

Abgestellt Lösungsvorschlag

© Klaus Grupp (Universität des Saarlandes) und Ulrich Stelkens (Deutsche Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer)

Bearbeitung für Hauptstadtfälle: Dominik Steiger, Jannik Bach
Stand der Bearbeitung: Februar 2017

Die Frage des „richtigen“ Rechtsschutzes gegen Nebenbestimmungen ist Gegenstand unzähliger Beiträge und Gerichtsentscheidungen. Ein Konsens zu den dieser Frage zu Grunde liegenden Kernproblemen ist nicht in Sicht.

- Die Falllösung folgt insoweit der Darstellung bei U. Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 36 Rn. 54 ff. und den dort vertretenen Auffassungen.
- In neuerer Zeit haben sich ferner folgende Beiträge mit der Thematik vertieft befasst (und vertreten wieder eigene Auffassungen): Bumke, in: Festschrift Battis, 2014, S. 177 ff.; Reimer, Die Verwaltung 45 (2012), 491 ff.
- Aus der jüngeren Rechtsprechung hat sich vertieft mit der Problematik auseinandergesetzt: OVG Bautzen, 1 A 389/12 v. 10.10.2012 = NuR 2013, 724 ff.; VGH Mannheim, 11 S 2077/13 v. 11.12.2013 = VBIBW 2014, 309 ff.
- Zu materiellen Anforderungen an einen Widerrufsvorbehalt: BVerwG, 6 C 37/14 v. 09.12.2015 = NVwZ 2016, 699 ff.

Die Klage *Heins* wird Erfolg haben, wenn sie zulässig und begründet ist.

A. Zulässigkeit

Die Klage *Heins* ist zulässig, wenn die Sachentscheidungsvoraussetzungen der §§ 40 ff. VwGO vorliegen.

Anmerkung: Für die Prüfung der Sachentscheidungsvoraussetzungen im Verwaltungsprozess siehe [diesen Hinweis](#).

I. Verwaltungsrechtsweg (§ 40 VwGO)

Eine aufdrängende Sonderzuweisung, die zur Zuständigkeit der Verwaltungsgerichtsbarkeit führen würde, ist nicht ersichtlich. Der Verwaltungsrechtsweg ist allgemein eröffnet, wenn eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art i. S. d. § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO vorliegt. Zunächst müssen die für die Streitentscheidung maßgeblichen Normen solche des öffentlichen Rechts sein. Es geht um die Rechtmäßigkeit der Regelung über den Abstellraum in der gemäß §§ 59 ff., § 71 BauO Bln zu erteilenden Baugenehmigung, sodass eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vorliegt. Es streiten darüber hinaus keine unmittelbar am Verfassungsleben beteiligten Parteien um die Auslegung von Verfassungsrecht. Es fehlt daher an der doppelten Verfassungsunmittelbarkeit, weshalb keine Streitigkeit verfassungsrechtlicher Art vorliegt. Es handelt sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfas-

sungsrechtlicher Art.

Der Verwaltungsrechtsweg ist somit eröffnet, eine abdrängende Sonderzuweisung nicht einschlägig.

II. Statthafte Klageart

Die statthafte Klageart richtet sich nach dem Begehren des Klägers, wie es sich nach verständiger Würdigung der Sach- und Rechtslage darstellt (vgl. § 88 VwGO), so dass das Rechtsschutzziel des Klägers zu ermitteln ist. *Hein* wendet sich hier dagegen, dass der ihm erteilten Baugenehmigung ein „Widerrufsvorbehalt“ für den Fall beigelegt wurde, dass er bis zur Aufnahme der Nutzung des Gebäudes zu Wohnzwecken nicht nachweisen kann, dass die nach § 48 Abs. 2 BauO Bln vorgesehenen Abstellräume eingerichtet wurden. Bei diesem „Widerrufsvorbehalt“ handelt es sich nach der insoweit eindeutigen Wortwahl um einen „Vorbehalt des Widerrufs“ i. S. d. § 36 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG i. V. m. § 1 Abs. 1 VwVfG Bln¹, also eine Nebenbestimmung, die dem „Hauptverwaltungsakt“², der Baugenehmigung nach § 71 BauO Bln, beigelegt wurde.

Anmerkung: Angesichts der eindeutigen Wortwahl in dem Bescheid („Widerrufsvorbehalt“) erscheinen nähere Ausführungen zu der Frage, ob es sich bei dem „Widerrufsvorbehalt“ nicht „in Wirklichkeit“ um eine Nebenbestimmung anderer Art oder eine sog. „modifizierende Auflage“³ handelt, überflüssig. Mehr als 35 Jahre nach Inkrafttreten des VwVfG ist anzunehmen, dass eine Nebenbestimmung entsprechend der in § 36 Abs. 2 VwVfG enthaltenen Legaldefinitionen gewollt ist, wenn sich die Behörde der Terminologie des § 36 Abs. 2 VwVfG bedient.⁴ Hier wird auch deutlich, dass das Vorhaben, so wie es beantragt worden ist, genehmigt wurde, nur dass zusätzlich noch Abstellräume nach § 48 Abs. 2 BauO Bln einzurichten waren, was nach Auffassung der Behörde offenbar nicht als Abweichung vom Bauantrag i. S. eines Aliuds, sondern als Konkretisierung „im Rahmen“ des Bauantrags zu verstehen war.⁵

Mit welcher Klageart der durch einen Verwaltungsakt Begünstigte Rechtsschutz gegen Nebenbestimmungen erreichen kann, die diesem Verwaltungsakt beigelegt sind, ist in Rechtsprechung und Literatur außerordentlich umstritten.⁶

1. Statthaftigkeit der „isolierten Anfechtungsklage“ gegen Nebenbestimmungen

Nach mittlerweile gefestigter Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts⁷ kön-

¹ Im Folgenden wird auf den Verweis auf das Berliner Landesrecht verzichtet.

² Zum Begriff *U. Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, § 36 Rn. 19.

³ Zum Begriff *U. Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, § 36 Rn. 96 ff.

⁴ *U. Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, § 36 Rn. 68.

⁵ Zur Abgrenzung zwischen Neben- und sogenannten „Inhaltsbestimmungen“: *U. Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, § 36 Rn. 99 ff.

⁶ Zum Folgenden zusammenfassend: *U. Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, § 36 Rn. 54 ff. Für die Landesverwaltungsverfahrensgesetze und andere Verwaltungsgesetze, die wie auch § 36 VwVfG Nebenbestimmungen vorsehen, gelten die Ausführungen entsprechend.

⁷ BVerwG, 3 C 136.79 v. 10.7.1980 = BVerwGE 60, 269, 274; BVerwG, 11 C 2.00 v. 22.11.2000 = BVerwGE 112, 221, 224; BVerwG, 11 A 4. 00 v. 22.11.2000, Abs. 30 = NVwZ 2001, 562, 563;

nen alle Nebenbestimmungen i. S. d. § 36 VwVfG mittels der Anfechtungsklage nach § 42 Abs. 1 Alt. 1 VwGO „isoliert“ angefochten werden.

a) Konzeption der „isolierten Anfechtungsklage“

Diese Auffassung geht davon aus, dass **Nebenbestimmungen „abtrennbare“ Bestandteile eines Verwaltungsakts** i. S. d. § 42 Abs. 1 Alt. 1 VwGO seien. Aus § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO, nach dem das stattgebende Anfechtungsurteil den Verwaltungsakt nur insoweit aufhebt, „soweit“ er rechtswidrig ist und den Kläger in seinen Rechten verletzt, folge, dass der Kläger nicht gezwungen sei, einen rechtswidrigen Verwaltungsakt insgesamt anzugreifen, sondern er sich darauf beschränken könne, nur gegen den Teil des Verwaltungsakts Rechtsschutz einzulegen, durch den er sich in seinen Rechten verletzt sehe.

