

Erste Klausur der Großen Übung im Öffentlichen Recht  
WS 2011 / 2012

Lösung

Die Klage des S hat Aussicht auf Erfolg, wenn alle Sachurteilsvoraussetzungen vorliegen und sie begründet ist.

## **A Sachurteilsvoraussetzungen**

### **I Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs**

Mangels Einschlägigkeit einer aufdrängenden Sonderzuweisung bestimmt sich der Rechtsweg nach § 40 I 1 VwGO. Eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit liegt vor, wenn die streitentscheidenden Normen öffentlich-rechtlich sind. Streitentscheidend sind hier die Rechtsnormen des BayVwVfG, insb. Art. 36 BayVwVfG, sowie die Rechtsnormen des Baurechts, insb. Art. 7 II BayBO und § 34 BauGB. Diese berechtigen ausschließlich Träger hoheitlicher Gewalt in dieser Funktion und sind daher nach der herrschenden modifizierten Subjektstheorie als öffentlich-rechtlich zu qualifizieren. Mangels doppelter Verfassungsunmittelbarkeit liegt auch keine verfassungsrechtliche Streitigkeit vor. Eine abdrängende Sonderzuweisung ist nicht einschlägig. Es ist somit der Verwaltungsrechtsweg gegeben.

### **II Statthafte Klageart**

Die statthafte Klageart richtet sich nach dem klägerischen Begehren, welches ggf. durch Auslegung zu ermitteln ist, § 88 VwGO.

S bringt vor, dass er sich gegen die ihm auferlegte Pflicht zur Errichtung eines Kinderspielplatzes wende.

#### Problemaufriss

Fraglich ist, ob hierfür eine isolierte Anfechtungsklage (§ 42 I Alt. 1 VwGO) gegen den Zusatz in der Baugenehmigung vom 21.03.2011 statthaft ist, oder ob die Verpflichtungsklage (§ 42 I Alt. 2 VwGO) auf Erteilung einer Baugenehmigung ohne den belastenden Zusatz statthaft ist. Sind beide Klagearten dem Grunde nach statthaft, ist die Anfechtungsklage anzuwenden, da sie als Gestaltungsklage rechtsschutzintensiver ist. Der Verpflichtungsklage würde das Rechtsschutzbedürfnis fehlen.

#### Rechtsnatur des Zusatzes

Um sich hinsichtlich der statthafte Klageart zu entscheiden, muss zunächst die Rechtsnatur des Zusatzes geklärt werden. Der Zusatz hat den Wortlaut: „S wird verpflichtet auf der Grundstücksfläche einen Kinderspielplatz [...] zu errichten.“ Er könnte eine echte Nebenbestimmung i.S.d. Art. 36 II BayVwVfG, eine Inhaltskonkretisierung / Inhaltsbestimmung der Baugenehmigung oder eine modifizierende Genehmigung sein.

Eine Inhaltskonkretisierung / Inhaltsbestimmung zeichnet sich dadurch aus, dass sie kein eigenständiger Teil des Verwaltungsakts ist. Wird die in einem VA enthaltene Regelung lediglich näher konkretisiert, ohne dass eine weitere, selbständige Regelung hinzugefügt wird, liegt eine Inhaltskonkretisierung / Inhaltsbestimmung vor.

Eine modifizierende Genehmigung liegt vor, wenn dem Antragsteller etwas anderes genehmigt wird, als er beantragt hat. Ihm wird ein „aliud“ gewährt.

Außerdem könnte der Zusatz eine echte Nebenbestimmung gem. Art 36 II BayVwVfG sein. In Betracht kommt die Bedingung gem. Art. 36 II Nr. 2 BayVwVfG sowie die Auflage gem. Art 36 II Nr. 4 BayVwVfG. Der Unterschied zwischen Bedingung und Auflage besteht darin, dass die im Grundverwaltungsakt enthaltene Regelung bei der Bedingung erst mit Eintritt der Bedingung gelten soll. Bei der Auflage gilt sie von Anfang an, der Adressat bekommt aber eine zusätzliche Pflicht auferlegt, welche auch separat vollstreckbar ist. Die Bedingung suspendiert, zwingt aber nicht. Die Auflage zwingt, suspendiert aber nicht.

