

# Übungsfall: Eine Fiktion mit Tücken

Von Prof. Dr. Ralf Müller-Terpitz und Wiss. Mitarbeiterin Susanne Pech, Passau\*

Die folgende Klausur behandelt Fragen des Bauordnungs- und Bauplanungsrechts. Sie ist von gehobenem Schwierigkeitsgrad.

## Sachverhalt

Vor Jahren hat die kreisangehörige Stadt X im Landkreis Y des Bundeslandes Z per Bebauungsplan ein Sondergebiet i.S.d. § 11 Abs. 2, 3 BauNVO mit der Bezeichnung „Einkaufszentrum Süd“ ausgewiesen. Im Geltungsbereich dieses Bebauungsplans besitzt die K-AG (K) als Eigentümerin ein Grundstück, auf dem sie ein Kaufhaus betreibt.

Seit der Errichtung dieses Einkaufszentrums Süd außerhalb des Stadtkerns von X vor ca. 5 Jahren hat sich die Anzahl der Geschäfte im Innenstadtbereich stark verringert, so dass eine große Zahl an Leerständen zu beklagen ist. Aus diesem Grunde fasst die Stadt am 24.2.2009 den Beschluss, ihren bisherigen Bebauungsplan „Einkaufszentrum Süd“ zu ändern. Zur Stärkung der zentrumsnahen Einzelhändler und zur Sicherung der Grundversorgung der Bevölkerung im Innenstadtbereich soll fortan die Errichtung oder Erweiterung jeglicher Einzelhandelsbetriebe für den Verkauf an Verbraucher untersagt werden. Dieser Beschluss wird am 25.2.2009 ordnungsgemäß bekannt gemacht.

Am 6.3.2009 beschließt der Gemeinderat zur Sicherung dieser Planung zudem eine Veränderungssperre, die am 15.7.2009 in Kraft treten soll.

Am 2.4.2009 beantragt K ordnungsgemäß eine Baugenehmigung zur Errichtung eines Anbaus an ihr Kaufhaus, um in Zukunft ihr Sortiment erweitern zu können. Die zuständige Kreisbehörde im Landkreis Y stellt den Antrag der K auf Wunsch der Stadt X jedoch bis zum 1.8.2009 zurück, was der K in einem formell ordnungsgemäßen, auf den 6.5.2009 datierten Bescheid mitgeteilt wird. Gegen diesen Zurückstellungsbescheid erhebt K am 10.5.2009 ordnungsgemäß Klage zum zuständigen Verwaltungsgericht.

In einem Gespräch am 11.7.2009 macht die Anwältin der K ihre Mandantin auf den Umstand aufmerksam, dass es die Behörde offensichtlich versäumt habe, für ihren Bescheid vom 6.5.2009 die sofortige Vollziehung anzuordnen. Aus diesem Grunde könne K postwendend mit der Errichtung des Anbaus beginnen, was diese auch tut. Als die zuständige Behörde hiervon erfährt, teilt sie der K am Samstag, dem 15.7.2009 jedoch mit, dass diese zu einem solchen Vorgehen nicht berechtigt sei. Zudem führt die Behörde in diesem Schreiben aus, dass sie eine etwaig erteilte Baugenehmigung mit Wirkung für die Vergangenheit zurücknehme.

K erhebt daraufhin am 17.8.2009 Klage gegen die Rücknahme der Baugenehmigung zum zuständigen Verwaltungsgericht. Es könne nicht angehen – so K zur Begründung –, dass die Behörde erst „schlampert“ und dann einfach wieder alles zurücknehmen dürfe. Mit der Zurückstellung könne das Vorgehen der Behörde jedenfalls nicht gerechtfertigt werden, da diese sowieso nur bis zum 1.8.2009 gegolten hätte und damit „Schnee von gestern“ sei. Auch bezweifelt K die Wirksamkeit der Veränderungssperre.

Die zuständige Behörde macht demgegenüber geltend, ihr seien „die Hände gebunden“, da sie dem Zurückstellungsgesuch der Stadt X habe entsprechen müssen.

## Bearbeitervermerk:

Prüfen sie die Erfolgsaussichten der von K am 17.8.2009 erhobenen Klage. Gehen Sie bei Ihrer Falllösung davon aus, dass

1. die Bauordnung des Bundeslandes Z (BauO Z) folgenden § XY enthält: „Der Eingang des vollständigen Bauantrags ist unter Angabe des Datums schriftlich zu bestätigen.“<sup>2</sup>Über den Bauantrag ist innerhalb von drei Monaten nach Eingang des vollständigen Antrags zu entscheiden; die Bauaufsichtsbehörde kann diese Frist aus wichtigem Grund um bis zu zwei Monate verlängern. <sup>3</sup>Die Baugenehmigung gilt als erteilt, wenn über den Bauantrag nicht innerhalb der nach Satz 2 maßgeblichen Frist entschieden worden ist.“<sup>1</sup>

2. das Widerspruchsverfahren im Bundesland Z gemäß § 68 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 VwGO entbehrlich ist.

3. die zuständige Kreisbehörde im Landkreis Y als untere staatliche Verwaltungsbehörde tätig wird.

4. das Vorhaben von K gemäß der BauO Z genehmigungspflichtig ist.

## Lösung

Die Klage der K hat Aussicht auf Erfolg, wenn der Verwaltungsrechtsweg eröffnet (A.) und die Klage zulässig (B.) sowie begründet (C.) ist.

### A. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

Gemäß § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO ist der Verwaltungsrechtsweg in öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art eröffnet, für die eine anderweitige Sonderzuweisung nicht existiert. Eine Streitigkeit ist öffentlich-rechtlicher Natur, wenn der Streitgegenstand nach Normen des öffentlichen Rechts zu entscheiden ist.

