

## Samstagsklausur im Öffentlichen Recht – 25.05.2013

### Sachverhalt:

E ist seit einem Erbfall vor 14 Jahren Eigentümer eines mit einem alten Wohnhaus bebauten Grundstückes in der unterfränkischen kreisangehörigen Gemeinde G. Dabei handelt es sich um das Elternhaus des E, das er seit seiner Geburt sein Heim nennt. Das Wohnhaus wurde im Jahre 1962 bauaufsichtlich genehmigt und errichtet und steht heute in exponierter Lage ca. 750 Meter entfernt von der nächsten geschlossenen Bebauung. Die umgebenden unbebauten Freiflächen werden landwirtschaftlich genutzt. Der Flächennutzungsplan der G stellt für alle Flächen im fraglichen Gebiet – auch für das Grundstück des E – eben jene landwirtschaftliche Bodennutzung dar. Ein Bebauungsplan wurde von G nicht aufgestellt. Das Wohnhaus des E ist über die Jahre mittlerweile baufällig geworden: tragende Bauteile sind verfault und insbesondere das Dach ist einsturzgefährdet. Die Kosten einer eventuellen Sanierung würden den finanziellen Aufwand einer kompletten Neuerrichtung um ein Vielfaches übersteigen.

Der verwitwete E arbeitet seit über 25 Jahren festangestellt in der über 50 Kilometer entfernten Stadt S. Seine 14-jährige Tochter besucht das Gymnasium in G, sein 17-jähriger Sohn S absolviert in G eine Ausbildung. Um seinen Kindern ein sicheres Heim bieten zu können, möchte E das baufällige Altbau abreißen und einen dem Altbau im Wesentlichen entsprechenden Neubau an gleicher Stelle errichten. Dafür beantragt er beim zuständigen Landratsamt formgerecht eine Baugenehmigung, die ihm durch am 15.04.2013 zugestellten Bescheid samt ordnungsgemäßer Rechtsbehelfsbelehrung erteilt wird. Die Genehmigung wurde jedoch – nach vorheriger Anhörung des E – mit folgender als „Zusatz“ betitelten Bestimmung erlassen:

*„Zusatz: Der genehmigte Ersatzbau ist künftig ausschließlich von ihnen als Eigentümer bzw. von ihren Familienangehörigen zu nutzen.“*

Das Landratsamt führt in der Begründung hierzu aus, dass durch den Zusatz im Hinblick auf die aktuellen Lebensumstände der Familie des E die Selbstnutzung des Gebäudes und damit die gesetzlichen Erteilungsvoraussetzungen der Baugenehmigung sichergestellt werden sollen. Zwar ist zum jetzigen Zeitpunkt klar, dass E das Gebäude vorerst nur für sich und seine Familie nutzen werde, sodass die Baugenehmigung zu erteilen war. Da jedoch nicht auszuschließen sei, dass sich E irgendwann einmal nach den Ausbildungsabschlüssen seiner Kinder eine neue Wohnung in der Nähe seines Arbeitsplatzes in S suchen könnte und dann das Gebäude möglicherweise an Dritte vermieten oder verkaufen könnte, sei die genehmigte Nutzungsart durch den Zusatz zu sichern. Da es sich nämlich nach Ansicht des Landratsamtes bei der Veräußerung von Ersatzbauten im Außenbereich an familienfremde Dritte um eine Nutzungsänderung im bauplanungsrechtlichen Sinne handele, müsse durch einen Zusatz zur Baugenehmigung sichergestellt werden, dass die alte Baugenehmigung aufgehoben und über

die Genehmigungsfähigkeit des Vorhabens erneut entschieden werden könne. Insoweit erfordere § 35 Abs. 5 S. 4 BauGB eine entsprechende Einzelfallregelung.

