

## **Übung im Öffentlichen Recht für Fortgeschrittene**

**Fallbesprechung am 26.04.2005**

### **Sachverhalt**

B und N sind Eigentümer zweier benachbarter Grundstücke im Innenbereich der rheinland-pfälzischen Gemeinde G. Für dieses Gebiet besteht ein Bebauungsplan, der lediglich Festsetzungen über die bebaubaren Grundstücksflächen enthält.

N wohnt in der Poststraße Nr. 6 auf seinem Grundstück in einem freistehenden Einfamilienhaus mit reichlich Garten. Die anderen Grundstücke in diesem Wohngebiet sind in ähnlicher Weise bebaut und aufgeteilt wie das des N. Die Bebauung der anderen Grundstücke besteht aus Ein- und Zweifamilienhäusern mit bis zu zwei Geschossen.

Das Grundstück des B ist noch nicht bebaut. Um es lukrativ zu nutzen, beauftragt er einen Architekten, ein sechsstöckiges Mietshaus mit insgesamt 12 Wohnungen zu planen, das die vorgeschriebenen Abstandsflächen optimal ausnutzt. Der Architekt unterbreitet allen Nachbarn im Auftrag des B die Pläne mit Lage und Bauzeichnungen und versucht sie dazu zu bewegen, die Pläne zu unterschreiben. N unterschreibt nicht.

Am 12.03.2002 stellt B einen formell ordnungsgemäßen Bauantrag bei der Gemeindeverwaltung. B erhält am 23.04.2002 eine Baugenehmigung. Er kann jedoch nicht gleich mit dem Bau beginnen, da zunächst Bauferien sind und er danach Schwierigkeiten hat, seine Hausbank von seinem Finanzierungsplan zu überzeugen. N bekommt keine Ausfertigung der Baugenehmigung, weil der Postbote den Brief mit der Ausfertigung versehentlich in den Briefkasten des Hauses der Roststraße Nr. 6 eingeworfen hat. N hat deswegen die Sache mittlerweile vergessen. Umso überraschter ist er, als 07.03.2005 Bagger auf dem Grundstück des B anrollen und beginnen, eine Baugrube auszuheben.

Schon in der darauffolgenden Woche legt er bei der Kreisverwaltung Widerspruch ein. Zur Begründung führt er an, dass das geplante Gebäude wegen seiner Größe nicht in das Gebiet passe. Außerdem werde ein Schattenwurf entstehen, der einen nicht unerhebliche Teil seines Gartens treffen werde. Er habe dort einige seltene Bäume gepflanzt, die einen sonnigen Standort benötigten. Auch werde seine Terrasse fast komplett überschattet werden, so dass sie in ihrem Gebrauch erheblich eingeschränkt würde.

Die Kreisverwaltung hilft dem Widerspruch nicht ab, sondern leitet ihn an den Kreisrechtsausschuss weiter. Der Kreisrechtsausschuss weist den Widerspruch als unzulässig, weil verfristet, zurück. N wird am 15.04.2005 der Widerspruchsbescheid zugestellt. Er erhebt daraufhin Klage beim Verwaltungsgericht. Nach Erhebung der Klage durch N wechselt der Amtsleiter des Bauamtes. Der neue Amtsleiter überprüft den Vorgang und hält die Baugenehmigung ebenfalls für rechtswidrig. Er fragt die ihm zugewiesenen Referendarin, ob der Kreis die Baugenehmigung aufheben und die Sache auf diese Weise aus der Welt schaffen könnte.

**Erstatten Sie das Gutachten der Referendarin.**

# Lösungshinweise

**Bitte beachten Sie:** Die nachstehenden Lösungshinweise fassen die wichtigsten Probleme - ohne Anspruch auf Vollständigkeit - zusammen, sie beinhalten jedoch nicht durchgehend ein klausurmäßiges Aufbauschema und geben nur Beispiele, wie in einer Klausur argumentiert werden könnte.

## Zulässigkeit einer Aufhebung der Baugenehmigung

Die Baugenehmigung könnte nach § 1 Abs. 1 LVwVfG i.V.m. §§ 48 ff. VwVfG aufgehoben werden.

