

Prüfungsschema: Anspruch auf Baugenehmigung

1. Anspruchsgrundlage § 72 I HBauO

2. Genehmigungsbedürftigkeit

Grds.: §§ 59 I 1, 2 I HBauO

Ausn.: § 60 i.Vm. Anlage 2, §§ 64, 66 HBauO

3. Formelle Anspruchsvoraussetzungen

Antrag bei zuständiger Behörde; Verfahren

u. a. § 71 HBauO ggf. Beteiligung des Nachbarn

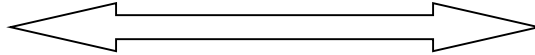
4. Materielle Anspruchsvoraussetzungen (Genehmigungsfähigkeit)

aa. Bauplanungsrecht

(1) § 29 BauGB

- (2) ↪ - § 30 BauGB Zulässigkeit eines Vorhabens im Bereich eines B-Plans
 ggf. Ausnahmen, Befreiungen, § 31 BauGB
- § 34 BauGB unbeplanter Innenbereich
 - § 35 BauGB Außenbereich
 - subsidiär: § 33 BauGB
- [nur in Flächenländern relevant: § 36 BauGB]

Bei der weiteren Prüfung zu differenzieren:



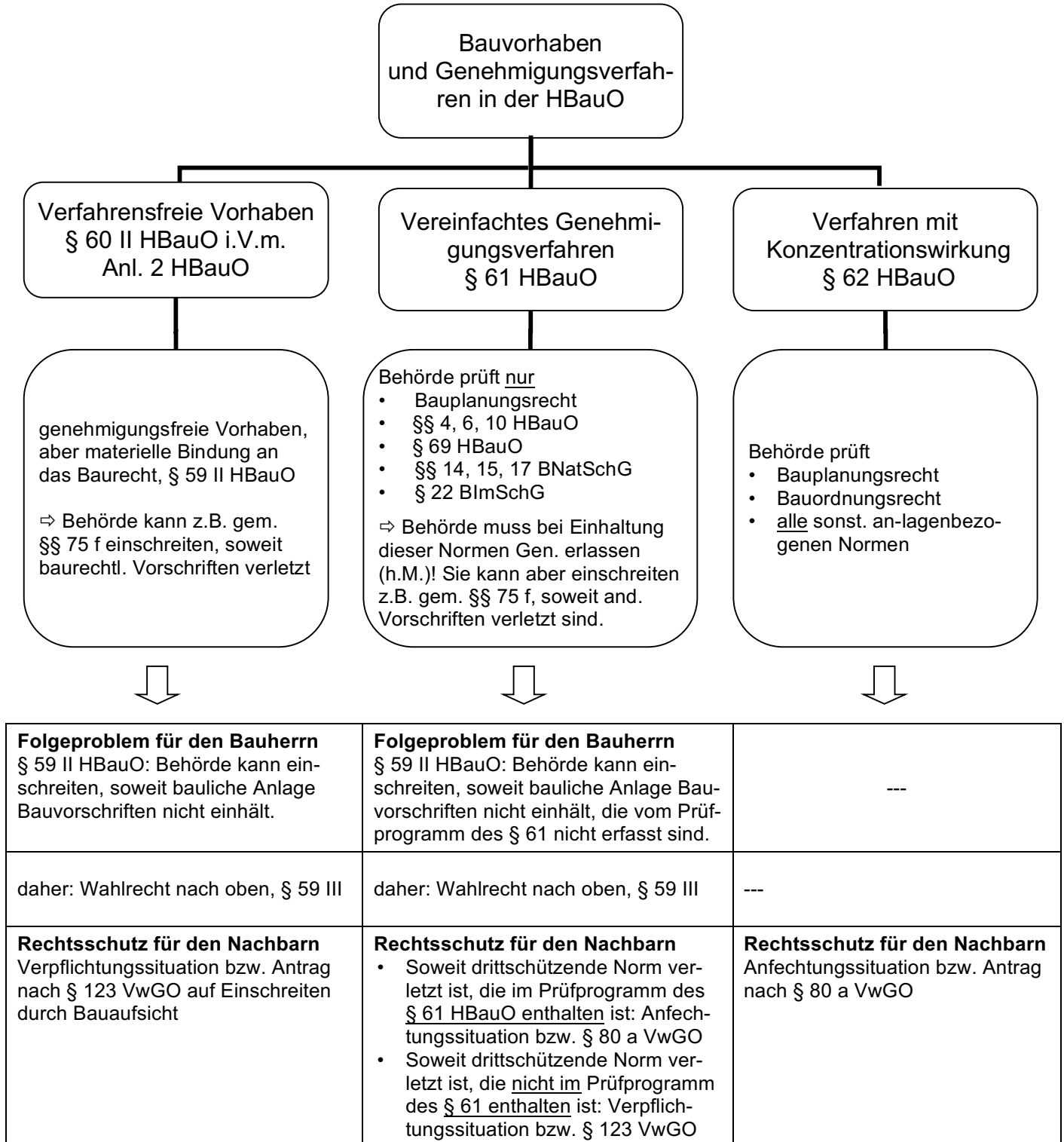
Baugenehmigung mit Konzentrationswirkung, § 62 HBauO	Baugenehmigung im vereinfachten Genehmigungsverfahren, § 61 HBauO
bb. Bauordnungsrecht <u>insbes.:</u> - § 12 HBauO, Verunstaltungsverbot - §§ 6 ff HBauO, Grenzabstände - §§ 48 ff HBauO, Stellplätze - § 69 HBauO, Abweichungen cc. Baunebenrecht <u>Alle anlagenbezogenen ö.-rechtl. Normen</u> (HWegG, BImSchG, NatSchG...) Konzentrationswirkung (!) § 72 II HBauO	bb. Bauordnungsrecht <u>nur:</u> - §§ 4, 6, 10 HBauO - § 69 HBauO, Abweichungen cc. Baunebenrecht <u>nur:</u> §§ 14, 15, 17 BNatSchG, § 22 BImSchG (in best. Fällen BBodSchG; Hafenentw.G) keine Konzentrationswirkung

5. Rechtsfolge

Grds.: Gebundene Entscheidung

Ausn.: Ermessen (z.B. § 31 I, II BauGB)

Die verschiedenen Bauvorhaben und Genehmigungsarten



Darüber hinaus bestehen noch:

- Zustimmungsverfahren, § 64 HBauO (öffentlich-rechtlicher Bauherr)
- Typengenehmigung, § 65 HBauO (Errichtung desselben Bautyps an mehreren Stellen)
- Genehmigung fliegender Bauten, § 66 HBauO (Zirkuszelte, Schaustellgeschäfte, etc.)

Bauordnungsmaßnahmen

Prüfungsschema: Rechtmäßigkeit einer Bauordnungsmaßnahme

I. Rechtsgrundlage

§ 75 bzw. § 76 HBauO

(ggf. auch spezialgesetzliche Rechtsgrundlagen z.B. § 61 HWegG; § 20 II BImSchG)

II. Formelle Rechtmäßigkeit

1. Zuständigkeit
2. Verfahren
3. Schriftform, elektronische Form, § 58 IV HBauO (Ausn.: § 75 I 3 HBauO)

III. Materielle Rechtmäßigkeit

1. Bauliche Anlage i.S.d. § 75 bzw. § 76 I HBauO i.V.m. § 2 I HBauO
2. Die weiteren Voraussetzungen ergeben je nach Intensität der Maßnahme aus dem VHM-Grundsatz:

Beseitigungsverfügung § 76 I 1 HBauO	Baueinstellungsverfügung § 75 I 1 HBauO	Nutzungsuntersagung § 76 I 2 HBauO
Formelle und materielle Baurechtswidrigkeit	Formelle oder materielle Baurechtswidrigkeit	Str.! e.A.: formelle und materielle ~ a.A.: formelle oder materielle ~ h.M.: formelle Baurechtswidrigkeit reicht; materielle ~ ist im Ermessen zu prüfen

3. Verantwortlichkeit des Adressaten §§ 53 ff HBauO (Rechtsnachfolger, 58 II HBauO)
4. Allgemeine Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen
 - a. Bestimmtheit (VA muss bestimmt sein)
 - b. Möglichkeit (Es muss der Person möglich sein, die Bauordnungsmaßnahme durchzuführen; insbes. probl. bei fehlender Duldungsverfügung an Dritte, z.B. Miteigentümer, dann Vollstreckungshindernis ⊕ aber VA bleibt rm. ⇒ Grund-VA (Abrissvfg.) ist rechtmäßig, eine etwaige Androhung der Ersatzvornahme ist aber rw., bis zum Erlass einer Duldungsvfg. an Dritten)
5. Ermessen

Definitionen

Formelle Baurechtswidrigkeit: Eine genehmigungsbedürftige bauliche Anlage existiert ohne Baugenehmigung (z.B. keine Baugenehmigung beantragt; anders als genehmigt gebaut; Baugenehmigung nichtig; Baugenehmigung wurde aufgehoben über §§ 48 f VwVfG).

Materielle Baurechtswidrigkeit: Eine bauliche Anlage ist jetzt nicht genehmigungsfähig und war es auch zu keinem früheren Zeitpunkt (str. ob 3 Monate erforderlich (h.M.) oder jurist. Sekunde reicht) nach ihrer Errichtung.

Übersicht über die wichtigsten drittschützenden Normen

Drittschützende Norm nach der (S) **Schutznormtheorie** zu bestimmen. Danach ist eine Norm drittschützend, soweit die Norm zumindest auch den Einzelnen als Teil eines hinreichend abgrenzbaren Personenkreises zu schützen beabsichtigt.

Zu differenzieren ist darüber hinaus, ob der Drittschutz **generell** (= unabhängig von tats. pers. Betroffenheit) oder **partiell** (= tats. individuelle Betroffenheit ist notwendig) wirkt, vgl. dazu unten.

I. Drittschutz aus dem Bauplanungsrecht

1. § 30 BauGB (generell)

- grds. drittschützend: Festsetzung über die **Art** der Nutzung §§ 2 ff BauNVO (Gebietsfestsetzungen; (S) **Gebietserhaltungsanspruch**), § 15 I 2 BauNVO; andere Festsetzungen nur, wenn sie auch dem Ausgleich der Nachbarinteressen dienen => bislang Maß der baulichen Nutzung nicht drittschützend ABER: Rspr-Wechsel durch „Wannsee“-Entscheidung? (BVerwG Urt. 9.8.2018 – 4 C 7/17): Festsetzungen über das **Maß** der baulichen Nutzung können drittschützend sein, wenn sie nach dem Planungskonzept Bestandteil eines wechselseitigen nachbarlichen Austauschverhältnisses sind
- Schutz auch über Gebot der Rücksichtnahme (= (S) **Gebietsprägungserhaltungsanspruch**, str.): Baul. Anlage, die grds. in dem Gebiet zulässig wäre, kann gem. § 15 I 1 BauNVO unzulässig sein, wenn das Gebiet etwa wg. Umfang oder Zweckbestimmung dadurch eine andere Prägung erhalten würde

2. § 31 I BauGB (partiell)

- bei Ausn. von nachbarschütz. Festsetzung des B-Plans / BauNVO (vgl. § 1 III 2 BauNVO)

3. § 31 II BauGB i.V.m. Gebot der Rücksichtnahme (partiell)

- „Würdigung nachbarlicher Interessen“

4. § 33 BauGB (partiell)

- nur nach Maßgabe der künftigen Festsetzungen im B-Plan

5. § 34 I BauGB ((S) diffuse Bebauung) i.V.m. Gebot der Rücksichtnahme (partiell)

- über „einfügen“ strahlt Gebot der Rücksichtnahme ein

6. § 34 II BauGB (generell)

- genereller Drittschutz über Gebietsfestsetzung, **arg.:** Vergleichbarkeit mit beplantem Baugebiet; Vertrauensschutz gegenüber Gebietsverfremdung; (S) bau- und bodenrechtl. Schicksalsgemeinschaft; (S) Gebietserhaltungsanspruch wie bei § 30 I BauGB (h.M.)

7. § 34 III a S. 1 BauGB (partiell)

- „nachbarliche Interessen“

8. § 35 I BauGB i.V.m. Gebot der Rücksichtnahme (partiell)

- nur ausnahmsweise, soweit geplantes Vorhaben die vorhandene Privilegierung beeinträchtigt

9. § 35 III BauGB (partiell)

- § 35 III 1 Nr. 3 BauGB
- Gebot der Rücksichtnahme als ungeschriebener „öffentlicher Belang“

10. § 36 BauGB – Drittschutz für die Gemeinde (partiell)

II. Drittschutz aus dem Bauordnungsrecht

§ 71 II, III HBauO zählt auf, welche Vorschriften nachbarschützende Wirkung haben und ist in Bezug auf den bauordnungsrechtlichen Nachbarschutz grundsätzlich abschließend.

Wichtig: Denkbar ist auch, dass sich aus § 76 I HBauO ein Anspruch auf Abrissverfügung ergeben kann, soweit die materielle Illegalität aus der Verletzung drittschützender Vorschriften resultiert.

III. Drittschutz aus sonstigen einfach-gesetzlichen Vorschriften

1. §§ 3 I, 5 I Nr. 1, 17 I 2 BImSchG bei genehmigungsbedürftigen Anlagen („Nachbarschaft“)
2. §§ 24, 22 I i.V.m. 3 I, 25 BImSchG bei nicht genehmigungsbed. Anlagen („schädliche Umwelteinwirkungen“)

Besonderheit: Hier sind als Nachbarn auch Mieter oder Pächter anzusehen, die sich im Einwirkungsbereich (weit zu verstehen) der Anlage befinden.

IV. Drittschutz aus Grundrechten

Art. 2 II GG, körperliche Unversehrtheit (idR aber von BImSchG oder and. einfach-gesetzl. Normen erfasst)

nicht: Art. 14 GG, nur verfassungskonforme Auslegung soweit möglich, Nachbarschutz nur dort, wo vom Gesetzgeber normiert, Gericht kann nicht „stellvertretend“ für Gesetzgeber auf Art. 14 I GG zurückgreifen.

