

Fortgeschrittenenklausur: Tempora mutantur ius et mutatur illis – Hier: Baurecht*

Von Akad. Rätin Dr. **Silvia Pernice-Warnke**, Köln**

Der nachfolgende Fall enthält Probleme aus den Gebieten Baurecht, Allgemeines Verwaltungsrecht und Verwaltungsprozessrecht. Insbesondere greift er Fragestellungen auf, die sich aktuell im Zusammenhang mit dem unionsrechtlich veranlassten Wegfall der Präklusionsvorschrift des § 47 Abs. 2a VwGO sowie mit den Änderungen der BauO NRW stellen.

Sachverhalt

Fall 1

Der fußballbegeisterte S möchte auf einem ihm gehörenden Grundstück in Köln eine Fußballhalle mit einer Grundfläche von 1600 m² errichten. In der Halle sollen sich mehrere Kunstrasenplätze befinden, auf denen Fußball gespielt werden kann. Die Halle soll insbesondere für Kindergeburtstage und Betriebsfeiern angemietet werden können. Es sollen auch Speisen und Getränke angeboten werden, allerdings nur für Personen, die einen Rasenplatz zur Nutzung angemietet haben. Auf die gastronomische Einrichtung weisen außerhalb der Halle keine Werbeschilder hin. Sonstiges Unterhaltungsangebot besteht nicht. Die Erschließung ist gesichert. Der am 17.8.2016 bekannt gemachte qualifizierte Bebauungsplan sieht für das betreffende Gebiet ein reines Wohngebiet vor. In diesem leben ganz überwiegend ältere, häufig in ihrer Mobilität eingeschränkte Personen. An dem im Frühjahr 2016 durchgeführten Öffentlichkeitsbeteiligungsverfahren hatte S nicht teilgenommen. Vor dem Erlass des Bebauungsplanes hatte die Gemeinde die relevanten Belange, u.a. die sozialen und kulturellen Bedürfnisse der Bevölkerung, die Belange der Wirtschaft sowie die Wohnbedürfnisse der Bevölkerung, offensichtlich nicht ausreichend abgewogen, was sich letztlich auch auf das Abwägungsergebnis ausgewirkt hatte. Zudem hatten im Rat der Stadt Köln zwar 80 Ratsmitglieder sowie die Oberbürgermeisterin für und 10 Ratsmitglieder gegen den Bebauungsplan gestimmt, 20 Ratsmitglieder waren jedoch selbst Eigentümer von Grundstücken im Geltungsbereich des Bebauungsplans. Die Hinweise nach § 7 Abs. 6 S. 2 GO NRW und § 215 Abs. 2 BauGB waren bei der Bekanntmachung des Bebauungsplans erfolgt.

Aufgabe 1

S reicht im März 2017 in Münster einen Normenkontrollantrag gegen den Bebauungsplan ein. Dabei lässt er sich von seinem Bruder vertreten, der ordentlicher Professor an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln ist und einen strafrechtlichen Lehrstuhl innehat. Das angerufene Gericht möchte im Februar 2018 entscheiden. Prüfen Sie in einem umfassenden Gutachten, das auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen eingeht, die Zulässigkeit des Antrags!

Bearbeitervermerk

§ 47 Abs. 2a VwGO ist durch Art. 5 des Gesetzes zur Anpassung des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes und anderer Vorschriften an europa- und völkerrechtliche Vorgaben, das im

Juni 2017 in Kraft getreten ist,¹ entfallen. Er lautete: „Der Antrag einer natürlichen oder juristischen Person, der einen Bebauungsplan oder eine Satzung nach § 34 Abs. 4 S. 1 Nr. 2 und 3 oder § 35 Abs. 6 BauGB zum Gegenstand hat, ist unzulässig, wenn die den Antrag stellende Person nur Einwendungen geltend macht, die sie im Rahmen der öffentlichen Auslegung (§ 3 Abs. 2 des Baugesetzbuches) oder im Rahmen der Beteiligung der betroffenen Öffentlichkeit (§ 13 Abs. 2 Nr. 2 und § 13a Abs. 2 Nr. 1 des Baugesetzbuches) nicht oder verspätet geltend gemacht hat, aber hätte geltend machen können, und wenn auf diese Rechtsfolge im Rahmen der Beteiligung hingewiesen worden ist.“

Aufgabe 2

S beantragt im November 2017 bei der zuständigen Behörde ordnungsgemäß eine Baugenehmigung für die beschriebene Fußballhalle. Diese wird von der Behörde mit formell ordnungsgemäßem Bescheid im Januar 2018 abgelehnt. Hätte eine von S im Februar 2018 statt des Normenkontrollantrags erhobene Verpflichtungsklage auf Erteilung der Baugenehmigung Aussicht auf Erfolg? Gehen Sie von der Zulässigkeit der Klage aus und prüfen Sie die Begründetheit der Klage (Entscheidungszeitpunkt Juli 2018) in einem umfassenden Gutachten, das auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen eingeht! Gehen Sie zudem davon aus, dass S Mängel des Bebauungsplans zuvor nicht gerügt hatte. Allerdings hatte A, der ebenfalls Eigentümer eines Grundstücks im Geltungsbereich des Bebauungsplans ist, am 17.8.2017 ordnungsgemäß einen Normenkontrollantrag in Münster eingereicht, in dem er die fehlerhafte Abwägung gerügt hatte. Dieser Antrag wurde der Stadt Köln vom Gericht zugestellt und ging ihr am 25.8.2017 zu. Über den Antrag ist zum Zeitpunkt der Entscheidung über S' Klage noch nicht entschieden.

Bearbeitervermerk

§ 31 BauGB ist nicht zu prüfen. Auf § 94 VwGO/Aussetzung des Verfahrens oder den (etwaigen) Ausgang der Normenkontrolle des A ist nicht einzugehen.

* Die Zeiten ändern sich und mit ihnen das Recht; frei nach „tempora mutantur nos et mutamur illis“ – „Die Zeiten ändern sich und wir uns mit ihnen“ (nach dem angeblichen Wahlspruch *Kaiser Lothars I.*, siehe Brockhaus, Enzyklopädie, 21. Aufl. 2006, Bd. 27, „tempora mutantur“).

** Die Verf. ist Akad. Rätin und Habilitandin am Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht, Wissenschaftsrecht und Medienrecht (Prof. Dr. C. v. Coelln) an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln. Herzlicher Dank gilt Herrn Prof. Dr. C. v. Coelln für wertvolle Anregungen und Hinweise zu diesem Fall sowie Frau stud. iur. P. Rob für ihre sorgfältige Durchsicht.

¹ BGBl. I 2017, S. 1298.

Fall 2

Aufgabe 1

B erhält im Dezember 2017 eine Baugenehmigung für ein Wohngebäude mit vier oberirdischen Geschossen ohne Aufzug. Dieses soll auf einem ihm gehörenden Grundstück im Geltungsbereich eines qualifizierten Bebauungsplans in Köln errichtet werden. Die Baugenehmigung steht im Einklang mit der im Dezember 2017 geltenden Gesetzeslage. Allerdings ist bereits im Dezember 2016 eine neue Bauordnung für Nordrhein-Westfalen beschlossen und verkündet worden, die zunächst im Januar 2018 in Kraft treten sollte. In der neuen Legislaturperiode war im Dezember 2017, kurz vor Erteilung der Baugenehmigung, im Landtag NRW zunächst beschlossen worden, dass die neue BauO erst im Januar 2019 in Kraft treten solle. Zudem legte die neue Landesregierung zeitgleich einen neuen Gesetzentwurf vor. Sowohl nach der im Dezember 2016 beschlossenen neuen BauO NRW als auch nach dem Gesetzentwurf bestünde eine Aufzugspflicht bereits bei drei oberirdischen Geschossen.² B ist ein sehr vorsichtiger Mensch und stellt Ihnen daher die Frage, ob ihm die erteilte Baugenehmigung nach Ablauf der Klagefrist „hundertprozentig“ sicher ist. Was würden Sie ihm antworten?

