

Nebenbestimmungen zum Verwaltungsakt, § 36 VwVfG

Vorbemerkung: Die angegebenen Seitenzahlen beziehen sich auf meine Bearbeitung zum Allgemeinen Verwaltungsrecht, 6. Aufl. 2002.

1. Problemstellung

Wie bereits auf S. 111 ausgeführt, kommt einem Verwaltungsakt eine Doppelwirkung i.S.e. **Mischwirkung** zu, wenn er für *dieselbe Person* einerseits begünstigend, andererseits zugleich aber auch belastend wirkt („gemischter Verwaltungsakt“). Eine solche Wirkung ist insbesondere dann anzunehmen, wenn der Verwaltungsakt mit einer belastenden Nebenbestimmung versehen ist.

Unter **Nebenbestimmungen** sind Zusätze zu verstehen, welche die Behörde einem begünstigenden Verwaltungsakt beifügt, um ihn inhaltlich oder zeitlich zu beschränken.

Da damit für den Empfänger eine Rechtsbeeinträchtigung verbunden ist, hat er i.d.R. ein Interesse daran, daß diese Beschränkung beseitigt wird, ohne daß der begünstigende Teil des Verwaltungsakts geschmälert wird. Folglich werden dadurch vor allem zwei Fragestellungen relevant:

- ⇒ Unter dem **materiellrechtlichen** Aspekt stellt sich die Frage, unter welchen Voraussetzungen die Behörde einen Verwaltungsakt mit Nebenbestimmungen versehen kann.
- ⇒ Bei **prozessualer** Betrachtung ist problematisch, ob ein isoliertes Vorgehen gegen Nebenbestimmungen statthaft ist. Als Alternative kommen stets entweder eine Anfechtungsklage gegen den gesamten Verwaltungsakt oder eine Verpflichtungsklage auf Erlass eines Verwaltungsakts ohne Zusätze in Betracht.

Der Rechtsschutz gegen Nebenbestimmungen gehört zu den kompliziertesten und unüberschaubarsten Bereichen des Verwaltungsrechts. Alleine die Vielgestaltigkeit der Begriffe erschwert bereits eine klare Beschreibung oder gar Einordnung in den richtigen rechtlichen Kontext. Darüber hinaus werden in Rechtsprechung und Literatur nahezu alle denkbaren und zum Teil widersprüchlichen Auffassungen vertreten.

Hinweis für die Fallbearbeitung: Wegen der Komplexität empfiehlt es sich, in einer Klausur zunächst den neutralen Begriff „Zusatz“ zu verwenden, bis geklärt ist, ob überhaupt eine Nebenbestimmung vorliegt, und wenn ja, um welche Art von Nebenbestimmung es sich handelt.

In bezug auf die statthafte Klageart und daraus resultierend für den gesamten weiterführenden Klausurverlauf kommt es demnach entscheidend darauf an, welche Einordnung der betreffende Zusatz erfahren hat. Im Vorgriff auf die folgenden Ausführungen sei aber darauf hingewiesen, daß in einer Klausur, soweit sie überhaupt Nebenbestimmungen zum Gegenstand hat, der fragliche Verwaltungsakt i.d.R. lediglich mit einer Auflage (§ 36 II Nr. 4 VwVfG) versehen sein wird. Daraus folgt, daß sich die Konzentration beim Erlernen vor allem auf diese Art der Nebenbestimmung beschränken sollte.

2. Keine Nebenbestimmung im Rechtssinne (unechte Nebenbestimmung)

Handelt es sich bei dem im Sachverhalt erwähnten Zusatz nicht um eine Nebenbestimmung im Rechtssinne, kommt eine isolierte Anfechtung dieses Zusatzes erst gar nicht in Betracht. Dem Begehren des Klägers entspricht nur eine *Anfechtungsklage* gegen den ganzen Verwaltungsakt oder eine *Verpflichtungsklage* auf Erlass eines Verwaltungsakts in der von ihm gewünschten Form. Keine Nebenbestimmungen im Rechtssinne liegen in Fällen vor, in denen

- ⇒ ein Verwaltungsakt **von einem Gesetz** oder **durch eine Behörde** mit der durch § 36 VwVfG für Nebenbestimmungen besetzten Terminologie **bezeichnet** wird.

Beispiel: Nach § 15 I VersG kann eine Versammlung unter freiem Himmel von bestimmten „Auflagen“ abhängig gemacht werden.

Da Versammlungen unter freiem Himmel aber nicht genehmigungs-, sondern nur anmeldungspflichtig sind, ergeht daher kein gestattender Verwaltungsakt, der mit einer Auflage verbunden werden könnte. Mit „Auflagen“ i.S.d. § 15 I VersG sind daher keine Nebenbestimmungen i.S.d. § 36 VwVfG, sondern Verwaltungsakte gemeint.¹ Diese können mit der Anfechtungsklage angegriffen werden.

Auch wenn die Behörde einem Bürger zur „Auflage“ macht, beispielsweise dessen Wagen in einen verkehrstüchtigen Zustand zu bringen, liegt keine Nebenbestimmung i.S.d. § 36 VwVfG vor, sondern ein eigenständiger Verwaltungsakt. Entscheidend ist also nicht die von der Behörde in der Verfügung benutzte Terminologie, sondern vielmehr der objektivierte Wille der Behörde, der aus den jeweiligen Umständen zu ermitteln ist.

- ⇒ nur auf eine **bestehende Rechtslage hingewiesen** wird.

Beispiel: Ein Jagdschein wird mit dem Zusatz erteilt, daß die Gültigkeit nach 3 Jahren erlischt.

In diesem Fall wird nur festgestellt, was nach § 15 II BJagdG ohnehin bindendes Recht ist. Der Zusatz „3 Jahre“ hat keinen Regelungsgehalt und ist somit keine Nebenbestimmung i.S.d. § 36 VwVfG.

- ⇒ eine **bloße Inhaltsbestimmung** vorliegt. Hier wird nur die Reichweite des Verwaltungsakts erläutert.

Beispiel: Eine Baugenehmigung enthält die Angabe, welche Grenzabstände einzuhalten sind.

Eine Mißachtung des Bauherrn gegen diese Angabe ist etwa kein Verstoß gegen eine Nebenbestimmung, sondern ein Verstoß gegen die Baugenehmigung selbst, weil diese Angabe nur den Inhalt der Baugenehmigung bestimmt. Der Bauherr baut ohne Baugenehmigung. Eine isolierte Anfechtung dieser „Auflage“ ist unzulässig, weil der Grundverwaltungsakt sonst zu unbestimmt würde und somit nicht aufrecht erhalten werden könnte. Hier ist richtige Klageart die Verpflichtungsklage gerichtet auf Erteilung einer Baugenehmigung, welche die wunschgemäßen Grenzabstände bestimmt.

- ⇒ eine **Teilgenehmigung** erteilt wird.

- ⇒ eine **Teilablehnung eines beantragten Verwaltungsakts** vorliegt. Bei dieser handelt es sich um ein *minus* des ursprünglich gewünschten Inhalts.

Beispiel: Gastwirt G beantragt die Konzession, während der Sommermonate Außengastronomie (Tische und Stühle auf dem Marktplatz vor dem Lokal) täglich bis 24 Uhr zu betreiben, bekommt aber nur eine Erlaubnis bis 23 Uhr.

Eine Anfechtungsklage ist hier unzulässig, vielmehr ist eine Verpflichtungsklage auf Erlaß eines Verwaltungsakts mit dem gewünschten Inhalt zu erheben.