Vorliegend ist die Anweisung, einen Spielplatz zu errichten, nicht lediglich eine Konkretisierung der Baugenehmigung. Vielmehr ist sie von dieser abtrennbar und fügt der Baugenehmigung eine eigenständige Regelung hinzu. Eine Inhaltskonkretisierung / Inhaltsbestimmung scheidet somit aus.

S erhält im Bescheid vom 21.03.2011 auch nicht etwas anderes, als er ursprünglich beantragt hat. Vielmehr wird er antragsgemäß beschieden, da S das geplante Wohnhaus bauen darf. Eine modifizierende Genehmigung scheidet somit ebenfalls aus.

Hinsichtlich des Verhältnisses zwischen Bedingung und Auflage gilt hier: S darf nach Erteilung der Baugenehmigung sofort anfangen zu bauen. Die Baugenehmigung wird nicht vom Eintritt eines Ereignisses (Bau des Spielplatzes) abhängig gemacht. Falls S der Spielplatzerrichtungspflicht nicht nachkommt, kann diese Pflicht mittels Verwaltungszwang vollstreckt werden.

Der Zusatz ist somit eine Auflage gem. Art. 36 II Nr. 4 BayVwVfG.

#### Isolierte Anfechtbarkeit der Auflage

Hinsichtlich der prozessualen Möglichkeit der isolierten Anfechtbarkeit von Nebenbestimmungen herrscht Uneinigkeit.

Trennen Sie die Frage der isolierten Anfechtbarkeit von der der isolierten Aufhebbarkeit. Bei der isolierten Anfechtbarkeit geht es um die prozessrechtliche Statthaftigkeit der Anfechtungsklage (Frage der Zulässigkeit). Bei der isolierten Aufhebbarkeit geht es um die Frage, ob nach isolierter Kassation ein rechtmäßiger Grund-VA zurückbleibt. Dies bestimmt sich nach dem materiellen Recht und ist somit Frage der Begründetheit.

Nach neuerer Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts ist die Anfechtungsklage gegen Nebenbestimmungen stets statthaft, da die Frage der isolierten Aufhebbarkeit der Nebenbestimmung kein Problem der Zulässigkeit der Klage, sondern allein eine Frage der Begründetheit sei (siehe dazu BVerwGE 112, 221 ff., BVerwGE 112, 263 ff.). Dieser Lösungsansatz findet in der Literatur zum großen Teil Anklang (z.B. bei Wysk, VwGO, 2011, § 42 Rn. 31 ff.), zum Teil wird er auch vehement abgelehnt (etwa von Happ, in: Eyermann, VwGO, 13. Aufl. 2010, § 42 Rn. 46 ff.). Aus Sicht der verwaltungsgerichtlichen Praxis ist dieser Lösungsweg vorrangig einzuschlagen, da dies mittlerweile eine gefestigte Rechtsprechung des BVerwG ist.

Nach einer in der Literatur vertretenen – allerdings völlig praxisfernen – Ansicht soll die isolierte Anfechtung von Nebenbestimmungen stets unstatthaft sein<sup>1</sup>. Dagegen spricht schon, dass alle Nebenbestimmungen selbständigen Regelungscharakter haben. Nebenbestimmungen sind stets trennbar vom Grundverwaltungsakt, sonst wären es keine Nebenbestimmungen sondern Inhaltsbestimmungen. Außerdem geht auch § 113 I 1 VwGO („soweit“) von einer Teilbarkeit eines Verwaltungsakts aus.

Diese Position ist daher zu verwerfen, gleichwohl ist sie in der Klausur nicht unvertretbar.

Hinweis: Wer diese Lösung favorisiert, muss die Anfechtungsklage ablehnen. Für S bleibt dann nur die Erhebung einer Verpflichtungsklage auf Erteilung einer Baugenehmigung ohne Auflage. Dies führt in der Begründetheit zu dem Prüfungsaufbau nach § 113 V 1 VwGO.

