

An die  
Personalstelle für Referendare



**Betr.: B-Klausurenkurs**

In der Anlage gebe ich die im Klausurenkurs B ausgegebene Klausur mit der

Nr. 065-OR-II

zur Korrektur. Mir ist bekannt, dass meine Klausur nur bei vollständiger  
– lesbarer – Ausfüllung und Unterschrift korrigiert wird.

Ich erkläre, dass ich

1. Referendar im Dienst der Freien und Hansestadt Hamburg bin,
2. an dem A-Klausurenkurs ommen habe,
3. voraussichtlich im Monat klausuren schreiben werde.



# A. Gutachten

1

F. Das Begehren der Mandantin geht dahin, gegen den Bescheid des Bauamts vom 25.7.2016 so vorzugehen, dass ihre Nachbarn, die Schönfelds verpflichtet werden, den Vorbau abzuzerissen, ohne dass es auf die Bebauung des hinteren Grundstücksteils der Mandantin ankommt. Ihr geht es mittein darum, dass die Berechtigungsanordnung des Bescheids als solche aufrechterhalten, aber von der „Rechtsunsicherheits-Bedingung“ unter der sie derzeit steht - Bebauung des hinteren Grundstücksteils der Mandantin befreit wird. Letztlich ~~wünscht~~ <sup>möchte</sup> sich die Mandantin also - wenn möglich - nur gegen diese „Bedingung“ vorgehen.

Ob sie dieses Begehren mit Erfolg verfolgen kann, richtet sich danach, ob ihr hierzu ein prozessualer Weg offen steht (sub II.) und ob sie <sup>auch</sup> in der Sache das materielle Recht auf ihrer Seite, insbesondere gegebenenfalls einen entsprechenden Anspruch hat (sub III.).

II. Im Rahmen des ~~pro~~ prozessualen Wegs, auf dem das Begehren der Mandantin ~~erfüllt~~ ~~erfüllt~~ <sup>möglichst</sup> möglicherweise verfolgt werden kann, ist zunächst zu berücksichtigen, dass die Mandantin zwar Interesse an einem möglichst schnellen Vorgehen hat, sie die Sache aber nicht als so eilig erachtet, dass sie nicht ein ordnungsgemäßes Verfahren abwarten könnte.

Damit fragt die Mandantin letztlich noch

dem entsprechenden Vorgehen in der Haupt- (2) sache und bittet die Kanzlei, ein solches in die Wege zu leiten. Um vorläufigen Rechtsschutz gegen den Bescheid des Bauamtes geht es über mangels besonderer Eilbedürftigkeit in diesen nicht.

Da nach den Informationen, die die Kanzlei von der Mandantin erhalten hat, die Schönfelds bisher auch keinen Widerspruch gegen die Besitzigungsanordnung als solche eingelegt haben oder sonst gegen diese Vorgehenssachen sind, ist auch ein Antrag auf Anordnung der sofortigen Vollziehung i. S. v. § 80a I Nr. 1 VwGO weder angezeigt noch - im Hinblick auf die "Bedingung" unter welcher die Anordnung derzeit gegebenenfalls noch steht - überhaupt effektiv.

2. Fraglich ist daher, ob der Mandantin ein statthafter Rechtsbehelf zur Vermeidung ihres Beschlusses zur Verfügung steht.

a) Da mit dem Bescheid des Bauamtes ein Verwaltungsakt vorliegt, gegen den die Mandantin sich teilweise wendet, scheidet die Feststellungsplage aufgrund ihrer Subsidienart gem. § 43 II VwGO von vornherein aus; in Rede steht vielmehr die Frage, ob die Mandantin ihr Beschlüssen, die Besitzigungsanordnung als solche aufrechtzuerhalten, die "Bedingung" aber aufzuheben im Aufhebungs- oder aber im Verpflichtungswege i. S. v. § 42 I VwGO ~~noch~~ statthafterweise verfolgen kann.

