

## Lösung Klausur Nr. 1699

### Beschluss

- I. Der Antrag wird abgelehnt.
- II. Der Antragsteller trägt die Kosten des Verfahrens.

#### Gründe:

##### I.

- erlassen -

##### II.

Die Parteien streiten um die sofortige Vollziehbarkeit der Rücknahme einer fingierten Baugenehmigung, der diesbezügliche Antrag ist zulässig, aber unbegründet.

#### A. Die Entscheidungskompetenz des VG war eröffnet<sup>1</sup>.

- I. Der Verwaltungsrechtsweg, § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO ist eröffnet, denn es handelt sich um eine **baurechtliche Streitigkeit**, deren entscheidende Normen sich aus dem öffentlichen Recht ergeben.
- II. Das VG Augsburg war sachlich und örtlich zuständig zur Streitentscheidung gem. §§ 45, 52 Nr. 1 VwGO, Art. 1 Abs. 2 Nr. 2 AGVwGO.

#### B. Der Antrag ist zulässig

**Der Antrag des Antragstellers auf einstweiligen Rechtsschutz nach § 80 Abs. 5 VwGO ist zulässig.**

- I. Der Antrag ist **statthaft**, da es sich bei der Rücknahmeentscheidung nach Art. 48 BayVwVfG um einen belastenden VA i.S.d. Art. 35 S. 1 BayVwVfG handelt, der von der Antragsgegnerin gem. § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO für sofort vollziehbar erklärt wurde. Da eine behördliche Vollzugsanordnung vorliegt, ist der Antrag entgegen seinem Wortlaut gem. § 88 VwGO dahingehend auszulegen, dass er auf die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung gerichtet ist<sup>2</sup>.
- II. Der Antragsteller ist als Adressat einer belastenden, sofort vollziehbaren Anordnung antragsbefugt gem.

§ 42 Abs. 2 VwGO analog, da er grundsätzlich geltend machen kann, in seinen Rechten zumindest aus Art. 2 Abs. 1 GG verletzt zu sein.

- III. Es bestand auch ein **Rechtsschutzbedürfnis** für den vorliegenden Antrag. Der Antragsteller hat in der Hauptsache bereits eine Anfechtungsklage gegen den belastenden Bescheid vom 2.12.2025 eingereicht, diese war durch die Klageerhebung am 8.1.2026 auch fristgerecht gem. § 74 Abs. 1 S. 2 VwGO.

Da der belastende VA mittels Einwurf-Einschreiben übermittelt wurde, das am 4.12.2025 zur Post gegeben wurde, galt er gem. Art. 41 Abs. 2 S. 1 BayVwVfG am 8.12.2025 als zugestellt, so dass die Frist gem. § 57 Abs. 2 VwGO, § 222 ZPO, § 187 Abs. 1 BGB am 9.12.2025 begann und gem. § 188 Abs. 2 BGB am 8.1.2026 endete.

Der tatsächliche Zugang des Bescheides bereits am 6.12.2025 ändert daran nichts, da Art. 41 BayVwVfG lediglich den späteren Zugang regelt. Da die Klage an diesem 8.1.2026 ordnungsgemäß erhoben wurde, ist die Frist eingehalten.

**Anmerkung:** Es ist immer fraglich, ob man diese Standardfragen abhandeln sollte, wenn sie unproblematisch gegeben sind. Pauschal ist dies kaum zu beantworten, sicherheitshalber sollten sie aber zumindest in einem Hilfsgutachten auftauchen. Da die Frist in der Hauptsache hier aber knapp war und im Sachverhalt angesprochen wurde, sollte die Frage erörtert werden.

#### C. Der Antrag ist unbegründet

Ein Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO ist begründet, wenn er sich gegen den richtigen Antragsgegner richtet, die Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit formell rechtswidrig ist oder eine **umfassende Abwägung** der beteiligten Interessen ergibt, dass die Aussetzungsinteressen des Antragstellers die Vollzugsinteressen des Antragsgegners überwiegen. Diese Abwägung fällt vorliegend zu Lasten des Antragstellers aus.

- I. Der Antrag wurde gem. **§ 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO analog** zutreffend gegen die Stadt Augsburg gerichtet, vgl. Art. 54 Abs. 1 BayBO i.V.m. Art. 9 Abs. 1 GO.
- II. **Formelle Bedenken** gegen die Vollzugsanordnung bestehen entgegen der Auffassung der

<sup>1</sup> Der übliche Satz: das kann gerne ins Hilfsgutachten, nachdem es aber ein solches mangels Inhalt hier eigentlich nicht gibt, kann der Satz auch in der Entscheidung auftauchen

<sup>2</sup> Achten Sie in Ihrer Klausur immer auf die richtige Terminologie, ob die aufschiebende Wirkung angeordnet oder wiederhergestellt werden soll. Darauf legt die Gerichtspraxis wert, vgl. etwa VG München, Beschl. v. 10.10.2025, Az. M 26a S 25.3422 (Rd. 27).

Bevollmächtigten des Antragstellers allerdings nicht, insbesondere war die Stadt Augsburg als Ausgangsbehörde zuständig nach § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO.

