

22.01.2021  
(Datum)

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 02/20 teilgenommen habe,
3. voraussichtlich im Monat 06/21 die Examensklausuren schreiben werde.

# Gutechten

## A. Maudentenbegehren

Die Maudentin ist Eigentümerin eines Grundstücks im Tönerweg 82 in Homburg. Sie ärgert sich über die Unterschreitung von Abstandsfleichen durch einen Vorbau vor dem Haus ihrer Nachbarn, dem Ehepaar Schönfeld. Nachdem sie das Bezirksamt Bergedorf aufgefordert hatte, dagegen einzuschreiten, erließ dieses eine Beseitigungsanordnung gegenüber dem Ehepaar Schönfeld, welche jedoch erst dann rechtswirksam wird, wenn auf dem Grundstück der

Maudent in zu zweiter Reihe ein Wohnhaus gebaut wird.

Die Maudentin bittet um Prüfung, ob gegen den Bescheid so vorgegangen werden kann, dass die Schönfelds verpflichtet werden, den Vorbau abzureißen, ohne dass es auf die Bebauung des hinteren Teils ihres Grundstückes ankommt.

B. Prozessuales Gutachten

Zu prüfen ist, ob ein Rechtsbehelf gegen den Bescheid zulässig wäre.

~~Der Herr~~ I. Die Maudentin richtet sich nur gegen einen Teil



3

des Bescheids, nämlich  
gegen die aufschreibende  
Bedingung, dass auf dem  
Grundstück der Mandantin  
ein Wohnhaus in zweiter  
Reihe gebaut wird.

Dabei handelt es sich um  
eine Nebenbestimmung

i.S.d. § 36 II Nr. 2 VwVfG.

Es stellt sich die Frage,  
ob die Mandantin diese  
Nebenbestimmung selbst-  
ständig eingreifen kann  
mit einem Aufhebungs-  
widerspruch (§ 68 I 1  
VwGO) oder ob sie einen  
Verpflichtungswiderspruch  
(§ 68 II VwGO) erheben  
muss ~~und damit~~  
mit dem Ziel, die Be-  
hörde zum Erlass eines  
neuen Bescheides ohne  
die Nebenbestimmung  
zu verpflichten.

Die unterschiedlichen Arten von Nebenbestimmungen (selbstständig oder unselbstständig nach § 36 II Nr. 1-3 "erlassen werden mit" bzw. Nr. 4, 5 "verbunden werden mit") ist für die Rechtsschutzmöglichkeiten nicht maßgeblich. Vielmehr kommt es darauf an, ob der Bescheid formell und materiell teilbar ist, wobei letzteres eine Frage der Begründetheit ist. Dadurch soll ~~festgestellt werden~~ sichergestellt werden, dass der Bescheid auch ohne die Nebenbestimmung sinnvollerweise eigenständig bestehen können ~~folglich sind Neben~~. Die Beseitigungsverfügung kann ohne die Bedingung bestehen bleiben, insbe-



sondere handelt es sich nicht um eine Inhaltsbestimmung, die dem Bescheid erst seine Regelungswirkung verleiht.

Die aufschiebende Bedingung ist folglich isoliert anfechtbar, sodass ein Anfechtungswiderspruch

✓ gem. § 68 I 1 VwGO statthaft ist.

II. Die Mandantin müsste auch widerspruchsbefugt sein, also durch den Bescheid in eigenen Rechten betroffen sein (entsprechend § 42 II VwGO). Sie beruft sich hier auf die ~~Über~~ Unterschreitung von Abstandsflächen gem. § 6 HBauO. Ob eine Norm drittschützend ist, bestimmt sich danach, ob sie nicht nur den Interessen der Allgemeinheit, sondern zumindest

auch den Interessen des einzelnen zu dienen bestimmt ist (Schutznormtheorie).

Abstandsflächenregelungen sollen die Nachbarn vor engrenzender Bebauung schützen und eine

soziale Einengung verhindern sowie Licht,

gut! ~~und~~ Belüftung und Brandschutz gewährleisten.

