrag i. S. e.

Fortsetzungsfeststellungsklage gewertet werden, wenn der Klagevortrag dies zulässt (vgl. BSGE 42 S. 212, 215; BSGE 56 S. 45, 59). Wenn der Kläger auf den Eintritt der Erledigung nicht reagiert, ist zweifelhaft, ob eine stillschweigende Umstellung auf die Fortsetzungsfeststellungsklage unterstellt werden kann (verneinend *Schmidt*, in: *Eyermann*, § 113 Rn. 66, weil sonst das Antragserfordernis keine Bedeutung hätte; a. A. *Redeker/von Oertzen*, § 113 Rn. 30; *Kopp/Schenke*, § 113 Rn. 122). In einem solchen Falle dürfte es jedenfalls aber regelmäßig an der Darlegung des Fortsetzungsfeststellungsinteresses fehlen. Bedeutsamer ist deshalb eher die Frage, unter welchen Voraussetzungen das Gericht verpflichtet ist, nach § 106 die Umstellung der Klage in eine Fortsetzungsfeststellungsklage anzuregen, was regelmäßig Behauptungen zum Fortsetzungsfeststellungsinteresse nach sich ziehen dürfte. Ist der Eintritt der Erledigung für den Beteiligten klar erkennbar, bringt er ein entsprechendes Feststellungsbegehren (Anspruch, § 123) nicht zum Ausdruck und tritt ein Feststellungsinteresse nicht zutage, wird eine Verpflichtung des Gerichts, die Umstellung der Klage in eine Fortsetzungsfeststellungsklage anzuregen, nicht bestehen.

#### Rz. 25

Es müssen ferner **sämtliche Sachurteilsvoraussetzungen** der Anfechtungsklage bzw. Verpflichtungsklage vorliegen, insbesondere muss ein ordnungsgemäßes Vorverfahren durchgeführt und die **Klagefrist** gewahrt sein (vgl. auch Rn. 25 ff.). Eine verspätet eingelegte Anfechtungsklage kann nicht deshalb zur zulässigen Fortsetzungsfeststellungsklage werden, weil sich der Verwaltungsakt während des Prozesses erledigt hat.

### 2.3.3 Erledigung vor Klageerhebung, Rechtswidrigkeitsfeststellungsklage

(HI2965341)

Normenkette: SGG § 131

#### Rz. 26

Wie bereits ausgeführt, betrifft § 131 Abs. 1 Satz 3 nach Wortlaut und systematischer Stellung den Fall der Erledigung des Verwaltungsakts zwischen Klageerhebung und Urteil. Erledigt sich der Verwaltungsakt schon vor Klageerhebung, ist eine Anfechtungsklage ausgeschlossen und ein Übergang von der Anfechtungsklage zur Fortsetzungsfeststellungsklage, wie er in § 131 Abs. 1 Satz 3 beschrieben ist, an sich nicht möglich. Das BVerwG hat den Anwendungsbereich der Parallelvorschrift § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO aber weit ausgedehnt und wendet diese Vorschrift **analog** an, wenn der Verwaltungsakt sich bereits vor Klageerhebung erledigt hat, aber nicht bestandskräftig geworden war (vgl. BVerwGE 12 S. 87, 90; BVerwGE 26 S. 161, 165; BVerwGE 49 S. 36, 39; BVerwGE 81 S. 226, 227). Es entspricht inzwischen auch in der sozialrechtlichen Literatur wohl der h. M., dass § 131 Abs. 1 Satz 3 ("entsprechend") auch auf Verwaltungsakte angewendet werden müsse, die sich bereits vor Erhebung der Klage erledigt haben (vgl. *Behn*, Die Sozialversicherung 1996 S. 144 ff; *Keller*, in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, § 131 Rn. 9a; *Zeihe*, § 131 Rn. 7d). Das BSG (3. Senat) führt in einem Urteil v. 29.5.1996 aus, die Fortsetzungsfeststellungsklage sei grundsätzlich auch für den Fall der Erledigung des Verwaltungsakts vor Klageerhebung zulässig, und zwar sowohl nach der VwGO als auch nach dem SGG (vgl. BSGE 78 S. 243 ff.). Für Letzteres gibt das BSG keine nähere Begründung und nennt lediglich als Vertreter der Gegenmeinung – wohl zu Unrecht – *Meyer-Ladewig*, § 131 Rn. 9 (5. Aufl.). Dagegen hat der 7. Senat des BSG noch in einer Entscheidung v. 24.7.1996 zur Klage gegen einen Beschluss des Neutralitätsausschusses (§ 116 AFG) offen gelassen, ob bei Erledigung vor Klageerhebung die Fortsetzungsfeststellungsklage die richtige Klageart ist oder ob statt der entsprechenden Anwendung des § 131 Abs. 1 Satz 3 eine erweiternde Auslegung des § 55 (Feststellungsklage) zu erfolgen hat (vgl. BSG, Urteil v. 24.7.1996, 7 KlAr 1/95, BSGE 79 S. 71 ff.). Diese Frage stellt sich in der Tat trotz der langjährigen entsprechenden Rechtsprechung des BVerwG. So bezweifelt das BVerwG (Beschluss v. 5.5.1999, 4 B 35/99, NVwZ 2000 S. 63, 64; kritisch dazu *Kopp/Schenke*, § 113 Rn. 99) inzwischen ausdrücklich, ob bei einer nicht von vornherein als Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage erhobenen Klage auf Feststellung der Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsakts überhaupt auf § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO zurückzugreifen ist. Jedenfalls seien die Voraussetzungen bei einer solchen speziellen Feststellungsklage, bei der es um die Feststellung der Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsakts geht, der sich vor Eintritt der Bestandskraft durch Aufhebung vorprozessual erledigt hat, letztlich dem § 43 VwGO zu entnehmen (vgl. BVerwG, a. a. O.). Unabhängig von der Frage der dogmatischen Einordnung entspricht es allg. Meinung, dass für das Verfahren bis zur Erledigung des Verwaltungsakts die Vorschriften des Anfechtungsverfahrens, insbesondere die Fristvorschriften gelten. Unzulässig ist etwa die Klage auf Feststellung der Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsakts, der sich erledigt hat, nachdem der Betroffene die Widerspruchsfrist versäumt hat. Hat sich der Verwaltungsakt dagegen schon vor Ablauf der Widerspruchsfrist erledigt, bedarf es keines Widerspruchs und keines Vorverfahrens mehr (vgl. BVerwGE 26 S. 161, 167). Ob für die Klage eine Frist eingehalten werden muss, ist streitig. Das BVerwG, das diese Frage lange offen gelassen hatte, verneint sie inzwischen. Rechtssicherheit und Bestandsschutz seien nicht in der Weise berührt, wie im Falle des Erledigungseintritts nach Eintritt der Bestandskraft. Die Verwaltung werde durch das Erfordernis des berechtigten Interesses und das Institut der Verwirkung geschützt (vgl. BVerwG, Urteil v. 14.7.1999, 5 C 7/98, NVwZ 2000 S. 63, 64; vgl. auch *Gerhardt*, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, § 113 Rn. 97; *Fechner*, NVwZ 2000 S. 121; *Keller*, in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, § 131 Rn. 7d; a. A. *Kopp/Schenke*, § 113 Rn. 128; *Schmidt*, in: *Eyermann*, § 113 Rn. 72). Wenn man § 131 Abs. 1 Satz 3 mit der h. M. grundsätzlich analog auf die Fälle der Erledigung des Verwaltungsakts vor Klageerhebung anwenden möchte, wird man an das Fortsetzungsfeststellungsinteresse in solchen Fällen strengere Anforderungen stellen müssen. Wird etwa mit der Klage die Feststellung der Rechtswidrigkeit eines bereits vor Klageerhebung erledigten Verwaltungsakts nur im Hinblick auf einen Amtshaftungsprozess begehrt, so fehlt dafür das Feststellungsinteresse. Der Kläger muss stattdessen unmittelbar das Zivilgericht anrufen, das im Amtshaftungsprozess auch für die Klärung sozialrechtlicher Vorfragen zuständig ist (vgl. LSG NRW, Urteil v. 11.9.2006, L 20 SO 36/06; vgl. auch *Wolff*, in: *Sodan/Ziekow*, § 113 Rn. 281). Ein Anspruch auf den "sachnäheren" Richter gibt es nicht (vgl. LSG NRW, a. a. O.; BVerwG, Urteil v. 20.1.1989, 8 C 30 /87 = BVerwGE 81 S. 226).

## 2.3.4 Begründetheit, Urteilsformel

(HI2965342)

Normenkette: SGG § 131

### Rz. 27

Die Fortsetzungsfeststellungsklage ist begründet, wenn es die Anfechtungsklage bzw. die Verpflichtungsklage zum Zeitpunkt der Erledigung des Verwaltungsakts gewesen wäre (vgl. BVerwGE 77 S. 70, 73).

### Rz. 28

Ist die Fortsetzungsfeststellungsklage unzulässig – weil der Verwaltungsakt nicht erledigt ist (nach *Burgi*, DVBl. 1991 S. 193, 199 ist das eine Frage der Begründetheit) oder das Feststellungsinteresse fehlt – oder ist sie unbegründet, wird die Klage abgewiesen. Bei unbegründeter Klage kann offen gelassen werden, ob das Feststellungsinteresse vorliegt (vgl. *Gerhardt*, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, § 113 Rn. 96).

### Rz. 29

Bei begründeter Fortsetzungsfeststellungsklage stellt das Gericht fest, dass der Verwaltungsakt vom ... rechtswidrig (gewesen) ist bzw. dass der Verwaltungsakt vom ... rechtswidrig und die Beklagte zur Vornahme des Verwaltungsakts (zur Bescheidung) verpflichtet gewesen ist.

