

## AUSBILDUNG UND PRÜFUNG

# Lösungsskizze zur Aufgabe 5 der Ersten Juristischen Staatsprüfung 2009/1\*

(Text s. BayVBl. 2012, 223)



Provided by University of Regensburg Publication Server

[Metadata, citation and similar papers at core.ac.uk](https://core.ac.uk)

keit der Darlegungen sowie die wiedergegebene Rechtsprechung und Literatur enthalten insbesondere keinen vom Prüfungsausschuss vorgegebenen Maßstab für die Leistungsanforderung und -bewertung.

## Auskunft von Rechtsanwalt R

Da das Verwaltungsgericht Regensburg in seinem Urteil vom 9. 3. 2009 die Berufung gemäß § 124 Abs. 2 Nr. 3 oder 4, § 124 a Abs. 1 VwGO nicht zugelassen hat, kann M nur einen Antrag auf Zulassung der Berufung gemäß § 124 Abs. 2, § 124 a Abs. 4 VwGO stellen. Ein Antrag auf Zulassung der Berufung hat Aussicht auf Erfolg, wenn er zulässig und begründet ist.

## A. Zulässigkeit eines Zulassungsantrags

### I. Keine Prüfung des Verwaltungsrechtswegs (§ 17 a Abs. 5 GVG)

Die Zulässigkeit des beschriebenen Rechtswegs wird gemäß § 17 a Abs. 5 GVG von der Rechtsmittelinstanz nicht mehr geprüft.

### II. Zuständiges Gericht (§ 124 a Abs. 5 Satz 1 VwGO)

Über den Antrag auf Zulassung der Berufung entscheidet gemäß § 124 a Abs. 5 Satz 1, § 184 VwGO i. V. m. Art. 1 Abs. 1 Satz 1 AGVwGO der BayVGh.

### III. Statthaftigkeit (§ 124 Abs. 1, § 124 a Abs. 4 Satz 1 VwGO)

Ein Antrag auf Zulassung der Berufung ist gemäß § 124 a Abs. 4 Satz 1 VwGO statthaft, da es sich bei dem Urteil vom 9. 3. 2009 um ein Endurteil i. S. des § 124 Abs. 1 VwGO handelt, in dem die Berufung nicht gemäß § 124 a Abs. 1 VwGO zugelassen worden ist.

### IV. Zulassungsantrag und Begründung (§ 124 a Abs. 4, § 125 Abs. 1, §§ 81, 82 VwGO)

#### 1. Zulassungsantrag

Ein Zulassungsantrag ist gemäß § 124 a Abs. 4 Satz 2 VwGO beim Verwaltungsgericht zu stellen, dessen Urteil angefochten werden soll. Der Antrag bedarf gemäß § 125 Abs. 1, §§ 81, 82 VwGO derselben Form wie eine Klage, d. h. insbesondere der Schriftform, muss von einem gemäß § 67 Abs. 4 VwGO vor dem BayVGh postulationsfähigen Prozessvertreter unterzeichnet sein und gemäß § 124 a Abs. 4 Satz 3 VwGO das angefochtene Urteil bezeichnen.

#### 2. Begründung des Zulassungsantrags

Die Begründung des Zulassungsantrags kann mit dem Antrag verbunden werden. Andernfalls ist sie gemäß § 124 a Abs. 4 Satz 5 VwGO beim BayVGh einzureichen. Sie muss gemäß § 124 a Abs. 4 Satz 4 VwGO die Berufungszulassungsgründe darlegen.

