

**Probexamen 2012 - I**  
**Aufgabe 6**  
**Öffentliches Recht**  
**- Lösungsvorschlag -**

**Gutachten der J bezgl. der Auskunft des Rechtsanwaltes R**

R sollte dem M raten, einen Antrag auf Zulassung der Berufung gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts vom 27. März 2012 nach §§ 124a Abs. 4, 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO zu stellen, wenn dieser Aussicht auf Erfolg hätte. Dies wäre der Fall, wenn ein solcher Antrag zulässig und begründet wäre.

**A. Zulässigkeit des Berufungszulassungsantrags**

Der Antrag wäre zulässig, wenn er an das zuständige Gericht adressiert wäre und die allgemeinen und besonderen Sachentscheidungs Voraussetzungen erfüllt.

**I. Keine Prüfung der Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs**

Die Zulässigkeit des beschrittenen Rechtswegs wird gemäß § 17a Abs. 5 GVG in der Rechtsmittelinstanz nicht mehr überprüft.

**II. Zuständiges Gericht**

Der Antrag auf Zulassung der Berufung ist gemäß § 124a Abs. 4 Satz 2 VwGO bei dem Verwaltungsgericht zu stellen, dessen erstinstanzliche Entscheidung angefochten werden soll, mithin hier das Verwaltungsgericht V. Über den Antrag selbst entscheidet hingegen gemäß §§ 124a Abs. 5 Satz 1, 184 VwGO i.V.m. Art. 1 Abs. 1 Satz 1, 2 BayAGVwGO der VGH München. Eine Abhilfemöglichkeit durch das VG selbst sieht das Gesetz, im Gegensatz zur Revisionsnichtzulassungsbeschwerde nach § 133 Abs. 5 Satz 1 VwGO, nicht vor.

**III. Statthaftigkeit**

Die Statthaftigkeit eines Berufungszulassungsantrages setzt voraus, dass die anzugreifende vorinstanzliche Entscheidung überhaupt mit der Berufung angefochten werden kann (§ 124 Abs. 1 Hs. 1 VwGO) und die Berufung nicht bereits im Urteil durch das VG zugelassen wurde (§ 124a Abs. 4 Satz 1 VwGO). Bei dem vorliegenden Urteil des VG handelt es sich um Endurteil nach § 107 VwGO, in dem die Berufung ausdrücklich nicht zugelassen worden ist. Ein Antrag auf Zulassung der Berufung ist statthaft.

**IV. Zulassungsantrag**

Der Zulassungsantrag bedarf gemäß §§ 125 Abs. 1 iVm. 81, 82 VwGO derselben Form wie eine Klage, d.h. insbesondere der Schriftform (arg. e. c. § 81 Abs. 1 Satz 2 VwGO). Obwohl der Antrag beim VG zu stellen ist, muss er gemäß § 67 Abs. 4 Satz 2 VwGO von einem vor dem BayVGH postulationsfähigen Prozessvertreter erhoben und unterzeichnet sein; dies kann durch Rechtsanwalt R geschehen. Gemäß § 124a Abs. 4 Satz 3 VwGO muss er das anzufechtende Urteil bezeichnen.

**V. Begründung des Zulassungsantrags**

Der Antrag ist nach § 124a Abs. 4 Satz 4, 5 VwGO zu begründen. Die Begründung kann bereits mit dem Antrag verbunden werden oder andernfalls beim BayVGH gesondert eingereicht werden.

## **VI. Antragsfrist**

Der Zulassungsantrag ist gemäß § 124a Abs. 4 Satz 1 VwGO innerhalb eines Monats nach Zustellung des vollständigen Urteils zu beantragen. Hier wurde das Urteil vom 27.03.2012 erst verkündet (§ 116 Abs. 1 Satz 1 VwGO). Eine Zustellung (§ 116 Abs. 1 Satz 2 VwGO) ist noch nicht erfolgt, so dass die Antragsfrist ohne Weiteres noch gewahrt werden kann.

## **VII. Begründungsfrist**

Die Begründung hat gemäß § 124a Abs. 4 Satz 4 VwGO innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung des Urteils zu erfolgen. Insoweit gilt oben Gesagtes.

## **VIII. Beteiligten-, Prozess- und Postulationsfähigkeit**

M ist als natürliche Person nach § 61 Nr. 1 Alt. 1 VwGO beteiligten- und nach § 62 Abs. 1 Nr. 1 VwGO prozessfähig. Die Stadt S als juristische Person des Öffentlichen Rechts ist als Klägerin der ersten Instanz gemäß § 61 Nr. 1 Alt. 2 VwGO iVm. Art. 1 Satz 1 GO beteiligtenfähig und wird im Prozess nach § 62 Abs. 3 VwGO i.V.m. Art. 38 Abs. 1 GO durch ihren ersten Bürgermeister vertreten. Der Freistaat Bayern als juristische Person des Öffentlichen Rechts ist als Beklagter der ersten Instanz ebenfalls gemäß § 61 Nr. 1 Alt. 2 VwGO iVm. Art. 1 Abs. 1 BayVerf beteiligtenfähig und wird gemäß § 62 Abs. 3 VwGO i.V.m. § 3 Abs. 3 Satz 1 LABV vor dem BayVGH durch die Landesadvokatur Bayern vertreten. Die jeweiligen Prozessvertreter der Beteiligten müssen gemäß § 67 Abs. 4 VwGO vor dem BayVGH postulationsfähig sein. M kann sich durch Rechtsanwalt R vertreten lassen.

