

## Übungsfall zu AllgVerwR Rn 992

**Sachverhalt<sup>1</sup>:** B ist Eigentümer eines im niedersächsischen Teufelsmoor gelegenen Grundstücks. Bauplanungsrechtlich liegt das Grundstück im Außenbereich der Gemeinde G und grenzt an ein Landschaftsschutzgebiet. Das Grundstück diente früher ca. 100 Jahre lang einem landwirtschaftlichen Nebenerwerbsbetrieb. Seit 10 Jahren dient das auf dem Grundstück befindliche Gebäude B – dem Sohn der bäuerlichen Familie – jedoch „nur“ noch als Wohnung. Da das Gebäude mit Schwamm befallen ist, führte B mit dem Landkreis L als Träger der Bauaufsicht Verhandlungen darüber, ob das schwammbefallene Gebäude abgerissen werden kann und an seine Stelle ein Neubau treten darf. Der Kreis wollte bauliche Maßnahmen mit Rücksicht auf dem Bestandsschutz dulden, machte aber zur Voraussetzung, dass 2/3 der Bausubstanz erhalten bleibt. Bei einer Besichtigung wurde jedoch festgestellt, dass bereits 70% der Wände neu errichtet worden waren. Es kam erneut zu Verhandlungen, bei denen B darauf hinwies, dass erst im Verlauf des Umbaus weitere Schäden am Altbau sichtbar geworden seien, denen durch eine umfangreiche Sanierung zu begegnen gewesen sei. In einem schriftlichen Vertrag einigten sich L und B dahin, dass L von einer Abrissverfügung absieht und B sich verpflichtet, bestimmte Rückbaumaßnahmen vorzunehmen und das Gebäude ausschließlich als Wochenendhaus zu nutzen.

Von diesem Vorgang erfuhr G zufällig kurze Zeit später. Der Bürgermeister ist der Meinung, dass der Vertrag mangels Zustimmung der G ungültig sei. Als vertretungsberechtigtes Organ stellte er daher bei L den Antrag, die Beseitigung des Baus zu verfügen. Der Antrag wurde abgelehnt. Nach erfolgloser Durchführung des Widerspruchsverfahrens beantragt G nunmehr vor dem Verwaltungsgericht, L zu verurteilen, die Beseitigung des Gebäudes zu verfügen.

Beurteilen Sie die Erfolgsaussichten!

### Vorbemerkung:

Der Fall ist von hohem Schwierigkeitsgrad. Er setzt Kenntnisse des allgemeinen Verwaltungsrechts (öffentlich-rechtlicher Vertrag; Folgenbeseitigungsanspruch; Ermessen) ebenso voraus wie Kenntnisse des Verwaltungsprozessrechts (Zulässigkeit und Begründetheit einer Klage) und des öffentlichen Baurechts (Planungshoheit der Gemeinde, bauplanungsrechtliche Zulässigkeit von Vorhaben im Außenbereich; Bestandsschutz). Er gibt aber einen realistischen Ausblick auf die Anforderungen, die an eine Examensklausur gestellt werden.

### Lösungsgesichtspunkte:

Die Klage ist erfolgreich, wenn ihre Sachentscheidungsvoraussetzungen vorliegen und sie begründet ist.

## A. Sachentscheidungsvoraussetzungen

### I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs, § 40 I 1 VwGO

Der **Verwaltungsrechtsweg** ist aufgrund des Charakters der begehrten Maßnahme als öffentlich-rechtlich gegeben, § 40 I S. 1 VwGO.

### II. Statthafte Klageart

Bei der Frage nach der statthafte Klageart ist auf das Klagebegehren abzustellen, § 88 VwGO.

G begehrt von L den Erlass einer Baubeseitigungsverfügung. Da diese das Regelungselement enthält, der Adressat müsse der Anordnung Folge leisten, handelt es sich um einen Verwaltungsakt, dessen Erlass von G begehrt wird. Begehrt jemand einen ihn begünstigenden Verwaltungsakt, ist statthafte Klageart die **Verpflichtungsklage** gem. § 42 I Var. 2 VwGO. Das gilt auch dann, wenn der Verwaltungsakt an einen Dritten zu erlassen ist und diesen belastet.<sup>2</sup>

### III. Klagebefugnis, § 42 II VwGO

G müsste **klagebefugt** sein.