Andere Lösungsvorschläge zu der Frage der isolierten Anfechtbarkeit von Nebenbestimmungen differenzieren nach der Art der Nebenbestimmung. Teilweise wird die isolierte Anfechtbarkeit nur bei Auflagen und Auflagenvorbehalt befürwortet<sup>2</sup>, teilweise bei allen Nebenbestimmungen<sup>3</sup>. Zum Teil wird diese Lösung noch weiter ausdifferenziert und danach unterschieden, ob es sich um eine Nebenbestimmung zu einem Ermessensverwaltungsakt oder um eine gebundene Entscheidung handelt (vgl. dazu auch den Überblick bei Maurer, Allg. VwR, 18. Aufl. 2011, § 12 Rn. 22 ff.; Erbguth, Allg. VwR 4. Aufl. 2011 § 18 Rn. 15 ff.). Da hier eine Auflage zu einem gebundenen VA vorliegt, ist eine Streitentscheidung zwischen diesen Ansichten entbehrlich. Nach dieser Position ist ebenfalls die Anfechtungsklage statthaft.

### Ergebnis

Statthafte Klageart ist vorliegend die Anfechtungsklage gem. § 42 I Alt. 1 VwGO isoliert gegen die Auflage, einen Kinderspielplatz errichten zu müssen.

S bringt dieses Begehren auch hinreichend zum Ausdruck. Auf § 86 III VwGO muss nicht zurückgegriffen werden.

### **III Klagebefugnis**

Gem. § 42 II VwGO muss S geltend machen durch die Auflage in seinen Rechten verletzt zu sein. Die Möglichkeit der Rechtsverletzung ist ausreichend. Die Auflage verpflichtet S, sein Grundstück in einer bestimmten Art zu bebauen. Durch diese Pflicht ist S möglicherweise in seinem Eigentumsrecht aus Art. 14 I GG verletzt. A ist somit klagebefugt.

### **IV Ordnungsgemäß und erfolglos durchgeführtes Vorverfahren**

Gem. § 68 I 1 VwGO ist vor Erhebung der Anfechtungsklage grds. ein Vorverfahren durchzuführen. Gem. § 68 I 2 VwGO i.V.m. Art. 15 II BayAGVwGO entfällt vorliegend das Vorverfahren, da kein Fall des Art. 15 I BayAGVwGO vorliegt.

---

<sup>1</sup> Labrenz, NVwZ 2007, 161 ff.; Fehn, DÖV 1988, 207 ff.

<sup>2</sup> BVerwG, NVwZ 1992, 387 (388).

<sup>3</sup> Brüning, NVwZ 2002, 1081 ff.; Sproll, NJW 2002, 3221 (3222 f.).

## V Form und Frist

### Form

Das Fax wahrt das Schriftformerfordernis des § 81 I 1 VwGO. Erforderlich ist außerdem, dass die Klageschrift eigenhändig unterschrieben wird. S hat vorliegend das Originalschriftstück eigenhändig unterschrieben. Dies ist ausreichend.

Außerdem müssten die Voraussetzungen des § 82 I 1 VwGO erfüllt sein. In dem Satz: „*Ich wende mich daher gegen die Stadt Würzburg und die mir auferlegte Pflicht zur Errichtung eines Kinderspielplatzes*“ werden Kläger, Beklagter und Gegenstand des Klagebegehrens bezeichnet. Aus dem Satz: „*Ich bitte das Gericht mir mit den zur Verfügung stehenden Mitteln zu helfen.*“ folgt durch Auslegung (§ 88 VwGO), dass S Klage erhebt.

### Frist

Gem. § 74 I 2 VwGO muss die Klage innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe des Verwaltungsakts erhoben werden. Gem. Art. 68 II 3 BayBO ist die Baugenehmigung zuzustellen, weshalb hier Art. 4 II BayVwZVG gilt. Da der tatsächliche Zugang (25.03.11) nach der drei-Tages-Fiktion (24.03.11) erfolgte, ist auf den tatsächlichen Zugang abzustellen. Gem. §§ 57 VwGO, 222 I ZPO, 187 I BGB ist Fristbeginn somit der 26.03.2011. Fristende wäre gem. §§ 57 VwGO, 222 I ZPO, 188 II BGB der 25.04.11. Da dies ein Feiertag (Ostermontag) ist, gelten die §§ 57 VwGO, 222 II ZPO. Demnach ist Fristende der 26.04.11 um 24:00 Uhr. Am Morgen dieses Tages hat S die Klage erhoben. Die Frist ist somit gewahrt.