Zwar freut sich E über die Erteilung der Baugenehmigung, ist jedoch mit dem Zusatz nicht einverstanden. Zurzeit habe die Familie keinerlei Intention, das zukünftige Haus zu verkaufen oder zu vermieten. Er und seine Kinder haben in G schließlich ihren gesamten Bekanntenkreis. E will auch in Zukunft mit dem Auto zur Arbeit pendeln. Daher sei doch klar, dass er jedenfalls mit seiner Tochter noch bis zu ihrem Schulabschluss in mindestens vier Jahren das Haus selbst bewohnen werde. Was danach passiert, weiß er zwar noch nicht, er will aber seinem Lebensabend voraussichtlich auf seinem eigenen Grundstück verbringen. Durch den Zusatz zur Baugenehmigung fühlt er sich aber faktisch gezwungen, für immer in G zu leben, selbst wenn einmal seine Kinder aus dem Haus sein sollten oder er eine neue Partnerin findet. Auch könnte der Zusatz spätere potenzielle Käufer des Grundstücks abschrecken. Somit sei der Zusatz zur Baugenehmigung überhaupt nicht erforderlich, da – so die Rechtsansicht des E – das anzuwendende Recht dem Wechsel der Eigentümerstellung keine für die Frage der Genehmigungspflicht relevante Bedeutung zusesse. Die Absicht der Behörde, sich auf diesem Wege den Widerruf der Baugenehmigung vorzubehalten, sei damit vom Zweck des Gesetzes nicht gedeckt. Überhaupt sei die Frage, wie er sein Eigentum in Zukunft nutzen wolle, doch allein seine Sache, was schon aus seinem Eigentumsgrundrecht folge. Deshalb erhebt er gegen den Freistaat Bayern zum Verwaltungsgericht München am 22.04.2013 Anfechtungsklage gegen den Zusatz zur Baugenehmigung.

Das Verwaltungsgericht München erklärt sich durch Beschluss vom 20.05.2013 für unzuständig und verweist nach Anhörung der Beteiligten den Rechtsstreit an das zuständige Verwaltungsgericht Würzburg. Der Prozessvertreter des Beklagten macht in der Sache geltend, dass E sich nicht isoliert gegen diesen Zusatz zur Baugenehmigung wehren könne, da andernfalls im Falle der gerichtlichen Aufhebung desselben die Baugenehmigung eine qualitativ andere Bedeutung bekomme. Außerdem zweifelt er schon an der Statthaftigkeit einer solchen Anfechtungsklage. Jedenfalls aber sei die Klage nunmehr verfristet. Schließlich sei sie ja nicht innerhalb der Klagefrist beim zuständigen Gericht eingegangen. Eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand kommt – was zutrifft – hier nicht in Betracht.

### **Bearbeitervermerk:**

In einem umfassenden Rechtsgutachten, das auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen eingeht, sind die Erfolgsaussichten der verwaltungsgerichtlichen Klage des E zu erörtern. Auf § 83 VwGO wird hingewiesen. Die Bearbeitungszeit beträgt fünf Zeitstunden.

## **Lösungsvorschlag:**

*Allgemeiner Hinweis: Es handelt sich vorliegend um eine leicht variierte Version eines Originalexamensfalles aus dem Jahre 2011. Der Schwierigkeitsgrad des Falles lag im oberen Mittelbereich. Die zu behandelnden Probleme umfassten einerseits Standardfragen des Bau- und Verwaltungsprozessrechts. Darüber hinaus mussten sich die Bearbeiter aber auch mit ihnen eher weniger vertrauten Normen wie den §§ 17a, 17b GVG und § 35 Abs. 4 S. 1 Nr. 2 d), Abs. 5 S. 4 BauGB befassen und damit juristisches Auslegungsgeschick beweisen.*

*Der Fall beruht auf der Entscheidung OVG NRW, Beschl. v. 17.09.2008 – 10 A 2634/07 –, BauR 2009, 80-81.*

### **Gutachten betreffend die Erfolgsaussichten der Klage des E**

- Klage hat Aussicht auf Erfolg, wenn sie alle Sachentscheidungsvoraussetzungen erfüllt und in der Sache auch begründet ist

#### **A. Sachentscheidungsvoraussetzungen**

##### **I. Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges**

- mangels aufdrängender Sonderzuweisung nach § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO
- streitentscheidende Normen hier voraussichtlich § 35 BauGB und Art. 36 BayVwVfG  
→ typisches öffentliches Recht
- keine doppelte Verfassungsunmittelbarkeit, keine abdrängenden Sonderzuweisungen
- Verwaltungsrechtsweg daher eröffnet

