

[Redacted]
(Name, Vorname)

27.01.2021
(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 ...April '20..... teilgenommen habe,
3. voraussichtlich im Monat ...Oktober '21 die Examensklausuren schreiben werde.

[Redacted]
(Unterschrift)

Anwaltsgutachten

A) Mandantenbegehren

Die Mandantin ist Eigentümerin eines Grundstücks im Tonerweg 82 in Hamburg - Gurslack, welches die Flurbezeichnung 2772 trägt. Die Nachbarn der Mandantin und gleichzeitig Eigentümer des Flurstücks 2773 erhielten einen auf den 25. Juli 2016 datierten Bescheid, der sie zur Beseitigung ihres Vorbaus verpflichtet, wenn die Mandantin den hinteren Teil ihres Grundstücks bebaut, da die Abstandsflächen hinsichtlich des Vorbaus missachtet wurden. Dieser Bescheid ging ebenfalls der Mandantin zu.

Hiergegen möchte sich die Mandantin wehren. Dabei möchte Sie die Beseitigungsanordnung aufrechterhalten und sich nur gegen die Bedingung der Bebauung wenden. Ausdrücklich ist die Mandantin mit einem ordentlichen Verfahren einverstanden; mangels Eile sind die Möglichkeiten des §§ 80, 80a VwGO von vornherein außer Betracht zu lassen.

Der hier in Betracht kommende Rechtsbehelf gegen den Bescheid ist ein Widerspruch.

B) Gutachten

Der Widerspruch müsste zulässig und begründet sein, damit es erfolgreich eingelegt werden kann.

I. Zulässigkeit

Der Verwaltungsrechtsweg müsste gemäß § 40 I 1 VwGO analog eröffnet sein. Als Vorverfahren wäre dies dann der Fall, wenn in der Hauptsache die streitentscheidenden Normen den Hoheitsträger ausschließlich berechnen und verpflichten (sog. modifizierte Subjektstheorie), mithin eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vorliegt. Vorliegend geht es um die Herstellung ordnungsgemäßer Zustände iSd § 76 I HBauO. Eine doppelte Verfassungs-unmittelbarkeit ist nicht gegeben. Die Voraussetzungen von § 40 I 1 VwGO analog liegen vor.

Ferner müsste der Widerspruch auch statthaft sein, § 68 I 1 VwGO. Mangels Anwendung von § 68 I 2 VwGO durch die FTH ist ein Widerspruchsverfahren nicht absolet. Somit bedarf es vor Erhebung einer Anfechtungsklage eines Widerspruchs. Eine solche Klage setzt gemäß § 42 I VwGO einen belastenden Verwaltungsakt^{für die Mandantin} (§ 35 Nr. 6) voraus, sodass auch im Vorverfahren diese Voraussetzung gegeben sein muss. Der Bescheid vom 25. Juli 2016 hat die Nachbarn verpflichtet, den Vorbau abzureißen. Durch die Bedingung der Bewahrung entfaltet der Verwalt-

ungesamt jedoch auch ^{mittelbar} belastende Wirkung gegenüber der Mandantin.

Da die Mandanten lediglich die Bedingung angreifen will, stellt sich die Frage, ob eine isolierte Bestimmung angefochten werden kann und dies auch in diesem Fall möglich ist. Das wäre jedenfalls dann der Fall, wenn es sich bei der Behauungsbedingung um eine Nebenbestimmung iSd § 36 VwVfG handeln würde. Diese sind anerkanntermaßen isoliert anfechtbar, sodass Selbiges für das Verwaltungsverfahren gelten muss. In Abgrenzung zu Inhaltsbestimmungen und modifizierte Auflagen sind Nebenbestimmungen iSd § 36 VwVfG in Bezug auf den ^{Haupt-}Verwaltungsakt streng akzessorisch, sodass diese mit dem Haupt-Verwaltungsakt stehen und fallen, ohne aber andererseits integrale Inhaltsbestimmungen des Haupt-VA selbst darzustellen. Die Beseitigungspflicht wäre auch ohne die Bedingung der Behauung möglich (vgl. § 76 I HBauO). Vielmehr handelt es sich um eine Bedingung iSd § 36 II Nr. 2 VwVfG. Eine solche ist ausweislich des Wortlauts („Belastung“) bei belastenden Verwaltungsakten möglich. Die Beseitigung hängt auch von einem zukünftigen, ungewissen Ereignis - der Behauung des hinteren Teils des Flurstücks 2772 - ab. Es ist ungewiss, ob eine solche Behauung jemals durchgeführt werden wird, jedenfalls ist nichts dergleichen in Planung. Folglich liegt eine aufschiebbare

1102. Teilbar-
Zeit prüfen

Bedingung (vgl. § 158 BGB) vor, § 36 II Nr. 2 VwVfG.
Diese wirkt sich belastend auf die Mandantin aus.
Gegen eine solche Nebenbestimmung wäre eine
Anfechtungslage statthaft, sodass hier ein Wider-
spruch gemäß § 68 I VwGO statthaft ist.