Streitentscheidende Normen sind vorliegend solche des Bauplanungs- und Bauordnungsrechts. Bei diesen handelt es sich um Normen des öffentlichen Rechts, da sie als Zuordnungssubjekt einen Träger öffentlicher Gewalt berechtigen oder verpflichten („modifizierte Subjektstheorie“).<sup>2</sup>

---

\* Prof. Dr. Ralf Müller-Terpitz ist Inhaber des Lehrstuhls für Staats- und Verwaltungsrecht sowie Wirtschaftsverwaltungs-, Medien- und Informationsrecht an der Universität Passau. Susanne Pech ist dort Wissenschaftliche Mitarbeiterin.

<sup>1</sup> Die zitierte Bestimmung ist § 57 Abs. 2 HessBauO nachgebildet. Auch in der sächsischen Bauordnung (§ 69 Abs. 5 SächsBauO) findet sich das Rechtsinstitut der fiktiven Baugenehmigung.

<sup>2</sup> Zur „modifizierten Subjektstheorie“, auch „Sonderrechtstheorie“ genannt, vgl. Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 7. Aufl. 2008, § 11 Rn. 17; Würtenberger, Verwaltungsprozessrecht, 2. Aufl. 2006, § 11 Rn. 131.

Darüber hinaus ist die Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art, da vorliegend keine unmittelbar am Verfassungsleben Beteiligten um ihre Rechte und Pflichten aus der Verfassung streiten. Mangels anderweitiger Sonderzuweisung ist der Verwaltungsrechtsweg mithin gemäß § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO eröffnet.

## B. Zulässigkeit der Klage

### I. Statthafte Klageart

Die Statthaftigkeit der Klage richtet sich nach dem klägerischen Begehren (vgl. § 88 VwGO).

Die K wehrt sich gegen die Aufhebung einer etwaig erteilten Baugenehmigung. In Betracht könnte deshalb eine Anfechtungsklage gemäß § 42 Abs. 1 Alt. 1 VwGO auf Aufhebung des Bescheids vom 15.7.2009 kommen. Die Aufhebung einer Baugenehmigung ist – wie die Genehmigung selbst – als Verwaltungsakt i.S.d. § 35 VwVfG zu qualifizieren (actus contrarius).<sup>3</sup> Bei erfolgreicher Anfechtung des Aufhebungsbescheids lebt die ursprünglich erteilte Baugenehmigung wieder auf (vgl. § 43 Abs. 2 VwVfG). Einer Verpflichtungsklage auf erneute Erteilung einer Baugenehmigung fehlte demgegenüber das Rechtsschutzbedürfnis, da die Anfechtungsklage für den Bauherrn auf einfacherem Wege Rechtsschutz vermittelt.

Fraglich ist jedoch, ob das Schreiben der Kreisbehörde vom 15.7.2009 überhaupt die Aufhebung eines Verwaltungsakts zum Gegenstand hat oder ob es sich hierbei lediglich um einen Rechtshinweis des Inhalts handelt, dass die K nicht befugt sei, ohne Baugenehmigung mit dem Bau zu beginnen. Bei bloßen Hinweisen auf die Rechtslage handelt es sich mangels Regelungscharakter nicht um einen Verwaltungsakt i.S.d. § 35 VwVfG.<sup>4</sup> Zu prüfen ist daher, ob ein Verwaltungsakt in Form einer Baugenehmigung ergangen ist, den die Kreisbehörde mit Schreiben vom 15.7.2009 aufheben konnte.<sup>5</sup>

Zwar wurde der Bauantrag der K am 6.5.2009 bis zum 1.8.2009 zurückgestellt und deshalb zunächst seitens der zuständigen Bauaufsichtsbehörde keine Genehmigung erteilt. Zu berücksichtigen ist allerdings, dass die K am 10.5.2009 Klage gegen den Zurückstellungsbescheid vom 6.5.2009 erhoben hat. Die Zurückstellung ist ihrerseits als Verwaltungsakt zu qualifizieren, dessen Regelung darin besteht, die

Baugenehmigungsbehörde während der Dauer der Zurückstellung von ihrer Pflicht zur Bescheidung des eingereichten Baugesuchs zu befreien.<sup>6</sup> Somit kann die Zurückstellung grundsätzlich tauglicher Gegenstand einer Anfechtungsklage i.S.d. § 42 Abs. 1 Alt. 1 VwGO sein.

Eine Anfechtungsklage entfaltet gemäß § 80 Abs. 1 VwGO aufschiebende Wirkung, sofern sie nicht offensichtlich unzulässig ist.<sup>7</sup> Zwar hat laut Sachverhalt K die Klage am 10.5.2009 ordnungsgemäß erhoben. Möglicherweise fehlen solchen Anfechtungsklagen gegen Zurückstellungsentscheidungen der Bauaufsichtsbehörden jedoch – wie in der Rechtsprechung und im rechtswissenschaftlichen Schrifttum geltend gemacht wird – das Rechtsschutzbedürfnis, da durch die Aufhebung eines Zurückstellungsbescheids noch keine Entscheidung über den Bauantrag selbst getroffen werde, was aber dem eigentlichen Gesuch des Bauherrn entspreche; dieser müsse deshalb eine Verpflichtungsklage auf Erteilung der Baugenehmigung (in Gestalt einer Untätigkeitsklage) erheben.

