

## **Musterlösung:**

**A. Aufgabe 1a):** Prüfen Sie gutachterlich, ob der Ablehnungsbescheid des Landratsamtes an Leo die Tatbestandsmerkmale eines Verwaltungsaktes erfüllt. Prüfen Sie dazu sämtliche Tatbestandsmerkmale – gegebenenfalls hilfsgutachterlich – durch. **(35 Punkte)**

Fraglich ist, ob der Ablehnungsbescheid die Tatbestandsmerkmale eines Verwaltungsaktes erfüllt. Diese Merkmale werden aus der Legaldefinition des Verwaltungsaktes in § 35 Satz 1 VwVfG hergeleitet.

*Hinweis: Nach dem Bearbeiterhinweis entspricht das Verwaltungsverfahrensgesetz des Landes X demjenigen des Bundes. Die Tatbestandsmerkmale eines Verwaltungsaktes ergeben sich demnach aus § 35 des Verwaltungsverfahrensgesetzes des Landes X.*

### **I. Behörde**

Das Landratsamt müsste zunächst eine Behörde sein. Eine Behörde ist nach der Legaldefinition des § 1 Absatz 4 VwVfG jede Stelle, die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt.<sup>1</sup> Unter den Begriff der öffentlichen Verwaltung fallen staatliche Stellen oder sonstige Verwaltungsträger, die öffentliche Aufgaben erfüllen und nicht Gesetzgebung oder Rechtsprechung sind.<sup>2</sup> Das Landratsamt nimmt eine Vielzahl öffentlicher Aufgaben wahr und ist weder zur Legislative noch zur Judikative zu rechnen. Es ist somit eine Behörde.

*Hinweis: Die Definition der Behörde i.S.d. § 35 VwVfG, insbesondere die Übertragbarkeit der Behördendefinition des § 1 Absatz 4 VwVfG auf den § 35 VwVfG, ist umstritten.<sup>3</sup> Hier lag jedoch kein Problem, so dass tiefe Ausführungen von den Studenten nicht erwartet wurden.*

---

<sup>1</sup> Vgl.: Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Auflage 2006, § 9 Rn. 22; Kopp/Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz, 10. Auflage 2008, § 35 Rn. 27, 28.

<sup>2</sup> So: Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Auflage 2006, § 1 Rn. 6.

<sup>3</sup> Vgl.: Schlieffen, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Schwerpunkten im Wirtschaftsverwaltungsrecht und Umweltrecht, 9. Vorlesungsabschnitt (Stand: April 2004) Rn. 10.

## II. Hoheitliche Maßnahme auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts

Die Versagung der Baugenehmigung müsste eine hoheitliche Maßnahme auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts darstellen.

Eine Maßnahme wäre dann auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts anzusiedeln, wenn die mögliche Rechtsgrundlage eine Vorschrift des öffentlichen Rechts ist.<sup>4</sup> Dabei ist mit der Formulierung „auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts“ nur das Verwaltungsrecht gemeint, so dass Maßnahmen auf dem Gebiet des Verfassungsrechts oder des Völkerrechts nicht in Betracht kommen.<sup>5</sup>

Baugenehmigungen dürfen ausschließlich von Trägern hoheitlicher Gewalt erteilt werden, so dass nach der herrschenden Sonderrechtstheorie öffentliches Recht vorliegt. Zudem stellt die Erteilung der Baugenehmigung keine Maßnahme des Verfassungsrechts oder des Völkerrechts dar. Vielmehr wird sie von der Verwaltungsbehörde, hier der Baubehörde, erteilt. Damit liegt eine hoheitliche Maßnahme auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts vor.

## III. Regelung

Des Weiteren müsste es sich bei der Versagung der Baugenehmigung um eine Regelung handeln.

Eine Regelung ist eine rechtsverbindliche Anordnung, die auf die Setzung einer Rechtsfolge gerichtet ist.<sup>6</sup> Das heißt, es werden durch die Behörde einseitig Rechte oder Pflichten verbindlich begründet, geändert, aufgehoben oder festgestellt.

*Hinweis: Typische Fälle der Regelung sind daher das Ge- oder Verbot, die Rechtsgewährung, die Versagung einer Begünstigung, die Rechtsgestaltung und die Feststellung einer streitigen Rechtslage.*

Mit der Ablehnung des Bauantrages hat die Baubehörde gegenüber Leo verbindlich festgestellt, dass die Voraussetzungen einer Baugenehmigung nicht vorliegen. Ohne

---

<sup>4</sup> So: *Schlieffen*, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Schwerpunkten im Wirtschaftsverwaltungsrecht und Umweltrecht, 9. Vorlesungsabschnitt (Stand: April 2004) Rn. 12.

<sup>5</sup> So: *Schlieffen*, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Schwerpunkten im Wirtschaftsverwaltungsrecht und Umweltrecht, 9. Vorlesungsabschnitt (Stand: April 2004) Rn. 13.

<sup>6</sup> *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Auflage 2006, § 9 Rn 6; vgl. auch : *Schlieffen*, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Schwerpunkten im Wirtschaftsverwaltungsrecht und Umweltrecht, 9. Vorlesungsabschnitt (Stand: April 2004) Rn. 15; *Wolff/Decker*, Studienkommentar VwGO/VwVfG, 2. Auflage 2007, § 35 VwVfG Rn. 32.

die von ihm begehrte Baugenehmigung darf Leo die Biogasanlage nicht errichten. Die Ablehnung des Bauantrages durch das Landratsamt stellt somit eine einseitige und verbindliche Feststellung von Rechten und Pflichten des Leo dar. Das Tatbestandsmerkmal Regelung ist mithin erfüllt.

#### **IV. Einzelfall**

Es müsste sich bei der Ablehnung des Bauantrages auch um einen Einzelfall handeln. Einzelfall bedeutet, dass die Maßnahme konkret-individuell sein muss. Konkret bedeutet, dass sich die Maßnahme auf einen bestimmten Sachverhalt bezieht. Individuell meint, dass sich die Maßnahme an eine bestimmte Person oder an einen bestimmten oder bestimmbaren Personenkreis richtet.<sup>7</sup>

Die Ablehnung bezieht sich auf das Bauvorhaben „Biogasanlage“ des Leo, mithin auf einen bestimmten Sachverhalt. Die Ablehnung richtet sich an Leo und damit auch an eine bestimmte Person. Somit liegt die Regelung eines Einzelfalls vor.