### V. Antrags- und Begründungsfrist (§ 124 a Abs. 4 Satz 1 und 4 VwGO)

#### 1. Antragsfrist

Der Zulassungsantrag ist gemäß § 124 a Abs. 4 Satz 1 VwGO innerhalb eines Monats nach Zustellung des vollständigen Urteils zu beantragen. Hier wurde das Urteil vom 9. 3. 2009 erst verkündet (§ 116 Abs. 1 Satz 1

#### 2. Begründungsfrist

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

### VI. Beteiligten- und Prozessfähigkeit (§§ 61, 62 VwGO)

M ist als Beigeladener der ersten Instanz (§ 63 Nr. 3 VwGO) nach § 61 Nr. 1 Alt. 1 VwGO beteiligten- und nach § 62 Abs. 1 Nr. 1 VwGO prozessfähig. Die Stadt Schönburg ist als Klägerin der ersten Instanz (§ 63 Nr. 1 VwGO) gemäß § 61 Nr. 1 Alt. 2 VwGO beteiligtenfähig. Sie ist als juristische Person des öffentlichen Rechts (Art. 1 Satz 1 GO) prozessunfähig 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 ist als Beklagter der ersten Instanz (§ 63 Nr. 2 VwGO) ebenfalls gemäß § 61 Nr. 1 Alt. 2 VwGO beteiligtenfähig. Er wird gemäß § 62 Abs. 3 VwGO i. V. m. § 3 Abs. 3 Satz 1 LAV vor dem BayVGh durch die Landesanwaltschaft Bayern prozessual vertreten.

### VII. Rechtsmittelberechtigung (§ 124 Abs. 1 VwGO)

Zur Stellung des Antrags auf Zulassung der Berufung ist, wie sich aus § 124 Abs. 1 VwGO ergibt, berechtigt, wer gemäß § 63 VwGO im Verfahren der ersten Instanz Beteiligter war. Hier war M als Beigeladener nach § 63 Nr. 3 VwGO am erstinstanzlichen Verfahren beteiligt. Er ist damit rechtsmittelberechtigt.

### VIII. 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 das Rechtsmittel eines Beigeladenen kommt es dabei auf die sog. materielle Beschwer an, die gegeben ist, wenn sich seine Rechtsposition durch das Unterliegen einer der Parteien verbessern oder verschlechtern könnte. Dies ist hier der Fall, weil im Falle des Obsiegens des beklagten Freistaates Bayern in der Berufungsinstanz die M erteilte Baugenehmigung vom 2. 1. 2009 Bestand hätte, seine Rechtsposition sich also gegenüber der Entscheidung erster Instanz verbessern würde. M ist daher durch das Urteil vom 9. 3. 2009 beschwert.

### IX. Zwischenergebnis

Ein Antrag von M auf Zulassung der Berufung ist zulässig.

## B. Begründetheit eines Zulassungsantrags

Ein Zulassungsantrag ist begründet, wenn ein Zulassungsgrund gemäß § 124 Abs. 2 VwGO vorliegt.

*Hinweis:* Unzutreffend wäre es, hinsichtlich der Begründetheit unmittelbar auf die Richtigkeit des erstinstanzlichen Urteils abzustellen.

\* Die Lösungsskizze wurde überarbeitet.

## I. Ernstliche Zweifel an der Richtigkeit des Urteils vom 9. 3. 2009 (§ 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO)

Nach der Rechtsprechung liegen ernstliche Zweifel an der Richtigkeit einer Gerichtsentscheidung vor, wenn ein einzelner tragender Rechtssatz oder eine erhebliche Tatsachenfeststellung mit schlüssigen Gegenargumenten infrage gestellt wird<sup>1</sup>. Um dies beurteilen zu können, bedarf es einer (summarischen) Prüfung des erstinstanzlichen Urteils vom 9. 3. 2009.

### 1. (Summarische Prüfung der) Prozessvoraussetzungen der Klage(n)

#### a) Keine Prüfung der Zuständigkeit (§ 83 Satz 1 VwGO i. V. m. § 17 a Abs. 5 GVG)

Wie die Zulässigkeit des beschrittenen Rechtswegs werden auch die sachliche und örtliche Zuständigkeit des Gerichts erster Instanz gemäß § 83 Satz 1 VwGO i. V. m. § 17 a Abs. 5 GVG nicht mehr geprüft.