Eine solche Sichtweise vermag indessen nicht zu überzeugen: Denn die Entscheidung über die Zurückstellung ist an eigenständige, von der materiell-rechtlichen Genehmigungsfähigkeit des Vorhabens losgelöste Tatbestandsvoraussetzungen geknüpft. Durch die Zurückstellung erfolgt lediglich eine Aussetzung der behördlichen Entscheidung über die Zulässigkeit des Vorhabens. An der Beseitigung des Eintritts dieser belastenden Folge hat der Bauherr jedoch ein eigenständiges Rechtsschutzinteresse, da die Bauaufsichtsbehörde nach Einlegung von Widerspruch bzw. Anfechtungsklage verpflichtet ist, wegen der dadurch initiierten Suspensivwirkung (vgl. § 80 Abs. 1 VwGO) das Baugesuch unverzüglich weiter zu prüfen und über dieses zu entscheiden. Eine solche Wirkung vermag der Bauherr durch Erhebung einer Verpflichtungsklage nicht zu erzielen. Die Erfolgsaussichten einer Verpflichtungsklage können im Übrigen ganz anders zu bewerten sein, da in ihrem Rahmen nicht lediglich über die Rechtswidrigkeit der Zurückstellung, sondern, über den Anspruch des Klägers auf Erteilung einer Baugenehmigung zu entscheiden ist.<sup>9</sup> Der Anfechtungsklage gegen die Zurückstellungsentscheidung fehlte folglich nicht das erforderliche Rechtsschutzbedürfnis; sie war deshalb auch nicht (offensichtlich) unzulässig und entfaltete mithin suspensive Wirkung.

Fraglich ist jedoch, ob die aufschiebende Wirkung der Anfechtungsklage vom 10.5.2009 gemäß § 80 Abs. 2 Nr. 2 VwGO auf Grund des § 212a BauGB nicht eingetreten ist. Vorliegend hat K jedoch keine Anfechtungsklage gegen eine bauaufsichtliche Zulassungsentscheidung, sondern gegen

<sup>3</sup> Vgl. hierzu OVG Münster NJW 1985, 281 (282); Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Aufl. 2006, § 11 Rn. 20.

<sup>4</sup> Vgl. hierzu BVerwGE 51, 55 (60); Kopp/Ramsauer, VwVfG, 10. Aufl. 2008, § 35 Rn. 47.

<sup>5</sup> Legitim wäre es allerdings auch, diese Frage zunächst offen zu lassen, da laut Sachverhaltsschilderung die Kreisbehörde offensichtlich in der Form eines VA gehandelt hat. Denn jedenfalls wollte sie „eine etwaig erteilte Baugenehmigung mit Wirkung für die Vergangenheit zurücknehmen“, also einen Rücknahmebescheid erlassen. Da die Behörde folglich aus Sicht des betroffenen Adressaten in der Form eines VA gehandelt hat, ist er auch berechtigt, diesen Rechtsakt – und sei es nur der Schein eines Rechtsakts – im Wege der Anfechtungsklage anzugreifen.

<sup>6</sup> Rieger, in: Schrödter (Hrsg.), Baugesetzbuch, 7. Aufl. 2006, § 15 Rn. 23 m.w.N.

<sup>7</sup> Vgl. Schmidt, in: Eyermann (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung, 12. Aufl. 2006, § 80 Rn. 13 m.w.N.

<sup>8</sup> In diesem Sinne etwa VGH Mannheim NVwZ-RR 2003, 333; Jäde, in: Jäde/Darnberger/Weiss (Hrsg.), BauGB/BauNVO, 5. Aufl. 2007, § 15 Rn. 27 f.

<sup>9</sup> Im Ergebnis wie hier OVG Berlin NVwZ 1995, 399; Rieger (Fn. 6), § 15 Rn. 23.

einen Zurückstellungsbescheid erhoben. Darüber hinaus ist K nicht Dritte i.S. dieser Bestimmung, sondern selbst Bauherin. Somit ist § 212a BauGB tatbestandlich nicht einschlägig mit der Folge, dass der Eintritt der aufschiebenden Wirkung auch nicht durch § 80 Abs. 2 Nr. 2 VwGO gehemmt wurde.

Da die zuständige Bauaufsichtsbehörde – wohl versehentlich – zudem keine sofortige Vollziehung des Zurückstellungsbescheids angeordnet hat, entfällt die aufschiebende Wirkung der Klage vom 10.5.2009 auch nicht gemäß § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO.<sup>10</sup> Die Bauaufsichtsbehörde hat in solchen Konstellationen deshalb die Amtspflicht, die Bearbeitung des Bauantrags fortzusetzen.<sup>11</sup> Für den zu begutachtenden Sachverhalt bedeutet dies, dass die dreimonatige Frist aus § XY S. 2 BauO Z weiterlief und die Baugenehmigung deshalb gemäß § XY S. 3 BauO Z am 2.7.2009 als erteilt galt.<sup>12</sup> Es handelt sich hierbei um einen kraft gesetzlicher Fiktion ergangenen Verwaltungsakt (fiktiver Verwaltungsakt).<sup>13</sup>

Da somit eine Baugenehmigung in Form eines fiktiven Verwaltungsakts vorlag, konnte die Bauaufsichtsbehörde mit ihrem Schreiben vom 15.7.2009 dessen Aufhebung verfügen.<sup>14</sup> Wie oben bereits dargelegt, handelt es sich nach der „actus-contrarius-Theorie“ auch bei der Aufhebung eines Verwaltungsakts um einen Verwaltungsakt, so dass gegen den Aufhebungsbescheid der Kreisbehörde vom 15.7.2009 seinerseits im Ergebnis die Anfechtungsklage statthaft ist.