Vgl. dazu umfassend: Schlömer/Hombert Verwaltungsrecht BT Hamburg Band II, S. 188 ff; Ramsauer JuS 2020, 385

Fall 3



Krieg um die Einfriedung

Unternehmer F ist Eigentümer eines im Außenbereich der Stadt Hamburg gelegenen Grundstücks. Der Senat hat für das betreffende Gelände beschlossen, einen Bebauungsplan aufzustellen und Eigentumswohnhäuser zuzulassen. Der Beschluss wurde ortsüblich bekanntgemacht, die Planungen befinden sich in einem fortgeschrittenen Stadium. F beantragt daher eine Baugenehmigung (Bauvorbescheid bzgl. aller bauplanungsrechtlichen Fragen) bei der zuständigen Behörde für ein Wohnhaus nebst Einfriedung. Das Grundstück des F ist durch eine Verbindungsstraße erschlossen, die Abwasserentsorgung ist gesichert. Eine schriftliche Erklärung, dass F die Festsetzungen des in der Aufstellung befindlichen Bebauungsplanes für sich und seine Rechtsnachfolger anerkennt, ist dem Bauantrag beigelegt.

Die zuständige Behörde erteilt die beantragte Baugenehmigung am 29. Januar. Daraufhin pflanzt F schon einmal Bäume und Sträucher und beginnt mit der Errichtung der zu deren Schutz in den Bauplänen vorgesehenen Einfriedung, bestehend aus Betonpfeilern und kunststoffummanteltem Maschendraht mit einer Höhe von 2,50 m.

In der Sitzung des Senats vom 2. April soll der Bebauungsplan als Rechtsverordnung beschlossen werden. Mittlerweile hat sich die Stimmung im Senat jedoch geändert, so dass statt dessen der Beschluss gefasst wird, einen Bebauungsplan aufzustellen, durch den das Gelände rechtmäßig als Sondergebiet „Campingplatzgebiet“ ausgewiesen wird. Eine Zulassung von Eigentumswohnhäusern oder Einfriedungen ist darin nicht mehr vorgesehen.

Am 23. Juli erhält F ein auf den 21. Juli datiertes Einschreiben von der zuständigen Behörde. Darin wird die Beseitigung der Einfriedung angeordnet; eine ordnungsgemäße Rechtsbehelfsbelehrung ist beigelegt. Begründet wird die Anordnung mit dem Fehlen einer Genehmigung für die Errichtung, ferner mit der Tatsache, dass einem Wohnhaus wegen seines Vorbildcharakters viele nachfolgen werden und im Übrigen das Gelände durch die Einfriedung zerschnitten wird.

F fragt sich, ob es nicht behördlicher Willkür gleichkomme, wenn ihm zuerst eine Baugenehmigung erteilt werde, er dann aber nicht bauen dürfe, wenn doch darin die allein fraglichen Gesichtspunkte bereits geklärt werden. Er beschließt daher, sich mit rechtlichen Mitteln gegen die Beseitigungsanordnung zu wehren.

In einem umfassenden Gutachten sind die Erfolgsaussichten möglicher Rechtsbehelfe zu untersuchen, dabei ist davon auszugehen, dass zum Zeitpunkt der Entscheidung der das Sondergebiet beinhaltende Bebauungsplan bereits erlassen ist.

Abwandlung:

Aufgrund eines Versehens in der von F beauftragten Rechtsanwaltskanzlei wird die Beseitigungsanordnung unanfechtbar. Nach erfolgloser Zwangsgeldbeitreibung wurde F mit Bescheid des Bezirksamts vom 02. August und der Fristsetzung bis 01. September auf die mögliche Ersatzvornahme hingewiesen.

In Ziff. II des Bescheides wurde folgendes angeordnet: „Für die Ersatzvornahme wird ein Kostenbetrag von vorläufig 2.500 Euro veranschlagt, der nach Fristablauf sofort fällig wird. Das Recht auf Nachforderung bleibt unberührt, wenn die Ersatzvornahme einen höheren Kostenaufwand verursacht“. Eine Rechtsbehelfsbelehrung war beigelegt. ../ 2

F hielt den Kostenvoranschlag für äußerst günstig. Da er sehr viel mehr hätte aufwenden müssen, falls er Arbeiter aus seinem eigenen Betrieb mit dem Abriss beauftragt hätte, legte F keinen Widerspruch gegen den Bescheid ein.

Mit einem an den F gerichteten Schreiben vom 01.10. kündigte das Bezirksamt die Durchführung der Ersatzvornahme an. Mit beiliegender Kostenverfügung vom 06.10. wurde der F „gebeten, den vorläufig veranschlagten Betrag in Höhe von 2.500 Euro binnen einer Woche zu entrichten“. Dem kam F nach und zahlte.

Das Bezirksamt beauftragte unmittelbar danach dasjenige von drei Bauunternehmen, welches das günstigste Angebot in Höhe von 3.750 Euro abgegeben hatte, mit der Beseitigung der Einfriedung. Bei der Durchführung der Arbeiten stellte sich heraus, dass die Betonpfeiler des Zaunes mit wuchtigen Betonsockeln versehen waren. Daraufhin gab das Bezirksamt die Anweisung, die Zaunpfeiler mitsamt den Betonsockeln freizulegen, die Pfeiler zu entfernen und die entstandenen Erdlöcher mit dem Betonschutt der zerkleinerten Betonsockel aufzufüllen. Die Zaunpfeiler sollten dann in den oberen Bereich des Grundstückes transportiert und dort gelagert werden.

Für diese Arbeiten stellte das beauftragte Unternehmen dem Bezirksamt einen über den Kostenvoranschlag hinausgehenden Betrag von 1.400 Euro, insgesamt also 5.150 Euro in Rechnung, was vor allem auf das aufwendige Zerkleinern der Fundamente mit Pressluftschlämmern und das Auffüllen der Erdlöcher mit dem hierdurch entstehenden Bauschutt zurückzuführen war.

Mit Kostenverfügung des Bezirksamts vom 27.10., ordnungsgemäß zugestellt am 30.10. wurde der F aufgefordert, den Restbetrag in Höhe von 2.650 Euro innerhalb einer Woche zu entrichten; eine Rechtsbehelfsbelehrung war nicht beigelegt.

F hält es für unangemessen, dass er jetzt noch einmal in Anspruch genommen wird. Ein befreundeter Beamter erklärt ihm allerdings, dass gegen die Kostenrechnung nichts unternommen werden könne, da diese rechtlich ohne Bedeutung sei. Im Übrigen sei es dem Bezirksamt unbenommen, die durch die Ersatzvornahme entstandenen höheren Kosten nachzufordern.

Die Erfolgsaussichten eines Widerspruchs sind in einem Gutachten zu untersuchen.

Zusatzfall:

H ist Eigentümer eines größeren unbebauten Grundstücks im Stadtteil G in Hamburg. Der dafür zuständige qualifizierte Bebauungsplan sieht ein „reines Wohngebiet“ vor. Ausnahmen enthält der Bebauungsplan nicht. H beschließt wegen des großen Mangels an Hotelbetten in Hamburg dort ein achtgeschossiges Hotel mit 350 Betten zu errichten. Er fragt an, ob das Hotel dort bauplanungsrechtlich zulässig wäre oder überhaupt Chancen bestünden, die planungsrechtliche „Hürde“ zu überwinden.

Baurecht - Fall 3

A. Zulässigkeit des Widerspruchs

I. § 40 I 1 VwGO analog ⊕

II. Statthaftigkeit des Wdpr.

Beseitigungsanordnung = VA

III. Wdspr.befugnis § 42 II analog

Art. 14, denkbar auch § 63 HBauO

IV. Frist § 70 VwGO

Einschreiben §§ 41 V VwVfG, 4 I VwZG

⇒ Ereignistag: 24.07.

(str. vwprozessuale oder vwverf.rechtl. Lsg.)

Fristbeginn: 25.07. 0:00 Uhr

Fristende: 24.08. 24:00 Uhr

↳ Wdspr. wäre zulässig

B. Begründetheit

Überprüfung von Recht- und Zweckmäßigkeit

⇒ Zeitpunkt der Wdspr.entscheidung maßgeblich

I. RGL § 76 I 1 HBauO

II. RM der Abrissverfügung

1. Formelle RM

Anhörung, § 28 VwVfG (-)

Heilung gem. § 45 I Nr. 3 VwVfG, h.M.

2. Materielle RM

a. bauliche Anlage §§ 76 I 1, 2 I HBauO ⊕

b. Formelle Illegalität

§ 63 HBauO gibt kein Recht zum Bauen

aber genehmigungspflichtig gem. § 60 II

HBauO iVm Anlage 2 Ziff. 6

↳ formell illegal

c. Materielle Illegalität

(-), falls 1. bereits errichtete bauliche Anlage

2. jetzt oder früher genehmigungsfähig

hier: (P) Bauplanungsrecht

aa. jetzt genehmigungsfähig? (-)

- jetzt B-Plan erlassen ⇒ §§ 29 S. 1, 30 I

Gen.fähigkeit (-)

bb. früher (z.Zt. der Einfriedung) gen.fähig?

gem. § 33, Vorhaben während Planaufstellg.

(1) § 33 nur anwendb., wenn §§ 30, 34 o. 35 (-)

§ 35 (-) wegen § 35 III Nr. 7

(2) Vorauss. von § 33 I BauGB ⊕

↳ Gen.fähigkeit gegeben

↳ passiver Bestandsschutz?

(P) Dauer mat. Legalität

OVG Lüneburg: jurist. Sekunde reicht ⇒ ⊕

h.M.: 3-Monatsfrist, vgl. § 75 VwGO ⇒ ⊕/(-)

aber (P) Bestandsschutz setzt **Fertigstellung**
voraus

hier: bauliche Anlage noch nicht
komplett errichtet

d. Ermessen hinsichtlich § 76 I 1 HBauO

⇒ volle Ermessensprüfung durch
Widerspruchsbehörde!

(P) Wirkung des Bauvorbescheides

h.M.: vorweggenommener Teil der Baugen.

= feststellender VA

arg. Vertrauensschutz / Rechtsklarheit

⇒ Bindung (+)

Beachte (!): aber evtl. konkludenter Widerruf
in Abrissvfg.?

§ 49 II Nr. 4 VwVfG?

Vorauss. (+)

⇒ Vorbescheid widerrufen!

⇒ F kann auch aus Vorbescheid keine Rechte
mehr herleiten.

Abrissverfügung ist auch darüber hinaus

zweckmäßig; F nicht schutzwürdig, weder

aus Vertrauensschutz noch aus Art. 14 GG.

⇒ VA ist rechtmäßig und zweckmäßig

↳ **Wdspr. zulässig aber unbegründet** ⊕

Abwandlung:

Widerspruch gegen die Kostenverfügung

A. Zulässigkeit

- I. Verwaltungsrechtsweg ⊕
- II. Statthaftigkeit VA-Begriff ⇒ ⊕
- III. Übrige Vorauss. ⊕

B. Begründetheit

EGL: §§ 13 I, 40 VwVG iVm VKO.

FRM Zuständigkeit ⊕

MRM

1. Kostengrund (Rechtmäßige Ersatzvorn.)

- wirksame HDU-Verfügung,
- Unanfechtbarkeit, § 3 III Nr. 1 VwVG
- Nichtvornahme des HDU,
- vertretbare Handlung § 13 I VwVG,
- Hinweis/Frist, § 8 VwVG.

⇒ fehlerhafte Prognose macht Anordnung der Ersatzvornahme mglw. rw,
hier aber: VA unanfechtbar und nicht nichtig
⇒ Kostengrund ⊕

2. Kostenhöhe, § 13 I VwVG

Nachforderung bei höherem Kostenaufwand
grds. zulässig

- Beseitigung der Betonfundamente ⊕
- Zerkleinern / Auffüllen der Löcher (-)

⇒ Widerspruch nur hinsichtlich der Kosten für
Zerkleinern und Auffüllung begründet

Zusatzfall

Bauplanungsrechtliche Zulässigkeit des Vorhabens

I. § 30 I BauGB

§ 1 III 2 BauNVO ⇒ BauNVO maßgeblich
hier: § 3 I, III Nr. 1 BauNVO ⇒ unzulässig

II. Ausnahme nach § 31 I BauGB

§ 3 III Nr. 1 BauNVO? (-), kein kleiner Betrieb

III. Befreiung nach § 31 II BauGB

zu diff.: Ausnahme ⇒ im B-Plan geregelt

Befreiung ⇒ im B-Plan nicht geregelt

ggf. § 31 III Nr. 1

aber Vereinbarkeit mit öff. Belangen (-)

⇒ **Vorhaben unzulässig**

Lösung Fall 3

Als Rechtsbehelf kommt ein Widerspruch gegen die Beseitigungsanordnung in Betracht. Dieser hat Aussicht auf Erfolg, wenn er zulässig und soweit er begründet ist.

A. Zulässigkeit des Widerspruchs

I. Verwaltungsrechtsweg, § 40 I VwGO

Der Verwaltungsrechtsweg müsste gemäß § 40 I 1 VwGO eröffnet sein. Die streitentscheidenden Normen sind hier solche des öffentlichen Baurechts, so dass nach der Sonderrechtstheorie eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vorliegt.

Auch nach der Subordinationstheorie liegt eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vor, da die Verwaltung hier dem F mit Befehl und Zwang und damit in einer klassisch hoheitlichen Funktion gegenübergetreten ist.

Auch die übrigen Voraussetzungen des § 40 I 1 VwGO sind erfüllt, somit ist der Verwaltungsrechtsweg eröffnet.

Anmerkung:

Bei einer Klage ist § 40 I VwGO wegen § 17 a GVG vor der Zulässigkeit zu prüfen. Anders dagegen beim Widerspruchsverfahren. Hier ist § 17 a GVG nicht anwendbar, so dass § 40 VwGO Zulässigkeitsvoraussetzung ist.

