

Name, Vorname

28.01.2022

~~01.12.2021~~
Datum

An die
Personalstelle für den Juristischen Vorbereitungsdienst

Betr.: B-Klausurenkurs

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

Nr. 065-ÖR II

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

Ich erkläre, dass ich

- 1: Referendar/in im Dienst der Freien und Hansestadt Hamburg bin,
2. an dem A-Klausurenkurs Juli 2021teilgenommen habe,
3. voraussichtlich im Monat 02.12.2023die Examensklausuren schreiben werde.

Unterschrift

A. Mandantenbegehren

~~Die~~ Frau Jeanette Vorwerk (Mandantin) begehrt Prüfung der ~~der~~ Erfolgsaussichten hinsichtlich eines Vorgehens gegen den Bescheid des Bauamts vom 25.07.2016, insoweit mit diesem Bescheid die Familie Schönfeld zum ~~Verbau~~ Abriss des Vorbaus nur im Falle der Bebauung des hinteren Teils des Grundstücks der Mandantin verpflichtet wurde. Die Mandantin begehrt bei bestehenden Erfolgsaussichten eine rechtliche Durchsetzung ihrer Interessen, wobei sie keine besondere Eilbedürftigkeit sieht.

Ant was wollen Sie dazu prüfen

B. Materiell-rechtliches Gutachten

Die Rechtsdurchsetzung des Mandantenbegehrens hätte Aussicht auf Erfolg, wenn ein diesbezüglicher Rechtsbehelf zulässig und soweit dieser begründet wäre.

I. Zulässigkeit

1. Der Verwaltungsrechtsweg ist gemäß § 40 I 1 VwGO eröffnet. Insbesondere handelt es sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit, da sich die streitentscheidenden Normen in der HBauO befinden, also dem Baurecht entstammen, das eine Kernmaterie des öffentlichen Rechts darstellt.

2. Als statthafter Rechtsbehelf kommt die Einlegung eines Widerspruchs in Betracht, § 68 Z 1 VwGO.

Dieser ist gemäß § 68 I 1 VwJO vor Erhebung einer Anfechtungsklage statthaft. Eine Aufhebungsklage ist gemäß § 42 I Var. 1 VwJO statthaft, soweit die Aufhebung eines Verwaltungsaktes (VA) begehrt wird.

Die Mandantin begehrt nur eine teilweise Aufhebung des Bescheids vom 25.07.2016, der einen VA i.S.d. § 35 S. 1 VwVf darstellt. Diesem Begehren könnte mit einer Anfechtungsklage entprochen werden, wenn sich der VA als prozessual teilbar darstellt und ~~ein~~ ^{ein} isoliertes ~~Anfechtungsklage~~ ~~hier~~ ~~zuletzt~~ Vorgehen gegen einen Teil des VA zulässig wäre.

Ein VA, der mit einer Nebenbestimmung i.S.d. § 36 VwVf verbunden ist, ist prozessual teilbar. Bei der Bestimmung, die Abrissverpflichtung hänge von der Bebauung des hinteren Teils ~~des~~ ^{des} Grundstückes der Mandantin ab, könnte es sich um eine Bedingung (§ 36 II Nr. 2 VwVf) oder eine Auflage (§ 35 II Nr. 4 VwVf) handeln.

Eine Bedingung liegt vor, wenn die von dem VA erstrebten Wirkungen von einem zukünftigen ungewissen Ereignis abhängig gemacht werden (vgl. § 18 I BfB). Eine Auflage ist demgegenüber eine zusätzlich mit dem VA verbundene, selbstständig erzwingbare hoheitliche Anordnung. Wesentlicher Unterschied ist folglich, dass die Bedingung suspendiert, aber nicht zwingt und die Auflage zwingt, aber nicht suspendiert.

Demzufolge handelt es sich vorliegend um eine (auflösende) Bedingung. Die Mandantin ist nämlich nicht von der Behörde zur Bebauung des hinteren Teils ihres Grundstücks gezwungen. Die ~~Absrisverpflichtung~~ ^{Absrisverpflichtung} ~~Absrisverpflichtung~~ ^{bestellt} ihren Nachbarn gegenüber aber erst mit dieser Bebauung.