## II. Klagebefugnis

Die K ist gemäß § 42 Abs. 2 VwGO klagebefugt, wenn sie durch das Verhalten der Kreisbehörde möglicherweise in einem subjektiv-öffentlichen Recht verletzt wurde. Die Klagebefugnis der K ergibt sich hier aus ihrer Stellung als Adressatin eines belastenden Verwaltungsakts, weshalb zumindest eine Verletzung ihrer allgemeinen Handlungsfreiheit gemäß Art. 2 Abs. 1, 19 Abs. 3 GG nicht a priori ausgeschlossen werden kann. Darüber hinaus wird die K durch den Aufhebungsbescheid möglicherweise in ihrem aus der fiktiven Baugenehmigung fließenden subjektiv-öffentlichen Recht – nämlich dem Recht, ihr Bauvorhaben, so wie beantragt, verwirklichen zu dürfen – verletzt.

<sup>10</sup> An das sofortige Vollzugsinteresse des Zurückstellungsbescheids sind mit Rücksicht auf die Zweckbestimmung der Zurückstellung dabei grundsätzlich keine hohen Anforderungen zu stellen; vgl. insoweit OVG Berlin NVwZ 1995, 399.

<sup>11</sup> Vgl. OVG Berlin NVwZ 1995, 399; BGH NVwZ 2002, 123 (124).

<sup>12</sup> So denn auch VGH Kassel NVwZ-RR 2009, 790 für einen ähnlich gelagerten Fall, dem der Sachverhalt nachgebildet wurde.

<sup>13</sup> Begriffsbildung nach *Jachmann*, Die Fiktion im öffentlichen Recht, 1998, S. 249.

<sup>14</sup> Zum Gleichlauf der Rechtsfolgen zwischen einem behördlich erlassenen und einem fiktiven Verwaltungsakt s. *Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs* (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 7. Aufl. 2008, § 35 Rn 66 f.

## III. Vorverfahren

Laut Sachverhalt ist die Durchführung eines Vorverfahrens gemäß § 68 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 VwGO im Bundesland Z entbehrlich.

## IV. Klagefrist

Zudem müsste die Klage gemäß § 74 Abs. 1 S. 2 VwGO innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe des Verwaltungsakts erhoben worden sein. Der Aufhebungsbescheid wurde am 15.7.2009 bekannt gegeben. Gemäß § 57 Abs. 2 VwGO, § 222 ZPO i.V.m. § 187 Abs. 1 BGB begann die Monatsfrist damit am 16.7.2009, 00:00 Uhr, zu laufen. Sie endete gemäß § 57 Abs. 2 VwGO, § 222 ZPO i.V.m. § 188 Abs. 2 BGB am 15.8.2009, 24:00 Uhr. Bei diesem Tag handelt es sich indes um einen Sonnabend, weshalb gemäß § 222 Abs. 2 ZPO der nächste Werktag für den Fristablauf maßgeblich ist. Dies ist vorliegend der 17.8.2009. Die Klage wurde mithin noch fristgemäß eingereicht.

## V. Beteiligten- und Prozessfähigkeit

Die K ist gemäß §§ 61 Nr. 1 Alt. 2, § 62 Nr. 1 VwGO beteiligten- und prozessfähig. Im Prozess wird sie durch den Vorstand vertreten (vgl. § 78 Abs. 1 AktG).

## VI. Gerichtliche Zuständigkeit

Laut Sachverhalt war das angerufene Verwaltungsgericht sachlich (§ 45 VwGO) und örtlich (§ 52 Nr. 1 VwGO i.V.m. dem AG VwGO Z) auch zuständig.

## VII. Ergebnis

Die Anfechtungsklage der K ist damit zulässig.

## C. Begründetheit der Klage

Die Klage ist begründet, wenn sie sich gegen den richtigen Beklagten richtet (§ 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO), die Aufhebungsverfügung rechtswidrig und K dadurch in ihren Rechten verletzt ist (§ 113 Abs. 1 S. 1 VwGO).

## I. Passivlegitimation<sup>15</sup>

Gemäß § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO passivlegitimiert ist der Rechtsträger derjenigen Behörde, die den angefochtenen Verwaltungsakt erlassen hat. Im zu begutachtenden Fall ist dies das Bundesland Z, da die zuständige Bauaufsichtsbehörde – die Kreisbehörde des Landkreises Y – laut Bearbeitervermerk in bauaufsichtlichen Verfahren als untere staatliche Verwaltungsbehörde tätig wird. Das Bundesland Z ist nach § 61 Nr. 1 Alt. 2 VwGO zudem beteiligtenfähig.

## II. Rechtswidrigkeit der Aufhebungsverfügung

### 1. Rechtsgrundlage

Als eine K belastende Maßnahme bedarf die Aufhebung der Baugenehmigung nach dem im Demokratie- und Rechtsstaatsstaatsprinzip (vgl. Art. 20 Abs. 3 GG) wurzelnden Vorbehalt des Gesetzes einer hierzu ermächtigenden Rechtsgrundlage. Da es im Baurecht keine Sondertatbestände für die Aufhebung von Verwaltungsakten gibt, ist insofern auf § 48 bzw. § 49 VwVfG Z zu rekurrieren. Diese Befugnisnormen finden auch auf fingierte Verwaltungsakte Anwendung, da diese den ausdrücklich erteilten Verwaltungsakten rechtlich in nichts nachstehen.<sup>16</sup>

Fraglich ist deshalb, ob die (fiktiv) erteilte Baugenehmigung rechtswidrig oder rechtmäßig ergangen ist; im ersteren Fall richtete sich ihre Aufhebung nach § 48 VwVfG Z, im letzteren Fall nach § 49 VwVfG Z.

#### a) Formelle Rechtmäßigkeit der Baugenehmigung

Gründe, aus denen sich eine formelle Rechtswidrigkeit der fiktiven Baugenehmigung ergeben könnte, sind nicht ersichtlich.