##### **II. Statthafte Klageart**

- richtet sich nach dem objektiv auszulegenden Klagebegehren, §§ 88, 86 Abs. 3 VwGO
- Begehren des E ist Erhalt einer Baugenehmigung so wie beantragt, also ohne die als „Zusatz“ betitelte Bestimmung
- „Zusatz“ idS. ist eine Nebenbestimmung iSd. Art. 36 BayVwVfG, da es sich um eine Regelung in Abhängigkeit zur Hauptregelung handelt, Bezeichnung ist unschädlich
- E hat vorliegend explizit Anfechtungsklage nach § 42 Abs. 2 Var. 1 VwGO erhoben
- fraglich daher, ob isolierte Teilanfechtbarkeit von Nebenbestimmungen möglich ist oder eher eine Verpflichtungsklage auf Erteilung einer unbeschränkten Baugenehmigung statthaft ist
- Ausgangspunkt § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO: Wortlaut „soweit“ verweist auf Möglichkeit der Teilaufhebung von Verwaltungsakten → setzt aber voraus, dass sich die jeweilige Einzelregelung sachlogisch vom Rest des Verwaltungsaktes trennen lässt → andernfalls scheidet eine Teilanfechtung aus → Teilbarkeit ist nicht Frage des Prozessrechts, sondern des materiellen Rechts (dazu Wolff in Sodan/Ziekow VwGO, 3. Aufl. 2010, § 113 Rn. 154, 158)

## 1. Keine isolierte Anfechtbarkeit von Inhaltsänderungen

- keine sachlogische Teilbarkeit, wenn angegriffene Regelung gar kein inhaltlicher Zusatz zum Verwaltungsakt ist, sondern selbst dessen Inhalt darstellt
- sog. „modifizierende Genehmigung“: es wird nicht die beantragte Genehmigung mit einer zusätzlichen Regelung gewährt, sondern eine Genehmigung mit anderem Inhalt als beantragt, zB. Errichtung eines dreistöckigen statt des beantragten vierstöckigen Gebäudes → in diesem Fall wird gegenüber dem Antrag ein Minus bzw. ein Aliud gewährt → Inhaltsänderung, die nicht isoliert aufhebbar ist, ohne dem gesamten Verwaltungsakt eine andere Gestalt zu geben → statthaft wäre dann nur Verpflichtungsklage
- Abgrenzung von Nebenbestimmungen und Inhaltsänderungen: wenn bei Verstoß gegen die angegangene Bestimmung nach dem erkennbaren Willen der Behörde das Vorhaben nicht mehr von der Genehmigung gedeckt sein soll, liegt eine Inhaltsbestimmung vor; wenn bei Verstoß gegen die angegangene Bestimmung nach dem erkennbaren Willen der Behörde die Genehmigung bestehen bleiben soll und der Verstoß bloß andere Rechtsfolgen nach sich ziehen soll, liegt eine Nebenbestimmung vor
- Subsumtion: bei Verstoß des E gegen den Zusatz soll erkennbar nicht automatisch die Legalisierungswirkung der Baugenehmigung entfallen, sondern lediglich die Möglichkeit des Einsatzes von Vollstreckungsmaßnahmen nach BayVwZVG bzw. des Widerrufs nach Art. 49 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BayVwVfG vorbehalten bleiben; E hat nicht qualitativ etwas anderes erlangt als beantragt
- damit liegt keine Inhaltsänderung/modifizierende Genehmigung vor, sondern eine echte Nebenbestimmung iSd. Art. 36 BayVwVfG, sodass beide Regelungsgegenstände sachlogisch teilbar sind und eine isolierte Anfechtbarkeit jedenfalls nicht danach ausgeschlossen ist

## 2. Rechtsschutzform betreffend die isolierte Abwehr belastender Nebenbestimmungen

- ob und wie eine isolierte Teilanfechtung von Nebenbestimmungen in Betracht kommt, ist umstritten

### a) Stets Verpflichtungsklage

- Mindermeinung (Stadie DVBl. 1991, 613 ff.; Labrenz NVwZ 2007, 161 ff.): bei allen Arten von Nebenbestimmungen stets Verpflichtungsklage auf Erteilung der beantragten Genehmigung, da sich der Kläger wie bei der Verpflichtungsklage typisch in der Situation befinde, einen rein begünstigenden VA so wie beantragt zu erhalten
- contra: Wortlaut des § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO, prozessuale Schlechterstellung des Verpflichtungsklägers im Falle des non liquet; entspricht auch nicht dem Rechtsschutzbegehren, da der Kläger die Hauptregelung ja behalten will und im Falle eines Verbescheidungsurteils die Behörde sich entschließen könnte, den VA gar nicht mehr zu erlassen

