

27.1.23

Datum

An die
Personalstelle für den Juristischen Vorbereitungsdienst

Betr.: B-Klausurenkurs

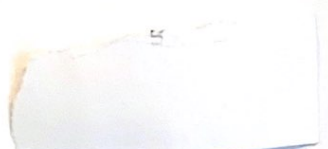
In der Anlage gebe ich die im Klausurenkurs B ausgegebene Klausur mit der

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...08/22.....teilgenommen habe,
3. voraussichtlich im Monat 06/23.....die Examensklausuren
schreiben werde.


Unterschrift

A. Gutachten

I Mandantenbegehren

Jeanette Vorwerk (im Folgenden: die "Mandantin") begehrt am 12.8.16 Beratung, ob sie gegen einen Bescheid des Bauamts vorgehen kann, in dem ihre Nachbarn verpflichtet werden, einen Verbau abzureißen, wenn auf dem Grundstück der Mandantin in zweiter Reihe ein Wohnhaus gebaut wird. Die Mandantin möchte, dass ihre Nachbarn verpflichtet werden, den Verbau abzureißen, ohne dass es auf die Bebauung des hinteren Teils ihres Grundstückes ankommt. Die Mandantin ist bereit, ein ordnungsgemäßes Verfahren abzuwarten und begehrt keinen Eilrechtsschutz.

II Rechtsbehelfsstation

Zu prüfen ist, welcher Rechtsbehelf dem Begehren der Mandantin entspricht. Sie wendet sich gegen den Zusatz in der Beseitigungsanordnung sodass zunächst zu prüfen ist, ob hiergegen ein isoliertes

Vorgehen möglich ist. Bei dem Zusatz, dass die Beseitigungsaufforderung bezüglich des Vorbaus erst dann rechtswirksam werde, wenn auf dem Nachbargrundstück in zweiter Reihe ein Wohnhaus gebaut werde, handelt es sich um eine Nebenbestimmung, da er mit dem Hauptverwaltungsakt - der Beseitigungsanordnung - steht und fällt, aber keine integrale Inhaltsbestimmung des Hauptverwaltungsaktes darstellt.

Bei dem Zusatz könnte es sich um eine Bedingung iSd § 36 II Nr. 2 VwVfG oder eine Auflage iSd § 36 II Nr. 4 VwVfG handeln. Die Behörde hat den Zusatz nicht näher benannt. Zu prüfen ist daher, ob der Empfänger nach Sinn und Zweck der Regelung und den Gesamtumständen davon ausgehen muss, dass die Erfüllung der Nebenbestimmung für den Fortbestand der Hauptregelung essenziell sein soll. Dafür spricht der Wortlaut, wonach die Anordnung "erst dann rechtswirksam" werden soll, sodass vorliegend eine Bedingung iSd § 36 II Nr. 2 VwVfG vorliegt.

Nach allgemeiner Ansicht sind Nebenbestimmungen - unabhängig von ihrer Art - isoliert anfechtbar. Für die Begründetheit der Anfechtungsklage kommt es dann aber auch darauf an, ob der Restliche Verwaltungsakt sinnvolle - und rechtmäßiger Weise bestehen kann.

Gegen den Zusatz ist somit ein isoliertes Vorgehen möglich.

Der Verwaltungsrechtsweg ist eröffnet, § 40 I VwGO analog.

Statthaft ist ein Widerspruch gem. §§ 68 ff VwGO.

Die Mandantin müsste auch widerspruchsbefugt sein, § 42 II VwGO analog.

Nach der sog. Schutznormtheorie muss die Verletzung einer Rechtsnorm möglich sein, die zumindest auch dem Schutz der Mandantin zu dienen bestimmt ist. Um eine solche Norm handelt es sich bei

§ 6 V, 7 II Nr. 1 HBauO. Die Vorgaben bezüglich der anzuhaltenden Abstandsflächen weisen eine dritt-schützende Natur auf: das folgt bei Abstandsflächen schon aus der

Natur des Schutzguts und wird durch § 71 II Nr. 1 HBauO, der ausweilich sehr überschnitt nachbarliche Belange besch. sich ist und in § 71 II Nr. 1 HBauO auch die Zustimmung der Eisentümer des angrenzenden Grundstücks fordert, Klargestellt.

