

Lösung Klausur Nr. 1650

Schriftsatz¹:

Antrag auf Zulassung der Berufung:

Dr. Marlene Meister
Rechtsanwältin (Datum)
.....

Per beA²

An das
Bayerische Verwaltungsgericht München
Bayerstraße 30
80335 München

In der Verwaltungsstreitsache Mahmud Demiröl, Gartenallee 23, 86899 Landsberg am Lech, vertreten durch RAin Dr. Meister,

M 11 K 24.1263

gegen

die Große Kreisstadt Landsberg am Lech, Katharinenstraße 1, 86899 Landsberg am Lech, vertreten durch die Oberbürgermeisterin

beantrage ich für den Kläger hiermit

die Berufung gegen das am 10. Januar 2025 zugestellte Urteil des Bayerischen Verwaltungsgerichtes München vom 30. Dezember 2024, Az. M 11 K 24.1263

zuzulassen.

Anmerkung: Da bei einem erfolgreichen Zulassungsantrag das Verfahren sofort als Berufungsverfahren fortgesetzt wird, § 124a Abs. 5 S. 5 VwGO, können auch die Berufungsanträge schon „vorsichtshalber“ gestellt werden, also die Aufhebung des Urteils und der Baugenehmigung.

¹ Vgl. auch die Examensklausuren 2012/I/10, abgedruckt in BayVBl 2017, 103 (SV) und 140 (LS) sowie 2021/I/10. Das Thema „Schriftsatz zur Zulassung der Berufung“ wurde auch abgefragt im Termin 2015/I/9. Von dieser Klausur findet sich der Sachverhalt in BayVBl 2019, 681, die Lösung auf Seite 718. In der Klausur 2023/II/8 musste dann ein Schriftsatz gefertigt werden zur Abwehr eines Antrags auf Zulassung der Berufung

² Vgl. § 55d VwGO, der gem. § 125 VwGO auch im Berufungsverfahren anzuwenden ist.

Begründung:

Die Berufung ist zuzulassen, denn

- A. Es bestehen **ernstliche Zweifel an der Richtigkeit des Urteils, § 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO.**

Ernstliche Zweifel an der Richtigkeit des Urteils bestehen, da aufgezeigt werden kann, dass die angegriffene Entscheidung aus Sicht des Klägers im Ergebnis mit überwiegender Wahrscheinlichkeit unrichtig ist³.

Anmerkung: Es gibt hier keine zwingenden Aufbauregelungen. Es sind die Punkte darzustellen, die zur Fehlerhaftigkeit des angefochtenen Urteils führen, natürlich getrennt nach Mängeln aus der Zulässigkeit und Begründetheit.

Der „Textbaustein“ der st. Rspr. in Bayern lautet: „Solche Zweifel bestehen dann, wenn der Kläger im Zulassungsverfahren einen einzelnen tragenden Rechtssatz oder eine einzelne erhebliche Tatsachefeststellung des Erstgerichts mit schlüssigen Gegenargumenten infrage stellen kann. Die von § 124a Abs. 4 Satz 4 VwGO geforderte Darlegung dieses Zulassungsgrundes erfordert eine konkret fallbezogene und hinreichend substantiierte Auseinandersetzung mit den Gründen der angefochtenen Entscheidung; es muss dargelegt werden, dass und weshalb das Verwaltungsgericht entscheidungstragende Rechts- und Tatsachenfragen unrichtig entschieden hat.

Ein richtiges „Schema“ existiert aber nicht. Die Zulässigkeit des Zulassungsantrags ist völlig unproblematisch, sie kann aber auch Bestandteil des Schriftsatzes sein.

Das Verwaltungsgericht ist zu Unrecht der Auffassung, die erhobene Anfechtungsklage gegen den Bescheid vom 2. März 2023 sei in vollem Umfang unbegründet. Tatsächlich hätte aber der **Baugenehmigungsbescheid aufgehoben** werden müssen.

Bei zutreffender rechtlicher Würdigung hätte das Gericht zu dem Ergebnis kommen müssen, dass der Bescheid rechtswidrig ist und den Kläger in seinen Rechten verletzt, § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO.

- I. Die vom Kläger erhobene Klage war **als Anfechtungsklage gem. § 42 Abs. 1 1. Alt. VwGO gegen den Verwaltungsakt Baugenehmigung zulässig.**

³ VGH München, Beschl. 6.8.2019, Az. 20 ZB 18.2418, www.gesetze.bayern.de

hemmer.assessorkurs

bayern

Klausur Nr. 1650 / Lösung Seite 2

1. Die Klage war **nicht verfristet**, die Klagefrist wurde gem. §§ 74 Abs. 1 S. 2, 58 Abs. 2 VwGO analog eingehalten.
- a) Die Klagefrist des § 74 Abs. 1 S. 2 VwGO begann gegen den Kläger jedenfalls **nicht durch eine Zustellung der Baugenehmigung zu laufen**. Im Zeitpunkt der Erteilung der Baugenehmigung im Jahr 2023 erfolgte trotz Verweigerung der Unterschrift durch den Kläger keine nach Art. 66 Abs. 1 S. 4 BayBO erforderliche Zustellung, so dass durch den bloßen Erlass der Genehmigung am 2. März 2023 keine Frist beginnen konnte.
- b) Auch am 23.2.2024 erfolgte keine Zustellung der Baugenehmigung. Zwar erhielt der Kläger dort eine Kopie der Baugenehmigung formlos übermittelt, dies entspricht jedoch nicht den Anforderungen an eine Zustellung gem. Art. 66 Abs. 1 S. 4 BayBO. Zum einen wurde für die Übermittlung keine Zustellungsart gewählt, die den Anforderungen des VwZVG entsprochen hätte, zum anderen ist Gegenstand der Zustellung nach Art. 2 Abs. 1 VwZVG ein „Dokument“, darunter ist nur das Original oder eine **Ausfertigung** eines Bescheides zu verstehen, aber keine einfache Kopie. Daher konnte auch an diesem Tag keine Klagefrist beginnen.
- c) Der Kläger hatte im Übrigen frühestens **Kenntnis von der Baugenehmigung**, als am 1.2.2024 mit den Umbauarbeiten begonnen wurde. Ein Nachbar, der dem Vorhaben nicht vorab zugestimmt hat und dem die Baugenehmigung nicht bekannt gegeben wurde, muss sich, sobald er sichere Kenntnis von der Baugenehmigung erlangt hat oder diese hätte erlangen müssen, **so behandeln lassen, als habe die Jahresfrist zur Einlegung der Anfechtungsklage gem. §§ 74 Abs. 1 und 58 Abs. 2 VwGO zu laufen begonnen**; nach Ablauf dieser Frist ist die Baugenehmigung ihm gegenüber bestandskräftig und die danach erst erhobene Anfechtungsklage ist wegen Zeitablaufs als unzulässig anzusehen⁴.