## **b) Differenzierung nach Art der Nebenbestimmung**

- frühere hM. (BVerwGE 29, 261 ff.; Pietzcker NVwZ 1995, 15 ff.): Differenzierung nach Art der Nebenbestimmungen → Teilbarkeit und damit Teilanfechtbarkeit je nach Bezug zur Wirksamkeit der Hauptregelung
- Nebenbestimmungen des Art. 36 Abs. 2 Nr. 1-3 BayVwVfG wirken sich unmittelbar auf die Geltung der Regelung des Hauptverwaltungsaktes aus, würden sie entfernt, wäre ein VA in der Welt, den die Behörde eventuell gar nicht gewollt hätte (bei Ermessensentscheidungen) oder den sie gar nicht hätte erlassen dürfen (bei gebundenen Entscheidungen) → keine Teilbarkeit, daher allein Verpflichtungsklage statthaft
- Nebenbestimmungen des Art. 36 Abs. 2 Nr. 4-5 BayVwVfG treffen selbstständige und vollstreckbare Teilregelungen in Abhängigkeit der Hauptregelung, der VA ist von ihrem Bestand nach dem Behördenwillen unabhängig → isolierte Teilanfechtbarkeit
- hier: Verpflichtung zur Eigennutzung des Gebäudes als Auflage iSd. Art. 36 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG → Anfechtungsklage wäre statthaft

## **c) Differenzierung zwischen Ermessens- und gebundenen Entscheidungen**

- Teile der Lit. (Schenke, JuS 1983, 182 ff.; Jahndorf, JA 1999, 676 ff.): isolierte Teilanfechtung von Nebenbestimmungen nur bei gebundenen VAs möglich, bei Ermessensentscheidungen hingegen Verpflichtungsklage
- Arg.: bei Ermessensentscheidungen erfolgt die Entscheidung über Haupt-VA und Nebenbestimmungen auf einer einheitlichen Entscheidungsbasis; die Behörde ist darin frei, eine von ihr gewährte Begünstigung nur mit Nebenbestimmungen zu erteilen → könnte das Gericht diese Nebenbestimmung isoliert aufheben, würde es in den durch § 114 VwGO geschützten Ermessensspielraum der Behörde eingreifen und damit gegen das Gewaltenteilungsprinzip verstoßen
- hier: Erteilung der Baugenehmigung als gebundene Entscheidung, Art. 68 Abs. 1 S. 1 BayBO → isolierte Anfechtbarkeit auch nach dieser Ansicht möglich

## **d) Stets Anfechtungsklage**

- heute hM. (BVerwGE 112, 221 ff.; Maurer Allg. VerwR., 18. Aufl. 2011, § 12 Rn. 25): stets nur isolierte Anfechtung möglich, da Anfechtung das rechtsschutzintensivere Mittel ist und Frage der Teilbarkeit einer Gesamtregelung sich nicht auf die Zulässigkeit, sondern nur auf die Begründetheit eines Rechtsbehelfs auswirken kann
- Art. 44 Abs. 4 BayVwVfG zeigt überdies, dass der Bestand einer Hauptregelung auch vom Willen der Behörde abhängig sein kann → wenn Teilnichtigkeit unter Bestehenbleiben der restlichen Regelung möglich ist, dann erst recht die Teilanfechtbarkeit
- Voraussetzung für Begründetheit daher zusätzlich, dass VA ohne die Nebenbestimmung noch rechtmäßig und sinnvoll bestehen bleiben kann

- auch nach dieser Ansicht also Teilanfechtung möglich

#### e) Zwischenergebnis

- Ansicht zu a) unvertretbar, alle anderen Ansichten kommen zum übereinstimmenden Ergebnis, dass eine isolierte Anfechtung gegen die vorliegende Auflage statthaft ist (ausführlich zum Streitstand Schenke VerwPR, 13. Aufl. 2012, Rn. 287 ff.)