- ⇒ eine **modifizierende Genehmigung** vorliegt.

¹ Vgl. auch *Hermanns*, JA 2001, 79, 84.

Eine **modifizierende Genehmigung** ist eine teilweise oder vollständige Ablehnung der beantragten Genehmigung verbunden mit einem „Angebot“ einer inhaltlich anderen Genehmigung (eines *aliud*).²

Beispiele: (1) Bauherr A beantragt die Genehmigung zum Bau eines 5-stöckigen Mietshauses, bekommt aber nur 3 Stockwerke genehmigt. Hier wird die Baugenehmigung mit der „Maßgabe“ erteilt, nur 3 Geschosse zu errichten. (2) Bauherr B beantragt die Genehmigung zum Bau eines Hauses mit einem Satteldach, bekommt aber nur die Genehmigung zum Bau eines Hauses mit Flachdach erteilt. (3) Bauherr C beantragt die Genehmigung zum Bau eines Hauses mit Fenster zum Nachbarhaus, bekommt aber die Einschränkung, die Fenster statt mit Fensterglas mit undurchsichtigem Glas zu versehen.

Hier wird dem Antragsteller nicht wie bei der Teillablehnung etwas weniger gewährt als er ursprünglich beantragt hat, sondern etwas anderes, ein *aliud* (insbesondere ist die Genehmigung eines Hauses mit einer geringeren Geschößzahl als beantragt nicht etwa ein minus, sondern ein *aliud*, da ein qualitativ anderes Objekt vorliegt). Wird die modifizierende Genehmigung von dem Betroffenen nicht eingehalten, so handelt er ohne Genehmigung (in den Beispielen liegt also ein Schwarzbau vor). Diese Rechtsfolge entspricht der Nichteinhaltung einer Bedingung, nur bleibt die Genehmigung in ihrem eingeschränkten oder veränderten Inhalt als „Offerte der Verwaltung“ zurück. Eine Zwangsvollstreckung auf Einhaltung der Einschränkung kommt hier mangels eines vollstreckbaren Verwaltungsakts nicht in Betracht; es gibt nur die inhaltlich modifizierte „Genehmigungsangebote“.

Die modifizierende Gewährung ist grundsätzlich rechtswidrig, wenn die Behörde den Antragsteller nicht gem. § 25 S. 1 VwVfG auf die Umstellung seines Antrages hinweist, sondern der Einfachheit halber davon ausgeht, daß diesem auch mit der modifizierten Genehmigung gedient ist. Die grundsätzliche Rechtswidrigkeit folgt daraus, daß der zu deren Erteilung erforderliche Antrag fehlt (§ 22 Nr. 2 VwVfG). Dieser Formfehler wird aber nach § 45 I Nr. 1 VwVfG geheilt, wenn der erforderliche Antrag nachträglich gestellt wird. Die nachträgliche Antragstellung kann auch konkludent durch Gebrauch der Genehmigung erfolgen. Will der Antragsteller indes die Änderung nicht akzeptieren, also an dem Inhalt seines ursprünglichen Antrages festhalten, ist die **Verpflichtungsklage** auf ungeteilte bzw. unveränderte Genehmigung die richtige Klageart. Möglich wäre auch ein **Anfechtungsklage**. Die Klagebefugnis gegen begünstigende Verwaltungsakte ist ausnahmsweise gegeben, denn niemand braucht sich eine nicht beantragte Begünstigung aufdrängen zu lassen. Das gilt um so mehr, als mit der Erteilung der Begünstigung die Erhebung einer Verwaltungsgebühr verbunden ist.³ Schwierigkeiten können sich bei der Abgrenzung zu der Genehmigung mit modifizierender Auflage ergeben (siehe S. 232 f.). Im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung könnte diese Abgrenzung zwar dahinstehen, weil auch gegen eine Genehmigung mit modifizierter Auflage die Verpflichtungsklage richtige Klageart ist. Da aber in einer Klausur eine klare terminologische Einordnung erwartet wird, empfiehlt es sich dennoch eine Abgrenzung vorzunehmen.

3. Echte Nebenbestimmung

Eine echte Nebenbestimmung liegt vor, wenn der betreffende Zusatz unter § 36 II VwVfG zu subsumieren ist. Es werden folgende Arten unterschieden:

a. Befristung

² Vgl. BVerwGE 69, 37, 39.

³ Vgl. dazu VG Gera LKV 1999, 199.

Unter einer **Befristung** i.S.d. § 36 II Nr. 1 VwVfG versteht man eine Vergünstigung oder eine Belastung, die zu einem späteren Zeitpunkt beginnt, endet oder für einen bestimmten Zeitraum gilt.

Beispiel: Eine Aufenthaltsbewilligung wird „bis“ zum Ablauf des Jahres erteilt, vgl. §§ 5 Nr. 3, 28 AuslG.

Hält sich der Betroffene nicht an die Befristung, d.h. macht er von der Genehmigung auch noch nach Ablauf der Zeitspanne Gebrauch, handelt er ohne Genehmigung und damit rechtswidrig. Die Behörde kann entsprechende Maßnahmen ergreifen (z.B. eine Untersagungsverfügung erlassen und diese ggf. vollstrecken). Zum Rechtsschutz gegen Befristungen vgl. unten S. 234 ff.

b. Bedingung

Eine **Bedingung** nach § 36 II Nr. 2 VwVfG ist eine Bestimmung, nach der eine Begünstigung oder Belastung bei Eintritt eines zukünftigen, noch ungewissen Ereignisses beginnt (aufschiebend) oder endet (auflösend).

Beispiele: (1) Eine Aufenthaltsgenehmigung wird erteilt, „wenn“ der Antragsteller bei einem bestimmten Arbeitgeber beschäftigt wird, vgl. §§ 5, 14 AuslG. (2) Eine nationale Verwaltungsbehörde verspricht (d.h. gewährt) eine staatliche Beihilfe „unter dem Vorbehalt der Genehmigung durch die Kommission der EU“.⁴

Die Bedingung enthält also keine eigene Sachregelung, sondern begrenzt (wie die Befristung) lediglich die Hauptregelung; sie ist damit ein integrierter oder unselbständiger Bestandteil des (Haupt-)Verwaltungsakts. Daher kann sie nach traditioneller Auffassung nur zusammen mit diesem vollstreckt und angefochten werden. Demzufolge muß sie der Antragsteller entweder akzeptieren oder eine Verpflichtungsklage auf unbedingte Genehmigung erheben.⁵ Nach neuerer Rechtsprechung ist diese Auffassung insofern zu modifizieren, als ein Verwaltungsakt – und damit auch eine Bedingung als wesentlicher Bestandteil – auch nur teilweise angefochten werden kann (vgl. § 113 I S. 1 VwGO: „soweit er rechtswidrig ist“), soweit er objektiv teilbar ist, d.h. der verbleibende rechtmäßige Teil noch seinen Sinn behält und nicht in seinem Regelungsgehalt geändert wird.⁶

c. Widerrufsvorbehalt

Der **Widerrufsvorbehalt** i.S.d. § 36 II Nr. 3 VwVfG ist eine Befugnis der Behörde, durch eine zukünftige Erklärung die Wirksamkeit eines rechtmäßigen Verwaltungsakts ganz oder teilweise mit Wirkung für die Zukunft zu beenden, vgl. § 49 II Nr. 1 VwVfG.