Entgegen der Ansicht der Beklagten kann eine positive Kenntnis oder ein Kennenmüssen nicht daraus resultieren, dass über das Vorhaben der Beklagten in einer Zeitung berichtet wurde⁵. Nur wenn sich das Vorhandensein einer Genehmigung dem objektiven

⁴ So der VGH München in einem Beschluss zur Ablehnung der Zulassung der Berufung vom 30.4.2019, Az. 15 ZB 18.979, www.gesetze.bayern.de. In dieser Entscheidung stellt der VGH klar, dass es sich dabei nicht um ein Problem der Verwirkung handelt, so dass kein „Umstandsmoment“ erforderlich ist. Vielmehr handelt es sich um einen besonderen Fristlauf.

⁵ Vgl. zu diesem typischen Fristproblem auch VG München, U. v. 25.07.2023, Az. M 1 K 18.5956, www.gesetze.bayern.de

Beobachter aufdrängt, kann von einem derartigen Kennenmüssen ausgegangen werden.

2. Entgegen den Bedenken des Gerichts erster Instanz lag auch das **Rechtsschutzbedürfnis** vor. Gegen einen Baugenehmigungsbescheid ist eine andere Möglichkeit als diejenige der Erhebung einer Anfechtungsklage nicht eröffnet. Auch der Vorbescheid spielt letztlich für die Zulässigkeit der Klage keine Rolle. Es ist lediglich in der Begründetheit näher zu prüfen, ob bereits eine Bindungswirkung des Bescheides eingetreten ist. Es wird dargelegt werden, dass dem nicht so ist.

Anmerkung: Weitere Ausführungen zur Zulässigkeit der erstinstanzlichen Klage sind nicht veranlasst, da keine weiteren Probleme existieren. Nachdem die Fristproblematik aber schon Gegenstand des erstinstanzlichen Vorbringens war, sollte sie hier noch einmal klargestellt werden.

Ansonsten könnte noch eine Stellungnahme zur Klagebefugnis erfolgen. Da aber natürlich eine ausführliche Darstellung der Begründetheit samt Rechtsverletzung des Klägers erfolgt, erscheint dies nicht zwingend.

Da das Gericht der ersten Instanz die Zulässigkeit der Klage aber auch nur angezweifelt, aber nicht verneint hatte, war es auch möglich, die Zulässigkeit der erstinstanzlichen Klage vollständig in das Hilfsgutachten zu verschieben.

- II. Die Klage, die sich zutreffend gem. § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO gegen die Große Kreisstadt Landsberg am Lech richtete, hätte für begründet erklärt werden müssen, da die Baugenehmigung vom 2. März 2023 **in drittschutzverletzender Art rechtswidrig** ist.

Gem. Art. 68 Abs. 1 S. 1 BayBO ist eine Baugenehmigung nur zu erteilen, wenn das Vorhaben nicht gegen Normen verstößt, die im bauaufsichtlichen Verfahren geprüft werden müssen.

1. Vorliegend wurde bereits das **falsche Verfahren** gewählt, da der Nutzungszweck der Anlage die Unterbringung von Obdachlosen ist, so dass gem. Art. 2 Abs. 4 S. 1 Nr. 11 BayBO⁶ ein Sonderbau vorliegt. Es kommt dabei nicht auf den Umfang an, so dass auch ein Vorhaben mit lediglich vier Unterbringungsmöglichkeiten für maximal 8 Personen darunterfällt. Es handelt sich nicht um zu vermietende Wohnungen, sondern um Einrichtungen, die die Beklagte hoheitlich einseitig besetzt, so dass von einer Unterbringung auszugehen ist⁷.

⁶ Seit der Neufassung der BayBO zum 1.1.2025 ist dies Nr. 13

⁷ Vgl. Dirnberger in Busse/Kraus, BayBO, Stand 12/24, Art. 2 Rd. 456

hemmer.assessorkurs

bayern

Klausur Nr. 1650 / Lösung Seite 3

Anmerkung: Dieser Aspekt kann aber auch vollständig ins Hilfsgutachten verlagert werden, da sich daraus kein Drittschutz ergibt.

2. Innerhalb des Genehmigungsverfahrens ist gem. Art. 60 S. 1 Nr. 1 BayBO die Vereinbarkeit mit dem Bauplanungsrecht zu prüfen, die hier jedoch nicht gegeben ist.
- a) Gem. § 29 Abs. 1 BauGB sind §§ 30ff BauGB anzuwenden, da das Vorhaben aufgrund der Berührung planungsrechtlicher Belange, vgl. § 1 Abs. 6 Nr. 3 BauGB als bodenrechtlich relevant anzusehen ist.
- b) Da das Vorhaben im Bereich eines **Bebauungsplans** liegt, dessen Wirksamkeit angenommen werden kann, der ein Gewerbegebiet festsetzt, orientiert sich die planungsrechtliche Zulässigkeit des Vorhabens an **§§ 30 Abs. 1 BauGB, 8 BauNVO**. Da das Vorhaben keinen gewerblichen Zweck hat, ist es in dem Gebiet nicht generell zulässig, sondern konnte nur über die Gewährung einer Ausnahme gem. §§ 8 Abs. 3 Nr. 2 BauNVO, 31 Abs. 1 BauGB genehmigt werden.
- c) **Die Voraussetzungen für die Gewährung einer Ausnahme lagen nicht vor.**
- aa) Die Obdachlosenunterkunft ist zwar eine Anlage für soziale Zwecke und keine Wohnnutzung⁸, da sie nur der Unterbringung Nichtsesshafter oder anderer Obdachloser und als Schlafstätte dient. Es fehlt daher die für eine Wohnnutzung erforderliche auf Dauer angelegte Häuslichkeit, Eigengestaltung der Haushaltsführung und des häuslichen Wirkungskreises sowie die Freiwilligkeit des Aufenthalts. Dass dabei aufgrund der jeweiligen Besonderheiten des Einzelfalls eine kürzere oder längere staatliche Unterbringung erforderlich ist und angeordnet werden kann, ist für die so erfolgte Einstufung irrelevant. Grundsätzlich wäre daher die Ausnahme des § 8 Abs. 3 Nr. 2 BauNVO gegeben.
- bb) Allerdings ist zu beachten, dass der Verordnunggeber die Anlagen für soziale Zwecke in erster Linie und in der Mehrzahl anderen Baugebieten zugeordnet und dort als allgemein zulässige Anlagen (vgl. §§ 4, 4a, 5, 6 und 7 BauNVO) qualifiziert hat.