### I. Ermächtigungsgrundlage der Aufhebung

Die Ermächtigungsgrundlage bestimmt sich danach, ob es sich bei der Baugenehmigung um einen rechtmäßigen oder rechtswidrigen Verwaltungsakt (VA) handelt. Ist sie rechtswidrig, bestimmt sich ihre Aufhebung nach § 1 Abs. 1 LVwVfG i.V.m. § 48 VwVfG, bei Rechtmäßigkeit nach § 1 Abs. 1 LVwVfG i.V.m. § 49 VwVfG.

### 1. Rechtswidrigkeit der an B erteilten Baugenehmigung

#### a) Genehmigungsbedürftigkeit

Das Gebäude ist nicht genehmigungsfrei nach § 62 LBauO und kann auch nicht Gegenstand eines vereinfachten Genehmigungsverfahrens nach § 66 LBauO sein. Es ist somit genehmigungsbedürftig.

#### b) Genehmigungsfähigkeit

Diese bestimmt sich nach § 70 Abs. 1 S. 1 LBauO. Danach ist eine Baugenehmigung zu erteilen, wenn dem Bau-Vorhaben keine baurechtlichen oder sonstigen öffentlich-rechtlichen Vorschriften entgegenstehen. Mangels näherer Angaben im Sachverhalt ist davon auszugehen, dass Vorschriften des Bauordnungsrechts eingehalten sind. Die Rechtmäßigkeit ist somit allein an Vorschriften des Bauplanungsrechts zu überprüfen.

#### (1) Vorhaben im Sinne des § 29 BauGB

Die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit eines Vorhabens richtet sich nach §§ 29 ff. BauGB. Vorhaben im Sinne des § 29 BauGB ist unter anderem die Errichtung einer baulichen Anlage, also ein auf Dauer gedachtes, künstlich mit dem Erdboden verbundenes und aus Baustoffen oder Bauteilen hergestelltes Werk mit einiger bodenrechtlicher bzw. städtebaulicher Relevanz.

*Brohm, Öffentliches Baurecht, 3. Auflage 2002, § 18, Rn. 19 ff.*

Das geplante Mietshaus des B ist ein solches Vorhaben.

#### (2) Einhaltung der Voraussetzungen des Plangebiets

Wenn für den in Frage stehenden Bereich ein Bebauungsplan besteht, ergibt sich die planungsrechtliche Zulässigkeit aus § 30 BauGB. Das Grundstück liegt hier im Bereich eines Bebauungsplans. Da dieser lediglich Festsetzungen über die bebaubaren Grundstücksflächen enthält und keine über die Art und das Maß der baulichen Nutzung, handelt es sich nicht um einen qualifizierten Bebauungsplan im Sinne des § 30 Abs. 1 BauGB, sondern um einen einfachen Bebauungsplan. Da der einfache Bebauungsplan nicht alle Mindestfestsetzungen eines qualifizierten Bebauungsplans nach

§ 30 Abs. 1 BauGB enthält, reichen seine Festsetzungen alleine nicht als Maßstab für die Zulässigkeit von Vorhaben aus.

*Schmaltz, in: Schrödter, Baugesetzbuch, 6. Auflage 1998, § 30 Rn. 27*

Somit bestimmt sich die planungsrechtliche Zulässigkeit des Bauvorhabens zum einen nach den Festsetzungen des Bebauungsplans und im übrigen nach § 34 oder § 35 BauGB.

Es ist davon auszugehen, dass das Vorhaben des B den Festsetzungen des Bebauungsplans über die bebaubaren Grundstücksflächen entspricht. Das zu bebauende Grundstück liegt laut Sachverhalt ferner im Innenbereich; daher bemisst sich die Zulässigkeit im übrigen nach § 34 BauGB.

