



## **Lösungsvorschlag Fortbildungsprüfung**

**Verwaltungsfachwirt/in 2018**

**5. November 2018**

Fach:           Allgemeines Verwaltungsrecht unter Einbeziehung des besonderen  
Verwaltungsrechts II

**Die nachfolgenden unverbindlichen Hinweise zur Lösung behandeln die nach Auffassung des Erstellers maßgeblichen Probleme der Aufgabe.**

**Sie stellen keine „Musterlösung“ dar und schließen andere vertretbare, folgerichtig begründete Ansichten selbstverständlich nicht aus. Der Inhalt und Umfang der Lösungshinweise, die Ausführlichkeit und die Detailgenauigkeit der Darlegungen enthalten insbesondere keinen vom Prüfungsausschuss vorgegebenen Maßstab für die Leistungsanforderung und –bewertung.**

Aufgabe:

(95 Punkte)

Hat der Widerspruch Aussicht auf Erfolg?

Lösung:

## A. Zulässigkeit des Widerspruchs

1. Der Verwaltungsrechtsweg ist gemäß § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO analog i.V.m. § 79 1. Halbsatz VwVfG i.V.m. § 1 Satz 1 SächsVwVfZG gegeben, wenn eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vorliegt, also die für die Streitentscheidung maßgeblichen Normen dem öffentlichen Recht angehören. Hier wird um die Erteilung einer Baugenehmigung nach § 72 Abs. 1 SächsBO gestritten. § 72 Abs. 1 SächsBO ist eine Norm, die dem öffentlichen Recht angehört. Somit ist der Verwaltungsrechtsweg eröffnet.

2. Der Widerspruch müsste statthaft sein. A beantragt, B zu verpflichten, ihm entsprechend seines Antrags eine Baugenehmigung zu erteilen. Diesem Begehren wird der Verpflichtungswiderspruch gemäß §§ 68 Abs. 2, 42 Abs. 1 Alt. 2 VwGO analog gerecht, da es sich bei der begehrten Baugenehmigung nach § 72 Abs. 1 SächsBO um einen Verwaltungsakt i.S.d. Legaldefinition des § 35 Satz 1 VwVfG handelt. Der Verpflichtungswiderspruch ist somit statthaft.

3. A müsste geltend machen können, durch die Ablehnung der Baugenehmigung in seinen Rechten verletzt zu sein (§ 42 Abs. 2 VwGO analog). Dies ist der Fall, wenn er einen Anspruch auf Erteilung einer Baugenehmigung haben könnte. Ein solcher Anspruch könnte sich hier aus § 72 Abs. 1 SächsBO ergeben.

4. A ist gemäß § 79 2. Halbsatz VwVfG i.V.m. § 11 Nr. 1 VwVfG beteiligten-, und gemäß § 79 2. Halbsatz VwVfG i.V.m. § 12 Abs. 1 Nr. 1 1. Alt. VwVfG handlungsfähig.

5. Gemäß § 70 Abs. 1 Satz 1 VwGO ist der Widerspruch innerhalb eines Monats, nachdem der Verwaltungsakt dem Beschwerzten bekanntgegeben worden ist, bei der Behörde, die den Verwaltungsakt erlassen hat, zu erheben. Die Bekanntgabe richtet sich nach § 41 Abs. 2 VwVfG. Danach gilt ein Verwaltungsakt, welcher im Inland durch die Post übermittelt wird, am dritten Tag nach der Aufgabe zur Post als bekanntgegeben. Da das Schreiben der B am 24. August 2018 zur Post aufgegeben wurde, erfolgte die Bekanntgabe somit am 27. August 2018.