Weiterhin ist zu beachten, dass Vorhaben, die nur ausnahmsweise zulässig sind, mit der **allgemeinen**

Zweckbestimmung eines Baugebiets nicht unverträglich sein dürfen⁹. Entscheidend ist, ob ein Vorhaben dieser Art **generell geeignet ist, ein bodenrechtlich beachtliches Störpotenzial zu entfalten**, das sich mit der Zweckbestimmung des Baugebiets nicht verträgt. Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass im Geltungsbereich eines ausgewiesenen Baugebiets grundsätzlich auf jedem Baugrundstück die nach dem Katalog der Nutzungsarten der jeweiligen Baugebietsvorschrift zulässige Nutzung möglich sein soll. Das typische Störpotenzial kann nicht nur im Störgrad, sondern auch in der Störempfindlichkeit eines Vorhabens liegen. Gewerbegebiete dienen nach § 8 Abs. 1 BauNVO vorwiegend der Unterbringung von nicht erheblich belästigenden Gewerbebetrieben. Sie zeichnen sich dadurch aus, dass in ihnen gearbeitet wird. **Nach dem Leitbild der Baunutzungsverordnung ist ein Gewerbegebiet den produzierenden und artverwandten Nutzungen vorbehalten**. Es steht Gewerbebetrieben aller Art und damit verschiedenartigsten betrieblichen Betätigungen offen, die vom kleinen Betrieb bis zu industriellen Großbetrieben reichen können, sofern es sich um nicht erheblich belästigende Gewerbebetriebe handelt.

Mit einer Obdachlosenunterkunft, die eine „wohnähnliche“ Nutzung¹⁰ darstellt, ist das nicht vereinbar. Sie steht in **keinem funktionalen Zusammenhang mit oder für eine der im Gewerbegebiet zulässigen Hauptnutzungsarten**. Im Gegenteil kann die Störempfindlichkeit einer solchen Unterkunft zu einem gewerbebegrenzenden Störpotential führen und damit der Zweckbestimmung gerade dieser Baugebietsart zuwiderlaufen. Daran vermag auch der Hinweis auf die Betriebsleiterwohnung auf dem Grundstück des Klägers nichts zu ändern. Die von § 8 Abs. 3 Nr. 1 BauNVO als ausnahmsweise zulassungsfähig erklärten Wohnungen, „die dem Gewerbebetrieb zugeordnet und ihm gegenüber (...) untergeordnet sind“, genießen die Vorteile ihrer betriebsnahen Unterbringung nur unter Inkaufnahme des von den Gewerbebetrieben ausgehenden Störpotentials. Damit ist die Unterbringung von Obdachlosen nicht vergleichbar, da sie gerade nicht dieser Vorteilserlangung dient.

An der Gebietsunverträglichkeit der Obdachlosenunterkunft ändert sich auch durch das Argument nichts, dass die Gewerbebetriebe ohnehin auf die südlich und östlich angrenzenden Mischgebiete Rücksicht zu nehmen hätten. Auf die konkrete Bebauung in der

⁸ vgl. zum Ganzen VG München, Beschl. v. 28.11.2019, Az. M 11 SN 19.2878 sowie VG München, Urteil v. 25.07.2023, Az. M 1 K 18.5956, beide www.gesetze.bayern.de

⁹ Vgl. Decker in J/D, BauGB, BauNVO, 10. Aufl. 2022, § 1 BauNVO, Rd. 15ff

¹⁰ vgl. BayVGh, B.v. 13.6.2017, Az.: 1 ZB 14.1286, www.gesetze.bayern.de

hemmer.assessorkurs

bayern

Klausur Nr. 1650 / Lösung Seite 4

Nachbarschaft kommt es nicht an. Die Gebietsverträglichkeit ist der **Einzelfallprüfung auf der Grundlage des § 15 Abs. 1 Satz 1 BauNVO vorgelegt**.

Ebenso kommt es nicht darauf an, ob in dem Wasserturm bereits früher eine legale Wohnnutzung durch den Bahnwärter und seine Familie stattgefunden hat, da ein etwaiger Bestandsschutz durch die Aufgabe der Nutzung bereits vor 20 Jahren erloschen ist.

Auch § 246 Abs. 10 BauGB zeigt, dass die wohnähnliche Nutzung, die in dieser Norm nur für Asylbewerber geregelt ist, ausnahmsweise in einem Gewerbegebiet nur für eine Übergangsfrist zulässig sein soll. Daraus folgt, dass sonstige wohnähnliche Nutzungen dem Gebietszweck widersprechen, so dass die Gewährung der Ausnahme rechtswidrig war¹¹.

Anmerkung: Wichtig war hier eine überzeugende Argumentation dahingehend, dass das Vorhaben trotz der Regelung des § 8 Abs. 3 Nr. 2 BauNVO **generell unzulässig** ist, da es dem Gebietszweck widerspricht. Es war nicht auf § 15 I S. 2 BauNVO abzustellen, das Gebot der Rücksichtnahme ist einzelfallbezogen und kommt erst zum Tragen, wenn das Vorhaben eigentlich generell zulässig ist!