#### b) Statthafte Klageart

Die statthafte Klageart richtet sich nach dem klägerischen Begehren (§ 86 Abs. 3, § 88 VwGO). Hier beehrte die Stadt Schönburg die Aufhebung der Baugenehmigung vom 2. 1. 2009, weil ihr Einvernehmen zu Unrecht ersetzt worden sei. Nach h. M. sind Einvernehmensersetzung und Baugenehmigung zwei selbstständige Verwaltungsakte i. S. des Art. 35 Satz 1 BayVwVfG, die mit eigenen Rechtsbehelfen angefochten werden müssen (arg. Art. 67 Abs. 3 BayBO), während die Gegenansicht wegen § 44 a VwGO die Einvernehmensersetzung nicht für selbstständig anfechtbar hält<sup>2</sup>. Die Streitfrage kann letztlich offenbleiben, weil das Klagebegehren der Stadt Schönburg so auszulegen ist, dass sie sich gegen die Baugenehmigung und die Einvernehmensersetzung wendet. Nach h. M. liegen damit zwei Anfechtungsklagen i. S. des § 42 Abs. 1 Alt. 1 VwGO vor, während nach der Gegenansicht eine Anfechtungsklage gegen die Baugenehmigung anzunehmen ist, in der die Einvernehmensersetzung inzident zu prüfen ist.

#### c) Klagebefugnis (§ 42 Abs. 2 VwGO)

Die Stadt Schönburg müsste geltend machen können, durch die mit der Erteilung der Baugenehmigung erfolgte Ersetzung ihres Einvernehmens möglicherweise in ihren Rechten verletzt zu sein. Die mögliche Rechtsverletzung ergibt sich hier aus Art. 67 Abs. 1 Satz 1 BayBO i. V. m. § 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 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. Da die Stadt Schönburg möglicherweise ihr Einvernehmen zu Recht verweigert hat, war sie hinsichtlich der unter Ersetzung des Einvernehmens erteilten Baugenehmigung klagebefugt.

#### d) Vorverfahren (§ 68 VwGO)

Das gemäß § 68 Abs. 1 Satz 2 VwGO grundsätzlich statthafte Widerspruchsverfahren wurde durch die Neufassung des AGVwGO weitgehend abgeschafft (vgl. § 68 Abs. 1 Satz 2 VwGO i. V. m. Art. 15 Abs. 2 AGVwGO). Eine Ausnahme nach Art. 15 Abs. 1 AGVwGO greift nicht ein.

#### e) Klagefrist (§ 74 VwGO)

Die Anfechtungsklage war nach § 74 Abs. 1 Satz 2 VwGO innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe des Verwaltungsaktes (der Baugenehmigung) zu erheben. Die Baugenehmigung wurde mit eingeschriebenem Brief am 2. 1. 2009 zur Post gegeben. Sie galt nach Art. 4 Abs. 2 Satz 2 VwZVG damit am 5. 1. 2009 (Montag) als bekannt gegeben. Die Monatsfrist begann folglich nach § 57 Abs. 2 VwGO, § 222 Abs. 1 ZPO, § 187 Abs. 1 BGB am 6. 1. 2009 zu laufen. Dass dieser Tag ein gesetzlicher Feiertag (Heilige Drei Könige) war, spielt keine Rolle, da § 222 Abs. 2 ZPO auf den Fristbeginn nach h. M. keine Anwendung findet. Nach § 57 Abs. 2 VwGO, § 222 Abs. 1 ZPO, § 188 Abs. 2 BGB endete die Frist am 5. 2. 2009 (Donnerstag), so dass die Klagefrist mit der Klageerhebung am 6. 2. 2009 (Freitag) eigentlich nicht eingehalten wurde. Jedoch ist zu beachten, dass das Landratsamt Schwandorf die Stadt Schönburg in der

Rechtsbehelfsbelehrung fälschlicherweise auf die Möglichkeit eines Widerspruchs statt einer Klage zum Verwaltungsgericht hingewiesen hat, so dass die Rechtsbehelfsbelehrung fehlerhaft war und damit die Jahresfrist nach § 58 Abs. 2 Satz 1 VwGO in Gang gesetzt hat. Somit hat die Stadt Schönburg mit ihrer am 6. 2. 2009 erhobenen Klage die Klagefrist gewahrt.

f) Zwischenergebnis: Die Klage war zulässig.