An der Richtigkeit der Rechtsbehelfsbelehrung bestehen keine Zweifel, so dass A innerhalb eines Monats Widerspruch gegen diesen Bescheid eingelegt haben müsste. Die Frist beginnt nach § 79 2. Halbsatz VwVfG i.V.m. § 31 Abs. 1 VwVfG i.V.m. § 187 Abs. 1 BGB am 28. August 2018, da der Tag, in den das Ereignis fällt (die Bekanntgabe am 27. August 2018) nicht mitgerechnet wird. Die Frist endet nach § 79 2. Halbsatz VwVfG i.V.m. § 31 Abs. 1 VwVfG i.V.m. § 188 Abs. 2 BGB mit Ablauf desjenigen Tages des letzten Monats, der durch seine Zahl dem Tage entspricht, in den das Ereignis fällt. Dem Tag der Bekanntgabe am 27. August 2018 entspricht der 27. September 2018. Daher endet die Frist mit Ablauf dieses Tages. Der Widerspruch des A ist der Stadtverwaltung am 20. Oktober 2018 zugegangen und damit nicht innerhalb der Monatsfrist. (Sofern infolge der „Doppelnatur“ des Widerspruchsverfahrens als einerseits Verwaltungsverfahren andererseits vorgerichtliches Verfahren die Fristberechnung über § 79 1. Halbsatz VwGO, § 57 Abs. 2 VwGO i.V.m. § 222 ZPO, §§ 187 ff. BGB erfolgt, ist dies nicht als falsch zu bewerten. Die Bearbeiter müssen zum selben Ergebnis gelangen).

Etwas anderes könnte sich aber daraus ergeben, dass A zwei Monate im Krankenhaus verbringen musste und außerstande war, seine Verwaltungsangelegenheiten zu regeln. Gemäß § 79 2. Halbsatz VwVfG i.V.m. § 32 VwVfG könnte A bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beantragen. Dann müsste er gemäß § 32 Abs. 1 Satz 1 VwVfG ohne Verschulden verhindert gewesen sein, die gesetzliche Frist des § 70 Abs. 1 Satz 1 VwGO einzuhalten. A lag infolge eines Hörsturzes im Marienkrankenhaus,

womit ihm kein Verschulden zur Last fällt. Auch ist nicht davon auszugehen, dass A schon eher hätte auf den Bescheid reagieren können, da es sich um eine schwerwiegende Erkrankung handelt. Dies kann er zudem mit einem ärztlichen Attest belegen. Gemäß § 32 Abs. 2 Satz 1 VwVfG müsste der Antrag auf Wiedereinsetzung binnen zwei Wochen nach Wegfall des Hindernisses gestellt werden. Laut Sachverhalt erhob A am 19. Oktober 2018 aber nur Widerspruch gegen den Ablehnungsbescheid. Einen ausdrücklichen Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand stellt er jedoch nicht, was dazu führen könnte, dass er endgültig nicht mehr gegen den Bescheid der B vorgehen kann. Wird indes die versäumte Handlung innerhalb der Antragsfrist nachgeholt, kann die Wiedereinsetzung auch ohne entsprechenden Antrag gewährt werden (§ 32 Abs. 2 Sätze 3 und 4 VwVfG). Diese Voraussetzungen liegen hier vor. Das der B in § 32 Abs. 2 Satz 4 VwVfG der B eingeräumte Ermessen wäre auf Null reduziert. (Sofern die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand über § 79 1. Halbsatz VwGO i.V.m. § 70 Abs. 2 VwGO i.V.m. § 60 VwGO erfolgt, ist dies nicht als falsch zu bewerten. Die Bearbeiter müssen infolge des fast identischen Wortlauts von § 32 VwVfG und § 60 VwGO zum selben Ergebnis gelangen).

6. Zwischenergebnis: Der Widerspruch des A ist zulässig.

## B. Begründetheit des Widerspruchs

1. Der Verpflichtungswiderspruch ist begründet, wenn die Ablehnung des Erlasses der begehrten Baugenehmigung rechtswidrig ist, da A einen Anspruch auf die beantragte Baugenehmigung hat und er dadurch in seinen Rechten verletzt wurde.