### III. Klagebefugnis

- § 42 Abs. 2 VwGO: Möglichkeit der Rechtsverletzung: Anspruch des E auf Erteilung einer unbeschränkten Baugenehmigung möglich aus Art. 68 Abs. 1 S. 1 VwGO, rechtswidrige Nebenbestimmung würde ihn in dieser Rechtsposition verletzen
- hilfsweise Art. 14 Abs. 1, 2 Abs. 1 GG

### IV. Beteiligten- und Prozessfähigkeit

- Kläger E: § 61 Nr. 1 Var. 1 VwGO iVm. § 1 BGB, § 62 Abs. 1 Nr. 1 VwGO iVm. §§ 104 ff. BGB
- Beklagter Freistaat Bayern: § 61 Nr. 1 Var. 1 VwGO iVm. Art. 1 BayVerf, § 62 Abs. 3 VwGO iVm. § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, Abs. 2 Satz 1 LABV

### V. Vorverfahren

- § 68 Abs. 1 S. 1 VwGO, aber nach § 68 Abs. 1 S. 2 Hs. 1 VwGO iVm. Art. 15 Abs. 2 BayAGVwGO unstatthaft

### VI. Zuständiges Gericht

- sachlich und örtlich VG Würzburg, aber nicht nach §§ 45, 52 VwGO, sondern wegen der Bindungswirkung des Verweisungsbeschlusses des VG München nach § 83 S. 2 VwGO iVm. § 17a Abs. 2 S. 1, S. 3 VwGO

### VII. Klagefrist

- Monatsfrist nach § 74 Abs. 1 S. 2 VwGO wegen ordnungsgemäßer Rechtsbehelfsbelehrung iSd. § 58 Abs. 2 VwGO
- Fristberechnung nach § 57 Abs. 2 VwGO iVm. § 222 ZPO iVm. §§ 187 f. BGB → Fristbeginn 16.04.2013, Fristende 15.05.2013
- Klageerhebung am 22.04.2013, aber beim örtlich unzuständigen VG München, Rechtshängigkeit des Verfahrens beim zuständigen VG Würzburg erst mit Rechtskraft des Verweisungsbeschlusses, § 83 VwGO iVm. § 17b Abs. 1 S. 1 GVG, also frühestens nach dem 20.05.2013, mithin nach Ablauf der Monatsfrist
- Fristwahrung durch Klageerhebung beim unzuständigen Gericht? ja, § 83 VwGO

iVm. §§ 17a, 17b GVG machen deutlich, dass der Kläger nicht durch Anrufung des unzuständigen Gerichts prozessuale Nachteile erleiden soll (Brenner in Sodan/Ziekow VwGO, 3. Aufl. 2010, § 74 Rn. 31) → insbesondere wird der Rechtsstreit auch durch Klageerhebung beim unzuständigen Gericht anhängig, nach § 83 VwGO iVm. § 17b Abs. 1 S. 2 GVG bleiben die Wirkungen der Rechtshängigkeit auch nach Verweisung bestehen → für fristgebundene Verfahren würde diese Regelung, die Ausdruck des vorgenannten allgemeinen Rechtsgedankens ist, faktisch leerlaufen, wenn die Fristwahrung nicht eintreten würde

- überdies ist Sinn der Klagefrist der Schutz des Eintritts der Bestandskraft des VA und Rechtssicherheit für den den VA erlassenden Hoheitsträger betreffend dessen Geltung → ist aber überhaupt innerhalb der Frist der Bestand des VA zum Gegenstand eines Prozesses gemacht werden, hat der Beklagte auch kein schutzwürdiges Vertrauen mehr in dessen Geltung → Stellung des Beklagten rechtfertigt daher keine andere Beurteilung
- zu den hier nicht einschlägigen Ausnahmen von der Fristwahrung trotz Unzuständigkeit vgl. BVerwG NJW 2002, 768 f.

### **VIII. Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis**

- wird durch Erfüllung der übrigen Sachentscheidungsvoraussetzungen indiziert
- keine Gründe für Ausschluss ersichtlich

### **IX. Zwischenergebnis**

- alle Sachentscheidungsvoraussetzungen liegen vor

### **B. Begründetheit**

- wenn sich die Klage gegen den Passivlegitimierten richtet, § 78 VwGO, die angegriffene Auflage rechtswidrig und rechtsverletzend ist, § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO sowie im Falle der Aufhebung der Auflage noch eine rechtmäßige und sinnvolle Restregeln bestehen bleibt (s. o.)