Teilweise wird befürwortet, dass gegen eine Nebenbestimmung stets mit der Verpflichtungsklage vorgegangen werden muss. Teilweise wird dies zumindest im Falle einer behördlichen Ermessensentscheidung gefordert, um keine einheitliche behördliche Entscheidung zu teilen. Überwiegend wird eine isolierte Anfechtungsklage wegen des Wortlauts von § 103 I 1 VwGO aber anerkannt, da aus diesem die Möglichkeit der teilweisen Anfechtbarkeit hervorgeht („soweit“). Die materielle Teilbarkeit der VA ist dagegen eine Frage der Begründetheit.

Der Widerspruch ist folglich gemäß § 68 I 1 VwGO statthaft.

3. Die Widerspruchsbefugnis analog § 42 II VwGO folgt aus § 71 II Nr. 1 HBAuO. Die Mandantin kann geltend machen möglicherweise in ihrem Recht aus § 71 II Nr. 1 HBAuO verletzt zu sein. Diese Norm ist auch drittschützend, da ausdrücklich „Eigentümerinnen und Eigentümer sowie der Erbbauberechtigten des angrenzenden Grundstücks“ geschützt werden sollen. Als Eigentümerin des Nachbargrundstücks fällt die Mandantin unter den geschützten Personenkreis.

i.R. ✓

+ § 6 HBAuO

4. Die einmonatige Widerspruchsfrist des § 70 I 1 VwStG kann gewährt werden. Der Bescheid wurde der Mandantin am 28.07.2016 zugestellt, sodass zum Bearbeitungszeitpunkt am 12.08.2016 die Frist noch läuft.

5. Problematisch ist jedoch, ob ein allgemeines Rechtsschutzbedürfnis der Mandantin zu bejahen ist. Dies wäre nicht der Fall, wenn ihr ein einfacherer, billigerer oder schnellerer Weg zur Interessendurchsetzung zur Verfügung steht oder stand. Insofern ist fraglich, ob es dem Rechtsschutzbedürfnis entgegensteht, dass die Mandantin mit ihrem Verlobten schon seit April 2015 wussten, dass der Vorbau ~~offen~~ den gesetzlichen Mindeststandard von 2,0m nicht einhält. Ihr Abwarten für über ein Jahr, in dem die Arbeiten am Nachbarhaus fortgesetzt und beendet wurden, könnte zu einer Verwirkung ihrer Rechte entsprechend dem Rechtsgedanken des § 242 BGB geführt haben.

Da es evtl
ein weiteres
Problem

Ein Recht ist verwirkt, wenn der Berechtigte es längere Zeit nicht geltend macht (Zeitmoment) und der Verpflichtete sich mit Rücksicht auf das Verhalten des Berechtigten darauf eingestellt hat und sich einrichten durfte, dass dieser das Recht auch in Zukunft nicht geltend machen würde (Umstandsmoment).

Die erforderliche Zeitspanne für das Zeitmoment richtet sich an den Umständen des Einzelfalls. Im Verwaltungsrecht liegt es nahe in ~~Abhängigkeit~~ Anlehnung an § 158 II 1 VwVG in etwa ein Jahr als erforderliche Zeitspanne anzusetzen. Hier ist bereits über ein Jahr seit dem Gespräch zwischen dem Verlobten der Mandantin und dem Bauleiter vergangen. Es spricht auch im Einzelfall nichts dafür, dass die abgelaufene Zeitspanne das Zeitmoment nicht erfüllt. Während der Bauphase wäre die Nichteinhaltung des Mindestabstands eher korrigierbar gewesen, als nach dessen Abschluss, weshalb die Intensität der Intervention nun besonders hoch ist.

Fraglich ist allerdings, ob auch das Umstandsmoment erfüllt ist. Dies setzt voraus, dass die Mandantin aufgrund eines Vertrauensumstands eine Vertrauensgrundlage bei der Familie Schönfeld gelegt hat, und die jetzige Geltendmachung unzumutbare Nachteile für die Familie Schönfeld mit sich bringt.