1. Soweit der Antragsteller bemängelt, die Anordnung des Sofortvollzugs im angefochtenen Bescheid sei lediglich formelhaft und damit **unzureichend begründet** (vgl. § 80 Abs. 3 VwGO) und daher formell rechtswidrig, kann dem nicht gefolgt werden.

Nach § 80 Abs. 3 S. 1 VwGO ist in den Fällen des § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO - wie hier betreffend die Rücknahmeentscheidung - das besondere Interesse an der sofortigen Vollziehung des Verwaltungsakts schriftlich zu begründen. Dabei sind regelmäßig die besonderen, auf den konkreten Fall bezogenen Gründe anzugeben, die die Behörde dazu bewegen haben, den Suspensiveffekt auszuschließen.

An dieses Begründungserfordernis sind jedoch inhaltlich keine allzu hohen Anforderungen zu stellen; es genügt vielmehr jede schriftliche Begründung, die zu erkennen gibt, dass die Behörde eine Anordnung des Sofortvollzugs im konkreten Fall für geboten erachtet<sup>3</sup>. Die Begründung muss kenntlich machen, dass sich die Behörde bewusst ist, von einem rechtlichen Ausnahmefall Gebrauch zu machen. Auf die inhaltliche Richtigkeit der Begründung kommt es nicht an

Diesen Anforderungen genügt die Anordnung. Die Notwendigkeit der sofortigen Rücknahme der fingierten Baugenehmigung wird damit begründet, dass nur durch den Sofortvollzug verhindert werden könne, dass durch den ansonsten möglichen sofortigen Baubeginn baurechtswidrige Zustände geschaffen bzw. verfestigt würden<sup>4</sup>. Das Interesse des Antragstellers müsse dahinter zurückstehen. Die Begründung geht auf den Einzelfall ein und begnügt sich gerade nicht mit nur formelhaften Ausführungen.

**Anmerkung:** Wer zu dem (hier kaum vertretbaren) Ergebnis kam, dass die Begründung nicht den Anforderungen des § 80 Abs. 3 VwGO entsprach, musste nach wohl überwiegender Meinung tenorieren „Die Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit der Zurückstellungsanordnung vom... wird aufgehoben“. Der Inhalt der Entscheidung enthält dann nur diese formelle Frage und keine Abwägung nach den Erfolgsaussichten. Diese sind dann Bestandteil des Hilfsgutachtens. Vgl. ausführlich VG Bayreuth, Beschl. v. 16.1.2023, Az. B 7 S 22.1162 sowie VG München, Beschl. v. 10.10.2025, Az. M 26a S 25.3422, beide [www.gesetze.bayern.de](http://www.gesetze.bayern.de).

*Insgesamt gilt, dass die Anforderungen bzgl. der Begründung umso geringer sind, je eindeutiger auch dem juristischen Laien klar ist, dass der VA nur dann Sinn ergibt, wenn er sofort umgesetzt werden kann.*

2. Strittig ist, ob vor Erlass einer Vollzugsanordnung eine Anhörung analog Art. 28 Abs. 1 BayVwVfG durchzuführen ist. Ein näheres Eingehen darauf erübrigt sich jedoch, da es analog Art. 45 Abs. 1 Nr. 3 BayVwVfG möglich ist, diesen Mangel während des Gerichtsverfahrens zu heilen. Vorliegend konnte der Antragsteller seine gesamte Argumentation vorbringen, darüber hinaus kann das Gericht diese Stellungnahme umfassend verwerten, da im Rahmen des Verfahrens nach § 80 Abs. 5 VwGO eine eigenständige Ermessensentscheidung zu treffen ist<sup>5</sup>.

III. Der Antrag ist unbegründet, da eine umfassende Abwägung der beteiligten Interessen ergibt, dass die Aussetzungsinteressen des Antragstellers die Vollzugsinteressen des Antragsgegners nicht überwiegen. Im Rahmen dieser Ermessensentscheidung waren die **Erfolgsaussichten in der Hauptsache** als Hauptindiz für die Abwägung summarisch zu prüfen, da es schon aus rechtsstaatlichen Gründen kein überwiegendes Vollzugsinteresse bei eindeutig rechtswidrigen VAen geben kann. Von der Zulässigkeit der Klage in der Hauptsache kann dabei ausgegangen werden, da insoweit sinngemäß dieselben Anforderungen gelten wie beim vorliegenden Antrag.

#### 1. Der Rücknahmebescheid vom 2.12.2025 ist rechtmäßig

- a) Er kann sich auf die Rechtsgrundlage des Art. 48 Abs. 1, Abs. 3 BayVwVfG stützen, da die zurückgenommene fingierte Baugenehmigung rechtswidrig war.

**Anmerkung:** Es ist immer fraglich, an welcher Stelle im Aufbau die Inzidentprüfung des der Rücknahme zugrunde liegenden VAes stattfinden soll. Entweder bei der Rechtsgrundlage oder erst bei den Tatbestandsvoraussetzungen. Beides erscheint denkbar, innerhalb einer Gerichtsentscheidung geht das Gericht wohl eher zunächst ohne weiteres von der von der Behörde gewählten Rechtsgrundlage aus.