~~Dass Ab~~ Der drittschützende Charakter wird auch in

gut § 71 II HBauO deutlich, wonach für eine Abweichung von den Anforderungen an Abstandsflächen die Zustimmung der Nachbarn erforderlich ist.

✓ Die Mandantin ist als Eigentümerin des unmittelbar angrenzenden Grundstücks Nachbarin im beurechtlichen Sinne.



7  
Sie ist folglich widerspruchsbefugt.

III. Die Widerspruchsfrist beträgt nach § 70 I 1 VwGO einen Monat ab Bekanntgabe des Bescheides, welche gegenüber der Mandantin am 28.07.2016 erfolgte.

Die Frist endet somit ~~am~~ gem. § 57 II VwGO i.V.m. § 222 I ZPO i.V.m. § 188 II Alt. 1 BGB am 28.08.2016, ist also noch nicht abgelaufen.

IV. Der Widerspruch ist gem. § 70 I 1 VwGO schriftlich, elektronisch oder zur Niederschrift beim Bezirksamt Bergedorf zu erheben.

V. Zwischenergebnis: Ein Widerspruch gegen die aufschiebende Bedingung wäre zulässig.



### C. Materiell-rechtliches Gutechten

Der Widerspruch ist begründet,  
wenn die aufschiebende  
Bedingung rechtswidrig  
oder unzweckmäßig ist,  
§ 68 I 1 VWGO, wobei

\* Anat. Teilbereich der Prüfungsumfang auf  
drittschützende Normen  
beschränkt ist.

Die Rechtmäßigkeit der  
Nebenbestimmung richtet  
sich nach § 36 I u. II  
VwVfG.

Nach § 36 I VwVfG darf  
ein Verwaltungsakt, auf  
den ein Anspruch besteht,  
mit einer Nebenbestimmung  
nur versehen werden,  
wenn sie durch Rechts-  
vorschrift zugelassen  
ist oder wenn sie sicher-  
stellen soll, dass die  
gesetzlichen Voraus-  
setzungen des Verwal-

tungsakts erfüllt werden.

# Demgegenüber ist eine Nebenbestimmung nach pflichtgemäßem Ermessen möglich, wenn auf den Verwaltungsakt kein Anspruch besteht.

Es kommt deshalb darauf an, ob die Mandantin einen Anspruch auf Erlass der Beseitigungsverfügung gegenüber den Schönfelds hatte.

I. Ein solcher Anspruch könnte sich aus § 76 I HBauO ergeben.

Daneben kann die Bauaufsichtsbehörde die teilweise oder vollständige Beseitigung einer Anlage anordnen, wenn diese im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften errichtet wird und nicht auf andere Weise

Rechtswäßrige Zustände hergestellt werden können.

Diese Ermächtigungsgrundlage für die Behörde kann zugleich eine Anspruchsgrundlage für die Mandanten herstellen, wenn ~~das~~ das Ermessen der Behörde zu ihren Gunsten auf Null reduziert ist.

1. Voraussetzung ist zunächst ein Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften. Dies setzt sowohl die formelle als auch die materielle Illegitimität voraus, da eine Beseitigungsverfügung allein aufgrund formeller Illegitimität im Hinblick auf Art. 14 I GG unverhältnismäßig wäre.



a) Der Vorbau ist formell illegal, da für diesen keine Baugenehmigung besteht.

b) Der Vorbau könnte wegen Unterschreitung der Abstandsfleichen materiell illegal sein.

Nach § 6 I HBauO sind vor den Außenwänden von Gebäuden Flächen von oberirdischen Gebäuden freizuhalten. Nach § 6 II 1 HBauO müssen Abstandsfleichen auf dem Grundstück liegen.

Die Abstandsfleiche beträgt nach § 6 V HBauO  $0,4 H$ , mindestens jedoch  $2,5 m$ , was hier zugrunde zu legen ist.