### 2. Zulässigkeit der objektiven Klagehäufung (§ 44 VwGO)

Folgt man der h. M., die von zwei selbstständigen Anfechtungsklagen (gegen die Einvernehmensersetzung und die Baugenehmigung) ausgeht, liegt eine objektive Klagehäufung vor, die hier gemäß § 44 VwGO zulässig ist, weil die Klagen sich gegen denselben Beklagten richten, im Zusammenhang stehen und dasselbe Gericht zuständig ist.

### 3. (Summarische Prüfung der) Begründetheit der Klage(n)

Die (beiden) Anfechtungsklage(n) war(en) begründet, wenn sie sich gegen den richtigen Beklagten richtete(n) (§ 78 VwGO), die Baugenehmigung wegen der Ersetzung des Einvernehmens rechtswidrig ist und die Stadt Schönburg dadurch in ihren Rechten verletzt wurde (§ 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO). Zu beachten ist, dass eine Rechtsverletzung der Stadt Schönburg sich nur aus der rechtswidrigen Ersetzung ihres Einvernehmens ergeben kann.

#### a) Richtiger Beklagter (§ 78 VwGO)

Die Klage(n) war(en) nach § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO gegen den Träger der Behörde zu richten, die die Baugenehmigung und die Einvernehmensersetzung erlassen hat. Dies war hier der Freistaat Bayern als Rechtsträger des Landratsamts Schwandorf, welches die Baugenehmigung unter Ersetzung des Einvernehmens als untere Bauaufsichtsbehörde erteilt hat (Art. 53 Abs. 1 Satz 1, Art. 54 Abs. 1 Halbsatz 1 BayBO, Art. 37 Abs. 1 Satz 2 LKrO).

*Hinweis:* 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. Im Folgenden werden die Rechtmäßigkeit der Einvernehmensersetzung und inzident der Anspruch auf Baugenehmigung geprüft.

#### b) 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, § 36 Abs. 2 Satz 3 BauGB.

#### c) Formelle Rechtmäßigkeit

##### aa) Zuständigkeit

Das Landratsamt Schwandorf war hier als untere Bauaufsichtsbehörde für die Ersetzung des städtischen Einvernehmens zuständig (s. o.).

##### bb) Verfahren

Die Anhörung der Stadt Schönburg gemäß Art. 67 Abs. 4 Satz 1 BayBO ist mit dem Schreiben vom 7. 10. 2008 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.

<sup>1</sup> Zur umstrittenen Auslegung des Zulassungsgrundes gemäß § 124 Abs. 2 Nr. 2 VwGO vgl. *Decker/Wolff*, VwGO/VwVfG, 2. Aufl. 2007, § 124 RdNr. 8 ff.

<sup>2</sup> Vgl. hierzu *Kopp/Schenke*, VwGO, 16. Aufl. 2009, § 42 RdNr. 138 a, Anh. § 42 RdNr. 80, § 44 a RdNr. 6.

*cc) Form*

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

*dd) Zwischenergebnis*

Die Ersetzung des städtischen Einvernehmens ist formell rechtmäßig.

*d) Materielle Rechtmäßigkeit*

Gemäß Art. 67 Abs. 1 Satz 1 BayBO kann das städtische Einvernehmen 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. Da diese Gründe ohnehin im Rahmen des Anspruchs auf Erteilung der Genehmigung zu prüfen sind, bietet es sich an zu prüfen, ob M einen Anspruch auf Erteilung der Genehmigung hatte.

*Hinweis:* Gut vertretbar wäre es 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, die Baugenehmigung aber aus anderen Gründen rechtswidrig ist, eine Rechtsverletzung der Stadt Schönburg zu verneinen ist.