- b) Von der formellen Rechtmäßigkeit der Anordnung kann ausgegangen werden.
- aa) Insbesondere war die Stadt Augsburg zuständig gem. Art. 53, 54 BayBO, Art. 48 BayVwVfG. Zuständig für eine Rücknahmeentscheidung ist immer diejenige

<sup>3</sup> Vgl. VGH München, Beschl. v. 14.10.2021, Az. 1 CS 21.1974, [www.gesetze.bayern.de](http://www.gesetze.bayern.de), st. Rspr.

<sup>4</sup> VGH München, Beschl. v. 16.06.2023, Az. 15 CS 23.731, [www.gesetze.bayern.de](http://www.gesetze.bayern.de)

<sup>5</sup> Vgl. Kopp/Schenke, VwGO, 31. Aufl. 2025, § 80 Rd. 82

Behörde, die auch für den Erlass des VA zuständig ist.

- bb) Eine Anhörung gem. Art. 28 Abs. 1 BayVwVfG hat nicht stattgefunden. Diese war auch entgegen der Rechtsauffassung des Antragsgegners nach Art. 28 Abs. 2 BayVwVfG **nicht deshalb entbehrlich**, weil die relevanten Tatsachen und rechtlichen Gesichtspunkte bereits hinreichend geklärt gewesen und die gegensätzlichen Auffassungen zur Rechtslage bereits ausführlich dargelegt worden wären.

Denn diese Tatsachen, Gesichtspunkte und Auffassungen zur Rechtslage betrafen den **Antrag auf Baugenehmigung** des Antragstellers sowie dessen Ablehnung durch den strittigen Bescheid vom 31. Juli 2025 und nicht die streitgegenständliche Rücknahme der Baugenehmigung durch Bescheid vom 2. Dezember 2025. Es ist zwar grundsätzlich zulässig, bei der Ermessensentscheidung über ein Absehen von der Anhörung nach Art. 28 Abs. 2 BayVwVfG zu berücksichtigen, ob der Betroffene bereits anderweitig Kenntnis von den wesentlichen tatsächlichen und rechtlichen Aspekten der vorgesehenen Entscheidung hatte. Die Anhörungspflicht entfällt aber nicht schon deshalb, weil der Beteiligte zu dem Sachverhalt schon in einem anderen Verwaltungsverfahren – hier dem Antrag auf Baugenehmigung – gehört wurde<sup>6</sup>.

Ein hieraus folgender Verfahrensmangel kann aber jedenfalls noch bis zum Abschluss der letzten Tatsacheninstanz im verwaltungsgerichtlichen Verfahren geheilt werden gem. Art. 45 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 BayVwVfG, sodass nicht allein deshalb die aufschiebende Wirkung der Klage wiederhergestellt wird.

**Anmerkung:** Hier zeigt sich wieder die Besonderheit des einstweiligen Rechtsschutzes: alleine, weil eine Heilung des Verfahrensfehlers in der Hauptsache noch möglich ist, kann dies nicht ausschlaggebend sein für den Erfolg des Antrags!

- c) Die Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 48 Abs. 1, Abs. 3 BayVwVfG lagen vor, da mit der fingierten Baugenehmigung ein rechtswidriger, begünstigender VA vorlag, der mangels Geldleistungscharakter nicht unter Abs. 2 fällt.
- aa) Es lag eine **wirksame Fiktionsgenehmigung** vor und damit ein rücknehmbarer VA.
- (1) Da der Bauantrag des Antragstellers auf die Errichtung eines Gebäudes, das ausschließlich bzw. überwiegend dem Wohnen dient, gerichtet ist und zudem über den Bauantrag des gem. Art. 55 Abs. 1 BayBO genehmigungspflichtigen Vorhabens im

vereinfachten Genehmigungsverfahren gem. Art. 59 BayBO zu entscheiden war und schließlich kein Verzicht des Antragstellers gem. Art. 68 Abs. 2 Satz 3 BayBO im Raume steht, war vorliegend der Anwendungsbereich des Art. 68 Abs. 2 BayBO eröffnet.

- (2) Nach Art. 68 Abs. 2 BayBO i.V. mit Art. 42a Abs. 1 S. 1 BayVwVfG gilt im Falle des Ablaufs der in Art. 68 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BayBO i.V. mit Art. 42a Abs. 2 BayVwVfG näher reglementierten Fiktionsfrist eine **beantragte Baugenehmigung als erteilt** (Genehmigungsfiktion).