Da die Klageerhebung weder Willenserklärung noch Leistungsbewirkung ist, ist § 193 BGB nicht einschlägig!

## VI Beteiligten- und Prozessfähigkeit

S ist als natürliche Person beteiligtenfähig gem. § 61 Nr. 1 Alt. 1 VwGO. Seine Prozessfähigkeit ergibt sich aus § 62 I Nr. 1 VwGO.

Klagegegner ist die Stadt Würzburg (s.u.). Sie ist juristische Person des öffentlichen Rechts, vgl. Art. 1 S. 1 BayGO. Ihre Beteiligtenfähigkeit ergibt sich somit aus § 61 Nr. 1 Alt. 2 VwGO. Für die Prozessfähigkeit gilt § 62 III VwGO. Die Stadt Würzburg wird durch den ersten Bürgermeister, welcher die Amtsbezeichnung Oberbürgermeister trägt, vertreten, vgl. Art. 38 I, 34 I 2 BayGO.

## VII Zuständigkeit des Gerichts

Für vorliegende Streitigkeit ist das Verwaltungsgericht sachlich zuständig, vgl. § 45 VwGO. Die örtliche Zuständigkeit ergibt sich aus § 52 Nr. 1 VwGO i.V.m. Art. 1 II Nr. 5 AGVwGO. Demnach ist das VG Würzburg örtlich zuständig. Dies ist hier gewahrt.

## B Begründetheit

Die Anfechtungsklage ist begründet, wenn (I) sie sich gegen den richtigen Beklagten richtet, (II) die angegriffenen Nebenbestimmung rechtswidrig, (III) der Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt ist und (IV) nach isolierter Aufhebung ein rechtmäßiger Grundverwaltungsakt zurückbleibt.

## I Passivlegitimation

Gem. § 78 I Nr. 1 VwGO ist vorliegend die Stadt Würzburg passivlegitimiert.

## II Rechtmäßigkeit der Nebenbestimmung

Fraglich ist, ob die Auflage zur Errichtung eines Kinderspielplatzes rechtmäßig ist.

### 1. Rechtsgrundlage

Da der Grund-VA (Baugenehmigung) eine gebundene Entscheidung darstellt, ist für den Erlass der Auflage Art. 36 I Alt. 2 BayVwVfG die richtige Rechtsgrundlage. Eine speziellere Ermächtigung für den Erlass der Auflage in der BayBO existiert nicht.

Es ist aber vertretbar, Art. 36 I Alt 2 BayVwVfG i.V.m. Art. 7 II BayBO zu zitieren.
--------------------------------------------------------------------------------------

### 2. Formelle Rechtmäßigkeit

Der VA wurde laut Sachverhalt in verfahrens- und formgerechter Weise erlassen. Zu prüfen bleibt die Zuständigkeit.

Sachliche Zuständigkeit → Gem. Art. 53 I 2 BayBO ist die untere Bauaufsichtsbehörde sachlich zuständig. Gem. Art. 53 I 1 BayBO ist dies die Kreisverwaltungsbehörde. Da Würzburg eine kreisfreie Stadt ist, ist die Stadt selbst sachlich zuständig, vgl. Art. 9 I 1 GO.

Örtliche Zuständigkeit → Die örtliche Zuständigkeit der Stadt Würzburg ergibt sich vorliegend aus Art. 3 I Nr. 1 BayVwVfG.

Der VA ist somit formell rechtmäßig.

### 3. Materielle Rechtmäßigkeit

Die Auflage ist materiell rechtmäßig, wenn die Voraussetzungen des Art. 36 I Alt. 2 BayVwVfG erfüllt sind und kein Ermessensfehler vorliegt.