Beispiel: Ein Subventionsbescheid enthält die Bestimmung, daß der Bescheid im Fall zweckwidriger Verwendung der Leistung widerrufen (vgl. § 49 VwVfG) wird.⁷

Ein (begünstigender) Verwaltungsakt wird i.d.R. mit einem Widerrufsvorbehalt versehen, wenn dem Antragsteller trotz unsicherer Sach- oder Rechtslage eine Gewährung erteilt wird und die Möglichkeit der erleichterten späteren Aufhebung bestehen soll. Darüber hinaus wird dem Bürger die Möglichkeit eingeschränkt, sich bei dem Widerruf auf Vertrauen zu berufen (vgl. § 49 VI i.V.m. § 48 III S. 3-5 VwVfG).

⁴ Vgl. dazu ausführlich *Koenig/Pickartz*, NVwZ 2002, 151 ff.

⁵ Vgl. BVerwGE 29, 261, 265; 35, 145, 154.

⁶ BVerwGE 55, 136; 78, 114; 81, 185.

⁷ Vgl. dazu *Vierhaus*, NVwZ 2000, 734, 735.

Ein Widerrufsvorbehalt ist allerdings unzulässig, wenn er nicht aufgrund vertretbarer Ermessenserwägungen entsprechend dem Ziel des Gesetzes der Lösung möglicher Konflikte dient, sondern nur beigefügt wird, um der Behörde allgemein freiere Hand zu geben oder sie für den Fall der Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts abzusichern. Weiterhin ist er unzulässig, wenn er seinen Grund in einer weniger sorgfältigen Prüfung des Falles durch die Behörde hat, vor deren Folgen die Behörde sich dadurch schützen will.⁸

d. Auflage

Die klausurrelevanteste Form von Nebenbestimmung ist die Auflage.

Eine **Auflage** i.S.d. § 36 II Nr. 4 VwVfG ist eine (nur bei einem begünstigenden Verwaltungsakt mögliche) Bestimmung, durch die dem Begünstigten ein Tun, Dulden oder Unterlassen vorgeschrieben wird, wobei das vorgeschriebene Verhalten mit dem Grundverwaltungsakt in Zusammenhang stehen muß.

Aufgrund dieser (Legal-)Definition stellt die Auflage nach ganz herrschender Auffassung⁹ einen **Verwaltungsakt** dar, ist also selbständig anfechtbar und aufhebbar.

Beispiele:

- (1) Dem B wird eine Subvention gewährt. Damit dieser dem Subventionszweck nachkommt, legt die Behörde in dem Bewilligungsbescheid den Zeitraum fest, innerhalb dessen ausgezahlte Beträge zweckentsprechend zu verwenden sind.¹⁰ Hier kann B die Auflage isoliert mit der Anfechtungsklage angreifen.
- (2) Auf Antrag des A erhält dieser zwar die gewünschte Gaststättengenehmigung, muß aber drei Feuerlöscher installieren.¹¹ Hier kann A die Auflage isoliert mit der Anfechtungsklage angreifen (siehe sogleich S. 234 f.).

e. Auflagenvorbehalt

Der **Auflagenvorbehalt** i.S.d. § 36 II Nr. 5 VwVfG verleiht der Behörde die Befugnis, nachträgliche Auflagen zu machen bzw. Änderungen oder Ergänzungen von Auflagen vorzunehmen.

Diese Befugnis ist vor allem in Fällen von Bedeutung, in denen sich die Auswirkungen eines Vorhabens usw. im Zeitpunkt der behördlichen Entscheidung noch nicht vollständig absehen lassen.

Beispiel: Der A erhält zwar die gewünschte Gaststättengenehmigung, allerdings mit dem Zusatz, daß die Installation von drei zusätzlichen Feuerlöschern angeordnet werden kann, wenn A von seiner Option Gebrauch macht, auch die beiden hinteren Räume des Gebäudes zur Bewirtung von Gästen zu nutzen.

Da die nachträgliche Anordnung weiterer Auflagen usw. sich sachlich immer als teilweiser Widerruf des ursprünglichen Verwaltungsakts darstellt und daher die Behörde denselben Zweck immer auch durch einen entsprechenden Widerrufsvorbehalt gem. § 36 II Nr. 3 VwVfG erreichen kann, ist § 36 II Nr. 5 VwVfG (Auflagenvorbehalt) eigentlich überflüssig. Die nachträgliche Anordnung, Änderung oder Ergänzung einer Auflage

⁸ Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 36 Rn 28.

⁹ VGH Mannheim NVwZ-RR 1999, 317; Czybulka/Biermann, JuS 2000, 353, 356; Kopp/Schenke, VwGO, § 42 Rn 22; Hufen, VerwProzR, § 14 Rn 62; Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 36 Rn 30.

¹⁰ Vgl. dazu OVG Weimar NVwZ-RR 1999, 435; Neumann, NVwZ 2000, 1244, 1252.

¹¹ Vgl. § 5 GastG. Bei gaststättenrechtlicher Erlaubnis handelt es sich um ein präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt (§ 2 I GastG: „bedarf der Erlaubnis“, § 4 GastG: „ist zu versagen, wenn“).

stellt einen neuen Verwaltungsakt dar, der selbständig mit entsprechenden Rechtsbehelfen angegriffen werden kann.

f. Modifizierende Auflagen

Eine Genehmigung kann auch mit einer „modifizierenden“ Auflage erteilt werden, die – in Abweichung zu der überkommenen Auffassung zur „echten“ Auflage – nicht als eigenständige Sachentscheidung zum Hauptverwaltungsakt hinzukommt, sondern – wie die Bedingung – einen wesentlichen Bestandteil seines Inhalts bildet. Gleichwohl ist sie – wie die Auflage – vollstreckbar. Die Genehmigung mit modifizierender Auflage nimmt also eine Zwitterstellung zwischen Bedingung und Auflage ein. Der bekannte Satz: „Die Bedingung suspendiert, aber zwingt nicht; die Auflage zwingt, aber suspendiert nicht“ (Savigny), wird insofern modifiziert, als die Auflage hier, wie die Bedingung, suspendiert, aber ihren zwingenden Charakter, die Vollstreckbarkeit, bewahrt.¹²

Beispiel: Bauherr B beantragt die Genehmigung zum Bau einer Transportbetonanlage. Die zuständige Behörde erteilt die Genehmigung mit der „Auflage“, eine entsprechende Lärmschutzeinrichtung zu installieren. Geht man davon aus, daß die Verpflichtung zur Errichtung einer Lärmschutzeinrichtung nicht (wie bei der Auflage) als eigenständige Sachentscheidung zum Hauptverwaltungsakt hinzukommt, sondern (wie bei der Bedingung) lediglich dessen Inhalt bestimmt, die Behörde aber gleichzeitig die selbständige Durchsetzbarkeit (also die Vollstreckung) der Verpflichtung zur Installation der Lärmschutzeinrichtung erreichen möchte, ist statt von einer Auflage i.S.d. § 36 II Nr. 4 VwVfG von einer modifizierten Auflage auszugehen.¹³ Hält sich B nicht an die modifizierte Auflage, dann baut er ohne Baugenehmigung, da er den Inhalt der Genehmigung nicht beachtet. Die Behörde hat daher die herkömmlichen Eingriffsbefugnisse gegen Schwarzbauten (Baueinstellungsverfügung, Bauabrißverfügung, Nutzungsuntersagung)¹⁴ zur Verfügung. Sie kann sich aber auch auf die „Auflage“ berufen und deren Vollstreckung betreiben, im vorliegenden Fall also z.B. den Einbau der lärm-dämpfenden Einrichtung im Wege der Ersatzvornahme androhen und durchführen lassen. Eine besondere Verfügung (wie das der Fall wäre, wenn die modifizierende Auflage nicht selbständig vollstreckbar wäre) ist nicht erforderlich.