#### b) Materielle Rechtmäßigkeit der Baugenehmigung

Wäre die bauliche Anlage genehmigungsfrei, würde bereits dies zur materiellen Rechtswidrigkeit der (fiktiv) ergangenen Baugenehmigung führen. Rechtsgrundlage des Aufhebungsbescheides wäre dann § 48 VwVfG Z. Laut Bearbeitervermerk ist das Vorhaben jedoch genehmigungspflichtig; eine

Rechtswidrigkeit der fiktiven Baugenehmigung aus diesem Grunde scheidet mithin aus.

Die materielle Rechtswidrigkeit der Baugenehmigung könnte indes aus dem Umstand resultieren, dass sie entgegen einer auf § 15 Abs. 1 BauGB gestützten Zurückstellung fiktiv ergangen ist. Gemäß dieser bauplanungsrechtlichen Norm ist die Genehmigungsbehörde verpflichtet, Entscheidungen über die Zulässigkeit des Bauvorhabens auszusetzen, wenn ihre formellen und materiellen Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sind.<sup>17</sup> Wäre dies der Fall, dann ruhte kraft vorrangiger<sup>18</sup> bundesgesetzlicher Regelung das Bauantragsverfahren. Die Dreimonatsfrist des § XY BauO Z wäre in einem solchen Fall gehemmt, die aufgrund einer gesetzlichen Fiktion ergangene Baugenehmigung wegen Verstoßes gegen die verfahrensrechtliche Bestimmung des § 15 Abs. 1 BauGB mithin rechtswidrig.<sup>19</sup>

Fraglich ist jedoch, ob die mögliche Rechtswidrigkeit der fiktiv ergangenen Baugenehmigung nachträglich wieder entfallen ist, da der Zeitraum, für den die Zurückstellung verfügt wurde (bis zum 1.8.2009), zum Zeitpunkt der Klageerhebung (17.8.2009) bereits abgelaufen war. Im Ergebnis ist dies allerdings zu verneinen, da für die Rücknahme nach § 48 Abs. 1 VwVfG Z im Regelfall auf den Zeitpunkt des Erlasses des zurückzunehmenden Verwaltungsakts abzustellen ist.<sup>20</sup> Rechtsänderungen, die den Erlass eines Verwaltungsakts mit gleichem Inhalt ermöglichen, beseitigen die Rechtswidrigkeit eines schon vorher materiell rechtswidrig ergangenen Verwaltungsakts demgegenüber nicht, es sei denn, sie wären mit entsprechender Rückwirkung ausgestattet.<sup>21</sup>

Im Weiteren ist daher zu prüfen, ob zum Zeitpunkt des Erlasses der fiktiven Baugenehmigung die formellen und materiellen Tatbestandsvoraussetzungen des § 15 Abs. 1 S.1 BauGB vorlagen. Dabei ist zu beachten, dass für die Zurückstellung eines Baugesuchs die gleichen Voraussetzungen vorliegen müssen wie für den Erlass einer Veränderungssperre. Erforderlich ist daher ein Beschluss über die Aufstellung oder Änderung eines Bebauungsplans und das Bestehen eines generellen Sicherheitsbedürfnis (§ 14 Abs. 1 BauGB).<sup>22</sup>

<sup>15</sup> Vorliegend wird der insbesondere von der bayerischen Verwaltungsgerichtsbarkeit vertretenen Ansicht gefolgt, die § 78 VwGO als Regelung der Passivlegitimation, sprich als materiell-rechtliche Fähigkeit, dem Sachbegehren stattzugeben, qualifiziert. Richtet sich die Klage gegen den materiell-rechtlich falschen Beklagten, führt dies zur Unbegründetheit der Anfechtungs- bzw. Verpflichtungsklage; vgl. hierzu etwa BayVGH BayVBl 1988, 628 (630). Die Gegenauffassung interpretiert § 78 VwGO als eine Regelung der passiven Prozessführungsbefugnis, sprich als eine Befugnis des Beklagten, über die vom Kläger behauptete Verpflichtung im eigenen Namen Prozess zu führen. Wird hier der falsche Klagegegner bezeichnet, so ist die Klage lediglich unzulässig. Für weitere Einzelheiten zum Streitstand m.w.N., vgl. *Rozeck*, JuS 2007, 601.

<sup>16</sup> Vgl. OVG Bautzen BauR 2006, 1108 (1110 f.) sowie oben Fn. 14.

<sup>17</sup> VGH Kassel NVwZ-RR 2009, 790 (791); *Krautzberger*, in: *Battis/Krautzberger/Löhr* (Hrsg.), *BauGB*, 10. Aufl. 2007, § 15 Rn. 3a.

<sup>18</sup> Vgl. Art. 31 GG.

<sup>19</sup> Zur Erinnerung: Die gesetzliche Fiktionswirkung trat nur ein, weil K gegen den Zurückstellungsbescheid Anfechtungsklage erhob, was den Suspensiveffekt nach § 80 Abs. 1 VwGO auslöste. Eine davon getrennte, im vorliegenden Kontext zu untersuchende Frage ist es jedoch, ob die sodann fiktiv ergangene Baugenehmigung mit verfahrens- bzw. materiell-rechtlichen Bestimmungen des Baurechts in Einklang steht. Relevanter Prüfungsmaßstab ist insoweit § 15 Abs. 1 BauGB.

<sup>20</sup> BVerwGE 59, 148 (160); VGH Kassel NVwZ-RR 2009, 790 (791).

<sup>21</sup> *Kopp/Ramsauer* (Fn. 4), § 48 Rn. 57 f.

<sup>22</sup> *Decker/Konrad*, *Bayerisches Baurecht*, 2. Aufl. 2008, S. 248; *Finkelnburg/Ortloff*, *Öffentliches Baurecht*, 5. Aufl. 1998, S. 215.

