

Die repressive Bauaufsicht

Von Prof. Dr. Wolfgang Kahl, Ref. iur. Charlotte Dubber, Heidelberg

Neben der präventiven Bauaufsicht, die sich im Wege des Baugenehmigungsverfahrens vollzieht, gehört auch die im Folgenden ausschließlich behandelte repressive Bauaufsicht zum zentralen Pflichtstoff im Baurecht in der Fortgeschrittenübung im Öffentlichen Recht und im Ersten Staatsexamen. Ziel dieses Beitrags ist es, einen auf die klausurrelevanten Probleme konzentrierten, fallorientierten Überblick über die repressiven Befugnisse der Bauaufsichtsbehörden und ihre Voraussetzungen zu geben, der sich sowohl für einen ersten Zugang zu dem von Studierenden bisweilen als „sperrig“ empfundenen Thema als auch für eine effektive Wiederholung vor der Prüfung eignet.

I. Einleitung

In den letzten Jahren wurden viele Bauvorhaben durch Änderungen der Landesbauordnungen von der bis dato bestehenden Genehmigungspflicht freigestellt bzw. vereinfachten Verfahren unterstellt,¹ wobei dies freilich nichts daran ändert, dass die materiell-rechtlichen Anforderungen an die Bauvorhaben weiterhin vollumfänglich zu beachten sind.² Ein Nebeneffekt dieses – kritisch als „Deregulierungswettbewerb“³ bezeichneten – Prozesses ist die Verschiebung der Tätigkeit der Bauaufsichtsbehörden weg von einem präventiven und hin zu einem verstärkt repressiven Vorgehen gegen bereits errichtete illegale Bauten.⁴ Im Ergebnis nahm die Bedeutung der repressiven Bauaufsicht in den letzten Jahren nicht ab, sondern zu; in nicht wenigen Fällen ist sie mittlerweile sogar alleine für die Überwachung und Durchsetzung der einschlägigen öffentlich-rechtlichen Vorschriften zuständig.⁵

Die Entscheidung, ob und wie die repressive Bauaufsicht einschreiten soll, ist dabei stets von folgendem Interessenkonflikt gekennzeichnet: Wie lassen sich die (grund)rechtlich geschützten Interessen⁶ des Eigentümers oder sonstigen Nut-

zungsberechtigten am Erhalt der Bausubstanz bzw. der Nutzungsmöglichkeit einerseits und die Sicherstellung der städtebaulichen Ordnungsfunktion des Baurechts andererseits in einen angemessenen Ausgleich bringen? Die Antwort auf diese Frage liefert in erster Linie das Bauordnungsrecht der Länder,⁷ genauer die dortige Normierung der repressiven Bauaufsicht, im Zusammenwirken mit den Regeln und Grundsätzen des allgemeinen Verwaltungsrechts sowie des Verfassungsrechts.

II. Systematik der Eingriffsbefugnisse

Fall 1: Im Außenbereich der Gemeinde G befindet sich eine seinerzeit rechtmäßig errichtete, unscheinbare Scheune. Diese wird seit mehreren Jahren nicht mehr genutzt, weshalb ihr Verfall nur eine Frage der Zeit sein wird. Die zuständige Behörde B möchte daher eine Abrissverfügung erlassen, zweifelt jedoch ob der Ermächtigungsgrundlage.

Eingreifende Maßnahmen der repressiven Bauaufsicht bedürfen aufgrund des Vorbehalts des Gesetzes (Art. 20 Abs. 3 GG, sog. Wesentlichkeits-Rechtsprechung des BVerfG) einer hinreichend bestimmten, formell-gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage. Ein Einschreiten allein aufgrund untergesetzlicher Ermächtigungen oder gar eigener Machtvollkommenheit verbietet sich daher.⁸ Die erforderlichen Ermächtigungsgrundlagen finden sich primär in den LBO. Die Landesgesetzgeber haben sich dabei grundsätzlich⁹ für ein „Drei-Stufen-System“ der Eingriffsermächtigungen entschieden, das als solches auch die Reihenfolge der gutachterlichen Prüfung in Klausur oder Hausarbeit vorgibt:

Auf einer ersten Stufe stehen die speziellen Ermächtigungsnormen der LBO,¹⁰ die den Bauaufsichtsbehörden insbesondere die Befugnis einräumen, die Beseitigung des Bauwerks anzuordnen, seine Nutzung zu untersagen oder die Einstellung der Bauarbeiten zu verlangen. Diese Normen können nebeneinander zur Anwendung gelangen. Auf zweiter Stufe findet sich die, gleichfalls in der LBO geregelte,

auch die Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 Abs. 1 GG).