#### **V. Unmittelbare Außenwirkung**

Der Ablehnung müsste auch unmittelbare Außenwirkung zukommen. Eine Maßnahme besitzt Außenwirkung, wenn sie sich nicht allein auf den behördeninternen Bereich beschränkt.<sup>8</sup> Dies bedeutet, dass die Rechtsfolge bei einer außerhalb der Verwaltung stehenden natürlichen oder juristischen Person eintritt und dies nach dem Sinngehalt der Regelung auch beabsichtigt ist. Unmittelbar ist die Außenwirkung dann, wenn der Eintritt der Außenwirkung keine weiteren Vermittlungsschritte erfordert.<sup>9</sup>

Aufgrund der Ablehnung darf Leo die geplante Biogasanlage nicht errichten. Die Rechtsfolge der Ablehnung tritt somit bei Leo als einer außerhalb der Verwaltung stehenden natürlichen Person ein, ohne dass es weiterer Vermittlungsschritte bedarf.

---

<sup>7</sup> Vgl.: *Schlieffen*, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Schwerpunkten im Wirtschaftsverwaltungsrecht und Umweltrecht, 9. Vorlesungsabschnitt (Stand: April 2004) Rn. 24.

<sup>8</sup> So: *Schlieffen*, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Schwerpunkten im Wirtschaftsverwaltungsrecht und Umweltrecht, 9. Vorlesungsabschnitt (Stand: April 2004) Rn. 30.

<sup>9</sup> So: *Schlieffen*, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Schwerpunkten im Wirtschaftsverwaltungsrecht und Umweltrecht, 9. Vorlesungsabschnitt (Stand: April 2004) Rn. 30 a.E.

Dies war nach dem Sinngehalt der Regelung auch beabsichtigt. Das Tatbestandsmerkmal der unmittelbaren Außenwirkung liegt somit ebenfalls vor.

#### **VI. Ergebnis zu Aufgabe 1a):**

Der Ablehnungsbescheid erfüllt die Tatbestandsmerkmale des § 35 VwVfG.

***Korrekturhinweis:** Wegen der ausdrücklichen Aufgabenstellung konnte eine Prüfung der Verwaltungsaktsmerkmale nicht durch einen Hinweis auf die Begrifflichkeit „Ablehnungsbescheid“ entfallen. Ob die Bearbeiter sich an das hier zugrunde gelegte Fünf-Punkte-Schema halten, oder eine andere Unterteilung vornehmen, bleibt ihnen überlassen. Da keines der zu prüfenden Merkmale die Studenten vor größere Probleme stellen dürfte, scheint es angebracht, die erreichbaren 35 Punkte gleichmäßig nach den jeweils geprüften Merkmalen zu vergeben.*

***Korrekturhinweis:** Obwohl das gemeindliche Einvernehmen bei Aufgabe 1a) noch keine Rolle spielt, ist es denkbar, dass die Bearbeiter das Einvernehmen bereits bei Frage 1a) stärker problematisieren. Soweit diese Ausführungen vertretbar sind, können die Punkte bei der Korrektur von Frage 2) nach Frage 1a) „verschoben“ werden.*

**B. Aufgabe 1b):** Wie wird ein Verwaltungsakt genannt, an dessen Entstehen eine weitere Behörde beteiligt ist? Beantworten Sie die Zusatzfrage in einem oder zwei Sätzen. Sie sind bei der Beantwortung der Zusatzfrage vom Gutachtenstil befreit.

**(5 Punkte)**

Ein Verwaltungsakt an dessen Entstehen eine weitere Behörde beteiligt ist, wird als mehrstufiger Verwaltungsakt bezeichnet.<sup>10</sup>

***Hinweis:** Dagegen spricht man von einem mitwirkungsbedürftigen oder zustimmungsbedürftigen Verwaltungsakt, wenn für die Rechtmäßigkeit des*

---

<sup>10</sup> So: *Schlieffen*, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Schwerpunkten im Wirtschaftsverwaltungsrecht und Umweltrecht, 9. Vorlesungsabschnitt (Stand: April 2004) Rn. 48; *Erbguth*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Auflage 2007, § 12 Rn. 30, 42; *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Auflage 2006, § 9 Rn. 30; *P.Stelkens/U.Stelkens* in *Stelkens/Bonk/Sachs*, Verwaltungsverfahrensgesetz, 6. Auflage 2001, § 35 Rn. 91.

*Verwaltungsaktes die Mitwirkung eines Bürgers erforderlich ist.<sup>11</sup>*

**C. Aufgabe 2:** Nehmen Sie **gutachterlich** Stellung zu der von Karl angesprochenen Frage, ob die Verweigerung des Einvernehmens nur ein verwaltungsinterner Vorgang sei, oder ob die Verweigerung – im Verhältnis zu Leo – das Verwaltungsaktsmerkmal der Außenwirkung erfülle. Unterstellen Sie dabei, dass die Behauptung Karls, die Gemeinde entscheide im Verfahren nach § 36 BauGB nur über Aspekte, die auch die zuständige Baubehörde überprüfe, zutreffend ist.

**(15 Punkte)**

Fraglich ist, ob die Verweigerung des Einvernehmens durch die Gemeinde Gründorf im Verhältnis zu Leo das Verwaltungsaktsmerkmal der Außenwirkung erfüllt.

Außenwirkung ist anzunehmen, wenn eine Maßnahme außerhalb der Verwaltung Wirkung zeitigt, indem sie erweiternd, einschränkend, feststellend oder sonst regelnd in die Rechtsposition von Bürgern bzw. juristischen Personen des Privatrechts oder in eigenständig wahrzunehmende Kompetenzen anderer Verwaltungsträger eingreift.<sup>12</sup>

Die Verweigerung des Einvernehmens hat dazu geführt, dass dem Leo die begehrte Baugenehmigung nicht erteilt wurde. Die Verweigerung des Einvernehmens könnte eine belastende Vorentscheidung über Leos Baugenehmigungsantrag und somit ein regelnder Eingriff in die Rechtsposition des Leo sein.

Problematisch ist jedoch, dass eine derartig verkürzte Überlegung nicht den Umstand berücksichtigen würde, dass vorliegend erst das Landratsamt durch den Ablehnungsbescheid abschließend und endgültig über Leos Bauantrag entschieden hat, wohingegen die Verweigerung des Einvernehmens lediglich

---

<sup>11</sup> So: *Schlieffen*, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Schwerpunkten im Wirtschaftsverwaltungsrecht und Umweltrecht, 9. Vorlesungsabschnitt (Stand: April 2004) Rn. 53.

<sup>12</sup> Vgl.: *Kopp/Ramsauer*, Verwaltungsverfahrensgesetz, 10. Auflage 2008, § 35 Rn. 73; *Erbguth*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Auflage 2007, § 12 Rn. 24.