## 2.4 Verpflichtungsklage

(HI2965343)

Normenkette: SGG § 131

### 2.4.1 Allgemeines

(HI2965344)

Normenkette: SGG § 131

### Rz. 30

Die Verpflichtungsklage zielt auf die Verurteilung zum Erlass eines abgelehnten oder unterlassenen Verwaltungsakts (§ 54 Abs. 1 Satz 1; vgl. auch §§ 42 Abs. 1, 113 Abs. 5 VwGO). Es handelt sich um eine Leistungsklage besonderer Art (vgl. BSGE 5 S. 60, 63; vgl. auch Rn. 6 zu § 125). Weil die Verpflichtungsklage stets voraussetzt, dass der Erlass eines Verwaltungsakts erforderlich ist, kommt sie wegen § 54 Abs. 4 nicht in Betracht, wenn der Kläger Rechtsanspruch auf die Leistung hat, wie es vor allem bei Ansprüchen auf Renten oder auf Arbeitslosengeld der Fall ist. Der Kläger muss dann die kombinierte Anfechtungs- und Leistungsklage (§ 54 Abs. 4) erheben. Die isolierte Verpflichtungsklage ist deshalb im Sozialrecht relativ selten. Raum für sie ist insbesondere dort, wo es um Ermessensleistungen geht. Die Verpflichtungsklage ist nach der Rechtsprechung des BSG im Falle der Klage auf Vormerkung von rentenrechtlichen Zeiten (BSG, SozR 3-2600 § 58 Nr. 2), der Klage auf Nachentrichtung von Beiträgen (vgl. BSG, SozR 2200 § 1418 RVO Nr. 2; SozR 3-2200 § 1232 Nr. 2) und bei der Klage auf Feststellung des Grades der Behinderung (vgl. Rn. 6 ff. zu § 54) richtige Klageart. Für den Fall der Ablehnung eines Antrags nach § 44 SGB X (früher sog. **Zugunstenantrag**) ist streitig, ob es neben der Anfechtungs- und Leistungs- oder Feststellungsklage einer zusätzlichen Verpflichtungsklage bedarf, mit der die Beklagte verpflichtet werden soll, ihren früheren, dem Anspruch entgegenstehenden Bescheid selbst aufzuheben. Die h. M. bejaht dies (vgl. BSG, Urteil v.

9.6.2011, B 8 AY 1/10 R; BSG, Urteil v. 18.5.2010, B 7 AL 47/08 R; Urteil v. 5.5.2010, B 12 KR 15/09 R; Urteil v. 29.9.2009, B 8 SO 16/08 R; BSG, Urteil v. 24.7.2003, B 4 RA 62/02 R, ZfS 2003 S. 296; BSG, Urteil v. 10.4.2003, B 4 RA 56/02, SozR 4-1300 § 44 Nr. 3; BSG, Urteil v. 5.11.1997, 9 RV 4/96, SozR 3-3100 § 30 Nr. 18; BSG, Urteil v. 28.6.1995, 7 RAR 20/94, BSGE 76 S. 156; BSG, Urteil v. 25.1.1994, 4 RA 20/92, SozR 3-1300 § 44 Nr. 8; BSG, Urteil v. 19.9.1979, 9 RV 68/78, SozR 1200 § 44 Nr. 1; BSG, Urteil v. 18.2.1965, 1 RA 90/61 = BSGE 20 S. 199; *Steinwedel*, in: *Kasseler Kommentar* § 44, Rn. 16; *Keller*, in: *Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer*, § 54 Rn. 20c). Demgegenüber bedarf es nach Auffassung des 2. Senats des BSG (Urteil v. 5.9.2006, B 2 U 24/05 R; LSG BW, Urteil v. 10.3.2008, L 1 U 2511/07; ebenso *Krasney/Udsching*, Kap. IV Rn. 76; *Ulmer*, in: *Hennig*, § 54 Rn. 106) keiner zusätzlichen Verpflichtungsklage. Die Auffassung, dass ein Verwaltungsakt nach Eintritt der Bindungswirkung nicht mehr vor Gericht angefochten, sondern nur noch im Zugunstenverfahren zurückgenommen werden könne und dass hierüber nach § 44 Abs. 3 SGB X die zuständige Verwaltungsbehörde entscheide, rechtfertige nicht den Schluss, dass auch im Prozess über die Ablehnung des Zugunstenantrags die Rücknahmeentscheidung nicht vom Gericht ersetzt werden könne. Wäre es anders, käme eine mit dem Verpflichtungsantrag verbundene Leistungsklage – die auch von der Gegenmeinung für zulässig gehalten werde – aus systematischen Gründen nicht in Betracht. Denn die Verwaltungsbehörde könne nicht zur Leistung verurteilt werden, ehe der entgegenstehende bestandskräftige (Ausgangs-)Bescheid beseitigt ist und solange nur die Behörde verpflichtet ist, ihn zurückzunehmen. Richtigerweise könne deshalb mit der Anfechtungsklage gegen den eine Zugunstenentscheidung ablehnenden Bescheid zugleich die Aufhebung des früheren, dem Klageanspruch entgegenstehenden (Ausgangs-)Bescheids unmittelbar durch das Gericht verlangt werden. Diese Auffassung des 2. Senats des BSG scheint sich aber nicht durchzusetzen (s. die oben zitierte jüngere Rspr.).

#### Rz. 31

Hat die Beklagte über den Antrag nicht entschieden, stellt die Verpflichtungsklage eine **Untätigkeitsklage** (§ 88) dar. Hat die Behörde den Erlass des Verwaltungsakts abgelehnt (sog. Vornahme- bzw. Weigerungsklage), ist die Verpflichtungsklage mit dem Antrag auf Aufhebung der ablehnenden Entscheidung der Behörde verbunden, welcher keine selbständige Bedeutung hat (vgl. BSGE 8 S. 256, 258; *Wenner/Terdenge/Martin*, S. 102 Rn. 159) und die Klage nicht zu einer Verbindung von Anfechtungs- und Verpflichtungsklage macht (vgl. *Schmidt*, in: *Eyermann*, § 113 Rn. 33; vgl. auch Rn. 7 zu § 54). Teilweise wird in der Literatur der Antrag auf Aufhebung des Verwaltungsakts und der entsprechende Ausspruch des Gerichts für entbehrlich oder gar unzulässig gehalten. Die h. M. sieht jedoch die Aufhebung als zweckmäßig an (vgl. dazu die Darstellung bei *Redeker/von Oertzen*, § 113 Rn. 38 und bei *Keller*, in: *Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer*, § 131 Rn. 13). Sie ist auch üblich. Zu der Frage der Aufhebung des Ablehnungsbescheids bei Verpflichtungsentscheidung ex tunc vgl. bei *Kopp/Schenke*, § 113 Rn. 179.

#### Rz. 32

Wegen Zulässigkeit und Begründetheit der Verpflichtungsklage sowie des dafür maßgeblichen Zeitpunkts vgl. Kommentierung zu § 54; wegen des Streitgegenstands der Verpflichtungsklage und der Rechtskraft der auf eine Verpflichtungsklage ergehenden Urteile vgl. Rn. 23 ff., 26 zu § 141.

## 2.4.2 Verpflichtungsurteil und Bescheidungsurteil

(HI2965345)

Normenkette: SGG § 131

### 2.4.2.1 Spruchreife

(HI2965346)

Normenkette: SGG § 131

### Rz. 33

Die Verurteilung zur Erteilung eines (bestimmten) Verwaltungsakts setzt gemäß § 131 Abs. 2 neben der Rechtswidrigkeit der ablehnenden Entscheidung voraus, dass die Sache in jeder Beziehung spruchreif ist, das Gericht also in der Lage ist, abschließend über das Vorliegen eines Anspruchs zu entscheiden (vgl. Schmidt, in: *Eyermann*, § 113 Rn. 38). Das Gericht muss ggf. die Spruchreife selbst herstellen, also den Sachverhalt vollständig aufklären, auch soweit dies die Behörde oder der Versicherungsträger nicht getan hat (vgl. BVerwGE 64 S. 356; BVerwGE 91 S. 101; BSG, SozR 1500 § 103 Nr. 16; BSG, Urteil v. 13.8.1986, 9a RV 44/84; *Redeker/von Oertzen*, § 113 Rn. 39; *Keller*, in: *Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer*, § 131 Rn. 12b; vgl. dazu aber auch hier Rn. 12 ff.).

## 2.4.2.2 Fehlende Spruchreife

(HI2965347)

Normenkette: SGG § 131

### Rz. 34

#### Ermessensentscheidungen

Geht es um einen Anspruch auf einen Verwaltungsakt, dessen Erlass im Ermessen der Behörde steht, prüft das Gericht, ob der angefochtene ablehnende Verwaltungsakt oder die Ablehnung des Verwaltungsakts aus formellen Gründen oder wegen eines Ermessensfehlers rechtswidrig ist. Es darf aber nicht sein eigenes Ermessen an die Stelle des Ermessens der Behörde setzen (vgl. BSGE 5 S. 87, 89) und deshalb nicht zur Erteilung eines bestimmten Verwaltungsakts, sondern nur **zur Bescheidung verurteilen** (zum Streitgegenstand bei der Bescheidungsklage siehe Rn. 19). Eine Ausnahme ist lediglich im Falle einer Ermessenreduzierung auf Null gegeben, wenn also bei Ausübung sachgemäßen Ermessens nur eine einzige Verwaltungsentscheidung möglich und jede andere rechtswidrig wäre. Wenn es ein Bescheidungsurteil fällt, muss das Gericht festgestellt haben, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für eine Ermessensentscheidung der Behörde vorliegen; insoweit stellt es Spruchreife her (vgl. BVerwG, Beschluss v. 23.10.2003, 1 B 80/03, Buchholz 310 § 113 Abs. 5 VwGO Nr. 5; BVerwG, NVwZ 1994 S. 266; BVerwGE 107 S. 128;). Modifiziert ist dieser Grundsatz allerdings durch § 131 Abs. 5 i. d. F. des SGGArbGGÄndG (vgl. dazu unten Rn. 41 ff.).