Die Mandantin müsste zum Ausschluss von Populu-
widersprüchen analog § 42 II VwGO auch wider-
spruchsbefugt sein. Die Mandantin müsste in ihren
eigenen Rechten verletzt sein. Da sie selbst nicht
unmittelbar Adressat der Verwaltungsakte ist, bedarf
es hier einer einschlägigen drittschützenden Norm, sog.
Schutznormtheorie. Hiernach verletzt eine Norm subjektive
Rechte, wenn sie neben dem Schutz öffentlicher Interessen zumind-
dest auch dazu bestimmt ist, dem Interesse einzelner Personen
oder Personengruppen zu dienen. Entgegen der Vielzahl der
Normen des Bauordnungsrechts, die ausschließlich dem
öffentlichen Interesse dienen, bezwecken die Abstands-
regelungen auch den Schutz privater Interessen. Sinn und
Zweck von § 6 HBauO ist nämlich die Sicherstellung einer
ausreichenden Luftzufuhr, Belichtung und nötigen
Brandschutz, vgl. auch § 71 II Nr. 1 HBauO ~~da~~ ^{gesetzlich normierten} aufgrund-
dessen die Abstandsflächen mit Zustimmung des Nach-
barns unterschritten werden können. Die Mandantin
kann sich auf § 6 HBauO berufen, da diese Norm
✓ möglicherweise gegenüber der Mandantin verletzt ist.

Der Widerspruch formgerecht gemäß § 70 I 1 VwGO
bei der Behörde einzulegen, die den Bescheid er-

linen hat und zwar schriftlich, elektronisch nach § 3a VwVfG oder zur Niederschrift der Geschäftsstelle. Die erlassende Behörde war das Bezirksamt Beigedorf - Zentrum für Wirtschaftsförderung, Bauen und Umwelt.

Der Widerspruch müsste gemäß § 70 I 1 VwGO auch binnen einen Monats ab Bekanntgabe eingelegt werden. Gemäß § 41 II 1 VwVfG, sog. Drei-Tages-Fiktion, gilt ein schriftliches Verwaltungsakt, der im Inland durch die Post übermittelt wird, am dritten Tag nach der Aufgabe zur Post als bekannt gegeben. Der tatsächliche und fiktive Empfangstag, 28.07.2016, stimmen überein. Die Frist begann nach §§ 57 VwGO, 222 ZPO, 187 I BGB am 29.07.2016 zu laufen und endet am 28.08.2016 gemäß §§ 57 VwGO, 222 ZPO, 188 II BGB. Ein Widerspruch kann noch fristgerecht eingelegt werden (Begleichung am 12.08.2020).

Auch dürfte das Rechtsschutzbedürfnis nicht entfallen. Möglicherweise hat die Mandantin jedoch ihre Rechte verloren, da ihr Verlobter sich im April 2015 bei den Nachbarn u. a. wegen der Abstandsflächen beschwerte. Erst am 10. ^{Herrn Tiell vom Bauamt Beigedorf} Mai 2016 hat die Mandantin über den Verstoß in Kenntnis gesetzt und aufgefordert, gegen den „Schwarzbau“ einzuschreiten. Voraussetzung für eine Verwirkung ist ein Zeit- und Umstandsmoment. Ersteres erfordert, dass seit Kenntnis des Rechtsverstoßes einige Zeit verstrichen ist, wobei regelmäßig ein Jahr als Anhaltspunkt dient. Vorliegend wäre das Zeitmoment gegeben, wenn ~~man~~ auf das Gespräch im April 2015 abzustellen wäre,

gut

Das Umstandsmoment erfordert, dass eine Vertrauensgrund-
 dass die Mandantin keine rechtlichen Schritte mehr einleiten würde,
 bzw. tatsächlich vorlag, und im Vertrauen darauf weitere
 Dispositionen getroffen wurden. Vorliegend hätte der Experte
 Herr Jürgens einen fehlerhaften rechtlichen Hinweis gegeben,
 indem er behauptet, der Verbau sei nicht auf die Abstands-
 fläche anzurechnen. Darauf vertraute die Mandantin bis
 ein befreundete Architekt im Mai 2016 das Gegenteil feststellte.
 Sie hätte jedoch nicht auf die Aussage von Herrn Jürgens ver-
trauen dürfen. Dieser stand im Lager des Nachbarn und wurde
 von diesen bezahlt. Der Mandantin oblag es vielmehr, sich
selbst rechtskundig zu machen, insofern kann nicht erst auf