Der Vorbau könnte jedoch nach § 6 VI HBauO außer Betracht bleiben.

Nach Nr. 2 setzt dies voraus, dass der Vorbau insgesamt nicht mehr als ein Drittel der Breite der jeweiligen Außenwand in Anspruch nimmt, nicht mehr als 1,50 m vor die Außenwand vortreten und mindestens 2,50 m von der gegenüberliegenden Nachbergrenze entfernt bleiben. Die ersten beiden Voraussetzungen sind hier zwar erfüllt, ~~da~~ die dritte aber nicht, ~~so~~ da die Entfernung zur Grundstücksgrenze nur 1,93 m beträgt.

# Der Vorbau bleibt demnach nicht gem. § 6 VI HBauO außer Betracht. Eine Zustimmung zur Abweichung von den Anforderungen nach § 6 HBauO seitens der Mandentin liegt nicht

vor, § 71 II Nr. 1 HBauO.

Der Vorbau ist folglich materiell illegal, da er gegen § 6 I, V HBauO verstößt.

2. ~~Etwas~~ Das Einschreiten der Behörde steht nach § 76 I 1 HBauO in deren Ermessens.

Eine Ermessensreduzierung auf Null zugunsten der Mandantin kommt grundsätzlich in Betracht, da der Vorbau gegen drittschützende Vorschriften verstößt.

Hier könnte die Mandantin ihre Nachbarrechte jedoch auf bereits verwirkt heben. Das Rechtsinstitut der Verwirkung folgt aus dem auch im öffentlichen Recht geltenden Grundsatz von Treu und Glauben.



Daneben kann die Geltend-  
machung eines Rechts aus-  
geschlossen sein, wenn der  
Inhaber diese entgegen Treu  
und Glauben (Umstands-  
moment) in illoyaler Weise  
über längere Zeit (Zeitmoment)  
hinaus verzögert hat, obwohl  
er wusste, bzw. damit  
rechnen musste, dass der  
andere darauf vertrauen  
würde, dass von dem Recht  
kein Gebrauch mehr ge-  
macht werde und sich  
darauf eingerichtet hat.

Die Mandantin hat hier  
im April 2015 mit den  
Schönfelds und dem Bau-  
leiter des Benträgers  
über den Vorbau gesprochen,  
hätte also spätestens zu  
diesem Zeitpunkt Kenntnis  
von den konkreten Gegeben-  
heiten des Vorbaus und  
dem Abstand zur Grund-  
stücksgrenze.

Gleichwohl ist die Mandantin  
zunächst untätig geblieben  
und hat sich erst im Mai  
2016 noch einmal an die  
Schönfelds und sodann an  
die Behörde gewandt.

Dazwischen liegt ein Zeit-  
raum von über einem Jahr.  
Dies ist in Anlehnung an  
§ 58 II 1 VWG ausreichend,  
um das Vertrauen der  
Nachbarn zu begründen,  
nicht mehr einschreiten  
zu wollen.

Domit sind sowohl das  
Zeit- als auch das Umstands-  
moment erfüllt.

Etwas anderes könnte sich  
daraus ergeben, dass Herr  
Jürgens die Mandantin  
bzw. ihren Verlobten  
darüber belehrt hatte, dass  
der Vorbau für den Mindest-  
abstand außer Betracht  
bleibe.



Die Mandantin hat dieser Aussage des Bauleiters der Nachbarn geglaubt.

Ein einfacher Rechtsirrtum steht der Verwirkung jedoch nicht entgegen.

Die Mandantin hätte sich nicht auf die Aussage verlassen dürfen, sondern selbst Informationen einholen müssen.

Ein Fall der arglistigen Täuschung liegt hier nach den Ausführungen des Anwalts von den Schönfelds nicht vor.

Der Bauleiter Herr Jürgens hat der Mandantin nicht vorsätzlich eine falsche Auskunft gegeben, sondern seinerseits einem Rechtsirrtum unterlegen. Dies steht der Schutzbedürftigkeit der Nach-



barn und damit dem Eintritt der Verwirkung nicht entgegen.