### Rz. 35

#### Beurteilungsspielraum

In verschiedenen Fällen räumt auch das Sozialrecht der Verwaltung einen Beurteilungsspielraum ein. Die Kontrolle der Gerichte beschränkt sich dann darauf, ob das Verwaltungsverfahren ordnungsgemäß durchgeführt worden ist, ob der Verwaltungsentscheidung ein richtiger und vollständig ermittelter Sachverhalt zugrunde liegt, ob die Verwaltung die durch die Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs ermittelten Grenzen eingehalten und ob sie ihre Subsumtionserwägungen so verdeutlicht und begründet hat, dass im Rahmen des Möglichen die zu treffende Anwendung der Beurteilungsmaßstäbe erkennbar und nachvollziehbar ist (BSG, Urteil v. 1.10.1990, 6 RKA 32/89, USK 90102; BSGE 71 S. 90, 96). Insoweit muss das Gericht auch Spruchreife herstellen (vgl. BVerwGE 77 S. 75, 77). Beurteilungsspielraum besteht etwa bei den Fragen der Bedarfsermittlung und der Gewährleistung einer ausreichenden ärztlichen Versorgung oder der Unwirtschaftlichkeit der Behandlungsweise (vgl. BSG, SozR 3-2500 § 116 Nr. 10; BSGE 71 S. 90, 96). Auch bei der Entscheidung, ob die individuelle Förderung der Teilnahme an Berufsbildungsveranstaltungen unter Berücksichtigung der Lage und der Entwicklung des Arbeitsmarktes sowie der beruflichen Neigung des Antragstellers zweckmäßig erscheint, steht der BA ein Beurteilungsspielraum zu. Die gerichtliche

Nachprüfung beschränkt sich dann darauf, ob die BA die tatsächlichen Verhältnisse zutreffend und vollständig ermittelt hat, ob ihre Beurteilungsmaßstäbe mit dem Gesetz vereinbar sind und ob sie diese Maßstäbe richtig eingehalten hat (LSG Celle, *Breithaupt* 1972 S. 867).

## Rz. 36

### Fehlende Spruchreife bei gebundenen Entscheidungen

Nach der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung darf das Tatsachengericht in Ausnahmefällen, etwa bei komplexen technischen Sachverhalten, davon absehen, die Sache spruchreif zu machen (vgl. die Rechtsprechungsbeispiele bei *Schmidt*, in: *Eyermann*, § 113 Rn. 39, 40 und *Redeker/von Oertzen*, § 113 Rn. 39). Die Möglichkeit, entsprechend zu verfahren (entsprechende Anwendung des Abs. 3), wurde teilweise auch in der sozialgerichtlichen Literatur *gesehen*, wenn die Herstellung der Entscheidungsreife nicht verfahrenswirtschaftlich ist bzw. das Gericht andernfalls der Verwaltung unangemessen vorgreifen würde oder wenn noch weitere Ermittlungen oder Berechnungen notwendig sind, die zweckmäßiger durch die besser dafür gerüstete Verwaltung auszuführen sind, insbesondere wenn die Gefahr besteht, dass sonst das Verfahren unangemessen verzögert wird oder Unstimmigkeiten entstehen. Nach der Einfügung des Abs. 5 durch Art. 8 Nr. 1 des 1. Justizmodernisierungsgesetzes v. 24.8.2004 (BGBl. I S. 2198) mit Wirkung vom 1.9.2004, (zunächst nur für die reine Anfechtungsklage, vgl. BSG, Urteil v. 17.4.2007, B 5 RJ 30/05 R, mit Anm. *Humpert*, in: SGB 2008 S. 250), vor allem aber durch die ausdrückliche Erweiterung des Anwendungsbereichs des Abs. 5 durch Art. 1 Nr. 22b SGGArbGGÄndG v. 26.3.2008 (BGBl. I S. 444) ist das deshalb zweifelhaft geworden, weil hierin eine abschließende Regelung erblickt werden könnte, die andere Ausnahmen von der Pflicht zur Herstellung von Spruchreife ausschließt (so ausdrücklich *Keller*, in *Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer*, § 131 Rn. 12c; *Hauck*, in: *Hennig*, § 131 Rn. 114; vgl. auch *Wolff-Dellen*, in: *Breitkreuz/Fichte*, § 131 Rn. 13; zu § 113 VwGO s. auch *Wolff*, in: *Sodan/Ziekow*, § 113 Rn. 431; vgl. im Übrigen auch BSG, Urteil v. 17.5.2007, B 5 RJ 30/05 R, SGB 2008 S. 250). Danach wäre im Bereich der gebundenen Verwaltung jedenfalls in der Situation der Verpflichtungsklage außerhalb des Abs. 5 das Herstellen von Spruchreife erforderlich und ein Bescheidungsurteil ausgeschlossen, wenn man nicht die Reichweite der Sonderregelung des Abs. 5 auf die reine Kassationsentscheidung wegen unzureichender Ermittlung beschränkt und die Möglichkeit zur Bescheidung in anderen Fällen als davon unberührt ansieht (s. aber Abs. 5 Satz 2 2. Halbsatz).

Die zwischenzeitliche Fassung des Abs. 2 durch Art. 1 Nr. 22a SGGArbGGÄndG, die die kombinierte Anfechtungs- und Leistungsklage (§ 54 Abs. 4) in Abs. 2 einbezog (Satz 2) und Abs. 3 für entsprechend anwendbar erklärte (Satz 3), ließ sich als eine Bestätigung der Möglichkeit zum Erlass eines Bescheidungsurteils im Falle der Anfechtungs- und Leistungsklage lesen (vgl. etwa die Voraufgabe und BSG, Urteil v. 10.12.2008, B 6 KA 45/07 R, SozR 4-2500 § 106a Nr. 5). Nachdem der Gesetzgeber "zur Bereinigung eines Redaktionsversehens" (so: BR-Drucks. 544/08 S. 31 zu Nr. 2 § 131; ausführlich dazu: *Wolff-Dellen*, in: *Breitkreuz/Fichte*, § 131 Rn. 25 bis 27a) durch Art. 8 des Gesetzes v. 21.12.2008 (BGBl. I S. 2933) Abs. 2 Satz 2 aus Abs. 2 in Abs. 5 (Satz 2) verschoben, Abs. 2 Satz 3 angepasst und in Abs. 5 Satz 1 "in den Fällen des § 54 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 4" gestrichen hat, fehlt in Abs. 2 eine ausdrückliche Regelung zum Bescheidungsurteil bei der Klage nach § 54 Abs. 4. Zudem ordnet Abs. 5 in seinem Satz 2 (Fassung ab 1.1.2009) die entsprechende Geltung des Satzes 1 (und des Abs. 3) für die Klage nach § 54 Abs. 4 in gleicher Weise wie für die Klage auf Verurteilung zum Erlass eines Verwaltungsaktes an. Anders als bei Letzterer besteht bei der Klage nach § 54 Abs. 4 jedoch die Möglichkeit eines Grundurteils (§ 130) und das BSG lässt, wenn bei der kombinierten Anfechtungs- und Leistungsklage die Leistung sowohl dem Grunde wie der Höhe nach streitig ist, die Ergänzung des Grundurteils um Bescheidungsangaben zur Leistungshöhe zu (vgl. allerdings noch zur v. 1.4.2008 bis 31.12.2008 geltenden Fassung des § 131 BSG, Urteil v. 10.12.2008, B 6 KA 45/07 R, SozR 4-2500 § 106a Nr. 5; vgl. auch *Hessisches LSG*, Urteil v. 24.6.2009, L 4 KA 113/08).

Der Kläger kann im Rahmen seiner Dispositionsbefugnis (§ 123) von der Möglichkeit Gebrauch machen, auch bei gebundenem Verwaltungsakt von vornherein lediglich auf Bescheidung zu klagen,

um damit den Konflikt zwischen dem grundsätzlichen Gebot, die Entscheidungsreife herzustellen und die Sache nicht an die Verwaltung zurückzuweisen einerseits und Gesichtspunkten der Verfahrensökonomie andererseits zufriedenstellend zu lösen (str., wie hier: *Stuhlfauth*, in: Bader/Funke/Stuhlfauth/von Albedyll, § 113 Rn. 108; *Kopp/Schenke*, § 113 Rn. 166; *Meyer-Ladewig*, in: Meyer-Ladewig/Keller/-Leitherer, 8. Aufl., § 131 Rn. 12c; a. A. *Keller*, in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, 9. Aufl., § 131 Rn. 12c).

### 2.4.3 Die Urteilsformel

(HI2965348)

Normenkette: SGG § 131

#### Rz. 37

Bei erfolgreicher und vollständig spruchreifer Verpflichtungsklage lautet der **Tenor** etwa:

Der Bescheid (der Verwaltungsakt) vom ... und der Widerspruchsbescheid vom ... werden aufgehoben. Die Beklagte wird verpflichtet, einen neuen Bescheid zu erteilen und durch diesen ...