## **IX. Rechtsmittelberechtigung**

Zur Einlegung einer Berufung und dementsprechend auch zur Stellung eines Antrags auf Zulassung der Berufung ist nach § 124 Abs. 1 Hs. 1 VwGO berechtigt, wer Beteiligter des Ausgangsverfahrens ist. Im Ausgangsstreit war M aber nur Beigeladener nach § 65 VwGO im Rechtsstreit zwischen der Stadt S und dem Freistaat Bayern. Gemäß § 63 Nr. 3 VwGO gehört aber auch der Beigeladene zu den Verfahrensbeteiligten. M ist daher rechtsmittelberechtigt.

## **X. Beschwer**

Wie für die Einlegung der Berufung ist auch für die Stellung des Antrags auf Zulassung der Berufung erforderlich, dass der Rechtsmittelführer durch die Entscheidung erster Instanz beschwert wird. Für die Hauptbeteiligten, also Kläger und Beklagten, genügt in dieser Hinsicht, dass ihnen erstinstanzlich weniger zugesprochen wurde, als sie beantragt hatten (sog. formelle Beschwer). M war aber nur Beigeladener. Mangels anderslautender Sachverhaltsangaben hat M im Verfahren vor dem VG jedoch keinen Sachantrag gestellt. Dazu war er aber auch, wie sich arg. e. c. aus §§ 66, 82 Abs. 2 Satz 2, 154 Abs. 3 VwGO ergibt, nicht verpflichtet. Für das Rechtsmittel eines Beigeladenen kommt es daher auf die sog. materielle Beschwer an, die gegeben ist, wenn sich seine Rechtsposition durch das Unterliegen einer der Parteien verbessern oder verschlechtern könnte. Im Falle des Obsiegens des beklagten Freistaates Bayern in der Berufungsinstanz hätte die dem M erteilte Baugenehmigung vom 16.01.2012 Bestand, seine Rechtsposition würde sich also gegenüber der Entscheidung erster Instanz verbessern. M ist daher durch das Urteil vom 27.03.2012 beschwert.

## **XI. Zwischenergebnis**

M könnte in zulässiger Weise einen Antrag auf Zulassung der Berufung stellen.

## **B. Begründetheit des Berufungszulassungsantrags**

Ein Zulassungsantrag ist begründet, wenn ein Zulassungsgrund vorliegt. Laut Arbeitsanweisung des R im Sachverhalt ist dabei lediglich auf den Zulassungsgrund des § 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO abzustellen, nach dem das Berufungsgericht die Berufung zulassen muss, wenn ernstliche Zweifel an der Richtigkeit des erstinstanzlichen Urteils bestehen. Der VGH hat somit summarisch die Richtigkeit des Urteils des Verwaltungsgerichts vom 27.03.2012 zu überprüfen.

## **I. Zulässigkeit der Klage im Ausgangsstreit**

### **1. Keine Prüfung der Rechtswegeröffnung und der gerichtlichen Zuständigkeit**

Laut Sachverhalt war das von der Stadt S in erster Instanz angerufene Verwaltungsgericht V örtlich unzuständig. Ihre Klage hätte daher schon aus diesem Grund als unzulässig abgewiesen werden müssen. Dem Rechtsmittelgericht ist jedoch nach § 17a Abs. 5 GVG nicht nur eine Überprüfung der Rechtswegeröffnung der Ausgangsklage, sondern wegen § 83 Satz 1 VwGO auch eine Überprüfung der sachlichen und örtlichen Zuständigkeit des vorgehenden Gerichts verwehrt. Die Klage darf daher allein aus diesem Grunde nicht als unzulässig angesehen werden.