* Ein Zeitablauf von über einem
 Jahr ist gegeben. Besondere An-
 haltspunkte die für eine Verjährung
 der einjährige Zeitablaufvermutung
 sprechen sind nicht ersichtlich.
 Im Gegenteil!

den Mai 2016 abgestellt werden, sondern ist der April 2015
 ausschlaggebend*. Bis Juli 2015 wurden auch weitere
 Innenausbauarbeiten ausgeführt, die sehr kostspielig waren
 Auch das Umstandsmoment ist hier gegeben. Die Mandantin
 hat ihre Rechte prozessual verwirkt.

Hilfsgewächten:

Die Beteiligten- und Handlungsfähigkeit ergeben sich aus
 §§ 79, 11 Nr. 1 bzw. 12 Nr. 1 VwVfG.

II. Begründetheit

~~Der Verwaltungsakt ist rechtswidrig~~

Der Widerspruch ist gemäß §§ 68 I iVm 113 I VwGO analog
 begründet, wenn der Verwaltungsakt rechtswidrig ist & der
 Widerspruchsführer in seinen Rechten verletzt ist oder wenn
 der Verwaltungsakt unzweckmäßig ist und insoweit
 belastend wird.

+ Mat.
 Teilbarkeit

Insofern ist umstritten, ob sich die entsprechende Rechtsgrundlage aus dem Spezialgesetz, ggf. iVm § 36 VwVfG oder allein aus letzterer Norm ergibt. Der Streit kann in diesem Fall jedoch dahin stehen, da (§ 36 II VwVfG & § 76 I HBauO) beide Normen der Behörde Ermessen einräumen und die Wertung des § 76 I HBauO beachtet wird.

In formeller Hinsicht würden die Zuständigkeiten eingehalten. ^{nach § 28 IV VwVfG} Einer vorherigen Anhörung der Mandantin bedürfte es nicht, da diese nicht Adressatin des belastenden Verwaltungsaktes ist.

Die Behörde müsste die Bedingung nach § 36 II Nr. 2 VwVfG auch nach pflichtgemäßem Ermessen erlassen haben. Dies wäre nicht der Fall, wenn sie ihr Ermessen fehlerhaft ausgeübt hätte wie bei einem Ermessensnichtgebrauch, einer Überschreitung oder einem Fehlgebrauch. In Betracht kommt hier eine Ermessensüberschreitung, wenn die Anordnung der Bedingung unverhältnismäßig wäre.

Dazu müsste es sich bei der Bedingung um einen legitimen Zweck zum HauptzVA handeln. Voraussetzung für den streng akzessorischen HauptzVA ist das Vorliegen der Voraussetzungen des § 76 I HBauO und somit die formelle und materielle Illegalität des Vorbaus.^{*} Formelle Illegalität meint hierbei die fehlende Genehmigung trotz Genehmigungspflichtigkeit. Die Baugenehmigung vom Oktober 2014 ist irrelevant, da die Nachbarin letztlich anders gebaut haben als genehmigt.

^{*} Dies ergibt sich aus dem schwerwiegenden Grundrechtseingriff und § 76 I a. E. HBauO.

hier die
- unfähigkeit

* Auch dürfen sich die Ab-
standsflächen nicht auf das
Grundstück des Mandanten
erstrecken, da diesbezüglich
keine Bauvorschriften sind,
vgl. § 6 II 3 HBauO