b) Insoweit ist allerdings zu berücksichtigen, dass ein Widerspruchsverfahren (Vorverfahren)

von der Mandantin bisher nicht durch-<sup>3</sup>  
geführt wurde. Ein solches ist in denen sowohl  
bei der Aufhebungs- als auch bei der Ver-  
pflichtungsklage gem. § 68 I<sub>1</sub> bzw. II VwGO  
grundsätzlich erforderlich. Auch liegt kein  
Ausnahmefall gem. § 68 I<sub>2</sub>, insb. nicht in Gestalt  
der Var. 1 VwGO, vor der ~~Es~~ die Freie und  
Hansestadt Hamburg keinen Gebrauch gemacht  
hat, vor. Die entscheidende Frage ist daher,  
ob als statthafter Vorzeichen vorliegend ein  
Aufhebungswiderspruch (§ 68 I<sub>1</sub> VwGO) oder  
aber ein Verpflichtungswiderspruch (§ 68 II  
VwGO) gegen den Bescheid vom 25.7.2016 in  
Betracht kommt.

c) Naheliegender schließt insoweit zunächst ein  
Aufhebungswiderspruch allein gegen den zwei-  
ten Teil des Bescheids, mit dem die Behörde  
angeordnet hat, dass die Bereitigungsanordnung  
des ersten Teils (welche die Mandantin darpaß-  
zu erhalten begehrt) ent rechtswirksam wird,  
wenn auf ihrem Grundstück in zweiter Reihe  
ein Haus gebaut wird. Gegenüber einem Verpflich-  
tungswiderspruch, gerichtet auf die Verpflich-  
tung der Behörde zur bedingungslosen An-  
ordnung der Bereitigung hätte ein Aufhebungs-  
widerspruch - wäre er ~~statt~~ statthaft - insbeson-  
dere den Vorteil, dass der erste Teil des Be-  
scheids (die Bereitigungsanordnung) von ihm  
nicht erfasst würde. ~~Das~~ Ein ~~statthafter~~  
Aufhebungswiderspruch, wäre er statthaft,  
würde aber die Bereitigungsanordnung selbst  
unberührt lassen und so dem Interesse der  
Mandantin, diese Bereitigungsanordnung auf-

rechtzuerhalten und zu verhindern, dass [4  
sie - im Sinne einer „reformatio in peius.“ -  
(ebenfalls) aufgehoben wird. Der erste Teil  
würde also „gesichert“, wäre ein Aufhebungs-  
widerspruch (und nicht ein Verpflichtungs-  
widerspruch) statthaft.

Hierfür wiederum kommt es darauf an, ob  
der zweite, der Mandanten unliebsame Teil  
des Bescheids selbständig anfechtbar  
ist.

Der zweite Teil ordnet an, dass der erste Teil, die  
Berechtigungsanordnung „erst dann rechtswirksam“  
wird, wenn das Grundstück der Mandantin in  
zweiter Reihe bebaut wird. Er stellt damit  
eine Bestimmung dar, nach der der Eintritt einer  
Belastung (für die Schönfelds als Adressaten)  
von dem ungewissen Eintritt eines zukünftigen  
Ereignisses abhängt. Es handelt sich mit  
hin um eine Bedingung i.S.d. § 36 II Nr. 2 VobO.

Zwar herrscht um das Problem der selbständigen  
Anfechtbarkeit solcher Nebenbestimmungen seit  
langer Zeit ein facettenvielles Streit. Nach  
ständiger Rechtsprechung aber ~~stehen~~ sind  
- mit der Folge der Statthaftigkeit der  
Anfechtungsklage - grundsätzlich sämtliche  
Nebenbestimmungen selbständig anfechtbar, es  
sei denn eine isolierte Aufhebbarkeit schei-  
det offensichtlich von vornherein aus, weil  
der Rest-Verwaltungsakt ohne die Neben-  
bestimmung rechtswidrig oder sinnlos wäre.

