



Verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz gegen Nebenbestimmungen

- **Online-Frühjahrstagung der Arbeitsgemeinschaft
für Verwaltungsrecht im Deutschen Anwaltverein
der Landesgruppe NRW -**

2. Juni 2023



A. Einleitung

Aktuelle Entwicklungen im BVerwG

- **Anfrage des 4. Senats an den 8. Senat (NVwZ 2022, 1798)**
- **Position des 8. Senats (BVerwG, Urt. v. 6.11.2019, E 167, 60)**
 - „Belastende rechtswidrige Nebenbestimmungen, die einem begünstigenden Verwaltungsakt beigefügt werden, können im Anfechtungsprozess nur isoliert aufgehoben werden, **wenn der verbleibende Verwaltungsakt für sich genommen rechtmäßig ist.**“
- **4. Senat: Abweichende Position in der Anfrage an den 8. Senat**
 - **Alternativer Prüfstein der Begründetheit:** „Erlaubt die Rechtsordnung eine Genehmigung (Begünstigung) ohne die angefochtene Nebenbestimmung. Es soll **nicht** darauf ankommen, ob der **verbleibende VA [...] in jeder Hinsicht rechtmäßig ist oder ein Anspruch auf seinen Erlass besteht**“
- **8. Senat: Aufgabe seiner Position ohne Begründung (NVwZ 2022, 1801)**



A. Einleitung

- **Aus der Anmerkung von Külpmann** (*jurisPR-BVerwG 3/2023 Anm. 4*):

„Ein Wochenendprojekt: Man will ein Bild anbringen, nimmt Hammer und Nagel und sucht einen guten Platz an der Wand. Bei näherer Betrachtung scheint die indes schon ziemlich fleckig – das hatte wohl vorher niemand bemerkt. Ein Gedanke keimt auf: „Wenn man schon einmal dabei ist, ...“ Wer jetzt nicht innehält, kehrt Stunden später mit Farbeimer und Farbrolle sowie einer (preisreduzierten) Vorratspackung Kabelbinder vom Baumarkt zurück. Nur das Bild liegt immer noch auf dem Boden, daneben Hammer und Nagel. Es ist ein Elend.“



Gliederungsübersicht

- A. Einleitung**
- B. Vorstellung des der Anfrage des 4. Senats zugrundeliegenden Sachverhaltes**
- C. Überblick über die Rechtsgrundlagen und Analyse der Interessenlage der Beteiligten**
- D. Entwicklung der Diskussion in Literatur und Rechtsprechung**
- E. Neuausrichtung der Rechtsprechung durch den 4. Senat**
- F. Analyse und Diskussion**

B. Sachverhalt (NVwZ 2022, 1798)

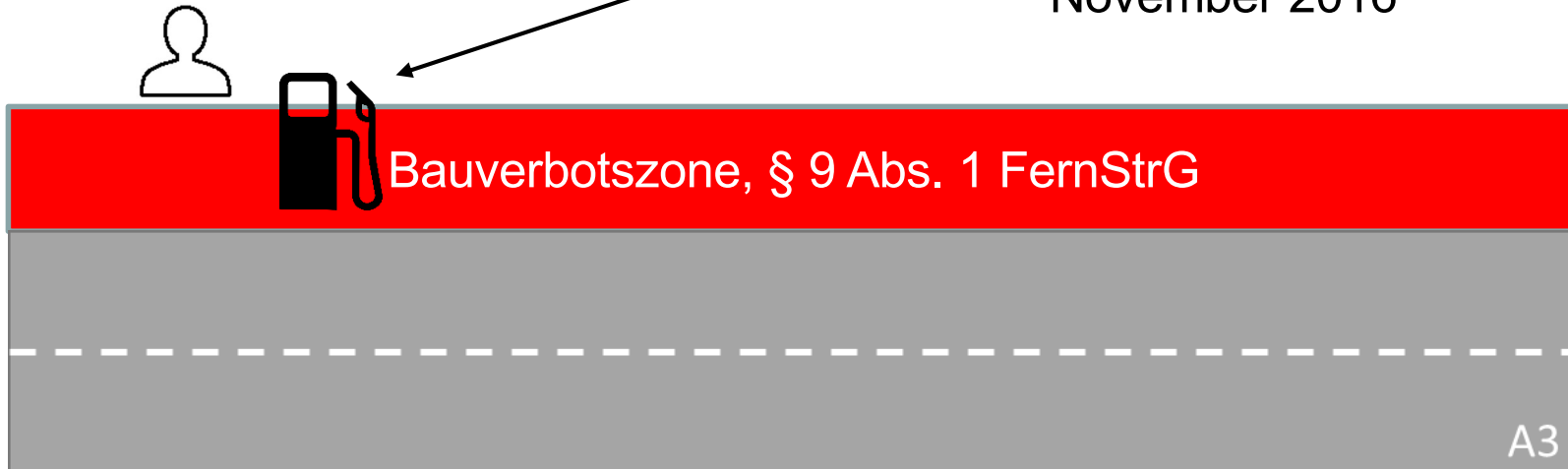
Bauaufsichtsbehörde:

③ Baugenehmigung
befristet bis November
2016

④ **Isolierte
Anfechtung
Befristung**

② Einreichung
der Unterlagen
ohne
Bauantrag

① **Landesbetrieb
Straßenbau NRW:**
Ausnahme vom
fernstraßenrechtlichen
Verbot **befristet** bis
November 2016



A3



C. Überblick über die Rechtsgrundlagen und Analyse der Interessenlage der Beteiligten

I. VwVfG

§ 36 Nebenbestimmungen zum Verwaltungsakt

(1) (...)

(2) Unbeschadet des Absatzes 1 darf ein Verwaltungsakt nach pflichtgemäßem Ermessen erlassen werden mit

1. einer Bestimmung, nach der eine Vergünstigung oder Belastung zu einem bestimmten Zeitpunkt beginnt, endet oder für einen bestimmten Zeitraum gilt (Befristung);
2. einer Bestimmung, nach der der Eintritt oder der Wegfall einer Vergünstigung oder einer Belastung von dem ungewissen Eintritt eines zukünftigen Ereignisses abhängt (Bedingung);
3. einem Vorbehalt des Widerrufs
oder verbunden werden mit
4. einer Bestimmung, durch die dem Begünstigten ein Tun, Dulden oder Unterlassen vorgeschrieben wird (Auflage)
5. einem Vorbehalt der nachträglichen Aufnahme, Änderung oder Ergänzung einer Auflage.



C. Überblick über die Rechtsgrundlagen und Analyse der Interessenlage der Beteiligten

I. VwVfG

§ 44 Nichtigkeit des Verwaltungsaktes

(1) (...)

(4) Betrifft die Nichtigkeit nur einen Teil des Verwaltungsaktes, so ist er im Ganzen nichtig, wenn der nichtige Teil so wesentlich ist, dass die Behörde den Verwaltungsakt ohne den nichtigen Teil nicht erlassen hätte.



C. Überblick über die Rechtsgrundlagen und Analyse der Interessenlage der Beteiligten

II. VwGO

§ 113 VwGO [Urteile bei Anfechtungs- und Verpflichtungsklage]

Option 2

- (1) **Soweit** der Verwaltungsakt rechtswidrig und der Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt ist, hebt das Gericht den Verwaltungsakt und den etwaigen Widerspruchsbescheid auf. [...]

Option 1

- (5) Soweit die Ablehnung oder Unterlassung des Verwaltungsakts rechtswidrig und der Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt ist, spricht das Gericht die Verpflichtung der Verwaltungsbehörde aus, die beantragte Amtshandlung vorzunehmen, wenn die Sache spruchreif ist. Andernfalls spricht es die Verpflichtung aus, den Kläger unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts zu bescheiden.