Die Baugenehmigungsbehörde kann den Eintritt der Fiktionswirkung dadurch verhindern, dass sie vor Ablauf der Frist dem antragstellenden Bauherrn eine Entscheidung - sei es eine klassische Baugenehmigung, sei es einen Ablehnungsbescheid - gem. Art. 41, Art. 43 Abs. 1 Satz 1 BayVwVfG wirksam bekannt gibt. **Läuft die Fiktionsfrist hingegen ab, ohne dass über den Bauantrag von der Baugenehmigungsbehörde entschieden wurde, gilt die Baugenehmigung kraft Gesetzes als erteilt.**

Die Genehmigungsfiktion beruht auf dem Ablauf der Bearbeitungsfrist und ist nicht von der Bescheinigung ihres Eintritts (vgl. Art. 42a Abs. 3 BayVwVfG i.V. mit Art. 68 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 BayBO) abhängig. **Die fingierte Genehmigung steht hinsichtlich ihrer Regelungswirkungen einer ausdrücklich erteilten Baugenehmigung in jeder Hinsicht gleich.**

Sie stellt einen Verwaltungsakt kraft gesetzlicher Fiktion dar, der den Inhalt einer Baugenehmigung auf der Grundlage des eingereichten Bauantrags mit den hierzu konkretisierten Bauvorlagen / Plänen hat, und **stellt damit die Übereinstimmung des Bauvorhabens mit den in Art. 59 Satz 1 BayBO genannten Anforderungen fest** (Legalisierungs- bzw. Feststellungswirkung).

- (3) Die gem. Art. 68 Abs. 2 BayBO, Art. 42a Abs. 2 S. 1 BayVwVfG dreimonatige Fiktionsfrist begann gem. Art. 68 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 a BayBO drei Wochen nach dem am 11. April 2025 erfolgten Eingang der Bauantragsunterlagen und endete gem. Art. 31 Abs. 1, Abs. 3 BayVwVfG, §§ 187 Abs. 1, 188 Abs. 2 Alt. 1, 193 BGB am 4. August 2025.

**Anmerkung:** Die drei-Wochen-Frist des Art. 68 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 a BayBO ist eine Ereignisfrist, der Tag der Einreichung der Unterlagen zählt also nicht mit, vgl. Decker in Busse/Kraus, Stand 12/2025, BayBO, Art. 68 Rd. 411. Damit begann die drei-Wochen-Frist am 12. April und endete am 2. Mai, 24 Uhr.

<sup>6</sup> Vgl. VG München, Beschl. v. 24.07.2025, Az. M 9 S 25.4063, www.gesetze.bayern.de

*Die anschließende 3-Monats-Frist ist eine Ablauffrist, sie begann am 3. Mai 0.00 Uhr und endete am 2. August, 24 Uhr, dabei handelte es sich aber um einen Samstag, so dass sich eine Fristverlängerung bis Montag, 4. August ergab.*

**Am 4. August erfolgte jedoch noch kein Zugang eines Ablehnungsbescheides**, so dass die Genehmigungsfiktion eingetreten ist.

Dies folgt zum einen daraus, dass bereits fraglich ist, ob für die gewählte elektronische Übermittlung des Bescheids im pdf-Datei-Format unter Nutzung des besonderen elektronischen Behördenpostfaches auf ein besonderes elektronisches Anwaltspostfach nach der Verkehrsanschauung überhaupt eine ausreichende (konkludente) Zugangseröffnung i.S. von Art. 3a Abs. 1 BayVwVfG gegeben war, also eine Bereitschaft des Empfängers zur (auch außergerichtlichen) Kommunikation mit der Behörde angenommen werden darf<sup>7</sup>, zum andern daraus, dass sich die am 4. August übermittelte Nachricht bzw. das Dokument nicht öffnen ließ. Ist ein elektronisch übermitteltes Dokument nicht lesbar, gilt es als nicht zugegangen<sup>8</sup>.

Selbst wenn von einem ordnungsgemäßen Zugang des Ablehnungsbescheides als pdf-Datei durch elektronische Übermittlung auszugehen sein sollte, scheidet eine Bekanntgabe an diesem Tag **an der gesetzlichen Bestimmung in Art. 41 Abs. 2 S. 2 BayVwVfG**, wonach ein Verwaltungsakt, der im Inland oder in das Ausland elektronisch übermittelt wird, erst am **vierten Tag nach der Absendung als bekanntgegeben gilt**, hier also am 8. August 2025.

Deshalb tritt eine Genehmigungsfiktion gem. Art. 42a BayVwVfG auch dann ein, wenn der Ablehnungsbescheid zwar tatsächlich innerhalb der Entscheidungsfrist kraft elektronischer Übermittlung zugeht, aber so spät abgesandt wurde, dass der Bekanntgabezeitpunkt gemäß Art. 41 Abs. 2 Satz 2 BayVwVfG nach Fristende liegt.

Hier musste zwar noch beachtet werden, dass am 5. Mai eine ordnungsgemäße Zustellung durch Postzustellungsurkunde gem. Art. 3 VwZVG stattfand, jedoch ändert dies nichts daran, dass zu diesem Zeitpunkt die Genehmigungsfiktion bereits eingetreten war.

Die Ausstellung einer Genehmigungsfiktionsbescheinigung ist dafür nicht erforderlich<sup>9</sup>.

**Anmerkung:** Eine interessante Entscheidung traf hier das VG Regensburg im Urteil v. 06.03.2025, Az. RO 2 K 23.1222, [www.gesetze.bayern.de](http://www.gesetze.bayern.de). Dort war nach Eintritt der Genehmigungsfiktion noch ein Ablehnungsbescheid ergangen ohne gleichzeitige Rücknahme der fingierten Baugenehmigung.