⁷ Das Bauordnungsrecht verfolgt das Ziel, die Einhaltung der baurechtlichen Vorgaben zur Wahrung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung sicherzustellen. Als Gefahrenabwehrrecht fällt es in die Gesetzgebungskompetenz der Länder (Art. 70 Abs. 1 GG).

⁸ Ähnlich Schoch, Jura 2005, 178.

⁹ NRW hat weitgehend (Ausnahme etwa § 81 Abs. 2 S. 2, Abs. 3 BauO NRW) auf die Normierung spezieller Eingriffstatbestände verzichtet. Maßnahmen der repressiven Bauaufsicht werden daher in NRW zumeist auf die bauordnungsrechtliche Generalermächtigung des § 61 Abs. 1 S. 2 BauO NRW gestützt.

¹⁰ Vgl. die Normnachweise in Fn. 18, 19, 22, 23.

¹ So kennen sämtliche Landesbauordnungen (fortan: LBO) mittlerweile (unter abweichender Terminologie) neben den verfahrens-/genehmigungsfreien Vorhaben auch das sog. vereinfachte Genehmigungsverfahren sowie (mit Ausnahme Hamburgs) das Genehmigungsfreistellungs- bzw. Kenntnisgabe-/Anzeigeverfahren. In Baden-Württemberg (fortan: BW) etwa wurde das vereinfachte Genehmigungsverfahren durch die Neufassung der LBO 2010 eingeführt (vgl. § 52 LBO BW).

² Vgl. (wenngleich nur deklaratorisch) z.B. §§ 50 Abs. 5, 51 Abs. 4, 52 Abs. 3 LBO BW; § 65 Abs. 4 BauO NRW.

³ Beckmann, KommJur 2013, 401.

⁴ Schoch, Jura 2005, 178. Vgl. auch Beckmann, KommJur 2013, 401 (403).

⁵ Dies gilt auch noch zehn Jahre nach der entsprechenden Einschätzung von Schoch, Jura 2005, 178. So auch Kaiser, in: Ehlers/Fehling/Pünder (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Bd. 2, 3. Aufl. 2013, § 41 Rn. 109.

⁶ Maßnahmen der repressiven Bauaufsicht berühren insbesondere die Eigentumsfreiheit (Art. 14 Abs. 1 GG), zuweilen

bauordnungsrechtliche Generalermächtigung, die der Behörde ermöglicht, sämtliche Maßnahmen zu ergreifen, die zur Wahrnehmung ihrer Aufgaben nach pflichtgemäßem Ermessen erforderlich sind.¹¹ Diese Generalermächtigung darf aufgrund ihrer Subsidiarität nur herangezogen werden, soweit für die jeweilige Maßnahme keine spezielle Ermächtigungsnorm einschlägig ist (*lex specialis derogat legi generali*).¹² Auf einer dritten Stufe steht die – ihrerseits wiederum sowohl gegenüber den Spezialbefugnissen als auch der bauordnungsrechtlichen Generalermächtigung subsidiäre – Generalermächtigung der Landespolizeigesetze.¹³ Diese gelangt jedoch in Ansehung der umfassenden Auffangfunktion bereits der bauordnungsrechtlichen Generalklausel praktisch kaum zur Anwendung.¹⁴ Eine Ausnahme ergibt sich hinsichtlich Maßnahmen gegen solche Anlagen, die vom Anwendungsbereich der LBO ausgenommen sind.¹⁵

Da der Bauaufsichtsbehörde die Aufgabe zukommt, Bauvorhaben sowohl während als auch nach ihrer Realisierung zu überwachen, können die repressiven Befugnisse der Behörde im Einzelfall je nach zeitlichem Anknüpfungspunkt der Maßnahme variieren. Im Rahmen der Bauüberwachung im engeren Sinne (auch laufende Bauüberwachung genannt),¹⁶ die der Sicherstellung der rechtmäßigen Ausführung des Bauvorhabens¹⁷ dient, verfügt die Behörde etwa über ein