*aa) Formelle Voraussetzungen des § 15 Abs. 1 S. 1 BauGB*

Ein Antrag der Stadt X an die zuständige Bauaufsichtsbehörde, hier die Kreisbehörde des Landkreises Y, liegt vor.<sup>23</sup>

*bb) Materielle Voraussetzungen des § 15 Abs. 1 S. 1 BauGB**aaa) Mögliche Veränderungssperre*

Fraglich ist, ob hier der Erlass einer Veränderungssperre möglich ist. Voraussetzung für die Zurückstellung eines Baugesuchs ist nämlich, dass der Erlass einer Veränderungssperre durchführbar ist, diese aber (noch) nicht besteht bzw. Wirksamkeit entfaltet.<sup>24</sup>

Im zu begutachtenden Fall könnte § 15 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BauGB einschlägig sein, da die Veränderungssperre zwar am 6.3.2009 vom Stadtrat der Stadt X beschlossen wurde, jedoch erst am 15.7.2009 – und damit nach Eingang des Bauantrags der K am 2.4.2009 – in Kraft getreten ist. Die Wirksamkeit des Stadtratsbeschlusses richtet sich nach der Gemeindeordnung des Bundeslandes Z und ist mangels anders lautender Sachverhaltshinweise nicht zu beanstanden. Zudem ging dem Beschluss über die Veränderungssperre am 24.2.2009 ein Stadtratsbeschluss zur Änderung des bisherigen Bebauungsplans voraus.<sup>25</sup>

*bbb) Sicherungszweck*

Für die Zurückstellung eines Baugesuchs gem. § 15 Abs. 1 S. 1 BauGB bedarf es eines Sicherungszwecks. Dies setzt insbesondere voraus, dass der künftige Planinhalt bereits in einem gewissen Maße konkretisiert ist.<sup>26</sup>

Eine solche Konkretisierung ist vorliegend zu bejahen, da in dem am 24.2.2009 erfolgten Beschluss zur Änderung des bisherigen Bebauungsplans „Einkaufszentrum Süd“ festgelegt wurde, dass fortan die Errichtung oder Erweiterung jeglicher Einzelhandelsbetriebe für den Verkauf an Verbraucher im bereits geplanten Sondergebiet untersagt werden soll.

*ccc) Sicherungsbedürfnis*

Die Zurückstellung müsste zur Sicherung der Bebauungsplanung zudem erforderlich sein. Dies hinwiederum setzte voraus, dass auch für die Veränderungssperre ein solches Sicherungsbedürfnis besteht. Dies wäre allerdings nur dann der Fall, wenn die gemeindliche Planung mit rechtlich zulässigen Mitteln verwirklicht werden könnte.<sup>27</sup> Insbesondere bedeutet dies, dass die vorliegend geplanten Festsetzungen des künftigen Bebauungsplans rechtmäßig sein müssen. Nachfolgend ist deshalb inzident die Rechtmäßigkeit der geplanten Änderungen des bereits bestehenden Bebauungsplans zu prüfen.

<sup>23</sup> Wäre die Stadt zugleich Bauaufsichtsbehörde, könnte das städtische Planungsamt vom städtischen Bauaufsichtsamt die Zurückstellung verlangen, vgl. *Finkelnburg/Ortloff* (Fn. 22), S. 215.

<sup>24</sup> *Finkelnburg/Ortloff* (Fn. 22), S. 215.

<sup>25</sup> Vgl. insoweit § 14 Abs. 1 S. 1 BauGB i.V.m. § 1 Abs. 3, Abs. 8 BauGB.

<sup>26</sup> *Krautzberger* (Fn. 17), § 15 Rn. 3.

<sup>27</sup> BVerwG NVwZ 1994, 685 (686); *Decker/Konrad* (Fn. 22), S. 248.

*(1) Planungerfordernis*

Gemäß § 1 Abs. 3 BauGB haben die Gemeinden Bauleitpläne aufzustellen, sobald und soweit es für die städtebauliche Entwicklung und Ordnung erforderlich ist. Die Erforderlichkeit ergibt sich dabei aus der planerischen Konzeption der Gemeinde.<sup>28</sup>

Hier dienen die Änderungen der Umsetzung eines städtebaulichen Konzepts, namentlich der Verlagerung von Einzelhandelsbetrieben zurück in den Stadtkern. Aus Sicht der Stadt X sind die geplanten Änderungen zur Erreichung dieses Ziels mithin erforderlich. Ein Planerfordernis i.S.d. § 1 Abs. 3 BauGB besteht deshalb.

*(2) Zulässigkeit der Beschränkung*

Fraglich ist jedoch, ob die beabsichtigte Änderung des Bebauungsplans, wonach die Errichtung neuer sowie die Erweiterung bereits bestehender Einzelhandelsbetriebe für den Verkauf an Verbraucher im Gebiet „Einkaufszentrum Süd“ fortan untersagt sein soll, rechtlich überhaupt zulässig ist.

Gemäß § 1 Abs. 5 BauNVO dürfen die allgemein zulässigen Arten von Nutzungen der dort enumerierten Gebietstypen qua Bebauungsplan eingeschränkt werden. Diese Einschränkungsmöglichkeit bezieht sich jedoch nicht auf Sondergebiete i.S.d. § 11 BauNVO.<sup>29</sup> Die Möglichkeit zur Beschränkung bestimmter Nutzungsarten ergibt sich für diese vielmehr aus dem Charakter des Sondergebiets, das – im Gegensatz zu den typisierten Gebieten der §§ 4 bis 9 BauNVO – erst durch bestimmte Festlegungen definiert wird.<sup>30</sup> Für Sondergebiete kann die Gemeinde die Nutzungsart deshalb selbst bestimmen und somit unerwünschte Nutzungen a priori ausschließen (§ 1 Abs. 3 S. 3 BauNVO).<sup>31</sup> Dementsprechend darf grundsätzlich auch die an sich statthafte Errichtung oder Erweiterung von Einkaufszentren für den Verkauf an Verbraucher in einem Sondergebiet untersagt werden.