- d) Diese Rechtswidrigkeit der Baugenehmigung führt auch zu einer Rechtsverletzung des Klägers, die vom Verwaltungsgericht verkannt wurde. Es liegt eine **Verletzung des Gebietserhaltungsanspruchs** vor.

Der Gebietserhaltungsanspruch gibt den Eigentümern von Grundstücken in einem durch Bebauungsplan festgesetzten Baugebiet oder in einem faktischen Baugebiet **das Recht, sich gegen hinsichtlich der Art der baulichen Nutzung nicht zulässige Vorhaben unabhängig von den damit verbundenen tatsächlichen Beeinträchtigungen oder Störungen zur Wehr zu setzen**¹². Diese Voraussetzungen liegen vor, da das streitgegenständliche Vorhaben nach der Art der baulichen Nutzung planungsrechtlich unzulässig ist.

Durch das Vorhaben entsteht die Gefahr, dass sich das Gebiet schleichend verändern könnte in ein solches, in dem Anlagen für soziale Zwecke generell zulässig sind. Entscheidend an dem Gebietserhaltungsanspruch ist, dass es auf konkrete Beeinträchtigungen oder die konkrete Ausführung des Vorha-

bens nicht mehr ankommt. Daher spielt es auch keine Rolle, dass der Kläger nicht auf seinem Betriebsgelände wohnt. Da dies vom Verwaltungsgericht verkannt wurde, bestehen ernstliche Zweifel an der Richtigkeit der Entscheidung. Die Klage hätte für begründet erklärt werden müssen.

- e) An der planungsrechtlichen Unzulässigkeit des Vorhabens ändert auch der **Vorbescheid vom 12.12.2022** nichts. Zwar entfaltet ein Vorbescheid Bindungswirkung gegenüber dem Nachbarn, soweit sein Inhalt reicht. Allerdings setzt die Bindungswirkung gegenüber einem Nachbarn voraus, dass der Vorbescheid diesem gegenüber bestandskräftig geworden ist, dies ist nicht der Fall.

Anmerkung: Entscheidend ist, dass die Bindungswirkung des Vorbescheides erkannt und angesprochen wird. Im Aufbau kann dies auch vor der bauplanungsrechtlichen Prüfung erfolgen nach dem Motto „Das Vorhaben verstößt gegen das Bauplanungsrecht. Dies war auch noch zu prüfen, da der Vorbescheid in Form der Bebauungsgenehmigung dem Kläger gegenüber nicht bestandskräftig wurde...“.

Ein Bescheid wird bestandskräftig, wenn er mit Rechtsbehelfen nicht mehr angefochten werden kann. Vorliegend begann jedoch keine Frist zu laufen, da der Vorbescheid dem Kläger nie zugestellt wurde.

- aa) Der Bescheid, der am 12.12.2022 zugestellt werden sollte, wurde dem Kläger weder durch Einlegen in den Briefkasten noch durch eine sonstige wirksame Zustellung ordnungsgemäß bekannt gegeben. Bei Bekanntgabe eines Verwaltungsakts durch die Post mit Zustellungsurkunde gelten für die Ausführung der Zustellung die §§ 177 bis 182 ZPO entsprechend, vgl. Art. 41 Abs. 5 BayVwVfG, Art. 3 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 VwZVG. Deren Voraussetzungen wurden nicht eingehalten.

Am Zustellungstag wurde der Empfänger nicht in seiner Wohnung angetroffen. Ist dies der Fall, kann das Schriftstück in der Wohnung einem erwachsenen Familienangehörigen, einer in der Familie beschäftigten Person oder einem erwachsenen ständigen Mitbewohner zugestellt werden (§ 178 Abs. 1 Nr. 1 ZPO). Ist die Zustellung auf diesem Weg nicht ausführbar, kann das Schriftstück in einen zu der Wohnung gehörenden Briefkasten oder in eine ähnliche Vorrichtung eingelegt werden, die der Adressat für den Postempfang eingerichtet hat und die in der allgemein üblichen Art für eine sichere Aufbewahrung geeignet ist (§ 180 Satz 1 ZPO). Mit der Einlegung gilt das Schriftstück als zugestellt (§ 180 Satz 2 ZPO).

¹¹ Vgl. Decker in J/D, § 8 BauNVO Rd. 17.

¹² Grundlegend bereits BVerwG, U.v. 16.9.1993 - 4 C 28/91 - = NJW 1994, 1546; seitdem st. Rspr., vgl. auch VG München, U. v. 25.07.2023, Az M 1 K 18.5956, www.gesetze.bayern.de

hemmer.assessorkurs

bayern

Klausur Nr. 1650 / Lösung Seite 5

bb) Die Ersatzzustellung nach § 180 ZPO ist allerdings nur möglich **in der Wohnung, die der Zustellungsadressat zur Zeit der Zustellung schon und noch bewohnt** und die in diesem Zeitpunkt sein räumlicher Lebensmittelpunkt ist. Hat der Adressat die Nutzung der Räume aufgegeben, ist eine Zustellung an ihn dort nicht mehr möglich. Der Kläger hat seine Wohnung im Postweg zum 1.12.2022 aufgegeben, der entsprechende Willensentschluss hat auch durch das Leerräumen der Wohnung im Postweg einen nach außen erkennbaren Ausdruck gefunden. Der Aufgabewille muss nicht zwingend für den Absender des zuzustellenden Schriftstücks oder die mit der Zustellung betraute Person, wohl aber für einen mit den Verhältnissen vertrauten Beobachter erkennbar sein. Dies setzt jedoch nicht voraus, dass der Zustellungsadressat alle Merkmale beseitigt, die den Anschein erwecken könnten, er nutze die Wohnräume auch weiterhin. **Der bloße, ihm zurechenbare Rechtsschein, unter der jeweiligen Anschrift eine Wohnung zu unterhalten, genügt für eine ordnungsgemäße Zustellung nicht**¹³. Insbesondere ermöglicht allein die Existenz eines Namensschilds bei Aufgabe der Wohnung keine wirksame Zustellung, weil ansonsten die Erkennbarkeit für den konkreten Zusteller maßgeblich wäre. Ein Irrtum des Zustellers über das Vorliegen eines Wohnraums kann dem Zustellungsempfänger nicht zugerechnet werden. Auch auf die Möglichkeit des Zustellungsempfängers, sich Kenntnis vom Inhalt von Sendungen zu verschaffen, die ohne das Vorliegen der Voraussetzungen einer Ersatzzustellung eingeworfen wurden, kommt es bei objektiv erkennbarer Wohnungsaufgabe nicht an.