Mitwirkungshandlung im Rahmen des mehrstufigen baurechtlichen Prüfungsverfahrens war. Es geht folglich um die Qualifikation der Mitwirkungshandlung bei einem mehrstufigen Verwaltungsakt.

*Hinweis: Nicht verwechselt werden dürfen die mehrstufigen Verwaltungsakte mit den mitwirkungsbedürftigen bzw. zustimmungsbedürftigen Verwaltungsakten. Während bei den mehrstufigen Verwaltungsakten eine oder mehrere weitere Behörden an dem Entstehen des Verwaltungsaktes beteiligt sind, ist bei den mitwirkungsbedürftigen bzw. zustimmungsbedürftigen Verwaltungsakten die Mitwirkung bzw. Zustimmung eines Bürgers für die Rechtmäßigkeit erforderlich.<sup>13</sup> Hier geht es um einen mehrstufigen Verwaltungsakt.*

Mitwirkungshandlungen im Rahmen von mehrstufigen Verwaltungsakten wird dann eine Außenwirkung beigemessen, wenn die Mitwirkungsbehörde selbstständig über einen Aspekt entscheidet, welcher der Letztentscheidungsbehörde entzogen ist. Wir sprechen dann von einer so genannten „inkongruenten Prüfungskompetenz“.<sup>14</sup>

Durch die Fragestellung ist bereits vorgegeben, dass die Gemeinde bei der Entscheidung über ihr Einvernehmen nach § 36 BauGB nur Aspekte berücksichtigen darf, die auch die Baugenehmigungsbehörde überprüft. Damit entscheidet die Mitwirkungsbehörde (die Gemeinde) gerade nicht über Aspekte, welcher der Letztentscheidungsbehörde (dem Landratsamt) entzogen sind. Es liegt keine inkongruente, sondern eine kongruente Prüfungskompetenz vor.

Daher erfüllt die Verweigerung des Einvernehmens durch die Gemeinde Gründorf nicht das Merkmal der Außenwirkung. Es handelt sich um einen verwaltungsinternen Vorgang.

***Korrekturhinweis:*** Die hier wiedergegebene Terminologie (kongruente/inkongruente Prüfungskompetenz, Mitwirkungs- und Letztentscheidungsbehörde) orientiert sich an jener der Vorlesung. Von den Studenten wird sie bei der

---

<sup>13</sup> Vgl.: Schlieffen, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Schwerpunkten im Wirtschaftsverwaltungsrecht und Umweltrecht, 9. Vorlesungsabschnitt (Stand: April 2004) Rn. 48 ff.

<sup>14</sup> So (auch für den vorhergehenden Satz): Schlieffen, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Schwerpunkten im Wirtschaftsverwaltungsrecht und Umweltrecht, 9. Vorlesungsabschnitt (Stand: April 2004) Rn. 51.

*Klausurbearbeitung nicht erwartet. Die Bearbeiter müssen erkennen, dass es sich vorliegend um eine Mitwirkungshandlung bei einem mehrstufigen Verwaltungsakt handelt. Unter Berücksichtigung des Hinweises im Sachverhalt zu den Prüfungsbereichen, haben sie sich mit der Problematik auch auseinander zu setzen. Aufgrund der Fragestellung und des Hinweises genügt es zur Beantwortung der Frage nicht, die Außenwirkung durch kurzen Hinweis auf den Aspekt der „Unmittelbarkeit“ zu verneinen. Die Problematik der Prüfungsbereiche bei mehrstufigen Verwaltungsakten ist insoweit auch spezieller.*

**D. Aufgabe 3:** Helfen Sie Karl dabei, **gutachterlich** zu erarbeiten, um welche Art von Nebenbestimmung es sich vorliegend handelt. **(30 Punkte)**

Fraglich ist, um welche Art von Nebenbestimmung es sich bei der „Maßgabe“ handelt.

### **I. § 36 VwVfG - Art der Nebenbestimmung**

Die wesentlichen Arten von Nebenbestimmungen werden in § 36 VwVfG geregelt. Es handelt sich um Befristung, Bedingung, Widerrufsvorbehalt, Auflage und Auflagenvorbehalt. Die manchmal anzutreffende „modifizierende Auflage“ ist ein Sonderfall. Sie ist nicht in § 36 VwVfG geregelt.

In der Nebenbestimmung zu der Baugenehmigung wird Leo aufgegeben, den auf seinem Hof befindlichen Eichenbaum zu entfernen.

#### **1. Befristung**

Zunächst könnte es sich bei dieser Nebenbestimmung um eine Befristung handeln. Eine Befristung ist eine Bestimmung, nach der eine Vergünstigung oder Belastung zu einem bestimmten Zeitpunkt beginnt, endet oder für einen bestimmten Zeitraum gilt, § 36 Absatz 2 Nr. 1 VwVfG.

Die Baugenehmigung des Leo müsste dann eine Vergünstigung sein. Der Begriff der „Vergünstigung“ in § 36 Absatz 2 VwVfG ist mit „Begünstigung“ im Sinne von § 48

Absatz 1 VwVfG gleichzusetzen.<sup>15</sup> Eine Vergünstigung ist demnach ein Verwaltungsakt, der ein Recht oder einen rechtlich erheblichen Vorteil begründet oder bestätigt. Die dem Leo erteilte Baugenehmigung begründet für ihn das Recht, sein Bauvorhaben zu verwirklichen. Sie ist folglich eine Vergünstigung.

Fraglich ist jedoch, ob die Entfernung des Eichenbaumes vom Grundstück des Leo ein hinreichend bestimmbarer Zeitpunkt für den Eintritt dieser Vergünstigung ist. Schließlich ist nicht nur ungewiss, an welchem Tag Leo den Baum entfernt. Es ist nicht einmal gesagt, dass Leo den Baum überhaupt entfernt. Mithin stellt die Beseitigung des Eichenbaumes kein gewisses und bestimmbares, sondern ein ungewisses zukünftiges Ereignis dar. Aus diesem Grund kann es sich bei der „Maßgabe“ nicht um eine Befristung handeln.

## **2. Bedingung**

Es könnte sich bei der Beseitigungsanordnung jedoch möglicherweise um eine Bedingung handeln. Die Bedingung ist nach dem Gesetzeswortlaut eine Bestimmung, nach der der Eintritt oder der Wegfall einer Vergünstigung oder einer Belastung von dem ungewissen Eintritt eines zukünftigen Ereignisses abhängt, vgl. § 36 Absatz 2 Nr. 2 VwVfG.