Aufgabe 2

Wie in Aufgabe 1 erhält B im Dezember 2017 eine rechtmäßige Baugenehmigung für ein Wohngebäude mit vier oberirdischen Geschossen ohne Aufzug. Dieses soll auf einem ihm gehörenden Grundstück im Geltungsbereich eines quali-

² Tatsächlich wurde in NRW im Dezember 2016 eine neue Bauordnung beschlossen (Bauordnung für das Land Nordrhein-Westfalen [Landesbauordnung – BauO NRW] v. 15.12.2016, GV.NRW., S. 1162; im Folgenden als BauO NRW 2016 bezeichnet). Während einige Änderungen bereits 2017 in Kraft traten, sollten umfangreiche Änderungen erst zum 1.1.2018 in Kraft treten. Im Dezember 2017 wurde das Inkrafttreten auf den 1.1.2019 verschoben (Gesetz zur Änderung der Bauordnung für das Land Nordrhein-Westfalen [Landesbauordnung – BauO NRW] vom 21.12.2017, GV.NRW., S. 1005). § 37 Abs. 7 S. 1 BauO NRW 2016 bestimmte, dass bei Gebäuden mit mehr als drei oberirdischen Geschossen Aufzüge in ausreichender Zahl vorhanden sein müssen. § 39 Abs. 6 S. 1 BauO NRW in der Fassung, wie sie 2017 in Kraft war, sah dies erst bei mehr als fünf Geschossen über der Geländeoberfläche vor. Ebenfalls seit dem 21.12.2017 lag ein neuer Gesetzentwurf der Landesregierung (Vorlage 17/427; LT-Drs. 17/2166) vor, der ein Inkrafttreten der BauO NRW 2016 zum 1.1.2019 zweifelhaft erscheinen ließ. Auch in diesem entsprach die Regelung zur Geschoss-/Aufzugszahl (§ 39 Abs. 4 S. 1; Aufzüge in ausreichender Zahl bei Gebäuden mit mehr als drei oberirdischen Geschossen) der BauO NRW 2016. Das Gesetz zur Modernisierung des Bauordnungsrechts für Nordrhein-Westfalen – Baurechtsmodernisierungsgesetz (BauModG NRW) v. 21.7.2018 (GV.NRW. 2018, S. 421), das auf dem Gesetzentwurf LT-Drs. 17/2166 basiert, wird in weiten Teilen erst zum 1.1.2019 in Kraft treten.

fizierten Bebauungsplans in Köln errichtet werden. Allerdings ist B nun besorgt, dass sein böswilliger Nachbar N, dem das Bauvorhaben ein Dorn im Auge ist, rechtlich dagegen vorgehen könnte. Muss er sich diesbezüglich nach Ablauf der Klagefrist noch Sorgen machen?

Lösungsvorschlag

Fall 1

A. Aufgabe 1

I. „Im Rahmen seiner Gerichtsbarkeit“, § 47 Abs. 1 VwGO/Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges

Das OVG entscheidet „im Rahmen seiner Gerichtsbarkeit“ u.a. über die Gültigkeit von nach dem BauGB erlassenen Satzungen, in diesem Fall über einen Bebauungsplan. Im Rahmen seiner Gerichtsbarkeit entscheidet das OVG, wenn in Anwendung des Bebauungsplans als öffentlich-rechtlicher gemeindlicher Satzung Rechtsstreitigkeiten entstehen können, für die der Verwaltungsrechtsweg eröffnet wäre. In Anwendung des Bebauungsplans können sich Rechtsstreitigkeiten bspw. bezüglich der Erteilung von Baugenehmigungen, der bauplanungsrechtlichen Zulässigkeit von Vorhaben etc. ergeben. Eine aufdrängende Sonderzuweisung an die Verwaltungsgerichte läge dann zwar nicht vor. Möglicherweise wäre aber der Verwaltungsrechtsweg gem. § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO eröffnet. Streitentscheidende Norm in diesen Streitigkeiten ist insbesondere § 75 Abs. 1 S. 1 BauO NRW. Diese stellt nach der modifizierten Subjektstheorie eine Norm des öffentlichen Rechts dar. Auch handelt es sich um Streitigkeiten nicht-verfassungsrechtlicher Art und es besteht keine abdrängende Sonderzuweisung. Für diese Streitigkeiten wäre somit der Verwaltungsrechtsweg gem. § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO eröffnet. Mithin entscheidet das Gericht hier im Rahmen seiner Gerichtsbarkeit.

II. Statthaftigkeit, Antragsgegenstand

Zulässige Antragsgegenstände sind gem. § 47 Abs. 1 Nr. 1 VwGO u.a. Satzungen nach den Vorschriften des BauGB. Beim Bebauungsplan handelt es sich um eine Satzung, § 10 Abs. 1 BauGB.

III. Antragsbefugnis

S müsste gem. § 47 Abs. 2 S. 1 VwGO geltend machen können, durch die Satzung oder ihre Anwendung in seinen Rechten verletzt zu sein. S ist Eigentümer eines im Geltungsbereich des Bebauungsplans gelegenen Grundstücks und durch den Bebauungsplan an der Ausführung seines Vorhabens gehindert/negativ betroffen. Gem. § 75 Abs. 1 S. 1 BauO NRW ist eine Baugenehmigung zu erteilen, wenn öffentlich-rechtliche Vorschriften nicht entgegenstehen.³ Der Erteilungspflicht korrespondiert ein Anspruch auf Erteilung der Baugenehmigung. Die Antragsbefugnis liegt damit vor.

³ Zur vorrangigen Heranziehung einfachen Gesetzesrechts zur Begründung der Klagebefugnis und zum diesbezüglichen Streitstand bspw. *Wahl/Schütz*, in: *Schoch/Schneider/Bier*, VwGO, 34. Lfg., Stand: Mai 2018, § 42 Rn. 56 ff.

IV. Frist

Gem. § 47 Abs. 2 S. 1 VwGO muss der Antrag ein Jahr nach Bekanntmachung der Rechtsvorschrift gestellt werden. Der Bebauungsplan wurde am 17.8.2016 bekannt gemacht. Die Fristberechnung richtet sich nach § 57 Abs. 2 VwGO, § 222 Abs. 1 ZPO, §§ 187, 188 BGB. Es handelt sich um eine sogenannte Ereignisfrist gem. § 187 Abs. 1 BGB, weil maßgeblich das Ereignis der Bekanntmachung des Bebauungsplans ist.

Die Frist beginnt gem. § 187 Abs. 1 BGB am 18.8.2016 um 0 Uhr zu laufen. Sie läuft gem. § 188 Abs. 2 BGB am 17.8.2017 um 24 Uhr ab.