cc) Die Beweiskraft der Zustellungsurkunde erstreckt sich auch nicht darauf, dass der Zustellungsempfänger tatsächlich im Zeitpunkt der Zustellung unter der angegebenen Anschrift gewohnt hat. Eine dahingehende Prüfung ist nicht Aufgabe des Zustellers. Auch wenn die entsprechende Bestätigung des Zustellers als Beweiszeichen für das Innehaben der Wohnung gewertet werden kann, beschränkt sich die Beweiskraft der Zustellungsurkunde auf den Einwurf in den Briefkasten. Der Zustellungsempfänger muss daher im Falle der Wohnungsaufgabe insoweit keinen qualifizierten Gegenbeweis gemäß § 418 Abs. 2 ZPO erbringen. Durch die vorgelegten eidesstattlichen Bestätigungen der Ehefrau und der ehemaligen Nachbarin des Klägers erfolgte auch eine schlüssige und plausible Darlegung, aus der sich die

Wohnungsaufgabe zum maßgeblichen Zeitpunkt der Zustellung ergab¹⁴.

Gemessen daran hätte das Verwaltungsgericht nicht von der Bestandskraft und damit der Bindungswirkung des Vorbescheides ausgehen dürfen mangels Wirksamkeit der Zustellung dieses Bescheides.

dd) Auch zu einem späteren Zeitpunkt erfolgte keine Zustellung des Vorbescheides. Zwar wurde er von der Beklagten im Schriftsatz vom 23.4.2024 vorgelegt, jedoch erneut nur in Kopie, so dass diese Übermittlung nicht als Zustellung angesehen werden kann. Sollte ab diesem Zeitpunkt von einer Kenntniserlangung ausgegangen werden, besteht noch bis 23.4.2025 eine Anfechtungsmöglichkeit.

3. Die Baugenehmigung hätte auch aufgehoben werden müssen, da das **Vorhaben gegen Art. 6 Abs. 1 BayBO verstößt**, der auch im vereinfachten Verfahren gem. Art. 59 S. 1 Nr. 1 b BayBO zu prüfen ist.

Zwar handelt es sich bei dem Wasserturm um einen Grenzanbau, der offensichtlich als solcher genehmigt wurde. Allerdings liegt nunmehr eine Nutzungsänderung vor, unabhängig davon, ob früher eine Wohnnutzung vorhanden war, da diese bereits vor 20 Jahren aufgegeben wurde und daher der Bestandsschutz erloschen ist. Bei Nutzungsänderungen, die mit einer anderen Nachbarrelevanz verbunden sind, muss die Frage nach den Abstandsflächen neu gestellt werden.

Da diese neben der Belichtung, Besonnung und Belüftung auch dem Wohnfrieden dienen, ist ein Grenzanbau, der zu wohnähnlichen Zwecken in vier Einheiten dient, anders zu beurteilen als eine frühere Nutzung nur mit einer Wohneinheit. Daher hätte eine Prüfung des Art. 6 Abs. 1 BayBO erfolgen müssen, nachdem die Abstände nicht gewahrt sind, hätte die Genehmigung auch aus diesem Grund verweigert werden müssen. Die Ausnahme von den Abstandsflächen hätte nicht erteilt werden dürfen. Auch deshalb ist die Entscheidung des VG als unrichtig anzusehen.

B. Nach alledem ist die Berufung gem. § 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO zuzulassen, da ernstliche Zweifel an der Richtigkeit des erstinstanzlichen Urteils bestehen.

Unterschrift *Dr. Meister*

¹³ BayVGH, Beschl. v. 13.12.2017, Az. 11 CS 17.2098, www.gesetze.bayern.de

¹⁴ Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, § 418 Rn. 7; OVG Münster, Beschl. v. 26.9.2012 – 16 E 1300/11 – juris.

Teil 2: Schreiben an den Mandanten mit Gutachten zu den Erfolgsaussichten der Berufung.

Anmerkung: Es gibt keine formellen Regelungen über die Abfassung eines Mandantenschreibens. Entscheidend ist nur, ob die im Schriftsatz noch nicht behandelten Problemfragen vollständig abgehandelt werden.

Sehr geehrter Herr Demiröl,

Sie finden den gefertigten Entwurf für den Antrag auf Zulassung der Berufung anbei, der Antrag ist nach meiner Rechtsauffassung zulässig und begründet.

Nachfolgend schildere ich Ihnen, dass leider die von Ihnen bemängelten Verfahrensfehler nicht dazu führen, das Urteil angreifen zu können. Außerdem erläutere ich Ihnen, dass das Rechtsmittel der Berufung nach der erfolgten Zulassung durch den VGH zulässig und begründet sein wird.

A. Verfahrensmängel

Sie hatten mir geschildert, dass ihr Befangenheitsgesuch unter Mitwirkung der abgelehnten Vorsitzenden zurückgewiesen wurde und dass trotz ihres Gesuches keine weitere mündliche Verhandlung stattgefunden hatte. Beides führt jedoch nicht zu einer erfolgreichen Berufungszulassung nach § 124 Abs. 2 Nr. 5 VwGO.

I. Ablehnung wegen Befangenheit

- Gem. § 54 Abs. 1 VwGO gelten für die Ausschließung von Gerichtspersonen die Regelungen der §§ 41ff ZPO entsprechend. Sie haben in der Verhandlung einen zulässigen Ablehnungsantrag gem. § 54 Abs. 1 VwGO i.V.m. § 44 ZPO gestellt. Über diesen hätte gem. § 54 Abs. 1 VwGO, § 45 Abs. 1 ZPO die Kammer entscheiden müssen **ohne Mitwirkung der Vorsitzenden**. Damit liegt **grundsätzlich ein Verfahrensfehler** vor, unabhängig davon, ob ihr Ablehnungsgesuch begründet war. Letzteres ist allerdings eher zweifelhaft, da das Gericht im Rahmen seiner Hinweispflicht nach § 86 Abs. 3 VwGO seine vorläufige Rechtsauffassung durchaus kundtun darf, ohne dass sich daraus ein Grund ergeben könnte, der Misstrauen gegenüber dem Gericht rechtfertigen könnte¹⁵.