Folglich ~~ist die~~ kann sich die Mandantin nicht mehr auf ihre Nachbarrechte, ~~insbesondere~~ insbesondere die Verletzung von § 6 HBauO berufen.

gut  
schwer

Das Ermessen der Behörde was demzufolge nicht auf Null reduziert.

Die Mandantin hatte keinen Anspruch auf Einschreiten aus § 76 I 1 HBauO.

Ergänzend ist ja bei Schuß, wie die ll. in R verurteilt hat. Dabei wäre das Ermessen besser hilfsfachlich zu prüfen. In einem Gutachten ist das so aber auch verhängt.

II. Aus diesem Grund stand das Einschreiten der Behörde sowohl hinsichtlich des "Ob" (Entscheidungsermessen) als auch des "Wie" (Auswahlermessen) im Ermessen der Behörde.

Das Auswahlermessen umfasst auch das Recht zum Erlass einer Nebenbestimmung gem. § 36 II VwVfG.

Die Widerspruchsbehörde trifft zwar eine eigene Ermessensentscheidung. Da diese aber gem. § 7 HmbAG VwGO mit der Ausgangsbehörde identisch ist, ist unwahrscheinlich, dass sie ihre Auffassung ändern wird.

Im späteren gerichtlichen Verfahren prüft das Gericht nur auf Ermessensfehler, § 114 S. 1 VwGO, ob die gesetzlichen Grenzen des Ermessens überschritten sind oder von dem Ermessen in einer nicht dem Zweck der Ermächtigung entsprechenden Weise Gebrauch gemacht hat.



Die Entscheidung der Behörde, die Beseitigungsverfügung unter die aufschiebende Bedingung zu stellen, dass der hintere Teil des Grundstücks der Mendentin bebaut wird, ist weder zweckwidrig noch unverhältnismäßig.

Das Ermessen dient dazu, dass die Behörde einzelfallangemessen tätig werden kann und nicht jedem Gesetzesverstoß mit Zwangsmitteln entgegenzutreten muss. (Opportunitätsprinzip). ~~Die Behörde dürfte hier~~

Die Abstandsflächenregelungen dienen der Gefahrenabwehr. Wenn aber im konkreten Fall keine Gefahr besteht, weil hinter der Grundstücksgrenze kein Gebäude steht,



und ein solches Bauvorhaben auch nicht absehbar ist, darf die Behörde ihr Ermessen dahingehend ausüben, dass sie die Beseitigungsverfügung unter eine aufschiebende Bedingung stellt. Dieser Gedanke kommt auch in § 76 III HBauO zum Ausdruck, der eine Gefährdung der Sicherheit oder Gesundheit voraussetzt.

Das Argument der „negativen Vorbildwirkung“ greift im Bauplanungsrecht, aber nicht im Gefahrenabwehrrechtlichen Bauordnungsrecht.

Die Nebenbestimmung ist also rechtmäßig und zweckmäßig. } gem. § 36 II VwVfG.

und zweckmäßig.

Der Widerspruch ~~ist~~ ~~dennoch~~ ist demnach unbegründet und hat keine Aussicht auf Erfolg.

20  
21

## D. Zweckmäßigkeitserwägungen

Auf der Grundlage des Ergebnisses des Gutachtens ist der Mandantin davon abzuraten, Widerspruch gegen die Bedingung in dem Bescheid vom 25.07.2016 zu erheben.

Der Widerspruch hat geringe Erfolgsaussichten, nämlich nur für den Fall, dass die Behörde ihr Ermessen anders ausüben sollte.

Ein erfolgloses Widerspruchsverfahren würde für die Mandantin zu nicht unerheblichen Kosten führen gemäß

§ 3 II HGebG, § 1 Nr. 1 i.V.m. Anlage 1 Nr. 13.3 HBeuGebO von 75 bis 5.000 €.