Der Antrag wurde im März 2017 eingereicht. Die Frist ist somit gewahrt.

V. Präklusion

S rügt vorliegend Aspekte, die er 2016 nicht im Rahmen der Öffentlichkeitsbeteiligung vorgebracht hat. Möglicherweise könnten Präklusionsvorschriften ihn daran hindern. § 47 Abs. 2a VwGO a.F. enthielt eine Präklusionsvorschrift, die durch Art. 5 des Gesetzes zur Anpassung des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes und anderer Vorschriften an europa- und völkerrechtliche Vorgaben,⁴ das im Juni 2017 in Kraft getreten ist,⁵ entfallen ist. Insofern käme es auf seine Nichtbeteiligung/sein Nichtvorbringen 2016 an sich nicht an.

Im März 2017, als der Antrag gestellt wurde, galt § 47 Abs. 2a VwGO allerdings noch; Übergangsregelungen sind nicht vorgesehen. An sich greift in solchen Fällen der Grundsatz des intertemporalen Prozessrechts: Prozessuale Änderungen erfassen auch anhängige Verfahren, es sei denn, Vertrauensschutz ist zu beachten.⁶ Die Besonderheit hier ist jedoch, dass die Neuregelung den Kläger besser, nicht schlechter stellt. Zu berücksichtigen ist aber auch die Situation sonstiger Beteiligter. Die Lösung ist umstritten.⁷ Die besseren Argumente sprechen wohl für die vom VGH BW vertretene Ansicht, dass die vorliegende prozessuale Änderung anhängige Verfahren nicht erfasst, da dann Übergangsregelungen hätten geschaffen werden müssen, die Rechtssicherheit und Vertrauensschutz hinreichend berücksichtigen.⁸

Allerdings kann der Streit hier möglicherweise dahinstehen, weil S zumindest auch Einwendungen geltend macht, die er nicht im Rahmen der Öffentlichkeitsbeteiligung hätte vorbringen können, so dass diesbezüglich die Präklusionsvorschrift ohnehin nicht eingreifen würde. Jedenfalls die Befangenheit der Ratsmitglieder hätte S nicht im Rahmen der Öffentlichkeitsbeteiligung rügen können, da dies den zeitlich nach dem Öffentlichkeitsbeteiligungsverfahren liegenden Rats-

⁴ Siehe dazu auch BR-Drs. 422/16, insbes. S. 45 sowie EuGH, Urt. v. 15.10.2015 – C-137/14.

⁵ BGBl. I 2017, S. 1298.

⁶ Siehe dazu VGH BW NVwZ-RR 2018, 215 (216 f.).

⁷ Für eine Nichtanwendung der Präklusionsregelung ab Streichung z.B. *Giesberts*, in: Posser/Wolff, BeckOK VwGO, 46. Lfg., Stand: 1.7.2018, § 47 Rn. 57a, anders dagegen z.B. VGH BW NVwZ-RR 2018, 215 (216 f.).

⁸ VGH BW NVwZ-RR 2018, 215 (217) unter Bezugnahme auf BVerwGE 106, 237.

beschluss betrifft. Insofern kommt es auf die Präklusionsproblematik also nicht an, so dass der Streit hier dahinstehen kann. Auf die vom Sachverhalt nicht klar beantwortete Frage, ob auf die Rechtsfolge der Präklusion hingewiesen worden war, was § 47 Abs. 2a VwGO a.F. für den Eintritt der Präklusion verlangte, kommt es daher ebenfalls nicht an.

Hinweis: Ein Streitentscheid ist natürlich dennoch möglich. Eine derart vertiefte Darstellung der Problematik könnte in einer Klausur nicht erwartet werden.

VI. Antragsgegner

Gem. § 47 Abs. 2 S. 2 VwGO ist Antragsgegner die Körperschaft, welche die Rechtsvorschrift erlassen hat. Dies ist vorliegend die Stadt Köln.

VII. Antragsberechtigung; Beteiligtenfähigkeit

§ 47 Abs. 2 S. 1 VwGO stellt eine spezielle Regelung der Antragsberechtigung dar.⁹

Hinweis: Hierzu werden verschiedene Ansichten vertreten.

Gem. § 47 Abs. 2 S. 1 VwGO ist jede natürliche oder juristische Person sowie jede Behörde antragsberechtigt. A ist als natürliche Person gem. § 47 Abs. 2 S. 1 VwGO antragsberechtigt, die Stadt Köln als juristische Person.

VIII. Prozessfähigkeit

A ist gem. § 62 Abs. 1 Nr. 1 VwGO prozessfähig. Die Stadt Köln wird gem. § 62 Abs. 3 VwGO, §§ 63 Abs. 1 S. 1, 40 Abs. 2 S. 3 GO NRW von der Oberbürgermeisterin vertreten.

IX. Postulationsfähigkeit

Gem. § 67 Abs. 4 S. 1 VwGO besteht Anwaltszwang vor dem OVG. Die Vertretung kann durch einen Rechtslehrer an einer staatlichen Hochschule erfolgen, der die Befähigung zum Richteramt besitzt, § 67 Abs. 2 VwGO. Nach § 7 DRiG ist jeder ordentliche Professor der Rechte an einer Universität im Geltungsbereich des DRiG zum Richteramt befähigt. Eine Tätigkeit im Öffentlichen Recht/Verwaltungsrecht ist nicht erforderlich, das Innehaben („nur“) eines Strafrechtslehrstuhls daher unschädlich.

X. Zuständiges Gericht

Die örtliche Zuständigkeit richtet sich nach § 52 Nr. 1 VwGO.

Gem. §§ 47 Abs. 1 VwGO, 16 JustG NRW ist das OVG NRW mit Sitz in Münster sachlich zuständig.

⁹ Im Einzelnen str.: Vgl. z.B. *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Aufl. 2018, § 31 Rn. 1412: §§ 61, 62 VwGO zusätzlich zu § 47 Abs. 2 S. 1 VwGO zu beachten; *Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, 10. Aufl. 2016, § 19 Rn. 8: subsidiäre Geltung der §§ 61, 62.

XI. Rechtsschutzbedürfnis

Dem Rechtsschutzbedürfnis könnte die Möglichkeit der Erhebung einer Verpflichtungsklage auf Erteilung einer Baugenehmigung entgegenstehen, in deren Rahmen es zu einer inzidenten Überprüfung des Bebauungsplanes käme. Diese Möglichkeit lässt das Rechtsschutzbedürfnis jedoch vorliegend nicht entfallen. Das folgt schon daraus, dass eine eventuelle Verwerfung im Verpflichtungsprozess nur inter partes wirken würde, nicht inter omnes wie die Verwerfung nach § 47 Abs. 5 S. 2 VwGO.

XII. Zwischenergebnis

Die Sachentscheidungsvoraussetzungen liegen vor.

B. Aufgabe 2

Die Verpflichtungsklage ist begründet, soweit die Ablehnung der Erteilung der Baugenehmigung rechtswidrig, S dadurch in seinen Rechten verletzt ist und die Sache spruchreif ist, § 113 Abs. 5 S. 1 VwGO.

I. Rechtsgrundlage

Der Anspruch des S auf Erteilung der Baugenehmigung könnte sich aus § 75 Abs. 1 S. 1 BauO NRW ergeben.