Zusammenfassung: Während die „echte“ Auflage i.S.d. § 36 II Nr. 4 VwVfG eine *eigenständige*, aber akzessorische Sachentscheidung zum Hauptverwaltungsakt darstellt, kommt die modifizierende Auflage als *unselbständige* Sachentscheidung hinzu. Das hat zur Konsequenz, daß nur die „echte“ Auflage isoliert angefochten werden kann. Die modifizierende Auflage kann demgegenüber nur beseitigt werden, wenn der Betroffene eine **Verpflichtungsklage** erhebt, die auf den Erlaß einer Genehmigung ohne einschränkende Zusätze gerichtet ist.¹⁵ Beiden gemeinsam ist aber die separate Vollstreckbarkeit.

4. Zulässigkeit von Nebenbestimmungen

Bei der Frage nach der Zulässigkeit von Nebenbestimmungen ist zwischen Verwaltungsakten, auf die ein Anspruch besteht (sog. gebundene Verwaltungsakte, § 36 I

¹² Anders Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 1998, § 36 Rn 51 und 55, der die selbständige Vollstreckbarkeit der modifizierten Auflage nicht anerkennt. Folgt man dieser Auffassung, so ergibt sich kein wesentlicher Unterschied zur Bedingung i.S.d. § 36 Nr. 2 VwVfG und es besteht zur Anerkennung der Konstruktion der modifizierten Auflage kein Anlaß.

¹³ Ginge man indes davon aus, daß die Verpflichtung zur Errichtung einer Lärmschutzeinrichtung als eigenständige Sachentscheidung zum Hauptverwaltungsakt hinzukommt, und nicht lediglich dessen Inhalt bestimmt, und auch die Behörde gleichzeitig die selbständige Durchsetzbarkeit der Verpflichtung zur Installation der Lärmschutzeinrichtung erreichen möchte, wäre statt von einer modifizierten Auflage von einer Auflage i.S.d. § 36 II Nr. 4 VwVfG auszugehen. Der Unterschied zwischen der Auflage i.S.d. § 36 II Nr. 4 VwVfG und der modifizierten Auflage liegt also in der Eigenständigkeit der Regelung.

¹⁴ Vgl. dazu ausführlich mein BesVerwR, S. 81 ff. und 122 ff.

¹⁵ Vgl. auch VGH Mannheim NVwZ-RR 1999, 317; Förster/Sander, JuS 1999, 892, 893.

VwVfG) und Verwaltungsakten, deren Erlaß im Ermessen der Behörde steht (sog. Ermessensverwaltungsakte, § 36 II VwVfG) zu unterscheiden:

a. Gebundene Verwaltungsakte

Bei gebundenen Verwaltungsakten ist die Beifügung von Nebenbestimmungen grundsätzlich unzulässig (§ 36 I VwVfG). Hiervon sind zwei Ausnahmen zu machen:

- ⇒ Die Nebenbestimmung ist zulässig, wenn dies durch besondere Rechtsvorschrift bestimmt ist.
- ⇒ Die Nebenbestimmung ist zulässig, um sicherzustellen, daß die gesetzlichen Voraussetzungen für den Erlaß des Verwaltungsakts erfüllt werden.

Beispiel: Es wird eine Baugenehmigung (gebundener Verwaltungsakt, vgl. nur § 74 I/IV BremLBO) mit der Auflage erteilt, zwei bestimmte Wohnräume des Gebäudes mit einer feuerbeständigen Trennwand zu versehen (vgl. § 31 I BremLBO). Diese Auflage dient der Sicherung einer gesetzlichen Voraussetzung für den Erlaß der Baugenehmigung, weil das Gebäude ohne diese Auflage den bauordnungsrechtlichen Vorschriften nicht genügen würde.

b. Ermessensverwaltungsakte

Bei Ermessensverwaltungsakten ist die Beifügung von Nebenbestimmungen dagegen grundsätzlich zulässig (§ 36 II VwVfG). Diese Regelung ist nur konsequent, denn wenn der Behörde bei dem Erlaß des Verwaltungsakts ein Ermessen eingeräumt ist, sie diesen also nicht erlassen *muß*, dann muß es ihr auch freistehen, ihn mit sachlichen oder zeitlichen Einschränkungen zu versehen. Eine Ausnahme besteht für nebenbestimmungsfeindliche Ermessensverwaltungsakte (z.B. eine Einbürgerung nach §§ 8 ff. StAG).

c. Keine Zweckwidrigkeit der Nebenbestimmung

§ 36 III VwVfG bestimmt, daß eine Nebenbestimmung nicht dem Zweck des Verwaltungsakts zuwiderlaufen darf. Das ist immer dann anzunehmen, wenn sie nicht in einem sachlichen Zusammenhang mit der Hauptregelung steht.

Beispiel: Die Abrißverfügung eines nicht im Einklang mit bauordnungsrechtlichen Vorschriften errichteten Baus (vgl. etwa § 82 I BremLBO¹⁶) wird unter der auflösenden Bedingung aufgehoben (§§ 48 f. VwVfG), daß der Betroffene die seit längerer Zeit fälligen Kanalschlußgebühren endlich entrichtet. Hier ist die Nebenbestimmung wegen des nicht zu erkennenden Sachzusammenhangs mit der Hauptregelung unzulässig.¹⁷

Schließlich muß die Nebenbestimmung den allgemeinen Rechtmäßigkeitsanforderungen wie Bestimmtheitsgebot, Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und Ermessensfehlerfreiheit entsprechen.

5. Rechtsschutz gegen Nebenbestimmungen

Der Rechtsschutz gegen Nebenbestimmungen war lange Zeit ein heftig diskutiertes Thema.¹⁸

¹⁶ Vgl. **BaWü:** § 65 LBO; **Bay:** Art. 82 LBO; **Berl:** § 70 LBO; **Bbg:** § 82 LBO; **Hamb:** § 76 LBO; **Hess:** § 78 LBO; **MV:** § 80 LBO; **Nds:** § 89 LBO; **NRW:** § 61 LBO, § 14 OBG; **RhIPf:** §§ 78, 78 a LBO; **Saar:** § 88 LBO; **Sachs:** §§ 77, 77 a LBO; **LSA:** § 81 LBO; **SchHolst:** § 86 LBO; **Thür:** § 77 LBO.

¹⁷ Vgl. BVerwGE 36, 145 ff.: „Unzulässige Koppelung mit einem baurechtsfremden Zweck“.

¹⁸ Vgl. etwa *Neumann*, NVwZ 2000, 1244, 1251; *Czybulka/Biermann*, JuS 2000, 353 ff.; *Sieckmann*, DÖV 1998, 525 ff.; *Brenner*, JuS 1996, 281 ff.; *Störmer*, DVBl. 1996, 81 ff.

Hinweis für die Fallbearbeitung: Wird in der Klausur festgestellt, daß eine *echte* Nebenbestimmung vorliegt, stellt sich im Rahmen der Prüfung der „Statthaftigkeit der Klage“ die Frage, ob diese Nebenbestimmung isoliert angegriffen werden kann oder ob die Verpflichtungsklage auf Erlaß eines uneingeschränkten Verwaltungsakts die richtige Klageart ist. In einer Klausur zeigt der Bearbeiter prozessuales Verständnis, wenn er von der Interessenlage des Klägers aus argumentiert: Die isolierte Anfechtungsklage gegen die belastende Nebenbestimmung ist für den Kläger die günstigere Klageart, weil er sie dadurch suspendiert. Die Begünstigung des Hauptverwaltungsakts kann er unterdessen bereits verwerten. Darüber hinaus wäre bei Zulässigkeit einer Anfechtungsklage das Rechtsschutzbedürfnis einer Verpflichtungsklage nicht gegeben (einfacherer Weg). Sodann muß in einem zweiten Schritt untersucht werden, ob ein isoliertes Vorgehen gegen die Nebenbestimmung möglich ist.