Eine Vertrauensgrundlage der Familie Schönfeld könnte daraus resultieren, dass die Mandantin und ihr Verlobter die Nichteinhaltung des Mindestabstands seit dem Gespräch vom April 2015 nicht mehr monierten. Die Unzumutbarkeit für Familie Schönfeld kann sich aus den erheblichen finanziellen Belastungen

von ca. 50.000€ für den Abbau und ca. 30.000€ für nutzlose Aufwendungen ergeben. Aufgrund der Insolvenz der Baufirma sind Regressansprüche außerdem wirtschaftlich wertlos. Außerdem würde der Rückbau des Vorbaus mit gravierenden beruflichen und privaten Problemen für Familie Schönfeld einhergehen, die monatlich nicht auf ihrem Grundstück wohnen und arbeiten könnten.

Für das Bestehen einer Vertrauensgrundlage spricht darüber hinaus, dass es zwischen den Nachbarn während der Bauphase diverse Streitige Auseinandersetzungen gab. Im Rahmen dieser Auseinandersetzungen blieb seit April 2015 die Nichterhaltung des Mindestabstands ~~der~~ unerwähnt. Angesichts der verschiedenen Reklamationen lag es für Familie Schönfeld nahe, von einer abschließenden Liste ~~von~~^{an} Beschwerden der Mandantin auszugehen.

Andererseits zeigen gerade die wiederholten Auseinandersetzungen sowie die Reklamation im April 2015, dass die Mandantin und ihr Verlotter bauverbotswidrige Zustände zu ihren Lasten nicht dulden würden. Die Insolvenz des Bauträgers hat außerdem eher zu Lasten der Familie Schönfeld zu gehen, da sie als Vertragspartner des Insolvenzrisiko tragen muss.

Grund für die Dauer der ausgebliebenen Geltendmachung der Nichterhaltung des Grenzabstands ~~ist~~ ist die

fehlerhafte Auskunft des Bauleiters gegenüber dem Verlotter der Mandantin, dass der Mindestbestand nur 2,50 m betrage und der Vorbau nicht mitzurechnen sei. Diese Fehlinformation muss grundsätzlich zu Lasten der Familie Schönfeld gehen, da der ~~Bauherr~~ Bauleiter als Vertreter der ~~Bauherr~~ von Familie Schönfeld beauftragten Baufirma aus ihrer Sphäre stammt.

Freilich ist, ob es aber zu Lasten der Mandantin geht, dass sie sich nicht unmittelbar Rechtsrat geholt hat. Auf diese Weise wäre es möglich und zumutbar gewesen früher auf die baurechtlichen Zustände hinzuweisen. Ein vermeidbarer Rechtsirrtum begründet regelmäßig fahrlässiges Verhalten, sodass die Nichtinholung von Rechtsrat eine Obliegenheitsverletzung mit der Folge der Verwirkung darstellen könnte.

Dies würde aber nicht ausreichend berücksichtigen, dass sich die Familie Schönfeld ihrerseits auf die Aussagen des ^{Bauleiters} ~~Bauherrn~~ verlassen hat. Über den Grundsatz der Verwirkung kann aber kaum vom Berechtigten ein höherer Sorgfaltsmaßstab gefordert werden, als von den bauenden Nachbarn selbst. Hinzu kommt, dass die Aussage des Bauleiters vertrauenswürdig scheint, sodass kein Anlass für Zweifel bestand. Es wäre zu weitgehend, eine ausreichende Vertrauensgrundlage anzunehmen, die auf einem aus der Sphäre der Verpflichteten veranschalteten Rechtsirrtum ~~zu~~ beruht.

Wertungs

überwiegendes spricht nach alledem dafür ein Rechtschutzbedürfnis der Mandantin anzunehmen.

II. Begründetheit

Der Widerspruch wäre begründet, soweit ~~er rechtmäßig~~ die Bedingung aus dem Bescheid vom 28.07.2016 rechtswidrig oder zweckwidrig wäre, 168 I 1 VwGO.