Zutrittsrecht zu Baustellen, ein Prüfungsrecht, das die Entnahme von Bauprodukten gestattet sowie das Recht zur Einsichtnahme in diverse Bauunterlagen.¹⁸ Schließlich kann die Bauaufsichtsbehörde mit einer Baueinstellungsverfügung (auch Stilllegungsverfügung genannt) die Einstellung laufender Bauarbeiten anordnen.¹⁹ Möchte die Behörde nach Realisierung des Bauvorhabens gegen selbiges vorgehen, bewegt sie sich dagegen im Bereich der Bauüberwachung im weiteren Sinne.²⁰ Danach sind das gesamte Baugeschehen sowie die Nutzung der baulichen Anlage zeitlich unbegrenzt der Rechtmäßigkeitsprüfung durch die Behörde unterstellt,²¹ wobei diese insbesondere die Befugnis hat, im Falle rechtswidriger Bauten eine Abrissverfügung (auch Beseitigungsverfügung/-anordnung oder Abbruchanordnung genannt)²² oder eine Nutzungsuntersagung²³ zu erlassen.

Vorhaben verstanden und unter der Bauüberwachung i.w.S. die Überprüfung sonstiger Vorhaben.

¹⁸ Vgl. Art. 77 f. BayBO; § 66 LBO BW; § 80 f. BauO Bln; § 75 Bbg BO; § 80 f. BremBO; § 77 f. HbgBauO; § 73 f. HessBO; § 81 f. LBauO M-V; § 76 NdsBauO; § 81 f. BauO NRW; § 78 LBauO RP; § 78 f. LBO Saarl; § 81 f. SächsBO; § 80 f. BauO LSA; § 78 f. LBO SH; § 80 f. ThürBO.

¹⁹ Art. 75 Abs. 1 BayBO; § 64 Abs. 1 LBO BW; § 78 Abs. 1 BauO Bln; § 73 Abs. 1 Bbg BO; § 78 Abs. 1 BremBO; § 75 Abs. 1 HbgBauO; § 71 HessBO; § 79 Abs. 1 LBauO M-V; § 79 Abs. 1 S. 1 u. 2 Nrn. 1 u. 2 NdsBauO; § 80 Abs. 1 LBauO RP; § 81 Abs. 1 LBO Saarl; § 79 Abs. 1 SächsBO; § 78 Abs. 1 BauO LSA; § 59 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 LBO SH; § 78 Abs. 1 ThürBO. In NRW fehlt eine Spezialermächtigung, weshalb auf § 61 Abs. 1 S. 2 BauO NRW zurückzugreifen ist.

²⁰ Zu den nicht einheitlich verwendeten Begriffen der Bauüberwachung im engeren und weiteren Sinne mit dem hier zugrunde gelegten Begriffsverständnis *Battis* (Fn. 16), Rn. 585 f.; *Brenner*, *Öff. Baurecht*, 4. Aufl. 2014, Rn. 804. Ein anderes Begriffsverständnis findet sich bei *Kaiser* (Fn. 5), § 41 Rn. 110 ff., siehe auch Fn. 17.

²¹ *Brenner* (Fn. 20), Rn. 804.

²² Art. 76 S. 1 BayBO; § 65 S. 1 LBO BW; § 79 S. 1 BauO Bln; § 74 Abs. 1 Bbg BO; § 79 Abs. 1 S. 1 BremBO; § 76 Abs. 1 S. 1 HbgBauO; § 72 Abs. 1 S. 1 HessBO; § 80 Abs. 1 LBauO M-V; § 79 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 NdsBauO; § 81 S. 1 LBauO RP; § 82 Abs. 1 LBO Saarl; § 80 S. 1 SächsBO; § 79 S. 1 BauO LSA; § 59 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 LBO SH; § 79 Abs. 1 S. 1 ThürBO. In NRW fehlt eine Spezialermächtigung, weshalb auf § 61 Abs. 1 S. 2 BauO NRW zurückzugreifen ist.