Das VG stellte klar, dass fraglich ist, ob eine nach Eintritt einer Genehmigungsfiktion erlassene, dem entgegengesetzte Ablehnungsentscheidung überhaupt noch eine Wirkung entfaltet oder nicht „obsolet und unbeachtlich“ sei (vgl. auch OVG Schleswig-Holstein, Beschl. v. 28.7.2020, Az. 1 MB 11/20, [openjur.de](http://openjur.de)). Aber jedenfalls gehe von der „isolierten Ablehnung“ der **Rechtsschein** eines wirksamen Ablehnungsverwaltungsaktes aus, der im Interesse effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG) (isoliert) angefochten werden kann.

bb) Die fingierte Genehmigung war rechtswidrig.

Eine fingierte Genehmigung unterliegt denselben Voraussetzungen wie eine durch Bescheid erteilte Genehmigung, muss also bei dem hier vorliegenden Bauvorhaben, bei dem es sich nicht um einen Sonderbau nach Art. 2 Abs. 4 BayBO handelt, den **Anforderungen der Art. 68 Abs. 1, 59 BayBO entsprechen**. Das Vorhaben verstößt jedoch gegen Bauplanungsrecht.

- (1) Das Vorhaben, das schon aufgrund seines Umfangs und des damit verbundenen Einflusses auf das Ortsbild **planungsrechtlich relevant** war gem. §§ 29 Abs. 1, 1 Abs. 6 Nr. 5 BauGB, ist planungsrechtlich nach § 35 Abs. 2 BauGB zu beurteilen und wegen Beeinträchtigungen öffentlicher Belange nach § 35 Abs. 3 Nr. 1, 5 und 7 unzulässig.
- (a) Das Grundstück liegt im **Außenbereich**. Ein Grundstück ist Bestandteil des Bebauungszusammenhangs im Sinn von § 34 BauGB, wenn die tatsächlich vorhandene Bebauung trotz bestehender Baulücken den Eindruck der Geschlossenheit und Zusammengehörigkeit vermittelt und die zu beurteilende Fläche diesem Zusammenhang angehört<sup>10</sup>.

Hier ist jedoch zu beachten, dass das Vorhaben zwar südlich einer vorhandenen Bebauung verwirklicht werden soll, diese Bebauung in Gestalt der Hausnummer 13 jedoch ihrerseits keine weitere Anbindung hat. Nördlich der Nr. 13 folgen das freie Grundstück Nr. 17 und das bebaute Grundstück Nr. 15. Da aber für das Bauwerk auf Nr. 15 eine bestandskräftige Bebauungsanordnung besteht, ist das vorhandene

<sup>7</sup> Tegethoff in Kopp/Ramsauer, 25. Aufl. 2024, § 3a Rn. 7 ff.

<sup>8</sup> Tegethoff aaO, Rd. 13a, vgl. auch Art. 3a Abs. 4 S. 2 BayVwVfG

<sup>9</sup> Vgl. zum Ganzen VGH München, Beschl. v. 07.11.2022, Az. 15 CS 22.1998, [www.gesetze.bayern.de](http://www.gesetze.bayern.de)

<sup>10</sup> St. Rspr., vgl. etwa BayVGH, Beschl. v. 10.11.2021, Az. 6 CS 21.887, [www.gesetze.bayern.de](http://www.gesetze.bayern.de); Spieß in Jäde/Dirberger, BauGB, 10. Aufl. 2022, § 34 Rd. 3

Bauwerk für den Bebauungszusammenhang unbeachtlich<sup>11</sup>.

Da eine Privilegierung nach § 35 Abs. 1 BauGB nicht gegeben ist, liegt ein sonstiges Vorhaben i.S.d. § 35 Abs. 2 BauGB vor.

Aufgrund des vorhandenen Flächennutzungsplans, der Flächen für die Landwirtschaft darstellt, **beeinträchtigt das Vorhaben die Belange des § 35 Abs. 3 Nr. 1 und Nr. 5 BauGB.**

Aufgrund der Vorbildwirkung wäre hier außerdem mit weiteren Bauanfragen zu rechnen, so dass auch der Belang der **Entstehung bzw. Verfestigung einer Splittersiedlung gem. § 35 Abs. 3 Nr. 7 BauGB** beeinträchtigt ist.

Anliegen dieses öffentlichen Belangs ist es, eine unorganische Siedlungsstruktur und Zersiedlung des Außenbereichs zu verhindern. Der Antragsteller muss sich in Zusammenhang mit § 35 Abs. 2 und 3 BauGB so behandeln lassen, als wenn er an der vorgesehenen Stelle erstmalig ein Gebäude errichten möchte.

Ein Vergleich zwischen Alt- und Neubau ist allenfalls und erst im Rahmen der Prüfung des § 35 Abs. 4 BauGB vorzunehmen. Das bestehende Wohngebäude kann bei der Prüfung der Belange nach § 35 Abs. 3 Satz 1 BauGB nicht als „Vorbelastung“ eingestellt werden.

Durch die Zulassung des Bauvorhabens droht daher, auch wenn dieses ersatzweise an Stelle des Wohngebäudes errichtet werden soll, insbesondere auch die **erstmalige Entstehung eines im Außenbereich unerwünschten Siedlungssplitters i.S.d. § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 7 BauGB.** Besondere Gründe, die zu einer abweichenden planungsrechtlichen Beurteilung führen könnten, sind weder vorgetragen noch ersichtlich.