1. Die Bedingung wäre ~~rechtmäßig~~ rechtswidrig, soweit sie nicht auf einer ordnungsgemäßen Ermächtigungsgrundlage beruht und formell sowie materiell rechtmäßig ist.

a. Rechtsgrundlage der Bedingung ist 136 II Nr. 2 VwVfG.

b. Die Bedingung ist auch in formell rechtmäßiger Weise ergangen. Insbesondere wurde der VA von der zuständigen Behörde erlassen und es ist eine Anhörung (129 I VwVfG) im Rahmen der Ortsberichterstattung erfolgt, bei der die Mandantin anwesend war. Der Bescheid ist auch ~~in~~ in einer den Anforderungen des 139 I VwVfG entsprechenden Weise begründet worden, indem die Behörde alle wesentlichen Umstände dargelegt hat und auch kurze rechtliche Erwägungen erläutert hat, in denen sie ^{z.B.} auch die Möglichkeit einer nachträglichen Genehmigung mit knapper Erläuterung verneint. Damit ist dem Begründungsbedürfnis genüge getan.

c. Die Bedingung müsste auch materiell rechtmäßig sein. Dies wäre nicht der Fall, wenn subjektive Rechte der Mandantin verletzt wären. In Betracht kommt ein Verstoß gegen § 71 II Nr. 1 HBauO.

aa. Tatbestandlich setzt § 71 II Nr. 1 HBauO eine Abweichung von den Anforderungen der Abstandflächen voraus. Gemäß § 71 II 1 HS. 1 i.V.m. § 16 II HBauO muss der Mindestabstand mindestens 2,50m betragen. Dieser Abstand ist ~~z~~ nicht eingehalten, da der Vorbau nur einen Abstand von 1,93m einhält. Dies räumt die Familie Schönfeld auch selbst ein. Der Vorbau fällt auch nicht unter § 16 VI HBauO.

bb. Freilich ist, was Rechtsfolge des Verstoßes gegen § 71 II Nr. 1 HBauO ist. Da eine Zustimmung der Mandantin nicht erfolgte, ist eine Beseitigungsanordnung nach § 76 I 1 HBauO ~~erlaubt~~ aufgrund der formellen und materiellen Illegalität möglich. Problematisch ist aber, dass die Beseitigungsanordnung im Ermessen der Behörde steht. ~~Das~~ ~~Er~~

Das Entschließungsermessen ist im Falle von formeller und materieller Illegalität jedoch regelmäßig auf null reduziert, sodass die Behörde zur Herstellung rechtmäßiger Zustände zum Einschreiten verpflichtet ist.

Freilich ist aber, ob auch das Handlungswahlermessen auf null reduziert ist. Dafür könnte sprechen, dass

§ 17 II HBauO die Eigentümer des Nachbargrundstücks schützen soll. Außerdem spricht auch der Gedanke negativer Generalprävention für eine Ermessensreduzierung, da von einer baurechtswidrigen Anlage eine negative Vorbildfunktion ausgeht.

Andererseits widerspricht die Ermessensreduktion ~~der~~ auf null ~~zu~~ dem Grundsatz der vom Gesetzgeber vorgesehenen Rechtsfolge und ist daher restriktiv anzunehmen. Außerdem ermöglicht das Handlungsauswahlermessen der Behörde eine am Einzelfall orientierte Entscheidung. Hierbei können die ~~mit~~ widerstreitenden Interessen berücksichtigt werden. Vorliegend fällt ins Gewicht, dass die Beseitigungsanordnung für Familie Schönfeld sehr einschneidende Wirkung hat. Sie hat sowohl finanziell, als auch beruflich und privat erhebliche Belastungen für Familie Schönfeld zur Folge.