### **2. Statthafte Rechtsschutzform**

Die statthafte Klageart richtet sich nach dem klägerischen Begehren (§§ 86 Abs. 3, 88 VwGO). Hier beehrte die S die Aufhebung der dem M erteilten Baugenehmigung vom 16.01.2012, weil ihr Einvernehmen zu Unrecht ersetzt worden sei. Bei der Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens nach Art. 67 BayBO iVm. § 36 Abs. 2 Satz 3 BauGB handelt es sich um einen an die Gemeinde gerichteten Verwaltungsakt iSd. § 35 Satz 1 VwVfG. Umstritten ist ob die Gemeinde dabei sowohl die Einvernehmensersetzung als auch die Baugenehmigung jeweils mit eigenen Rechtsbehelfen anfechten muss (so etwa Lechner in Simon/Busse, BayBO-2008 Kommentar, 106. EL., Art. 67 Rn. 179), um deren Bestandskraft zu verhindern, oder ob sie wegen § 44a VwGO allein Rechtsschutz gegen die unter Ersetzung ihres Einvernehmens erteilte Baugenehmigung suchen muss (so bspw. Kopp/Schenke VwGO Kommentar, 17. Aufl., § 42 Rn. 138a). Die Streitfrage kann hier aber letztlich offen bleiben, weil das Klagebegehren der S nach § 88 VwGO ohnehin so auszulegen ist, dass sie sich sowohl gegen die Baugenehmigung als auch gegen die Einvernehmensersetzung wendet. Da nach Art. 67 Abs. 3 Satz 1 BayBO die Ersetzung gegenüber der Gemeinde, wie vorliegend geschehen, zugleich durch die Erteilung der Genehmigung erfolgen kann (Fall der gesetzlichen Fiktion), ergeben sich in Bezug auf etwaige Klagefristen für die Gemeinde jedenfalls in dieser Konstellation keine Rechtsschutznachteile (anders, wenn die Einvernehmensersetzung der Baugenehmigung zeitlich vorgeht). Im Folgenden wird daher vom Vorliegen einer einzigen Anfechtungsklage gegen die Baugenehmigung iSd. § 42 Abs. 1 Var. 1 VwGO ausgegangen (aA. gut vertretbar).

### **3. Klagebefugnis**

Die Stadt S müsste geltend machen können, durch die Erteilung der Baugenehmigung an M und die damit verbundene Ersetzung ihres Einvernehmens möglicherweise in ihren Rechten verletzt zu sein. Die mögliche Rechtsverletzung ergibt sich hier aus Art. 67 Abs. 1 Satz 1 BayBO iVm. § 36 Abs. 2 Satz 3 BauGB, wonach das städtische Einvernehmen nur ersetzt werden darf, wenn es von der Stadt rechtswidrig verweigert worden ist. Das städtische Einvernehmen ist verfahrensrechtlicher Ausdruck der gemäß § 2 Abs. 1 Satz 1 BauGB, Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG, Art. 11 Abs. 2 Satz 2 BV geschützten Planungshoheit der Stadt. Eine unter Verletzung des Einvernehmerfordernisses erteilte Baugenehmigung stellt eine Verletzung der kommunalen Planungshoheit dar. Da die Stadt möglicherweise ihr Einvernehmen zu Recht verweigert hat, war sie diesbezüglich klagebefugt.

### **4. Vorverfahren**

Da ein Ausnahmetatbestand nach Art. 15 Abs. 1 BayAGVwGO nicht eingreift, bedurfte es nach Art. 15 Abs. 2 BayAGVwGO der Durchführung eines sonst nach § 68 Abs. 1 S. 1 VwGO erforderlichen Widerspruchsverfahrens nicht. Daran ändert auch der (fehlerhafte) Hinweis in der Rechtsbehelfsbelehrung zum Verwaltungsakt nichts.

### **5. Klagefrist**

Die Anfechtungsklage war nach § 74 Abs. 1 Satz 2 VwGO innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe des Verwaltungsaktes (der Baugenehmigung, vgl. Art. 67 Abs. 3 Satz 1 BayBO) zu erheben. Die Baugenehmigung ging der S am 16.01.2012 zu. Nach § 57 Abs. 2 VwGO iVm. § 222 Abs. 1 ZPO iVm. §§ 187 Abs. 1, 188 Abs. 2 Var. 1 BGB endete die Klagefrist damit am 16.02.2012. Die Erhebung der Klage erst am 17.02.2012 wäre danach verfristet. Jedoch ist zu

beachten, dass das Landratsamt in der Rechtsbehelfsbelehrung fälschlicherweise (s.o.) auf die Möglichkeit eines Widerspruchs statt einer Klage zum Verwaltungsgericht hingewiesen hat, sodass die Rechtsbehelfsbelehrung fehlerhaft war und damit die Jahresfrist nach § 58 Abs. 2 Satz 1 VwGO in Gang gesetzt hat. Somit ist die von S am 17.02.2012 erhobene Klage noch fristgemäß erhoben.

## **6. Zwischenergebnis**

In Anbetracht des Umstands, dass die Rechtsmittelinstanz die Zuständigkeit der Vorinstanz nicht überprüfen darf, war die Klage der S gegen die Baugenehmigung zulässig.

## **II. Begründetheit der Klage im Ausgangsrechtsstreit**

Die Anfechtungsklage der S war begründet, wenn sie sich gegen den richtigen Beklagten richtete, die Baugenehmigung unter Ersetzung des Einvernehmens rechtswidrig ist und die Stadt dadurch in ihren Rechten verletzt wurde, § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO.