II. Formelle Voraussetzungen

Vom Vorliegen der formellen Voraussetzungen ist aufgrund der Angabe im Sachverhalt, wonach S die Baugenehmigung ordnungsgemäß bei der zuständigen Behörde beantragt hat, auszugehen.

III. Materielle Voraussetzungen

Dem Vorhaben des S dürften keine öffentlich-rechtlichen Vorschriften entgegenstehen, § 75 Abs. 1 S. 1 BauO NRW.

1. Genehmigungspflichtigkeit

Fraglich ist zunächst, ob das Vorhaben nach § 63 Abs. 1 S. 1 BauO NRW genehmigungspflichtig ist. Dafür müsste es sich um die Errichtung einer baulichen Anlage gem. § 2 Abs. 1 S. 1 BauO NRW handeln. Bauliche Anlagen sind nach § 2 Abs. 1 S. 1 BauO NRW mit dem Erdboden verbundene, aus Bauprodukten hergestellte Anlagen. Vorliegend handelt es sich um die Errichtung einer solchen baulichen Anlage. §§ 65 bis 67, 79 und 80 BauO NRW sind nicht einschlägig. Somit besteht grundsätzlich eine Genehmigungspflicht.

2. Genehmigungsfähigkeit

a) Vereinfachtes Genehmigungsverfahren

Des Weiteren ist zu prüfen, ob das vereinfachte Genehmigungsverfahren Anwendung findet. Gem. § 68 Abs. 1 S. 3 BauO NRW gilt das vereinfachte Genehmigungsverfahren u.a. nicht für Sportstätten mit einer Grundfläche von mehr als 1600 m². Hier beträgt die Fläche aber genau 1600 m², nicht „mehr“ als 1600 m². Damit greift das reduzierte Prüfprogramm nach § 68 Abs. 1 S. 4 BauO NRW. Gem. § 68 Abs. 1 S. 4 Nr. 1 BauO NRW ist die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit nach §§ 29–38 BauGB zu prüfen. Zunächst müsste ein

Vorhaben nach § 29 Abs. 1 BauGB vorliegen. Es existiert keine Legaldefinition. Eine Heranziehung der Definition des § 2 Abs. 1 S. 1 BauO NRW verbietet sich, da es sich bei § 29 Abs. 1 BauGB um eine bundesrechtliche, bei § 2 Abs. 1 S. 1 BauO NRW um eine landesrechtliche Norm handelt. Für ein Vorhaben im Sinne des § 29 Abs. 1 BauGB sind zusätzlich ein bauliches Element sowie bodenrechtliche Relevanz erforderlich.¹⁰ Beides liegt hier vor. Da ein qualifizierter Bebauungsplan besteht, der ein reines Wohngebiet festsetzt, richtet sich die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit nach § 30 Abs. 1 BauGB i.V.m. § 3 BauNVO.

b) Wirksamkeit des Bebauungsplans

Fraglich ist aber, ob der Bebauungsplan wirksam ist.

aa) Rechtsgrundlage

Rechtsgrundlage für den Erlass des Bebauungsplans ist § 2 Abs. 1 S. 1 BauGB (ggf. auch §§ 1 Abs. 3, 10 Abs. 1 BauGB erwähnen).

bb) Formelle Rechtmäßigkeit

(1) Zuständigkeit

(a) Verbandszuständigkeit

Die Verbandszuständigkeit der Stadt Köln ergibt sich aus §§ 1 Abs. 3, 2 Abs. 1 S. 1, 10 Abs. 1 BauGB, Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG, Art. 78 Abs. 1 S. 1 VerfNRW.

(b) Organzuständigkeit

Die Organzuständigkeit des Rates der Stadt Köln ergibt sich aus § 41 Abs. 1 S. 1 GO NRW. § 41 Abs. 1 S. 2 lit. g GO NRW verdeutlicht dies zusätzlich.

(2) Verfahren

(a) Ermittlung und Bewertung des Abwägungsmaterials

Fraglich ist, ob ein Verstoß gegen die Verfahrensanforderung des § 2 Abs. 3 BauGB („bei der Aufstellung der Bauleitpläne sind die Belange, die für die Abwägung von Bedeutung sind (Abwägungsmaterial), zu ermitteln und zu bewerten“) dadurch vorliegt, dass die relevanten Belange, u.a. die sozialen und kulturellen Bedürfnisse der Bevölkerung, die Belange der Wirtschaft sowie die Wohnbedürfnisse der Bevölkerung nicht ausreichend ermittelt und bewertet wurden. Würde ein Verstoß gegen § 2 Abs. 3 BauGB angenommen, unterfiele der Fehler § 214 Abs. 1 Nr. 1 BauGB („[...] entgegen § 2 Abs. 3 die von der Planung berührten Belange, die der Gemeinde bekannt waren oder hätten bekannt sein müssen, in wesentlichen Punkten nicht zutreffend ermittelt oder bewertet worden sind“). Würde dagegen von einem Verstoß gegen das Abwägungsgebot des § 1 Abs. 7 BauGB ausgegangen, unterfiele dieser § 214 Abs. 3 S. 2 BauGB (sonstiger Mangel im Abwägungsvorgang).

¹⁰ *Hellermann*, in: Dietlein/Hellermann, Öffentliches Recht in Nordrhein-Westfalen, 6. Aufl. 2016, § 4 Rn. 126 ff.

Hinweis: Dass es sich bei § 2 Abs. 3 BauGB um eine Verfahrens-anforderung handelt, ergibt sich bereits aus § 214 Abs. 1 Nr. 1 BauGB, der einen Verstoß gegen § 2 Abs. 3 BauGB als beachtlichen Verstoß gegen Verfahrensvorschriften bezeichnet.

Hier sind verschiedene Aufbau- bzw. Lösungsvarianten denkbar. Die Abgrenzung/der Streitentscheid kann auch bereits hier und nicht erst i.R.d. § 214 BauGB (unten dd) erfolgen.

(b) Ratsbeschluss; Befangenheit der Ratsmitglieder

Grundsätzlich wurde der Bebauungsplan mit ausreichender Stimmenmehrheit beschlossen, § 50 Abs. 1 S. 1 GO NRW.

Allerdings haben bei der Abstimmung 20 Ratsmitglieder mitgewirkt, die Grundstücke im Geltungsbereich des betreffenden Bebauungsplans besaßen. Wegen der mit der Ausweisung als reines Wohngebiet verbundenen Wertsteigerung der Grundstücke konnte ihnen die Entscheidung über den Bebauungsplan einen unmittelbaren Vorteil bringen, so dass sie wegen Befangenheit nicht hätten mitberaten und -abstimmen dürfen, §§ 43 Abs. 2, 31 Abs. 1 S. 1, (50 Abs. 6) GO NRW¹¹ (für den Bebauungsplan unstrittig).¹² Allerdings war dies wegen des konkreten Abstimmungsverhältnisses (selbst wenn alle Befangenen für den Bebauungsplan gestimmt haben und herausgerechnet würden, läge noch immer ein Stimmenverhältnis von 61 Ja- zu 10 Nein-Stimmen vor) für das Abstimmungsergebnis nicht entscheidend, §§ 31 Abs. 6, 50 Abs. 1 S. 1 GO NRW. Damit kann die Mitwirkung der Befangenen nach Beendigung der Abstimmung nicht mehr geltend gemacht werden, § 31 Abs. 6 GO NRW.