- ⇒ Nach der **früheren Rechtsprechung des BVerwG**¹⁹ war ein isoliertes Vorgehen gegen Nebenbestimmungen nicht möglich, weil sich das Begehren des Klägers aus materieller Sicht auf eine Ausdehnung seiner Rechtsposition erstreckte. Er müsse daher generell eine Verpflichtungsklage auf Erlaß eines uneingeschränkten Verwaltungsakts erheben.

Diese Meinung genießt den Vorzug der Einfachheit. Eine Abgrenzung in der Zulässigkeitsprüfung zwischen den einzelnen Arten der Nebenbestimmungen und auch zu der modifizierenden Genehmigung ist danach entbehrlich.

- ⇒ Allerdings wird ihr nach **anderer und richtiger Auffassung**²⁰ entgegengehalten, daß sie die teilweise eigenständigen Regelungen der Nebenbestimmungen, insbesondere die der Auflage, übersieht, und daß diese aufgrund ihrer eigenständigen Regelungen grundsätzlich selbständig angreifbar sein müssen. Darüber hinaus beschränkt die VwGO die Rechtswirkungen der Anfechtungsklage nicht derart, sondern läßt durch den Wortlaut des § 113 I S. 1 VwGO („soweit er rechtswidrig ist“) eine Teilanfechtung und Teilaufhebbarkeit ausdrücklich zu.

Dieser Auffassung folgend bleibt somit noch offen, in welchen Fällen eine Teilanfechtung zulässig ist. Denn eine Teilanfechtung setzt eine entsprechende (materielle) Teilbarkeit des Verwaltungsakts voraus. Dabei muß zwischen *unechten* und *echten* Nebenbestimmungen unterschieden werden:

a. Unechte Nebenbestimmungen

Bei den *unechten* Nebenbestimmungen liegt nur *eine* Regelung, und damit *keine* Teilbarkeit vor. Richtiges Vorgehen gegen *unechte* Nebenbestimmungen ist daher die **Verpflichtungsklage** auf Erlaß des gewünschten Verwaltungsakts (s.o.).

b. Echte Nebenbestimmungen (i.S.d. § 36 II VwVfG)

Bei den *echten* Nebenbestimmungen muß differenziert werden: Sie sind nur dann isoliert anfechtbar, wenn eine (materielle) Teilbarkeit des Verwaltungsakts in Betracht kommt. Eine materielle Teilbarkeit liegt vor, wenn der verbleibende Teil nicht sinnlos und/oder rechtswidrig wird. Zwar ist die (materielle) Teilbarkeit grundsätzlich eine Frage der Begründetheit und nicht – da sich die statthafte Klageart ausschließlich aus dem geltend gemachten Klägerbegehren ergibt – der statthaften Klageart. Da aber bei der Auslegung des Klägerbegehrens sämtliche Umstände, somit auch die Frage, wie dem Klägerbegehren am besten abgeholfen werden kann, heranzuziehen sind (§ 86 I/III

¹⁹ So noch BVerwGE 29, 261, 265 (Bedingung); BVerwG DÖV 1974, 380 (modifizierende Auflage).

²⁰ Sieckmann, DÖV 1998, 525, 526 f.; Brenner, JuS 1996, 281, 286; Maurer, AllgVerwR, § 12 Rn 25; Schwerdtfeger, Rn 173; Kopp/Schenke, VwGO, § 42 Rn 22.

VwGO), kommt der (materiellen) Teilbarkeit auch bei der Bestimmung der statthaften Klageart eine erhebliche Bedeutung zu. Unter welchen Voraussetzungen eine solche Teilbarkeit anzunehmen ist, ist umstritten.

- ⇒ Nach der früher herrschenden und auch heute teilweise noch vertretenen Ansicht wird nach der **Art der Nebenbestimmung unterschieden**. *Befristung*, *Bedingung* und *Widerrufsvorbehalt* seien untrennbare Teile des Verwaltungsakts, weil sie unmittelbaren Einfluß auf dessen Wirkung hätten. Werde gegen eine dieser „unselbständigen“ Nebenbestimmungen oder gegen den Verwaltungsakt selbst vorgegangen, so werde auch der andere Teil unwirksam (er wird „suspendiert“). Deshalb sei der gesamte Verwaltungsakt rechtswidrig oder auch nichtig, wenn eine Befristung bzw. Bedingung rechtswidrig oder nichtig sei (entsprechend § 44 IV VwVfG). Richtige Klageart gegen die unselbständigen Nebenbestimmungen sei die **Verpflichtungsklage** auf Erlaß eines uneingeschränkten Verwaltungsakts.²¹ *Auflage* und *Auflagenvorbehalt* hätten dagegen keinen Einfluß auf die Wirksamkeit des Hauptverwaltungsakts. Sie seien als **selbständige Verwaltungsakte** zu qualifizieren. Die Behörde könne daher die Rechtswirkung des Hauptverwaltungsakts nur mittelbar, d.h. nur durch Widerruf nach § 49 II Nr. 2 VwVfG beseitigen. Dadurch, daß Auflage und Auflagenvorbehalt nur in Zusammenhang mit begünstigenden Verwaltungsakten erlassen werden könnten, und dementsprechend ihr Inhalt stets den Charakter eines befehlenden Verwaltungsakts aufwies, seien sie auch isoliert durchsetzbar bzw. vollstreckbar und erlaubten ein isoliertes Vorgehen gegen sie. Aus diesem Grund sei die **Anfechtungsklage** gerichtet auf Aufhebung dieser beiden Bestimmungen die richtige Klageart.²²

Die Unterscheidung, ob im konkreten Einzelfall eine Bedingung oder eine Auflage vorliegt, ist nach diesen Erläuterungen mithin von ergebnisrelevanter Bedeutung. Aus diesem Grund muß bei Befolgung dieser Auffassung eine Unterscheidung sorgfältig vorgenommen werden. Dabei ist auf den Willen der Behörde abzustellen: Soll nach ihrem Willen der Verwaltungsakt auch ohne Einhaltung einer Nebenbestimmung seitens des Bürgers Geltung erhalten, liegt eine Auflage oder ein Auflagenvorbehalt vor. Soll dagegen aus der Sicht der Verwaltung der Verwaltungsakt nur dann Geltung erhalten, wenn die Nebenbestimmung eingehalten wird, liegt eine Bedingung vor. Anhaltspunkt bei der Abgrenzung kann die Bezeichnung sein. Entscheidend sind jedoch das Gesamtbild der Umstände und die unterschiedlichen Rechtswirkungen von Bedingungen und Auflagen.

Die Auflage ist, weil sie die Wirksamkeit des Hauptverwaltungsakts nicht beeinflusst, für den Betroffenen günstiger. Aber auch für die Behörde bietet sie den Vorteil der isolierten Durchsetzbarkeit. Verbleiben nach der Auslegung immer noch Zweifel über die Rechtsnatur der Nebenbestimmung, ist daher von einer Auflage auszugehen.

Bewertung: Gegen diese Auffassung spricht der Wortlaut der §§ 113 I S. 1 VwGO, 48 I S. 1 VwVfG, die offensichtlich von der Möglichkeit der Teilaufhebbarkeit eines Verwaltungsakts ausgehen, ohne zwischen der Art der Nebenbestimmung zu unterscheiden.