C. Überblick über die Rechtsgrundlagen und Analyse der Interessenlage der Beteiligten

III. Interessenlage der Beteiligten

	Antragsteller	Verwaltung
Teilanfechtung	(+) Suspensiveffekt hinsichtlich der Nebenbestimmung (+) Bei Erfolg uneingeschränkte Begünstigung	(-) Nach Aufhebung keine Gewähr für Rechtmäßigkeit des VA (-) Missachtung des Ermessensspielraumes der Verwaltung
Verpflichtungsklage	(-) Kläger trägt das Risiko einer Verschlechterung der Sach- und Rechtslage	(+) Risiko der Verschlechterung der Sach- und Rechtslage liegt beim Kläger



D. Entwicklung der Diskussion in Literatur und Rechtsprechung

Ordnung des Meinungsspektrums durch zwei Pole/Optionen:

II. Option 2

Isolierte Anfechtung der NB

Argumente:

- Dispositionsgrundsatz (§ 88 VwGO)
- Statthaftigkeit der Teilanfechtungsklage im Rückschluss aus § 113 I 1 VwGO („soweit“) und der Rechtsschutzeffektivität (Vermeidung der Kostenfolge des § 155 I VwGO)
- Bei verbleibendem rechtswidrigem VA Rückgriff auf § 48 VwVfG

Isolierte Anfechtung der NB

I. Option 1

Ausschluss der isolierten AK

→ VK auf uneingeschränkte Begünstigung

Argumente:

- Teilanfechtungsklage gesetzlich insb. in § 42 VwGO nicht geregelt
- Keine Gewähr der RMK des Haupt-VA bei isolierter Aufhebung der NB
- RestVA wird der Behörde trotz ggf. bestehendem Ermessen aufgedrängt

VK auf uneingeschränkte Begünstigung

(Ausschluss der isolierten AK)

D. Entwicklung der Diskussion in Literatur und Rechtsprechung

Isolierte Anfechtung der
NB

Vermittelnde Positionen

VK auf uneingeschränkte
Begünstigung
(Ausschluss der isolierten AK)

1. Differenzierungskriterium: Art der Nebenbestimmung

Alt: Auflage/Auflagenvorbehalt

Bedingung/Befristung

z.B. BVerwGE 29, 261, Argumente:

- Auflagen und Auflagenvorbehalte sind eigenständige VAe und demnach über § 42 I Var. 1 VwGO selbständig anfechtbar
- Bedingungen und Befristungen sind nur unselbständige Teile des VA

Neu: Statthaftigkeit der Teilanfechtung bei sämtlichen NB, d.h. auch bei Bedingung/Befristung

z.B. BVerwGE 60, 269, Argumente:

- Umkehrschluss aus § 113 I 1 VwGO
- § 36 VwVfG bietet keinen Anhaltspunkt zwischen den verschiedenen NB zu differenzieren

Folge und Folgefrage: Verschiebung der Problematik in die Begründet/ Prüfungsmaßstab?

D. Entwicklung der Diskussion in Literatur und Rechtsprechung

Isolierte Anfechtung der
NB

Vermittelnde Positionen

VK auf uneingeschränkte
Begünstigung
(Ausschluss der isolierten AK)

2. Differenzierungskriterium: gebundener VA / Ermessensverwaltungsakt

Alt: gebundener VA

Ermessensverwaltungsakt

Argumentation des 8. Senats (BVerwG, Urt. v. 14.12.1977, E 55, 135)

„Nicht nur dem Grunde nach, sondern auch bei der Bemessung der vom Kläger geforderten "Abstandssumme" war ein Sinnzusammenhang zwischen der Genehmigung und der beigefügten Auflage hergestellt worden mit der Folge, daß die von dem Beklagten getroffene **Ermessensentscheidung eine Einheit bildet** und nur einheitlich im Rahmen des § 114 VwGO überprüft werden kann. Deshalb muß eine isolierte Anfechtungsklage gegen die Zahlungsaufgabe scheitern, soweit mit ihr geltend gemacht wird, die Bemessung und Festsetzung der "Abstandssumme" beruhen auf einem Ermessensfehler. Nur mit dem Begehren, den Beklagten zu verpflichten, den **Genehmigungsantrag des Klägers erneut zu bescheiden (§ 113 Abs 5 Satz 2 VwGO)**, könnte eine solche Prüfung erreicht werden.“

