



Lösung Übersicht 16 Vertiefungsfall (Rn. 361)

Die Klage der T hat Erfolg, soweit die Sachentscheidungsvoraussetzungen erfüllt sind und die Klage begründet ist.

A. Sachentscheidungsvoraussetzungen

Die Sachentscheidungsvoraussetzungen müssten erfüllt sein.

I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

Zunächst müsste der Verwaltungsrechtsweg eröffnet sein. Da eine aufdrängende Sonderzuweisung nicht ersichtlich ist, richtet sich die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs nach § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO.

Erforderlich ist danach eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art. Zudem darf keine abdrängende Sonderzuweisung gegeben sein.

Dem öffentlichen Recht zugehörig ist eine Streitigkeit dann, wenn die streitentscheidenden Normen solche des öffentlichen Rechts sind. Eine Norm gehört dabei dann dem öffentlichen Recht an, wenn sie allein einen Träger hoheitlicher Gewalt als solchen berechtigt oder verpflichtet (modifizierte Subjektstheorie).

Das Erlassen von Nebenbestimmungen bei Baugenehmigungen richtet sich in Nordrhein-Westfalen nach dem § 74 Abs. 3 S. 1 BauO NW, durch den ein Hoheitsträger einseitig in seiner Funktion als solcher berechtigt wird, Nebenbestimmungen zu Baugenehmigungen zu erlassen. Eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit ist demnach gegeben.

Die Lösung folgt beispielhaft der Rechtslage in Nordrhein-Westfalen. Hier regelt der § 74 Abs. 3 S. 1 LBauO NW ausdrücklich, dass eine Baugenehmigung mit Nebenbestimmungen versehen werden kann. Teilweise kennen die Bauordnungen der übrigen Länder entsprechende Vorschriften, teilweise fehlt aber auch eine solche Bestimmung.¹ In jedem Fall kann die Baugenehmigung aber, da es sich bei ihr um einen gebundenen Verwaltungsakt handelt, nach § 36 Abs. 1 Alt. 2 (L)VwVfG mit Nebenbestimmungen versehen werden. Streitentscheidende Norm ist daher entweder die Vorschrift in der jeweiligen LBauO oder die Bestimmung des § 36 Abs. 1 Alt. 2 (L)VwVfG. In jedem Fall ist eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit zu bejahen, da auch der § 36 Abs. 1 Alt. 2 (L)VwVfG ausschließlich an Träger hoheitlicher Gewalt adressiert ist.

Eine doppelte Verfassungsunmittelbarkeit oder eine abdrängende Sonderzuweisung sind nicht ersichtlich.

Somit ist der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO eröffnet.

¹ Übersicht bei *Kaiser*, Bauordnungsrecht, in: Ehlers/Fehling/Pünder, VerwR BT II, § 41, Rn. 52.



II. Statthafte Klageart

Fraglich ist, welche Klageart statthaft ist. Die statthafte Klageart richtet sich nach dem Klägerbegehren, vgl. § 88 VwGO.

Hier möchte die T anstatt der erhaltenen befristeten Genehmigung eine unbefristete Genehmigung für ihre Tankstelle erwirken. Fraglich ist, ob sie die Befristung isoliert anfechten kann.

Die Befristung stellt eine Nebenbestimmung i. S. d. § 36 Abs. 2 Nr. 1 VwVfG NW dar. Zur isolierten Anfechtbarkeit von Nebenbestimmungen werden verschiedene Ansichten vertreten².

Eine häufig anzutreffende Unterscheidung folgt der klassischen savignyschen Aufteilung des § 36 Abs. 2 VwVfG NW nach der Art der Nebenbestimmungen. Nach dieser Auffassung kann entsprechend des Wortlauts des § 36 Abs. 2 VwVfG NW wie folgt unterschieden werden: Der Verwaltungsakt wird mit Befristungen, Bedingungen und Widerrufsvorbehalten (Nr. 1–3) erlassen; hingegen werden Auflage und Auflagenvorbehalt (Nr. 4 und 5) mit diesem verbunden. Der Wortlaut weist also der Auflage und dem Auflagenvorbehalt eine rechtliche Selbstständigkeit zu, während Befristung, Bedingung und Widerrufsvorbehalt unselbstständig bleiben. Dementsprechend können nur die Auflage und der Auflagenvorbehalt selbstständig angegriffen werden, will der Kläger eine Befristung, Bedingung oder einen Widerrufsvorbehalt aufheben lassen, muss er hingegen Klage auf den Erlass eines nebenbestimmungsfreien Verwaltungsaktes erheben.

Weiterhin wird vertreten, innerhalb des § 36 zwischen Abs. 1 und Abs. 2 VwVfG NW zu unterscheiden: Bei gebundenen Verwaltungsakten wäre dann ein isolierter Angriff möglich, während bei Ermessensverwaltungsakten immer nur Verpflichtungsklagen möglich sind.