²³ Art. 76 S. 2 BayBO; § 65 S. 2 LBO BW; § 79 S. 2 BauO Bln; § 73 Abs. 3 Bbg BO; § 79 Abs. 1 S. 2 BremBO; § 76 Abs. 1 S. 2 HbgBauO; § 72 Abs. 1 S. 2 HessBO; § 80 Abs. 2 LBauO M-V; § 79 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 NdsBauO; § 81 S. 1 LBauO RP; § 82 Abs. 2 LBO Saarl; § 80 S. 2 SächsBO; § 79 S. 2 BauO LSA; § 59 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 LBO SH; § 79 Abs. 1 S. 2 ThürBO. In NRW fehlt eine Spezialermächtigung, weshalb § 61 Abs. 1 S. 2 BauO NRW eingreift.

¹¹ Art. 54 Abs. 2 S. 1 BayBO; § 47 Abs. 1 S. 2 LBO BW; § 58 Abs. 1 S. 2 BauO Bln; § 52 Abs. 2 S. 2 Bbg BO; § 58 Abs. 2 S. 2 BremBO; § 58 Abs. 1 S. 1 HbgBauO; § 53 Abs. 2 S. 2 HessBO; § 58 Abs. 1 S. 2 LBauO M-V; § 58 Abs. 1 S. 1 NdsBauO; § 59 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 LBauO RP; § 57 Abs. 2 S. 2 LBO Saarl; § 58 Abs. 2 S. 2 SächsBO; § 57 Abs. 2 S. 2 BauO LSA; § 59 Abs. 1 S. 2 LBO SH; § 58 Abs. 1 S. 2 ThürBO.

¹² Vgl. *Köhler-Rott*, in: Reichel/Schulte (Hrsg.), *Handbuch des Bauordnungsrechts*, 2004, 15. Kap. Rn. 18; *Schoch*, *Jura* 2005, 178.

¹³ §§ 3, 1 PolG BW; Art. 11 Abs. 1 BayPAG; § 17 Abs. 1 ASOG Bln; § 10 Abs. 1 PolG Bbg; § 10 Abs. 1 PolG Brem; § 3 Abs. 1 SOG Hbg; § 1 Abs. 1, 11 SOG Hess; § 13 SOG M-V; § 11 SOG Nds; § 8 Abs. 1 PolG NRW; § 9 Abs. 1 POG RP; § 8 Abs. 1 PolG Saarl; § 3 Abs. 1 SächsPolG; § 13 SOG LSA; § 174 LVwG SH; § 12 Abs. 1 PAG Thür.

¹⁴ Anders war dies z.B. nach der alten Rechtslage in Berlin: Nach § 54 S. 1 BauO Bln 1985 hatte die Bauaufsichtsbehörde zur Erfüllung ihrer Aufgaben lediglich die Befugnis, Anlagen zu betreten, weshalb durchaus auch auf die „dritte Stufe“ abgestellt wurde; Bsp. für einen Anwendungsfall bei OVG Berlin NJW 1994, 2971.

¹⁵ Dies gilt etwa gem. § 1 Abs. 2 S. 2 LBO BW für Kräne und Krananlagen. Hier kann (nur) auf der Grundlage der polizeirechtlichen Generalermächtigung (z.B. §§ 3, 1 PolG BW) eingeschritten werden.

¹⁶ Vgl. *Battis*, *Öffentliches Baurecht und Raumordnungsrecht*, 6. Aufl. 2014, Rn. 585; *Kaiser* (Fn. 5), § 41 Rn. 111.

¹⁷ In NRW ist die Bauüberwachung i.e.S. auf genehmigungspflichtige Vorhaben beschränkt (vgl. § 81 Abs. 1 S. 1 BauO NRW). Entsprechend wird hier unter dem Begriff der Bauüberwachung i.e.S. die Überprüfung genehmigungspflichtiger

Hinweis: In *Fall 1* kann die Behörde ihre Maßnahme nicht auf die spezielle Ermächtigungsnorm für Abrissverfügungen stützen, da diese nur bei rechtswidrig errichteten Anlagen greift. In einzelnen LBO finden sich aber Spezialnormen, die die Anordnung der Beseitigung baulicher Anlagen bereits dann ermöglichen, wenn diese nicht genutzt werden und im Verfall begriffen sind.²⁴ Sofern das einschlägige Landesrecht keine solche (spezielle) Norm kennt, könnte an sich die bauordnungsrechtliche Generalermächtigung zur Anwendung gelangen. Diese setzt jedoch tatbestandlich voraus, dass eine Verunstaltung oder konkrete Gefahr durch die verlassene Scheune bereits vorliegt. Mangels entsprechender Angaben im Sachverhalt²⁵ ist dies vorliegend nicht der Fall. Damit fehlt es an einer Eingriffsermächtigung und wäre die geplante Abrissverfügung rechtswidrig.