Darüber hinaus müsste der Vorbau auch materiell illegal
sein, dh nicht mit dem geltenden Recht im Einklang stehen,
sog. Genehmigungsfähigkeit. Nach § 6 II HBauO sind
Abstandsflächen im mindestens 2,5m einzuhalten. Gemäß
§ 6 I 2, 1 HBauO beziehen sich die 2,5m auf die
Fläche zwischen Außenwänden und Grundstücksgrenzen.
Vorliegend haben die Nachbarn nur 1,93m Abstandsfläche
gewährt, sodass der Vorbau materiell illegal ist. ^x Etwas
anderes ergibt sich auch nicht aus § 6 II Nr. 2 HBauO,
da Vorbauten hiernach nur dann außer Betracht bleiben, wenn
die dortigen Voraussetzungen - also auch 2,5m Abstand
zur Nachbargrenze - kumulativ vorliegen, was hier nicht
der Fall ist. Eine Zustimmung zur Unterschreitung der
2,5m Abstand gemäß § 71 II Nr. 1 HBauO hat die Mandantin
gerade nicht gegeben. Wegen der weitreichenden Konse-
quenzen einer solchen Zustimmung ist insbesondere keine
konkludente Zustimmung ausreichend. In der Rechtsfolge
stand der Behörde gemäß § 76 I 1 HBauO Ermessen zu.
Aus dem letzten Halbsatz der Norm ergibt sich, dass eine
Beseitigung nur dann in Betracht kommt, wenn nicht auf
andere Weise rechtmäßige Zustände hergestellt werden
können. Folglich muss die Beseitigungsanordnung stets
ultima ratio sein. In diesem Kontext ist die Betrau-
ungsbedingung zu verstehen. Sinn und Zweck der
Abstandsregeln ist vor allem der Brandschutz. Sofern
es gegenüber dem Vorbau keine bauliche Anlage gibt,
kann ein solches Feuer aber auch nicht überspringen. Insofern
ist die Bedingung ^{für einen} ~~für ein~~ legitimen Zweck erlassen worden.

Auch:

- Besetzung
- Belichtung
- Belüftung

Dafür gilt aber gleiches.

Die Bedingung müsste auch geeignet sein, also den Zwecke fördern. Insofern steht der Behörde eine Einschätzung prerogative zu. Der direkte Abriss mit erheblichen Kosten kann vermieden werden und gleichzeitig keine Brandgefahr entstehen, wenn der Abriss unter der Bedingung steht.

Die Bedingung war auch erforderlich, denn sie war das mildeste, gleich geeignetste Mittel, denn andernfalls hätten die Nachbarn den ^{bedingungslos} Verbau abreißen müssen.

Auch hätte die Bedingung angemessener sein müssen. Vorliegend ist abzuwägen, ob die nachbarnlichen Belange der Mandantin im Vergleich zum Sofortabriss zu sehr eingeschränkt wurden. Wie sich bereits aus § 76 I 1 ABauD entnehmen lässt, reicht ein Schwarzbau alleine nicht zum Abriss. Der Brandschutz ist vorliegend auch dadurch gewährleistet, dass auf dem hinteren Grundstück der Mandantin keine bauliche Anlage errichtet ist. Auch ist ein solches Vorhaben nicht in Planung - mehr noch: wegen der fehlenden Zustimmung ist ein solcher Bau auch nicht unproblematisch. Eine drohende Wertminderung wie auch der Erhalt der schönen Aussicht sind gerade keine schützenswerten Belange wie sich aus dem Sinn und Zweck der Abstandsflächen ergibt. Ein Recht auf nicht näher kommerzielle Betrachtung gibt es gerade nicht. Demgegenüber stehen auch erhebliche Nachteile des Nachbarn. Demen kommt ein Schaden von knapp 81.000 € zu durch den ^{getätigte} Bau und Abriss des Verbau. Ferner würden mangels Nutzungsmöglichkeit des Hauses

Wegen dem
Müssen Sie
darauf?

nichtig

während der Abrissphase weitere Kosten durch Hotelübernachtungen auf die Nachbarn hinzukommen. Etwaig kämen auch noch weitere Kosten durch die Anmietung eines Bürozimmers für den Nachbarn hinzu, da dieser von Zuhause aus arbeitet. Gleichzeitig ist jedoch zu beachten, dass das Regressrisiko, dass die Nachbarn ihr bauausführendes Unternehmen bzw. den Geschäftsführer Herrn Jürgens nicht mehr für die vorherigen Schäden wegen seines fahrlässigen Fehlers in Anspruch nehmen zu können, einzig bei den Nachbarn liegt, denn diese haben sich ihren Vertragspartner ausgesucht. Dass die Mandantin bezüglich der Bedingung zum Abriss selbst herbeiführen kann, spricht einzig für die Mandantin ebenfalls dafür, dass die Mandantin nicht sondern belastet ist durch die Bedingung. Die Bedingung ist angemessen.

✓ Auch liegt kein Fall des § 36 III ABGB vor, da die Bedingung nicht dem Zwecke des HauptVA - nämlich dem Brandschutz - zuwiderläuft.