Nach § 34 Abs. 1 BauGB muss sich das Vorhaben insbesondere im Hinblick auf Art und Maß der baulichen Nutzung, die Bauweise und die Grundstücksfläche in die Eigenart der näheren Umgebung einfügen. Wenn die Eigenart der näheren Umgebung des Grundstücks einem in der BauNVO geregelten Gebietstypus entspricht, beurteilt sich die Zulässigkeit über die Art der baulichen Nutzung gemäß § 34 Abs. 2 BauGB allein nach der BauNVO. Die nähere Umgebung des geplanten Gebäudes entspricht einem reinen Wohngebiet im Sinne des § 3 BauNVO. In einem solchen Gebiet ist ein Wohnhaus generell zulässig. Die Art des Vorhabens des B ist somit zulässig.

§ 34 Abs. 2 BauGB verweist nur hinsichtlich der Art der baulichen Nutzung auf die BauNVO, hinsichtlich der übrigen Kriterien, des Maßes der baulichen Nutzung und der Bauweise bleibt hier allein das Einfügen nach § 34 Abs. 1 BauGB maßgeblich.

*Schmaltz, in: Schrödter, a.a.O., § 34 Rn. 54*

Die Zahl der Wohnungen (hier 12) gehört nicht zu den Kriterien des Einfügens.

*BVerwG, Urteil vom 24.4.1989, BRS 49 Nr. 85; Schmaltz, in: Schrödter, a.a.O., § 34 Rn. 34*

Fraglich ist jedoch, ob das Maß der baulichen Nutzung, nämlich die geplante Anzahl von sechs Geschossen, sich in die Eigenart der näheren Umgebung einfügt. Die Eigenart der näheren Umgebung ergibt sich aus den dort tatsächlich vorhandenen baulichen und sonstigen Anlagen. Die Häuser auf den umliegenden Grundstücken stellen Ein- oder Zweifamilienhäuser dar, die zudem nur bis zu zwei Geschosse haben. Ein Wohnhaus mit sieben Geschossen würde über die übrigen Häuser weit hinausragen und fügt sich somit nicht in die Eigenart der näheren Umgebung.

Ergebnis: Das geplante Gebäude des B ist an dieser Stelle aus bauplanungsrechtlichen Gründen nicht zulässig. Es ist nicht genehmigungsfähig.

### **c) Ergebnis**

Die Baugenehmigung ist aus materiellen Gründen rechtswidrig. Die Aufhebung bestimmt sich somit nach § 48 VwVfG.

### **2. Ermessen**

Ein rechtswidriger VA kann unter den Voraussetzungen des § 48 Abs. 1 VwVfG zurückgenommen werden. Für die Rücknahme besteht nach § 48 Abs. 1 S. 1 VwVfG ein Ermessen. Bei Verwaltungsakten, die ein Recht oder einen rechtlich erheblichen Vorteil begründen, ist dieses wegen des Vertrauensschutzes des Begünstigten durch § 48 Abs. 1 S. 2 VwVfG eingeschränkt. Die Baugenehmigung eröffnet B das Recht zu bauen. Damit ist B durch die Baugenehmigung begünstigt.

Zu unterscheiden ist im folgenden zwischen Verwaltungsakten gemäß § 48 Abs. 2 VwVfG, die eine Geld- oder Sachleistung gewähren und sonstigen Verwaltungsakten gemäß § 48 Abs. 3 VwVfG. Unter (teilbare) Sachleistungen fallen die Überlassung von Gütern und damit vergleichbare Dienstleistungen. Nicht darunter fällt aber jede Verwaltungsentscheidung, welche die Rechtsposition des Bürgers verbessert, wie die Erteilung einer Gewerbeerlaubnis oder Befreiungsentscheidungen von einem Anschluss- oder Benutzungszwang.

*Vgl. Kopp-Ramsauer, VwVfG, § 48, Rn. 77*

Die Erteilung einer Baugenehmigung ist also keine teilbare Sachleistung.

Die Ausübung des Rücknahmeermessens bestimmt sich somit nach § 48 Abs. 3 VwVfG. Die Anwendung des § 48 Abs. 3 VwVfG könnte hier jedoch durch § 50 VwVfG modifiziert werden, da der Zeitpunkt der Aufhebung des VA während der Durchführung eines verwaltungsgerichtlichen Verfahrens liegt.