(b) Die Belange konnten **nicht** durch die Außenbereichssatzung nach § 35 Abs. 6 BauGB **überwunden** werden, da die **Satzung unwirksam** ist.

(aa) Entgegen der Ansicht der Beklagten ist die Satzung allerdings nicht bereits aus formellen Gründen unwirksam. Die Ladung und der Sitzungsablauf waren rechtmäßig.

Die **Ladung war ordnungsgemäß.** Die Ladungen sind mit Schreiben vom Freitag, 7. Mai 2021 nach dem Versandvermerk zur Post gegeben worden, die Sitzung fand erst am 17. Mai statt. Damit ist die Frist von acht Tagen zwischen Zugang der Ladung am 8. Mai 2021 und dem Sitzungstag bei üblicher

Postlaufzeit gewahrt. Die Fiktion des Art. 41 Abs. 2 BayVwVfG kann auf diesen Vorgang nicht angewendet werden, da diese Norm speziell für die Bekanntgabe von VAen gilt und nicht verallgemeinerungsfähig ist.

Vielmehr ist mit der normalen Übermittlung zu rechnen, also damit, dass die Ladungsbriefe am nächsten Tag bei den Empfängern eintrafen. Gerade vor der Reform der für die Post geltenden Regelungen durfte von einer eintägigen Laufzeit ausgegangen werden. Damit war die Ladungsfrist gewahrt.

Die Ladung ist auch nicht wegen Verstoßes gegen § 23 der Geschäftsordnung fehlerhaft. Zwar ist darin geregelt, dass Vorlagen für jeden TOP zu fertigen und der Ladung beizufügen sind. Vorliegend wurden die Vorlagen erst kurz vor der Sitzung ausgehändigt.

Jedoch ist § 23 der GeSchO zum einen lediglich eine Soll-Vorschrift, zum anderen gilt der allgemeine Grundsatz, dass Verstöße lediglich gegen Geschäftsordnungsbestimmungen, die aber keine Entsprechung im Gesetz finden, unbeachtlich sind. Nachdem es für die Beifügung von Sitzungsunterlagen bei der Ladung keine Regelungen in der GO gibt, führt das Fehlen der Unterlagen bei der Ladung nicht zu einem relevanten Ladungsmangel. Außerdem wurden die Beschlussvorlagen in der Sitzung auch dargelegt worden<sup>12</sup>.

(bb) Die Satzung ist jedoch aus materiellen Gründen fehlerhaft, da sie ihrer Ermächtigungsgrundlage des § 35 Abs. 6 BauGB nicht entspricht.

Nach § 35 Abs. 6 S. 1 BauGB kann die Gemeinde für bebaute Bereiche im Außenbereich, die nicht überwiegend landwirtschaftlich geprägt sind und in denen eine Wohnbebauung von einigem Gewicht vorhanden ist, durch Satzung bestimmen, dass Wohnzwecken dienenden Vorhaben im Sinn des § 35 Abs. 2 BauGB nicht entgegengehalten werden kann, dass sie einer Darstellung im Flächennutzungsplan über Flächen für die Landwirtschaft oder Wald widersprechen oder die Entstehung oder Verfestigung einer Splittersiedlung befürchten lassen.

**Anmerkung:** Genau dieser Wortlaut führt auch zu der hier gewählten Prüfungsreihenfolge! Die Außenbereichssatzung ist kein eigener Zulässigkeitsstatbestand, sondern überwindet nur die in § 35 Abs. 6 genannten Belange.

Ein "bebauter Bereich" im Sinn des § 35 Abs. 6 S. 1 BauGB ist aber nur gegeben, wenn und soweit bereits eine **vorhandene Bebauung** dazu führt, dass der

<sup>11</sup> Spieß in J/D, BauGB, § 34 Rd. 5

<sup>12</sup> Vgl. zu den Ladungsvorgängen auch neuerdings im Rahmen eines Kommunalverfassungsverstreits VG München,

Urteil v. 12.11.2025, Az. M 7 K 25.3416, www.gesetze.bayern.de

Außenbereich seine Funktion, als Freiraum oder als Fläche für privilegiert zulässige Vorhaben zu dienen, nicht mehr oder nur noch mit wesentlichen Einschränkungen erfüllen kann. Die vorhandene Bebauung muss auf eine weitere Bebauung im Wege der baulichen Verdichtung hindeuten; erforderlich hierfür ist, dass die Bebauung eine gewisse Zusammengehörigkeit und Geschlossenheit erkennen lässt, die sie als Weiler, Splittersiedlung oder sonstigen Siedlungsansatz qualifiziert.

Die vorhandene Bebauung muss nicht das Gewicht einer Splittersiedlung erreichen; auch kleinere Siedlungsansätze können die genannten Voraussetzungen erfüllen. Die Erweiterung einer Splittersiedlung durch Ausdehnung in den Außenbereich hinein wird durch den Erlass einer Außenbereichssatzung hingegen nicht erleichtert; nur eine zu befürchtende Entstehung oder Verfestigung einer Splittersiedlung schadet einem Vorhaben nicht. **Die vorhandene Bebauung muss deshalb in einem der Verdichtung zugänglichen Zusammenhang stehen;** die Freiflächen dürfen diesen Zusammenhang nicht unterbrechen.