D. Entwicklung der Diskussion in Literatur und Rechtsprechung

Isolierte Anfechtung der
NB

Vermittelnde Positionen

VK auf uneingeschränkte
Begünstigung
(Ausschluss der isolierten AK)

2. Differenzierungskriterium: Ermessensverwaltungsakt/ gebundener VA

Alt: gebundener VA

Ermessensverwaltungsakt

Neu: Teilanfechtung bei gebundenem VA und auch bei Ermessens-VA

Argumentation des 8. Senats (BVerwG, Urt. v. 12.3.1982, E 65, 139)

„Schlüsse bereits das die gesonderte Anfechtbarkeit der Auflage aus, würde damit der **Grundsatz gesonderter Anfechtbarkeit nicht durch eine (weitere) Ausnahme eingeschränkt, sondern im wesentlichen aufgegeben**. Daß bei Vorliegen einer einheitlichen Ermessensentscheidung die gerichtliche Aufhebung allein der Auflage eine Begünstigung zurückläßt, die die Behörde so nicht hat gewähren wollen, liefert keinen überzeugenden Grund, dem Betroffenen die Anfechtung als Rechtsmittel vorzuenthalten. Denn diesem (Wollens-)Mangel trägt hinreichend Rechnung, daß die Behörde für den Fall der Nichterfüllung einer Auflage (und daher auch für den Fall ihrer Aufhebung) grundsätzlich zum

Widerruf der gewährten Begünstigung berechtigt ist (vgl. § 49 Abs. 2 Nr. 2 VwVfG).“

D. Entwicklung der Diskussion in Literatur und Rechtsprechung

Isolierte Anfechtung der
NB

Vermittelnde Positionen

VK auf uneingeschränkte
Begünstigung
(Ausschluss der isolierten AK)

3. Differenzierungskriterium: Kann der Rest-VA bestehen bleiben?

Grundlage: Deutungsbedürftige Entscheidung des 4. Senats (Urt. v. 17.2.1984, NVwZ 1984, 366):

Die isolierte Aufhebung einer der Genehmigung beigefügten Auflage setzt materiellrechtlich voraus, dass der **rechtswidrige Teil des VAes in der Weise selbstständig abtrennbar ist, dass der nicht aufgehobene Teil des VAes ohne Änderung seines Inhalts sinnvoller- und rechtmäßigerweise bestehen bleiben kann.**

Fallkonstellation: Eine Baugenehmigung, die mit einer belastenden Brandschutzauflage versehen war. Der Kläger wandte sich isoliert gegen die Auflage. Obwohl die Brandschutzauflage rechtswidrig war, hatte die Klage im Ergebnis keinen Erfolg.

D. Entwicklung der Diskussion in Literatur und Rechtsprechung

Isolierte Anfechtung der
NB

Vermittelnde Positionen

VK auf uneingeschränkte
Begünstigung
(Ausschluss der isolierten AK)

3. Differenzierungskriterium: Kann der Rest-VA bestehen bleiben?

Begründung:

„Würde die angefochtene Auflage isoliert aufgehoben, wie es die Kläger mit ihrem Hauptantrag begehrt, so würde es für die Holzlagerhalle an dem notwendigen Brandschutz fehlen ... **die ohne Sicherung des Brandschutzes aufrechterhaltene Genehmigung der Halle [wäre] rechtswidrig.** Da die gerichtliche Entscheidung nicht zu einer solchen Rechtsfolge führen darf, hat das Berufungsgericht – ungeachtet der sich ebenfalls aus dem irrevisiblen Landesbaurecht ergebenden Rechtswidrigkeit der Auflage, auf einem fremden Grundstück und an einer fremden Anlage Brandschutzmaßnahmen durchzuführen – dem Hauptantrag auf isolierte Aufhebung der Auflage mit Recht den Erfolg versagt“

D. Entwicklung der Diskussion in Literatur und Rechtsprechung

Isolierte Anfechtung der
NB

Vermittelnde Positionen

VK auf uneingeschränkte
Begünstigung
(Ausschluss der isolierten AK)