### **3. Voraussetzungen des § 50 VwVfG**

§ 50 VwVfG schränkt den Vertrauensschutz der §§ 48, 49 VwVfG für begünstigende Verwaltungsakte ein. Er schließt die Geltung von § 48 Abs. 1 S. 2, Abs. 2-4, § 49 Abs. 2-4, 6 VwVfG aus, wenn ein begünstigender VA von einem Dritten angefochten wurde und während des folgenden Vorverfahrens oder verwaltungsgerichtlichen Verfahrens aufgehoben wird, soweit dadurch dem Widerspruch oder der Klage abgeholfen wird. Grund für diese Regelung ist, dass während des Rechtsbehelfsverfahrens der durch den VA Begünstigte grundsätzlich keinen Vertrauensschutz genießt, sondern bis zur Unanfechtbarkeit des VA mit der Aufhebung durch die Widerspruchsbehörde oder das Verwaltungsgericht rechnen muss.

*Vgl. Kopp/ Ramsauer, VwVfG, 8. Auflage 2003, § 50, Rn. 2; vgl. Sachs, in: Stelkens/Bonk, VwVfG, § 50 Rn. 73*

Bis zur Unanfechtbarkeit des VA hat der Rechtsschutz des betroffenen Dritten Vorrang gemäß § 50 VwVfG.

*Vgl. BVerwG 21, 145*

Hier ist B begünstigt durch die Baugenehmigung, gegen die N erfolglos Widerspruch und daraufhin Klage eingelegt hat. Das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht läuft noch. § 50 VwVfG greift hier also und schließt die Geltung der hier anzuwendenden § 48 Abs. 2-4 VwVfG aus, soweit durch die Aufhebung der Baugenehmigung der Klage abgeholfen wird.

Fraglich ist, welche Anforderungen an das Rechtsbehelfsverfahren im Sinne des § 50 VwVfG zu stellen sind.

Teilweise wird nur die Zulässigkeit des Rechtsbehelfes verlangt.

*Vgl. VGH München, NVwZ 1997, 701*

Nach der überwiegenden Auffassung ist erforderlich, dass der Rechtsbehelf zulässig und nicht offensichtlich unbegründet ist.

*Vgl. BVerwGE 65, 321; vgl. Nachweise bei Kopp-Ramsauer, § 50 Rn. 24*

Schließlich wird vertreten, dass nicht nur offensichtliche Begründetheit zu fordern ist, sondern der Vertrauensschutz solle nur eingeschränkt werden, wenn die Klage auch tatsächlich begründet ist.

*Vgl. Kopp-Ramsauer, § 50 VwVfG, Rn. 24; Gassner, JuS 1997, 798*

Nach Abschluss des Widerspruchverfahrens muss die Möglichkeit der Behörde, einen Verwaltungsakt aufzuheben, durch den von §§ 48, 49 VwVfG gewährten Vertrauensschutz eingeschränkt werden. Da der Vertrauensschutz durch § 50 VwVfG soweit eingeschränkt ist, wie die Rechte des Dritten gehen, müssen der Widerspruch oder die Klage zulässig und im Prinzip auch begründet sein. Andererseits muss sich die Prüfung der Begründetheit durch die Behörde auf offensichtliche Fehler beschränken, weil die Rechtmäßigkeit häufig gerade streitig und damit Gegenstand des Rechtsbehelfsverfahrens ist. Deswegen ist die Begründetheitsprüfung auf offensichtliche Fehler zu beschränken.

*ausführlich zu diesem Problemkreis: Gassner, JuS 1997, 798; BayVGH, NVwZ 1997, 701; Sachs, in: Stelkens/Bonk, Verwaltungsverfahrensgesetz, § 50 Rn. 98 ff.*

Es sind also im Folgenden die Erfolgsaussichten einer Klage des N zu prüfen:

#### **a) Zulässigkeit**

##### **(1) Verwaltungsrechtsweg**

Der Verwaltungsrechtsweg ist gemäß § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO eröffnet. Es handelt sich um eine Streitigkeit auf dem Gebiet des öffentlichen Baurechts, mithin um eine öffentlichrechtliche Streitigkeit. Diese ist auch nicht verfassungsrechtlicher Art.