Eine Vergünstigung lässt sich, wie bereits unter dem Prüfungspunkt der Befristung gezeigt, in der dem Leo erteilten Baugenehmigung erblicken. Aus den oben zur Bedingung getätigten Ausführungen ergibt sich weiterhin, dass die Beseitigung des Eichenbaumes ein ungewisses, zukünftiges Ereignis ist. Allerdings besteht hier die Besonderheit, dass die Beseitigung der Eiche ein Tun ist, das vom Willen des Leo abhängt. Es handelt sich insoweit um eine sogenannte „unechte Bedingung“ oder „Potestativbedingung“.<sup>16</sup> Der Annahme einer Bedingung nach § 36 Absatz 2 Nr. 2 VwVfG steht das jedoch nicht entgegen.<sup>17</sup>

Wenn der Eintritt der Vergünstigung, also die Rechtswirkung der Baugenehmigung, von der Entfernung des Baumes abhängen sollte, könnte es sich bei der

---

<sup>15</sup> Vgl.: *P.Stelkens/U.Stelkens* in *Stelkens/Bonk/Sachs*, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 6. Auflage 2001, § 36 Rn. 18.

<sup>16</sup> Vgl.: *P.Stelkens/U. Stelkens* in *Stelkens/Bonk/Sachs*, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 6. Auflage 2001, § 36 Rn. 19.

<sup>17</sup> Vgl.: *Maurer*, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 16. Auflage 2006, § 12 Rn. 6.

Beseitigungsanordnung mithin um eine aufschiebende Bedingung nach § 36 Absatz 2 Nr. 2 VwVfG handeln.

### **3. Auflage**

Denkbar ist auch, dass es sich bei der Anordnung, den Baum zu entfernen, um eine Auflage handelt. Eine Auflage ist nach dem Gesetzeswortlaut des § 36 Absatz 2 Nr. 4 VwVfG eine „Bestimmung, durch die dem Begünstigten ein Tun, Dulden oder Unterlassen vorgeschrieben wird.“

Leo müsste „Begünstigter“ im Sinne dieser Definition sein. Der Begriff „Begünstigter“ lehnt sich ebenso wie der der „Vergünstigung“ an den des begünstigenden Verwaltungsaktes aus § 48 Absatz 1 VwVfG an.<sup>18</sup> Begünstigter ist daher derjenige, dem durch Verwaltungsakt ein Recht oder ein rechtlich erheblicher Vorteil eingeräumt wird. Die Baugenehmigung räumt Leo das Recht ein, sein Bauvorhaben zu verwirklichen. Leo ist daher Begünstigter im Sinne des § 36 Absatz 2 Nr. 4 VwVfG.

Weiter müsste dem Leo ein Tun, Dulden oder Unterlassen vorgeschrieben werden. Durch den Zusatz in der Baugenehmigung wird Leo aufgegeben, den auf seinem Hof befindlichen Eichenbaum zu entfernen. Dies stellt ein Tun dar, das dem Leo vorgeschrieben wird. Es könnte sich daher bei der Anordnung, den Eichenbaum zu entfernen, um eine Auflage nach § 36 Absatz 2 Nr. 4 VwVfG handeln.

### **4. Abgrenzung zwischen Bedingung und Auflage**

Da es sich bei der Beseitigungsanordnung daher sowohl um eine Auflage als auch um eine Bedingung nach § 36 VwVfG handeln könnte, muss eine Abgrenzung zwischen diesen Arten von Nebenbestimmungen erfolgen.

Dies erfolgt anhand einer Auslegung der in Frage stehenden Bestimmung.<sup>19</sup> Maßgebend ist dabei die materielle Aussage der Nebenbestimmung. Es kommt entsprechend § 133 BGB darauf an, wie sie vom Empfänger nach den Umständen

---

<sup>18</sup> Vgl.: P. Stelkens/U. Stelkens in Stelkens/Bonk/Sachs, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 6. Auflage 2001, § 36 Rn. 27.

<sup>19</sup> Vgl.: Schlieffen, *Allgemeines Verwaltungsrecht mit Schwerpunkten im Wirtschaftsverwaltungsrecht und Umweltrecht*, 12. Vorlesungsabschnitt (Stand: April 2005) Rn. 12; P. Stelkens/U. Stelkens in Stelkens/Bonk/Sachs, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 6. Auflage 2001, § 36 Rn. 8a ff., 29.

des Einzelfalls gedeutet werden konnte (sog. „objektiver Empfängerhorizont“).<sup>20</sup> Die Wortwahl der Verwaltung bietet hierfür ein erstes Indiz.<sup>21</sup> Wird eine Nebenbestimmung von der erlassenden Behörde zum Beispiel als „Auflage“ bezeichnet, ist dies daher ein Indiz dafür, dass die Nebenbestimmung auch eine Auflage im Sinne des § 36 VwVfG ist.<sup>22</sup> Die Baubehörde hat die Nebenbestimmung hier jedoch als „Maßgabe“ bezeichnet. Die Wortwahl kann vorliegend mithin nicht zur Abgrenzung herangezogen werden. Ein weiteres Indiz ist die erkennbare Bedeutung, die die Erfüllung der Nebenbestimmung für die Behörde hat.<sup>23</sup> Um diese Bedeutung zu ermitteln, muss zunächst klargestellt werden, welche Auswirkung die jeweilige Art der Nebenbestimmung für den Bürger und die erlassende Behörde hat und welche Konsequenzen damit verbunden sind.

Handelt es sich bei der Beseitigungsanordnung um eine Bedingung, tritt die Rechtswirkung der Baugenehmigung erst in dem Moment ein, in dem Leo den Eichenbaum entfernt. Bis diese Bedingung eintritt, ist die Baugenehmigung schwebend unwirksam. Leo dürfte nicht mit dem Bau der Anlage beginnen (suspendierende Wirkung der Bedingung).

Handelt es sich dagegen um eine Auflage, tritt die Rechtswirkung der Baugenehmigung sofort ein. Leo darf also rechtmäßig mit der Errichtung der Biogasanlage beginnen. Die Beseitigung der Eiche wird ihm daneben vorgeschrieben. Auch wenn Leo die Eiche nicht beseitigt, bleibt die Baugenehmigung wirksam. Die Beseitigungsanordnung ist jedoch verpflichtend und kann auch zwangsweise von der Behörde durchgesetzt werden.<sup>24</sup> Folglich kann die Behörde zwar nicht mehr gegen die Errichtung der Biogasanlage einschreiten, wenn Leo der Auflage nicht nachkommt. Sie kann die Beseitigung der Eiche im äußersten Fall allerdings auch gegen den Willen des Leo erzwingen. Hierzu darf sie die

---

<sup>20</sup> Vgl.: *Erbguth*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Auflage 2007, § 18 Rn. 11; *Kopp/Ramsauer*, Verwaltungsverfahrensgesetz, 10. Auflage 2008, § 36 Rn. 34.