- ⇒ Nach heutiger **herrschender Ansicht der Literatur**²³ sind **sämtliche** Nebenbestimmungen entweder isoliert anfechtbar und aufhebbar oder der Verwaltungsakt teilanfechtbar, soweit es um die Nebenbestimmung geht.
- ⇒ Eine weitere Auffassung in der Literatur²⁴ unterscheidet (insbesondere bei den klausurrelevanten **Auflagen**) danach, ob es sich bei dem Hauptverwaltungsakt um einen *Ermessensverwaltungsakt* oder einen *rechtlich gebundenen Verwaltungsakt* handelt: Bei den **Ermessensverwaltungsakten** sei eine erfolgreiche (separate) Anfechtung einer Auflage insofern bedenklich, als es geschehen könne, daß dann einer Behörde ein Verwaltungsakt aufge-

²¹ Pietzcker, NVwZ 1995, 15, 20.

²² BVerwGE 36, 145, 153; 41, 178, 181; 51, 15, 20 f.; Pietzcker, NVwZ 1995, 15, 20; Störmer, DVBl. 1996, 81 ff.

²³ Vgl. Kopp/Schenke, VwGO, § 42 Rn 22; Schenke, VerwProzR, Rn 294; Sieckmann, DÖV 1998, 525, 526 f.; Brenner, JuS 1996, 281, 286; Hufen, VerwProzR, § 14 Rn 61; Schwedtfeger, Rn 173.

²⁴ Maurer, AllgVerwR, § 12 Rn 25 ff.; Jahndorf, JA 1999, 676 ff.

Nebenbestimmungen zum Verwaltungsakt

zwungen werde, den sie in dieser Form gar nicht erlassen wollte. Zwar bestehe für die Behörde dann die Möglichkeit, den verbleibenden Verwaltungsakt aufzuheben, aber nur unter den strengen Voraussetzungen des § 49 VwVfG, bzw. spezialgesetzlicher Regelungen. Hier könne es demnach zu verfassungsrechtlich bedenklichen Kompetenzverlagerungen von der Exekutive auf die Judikative kommen (vgl. Art. 20 II S. 2 GG).

- ⇒ Diese Bedenken hat das **BVerwG**²⁵ eine Zeitlang geteilt und die Auffassung vertreten, daß eine isolierte Anfechtung der Auflage abzulehnen ist, wenn Hauptregelung und Auflage auf einer einheitlichen untrennbaren *Ermessensentscheidung* beruhen.
- ⇒ Spätestens aber mit seiner Entscheidung BVerwGE 81, 185, 185 hat das Gericht diese Auffassung aufgegeben und klar gestellt, daß die Anfechtung von Nebenbestimmungen **auch bei Ermessensentscheidungen** jedenfalls dann möglich ist, wenn Verwaltungsakt und Nebenbestimmung voneinander trennbar sind und nach erfolgreicher Anfechtung die Regelung **sinnvoller- und rechtmäßigerweise bestehen bleiben kann**.

Bewertung: Die Auffassung des BVerwG ist nicht nur von der gesetzlichen Formulierung in § 113 I S. 1 VwGO gedeckt, sondern mit Blick auf die bereits geäußerten Vorteile einer isolierten Anfechtung von Nebenbestimmungen auch begrüßenswert. Letzte Unklarheiten bestehen hiernach lediglich in der Frage, ob die Formel: „(...) sinnvoller- und rechtmäßigerweise bestehen kann“ die Zulässigkeit betrifft oder ein Problem der Begründetheit darstellt.

- ⇒ Aber auch diese Unklarheiten hat das BVerwG nun in seinem jüngsten diesbezüglichen Urteil beseitigt.²⁶ Bereits im ersten Leitsatz betont das Gericht, daß gegen belastende Nebenbestimmungen eines Verwaltungsakts die Anfechtungsklage gegeben ist. Ob diese zur isolierten Aufhebung der Nebenbestimmung führen kann, sei eine Frage der Begründetheit und nicht der Zulässigkeit des Anfechtungsbegehrens, sofern nicht eine isolierte Aufhebbarkeit offenkundig von vornherein ausscheidet.

Bewertung: Mit dieser Entscheidung dürfte endgültig geklärt sein, daß auch bei Ermessens- und Abwägungsentscheidungen der Grundsatz der isolierten Anfechtbarkeit von Nebenbestimmungen unabhängig von deren Rechtsnatur und dem Einfluß der Nebenbestimmung auf die Ermessensentscheidung gilt. Etwas anderes gilt nur dann, wenn eine isolierte Aufhebbarkeit offenkundig von vornherein ausscheidet. In diesem Fall wird man von einer Anfechtungsklage gegen den Gesamtverwaltungsakt oder von einer Verpflichtungsklage gerichtet auf den Erlaß eines begünstigenden Verwaltungsakts ohne Nebenbestimmung ausgehen müssen.

Zusammenfassend ist festzustellen, daß bei **unechten Nebenbestimmungen** (= keine Nebenbestimmungen im Rechtssinne) nur die **Verpflichtungsklage** auf Erlaß eines uneingeschränkten Verwaltungsakts in Betracht kommt. Das hat den Grund, daß der Verwaltungsakt untrennbar mit den unechten Nebenbestimmungen verbunden, also nicht objektiv teilbar ist. Eine (isolierte) Anfechtung würde dem Hauptverwaltungsakt einen völlig neuen Regelungscharakter verleihen und ist deshalb unzulässig.

Gegen (belastende) **echte Nebenbestimmungen** begünstigender Verwaltungsakte ist grundsätzlich die **Anfechtungsklage** gerichtet auf die Beseitigung dieser Nebenbestimmungen statthaft. Nur für den Fall, daß der verbleibende rechtmäßige Teil offenkundig seinen Sinn verändert und in seinem Regelungscharakter geändert wird, ist die isolierte Anfechtung unstatthaft.

Nachgeschobene Nebenbestimmungen sind gleich welcher Art (Befristung, Bedingung) isoliert anfechtbar. Schließlich ist für die **Vollstreckung** zu prüfen, ob eine Auflage oder eine Bedingung bzw. inhaltliche Einschränkung gewollt war. Die Auflage ist stets selbständig vollstreckbar; die Bedingung und inhaltliche Begrenzung des Hauptverwaltungsakts dagegen nie.

²⁵ BVerwGE 55, 135, 137; 56, 254, 256.

²⁶ BVerwG NVwZ 2001, 429 ff. mit Bespr. von *Hufen*, JuS 2001, 926 f.