#### a) Die Voraussetzungen des Art. 36 I Alt. 2 BayVwVfG

Gem. Art. 36 I Alt. 2 BayVwVfG ist die Auflage rechtmäßig, wenn sie sicherstellen soll, dass die gesetzlichen Voraussetzungen des Verwaltungsakts erfüllt werden. Es ist somit zu prüfen, ob die Anordnung zur Errichtung eines Kinderspielplatzes sicherstellen soll, dass die Baugenehmigung rechtmäßig ist.

#### Prüfprogramm

Die Kinderspielplatzerrichtungspflicht ist in Art. 7 II BayBO determiniert. Sie ist nur dann Rechtmäßigkeitsvoraussetzung der Baugenehmigung, wenn Art. 7 II BayBO im Genehmigungsverfahren zu prüfen ist. Das Prüfprogramm wird durch Art. 59 BayBO vorgegeben. Im vereinfachten Genehmigungsverfahren ist Art. 7 II BayBO nicht zu

prüfen. Entscheidend ist somit, ob die Anlage einen Sonderbau gem. Art. 2 IV BayBO darstellt.

Hier: Art. 2 IV Nr. 1 BayBO +

Art. 7 II BayBO war somit im Genehmigungsverfahren zu prüfen.

#### Rechtmäßigkeit der Spielplatzerrichtungspflicht gem. Art. 7 II BayBO

Das von S geplante Wohnhaus ist ein Gebäude mit mehr als drei Wohnungen.

Es soll auch errichtet werden.

Art. 7 II 2 Alt. 2 BayBO → Die Pflicht zur Errichtung des Spielplatzes entfällt, wenn in unmittelbarer Nähe des zu bebauenden Grundstücks ein für die Kinder nutzbarer Spielplatz vorhanden ist. Unmittelbare Nähe ist zu bejahen, wenn der Spielplatz in Sicht- und Rufweite liegt. Dies ist bei 100 m Entfernung zu bejahen. Der vorhandene Spielplatz ist öffentlich und somit für die Kinder des geplanten Wohnhauses nutzbar. Er ist auch erreichbar, ohne dass eine große Straße überquert werden müsste. Unerheblich ist, ob S selbst Kinder hat. Unerheblich ist auch, dass S vorgibt die Wohnungen nicht an Familien mit Kindern vermieten zu wollen. Erstens steht es S wegen zivilrechtlicher Verpflichtungen gar nicht völlig frei, an wen er vermietet. Zweitens kann es in bisher noch unabsehbarer Zukunft dazu kommen, dass S das Haus verkauft und der neue Eigentümer an Familien mit Kindern vermietet. Auf der anderen Seite ist der Hinweis der Stadt auf die wirtschaftliche Gewinnerzielungsabsicht des S nicht zu berücksichtigen, da die Spielplatzerrichtungspflicht nicht von individuellen, wirtschaftlichen Vor- und Nachteilen abhängt, sondern der sozialen Wohlfahrtspflege dient.

Die Pflicht zur Errichtung des Spielplatzes entfällt somit vorliegend gem. Art. 7 II 2 Alt. 2 BayBO.

#### Zwischenergebnis

Die Anordnung zur Errichtung des Spielplatzes stellt nicht sicher, dass die Baugenehmigung erteilt werden muss. Die Voraussetzungen des Art. 36 I Alt. 2 BayVwVfG sind somit nicht erfüllt.

Die Auflage ist mithin rechtswidrig.

Wichtig ist der Aufbau! Es ist falsch, die Genehmigungspflichtigkeit und -fähigkeit i.R.d. Art. 36 I VwVfG zu prüfen. Bei Art. 36 I Alt. 2 VwVfG ist nur Art. 7 II BayBO zu prüfen:

Das Gesetz sagt, dass die Nebenbestimmung rechtmäßig ist, wenn sie sicherstellen soll, dass die gesetzlichen Voraussetzungen des Verwaltungsakts erfüllt werden. Für alle Vorschriften der BayBO – außer Art. 7 II BayBO – und für alle Vorschriften des BauGB ist die Auflage (Spielplatzpflichterrichtung) irrelevant. Die Auflage stellt nicht sicher, dass das Vorhaben alle zu prüfenden Vorschriften einhält, sie stellt nur sicher, dass Art. 7 II BayBO eingehalten wird. Daher ist i.R.d. Art. 36 I Alt. 2 VwVfG auch nur Art. 7 II BayBO zu prüfen.