- Nach § 124 Abs. 2 Nr. 5 VwGO kann die Berufung allerdings nur bezüglich eines Verfahrensmangels zugelassen werden, der der **Beurteilungskompetenz des Berufungsgerichts unterfällt**. Eine zu Unrecht erfolgte Ablehnung eines Befangenheitsgesuchs unterliegt indes nach § 173 Satz 1 VwGO i.V.m. § 512 ZPO **nicht der Beurteilung des Berufungsgerichts**, da der Beschluss, mit dem der Befangenheitsantrag abgelehnt worden ist, **seinerseits nach § 146 Abs. 2 VwGO unanfechtbar** ist¹⁶. Daher scheidet die Geltendmachung dieses eigentlich gegebenen Verfahrensmangels aus.
- Ein nach § 124 Abs. 2 Nr. 5 VwGO die Berufungszulassung gebietender Verfahrensmangel liegt jedoch dann (und nur dann) vor, wenn die fehlerhafte Entscheidung über die Richterablehnung zugleich einen Verstoß gegen die Garantie des gesetzlichen Richters aus Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG beinhaltet. Allerdings begründet nicht jede fehlerhafte Rechtsanwendung zugleich einen Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG. Vielmehr ist dies nur dann der Fall, wenn sich die **Handhabung der maßgeblichen Verfahrensnormen durch die streitentscheidenden Richter als willkürlich bzw. manipulativ** darstellt¹⁷. Demzufolge bedarf es zur Substantiierung eines die Zulassung der Berufung nach § 124 Abs. 2 Nr. 5 VwGO gebietenden Verfahrensfehlers im Zusammenhang mit der Ablehnung eines Befangenheitsgesuchs über die Darlegung von deren Rechtsfehlerhaftigkeit hinaus der weiteren Darlegung, dass die Ablehnung im konkreten Fall nicht lediglich rechtsfehlerhaft, sondern willkürlich bzw. manipulativ erfolgt ist.

Dafür gibt es jedoch nach Ihrer Schilderung keine Anhaltspunkte. Offensichtlich war das Gericht der Auffassung, dass aufgrund der – zutreffend gesehene – eindeutigen Unbegründetheit des Ablehnungsantrags ein derartiger Beschluss der gesamten Kammer möglich ist, dies kann nicht als besondere Willkür angesehen werden.

Anmerkung: Nach Thomas-Putzo, ZPO, § 45 Rd. 1 ist eine Mitwirkung des befangenen Richters bei der Entscheidung über seine Ablehnung dann nicht relevant, wenn es sich um ein offensichtlich unzulässiges Gesuch handelt. Dies wäre hier ebenfalls vertretbar, da es offensichtlich keinen Befangenheitsgrund gibt.

II. Verstoß gegen den Mündlichkeitsgrundsatz

¹⁵ Kopp/Schenke, VwGO, 30. Aufl. 2024, § 54 Rd. 11b, § 86 Rd. 24 und 27 sowie § 104 Rd. 4

¹⁶ Kopp/Schenke, VwGO, § 54 Rd. 19, 22; BayVGH, Beschl. v. 23.03.2020, Az. 12 ZB 18.706, www.gesetze.bayern.de

¹⁷ Kopp/Schenke, VwGO, § 54 Rd. 22, BayVGH aaO (Fn. 13).

hemmer.assessorkurs

bayern

Klausur Nr. 1650 / Lösung Seite 7

Leider führt auch das zweite Vorkommnis, von dem Sie mir berichtet haben, nicht zu einem rügbaren Verfahrensfehler. Das Gericht hat hier nicht noch einmal mündlich verhandelt, obwohl Sie in Ihrem letzten Schreiben an das Gericht sinngemäß darum gebeten haben.

1. **Grundsätzlich hat das Gericht gem. § 101 Abs. 1 VwGO mündlich zu verhandeln.** Wenn in einer ersten mündlichen Verhandlung noch kein Ergebnis erzielt werden kann, ist die mündliche Verhandlung fortzusetzen. Dies ist dann anders, wenn die Beteiligten auf eine (weitere) mündliche Verhandlung verzichten, § 101 Abs. 2 VwGO¹⁸.
2. Das Gericht kann über die Klage gemäß § 101 Abs. 2 der Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) ohne (weitere) mündliche Verhandlung entscheiden, wenn die Beteiligten (z.B. in einer ersten mündlichen Verhandlung) darauf verzichten, § 101 Abs. 2 VwGO.
Ein solches Einverständnis wurde von Ihnen und der Vertreterin der Beklagten in der mündlichen Verhandlung vom 16. September 2024 erklärt. An der Wirksamkeit dieser Erklärung gibt es keine Zweifel, sie ist weder durch eine weitere ergangene Entscheidung verbraucht¹⁹, noch wirksam widerrufen worden.
3. Sie haben zwar im Schreiben vom 16. Oktober 2024 erklärt, dass es Ihnen lieber wäre, wenn noch einmal mündlich verhandelt werden würde. Dies könnte bei großzügiger Auslegung als **Widerruf des Verzichts auf (weitere) mündliche Verhandlung angesehen werden.**

Doch selbst wenn man trotz der grundsätzlichen **Unanfechtbarkeit und Unwiderruflichkeit von Prozesshandlungen**²⁰ zu Ihren Gunsten von der Möglichkeit des Widerrufs von Verzichtserklärungen nach § 101 Abs. 2 VwGO ausgeht, liegen die Voraussetzungen für einen wirksamen Widerruf hier nicht vor. **Voraussetzung eines solchen ist nämlich nach dem Rechtsgedanken des § 128 Abs. 2 S. 1 ZPO, dass zwischen Abgabe der Verzichtserklärung und dem Widerruf derselben eine wesentliche Änderung der Prozesslage eingetreten ist**²¹. Davon kann im vorliegenden Fall nicht die Rede sein. Die Prozesslage hat sich in der Zeit zwischen Abgabe der Verzichtserklärung durch und Abgabe der Widerrufserklärung nicht wesentlich geändert.