C. Zweckmäßigkeitserwägungen

Das vorliegende Gutachten hat ergeben, dass der Widerspruch unzulässig und unbegründet wäre. Die Verfristungsthematik und die Angemessenheit der Bedingung könnten auch von der Behörde anders bewertet werden. Die Chancen sind jedoch gering. Insoweit wäre

die Mandantin mit einem erheblichen Kostenrisiko von bis zu 5000 € bei erfolglosem Widerspruch ausgesetzt, § 3 II GebO Anlage 1. Sollte die Mandantin entgegen der hierigen Einschätzung agieren wollen, wäre eine Hinzuziehung eines Beidlmächtigen für das Widerspruchsverfahren anzuraten.

D. Vorschlag

Es ist der Mandantin daher vorzuschlagen, keinen Widerspruch einzulegen und den Bescheid bestandskräftig werden zu lassen.

Mandantenschreiben

Dr. Lagermann & Partner

Große Bleichen 8

20354 Hamburg

Jeanette Vorwerk

12.08.2016

Tönerweg 82

21039 Hamburg

Ihr Mandat vom 12.08.2016

Bescheid des Bauamts vom 25.07.16 gegen
Familie Schönfeld

Sehr geehrte Frau Vorwerk,

Ich nehme Bezug auf unser Gespräch vom 12.08.2016
und bedanke mich nochmal für ihr Vertrauen.

Nach Prüfung der Rechtslage des von Ihnen ge-
schilderten Sachverhalts muss ich Ihnen leider
mitteilen, dass ein Vorgehen gegen den Bescheid
vom 25.07.2016 nicht erfolgreich wäre. Das Ergebnis
meines Gutachtens liegt diesem Schreiben bei.

Aus rechtlicher Sicht wäre ein Widerspruch von
Ihrer Seite unzulässig. Zwar hätten Sie sich iso-

liert gegen die Bedingung werden können (S. Gutachter S. 3), jedoch fehlt Ihnen hierfür das sog.

Rechtsschutzbedürfnis. Sie hätten im April 2015 nicht auf die Aussage des Herrn Jürgens vertrauen dürfen und sich selbst erkundigen müssen, ob ein Vorbau bei der Berechnung der Abstandsfläche mit ein zu beziehen wäre (S. 5-6). Insofern haben Sie Ihr Recht verwirkt, da Sie sich erst ^{über} ein Jahr nach diesem Gespräch für Ihr Recht stark gemacht haben und gleichzeitig Familie Schönfeld im Vertrauen, dass Sie nicht tätig werden würden, erhebliche Kosten für den weiteren Innenausbau hatten.

Der Widerspruch ist nicht begründet. Die Behörde kann in Ausübung eines fehlerfreien Ermessens eine Bedingung zu einem Bescheid stellen, § 36 II VwVfG. Ein solcher Fehler liegt vor allem nicht vor, weil ~~die~~ lediglich geringfügige Überschreitung der Abstandsfläche keine gravierenden Nachteile entstehen. Das Brandschutzerisiko wird erst dann erheblich, wenn Sie dem Vorbau gegenüber bauen. In diesem Fall müssen Ihre Nachbarn allerdings den Vorbau abreißen. Ihre Nachbarn schützt insoweit das Gesetz, ^{in § 76 I 1 HBauO} welches eine Beseitigung erst dann erlaubt, wenn nicht andere, mildere Maßnahmen abhelfen. Ihre wirtschaftlichen Interessen waren hier nicht zu berücksichtigen, weil diese von § 6 HBauO nicht geschützt werden (S. 9 ff.).

Daher sollten Sie sich nicht gegen den Bescheid vom 25.07.2016 wehren.

Sollten Sie weitere Fragen haben, zögen Sie bitte nicht, mich zu kontaktieren.

Ich bedauere, Ihnen keine besseren Nachrichten überbringen zu können. Ein erfolgloses Vorgehen wäre für Sie auch mit Kosten bis zu 5000€ verbunden. Auch deshalb rate ich Ihnen dringend von dem Vorgehen ab.

Mit freundlichen Grüßen

- Dr. Lagemann -

Ein schön Arbeit.

Bei der isolierten Aufarbeitung der NB hatten Sie auch noch die WdZ. u. materielle Teilbarkeit voraussetzen können.

Der Aufbau ist aber sonst gelungen. Es fanden sich viele schöne Formulierungen und Details.

Die Abwägung im Ermessen ist teilweise etwas knapp, aber im Kern zutreffend und gelungen.

Wartung auch gut gesehen.

Mandatsverletzung auch gelungen.

Insgesamt

12 Punkte

WJ
15/1/11