Wünche der zweite Teil des Bescheids 5  
vorliegend isoliert aufgehoben, so entfiele  
das W:krankheitshindernis für die Berei-  
tigungsanordnung als ersten Teil. Dies wü-  
de folglich unmittelbar rechtswirksam. In-  
soweit ist eine isolierte Bereitigungsanordnung  
als Rest-Verwaltungsakt weder sinnlos  
noch offenkundig rechtswidrig. Es ist nicht  
erachtlich, dass es der Behörde offen-  
sichtlich nicht erlaubt gewesen wäre, ein-  
zig eine (unmittelbare), unbedingte Be-  
reitigungsanordnung zu erlassen. Die Bedingung  
im Gehalt des unliebsamen zweiten Teils ist  
mithin ~~selbständig~~ selbständig aufhebbar. Der  
den Interessen der Mandantin entsprechende An-  
fechtungswiderspruch ist der statthafte Rechts-  
behelf.

3. Die Mandantin müsste auch widerspruchser-  
fasst sein, § 42 II VwGO analog. Sie müsste  
durch den Bescheid, der die Bereitigungsanord-  
nung unter eine Nebenbedingung stellt  
also möglicherweise in ihren Rechten verletzt  
sein. ~~Das ist wiederum der~~ Dies ist wiederum der  
Fall, wenn der Mandantin - ungeachtet  
dessen, dass es um eine Anfechtungsklage  
geht - möglicherweise ein Anspruch auf be-  
dingungsloses Einschreiten der Behörde, also  
auf eine unbedingte Bereitigungsanordnung  
zusteht. Insoweit scheint es nicht von vorn-  
herein ausgeschlossen, dass die Bauordnungs-  
rechtlichen Normen über Abstandsflächen  
in §§ 6, 71 H BauO drittschützenden Charakter

hat die Mandantin  
gegenüber der Kanzlei auch  
auch Tatsachen vorgebracht,  
die in Verbindung mit  
den Tatsachen, die im Be-  
scheid und im Schrift-  
satz des Verkäufers der Schön-  
felds als möglich erscheinen  
lassen, dass das sich aus  
§ 76 I, H BauO eigentlich  
ergebende Ermessen der Be-  
hörde (= kann) auf Null  
reduziert ist.

haben und der Mandantin i. V. m. § 76 H BauO 6  
einen entsprechenden Anspruch zu gewähren. \*1

4. Fraglich ist, ob die Mandantin durch die  
Widerspruchsfreiheit des § 70 I, VwGO noch  
einhalten kann. Diese beträgt einen Monat  
nach Bekanntgabe des angegriffenen Verwal-  
tungsakts. Da der Bescheid <sup>aus dem</sup> 25.7.2016 ~~aus dem~~  
~~aus dem~~ datiert und der Man-  
dantin am 28.7.2015 zugegangen ist, ist die  
Freit am 12.8.2015 offensichtlich noch  
nicht abgelaufen. Fristbeschränkung?

5. Gemäß § 70 I, VwGO ist der Widerspruch  
schriftlich oder zur Niederschrift beim Bezirksamt  
Bergedorf - Zentrum für Wirtschaftsberatung  
Bauen und Umwelt - zu erheben.

6. Die Beteiligungsfähigkeit der Mandantin  
ergibt sich aus ~~§ 61 Nr. 1 VwGO~~ § 61 Nr. 1 VwGO analog.

7. Nach alledem steht der Mandantin als pro-  
zessualer Weg zur Verfolgung ihres Begehrens  
ein Aufhebungs widerspruch gegen den zureichte  
Teil des Bescheids - die Bedingungen - offen.

III. Fraglich ist, ob <sup>ein Aufhebungs widerspruch</sup> ~~der Mandantin~~ der Man-  
dantin durch in der Sache Erfolg haben  
kann. Dies ist gem. § 113 I, VwGO analog der  
Fall soweit der zureichte Teil des Bescheids, die  
Bedingungen, rechtswidrig und die Mandantin  
dadurch in ihren Rechten verletzt ist.



Aufgrund der besonderen Verhältnisse (7)  
Drittschutzkonstellation bei Anfechtung nur  
der Bedingung einer unbedingte erteilten Be-  
stätigungsanordnung ist dies wiederum der Fall,  
wenn die Mandantin einen Anspruch auf eine  
unbedingte Bestätigungsanordnung hat.