Die dritte Lösung knüpft dagegen bei § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO an: Da einer Klage „soweit“ stattzugeben sei, wie sie begründet ist, könne grundsätzlich jeder isolierbare Teil des Verwaltungsakts auch angegriffen werden. Soweit ein Verwaltungsakt rechtswidrig ist, hebt das Gericht ihn auf. Das setzt logisch voraus, dass man auch nur diesen Teil isoliert anfechten kann. Für die Ansicht spricht zudem, dass der Rechtsschutz so bürgerfreundlich erweitert wird. Dieser Auffassung ist sich daher anzuschließen.

Somit ist die Befristung isoliert anfechtbar. Die Anfechtungsklage gem. § 42 Abs. 1 Alt. 1 VwGO ist statthaft.

III. Kläger

1. Klagebefugnis

Die Befristung verletzt die T als Adressatin möglicherweise in ihren Rechten, sodass sie gem. § 42 Abs. 2 VwGO klagebefugt ist (Adressatengedanke).

² Dazu § 7 Rn. 360.



2. Beteiligungs- und Prozessfähigkeit

Als natürliche Person ist die T gem. § 61 Nr. 1 Alt. 1 VwGO beteiligungsfähig und gem. § 62 Abs. 1 Nr. 1 VwGO prozessfähig.

IV. Beklagter

1. Prozessführungsbefugnis § 78

Richtiger Klagegegner ist der Rechtsträger der Bauaufsichtsbehörde.

2. Beteiligungs- und Prozessfähigkeit

Die Beteiligungsfähigkeit richtet sich nach § 61 Nr. 1 bzw. Nr. 3 VwGO und die Prozessfähigkeit nach § 63 Abs. 3 VwGO.

V. Vorverfahren

Ein Vorverfahren ist nicht statthaft.

VI. Frist

Die Klageerhebung erfolgte fristgemäß.

VII. Zwischenergebnis

Die Sachentscheidungsvoraussetzungen sind erfüllt.

B. Begründetheit

Die Klage ist begründet, soweit die Befristung rechtswidrig ist und die Baugenehmigung ohne die Nebenbestimmung sinnvoller- und rechtmäßigerweise bestehen bleiben kann.

I. Rechtswidrigkeit der Befristung

Zunächst ist fraglich, ob die Befristung rechtswidrig ist.

1. Ermächtigungsgrundlage

Rechtsgrundlage für die Befristung ist § 74 Abs. 3 S. 1 BauO NW.

2. Formelle Rechtmäßigkeit

Die Erteilung der Befristung erfolgte durch die zuständige Behörde ohne ersichtliche Verfahrensfehler, sodass die formelle Rechtmäßigkeit der Befristung gegeben ist.

3. Materielle Rechtmäßigkeit



Weiterhin müsste die Befristung auch materiell rechtmäßig sein.

Nach dem § 74 Abs. 3 S. 1 BauO NRW „kann“ die Baugenehmigung befristet werden. Besondere Anforderungen an den Erlass einer Nebenbestimmung stellt die Norm nicht. Fraglich ist, ob die Behörde somit tatsächlich freies Ermessen hat oder ob die Voraussetzung des § 36 Abs. 1 VwVfG NW („Ein Verwaltungsakt, auf den ein Anspruch besteht, darf mit einer Nebenbestimmung nur versehen werden, wenn sie durch Rechtsvorschrift zugelassen ist oder wenn sie sicherstellen soll, dass die gesetzlichen Voraussetzungen des Verwaltungsaktes erfüllt werden.“) auch hier gilt.

Nach dem Wortlaut deutet darauf nichts hin. Jedoch ist der Wille des Gesetzgebers zu berücksichtigen. Dessen Intention war es, die allgemeine Vorschrift des § 36 Abs. 1 VwVfG NW „inhaltsgleich“ in die BauO NRW zu übernehmen, sodass sich der Rückgriff auf § 36 Abs. 1 VwVfG NW erübrigt. Deswegen ist der Erlass von Nebenbestimmungen auch gem. § 74 Abs. 3 S. 1 BauO NRW nur rechtmäßig, wenn diese sicherstellen sollen, dass die gesetzlichen Voraussetzungen des VA erfüllt werden.³

Das ist hier jedoch gerade nicht der Fall. Die Befristung dient nicht der Erfüllung der gesetzlichen Voraussetzungen des § 74 Abs. 1 BauO NRW, sondern dem Interesse der Bauaufsichtsbehörde, sich nicht festlegen zu müssen und nach Ablauf der Befristung eine neue Entscheidung treffen zu können (ohne etwa komplizierte Aufhebungsvoraussetzungen erfüllen zu müssen).

Die Befristung ist materiell rechtswidrig.

4. Zwischenergebnis

Folglich ist die Befristung rechtswidrig.

