

Übungsfälle im öffentlichen Recht für Fortgeschrittene



- Zur isolierten Anfechtbarkeit von Nebenbestimmungen -¹

Ausgangslage: Der Kläger ist Adressat eines mit einer Nebenbestimmung (NB) versehenen Verwaltungsakts (VA). Er möchte die NB „loswerden“, den begünstigenden Haupt-VA aber behalten. Denkbar wäre zwar eine Verpflichtungsklage auf Erlass eines (neuen) VA ohne NB. In diesem Fall würde das Gericht den geltend gemachten Anspruch jedoch vollständig neu prüfen – mit dem Risiko, dass der Kläger den Prozess insgesamt verliert. Aus seiner Sicht wäre es daher vorzugswürdig, den Wortlaut des § 113 I 1 VwGO („soweit“) für sich nutzbar zu machen, also isoliert nur die NB anzufechten und den begünstigenden VA im Übrigen aufrechtzuerhalten.

Ob dies zulässig ist, ist seit umstritten. Teilweise werden hierzu bis zu sieben Auffassungen unterschieden.² Im Folgenden werden die vier wichtigsten Ansichten dargestellt:

I. Isolierte Anfechtung ist nicht möglich

Eine echte Nebenbestimmung sei *nie* isoliert anfechtbar. Viel sei die Verpflichtungsklage statthaft.

- Argumentation: Kläger will statt „ja, aber“ ein „ja“ haben. Also eine Besserstellung. Für Besserstellung sieht VwGO die Verpflichtungsklage vor. Außerdem bestünde Gefahr, dass ein Hauptverwaltungsakt stehen bleibt, der nicht sinnvoll oder rechtmäßig ist.
- Gegenargumentation:
 - Begründung geht ins Leere, da jede Aufhebung eines belastenden Verwaltungsakts eine Verbesserung der Rechtsposition ist.
 - Eine Verpflichtungsklage widerspricht dem Rechtsschutzinteresse des Klägers, der keinen neuen Verwaltungsakt will, sondern die Nebenbestimmung „loswerden“ möchte.
 - Der Wortlaut des § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO („soweit“) sieht teilweise Aufhebbarkeit vor.

¹ Vgl. vertiefend W. R. Schenke, Verwaltungsprozessrecht, 19. Aufl. 2025, Rn. 321 ff.; Martini, Verwaltungsprozessrecht und Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2023, S. 59.

² Ehlers, in: Ehlers/Schoch, Rechtsschutz im öffentlichen Recht, § 27 Rn. 27.

II. Differenzierung nach Art der Nebenbestimmung

Es sei nach der *Art der Nebenbestimmung* zu differenzieren. Unselbständige Nebenbestimmungen seien nicht isoliert anfechtbar. Selbständige Nebenbestimmungen hingegen schon.

- Argumentation: Unselbständige Nebenbestimmungen (§ 36 Abs. 1 Nr. 1-3 VwVfG) sind untrennbar mit dem Haupt-Verwaltungsakt verbunden (Wortlaut: „erlassen werden mit“). Selbständige Nebenbestimmungen (§ 36 Abs. 2 Nr. 4 und 5 VwVfG) sind hingegen trennbar, da sie selbständige Zusätze zum Haupt-Verwaltungsakt (Wortlaut: „verbunden werden mit“: Verbindungen könne man aufheben).
- Gegenargumentation:
 - Unbillige Rechtsschutzverkürzung, da § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO Teilaufhebbarkeit vorsieht (s.o.).
 - Auch Auflagen können zu einem Haupt-Verwaltungsakt in einem engen, sich gegenseitig ergänzenden Zusammenhang stehen.

III. Differenzierung nach Art der Hauptregelung

Es sei nach der *Art der Ermächtigungsgrundlage* zu entscheiden: Handle es sich um eine gebundene Entscheidung, vgl. § 35 Abs. 1 VwVfG, sei eine isolierte Anfechtung möglich. Handle es sich um eine Ermessensentscheidung, § 35 Abs. 2 VwVfG, hingegen nicht.