Gemessen an diesen Maßstäben steht die Bebauung im nördlichen und südlichen Satzungsgebiet in keinem baulichen Zusammenhang. Sie lässt vielmehr eine hinreichende Geschlossenheit im Sinn der Zusammengehörigkeit zu einem gemeinsamen Siedlungsansatz nicht erkennen. Das freie Grundstück Nr. 17 führt zu einer Trennung der südlichen und nördlichen Grundstücke. Dies wird dadurch verstärkt, dass das Gebäude auf Nr. 15 außer Betracht bleiben muss aufgrund der bestandskräftigen Beseitigungsanordnung.

Zwar ist ausgehend vom Wortlaut des § 35 Abs. 6 S. 1 BauGB bei der Beurteilung der Frage des bebauten Bereichs – ebenso wie bei der Feststellung eines Bauungszusammenhangs im Anwendungsbereich des § 34 Abs. 1 BauGB – grundsätzlich auf die tatsächlich vorhandene Bebauung abzustellen. Jedoch ist eine nicht genehmigte Bebauung nur zu berücksichtigen, **wenn sie in einer Weise geduldet wird, die keinen Zweifel daran lässt, dass sich die zuständigen Behörden mit dem Vorhandensein der Bauten abgefunden haben.**

Für die Beurteilung, ob ein bebauter Bereich im südlichen Teil des Satzungsgebiets besteht, sind daher ausschließlich die beiden Gebäude auf den Grundstücken Nr. 13 und 11 in den Blick zu nehmen. Ein baulicher Zusammenhang dieser beiden Wohngebäude mit den nördlich liegenden Gebäuden ist aber nicht erkennbar<sup>13</sup>.

**Anmerkung:** Unschädlich ist die Regelung der Wandhöhe. **Die Begrenzung der Wandhöhe ist durch die Ermächtigung des § 35 Abs. 6 S. 3 BauGB, wonach in der Satzung nähere Bestimmungen über die Zulässigkeit der Vorhaben getroffen werden können, gedeckt.** Welche Festsetzungen auf § 35 Abs. 6 S. 3 BauGB gestützt werden können, erschließt sich aus der Wirkung der Außenbereichssatzung. Diese besteht darin, dass einem in ihrem Geltungsbereich ausgeführten Wohnbauvorhaben bestimmte öffentliche Belange nicht entgegengehalten werden dürfen. **Nähere Bestimmungen über die Zulässigkeit im Sinn von § 35 Abs. 6 S. 3 BauGB müssen sich hierauf beziehen.** Sie müssen geeignet sein, die Grenzen, bis zu denen die Gemeinde die an sich vorliegende Beeinträchtigung der genannten Belange durch die nach der Satzung zulässigen Vorhaben als städtebaulich vertretbar ansieht, näher zu bestimmen (BayVGH ZfBR 2004, 181 = UPR 2004, 233). Diese Voraussetzung ist bei der genannten Festsetzung erfüllt. Die Wandhöhe ist ein entscheidender Faktor für die Frage, in welchem Umfang der Außenbereich bebaut werden darf, wie auffällig ein entsprechendes Gebäude dort sein kann.

Die Regelung über die Wandhöhe ist auch **ausreichend bestimmt.**

Für die Begrenzung der Wandhöhe wurde das „natürliche Gelände“ als unterer Bezugspunkt festgelegt. Unter der „natürlichen“ Geländeoberfläche (vgl. Art. 6 Abs. 4 BayBO) ist die gewachsene, und für einen längeren Zeitraum nicht durch Aufschüttungen oder Abgrabungen veränderte Oberfläche eines Grundstücks zu verstehen. Der Bestimmtheit der Regelung steht nicht entgegen, dass das natürliche Gelände verändert werden kann (BayVGH vom 27.4.2010 Az. 1 N 08.2703 <juris> mit weiteren Nachweisen). Es kann von daher genau ermittelt werden, was gemeint ist.

- (c) Die beeinträchtigten Belange konnten auch nicht durch § 35 Abs. 4 BauGB überwunden werden, da kein dort genanntes teilprivilegiertes Vorhaben vorliegt.

**Anmerkung:** Auch hier noch einmal zum Verständnis: § 35 Abs. 4 BauGB normiert eigentlich keine eigenen Zulässigkeitstatbestände, sondern nennt nur bestimmte Bauten, die bestimmte abschließend genannte Belange überwinden. Deshalb ist auch die Darstellungsreihenfolge bei Spieß in Jäde/Dirnberger, BauGB, § 35 Rd. 96ff ungünstig, da dort die Teilprivilegierungen so genannt werden, als ob sie besondere Zulassungstatbestände seien. Den schulmäßig-korrekten Aufbau findet man in der Entscheidung des VG München, Urteil v. 14.10.2025, Az. M 1 K 21.6624, [www.gesetze.bayern.de](http://www.gesetze.bayern.de).