II. Statthaftigkeit des Widerspruchs

Der Widerspruch müsste statthaft sein. F wendet sich gegen die Beseitigungsanordnung vom 21.7., die einen Verwaltungsakt i.S.d. § 35 S. 1 HmbVwVfG darstellt. Statthafter Rechtsbehelf gemäß § 68 I 1 VwGO ist damit der Anfechtungswiderspruch.

III. Widerspruchsbefugnis, § 42 II VwGO analog

Durch die Beseitigungsanordnung könnte F als Adressat eines belastenden Verwaltungsakts möglicherweise in seinen Rechten aus dem Bauvorbescheid, aus § 72 I HBauO oder auch Art. 2 I und 14 I GG verletzt sein, so dass er analog § 42 II VwGO widerspruchsbefugt ist.

IV. Form und Frist, § 70 I VwGO

F müsste die Widerspruchsfrist einhalten, welche nach § 70 I VwGO einen Monat beträgt.

Da der Bescheid mittels eingeschriebenem Brief zur Post aufgegeben wurde, bestimmt sich der für die Fristberechnung maßgebliche Ereignistag über § 41 V HmbVwVfG und § 4 I VwZG.

Nach der demnach einschlägigen Drei-Tages-Fiktion ging der Bescheid dem F am 24.7. zu.

Hieran ändert auch die Tatsache, dass dem F das Schreiben tatsächlich schon am 23.7. zugegangen ist, nichts, da gemäß § 4 I 2. Hs. VwZG nur ein späterer Zugang relevant wäre.

Die Frist begann demzufolge gemäß §§ 79 i.V.m. 31 I HmbVwVfG und § 187 I BGB mit Beginn des 25.7. und endet gemäß § 188 II BGB mit dem Ablauf des 24.8. Wenn man nicht auf den Charakter des Widerspruchsverfahrens als Verwaltungsverfahren abstellen will, sondern auf seine Eigenschaft als Vorschaltrechtsbehelf, ergibt sich die gleiche Rechtsfolge über § 57 II VwGO i.V.m. § 222 I ZPO. Die Frist endet mit Ablauf des 24.8.

Bis dahin müsste der Widerspruch des F in der Form des § 70 I VwGO eingelegt werden.

B. Begründetheit des Widerspruchs

Der Widerspruch ist begründet, soweit der Bescheid rechtswidrig und der Widersprechende dadurch in seinen Rechten verletzt ist oder der Bescheid unzumutbar ist und der Widersprechende dadurch in seinen Interessen verletzt ist.

Anmerkung:

Beachten Sie, dass Sie zur Zweckmäßigkeit nur etwas schreiben dürfen, soweit Sie auch einen Ermessens-VA überprüfen. Auf die Zweckmäßigkeit ist in Klausuren regelmäßig kaum einzugehen. In der Praxis wird die Widerspruchsbehörde sich auf § 113 I VwGO analog stützen, wenn sie aus Rechtsgründen den Ausgangsbescheid aufhebt. Tut sie dies nur aus Zweckmäßigkeitsgründen, muss sie sich auf § 68 I 1 VwGO berufen.

I. Rechtsgrundlage

Die Beseitigungsanordnung könnte auf § 76 I 1 HBauO gestützt werden.

Anmerkung:

Im Widerspruchsverfahren stellt sich nicht die Frage, auf welchen Zeitpunkt die Entscheidung über die Rechtmäßigkeit abstellen muss; hier ist dies immer die Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt der Widerspruchsentscheidung. Anders ist dies aber im Klageverfahren. Bei Anfechtungsklagen ist regelmäßig auf die letzte Verwaltungsentscheidung abzustellen, also den Widerspruchsbescheid. Entscheidend ist aber jeweils das materielle Recht. Bei Verwaltungsakten mit Dauerwirkung und bei Verwaltungsakten, die wegen erst späteren Vollzugs sich ständig aktualisierende Entscheidungen enthalten, muss in der Anfechtungssituation grundsätzlich auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung abgestellt werden. Klassisches Beispiel ist die bauaufsichtliche

Beseitigungsanordnung: Da diese nur bei materiell illegalen Bauten in Betracht kommt, ist es entscheidend, dass der Bau zu keinem Zeitpunkt legal ist oder war. Bei späterer Legalisierung des Baues kann an der einmal ergangenen Anordnung nicht festgehalten werden.

II. Formelle Rechtmäßigkeit

Gehandelt hat laut Sachverhalt die zuständige Behörde.

Eine nach § 28 I HmbVwVfG grundsätzlich erforderliche Anhörung wurde nicht durchgeführt; dieser Fehler kann aber im Verlauf des Widerspruchsverfahrens gemäß § 45 I Ziff. 3 HmbVwVfG geheilt werden. Dies ist bereits mit der sachlichen Würdigung des Widerspruchs anzunehmen.

Ansonsten ergeben sich keine Bedenken gegen die formelle Rechtmäßigkeit der Beseitigungsanordnung.

III. Materielle Rechtmäßigkeit

Es müssten die Voraussetzungen des § 76 I 1 HBauO vorliegen, also zunächst eine bauliche Anlage im Sinne dieser Vorschrift, die im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften steht; ferner dürfen nicht auf andere Weise rechtmäßige Zustände geschaffen werden können und die Beseitigungsanordnung müsste innerhalb des pflichtgemäßen Ermessens liegen, § 40 HmbVwVfG.

1. Anlage gemäß § 76 I 1 HBauO

§ 76 I 1 HBauO erfordert nicht zwingend das Vorliegen einer genehmigungsbedürftigen Anlage, ausreichend ist eine gemäß § 2 I HBauO bauaufsichtlich relevante Anlage.

Hier stellt die Einfriedung eine bauliche Anlage im Sinne des § 2 I HBauO dar.

2. Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften

Diese Anlage müsste im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften errichtet worden sein. Dabei ist zwischen formeller und materieller Rechtswidrigkeit (sogenannte Illegalität) zu unterscheiden.

a) Formelle Illegalität

Die Einfriedungen könnten formell illegal sein, denn eine Baugenehmigung nach § 72 I HBauO lag nicht vor.

Fraglich ist aber, ob sich eine Genehmigungswirkung aus der dem F erteilten Bebauungsgenehmigung für sein Wohnhaus nebst Einfriedung ergibt.

Bei der Bebauungsgenehmigung handelt es sich um einen Unterfall des Bauvorbescheids, bei dem nur die bauplanungsrechtliche Ge-

nehmigungsfähigkeit eines Vorhabens festgestellt wird.

Der Vorbescheid nach § 63 HBauO ist jedoch ein ausschließlich feststellender, nicht hingegen gestattender Verwaltungsakt. Durch ihn wird der Bau an sich noch nicht - auch nicht teilweise - rechtmäßig, denn es darf noch nicht mit der Ausführung des Vorhabens begonnen werden. Eine Genehmigung liegt daher nicht vor.

Die Einfriedung könnte nach § 60 II HBauO i.V.m. Ziff. 6 Anlage 2 zur HBauO genehmigungsfrei sein. Es greift aber keine der dort aufgeführten Ausnahmen ein, so dass die Anlage genehmigungsbedürftig ist.

Damit war die Errichtung der Einfriedung formell baurechtswidrig (sogenannte formelle Illegalität).

b) Materielle Illegalität

Weiterhin ist für die Beseitigungsanordnung die gegenwärtige materielle Baurechtswidrigkeit (sogenannte materielle Illegalität) nötig. Denn das in § 76 I 1 2. Hs. HBauO konkretisierte Gebot der Verhältnismäßigkeit erfordert, dass ein so schwerwiegender Eingriff wie die Baubeseitigungsanordnung unterbleibt, wenn auf andere Weise rechtmäßige Zustände hergestellt werden können.

Dies ist bei einer genehmigungspflichtigen baulichen Anlage der Fall, wenn sie derzeit oder zu irgend einem Zeitpunkt ihres Bestandes genehmigungsfähig ist, da dann auf einen entsprechenden Antrag des Bauherrn hin eine Genehmigung erteilt werden kann bzw. hätte erteilt werden können.¹

Anmerkung:

Im Rahmen von § 76 HBauO ergibt sich oft ein Problem des sogenannten passiven Bestandsschutzes. War die Anlage zu einem früheren Zeitpunkt ihres Bestandes mit dem materiellen Recht vereinbar, so kann sie nicht beseitigt werden. Allerdings ist sie derzeit - aufgrund zwischenzeitlicher Rechtsänderungen - nicht mehr genehmigungsfähig. Dann kann nicht eine rechtswidrige Genehmigung erteilt werden! Vielmehr ist der Bau behördlich zu dulden.

Voraussetzung für die Erteilung der Baugenehmigung wäre allerdings die materielle Rechtmäßigkeit der Anlage, das heißt deren Übereinstimmung mit öffentlich-rechtlichen Vorschriften. Hier kommen allein bauplanungsrechtliche Bedenken gegen das Vorhaben des F in Betracht.

¹ Vgl. zum Ganzen: Hoffmann-Riem/Koch, Hamburgisches Staats- und Verwaltungsrecht, S. 30 ff.

aa) Gegenwärtige Rechtmäßigkeit des Vorhabens?

Nach dem Bearbeitervermerk ist davon auszugehen, dass der Bebauungsplan mittlerweile erlassen worden ist.

Damit richtet sich die Zulässigkeit des Vorhabens gem. § 30 I BauGB nach diesem Bebauungsplan, der laut Sachverhalt ein Sondergebiet „Campingplatzgebiet“ nach § 10 I BauNVO ausweist. Der Plan sieht aber weder die Errichtung von Eigentumswohnhäusern noch von genehmigungspflichtigen Einfriedungen vor.

Insoweit besteht heute kein materiell legaler Zustand.

bb) Frühere Rechtmäßigkeit des Vorhabens?

Nach den oben dargestellten Überlegungen ist aber auch die Rechtslage zum Zeitpunkt der Einfriedung zu berücksichtigen. Die Zulässigkeit des Vorhabens könnte sich vorliegend aus § 33 I BauGB ergeben. Zur Zeit der Errichtung der Einfriedung befanden sich die Planungen für das damals noch vorgesehene Wohngebiet in einem fortgeschrittenen Stadium.

In Betracht käme daher eine Zulässigkeit nach § 33 I BauGB. Das setzt aber voraus, dass das Vorhaben nicht schon nach §§ 30, 34 oder 35 BauGB zulässig ist, denn auch während eines Planaufstellungsverfahrens gilt grundsätzlich der alte Rechtszustand fort; § 33 BauGB ist demgegenüber subsidiär. Dies kann die Stadt nur durch den Erlass einer Veränderungssperre (§ 14 BauGB) ändern oder sie muss eine Zurückstellung des Baugesuchs des F beantragen (§ 15 BauGB). Daher ist zunächst zu prüfen, ob das Vorhaben nicht schon nach §§ 30, 34 oder § 35 BauGB zulässig ist.

Ein qualifizierter Bebauungsplan i.S.d. § 30 I BauGB lag zum damaligen Zeitpunkt noch nicht vor.

Auch ist von dem Vorliegen eines im Zusammenhang bebauten Ortsteils gemäß § 34 I BauGB nicht auszugehen. Vielmehr handelt es sich um ein Grundstück im Außenbereich nach § 35 BauGB. Fraglich ist dann aber, ob es sich um ein privilegiertes Vorhaben nach § 35 I BauGB handelt.

Eine Privilegierung scheidet für das Wohnhaus aus. Daher kommt eine Genehmigungsfähigkeit nur im Rahmen von § 35 II BauGB als sogenanntes nichtprivilegiertes Vorhaben in Betracht.

Diese hängt davon ab, ob gemäß § 35 II BauGB öffentliche Belange durch das Vorhaben beeinträchtigt werden. Dies dürfte im Hinblick auf den Zweck des § 35 BauGB, den Außenbereich grundsätzlich von der Bebauung

freizuhalten, der Fall sein; bei Wohnhäusern ist in der Regel die Entstehung oder Verfestigung einer Splittersiedlung zu erwarten (vergleiche § 35 III Nr. 7 BauGB).

Eine Splittersiedlung ist eine zusammenhangslose oder aus anderen Gründen unorganische Streubebauung²; sie ist vor allem deswegen unerwünscht, weil sich deren Ansprüche i.d.R. nicht befriedigen lassen³.

Nichts anderes kann für die Einfriedung selbst gelten, die - isoliert betrachtet - darüber hinaus die natürliche Eigenart der Landschaft beeinträchtigen dürfte (vergleiche § 35 III Nr. 5 BauGB). Darauf, ob die Erschließung gesichert ist, kommt es also nicht mehr an.

Eine Genehmigungsfähigkeit nach § 35 BauGB scheidet mithin ebenfalls aus.

Die Zulassung könnte sich daher nur nach § 33 I BauGB richten.

(1) Voraussetzungen des § 33 I BauGB?

Daher kommt es für die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit auf § 33 BauGB an. In dieser Vorschrift wird zwischen formeller und materieller (Absatz 1) und nur materieller Planreife (Absatz 2) unterschieden. Im ersten Fall besteht ein Anspruch auf die Baugenehmigung, während im zweiten Fall diese lediglich nach pflichtgemäßem Ermessen zu erteilen ist. Vorliegend ist sowohl von formeller und materieller Planreife auszugehen, weil der Aufstellungsbeschluss sowie die Voraussetzungen des § 33 I Nr. 1 BauGB erfüllt sind und eine sichere Erwartung bezüglich des konkreten Inhalts des zu erwartenden Bebauungsplanes bestand. Nach dem Sachverhalt waren die damaligen Planungen schon weit vorangekommen.

Weiterhin hat F auch nach § 33 I Nr. 3 BauGB die Festsetzungen des künftigen Bebauungsplanes für sich und seine Rechtsnachfolger anerkannt. Zudem ist die Erschließung des Grundstücks gesichert, vergleiche § 33 I Nr. 4 BauGB.