### **1. Richtiger Beklagter**

Die Klage war nach § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO gegen den Träger der Behörde zu richten, die die Baugenehmigung unter Einvernehmensersetzung erlassen hat. Dies war hier der Freistaat Bayern als Rechtsträger des Landratsamts L, welches die Baugenehmigung unter Ersetzung des Einvernehmens als untere Bauaufsichtsbehörde erteilt hat, Art. 54 Abs. 1 Hs. 1 BayBO iVm. Art. 6 Abs. 1 BayLKrO.

*(Aufbauhinweis: Vertretbar ist es, nun die Rechtmäßigkeit der Baugenehmigung zu prüfen und inzident die Rechtmäßigkeit der Ersetzung des städtischen Einvernehmens zu erörtern. Ebenso vertretbar ist es, die Rechtmäßigkeit von Einvernehmensersetzung und Baugenehmigung getrennt zu prüfen. Da es sich vorliegend um einen Fall der Drittanfechtung eines Verwaltungsaktes handelt, kann sich aber von vornherein eine Rechtsverletzung des Klägers nur aus der Verletzung drittschützender Normen ergeben. Dies ist vorliegend allein das Einvernehmenserfordernis des § 36 BauGB. Daher kann sich, wie im Folgenden ausgeführt, die Begründetheitsprüfung auf die Einvernehmensersetzung beschränken und anschließend, im Falle einer diesbezüglich festgestellten Rechtswidrigkeit, auf die dadurch auch durch die Baugenehmigung bewirkte Rechtsverletzung der S hingewiesen werden.)*

### **2. Rechtsgrundlage**

Als belastender Verwaltungsakt bedarf die Ersetzung des städtischen Einvernehmens nach dem rechtsstaatlichen Prinzip vom Vorbehalt des Gesetzes (Art. 20 Abs. 3 GG, Art. 3 Abs. 1 Satz 1 BV) einer Rechtsgrundlage. Diese ergibt sich hier aus Art. 67 Abs. 1 Satz 1 BayBO iVm. § 36 Abs. 2 Satz 3 BauGB.

### **3. Formelle Rechtmäßigkeit**

#### **a) Zuständigkeit**

Das Landratsamt L war hier als untere Bauaufsichtsbehörde für die Ersetzung des städtischen Einvernehmens zuständig, Art. 53 Abs. 1 Satz 1, 54 Abs. 1 Hs. 1 BayBO, Art. 37 Abs. 1 Satz 2 BayLKrO.

#### **b) Verfahren**

Die Anhörung der Stadt S gemäß Art. 67 Abs. 4 Satz 1 BayBO ist mit dem Schreiben vom 07.10.2012 erfolgt. Dabei wurde der Stadt gemäß Art. 67 Abs. 4 Satz 2 BayBO Gelegenheit gegeben, binnen der angemessenen Frist von zwei Monaten erneut über das städtische Einvernehmen zu entscheiden.

#### **c) Form**

Die Ersetzung des Einvernehmens wurde gemäß Art. 67 Abs. 3 Satz 1 Hs. 2 BayBO auch begründet.

#### **d) Zwischenergebnis**

Die Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens ist formell rechtmäßig.

#### **4. Materielle Rechtmäßigkeit**

Gemäß Art. 67 Abs. 1 Satz 1 BayBO kann das verweigerte Einvernehmen nur ersetzt werden, wenn es rechtswidrig versagt worden ist und ein Rechtsanspruch auf die Erteilung der Genehmigung besteht. Gemäß § 36 Abs. 2 Satz 1 BauGB darf das Einvernehmen nur aus den sich aus den §§ 31, 33, 34 und 35 BauGB ergebenden Gründen versagt werden.

*(Aufbauhinweis: Da diese Gründe ohnehin im Rahmen des Anspruchs auf Erteilung der Genehmigung zu prüfen sind, bietet es sich an, zunächst zu prüfen, ob M einen Anspruch auf Erteilung der Genehmigung hatte. Vertretbar wäre es aber auch, an dieser Stelle nur die §§ 29 ff. BauGB zu prüfen, weil für den Fall, dass die §§ 31, 33, 34, und 35 BauGB die Versagung des Einvernehmens nicht rechtfertigen, ein Anspruch auf Erteilung der Baugenehmigung aber aus anderen Gründen nicht besteht ist, eine Rechtsverletzung der Stadt zu verneinen wäre.)*

#### **a) Genehmigungspflichtigkeit des Vorhabens**

Das Vorhaben müsste nach Art. 55 Abs. 1 BayBO genehmigungsbedürftig sein. Danach bedarf die Errichtung, Änderung und Nutzungsänderung von Anlagen der Baugenehmigung, sofern keine Ausnahme nach Art. 55 Abs. 1 letzter Hs. BayBO eingreift. Vorliegend soll auf dem antragsgegenständlichen Grundstück keine bauliche Anlage neu errichtet werden. Vielmehr soll eine bereits bestehende Anlage umgenutzt werden. Eine Nutzungsänderung ist immer dann genehmigungsbedürftig, wenn sich die neue Nutzung nach anderen baurechtlichen, insbesondere auch planungsrechtlichen, Vorschriften beurteilt oder nach denselben Vorschriften anders beurteilt. Da hier eine qualitative Änderung der Nutzung von einem Industriebetrieb hin zu einem Handelsbetrieb erfolgen soll, ist eine genehmigungsbedürftige Nutzungsänderung iSd. Art. 55 Abs. 1 BayBO zu bejahen. Es besteht kein vorrangiges anderes Gestattungsverfahren iSd. Art. 56 BayBO. Ferner ist keine Verfahrensfreiheit nach Art. 57 BayBO gegeben und auch eine Genehmigungsfreistellung nach Art. 58 BayBO scheidet mangels Bebauungsplan von vornherein aus. Somit ist das Vorhaben genehmigungsbedürftig.