Folgt man dem, hätte dies zur Konsequenz, dass im Falle der Begründetheit der Klage nur die Nebenbestimmung nach § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO aufgehoben würde, die Wirksamkeit des Hauptverwaltungsaktes hiervon jedoch unberührt bliebe. Im vorliegenden Fall würde dies bedeuten, dass das Gericht bei Klageerfolg ausschließlich den Widerrufsvorbehalt aufheben würde, so dass die Baugenehmigung im Ergebnis als ohne Widerrufsvorbehalt erlassen gelten würde. Im Ergebnis würde damit das **stattgebende Anfechtungsurteil nicht** – wie sonst – **nur kassatorisch, sondern „reformatorisch“** wirken, weil bei Klageerfolg nicht nur die Nebenbestimmung beseitigt, sondern auch der Hauptverwaltungsakt verändert würde. War die Baugenehmigung bisher nur unter den Vorbehalt des Widerrufs gestellt, ist sie nunmehr „unbedingt“. Der Verwaltung wird damit der Sache nach ein Verwaltungsakt (hier: die „unbedingte“ Baugenehmigung) „aufgedrängt“, den sie so (nämlich ohne Nebenbestimmung) gar nicht erlassen wollte.

b) Problem des „Aufdrängens“ eines anderen Hauptverwaltungsaktes

Gerade diese reformatorische Wirkung eines stattgebenden Anfechtungsurteils gegen Nebenbestimmungen mit seiner „Aufdrängungswirkung“ wird vielfach als nicht vertretbar angesehen. Diese Bedenken würden allerdings nur dann überzeugen, wenn dieses „Aufdrängen“ dazu führte, dass die Behörde nach gerichtlicher Aufhebung der Nebenbestimmung an den „reformierten“ Hauptverwaltungsakt unbedingt festgehalten wäre. Dies könnte aber nicht der Fall sein, wenn die Behörde den Hauptverwaltungsakt zumindest insoweit nach § 48 VwVfG (und den entsprechenden Bestimmungen) zurücknehmen könnte, wie sich die Rechtswidrigkeit der Nebenbestimmung auf die Rechtswidrigkeit des Hauptverwaltungsaktes auswirkt.

aa) Rechtmäßigkeit des Hauptverwaltungsaktes bei rechtswidrig beigefügter Nebenbestimmung

Eine (Teil-)Rücknahme des Hauptverwaltungsaktes nach § 48 Abs. 1 S. 1 VwVfG (und der entsprechenden Bestimmungen) setzt dabei zunächst voraus, dass der Hauptverwaltungsakt (auch nach Aufhebung der rechtswidrigen Nebenbestimmung durch das Gericht) rechtswidrig bleibt. Insoweit ist zwischen den unterschiedlichen Konstellationen des § 36 VwVfG (und der entsprechenden Bestimmungen) zu unterscheiden⁸:

BVerwG, 6 C 5.00 v. 13.12.2000 = BVerwGE 112, 263, 265; BVerwG, 3 C 39/06 v. 21.6.2007, Abs. 20 = NVwZ-RR 2007, 776.

⁸ Zum Folgenden *U. Stelkens*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 36 Rn. 21 ff.

- Soweit die Behörde zum Erlass des Hauptverwaltungsaktes ohne Nebenbestimmungen verpflichtet war (insbesondere wenn die Beifügung von Nebenbestimmungen nach § 36 Abs. 1 VwVfG unzulässig war), berührt die Rechtswidrigkeit der dem Hauptverwaltungsakt dennoch beigegebenen Nebenbestimmungen die Rechtmäßigkeit des Hauptverwaltungsaktes (ohne Nebenbestimmungen) nicht. In diesem Fall kommt daher eine Rücknahme des Hauptverwaltungsaktes nach gerichtlicher Aufhebung der rechtswidrigen Nebenbestimmung nicht in Betracht, so dass insofern von einem endgültigen „Aufdrängen“ des Hauptverwaltungsaktes zwar gesprochen werden kann, dies aber auch gerechtfertigt ist, da die gerichtliche Aufhebung der Nebenbestimmung letztlich nur zu dem führt, was die Behörde ohnehin von Anfang an (von sich aus) hätte erlassen müssen, nämlich zum nebenbestimmungsfreien Verwaltungsakt.
- Soweit der Behörde hinsichtlich des „Ob“ und des „Wie“ des Hauptverwaltungsaktes Ermessen eingeräumt ist (Fall des § 36 Abs. 1 Alt. 2 und Abs. 2 VwVfG), „infiziert“ dagegen die Rechtswidrigkeit auch nur einer Nebenbestimmung den Hauptverwaltungsakt, der damit ebenfalls insgesamt als rechtswidrig anzusehen ist. Denn das Gesetz geht hier von einer **einheitlichen Ermessensentscheidung** hinsichtlich der **Gesamtregelung** (Hauptverwaltungsakt mit Nebenbestimmungen) aus, die deshalb auch nur einheitlich als rechtswidrig oder rechtmäßig qualifiziert werden kann. Die Beifügung der rechtswidrigen Nebenbestimmung ist Ausdruck einer insgesamt fehlerhaften Ausübung der einheitlichen Ermessensentscheidung.⁹ Ist somit bei einem Verwaltungsakt, dessen Erlass im Ermessen der Behörde steht, (nur) eine Nebenbestimmung rechtswidrig, führt dies zur Rechtswidrigkeit der (verbleibenden) Gesamtregelung (Hauptverwaltungsakt sowie ggf. weiterer Nebenbestimmungen).

Anmerkung: Siehe hierzu auch den [„Sanitärer“-Fall](#). Dazu, dass der Erlass des Hauptverwaltungsaktes auch im Fall des § 36 Abs. 1 Alt. 2 VwVfG – anders als der Wortlaut des Gesetzes dies nahe zu legen scheint – im Ermessen der Behörde steht, siehe unten B.I.3.c.

- Soweit ein Anspruch auf den Verwaltungsakt nur „dem Grunde nach“ besteht, indem die Behörde zum Erlass eines begünstigenden Verwaltungsaktes verpflichtet wird, ihr aber Ermessen insoweit eingeräumt wird, dass sie ihn zu bestimmten Zwecken mit Nebenbestimmungen versehen kann (**Fall des § 36 Abs. 1 Alt. 1 VwVfG**), „infiziert“ die Rechtswidrigkeit der Nebenbestimmung den Hauptverwaltungsakt jedenfalls insoweit, wie das hierdurch begründete „Randermessen“ reicht; im Übrigen bleibt er rechtmäßig, so dass die Behörde den Verwaltungsakt auch nur soweit nach § 48 VwVfG zurücknehmen kann, wie die Verpflichtung zum Erlass des Hauptverwaltungsaktes „dem Grunde nach“ unberührt bleibt.

Soweit nach diesen Grundsätzen die Rechtswidrigkeit einer Nebenbestimmung den

⁹ So jetzt deutlich auch OVG Bautzen, 1 A 389/12 v. 10.10.2012, Abs. 20 = NuR 2013, 724, 725.