Damit war das Vorhaben zu diesem Zeitpunkt genehmigungsfähig. Daran ändert auch der Umstand, dass nachfolgend der Bebauungsplanentschluss geändert wurde, nichts. Die Reichweite der Anerkennung, die F nach § 33 I Nr. 3 BauGB ausgesprochen hat, muss nämlich im Zusammenhang mit dem Begriff der materiellen Planreife des § 33 I Nr. 2 BauGB gesehen werden. Die Zulässigkeit eines Vorhabens nach § 33 I BauGB setzt stets voraus, dass nicht nur die groben Züge einer künftigen Bauleitplanung ersichtlich sind, sondern letztlich inhaltlich der Bebauungsplan als

² BVerwG, BauR 1976, 344.

³ Battis/Krautzberger, § 35, Rn. 67.

solcher bereits fertig ist und lediglich noch letzte formelle Hürden zu nehmen sind. Dann entsteht aber auch ein - zumindest teilweise - schutzwürdiges Vertrauen auf gerade diesen zukünftigen Bebauungsplan. Wenn dann aber doch noch - wie im vorliegenden Fall - der Bebauungsplan gänzlich umgeworfen wird, so ist dies von dem nach § 33 I Nr. 3 BauGB ausgesprochenen Anerkenntnis keinesfalls mehr umfasst. In diesem Fall kann der einmal entstandene und schon umgesetzte Anspruch auf Baugenehmigung (Bestandsschutz!) nicht mehr entfallen.

Anmerkung:

Anders kann dies allerdings bei § 33 II BauGB sein, denn bei lediglich materieller Planreife besteht kein Anspruch auf die Baugenehmigung, sondern nur ein Anspruch auf fehlerfreies Ermessen.

Das Vorhaben des F war damit nach damaliger Rechtslage für eine kurze Zeit bauplanungsrechtlich zulässig und somit genehmigungsfähig.

(2) Voraussetzungen des Bestandsschutzes

Die Tatsache allein, dass das Vorhaben zu irgendeinem früheren Zeitpunkt materiell rechtmäßig war, besagt aber noch nicht, dass die bauliche Anlage automatisch auch Bestandsschutz genießt.⁴ Dazu müssen vielmehr weitere Voraussetzungen hinzukommen: Wichtig ist dabei zunächst, dass der vorhandene Bestand auch *funktionsgerecht nutzbar* ist, das heißt idR fertiggestellt ist, da Art. 14 GG nicht den unfertigen Teil eines Vorhabens schützt. Ferner muss der bereits errichtete Bau für einen *nicht ganz unwesentlichen Zeitraum* in Einklang mit dem materiellen Bauplanungsrecht gestanden haben.⁵ Genaue Angaben darüber, wann F mit der Errichtung begonnen hat, lassen sich dem Sachverhalt nicht entnehmen. Zwischen Erhalt des Vorbescheides und dem Aufstellungsbeschluss des geänderten Bebauungsplans lagen jedoch nur zwei Monate. Zudem war die Errichtung des Gesamtvorhabens noch gar nicht abgeschlossen. Zwar wird beim Bestandsschutz auf die fertige Nutzbarkeit der zu beseitigenden Anlage abgestellt (hier die Einfriedung), die schon komplett fertiggestellt war; angesichts der untergeordneten Bedeutung der Einfriedung im Hinblick auf das Gesamtvorhaben, erscheint es jedoch gerechtfertigt hier auf das gesamte Vorhaben abzustellen (a.A. vertretbar). Somit bestand noch keine fertige funktionsgerechte Nutzbarkeit.

F kann sich daher nicht auf Bestandsschutz berufen.

c) Ermessen hinsichtlich § 76 I 1 HBauO

Fraglich ist, ob die Beseitigungsverfügung auch zweckmäßig ist. Denkbar ist, dass die Behörde durch den durch sie erteilten Bauvorbescheid gebunden ist und diese Bindungswirkung missachtet hat.

aa) Bindungswirkung des Bauvorbescheids?

In dem dem F gegenüber erlassenen Bebauungsgenehmigung bzw. Bauvorbescheid wurde sein Bauvorhaben als mit Bauplanungsrecht vereinbar beurteilt. Daran könnte die Behörde gebunden sein.

Entscheidend ist daher die Rechtsnatur des Bauvorbescheids.

- (1) Ginge man davon aus, dass es sich beim Bauvorbescheid um eine *Zusicherung* i.S.d. § 38 VwVfG handelte, so wäre dessen Bindungswirkung begrenzt. Sie entfielen „automatisch“, sobald und soweit sich die Rechtslage nachträglich ändert (§ 38 III VwVfG). Folgt man dieser Auffassung, wäre die zuständige Baugenehmigungsbehörde im vorliegenden Fall nicht an die Feststellungen im Bauvorbescheid gebunden (die frühere Rechtslage in Hamburg sah eine derart beschränkte Bindungswirkung vor, vgl. § 71 HBauO a.F.).⁶
- (2) Nach ganz überwiegender Ansicht wird der Bauvorbescheid hingegen als *vorweggenommener Teil der späteren Genehmigung angesehen*.⁷ Es gelten dann die allgemeinen Regeln über die Bestandskraft eines Verwaltungsakts. Er wird mit seinem bekanntgegebenen Inhalt wirksam (§ 43 I 2 VwVfG) und bleibt solange wirksam und damit für die Behörde bindend, bis er aufgehoben oder sonst erledigt ist (§ 43 II VwVfG). Der wirksame Bauvorbescheid setzt sich also wie jeder andere Verwaltungsakt gegen nachfolgende Änderungen der Sach- oder Rechtslage durch, weil diese nicht „automatisch“ zu einem Wegfall der Bindungswirkung führen; vielmehr kann sich die Behörde von dieser Bindung nur durch den Widerruf lösen (§ 49 II 1 Nr. 3 und 4 VwVfG).
- (3) Allein überzeugend ist die Auffassung, dass der Bauvorbescheid nicht als Zusicherung bzw. Zusage, sondern **als vorweggenommener Teil der Baugenehmigung** anzusehen ist. Eine andere Auffassung würde dem verfassungsrechtlichen Vertrauensschutz zuwiderlaufen, der auch in den §§ 48 ff. VwVfG seinen Niederschlag gefunden hat.⁸ Zudem

⁴ Vgl. Finkelnburg/Ortloff, Öffentliches Baurecht Bd II, 4. Auflage, S. 175.

⁵ Vgl. Finkelnburg/Ortloff, Öff. BauR Bd II, 4. Aufl., S. 175 f.

⁶ Vgl. Selmer/ Schulze/ Osterloh, JuS 1981, 395 m.w.N.

⁷ BVerwG, NJW 1969, 73; BVerwGE 61, 128, BVerwG, JZ 1990, 291

⁸ Degenhart, DVBI 1981, 999

führt der gegenüber einem nur zusagenden Bauvorbescheid verstärkte Schutz für den Bauherrn zu größerer Rechtsklarheit. Durch die Einordnung des Bauvorbescheids als vorweggenommener Teil der Baugenehmigung mit Bindungswirkung greift daher der Schutz der Genehmigung (vgl. auch § 14 III BauGB).

Damit war die Behörde grundsätzlich an ihre Aussagen aus dem Bauvorbescheid gebunden.

bb) Konkludente Aufhebung des Bauvorbescheides

Die Behörde wäre allerdings dann nicht an den Bauvorbescheid gebunden, soweit dieser aufgehoben worden ist. Möglicherweise stellt die Abrissverfügung eine konkludente **Aufhebung** des Vorbescheides dar. Anerkannt ist ein konkludenter Verwaltungsakt dann, wenn die Behörde einen Verwaltungsakt erlässt, der eigentlich eine weitere Verfügung voraussetzt. Dieser notwendige Zwischenschritt kann als konkludenter Verwaltungsakt in die ausdrückliche Verfügung hineingelesen werden (z.B. Rückforderung einer Subvention nach § 49 a VwVfG enthält konkludent die Aufhebung der Subvention gem. §§ 48, 49 VwVfG).⁹

Als Rechtsgrundlage für die Aufhebung kommt § 49 VwVfG in Betracht, da zum Erlasszeitpunkt die Genehmigungsfähigkeit nach § 33 BauGB bestand, der Bauvorbescheid mithin rechtmäßig war.

Da nunmehr ein neuer Bebauungsplan erlassen worden ist, kommt § 49 II Nr. 4 VwVfG in Betracht. Eine neue Rechtslage in Form der erlassenen B-Plan-Satzung liegt vor. Heute wäre die Behörde auch berechtigt, den Vorbescheid nicht zu erlassen, da das Vorhaben des F dem jetzt gültigen Bebauungsplan widerspricht. F hat auch noch nicht vom Vorbescheid Gebrauch gemacht. Ein Gebrauchmachen kann auch nicht in der Errichtung der Einfriedung gesehen werden, da der Bauvorbescheid gerade nicht zum Baubeginn berechtigt.

Schließlich müsste nach § 49 II Nr. 4 VwVfG ohne den Widerruf auch das öffentliche Interesse gefährdet sein. Da der Vorbescheid der neuen Planung völlig widerspricht und die Errichtung des Sondergebiets wohl verhindern oder zumindest erschweren würde, ist das öffentliche Interesse gefährdet, zumal dies die Planungshoheit der Stadt aus Art. 28 II GG betrifft.

Damit hat die Bauaufsichtsbehörde konkludent durch die Abrissverfügung den Bauvorbescheid widerrufen. Dieser Widerruf ist auch zweckmäßig, da nur auf diese Weise eine ge-

ordnete, dem Bebauungsplan entsprechende Nutzung gesichert werden kann. Somit kann F auch aus dem Bauvorbescheid keine Rechte für den Bestand der Einfriedung herleiten.

Der Erlass der Baubeseitigungsverfügung ist auch darüber hinaus zweckmäßig. Wie dargestellt vermag der Widersprechende kein schutzwürdiges Vertrauen oder schutzwürdigen Bestandsschutz für sich in Anspruch nehmen. Zwar stand die Errichtung der nicht schutzwürdigen Einfriedung damals im Einklang mit dem geplanten Bebauungsplan, der Widersprechende hatte aber eben gerade keine Baugenehmigung, sondern nur einen Bauvorbescheid erhalten, der nicht zum Bauen berechtigt. Besondere Umstände zur Annahme eines Härtefalls in Form gravierender finanzieller Verluste o. ä. sind nicht ersichtlich. Es steht vielmehr sowohl mit Art. 14 GG und mit dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung in Einklang, dass baurechtswidrige Zustände, die nicht schutzwürdig sind oder aus sonstigen Gründen Bestandsschutz genießen, zu beseitigen sind.

Anmerkung:

Da hier die Erfolgsaussichten des Widerspruchs zu prüfen waren, wäre es falsch gewesen, sich nur auf Ermessensfehler zu konzentrieren. Die Widerspruchsbehörde überprüft - anders als das VG - auch das Ermessen komplett.

Die Baubeseitigungsverfügung ist nach alldem nicht zu beanstanden.

C. Ergebnis

Der zulässige Widerspruch ist unbegründet und wird daher zurückgewiesen.

Abwandlung:

Erfolgsaussichten eines Widerspruchs gegen die Kostenverfügung vom 27.10.

A. Zulässigkeit

I. Verwaltungsrechtsweg, § 40 I 1 analog

Das Bezirksamt als Träger hoheitlicher Gewalt erließ die Kostenverfügung in Anwendung des VwVG.

Nach der modifizierten Subjektstheorie liegt mithin eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vor.

II. Statthaftigkeit des Widerspruchs, § 68 VwGO

Die Verfügung des Bezirksamts vom 27.10. müsste ein VA i.S.d. § 35 VwVfG sein. Dem F als Betroffenen wird rechtlich verpflichtend

⁹ Barczak JuS 2018, 238 (244).

aufgegeben, binnen einer Woche 2.650 Euro zu zahlen.

Bedenken können insoweit entstehen, als bereits am 6.10. eine Entscheidung ergangen ist und deshalb die Verfügung vom 27.10. lediglich eine Ausgestaltung der Regelung vom 6.10. sein könnte.

Hinzu kommt, dass die Kostenverfügung vom 27.10. ohne Rechtsbehelfsbelehrung erging.

Dennoch handelt es sich um einen eigenständigen VA. Das Fehlen der Rechtsbehelfsbelehrung hat lediglich Auswirkungen auf die Frist.

Da das Bezirksamt in der Kostenverfügung konkludent die auf die Mehrkosten der Ersatzvornahme gerichtete Leistungspflicht regeln wollte, kann das Schreiben vom 27.10. nicht als schlichte Kostenrechnung oder gewöhnliche Zahlungsaufforderung eingestuft werden.

III. Widerspruchsbefugnis, § 42 II analog

Die analog § 42 II VwGO erforderliche Widerspruchsbefugnis liegt vor, da F Adressat eines belastenden VA ist.

IV. Form und Frist, § 70 VwGO

Da eine Rechtsbehelfsbelehrung unterblieben ist, muss F gemäß §§ 70 II, 58 II VwGO innerhalb eines Jahres Widerspruch eingelegt haben.

V. Widerspruchsbehörde

Der Widerspruch ist beim örtlich zuständigen Bezirksamt zu erheben, wo gem. § 73 I 2 VwGO i.V.m. § 7 II AGVwGO i.V.m. § 1 der Verordnung über die Widerspruchsausschüsse durch einen Widerspruchsausschuss entschieden wird.

VI. Ergebnis

Der Widerspruch gegen die Kostenverfügung vom 27.10. ist zulässig.

B. Begründetheit des Widerspruchs

Der Widerspruch des F ist begründet, soweit die Kostenverfügung vom 27.10. rechtswidrig ist und den F in seinen Rechten verletzt, § 113 I 1 VwGO analog.

Wichtige Anmerkung:

Zu beachten ist, dass der Kostenbescheid nach h.M. im Regelfall eine gebundene Entscheidung ist, da nur in atypischen Fällen Ermessen besteht. Daher wäre es hier im Gegensatz zum Ausgangsfall falsch die Zweckmäßigkeit im Obersatz anzusprechen.