III. Formelle Anforderungen an ein bauaufsichtliches Einschreiten

Fall 2: Eigentümerin E aus Tübingen möchte, dass die zuständige Bauaufsichtsbehörde gegenüber ihrem Nachbarn N eine Abrissverfügung erlässt; was E nicht weiß ist, welche in diesem Fall die zuständige Bauaufsichtsbehörde ist, an die sie sich wenden muss. Geben Sie der E einen Rechtsrat!

1. Zuständigkeit

Sachlich zuständig für die Anordnung repressiver Maßnahmen ist grundsätzlich die untere Bauaufsichtsbehörde.²⁶ In den Flächenstaaten ist dies im Regelfall sog. kreisangehöriger Gemeinden das Landratsamt, wohingegen in den Großen (und Mittleren) Kreisstädten sowie den kreisfreien Städten (auch Stadtkreise genannt) die Stadt selbst untere Bauaufsichtsbehörde ist.²⁷ In den Stadtstaaten fungieren regelmäßig

die Bezirksämter als untere Bauaufsichtsbehörden.²⁸ Örtlich zuständig ist diejenige Bauaufsichtsbehörde, in deren Bezirk das fragliche Baugrundstück liegt (vgl. § 3 Nr. 1 LVwVfG²⁹).

2. Verfahren

Da bauaufsichtsrechtliche Eingriffsverfügungen Verwaltungsakte darstellen, gelten in verfahrensrechtlicher Hinsicht die allgemeinen Grundsätze der §§ 9 ff. LVwVfG.³⁰ Das heißt insbesondere, dass die Verfahrensbeteiligten, allen voran also der Verfügungsadressat, vor Erlass einer entsprechenden belastenden Verfügung anzuhören sind (§ 28 Abs. 1 LVwVfG),³¹ sofern nicht eine der gesetzlichen Ausnahmen gem. § 28 Abs. 2 und 3 LVwVfG gegeben ist.³²

3. Form, Begründung

In der Wahl der Form der Eingriffsverfügung ist die Behörde grundsätzlich frei.³³ Die Verfügung kann also schriftlich, mündlich oder in anderer Weise erlassen werden.³⁴ Den Regelfall in der Praxis bildet die Schriftform, die eine Begründungspflicht nach sich zieht (§ 39 Abs. 1 LVwVfG), sofern nicht wiederum eine der gesetzlichen Ausnahmen³⁵ einschlägig ist.

Hinweis: In *Fall 2* ist die sachlich zuständige Behörde für den Erlass einer Abrissverfügung gegen N, dessen Grundstück in der Großen Kreisstadt Tübingen (vgl. § 131 Abs. 2 GemO BW) liegt, die Gemeinde selbst (§§ 48 Abs. 1, 46 Abs. 1 Nr. 3 Var. 1 LBO BW i.V.m. §§ 15 Abs. 1 Nr. 1 Var. 2, 19 LVG BW). Deren örtliche Zuständigkeit ergibt sich aus § 3 Nr. 1 LVwVfG. E hat daher ihren Antrag auf Erlass einer Abrissverfügung bei der Stadt Tübingen zu stellen. Auch eine mögliche spätere

²⁴ Vgl. § 79 Abs. 2 BremBO; § 74 Abs. 2 Bbg BO; § 76 Abs. 2 Nr. 1 HbgBauO; § 79 Abs. 3 NdsBauO; § 82 LBauO RP; § 82a LBO Saarl; § 79 Abs. 2 ThürBO. Hierzu instruktiv *Guckelberger*, NVwZ 2010, 743.