1. Als Anspruchsgrundlage hierfür kommt  
§ 76 I, i. V. m. § 6 I, <sup>II</sup> VI Nr. 2 lit. c, § 71 I,  
II Nr. 1 Abs. 1 HBauO in Betracht.

2. Einen entsprechenden Antrag an die Behörde  
(Bezirksamt Bergdorf als ~~amts~~ Bauaufsichtsbehör-  
de) hat die Mandantin am 10.5.2016 gestellt.

3. ~~Gen.~~ Gem. § 76 I, HBauO kann die Bauauf-  
sichtsbehörde die Berechtigung einer Anlage  
anordnen, die im Widerspruch zu öffentlich-  
rechtlichen Vorschriften errichtet worden  
ist, wenn nicht auf andere Weise rechtsmä-  
ßige Zustände hergestellt werden können. Aus  
dieser Norm kann die Mandantin dann einen  
Anspruch für ihr Begehren herleiten, wenn  
die Anlage tatsächlich im Widerspruch zu  
öffentlich-rechtlichen Vorschriften errichtet  
worden ist (sub a), die verletzten öffent-  
lich-rechtlichen Vorschriften durchschützende  
Wirkung zugunsten der Klägerin entfalten  
(sub b) und ~~man~~ außerdem das der Behörde  
gewöhnliche Ermessen („kann“) auf Null reda-

neu durchsuchte  
prüfen



zählt ist (sub c).

8

a) Fraglich ist zunächst, ob <sup>die Anlage</sup> ~~das Grundstück~~ im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften steht.

aa) Hierbei ist zunächst zu berücksichtigen, dass die Anlage auf  $7,0 \times 13$  m mit einem Vorbau von  $0,57 \times 3,6$  m und einem Grenzabstand von  $1,93$  m gebaut wurde. Genehmigt waren durch die Baugenehmigung <sup>vom 14.10.2014</sup> hingegen nur  $7,5 \times 12$  m bei einem Grenzabstand von  $2,5$  m und ohne Vorbau. Einen Änderungsantrag haben die Schönfelds hingegen nicht gestellt. Damit ist die Anlage bereits formell rechtswidrig erbaut und steht insoweit im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften.

Weiter zu berücksichtigen ist

bb) ~~Die Anlage ist im Widerspruch zu den Vorschriften des § 6 I, V HBO, wonach vor Außenwänden von Gebäuden und von anderen Anlagen, von denen Wirkungen nie von Gebäuden ausgehen, gegenüber Gebäuden und Grundstücksgrenzen Abstandsflächen von mindestens  $2,5$  m Tiefe einzuhalten sind. Diese Abstandsfläche ~~von~~  $2,5$  m besteht vorliegend in deren nur im Verhältnis zur Gebäudeaußenwand ohne Berücksichtigung des Vorbaus, während mit seiner Berücksichtigung die Abstandsfläche nur  $1,93$  m beträgt. Dabei ordnet § 6 VI Nr. 2 lit. c HBO an, dass Vorbauten nur dann bei Bemessung der~~

Abstandsflächen auf dem Grundstück bleiben, (3)  
wenn <sup>sie</sup> nicht anders mindestens 2,5 m von der  
gegenüberliegenden Nachbargrenze entfernt blei-  
ben. Dies ist vorliegend (1,93 m) nicht der  
Fall.