*(Aufbauhinweis: Sofern die Bearbeiter bereits hier die Bestandsschutzproblematik teilweise ansprechen, ist dies vertretbar. Man kann sich die Frage stellen, ob ein möglicherweise bestehender Bestandsschutz einer Genehmigungspflichtigkeit des Vorhabens entgegensteht. Über das Prinzip des Bestandsschutzes werden sowohl die vorhandene Substanz als auch die bisher legale Nutzungsmöglichkeit geschützt, d.h. für eine Nutzung, die sich im Rahmen des Bestandsschutzes hält, ist keine Baugenehmigung erforderlich. Hier erstrebt M jedoch eine Nutzungsänderung, so dass er sich jedenfalls in dieser Hinsicht nicht auf Bestandsschutz berufen kann.)*

#### **b) Formelle Voraussetzungen**

M hat den erforderlichen Baugenehmigungsantrag bei der Stadt nach Art. 64 BayBO gestellt. Dass er hier als Bauherr auftritt, obwohl das Grundstück vermietet ist, ist unerheblich, da im Baurecht das Grundstück durch den jeweiligen Eigentümer repräsentiert wird (vgl. Rechtsgedanke des Art. 66 Abs. 3 Satz 3 BayBO).

#### **c) Materielle Voraussetzungen**

Ferner müssten die materiellen Genehmigungsvoraussetzungen vorliegen, d.h., das Vorhaben müsste genehmigungsfähig sein.

#### **aa) Prüfungsmaßstab**

Da hier keine Hinweise auf das Vorliegen eines Sonderbaus i.S.v. Art. 2 Abs. 4 BayBO bestehen, ist das vereinfachte Baugenehmigungsverfahren nach Art. 59 BayBO einschlägig (auch bei Annahme eines Sonderbaus sind hier Verstöße gegen Bauordnungsrecht nicht ersichtlich).

## **bb) Bauplanungsrechtliche Zulässigkeit**

Problematisch ist hier alleine die bauplanungsrechtliche Genehmigungsfähigkeit. Das Vorhaben müsste mit den §§ 29 ff. BauGB vereinbar sein.

### **(1) Vorhaben iSd. § 29 BauGB**

Bei dem Vorhaben handelt es sich um eine bauliche Anlage i.S.v. § 29 Abs. 1 BauGB mit bodenrechtlicher Relevanz, da es aufgrund seines Umfangs und der drohenden Immissionen die in § 1 Abs. 6 BauGB genannten Belange zu berühren vermag und somit ein Bedürfnis nach einer die Zulässigkeit des Vorhabens regelnden verbindlichen Bauleitplanung hervorruft.

### **(2) Bestimmung des bodenrechtlichen Bereichs**

Fraglich ist hier, welchem bodenrechtlichen Bereich das Vorhaben zuzuordnen ist. Das Vorhaben könnte innerhalb eines im Zusammenhang bebauten Ortsteils liegen, sodass es dem Innenbereich nach § 34 BauGB zuzurechnen wäre.

#### **(a) Ortsteil**

Ein "Ortsteil" ist jeder Bebauungskomplex im Gebiet einer Gemeinde, der nach der Zahl der vorhandenen Bauten ein gewisses Gewicht besitzt und Ausdruck einer organischen Siedlungsstruktur ist. Das streitgegenständliche Gelände ist im Süden und Osten von Wohnbebauung des Ortsteils "Gartenglück" umgeben. Es liegt somit ein Ortsteil iSv. § 34 Abs. 1 Satz 1 BauGB vor.