²⁵ Andernfalls wäre eine von der bauordnungsrechtlichen Generalermächtigung gedeckte Abrissverfügung im Übrigen auch nicht dem Einwand des Bestandsschutzes (siehe hierzu I. 1. a) bb) ausgesetzt, da dieser mit Änderung des Bestands – hier in Form des Verfalls – erlischt. Siehe *Finkelnburg/Ortloff/Otto*, Öff. BauR, Bd. II, 6. Aufl. 2010, S. 204; zum Ende des Bestandsschutzes auch Fn. 68.

²⁶ Vgl. § 48 Abs. 1 LBO BW (wobei die zuständigen Behörden in BW „Baurechtsbehörden“ genannt werden); Art. 53 Abs. 1 S. 2 BayBO; § 62 BauO NRW; § 57 Abs. 2 ThürBO; § 51 Abs. 1 Bbg BO; § 57 Abs. 1 S. 2 BremBO; § 52 Abs. 1 S. 3 HessBO; § 57 Abs. 2 S. 1 LBauO M-V; § 58 Abs. 2 NdsBauO; § 60 LBauO RP; § 59 Abs. 1 LBO Saarl; § 57 Abs. 1 S. 2 SächsBO; § 56 Abs. 1 S. 2 BauO LSA; § 59 Abs. 1 LBO SH; § 2 ASOG Bln i.V.m. ZustKat. Ord.

²⁷ Vgl. hierzu *Kaiser* (Fn. 5), § 41 Rn. 25.

²⁸ Vgl. exemplarisch für Berlin § 4 Abs. 2 S. 1 AZG, § 2 Abs. 4 S. 1 ASOG Bln i.V.m. Nr. 15 ZustKat. Ord.

²⁹ Teilweise durch Verweisung auf § 3 Bundes-VwVfG (so in § 1 LVwVfG von Berlin, Brandenburg, Niedersachsen, Rheinland-Pfalz, Sachsen und Sachsen-Anhalt). In Schleswig-Holstein (SH) ergibt sich die örtliche Zuständigkeit aus §§ 29 ff. LVwG.

³⁰ In SH §§ 74 ff. LVwG SH. Vgl. *Stollmann*, Öff. Baurecht, 9. Aufl. 2013, § 19 Rn. 41.

³¹ Bzw. – bei entsprechender Verweisung – § 28 Bundes-VwVfG sowie in SH § 87 Abs. 2 S. 1 LVwG SH. Hierzu *Finkelnburg/Ortloff/Otto* (Fn. 25), S. 170.

³² Z.B. kann gem. § 28 Abs. 2 Nr. 1 (L)VwVfG (in SH: § 87 Abs. 2 Nr. 1 LVwG SH) Gefahr im Verzug bestehen, wenn ein einsturzgefährdetes Haus eine unmittelbare Gefahr für die Gesundheit von Menschen (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) darstellt.

³³ Anders in NRW: Hier ergibt sich das Schriftformerfordernis aus § 20 Abs. 1 S. 1 OBG NRW.

³⁴ Vgl. § 37 Abs. 2 S. 1 LVwVfG bzw. – bei Verweisung – Bundes-VwVfG; § 108 Abs. 2 S. 1 LVwG SH.

³⁵ § 39 Abs. 2 LVwVfG bzw. – bei Verweisung – Bundes-VwVfG; § 109 Abs. 3 LVwG SH; z.B. im Fall eines automatisierten VA oder einer öffentlich bekannt gegebenen Allgemeinverfügung.

Verpflichtungsklage der E vor dem VG wäre übrigens gegen die Gemeinde zu richten (vgl. § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO [analog]).

IV. Materielle Anforderungen an ein bauaufsichtliches Einschreiten

Im Folgenden werden die materiellen Voraussetzungen der drei „klassischen bauordnungsrechtlichen Spezialbefugnisse“³⁶, sprich der Abrissverfügung, der Nutzungsuntersagung sowie der Baueinstellungsverfügung, die als die wichtigsten Instrumente zur Abwehr baurechtswidriger Zustände gelten,³⁷ ebenso wie die der bauordnungsrechtlichen Generalklausel näher beleuchtet.

1. Abrissverfügung

Fall 3: E, der es eilig hat, baut ohne erforderliche Baugenehmigung eine Lagerhalle, die den materiell-rechtlichen Vorschriften entspricht. Kann die zuständige Behörde B den Abriss der Halle verlangen?