Die Mandantin ist Eisentümerin des angrenzenden Grundstücks Tönnesweg 82 und gehört somit zum Kreis der geschützten Personen.

Es besteht zumindest die Möglichkeit, dass die Nachbarn der Mandantin gegen die Verfügungen des § 6 V HBauO verstoßen haben.

Auch kann die Widerspruchfrist des § 70 I VUGO noch gewahrt werden. Der Bescheid vom 25. 7. 16 hat die Mandantin am 28. 7. 16 per Post bekommen. Die einmonatige Widerspruchfrist gem. § 57 I VUGO iVm 222 ZPO, §§ 187 I, 188 II BGB läuft somit nicht vor dem 28. 8. 16 ab, sodass zum Bearbeitungszeitpunkt noch Widerspruch erhoben werden kann.

Die Mandantin hat ihr Widerspruchsrecht auch nicht verwirkt. Eine Verwirkung setzt neben einem Zeit- auch einen Umstandsmoment voraus. Zwar wurde der Rohbau im Februar 2015 fertiggestellt, die Mandantin war aber seit April 2015 aufgrund der Aussage des Herrn Jürgens - dem Bauleiter der Baufirma die das Grundstück zunächst erworben hatte, der Ansicht, dass der Vorbau rechtmäßig sei. Sie hatte zu diesem Zeitpunkt keine positive Kenntnis von dem Klagegrund und majorer Kenntnis kam ihr kein Verlust gesen Treu und Glauben vorgeworfen werden. Im übrigen waren auch die Eigentümer des Nachbargrundstücks zu diesem Zeitpunkt von der Rechtmäßigkeit des Vorbaus überzeugt, sodass sie nicht aufgrund der Untätigbleiben der Mandantin damit rechnen durfte, dass diese nicht mehr gegen den Vorbau vorgeht. Als die Mandantin im Mai Kenntnis von den geltenden Vorgaben erlangte, hat sie sich umgehend an die Nachbarn und das Bauamt gewandt.

Indignitätspflicht,

Zusammenhang
mit Zweifelskraft

Der Widerspruchserhebung in der Form des § 70 I VwGO - ist somit zulässig.

III Materiell-rechtliche Prüfung

Der Widerspruch ist begründet, wenn der Zusatz in der Beseitigungsanordnung rechtswidrig ist, und die Mandantin in ihren Rechten verletzt ^(§ 113 I 1 Mandar) oder der Zusatz unzweckmäßig ist und sie insoweit belastet betrifft. Zudem muss die restliche Beseitigungsanordnung sinnvoller- und rechtmäßigerweise ohne diesen angefochtenden Zusatz bestehen bleiben können.

1. Rechtswidrigkeit des Zusatzes in der Beseitigungsanordnung

a) Ermächtigungsmutmaßung ist § 76 I ~~ff~~ HBayO bzw. § 36 II VwVfG.

b) Die Beseitigungsanordnung ist auch formell rechtmäßig. Die zuständige Behörde hat gehandelt. Die Mandantin ist im Juni 2016 Gelegenheit zur Stellungnahme gesehen worden. Eine Anhörung ^{§ 28 VwVfG} ist aber nur dann erforderlich, wenn ein Verwaltungsakt erlassen wird, der in die Rechte eines Beteiligten (§ 13 VwVfG) eingreift. Vorliegend wurde eine Begünstigung der Mandantin

Zuerst nur abgeleitet, nach dem Zweck der Anhörung und dem rechtsstaatlichen Gehalt, den Bürger vor Rechtsnachteilen zu schützen hätte der Mandantin aber auch dieser Zusatz mitgeteilt und ihr diesbezüglich Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben werden müssen.

Selbst wenn man eine Anhörung im Bezug auf den konkreten Zusatz für erforderlich hält, ist aber zu bedenken, dass dieser Formfehler gemäß § 45 I Nr. 3 VwVfG geheilt wird, wenn die Widerspruchsbehörde sich im Widerspruchsverfahren mit den vorgebrachten Einwänden auseinandersetzt.