**oder:**

... Die Beklagte wird verurteilt, einen Verwaltungsakt folgenden Inhalts zu erlassen ...

**oder:**

... Die Beklagte wird verurteilt, dem Kläger die beantragte Genehmigung zu erteilen.

#### Rz. 38

Bei fehlender Spruchreife, insbesondere weil der Erlass des begehrten Verwaltungsakts im Ermessen der Behörde steht, kommt nur ein **Bescheidungsurteil** in Betracht. Der Bescheidungsantrag ist als Minus im Verpflichtungsantrag enthalten (vgl. BVerwGE 120 S. 263). Der **Tenor** des Bescheidungsurteils lautet:

Der Bescheid (Verwaltungsakt) vom ... und der Widerspruchsbescheid vom ... werden aufgehoben. Die Beklagte wird verurteilt (verpflichtet), den Antrag des Klägers vom ... unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts zu bescheiden.

*Hatte der Kläger nicht die bloße Bescheidung beantragt, sondern die Verpflichtung der Beklagten, einen bestimmten Verwaltungsakt zu erteilen:*

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

## 2.5 Anfechtungs- und Leistungsklage, Abs. 2 Sätze 3 und 4 a. F., Abs. 3

(HI2965349)

Normenkette: SGG § 131

### Rz. 39

Nach dem durch Art. 1 Nr. 22 Buchst. a SGGArbGGÄndG eingefügten Abs. 2 Satz 2 galt die Anordnung des Satzes 1 ("dies gilt ...") u. a. auch bei Klagen nach § 54 Abs. 4. Wie bei unechten Leistungsklagen, die auf (die Aufhebung des angefochtenen Verwaltungsakts und) die Verurteilung unmittelbar zur Leistung zielen (§ 54 Abs. 4), die in § 131 Abs. 2 Satz 1 angeordnete Verurteilung zum Erlass des beantragten Verwaltungsakts zu verstehen ist, erschloss sich nicht ohne Weiteres. Aus der Begründung des Gesetzentwurfs ging hervor, dass es um die Klarstellung gegangen sei, dass bei Verpflichtungs- und Leistungsbegehren das Rechtsschutzbegehren mit der Aufhebung des Ablehnungsbescheides noch nicht erschöpft ist, woran das BSG mit Urteil v. 17.4.2007, B 5 R 30/05 R (mit Anm. *Humpert*, SGB 2008 S. 250) erinnert hatte (vgl. auch BVerwGE 107 S. 128). Mit der Einbeziehung der unechten Leistungsklage in Abs. 2 und die in Abs. 2 Satz 3 angeordnete entsprechende Anwendbarkeit des Abs. 3 war die Rechtsgrundlage für ein Bescheidungsurteil bei unechten Leistungsklagen nach § 54 Abs. 4 geschaffen (s. a. oben Rn. 36). Nachdem der Gesetzgeber "zur Bereinigung eines Redaktionsversehens" (so: BR-Drucks. 544/08 S. 31 zu Nr. 2 § 131; ausführlich dazu: *Wolff-Dellen*, in: *Breitkreuz/Fichte*, § 131 Rn. 25 bis 27a) durch Art. 8 des Gesetzes v. 21.12.2008 (BGBl. I S. 2933) Abs. 2 Satz 2 aus Abs. 2 in Abs. 5 (Satz 2) verschoben, Abs. 2 Satz 3 angepasst und in Abs. 5 Satz 1 "in den Fällen des § 54 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 4" gestrichen hat enthält Abs. 2 keine Regelung zum Bescheidungsurteil bei der Klage nach § 54 Abs. 4 mehr. Der neue Satz 2 ordnet die entsprechende Geltung des Abs. 3 (Bescheidung) an. Damit ist eine Regelung geschaffen für die Fälle begründeter Klage auf Erlass einer Ermessensentscheidung. Absatz 3 selbst regelt das Bescheidungsurteil auf Untätigkeitsklage (§ 88).

## 2.6 Wahlanfechtungsklage, Abs. 4

(HI2965350)

Normenkette: SGG § 131

### Rz. 40

Der Rechtsschutz gegen rechtswidrige Wahlmaßnahmen bei Wahlen i. S. d. § 57b oder Wahlen zu den Selbstverwaltungsorganen der Kassenärztlichen Vereinigungen ist im SGG nur unvollkommen geregelt. Nach § 131 Abs. 4 spricht das Gericht, wenn es eine Wahl ganz oder teilweise für ungültig hält, dies im Urteil aus und bestimmt die Folgerungen, die sich aus der Ungültigkeit ergeben. Im Übrigen sind allgemeine Wahlrechtsgrundsätze heranzuziehen, wie sie in Rechtsvorschriften zu den Sozialwahlen der Selbstverwaltungsorgane der Sozialversicherungsträger i. S. d. § 57 SGB IV, zu den Wahlen der berufsständischen Kammervertretungen, zu den politischen Wahlen in Bund, Ländern und Kommunen, zu den Wahlen der Betriebsvertretungen und zu den Wahlen nach Maßgabe des Vereins- und Gesellschaftsrechts niedergelegt sind (vgl. BSGE 71 S. 175; LSG Hamburg, Urteil v. 9.5.2007, L 2 KA 32/06). Die Wahlanfechtungsklage ist keine Anfechtungsklage, sondern eine Feststellungsklage (vgl. *Keller* in: *Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer*, § 131 Rn. 15) bzw. eine Klage besonderer Art (vgl. BSGE 23 S. 93; BSGE 39 S. 244, 245; BSGE 54 S. 104). Sie geht nach § 131 Abs. 4 auf Ungültigerklärung der Wahl. Anfechtungsgegenstand ist allein die Wahl selbst. Eine eventuelle Ungültigkeit der Wahl ergibt sich nicht zwingend aus der Rechtswidrigkeit der im Laufe des Wahlverfahrens getroffenen Zwischenentscheidungen, etwa wenn diese sich auf das Wahlergebnis nicht auswirken (vgl. BSG, Urteil v. 16.12.2003, B 1 KR 26/02 R, SozR-2400 § 48 Nr. 1). Die Wahlanfechtungsklage richtet sich gegen die betroffene Körperschaft, soweit in Rechtsvorschriften nichts anderes bestimmt ist. Es kann nicht nur die Verletzung eigener Rechte geltend gemacht werden. Der Kreis der Anfechtungsberechtigten bei der Wahlanfechtungsklage ist weiter zu ziehen. Das beruht darauf, dass durch eine Wahlprüfung nicht nur die subjektiven Rechte der Beteiligten – Kandidaten, Wähler und Gewählte – sondern auch die Einhaltung des objektiven Rechts, die Rechtmäßigkeit der Wahl an sich, letztlich die gesetzmäßige Zusammensetzung des gewählten Organs geschützt werden soll (vgl. BSGE 57 S. 42). Nach § 131 Abs. 4 ist im Tenor nicht nur auszusprechen, dass die Wahl des ... zur

Vertreterversammlung ... am ... ungültig ist, sondern es müssen auch die Folgerungen hieraus im Einzelnen – ggf. auch im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes – angeordnet werden. Erledigt sich die Wahlanfechtungsklage durch eine zwischenzeitliche Neuwahl (Zeitablauf), sind die Regelungen der Fortsetzungsfeststellungsklage entsprechend anzuwenden, weil es sich um eine vergleichbare Prozesssituation handelt und der Kläger auch nach Erledigung der ursprünglichen Wahlanfechtungsklage ein Interesse an einer bestimmten Feststellung hinsichtlich der angefochtenen Wahl haben kann (vgl. BSG, Urteil v.13.9.2005, B 2 U 21/04 R, SozR 4-2400 § 57 Nr. 2; ähnlich BSG, Urteil v. 28.1.1998, B 6 KA 98/96 R).

## 2.7 Zurückverweisung an die Behörde, Abs. 5

(HI2965351)

Normenkette: SGG § 131

### 2.7.1 Normzweck

(HI2965352)

Normenkette: SGG § 131

#### Rz. 41

Absatz 5 ist durch Art. 8 Nr. 1 des 1. Justizmodernisierungsgesetzes v. 24.8.2004 (BGBl. I S. 2198) eingefügt worden. Nach dem Vorbild des § 113 Abs. 3 Satz 1 VwGO und des § 100 Abs. 3 Satz 1 FGO sollte im Interesse einer zügigen Erledigung des Rechtsstreits nunmehr auch für sozialgerichtliche Verfahren eine **Möglichkeit** geschaffen werden, den **Verwaltungsakt und den Widerspruchsbescheid aufzuheben**, "ohne in der Sache selbst zu entscheiden", um dem Gericht eigentlich der Behörde obliegende zeit- und kostenintensive Sachverhaltsaufklärung zu ersparen. Nach Beobachtungen der Praxis werde nämlich die erforderliche Sachverhaltsaufklärung von den Verwaltungsbehörden zum Teil unterlassen, was zu einer sachwidrigen Aufwandsverlagerung auf die Gerichte führe (vgl. die Begründung der Bundesregierung zu Art. 8 Nr. 1, § 131 SGG, BT-Drs. 15/1508 S. 29). Ob wirklich ein aktuelles Bedürfnis an einer Vorschrift wie § 131 Abs. 5 bestand und ob diese ein geeignetes Instrumentarium bietet, mag bezweifelt werden, zumal die 1991 eingeführte Regelung des § 113 Abs. 3 Satz 1 VwGO in der Praxis keine Rolle spielt und mit Recht als in die falsche Richtung weisende "ängstliche Detailregelung", "Politiker-Placebo" oder "Schuldzuweisungsvehikel" (Gerhardt, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, § 113 Rn. 56) kritisiert wird. Wie § 113 Abs. 3 Satz 1 VwGO ist auch § 131 Abs. 5 nur für Ausnahmefälle gedacht (vgl. BSG, Urteil v. 17.4.2007, B 5 RJ 30/05 R, SGB 2008 S. 250; so bereits ausdrücklich die Begründung zu § 124 Abs. 3 E-VwPO; vgl. auch BVerwGE 117 S. 200). Änderungen zur Erweiterung des Anwendungsbereichs des Abs. 5 erfolgten durch Art. 1 Nr. 22 des Gesetzes zur Änderung des Sozialgerichtsgesetzes und des Arbeitsgerichtsgesetzes (SGGArbGGÄndG) v. 26.3.2008 (BGBl. I S. 444) und Art. 8 des Gesetzes v. 21.12.2008 (BGBl. I S. 2933).