##### **(2) Klageart**

Statthafte Klageart ist die Anfechtungsklage nach § 42 Abs. 1 VwGO.

##### **(3) Klagebefugnis**

Um gemäß § 42 Abs. 2 VwGO klagebefugt zu sein, müsste sich N auf ein subjektiv-öffentliches Recht berufen. Im Fall der Drittanfechtung ergibt sich das nicht aus der Adressatenstellung. Vielmehr bedarf es einer Norm, die nach der Schutznormtheorie des BVerwG auch der Rücksichtnahme auf individuelle Interessen oder deren Ausgleich dienen.

*Vgl. dazu Brohm, a.a.O., § 18, Rn. 26; Koch/Hendler, Baurecht, § 28, Rn. 5 ff*

N beruft sich zum einen auf den störenden Charakter der geplanten Bebauung, zum anderen auf den von dem geplanten Gebäude ausgehenden Schattenwurf der ihn beeinträchtigen würde. In Betracht kommt die Verletzung eines subjektiv öffentlichen Rechts des N aus dem Gebot der Rücksichtnahme.

*Vgl. BVerwG, NVwZ 1999, 879*

Nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts stellt das Gebot der Rücksichtnahme keine selbständige Anspruchsgrundlage dar, sondern ist Bestandteil einzelner gesetzlicher Vorschriften des Baurechts. Es entfaltet nachbarschützende Wirkung, „soweit in qualifizierter und zugleich individualisierter Weise auf schutzwürdige Interessen eines erkennbar abgegrenzten Kreises Dritter Rücksicht zu nehmen ist.“

*Vgl. BVerwG, NVwZ 1999, 879, 880; BVerwGE 67, 334, 338f.*

N könnte in seinem Recht verletzt sein, das sich aus der drittschützenden Wirkung des § 34 Abs. 1 BauGB in Verbindung mit dem Rücksichtnahmegebot ergibt. In § 34 Abs. 1 BauGB ist der Begriff des „Einfügens“ lediglich eine andere Formulierung für das Rücksichtnahmegebot.

*Vgl. BVerwG, NJW 1981, 1973; BVerwG, NVwZ 1987, 128*

N ist direkter Nachbar des Grundstücks von B und damit als Zugehöriger eines erkennbar abgrenzbaren Personenkreises betroffen. Ferner ist er auch in qualifizierter Weise betroffen. Es besteht also die Möglichkeit, dass N in einem subjektiven öffentlichen Recht auf Grund des Rücksichtnahmegebotes verletzt ist. Ferner könnte er durch den Schattenwurf des geplanten Gebäudes auch in seinem durch Art. 14 Abs. 1 GG geschützten Eigentum verletzt werden. N ist somit klagebefugt.

#### **(4) Vorverfahren**

Ein Vorverfahren nach §§ 68 ff. VwGO hat N erfolglos durchgeführt. Problematisch könnte sein, ob N rechtzeitig Widerspruch erhoben hat. Gemäß § 70 Abs. 1 VwGO ist der Widerspruch binnen eines Monats, nachdem der Verwaltungsakt dem Beschwerden bekannt gegeben wurde, zu erheben. Die Baugenehmigung wurde dem B als Begünstigten am 23.4.2002 bekannt gegeben. N wurde aber keine Ausfertigung zugestellt. Deswegen hat die Monatsfrist noch nicht zu laufen begonnen. Eine Verwirkungsfrist von einem Jahr beginnt in dem Moment, in dem N zumutbar von der Baugenehmigung Kenntnis erlangt hat. N hat unmittelbar nachdem er die Bagger auf dem Nachbargrundstück gesehen hat Widerspruch eingelegt. Damit ist die Widerspruchsfrist gewahrt. Das Vorverfahren wurde insgesamt ordnungsgemäß durchgeführt.

#### **(5) Klagefrist**

Die Klagefrist von 1 Monat ab Zustellung des Widerspruchsbescheids gemäß § 74 Abs. 1 VwGO ist eingehalten.

#### **(6) Ergebnis**

Die Klage wäre zulässig.