<sup>21</sup> Vgl.: *Schlieffen*, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Schwerpunkten im Wirtschaftsverwaltungsrecht und Umweltrecht, 12. Vorlesungsabschnitt (Stand: April 2005) Rn. 12.

<sup>22</sup> Vgl.: *Erbguth*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Auflage 2007, § 18 Rn. 11; *P.Stelkens/U.Stelkens* in *Stelkens/Bonk/Sachs*, Verwaltungsverfahrensgesetz, 6. Auflage 2001, § 36 Rn. 8a.

<sup>23</sup> Vgl.: *P.Stelkens/U.Stelkens* in *Stelkens/Bonk/Sachs*, Verwaltungsverfahrensgesetz, 6. Auflage 2001, § 36 Rn. 29 ff., § 35 Rn. 43, 47 ff.; *Kopp/Ramsauer*, Verwaltungsverfahrensgesetz, 10. Auflage 2008, § 36 Rn. 34.

<sup>24</sup> Vgl.: *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Auflage 2006, § 12 Rn 12.

Baumbeseitigung nach Maßgabe des Verwaltungsvollstreckungsgesetzes des Landes X notfalls selbst vollstrecken (zwingende Wirkung der Auflage).

Im vorliegenden Fall kam es für die Behörde darauf an, die erhebliche Gefahr, die von dem Eichenbaum ausgeht, bestmöglich zu beseitigen. Eine effiziente Gefahrenbeseitigung durch die Entfernung des Baumes lässt sich durch eine Bedingung jedoch nicht erreichen. Denn wie gezeigt, hätte eine Bedingung nur suspendierende, nicht aber zwingende Wirkung für Leo. Aufgrund der Tatsache, dass die Behörde bereits in der Vergangenheit erfolglos versucht hat, den Leo zur Beseitigung der Eiche zu bewegen, ist davon auszugehen, dass die Behörde den Leo notfalls zur Beseitigung der Eiche zwingen wollte. Dieses Ziel kann die Baubehörde aber nur erreichen, wenn sie die „Maßgabe“ als Auflage erlassen wollte. Für die Annahme einer Auflage und gegen die Annahme einer Bedingung spricht zudem, dass die Baubehörde vorliegend kein erkennbares Interesse daran hat, dass die Biogasanlage nicht errichtet wird. Ihr geht es vielmehr allein um die Beseitigung des Baumes. Schließlich lässt sich gegen die Annahme einer Bedingung anführen, dass eine Auflage im Gegensatz zu einer Bedingung weniger belastend für Leo wäre. Gemäß § 133 BGB ist daher erkennbar davon auszugehen, dass die Baubehörde hier eine Auflage erlassen wollte.

## II. Ergebnis

Bei der „Maßgabe“ handelt es sich somit um eine Auflage nach § 36 Absatz 2 Nummer 4 VwVfG.

**Korrekturhinweis:** Eine ordentliche Lösung hat herauszuarbeiten, dass sich hinter der „Maßgabe“ im vorliegenden Fall sowohl eine Auflage als auch eine Bedingung verbergen kann. Die Prüfung weiterer Nebenbestimmungen durch die Bearbeiter kann sich, sofern sie die Falllösung voranbringen, positiv auswirken. Zur Erreichung der vollen Punktzahl ist eine ordentliche Prüfung von Bedingung und Auflage jedoch in jedem Falle ausreichend.

Bei der danach durchzuführenden Abgrenzung zwischen diesen beiden Arten von Nebenbestimmungen ist nach Rechtsprechung und Literatur zunächst auf die jeweilige Bezeichnung der Nebenbestimmung abzustellen. Hierbei

*handelt es sich aber nur um ein erstes Indiz und kein maßgebliches Kriterium.<sup>25</sup> Entscheidend kommt es dagegen auf den Willen der Behörde an.<sup>26</sup> Dieser ist aus ihren Erklärungen im Zusammenhang mit den jeweiligen konkreten Verhältnissen zu ermitteln. Dabei ist von wesentlicher Bedeutung, welches Mittel den Intentionen der Behörde eher gerecht wird. Ein weiteres Indiz ist die Zulässigkeit der jeweiligen Nebenbestimmung, da im Zweifel nicht anzunehmen ist, die Behörde wolle eine rechtswidrige Anordnung treffen.<sup>27</sup> Bestehen Zweifel darüber, ob eine Bedingung oder eine Auflage vorliegt, wird teilweise vorgeschlagen, aus Gründen der Verhältnismäßigkeit stets eine Auflage anzunehmen.<sup>28</sup> Dies wird damit begründet, dass eine Auflage weniger belastend für den Adressaten sei.*

*Von den Bearbeitern wird nicht verlangt, dass sie in diesem Umfang argumentieren. Gute Bearbeiter werden bei der vorzunehmenden Abgrenzung für die Auslegung des Behördenwillens auf den abgedruckten § 133 BGB zurückgreifen und diesen argumentativ verarbeiten. Zwingend ist ein solches Vorgehen jedoch nicht. Mit anderslautender Begründung konnten die Bearbeiter natürlich auch zu dem Ergebnis gelangen, dass vorliegend eine Bedingung gegeben ist.*

**E. Aufgabe 4a):** Ihnen dürfte bekannt sein, dass die Frage, welcher Rechtsschutz gegen welche Nebenbestimmungen möglich ist, umstritten ist. Geben Sie abstrakt einen kurzen Überblick über die wesentlichen Standpunkte dieses Streits. Vom Gutachtenstil sind Sie dabei befreit. **(10 Punkte)**

Kernproblem beim Rechtsschutz gegen Nebenbestimmungen ist die Frage, ob der Betroffene die Nebenbestimmung isoliert anfechten kann oder ob er eine Verpflichtungsklage auf Erlass eines (neuen) Verwaltungsakts ohne die belastende Nebenbestimmung erheben muss.

---

<sup>25</sup> Vgl.: BVerwG NJW 1986, S. 600; Schlieffen, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Schwerpunkten im Wirtschaftsverwaltungsrecht und Umweltrecht, 12. Vorlesungsabschnitt (Stand: April 2005) Rn. 12.

<sup>26</sup> So: Schlieffen, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Schwerpunkten im Wirtschaftsverwaltungsrecht und Umweltrecht, 12. Vorlesungsabschnitt (Stand: April 2005) Rn. 12.

<sup>27</sup> Vgl.: Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Auflage 2006, § 12 Rn. 17.