Hilfsgutachten

Hinweis: Die Bezeichnung der folgenden Ausführungen als „Hilfsgutachten“ ist nicht zwingend.

Gem. § 54 Abs. 4 GO NRW kann die Verletzung eines Mitwirkungsverbots nach § 43 Abs. 2 S. 1 i.V.m. § 31 GO NRW gegen den Beschluss des Rates oder eines Ausschusses, dem eine Angelegenheit zur Entscheidung übertragen ist, nach Ablauf eines Jahres seit der Beschlussfassung oder, wenn eine öffentliche Bekanntmachung erforderlich ist, ein Jahr nach dieser nicht mehr geltend gemacht werden, es sei denn, dass der Bürgermeister den Beschluss vorher beanstandet hat oder die Verletzung des Mitwirkungsverbots vorher gegenüber der Gemeinde gerügt und dabei die Tatsache bezeichnet worden ist, die die Verletzung ergibt. Laut Sachverhalt wurde

¹¹ Siehe zu § 50 Abs. 6 GO NRW und etwaigen Doppelregelungen auch LT-Drs.14/3979, S. 138. Nach Ansicht von u.a. *Rohde*, in: Dietlein/Heusch, BeckOK Kommunalrecht Nordrhein-Westfalen, 5. Lfg., Stand: 1.9.2018; § 50 Rn. 34 hat § 50 Abs. 6 GO NRW unmittelbare Bedeutung nur für den Bürgermeister sowie die sachkundigen Bürger und Einwohner, da auf die gewählten Ratsmitglieder § 31 GO NRW schon wegen § 43 Abs. 2 GO NRW anzuwenden ist, wonach u.a. § 31 GO NRW für die Ratsmitglieder entsprechend gilt.

¹² *Dietlein*, in: Dietlein/Heusch (Fn. 11), § 31 Rn. 38.

die Verpflichtungsklage „statt“ des Normenkontrollantrags erhoben; im Februar 2018, als die Verpflichtungsklage erhoben wurde, war die ab der Bekanntmachung des Bebauungsplans am 17.8.2016 laufende Jahresfrist des § 54 Abs. 4 GO NRW jedenfalls bereits verstrichen.

Zusätzlich zu § 54 Abs. 4 GO NRW könnte hier – weil es sich beim Bebauungsplan um eine Satzung handelt – auch § 7 Abs. 6 S. 1 lit. d GO NRW einschlägig sein: Die Verletzung von Verfahrens- oder Formvorschriften der GO NRW kann gegen Satzungen, sonstige ortsrechtliche Bestimmungen und Flächennutzungspläne nach Ablauf eines Jahres seit ihrer Verkündung nicht mehr geltend gemacht werden, es sei denn, der Form- oder Verfahrensmangel ist gegenüber der Gemeinde vorher gerügt und dabei die verletzte Rechtsvorschrift und die Tatsache bezeichnet worden, die den Mangel ergibt.

Fraglich ist, in welchem Verhältnis § 54 Abs. 4 GO NRW und § 7 Abs. 6 GO NRW stehen. Teilweise wird davon ausgegangen, dass § 54 Abs. 4 GO NRW spezieller ist,¹³ teilweise davon, dass die beiden Vorschriften nebeneinander anwendbar sind,¹⁴ teilweise davon, dass § 7 Abs. 6 GO NRW § 54 Abs. 4 GO NRW verdrängt.¹⁵ Von einem Spezialitätsverhältnis auszugehen, ist deshalb problematisch, weil sowohl § 7 Abs. 6 GO NRW als auch § 54 Abs. 4 GO NRW über einen Anwendungsbereich verfügen, der über denjenigen der jeweils anderen Vorschrift hinausgeht. Letztlich sprechen somit zwar die besten Argumente dafür, beide Vorschriften nebeneinander anzuwenden. Die Frage kann hier jedoch dahinstehen, weil auch die Frist nach § 7 Abs. 6 S. 1 GO NRW im Februar 2018 jedenfalls verstrichen ist.¹⁶ Der Hinweis nach § 7 Abs. 6 S. 2 GO NRW ist laut Sachverhalt erfolgt.

Schließlich könnte aber fraglich sein, ob A fristgerecht gerügt hat und dies auch für S relevant ist. Laut Sachverhalt hat A jedoch nur die fehlerhafte Abwägung, nicht aber die Befangenheit gerügt, so dass es auf diese Frage hier noch nicht ankommt (dazu aber sogleich dd) (2).

cc) Materielle Rechtmäßigkeit des Bebauungsplans

Schließlich ist fraglich, ob ein Abwägungsfehler dadurch vorlag, dass die relevanten Belange, u.a. die sozialen und kulturellen Bedürfnisse der Bevölkerung, die Belange der Wirtschaft sowie die Wohnbedürfnisse der Bevölkerung überhaupt nicht ausreichend abgewogen wurden. Gem. § 1 Abs. 7 BauGB sind die privaten und öffentlichen Belange gegeneinander und untereinander gerecht abzuwägen. Wie gezeigt, könnte darin aber auch ein Verstoß gegen die Verfahrensanforderung des § 2 Abs. 3 BauGB liegen. Würde ein Verstoß gegen § 2 Abs. 3 BauGB angenommen, unterfiele der Fehler § 214 Abs. 1 Nr. 1 BauGB, würde ein Verstoß gegen das Abwägungsgebot des § 1 Abs. 7 BauGB vorliegen, unter-

¹³ *Hellermann* (Fn. 10), § 2 Rn. 238.

¹⁴ *Wilrich*, JuS 2003, 587 (591).

¹⁵ *Plückhahn/Faber*, in: Held/Winkel/Wansleben, Kommunalverfassungsrecht NRW, Juni 2011, § 54 Punkt 5.

¹⁶ Die Fristberechnung richtet sich nach §§ 187 ff. BGB, *Peters*, in: Dietlein/Heusch (Fn. 11), § 7 Rn. 31.

fiele dieser § 214 Abs. 3 S. 2 BauGB (sonstiger Mangel im Abwägungsvorgang). Zu §§ 214, 215 BauGB sogleich dd).

Hinweis: Hier sind verschiedene Aufbau- bzw. Lösungsvarianten denkbar. Die Abgrenzung/der Streitentscheid kann auch bereits hier und nicht erst i.R.d. § 214 BauGB erfolgen.

dd) §§ 214, 215 BauGB

(1) § 214 BauGB

Der Verstoß gegen § 2 Abs. 3 bzw. § 1 Abs. 7 BauGB könnte gem. § 214 BauGB unbeachtlich sein. Nach der Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung des Baugesetzbuchs an EU-Richtlinien (Europarechtsanpassungsgesetz Bau – EAG Bau) knüpft die Neufassung des § 214 Abs. 3 S. 2 BauGB daran, dass durch den Gesetzentwurf die Verfahrenselemente des Ermitteln und Bewertens der von der Abwägung berührten Belange gegenüber dem eigentlichen Abwägungsvorgang betont werden. Der bisherigen Regelung in § 214 Abs. 3 S. 2 BauGB zur Erheblichkeit bestimmter Mängel im Abwägungsvorgang soll nur noch ergänzende Bedeutung zukommen; es soll sichergestellt werden, dass, auch soweit die Begriffe der Ermittlung und Bewertung – bei einengender Auslegung – nicht alle Anforderungen an das Abwägungsgebot erfassen, die durch den bisherigen § 214 Abs. 3 S. 2 BauGB erreichte Bestandskraft von Bauleitplänen zumindest erhalten bleibt.¹⁷ In der Literatur wird beispielsweise vertreten, dass insbesondere Fälle des Abwägungsausfalls oder auch der Fehleinstellung von Belangen von § 214 Abs. 3 S. 2 BauGB erfasst sein sollen.¹⁸