II. Aufhebbarkeit der Nebenbestimmung

Damit ist aber noch nichts darüber gesagt, ob die Nebenbestimmung auch isoliert aufgehoben werden kann. Das Problem stellt sich, da der Erlass der Genehmigung mit der Befristung von der Verwaltung als einheitliche Entscheidung getroffen wurde und nun vom Gericht aufgespalten werden würde. Der Hauptverwaltungsakt – hier also die Baugenehmigung – muss daher auch sinnvoller- und rechtmäßigerweise ohne die Nebenbestimmung bestehen können.

Die von T eingereichten Unterlagen waren grob unvollständig. Daher konnte die Baugenehmigung (noch) nicht rechtmäßigerweise erteilt werden, mithin ist nicht nur die Befristung, sondern auch der Hauptverwaltungsakt rechtswidrig.

Fraglich ist, wie sich das im konkreten Fall auswirkt. Entscheidend ist insofern, wie man die Wendung, dass der Verwaltungsakt sinnvoller- und rechtmäßigerweise bestehen kann, versteht. Denkbar ist einerseits, dass es nur auf die Rechtmäßigkeit des Hauptverwaltungsaktes ankommt – dann wäre die Nebenbestimmung immer dann nicht isoliert anfechtbar, wenn der

³ LT-Drs. 17/2166 S. 193.



Hauptverwaltungsakt, aus welchen Gründen auch immer, rechtswidrig ist.⁴ Andererseits lässt sich aber auch vertreten, dass die Aufhebbarkeit der Nebenbestimmung nur dann ausscheidet, wenn der Hauptverwaltungsakt gerade durch den Wegfall der Nebenbestimmung rechtswidrig würde.⁵ Der Prüfungsmaßstab unterscheidet sich ganz erheblich: Während nach der erstgenannten Auffassung der gesamte VA auf seine Rechtmäßigkeit zu überprüfen ist, muss nach der zweiten Position nur nachvollzogen werden, ob es zwischen dem Hauptverwaltungsakt und der Nebenbestimmung eine Konnexität dahingehend gibt, dass der VA ohne die Nebenbestimmung rechtswidrig wird.

Für die Auffassung, die den Prüfungsumfang begrenzen will, lassen sich verschiedene Argumente anführen. So spricht gegen den umfassenden Zugriff auf die Rechtmäßigkeit des Hauptverwaltungsaktes etwa, dass der Hauptverwaltungsakt, der gerade nicht angegriffen wird, in Bestandskraft erwächst und daher gar nicht mehr auf dessen Rechtmäßigkeit überprüft werden kann. Ebenso löst sich die Auffassung, die die gesamte Rechtmäßigkeit des Hauptverwaltungsaktes prüfen will, von dem Begehren des Klägers. Dieser stellt eben nur die Nebenbestimmung, nicht aber den Hauptverwaltungsakt zur Überprüfung. Schließlich wird auch mit einer Vereinfachung argumentiert.⁶

Gleichzeitig darf aber nicht übersehen werden, dass so komplexe Fragen der Ermessensausübung ausgeblendet und Verwaltungsakte produziert werden, die offensichtlich so nicht ergangen wären. Ob durch die Auffassung eine Vereinfachung eintritt, ist ohnehin fraglich, da ja weiterhin an der tradierten Formel („sinnvoller- und rechtmäßigerweise bestehen bleiben kann“) festgehalten wird und Raum für eine rechtliche Überprüfung des Hauptverwaltungsaktes bleibt.

Überzeugender ist es deshalb die isolierte Anfechtbarkeit nicht zuzulassen, wenn der Hauptverwaltungsakt rechtswidrig ist, unabhängig davon, ob sich die Rechtswidrigkeit aus dem Wegfall der Nebenbestimmung oder aus anderen Umständen ergibt.

Hier kann die Befristung daher nicht isoliert aufgehoben werden, die Baugenehmigung als Hauptverwaltungsakt ist wegen des Fehlens der erforderlichen Unterlagen rechtswidrig.

III. Zwischenergebnis

Die Klage ist damit unbegründet.

C. Ergebnis

Die Klage der T hat keinen Erfolg.

Zur Vor- und Nachbereitung der Falllösung:

- zu Nebenbestimmungen, Rn. 353 - 360.
- weitere Hinweise in Übersicht 16, Rn. 361.

⁴ So hat sich im Jahr 2018 der achte Senat des Bundesverwaltungsgerichts positioniert, BVerwGE 167, 60 (64), der sich aber mittlerweile der Auffassung des vierten Senats angeschlossen hat, BVerwG, Beschluss v. 12.10.2022 – 8 AV 1.22.

⁵ So der vierte Senat des Bundesverwaltungsgerichts, BVerwG, Beschluss v. 29.3.2022 – 4 C 4.20.

⁶ Zur Argumentation vgl. BVerwG, Beschluss v. 29.3.2022 – 4 C 4.20, Rn. 10 ff.



Mohr Siebeck

Materialien, Fälle, Lösungen

zu HINNERK WISSMANN: Verwaltungsrecht (Mohr Siebeck Lehrbuch, ISBN 978-3-16-162617-3)