<sup>28</sup> So: Kopp/Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz, 10. Auflage 2008, § 36 Rn. 34.

## I. Klassische Ansicht

Ein Teil der Literatur und die frühere Rechtsprechung differenzieren zur Beantwortung dieser Frage zwischen den verschiedenen Nebenbestimmungen.<sup>29</sup> Dabei wird dem Unterschied gefolgt, den § 36 Absatz 2 VwVfG durch die Worte „erlassen“ bzw. „verbunden werden mit“ ausdrückt. Aus der Formulierung „erlassen werden mit“, die die in den Nummern 1 bis 3 genannten Nebenbestimmungen (Befristung, Bedingung, Widerrufsvorbehalt) betrifft, ergebe sich, dass diese integrativer Bestandteil des Grundverwaltungsakts seien. Sie seien daher nicht selbstständig anfechtbar. Der Betroffene müsse eine Verpflichtungsklage erheben. Die Formulierung „verbunden werden mit“ zeige hingegen, dass die in den Nummern 4 und 5 genannten Nebenbestimmungen (Auflage, Auflagenvorbehalt) *neben* den Grundverwaltungsakt träten und daher selbstständig anfechtbar seien.

## II. Neuere Ansicht

Nach einer neueren Ansicht kommt es dagegen nicht auf die Art der Nebenbestimmung an. Aufgrund des Wortlautes des § 113 Absatz 1 Satz 1 VwGO („soweit der Verwaltungsakt rechtswidrig ... ist“) sei vielmehr davon auszugehen, dass alle Nebenbestimmungen grundsätzlich isoliert anfechtbar seien.<sup>30</sup> Bei unterschiedlichen Begründungsansätzen teilt sich diese Ansicht in zwei Gruppen:

### 1. Teilbarkeit der Nebenbestimmung

Nach einer Gruppe kommt es für die Statthaftigkeit der isolierten Aufhebung einer Nebenbestimmung entscheidend auf die Teilbarkeit derselben an.<sup>31</sup> Teilbarkeit ist demnach gegeben, wenn der Grundverwaltungsakt auch ohne die Nebenbestimmung sinnvoller- und rechtmäßigerweise bestehen bleiben kann.<sup>32</sup> Da die Teilbarkeit der Nebenbestimmung mithin von materiellrechtlichen Fragen

---

<sup>29</sup> Vgl.: *BVerwGE* 36, S. 145, 153f.; i. E. ebenso: *Schlieffen*, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Schwerpunkten im Wirtschaftsverwaltungsrecht und Umweltrecht, 12. Vorlesungsabschnitt (Stand: April 2005) Rn. 27 ff.; *Kopp/Ramsauer*, Verwaltungsverfahrensgesetz, 10. Auflage 2008, § 36 Rn. 63.

<sup>30</sup> Vgl.: *Kopp/Schenke*, Verwaltungsgerichtsordnung, 15. Auflage 2007, § 42 Rn. 22; *Erbguth*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Auflage 2007, § 18 Rn. 17; *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Auflage 2002, § 12 Rn. 25, der mittlerweile eine andere Ansicht vertritt.

<sup>31</sup> Vgl.: *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Auflage 2002, § 12 Rn. 25.

<sup>32</sup> Vgl.: *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Auflage 2002, § 12 Rn. 25; *Schlieffen*, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Schwerpunkten im Wirtschaftsverwaltungsrecht und Umweltrecht, 12. Vorlesungsabschnitt (Stand: April 2005), Rn. 25.

abhängt, wird in diesem Zusammenhang auch von „materieller Teilbarkeit“ einer Nebenbestimmung gesprochen.<sup>33</sup> Ist (materielle) Teilbarkeit gegeben, sei eine isolierte Anfechtung der Nebenbestimmung statthaft. Hat der verbleibende Grundverwaltungsakt keine selbstständige Bedeutung, erhält er einen anderen Sinn oder wird er rechtswidrig, scheidet (materielle) Teilbarkeit dagegen aus und es sei Verpflichtungsklage zu erheben. Das Konzept der Teilbarkeit wird innerhalb dieser Gruppe unterschiedlich gehandhabt und ist daher nicht leicht fassbar. So wird die Antwort auf die Frage, ob der Grundverwaltungsakt auch ohne die Nebenbestimmung sinnvoller- und rechtmäßigerweise bestehen bleiben kann, teilweise vom Charakter des Verwaltungsaktes als gebundener oder als Ermessensakt<sup>34</sup>, teils von dem geäußerten oder mutmaßlichen Willen der Behörde bezüglich Abtrennbarkeit oder Nichtabtrennbarkeit abhängig gemacht.<sup>35</sup>

## 2. Grundsätzlich Anfechtungsklage

Demgegenüber vertritt die zweite Gruppe die Ansicht, dass es für die Statthaftigkeit der isolierten Aufhebung von Nebenbestimmungen nicht auf die (materielle) Teilbarkeit der Nebenbestimmung ankommt. Vielmehr sei die Anfechtung aller Nebenbestimmungen prinzipiell statthaft.<sup>36</sup> Von diesem Grundsatz wird nur dann eine Ausnahme gemacht, wenn die isolierte Aufhebung der Nebenbestimmung von vornherein und offenkundig ausscheidet.<sup>37</sup> Dabei findet jedoch keine vertiefte Auseinandersetzung mit materiellrechtlichen Fragen sondern lediglich eine cursorische Prüfung statt, weswegen in diesem Zusammenhang auch von „prozessualer Teilbarkeit“ gesprochen wird<sup>38</sup>.

Die Frage, ob die Nebenbestimmung (materiell) teilbar ist, ist für die Anhänger dieser Gruppe erst für die Begründetheit der Teilanfechtung von Bedeutung.<sup>39</sup> Für die

---

<sup>33</sup> Vgl.: *Schlieffen*, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Schwerpunkten im Wirtschaftsverwaltungsrecht und Umweltrecht, 12. Vorlesungsabschnitt (Stand: April 2005), Rn. 25.

<sup>34</sup> So z. B. noch *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Auflage 2002, § 12 Rn. 28.

<sup>35</sup> Vgl.: Nachweise bei *Pietzker*, Rechtsschutz gegen Nebenbestimmungen – unlösbar? in NVwZ 1995, S. 15, 17.

<sup>36</sup> So: *Erbguth*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Auflage 2007, § 18 Rn. 17; neuerdings auch *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Auflage 2006, § 12 Rn. 25; vgl. auch: *Kopp/Schenke*, Verwaltungsgerichtsordnung, 15. Auflage 2007, § 42 Rn. 22.