- Argumentation:
 - Bei einer gebundenen Entscheidung besteht ein Anspruch auf den Verwaltungsakt. Ist die Nebenbestimmung rechtswidrig, können die Voraussetzungen für den Haupt-Verwaltungsakt dennoch problemlos vorliegen, weswegen die Anfechtung möglich ist.
 - In den Fällen des § 36 Abs. 2 VwVfG hätte die Behörde auch „Nein“, statt „Ja, aber“ sagen können. Die Nebenbestimmung hat womöglich die Ermessensentscheidung maßgeblich beeinflusst. Eine isolierte Anfechtung würde der Behörde womöglich einen Verwaltungsakt aufzwingen, den sie nicht wollte.
- Gegenargumentation:
 - Unbillige Rechtsschutzverkürzung, da § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO Teilaufhebbarkeit vorsieht (s.o.).
 - Behörde könnte in den Fällen des § 36 Abs. 2 VwVfG den Verwaltungsakt noch über Art. 49 Abs. 2 Nr. 2 BayVwVfG (analog) widerrufen.

IV. Stets isoliert anfechtbar (h.M.)

Nebenbestimmungen seien immer isoliert anfechtbar, sofern der verbleibende Verwaltungsakt nicht rechtswidrig ist und für die Rechtswidrigkeit der Wegfall der Nebenbestimmung kausal ist. Problematisch ist demnach nicht die Zulässigkeit, sondern die Begründetheit der Klage.

- Argumentation: Diese Auffassung entspräche der konsequenten Anwendung von § 113 I 1 VwGO. Nur so werde dem Rechtsschutzinteresse des Klägers Rechnung getragen. Diese Auffassung wird im Grundsatz seit 2000 vom BVerwG vertreten.³
- Hintergrund: Im Detail war unter den Senaten strittig, inwiefern die Rechtswidrigkeit des verbleibenden Verwaltungsakts für den Erfolg der isolierten Anfechtung von Bedeutung ist.
 - Der **8. Senat** des BVerwG vertrat die Auffassung, dass die isolierte Anfechtung der Nebenbestimmung unbegründet ist, wenn der verbleibende Haupt-Verwaltungsakt rechtswidrig ist – *unabhängig davon, ob die Rechtswidrigkeit erst durch den Wegfall der Nebenbestimmung ausgelöst wird oder ob der Haupt-Verwaltungsakt von sich aus bereits rechtswidrig war*.⁴
 - Dem stellte sich der **4. Senat** entgegen, mit der Begründung, dass sich der Prüfungsgegenstand auf die Nebenbestimmung begrenze. Es könne nur darauf ankommen, ob *zwischen der Nebenbestimmung und dem Haupt-Verwaltungsakt ein Zusammenhang besteht, der die isolierte Aufhebung ausschließt*, nicht hingegen, ob der Haupt-Verwaltungsakt für sich genommen rechtswidrig ist oder nicht. Es sei im Verwaltungsrecht angelegt, dass auch ein rechtswidriger Verwaltungsakt wirksam sein kann. Es ist Sache der Verwaltung zu entscheiden, ob sie den rechtswidrigen VA aufhebt (vgl. Art. 48 f. BayVwVfG).⁵
 - Nunmehr hat sich der 8. Senat dem 4. Senat angeschlossen.⁶

In der Klausur: Die erste Ansicht ist nicht vertretbar. Im Rahmen der Streitentscheidung zwischen den weiteren Ansichten ist zu beachten, ob diese im konkreten Fall überhaupt zu unterschiedlichen Ergebnissen führen. Beispiel: Baugenehmigung (gebundene Entscheidung, vgl. Art. 68 BayBO) mit Auflage nach § 36 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG; nach allen Ansichten ist hier die Anfechtungsklage statthafte Klageart – eine Streitentscheidung ist daher entbehrlich. Ein Meinungsstreit ist nur zu entscheiden, wenn die vertretenen Auffassungen zu unterschiedlichen Ergebnissen führen!

Es ist zu empfehlen, aus den genannten Gründen der Rechtsprechung des BVerwG zu folgen. Den Streit entscheidet man dann im Rahmen der Begründetheit inzident, indem man nach Feststellung der Rechtswidrigkeit der Nebenbestimmung im Anschluss prüft, ob aufgrund des Wegfalls der Nebenbestimmung der verbleibende Verwaltungsakt rechtswidrig ist (Kausalität). Im Rahmen dieses Prüfungspunktes sollte eingangs kurz dargelegt werden, warum man sich dieser Ansicht anschließt. Hier bietet es sich an auf den Wortlaut des § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO abzustellen, mit dem Ziel den Rechtsschutz des Adressaten nicht einzuschränken.

³ BVerwG NVwZ 2001, 429.

⁴ BVerwG NVwZ 2021, 163.

⁵ BVerwG NVwZ 2022, 1798.

⁶ BVerwG NVwZ 2022, 1801.