Die auf dem Vertrag gestützte Weigerung des L, gegenüber B einzuschreiten, verletzt G möglicherweise in ihrem Mitwirkungsrecht aus § 36 I BauGB als Ausfluss des grundgesetzlich geschützten kommunalen Selbstverwaltungsrechts aus Art. 28 II G. Zur Sicherung der Planungshoheit trifft der Gesetzgeber in § 36 I BauGB Vorsorge dafür, dass die Gemeinde in Ortsteilen, in denen sie - wie im vorliegenden Fall - noch nicht geplant hat, an der Beurteilung der bebauungsrechtlichen Zulässigkeitsvoraussetzungen mitentscheidend beteiligt wird. Wird der Gemeinde als Ausfluss der Planungshoheit das Recht zugebilligt, Vorhaben abzuwehren, die mit § 35 BauGB nicht in Einklang stehen, muss sie im Rahmen der Möglichkeiten, die das Prozessrecht bietet, auch eine Beseitigung von rechtswidrigen Außenbereichsvorhaben verlangen können.<sup>3</sup>

Mithin ist G klagebefugt.

### IV. Beiladung

Schließlich ist B notwendig **beizuladen**, § 65 II VwGO.

<sup>1</sup> In Anlehnung an VGH München NVwZ-RR 2005, 56.

<sup>2</sup> Sollte G ein Abwarten auf die Entscheidung in der Hauptsache nicht zugemutet werden können, wird ihrem Interesse regelmäßig nur der Erlass einer vorläufigen Regelung gerecht, die über einen Antrag gemäß § 123 I S. 2 VwGO zu verfolgen wäre.

<sup>3</sup> So ausdrücklich VGH München NVwZ-RR 2005, 56.

## B. Begründetheit

Begründet ist die Klage, wenn die Weigerung des L, gegenüber B die Bauabrissverfügung zu erlassen, rechtswidrig ist, die G dadurch in ihren Rechten verletzt und die Sache spruchreif ist, § 113 I S. 1, V S. 1 VwGO, wenn G also einen Anspruch auf Erlass der gewünschten Abrissverfügung hat.

### I. Anspruchsgrundlage

#### 1. § 80 V S. 3 VwGO

Als **Anspruchsgrundlage** der G kommt – nahe liegend – die prozessuale Vollzugsfolgenbeseitigungsregelung des § 80 V S. 3 VwGO in Betracht. Dies wird teilweise unter Hinweis auf den engen Zusammenhang zwischen § 80 V S. 3 und S. 1 VwGO angenommen. § 80 V S. 1 VwGO zielt auf die Schaffung einer Interimslösung bis zur Entscheidung in der Hauptsache ab und überlagere daher das materielle Recht. Einer eigenen, materiellrechtlichen Rechtsgrundlage für den Ausweisungsanspruch bedürfe es daher nicht mehr.<sup>4</sup>

Diese Annahme geht fehl, da sie die unterschiedliche Bedeutung von Prozessrecht und materiellem Recht verkennt. Ob ein materiellrechtlicher Anspruch auf ein bestimmtes Tun, Dulden oder Unterlassen besteht, kann nur durch das materielle Recht bestimmt werden. Einer Vorschrift des Prozessrechts kommt lediglich eine verfahrensrechtliche Bedeutung zu. Sie kann daher keinen materiellrechtlichen Anspruch begründen.<sup>5</sup>

#### 2. Baubeseitigungsvorschrift der Landesbauordnungen

Ein Anspruch der G gegen L auf Erlass einer Baubeseitigungsverfügung könnte sich aber aus der Vorschrift der Landesbauordnung über die Baubeseitigung<sup>6</sup> ergeben. Allerdings ist zu beachten, dass diese Vorschrift zwar eine Rechtsgrundlage der Bauaufsichtsbehörde für den Erlass einer Abrissverfügung darstellt, nicht aber eine Anspruchsgrundlage eines Dritten.