I. Ermächtigungsgrundlage

In Betracht kommt §§ 13 I, 40 I VwVG i.V.m. §§ 1, 10, 13, 15 VKO.

II. Formelle Rechtmäßigkeit der Kostenverfügung

Das Bezirksamt ist örtlich und sachlich zuständig gem. § 4 VwVG. Die Verfügung ist ordnungsgemäß zugestellt worden. Verfahrensfehler sind nicht erkennbar. Die Kostenverfügung ist mithin formell rechtmäßig.

III. Materielle Rechtmäßigkeit

Ermächtigungsgrundlage für die Verfügung könnte §§ 13 I, 40 I VwVG i.V.m. §§ 1, 10, 13, 15 VKO sein. Der aus den genannten Vorschriften folgende Kostenerstattungsanspruch setzt eine rechtmäßige Ersatzvornahme voraus. Dies folgt aus § 13 I VwVG und dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung¹⁰.

1. Rechtmäßige Ersatzvornahme

Voraussetzungen für die Rechtmäßigkeit der Ersatzvornahme sind:

a. Allgemeine Vollstreckungsvoraussetzungen der § 3 III Nr. 1, § 13 VwVG:

- wirksamer Grundverwaltungsakt,
- gerichtet auf Handeln, Dulden, Unterlassen,
- Unanfechtbarkeit bzw. kein Suspensiveffekt eines Widerspruchs,
- Nichtvornahme des Handelns, Duldens oder Unterlassens.

b. Besondere Vollstreckungsvoraussetzungen der Ersatzvornahme:

- VA ist auf Vornahme einer vertretbaren Handlung gerichtet § 13 I VwVG,
- Wirksamer Hinweis, § 8 I VwVG,

Diese Voraussetzungen sind im vorliegenden Fall erfüllt.

Darauf, ob der auf Vornahme gerichtete Verwaltungsakt rechtmäßig ist, kommt es nicht an, da insoweit bereits Bestandskraft eingetreten ist. Fraglich ist allenfalls, ob der Verwaltungsakt unwirksam ist. Unwirksam ist ein Verwaltungsakt nur, wenn er nichtig ist. Anhaltspunkte für eine Nichtigkeit des Verwaltungsakts gem. § 44 VwVfG gibt es nicht.

Der erforderliche Hinweis gem. § 8 VwVG ist vorgenommen worden und enthält eine Fristsetzung. Auch insoweit bestehen keine Bedenken.

Ob eine auf fehlerhafter Prognose beruhende zu geringe vorläufige Veranschlagung der Kosten die Anordnung der Ersatzvornahme rechtswidrig macht - dies dürfte zu bejahen sein, da die Behörde auf jeden Fall 3.750 Euro

¹⁰ BVerwG NVwZ-RR 1997, 381; OVG Saarlouis NJW 1994, 878; Werner, JA 2000, 902, 908; Schoch JuS 1995, 504, 507.

hätte androhen können - kann letztendlich dahingestellt bleiben, da die Fehlerhaftigkeit nicht so offensichtlich ist, dass sie zur Nichtigkeit der Anordnung nach § 44 I VwVfG führt¹¹.

2. Beanstandung der Höhe nach

Der dem Grunde nach bestehende Kostenerstattungsanspruch könnte jedoch der Höhe nach zu beanstanden sein.

- a) Erforderlich ist, dass die tatsächlich durchgeführten Arbeiten von der bestandskräftigen Anordnung abgedeckt sind und im konkreten Fall angemessen und erforderlich waren.

Gedeckt von der Anordnung war die **Beseitigung der Betonfundamente**. Zweck der Beseitigungsanordnung ist nicht nur die Demonstrierung der Anlage, sondern die Wiederherstellung des vorherigen Zustandes. Dieser konnte hier nur durch die Beseitigung der Betonsockel herbeigeführt werden.

- b) Nicht gedeckt von der Anordnung war das aufwendige **Zerkleinern der Betonklötze** und das **Auffüllen der entstandenen Erdlöcher** mit dem zerkleinerten Material. Das aufwendige Zerkleinern war eine nicht erforderliche Maßnahme, da es kostengünstigere Maßnahmen gegeben hätte, um den früheren Zustand wiederherzustellen. Damit ist das aufwendige Zerkleinern und Auffüllen der Erdlöcher zum einen nicht von der Anordnung gedeckt, zum anderen verstößt es gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

- c) Unschädlich ist jedoch die **Höhe der Nachforderung** von 2.650 Euro. Das Recht auf Nachforderung bleibt unberührt, wenn die Ersatzvornahme einen höheren Kostenaufwand verursacht hat. Eine Begrenzung des Erstattungsanspruchs unterhalb der tatsächlich entstandenen Kosten lässt sich weder dem Wortlaut noch dem Sinn des Gesetzes entnehmen.

Während die Rechtsprechung früher eine Nachforderung der Höhe nach nur bis zu einer sog. Vertretbarkeitsgrenze zuließ, lehnt das BVerwG eine solche Begrenzung ab¹².

Die Vertretbarkeitsgrenze wurde daraus abgeleitet, dass die vorläufige Veranschlagung den Sinn habe, dem Pflichtigen vor Augen zu führen, welche Kosten auf ihn zukommen, wenn er es zur Ersatzvornahme kommen lässt. Er sollte überlegen und abwägen können, ob er angesichts der zu erwartenden Kosten die geforderten Arbeiten nicht besser selbst durchführt. Der Kostenerstattungsanspruch durfte deshalb nicht außer Verhältnis zu dem veranschlagten Betrag stehen.

Nach Ansicht des BVerwG verkennt diese Argumentation die rechtliche Lage. Der Störer habe zwar vor der Ersatzvornahme gem. § 13 II VwVG nur die voraussichtlichen Kosten zu zahlen, insgesamt aber die vollen Kosten zu tragen hat (§ 13 I VwVG). Er habe kein Wahlrecht, entweder selbst die Maßnahme durchzuführen oder der Behörde die Durchführung zu überlassen. Der Ordnungspflichtige sei und bleibe bis zuletzt verpflichtet, selbst für die Durchführung zu sorgen. Die Ersatzvornahme ist deshalb nicht eine in seine Wahl gestellte alternative Art der Erfüllung, sondern sie ist die Sanktion für die Nichterfüllung seiner Verpflichtung.

Ein etwaiges Vertrauen auf Einhaltung der Kostenveranschlagung ist nicht schutzwürdig. Das Gesetz geht eindeutig vom Prinzip der Kostenerstattung aus und lässt eine Abweichung nicht zu.

Damit ist der Widerspruch nur insoweit begründet, als Kosten für das aufwendige Zerkleinern und Auffüllung erhoben wurden (laut Sachverhalt Euro 1.400).

C. Ergebnis

Der Kostenbescheid wird im Widerspruchsbescheid aufgehoben soweit er 1.250 Euro übersteigt (Kostenbescheid i.H.v. Euro 2.650 abzgl. der zuviel geforderten Euro 1.400). Im Übrigen wird der Widerspruch zurückgewiesen.

Zusatzfall:

A. Bauplanungsrechtliche Zulässigkeit des Vorhabens des H

Da das zu errichtende Hotel unproblematisch eine bauliche Anlage iSd § 29 BauGB darstellt, müsste das Vorhaben gem. §§ 30 ff. BauGB planungsrechtlich zulässig sein.

I. § 30 I BauGB?

Laut Sachverhalt besteht für das fragliche Gebiet ein qualifizierter Bebauungsplan, der ein reines Wohngebiet vorsieht. Die Zulässigkeit eines Bauvorhabens, das räumlich innerhalb eines rechtswirksamen qualifizierten Bebauungsplans liegt, bestimmt sich nach § 30 I BauGB.

Daher sind die Festsetzungen des Bebauungsplans der alleinige Maßstab für die planungsrechtliche Zulässigkeit des Vorhabens. Da dieser ein reines Wohngebiet festsetzt, werden gem. § 1 III 2 BauNVO die Vorschriften der §§ 2 – 14 BauNVO Bestandteil des Bebauungsplanes.

Gem. § 3 I BauNVO dienen reine Wohngebiete dem Wohnen, so dass nach Abs. 2 – **sog.**

¹¹ BVerwG, NJW 1984, 2591.

¹² BVerwG NJW 1984, 2591.

Regelbebauung – auch nur Wohngebäude zulässig sind. Da das Hotel des H vorwiegend der Beherbergung von Menschen dient und nicht dem Wohnen an sich (vgl. Umkehrschluss aus § 3 III Nr. 1 BauNVO), ist das Vorhaben daher nicht nach dem Bebauungsplan zulässig und widerspricht somit den Festsetzungen des Bebauungsplanes. § 30 I BauGB ist daher nicht erfüllt.

II. Ausnahme nach § 31 I BauGB?

Ausnahmen können nach § 31 I BauGB zugelassen werden, wenn in dem Bebauungsplan selbst ausdrücklich Abweichungen vorgesehen sind, die nach Art und Umfang geregelt sind. Im Bebauungsplan selbst sind jedoch laut Sachverhalt keine Ausnahmen vorgesehen. Da gem. § 1 III 2 BauNVO die Vorschriften der §§ 2 – 14 BauNVO Bestandteil des Bebauungsplanes werden, stellen aber auch die nach den §§ 2 bis 14 BauNVO im Baugebiet ausnahmsweise zulässigen Nutzungen ausdrückliche oder hinreichend bestimmte und umgrenzte Ausnahmen im Sinne von § 31 I BauGB dar – **sog. Ausnahmebebauung**.¹³

Daher käme hier die Ausnahmegesamtheit des § 3 III Nr. 1 BauNVO in Betracht, da die planende Gemeinde von ihrem Recht aus § 1 VI BauNVO keinen Gebrauch gemacht hat. Danach sind ausnahmsweise auch kleinere Beherbergungsbetriebe in reinen Wohngebieten zulässig.

Angesichts der acht Geschosse und 350 Betten kann das geplante Hotel des H aber nicht mehr als kleiner Betrieb des Beherbergungsgewerbes angesehen werden. Ein „kleiner“ Betrieb ist durch eine geringe Zahl von Räumen gekennzeichnet (typisch: Pension), so dass er baulich zumeist nicht besonders in Erscheinung tritt und infolgedessen den Charakter des reinen Wohngebietes nicht beeinträchtigt.¹⁴

Eine Ausnahme gem. § 31 I BauGB kommt somit auch nicht in Betracht.

III. Befreiung nach § 31 II BauGB?

Da auch keine Ausnahmen nach § 31 I BauGB greifen, bleibt dem H nur die Möglichkeit, sich um eine Befreiung nach § 31 II BauGB zu bemühen, die im Ermessen der Baugenehmigungsbehörde liegt.¹⁵

Im Gegensatz zur Ausnahme ist die Befreiung nach § 31 II BauGB gerade nicht ausdrücklich im Bebauungsplan vorgesehen. Mit der Befreiung soll vielmehr unabhängig von den

Bestimmungen des Bebauungsplanes flexibel auf atypische Einzelfälle reagiert werden können: Sie soll in Fällen, in denen der Bebauungsplan infolge seiner typisierenden Abstraktion einem besonders gelagerten Sachverhalt nicht Rechnung trägt, eine Berücksichtigung atypischer Umstände ermöglichen.¹⁶

Voraussetzung ist einmal, dass durch die Gewährung der Befreiung die Grundzüge der Planung nicht berührt werden und andererseits, dass alternativ eine der Nr. 1 – 3 erfüllt ist und zusätzlich die Abweichung mit den öffentlichen Belangen vereinbar ist. Selbst wenn hier aufgrund der Hotelbettenknappheit in Göttingen die Voraussetzungen der Nr. 1 angenommen werden, scheitert die Befreiung an den entgegenstehenden öffentlichen Belangen, denn § 31 II BauGB lässt nur eine Befreiung zu, die mit der vom Bebauungsplan erstrebten geordneten Entwicklung vereinbar ist, wobei § 34 BauGB dabei eine Orientierungshilfe geben kann: Könnte das Vorhaben, wäre es nach § 34 BauGB zu beurteilen, nicht zugelassen werden, weil es in einem bodenrechtlich relevanten Widerspruch zu seiner näheren Umgebung steht, ist die Befreiung in aller Regel mit den öffentlichen Belangen nicht vereinbar.¹⁷ Genau dies ist aber bei einem achtgeschossigen Hotel in einem reinen Wohngebiet anzunehmen.

Eine Befreiung nach § 31 II BauGB kommt deshalb auch nicht in Betracht.

B. Ergebnis

Das Vorhaben des H ist bauplanungsrechtlich unzulässig.