Hinweis für die Fallbearbeitung: Da die Frage nach der isolierten Anfechtbarkeit von Nebenbestimmungen bereits bei der Zulässigkeit der Klage im Rahmen der statthafter Klageart beantwortet werden muß, bietet sich für die Fallbearbeitung folgendes Vorgehensweise an:

(1) Statthafte Klageart

- ⇒ Zunächst muß der Obersatz formuliert werden, daß gegen Verwaltungsakte mit Zusätzen sowohl eine isolierte Anfechtungsklage gegen den Zusatz als auch eine Verpflichtungsklage gerichtet auf einen Bescheid ohne Zusätze in Betracht kommt.
- ⇒ Sodann muß geklärt werden, ob es sich bei dem Zusatz um eine *unechte* oder *echte* Nebenbestimmung handelt.
 - ⇒ Handelt es sich um eine *unechte* Nebenbestimmung (wie Inhaltsbestimmung, Teilgenehmigung oder modifizierende Genehmigung), so ist die Verpflichtungsklage gerichtet auf Erlass eines uneingeschränkten Verwaltungsakts statthafte Klageart.
 - ⇒ Liegt indes eine *echte* Nebenbestimmung vor, muß festgestellt werden, daß bei der Frage nach der isolierten Anfechtbarkeit teilweise nach der Art der Nebenbestimmung unterschieden wird, diese Auffassung von der h.L. und dem BVerwG aber nicht geteilt wird, so daß **gegen sämtliche Nebenbestimmungen (auch gegen solche bei Ermessensverwaltungsakten) grundsätzlich die isolierte Anfechtbarkeit gegeben ist**. Ob eine diesbezüglich erhobene Anfechtungsklage auch zur (isolierten) Aufhebung der Nebenbestimmung durch das Verwaltungsgericht führen kann, ist indes grundsätzlich eine Frage der Begründetheit.
 - ⇒ Nur für den Fall, daß der Hauptverwaltungsakt ohne die Nebenbestimmung **offensichtlich** keinen Bestand haben kann - er also evident unteilbar ist - kann schon an dieser Stelle unter Hinweis auf §§ 86 III, 88 VwGO der Klageantwörter auf eine Verpflichtungsklage umgestellt werden.²⁷
- ⇒ Kommt eine modifizierende Auflage in Betracht, ist zu empfehlen, sie von der modifizierenden Genehmigung abzugrenzen, auch wenn diese Abgrenzung in Bezug auf die richtige Klageart (Verpflichtungsklage) keine Auswirkungen hat. Ist dagegen fraglich, ob eine modifizierende Auflage oder eine „echte“ Auflage vorliegt, so *muß* bereits an dieser Stelle die Rechtsnatur des Zusatzes geklärt werden, wenn davon die richtige Klageart, d.h. Verpflichtungs- oder Anfechtungsklage, abhängt.

(2) Begründetheit

- ⇒ Zunächst ist ein Obersatz zu bilden: „Begründet ist die (isolierte) Anfechtungsklage gegen eine Nebenbestimmung, wenn der Verwaltungsakt materiell teilbar ist, die Nebenbestimmung rechtswidrig ist und den Kläger in seinen Rechten verletzt; § 113 I S. 1 VwGO.“
- ⇒ Sodann ist die materielle Teilbarkeit des Verwaltungsakts festzustellen. Ist der Hauptverwaltungsakt (z.B. bei einer Auflage) materiell teilbar²⁸, ist des Weiteren die formelle und materielle Rechtmäßigkeit der Nebenbestimmung zu prüfen. Dabei kann auf das bekannte Schema der Anfechtungsklage (siehe S. 193) zurückgegriffen werden.

²⁷ Entgegen der hier vorgeschlagenen Vorgehensweise ist es aber auch vertretbar, daß man sich nicht auf eine Evidenzprüfung beschränkt, sondern bereits an dieser Stelle umfassend die materielle Teilbarkeit von Hauptverwaltungsakt und Nebenbestimmung prüft, ggf. die Unteilbarkeit feststellt und dann über § 86 III VwGO auf die Verpflichtungsklage umsteigt. Dieser Aufbau genießt zwar den Vorzug der Einfachheit, ist aber dogmatisch unsauber, da ein Teil der Begründetheitsprüfung vorweggenommen wird („Kopflastigkeit des Gutachtens“). In der Praxis lassen sich diese Schwierigkeiten ausräumen, indem der Kläger primär Anfechtungsklage und hilfsweise Verpflichtungsklage erhebt (vgl. dazu mein VerwProzR, S. 209 f.) oder wenn nach Feststellung der evidenten Unteilbarkeit die ursprüngliche Anfechtungsklage auf eine Verpflichtungsklage umgestellt wird. Das Gericht hat ggf. gem. § 86 III VwGO einen entsprechenden Hinweis zu geben.

²⁸ Falls der Verwaltungsakt offenkundig nicht materiell teilbar ist, wurde dies bereits bei der statthafter Klageart festgestellt, und eine Verpflichtungsklage angenommen. Die Begründetheitsproblematik einer isolierten Anfechtung stellt sich dann erst gar nicht.

Trotz rechtlicher Zulässigkeit der isolierten Anfechtung von Nebenbestimmungen ist die Statthaftigkeit einer **Verpflichtungsklage** aber nicht ausgeschlossen, wenn diese dem Kläger einen im Vergleich zum Anfechtungsantrag einen **weitergehenden Rechtsschutz** verschafft.

Beispiel (zugleich Abschlußfall zu den Nebenbestimmungen)²⁹: Der A e.V. ist Träger Freier Waldorfschulen, die als Ersatzschulen genehmigt sind. Mitglieder des A sind im wesentlichen Eltern, deren Kinder die Schulen besuchen, und Lehrer, die an den Schulen unterrichten. Eine bestimmte Schule des A nahm entsprechender Genehmigung den Unterrichtsbetrieb mit dem Schuljahr 1988/89 auf. Es besteht seitdem eine Grundschule sowie eine Teilhauptschule I für die Jahrgangsstufen 5 und 6. A beantragt nunmehr die Genehmigung für die Erweiterung seines Hauptschulangebotes auf die Klassen 7 bis 9 („Teilhauptschule II“). Die Genehmigung wird erteilt, allerdings heißt es in dem Punkt 2 des Bescheids: „Sollten sich an der Teilhauptschule II künftig aus Schülermangel nur kombinierte Klassen bilden lassen, so wird die Genehmigung widerrufen.“ A möchte diesen Zusatz nicht gelten lassen und legt Widerspruch ein. Das pädagogische Konzept der Waldorfschule sehe innerhalb der Teilhauptschule einen jahrgangsübergreifenden Unterricht durchaus vor mit dem Ziel, bei Abschluß der jeweiligen Schule einen den staatlichen Schulen entsprechenden Wissensstand vermittelt zu haben.

Die zuständige Landesbehörde weist den Widerspruch zurück. Sie steht auf dem Standpunkt, daß die grundgesetzlich geregelten Genehmigungsvoraussetzungen erforderten, daß jede Jahrgangsstufe mit dem Ausbildungsstand der öffentlichen Schulen vergleichbar sei, zumal alle staatlichen Schulen jahrgangsbezogen gegliedert und unterrichten würden.

A erhebt nun Klage vor dem Verwaltungsgericht. Er beantragt die Verurteilung der Behörde zur Erteilung der beantragten Genehmigung ohne die Einschränkung, die sie in Punkt 2 getroffen hat. Hat die Klage Erfolg?

Lösungsgesichtspunkte:

Die Klage hat Erfolg, wenn ihre Sachentscheidungs Voraussetzungen erfüllt sind und sie begründet ist.

I. Sachentscheidungs Voraussetzungen

1. Streitgegenstand ist eine öffentlich-rechtlich ausgestaltete Genehmigung nach Art. 7 IV GG. Der **Verwaltungsrechtsweg** ist somit gem. § 40 I S. 1 VwGO eröffnet.