### **I. Passivlegitimation**

- Rechtsträgerprinzip § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO
- Ausgangsbehörde Landratsamt → gem. Art. 54 Abs. 1 BayBO, Art. 37 Abs. 1 Satz 2 BayLKrO als Staatsbehörde → Rechtsträger Freistaat Bayern

### **II. Rechtswidrigkeit**

#### **1. Rechtsgrundlage**

- Art. 36 Abs. 1 BayVwVfG als Rechtsgrundlage, da auf Erteilung der

Baugenehmigung Anspruch nach Art. 68 Abs. 1 S. 1 BayBO besteht

## **2. Formelle Rechtmäßigkeit**

- zuständig für Erlass von Nebenbestimmungen ist kraft Natur der Sache die Erlassbehörde des Haupt-VAs, hier das Landratsamt nach Art. 53 Abs. 1 S. 1 BayBO iVm. Art. 37 Abs. 1 S. 2 LKrO sowie Art. 3 Abs. 1 Nr. 1 BayVwVfG
- Verfahrensfehler oder andere Formverstöße sind nicht ersichtlich, insbesondere wurde E – unabhängig von deren tatsächlichen Notwendigkeit nach Art. 28 Abs. 1 BayVwVfG – zuvor angehört

## **3. Materielle Rechtmäßigkeit**

- erlassene Regelung muss von Tatbestand und Rechtsfolge der Rechtsgrundlage gedeckt sein
- doppelter Zweck von Auflagen: 1. Treffen einer den Haupt-VA flankierenden vollstreckbaren Regelung und 2. Schaffung eines gesetzlichen Widerrufsvorbehalts nach Art. 49 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BayVwVfG
- Nebenbestimmung könnte sich dabei möglicherweise sowohl auf Art. 36 Abs. 1 Var. 1 BayVwVfG iVm. § 35 Abs. 4 S. 4 BauGB (Zulassung der Nebenbestimmung durch Rechtsvorschrift) als auch auf Art. 36 Abs. 1 Var. 2 BayVwVfG iVm. Art. 68 Abs. 1 S. 1 BayBO (Sicherstellung der Voraussetzungen des VA) stützen

### **a) Art. 36 Abs. 1 Var. 1 BayVwVfG iVm. § 35 Abs. 5 S. 4 BauGB**

- § 35 Abs. 5 S. 4 BauGB als Ermächtigung für Anordnungen zur Sicherstellung der zulässigen Nutzung = Nebenbestimmungen iSd. Art. 36 BayVwVfG
- Voraussetzungen des § 35 Abs. 5 S. 4 BauGB: (1) Genehmigungspflicht des Vorhabens, da eine solche Nebenbestimmung nur zu einer Baugenehmigung als Haupt-VA ergehen kann, (2) bauplanungsrechtliche Zulässigkeit des Vorhabens richtet sich allein nach § 35 Abs. 4 BauGB und (3) Nebenbestimmung stellt sicher, dass das geplante Wohnhaus nach seiner Errichtung nur in der vorgesehenen Weise genutzt wird

### **aa) Genehmigungspflicht**

- Grundsatz Art. 55 Abs. 1 BayBO, keine Verfahrensfreiheit nach Art. 57 BayBO, mangels Bebauungsplan keine Freistellung nach Art. 58 BayBO möglich

### **bb) Zulässigkeit des Bauvorhabens nach § 35 Abs. 4 BauGB**

#### **(1) Vorhaben iSd. § 29 Abs. 1 BauGB**

- Neuerrichtung des Wohnhauses ist Vorhaben iSd. § 29 Abs. 1 BauGB



## **(2) Bauplanungsrechtlicher Zulässigkeitsbereich**

- Vorhaben liegt im Außenbereich nach § 35 BauGB

## **(3) Erfüllung der Voraussetzungen des § 35 Abs. 4 S. 1 BauGB**

### **(a) Eröffnung des Anwendungsbereiches der Vorschrift**

- keine Privilegierung nach § 35 Abs. 1 BauGB, Zulässigkeit als sonstiges Vorhaben nach § 35 Abs. 2 BauGB
- von Sicherung der Erschließung ist auszugehen, da bereits Altgebäude vorhanden
- Flächennutzungsplan sieht für das Grundstück landwirtschaftliche Nutzung vor → Vorhaben beeinträchtigt öffentlichen Belang des § 35 Abs. 3 S. 1 Nr. BauGB, überdies mglrws. noch Beeinträchtigung des Landschaftsbildes und Entstehen einer Splittersiedlung, § 35 Abs. 3 S. 1 Nr. 5, 7 BauGB
- Zulässigkeit daher nur nach § 35 Abs. 4 S. 1 BauGB im Wege der Teilprivilegierung, da einem solchen Vorhaben die entgegenstehenden Darstellungen des Flächennutzungsplanes, das Landschaftsbild und das Entstehen einer Splittersiedlung nicht als öffentliche Belange entgegengehalten werden können
- hier: Neuerrichtung eines Wohngebäudes nach § 35 Abs. 4 S. 1 Nr. 2 BauGB