Hauptverwaltungsakt „infiziert“ hat, so dass auch dieser als rechtswidrig anzusehen ist, ändert sich demnach an der Rechtswidrigkeit des Hauptverwaltungsakts auch dann nichts, wenn die rechtswidrige Nebenbestimmung nachträglich gerichtlich aufgehoben wird.

bb) Möglichkeit der (Teil-)Rücknahme des Hauptverwaltungsaktes (unter Beifügung neuer Nebenbestimmungen)

Soweit der Hauptverwaltungsakt wegen der Rechtswidrigkeit der Nebenbestimmung selbst rechtswidrig ist, kann er von der Behörde unter den Voraussetzungen des § 48 VwVfG und der entsprechenden Bestimmungen zurückgenommen werden. Insoweit besteht grundsätzlich auch die Möglichkeit, den Hauptverwaltungsakt mit einer neuen Nebenbestimmung zu versehen, die die Rechtswidrigkeit des Hauptverwaltungsaktes beseitigt.¹⁰ Weil die Behörde mit dem Erlass der rechtswidrigen Nebenbestimmung deutlich gemacht hat, dass sie den Verwaltungsakt jedenfalls nicht ohne Nebenbestimmungen erlassen wollte, stehen **Vertrauensschutzgründe** in der Regel nicht entgegen.¹¹

cc) Ergebnis zu b)

Das Gericht könnte durch eine „isolierte Anfechtungsklage“ in den Verantwortungsbereich der Behörde eingreifen, was als Verstoß gegen das Gewaltenteilungsprinzip verstanden werden könnte. Der Behörde bleibt aber insbesondere die (teilweise) Aufhebung des Hauptverwaltungsakts nach § 48 VwVfG und den entsprechenden Bestimmungen. Sie kann also in jedem Fall entscheiden, ob sie dem Kläger eine rechtswidrige Begünstigung, die sie so nie gewähren wollte, belassen will oder ob die Folgen der gerichtlichen Aufhebung der (rechtswidrigen) Nebenbestimmung in einem weiterenungsverfahren auf Grundlage des § 48 VwVfG abgearbeitet werden sollen. Selbst wenn durch die „isolierte“ gerichtliche Aufhebung einer Nebenbestimmung nach § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO der Kläger im Ergebnis mehr erhält, als ihm dies die Behörde gewähren wollte, führt dies somit nicht dazu, dass der Behörde auf Dauer ein Verwaltungsakt „aufgedrängt“ würde, den sie so nie erlassen wollte. Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb die Behörde vor der so gerichtlich begründeten Entscheidungsobliegenheit geschützt werden müsste.¹²

c) Ergebnis zu 1.

Daher sprechen keine zwingenden Argumente gegen die Zulässigkeit einer „isolierten Anfechtungsklage“ gegen Nebenbestimmungen.

2. Statthaftigkeit (nur) der Verpflichtungsklage nach § 42 Abs. 1 Alt. 2 VwGO gerichtet auf Neuerlass des Hauptverwaltungsakts ohne (oder nur mit rechtmäßigen) Nebenbestimmungen?

Entgegen der neueren Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts wird in der Literatur dagegen vielfach angenommen, eine „isolierte Anfechtungsklage“ sei gegen alle Nebenbestimmungen i. S. d. § 36 Abs. 2 VwVfG ausgeschlossen, Rechtsschutz gegen Nebenbestimmungen könne also nur in der Form erreicht werden, dass mittels

¹⁰ Grundlegend insoweit *Pietzcker*, NVwZ 1995, 15, 19; ferner *U. Stelkens*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 36 Rn. 23, 36 ff. m.w.N.

¹¹ *U. Stelkens*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 36 Rn. 23.

¹² Näher *U. Stelkens*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 36 Rn. 62; wohl auch *Bumke*, in: Festschrift Battis, 2014, S. 177, 185 und 193; a.A. jetzt aber deutlich OVG Bautzen, 1 A 389/12 v. 10.10.2012, Abs. 20 = NuR 2013, 724, 725.

der Verpflichtungsklage ein Neuerlass des beantragten Verwaltungsaktes ohne die als rechtswidrig empfundene Nebenbestimmung erstritten werde.¹³

a) Gründe für die Annahme einer Verpflichtungsklage

Diese Auffassung fasst den Erlass eines begünstigenden Verwaltungsaktes mit Nebenbestimmung vor allem als (Teil-)Ablehnung des beantragten nebenbestimmungsfreien Verwaltungsaktes auf. Der durch den Verwaltungsakt Begünstigte erhalte weniger als er beantragt habe. Zur Durchsetzung der „Vollgewährung“ sei daher – wie auch sonst bei teilweiser Ablehnung eines beantragten Verwaltungsaktes – allein die Verpflichtungsklage nach § 42 Abs. 1 Alt. 2 VwGO statthaft. Hierdurch sei auch besser als nach der Auffassung, die von der Statthaftigkeit einer „isolierten Anfechtungsklage“ ausgehe (s. o. A.II.1.b) gewährleistet, dass der Behörde kein Verwaltungsakt aufgedrängt werde, den sie so nie erlasse wollte. Letztlich gestatte § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO nur eine kassatorische, keine „reformatorische“ Kassation, was durch eine entsprechende restriktive Auslegung des § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO sicherzustellen sei.

b) Problem des „Zur-Disposition-Stellens“ der bereits erhaltenen Begünstigung

Gegen diese Konstruktion wird hauptsächlich eingewandt, dass sie den Kläger unangemessen benachteilige. Könne Rechtsschutz gegen belastende Nebenbestimmungen nur durch eine Klage auf Neuerlass des beantragten Hauptverwaltungsaktes ohne Nebenbestimmungen erreicht werden, würde der Kläger gezwungen, die bereits erhaltene Begünstigung (Hauptverwaltungsakt mit nicht genehmten Nebenbestimmungen) insgesamt zur Disposition von Behörde und Gericht zu stellen. Er könne die bereits erhaltene Begünstigung auch nicht im laufenden Verfahren ausnutzen. Im vorliegenden Fall dürfte *Hein* etwa von der erhaltenen Baugenehmigung noch keinen Gebrauch machen, wenn er Verpflichtungsklage auf Neuerlass der Baugenehmigung ohne Widerrufsvorbehalt erhebt.¹⁴

Diese Annahme ist aber nur dann zutreffend, wenn vorausgesetzt wird, in dem Antrag auf Neuerlass eines Verwaltungsaktes sei zwingend der Antrag enthalten, auch die bereits (durch die gewährte Begünstigung) erhaltene Teilerfüllung des geltend gemachten Anspruchs vollständig aufzuheben. Der Umstand allein, dass der Begünstigte einen Verwaltungsakt ohne Nebenbestimmung will, rechtfertigt aber nicht die Aufhebung des bereits erhaltenen Verwaltungsaktes. Auch prozessrechtlich ist mit der Verpflichtungsklage nicht zwingend eine unselbständige Anfechtungsklage gegen den bereits erlassenen Verwaltungsakt verbunden, jedenfalls dann nicht, wenn der – hier gegebene – Fall der Teilgewährung bzw. der Gewährung eines aliud vorliegt. Damit beschränkt sich die bestandskrafthemmende Wirkung von Widerspruch und Verpflichtungsklage in diesen Fällen auch nur auf die in der Teilgewährung zugleich liegende Ablehnung einer „Vollgewährung“, nicht aber auf die Teilgewährung selbst, die – auch im laufenden Widerspruchs- und Gerichtsverfahren – von der Behörde (nur) unter den Voraussetzungen der §§ 48 ff. VwVfG (und damit unter Berücksichtigung des Vertrauensschutzes) aufgehoben werden kann. Der bereits erlassene Verwaltungsakt bleibt somit von der gerichtlichen Entscheidung – unabhängig vom Ausgang des Verfahrens – unberührt. Selbst wenn sich die Verpflichtungsklage

¹³ So z.B. *Fehn*, DÖV 1988, 202, 207 ff.; *Labrenz*, NVwZ 2007, 161, 164 ff.; *Stadie*, DVBl. 1991, 613 ff.