### **b) Begründetheit der Klage**

#### **(1) Rechtswidrigkeit der Baugenehmigung**

Wie oben dargelegt, ist die Baugenehmigung rechtswidrig, weil das Vorhaben des B sich nicht in die Eigenart der näheren Umgebung einfügt.

#### **(2) Rechtsverletzung bei N**

##### **(aa) § 34 Abs. 1 BauGB in Verbindung mit dem Rücksichtnahmegebot**

Die Rechtsverletzung der baurechtlichen Vorschrift unter Berücksichtigung des Rücksichtnahmegebotes ist zu ermitteln, indem „ die Schutzwürdigkeit des Betroffenen, die Intensität der Beein-

trächtigung, die Interessen des Bauherrn und das, was beiden Seiten billigerweise zumutbar oder unzumutbar ist“, gegeneinander abgewogen werden.

*Vgl. BVerwGE 82, 343, 347; BVerwG, NJW 1994, 1546; Brohm, a.a.O., § 18 Rn. 29*

N ist besonders schutzwürdig, da er als direkter Nachbar am stärksten von den Auswirkungen des neuen Gebäudes (z.B. der Schattenwurf) betroffen ist. Die Beeinträchtigung ist auch intensiv, da das Mietshaus erheblich größer ist als die umliegenden Gebäude und den N faktisch durch den Schattenwurf in der Nutzung seines Gartens einschränkt. B hat als Bauherr auf Grund der zu erwartenden Mieteinnahmen das Interesse, ein Mietshaus mit möglichst vielen Wohnungen zu bauen. Da das Mietshaus wegen seiner Größe den N nicht unerheblich beeinträchtigt, ist es dem B zumutbar, ein Mietshaus mit weniger Geschossen und damit mit weniger Wohnungen zu errichten. Die Interessen des N überwiegen. Er ist damit in seinem subjektiv öffentlichen Recht aus § 34 Abs. 1 BauGB in Verbindung mit dem Rücksichtnahmegebot verletzt.

#### **(bb) Art. 14 Abs. 1 GG**

Das Grundrecht aus Art. 14 Abs. 1 GG gewährt grundsätzlich keinen weiterreichenden Schutz als das Rücksichtnahmegebot. Nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts greift der Nachbarschutz bereits früher ein als der direkte Rückgriff auf ein Grundrecht, denn es könnten damit auch „rücksichtslose Beeinträchtigungen abgewehrt werden, die noch nicht den Grad der gegen Art. 14 Abs. 1 GG verstoßenden Unzumutbarkeit erreichen“.

*BVerwGE 67, 334, 337*

Neben dem Rücksichtnahmegebot kann bei einer schweren und unerträglichen Beeinträchtigung aber auch direkt auf Art. 14 Abs.1 GG zurückgegriffen werden.

*Vgl. Brohm, a.a.O., § 18 Rn. 36*

Grundstück und Haus des N sowie deren Nutzung unterfallen dem durch Art. 14 Abs. 1 GG geschützten Eigentum. Hier ist das Eigentum des N betroffen in der Ausprägung der Grundstücksnutzung durch Bepflanzung. Ein Eingriff liegt vor, da die Grundstücksnutzung auf Grund des Schattenwurfs in nicht unerheblichem Umfang faktisch behindert wird.

*Vgl. Jarrass/Pieroth, Grundgesetz, 7. Auflage 2004, Art. 14 Rn. 22, 24*

Verfassungsrechtliche Rechtfertigung des Eingriffs ist nicht gegeben. N ist somit auch in Art. 14 Abs. 1 GG verletzt.

#### **c) Ergebnis**

Die Klage des N wäre (offensichtlich) begründet. Die Voraussetzungen des § 50 VwVfG sind erfüllt.

#### **4. Endergebnis**

Die Kreisverwaltung kann die Baugenehmigung unter Einhaltung der Ermessensregeln ohne Berücksichtigung eines besonderen Vertrauensschutzes zurücknehmen und ohne eine Entschädigung gemäß § 48 Abs. 3 S. 1 VwVfG an den N leisten zu müssen.