Freiglich ist allerdings ob eine Verletzung der Be-  
stimmungen über die Abstandsflächen deshalb  
nicht vorliegt, weil der Grundstücksteil der Man-  
nauhin insoweit unbekannt ist. Insoweit könnte  
sich aus § 6 I 1, ~~III Nr. 2 H BauO~~ II \* Satz 1, 3 Hs. 2,  
III Nr. 2 H BauO ergeben, dass Abstandsflächen  
~~zwischen~~ nur zwischen ~~zwei~~ zwei Gebäuden jeweils  
2,5 m (also insgesamt 5 m) betragen müssen,  
während sie sich auf andere Grundstücke ins-  
besondere dann erstrecken dürfen ~~und~~ und folg-  
lich die dortige potenzielle Abstandsfläche  
von ebenfalls 2,5 m überdecken dürfen, wenn  
auf dem anderen Grundstück (noch) kein Ge-  
bäude steht, sondern <sup>sich</sup> nur ein fremder Sicht  
entzogener Gartenhof (bei den Gebäudeklassen 1  
und 2) befindet. Allerdings stellt § 71 II Nr. 1  
H BauO klar, dass auch in diesem Fall ~~die~~  
~~Abstandsfläche~~ (z. B. ... 3) und zwar der § 6 Absatz 5 (z. B. ... 3)  
die Abstandsfläche von 2,50 m zur Grundstücksgrenze ~~die~~ maßgeblich ist (und nicht  
etwa eine solche von insgesamt 5 m zum näch-  
sten Gebäude), wenn nicht der Nachbar ~~ein~~  
~~Abstandsflächen~~ eine Unterschrift zugestimmt.  
Da an einer solchen Zustimmung fehlt es hier.

Daher ist die Anlage auch materiell verletzun-  
gsfähig und liegt auch insoweit ein Widerspruch

b) Die verletzten öffentlich-rechtlichen Vorschriften über Abstandsflecken (siehe sub bb) haben auch durchschneidenden Charakter. Dies ergibt sich nicht nur daraus, dass sie im Hinblick auf ihren materiellen Teil ~~schon~~ im Interesse der jeweiligen Nachbarn erlassen wurden um zu deren Gunsten eine sie bedrückende Belastung zu verhindern. Vielmehr weist die Kodifizierung in § 71 II Nr. 1 HBauO eindeutig auf den durchschneidenden Charakter der Normen hin, wenn sie einen Dispens vom Abstandsfleckengebot nur bei Zustimmung des Nachbarn zulässt und diesen ~~zu~~ insoweit auch gem. § 71 III HBauO beteiligt.

c) Fraglich ist daher schließlich, ob die das Vorliegen der tatsächlichen Voraussetzungen des § 76 I HBauO auch zu einem Anspruch der Mandantin führt, weil der der Behörde eigentlich eingeräumte Ermessen auf Null reduziert wäre. Dies wäre nur dann der Fall, wenn <sup>ausnahmsweise</sup> keine andere Entscheidung als eine bedingungslose Bereitwilligkeit rechtmäßig wäre. Hierfür kommt es auf die konkreten Umstände des Einzelfalles an.

~~Das Vorliegen ist zugunsten einer Ermessensreduktion zu berücksichtigen, dass die Hr. Mandantin den Bauleiter gerade ~~in~~ im Bei-~~

Bei ... ist ...  
... zu berücksichtigen, dass der Vorbau  
die Luftzufuhr auf den hinteren Grund-  
stücksteil der Mandantin vermindert und  
ihrem Grundstück durch die Konstruktions-  
widrige Nachbarbebauung ein erhebliches  
Wertverlustrisiko für den Verkaufsfalle droht.

Wohnung  
Keller?  
Erweiterung?

Zweifelsfrage

b) Andererseits darf in diesem nicht unbe-  
rückichtigt bleiben, dass der Abstandsge-  
bot von den Bauherren nicht schuldhaft  
verletzt wurde, sondern diese vielmehr gut-  
gläubig auf den Rat ihres Bauleiters  
vertraut haben.

~~...~~

Auch sind die von den Schönfelds vor-  
getragenen und durch Vorkalkulationen belegten  
Umbaukosten von rund 81.000 € zu be-  
rückichtigen, gegen die die Mandantin  
ihre Zweifel nicht substantiieren konnte.

✓

trübt nicht sich  
dennoch bestreiten

Nicht außer Acht gelassen darf dabei  
ferner, dass der Schönfelds der Regressweg  
aufgrund der Insolvenz der beauftragten  
GmbH verschlossen ist.