Vorliegend könnte eher die Gewichtung im Abwägungsvorgang und nicht die Ermittlung und Bewertung betroffen und damit § 214 Abs. 3 S. 2 BauGB heranzuziehen sein. Möglicherweise kann jedoch vorliegend dahinstehen, ob § 214 Abs. 1 Nr. 1 oder § 214 Abs. 3 S. 2 BauGB einschlägig ist. Beide Vorschriften verlangen übereinstimmend, dass die Fehler offensichtlich und für das Abwägungsergebnis von Einfluss gewesen sein müssen.¹⁹ Eine Entscheidung ist somit nicht zwingend erforderlich. Dem Sachverhalt lässt sich hier entnehmen, dass die Abwägungsfehler offensichtlich waren und sich auch auf das Abwägungsergebnis ausgewirkt haben, so dass es sich jedenfalls um nach § 214 BauGB beachtliche (Abs. 1 Nr. 1) bzw. erhebliche (Abs. 3 S. 2) Fehler handelt.

(2) § 215 BauGB

Gem. § 215 Abs. 1 Nr. 1 BauGB könnten aber nach § 214 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 bis 3 BauGB beachtliche Verfahrens- und Formfehler bzw. gem. § 215 Abs. 1 Nr. 3 BauGB nach § 214 Abs. 3 S. 2 BauGB an sich erhebliche Mängel des Abwägungsvorgangs unbeachtlich geworden sein, wenn sie nicht

¹⁷ BT-Drs. 15/2250, S. 96.

¹⁸ Uechtritz, in: Spannowsky/Uechtritz, BeckOK BauGB, 42. Lfg., Stand: 1.8.2018, § 214 Rn. 115 ff.; Stock, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, Baugesetzbuch, 129. Lfg., Stand: Mai 2018, § 214 Rn. 136 ff.

¹⁹ Dazu auch Uechtritz (Fn. 18), § 214 Rn. 118 f.

innerhalb eines Jahres seit Bekanntmachung des Flächennutzungsplans oder der Satzung schriftlich gegenüber der Gemeinde unter Darlegung des die Verletzung begründenden Sachverhalts geltend gemacht worden sind.

Nach welchen Vorschriften sich die Fristberechnung richtet, ist umstritten.²⁰ Da im Ergebnis aber jedenfalls §§ 187, 188 BGB zur Anwendung kommen, gilt für die Fristberechnung das oben zur Fristberechnung für den Normenkontrollantrag Gesagte: Auch die Jahresfrist nach § 215 BauGB läuft am 17.8.2017 um 24 Uhr ab.

Allgemein genügt für § 215 BauGB eine Rüge im Rahmen eines Verwaltungsprozesses, an dem die Gemeinde beteiligt ist.²¹ Hier hat S selbst die Fehler zwar nicht innerhalb der Jahresfrist gerügt (Einreichen seiner Klage erst im Februar 2018). A hat aber am 17.8.2017 und damit innerhalb der Jahresfrist einen Normenkontrollantrag gestellt und den Abwägungsmangel gerügt. Der gerügte Fehler bleibt grundsätzlich in jedem Gerichtsverfahren beachtlich, wenn ihn irgendjemand fristgerecht geltend gemacht hat (absolute interomnes-Wirkung).²² Fraglich ist aber, ob diese Geltendmachung dem Erfordernis „gegenüber der Gemeinde“ genügt. Dies ist jedoch nur dann der Fall, wenn der Gemeinde, hier der Stadt Köln, die Antragsschrift innerhalb der Frist des § 215 BauGB zugegangen ist.²³ Vorliegend ist eine Zustellung der Antragsschrift an die Stadt Köln durch das OVG zwar erfolgt,²⁴ zugegangen ist sie ihr aber laut Sachverhalt erst am 25.8.2017 und somit nicht innerhalb der Jahresfrist.

Hinweis: § 167 ZPO (Rückwirkung der Zustellung) ist auf § 215 BauGB nicht anwendbar.²⁵ Ausführungen dazu sind von den Bearbeitern selbstverständlich nicht zu erwarten.

Der Hinweis gem. § 215 Abs. 2 BauGB ist laut Sachverhalt erfolgt. Der Fehler ist somit unbeachtlich.

ee) Ergebnis zur Wirksamkeit

Da die Befangenheit der Ratsmitglieder sich nicht auf das Abstimmungsergebnis ausgewirkt hat, und da der Abwägungsfehler gemäß § 215 BauGB unbeachtlich ist, liegt insgesamt ein wirksamer Bebauungsplan vor und es fehlt nicht an einer wirksamen Rechtsgrundlage.

c) Vereinbarkeit mit §§ 30 Abs. 1 BauGB, 3 BauNVO

Bei dem Vorhaben könnte es sich um eine Anlage für sportliche Zwecke handeln, die in einem reinen Wohngebiet gem.

²⁰ Battis, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 13. Aufl. 2016, § 215 Rn. 6 (§§ 187 ff. BGB analog); Uechtritz (Fn. 18), § 215 Rn. 25 (§§ 187 ff. BGB).

²¹ Stock (Fn. 18), § 215 Rn. 33. a.A. BGH NJW 1980, 1751 (1752).

²² Battis (Fn. 20), § 215 Rn. 7.

²³ Battis (Fn. 20), § 215 Rn. 6; Uechtritz (Fn. 18), § 215 Rn. 21 ff.

²⁴ §§ 85, 56 Abs. 2 VwGO, §§ 166 ff. ZPO.

²⁵ Uechtritz (Fn. 18), § 215 Rn. 23; VGH Mannheim BeckRS 2015, 44201.

§ 3 Abs. 3 Nr. 2 BauNVO nur ausnahmsweise zugelassen werden kann, wenn sie den Bedürfnissen der Bewohner des Gebiets dient.

Dafür müssten zunächst die Tatbestandsvoraussetzungen des § 3 Abs. 3 Nr. 2 BauNVO vorliegen. Fraglich ist aber, ob es sich hier tatsächlich um eine Anlage für sportliche Zwecke handelt.

Die gewerbliche Nutzung als solche steht dem nicht entgegen, denn erfasst sind sämtliche Sporteinrichtungen, egal ob gewerblich, vereinsmäßig oder öffentlich betrieben.²⁶

Liegt der Schwerpunkt einer Anlage nach Nutzungskonzept und Ausstattung allerdings weniger in körperlicher Ertüchtigung, Training und Wettkampf als vielmehr in geselliger Unterhaltung, angenehmer Freizeitgestaltung und Entspannung, kann es sich um eine Vergnügungsstätte handeln.²⁷ Eine solche wäre im reinen Wohngebiet gar nicht zulässig. Angesichts der Nutzung für Kindergeburtstage und Betriebsfeiern lässt sich dies hier diskutieren. Da allerdings nur Rasenplätze und keine sonstigen Vergnügungsangebote vorhanden sind, steht der Sportaspekt immer noch im Vordergrund (a.A. vertretbar).