#### **(b) Bebauungszusammenhang**

Fraglich ist, ob das streitgegenständliche Grundstück noch im Zusammenhang mit dem Ortsteil bebaut ist. Dabei ist maßgeblich, inwieweit die aufeinander folgende Bebauung trotz vorhandener Baulücken den Eindruck der Geschlossenheit und Zusammengehörigkeit vermittelt. Ausschlaggebend ist die Verkehrsauffassung. Problematisch erscheint hier, dass die Bausubstanz auf dem streitgegenständlichen Grundstück teilweise bereits abgerissen worden ist, sowie die Tatsache, dass die nur im Süden und Osten angrenzende Wohnbebauung gegenüber dem noch vorhandenen Bürogebäude einen gewissen Abstand hat und einen völlig anderen Charakter aufweist. Die Zuordnung des streitgegenständlichen Grundstücks zu einem bodenrechtlichen Bereich lässt sich hier nur ausgehend vom Sinn und Zweck der Regelung des § 34 BauGB vornehmen. § 34 BauGB zielt darauf ab, eine Bebauung ohne Bebauungsplan zuzulassen, soweit sich aus der Umgebung ein hinreichender Maßstab für Art und Maß der baulichen Nutzung ergibt. § 34 BauGB fungiert sozusagen als "Ersatzplan". § 34 BauGB ist demzufolge nur anwendbar, wenn die vorhandene Bebauung prägende Wirkung für das Vorhaben hat (BVerwG ZfBR 2000, 428). Hier kommt eine prägende Wirkung einerseits durch die früher auf dem Grundstück vorhandenen Gebäude, andererseits durch die im Süden und Osten angrenzende Bebauung in Betracht.

#### **(aa) Prägung durch ursprüngliche Bebauung**

Die Frage, ob ein Grundstück im Bebauungszusammenhang liegt, beurteilt sich nicht ausschließlich nach der Umgebungsbebauung. Vielmehr ist für die Bejahung des Bebauungszusammenhangs erforderlich, dass das Grundstück selbst einen Bestandteil des Zusammenhangs bildet. Unerheblich ist insoweit, dass die Bebauung des Grundstücks sich nach Art und Maß der baulichen Nutzung von der Umgebungsbebauung unterscheidet. In der Vergangenheit haben die Gebäude der Maschinenfabrik den Bebauungszusammenhang geschlossen, so dass von einem Innenbereich auszugehen war. Allerdings ist zu beachten, dass mit Ausnahme des Bürogebäudes sämtliche Gebäude im Jahr 1999 abgerissen wurden. Demnach ist fraglich, ob die auf dem streitgegenständlichen Grundstück früher vorhandenen Gebäude (Fabrikhallen und kleinere Nebengebäude) prägende Wirkung für den Bebauungszusammenhang mit dem Bürogebäude haben. Auch eine früher vorhanden gewesene Bebauung kann bei der Frage nach dem Bebauungszusammenhang zu berücksichtigen sein, insbesondere auch, wenn zwischen Beseitigung einer baulichen Anlage und Neuerrichtung eine bestimmte Zeit vergeht. Ob und wie lange in

solchen Fällen die vorhanden gewesene Bebauung bei Beurteilung des Bebauungszusammenhangs mit zu berücksichtigen ist, entscheidet sich nach der Verkehrsauffassung. Insoweit ist zu beachten, dass Grundstücke im Innenbereich tendenziell einer Bebauung zugänglich sind. Diese rechtliche Qualität verlieren sie nicht, solange nach der Verkehrsauffassung mit einer Wiedernutzung/-bebauung zu rechnen ist (sog. nachwirkende Prägung, BVerwGE 75, 34 ff.). Diese Frage ist unabhängig davon zu beurteilen, ob die beendete Nutzung noch Bestandsschutz genießen würde. Für eine prägende Wirkung könnte vorliegend angeführt werden, dass Planung und Vorbereitung einer Bebauung bei einem so großen Grundstück wie hier mehr Zeit in Anspruch nehmen als dies bei einem mit einem Einfamilienhaus bebauten Grundstück der Fall ist. Weiter ist zu berücksichtigen, dass sich M längere Zeit um eine bauliche Nutzung des Grundstücks bemüht hat: im Anschluss an den Abriss der Gebäude verhandelte er mit der Stadt über eine bauliche Umplanung und Wiedernutzbarmachung des Grundstücks. Gegen eine prägende Wirkung spricht aber, dass es sich um ein Grundstück in Randlage handelt, das zwar in der Vergangenheit den Bebauungszusammenhang abgeschlossen hat, nach Beseitigung fast aller Industriegebäude aber auch als Abschluss des im Norden und Westen angrenzenden Außenbereichs angesehen werden kann. Bei einem Grundstück in Randlage ist nicht solange wie bei einem Innenstadtgrundstück mit einer Wiederbebauung zu rechnen. Der Abriss erfolgte hier bereits im Jahr 1999. Seither fanden keine Aktivitäten mehr statt, das Grundstück über das Bürogebäude hinaus einer baulichen Nutzung zuzuführen. Nach der Verkehrsauffassung ist daher nicht mehr damit zu rechnen, dass das Grundstück über das Bürogebäude hinaus noch baulich genutzt werden soll. Dafür spricht auch die in § 35 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 lit c) BauGB zum Ausdruck kommende gesetzgeberische Wertung. Somit ergibt sich aus den abgerissenen Gebäuden kein Maßstab für die Beurteilung des Bebauungszusammenhangs iSd. § 34 BauGB (a.A. vertretbar etwa mit dem Argument, solange das Bürogebäude auf dem Grundstück baulich nutzbar bleibe, sei auch mit einer Wiedererrichtung von Produktionsstätten und Nebengebäuden zu rechnen).