Der Bescheid sonstige der Form des § 39 VwVfG.

c)

Zu prüfen ist, ob der Zusatz auch materiell rechtmäßig ist.

Dafür müssten die Nachbarn Anlagen im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorgaben errichtet worden sein.

Das Vorhaben widerspricht bereits in formeller Hinsicht, da es nicht von der Baugenehmigung vom 14.10.14 gedeckt ist, ein Vorbau wurde nicht genehmigt.

Es widerspricht auch in materieller Hinsicht öffentlich-rechtlichen Vorschriften.

Gebaut wurde ein Einfamilienhaus mit der Außenmaße $7,0\text{ m} \times 13,0\text{ m}$ und einem Vorbau von $0,57 \times 3,60\text{ m}$ und einem nordwestlichen Grenzabstand von $1,93\text{ m}$.

Gemäß § 6 I 1 HdBauO beträgt die Tiefe der Abstadsflächen mindestens $2,5\text{ m}$. Abstadsflächen sind die Flächen zwischen Außenwänden von Gebäuden und oberirdischen Gebäuden (vgl. § 6 I 1 HdBauO).

Bei der Fläche kommt es auf die Fläche der Gebäudewand des Vorbaus und nicht der übrigen Gebäudewand an. Vorbauten bleiben nur unter den Voraussetzungen des § 6 Nr. 2 HdBauO in Betracht, die angesichts der Breite des Vorbaus (a) und dem nicht einschaltenden Abstand von $2,50\text{ m}$ (c) nicht vorliegen. Auch ist der Vorbau nicht gemäß

§ 6 VIII HDauO zulässig, da er
an das Einfamilienhaus angebaut
ist.

Das Einfamilienhaus wurde auch im
Widerspruch zu § 6 HDauO errichtet,
da diese bereits 2014 galt.

§ 76 I HDauO räumt der Behörde
ein Ermessen ein (vgl. "kann").

Neu Drittodacht
prüfen

Anders als vor Gericht sind Ermessen-
entscheidungen ^{im Widerspruchsfallen} nicht nur auf Ermessen-
fehler hin überprüfbar (vgl. § 114 VwGO).
Zu prüfen ist, ob der Zusatz in
der Beseitigungsordnung gegen den
Grundsatz der Verhältnismäßigkeit
verstößt.

Erfolgt ein legitimer Zweck, die
Sicherung des Eigentums der Nachbarn
(Art 14 GG). Zur Erreichung dieses Zwecks
ist der Zusatz auch geeignet und
mangels gleich wirksamer milderer
Mittel auch erforderlich.

Fraglich ist aber, ob der Zusatz
auch angemessen ist.

Dafür sind zunächst die jeweiligen
Rechtsgüter abstrakt zu bestimmen
und zu bewerten. Hier stehen
dem Grundrecht aus Art 14 GG

der Nachbarn das Grundrecht der
Mandahn aus Art 14 GG entgegen.
Abstrakt betrachtet handelt es
sich somit um gleich gewichtige
Rechtsgüter.

Daher ist auf konkreter Ebene
das Maß der Beeinträchtigung zu
bestimmen. Hier geht es um die
Intensität und Dauer der Beeinträchtigung,
aber auch um Zurechnung und
die Härte der drohenden Rechtsfolgen.

Die Mandahn hat vorgebracht, dass
sich durch den Verbau die Luftzufuhr
zu ihrem Grundstück verändert habe.
Dabei handelt es sich allerdings
lediglich um eine geringfügige
Beeinträchtigung, die das Eigentum
am Grundstück und am Haus nur
unwesentlich stört.