### 2.7.2 Aufhebung nach Abs. 5 bei der isolierten Anfechtungsklage (Satz 1)

(HI2965353)

Normenkette: SGG § 131

#### 2.7.2.1 Isolierte Anfechtungsklage

(HI2965354)

Normenkette: SGG § 131

#### Rz. 42

Die mit § 131 Abs. 5 in der Fassung des 1. Justizmodernisierungsgesetzes v. 24.8.2004 (§ 131 Abs. 5 a. F.) erstmals eröffnete Aufhebung des Verwaltungsakts für den Fall bestimmter Ermittlungsdefizite war auf die Situation der isolierten Anfechtungsklage zugeschnitten, weil deren Rechtsschutzziel auf die Aufhebung eines belastenden Verwaltungsakts geht und sich nur bei dieser Klageart darin erschöpft. In seiner ursprünglichen Fassung entsprach der Wortlaut des § 131 Abs. 5 Satz 1 dem des § 113 Abs. 3 Satz 1 VwGO, der nach ganz h. M., insbesondere ständiger Rechtsprechung des BVerwG, nur für die Anfechtungsklage gilt und für die Verpflichtungsklage auch nicht entsprechend anwendbar ist (vgl. BVerwG, Urteil v. 6.7.1998, 9 C 45/97, BVerwGE 107 S. 128; BVerwG, Beschluss v. 8.12.2000, 9 B 426/00, Buchholz 402.25 § 34 AsylVfG Nr. 4; BVerwG, Beschluss v. 14.6.1999, 7 B 332/98; Gerhardt, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, § 113 Rn. 55; *Jabobj*, Spruchreihe und Streitgegenstand im Verwaltungsprozess, S. 463 ff.; *Kopp/Schenke*, § 113 Rn. 166; *Redeker/von Oertzen*, § 113 Rn. 24; *Stelkens*, NVwZ 1991 S. 216; *Wolff*, in: *Sodan/Ziekow*, § 113 Rn. 364; a. A. *Schmidt*, in: *Eyermann/Fröhler*, § 113 Rn. 40; *Hödl-Adick*, Die Bescheidungsklage als Erfordernis eines interessengerechten Rechtsschutzes, S. 208 ff., 215). In diesem Sinne hat auch das BSG § 131 Abs. 5 in der bis zum 31.3.2008 geltenden a. F. ausgelegt (BSG, Urteil v. 17.4.2007, B 5 RJ 30/05 R, mit zustimmender Anm. *Humpert*, SGB 2008 S. 250 ff.; ebenso LSG NRW, Urteil v. 20.4.2005, L 17 U 285/04; LSG NRW, Urteil v. 16.12.2005, L 4 RJ 69/05; LSG NRW, Urteil v. 16.1.2006, L 13 R 224/05; die Voraufgabe, § 131 Rn. 8; *Bienert*, Der neue Absatz 5 des § 131 SGG, SGB 2005 S. 84; *Krasney/Udsching*, Handbuch des sozialgerichtlichen Verfahrens, S. 251; *Meyer-Ladewig*, in: *Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer*, 8. Aufl., § 131 Rn. 18; *Rohwer/Kahlmann*, § 131 Rn. 26; a. A. z. B. LSG NRW, Urteil v. 11.5.2005, L 8 RJ 141/04; LSG Sachsen, Urteil v. 26.10.2005, L 6 SB 47/05; LSG Rheinland-Pfalz, Urteil v. 14.6.2006, L 4 SB 24/06; *Zeihe*, § 131 Rn. 27a). Bei einer kombinierten Anfechtungs- und Leistungsklage oder Verpflichtungsklage würde bei einer bloßen Kassation des ablehnenden Bescheids der Leistungs- oder Verpflichtungsantrag rechtshängig bleiben, obwohl das Gericht (nach damaliger Fassung der §§ 130 und 131 Abs. 2) auch über diese Anträge zu entscheiden hätte. Die Aufhebung des angefochtenen Verwaltungsakts wegen unzureichender Ermittlungen im Verwaltungsverfahren war danach nur bei der reinen Anfechtungsklage möglich.

Mit der Änderung der Abs. 5 und 2 durch Art. 1 Nr. 22 des Gesetzes zur Änderung des Sozialgerichtsgesetzes und des Arbeitsgerichtsgesetzes (SGGARbGGÄndG) v. 26.3.2008 (BGBl. I S. 444) wurde durch die Formulierung "in den Fällen des § 54 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 4" der Anwendungsbereich dieser Regelung ab 1.4.2008 auf alle Fälle des § 54 Abs. 1 und 4 ausgedehnt, so dass nunmehr die "Zurückverweisung an die Verwaltung" auch in der Situation der kombinierten Anfechtungs- und Leistungsklage und Verpflichtungsklage in Betracht kommt (vgl. dazu unten Rn. 46). In Abs. 5 Satz 1 wurde durch Art. 8 des Gesetzes v. 21.12.2008 (BGBl. I S. 2933) die Formulierung "in den Fällen des § 54 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 4" gestrichen und durch die Verschiebung der bis dahin in Abs. 2 Satz 2 getroffenen Regelung wurde zur Bereinigung eines "Redaktionsversehens" (so: BR-Drucks. 544/08 S. 31 zu Nr. 2 § 131) in Abs. 5 Satz 2 ersetzt. Dessen 2. Halbsatz bezieht sich nur auf die in dem 1. Halbsatz angesprochenen Fälle des § 54 Abs. 1 und Abs. 4 (vgl. BR-Drucks. 544/08 S. 31 zu Nr. 2).

## 2.7.2.2 Erforderlichkeit weiterer Sachaufklärung, Sachdienlichkeit

(HI2965355)

Normenkette: SGG § 131

### Rz. 43

Die Sache darf nicht spruchreif sein. Wenn bei der reinen Anfechtungsklage feststeht, dass der angefochtene Verwaltungsakt z. B. wegen eines Ermessensfehlers rechtswidrig ist, ist für eine "Zurückverweisung" nach Abs. 5 kein Raum. Es müssen noch Ermittlungen erforderlich sein, die nach Art und Umfang erheblich sind, und die Aufhebung des Verwaltungsakts muss auch unter Berücksichtigung der Belange der Beteiligten sachdienlich sein. Wenn in der Begründung des Gesetzentwurfs zu § 131 Abs. 5 a. F. ausgeführt wird, nach Beobachtungen der Praxis werde die erforderliche Sachverhaltsaufklärung von den Verwaltungsbehörden zum Teil unterlassen, was zu