Ein Verpflichtungswiderspruch ist - entgegen dem insoweit zumindest ungenauen Wortlaut des § 113 Abs. 5 Satz 1 VwGO analog - nicht schon dann begründet, soweit die Ablehnung oder Unterlassung des Verwaltungsakts rechtswidrig ist und der Widerspruchsführer hierdurch in seinen Rechten verletzt wird (§ 68 Abs. 2 VwGO i.V.m. § 113 Abs. 5 VwGO analog). Vielmehr kommt es darauf an, ob der Widerspruchsführer (jetzt noch) einen Anspruch auf den unterlassenen oder versagten Verwaltungsakt hat. Dementsprechend ist zu prüfen, ob A einen Anspruch auf Erteilung der begehrten Baugenehmigung besitzt. Dies ist der Fall, wenn er einen Anspruch aus § 72 Abs. 1 SächsBO auf Erteilung einer Baugenehmigung hat.

2. Nach § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO analog ist der Widerspruch gegen B zu richten, da Städte und somit Gemeinden ihre eigenen Rechtsträger sind (Passivlegitimation).

## 3. Formelle Rechtmäßigkeit des Ablehnungsbescheides

Der Ablehnungsbescheid müsste formell rechtmäßig ergangen sein.

### a) Zuständigkeit

B ist als Kreisfreie Stadt gemäß § 57 Abs. 1 Satz 2, Abs. 1 Satz 1 Nummer 1 SächsBO als untere Bauaufsichtsbehörde sachlich und gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 1 VwVfG örtlich für die Erteilung der Baugenehmigung zuständig.

### b) Verfahren

A wurde vor Erlass des Ablehnungsbescheides nicht angehört. Darin könnte ein Verstoß gegen § 28 Abs. 1 VwVfG liegen. Allerdings ist eine Anhörung grundsätzlich nur bei belastenden Verwaltungsakten erforderlich. A begehrt indes mit seinem Antrag einen begünstigenden Verwaltungsakt. Allein die Ablehnung ist kein selbständiger belastender Verwaltungsakt. Eine Anhörung war demnach entbehrlich.

*Anmerkung: Bearbeiter, die eine Anhörung für erforderlich halten, müssten auf die Heilungsmöglichkeit gemäß § 45 Abs. 1 Nr. 3 VwVfG hinweisen.*

c) Die Formvorschriften der §§ 37 und 39 VwVfG wurden eingehalten.

#### 4. Materielle Rechtmäßigkeit

Der Ablehnungsbescheid müsste auch materiell rechtmäßig ergangen sein. Dies ist nicht der Fall, wenn A einen Anspruch auf Erteilung der beantragten Baugenehmigung hat.

a) Anspruchsgrundlage für den Anspruch des A ist § 72 Abs. 1 SächsBO.

b) Genehmigungspflichtigkeit

Nach § 59 Abs. 1 SächsBO bedürfen die Errichtung, Änderung und Nutzungsänderung von Anlagen der Baugenehmigung. Anlagen sind mit dem Erdboden verbundene, aus Bauprodukten hergestellte Anlagen (§ 2 Abs. 1 Satz 1 SächsBO). A hat eine Baugenehmigung für ein Hostel erhalten und möchte nun statt diesem eine Spielothek sowie ein Spielkasino einrichten. Dabei handelt es sich um eine relevante bzw. wesentliche Änderung der Nutzung der Räumlichkeiten, so dass Volker dafür eine Baugenehmigung braucht.

c) Genehmigungsfähigkeit

Nach § 72 Abs. 1 SächsBO ist eine Baugenehmigung ist zu erteilen, wenn dem Bauvorhaben keine öffentlich-rechtlichen Vorschriften entgegenstehen, die im bauaufsichtlichen Genehmigungsverfahren zu prüfen sind. Ein vereinfachtes Baugenehmigungsverfahren nach § 63 SächsBO kommt nicht in Betracht. Zumindes bei dem geplanten Spielkasino mit einer Grundfläche von 200 m<sup>2</sup> handelt es sich um einen Sonderbau gemäß § 2 Abs. 4 Nr. 8 SächsBO, dessen Genehmigungsfähigkeit im bauaufsichtsrechtlichen Verfahren nach § 64 Satz 1 SächsBO zu prüfen ist. Es kommt folglich darauf an, ob die Nutzungsänderung den Vorschriften des Baugesetzbuchs und des Bauordnungsrechts sowie den sonstigen öffentlich-rechtlichen Vorschriften entspricht.