Sie hat weiter vorgebracht, dass
sie erhebliche Wertminderungen
ihrer Grundstücks befürchtet, wenn sie
einmal den hinteren Teil verkaufen
will. Art 14 GG schützt allerdings
keine Erwartungen, solange diese
sich nicht zu einer konkreten Erwerb-
möglichkeit verdichtet haben. Allerdings
ist eine Debatte der Rückwärtsgerichte

Teil) des Grundstücks nicht geplant. Es wäre auch schwierig, da das Wohnhaus der Mandantin die komplette Breite ihres Wohnhauses erfasst und bei einer rückwärtigen Bebauung die Zuwegung zum Tümpelweg nicht gesichert wäre. Die Erwerbschraen haben sich somit nicht in einem Maße verdichtet, dass sie von Art 14 GG geschützt sind.

Hinzu kommt, dass die Intensität der Beeinträchtigung insgesamt eher gering ist, da die Mandantin nur die vordere Grundstückshälfte bewohnt. Der bebauete Teil des Nachbargrundstücks betrifft auch nur die Hälfte ihres Gartens. Auch ist hier zu berücksichtigen, dass der Einschnitt schon deshalb eher gering weist, da die zulässige Abstrahlfläche lediglich um wenige Zentimeter und nur für eine Länge von 3,60 m überschritten ist.

Demgegenüber stehen die Interessen und Schutzgüter der Nachbarn.

Art 14 GG ist hier betroffen, da eine Beseitigungsanordnung einen erheblichen Beeinträchtigung beinhalten würde. Bei § 76 I HDwO handelt es sich zwar

um eine Inhalts- und Schrankenbestimmung, dennoch würde eine Beseitigung einer exterrae Märkte bedeuten.

Zugunsten der Nachbarn ist zudem zu berücksichtigen, dass sie die Abstandsfläche nur um wenige Zentimeter unterschritten haben.

Zu ihren Lasten könnte berücksichtigt werden, dass sie den Überbau zu verschulden haben. Allerdings haben die Nachbarn auf die Aussage des Herrn Jürgens vertraut. Angesichts dieser Aussage hätte die Nachbarn aber zumindest eine Untersuchungspflicht getroffen. Angesichts der Umstände kann ihnen ein Verschulden aber nur in geringem Maße vorgeworfen werden, da sich Eigentümer diesbezüglich auf Aussagen von Fachleuten verlassen dürfen. Eine Zurechnung des Verschuldens des Herrn Jürgens findet nicht statt.

✓
Fehlhaft

Zu ihren Gunsten ist weiter zu berücksichtigen, dass der Baugenehmigung unrichtige Plannummer zugeordnet lagen und sie daher das Haus anpassen mussten. Allerdings kann ihnen

- ja
Diesbezüglich auch vorgebracht werden,
dass sie keine Änderungsgenehmigung
beantragt haben.

Angeichts ~~der~~ von der Mandantin und
den Nachbarn vorgebrachten Erwägungen,
stellt der Vorbau in der jetzigen Situation
nur einen geringen Beeinträchtigung dar. >

Würde die Mandantin den hinteren
Grundstücksteil bebauen, würden von
dem Vorbau allerdings weitere
Störungen und Beeinträchtigungen wie
Lichtentzug oder möglicherweise
aufgrund der Nähe auch eine
Lärmbelästigung einhergehen.
Dann wären die schutzwürdigen
Rechtsgüter und Interessen der
Mandantin die der Nachbarn überwiegen.

Der Zusatz in der Beseitigungsanordnung
ist somit nicht rechtmäßig.

2. Zweckmäßigkeit

Zu prüfen ist nun, ob der
Zusatz zweckmäßig ist und die
Mandantin insoweit belastet
betrifft.

Der Zusatz wäre zweckwidrig,
wenn damit der von § 76 I,
6 V H BauO verfolgte Zweck
nicht erreicht wird.

§ 76 I, 6 V H BauO dient dem
Schutz des Nachbarn. Durch die
Abstandsfläche von 2,50 m zwischen
Gebäuden soll gewährleistet
werden, dass sich Nachbarn
ungestört von einander entfalten
können. Wenn keine Abstände
eingehalten werden, können die
Eigentümer eines Grundstücks stets
an die Grenze und somit sehr nah
an den Nachbarn heranbauen.
Das Abstandsflächengebot gilt für
beide Nachbarn und ist somit
Ausfluss des Rücksichtnahmeprinzips.
Auch spielen Aspekte wie Brandschutz
eine Rolle.