#### 3. allgemeiner öffentlich-rechtlicher Folgenbeseitigungsanspruch

Besteht keine (spezial-)gesetzliche Anspruchsgrundlage, kommt als solche der allgemeine öffentlich-rechtliche **Folgenbeseitigungsanspruch** in Betracht.

Bei diesem handelt es sich um ein gewohnheitsrechtlich anerkanntes, von Rechtsprechung und Literatur entwickeltes, Rechtsinstitut, dem der Gedanke zugrunde liegt, dass Rechtsinhaber eine Beeinträchtigung seiner Rechte nicht hinzunehmen habe.<sup>7</sup>

##### a) Herleitung

Die genaue Rechtsgrundlage<sup>8</sup> ist streitig.

§ 113 I S. 2 VwGO begründet ihn nicht, sondern setzt ihn lediglich voraus und ermöglicht eine prozessual vereinfachte Geltendmachung des sog. Vollzugsfolgenbeseitigungsanspruchs in Form eines Annexantrages zur Anfechtungsklage.

Teilweise wird er aus dem **Rechtsstaatsprinzip** (Art. 20 III GG)<sup>9</sup> oder unmittelbar aus dem jeweiligen **Freiheitsgrundrecht**<sup>10</sup> abgeleitet, teilweise aus dem allgemeinen, den **§§ 12, 862, 1004 BGB** zugrunde liegenden Rechtsgedanken, dass der Betroffene eine Beeinträchtigung seiner Rechte nicht hinzunehmen habe<sup>11</sup>.

Diese Begründungen schließen sich jedoch nicht aus, sondern ergänzen sich. Eine Entscheidung kann daher im Hinblick auf die unstrittig gegebene Anerkennung des Folgenbeseitigungsanspruchs, und darauf, dass unabhängig von der Rechtsgrundlage der Anspruch den gleichen Voraussetzungen und Rechtsfolgen unterliegt<sup>12</sup>, dahinstehen.

##### b) Voraussetzungen des FBA : rechtswidriger hoheitlicher Eingriff in Rechte der G

Es müssten auch die Voraussetzungen des FBA gegeben sein: Zunächst müsste ein rechtswidriger hoheitlicher Eingriff in die Rechtssphäre der G vorliegen.

<sup>4</sup> So *Schoch*, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, § 80 Rn 231, 272 und 301. Im Prinzip dasselbe würde hinsichtlich des § 113 I S. 2 VwGO gelten.

<sup>5</sup> So *Kopp/Schenke*, VwGO, § 80 Rn 176; OVG Greifswald GewArch **1996**, 77; *Hufen*, VerwProzR, § 32 Rn 83; *Schenke*, VerwProzR, Rn 1007. Dasselbe gilt hinsichtlich des § 113 I S. 2 VwGO, vgl. *Kopp/Schenke*, VwGO, § 113 Rn 81.

<sup>6</sup> Vgl. **MBO**: § 80; **BaWü**: § 65 LBO; **Bay**: Art. 82 LBO; **Berl**: § 70 LBO; **Brand**: §§ 73, 74 LBO; **Brem**: § 82 LBO; **Hamb**: § 76 LBO; **Hess**: § 72 LBO; **MV**: § 80 LBO; **Nds**: §§ 54, 89 LBO; **NRW**: § 61 LBO; **RhIPfl**: §§ 81, 82 LBO; **Saar**: § 82 LBO; **Sachs**: § 80 LBO; **SachsAnh**: § 84 LBO; **SchHolst**: § 86 LBO; **Thür**: § 77 LBO. Davon zu unterscheiden ist das auf § 179 BauGB gestützte bauplanungsrechtliche Rückbau- und Entsiegelungsgebot. Dieses Gebot stellt eine städtebauliche Maßnahme dar, für die nicht die Bauaufsichtsbehörde, sondern die Gemeinde zuständig ist.

<sup>7</sup> Vgl. BVerwGE **69**, 366, 370; **94**, 100, 103; *Faber*, NVwZ **2003**, 159 ff.; *Brugger*, JuS **1999**, 625.

<sup>8</sup> Dogmatisch korrekt müsste man (nur) von *Anspruchsgrundlage* sprechen, da es nicht um die Rechtsgrundlage für ein staatliches Handeln, sondern um einen Anspruch des Bürgers auf Folgenbeseitigung geht. Allgemein wird aber der Terminus *Rechtsgrundlage* benutzt.