*aa) 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 Halbsatz BayBO eingreift. 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 Großhandelsbetrieb erfolgen soll, ist eine Nutzungsänderung i. S. des Art. 55 Abs. 1 BayBO zu bejahen.

Es besteht kein vorrangiges anderes Gestattungsverfahren nach 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.

*Hinweis:* 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 strebt M jedoch eine Nutzungsänderung an, so dass er sich von vornherein nicht auf Bestandsschutz berufen kann.

*bb) Formelle Voraussetzungen*

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

*cc) Materielle Voraussetzungen*

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

*(1) Prüfungsmaßstab*

Da hier keine Hinweise auf das Vorliegen eines Sonderbaus i. S. des Art. 2 Abs. 4 BayBO bestehen, ist das vereinfachte Baugenehmigungsverfahren nach Art. 59 BayBO einschlägig.

*(2) Bauplanungsrechtliche Zulässigkeit*

Problematisch ist hier alleine die bauplanungsrechtliche Genehmigungsfähigkeit, d. h., das Vorhaben müsste mit den §§ 29 ff. BauGB vereinbar sein.

*(a) Vorhaben i. S. des § 29 BauGB*

Bei dem Vorhaben handelt es sich um eine bauliche Anlage i. S. des § 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.

*(b) Bestimmung des bodenrechtlichen Bereichs*

Problematisch ist hier die Bestimmung des bodenrechtlichen Bereichs. Fraglich ist, ob das Vorhaben innerhalb eines im Zusammenhang bebauten Ortsteils liegt, so dass es dem Innenbereich nach § 34 BauGB zuzurechnen wäre.

(aa) 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 „Maienfeld“ umgeben. Es liegt somit ein Ortsteil i. S. des § 34 Abs. 1 Satz 1 BauGB vor.

(bb) 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 von 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<sup>3</sup> für das Vorhaben hat.

Hier kommt eine prägende Wirkung einerseits durch die früher auf dem streitgegenständlichen Grundstück vorhandenen Gebäude, andererseits durch die im Süden und Osten angrenzende Bebauung in Betracht:

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.

<sup>3</sup> Zum Merkmal der prägenden Wirkung bzw. maßstabbildenden Kraft vgl. *BVerwG*, Beschl. v. 2. 3. 2000, *BauR* 2000, 1310 f.; *BVerwG*, Beschl. v. 24. 5. 1988, *BauR* 1988, 574 f.

Auch eine 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). Diese Frage ist unabhängig davon zu beurteilen, ob die beendete Nutzung noch Bestandsschutz genießen würde<sup>4</sup>.

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<sup>5</sup>. Weiter ist zu berücksichtigen, dass sich M längere Zeit um eine bauliche Nutzung des Grundstücks bemüht hat: Zunächst durch den Versuch, die später abgerissenen Gebäude nach der Betriebseinstellung im Jahr 1995 einer neuen Nutzung zuzuführen, dann durch den Plan, ein Einkaufszentrum und Wohngebäude zu errichten.

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 so lange wie bei einem Innenstadtgrundstück mit einer Wiederbebauung zu rechnen. Der Abriss erfolgte hier bereits im Jahr 1999. Die Bemühungen um eine Wiederbebauung des Grundstücks endeten schon im Jahr 2000. 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 Buchst. c BauGB zum Ausdruck kommende gesetzgeberische Wertung.

*Hinweis:* Vertretbar ist aber auch eine a. A. etwa mit dem Argument, solange das Bürogebäude auf dem Grundstück baulich nutzbar bleibe, sei auch mit einer Wiedererrichtung von Produktionsstätten und Nebenbauten zu rechnen.

Somit ergibt sich aus den abgerissenen Gebäuden kein Maßstab für die Beurteilung des Bebauungszusammenhangs i. S. des § 34 BauGB (a. A. vertretbar).

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 150 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 allein stehenden kleineren Wohnhäusern mit rund 80 m<sup>2</sup> Wohnfläche, 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.