einer sachwidrigen Aufwandsverlagerung auf die Gerichte führe (vgl. die Begründung der Bundesregierung zu Art. 8 Nr. 1, § 131, BT-Drs. 15/1508 S. 29), kann daraus weder geschlossen werden, dass jede Verletzung der Amtsermittlungspflicht der Behörde die Aufhebung des Verwaltungsakts nach § 131 Abs. 5 rechtfertige, noch dass ein Verfahrensfehler der Behörde Voraussetzung sei, was auch bei § 113 Abs. 3 VwGO und § 100 Abs. 3 FGO unstreitig nicht der Fall ist (anders noch § 100 Abs. 2 Satz 2 a. F. FGO). Zur Auslegung der Tatbestandsmerkmale kann wegen des übereinstimmenden Wortlauts der Vorschriften, der identischen Wurzel (§ 124 Abs. 3 E-VwPO) und weil die Gesetzesbegründung § 113 Abs. 3 VwGO (und § 100 Abs. 3 FGO) als Vorbild des § 131 Abs. 5 bezeichnet, auf die Begründung des § 113 Abs. 3 VwGO zurückgegriffen und die Rechtsprechung des BVerwG herangezogen werden. Das BVerwG führt insoweit im Urteil v. 18.11.2002 (9 C 2/02, BVerwGE 117 S. 200) unter Hinweis auf BT-Drs. 11/7030 (S. 30) zu § 113 Abs. 3 VwGO aus, im Spannungsverhältnis zwischen dem öffentlichen Interesse an einer Entlastung der Gerichte von umfangreichen Sachverhaltsermittlungen und dem Bedürfnis der Beteiligten nach einer abschließenden und verbindlichen gerichtlichen Beurteilung des Rechtsstreits solle nach den die Vorschrift tragenden Vorstellungen des Gesetzgebers das Interesse an einer Entlastung der Justiz nur in besonders gelagerten Fällen überwiegen. Deshalb seien die hierfür genannten Tatbestandsvoraussetzungen **eng auszulegen**: Nur dann, wenn die Behörde nach ihrer personellen und sachlichen Ausstattung eine Sachverhaltsermittlung besser durchführen kann als das Gericht und es auch unter übergeordneten Gesichtspunkten vernünftiger und sachgerecht ist, die Behörde tätig werden zu lassen, solle die Vorschrift heranzuziehen sein. Dieser Maßstab ist auch im Rahmen des § 131 Abs. 5 anzulegen (vgl. dazu auch BSG, Urteil v. 17.5.2007, B 5 RJ 30/05 R und LSG NRW, Urteil v. 17.3.2010, L 8 R 145/09; a. A. – gegen eine restriktive Auslegung: Hauck, in: Hennig, § 131 Rn. 187). Die sich für das SG stellende Notwendigkeit, wegen eines Ermittlungsdefizits seitens der Behörde Befund- und Behandlungsberichte oder ein ärztliches Sachverständigengutachten einzuholen, rechtfertigt daher die Aufhebung des Verwaltungsakts nach § 131 Abs. 5 i. d. R. nicht schon (vgl. Gerhardt, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, § 113 Rn. 48; LSG NRW, Urteil v. 17.3.2010, L 8 R 145/09; LSG Sachsen-Anhalt, Urteil v. 5.5.2011, L 7 SB 54/09; LSG Berlin-Brandenburg, Urteil v. 27.1.2009, L 4 R 1519/08). Nicht ausreichend ist ferner, dass noch einige Zeugen zu vernehmen sind (vgl. die Begründung zu § 124 Abs. 3 E-VwPO). Das Gericht muss bei seiner Abwägung auch die voraussichtliche Dauer der gerichtlichen und einer behördlichen Sachverhaltsermittlung sowie die wirtschaftlichen Interessen der Beteiligten berücksichtigen (BFH, Urteil v. 25.7.2000, VIII R 32/99; BVerwG, Urteil v. 18.11.2002, 9 C 2/02; BVerwGE 117 S. 200). Sachdienlichkeit ist z. B. nicht gegeben, wenn das Gericht nach eigenen Ermittlungen oder Berechnungen voraussichtlich bald in der Lage ist, die Sache abschließend und verbindlich in der Sache zu entscheiden, während bei einer bloßen Aufhebung des Verwaltungsakts die Gefahr eines neuen jahrelangen Rechtsstreits mit erheblichem Kostenrisiko für die Beteiligten droht (vgl. BVerwG, Urteil v. 18.11.2002, 9 C 2/02, a. a. O.). Die Behörde wird die Aufhebung ihres Verwaltungsakts nach Abs. 5 verhindern können, wenn sie ihren Fehler frühzeitig bemerkt und die erforderlichen Ermittlungen rechtzeitig nachholt (Nachschieben von Gründen), denn dann würde der von § 131 Abs. 5 Satz 1 vorausgesetzte Ermittlungsbedarf für das Gericht fehlen. Diese Möglichkeit dürfte angesichts der 6-Monatsfrist aber eine theoretische bleiben.

### 2.7.2.3 Die 6-Monatsfrist

(HI2965356)

Normenkette: SGG § 131

#### Rz. 44

Eine Entscheidung nach Abs. 5 Satz 1 kann gemäß Abs. 5 Satz 4 nur binnen einer Frist von **6 Monaten seit Eingang der Akten** der Behörde ergehen. Die 6-Monatsfrist, die das Gericht offenbar zur Beschleunigung anhalten und verhindern soll, dass das Gericht trotz längerer Prozessdauer von einer abschließenden Entscheidung in der Sache absieht (zu Letzterem vgl. BVerwGE 117 S. 200), schränkt die Effektivität der Entlastungsregelung ein und wird dazu beitragen, ihr größere praktische Bedeutung zu nehmen. Gerhardt (in: Schoch/Schmidt-Aßmann/ Pietzner, § 113 Rn. 50) weist zu Recht

darauf hin, dass die Vorteile behördlicher Ermittlungen davon unabhängig sind, wie lange das Verfahren bei Gericht vor der Sachaufklärung anhängig war (vgl. zur Kritik an den entsprechenden Regelungen der FGO und der VwGO auch *Gräber/von Groll*, § 100 Rn. 48; *Stelkens*, NVwZ 1991 S. 209, 217; *Redeker/von Oertzen*, § 113 Rn. 27). Die im Referentenentwurf zum SGGArbGGÄndG vorgesehene Verlängerung der Frist auf 1 Jahr war auf Kritik (u. a. der Richterverbände) gestoßen und nicht mehr in den Gesetzentwurf aufgenommen worden.

#### Rz. 45

Die Frist beginnt mit dem **Eingang der Behördenakten**, die auf die erstmalige Verfügung des Kammervorsitzenden vorgelegt werden (vgl. BVerwGE 117 S. 200), wobei für die VwGO streitig ist, ob nur die Akten der beklagten Behörde oder auch die der Widerspruchsbehörde maßgebend sein sollen (vgl. *Gerhardt*, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, § 113 Rn. 50, nur beklagte Behörde; a. A. *Redeker/von Oertzen*, § 113 Rn. 27; *Kopp/Schenke*, § 113 Rn. 168). Der Eingang später vom Gericht noch nachgeforderter Akten bzw. von einem Beteiligten ohne gerichtliche Anforderung vorgelegter Akten ist nicht maßgebend. Stellt das Gericht bei Eingang der Akten fest, dass diese nicht vollständig sind, und fordert sie die fehlenden Teile nach, so ist der Beginn der Frist von der ergänzenden Vorlage der Akten abhängig (vgl. VGH BW, Urteil v. 7.3.1996, 2 S 2537/ 95). Die Frist beginnt nicht in jeder Instanz neu (vgl. BVerwGE 117 S. 200; *Redeker/von Oertzen*, § 113 Rn. 27), so dass § 131 Abs. 5 im Rechtsmittelverfahren keine Bedeutung haben wird.

### 2.7.2.4 Entscheidung des Gerichts, Wirkung

(HI2965357)

Normenkette: SGG § 131

#### Rz. 46

Liegen die Voraussetzungen des Abs. 5 vor – ob das der Fall ist, ist im Rechtsmittelverfahren voll überprüfbar (vgl. *Gerhardt*, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, § 113 Rn. 49; *Kopp/Schenke*, § 113 Rn. 167) –, steht es im Ermessen des Gerichts, ob es den Verwaltungsakt aufhebt oder selbst ermittelt. Ein Anspruch des Klägers auf Entscheidung nach Abs. 5 besteht nicht (vgl. *Gerhardt*, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, § 113 Rn. 49; *Keller*, in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, § 131 Rn. 20). Vor seiner Entscheidung muss es zur Gewährung rechtlichen Gehörs auf die Möglichkeit einer Entscheidung nach Abs. 5 hinweisen. Ob es durch Urteil entscheiden muss oder auch ein Gerichtsbescheid in Betracht kommt, ist nicht unstrittig. Für § 113 Abs. 3 VwGO vertritt etwa *Gerhardt*, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, § 113 Rn. 51 die Auffassung, dass der Annahme eines (i. S. d. § 105) geklärten Sachverhalts der von § 113 Abs. 3 VwGO (§ 131 Abs. 5 SGG) vorausgesetzte erhebliche Ermittlungsbedarf entgegenstehen dürfe. Das überzeugt nicht, weil der Sachverhalt i. S. d. § 105 nur soweit geklärt sein muss, wie er für die jeweilige Entscheidung entscheidungserheblich ist. Im Sinne des § 105 kann der Sachverhalt daher geklärt sein, wenn die für die Zurückverweisung an die Verwaltung in § 131 Abs. 5 aufgestellten Voraussetzungen feststehen. Deshalb ist die Entscheidung durch Gerichtsbescheid nicht ausgeschlossen. In der Rechtsprechung der Landessozialgerichte zu § 131 Abs. 5 wird offenbar einhellig die Zulässigkeit der Entscheidung durch Gerichtsbescheid angenommen (ausdrücklich LSG Rheinland-Pfalz, Urteil v. 4.1.2006, L 6 SB 197/05), was nach der bis zum 31.3.2008 geltenden Gesetzesfassung allein für den Fall der Anfechtungsklage zutreffend sein konnte, auf welche § 131 Abs. 5 beschränkt war (vgl. *Humpert*, SGB 2008 S. 254 Fn. 15). Zu bedenken ist aber, dass die vom Gesetz geforderte Abwägung der Belange der Beteiligten besser nach der Erörterung in der mündlichen Verhandlung vorgenommen werden kann als im Rahmen einer schriftlichen Anhörung. Gesichtspunkte der Verfahrensbeschleunigung durch den Gerichtsbescheid, die häufig auch in diesem Zusammenhang für die Entscheidung durch Gerichtsbescheid angeführt werden, wirken vorgeschoben, weil in der Anhörungsfrist auch zur mündlichen Verhandlung geladen werden könnte.