### **(b) gleichartiges Wohngebäude an gleicher Stelle**

- lt. SV (+)

### **(c) vorhandenes Gebäude wurde zulässigerweise errichtet**

- Baugenehmigung aus dem Jahre 1962 lag vor, auf materielle Legalität kommt es in diesem Fall nicht an

### **(d) Missstände oder Mängel am Altgebäude**

- Baufälligkeit (+), Sanierung völlig unwirtschaftlich

### **(e) längere Eigennutzungszeit des Eigentümers**

- E wohnt seit Geburt in dem Gebäude, überdies ist er seit 14 Jahren selbst Eigentümer

### **(f) auf Tatsachen stützbarer Prognose der zukünftigen Eigenbedarfsnutzung**

- nach dem gegebenen Sachverhalt und den Erklärungen des Eigentümers müsste aus ex-ante-Sicht im Genehmigungszeitpunkt prognostisch davon ausgegangen werden können, dass das Gebäude auch künftig durch den Eigentümer bzw. dessen Familie

eigengenutzt wird (Prognoseentscheidung! vgl. OVG NRW BauR 2009, 80 (80); Bishopnik/Arnold BauR 2009, 65 (66) → ratio: Außenbereichsschonung, Verhinderung des Missbrauchs der Zulässigkeits erleichterung des § 35 Abs. 4 S. 1 Nr. 2 BauGB)

- hier: E bewohnt altes Wohnhaus mit seinen minderjährigen Kindern, die in G noch zur Schule gehen beziehungsweise sich in der Ausbildung befinden; Wurzeln und Bekanntenkreis des E in G; seit 25 Jahren pendelt E zu Arbeitsplatz in anderer Stadt
- dass E eventuell später aufgrund geänderter Lebensumstände das Haus vermieten oder veräußern könnte, steht der positiven Prognose nicht entgegen und würde diese (und damit die Baugenehmigung) im Nachhinein auch nicht rechtswidrig werden lassen

### cc) Sicherstellung der vorgesehenen Nutzung durch die Nebenbestimmung

- Erforderlichkeit der Nebenbestimmung zur Sicherstellung der vorgesehenen Nutzung? nur, wenn die von der Baugenehmigung zu legalisierende Nutzung allein die Eigennutzung durch den bisherigen Eigentümer umfasst → diese wäre dann die „Vorgesehene“, die zu sichern wäre
- liegt in der Fremdnutzung eine genehmigungspflichtige Nutzungsänderung, muss sichergestellt werden können, dass die Baugenehmigung aufgehoben und die planungsrechtliche Zulässigkeit erneut beurteilt werden kann → durch einen auf eine Auflage iSd. Art. 36 Abs. 2 Nr. 4 BayVwVfG gestützten Widerruf iSd. Art. 49 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BayVwVfG, wie er hier in Rede steht
- liegt in der Fremdnutzung keine genehmigungspflichtige Nutzungsänderung, wird diese also auch durch die alte Baugenehmigung gedeckt, könnte die vorliegende Auflage auch gegen keine über die genehmigte Nutzung hinausgehende neue Nutzungsart absichern → Auflage wäre ungeeignet und nicht erforderlich, damit rechtswidrig und rechtsverletzend
- für Nutzungsänderung (OVG Münster, BauR 2009, 80 f.): Gesetzgeber hat in § 35 Abs. 4 S. 1 Nr. 2 BauGB lediglich die Eigennutzung von Ersatzbauten privilegiert, Fremdnutzung könnten sich daher allein nach § 35 Abs. 2 BauGB richten → Nutzungsänderung iSd. § 29 Abs. 1 BauGB; § 35 Abs. 5 S. 4 BauGB spricht von „vorgesehene“ Nutzungsart, also gerade von einer spezifischen Nutzung
- gegen Nutzungsänderung (BayVGH BayVBl. 2009, 304 (307) zum für diese Frage vergleichbaren § 35 Abs. 4 Satz 1 Nr. 5 c) BauGB sowie Bishopnik/Arnold BauR 2009, 65 ff.): § 35 Abs. 4 BauGB keine eigenständige planungsrechtliche Kategorie, sondern Modifikation des Abs. 2, welcher sämtliche Nutzungsarten umfasst, allein Abs. 1 privilegiert nur die darin genannten Nutzungsarten → Rechtsgrund der Teilprivilegierung ist Baufälligkeit des Altgebäudes, nicht Eigennutzung des Eigentümers; Fremdnutzung des Gebäudes löst keine anderen bodenrechtliche Spannung aus als Eigennutzung → Baugenehmigung legalisiert Wohnnutzung im Außenbereich, nicht Eigenwohnnutzung; § 35 Abs. 4 BauGB knüpft im Gegensatz zu § 35 Abs. 1 BauGB gerade nicht an persönliche Verhältnisse des Eigentümers an; wenn Fremdnutzung eigenständige Nutzungsänderung nach § 35 Abs. 2 BauGB sei, wäre diese regelmäßig unzulässig, sodass das Gebäude entweder nicht mehr genutzt