<sup>9</sup> OVG Münster NVwZ **2000**, 217, 218; BVerwGE **69**, 366, 370.

<sup>10</sup> BVerwGE **94**, 100, 103; *Heselhaus/Kerkmann*, JA **2002**, 485, 489. *Schmidt*, in: Eyermann, VwGO, § 113 Rn 28 kombiniert Art. 20 III GG mit den Freiheitsgrundrechten.

<sup>11</sup> BVerwG DVBl. **1974**, 239; VGH Kassel NJW **1988**, 1683; *Brugger*, JuS **1999**, 625, 630, zurückführend auf *Bettermann*, Zur Lehre vom Folgenbeseitigungsanspruch, in: DÖV **1955**, 528 ff.

<sup>12</sup> Vgl. nur BVerwG NVwZ **1994**, 275, 276; VGH Kassel NVwZ **1995**, 300, 301; VG Sigmaringen NJW **2001**, 628, 629; *Detterbeck*, JuS **2000**, 574, 578 f.

#### aa) § 36 I BauGB

Dieser könnte in einer Verletzung des in § 36 I BauGB genannten Einvernehmens der Gemeinde zu sehen sein.<sup>13</sup> Gem. § 36 I BauGB entscheidet in Gemeinden, die nicht selbst Baubehörde sind, über einen Bauantrag die staatliche Baubehörde im **Einvernehmen** mit der Gemeinde. Weiterhin wird bei dem Begriff des „Einvernehmens“ in § 36 I BauGB nach entsprechender Gesetzeslektüre klar, dass zwischen Bauvorhaben im Geltungsbereich eines qualifizierten Bebauungsplans (§ 30 I BauGB) und sonstigen Bauvorhaben (§§ 30 III, 34, 35 BauGB) unterschieden werden muss. Während beim einfachen Bebauungsplan nach § 30 III BauGB angesichts der Geltung der §§ 34 bzw. § 35 BauGB ein Einvernehmen der Gemeinde erforderlich ist (siehe sogleich), reicht beim qualifizierten Bebauungsplan nach § 30 I BauGB eine Information der Gemeinde über das beabsichtigte Vorhaben. Die unterschiedliche Behandlung erklärt sich daraus, dass die Gemeinde ja selbst den (qualifizierten) Bebauungsplan beschließt. Ihre in Art. 28 II GG garantierte Planungshoheit bleibt also unberührt; daher genügt die schlichte Information. Möchte die Baugenehmigungsbehörde hingegen eine Baugenehmigung im Bereich eines einfachen Bebauungsplans bzw. im unbeplanten Innenbereich oder auch gar im **Außenbereich** (vgl. §§ 30 III, 34, 35 BauGB) der jeweiligen Gemeinde erteilen, greift sie in die Planungshoheit der Gemeinde ein. Dieser Eingriff wird dadurch kompensiert, dass die Gemeinde zur Zustimmung berechtigt ist.<sup>14</sup>

Nichts anderes gilt im Hinblick auf die von L verweigerte Bauabrisssverfügung. Denn durch die Weigerung, den Abriss eines baurechtswidrigen Baus anzuordnen, können die gemeindlichen Interessen in gleicher Weise verletzt werden.

Entscheidend ist also, ob der beanstandete Bau genehmigungsfähig ist, also öffentlich-rechtlichen Vorschriften entspricht.

Stellte man zur Beurteilung der Baurechtswidrigkeit auf einen Neubau und auf den für den Außenbereich geltenden § 35 BauGB ab, wären die Voraussetzungen für den Erlass einer Beseitigungsverfügung erfüllt. Denn bei einem Neubau zum Zwecke der Wohnung handelt es sich *nicht* um ein privilegiertes Vorhaben, das im Außenbereich stets zulässig wäre, sofern nicht öffentliche Belange entgegenstehen (§ 35 I BauGB). Vielmehr läge ein sonstiges Vorhaben vor, das nach § 35 II BauGB ausnahmsweise nur dann zulässig ist, wenn die Ausführung öffentliche Belange nicht beeinträchtigt. Das aber ist der Fall, wenn etwa - wie im vorliegenden Fall - eine **Splittersiedlung verfestigt** würde (§ 35 III S. 1 Nr. 7 BauGB).<sup>15</sup>