Durch den Zusatz wird der
jetzige Zustand, der in Widerspruch
zu § 6 V H BauO steht solange
aufrecht erhalten, bis die Mandantin
den hinteren Teil ihres Grundstücks
bebaut.

Allerdings ist dies nicht zweckwidrig,
da der bestehende Zustand -

wie die verschiedenen Erwägungen
gezeigt haben, nur geringfügig
in die Rechte der Mandantin
eingreift. Der hintere Teil ist nicht
bewohnt und bebaut sodass die
Abstandsflächen dort ihren bestimmenden
Zweck ohnehin nur eingeschränkt
erreichen. Der Zusatz ist damit
nicht unzumutbar und die
Mandantin auch nicht belastend
betroffen, da weder die Luftzufuhr
noch die vagen Erwerbchancen
hierfür ausreichen.

3. Die restliche Beseitigungsanordnung

Im Rahmen einer umfassenden
Prüfung ist dennoch weiterzuprüfen,
ob die restliche Beseitigungsanordnung
sinnvoller - und rechtmäßiger Weise
ohne den angefochtenen Zusatz
bestehen könnte.

Ermächtigungsgrundlage wäre
§ 76 I H.BauO.

Die Beseitigungsanordnung wäre formell
rechtmäßig, insbesondere wäre die
Mandantin im Juni 2016 gem.
§ 28 BauFG angehört worden.

fraglich ist aber, ob die Änderung auch materiell rechtmäßig wäre.

Der Verbau verstößt gegen § 6 V BaugB und ~~steht~~ damit steht die Anlage im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften. Der Verbau ist von der Baugenehmigung nicht erfasst und die Erteilung einer nachträglichen Genehmigung nicht möglich.

Fraglich ist aber, ob die Behörde das ihr in § 76 I SttH BauO eingeräumte Ermessen dahin ausüben darf, dass der Verbau beseitigt werden muss.

Auch hier sind sich die widerstreitenden Rechtsgüter und Interessen im Rahmen einer Abwägung gegenüberzustellen.

Wie sich aus den obigen Ausführungen ergibt, ist die Mandantin in ihrem Grundrecht aus Art 14 GG nur unwesentlich beeinträchtigt.

← Zusätzlich zu den obigen Erwähnungen wären zugunsten der Nachbarn insbesondere die Folgen zu

zu berücksichtigen, die eine Beseitigungsanordnung für sie hätte. Die Rückbaukosten würden sich auf 48.375,44 Euro belaufen und die nutzlosen Aufwendungen auf 33.400,00 Euro. Letztere können allerdings nicht zugunsten der Nachbarn berücksichtigt werden, da hierdurch der rechtliche Zustand erst geschaffen wurde.

Allerdings ist zu berücksichtigen, dass - wie bereits ausgeführt - die Nachbarn nur ein geringes Verschulden trifft und angesichts der Insolvenz der Dauertägerfirma kein Ausgleich der finanziellen Einbußen zu erwarten ist.

Hinzu kommt, dass die Nachbarn in ein Hotel ziehen müssten, was neben finanziellen Einbußen auch den Verlust ihres Wohnhauses auf längere Zeit bedeutet. Auch handelt es sich hierbei um das Büro der Nachbarn, sodass künftlich auch ein seiner Berufsausübung ist Art 1266 beachtetst wäre. >

Nach alledem sprechen die besseren Gründe dafür, dass eine unbedingte

Beseitigungsmassnahme unverhältnismässig wäre.

Der restliche Verwaltungsakt wäre ohne den Zusatz somit rechtswidrig.

4.

Der Widerspruch ist somit aller Voraussicht nach unbegründet.

IV Zusammenfassender Vorschlag

Der Mandant ist zu raten, keinen Widerspruch zu erheben. Dieser wäre zwar zulässig, er wäre aber unbegründet, da der Zusatz schon nicht rechts- oder zweckwidrig ist und vor allem der restliche Verwaltungsakt nicht mehr rechtmässig wäre ohne den Zusatz.