#### **(bb) Prägung durch aktuelle Umgebungsbebauung**

Hinsichtlich des Bürogebäudes ist jedoch weiterhin mit einer baulichen Nutzung zu rechnen, da dieses seine Nutzbarkeit nicht eingebüßt hat. Fraglich ist allerdings, ob dieses Gebäude ausreicht, um den Bebauungszusammenhang mit der Umgebungsbebauung zu schließen. Ist der Abstand zur Umgebungsbebauung so groß, dass sich deren zwanglose Fortsetzung in dem Bürogebäude nicht mehr aufdrängt, handelt es sich um eine Außenbereichsfläche. Hier ist zu berücksichtigen, dass die im Süden und Osten angrenzende Bebauung rund 250 m entfernt ist und das Bürogebäude auf dem streitgegenständlichen Grundstück mit 2% der überbauten Fläche nur eine untergeordnete Bedeutung hat. Die angrenzende Bebauung besteht zudem ausschließlich aus alleinstehenden kleineren Wohnhäusern, die von Gärten umgeben sind. Damit ist die angrenzende Bebauung zu kleinteilig, um das vergleichsweise große Fabrikgrundstück (60.000 m<sup>2</sup>) zu prägen. Ein geschlossener Bebauungszusammenhang kann somit nicht angenommen werden. Daher lässt sich abschließend feststellen, dass § 34 BauGB unanwendbar ist und das Vorhaben im Außenbereich nach § 35 BauGB liegt, der als Auffangtatbestand greift.

*(Hinweis: Wer dennoch ein Bebauungszusammenhang und damit das Vorliegen eines Innenbereiches annimmt, muss beachten, dass ein Planungsbedürfnis nach mittlerweile gefestigter Rechtsprechung einem Vorhaben im Innenbereich nicht entgegenstehen kann (BVerwGE 61, 128).)*

#### **(3) Voraussetzungen des § 35 BauGB**

Fraglich ist, ob das Vorhaben nach § 35 BauGB zulässig ist. Hier lässt sich zunächst feststellen, dass ein privilegiertes Vorhaben nach § 35 Abs. 1 BauGB jedenfalls nicht vorliegt. Auch eine Teilprivilegierung nach § 35 Abs. 4 BauGB scheidet von vornherein aus. Somit ist von einem sonstigen Vorhaben nach § 35 Abs. 2 BauGB auszugehen. Fraglich ist, ob dieses öffentliche Belange iSv. § 35 Abs. 3 BauGB beeinträchtigt. Dabei ist zu beachten, dass die Aufzählung der öffentlichen Belange bereits aus dem Wortlaut des § 35 Abs. 3 Satz 1 BauGB ersichtlich ("insbesondere") nicht abschließend ist. Als möglicherweise beeinträchtigter öffentlicher Belang

kommt hier zunächst ein entgegenstehendes Planungserfordernis (§ 1 Abs. 3 Satz 1 BauGB) in Betracht. Ein solches wird nur bei nicht privilegierten Vorhaben anerkannt und ist dann zu bejahen, wenn das Vorhaben wegen seines Umfangs oder seiner Auswirkungen auf die vorhandene Umgebung eine förmliche Bauleitplanung erforderlich macht. Ein Planungserfordernis ist somit sowohl unter dem Gesichtspunkt der Binnen- als auch der Außenkoordination anzuerkennen. Hier können wegen der besonderen Lage des Außenbereichsgrundstücks, insbesondere seiner Nähe zur angrenzenden sensiblen Wohnbebauung, die konkurrierenden Interessen nur durch einen planerischen Abwägungsvorgang einer ausgeglichenen planerischen Lösung zugeführt werden (vgl. auch § 50 Satz 1 BImSchG). Somit ist ein Planungserfordernis als beeinträchtigter öffentlicher Belang zu bejahen. Ferner könnte das Vorhaben schädliche Umwelteinwirkungen i.S.v. § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 BauGB hervorrufen. Der Begriff der schädlichen Umwelteinwirkungen ist hier unter Heranziehung von § 3 BImSchG auszulegen. Er bezeichnet Immissionen, die nach Art, Ausmaß oder Dauer geeignet sind, Gefahren, erhebliche Nachteile oder erhebliche Belästigungen für die Allgemeinheit oder die Nachbarschaft hervorzurufen. Hier ist mit erheblichem An- und Abfahrtsverkehr auf dem Grundstück zu rechnen und folglich von einer starken Immissionsbelastung mit Lärm und Abgasen auszugehen, die insbesondere die angrenzende besonders sensible Wohnbebauung beeinträchtigen würde. Das streitgegenständliche Vorhaben beeinträchtigt daher auch öffentliche Belange i.S.v. § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 BauGB. Das Vorhaben ist folglich nicht nach § 35 BauGB zulässig.