oder abgerissen werden müsste, was von der Teilprivilegierung des § 35 Abs. 4 BauGB ersichtlich nicht bezweckt sein kann → Rückbaupflicht nur im Falle des § 35 Abs. 1 BauGB, vgl. § 35 Abs. 5 S. 2 BauGB; Ermächtigungsgrundlage des § 35 Abs. 5 S. 3, S. 4 BauGB ist sicherheitsrechtlicher Art → können nur dann einschlägig sein, wenn sich im Prognosezeitpunkt eine Missbrauchsgefahr evident abzeichnet, die Baugenehmigung aber dennoch erteilt werden soll

- bessere Argumente sprechen gegen Nutzungsänderung → Auflage sichert daher nicht die vorgesehene Nutzungsart und ist damit nicht erforderlich

#### **dd) Zwischenergebnis**

- Auflage lässt sich nicht auf Art. 36 Abs. 1 Var. 1 BayVwVfG iVm. § 35 Abs. 5 S. 4 BauGB stützen

#### **b) Art. 36 Abs. 1 Var. 2 BayVwVfG iVm. Art. 68 Abs. 1 S. 1 BayBO**

- Auflage könnte aber nach Art. 36 Abs. 1 Var. 2 BayVwVfG die gesetzlichen Voraussetzungen der Baugenehmigung nach Art. 68 Abs. 1 S. 1 BayBO sichern → Genehmigung mit Auflage als milderes Mittel zur Ablehnung des VA
- Auflage würde sich in dem Fall nur auf Sicherung der Prognoseentscheidung nach § 35 Abs. 4 S. 1 Nr. 2 d) BauGB als Voraussetzung der Baugenehmigung beziehen → Prognose war aber im Genehmigungszeitpunkt positiv, siehe oben → späteres Entfallen der Eigennutzung berührt aber gerade nicht die Genehmigungsvoraussetzungen im Erlasszeitpunkt und macht die Baugenehmigung nicht nachträglich rechtswidrig
- damit sichert die Auflage auch nicht die Genehmigungsvoraussetzungen, diese liegen unabhängig davon schon vor

#### **c) Zwischenergebnis**

- Auflage ist rechtswidrig und rechtsverletzend

*Hinweis: Wer mit entsprechender Begründung § 35 Abs. 5 S. 4 BauGB für einschlägig erachtet hatte, musste sich noch in der Rechtsfolge mit der Ermessensausübung auseinandersetzen. Ermessensfehler lagen aber nicht vor, § 35 Abs. 5 S. 4 BauGB statuiert als Soll-Vorschrift ein intendiertes Ermessen. Dann wäre die Auflage rechtmäßig und die Klage des E unbegründet.*

### **III. Bestehenbleiben eines rechtmäßigen Haupt-VAs**

- Baugenehmigung kann auch bei gerichtlicher Aufhebung der Auflage rechtmäßig und sinnvoll bestehen bleiben

### **IV Zwischenergebnis**

- nach der hier zugrunde gelegten Rechtsansicht ist Klage des E begründet

### **C. Gesamtergebnis**

- nach der hier zugrunde gelegten Rechtsansicht ist Klage des E zulässig und begründet und hat damit Aussicht auf Erfolg