<sup>37</sup> So: *BVerwGE* 112, S. 221, 224.

<sup>38</sup> So: *Schlieffen*, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Schwerpunkten im Wirtschaftsverwaltungsrecht und Umweltrecht, 12. Vorlesungsabschnitt (Stand: April 2005) Rn. 25.

<sup>39</sup> Vgl.: *BVerwG*, NVwZ 2001, S. 429; *Erbguth*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Auflage 2007, § 18 Rn. 17; *Kopp/Schenke*, Verwaltungsgerichtsordnung, 15. Auflage 2007, § 42 Rn. 22.

Annahme materieller Teilbarkeit wird aber auch von dieser Gruppe verlangt, dass der Grundverwaltungsakt ohne die Nebenbestimmung sinnvoller- und rechtmäßigerweise bestehen bleiben könne.<sup>40</sup> Demnach scheidet die materielle Teilbarkeit aus und eine zulässige Anfechtungsklage wäre als unbegründet abzuweisen, wenn der Grundverwaltungsakt ohne die Nebenbestimmung keine selbstständige Bedeutung hat oder der Grundverwaltungsakt bei Wegfall der Nebenbestimmung einen anderen Sinn erhält oder rechtswidrig wird.<sup>41</sup>

### III. Stets Verpflichtungsklage

Teilweise wird auch vertreten, dass gegen belastende Nebenbestimmungen stets (und zwar auch für den Fall einer Auflage) die Verpflichtungsklage zu erheben ist.<sup>42</sup> Diese Ansicht wird unter anderem mit der vom Betroffenen gewünschten Rechtskreiserweiterung begründet.

### IV. Stellungnahme

Die schwierige und uneinheitliche Handhabung ist schon für sich genommen ein gewichtiges Argument gegen die Ansicht, die für die Statthaftigkeit einer isolierten Anfechtung entscheidend auf die (materielle) Teilbarkeit der Nebenbestimmung abstellt.<sup>43</sup> Zudem führt eine vertiefte Auseinandersetzung mit materiellrechtlichen Fragen schon in der Zulässigkeitsprüfung zu deren Überfrachtung. Folge davon ist, dass Rechtsfragen, die eigentlich ihren Platz in der Begründetheitsprüfung haben, zu Lasten des Klägers bereits zu einer Unzulässigkeit der Klage führen können. Die Kriterien, die über die Abtrennbarkeit einer Teilregelung entscheiden, sollten deshalb in der Zulässigkeitsprüfung auch ohne eine umfangreiche materiellrechtliche Überprüfung festzustellen sein.<sup>44</sup> Auch dies spricht gegen diese Ansicht.

Für die klassische Ansicht sprechen zwar ihre klaren Unterscheidungsmerkmale. Das entscheidende Argument, das für diese Ansicht angeführt wird – die semantische

---

<sup>40</sup> Vgl.: *Erbguth*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Auflage 2007, § 18 Rn. 17.

<sup>41</sup> Vgl.: *Kopp/Schenke*, Verwaltungsgerichtsordnung, 15. Auflage 2007, § 42 Rn. 24.

<sup>42</sup> So: *Labrenz*, Die neuere Rechtsprechung des BVerwG zum Rechtsschutz gegen Nebenbestimmungen – falsch begründet, aber richtig, NVwZ 2007, S. 161 ff., 164 f.; *Fehn*, Die isolierte Auflagenanfechtung, DÖV 1988, S. 202 ff.; *Stadie*, Rechtsschutz gegen Nebenbestimmungen eines begünstigenden Verwaltungsaktes, DVBl. 1991, S. 613 ff.

<sup>43</sup> Vgl.: *Schlieffen*, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Schwerpunkten im Wirtschaftsverwaltungsrecht und Umweltrecht, 12. Vorlesungsabschnitt (Stand: April 2005) Rn. 24.

<sup>44</sup> So (auch für den vorherigen Satz): *Schlieffen*, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Schwerpunkten im Wirtschaftsverwaltungsrecht und Umweltrecht, 12. Vorlesungsabschnitt (Stand: April 2005) Rn. 24, Fn. 346.

Differenzierung in § 36 Abs. 2 VwVfG – enthält in Wahrheit jedoch keine Aussage über die selbstständige Teilbarkeit der Nebenbestimmung, sondern ist lediglich im Vorfeld dieser Frage anzusiedeln.<sup>45</sup> Denn diese Differenzierung hat zunächst nur für die Frage Bedeutung, ob die Nebenbestimmung selbst ein Verwaltungsakt ist oder nur als Teil des Grundverwaltungsaktes anzusehen ist. Darin liegt zwar eine Vorentscheidung für die Frage der selbstständigen Anfechtbarkeit; mehr als eine Indizwirkung kommt dieser Vorentscheidung aber nicht zu.<sup>46</sup> Zudem geht § 113 Absatz 1 Satz 1 VwGO davon aus, dass ein Verwaltungsakt nur in Teilen aufgehoben werden kann. Nach dieser Vorschrift wird der angegriffene Verwaltungsakt nämlich aufgehoben, „soweit“ er rechtswidrig ist und den Kläger in seinen Rechten verletzt. Die solcherart eröffnete Teilanfechtung spricht jedoch dagegen, den Rechtsschutz von der Art der Nebenbestimmung abhängig zu machen und nur bei Auflagen und Auflagenvorbehalten eine Anfechtungsklage gegen die Nebenbestimmung zuzulassen.<sup>47</sup> Auch die klassische Ansicht ist daher abzulehnen. Gegen die Ansicht, nach der stets die Verpflichtungsklage zu erheben ist, spricht, dass sie die Nebenbestimmung mit den Einschränkungen des Regelungsinhaltes des Verwaltungsakts gleichsetzt und damit die Bedeutung der Nebenbestimmungen als zusätzliche belastende Regelung verkennt.<sup>48</sup> Dies wird im Falle der Auflage besonders deutlich: Der Grundverwaltungsakt ist in diesem Falle schon vollständig gewährt, sodass hier gar keine Rechtskreiserweiterung mehr stattfinden kann. Bei den mit einer Nebenbestimmung „verbundenen“ Verwaltungsakten kann die Nebenbestimmung daher nur durch Anfechtungsklage beseitigt werden, nicht dagegen durch eine Verpflichtungsklage. Die Ansicht, nach der stets eine Verpflichtungsklage zu erheben wäre, ist daher ebenfalls abzulehnen. Für die verbleibende Ansicht, die die isolierte Anfechtung aller Nebenbestimmung für zulässig erachtet spricht zum einen der Wortlaut des § 113 Absatz 1 Satz 1 VwGO. Hieraus lässt sich ableiten, dass, wenn das Verwaltungsgericht rechtswidrige Nebenbestimmungen als Teile eines Verwaltungsaktes aufheben kann, es dem Betroffenen auch möglich sein muss, zur Vermeidung einer kostenpflichtigen

---

<sup>45</sup> Vgl.: *Kopp/Schenke*, Verwaltungsgerichtsordnung, 15. Auflage 2007, § 42 Rn. 22.