Daher lässt sich abschließend feststellen, dass § 34 BauGB unanwendbar ist und das Vorhaben im Außenbereich nach § 35 BauGB liegt, der als Auffangtatbestand greift<sup>6</sup>.

*Hinweis:* Eine a. A. ist vertretbar, wenn man eine nachwirkende Prägung durch die abgerissenen Gebäude bejaht. Zu beachten ist dann jedoch, dass ein Planungsbedürfnis nach mittlerweile gefestigter Rechtsprechung einem Vorhaben im Innenbereich nicht entgegenstehen kann<sup>7</sup>.

### (c) Prüfung der Voraussetzungen des § 35 BauGB

Fraglich ist, ob das Vorhaben nach § 35 BauGB genehmigungsfähig 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. Insbesondere ist § 35 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 BauGB schon deshalb nicht einschlägig, da die Aufgabe der bisherigen Nutzung mehr als sieben Jahre zurückliegt (vgl. § 35 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 Buchst. c BauGB)<sup>8</sup>. Somit ist von einem sonstigen Vorhaben nach § 35 Abs. 2 BauGB auszugehen. Fraglich ist, ob dieses öffentliche Belange i. S. des § 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 ausgeglicheneren planerischen Lösung zugeführt werden. Somit ist ein Planungserfordernis als beeinträchtigter öffentlicher Belang zu bejahen<sup>9</sup>.

Ferner könnte das Vorhaben schädliche Umwelteinwirkungen i. S. des § 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<sup>10</sup>. Hier ist mit erheblichem An- und Abfahrtsverkehr auf dem Grundstück zu rechnen und folglich von einer starken Immissionsbelastung mit Abgasen auszugehen, die insbesondere die angrenzende besonders sensible Wohnbebauung beeinträchtigen würde. Nach dem Bearbeitervermerk ist anzunehmen, dass die Immissionen als schädliche Umwelteinwirkungen i. S. des § 3 BImSchG einzuordnen wären. Das streitgegenständliche Vorhaben beeinträchtigt daher auch öffentliche Belange i. S. des § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 BauGB.

Das Vorhaben ist folglich nicht nach § 35 BauGB genehmigungsfähig.

4 Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, BauGB, § 34 RdNr. 20 (Stand: 100. Lieferung, Juni 2011) m. w. N.

5 Vgl. BVerwG, Urt. v. 19. 9. 1986, BVerwGE 75, 34 ff. = juris RdNr. 21.

6 Zum Meinungsstand zur Abgrenzung von § 34 und § 35 BauGB bei Konversionsflächen s. OVG Münster, Urt. v. 21. 11. 2005, BauR 2006, 959 ff.; VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 10. 7. 2006, BauR 2006, 2006 ff.; VG Regensburg, Urt. v. 14. 11. 2006 Az. RO 2 K 06.1039 (das allein auf der Grundlage des Vorhandenseins von Gebäuden § 34 BauGB anwendet); Uechtritz, BauR 1996, 485 ff.; Bell, LKV 2006, 102 ff.; Stemmler, ZfBR 2006, 117 ff.

7 Zum Problem des Planungsbedürfnisses im Rahmen von § 34 BauGB vgl. Gaentzsch, in: Berliner Kommentar zum BauGB, § 1 RdNr. 25 (Stand: 3. Aufl., 18. Lieferung, Mai 2011); Krautzberger, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, § 34 RdNr. 20 (11. Aufl. 2009); Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, § 34 RdNr. 72 (Stand: 100. Lieferung, Juni 2011).

8 Die Ausführungsbestimmung des Art. 82 BayBO ist nach dem Bearbeitervermerk nicht zu prüfen.

9 Zum Planungserfordernis als öffentlicher Belang i. S. des § 35 Abs. 3 BauGB vgl. Gaentzsch, in: Berliner Kommentar zum BauGB, § 1 RdNr. 25 (Stand: 3. Aufl., 18. Lieferung, Mai 2011); Krautzberger, in: Battis/Krautzberger/Löhr, § 35 RdNr. 69 f. (11. Aufl. 2009); Rieger, in: Schrödter, § 35 RdNr. 104 ff. (7. Aufl. 2006); Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, § 35 RdNr. 112 (Stand: 100. Lieferung, Juni 2011).