### **III Subjektive Rechtsverletzung**

Durch die rechtswidrige Auflage ist S in seinem Eigentumsrecht aus Art 14 I GG verletzt. Dem S wird vorgeschrieben, sein Grundstück mit einer bestimmten baulichen Anlage (hier Spielplatz) zu

bebauen. Da diese Verpflichtung rechtswidrig ist, ist S in dem durch Art. 14 I GG gewährleisteten Recht auf Baufreiheit, welches auch die Art der Bebauung schützt, verletzt.

#### **IV Isolierte Aufhebbarkeit**

Nach h.M. ist die isolierte Anfechtungsklage gegen eine Nebenbestimmung unbegründet, wenn nach isolierter Kassation ein rechtswidriger Grundverwaltungsakt zurück bleiben würde<sup>4</sup>.

Es ist somit zu prüfen, ob die Baugenehmigung ohne die Anordnung zur Errichtung eines Spielplatzes rechtmäßig wäre.

##### 1. Formelle Rechtmäßigkeit

Hinsichtlich der formellen Rechtmäßigkeit ergeben sich keine Probleme. Sie ist zu bejahen.

##### 2. Materiell Rechtmäßigkeit

Die zurückbleibende Baugenehmigung ist materiell rechtmäßig, wenn das Vorhaben des S genehmigungspflichtig und –fähig ist.

###### a) Genehmigungspflichtigkeit

Die Genehmigungspflichtigkeit bestimmt sich nach Art. 55 I BayBO. Demnach müsste zunächst eine Anlage gem. Art. 2 I 4 BayBO vorliegen.

Das geplante Wohnhaus des S wird aus künstlichen Bauprodukten hergestellt und ist mit dem Erdboden fest verbunden (Art. 2 I 1 BayBO). Eine Anlage liegt mithin vor.

Diese wird auch errichtet.

Es ergibt sich auch aus den Art. 56 – 58, 72 und 73 BayBO nichts anderes.

→ Genehmigungspflichtigkeit +

###### b) Genehmigungsfähigkeit

Die §§ 30 – 37 BauGB sind vorliegend gem. § 29 I BauGB anwendbar.

Da sich das Vorhaben des S im unbepflanzten Innenbereich befindet, ist bauplanungsrechtlich § 34 BauGB ausschlaggebend.

Es müsste sich nach Art und Maß der baulichen Nutzung, der Bauweise und der Grundstücksfläche, die überbaut werden soll, in die Eigenart der näheren Umgebung einfügen. Hier laut explizitem Hinweis im Sachverhalt +

Außerdem müssen die Anforderungen an gesunde Wohn- und Arbeitsverhältnisse gewahrt bleiben. Hier +

Des Weiteren darf das Ortsbild nicht beeinträchtigt werden. Hier +

Außerdem muss die Erschließung gesichert sein. Hier +

Mangels Anhaltspunkte im Sachverhalt ergibt sich auch aus dem Gebot der Rücksichtnahme kein anderes Ergebnis

Von der Einhaltung der übrigen öffentlich-rechtlichen Vorschriften ist auszugehen.

Das Vorhaben des S ist somit genehmigungsfähig.

##### 3. Zwischenergebnis

---

<sup>4</sup> BVerwG, NVwZ 1984, 366; BVerwG, NVwZ-RR 1996, 20.

Die nach isolierter Kassation der Auflage zurückbleibende Baugenehmigung ist rechtmäßig.  
Die isolierte Aufhebbarkeit ist somit zu bejahen.

### **V Gesamtergebnis**

Die isolierte Anfechtungsklage gegen die Anordnung zur Errichtung des Spielplatzes hat Aussicht auf Erfolg, da sie zulässig und begründet ist.