<sup>13</sup> Vgl. zum Ganzen BayVGH, Urteil v. 11.8.2020, Az. 1 N 17.1389 und die bestätigende Revisionsentscheidung des

BVerwG, Beschl. v. 15.12.2020, Az. 4 BN 65/20, beide juris

Für das Vorhaben ist keine der dort vom Gesetzgeber abschließend und somit einer wertenden Gesamtbeurteilung nicht zugänglichen, vorgesehenen Fallgruppen einer sog. Teilprivilegierung einschlägig. Insbesondere liegen die Voraussetzungen von § 35 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 BauGB nicht vor.

- (aa) § 35 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 BauGB regelt die Teilprivilegierung einer Neuerrichtung eines gleichartigen Wohngebäudes an gleicher Stelle unter den dort in Buchst. a) bis d) aufgezählten Voraussetzungen.

Dabei scheidet die Anwendbarkeit dieser Vorschrift im vorliegenden Fall bereits daran, dass das bestehende Wohngebäude bislang nicht vom Eigentümer selbst genutzt wurde, vielmehr steht es leer. Da es darüber hinaus keine besonderen Missstände oder Mängel aufweist, scheidet die Anwendung dieses Teilprivilegierungsstatbestands im vorliegenden Fall aus.

- (bb) Weitere Teilprivilegierungsstatbestände liegen offensichtlich nicht vor, daher war die fingierte Baugenehmigung rechtswidrig und konnte nach Art. 48 Abs. 1, Abs. 3 BayVwVfG zurückgenommen werden.

- (2) Selbst wenn man im Übrigen die Wirksamkeit der Außenbereichssatzung annehmen würde, ist das Vorhaben rechtswidrig, da es die Regelungen der Satzung nicht einhält. Diese sieht eine bestimmte Höhe der Vorhaben vor, diese wird um 50cm überschritten.

Entgegen der Ansicht der Prozessbevollmächtigten des Antragstellers kann hier keine Ausnahme nach § 31 BauGB erteilt werden, da diese Vorschrift nicht anwendbar ist. Nach Ihrem eindeutigen Wortlaut gilt sie nur für Bebauungspläne, ein solcher ist die Außenbereichssatzung nicht. § 35 Abs. 6 BauGB erklärt auch die Norm nicht für entsprechend anwendbar, so dass die Möglichkeit einer Abweichung von der Satzung nicht bestand.

- d) Auch die weiteren Voraussetzungen des Art. 48 Abs. 1, Abs. 3 BayVwVfG lagen vor, insbesondere liegt auch kein Ermessensfehler vor.

Zwar liegt bei der Rücknahme rechtswidriger Verwaltungsakte nach Art. 48 Abs. 1 Satz 1 BayVwVfG grundsätzlich kein Fall intendierten Ermessens vor, so dass die Behörde nach Art. 40 BayVwVfG verpflichtet war zur ausführlichen Handhabung ihres Ermessens.

Ermessensfehler sind aber weder ersichtlich noch substantiiert dargetan. Der Antragsgegner hat einerseits das öffentliche Interesse an der Rücknahme der fingierten Baugenehmigung und andererseits das Interesse des Antragstellers an der Aufrechterhaltung der fingiert erteilten Baugenehmigung und Ausführung des Bauvorhabens betrachtet.

Die Tatsache, dass die Beklagte und Antragsgegnerin geäußert hatte, dass die Rücknahme „erforderlich“ sei, bedeutet dies keinen Ermessensausfall, sondern weist nur darauf hin, dass die Behörde die öffentlichen Rücknahmeinteressen für höherrangig gehalten hat<sup>14</sup>.

- e) Die **Rücknahmefrist des Art. 48 Abs. 4 BayVwVfG** wurde eingehalten, es lag kein Jahr zwischen dem Eintritt der Genehmigungsfiktion und der Rücknahme.
2. Eine reine Interessensabwägung führt auch zu keinem anderen Ergebnis.

Das öffentliche Interesse der Verhinderung der Schaffung baurechtswidriger Zustände überwiegt das Interesse des Antragstellers auf eine Ausübung seines Baurechts vor Entscheidung im Hauptsacheverfahren.

Zudem verhindert die sofort vollziehbare Rücknahmeentscheidung der fingierten Baugenehmigung den Eintritt vollendeter Tatsachen durch eine mögliche Errichtung des Vorhabens bis zum Abschluss des Hauptsacheverfahrens und damit erhebliche finanzielle und baurechtlich schwer rückgängig zu machende Folgen<sup>15</sup>.

**Anmerkung:** Dieser letzte Punkt ist sicher nicht erforderlich, die Gerichte hängen ihn aber oft zusätzlich zur „summarischen“ Prüfung an, um die Interessensabwägung noch mehr zu untermauern.

- IV. Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO.

3 Unterschriften

Rechtsbehelfsbelehrung: Beschwerde nach § 146 VwGO

Streitwertbeschluss...\_

<sup>14</sup> Vgl. zum Ganzen VG München, Beschl. v. 24.07.2025, Az. M 9 S 25.4063, www.gesetze.bayern.de

<sup>15</sup> vgl. BayVGH, B.v. 16.6.2023 – 15 CS 23.731 – juris Rn. 23, 31