10 Zum Begriff der schädlichen Umwelteinwirkungen i. S. des § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 BauGB vgl. Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, § 35 RdNr. 88 (Stand: 100. Lieferung, Juni 2011).

## (3) 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 direkt kann sich kein Anspruch auf Zulassung eines Vorhabens ergeben<sup>11</sup>. 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, der Antragsteller 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 sinkt. Auch das Prinzip des passiven Bestandsschutzes hilft dem Antragsteller 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 ist.

Des Weiteren ist davon auszugehen, dass die Gebäude auf dem streitgegenständlichen Grundstück gar keinen Bestandsschutz mehr genießen, da aufgrund der über zehn Jahre zurückliegenden Nutzungsaufgabe vermutet wird, 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<sup>12</sup>.

4. *Zwischenergebnis*: Das streitgegenständliche Vorhaben ist nicht genehmigungsfähig. Die Stadt Schönburg hat zu Recht ihr Einvernehmen verweigert.

Die Erteilung der Baugenehmigung unter Ersetzung des Einvernehmens ist materiell rechtswidrig und verletzt die Stadt in ihrer Planungshoheit. Die zulässige(n) Klage(n) der Stadt war(en) damit auch begründet. Es bestehen keine ernstlichen Zweifel an der Richtigkeit des erstinstanzlichen Urteils.

5. Weitere Zulassungsgründe gemäß § 124 Abs. 2 Nrn. 2 bis 5 VwGO sind nicht ersichtlich.

*Hinweis*: Vertretbar wäre die Bejahung besonderer rechtlicher Schwierigkeiten gemäß § 124 Abs. 2 Nr. 2 VwGO.

*Ergebnis*: Ein Antrag auf Zulassung der Berufung ist zulässig, aber unbegründet und hat damit keine Aussicht auf Erfolg. Rechtsanwalt R wird daher M von einem Antrag auf Zulassung der Berufung abraten.

11 *BVerwG*, Urt. v. 12. 3. 1998, NVwZ 1998, 842 ff. (Aufgabe der Rechtsprechung von *BVerwG*, Urteil vom 17. 1. 1986, NJW 1986, 2126 ff. = BayVBl. 1986, 536 [amtliche Leitsätze]); *BayVG*H, Beschl. v. 25. 9. 2003, KommJur 2004, 70 f.; *Gehrke/Brehsan*, NVwZ 1999, 932 ff.

12 Zur Bestandsschutzproblematik vgl. *Rieger*, in: Schröder, BauGB, § 35 RdNr. 125 f. (7. Aufl. 2006); *Söfker*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, § 35 RdNr. 178 ff. (Stand: 100. Lieferung, Juni 2011).

## LITERATUR

Kraus/Wolff (Hrsg.), **Souveränitätsprobleme der Neuzeit**. Freundesgabe für Helmut Quaritsch anlässlich seines 80. Geburtstags. Verlag Duncker & Humblot, Berlin 2010. 185 Seiten, € 58,00.

Nach der Festschrift zum 70. Geburtstag (Murswiek/Storost/Wolff [Hrsg.], Staat – Souveränität – Verfassung, 2000, vgl. die Besprechung in BayVBl. 2002, 64) auch die Freundesgabe zum 80. Geburtstag Helmut Quaritsch‘ um das Zentrum „Souveränität“ zu gruppieren, lag jedenfalls nicht fern, ist der Jubilar doch mit seiner 1970 im Druck erschienenen Habilitationsschrift (zur Entstehungsgeschichte s. auch Mußnug/Mußnug/Reinthal [Hrsg.], Briefwechsel Ernst Forsthoff – Carl Schmitt, S. 206) „Staat und Souveränität“ Autor der „nach wie vor grundlegenden Studie“ (Kraus, DÖV 2011, 363) zu diesem Thema.