¹⁴ So etwa *Ruffert*, in: Erichsen/Ehlers, § 22 Rn. 18; *Schenke*, in: Festschrift Roellecke, 1997, S. 281, 297.

als unbegründet erweist, bleibt der Hauptverwaltungsakt also (mit Nebenbestimmungen) bestehen. Wird dagegen die Behörde nach § 113 Abs. 5 VwGO verpflichtet, den begehrten Verwaltungsakt ohne Nebenbestimmungen zu erteilen, erledigt sich der zunächst erlassene Verwaltungsakt auf „andere Weise“ nach § 43 Abs. 2 VwVfG, nachdem die Behörde dem nachgekommen ist.¹⁵

c) Ergebnis zu 2.

Damit können auch gegen die Annahme, Rechtsschutz gegen Nebenbestimmungen könne der hierdurch Belastete nur dadurch erreichen, dass er Verpflichtungsklage auf Neuerlass des Verwaltungsakts ohne Nebenbestimmungen erhebt, keine zwingenden Argumente angeführt werden.

3. Statthaftigkeit der „isolierten Anfechtungsklage“ nur bei bestimmten Nebenbestimmungen

Zudem kommt die „**traditionelle Auffassung**“ in Betracht, die als maßgeblich den Aufbau des § 36 Abs. 2 VwVfG zu Grunde legt, und nach der zwischen Bedingung, Befristung und Widerrufsvorbehalt einerseits und Auflage und Auflagenvorbehalt andererseits zu unterscheiden ist. Hiernach wäre gegen diejenigen Nebenbestimmungen, die mit dem Hauptverwaltungsakt nur „verbunden“ werden (Auflage und Auflagenvorbehalt), eine „isolierte Anfechtungsklage“ statthaft, während gegen diejenigen Nebenbestimmungen, „mit denen der Hauptverwaltungsakt erlassen“ wird (Bedingung, Befristung und Widerrufsvorbehalt), Rechtsschutz nur mittels der Verpflichtungsklage auf Neuerlass eines nebenbestimmungsfreien Verwaltungsakts erreicht werden könnte.¹⁶

4. Entscheidung

Jedoch vermag diese „historische“ Auslegung für sich allein auch nicht zu überzeugen. Maßgeblich für die Streitentscheidung ist vielmehr folgender Gesichtspunkt: Wird einem Verwaltungsakt nachträglich eine Nebenbestimmung hinzugefügt, wird gegen diesen Verwaltungsakt, der den ursprünglich nebenbestimmungsfreien Hauptverwaltungsakt verändert, nach allen Auffassungen die Anfechtungsklage für statthaft gehalten. Dies rechtfertigt auch bei Nebenbestimmungen, die dem Verwaltungsakt von Anfang an beigegeben werden, ungeachtet ihrer Rechtsnatur mit dem Bundesverwaltungsgericht die „isolierte Anfechtungsklage“ für statthaft zu erachten, weil so die statthafte Klageart gegenüber Nebenbestimmungen ungeachtet davon bestimmt werden kann, zu welchem Zeitpunkt sie dem Hauptverwaltungsakt beigegeben wurden.¹⁷

5. Ergebnis zu II.

Damit ist – mit dem Bundesverwaltungsgericht – davon auszugehen, dass der durch einen Verwaltungsakt Begünstigte Rechtsschutz gegen die diesem Verwaltungsakt beigelegte belastende Nebenbestimmung mittels Erhebung einer auf Aufhebung (nur) der für rechtswidrig erachteten Nebenbestimmung gerichteten (isolierten) Anfechtungsklage nach § 42 Abs. 1 Alt. 1 VwGO erreichen kann. Statthafte Klageart ist

¹⁵ Näher zum Ganzen m.w.N.: *Reimer*, Die Verwaltung 45 [2012], 491, 520 f.; *U. Stelkens*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 36 Rn. 58.

¹⁶ So z.B. *Axer*, Jura 2001, 748, 752 f.; *Happ*, in: Eyer mann, § 42 Rn. 45 ff.; *Kopp/Ramsauer*, § 36 Rn. 63 ff.; *Reimer*, Die Verwaltung 45 [2012], 491, 506 ff.

¹⁷ *U. Stelkens*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 36 Rn. 59.

also vorliegend die Anfechtungsklage gerichtet auf Aufhebung des Widerrufsvorbehalts, der der Baugenehmigung beigefügt ist.

Anmerkung: Eine vergleichbare Diskussion des offenbar unerschöpflichen Themas „Anfechtung von Nebenbestimmungen“ kann in der Klausur natürlich nicht erwartet werden. Angesichts der Uferlosigkeit des Streits und der Anzahl der ausgetauschten Argumente, ist allerdings auch schwer zu bestimmen, was eigentlich in diesem Zusammenhang vom Bearbeiter genau erwartet wird. Handelt es sich bei der angefochtenen Nebenbestimmung um eine Auflage oder einen Auflagenvorbehalt, dürfte ein kurzer Hinweis darauf genügen, dass nach ganz h. M. „jedenfalls“ Auflage und Auflagenvorbehalt „isoliert“ anfechtbar sind. Nimmt man hier, mit entsprechender Argumentation wohl noch vertretbar, die Statthaftigkeit der Verpflichtungsklage an, so wäre entsprechend weiterzuprüfen.

III. Klagebefugnis (§ 42 Abs. 2 VwGO)

Hein müsste geltend machen können, durch den angefochtenen Widerrufsvorbehalt in seinen Rechten verletzt zu sein. Dass ein einem begünstigenden Verwaltungsakt beigefügter Widerrufsvorbehalt den Begünstigten in seinen Rechten verletzt, ist letztlich nur vorstellbar, wenn der Begünstigte einen Anspruch auf eine (jedenfalls teilweise) nebenbestimmungsfreie Begünstigung hat.

Anmerkung: Auch wenn die angegriffene Nebenbestimmung den Kläger als Adressaten der Baugenehmigung „belastet“, lässt sich zur Begründung der Klagebefugnis hier kaum auf die sog. „Adressatentheorie“ (siehe hierzu [diesen Hinweis](#)) stützen, da Nebenbestimmungen materiellrechtlich eben nicht isoliert vom Hauptverwaltungsakt betrachtet werden können, sondern – auch wenn man Rechtsschutz mittels der „isolierten Anfechtungsklage“ gewährt – nur als Einschränkung der Erfüllung eines Anspruchs auf Erlass eines Hauptverwaltungsaktes Sinn machen.

Vorliegend könnte sich ein Anspruch auf Erteilung einer nebenbestimmungsfreien Baugenehmigung aus § 71 Abs. 1 S. 1 BauO Bln ergeben. Die Verletzung der Rechte des *Hein* durch die Versagung einer nebenbestimmungsfreien Baugenehmigung erscheint demnach möglich, so dass *Hein* auch klagebefugt ist.