Bei der Entscheidung nach Abs. 5 handelt es sich im Übrigen entgegen dem missverständlichen Gesetzeswortlaut um eine (allerdings nicht abschließende) **Entscheidung in der Sache**, nicht um ein Prozessurteil (vgl. *Redeker/von Oertzen*, § 113 Rn. 26). Der angefochtene Verwaltungsakt wird aufgehoben, im Falle der reinen Anfechtungsklage hat die Klage in vollem Umfang Erfolg, auch wenn noch nicht feststeht, ob der belastende Verwaltungsakt wiederholt wird (wegen der kombinierten Anfechtungs- und Leistungsklage und der Verpflichtungsklage s. u. Rn. 48 f.). Das Urteil ist ein der Rechtskraft fähiges Endurteil. Die Wirkung des Urteils, die Reichweite seiner Rechtskraft, bestimmt sich nach allgemeinen Grundsätzen. Wie auch sonst bei einem der Anfechtungsklage stattgebenden Urteil kann nur anhand von Urteilsformel und Urteilsbegründung festgestellt werden, weshalb der Verwaltungsakt aufgehoben worden ist (vgl. Rz. 20 zu § 141). Weil im Falle des § 131 Abs. 5 die Aufhebung des Verwaltungsakts allein wegen des Ermittlungsdefizits erfolgt ist, steht das Urteil dem Erlass eines neuen Verwaltungsakts mit gleichem Regelungsinhalt nach Aufklärung des Sachverhalts (unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts) nicht entgegen. Die Behörde kann (im Falle der reinen Anfechtungsklage) nach allgemeinen Regeln von der Erteilung eines neuen Verwaltungsakts absehen (vgl. *Gaentzsch*, Festschrift *Redeker* S. 405, 412; *Gerhardt*, in: *Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner*, § 113 Rn. 52; *Kopp/Schenke*, § 113 Rn. 169; *Redeker/von Oertzen*, § 113 Rn. 28). Verpflichtet, einen neuen Verwaltungsakt zu erlassen, ist sie nur, wenn das Gericht eine Anordnung nach Abs. 5 Satz 3 erlassen hat, die den Kläger belastet. Eine Beschwer des Klägers dadurch, dass das Sozialgericht auf seine reine Anfechtungsklage den Verwaltungsakt lediglich nach § 131 Abs. 5 (vorläufig) aufhebt und die Sache an die Behörde zurückgibt, statt nach Ermittlungen Rechtswidrigkeit und Aufhebungsanspruch endgültig festzustellen, dürfte nicht gegeben sein (s. aber auch unten Rn. 49 f.; verneinend für § 113 Abs. 3 VwGO *Wolff*, in: *Sodan/Ziekow*, § 113 Rn. 380; *Gerhardt*, in: *Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner*, § 113 Rn. 51; *Hödl-Adick*, Die Bescheidungsklage als Erfordernis eines interessengerechten Rechtsschutzes, S. 204 ff., 206 unter Hinweis auf die abweichende Auffassung von *Hübschmann/Hepp/Spitaler/Lange*, FGO, § 100 Rn. 91).

### 2.7.2.5 Einstweilige Regelung, Abs. 5 Satz 2 und 3

(HI2965358)

Normenkette: SGG § 131

#### Rz. 47

Gemäß Abs. 5 Satz 2 kann das Gericht auf Antrag bis zum Erlass des neuen Verwaltungsakts eine einstweilige Regelung treffen, insbesondere bestimmen, dass Sicherheiten geleistet werden oder ganz oder zum Teil bestehen bleiben und Leistungen zunächst nicht zurückgewährt werden müssen. Diese Regelung soll die Vollziehbarkeitslücke bis zum Erlass des neuen Verwaltungsakts schließen (vgl. *Gerhardt*, in: *Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner*, § 113 Rn. 53) und trägt dem Umstand Rechnung, dass mit der Aufhebung nach Abs. 5 Satz 1 noch nicht endgültig feststeht, ob der Kläger die mit dem aufgehobenen Verwaltungsakt eingeforderte Verpflichtung zu erfüllen hat. Satz 2 regelt die Befugnis des Gerichts nicht abschließend (vgl. *Redeker/von Oertzen*, § 113 Rn. 29; *Kopp/Schenke*, § 113 Rn. 170). Die Entscheidung, die grundsätzlich durch Beschluss ergeht (a. A. "auch bereits im Urteil möglich" *Keller*, in: *Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer*, § 131 Rn. 22 und *Bolay*, in: *Lüdtke*, § 131 Rn. 35), steht im Ermessen des Gerichts. So kann z. B. bei drohender Insolvenz die Anordnung einer Sicherheitsleistung angezeigt sein. Durch eine Befristung der Anordnung wird das Gericht die Behörde zu raschem Handeln anhalten können (vgl. *Redeker/von Oertzen*, § 113 Rn. 29; a. A. *Gerhardt*, in: *Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner*, § 113 Rn. 53, der eine Fristsetzung, um das notwendige Handeln der Behörde zu erzwingen, für unzulässig hält). Der Beschluss, der eine Kostenentscheidung enthält, ist zu begründen, gegen ihn ist gemäß § 142 die Beschwerde gegeben. Darüber hinaus kann ihn das Gericht von Amts wegen auch ohne Änderung der Verhältnisse jederzeit ändern oder aufheben. Die Regelungsbefugnis des Gerichts nach Abs. 5 Satz 2 endet mit dem Erlass des neuen Verwaltungsakts.

## 2.7.3 Kombinierte Anfechtungs- und Leistungsklage, Verpflichtungsklage, ab 1.4.2008, jetzt Abs. 5 Satz 2

(HI2965359)

Normenkette: SGG § 131

### 2.7.3.1 Voraussetzungen

(HI2965360)

Normenkette: SGG § 131

#### Rz. 48

Seit der durch die Ergänzung des Abs. 2 flankierten Neufassung des Abs. 5 durch das SGGArbGGÄndG (s. o. Rn. 39 a. E.) kommt die Aufhebung nach Abs. 5 nunmehr ausdrücklich auch bei kombinierter Anfechtungs- und Leistungsklage und Verpflichtungsklage in Betracht. Unter den im Übrigen aber unveränderten Voraussetzungen wird sie jedoch auch hier kaum erhebliche Bedeutung gewinnen können (vgl. bereits die Hinweise des BSG, Urteil v. 17.4.2007, B 5 RJ 30/05 R, SGB 2008 S. 250; LSG NRW, Urteil v. 17.3.2010, L 8 R 145/09).

Wenngleich der Referentenentwurf und auch noch die Begründung des Gesetzentwurfs (BT-Drs. 16 /7716 S. 26 zu Nr. 22 [§ 131]) meinten, von einer Klarstellung sprechen zu können, stellt sich die Gesetzesänderung doch als (halbherzige) Reaktion auf das Urteil des BSG v. 17.4.2007, B 5 RJ 30/05 (SGB 2008 S. 250) dar, wonach die Aufhebung des Verwaltungsakts nach Abs. 5 (a. F.) allein in der Situation der isolierten Anfechtungsklage zulässig ist (vgl. dazu oben Rz. 39 und *Humpert*, SGB 2008 S. 254). Das BSG hatte in der genannten Entscheidung allerdings nicht allein diese Frage entschieden, sondern auch Ausführungen zur Auslegung des Tatbestandsmerkmals der Sachdienlichkeit "auch unter Berücksichtigung der Belange der Beteiligten" (s. o. Rn. 42) gemacht. Es hatte ferner deutlich gemacht, dass der Gesetzgeber, wenn er den Sozialgerichten auch bei kombinierter Anfechtungs- und Leistungsklage und Verpflichtungsklage ein effizientes Instrument zur Verfügung stellen will, die Zurückverweisung in die Verwaltung von weniger strengen Voraussetzungen abhängig machen müsste, als § 131 Abs. 5 sie normiere und sie sich aus § 113 Abs. 3 VwGO im Lichte der Rechtsprechung des BVerwG sowie unter Berücksichtigung der Gesetzesmotive ergäben. Eine Reaktion des Gesetzgebers auf diese Hinweise ist weder im Gesetz zur Änderung des Sozialgerichtsgesetzes und des Arbeitsgerichtsgesetzes (SGGArbGGÄndG) v. 26.3.2008 (BGBl. I S. 444) noch im Gesetz v. 21.12.2008 (BGBl. I S. 2933) zu erkennen. Da die Begründungen der Gesetzentwürfe weder der Auslegung des Merkmals der Sachdienlichkeit im Urteil v. 17.4.2007 entgegengetreten noch die vom BSG aufgeworfene Frage einer Lockerung der Voraussetzungen einer Zurückverweisung an die Verwaltung anspricht, gelten weiterhin die oben unter Rn. 43 genannten strengen Kriterien. Bei der erforderlichen Abwägung der Belange der Beteiligten ist im Rahmen der genannten Klagearten zusätzlich zu berücksichtigen, dass für den Kläger, der eine Leistung oder die Verpflichtung der Beklagten beantragt hat, eine Entscheidung nach Abs. 5 nur die Wiederholung des Verwaltungsverfahrens zur Folge hat (vgl. BVerwGE 107 S. 128; BSG, Urteil v. 17.4.2007, B 5 RJ 30/05 R, SGB 2008 S. 250). Gegen den Willen des Klägers einer kombinierten Anfechtungs- und Leistungsklage oder Verpflichtungsklage nach Abs. 5 Satz 1 und 2 zu entscheiden, bedarf deshalb guter Gründe. Zu fragen ist ferner, ob nicht im Einzelfall ohnehin die Auferlegung von Kosten nach § 192 Abs. 4 i. d. F. des SGGArbGGÄndG gegenüber der Zurückverweisung in die Verwaltung die bessere Lösung darstellt, wenn die Behörde "erkennbare und notwendige Ermittlungen" (so § 192 Abs. 4 n. F. ) im Verwaltungsverfahren unterlassen hat. Es bleibt danach abzuwarten, ob und in welchen Fallkonstellationen sich nach der Gesetzesänderung eine Entscheidung nach § 131 Abs. 5 bei kombinierter Anfechtungs- und Leistungsklage und Verpflichtungsklage (seit 1.1.2009: Satz 2) unter Beachtung der Belange des Klägers in der Rechtsprechung als geeignetes Instrument erweisen kann.