Zum Auftakt erinnert der Bio-Bibliograph Carl Schmitts, *Piet Thommisen*, an die Beziehung zwischen Julien Freund (zu diesem vgl. etwa seine Beiträge „Das Utopische in den gegenwärtigen politischen Ideologien“, in: Säkularisation und Utopie. Ernst Forsthoff zum 65. Geburtstag, 1967, S. 95; „Der Partisan oder der kriegerische Friede“, in: Quaritsch [Hrsg.], *Complexio Oppositorum*. Über Carl Schmitt, 1988, S. 387) und Carl Schmitt vor dem Hintergrund der aktuellen Carl-Schmitt-Diskussion in Frankreich (Über Julien Freund, ‚Entdeckung‘ von Carl Schmitt und einige ihrer Folgen, S. 10). *Wolfgang Schuller* behandelt als „Souveränitätsbeschränkungen neuen Typus“ (S. 29 ff.) die für die DDR charakteristische Konstellation der Herrschaft einer Partei über den Staat – freilich einer ihrerseits unter internationalistischer Kuratel stehenden Partei. *Hans-Christof Kraus* beschreibt eine bisher mindestens wenig bekannte Facette der Bestrebungen Hans-Joachim Schoeps‘ um die Rückkehr (West-)Deutschlands zur Monarchie, der sich zur Auslotung der verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen 1951 an Ernst-Rudolf Huber, einen Bekannten aus ju-

gendbewegten Zeiten, wandte (Eine Monarchie unter dem Grundgesetz? Hans-Joachim Schoeps, Ernst Rudolf Huber und die Frage einer monarchischen Restauration in der frühen Bundesrepublik, S. 43). *Gerd Roellecke* untersucht das nur pragmatisch (auf)lösbare Spannungsverhältnis zwischen Menschenrechten und Souveränität (Menschenrechte und Souveränität erneut bedacht, S. 72). *Dietrich Murswiek* (Der Grundsatz der souveränen Staatlichkeit als unabänderliches Verfassungsprinzip, S. 95) resumiert vor dem Hintergrund der Lissabon-Entscheidung des BVerfG (Urt. v. 30. 6. 2009 2 BvE 2/08 u. a.), die Verfassung brauche jetzt Verfassungsrichter, die dem standhalten und konsequent zu ihrer im Kern richtigen und konsistenten Entscheidung stehen (S. 147). Das trifft sicher zu; indessen lasten auch auf den neuen Hütern der wiederentdeckten Staatlichkeit alle Hypothesen, die mit der Justizförmigkeit dieses Wächteramts verbunden sind (vgl. schon Carl Schmitt, Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung, 1929, wieder abgedruckt in: ders., Verfassungsrechtliche Aufsätze, 1958, S. 65); die Interessenabwägung im Beschl. v. 9. 6. 2010 2 BvR 1099/10 (Griechenland) ermutigt insoweit jedenfalls nicht. *Heinrich Amadeus Wolff* schließlich befasst sich insbesondere mit den Verfassungsrechtsfragen des Einsatzes der Bundesmarine gegen Piraten (Die Wehrverfassung als Beispiel eigener Souveränitätsbeschränkung, S. 149), ein für Deutschland schon von seinem verfassungsrechtlichen Selbstverständnis her besonders sensibler Gegenstand, nimmt doch die deutsche Souveränität die Wehrhoheit nicht als selbstverständlichen Bestandteil, sondern hält sie positiver Regelung für bedürftig.

Staatlichkeit und Souveränität sind mithin noch längst keine erledigten Gegenstände, nicht zuletzt dank Helmut Quaritsch – auch über seinen Tod am 19. 8. 2011 hinaus (vgl. auch den Nachruf von *Heinrich Amadeus Wolff*, NVwZ 17/2011, IX).

*Ltd. Ministerialrat Henning Jäde, München*