Fall 4: E erhält eine Baugenehmigung für den Bau eines Wohnhauses im als Naturschutzgebiet ausgewiesenen unbeplanten Außenbereich (vgl. § 23 BNatSchG). Nach der Errichtung des Baus bemerkt die zuständige Behörde B den Verstoß der Anlage gegen § 35 Abs. 2 i.V.m. Abs. 3 Nr. 5 BauGB. Kann sie den Abriss des Hauses anordnen?

Fall 5: Das Wohnhaus des E ist seit seiner Errichtung baurechtswidrig. Obwohl die zuständige Behörde B hiervon Kenntnis hat, ordnet sie lediglich den Abbruch zweier benachbarter illegaler Häuser des gleichen Typs, nicht aber des Hauses des E an. Daraufhin „fühlt sich E sicher“ und nimmt kostspielige Instandsetzungsmaßnahmen vor. Einige Jahre später entschließt sich B dann doch, nun auch gegen das Haus des E mit einer Abrissverfügung vorzugehen. Ist diese rechtmäßig?

Im Umgang mit sog. „Schwarzbauten“, das heißt mit genehmigungsbedürftigen Vorhaben, die ohne die erforderliche Baugenehmigung errichtet wurden oder mit genehmigungsfreien Vorhaben, die gegen materielles Recht verstoßen, steht der Behörde zur Wiederherstellung rechtmäßiger Zustände als ultima ratio das Mittel der Abrissverfügung zur Verfügung. Danach kann die Behörde die teilweise oder vollständige Beseitigung der baulichen Anlage anordnen, sofern diese im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften errichtet (oder geändert) wurde und nicht auf andere Weise rechtmäßige Zustände hergestellt werden können.³⁸

³⁶ Zu dieser Einordnung *Kaiser* (Fn. 5), § 41 Rn. 110.

³⁷ *Grotefels*, in: Hoppe/Bönker/Grotefels (Hrsg.), *Öff. Baurecht*, 4. Aufl. 2010, § 16 Rn. 86.

³⁸ Vgl. die Normzitate in Fn. 22. Der Begriff des Abrisses ist dabei weit zu verstehen und umfasst z.B. auch den Abtransport von Bauschutt, die Einebnung der Baugrube und ähnli-

a) Tatbestandsvoraussetzungen

aa) Baurechtswidrigkeit

Die materiellen Voraussetzungen der Abrissverfügung variieren je nach dem, ob es sich bei dem fraglichen Bau um ein genehmigungspflichtiges oder genehmigungsfreies Vorhaben handelt.

Der Abriss eines genehmigungspflichtigen Bauvorhabens darf nach h.M. nur angeordnet werden, wenn dieses formell und materiell illegal (baurechtswidrig) ist. Formell illegal ist ein Bauwerk, wenn es ohne die erforderliche behördliche Genehmigung errichtet wird oder von der erteilten Genehmigung in tatsächlicher Hinsicht wesentlich abweicht.³⁹ Materiell illegal ist ein Bauwerk, wenn es den von der Baurechtsbehörde zu prüfenden materiellen öffentlich-rechtlichen Vorschriften⁴⁰ widerspricht.⁴¹

Da die Voraussetzungen der formellen und materiellen Illegalität nach h.M. also kumulativ erfüllt sein müssen, scheidet der Erlass einer Abrissverfügung trotz materieller Illegalität aus, sofern das Vorhaben formell legal ist. Wurde ein materiell-rechtlich unzulässiges Gebäude wirksam genehmigt, kann der Abriss somit erst dann angeordnet werden, wenn die Baugenehmigung bestandskräftig aufgehoben⁴² wurde, das Gebäude also auch formell illegal geworden ist. Zuvor entfaltet die Baugenehmigung eine Legalisierungswirkung,⁴³ sprich sie vermittelt das Recht des Bauherrn, sein Grundstück in der genehmigten Art baulich zu nutzen. Diese herrschende Auffassung überzeugt. Sie schafft Rechtssicherheit und bewahrt davor, das Rechtsinstitut der Baugenehmigung in seiner auch verfassungsrechtlichen Relevanz (Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG) auszuhöhlen.⁴⁴ Es ist jedoch zu beachten, dass das Erfordernis der vorherigen Aufhebung der Baugenehmigung nur besteht, sofern die Abrissverfügung auf die Verletzung von Normen gestützt wird, die innerhalb des Prüfprogramms der Bauaufsichtsbehörde im entsprechenden Genehmigungsverfahren lagen. Die Legalisierungswirkung

che Maßnahmen, so auch *Remmert*, in: *Ennuschat/Ibler/Remmert*, *Öff. Recht in BW*, 2014, § 3 Rn. 262.