Zu den im Baugenehmigungsverfahren nach § 64 Satz 1 Nr. 1 SächsBO zu prüfenden baurechtlichen Vorschriften gehören insbesondere die bauplanungsrechtlichen Vorschriften der §§ 29 ff. BauGB, so dass fraglich ist, ob diese Bestimmungen dem Vorhaben des A entgegenstehen.

Es müsste sich um eine bauliche Anlage nach § 29 Abs. 1 BauGB handeln. Der Begriff der baulichen Anlage deckt sich weitestgehend mit dem des Landesrechts in § 2 Abs. 1 SächsBO. Hinzukommen muss aber eine städtebauliche Relevanz. Dies wiederum bemisst sich nach § 1 Abs. 5 und 6 BauGB. Erforderlich ist das Bedürfnis nach einer verbindlichen Bauleitplanung. Die Nutzungsänderung eines Hotels in eine Spielothek sowie ein Spielkasino erfordert eine städtebauliche Überprüfung, da es sich nicht lediglich um eine Bagatellanlage handelt. Folglich liegt eine Anlage nach § 29 Abs. 1 BauGB vor.

Das Gebäude liegt im Geltungsbereich eines Bebauungsplanes (§ 30 Abs. 1 BauGB). Fraglich ist, ob es sich dabei um einen qualifizierten oder einen einfachen Bebauungsplan handelt. Um einen qualifizierten Bebauungsplan handelt es sich, wenn mindestens Festsetzungen zu Art und Maß der baulichen Nutzung, überbaubaren Grundstücksflächen sowie örtlichen Verkehrsflächen getroffen wurden. A führt in seiner Widerspruchs begründung an, dass der Plan keine Aussagen über die Art der baulichen Nutzung enthalte. Das Fehlen einer Festsetzung über die Art der baulichen Nutzung bedeutet, dass die Klassifizierung des Gebietes nach der BauNVO in Wohngebiet, Gewerbegebiet oder ähnliches fehlt. Deshalb erfüllt der Bebauungsplan die Vor-

gaben des § 30 Abs. 1 BauGB nicht und ist deshalb als einfacher Bebauungsplan nach § 30 Abs. 3 BauGB einzustufen. Die Zulässigkeit des Vorhabens richtet sich sodann nach den §§ 34 und 35 BauGB.

Es käme die Zulässigkeit nach § 34 BauGB in Betracht. Dazu müsste das Vorhaben zunächst innerhalb der im Zusammenhang bebauten Ortsteile liegen. Darunter ist jede Bebauung zu verstehen, die trotz vorhandener Baulücken den Eindruck von Geschlossenheit und Zusammengehörigkeit erweckt, nach der Zahl der vorhandenen Bauten ein gewisses Gewicht hat und Ausdruck einer organischen Siedlungsstruktur ist. Maßstab ist die bereits vorhandene Bebauung.

In dem fraglichen Bereich befinden sich hauptsächlich Mehrfamilienwohnhäuser, daneben bestehen mehrere kleine handwerklich geprägte Gewerbebetriebe. Ferner gibt es vereinzelt Einzelhandelsbetriebe sowie eine Gaststätte. Es handelt sich also um eine Vielzahl von Bauten, die dicht nebeneinander angesiedelt sind und Geschlossenheit, sowie Zusammengehörigkeit vermitteln. Auch wenn unter den Wohnhäusern Gewerbebetriebe zu finden sind, ändert dies nichts an der siedlungsähnlichen Struktur. Damit liegt das Gebäude des A im Innenbereich gem. § 34 BauGB.