Etwas anderes könnte sich aber aus den angebotenen Speisen und Getränken ergeben. Es könnte sich um eine Schank- und Speisewirtschaft handeln, die im reinen Wohngebiet ebenfalls nicht zulässig ist. Entscheidend ist aber, ob es sich nur um einen für die Sportler zugänglichen Treffpunkt handelt oder ob nach außen werbend in Erscheinung getreten wird, die gastronomische Einrichtung jedermann offensteht und auch anderes Publikum angezogen wird. Hier werden laut Sachverhalt Speisen und Getränke nur für Personen angeboten, die einen Rasenplatz zur Nutzung angemietet haben. Damit handelt es sich wohl um eine untergeordnete Nebenanlage.²⁸

Eine den Bedürfnissen der Bewohner eines reinen Wohngebiets dienende, ausnahmsweise zulässige Anlage für sportliche Zwecke soll schließlich nur dann vorliegen, wenn es sich um eine nach Art und Umfang gebietstypische Anlage, also eine kleine Einrichtung handelt, deren Einzugsbereich sich im Wesentlichen auf das festgesetzte reine Wohngebiet beschränkt und die sich im Rahmen des zulässigen Störgrades hält.²⁹ Zu beachten ist hier die SportanlagenlärmschutzVO (18. BImSchV). Gem. § 3 Abs. 3 Nr. 2 BauNVO muss die Anlage den Bedürfnissen der Bewohner dienen.

Es handelt sich hier wohl bereits nicht mehr um eine kleine Einrichtung. Der Einzugsbereich beschränkt sich nicht auf das festgesetzte reine Wohngebiet und dient nicht den Bedürfnissen der Bewohner, überwiegend immobile Senioren. Vielmehr sollen gebietsübergreifend Personen angezogen werden. Damit verbunden sind starker An- und Abfahrtsverkehr und größere Lärmemissionen zu erwarten.

Hinweis: Derart ausführliche Erörterungen können i.R.e. Klausur selbstverständlich nicht erwartet werden.

d) Ergebnis

Damit sind bereits die Tatbestandsvoraussetzungen von § 3 Abs. 3 Nr. 2 BauNVO nicht erfüllt. Somit besteht keine Genehmigungsfähigkeit, eine Klage des S wäre unbegründet.

Fall 2

A. Aufgabe 1

I. Tatbestandsvoraussetzungen des § 49 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwVfG NRW

1. Geänderte Rechtsvorschrift

Bei Inkrafttreten der im Dezember 2016 beschlossenen neuen BauO NRW bestünde für das Vorhaben des B eine Aufzugs-pflicht, die zum Zeitpunkt der Erteilung der Genehmigung noch nicht bestand. Somit könnte die Behörde gem. § 49 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwVfG NRW zum Widerruf der Genehmigung wegen geänderter Rechtsvorschriften berechtigt sein. Allerdings soll hier zwar die geänderte Rechtsvorschrift nachträglich, also nach Erteilung der Genehmigung in Kraft treten (1.1.2019). Der Beschluss über die Änderung sowie die Verkündung im GV.NRW. haben jedoch bereits vor Erteilung der Genehmigung stattgefunden (Dezember 2016). § 49 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwVfG NRW lautet indes wie folgt: „[...] wenn die Behörde auf Grund einer geänderten Rechtsvorschrift berechtigt wäre, den Verwaltungsakt nicht zu erlassen“. Diese Tatbestandsvoraussetzung liegt aber erst mit dem Inkrafttreten zum 1.1.2019 vor.

Hinweis: Es bestand auch keine Pflicht, den Verwaltungsakt wegen Kenntnis der geänderten Vorschriften nicht bzw. nicht in dieser Form zu erlassen. Eine Bindungswirkung entsteht erst mit Inkrafttreten. Das Rechtsstaatsgebot verpflichtet die Behörde zur Anwendung des jeweils geltenden Rechts; eine Pflicht zur Voranwendung der beschlossenen Rechtsänderung besteht nicht.³⁰

2. Kein Gebrauchmachen von der Vergünstigung

Zusätzliche Voraussetzung für den Widerruf wäre, dass B von der Baugenehmigung/Vergünstigung noch keinen Gebrauch gemacht hat.

„Gebrauch machen“ ist jede rechtserhebliche Handlung zur Nutzung der Vergünstigung, insbesondere auch Aufwendungen zur Vorbereitung der Verwirklichung von Maßnahmen aufgrund einer Erlaubnis,³¹ vorliegend ginge es also z.B. um Investitionen in Baumaßnahmen o.ä.

Hinweis: In diesem Kontext ist auch § 77 Abs. 1 BauO NRW zu beachten.

²⁶ 4. VO zur Änderung der BauNVO, BR-Drs. 354/89, S. 45.

²⁷ *Stock*, in: König/Roeser/Stock, BauNVO, 3. Aufl. 2014, § 4 Rn. 61.

²⁸ Dazu *Stock* (Fn. 27), § 4 Rn. 61.

²⁹ 4. VO zur Änderung der BauNVO, BR-Drs. 354/89, S. 45; *Stock*, NVwZ 1990, 518 (521); *Stock* (Fn. 27), § 4 Rn. 62.

³⁰ Siehe dazu auch BVerwGE 147, 81 (95).

³¹ *Abel*, in: Bader/Ronellenfitsch, BeckOK VwVfG, 40. Lfg., Stand: 1.7.2018, § 49 Rn. 62.

3. Gefährdung des öffentlichen Interesses

Ohne den Widerruf müsste das öffentliche Interesse gefährdet sein. Es ist für den Widerruf nicht ausreichend, dass er im öffentlichen Interesse liegt bzw. bei einer Interessenabwägung die Gründe für den Widerruf überwiegen. Er muss vielmehr zur Abwehr eines sonst drohenden Schadens für wichtige Gemeinschaftsgüter geboten sein.³² Es muss eine konkrete Gefährdung vorliegen, für deren Beseitigung der Widerruf erforderlich ist.³³ Dies ist hier nicht ersichtlich.

Hilfsgutachten

Hinweis: Die Bezeichnung der folgenden Ausführungen als „Hilfsgutachten“ ist nicht zwingend.

II. Ermessen

Zudem handelt es sich bei § 49 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwVfG NRW um eine Ermessensvorschrift. Im Rahmen des Ermessens wäre zu berücksichtigen, dass die beschlossene Rechtsänderung der Behörde zum Zeitpunkt des Erlasses des Verwaltungsaktes bereits bekannt und lediglich noch nicht in Kraft getreten war. Dies wirft die Frage auf, ob ein Widerruf ermessensfehlerhaft wäre („venire contra factum proprium“). Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem neuen Gesetzentwurf der Landesregierung. Zwar konnte dieser das Inkrafttreten der bereits im Landtag beschlossenen neuen BauO NRW aus Sicht der Behörde zweifelhaft erscheinen lassen. Auch er enthielt bezüglich der Aufzugspflicht aber eine (im Vergleich zu derjenigen der im Dezember 2016 neu beschlossenen BauO NRW) identische Regelung. Dadurch, dass die Behörde dem B die Genehmigung trotz der beschlossenen Rechtsänderung erteilte, könnte ein besonderer Vertrauensschutz begründet worden sein. Andererseits konnte die Behörde nur orientiert an den zum Zeitpunkt der Erteilung geltenden Recht handeln (siehe dazu bereits A. I. 1.), was der Begründung eines besonderen Vertrauensschutzes möglicherweise entgegensteht.