2. Die statthafte Klageart richtet sich nach dem Klagebegehren, § 88 VwGO. A begehrt die Verurteilung der Behörde zur Erteilung der beantragten Genehmigung ohne den genannten Zusatz. Statthaft könnte daher eine **Verpflichtungsklage** sein. Allerdings ist zu beachten, daß wenn es dem K in Wirklichkeit nur um die Beseitigung eines Teils eines Verwaltungsakts geht, die isolierte **Anfechtungsklage** gegen den Zusatz statthaft ist. Dazu müßte der Zusatz aber isoliert anfechtbar sein. Nach der Rspr. des BVerwG sind Nebenbestimmungen wie etwa ein Widerrufsvorbehalt als Teil des Genehmigungsbescheids isoliert anfechtbar.³⁰ Die Anfechtung ist auch im Vergleich zu einem Verpflichtungsverfahren grds. effektiver und ökonomischer. Letztlich entscheidend ist aber die Frage, welche Klageart den für den Kläger weitestgehenden Rechtsschutz vermittelt. Das BVerwG führt dazu aus:

„Zwar wird in der Rechtsprechung des BVerwG gegen belastende Nebenbestimmungen die Anfechtungsklage als gegeben angesehen, und zwar unabhängig davon, ob es sich bei der streitigen Nebenbestimmung um eine Befristung, Bedingung oder einen Widerrufsvorbehalt handelt. Damit ist jedoch die Zulässigkeit eines Verpflichtungsantrages nicht ausgeschlossen, wenn dieser einen im Vergleich zum Anfechtungsantrag weitergehenden Rechtsschutz verschafft. (...). Ein solcher Fall liegt hier vor. Bei einer Beschränkung auf den Anfechtungsantrag müßte der Kläger besorgen, daß die isolierte Aufhebung des Widerrufsvorbehalts keinen endgültigen Rechtsfrieden in einem Sinne stiftet. Nach seinem Wortlaut bezieht sich der Zusatz auf den Fall, daß kombinierte Klassen „aus Schülermangel“ gebildet werden. Demgegenüber will der

²⁹ In Anlehnung an BVerwG DÖV 2001, 422 ff. (Privatschulgenehmigung).

Kläger erreichen, daß die von ihm aus pädagogischen Gründen angestrebte Praxis der Jahrgangsmischung keinesfalls zum Anlaß für einen Widerruf der Genehmigung genommen wird. (...). Dem trägt die gerichtliche Verpflichtung der Behörde, die Genehmigung ohne den Widerrufsvorbehalt zu erteilen, besser Rechnung, weil der Behörde damit generell untersagt ist, die Genehmigung allein wegen jahrgangsübergreifenden Unterrichts zu widerrufen.“ Folgt man dieser Auffassung, ist vorliegend dem Antrag entsprechend eine **Verpflichtungsklage**, § 42 I Alt. 2 VwGO statthaft (a.A. ebenso vertretbar).

3. Da nicht ausgeschlossen werden kann, daß K durch die Versagung der Genehmigung in seinem Grundrecht auf Errichtung einer Privatschule (Art. 7 IV GG) verletzt ist, liegt auch die erforderliche **Klagebefugnis** gem. § 42 II VwGO vor. Im übrigen ist von der Beteiligten- und Prozeßfähigkeit (§§ 61 f. VwGO) sowie von der Einhaltung der Klagefrist (§ 74 VwGO) auszugehen, so daß die Sachentscheidungsvoraussetzungen insgesamt vorliegen.

II. Begründetheit der Klage

Die Klage ist begründet, wenn die Ablehnung rechtswidrig ist, den K in seinem Recht aus Art. 7 IV GG verletzt und die Sache spruchreif ist (§ 113 V S. 1 VwGO), oder – anders ausgedrückt – K einen Anspruch auf Erlaß der begehrten Genehmigung hat.

Anspruchsgrundlage für die begehrte Ausnahmegenehmigung ist Art. 7 IV GG. Es müßten aber auch dessen **Voraussetzungen** vorliegen. In materieller Hinsicht ist erforderlich, daß

- ⇒ die Ersatzschule in ihren Lehrzielen und Einrichtungen sowie der wissenschaftlichen Ausbildung ihrer Lehrkräfte nicht hinter den öffentlichen Schulen zurücksteht (Gleichwertigkeit der Schulen – daher sind staatliche Erziehungsziele auch für Ersatzschulen verbindlich),
- ⇒ die Ersatzschule keine Sonderung der Schüler nach den Einkommensverhältnissen ihrer Eltern fördert und
- ⇒ die Ersatzschule in genügendem Maße die wirtschaftliche und rechtliche Stellung der Lehrkräfte sichert.

Sind diese Voraussetzungen erfüllt, so besteht ein verfassungsrechtlicher Anspruch auf die Erteilung der Genehmigung ohne einschränkenden Zusatz. Ein solcher wäre dann nicht rechtmäßig.

Die Behörde vertritt den Standpunkt, die von Art. 7 IV S. 3 GG vorausgesetzte Gleichwertigkeit von staatlicher Schule und privater Ersatzschule sei nur gegeben, wenn jederzeit ein Übergang auf die staatlichen Schulen möglich sei und deshalb die Schüler mehrerer Jahrgangsstufen nicht gemeinsam unterrichtet werden. Dem ist das BVerwG entgegengetreten. Es führt dazu aus (DÖV 2001, 422, 423):

„Der Ausbildungs- und Leistungsstand der einzelnen Jahrgangsklasse am Ende des jeweiligen Schuljahres gehört nicht zu den Lehrzielen, hinsichtlich derer die privaten Ersatzschulen nicht hinter den öffentlichen Schulen zurückstehen dürfen. Die Lehrziele i.S.d. Art. 7 Abs. 4 S. 3 GG beziehen sich maßgeblich auf die inhaltliche Seite des Unterrichts. Gleichwertigkeit der Lehrziele bedeutet, daß die Ersatzschulen die allgemeinen Bildungs- und Erziehungsziele sowie fachlichen Qualifikationen anstreben müssen, die den ihnen entsprechenden öffentlichen Schulen nach geltendem Recht vorgeschrieben sind. Art. 7 Abs. 4 S. 3 GG bezweckt nicht, die inhaltliche Einheit des Schulwesens zu sichern, sondern Schüler von Ersatzschulen vor einem ungleichwertigen Schulerfolg zu schützen. Stellt man allein auf die zu erreichende gleichwertige Qualifikation bei Abschluß des schulischen Bildungsganges ab, so ist es gleichgültig, welchen Leistungsstand die Schüler jeweils am Ende derjenigen Schuljahre haben, welche dem Abschlußjahr vorausgehen. Bezieht sich die Gestaltungsfreiheit der privaten Ersatzschule auf Lehrmethode und Lehrinhalt bei anzustrebender Gleichwertigkeit des Bildungsabschlusses, so muß sie nach eigenem pädagogischen Ermessen darüber entscheiden dürfen, auf welchem Wege und mit welchen Mitteln sie zu diesem Gesamtergebnis gelangt.“

³⁰ Vgl. nur BVerwG NVwZ 2001, 429.

Nebenbestimmungen zum Verwaltungsakt

Das BVerwG stellt damit klar, daß die vom Kläger geplante Teilhauptschule II auch dann allen Anforderungen des Genehmigungstatbestandes entspricht, wenn es zu einer gemeinsamen Unterrichtung von Schülern von Schülern unterschiedlicher Klassenstufen kommt, vorausgesetzt, der Abschluß in der Klasse 9 entspricht den Anforderungen, wie sie auch für staatliche Schulen gelten. K erfüllt damit die Voraussetzungen an eine Privatschulzulassung gem. Art. 7 IV GG. Der Widerrufsvorbehalt steht diesem Anspruch entgegen und ist somit rechtswidrig.

Ergebnis: Die Klage des K ist begründet. Das Verwaltungsgericht wird die Behörde verpflichten, die beantragte Zulassung der Teilhauptschule II ohne die Einschränkung zu erteilen, die sie mit Punkt 2 getroffen hat.