Ferner ist in die Betrachtung einzubeziehen,  
dass es für Hrn. Schönfeld eine unzumut-  
bare Härte bedeuten würde, müsste der Vorbau  
abgerissen und er deshalb in ein Hotel  
gehen, da er regelmäßig von zu Hause aus

keit. Zudem ist sowohl Art. 121 (12)  
G6 als auch Art. 13 G6 keine Zitate.

c) Von der Abwägungslage scheint es  
jedem falls nicht einzig recht-  
mäßig eine unbedingte Berei-  
tigungsvoraussetzung zu erlassen, auch wenn  
die Mandanten nicht bebaud.

4. Die Mandanten hat keinen Anspruch.

Der Widerspruch, was nicht begründet,  
weil nicht dazu zu raten ist.

Dr. Lagmann und Partner, Große Bleichen 8, 20354 Hamburg

An

Frau Jeanelle Vorwerk

Tonienweg 82

21035 Hamburg

Sehr geehrte Frau Vorwerk,

mit vorliegendem Schreiben darf ich auf unseren Termin in der Konglei am 12.8.2016 zurückkommen. Nach Schilderung der Sachlage haben Sie mich zu prüfen, ob Sie gegen den Bescheid der Bauaufsicht vom 25.7.2016 so vorgehen können, dass die Schönfelds verpflichtet werden, den Vorbau abzurufen, ohne dass es auf die Bebauung ihres hinteren Grundstücksteils ankommt.

Nach Prüfung der Rechtslage rate ich Ihnen von einem Vorgehen gegen den Bescheid ab, insbesondere aus Kostengründen.

Zwar steht es Ihnen offen, im Wege des Widerspruchs binnen eines Monats ~~nicht~~ gegen den Bescheid vorzugehen. Ein solcher Widerspruch ist allerdings ~~nicht~~ nach dem Hamburgischen Gebäudengesetz und der Baugerkühnordnung mit Kosten bis 5.000 € verbunden (vollständig würden sie allerdings darunter liegen) ~~und~~ und nach unserer Einschätzung in der Sache nicht erfolgversprechend.

Zwar stellt sich Ihnen das Wohnhaus der Schönfelds als ~~ein~~ rechtswidrig dar, weil es gegen die erteilte Baugenehmigung und gegen die bauordnungsrechtlichen Vorgaben hinsichtlich der Abstandsflächen verstößt.

Allerdings steht der Bauaufsicht gem. § 57 Abs. 1 HBauO ein Ermessen zu, ob und in welcher Weise sie gegen den Bau vorgeht. Dabei sind die Voraussetzungen, unter denen die Bauaufsicht Ihnen gegenüber ~~ist~~ ausnahmsweise zum Einschreiten verpflichtet ist, aufgrund der Besonderheiten des Falles meines Erachtens nicht erfüllt, so dass sie <sup>leider</sup> nicht mehr erwarten dürften als die angeordnete bedingte Beseitigungsaufforderung, insbesondere angesichts dessen, dass Ihre Fläche unbekannt ist, die Beseitigungskosten für die Schönfelds in Anspruch sind und die GmbH als Regressverpflichteter insoweit.

Aufgrund des Kostenrisikos rate ich daher von einem Widerspruch ab. Sollten Sie dennoch ein Eingreifen der Rechtsbehörden erwägen stehen wir Ihnen selbstverständlich gleichwohl gerne zur Verfügung und vertreten Sie sowohl in einem Widerspruch- als auch in einem etwaigen anschließenden Gerichtsverfahren.

Mit freundlichen Grüßen

Ulrich Schmidt



— Sie kommen nur langsam  
auf die Mündigkeitprüfung —  
das gehört aber

— Materieell richtiges Ansätze; Rechts-  
verstoß zutreffend begründet.  
Nichts leidet an Frage der  
Verwirkung. Die Mündigkeit  
ist recht sorgfältig, die  
Prüfung überlegen nicht  
durchgehend. Gut vertretbares  
Ergebnis.

— Schreiben konsequent.

MP