Hinweis: An dieser Stelle können beide Ansichten vertreten werden. Wichtig ist vor allem, dass das Problem erkannt wird.

III. Widerrufsfrist

Gem. §§ 49 Abs. 2 S. 2, 48 Abs. 4 VwVfG NRW beträgt die Widerrufsfrist 1 Jahr ab Kenntniserlangung. Die Jahresfrist beginnt nach der Rechtsprechung des *Großen Senats* des BVerwG erst mit Ablauf des Tages zu laufen, an dem die Behörde – in Gestalt des zuständigen Amtswalters – die vollständige zur Rücknahme erforderliche Kenntnis erlangt hat, sie also die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes erkannt hat und ihr die für die Rücknahmeentscheidung außerdem erheblichen Tatsachen vollständig und zweifelsfrei bekannt sind.³⁴ Folglich müssen der Behörde auch die für die Ermes-

sensausübung wesentlichen Umstände bekannt sein. Die Behörde muss ohne weitere Sachaufklärung objektiv in der Lage sein, unter sachgerechter Ausübung ihres Ermessens über die Rücknahme des Verwaltungsaktes zu entscheiden.³⁵ Es handelt sich um eine Entscheidungs-, keine Bearbeitungsfrist.³⁶

Vorliegend könnte zwar von einer Kenntnis schon bei Erteilung der Genehmigung ausgegangen werden, weil die BauO NRW 2016 bereits im Dezember 2016 beschlossen wurde. Die Jahresfrist kann aber erst mit Inkrafttreten der neuen BauO NRW zu laufen beginnen, da zuvor noch unklar ist, ob es zu diesem Inkrafttreten wirklich kommt.

IV. Entschädigung

Zudem müsste die Behörde den Betroffenen auf Antrag für den Vermögensnachteil entschädigen, den dieser dadurch erleidet, dass er auf den Bestand des Verwaltungsaktes vertraut hat, soweit sein Vertrauen schutzwürdig ist, § 49 Abs. 6 VwVfG NRW.

V. Ergebnis

B wäre zu antworten, dass ein Widerruf seiner Genehmigung seitens der Behörde dann ausgeschlossen wäre, wenn er von ihr bereits Gebrauch gemacht hätte. Wäre dies nicht der Fall, sprächen zwar die besseren Argumente dafür, davon auszugehen, dass erstens keine Gefährdung des öffentlichen Interesses bei Nicht-Widerruf vorläge und sich zweitens ein Widerruf auch als ermessensfehlerhaft darstellen würde. Dies allerdings könnte seitens der Behörde und im Fall einer gerichtlichen Überprüfung auch anders gesehen werden, so dass insoweit keine hundertprozentige Gewissheit besteht. Schließlich wäre die Widerrufsfrist zu beachten.

B. Aufgabe 2

In Betracht käme, dass der Nachbar bei der Behörde einen Antrag auf Wiederaufgreifen des Verfahrens gem. § 51 Abs. 1 Nr. 1 VwVfG NRW stellt.

I. Zulässigkeitsvoraussetzungen

1. Unanfechtbarer Verwaltungsakt

Es müsste ein unanfechtbarer Verwaltungsakt vorliegen. Dies wäre wegen des Ablaufs der Klagefrist der Fall.

2. Möglichkeit des Vorliegens eines Wiederaufgreifensgrundes

Zusätzlich müsste die Möglichkeit des Vorliegens einer der in § 51 Abs. 1 VwVfG NRW genannten Wiederaufgreifensgründe bestehen. In Betracht kommt hier die nachträgliche Änderung der Rechtslage zugunsten des Betroffenen, § 51 Abs. 1 Nr. 1 VwVfG NRW. Hier würde sich zwar die Rechtslage nach Erlass des Verwaltungsaktes ändern (siehe dazu bereits A. I. 1.) Der Antragsteller müsste aber überhaupt betroffen sein. Dieses Erfordernis ist so wie die Klagebefugnis

³² BVerwG NVwZ 1984, 102 (103); 1992, 565 m.w.N.

³³ Abel (Fn. 31), § 49 Rn. 57.

³⁴ BVerwGE 70, 356.

³⁵ J. Müller, in: Bader/Ronellenfisch (Fn. 31), § 48 Rn. 115.

³⁶ J. Müller (Fn. 35), § 48 Rn. 113.

gem. § 42 Abs. 2 VwGO auszulegen.³⁷ Die Vorschriften zu Aufzügen/zur Barrierefreiheit sollen nicht die Nachbarn, sondern die auf Barrierefreiheit angewiesenen Personen schützen. Damit ist der Nachbar vorliegend nicht betroffen.

Von einer Änderung zugunsten des Betroffenen wird schließlich dann ausgegangen, wenn sie eine für ihn günstigere Entscheidung ermöglichen.³⁸ Dies wäre hier der Fall, wenn er Betroffener wäre, was jedoch nicht der Fall ist.

Hilfsgutachten

Hinweis: Die Bezeichnung der folgenden Ausführungen als „Hilfsgutachten“ ist nicht zwingend.

3. Kein grobes Verschulden

Zusätzlich müsste der Betroffene ohne grobes Verschulden außerstande gewesen sein, den Grund für das Wiederaufgreifen in dem früheren Verfahren, insbesondere durch Rechtsbehelf, geltend zu machen, § 51 Abs. 2 VwVfG NRW. Anhaltspunkte für ein grobes Verschulden liegen insgesamt nicht vor.

4. Frist

Des Weiteren müsste die Dreimonatsfrist ab Kenntnis des Wiederaufgreifensgrundes des § 51 Abs. 3 VwVfG NRW gewahrt werden. Nach Ablauf der drei Monate muss B nicht mehr befürchten, dass N einen Antrag auf Wiederaufgreifen stellen könnte.

II. Begründetheitsvoraussetzungen

Begründetheitsvoraussetzung ist das tatsächliche Vorliegen eines Wiederaufgreifensgrundes. Die Rechtslage hat sich nach Erteilung der Baugenehmigung und damit nachträglich geändert (s. dazu bereits A. I. 1., B. I. 2.). Wie bereits in der Zulässigkeit gezeigt, hat sie sich aber nicht zugunsten des Betroffenen geändert, weil N kein Betroffener ist.

Doch selbst wenn der Anspruch des N auf Wiederaufgreifen bestünde, stünde der Widerruf der Baugenehmigung im Ermessen der Behörde. Die Voraussetzungen richten sich nach § 49 VwVfG NRW (dazu Aufgabe 1).

III. Ergebnis

Einen Antrag auf Wiederaufgreifen des Verfahrens seitens des Nachbarn muss B nicht fürchten, da es bereits an dessen Betroffenheit mangelt. Zudem müsste die Behörde selbst im Fall eines erfolgreichen Antrags des N auf Wiederaufgreifen des Verfahrens nur über den Widerruf entscheiden. Es würden dann die in Aufgabe 1 angestellten Überlegungen Platz greifen.

³⁷ Ramsauer, in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, 19. Aufl. 2018, § 51 Rn. 10.

³⁸ Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 51 Rn. 92; Falkenbach, in: Bader/Ronellenfisch (Fn. 31), § 51 Rn. 33; Suerbaum, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, Verwaltungsverfahrensgesetz, 2014, § 51 Rn. 34.