#### **(4) Bestandsschutz**

Fraglich ist, ob das Vorhaben unter dem Aspekt des Bestandsschutzes genehmigungsfähig ist. Hierbei ist jedoch zu beachten, dass Bestandsschutz grundsätzlich nur in dem vom Gesetz vorgesehenen Umfang besteht. Wie bereits dargestellt, ist kein Fall des § 35 Abs. 4 BauGB einschlägig. Ein darüber hinausgehender, direkt auf Art. 14 Abs. 1 GG gestützter aktiver Bestandsschutz ist nicht mehr anzuerkennen, d.h., aus Art. 14 Abs. 1 GG kann sich kein unmittelbarer Anspruch auf Zulassung eines Vorhabens ergeben (BVerwGE 106, 228). Dies folgt daraus, dass sich die Reichweite des Schutzes der Eigentumsgarantie aus den Inhalts- und Schrankenbestimmungen des Eigentums ergibt, deren Ausgestaltung Aufgabe des einfachen Gesetzgebers ist. Abgesehen davon wäre auch kein Anspruch auf Genehmigung der geplanten Nutzungsänderung nach der alten Rechtsprechung zum aktiven Bestandsschutz gegeben gewesen, da dieser nur einen Anspruch auf begrenzte Erweiterungen des geschützten Baubestandes innerhalb der Variationsbreite der genehmigten baulichen Nutzung gewährte, M hier aber eine völlig andersartige Nutzung anstrebt, nämlich einen Übergang von einer Maschinenfabrik zu einem Betrieb für das Verfüllen von Toner- und Tintenbehältern. Somit spielt es keine Rolle, dass insgesamt die Immissionsbelastung möglicherweise gegenüber dem bis 1995 bestehenden Stand sinken könnte. Auch das Prinzip des passiven Bestandsschutzes hilft M im vorliegenden Fall nicht weiter. Der passive Bestandsschutz gewährleistet das Recht, das Bauwerk weiterhin so zu nutzen, wie es aufgrund einer entsprechenden Genehmigung errichtet wurde. Hier strebt M jedoch eine Nutzungsänderung an, die von vornherein nicht vom passiven Bestandsschutz gedeckt sein kann. Des Weiteren könnte man auch davon ausgehen, dass die Gebäude auf dem streitgegenständlichen Grundstück gar keinen Bestandsschutz mehr genießen, da aufgrund der über zehn Jahre zurückliegenden Nutzungsaufgabe vermutet werden kann, dass die Grundstückssituation nach dieser langen Zeit für eine Wiederaufnahme der Nutzung nicht mehr offen ist. Somit bleibt festzustellen, dass die neue Nutzung vom Bestandsschutz des alten Gebäudes nicht gedeckt ist.

### **III. Zwischenergebnis**

Das streitgegenständliche Vorhaben ist nicht genehmigungsfähig. Die Stadt S hat zu Recht ihr Einvernehmen verweigert. Die Erteilung der Baugenehmigung unter Ersetzung des Einvernehmens ist materiell rechtswidrig und verletzt die Stadt dadurch in ihrer Planungshoheit. Die zulässige Klage der S war damit auch begründet. Es bestehen daher keine ernstliche Zweifel an der Richtigkeit des erstinstanzlichen Urteils.



### **(Objektive Klagehäufung**

Wer in vertretbarer Weise vom Vorliegen zweier Anfechtungsklagen sowohl gegen die Einvernehmensersetzung als auch gegen die Baugenehmigung ausgegangen ist, musste noch kurz auf die hier nach § 44 VwGO vorliegenden Voraussetzungen der objektiven Klagehäufung eingehen.)

### **C. Ergebnis**

Ein Antrag auf Zulassung der Berufung wäre zulässig, aber, mangels Erfüllung des Zulassungsgrundes § 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO, unbegründet und hätte demnach auch keine Aussicht auf Erfolg. In Anbetracht des Kostenrisikos für M (§ 154 Abs. 2 VwGO) sollte Rechtsanwalt R dem M daher von einem Antrag auf Zulassung der Berufung abraten.

*Der vorliegende Fall ist eine leicht vereinfachte Version eines Originalexamensfalles, der im Jahre 2009 im bayerischen Ersten Staatsexamen gestellt wurde. Die Klausur zeichnete sich durch einen sehr hohen Schwierigkeitsgrad aus. Dieser resultierte jedoch nicht allein aus den materiellen Problemen des Falles, die eher zum Standardstoff des öffentlichen Baurechts gehörten. Vielmehr ergibt sich die Schwierigkeit aus den eher ungewohnten prozessualen Konstellationen eines Berufungszulassungsantrages und des gemeindlichen Rechtsschutzes gegen die Ersetzung ihres zuvor verweigerten Einvernehmens im Wege der Baugenehmigung.*

*Im Originalfall befand sich kein Hinweis auf die Prüfung eines Berufungszulassungsantrages, dies hatten die Bearbeiter vielmehr selbst herauszufinden. Ein Großteil der Kandidaten prüfte daher zu Unrecht, mangels Kenntnissen im Rechtsmittelrecht, die Erfolgsaussichten einer Urteilsverfassungsbeschwerde.*