Somit muss sich die Nutzungsänderung hinsichtlich Art und Maß der baulichen Nutzung, der Bauweise und der überbaubaren Grundstücksfläche in die Eigenart der näheren Umgebung einfügen. Entspricht aber die Eigenart der näheren Umgebung einem der Baugebiete der BauNVO, beurteilt sich die Zulässigkeit des Vorhabens nach § 34 Abs. 2 BauGB. Zu prüfen ist also, wie das fragliche Gebiet zu klassifizieren ist. Ein reines Wohngebiet gemäß § 3 BauNVO scheidet aus, da neben den Wohnhäusern Gewerbe- und Einzelhandelsbetriebe existieren. Eventuell kommt ein allgemeines Wohngebiet nach § 4 BauNVO in Betracht. Zulässig wären hier u.a. Wohngebäude, Schank- und Speisewirtschaften sowie nicht störende Handwerksbetriebe. Damit wären die Mehrfamilienwohnhäuser, die Gaststätte erfasst und die handwerklich geprägten Gewerbebetriebe erfasst. Die wenigen Einzelhandelsbetriebe könnten unter die Ausnahmenvorschriften des § 4 Abs. 3 BauNVO fallen und schließen deshalb ein allgemeines Wohngebiet damit nicht aus. In Frage käme aber auch die Einordnung unter § 6 BauNVO als Mischgebiet. Diese dienen sowohl dem Wohnen als auch der Unterbringung von Gewerbebetrieben, die das Wohnen nicht wesentlich stören. Auch wären Wohngebäude, Einzelhandelsbetriebe, Schank- und Speisewirtschaft, sowie sonstige Gewerbebetriebe grundsätzlich zulässig. Damit wären ohne Ausnahme alle vorkommenden Bauten erfasst. Damit ist das Vorhaben des A unter die Kategorie Mischgebiet einzuordnen, da beim allgemeinen Wohngebiet die Wohnbebauung dominieren müsste, was aber hier nicht eindeutig festgestellt werden kann. Das Gewerbe ist zwar nicht über die Maßen ausgeprägt, dennoch wird die Einordnung als Mischgebiet dem Gebietscharakter am ehesten gerecht.

Fraglich ist, ob die Spielothek und das Spielkasino in einem Mischgebiet zulässig sind. Dabei könnte es sich um Vergnügungsstätten nach § 6 Abs. 2 Nr. 8 BauNVO handeln. Das Vorhaben erfüllt jedenfalls die Voraussetzungen des § 4a Abs. 3 Nr. 2 BauNVO. Jedoch sind Vergnügungsstätten nur in Teilen des Gebiets zulässig, die überwiegend durch gewerbliche Nutzung geprägt sind. Eine eindeutige Abgrenzung zwischen Wohn- und Gewerbegebiet ist hier nicht möglich, da die Wohnbebauung von Einzelhandelsbetrieben und Gewerbebetrieben durchsetzt ist.

Aber auch wenn man von der grundsätzlichen Zulässigkeit der Vergnügungsstätte ausgeht, könnte sich eine Unzulässigkeit aus § 15 Abs. 1 Satz 1 BauNVO im Einzelfall ergeben. Die Anlage dürfte nicht nach Anzahl, Lage, Umfang oder Zweckbestimmung der Eigenart des Baugebietes widersprechen. Geprägt wird das Mischgebiet in erster Linie durch die Bebauung mit Mehrfamilienwohnhäusern. Das Gebäude des A fügt sich in die es umgebenden Bauten rein optisch ein. Die Geschosshöhe ist auf zwei festgelegt, was auch auf die bauliche Anlage des A zutrifft. Mit der Nutzungsänderung wird keine dominierende Stellung erzielt, so dass der Umfang

der Nutzungsänderung aus diesem Gesichtspunkt zulässig ist. Ein Unterschied ergibt sich aber daraus, dass nur Einzelhandelsgewerbe und Handwerksbetriebe vorhanden sind. So könnte die Nutzungsänderung in eine Spielothek und ein Spielkasino zu einer Strukturveränderung führen. Durch die Zulassung der Vergnügungsstätte könnte es zur Verdrängung anderer Nutzungen kommen, was zum Schutz des vorhandenen Gewerbes unterbunden werden müsste. Allerdings kann die Zulassung einer einzigen Vergnügungsstätte nicht solche Folgen haben. Eine Unzulässigkeit ergibt sich in dieser Hinsicht nicht.