3. Differenzierungskriterium: Kann der Rest-VA bestehen bleiben?

Deutung 1: Ausschluss der Aufhebung der Nebenbestimmung, wenn die Aufhebung die Rechtswidrigkeit des Rest-VA zur Folge hat

Argumentation:

- Aufhebung der NB darf nicht RWK des Rest-VA zur Folge haben
- Wäre dies der Fall, dann fehle es an einer von Rechts wegen geforderten Regelung.
- => Die Teilanfechtungsklage muss dann als unbegründet abgewiesen werden

D. Entwicklung der Diskussion in Literatur und Rechtsprechung

Isolierte Anfechtung der
NB

Vermittelnde Positionen

VK auf uneingeschränkte
Begünstigung
(Ausschluss der isolierten AK)

3. Differenzierungskriterium: Kann der Rest-VA bestehen bleiben?

Deutung 2 (BVerwGE 167, 60 – 8. Senat): Ausschluss der Teilaufhebung bei Rechtswidrigkeit des Rest-VA (umfassende Rechtmäßigkeitsprüfung)

- „Belastende rechtswidrige Nebenbestimmungen, die einem begünstigenden Verwaltungsakt beigelegt werden, **können im Anfechtungsprozess nur isoliert aufgehoben werden, wenn der verbleibende Verwaltungsakt für sich genommen rechtmäßig ist.**“
- => Sämtliche Rechtsmängel sind im Rahmen der RMK des Rest-VA zu berücksichtigen, auch wenn diese in keiner Verbindung zur rechtswidrigen NB stehen.

Argumentation:

- Es besteht kein Anspruch auf einen materiell rechtswidrigen VA
- § 113 I 1 VwGO stützt isolierte Aufhebung nicht, da dieser selbst die Existenz eines materiellen Aufhebungsanspruchs voraussetzt
- Der Dispositionsgrundsatz erfasst nicht die zulässige Klageart, das materiell-rechtliche Prüfprogramm und den Umfang der prozessualen Ansprüche



E. Position des 4. Senats: Ausdehnung der Teilanfechtung durch Bekenntnis zum Deutungsmuster 1

- Es soll nur noch darauf ankommen, ob die **Rechtsordnung** eine Genehmigung ohne die angefochtene Nebenbestimmung erlaubt
- **Nicht** darauf ankommen kann es, ob der verbleibende Verwaltungsakt über die in Zusammenhang mit der Nebenbestimmung stehenden rechtlichen Anforderungen hinaus in jeder Hinsicht rechtmäßig ist oder ein Anspruch auf seinen Erlass besteht
- **Trend**, die Rechtsschutzzone der Teilanfechtungsklage auszudehnen, **setzt sich fort**
- Neuere Rechtsprechung formuliert eine Art „**negatives Konnexitätserfordernis**“ (vgl. Funke, NVwZ 2022, 1801):
 - => Die Aufhebung der Nebenbestimmung scheidet (nur dann) aus, wenn der Verwaltungsakt dadurch (d.h. die Aufhebung) rechtswidrig werden würde

F. Analyse und Diskussion

Argumentation des 4. Senats	Mögliche Einwände:
<p>Prozessökonomie: Verzicht auf vollumfängliche Prüfung reduziert den Prozessstoff</p>	<p>Der hiermit verbundene Aufwand kann dazu beitragen, Folgeverfahren zu vermeiden und ist nicht verloren</p>
<p>Dispositionsgrundsatz: Die Prüfung der Rechtmäßigkeit wird dem Rechtsschutzziel des Klägers nicht gerecht</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Der Dispositionsgrundsatz kann sich nur im Rahmen des geltenden Prozessrechts entfalten - Art. 19 Abs. 4 GG verlangt nicht, einen rechtswidrigen Zustand zu perpetuieren
<p>Schutzwürdigkeit des Adressaten eines begünstigenden VAes: Diese Rechtsposition kann nach Eintritt der Bestandskraft nur nach Maßgabe des § 48 VwGO entzogen werden</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Die Wertung des § 44 Abs. 4 VwVfG schließt ein „Rosinenpicken“ aus - Ausschluss des Aufhebungsanspruchs lässt den Bestand des rechtswidrigen VAes zunächst unberührt

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!