¹³ Vgl. Finkelnburg/Ortloff, Öff. BauR Bd I, S. 354

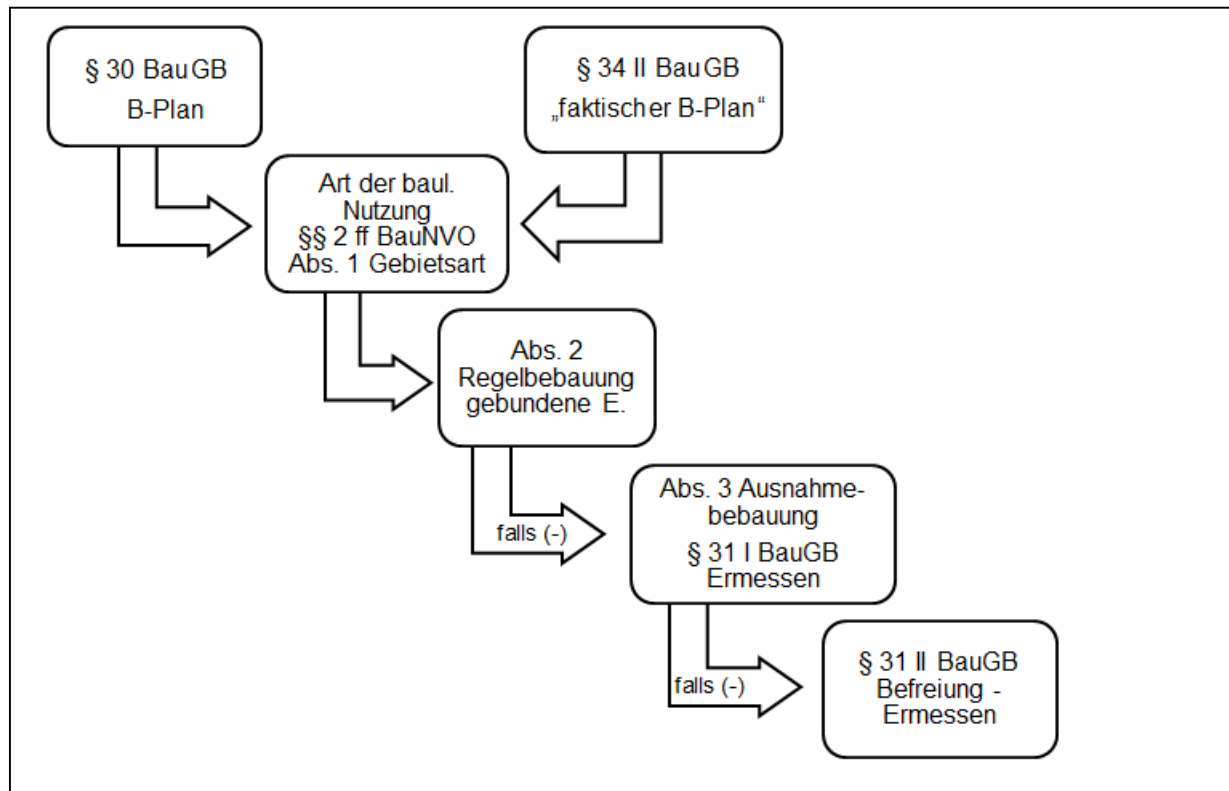
¹⁴ Vgl. Finkelnburg/Ortloff, Öff. BauR Bd I, S. 73

¹⁵ Vgl. dazu umfassend Sperl/ Schlömer, VerwR-BT, BauR, § 3 A. IV.

¹⁶ Finkelnburg/Ortloff, Öff. BauR Bd I, 4. S. 356

¹⁷ Finkelnburg/Ortloff, Öff. BauR Bd I, S. 358

Prüfungsaufbau zu §§ 2 ff BauNVO



Wiederholungs- und Vertiefungsfragen

Lesen Sie dazu Schlömer/Hombert Verwaltungsrecht
Besonderer Teil Hamburg Band II § 5.

1. Auf welchen Rechtsgrundlagen können Baubeseitigungsanordnungen basieren?
2. Erklären Sie die Begriffe der formellen und der materiellen Baurechtswidrigkeit.
3. Wie und unter welchen Voraussetzungen kann man ein Gewächshaus von 3,5 m Firsthöhe im Außenbereich beseitigen lassen, wenn dadurch das Landschaftsbild erheblich beeinträchtigt wird?
4. Wann greift § 33 BauGB ein? Kann er nach § 35 BauGB zulässigen Bauvorhaben entgegengehalten werden?
5. Wann ist grundsätzlich eine Duldungsanordnung erforderlich?
6. Was ist die Rechtsgrundlage der Duldungsanordnung?
7. Macht eine fehlende Duldungsanordnung den Ausgangsverwaltungsakt rechtswidrig?
8. Wann ist eine Baueinstellung rechtmäßig, wann eine Beseitigungsanordnung, wann eine Nutzungsuntersagung?

Fall 6



Der Tischler stört

E ist Eigentümer eines noch unbebauten Grundstücks im Ortsteil A der Stadt Hamburg. Für den Ortsteil A besteht bislang kein qualifizierter Bebauungsplan, es liegt aber weitgehend eine lückenhafte Bebauung vor, die vorwiegend Wohnzwecken dient.

Am 1.4. beantragt E für dieses Grundstück bei der zuständigen Behörde eine Baugenehmigung, um sich nun als Tischlermeister eine eigene Tischlerwerkstatt einzurichten. Die beantragte Genehmigung wurde E am 21.4. erteilt.

N, der Eigentümer des unmittelbar angrenzenden Nachbargrundstücks, legte gegen diese Genehmigung am 12.5. ordnungsgemäß Widerspruch ein. Diesen begründete er mit seiner Ansicht, dass eine Tischlerwerkstätte sich aufgrund der hohen Lärmbelastigungen nicht in die vorliegende Wohnbebauung einfügen würde.

Während dieser nachbarschaftlichen Streitigkeiten entschloss sich die Stadt Hamburg dazu, für den Ortsteil A doch eingehende Planungen vorzunehmen; zu diesem Zwecke sollte der bislang bestehende einfache Bebauungsplan durch konkrete Festsetzungen bezüglich Art und Maß der baulichen Nutzungen der überbaubaren Grundstücksflächen und der örtlichen Verkehrsflächen ergänzt werden. Ein dahingehender Aufstellungsbeschluss wurde in der Sitzung am 7.6. ordnungsgemäß gefasst und in der folgenden Woche bekannt gemacht. Gleichzeitig beschloss der Senat auch den Erlass einer Veränderungssperre für den Ortsteil A mit dem Inhalt, dass Vorhaben i.S.v. § 29 BauGB nicht durchzuführen bzw. zu beseitigen sind. Dies war zu Durchführung der städtebaulichen Planung dringend erforderlich. Die Veränderungssperre wurde am 29.6. ortsüblich bekannt gemacht.

Als die Bauarbeiten auf dem Grundstück des E unmittelbar bevorstehen, wendet sich N an das Verwaltungsgericht mit dem Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz.

Hat der Antrag Aussicht auf Erfolg?

Anmerkung:

Das Gebäude unterfällt der Gebäudeklasse 1, gem. § 2 III HBauO.

Übersicht Baurecht - Fall 6

A. Sachentscheidungs Voraussetzungen

I. Verwaltungsrechtsweg, § 40 I VwGO ⊕

II. Statthafte Antragsart

diff. § 80 V ⇔ § 123

hier: VA mit Doppelwirkung

§ 80 II Nr. 3 VwGO iVm § 212 a BauGB

↳ Antrag gem. § 80 a III, I Nr. 2 VwGO

III. Antragsbefugnis, § 42 II VwGO analog

Schutznormtheorie

1. Nachbarschutz aus § 34 I BauGB

„Einfügen“ ⇒ (S) Gebot der Rücksichtnahme

⇒ maßg. (S) Unzumutbare Belästigung

hier: möglich ⊕

2. Nachbarschutz aus § 34 II BauGB

BVerwG: § 34 II iVm Festsetzungen BauNVO

kann drittschützend sein bzgl. Gebietsver-

fremdung (S) bau- und bodenrechtliche

Schicksalsgemeinschaft

IV. Sonst. Sachentscheidungs Voraussetzungen

V. Rechtsschutzbedürfnis

1. (P) Wdpr. erforderlich ? ⇒ hier eingelegt

2. (P) Antrag nach § 80 VI VwGO erforderlich?

h.M.: § 80a III 2 VwGO ist Rechtsgrund-
verweis; Antrag nicht erforderlich

a.A.: § 80a III 2 VwGO ist Rechtsfolgen-
verweis; Antrag grds. erforderlich.

hier: nach beiden Ansichten entbehrlich

3. RSB (-) wegen Veränderungssperre?

(-) kein Bauverbot durch VSP, da keine
Rückwirkung, vgl. § 14 III BauGB

II. Interessenabwägung

Weitere Interessenabwägung nicht
notwendig, da kein Interesse am Vollzug
eines rechtswidrigen Verwaltungsakts
bestehen kann.

D. Ergebnis:

Antrag hat Erfolg

⇒ Suspensiveffekt wird angeordnet

B. Beiladung gem. § 65 II VwGO (+)

C. Begründetheit des Antrages

↳ Vollzugs- vs. Aussetzungsinteresse

↳ Erfolgsaussichten in der Hauptsache

I. Erfolgsaussichten in der Hauptsache

↳ Drittanfechtungsklage kann nur
Erfolg haben, soweit drittschützende
Vorschriften verletzt sind.

1. Verletzung von § 34 II BauGB i.V.m.

Festsetzungen der BauNVO

a) § 29 BauGB ⊕

b) Zulässigkeit gem. § 34 BauGB

§ 34 II BauGB, § 4 BauNVO

↳ hier wohl störender

Handwerksbetrieb

⇒ Drittschützende Festsetzung der
BauNVO verletzt.

2. Sonstige drittschützenden Vorschriften

kein Verstoß ersichtlich

3. Ergebnis:

Hauptsacheklage wird Erfolg haben =>

spricht für Aussetzungsinteresse des N

Lösung Fall 6

Der Antrag des N hätte Aussicht auf Erfolg, wenn die Sachentscheidungsvoraussetzungen vorliegen und er begründet wäre.

A. Sachentscheidungsvoraussetzungen

I. Verwaltungsrechtsweg, § 40 I VwGO

Der Verwaltungsrechtsweg gemäß § 40 I VwGO ist vorliegend eröffnet, da sich die streitentscheidenden Normen und damit der Streitgegenstand aus dem Baugesetzbuch ergibt, das eindeutig dem Bereich des öffentlichen Rechts zuzuordnen ist. Anhaltspunkte für eine abdrängende Sonderzuweisung sind nicht ersichtlich.

II. Statthafte Antragsart

1. Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz

Die statthafte Antragsart richtet sich grundsätzlich nach dem Antragsbegehren.

Geht es den Beteiligten um die Herbeiführung einer vorläufigen Regelung, bevor es zu einer endgültigen Entscheidung der Klage kommt, so beurteilen sich die Rechtsschutzmöglichkeiten nach den §§ 80, 80a und 123 VwGO.

Die Abgrenzung beider Antragsarten ergibt sich aus § 123 V VwGO, der für die einstweilige Anordnung die Subsidiarität im Verhältnis zu dem Verfahren nach §§ 80, 80a VwGO anordnet.

Kann durch die Suspendierung eines Verwaltungsakts oder dessen vorzeitige Vollziehung dem vorläufigen Rechtsschutzbegehren ausreichend Rechnung getragen werden, so geht das Verfahren nach den §§ 80, 80a VwGO als speziellere Ausgestaltung des vorläufigen Rechtsschutzes der allgemeinen Regelung in § 123 VwGO vor (vergleiche § 123 V VwGO).¹

Zudem kann auch auf die richtige Klageart im Hauptsacheverfahren abgestellt werden, wonach in der Regel im Fall einer Anfechtungsklage das Verfahren nach den §§ 80, 80a VwGO zu wählen ist, in den sonstigen Fällen eine einstweilige Anordnung gemäß § 123 VwGO statthafte Antragsart ist.

N begehrt die Suspendierung der Baugenehmigung des E im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes bevor dieser mit der Errichtung seiner Tischlerei beginnt und den N vor vollendete Tatsachen stellt, denn weder sein eingelegter Widerspruch noch die Erhebung einer Anfechtungsklage in der Hauptsache bewirken gem. § 80 II Nr. 3 VwGO i.V.m. § 212a BauGB eine aufschiebende Wirkung i.S.d. § 80 I VwGO. Damit ist die richtige Antragsart für den einstweiligen Rechtsschutz das Verfahren nach §§ 80, 80a VwGO.

2. Antrag gemäß § 80a III, I Nr. 2 VwGO

Der Antrag gemäß § 80a III VwGO setzt das Vorliegen eines Verwaltungsakts mit Doppelwirkung (besser: Drittwirkung i.S.d. § 80a I VwGO) voraus. Charakteristisch für einen Verwaltungsakt mit Drittwirkung ist, dass er einen Betroffenen rechtlich begünstigt und zugleich einen anderen unmittelbar belastet. Die Belastung des einen muss die Kehrseite der entsprechenden Begünstigung des anderen sein.

Die Baugenehmigung ist ein typischer Fall eines Verwaltungsakts mit Drittwirkung. Sie begünstigt den Bauherren durch die Aufhebung des Bauverbots, zugleich belastet sie aber den Nachbarn durch die Auferlegung der Duldungspflicht unmittelbar.

Demnach liegt hier ein Verwaltungsakt mit Drittwirkung i.S.v. § 80a I VwGO vor.

Streitig ist, ob ein Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung gem. § 80 a III 2 i.V.m. § 80 V 1 1. Alt. VwGO statthaft ist oder ob ein Antrag gem. § 80 a III 1, I Nr. 2 VwGO zu stellen ist.² § 80 a III 1 VwGO umfasst alle Rechtsschutzbegehren und ermöglicht auch Maßnahmen zur Sicherung der Rechte des Dritten, so dass die letztgenannte Ansicht vorzugswürdig ist.

N kann die Suspendierung der Baugenehmigung des E gem. § 80a III 1 3. Var., I Nr. 2 VwGO beim Verwaltungsgericht beantragen.

Anmerkung:

Mit Einführung des § 212a BauGB wurde die „Angriffslast“ auf den Nachbarn verlagert, der den Antrag nach § 80a III VwGO stellen muss, wenn er den rechtmäßigen Baubeginn verhindern will.

III. Antragsbefugnis, § 42 II VwGO analog

N müsste darüber hinaus antragsbefugt analog § 42 II VwGO sein.

Das bedeutet, dass der N geltend machen müsste, in einem subjektiv-öffentlichen Recht verletzt zu sein. Entsprechend der Möglichkeitstheorie muss die behauptete Verletzung zumindest möglich erscheinen und nicht schlichtweg ausgeschlossen werden können.