Anmerkung: Falsch wäre es hier, die Klagebefugnis auf Art. 14 Abs. 1 GG zu stützen. Hieraus ergibt sich allenfalls ein Anspruch darauf, sein Grundstück bebauen zu können, nicht jedoch ein Anspruch gerade auf Erteilung einer Baugenehmigung: Dies zeigen deutlich die §§ 59 ff. BauO Bln, die nicht für jedes Bauvorhaben die Erteilung einer Baugenehmigung vorschreiben.

IV. Vorverfahren (§ 68 VwGO)

Das Vorverfahren nach § 68 Abs. 1 VwGO wurde form- und fristgerecht durchgeführt.

V. Passive Prozessführungsbefugnis (§ 78 VwGO)

Die Klage ist nach § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO gegen das Land Berlin als Behördenträger zu richten.

VI. Beteiligtenfähigkeit (§ 61 VwGO)

Der Kläger ist als natürliche Person nach § 61 Nr. 1 Var. 1 VwGO beteiligtenfähig. Die Beteiligtenfähigkeit des Landes Berlin ergibt sich aus § 61 Nr. 1 Var. 2 VwGO.

VII. Prozessfähigkeit (§ 62 VwGO)

Hein ist gemäß § 62 Abs. 1 Nr. 1 VwGO prozessfähig. Für das Land Berlin handelt gemäß § 62 Abs. 3 VwGO ein Vertreter.

VIII. Rechtsschutzbedürfnis

Auch wenn das Bundesverwaltungsgericht mittlerweile der Auffassung zuneigt, dass Rechtsschutz gegen Nebenbestimmungen aller Art mittels der „isolierten Anfechtungsklage“ zu suchen sei (s. o. A.II.1), nimmt es jedoch zugleich an, dass eine solche Anfechtungsklage dann wegen fehlenden Rechtsschutzbedürfnisses unzulässig sein müsse, wenn offensichtlich sei, dass der **Hauptverwaltungsakt** auch nach der gerichtlichen Aufhebung der belastenden Nebenbestimmung nach § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO **nicht rechtmäßigerweise bestehen könne**.¹⁸ Denn vor dem Hintergrund des Art. 20 Abs. 3 GG (Gesetzesbindung) könne es nicht sein, dass als Ergebnis eines verwaltungsgerichtlichen Prozesses rechtswidrige Zustände entstünden oder beibehalten würden,¹⁹ so dass für derartige Klagen das Rechtsschutzbedürfnis fehle. Soweit dem die Befürchtung zu Grunde liegen sollte, dass durch die gerichtliche Aufhebung einer Nebenbestimmung ein ursprünglich rechtmäßiger Verwaltungsakt rechtswidrig werden könnte, ist diese Befürchtung unbegründet, da nur eine gerichtliche Aufhebung rechtswidriger Nebenbestimmungen in Betracht kommt und kein Fall denkbar ist, in dem die gerichtliche Aufhebung einer rechtswidrigen Nebenbestimmung erst zur Rechtswidrigkeit des Hauptverwaltungsakts führt. Die Baugenehmigung als Hauptverwaltungsakt kann ohne Nebenbestimmung unproblematisch bestehen bleiben.

Möglich ist nur, dass die gerichtliche Aufhebung der rechtswidrigen Nebenbestimmung nicht zur Rechtmäßigkeit des Hauptverwaltungsakts führt (s. o. A.II.1.b.aa). Es ist aber nicht Aufgabe des Gerichts, über den Streitgegenstand der bei ihm anhängigen Klagen hinaus, für die Herstellung rechtmäßiger Verwaltungsakte zu sorgen.²⁰ Besteht keine allgemeine Verpflichtung der Verwaltung zur Herstellung rechtmäßiger Zustände, besteht auch keine Pflicht, einen rechtswidrigen Zustand nur vollständig zu beseitigen.²¹ Entsprechendes gilt, wenn der Kläger vom Gericht nur eine Teilbeseitigung eines rechtswidrigen Zustands verlangt. Folgt man der Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts zur Zulässigkeit der „isolierten Anfechtungsklage“, kann die Möglichkeit der Nichtbeseitigung unrechtmäßiger Hauptverwaltungsakte der gerichtlichen Aufhebung der Nebenbestimmung demnach dennoch nicht entgegenstehen.

Eine andere Frage ist, ob der Kläger durch eine rechtswidrige Nebenbestimmung auch dann in seinen Rechten verletzt werden kann, wenn der begünstigende Hauptverwaltungsakt seinerseits rechtswidrig ist und durch die Aufhebung der Nebenbe-

¹⁸ BVerwGE 81, 185, 186; BVerwG, 1 C 34.93 v. 19.3.1996 = BVerwGE 100, 335, 338; BVerwG, 11 C 2.00 v. 22.11.2000 = BVerwGE 112, 221, 224; BVerwG, 3 C 39/06 v. 21.6.2007, Abs. 20 = NVwZ-RR 2007, 776; BVerwG, 3 C 10/09 v. 19. 11. 2009, Abs. 23, 36 = NVwZ-RR 2010, 320; BVerwG, 3 C 19/09 v. 18.3.2010, Abs. 16 = NVwZ-RR 2010, 645.

¹⁹ Vgl. *Bumke*, in: *Festschrift Battis*, 2014, S. 177, 188; *Hufen/Bickenbach*, JuS 2004, 966, 967.

²⁰ *U. Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, § 36 Rn. 60 m.w.N.

²¹ *U. Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, § 36 Rn. 44.

stimmung auch nicht rechtmäßig wird (s. o. A.II.1.b.aa). Dies zu klären ist aber keine Frage des Rechtsschutzbedürfnisses, sondern der Begründetheit der Klage.

Es erscheint jedenfalls nicht ausgeschlossen, dass eine rechtswidrige Nebenbestimmung auch bei einem rechtswidrigen Hauptverwaltungsakt eine zusätzliche Beschwer darstellt.

Das Rechtsschutzbedürfnis liegt jedenfalls vor.

Anmerkung: Zutreffend stellt *Labrenz* (NVwZ 2007, 161, 162) fest, dass die geschilderte Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts dessen Rechtsprechung zur Statthaftigkeit der „isolierten Anfechtungsklage“ gegen Nebenbestimmungen in Frage stellt. Würde im vorliegenden Fall etwa *Hein* tatsächlich das Rechtsschutzbedürfnis für eine „isolierte Anfechtungsklage“ versagt, könnte dies vor dem Hintergrund des Art. 19 Abs. 4 GG nicht dazu führen, dass überhaupt kein Rechtsschutz gegen rechtswidrige Nebenbestimmungen gegeben wäre. Vielmehr müsste der Kläger dann auf die Erhebung einer Verpflichtungsklage, gerichtet auf Neuerlass eines rechtmäßigen Verwaltungsaktes ohne Nebenbestimmungen, verwiesen werden (so deutlich im Fall von OVG Bautzen, 1 A 389/12 v. 10.10.2012, Abs. 20 f. = NuR 2013, 724, 725). Hieraus schließt *Labrenz* dann allerdings, dass zutreffend allein die Auffassung sei, dass Rechtsschutz gegen rechtswidrige Nebenbestimmungen nur in Form einer Verpflichtungsklage, gerichtet auf Neuerlass eines nebenbestimmungsfreien Verwaltungsakts, möglich sei (s. o. A.II.2). Diese Argumentation ist aber nicht zwingend (wie hier auch *Hufen/Bickenbach*, JuS 2004, 966, 967 f.).