Weder ist für diesen Zeitraum eine wesentliche Änderung der Rechtslage zu verzeichnen, noch ist seitdem eine wesentliche Änderung des entscheidungserheblichen Sachverhalts eingetreten.

Insbesondere enthält auch der Schriftsatz der Beklagten vom 14. Oktober 2024 keinerlei neuen Sachvortrag, sondern im Wesentlichen lediglich Ausführungen zu der bereits in der mündlichen Verhandlung ausführlich erörterten Sachlage. Erhebliches neues Vorbringen, welches geeignet wäre, die Wirksamkeit des Widerrufs der zu Protokoll gegebenen Verzichtserklärung zu begründen, ist darin gerade nicht zu sehen²².

B. Erfolgsaussichten der Berufung

Wenn der VGH nach dem gestellten Antrag die Berufung zulässt, wird gem. § 124a Abs. 5 S. 5 VwGO das Verfahren als Berufungsverfahren fortgesetzt. Nach meiner Auffassung, die ich Ihnen im Folgenden schildere, werden wir dieses Verfahren gewinnen, da die Berufung zulässig und begründet ist.

I. Zulässigkeit der Berufung

- I. Die Berufung ist nur **statthaft**, soweit sie sich gegen ein Endurteil, Teilurteil oder Zwischenurteil im Sinne des § 124 Abs. 1 VwGO richtet. Das Urteil des VG München stellt ein solches Endurteil gem. § 107 VwGO dar, da über die Klage vollständig entschieden wurde.
- II. Die Berufung muss vom Verwaltungsgericht (§ 124a Abs. 1 VwGO) oder vom Verwaltungsgerichtshof **zugelassen** werden, § 124 Abs. 1 VwGO. Da das Verwaltungsgericht eine Zulassung nicht ausgesprochen hat, ist die Zulassung der Berufung zu beantragen; ein entsprechender Antrag müsste seinerseits zulässig und begründet sein.

1. Zulässigkeit des Zulassungsantrags

- a) Der **Antrag** ist beim Verwaltungsgericht München zu stellen, § 124a Abs. 4 S. 2 VwGO²³.
- b) Für die Antragstellung ist eine **Frist** von einem Monat zu wahren, § 124a Abs. 4 S. 1 VwGO. Die Frist beginnt ab Zustellung des vollständigen Urteils.

¹⁸ Kopp/Schenke, VwGO, § 112 Rd. 6

¹⁹ Kopp/Schenke, VwGO, § 101 Rn. 7

²⁰ Kopp/Schenke, VwGO, vor § 40 Rd. 15

²¹ Kopp/Schenke, VwGO, § 101 Rd. 4 und 8

²² Vgl. VGH München, Beschl. v. 24.01.2024, Az. 9 ZB 23.501, www.gesetze.bayern.de

²³ Eine Antragstellung beim Bayerischen Verwaltungsgerichtshof wahrt die Frist nicht, Kopp/Schenke, § 124a VwGO, Rn. 44

hemmer.assessorkurs

bayern

Klausur Nr. 1650 / Lösung Seite 8

- c) Es gilt schon beim Antrag auf Zulassung der Berufung **Vertretungszwang**, § 67 Abs. 4 S. 2 VwGO.

Anmerkung: Die Notwendigkeit einer Vertretung besteht auch ohne ausdrückliche Erwähnung im Gesetz nur für Beteiligte, die einen Antrag stellen. Dies war in § 67 Abs. 1 S. 1 VwGOa.F. ausdrücklich geregelt. Zwar wurde diese Regelung bei der Novellierung des § 67 nicht übernommen, dennoch geht die allgemeine Meinung davon aus, dass der Grundsatz immer noch gilt. Damit braucht z.B. ein Beigeladener keine anwaltliche Vertretung, wenn er sich nicht mit einem Sachantrag beteiligt (Kopp/Schenke, § 67 VwGO, Rn. 32). Damit hat er grds. seine außergerichtlichen Kosten selber zu tragen. Stellt er einen Sachantrag, hat er bei Unterliegen andererseits das Risiko an den Kosten beteiligt zu werden (§ 162 III VwGO; Kopp/Schenke, § 162 VwGO, Rn. 23).

- d) Der Antrag muss das angefochtene Urteil bezeichnen, § 124a Abs. 4 S. 3 VwGO.
- e) Der Antrag auf Zulassung der Berufung ist innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung des Urteils beim Verwaltungsgerichtshof zu **begründen**. Die geltend gemachten Zulassungsgründe nach § 124 Abs. 2 VwGO sind darzulegen, § 124a Abs. 4 S. 4, 5 VwGO.

2. Begründetheit des Zulassungsantrags

Es muss wenigstens eine der **Voraussetzungen des § 124 Abs. 2 VwGO** vorliegen. Dies wurde durch den beigegeführten Schriftsatz dargestellt.

- III. Das Antragsverfahren wird nach § 124a Abs. 5 S. 5 VwGO im Falle der Zulassung der Berufung automatisch als Berufungsverfahren fortgesetzt. Der gesonderten Einlegung einer Berufung bedarf es nicht. Die Berufung ist **nach Zulassung schriftlich innerhalb einer Monatsfrist zum Verwaltungsgerichtshof zu begründen**; gleichzeitig ist ein Antrag zu stellen, § 124a Abs. 6 i.V.m. Abs. 3 S. 3 – 5 VwGO.

Anmerkung:

1. Lässt bereits das VG die Berufung zu, ist der VGH an die Zulassung gebunden. Zu einer Nichtzulassung ist das VG hingegen nicht befugt (§ 124a Abs. 1 VwGO). Dies ist eine formalistische Regelung und bedeutet nur, dass es keinen Ausspruch über die Nichtzulassung im Tenor geben kann.

2. Im Falle der Zulassung durch das VG gilt für die Einlegung der Berufung ebenfalls eine Monatsfrist ab Zustellung des Urteils sowie eine Begründungsfrist von zwei Monaten ab Zustellung. Notwendig ist

auch hier ein Berufungsantrag sowie die Angabe von Berufungsgründen (§ 124a Abs. 2, 3 VwGO).