Problematisch ist, dass N nicht selbst Adressat des Verwaltungsakts ist. Damit kann seine Klagebefugnis nur auf der Grundlage der „Schutznormtheorie“ begründet werden. Nach der Schutznormtheorie kommt Dritten nur insoweit eine Klagebefugnis i.S.v. § 42 II VwGO zu, wie sie die Verletzung „drittschützender Normen“ geltend machen. Das bedeutet, dass die als verletzt gerügte Norm nicht nur im Interesse der Allge-

¹ Kopp/ Schenke, VwGO, § 123, Rdnr. 4

² vgl. dazu Detterbeck, Allg. Verwaltungsrecht, Rdnr. 1519.

meinheit bestehen darf, sondern sie muss zumindest auch dem Schutz von Individualinteressen Einzelner dienen.³

Im Baurecht wurde hierzu durch Rspr. und Lehre ein umfassendes „Regelungsgebilde“ des Nachbarschaftsschutzes entwickelt. Dem Nachbarn wird die Klagebefugnis dann eingeräumt, wenn er die Verletzung nachbarschützender Normen geltend macht.⁴

Vorliegend kommen als nachbarschützende Normen lediglich die Vorschriften des Bauplanungsrechts in Betracht.

Ein Bebauungsplan liegt bislang nicht vor, so dass auf § 30 BauGB als Anknüpfungspunkt für den Nachbarschutz nicht abgestellt werden kann. Dieser könnte sich je nach Lage des Grundstücks allenfalls aus § 34 bzw. § 35 BauGB ergeben.

Das umstrittene Vorhaben liegt in einem Stadtteil mit „weitgehend lückenloser Bebauung“. Die planungsrechtliche Zulässigkeit von Vorhaben innerhalb im Zusammenhang bebauter Ortsteile (Innenbereich) ohne Bebauungsplan richtet sich nach § 34 BauGB.

1. Nachbarschutz aus § 34 I BauGB

§ 34 I BauGB kommt per se keine nachbarschützende Wirkung zu. Jedoch fließt über das Merkmal des „Einfügens“ das Gebot der Rücksichtnahme in den § 34 I BauGB ein, welches u.U. den Nachbarschutz entfalten kann.

Grundsätzlich ist das Gebot der Rücksichtnahme lediglich ein objektiver Richtsatz, der bei der planungsrechtlichen Zulassung von Bauvorhaben die Rücksichtnahme auf die Umgebungsbebauung und schützwürdige Individualinteressen verlangt. Jedoch hat das BVerwG aufgrund seiner „Subjektivitätsformel“ dem Rücksichtnahmegebot insoweit subjektiv-rechtlichen Charakter zuerkannt, wie „in qualifizierter und zugleich individualisierter Weise auf besondere Rechtspositionen Dritter Rücksicht zu nehmen ist“.⁵ Dabei betrifft die Qualifizierung die Schwere des Eingriffs, die Individualisierbarkeit den Kreis der Betroffenen.

Als Anhaltspunkt für die Qualifizierung des Drittschutzes muss die Schwelle einer „unzumutbaren Belästigung“ i.S.d. § 15 I 2 BauNVO erreicht sein, in dem das Gebot der Rücksichtnahme seinen gesetzlichen Niederschlag gefunden hat.

Die dabei erforderliche Individualisierbarkeit des geschützten Personenkreises übernimmt

§ 34 I BauGB selbst, indem er die „nähere Umgebung“ und damit zumindest auch die angrenzende Nachbarschaft einbezieht.

Es erscheint durchaus möglich, dass durch die geplante Tischlerei die Grenzen zumutbarer Belästigungen für die Nachbarschaft überschritten werden. Zudem gehört N zur angrenzenden Nachbarschaft der geplanten Tischlerei.

Bei der planungsrechtlichen Genehmigung der Tischlerei musste in qualifizierter und zugleich individualisierter Weise auf die Rechtspositionen des N Rücksicht genommen werden.

§ 34 I BauGB i.V.m. dem Gebot der Rücksichtnahme verleiht dem N ein subjektiv-öffentliches Recht, welches möglicherweise verletzt wurde.

2. Nachbarschutz aus § 34 II BauGB

N könnte sich u.U. auch auf Nachbarschutz aus § 34 II BauGB berufen. Für das Kriterium des „Einfügens“ bezüglich der Art der baulichen Nutzung ist § 34 II BauGB i.V.m. §§ 2 ff. BauNVO insoweit lex specialis zu § 34 I BauGB, als die Umgebung einem Baugebiet im Sinne der BauNVO entspricht. Die BauNVO stellt damit im unbeplanten Innenbereich quasi einen „Ersatzbebauungsplan“ dar. Der Stadtteil des geplanten Vorhabens dient überwiegend Wohnzwecken und entspricht daher einem allgemeinen Wohngebiet i.S.d. § 4 BauNVO.

Nach der früher vertretenen h.M. gewährleistete § 34 II BauGB Nachbarschutz nur i.V.m. dem Gebot der Rücksichtnahme.⁶ Gegenüber dem Nachbarschutz aus § 34 I BauGB war dies kein qualitativer Unterschied (s.o.), so dass sich der lex-specialis-Charakter des § 34 II BauGB in dieser Hinsicht nicht nachhaltig auswirkte.

Nach neuerer Ansicht in Rspr.⁷ und Lehre⁸ ist jedoch die Schutzwürdigkeit des Nachbarn im faktischen Baugebiet i.S.d. § 34 II BauGB vergleichbar mit seiner Schutzwürdigkeit in einem beplanten Baugebiet i.S.d. § 30 BauGB, so dass mithin auch der gleiche Nachbarschutz gewährleistet sein muss.

Fraglich ist also, ob sich N auf Nachbarschutz berufen könnte, wenn für seinen Stadtteil ein Bebauungsplan mit einer Gebietsfestsetzung i.S.d. § 4 BauNVO existieren würde.

§ 30 BauGB kann i.V.m. den Festsetzungen des Bebauungsplans nachbarschützende Wirkung entfalten.

Lange Zeit vertrat das BVerwG⁹ die Auffassung, die nachbarschützende Wirkung der einzelnen Festsetzungen ergebe sich ausschließlich aus

³ Kopp/ Schenke, VwGO, § 42, Rdnr. 71, 78.

⁴ Dazu ausführlich Hemmer-Skript, Besonderes Verwaltungsrecht Hamburg, S. 249 ff.

⁵ BVerwGE, DVBl 85, 122; DVBl 86, 187, 476; Geiger, JA 86, 76; Peine, JUS 87, 169.

⁶ Vgl. BVerwG, NJW 86, 1703 (1704); Battis/ Krautzberger/ Löhr, § 31, Rdnr. 78.

⁷ Grundlegend BVerwGE 94, 151 (156).

⁸ Mampel, BauR 94, 299; Pecher, JuS 96, 887 (888).

⁹ BVerwG, DVBl. 87, 476; NVwZ 85, 748.

dem entsprechenden Willen des Organs, welches den Plan erlasse und nicht aus der BauNVO. Maßgebend für die Feststellung dieses Willens seien der Textteil und die Begründung des Bebauungsplans, die Eigenart der in Rede stehenden Festsetzung und die Besonderheiten der konkreten Situation. Die Frage, ob eine Festsetzung Nachbarschutz vermittelt, war demnach für jeden Bebauungsplan gesondert zu ermitteln.

Für die hier in Rede stehenden Festsetzungen der Art der baulichen Nutzungen der §§ 2-10 BauNVO (sog. Gebietsfestsetzungen) hat das BVerwG¹⁰ 1993 seine Rspr. geändert. Es ist nunmehr der Meinung, dass die Gebietsfestsetzungen *generell drittschützend* seien. Durch sie werde ein *wechselseitiges (nachbarliches) Austauschverhältnis* zwischen den Grundstückseigentümern begründet, das dazu führe, dass jeder Eigentümer zwar einerseits die Gebietsfestsetzungen beachten müsse, andererseits aber auch einen Anspruch auf Einhaltung der Vorschriften über den Gebietscharakter habe, um eine schleichende Verfremdung des Gebiets (und damit auch eine Wertminderung seines Eigentums) verhindern zu können (Stichwort: „bau- und bodenrechtliche Schicksalsgemeinschaft“). Bezüglich der Festsetzung der Art der baulichen Nutzung ist demnach eine Auslegung des Bebauungsplans nicht mehr erforderlich. Lediglich für die übrigen Festsetzungen des Plans kommt es weiterhin auf den Willen des erlassenden Organs an.

Aufgrund der vergleichbaren Schutzwürdigkeit zu § 30 BauGB besteht daher in Gebieten des § 34 II BauGB ein *genereller Nachbarschutz* gegenüber Vorhaben, die der Gebietsart widersprechen. Gegenüber dem Nachbarschutz über das Gebot der Rücksichtnahme stellt dieses eine wesentliche Ausweitung dar, weil der Schutz nicht mehr von einer spürbaren Beeinträchtigung (vgl. § 15 I BauNVO) abhängig ist, sondern immer schon dann eingreift, wenn ein mit der Gebietsfestsetzung unvereinbares Vorhaben zugelassen wird.

Die genehmigte Tischlerei könnte eine Abweichung von der Gebietsart des „allgemeinen Wohngebietes“ i.S.d. § 4 BauNVO sein.

§ 34 II BauGB verleiht dem N ein subjektiv-öffentliches Recht, welches möglicherweise verletzt wurde.

3. Zwischenergebnis

Hinsichtlich der von N vorgebrachten Bedenken gegen die geplante Tischlerei kann dieser seine Antragsbefugnis auf eine mögliche Verletzung eigener Rechte aus § 34 II bzw. § 34 I BauGB stützen.

Anmerkung:

Die Antragsbefugnis wurde hier aus didaktischen Gründen sehr ausführlich erörtert. In einer Klausur mag es ausreichend sein, wenn Sie den lex-specialis-Charakter des § 34 II BauGB herausstellen und ausschließlich auf diese Norm abstellen.

IV. Rechtsschutzbedürfnis

Im Eilverfahren nach §§ 80a, 80 V VwGO entfällt das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis jedenfalls, wenn der Antragsteller sein Ziel auf einfachere, schnellere und effektivere Weise erlangen kann. Das ist immer dann der Fall, wenn er sein Ziel unschwer und in zumutbarer Weise bereits über § 80 I VwGO durch Einlegung eines ordentlichen Rechtsbehelfs erreichen kann. Ob dies bedeutet, dass N zunächst Widerspruch eingelegt haben muss, bevor den Antrag nach § 80a III VwGO erheben darf, kann dahingestellt bleiben, denn N hat bereits Widerspruch eingelegt, der zudem wegen § 212a BauGB keine aufschiebende Wirkung entfaltet.

Die Erhebung der Anfechtungsklage in der Hauptsache ist schon nach §§ 80a III 2, 80 V 2 VwGO keine Zulässigkeitsvoraussetzung. Die Anfechtungsfrist des § 74 VwGO darf jedoch noch nicht für den Antragsteller abgelaufen sein, denn die Zulässigkeit des Eilverfahrens setzt immer die Möglichkeit des Hauptverfahrens voraus. Diese Voraussetzung ist vorliegend eingehalten.

1. Vorliegender Antrag bei Behörde

Weitgehend umstritten ist die Frage, ob es bei einem gerichtlichen Antrag nach § 80a III VwGO erforderlich ist, dass der Antragsteller zuvor bei der Behörde einen Antrag auf Suspendierung des Verwaltungsaktes gestellt hat.¹¹

Der Streit beruht auf der durch § 80a III 2 VwGO angeordneten analogen Anwendung des § 80 V-VIII VwGO. Im Mittelpunkt steht hierbei die Frage, ob sich die Verweisung auf Absatz 6 als Rechtsgrund- oder lediglich als Rechtsfolgenverweisung verstehen lässt.

- a) Von der wohl h.M.¹² wird hierbei die Auffassung vertreten, es handele sich um eine Rechtsgrundverweisung, so dass ein vorheriger Antrag bei der Behörde nur in den Fällen öffentlicher Kosten- und Abgabenbescheide i.S.v. § 80 II Nr. 1 für erforderlich angesehen wird. Da sich in diesem Rahmen jedoch kaum Beispiele für einen Verwaltungsakt mit Drittwirkung finden lassen, sieht diese Ansicht in der Verweisung auf Absatz 6

¹⁰ Vgl. Nachweis Fn. 7.

¹¹ Dazu umfassend Heydemann, NVwZ 93, 419 (420 ff.).

¹² VGH Mannheim, NVwZ 95, 292 u. 1004; VGH Kassel, NVwZ 93, 491 (492); Kopp/ Schenke, VwGO, § 80a, Rdnr. 21 f.

eine Art „Redaktionsversehen“.¹³ Zudem führe das Erfordernis eines vorherigen Antrags an die Behörde zu einer mit Art. 19 IV GG unzulässigen Verzögerung gerichtlichen Rechtsschutzes.

- b) Nach a.A.¹⁴ handelt es sich bei der Verweisung in § 80a III 2 VwGO um eine Rechtsfolgenverweisung, so dass für einen gerichtlichen Antrag gemäß § 80a III VwGO nur dann Raum ist, wenn sich die Behörde selbst zuvor mit der Frage der Suspendierung auseinandergesetzt hat. Gegen eine Wahlmöglichkeit des Antragstellers spricht danach auch die Intention des 4. Gesetzes zur Änderung der Verwaltungsgerichtsordnung, das vor allem eine Entlastung der Verwaltungsgerichte bezweckte und zugleich die verwaltungsinterne Kontrolle stärken wollte.

Allerdings legt diese Auffassung § 80 VI 2 Nr. 2 VwGO verfassungskonform weit aus, um eine mit Art. 19 IV GG unvereinbare Verzögerung gerichtlichen Rechtsschutzes zu verhindern. Danach entfällt das Erfordernis des Antrags nach § 80 VI 1 VwGO wegen einer „drohenden Vollstreckung“ i.S.d. § 80 VI 2 Nr. 2 VwGO für die baurechtlichen Fälle, in denen der Beginn der Bauarbeiten unmittelbar bevorsteht.¹⁵

- c) Auf dem Grundstück des E standen die Bauarbeiten unmittelbar bevor, so dass nach allen Auffassungen der Antrag des N auf Suspendierung der Baugenehmigung bei der Behörde nicht erforderlich war.