IX. Ergebnis zu A.

Da auch die Klagefrist des § 74 Abs. 1 VwGO und alle Förmlichkeiten eingehalten wurden, ist die Klage insgesamt zulässig.

B. Begründetheit

Die Klage ist begründet, soweit der der Baugenehmigung beigefügte Widerrufsvorbehalt (der alleiniger Gegenstand der „isolierten Anfechtungsklage“ ist) rechtswidrig ist und den Kläger in seinen Rechten verletzt (§ 113 Abs. 1 S. 1 VwGO).

I. Rechtswidrigkeit des Widerrufsvorbehalts

Zwar sieht § 71 Abs. 3 BauO Bln, der verschiedene Nebenbestimmungen benennt, keinen Widerrufsvorbehalt vor. Allerdings könnte sich aus § 67 Abs. 3 BauO Bln, der explizit einen Widerrufsvorbehalt für möglich hält, ergeben, dass ein solcher der Baugenehmigung beigefügt werden kann.²² Ob dies tatsächlich der Fall ist, oder ob die Norm einen anderen Fall im Blick hat, könnte aber dahinstehen, wenn der Widerrufsvorbehalt aus anderen Gründen bereits rechtswidrig ist. Mangels spezialgesetzlicher Regelung in der BauO Bln dürfte die Behörde nur dann einer Baugenehmigung nach § 71 BauO Bln einen Widerrufsvorbehalt i. S. d. § 36 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG beifügen, wenn die Voraussetzungen des § 36 Abs. 1 oder 2 VwVfG vorliegen. Da auf den Erlass einer Baugenehmigung ein Anspruch besteht, wenn die Vorschriften, die im bauaufsichtsrechtlichen Genehmigungsverfahren zu prüfen sind, dem Vorhaben

²² So jedenfalls *Wilke* u.a. (Hrsg.), Bauordnung für Berlin, Kommentar, 6. Aufl. 2012, § 71 Rn. 23.

nicht entgegenstehen (§ 71 Abs. 1 BauO Bln), kommt als Rechtsgrundlage für die Beifügung des Widerrufsverbahalts nur § 36 Abs. 1 Alt. 2 VwVfG in Betracht (Nebenbestimmungen zur Sicherung der gesetzlichen Voraussetzungen des Verwaltungsakts).

1. Formelle Rechtmäßigkeit

Für Nebenbestimmungen sind grundsätzlich dieselben Zuständigkeits-, Form- und Verfahrensvoraussetzungen zu erfüllen wie für den Hauptverwaltungsakt.²³ Hier war das Bezirksamt als Bauaufsichtsbehörde für die Baugenehmigung nach § 58 Abs. 1 BauO Bln, § 4 Abs. 2 AZG, § 2 Abs. 4 ASOG, Nr. 15 Abs. 1 ZustKat Ord **zuständig**. Hinsichtlich des Verwaltungsverfahrens ist zunächst festzustellen, dass die nach § 39 Abs. 1 VwVfG an sich für schriftliche Verwaltungsakte bestehende **Begründungspflicht** bei Baugenehmigungen nach § 71 Abs. 2 BauO Bln i. V. m. § 39 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG nicht besteht. Das Fehlen einer ausführlichen Begründung für den Widerrufsverbahalt ist damit unschädlich. Eine **Anhörung** hat vor Beifügung der Nebenbestimmung ebenfalls nicht stattgefunden. Allerdings sieht § 28 Abs. 1 VwVfG eine Anhörung nur vor Erlass eines Verwaltungsakts vor, der in Rechte des Betroffenen eingreift. Eine in der Beifügung einer belastenden Nebenbestimmung zu einem begünstigenden Verwaltungsakt zu sehende Teilablehnung der Begünstigung könnte zwar als „Eingriff“ in diesem Sinne verstanden werden.²⁴ Die Anhörung ist aber im Widerspruchsverfahren, zumindest im Rahmen der mündlichen Verhandlung vor dem Bezirksamt Pankow, nachgeholt worden, so dass die fehlende Anhörung nach § 45 Abs. 1 Nr. 3 VwVfG unbeachtlich ist, der Verfahrensfehler insoweit also jedenfalls geheilt wurde.

2. Bestimmtheit (§ 37 Abs. 1 VwVfG)

Auch Nebenbestimmungen müssen als Bestandteile der Hauptregelung selbst dem Bestimmtheitsgebot des § 37 Abs. 1 VwVfG entsprechen. Zunächst muss insoweit hinreichend bestimmt festgelegt werden, welche Art von Nebenbestimmung i. S. d. § 36 Abs. 2 VwVfG eingesetzt wurde, was hier durch die Bezeichnung als Widerrufsverbahalt unmissverständlich geschehen ist.²⁵ Bei Widerrufsverbahalten wird vielfach zudem als Bestimmtheitserfordernis verlangt, dass hinreichend deutlich werde, unter welchen Voraussetzungen ein Widerruf möglich sein solle.²⁶ Insoweit könnten hier Zweifel bestehen, weil sich der Widerrufsverbahalt letztlich nur darauf beschränkt, einen fehlenden Nachweis der Beachtung des § 48 Abs. 2 BauO Bln als Widerrufsgrund zu präzisieren, es *Hein* aber selbst überlässt, zu entscheiden, wie er der Pflicht des § 48 Abs. 2 BauO Bln nachkommen will. Verwaltungsakte, die vom Betroffenen ein bestimmtes Tun verlangen, sind aber i. d. R. dann zu unbestimmt, wenn lediglich der Gesetzestext wiederholt wird, also nicht genau auf den Sachverhalt bezogen konkretisiert wird, was ge- oder verboten ist.²⁷ Allerdings bestanden vorliegend offenbar verschiedene Möglichkeiten, der Pflicht des § 48 Abs. 2 BauO Bln nachzukommen. Zudem wird genau erläutert, wie die Behörde die Anforderungen des § 48 Abs. 2 BauO Bln im vorliegenden Fall versteht. Daher ist der Widerrufsverbahalt auch i. S. d. § 37 Abs. 1 VwVfG hinreichend bestimmt.

²³ U. Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 36 Rn. 25.

²⁴ Vgl. Kallerhoff, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 28 Rn. 26 ff.

²⁵ Vgl. U. Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 36 Rn. 27.

²⁶ U. Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 36 Rn. 79.

²⁷ U. Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 37 Rn. 31.

3. Materielle Rechtmäßigkeit

Damit fragt sich, ob die Beifügung des Widerrufsvorbehalts von § 36 Abs. 1 Alt. 2 VwVfG gedeckt ist. Dann müsste der Widerrufsvorbehalt sicherstellen, dass die gesetzlichen Voraussetzungen der Baugenehmigung erfüllt werden.

a) Genehmigungsbedürftigkeit des Vorhabens

Dies setzt zunächst voraus, dass das Vorhaben *Heins* nach den § 59 ff. BauO Bln überhaupt einer Baugenehmigung bedarf. Denn wenn die Behörde nur irrtümlich von der Genehmigungsbedürftigkeit eines Vorhabens ausgeht und der deshalb erteilten Genehmigung eine Nebenbestimmung beifügt, kann diese Nebenbestimmung nicht der Sicherung der gesetzlichen Voraussetzungen der Genehmigung i. S. d. § 36 Abs. 1 Alt. 2 VwVfG dienen, da es dieser nicht bedarf.²⁸

Bei dem von *Hein* geplanten Gebäude (eine bauliche Anlage i. S. d. § 2 Abs. 1 BauO Bln) handelt es sich jedoch nach dem Sachverhalt um ein (Wohn-)Gebäude der Gebäudeklasse 4 (§ 2 Abs. 3 Nr. 4 BauO Bln), so dass dessen Errichtung nach § 62 Abs. 1 und Abs. 2 BauO Bln grundsätzlich genehmigungsfrei gestellt ist. Die zuständige Bezirksstadträtin und somit die Bauaufsichtsbehörde hat aber nach § 62 Abs. 2 Nr. 3 BauO Bln erklärt, dass ein vereinfachtes Baugenehmigungsverfahren durchzuführen ist.