V Zweckmässigkeit

Der Mandant ist zu raten, keinen Widerspruch zu erheben.

Die Mandant ist auch auf die Kosten hinzuweisen, die entstehen, wenn der Widerspruch als

Unbegründet angesehen und ihm nicht abgeholt wird.

Gemäß § 3 II Hamburgisches
Gebührgesetz werden gesondert
Bewaltigungsgebühren erhoben, soweit
ein Widerspruchverfahren erfolglos
ist. Gemäß Nr. 13.3 Anlage 1
zum Gebühreverzeichnis ihm
§ 1 I Nr. 1 DVGGO können hier
Kosten von 75 - 5000 Euro
entstehen.

Für den Fall, dass die Mandantin
doch Widerspruch einlegen möchte,
sollte sich bei der Behörde
erkundigt werden, wann der
Bescheid vom 25.7.16 zur Post
gesehen wurde, damit die
Widerspruchfrist gem. § 70 I VwGO
ihm § 41 II 1 VwVG berechnet
werden kann. ~~In dem Fall wäre
auch - sollte dem Widerspruch nicht
abgeholt werden und die Mandantin
klagen wollen ein Antrag vor Gericht
gemäß § 161 II 2 VwGO gestellt
werden kann.~~

B. Praktischer Teil

Dr. Lagemann und Partner
Rechtsanwälte

Name

Name

Name

Jeanette Vorwerk

Adresse

Tönneweg 82

21034 Hamburg

12.8.16

Unser Gespräch am 12.8.16

Sehr geehrte Frau Vorwerk,

nach eingehender Prüfung des Sachverhalts und denen von Ihnen zur Verfügung gestellten Unterlagen bin ich zu dem Ergebnis gekommen, dass die Erhebung eines Widerspruchs nicht erfolgsversprechend ist.

Der Widerspruch wäre zulässig, insbesondere kann man im Widerspruchsverfahren auch isoliert gegen den Zusatz, wonach die Besichtigungsanforderung erst dann rechtmäßig wird, wenn auf ihrem Grundstück & zweiter Reihe ein Wohnhaus

gebaut wird, vorgehen.

Der Widerspruch wäre aber unbegründet, da der Zusatz nicht rechts- oder zweckwidrig ist und zudem auch die Beseitigungsanordnung ohne den Zusatz rechtswidrig wäre.

Zwar verstößt der Verbau ihrer Nachbarn Herrn und Frau Schürfeld gegen § 6 IV HBauO, ob die Behörde die Beseitigung anordnet steht aber gem. § 76 I HBauO in ihrem Ermessen. Eine unbedingte Beseitigungsanordnung wäre unverhältnismäßig.

Zwar ist zu ihren Gunsten zu berücksichtigen, dass die Luftzufuhr verändert ist, dies fällt aber gegenüber den Rechtsgütern und Interessen von Ihren Nachbarn kaum ins Gewicht. Die polakille Vertretung ihres Grundstückes ist angesichts der lediglich polakillen Möglichkeit nicht von Schule des Art 14 GG erfasst.

Zugunsten ihrer Nachbarn ist allerdings zu berücksichtigen, dass < S. 11 - S. 13 > < S. 16 - S. 17 >.

Lassen Sie mich gerne wissen, wenn Sie dennoch gegen den Bescheid vorgehen wollen, die Widerspruchsfrist

läuft nicht vor dem 28.9.16
ab. Auch sonst melden Sie sich
gerne bei Rückfragen.

Mit freundlichen Grüßen

Steffek

Zurechnung ist geprüft; auch
zu Versicherung recht ordentlich
und im Ergebnis vertretbar.

bez. Drittunteraspektive nicht durchgeführt
ganz deutlich. Recht aber zu § 6 und
Verpflichtung zum Einsetzen. Dann
aber, im Rahmen von Zweckmäßigkeit
und Bestand der VA auch ohne Bedingung,
nimmt eigentlich nichts Neues mehr.

Solcher Monogent.

MP