Möglicherweise ist diese geplante Einschränkung des Bebauungsplans „Einkaufszentrum Süd“ jedoch unverhältnismäßig. Zwar sind die bestehenden Geschäfte in ihrem derzeitigen Bestand von der Änderung nicht betroffen. Ihnen wird jedoch jegliche Möglichkeit genommen, quantitativ wie qualitativ zu expandieren, was ihre wirtschaftliche Handlungsfähigkeit und damit ihre durch Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG grundrechtlich geschützte unternehmerische Betätigungsfreiheit stark beschneidet. Auch ist das Verbot nicht auf bestimmte Produktgruppen beschränkt oder begrenzt die Verkaufsflächen für bestimmte Produkte, sondern untersagt pauschal die Errichtung und auch Erweiterungen von Einzelhandelsbetrieben für den Verkauf an Verbraucher. Eine solch pauschale Beschränkung erscheint im Hinblick auf das von der Stadt X angestrebte Ziel (Sicherung der Grundversorgung der Bevölkerung im Innenstadtbereich) weder im Hinblick auf Neuanstellungen von Einkaufszentren noch im Hinblick auf bereits existente Einzelhandelsbetriebe erforderlich; sie

<sup>28</sup> BVerwG DÖV 1971, 633 (634).

<sup>29</sup> Vgl. insofern § 1 Abs. 3 S. 3, Abs. 5 BauNVO.

<sup>30</sup> Vgl. insofern § 11 Abs. 1, Abs. 2 BauNVO.

<sup>31</sup> *Fickert/Fieseler*, BauNVO, 11. Aufl. 2008, § 1 Rn. 100.

schränkt deren unternehmerische Betätigungsfreiheit deshalb unangemessen ein und erweist sich damit nicht als eine gerechte Abwägung privater und öffentlicher Belange i.S.d. § 1 Abs. 7 BauGB.

### (3) Zwischenergebnis

Die vollständige, pauschale Untersagung der Errichtung wie auch Erweiterung von Einzelhandelsbetrieben für den Verkauf an Verbraucher im Gebiet des Bebauungsplans „Einkaufszentrum Süd“ ist somit ein Planungsziel, das sich im Hinblick auf Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG nicht auf rechtmäßige Art und Weise verwirklichen lässt. Für die beschlossene Veränderungssperre besteht somit kein Sicherungsbedürfnis. Da dieser Mangel zudem offensichtlich und für die Beschlussfassung über die Veränderungssperre von Einfluss gewesen ist, kann er zudem nicht als unbeachtlich i.S.d. § 214 Abs. 3 S. 3 Hs. 2 BauGB qualifiziert werden; die Veränderungssperre ist deshalb im Ergebnis unwirksam.

### cc) Ergebnis

Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 15 Abs. 1 S. 1 BauGB waren zum Zeitpunkt des Erlasses der fiktiven Baugenehmigung mithin nicht erfüllt, da die beschlossene Veränderungssperre, auf welche sich die Zurückstellung des Bauantrags der K bezog, ihrerseits unwirksam war. Die fiktive Baugenehmigung ist deshalb im Ergebnis rechtmäßig ergangen, da die zuständige Bauaufsichtsbehörde das Baugesuch nicht gemäß § 15 Abs. 1 S. 1 BauGB zurückstellen konnte.

### c) Ergebnis zu I.

Da die fiktive Baugenehmigung rechtmäßig ergangen ist, kann der Rücknahmebescheid vom 15.7.2009 auch nicht auf § 48 Abs. 1, Abs. 3 VwVfG Z gestützt werden. Zwar ging die Kreisbehörde bei ihrem Handeln von einer Rücknahme im Sinne dieser Vorschrift aus.<sup>32</sup> Die subjektive Vorstellung der Behörde ist für die rechtliche Subsumtion unter die Aufhebungstatbestände des Verwaltungsverfahrensrechts indes ohne Relevanz, weshalb ihr Verhalten auch als Widerruf i.S.d. § 49 VwVfG Z gedeutet werden kann.<sup>33</sup> Die Kreisbehörde konnte ihren Bescheid vom 15.7.2009 deshalb allenfalls auf § 49 VwVfG Z stützen.

### 2. Formelle Rechtmäßigkeit der Aufhebungsverfügung

Mangels anderer Angaben im Sachverhalt ist von der formellen Rechtmäßigkeit der Aufhebungsverfügung auszugehen.

### 3. Materielle Rechtmäßigkeit der Aufhebungsverfügung

Zu prüfen ist, ob die Voraussetzungen für einen Widerruf gemäß § 49 VwVfG Z vorliegen, was sich zunächst danach richtet, ob ein belastender Verwaltungsakt i.S.d. Abs. 1 oder ein begünstigender Verwaltungsakt i.S.d. Abs. 2 vorliegt. Nach der Legaldefinition des § 48 Abs. 1 S. 2 VwVfG Z, die

auch auf § 49 VwVfG Z anwendbar ist<sup>34</sup>, liegt ein begünstigender Verwaltungsakt vor, wenn dieser ein Recht oder einen rechtlich erheblichen Vorteil begründet oder bestätigt. Die Baugenehmigung beinhaltet das Recht, ein Bauvorhaben umzusetzen und stellt somit einen begünstigenden Verwaltungsakt dar. Der Widerruf der Genehmigung richtet sich deshalb nach § 49 Abs. 2 VwVfG Z.<sup>35</sup>