Es war demnach eine Baugenehmigung erforderlich.

b) Gesetzliche Voraussetzungen der Baugenehmigung

Die Baugenehmigung ist im vereinfachten Baugenehmigungsverfahren zu erteilen, wenn dem Vorhaben keine nach § 63 BauO Bln zu prüfenden Vorschriften entgegenstehen. Zu diesen Vorschriften gehören nur die Vorschriften des Bauplanungsrechts (§§ 29 ff. BauGB), beantragte Zulassungen von Abweichungen i. S. d. § 67 Abs. 1 und 2 S. 2 BauO Bln sowie die Einhaltung anderer öffentlich-rechtlicher Anforderungen, soweit wegen der Baugenehmigung eine Entscheidung nach anderen öffentlich-rechtlichen Vorschriften entfällt oder ersetzt wird.

Das Vorhaben *Heins* könnte der bauordnungsrechtlichen Vorschrift des § 48 Abs. 2 S. 1 BauO Bln widersprechen, nach der für Wohngebäude der Gebäudeklassen 3 bis 5 barrierefrei erreichbare und nutzbare Abstellräume für Rollstühle, Rollatoren, Kinderwagen und Fahrräder in ausreichender Größe sowie für jede Wohnung ein ausreichend großer Abstellraum herzustellen sind. Solche Abstellräume sind in dem Bauantrag von *Hein* nicht vorgesehen. Möglicherweise bedarf es aber für das Vorhaben keiner Abstellräume. So meint *Hein*, er bestehe keine Notwendigkeit eines solchen Abstellraums, da er ohnehin nur an wohlhabende dynamische Singles vermieten würde, die keine Kinder hätten und nicht auf Fahrräder und Rollstühle angewiesen seien. Die gesetzlichen Anforderungen für die Errichtung von Wohngebäuden hängen aber nicht von deren jeweiligen Bewohnern ab, zumal diese jederzeit wechseln oder sich auch deren Lebensumstände (freiwillig oder unfreiwillig) ändern können, ohne dass dies etwa den Vermieter zur Kündigung von Mietverhältnissen berechtigen würde (vgl. z. B. §§ 554a, 563 ff., 573 BGB). Auch steht gar nicht fest, ob es *Hein* gelingen wird, die von ihm angestrebte Mieterzusammensetzung auch zu erreichen (und ob er sie vor dem Hintergrund der §§ 1 ff. AGG überhaupt erreichen darf). Schließlich sind derartige Abstellräume nicht nur für die Hausbewohner selbst, sondern auch für deren Besucher gedacht. Es soll generell verhindert werden, dass

²⁸ VG Köln NVwZ 1985, 516.

Kinderwagen etc. im Hausflur stehen und deshalb – etwa im Brandfall – die Benutzung des Hausflurs erschweren. Die bauordnungsrechtlichen Vorschriften stehen nicht zur Disposition des Bauherrn.

§ 48 Abs. 2 BauO Bln wird demnach durch das Vorhaben *Heins* nicht entsprochen.

Die Norm ist aber grundsätzlich nicht vom Prüfungsumfang im vereinfachten Baugenehmigungsverfahren umfasst, sodass nach § 71 Abs. 1 S. 1 BauO Bln die Baugenehmigung (nebenbestimmungsfrei) zu erteilen gewesen wäre.

Nach § 71 Abs. 1 S. 3 BauO Bln darf die Bauaufsichtsbehörde den Bauantrag jedoch ablehnen, wenn das Bauvorhaben gegen sonstige öffentlich-rechtliche Vorschriften verstößt. § 48 Abs. 2 BauO Bln gehört als grundsätzlich im vereinfachten Baugenehmigungsverfahren nicht zu prüfende öffentlich-rechtliche Norm zu den sonstigen Vorschriften. Gleichwohl könnte § 71 Abs. 1 S. 3 BauO Bln nur auf offensichtliche Verstöße Anwendung finden, wofür bereits die Funktion der Norm als Kodifizierung der bisherigen Rechtsprechungslinie sprechen könnte.²⁹ *Hein* hat vorliegend jedoch gar keine Abstellräume geplant. Es wird also nicht etwa um die Größe oder Zugänglichkeit gestritten, sondern über deren generelle Notwendigkeit. Dass Räume nötig sind, ist aber, wie gezeigt, klar und der Verstoß bei deren gänzlicher Nichteinplanung somit offensichtlich. Ob es auf das Kriterium der Offensichtlichkeit ankommt, kann aufgrund des Vorliegens desselben daher dahinstehen.

c) Widerrufsvorbehalt als Nebenbestimmung zur Sicherstellung der Voraussetzungen der Baugenehmigung

Angesichts dessen hätte die Baugenehmigung nach § 71 Abs. 1 S. 3 BauO Bln abgelehnt werden können. Ein Widerrufsvorbehalt ist von der Norm nicht vorgesehen. § 36 Abs. 1 Alt. 2 VwVfG kann es jedoch der Behörde ermöglichen, den begehrten Verwaltungsakt zu erlassen, obwohl die gesetzlichen Voraussetzungen an sich noch nicht vorliegen, sofern durch Nebenbestimmungen als gegenüber einer Ablehnung milderem Mittel sichergestellt wird, dass die gesetzlichen Voraussetzungen des Verwaltungsakts in Zukunft erfüllt werden.³⁰ **§ 36 Abs. 1 Alt. 2 VwVfG ist deshalb sprachlich ungenau, weil in dieser Konstellation eigentlich noch gar kein Anspruch auf Erlass des begehrten Verwaltungsakts besteht.**³¹ Es steht aber im Ermessen der Behörde, ob sie den Verwaltungsakt wegen fehlender Erfüllung aller Anspruchsvoraussetzungen ablehnt oder ob sie ihn mit Nebenbestimmungen zur Sicherung der Anspruchsvoraussetzungen erlässt, wobei der Antragsteller jedoch nach der Rechtsprechung einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung hat und teilweise die Ablehnung eines Verwaltungsakts als unverhältnismäßig angesehen wird, wenn nur geringfügige Anspruchsvoraussetzungen als Ablehnungsgrund benutzt wurden, obwohl sie durch Nebenbestimmungen gesichert werden konnten.³² § 36 Abs. 1 Alt. 2 VwVfG **ermöglicht der Behörde jedoch keinen Verzicht auf Anspruchsvoraussetzungen**, auch wenn diese ihres Erachtens nach unwesentlich sind.³³ Daher ist es eine zweckwidrige (§ 40 Alt. 1 VwVfG) Ausübung des von § 36

²⁹ So jedenfalls *Siegel*, in: *Siegel/Waldhoff*, Öffentliches Recht für Berlin, 2. Aufl. 2017, Rn. 317 unter Verweis auf die Gesetzesbegründung (AH-Drs. 17/2713, S. 78).

³⁰ *Heitsch*, DÖV 2003, 367, 369.