Praktischer Teil

Dr. Legemann und Partner  
Rechtsanwälte  
Große Bleichen 8  
20354 Hamburg

Frau Jeannette Vorwerk  
Tönerweg 82  
21039 Hamburg

Hamburg, den 12.08.  
2016

Betreff: Ihr Anliegen vom  
12.08.2016  
(Grundstück Tönerweg  
82)

Sehr geehrte Frau Vorwerk,

ich nehme Bezug auf  
unser Gespräch am 12.08.  
2016, in dem Sie mich  
um Prüfung der Angelegen-  
heit bezüglich des Vorbaus



26  
23  
auf ihrem Nachbargrundstück  
gebeten haben.

Nach eingehender rechtlicher  
Prüfung bin ich zu dem  
Ergebnis gekommen, dass  
ein Vorgehen gegen den  
Bescheid des Bezirksamts  
Bergedorf vom 25.07.2016  
zwar zulässig wäre,  
in der Sache jedoch wenig  
Aussicht auf Erfolg hat.

~~Dies ist im Wesentlichen~~

Nach § 76 I 1 HBauO  
steht es im Ermessen  
der Behörde, ob sie  
gegen rechtswidrige  
bauliche Anlagen ein-  
schreitet, und wenn ja,  
mit welchen Mitteln.

Die Behörde wäre also  
nicht zum Erlass der  
~~Unterstützung~~ Beseitigungs-  
verfügung verpflichtet  
gewesen.

Weiterhin stand es gem.  
§ 36 II VwVfG in ihrem  
Ermessen, die Beseitigungs-  
verfügung unter der auf-  
schiebenden Bedingung  
zu erlassen, dass der  
hintere Teil ihres Grund-  
stücks bebaut werden wird.

Zwar besteht im Fall des  
Verstoßes gegen nachbar-  
schützende Vorschriften  
wie Abstandsflächen  
regelmäßig eine Ermessen-  
reduzierung auf Null  
dehingend, dass die  
Behörde verpflichtet ist,  
einzuschreiten.

In Ihrem Fall besteht  
allerdings das Problem,  
dass Sie den Vorbau  
über ein Jahr lang  
hingenommen haben,  
und damit für das  
Ehepaar Schönfeld  
eine Vertrauensgrund-  
lage geschaffen haben,

23  
dass Sie auch in Zukunft  
nicht rechtlich dagegen vor-  
gehen würden.

Das Missverständnis auf-  
grund des Gesprächs mit  
Herrn Jürgens ist bedauerlich,  
führt aber rechtlich zu  
keiner anderen Bewertung.

Ich empfehle Ihnen  
deshalb, den Vorbau hinzu-  
nehmen, und sich mit  
der aufschiebenden bedingten  
Beseitigungsverfügung  
zufrieden zu geben.

Ein wesentliches Wert-  
minderungsrisiko für  
Ihr Grundstück besteht nicht,  
da die Beseitigungsverfügung  
automatisch Wirkung  
entfaltet, sobald ein  
Bauvorhaben auf dem hinter-  
en Teil Ihres Grundstücks  
vorgenommen wird.



26  
Die Erhebung eines Widerspruchs  
wäre mit einem Kostentrisiko  
von bis zu 5000 € verbunden,  
falls es erfolglos ist.

Ein sich anschließendes  
gerichtliches Verfahren wäre  
ebenfalls mit hohen Kosten  
verbunden.

- Bitte teilen Sie mir mit,  
ob Sie trotz der aufgezeigten  
Risiken Widerspruch erheben  
möchten. Dabei unter-  
stütze ich Sie selbstver-  
ständlich gern.

Bei Fragen können Sie  
sich jederzeit gern an  
mich wenden.

Mit freundlichen Grüßen

Steffek  
Rechtsanwalt

Ein wöchentliche gelungener  
Arbeit. Bis auf Kleinig-  
keit ist alles gut auf-  
gebaert u. gearbeitet.  
Wute so!

16 Punkte

Wute  
15/12/11