Allerdings handelt es sich bei dem Vorhaben des B nicht um einen kompletten Neubau, sondern um einen restaurierten Altbau. Damit könnte der Aspekt des **Bestandsschutzes** als Ausfluss des Art. 14 I GG einer Bauabrisssverfügung entgegenstehen. Allerdings trägt diesem Aspekt die spezielle Regelung des § 35 IV BauGB Rechnung. Lediglich vom ihm nicht erfasste Fälle können unter Heranziehung des Art. 14 I GG gewürdigt werden. Nach Auffassung des VGH München liegen im vorliegenden Fall die Voraussetzungen für den Bestandsschutz aber nicht vor.<sup>16</sup>

#### bb) öffentlich-rechtlicher Vertrag

Ob allerdings eine Beurteilung der Zulässigkeit des Außenbereichsvorhabens unter Beachtung des Mitwirkungserfordernisses des § 36 I BauGB am Maßstab des § 35 BauGB erforderlich ist, kann dahin stehen, wenn der zwischen L und B geschlossene Vertrag wirksam ist. Denn dann kann kein Beseitigungsanspruch der G vorliegen.

Da Vertragsgegenstand die Zulässigkeit eines Bauvorhabens ist, handelt es sich um einen öffentlich-rechtlichen Vertrag i.S.d. § 54 S. 2 VwVfG, dessen Zustandekommen und Wirksamkeit nach öffentlichem Recht (§§ 57-59 VwVfG) und nach Zivilrecht zu beurteilen sind (§ 62 VwVfG). Nach § 58 II VwVfG ist der öffentlich-rechtliche Vertrag nur dann wirksam, wenn eine zustimmungsberechtigte Behörde auf die gesetzlich bestimmte Art und Weise mitgewirkt hat. Im vorliegenden Fall erweist sich der öffentlich-rechtliche Vertrag als Vertrag zulasten der G, die nicht beteiligt wurde. Ein gleichwohl geschlossener Vertrag vermag daher die Mitwirkungsrechte der G nicht zugunsten des B zu suspendieren.<sup>17</sup>

In Ermangelung eines wirksamen öffentlich-rechtlichen Vertrags ist das Gebäude des B jedenfalls formell baurechtswidrig und nicht durch einen gültigen Rechtsakt der Bauaufsichtsbehörde legalisiert. Ob zugunsten des B ein über § 35 IV BauGB hinausgehender Bestandsschutz besteht, der zu einem Anspruch auf Erteilung der Baugenehmigung führt, ist nach der hier vertretenen Auffassung zwar nicht ausgeschlossen, bedarf wegen § 36 I BauGB aber der Mitwirkung der G.

#### C. Ergebnis

In Ermangelung der Zustimmung der G ist der zwischen L und B geschlossene Vertrag unwirksam. Er kann daher keine Rechte des B begründen. Ein Anspruch der G gegen L auf Erlass einer an B gerichteten Abrissverfügung ist allerdings nur dann begründet, wenn man mit dem VGH München davon ausgeht, dass der Bau nicht genehmigungsfähig ist, also gegen materielles Baurecht verstößt und damit das Entscheidungsermessen des L auf Null reduziert.

<sup>13</sup> Zum gemeindlichen Einvernehmen vgl. ausführlich *R. Schmidt*, *BesVerwR* I, Rn 136, 234, 378 f. und 497.

<sup>14</sup> Vgl. dazu *BVerwG NVwZ* 2000, 1169 f.; *Ortloff*, *NVwZ* 2002, 416, 419; *Konrad*, *JA* 2001, 588 ff.

<sup>15</sup> Zu § 35 BauGB vgl. *R. Schmidt*, *BesVerwR* I, Rn 237 ff.

<sup>16</sup> VGH München *NVwZ-RR* 2005, 56, 57. Zum Bestandsschutz vgl. ausführlich *R. Schmidt*, *BesVerwR* I, Rn 283 ff.

<sup>17</sup> Vgl. VGH München *NVwZ-RR* 2005, 56, 57.