## 2.7.3.2 Entscheidung/Rechtsmittel

(HI2965361)

Normenkette: SGG § 131

### Rz. 49

Während bei der reinen Anfechtungsklage dem Begehren des Klägers mit der Aufhebung des ihn belastenden und seine Rechte verletzenden Verwaltungsakts auf der Grundlage des nur teilweise aufgeklärten Sachverhalts in **vollem Umfang** stattgegeben wird, so dass insofern kein entscheidungsbedürftiger Reststreitstoff verbleibt (vgl. BVerwGE 107 S. 128; Gerhardt, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, § 113 Rn. 51) erzielt der Kläger, der die Verurteilung der Behörde zum Erlass eines bestimmten Verwaltungsakts oder zur Leistungsgewährung anstrebt, mit einer Aufhebung des Verwaltungsakts nur einen Teilerfolg, der ihm regelmäßig keine Verbesserung seiner prozessualen Situation bringt, weil sie nur die Wiederholung des behördlichen Verfahrens zur Folge hätte (vgl. BSG, Urteil v. 17.4.2007, B 5 RJ 30/05 R, SGB 2008 S. 250; BVerwGE 107 S. 128). Beantragt der Kläger ausdrücklich die Verurteilung zu einem bestimmten Verwaltungsakt oder zur Gewährung einer Leistung, hebt das SG aber den Verwaltungsakt lediglich nach § 131 Abs. 5 auf (die Verpflichtung der Beklagten, den Kläger neu zu bescheiden, könnte sich daraus herleiten lassen, dass sein Antrag mit der Aufhebung des Verwaltungsaktes wieder offen ist) oder, wofür die Neufassung des Abs. 5 Satz 2 2. Halbsatz spricht, verurteilt es daneben zur Neubescheidung, müsste nach den Grundsätzen zum Bescheidungsurteil eigentlich eine Klageabweisung im Übrigen erfolgen. § 131 Abs. 5 liegt aber die Konzeption zugrunde, dass das Sozialgericht ausnahmsweise berechtigt sein soll, den Verwaltungsakt aufzuheben, ohne in der Sache selbst zu entscheiden (Abs. 1 Satz 1). Außerdem bringt der Ausspruch zur Neubescheidung in diesem Zusammenhang wohl lediglich zum Ausdruck, dass der Antrag nach Nachholung der im ersten Verwaltungsverfahren unterlassenen, aber nach Rechtsauffassung des Gerichts gebotenen Ermittlungen (erneut) zu bescheiden ist. Wenn keine Entscheidung über den Leistungs- oder Verpflichtungsanspruch erfolgt, ist auch keine Teilabweisung auszusprechen.

Hebt das Sozialgericht den angefochtenen Verwaltungsakt nach Abs. 5 auf, wird das für die Beklagte mit der Auferlegung der außergerichtlichen Kosten des Klägers nach § 193 verbunden sein. Obwohl dieser nur einen Teilerfolg erzielt hat, ist eine Kostenbelastung des Klägers regelmäßig nicht gerechtfertigt, weil er es nicht in der Hand hatte, das Gericht zur Nachholung erforderlicher Ermittlungen und zur vollständigen Prüfung des Anspruchs zu zwingen. Für die Beklagte dagegen realisiert sich ein mit unzureichenden Ermittlungen im Verwaltungsverfahren eingegangenes Risiko.

### Rz. 50

Fraglich ist, ob der Kläger gegen solch ein Urteil Berufung einlegen könnte. Für Rechtsmittel des Klägers verlangt die h. M. grundsätzlich dessen formelle Beschwer durch die Abweichung von Klageantrag und rechtskraftfähigem Urteilsausspruch (siehe dazu bei § 141). Erfolgt keine Teilabweisung, fehlt es aber an einem den Kläger belastenden Tenor. Es kann also vordergründig keine für den Kläger ungünstige, dem von ihm erhobenen Anspruch entgegenstehende Entscheidung in Rechtskraft erwachsen. Gleichwohl ist unverkennbar, dass – anders als in der Situation der reinen Anfechtungsklage – der Ausspruch des Gerichts nach Abs. 5 bei der kombinierten Anfechtungs- und Leistungsklage und der Verpflichtungsklage hinter dem Antrag des Klägers zurückbleibt. Die Beschwer des Klägers könnte danach nicht in einer negativen Entscheidung, sondern nur in der Nichtentscheidung zu suchen sein. Soweit einhellig die Auffassung vertreten wird, dass eine Beschwer durch eine Nichtentscheidung des Gerichts nicht in Betracht komme (vgl. z. B. BSGE 17 S. 11; BGHZ 30 S. 213; Blanke, in: Sodan/Ziekow vor § 124 Rn. 62), betrifft dies Fälle des Teilerfolgs, welches bei einer Entscheidung nach Abs. 5 gerade nicht vorliegt. Letztlich sollte eine Beschwer des Klägers auch dann nicht von vornherein ausgeschlossen werden, wenn der Tenor keinen negativen Ausspruch enthält. Dafür spricht, auch wenn das Sozialgericht nur eine Kassationsentscheidung wegen

Aufklärungsmangel trifft ohne in der Sache selbst zu entscheiden, dass die für die Kassation typische reine Anfechtungssituation nicht gegeben ist und das Urteil nach Abs. 5 Elemente des Bescheidungsurteils (in der Fassung ab 1.1.2009, s. auch Abs. 5 Satz 2 2. Halbsatz) und eines zurückverweisenden Urteils (§ 159) besitzt. Auch bei einem dem Bescheidungsantrag stattgebenden Urteil kann der Kläger beschwert sein (vgl. § 141 Rn. 29) und beim Zurückverweisungsurteil sind stets Kläger und Beklagte beschwert. Im Ergebnis sollte grundsätzlich dem Kläger die Möglichkeit offenstehen, notfalls z. B. die vom Sozialgericht bejahte Notwendigkeit weiterer Ermittlungen oder die Sachdienlichkeit der Zurückverweisung in die Verwaltung im Berufungsverfahren überprüfen zu lassen. Wenn etwa das Sozialgericht der Beklagten Ermittlungen aufgegeben hat, die Tatbestandsmerkmale betreffen, die nach der Rechtsauffassung des Klägers nicht erfüllt sein müssen oder deren Nachweis er bereits geführt sieht, könnte seine Berufung unter Umständen Sinn haben. Wenn die Auffassung des Klägers zutreffend ist, wäre das LSG dann in der Lage, die Leistung zuzusprechen oder zur Erteilung des beantragten Verwaltungsakts zu verurteilen; dem Kläger wäre ein Umweg über ein erneutes Verwaltungsverfahren erspart geblieben. Teilt der Kläger zwar die Ansicht des Sozialgerichts, dass es weiterer Ermittlungen bedarf, hält er es aber unter Abwägung seiner Belange für geboten, dass das Sozialgericht die Ermittlungen selbst nachgeholt hätte, kann seine Berufung allenfalls dann sinnvoll sein, wenn er damit rechnen kann, dass das LSG bereit ist, die Ermittlungen vorzunehmen. Regelmäßig wird eine Berufung für den Kläger schon wegen der mit einem Rechtsmittel verbundenen weiteren Verzögerung und wegen des Kostenrisikos ausscheiden.

Hebt das Sozialgericht einen Verwaltungsakt nach § 131 Abs. 5 zu Unrecht auf, kann das LSG auf die Berufung der Beklagten die Entscheidung nach § 159 Abs. 1 Nr. 1 aufheben und an das Sozialgericht zurückverweisen (vgl. LSG NRW, Urteil v. 17.3.2010, L 8 R 145/09).

## Literaturtipps

Normenkette: SGG § 131

- **Behn**, Zu § 131 Abs. 1 Satz 3 SGG – Wider die herrschende Meinung für die Sozialgerichtsbarkeit, Sozialversicherung 1996 S. 144
- **Bienert**, Der neue Absatz 5 des § 131 SGG, SGB 2005 S. 84
- **Faber**, Folgenbeseitigungsanspruch nach ehrverletzenden Meinungsäußerungen, NVwZ 2003 S. 159
- **Fechner**, Die Rechtswidrigkeitsfeststellungsklage, NVwZ 2000 S. 121
- **Gaentzsch**, Ermittlungs- und Bewertungsdefizite im Verwaltungsverfahren in: Rechtsstaat zwischen Sozialgestaltung und Rechtsschutz, Festschrift für Konrad Redeker, München 1993 S. 405
- **Jabobj**, Spruchreife und Streitgegenstand im Verwaltungsprozess, Frankfurt a. M. 2001
- **Hödl-Adick**, Die Bescheidungsklage als Erfordernis eines interessengerechten Rechtsschutzes, Berlin 2001
- **Humpert**, Anm. zu BSG, Urteil v. 17.4.2007, B 5 RJ 30/05 R, SGB 2008 S. 254
- **Schenke**, Neue Wege im Rechtsschutz gegen vorprozessual erledigte Verwaltungsakte?, NVwZ 2000 S. 1255
- **Schnellenbach**, Das Feststellungsinteresse bei der Fortsetzungsfeststellungsklage eines Beamten, DVBl. 1990 S. 140
- **Stelkens**, Das Gesetz zur Beschleunigung des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens, NVwZ 1991 S. 209
- **Stuttman**, Zweite Chance beim Zivilrichter: Die Amtshaftungsklage gegen bestandskräftige Verwaltungsakte, NJW 2003 S. 1432

- **Tabarra**, Die achte Novelle zum Sozialgerichtsgesetz – Entlastung für die Gerichte, beschleunigter Rechtsschutz für die Betroffenen, NZS 2008 S. 8
- **Wehr**, Abschied von der Fortsetzungsfeststellungsklage analog § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO, DVBl. 2001 S. 785