<sup>46</sup> So (auch für den vorherigen Satz): *Seidel/Reimer/Möstl*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Auflage 2005, S. 7.

<sup>47</sup> So: *Erbguth*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Auflage 2007, § 18 Rn. 17.

<sup>48</sup> Vgl.: *Erbguth*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Auflage 2007, § 18 Rn. 17.

teilweisen Klageabweisung seinen Antrag von vornherein nur auf die Aufhebung der rechtswidrigen Nebenbestimmung zu beschränken.<sup>49</sup> Des Weiteren stellt diese Ansicht den Rechtsschutz gegen Nebenbestimmungen auf eine verlässliche und einfach zu handhabende Grundlage.<sup>50</sup> Zudem trägt sie dem Gebot des effektiven Rechtsschutzes aus Artikel 19 Absatz 4 GG am besten Rechnung. Denn anders als dem Verpflichtungswiderspruch und der Verpflichtungsklage kommt der isolierten Anfechtung nach § 80 Absatz 1 VwGO grundsätzlich Suspensiveffekt zu.<sup>51</sup> Der Ansicht, die die selbstständige Anfechtbarkeit aller Nebenbestimmungen grundsätzlich für zulässig erachtet, ist aus diesen Gründen der Vorzug zu geben.

**Korrekturhinweis:** Von den Studenten wird lediglich eine kurze Darstellung des in der Vorlesung ausführlich behandelten Streits erwartet. Eine Stellungnahme zugunsten einer der Ansichten wurde von der Aufgabe nicht zwingend erwartet. Eine vertiefte Auseinandersetzung mit den für die jeweiligen Ansichten ins Feld geführten Argumenten oder eine eigene Stellungnahme kann positiv bewertet werden, ist aber für das Erreichen der vollen Punktzahl nicht erforderlich.

**F. Aufgabe 4b)** Erläutern Sie anschließend – ausgehend von Ihrer Klassifizierung der Nebenbestimmung in Aufgabe 3.) – in wenigen Sätzen, welche Form des Rechtsschutzes Ihrer Ansicht nach für Leo in Betracht kommt. Gehen Sie dabei davon aus, dass ein Widerspruchsverfahren im Bundesland X vorgesehen ist, jedoch erfolglos durchgeführt wurde. Auch hier brauchen Sie den Gutachtenstil nicht einzuhalten. **(5 Punkte)**

Da nach dem Bearbeiterhinweis von der erfolglosen Durchführung eines Widerspruchsverfahrens auszugehen ist, stellt sich die Frage, durch welche Klageart Leo Rechtsschutz gegen die Nebenbestimmung erlangen kann.

Nach der hier zu Aufgabe 3) vertretenen Auffassung stellt die Beseitigungsanordnung eine Auflage dar. In Aufgabe 4a) wurde bereits dargelegt, dass die einfache Handhabung und der Wortlaut des § 113 Absatz 1 Satz 1 VwGO

---

<sup>49</sup> So: Kopp/Schenke, Verwaltungsgerichtsordnung, 15. Auflage 2007, § 42 Rn. 22.

<sup>50</sup> Ähnlich: Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Auflage 2006, § 12 Rn. 25.

<sup>51</sup> So: Seidel/Reimer/Möstl, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Auflage 2005, S. 7.

für die Ansicht sprechen, nach der gegen alle Nebenbestimmungen grundsätzlich die Anfechtungsklage statthafter Rechtsbehelf ist.

Nach dieser Ansicht käme die Anfechtungsklage für Leo in Betracht, wenn nicht die isolierte Aufhebung der Beseitigungsanordnung mit Blick auf die restliche Regelung von vornherein und offensichtlich ausscheidet.<sup>52</sup>

Vorliegend spricht nichts dafür, dass die Baugenehmigung, als verbleibender „Rest“-Verwaltungsakt, offensichtlich rechtswidrig oder sinnlos wäre. Die Anfechtungsklage wäre für Leo somit das statthafte Rechtsschutzbegehren.

Ob die Beseitigungsanordnung (Nebenbestimmung) auch materiell von der Baugenehmigung (Grundverwaltungsakt) teilbar ist, ist nach der hier vertretenen Ansicht eine Frage der Begründetheit der Anfechtungsklage.

Für die Annahme materieller Teilbarkeit wird verlangt, dass der Grundverwaltungsakt auch ohne die Nebenbestimmung sinnvoller- und rechtmäßigerweise bestehen bleiben kann.<sup>53</sup> Demnach scheidet die materielle Teilbarkeit aus, wenn der Grundverwaltungsakt ohne die Nebenbestimmung keine selbstständige Bedeutung hat oder der Grundverwaltungsakt bei Wegfall der Nebenbestimmung einen anderen Sinn erhält oder rechtswidrig wird.<sup>54</sup> In diesen Fällen wäre die Anfechtungsklage als unbegründet abzuweisen.

Nach den hier vertretenen Rechtsauffassungen ist die Anfechtungsklage für Leo die richtige Form des Rechtsschutzes.

**Korrekturhinweis:** Bei der Beantwortung der Frage 4b) sind auch andere Lösungswege und Ergebnisse möglich. Die Bearbeiter haben ihre Entscheidung jedenfalls kurz zu begründen. Dabei ist zu beachten, dass es bei den Lösungen der Studenten zu den Aufgaben 4a) und 4b) zu Überschneidungen bzw. Verschiebungen kommen kann. So wird zum Beispiel die Argumentation zu Aufgabe 4b) bei denjenigen Bearbeitern kürzer ausfallen, die sich bereits im Rahmen der Aufgabe 4a) für eine der Auffassungen entschieden haben. Aus diesem Grund können auch die zu vergebenden Punkte bei der Korrektur verschoben werden.

---

<sup>52</sup> Vgl.: BVerwG, NVwZ 2001, S. 429.

<sup>53</sup> Vgl.: ErbGuth, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Auflage 2007, § 18 Rn. 17.

<sup>54</sup> Vgl.: Kopp/Schenke, Verwaltungsgerichtsordnung, 15. Auflage 2007, § 42 Rn. 24.

*Ausführungen zur Begründetheit der Anfechtungsklage wurden von den Bearbeitern nicht erwartet.*