- IV. Der Rechtsmittelführer muss durch das Urteil **beschwert** sein²⁴. Vorliegend handelt es sich um das Rechtsmittel des **Klägers**, daher genügt die **formelle Beschwerde**²⁵. Nachdem Ihr Antrag auf Aufhebung der Baugenehmigung gerichtet war, die Klage aber abgewiesen wurde, liegt die formelle Beschwerde vor.

Zwischenergebnis: Somit wäre die Berufung zulässig.

B. Begründetheit der Berufung

Die Berufung ist begründet, wenn sich das angegriffene **Urteil aus prozessrechtlichen bzw. materiellrechtlichen Gründen als fehlerhaft** erweist²⁶. Ist das Rechtsmittel begründet, hebt der Verwaltungsgerichtshof die angefochtene Entscheidung auf und entscheidet grundsätzlich selbst in der Sache, § 130 Abs. 1 VwGO; ggf. wird die angefochtene Entscheidung geändert. In Ausnahmefällen kann die Sache an die Vorinstanz zurück verwiesen werden, vgl. § 130 Abs. 2 VwGO.²⁷

Fehlerhaft ist die Entscheidung dann, wenn Verfahrensfehler gemacht wurden, auf denen das Urteil beruht²⁸; ferner dann, wenn der angefochtene Bescheid rechtmäßig war und damit zu Unrecht aufgehoben wurde.

I. Verfahrensfehler

Hier verweise ich auf die obigen Ausführungen.

II. Zulässigkeit der Klage

1. Eine Prüfung der Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges gem. § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO oder der örtlichen oder sachlichen Zuständigkeit gem. §§ 45, 52 VwGO entfällt gem. § 17a Abs. 5 GVG, der gem. § 83 VwGO auch innerhalb der Verwaltungsgerichtsbarkeit anzuwenden ist.

²⁴ Kopp/Schenke, Vorb. § 124 VwGO, Rn. 39 ff

²⁵ Kopp/Schenke, Vorb. § 124 VwGO Rd. 40ff, es findet ein formeller Vergleich statt zwischen dem Inhalt der gestellten Anträge und dem Ergebnis des Urteils. Bleibt der gestellte Antrag hinter dem Urteil zurück, liegt eine formelle Beschwerde vor.

²⁶ Kopp/Schenke, Vorb. § 124 VwGO, Rn. 59

²⁷ Nach § 130 besteht für das Berufungsgericht grundsätzlich die Verpflichtung, die Sache selbst spruchreif zu machen und zu entscheiden. Lediglich in den genau beschriebenen Ausnahmefällen darf die Sache zurückverwiesen werden, wenn dies ein Beteiligter beantragt.

²⁸ Kopp/Schenke, Vorb. § 124 VwGO, Rn. 60

2. Statthafte Klageart

Sie haben in der Hauptsache eine Klage auf Aufhebung der Baugenehmigung vom 2. März 2023 erhoben, aufgrund des VA-Charakters der Baugenehmigung handelte es sich dabei um eine Anfechtungsklage nach § 42 Abs. 1 1. Alt. VwGO.

3. Klagebefugnis, § 42 Abs. 2 VwGO

Da Sie als Dritter eine Baugenehmigung angefochten haben, musste die Klage auf die Verletzung einer drittsschützenden Norm gestützt sein. Aufgrund der Tatsache, dass das neue Vorhaben möglicherweise den Charakter des bisher vorhandenen Gewerbegebietes schleichend verändern könnte, steht Ihnen der Anspruch auf Bewahrung des Gebietscharakters zu. Wenn ein Bebauungsplan einen Gebietscharakter festlegt, entsteht eine Art Schicksalsgemeinschaft der Grundstückseigentümer. Jeder davon kann sich darauf verlassen, dass niemand diesen Gebietscharakter verändert, insoweit besteht ein schutzwürdiges Vertrauen, das im Rahmen einer Klage verteidigt werden kann²⁹.

4. Dass die Klage fristgerecht eingereicht wurde, wurde bereits im Zulassungsschriftsatz ausführlich erläutert, ebenso das bestehende Rechtsschutzbedürfnis.

III. Begründetheit der Klage

Es wurde bereits im Schriftsatz dargestellt, dass Ihre Klage als begründet hätte angesehen werden müssen, da die angefochtene Baugenehmigung in drittsschutzverletzender Art und Weise rechtswidrig war.

Nach alledem wäre Ihre in vollem Umfang zulässig und begründet.

Hier ist nur noch anzumerken, dass die Behörde – wie im Zulassungsschriftsatz erwähnt – das falsche Verfahren gewählt hat. Die Genehmigung wurde im vereinfachten Verfahren gem. Art. 59 BayBO erteilt, da es sich bei der Gestaltung einer Unterbringung aber um einen Sonderbau gem. Art. 2 Abs. 4 Nr. 11 BayBO handelt, hätte das umfassende Verfahren gem. Art. 60 BayBO gewählt werden müssen. Jedoch vermitteln die Verfahrensvorschriften als solche keinen Drittschutz, d.h. die Wahl der falschen Verfahrensart führt nicht zu einer Rechtsverletzung

des Nachbarn³⁰. Daher spielt es auch keine Rolle, wenn aufgrund der falschen Verfahrenswahl Normen nicht geprüft wurden, die im „richtigen“ Verfahren hätten geprüft werden müssen. Somit kam es auf brandschutzrechtliche Regelungen nicht an.

Ich hoffe, ich konnte Ihnen mit diesen Ausführungen umfassend Auskunft geben. Es bleibt nun abzuwarten, wie sich die Gegenseite äußern und der VGH anschließend entscheiden wird.

Mit freundlichen Grüßen

RAin Dr. Meister

²⁹ VG München, U. v. 25.07.2023, Az M 1 K 18.5956, www.gesetze.bayern.de. Hier wird auch klargestellt, dass der Kläger keine Unzumutbarkeit (wie beim Gebot der Rücksichtnahme) geltend machen muss.

³⁰ Vgl. z.B. OVG Lüneburg, Beschl. v. 15.10.2021, Az. 1 ME 104/20, juris.