³¹ *U. Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, § 36 Rn. 120.

³² BVerwG, 4 C 4.92 v. 18.2.1994 = BVerwGE 95, 123, 126.

³³ *U. Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, § 36 Rn. 124.

Abs. 1 Alt. 2 VwVfG eingeräumten Ermessens, wenn die Behörde eine Nebenbestimmung wählt, die das **Erfülltwerden der Anspruchsvoraussetzungen zum Zeitpunkt des Eintritts der Wirksamkeit des Verwaltungsakts** nicht sicherstellt, sondern zur Folge hat, dass die Behörde gleichsam in Vorleistung tritt, das Erfüllen der Anspruchsvoraussetzungen also nicht „Zug um Zug“ erfolgt. Insoweit ist das Auswahlermessen der Behörde eingeschränkt. Berücksichtigt die Behörde dies nicht, ist die Nebenbestimmung (und damit der Hauptverwaltungsakt) – weil nicht von der Ermächtigung des § 36 Abs. 1 Alt. 2 VwVfG gedeckt – rechtswidrig.³⁴

Vor diesem Hintergrund könnte ein **Widerrufsvorbehalt** i. S. d. § 36 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG **ungeeignet sein, die gesetzlichen Voraussetzungen eines Verwaltungsakts sicherzustellen**. Erlässt die Behörde einen Verwaltungsakt mit einem Widerrufsvorbehalt, der den Nachweis einer noch offenen Tatbestandsvoraussetzung sicherstellen soll, ist dieser Verwaltungsakt zum Zeitpunkt seiner Wirksamkeit rechtswidrig, da die noch offene Tatbestandsvoraussetzung eben erst nach Eintritt der Wirksamkeit erfüllt wird. Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit gebietet es aber der Behörde, nur rechtmäßige Verwaltungsakte zu erlassen, ohne dass Abstufungen nach der „Wesentlichkeit“ der noch offenen Voraussetzungen zulässig sind. Dem steht nicht entgegen, dass der Verwaltungsakt auf Grund des Widerrufsvorbehalts nach § 49 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 VwVfG widerrufen werden kann. Weil teilweise angenommen wird, dass ein Widerruf aus im Verhältnis zum Gegenstand des Hauptverwaltungsakts unwesentlichen Gründen als unverhältnismäßig angesehen wird und der Widerruf nur mit Wirkung *ex nunc* möglich ist, ist nicht durchgängig gewährleistet, dass die Ausübung des Widerrufs auf Grund des Widerrufsvorbehalts als ermessensgerecht eingestuft wird.³⁵

Anmerkung: Siehe hierzu auch den [„Sanitäter“-Fall](#).

Im vorliegenden Fall war daher jedenfalls die Beifügung eines Widerrufsvorbehalts ein ungeeignetes Mittel, um sicherzustellen, dass die noch offene Anspruchsvoraussetzung des § 48 Abs. 2 BauO Bln zum Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Baugenehmigung erfüllt wird.

Anmerkung: Trotz vergleichbarer Situation geht die Praxis davon aus, dass eine Auflage zur Sicherung der Anspruchsvoraussetzungen eines Verwaltungsaktes i. S. d. § 36 Abs. 1 Alt. 2 VwVfG dann ausreiche, wenn im Verhältnis zum Wert des „Anspruchsgegenstandes“ eher geringfügige Voraussetzungen fehlen und deshalb bereits die Widerrufsmöglichkeit nach § 49 Abs. 2 Nr. 2 VwVfG sicherstelle, dass der Begünstigte die Auflage erfüllen wird. Im Hinblick auf die Rechtsprechung zur Unverhältnismäßigkeit eines Widerrufs wegen Nichterfüllung „unwesentlicher“ Auflagen ist dies nicht unproblematisch.³⁶

d) Ergebnis zu 3.

Damit war die Beifügung des Widerrufsvorbehalts nicht von § 36 Abs. 1 Alt. 2 VwVfG gedeckt.

³⁴ U. Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 36 Rn. 126.

³⁵ Vgl. Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 49 Rn. 57.

³⁶ Vgl. U. Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 36 Rn. 128.

4. Ergebnis zu I.

Da andere Rechtsgrundlagen für die Beifügung des Widerrufsverbahalts nicht erkennbar sind, ist er somit materiell rechtswidrig. Ob sie überhaupt bei Baugenehmigungen in Betracht kommen kann (s. o. B.I), bedarf daher keiner Entscheidung.

II. Verletzung der Rechte des *Hein* durch den rechtswidrigen Widerrufsverbahalt

Damit die Klage begründet ist, müsste *Hein* aber durch den rechtswidrigen Widerrufsverbahalt auch in seinen Rechten verletzt sein (§ 113 Abs. 1 S. 1 VwGO). Dies könnte dann ausgeschlossen sein, wenn der Widerrufsverbahalt einem Verwaltungsakt beigefügt wurde, auf dessen (nebenbestimmungsfreien) Erlass der Begünstigte keinen Anspruch hatte und den die Behörde auch (ohne Nebenbestimmungen) gar nicht hätte erlassen dürfen. In diesem Fall wäre der Hauptverwaltungsakt letztlich unabhängig von den ihm beigefügten Nebenbestimmungen rechtswidrig. **Wer keinen Anspruch auf eine Begünstigung hat, könnte durch die nur teilweise Gewährung einer rechtswidrigen Begünstigung nicht in seinen Rechten verletzt sein.**³⁷

Die Anspruchsvoraussetzungen des § 71 Abs. 1 S. 1 BauO Bln waren nicht erfüllt (s. o. B.I.3.b), sodass *Hein* keinen Anspruch auf Erlass der beantragten Baugenehmigung hatte. Die Behörde hätte die Baugenehmigung in dieser Situation ohne Nebenbestimmungen erlassen dürfen, war aber gleichsam zur Versagung berechtigt (s. o. B.I.3.c). Indem die Behörde die mit Nebenbestimmung versehene Baugenehmigung erlassen hat, hat *Hein* etwas erhalten, auf das er so keinen Anspruch hatte.

Die fehlende Rechtsverletzung könnte sich aber auch aus weiteren Umständen ergeben. So war es der Behörde zwar möglich, im vereinfachten Baugenehmigungsverfahren dem *Hein* eine Baugenehmigung für sein Vorhaben zu erteilen. Gleichwohl hätte sie dann nach dessen Realisierung aufgrund der bauordnungsrechtlichen Illegalität (§ 48 BauO Bln ist nicht vom Prüfungsumfang erfasst, sodass keine dahingehende Genehmigungswirkung der Baugenehmigung eintreten kann) einschreiten müssen.

Hein hat demnach kein berechtigtes Interesse an dem Erhalt der uneingeschränkten Baugenehmigung im vereinfachten Verfahren.

Daher kann ihn der Umstand, dass er diese nicht erhalten hat, nicht in seinen Rechten verletzen.

III. Ergebnis zu B.

Der angegriffene Widerrufsverbahalt war somit zwar rechtswidrig, verletzte den Kläger aber nicht in seinen Rechten. Dementsprechend ist die „isolierte“ Anfechtungsklage gegen den Widerrufsverbahalt unbegründet.

C. Gesamtergebnis

Die Klage des *Hein* ist damit zwar zulässig, aber unbegründet und hat folglich keine Aussicht auf Erfolg.

³⁷ So *U. Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, § 36 Rn. 61; a.A. wohl *Hufen/Bickenbach*, JuS 2004, 966, 968.