Demgegenüber hat die Mandantin ein geringeres Interesse an der Einhaltung der Abstandsflächen. Dies gilt insbesondere, da sie eine Bebauung des rückwärtigen Grundstücks nicht plant und auch in Zukunft auf die Zustimmung der Nachbarn angewiesen wäre, da ~~die~~ ^{bei} Bebauung ~~mit~~ die ~~Zueigung~~ ^{Wegung} ~~den~~ ^{nur} ~~über~~ ^{gesichert} die Grundstücke der Nachbarn ~~betroffen~~ werden könnte. Bis zur Bebauung besteht folglich auch kein Brandschutzrisiko. Es verbleibt zwar ein Eingriff in Art. 14 ff für die Mandantin und ~~als~~ eine mögliche Wertbeeinträchtigung des Grundstücks. Das allein vermag

Urheber

angesichts der gegenläufigen Interessen von Familie Schönfeld aber eine Ermessensreduktion auf null nicht zu begründen.

d. Zwischenergebnis

Die Bedingung erweist sich als rechtmäßig.

2. Angesichts der genannten Erwägungen erweist sich die Bedingung auch als zweckmäßig. Aufgrund der erheblichen Interessen der Familie Schönfeld ist die Bedingung eine zweckmäßige Nebenbestimmung.

III Ergebnis des Gutachtens

~~Der~~ Ein Widerspruch wäre voraussichtlich unbegründet und hat damit kaum Aussicht auf Erfolg.

C. Zweckmäßigkeit des weiteren Vorgehens

Angesichts der fehlenden Erfolgsaussichten eines Rechtsbehelfs, ist ~~der~~ Mandanten von der Einlegung eines solchen abzuraten. Dabei ist auf das Kostenrisiko des Widerspruchs - sowie eines späteren Klageverfahrens hinzuweisen. Es können sowohl Anwaltsgebühren als auch Verwaltungsgebühren anfallen (13 ZP GebG i. V. m. 1 Nr. 1 BauGebO i. V. m. Anlage 1 zur BauGebO).

Dr. Lagemann und Partner

Hamburg

Große Bleichen 8, 20354 Hamburg

12.08.2016

Jeanette Vorwerk

Tönerweg 82, 21039 Hamburg

Grundstück Gemarkung Lurbeck, Flurstück 2772, Bezirk Bergedorf

Bescheid vom 25.07.2016

Sehr geehrte Frau Vorwerk,

in der obigen Angelegenheit bedanke ich mich für das von Ihnen mir entgegengebrachte Vertrauen und nehme Bezug auf das ~~am~~ heutige in meiner Kanzlei geführte Gespräch.

Ich habe die Rechtslage geprüft und rate Ihnen von der ~~Einlegung~~ Einlegung eines Rechtsbehelfs ab, da ein solches nur geringe Erfolgsaussichten hätte und Verwaltungsgebühren sowie ggf. weitere Anwaltskosten zu Ihren Lasten anfallen könnten.

Der Bescheid vom 25.07.2016 geht zutreffend davon aus, dass die Abstandsflächen nicht eingehalten sind und mangels Zustimmung ihrerseits eine Beseitigungsverfügung zur Herstellung rechtmäßiger Zustände erlassen werden kann.

Der Behörde steht dabei nach der Gesetzeslage ein eigener Ermessensspielraum zu, nach dem die Behörde die Beseitigungsanordnung von Bedingungen abhängig

machen kann. Für diesen Weg hat sich die Behörde in ihrem Fall entschieden, indem sie die Beseitigungsverfügung von der Bedingung, dass sie in zweiter Reihe ein Wohnhaus bauen, abhängig gemacht hat.

Ich habe auch geprüft, ob in diesem Fall aufgrund der Ihnen hierdurch entstehenden Nachteile ausnahmsweise eine unbedingte Beseitigungsverfügung von der Behörde erlassen werden muss. Für eine solche Ausnahme sehe ich allerdings nicht genügend Anhaltspunkte, da das behördliche Ermessen dazu dienen soll den Umständen des Einzelfalls gerecht zu werden und eine unbedingte Beseitigungsanordnung für ihre Nachbarn - die Familie Schönfeld - ebenfalls gravierende Nachteile wirtschaftlicher und privater Art hätte.

Ich bedauere, Ihnen keine erfreulichere Rückmeldung geben zu können.

Mit freundlichen Grüßen
Unterschrift

Eine gelungene Besetzung und
w. jungen Mädel.

AS M

In 10/10/11