Zu prüfen ist ferner, ob ein Widerrufsgrund i.S.d. § 49 Abs. 2 VwVfG Z eingreift. Möglicherweise könnte die Behörde ihre Aufhebung der Baugenehmigung auf § 49 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG Z stützen. Dafür müsste sie auf Grund einer geänderten Rechtsvorschrift berechtigt sein, den Verwaltungsakt nicht zu erlassen. Als geänderte Rechtsvorschrift käme möglicherweise die in Kraft getretene Veränderungssperre in Betracht, welche gemäß § 16 Abs. 1 BauGB als Satzung ergeht. Zu beachten ist jedoch, dass gemäß § 14 Abs. 3 BauGB Vorhaben, die vor dem Inkrafttreten der Veränderungssperre baurechtlich genehmigt worden sind, von der Veränderungssperre nicht berührt werden; solche Vorhaben genießen mithin Bestandsschutz. Diese Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt, da die (fiktive) Genehmigung am 2.7.2009 erging, die Veränderungssperre jedoch erst am 15.7.2009 in Kraft trat. Somit stand der Bauaufsichtsbehörde gerade keine Berechtigung zu, auf Grund der Veränderungssperre die Baugenehmigung nicht zu erlassen. Die später ergangene Veränderungssperre hat vielmehr keine Auswirkung auf das bereits (fiktiv) genehmigte Vorhaben. Hinzu kommt, dass nach den obigen Feststellungen die Veränderungssperre wegen fehlendem Sicherungsbedürfnis ohnehin unwirksam ist und deshalb nicht als „geänderte Rechtsvorschrift“ i.S.d. § 49 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG Z herangezogen werden kann.

Möglicherweise könnte die Aufhebung der fiktiven Baugenehmigung noch auf § 49 Abs. 2 Nr. 5 VwVfG Z gestützt werden. Nach dieser Bestimmung ist ein Widerruf zulässig, wenn dies erforderlich ist, um schwere Nachteile für das Gemeinwohl zu verhüten oder zu beseitigen. Zur Wahrung des Vertrauensschutzes des Begünstigten erstreckt sich der Begriff des schweren Nachteils allerdings nicht auf bloße Beeinträchtigungen oder Gefährdungen des öffentlichen Interesses<sup>36</sup>; vielmehr müssen Gründe eines übergesetzlichen Notstands gegeben sein, beispielsweise bei ernsthafter Gefährdung oder Beeinträchtigung des Lebens und der Gesundheit Einzelner.<sup>37</sup> Erfolgt im vorliegenden Fall kein Widerruf der Baugenehmigung, so hat dies lediglich zur Folge, dass K den Anbau ihres Kaufhauses entgegen möglicherweise anderslautender Bestimmungen eines zukünftig geänderten Bebauungsplans realisiert hat. Dies ist im Baurecht jedoch nichts Ungewöhnliches, da sich baurechtliche Anforderungen

<sup>34</sup> Kopp/Ramsauer (Fn. 4), § 49 Rn. 25 f.

<sup>35</sup> Ein Rückgriff auf § 49 Abs. 3 VwVfG Z scheidet demgegenüber aus, da sich dieser nur auf sog. Geldleistungsverwaltungsakte bezieht, ein solcher in Gestalt der Baugenehmigung aber nicht vorliegt.

<sup>36</sup> Diese Gesichtspunkte werden bereits durch den § 49 Abs. 2 Nr. 2 bis 4 VwVfG Z erfasst.

<sup>37</sup> Kopp/Ramsauer (Fn. 4), § 49 Rn. 56.

<sup>32</sup> So sprach sie laut Sachverhalt ausdrücklich von einer Rücknahme der fiktiven Baugenehmigung.

<sup>33</sup> Vgl. insofern Kopp/Ramsauer (Fn. 4), § 49 Rn. 12.

laufend ändern, ohne dass dies Auswirkungen auf die Rechtmäßigkeit von Vorhaben hätte, die bereits legal verwirklicht wurden. Um insoweit die Planungsinteressen der Gemeinden zu schützen, stellt das Baurecht verschiedene Rechtsinstitute, so insbesondere die Veränderungssperre und die Zurückstellung von Baugesuchen, bereit. Macht die Gemeinde von diesen Möglichkeiten nicht in rechtmäßiger Weise Gebrauch mit der Folge, dass ein Vorhaben legal verwirklicht wird, so kann in diesem rechtmäßigen Verhalten des Bauherrn nicht ein „schwerer Nachteil für das Gemeinwohl“ erblickt werden. Solche Widersprüche zwischen vorhandener Bebauung und möglichen späteren Planänderungen sind vielmehr, auch unter dem Gesichtspunkt des verfassungsrechtlich fundierten Bestandsschutzes (Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG), grundsätzlich hinzunehmen.

#### *4. Zwischenergebnis*

Da weitere Widerrufsgründe nicht ersichtlich sind, konnte die Kreisbehörde ihre Aufhebung der fiktiven Baugenehmigung nicht auf § 49 Abs. 2 VwVfG Z stützen. Weitere Ermächtigungsgrundlagen, die ihr Handeln rechtfertigen könnten sind ebenfalls nicht ersichtlich.

## **II. Verletzung in subjektiven Rechten**

Durch den rechtswidrigen Aufhebungsbescheid vom 15.7.2009 wird K zudem in ihren subjektiven Rechten aus Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG sowie aus der fiktiven Baugenehmigung verletzt.

## **D. Gesamtergebnis**

Die Klage der K hat deshalb Aussicht auf Erfolg, da sie zulässig und begründet ist.