Allerdings ist § 15 Abs. 1 Satz 2 BauNVO zu berücksichtigen. Unzulässig ist die Nutzungsänderung des A, wenn Belästigungen oder Störungen von ihr ausgehen, die nach der Eigenart des Baugebietes im Baugebiet selbst oder in dessen Umgebung unzumutbar sind. Mögliche Belästigungen bzw. Störungen können gerade aus dem durch den Betrieb der Vergnügungsstätte entstehenden Lärm ergeben.

Es ist zu erwarten, dass sich Besucher der Spielothek oder des Spielkasinos zeitweilig vor dem Eingang im Außenbereich des Gebäudes aufhalten. Gerade Raucher werden von Zeit zu Zeit nach draußen gehen, um dort ihrem Bedürfnis nachgehen zu können. So kann aber auch das Kommen und Gehen der Gäste Störungen verursachen. Es ist in jedem Fall mit erhöhtem Lärm besonders in der Nachtzeit zu rechnen. Um dem zu begegnen, hat A Schilder an gut sichtbaren Stellen angebracht, die die Gäste auffordern Rücksicht auf die Nachbarschaft zu nehmen. Die Wirksamkeit dieser Schilder ist jedoch fraglich. Gerade betrunkene Gäste werden die Schilder nicht ernst nehmen oder ihnen Folge leisten. Viele Gäste werden den Schildern schon erst gar keine Beachtung schenken. A könnte um die Einhaltung der Vorschriften sicherzustellen, zusätzlich Ordnungsleute zur Verfügung stellen. Aber auch dadurch kann es wiederum zu lautstarken Diskussionen und Unruhe kommen, sollten beispielsweise alkoholisierte Gäste Widerstand leisten.

Die Lärmentwicklung, die vom Gebäude ausgehen kann, hat A weitestgehend eingedämmt, da er automatisch schließende Türen, sowie schalldichte Fenster und Türen installiert hat. Damit kann sichergestellt werden, dass keine unzumutbaren Beeinträchtigungen auftreten. Problematisch ist aber der Parkplatz in unmittelbarer Nähe zum Kasino. A führt an, dass der Parkplatz ausreichend groß ist um auch eine große Anzahl von Gästen aufnehmen zu können. Dadurch wird sicherlich dafür gesorgt, dass kein unnötiger Lärm durch herumfahrende, nach Parkplätzen suchende Autofahrer entsteht.

Die Nähe zu den Wohngebäuden ist dennoch nicht unproblematisch. Der Parkplatz liegt auf der den Wohngebäuden abgewandten Seite und wird durch eine hohe massive Mauer eingerahmt. Aufgrund dessen ist eine unzumutbare Lärmentwicklung eher nicht anzunehmen. Die Zufahrtsstraße führt allerdings unmittelbar an den Wohngebäuden vorbei, so dass es zu einem erhöhten Verkehrsaufkommen gerade in der Nacht kommen kann. Dieser An- und Abfahrtsverkehr findet zwar auf einer öffentlichen Straße statt, dennoch steigt die Zahl der vorbeifahrenden Autos, was sich gerade zur Nachtzeit besonders deutlich bemerkbar macht. Zu berücksichtigen ist auch, dass diese Art von Vergnügungsstätte oftmals ein bestimmtes Klientel anzieht, was dazu führen kann, dass sich Bewohner durch deren Anwesenheit eingeschüchtert fühlen. Im Ergebnis überwiegen die Beeinträchtigungen, die A durch die Spielothek und das Spielkasino verursacht. Die Nutzungsänderung ist demnach unzulässig.

d) Die Nutzungsänderung ist daher nach § 15 Abs. 1 Satz 2 BauVNO unzulässig. Damit ist das Vorhaben bauplanungsrechtlich genehmigungsunfähig. A hat keinen Anspruch auf Erteilung einer Baugenehmigung. Folglich ist der Widerspruch unbegründet.

C. Gesamtergebnis: Der Widerspruch des A ist zwar zulässig, aber unbegründet. Er hat somit keinen Erfolg.

**Punkteverteilung/Bewertungsvorschlag:**

Aufgabenteil	95 Punkte
Aufbau, Gliederung und Stil	5 Punkte
Gesamt	100 Punkte