2. Fehlendes Rechtsschutzbedürfnis wegen der Veränderungssperre

Exkurs: Sicherung der Bauleitplanung

Die Veränderungssperre gemäß § 14 BauGB und das Zurückstellen von Baugesuchen gemäß § 15 BauGB sind die zwei wichtigsten Instrumente der Gemeinde, um ihre in Aussicht genommene Bauleitplanung unmittelbar zu sichern. Es soll verhindert werden, dass während der Aufstellung von Bebauungsplänen die Verwirklichung der laufenden Bebauungsplanung durch bauliche Veränderungen im Plangebiet erschwert wird.¹⁶

Fraglich ist, ob das Rechtsschutzbedürfnis fehlt wegen der mittlerweile erlassenen Veränderungssperre. Eine Veränderungssperre führt zu einem Bauverbot, so dass es ggf. eines Antrags gem. § 80 a VwGO nicht mehr bedürfte.

Aufbauschema für die Veränderungssperre:

1. RGL: §§ 14, 16 BauGB

2. Formelle Rechtmäßigkeit

- a. Zuständigkeit => Satzung,

in HH: RVO oder Gesetz

- b. Verfahren

3. Materielle Rechtmäßigkeit

- a. Aufstellungsbeschluss - B-Plan

- b. Erforderlichkeit der VS ⊕

- c. Zulässiger Inhalt ⊕

- d. Geltungsdauer, § 14 III BauGB

Einem Bauverbot könnte aber § 14 III BauGB entgegenstehen. Danach werden baurechtliche Genehmigungen vor Inkrafttreten der Veränderungssperre von dieser nicht mehr rückwirkend betroffen.

Dies entspricht dem allgemeinen Grundsatz, dass der Entscheidung über die Zulässigkeit eines Bauvorhabens immer die Rechtslage zum Zeitpunkt der Genehmigungserteilung zugrunde zu legen ist.

Nach dem ausdrücklichen Wortlaut des § 14 III BauGB geht er jedoch über die Grundsätze zum baurechtlichen Bestandsschutz hinaus und entzieht sich ihrer Anwendung insofern, als er nur auf die *Genehmigung als solche* und nicht darauf abstellt, ob sie auch „ins Werk gesetzt“ worden ist.¹⁷

Die Genehmigung wurde dem E bereits am 21.4. erteilt. Zu diesem Zeitpunkt wurde sie gemäß § 43 I 1 VwVfG auch wirksam. Damit kann sich die Veränderungssperre nicht mehr auf die Zulässigkeit des Bauvorhabens gemäß § 14 III BauGB auswirken.

V. Zuständiges Gericht

Gemäß § 80a III 2 i.V.m. § 80 V 1 VwGO ist das Gericht der Hauptsache auch für die Entscheidung über den vorläufigen Rechtsschutz zuständig.

Da hier noch kein Gericht der Hauptsache feststeht, ist der Antrag bei dem Gericht zu erheben, das für die Hauptsache zuständig wäre. Dies ergibt sich aus § 80a III 2 i.V.m. § 80 V 2, wonach der Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz auch vor der Anfechtungsklage erhoben werden kann.

Das Verwaltungsgericht Hamburg ist damit gemäß §§ 45, 52 Nr. 3 VwGO zuständiges Gericht.

VI. Antragsgegner, § 78 VwGO analog

Richtiger Antragsgegner ist nach § 78 I Nr. 1 VwGO analog die Freie und Hansestadt Hamburg.

VII. Beteiligten- und Prozessfähigkeit

Beteiligte des Rechtsstreits sind N (§ 61 Nr. 1 1.Alt. VwGO) und die Stadt Hamburg (§§ 61 Nr. 1

¹³ Schoch, NVwZ 1991, 1121 (1126).

¹⁴ OVG Lüneburg, NVwZ 93, 592; NVwZ 94, 698.

¹⁵ OVG Lüneburg, NVwZ 93, 592; vgl. auch OVG Koblenz NVwZ 93, 591.

¹⁶ Battis/ Krautzberger/ Löhr, BauGB, § 14, Rdnr. 1.

¹⁷ Brügelmann, BauGB, § 14, Rdnr. 104 m.w.N.

2.Alt.). N ist gem. § 62 I VwGO und die Stadt Hamburg gem. § 62 III VwGO prozessfähig.

VI. Ergebnis

Die Sachentscheidungsvoraussetzungen liegen vor.

B. Beiladung, § 65 VwGO

Vorliegend ist E notwendig beizuladen, da dessen Baugenehmigung suspendiert wird, falls N Erfolg hat, § 65 II VwGO.

C. Begründetheit des Antrages

Der Antrag nach §§ 80a III, I Nr. 2, 80 V VwGO ist begründet, wenn das Aussetzungsinteresse des N das Vollzugsinteresse des E überwiegt.

Anmerkung:

Bei der Interessenabwägung i.R.d. § 80a III VwGO ist zu beachten, dass sich im Gegensatz zu der Prüfung des § 80 V VwGO zwei private Interessen gegenüberstehen.¹⁸

Im Rahmen der vorzunehmenden Abwägung gewinnen die Erfolgsaussichten in der Hauptsache an Bedeutung.

I. Erfolgsaussichten in der Hauptsache

Ist der streitige Verwaltungsakt erkennbar rechtmäßig, so überwiegt regelmäßig das Vollzugsinteresse des Begünstigten, denn der Belastete wird voraussichtlich das Hauptsacheverfahren verlieren.

Die Hauptsache ist hier eine Drittanfechtungsklage, die nur Erfolg haben kann, soweit drittschützende Normen verletzt sind. Der Dritte hat keinen allgemeinen Gesetzesvollziehungsanspruch. Daher ist im Folgenden nur zu prüfen, ob die Genehmigung gegen drittschützende Vorschriften verstößt.

Anmerkung zum Aufbau:

Im ersten Examen ist es aber auch gut vertretbar, unter Bezugnahme auf den Wortlaut von § 113 I 1 VwGO zunächst die Rechtswidrigkeit komplett zu überprüfen und sodann danach zu fragen, ob drittschützende Vorschriften verletzt werden.¹⁹

Im zweiten Examen jedoch würde eine derartige Lösung als falsch bewertet, denn wenn nach den Erfolgsaussichten der Drittanfechtungsklage gefragt wird, ist allein die Verletzung der drittschützenden Vorschriften maßgeblich für den Erfolg der Klage.

1. Verletzung drittschützender Vorschriften aus dem Bauplanungsrecht

Die Hauptsacheklage des Antragstellers hätte Erfolg, soweit die Baugenehmigung drittschützende Vorschriften verletzt.

Die geplante Maßnahme stellt eine bauplanungsrechtliche Anlage i. S. d. § 29 BauGB dar.

Ein qualifizierter Bebauungsplan i.S.v. § 30 BauGB liegt bislang nicht vor. Aufgrund der Innenbereichslage des geplanten Vorhabens richtet sich seine Zulässigkeit nach § 34 BauGB.

In Betracht kommt eine Verletzung von § 34 I BauGB in Verbindung mit dem Rücksichtnahmegebot.

Zu beachten ist allerdings, dass § 34 II BauGB i.V.m. §§ 2 ff. BauNVO lex specialis zu § 34 I BauGB ist, soweit es um die Art der baulichen Nutzung geht. § 34 II BauGB verlangt eine Umgebung, die einer solchen Umgebung entspricht, die in der BauNVO genauer bezeichnet sind. Hier liegt ein allgemeines Wohngebietes i.S.v. § 4 BauNVO, da der Stadtteil W vorwiegend Wohnzwecken dient. Somit ist § 34 II BauGB anwendbar. Zulässig sind daher die in § 4 II BauNVO genannten Vorhaben, sog. **Regelbebauung**. Zulässig sind „nicht störende Handwerksbetriebe“.

§ 34 II BauGB i.V.m. § 4 II Nr. 2 BauNVO schützt also die Nachbarschaft vor störenden Handwerksbetrieben.

Bei der Prüfung, inwieweit ein Handwerksbetrieb störend ist, müssen die gesamten Umstände des Einzelfalles Berücksichtigung finden. Wesentliches Kriterium ist hierbei natürlich der grundsätzliche Charakter des Baugebietes.

Hier liegt ein allgemeines Wohngebiet vor. Damit ist auf den Wohncharakter der Umgebung und auf die nachbarlichen Bewohner Rücksicht zu nehmen. Als nichtstörend sind daher in erster Linie Handwerksbetriebe anzusehen, die weder mit besonderen Lärm- noch sonstigen Emissionen verbunden sind und die Wohnqualität der Umgebung daher nicht beeinträchtigen. Darunter fallen zum Beispiel Bäckerei, Schneiderei, Friseur oder etwa ein Schusterbetrieb.

Ob der Tischlereibetrieb hier als nichtstörender Handwerksbetrieb angesehen werden kann, erscheint jedoch sehr fraglich. Eine Tischlerwerkstatt kommt nicht ohne eine große Anzahl an Maschinen aus, die erhebliche Lärm- und Staubemissionen verursachen. Die ständige Lärmbelästigung und das Herumschwirren feinsten Staubpartikel beeinträchtigt die Wohnqualität der angrenzenden Nachbarn in nicht nur unerheblicher

¹⁸ So VGH Kassel, DVBl. 92, 45 zu § 10 II BauGBMaßnG.

¹⁹ vgl. dazu auch Hartmann/Sendt JuS 2012, 917, 920 m.w.N.

cher Weise. Zudem muss gerade bei ei-nem Verarbeitungsbetrieb mit sehr viel Zuliefer- und Kundenverkehr gerechnet werden.

Eine Tischlerwerkstatt kann damit in einer Wohn- gegend nicht als nichtstörend i.S.v. § 4 II Nr. 2 BauNVO eingestuft werden.

Fraglich ist, ob die Genehmigung als sog. **Aus- nahmebebauung** auf § 31 II BauGB i.V.m. § 4 III BauNVO gestützt werden kann. In § 4 III BauNVO sind jedoch gar keine Hand- werksbetriebe als ausnahmsweise zulässige Nutzung benannt.

Nunmehr stellt sich die Frage, ob das Vorhaben nach § 31 II BauGB, sog. **Befreiung**, geneh- migungsfähig ist. Hier sind jedoch aus dem Sach- verhalt schon keine Gründe des Allgemein- wohls, die eine derartige Befreiung gem. § 31 II Nr. 1 BauGB erfordern würden ersichtlich. Somit ist das Bauvorhaben nicht geneh- migungsfähig und die erteilte Baugenehmigung verletzt die drittschützende Festsetzung bezüg- lich der Art der baulichen Nutzung aus § 34 II BauGB i.V.m. § 4 II Nr. 2 BauNVO.

2. Sonstige drittschützende Vorschriften

Ein Verstoß des Vorhabens gegen drittschüt- zende Vorschriften des Bauordnungsrechts oder sonstige öffentliche Vorschriften ist nicht ersicht- lich.

3. Zwischenergebnis

Die erteilte Baugenehmigung verletzt drittschüt- zende Vorschriften und ist daher rechtswidrig.

II. Gesamtabwägung

Die Erfolgsaussichten des Rechtsbehelfs in der Hauptsache sprechen für ein überwiegendes Aussetzungsinteresse des N. Es kann grund- sätzlich kein Interesse geben am Vollzug einer rechtswidrigen Baugenehmigung. Eine weitere Interessenabwägung ist daher nicht erforderlich.

Der Antrag des N ist begründet.

D. Ergebnis

Der Antrag des N ist zulässig und begründet und hat somit Aussicht auf Erfolg.

Das Gericht wird dem Antrag des N stattgeben und die Suspendierung der Genehmigung anord- nen, § 80a III, I Nr. 2 VwGO.

Exkurs:

Typische Probleme des § 80a VwGO

1. Problem: Umstritten ist, ob sich der Nachbar zunächst an die Behörde wenden muss, bevor er das Verwaltungsgericht im Rahmen des § 80a III VwGO anruft (dazu oben).

2. Problem: Nach § 80a I Nr. 2, 2 Halbs. VwGO kann die Behörde Maßnahmen zur Sicherung der aufschiebenden Wirkung treffen, jedoch nur dann, wenn sie gleichzeitig eine Vollzugsausset- zungsanordnung trifft (vgl. den Wortlaut).

Wichtig: Nach h.M. darf das Gericht der Behörde als Antragsgegnerin über den 2. HS aufgeben etwa eine Baueinstellungsverfügung an den (re- gelmäßig beigeladenen) Bauherrn zu erlassen. § 80a I Nr. 2 2.HS VwGO soll nach h.M. eine ei- genständige Rechtsgrundlage sein, so dass § 76 HBauO nicht zu prüfen ist.

Diese Norm gilt aber analog für den Fall, dass sich der begünstigte Adressat über eine kraft Ge- setzes bestehende aufschiebende Wirkung ein- fach hinwegsetzt²⁰. Dies z.B. in dem Fall, in dem der Besitzer einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung trotz einer Anfechtungsklage des Nachbarn einfach mit der Errichtung seiner An- lage beginnt, obwohl diese nach § 80 I VwGO aufschiebende Wirkung hätte.

3. Problem: Fraglich ist, wie der Nachbarschutz in den Fällen zu realisieren ist, in denen Vorha- ben errichtet werden, die genehmigungsfrei sind. Hier muss der Nachbar im Verfahren nach § 123 VwGO vorgehen. Begründet ist sein An- trag dann, wenn er einen Anspruch auf Ein- schreiten hat, also eine Ermessensreduktion auf Null vorliegt. Vgl. dazu auch Besprechung im Hauptkurs.

Vertiefungsfragen

Lesen Sie dazu Schlömer/Hombert Verwaltungsrecht Be- sonderer Teil Hamburg Band II, § 7 B.

1. Der Baunachbar hat durch eine erfolgreiche Anfech- tungsklage die Baugenehmigung nach Baubeginn aufheben lassen. Hat er gegen die Bauaufsichtsbe- hörde einen Anspruch auf Abrissverfügung?
2. Wie wird ermittelt, ob eine Norm drittschützenden Charakter hat?
3. Benennen Sie die wichtigsten Drittschutznormen im Baurecht.

²⁰ OVG Koblenz in DVBl. 1994, 809 (810); ThürOVG in DVBl. 1993, 1372.