³⁹ Dies ist etwa der Fall, wenn ein Wohnhaus um einen Meter höher ist als genehmigt, vgl. *Grotefels* (Fn. 37), § 16 Rn. 85; *Muckel/Ogorek*, *Öff. Baurecht*, 2. Aufl. 2014, § 9 Rn. 29.

⁴⁰ Im Sinne von z.B. §§ 52 Abs. 3, 58 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 LBO BW. Folglich werden insbesondere nur anlagen-, nicht personenbezogene Vorschriften erfasst.

⁴¹ *Finkelnburg/Ortloff/Otto* (Fn. 25), S. 172.

⁴² Die Aufhebung ist rechtstechnisch möglich über §§ 48 Abs. 1 oder 49 Abs. 2 LVwVfG (in SH: §§ 116 Abs. 1, 117 Abs. 2 LVwG SH), ggf. mit der Folge der Entschädigung (vgl. *Brenner* [Fn. 20], Rn. 815), sowie als Folge eines erfolgreichen Anfechtungsrechtsbehelfs eines Nachbarn gem. § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO (vgl. *Finkelnburg/Ortloff/Otto* [Fn. 25], S. 173).

⁴³ *Grotefels* (Fn. 37), § 16 Rn. 89. In der Sache handelt es sich um einen Fall des sog. passiven Bestandsschutzes (siehe dazu IV. 1. a) bb), *Aichele/Herr*, NVwZ 2003, 415 (416 f.).

⁴⁴ In diesem Sinne bereits *Muckel/Ogorek* (Fn. 39), § 9 Rn. 37.

der Baugenehmigung kann nämlich nicht weiter reichen als ihr Regelungsgehalt. Dies hat insbesondere Konsequenzen für Vorhaben, die dem vereinfachten Genehmigungsverfahren und damit einem stark reduzierten Prüfprogramm unterliegen:⁴⁵ Verstößt eine Anlage gegen materielles Baurecht, das im Rahmen des vereinfachten Genehmigungsverfahrens gerade nicht geprüft wurde,⁴⁶ kann eine Abrissverfügung also ausnahmsweise auch ohne Aufhebung der Baugenehmigung allein wegen des materiellen Rechtsverstoßes ergehen.

Im umgekehrten Fall, also bei zwar formeller Illegalität, aber materieller Rechtmäßigkeit, verbietet sich der Erlass einer Abrissverfügung ebenfalls in aller Regel. Dieses Verständnis entspricht der verfassungsrechtlich h.M., der zufolge das Recht zum Bauen bereits vom Schutzbereich der – durch die einfachen Gesetze ausgestalteten – Eigentumsfreiheit mitumfasst ist und nicht erst durch die Baugenehmigung gewährt wird. Somit hat der Bauherr bei einer materiell rechtmäßigen Anlage einen unmittelbar verfassungsrechtlichen Anspruch auf Erteilung der erforderlichen Baugenehmigung.⁴⁷ Fehlt der materiell rechtmäßigen Anlage die erforderliche Genehmigung, hat er Anspruch auf nachträgliche Genehmigungserteilung und damit formelle Legalisierung des Vorhabens.⁴⁸ Eine Abrissverfügung würde diesem Anspruch zuwiderlaufen. Zudem verbietet auch der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit eine Abrissverfügung bei nur formeller Illegalität; immerhin könnte der Bauherr in diesem Fall das identische Vorhaben direkt nach der Beseitigung genehmigen lassen respektive wieder errichten.⁴⁹ Vor diesem Hintergrund ist auch die Mindermeinung in der Literatur, die eine Abrissverfügung bei nur formeller Illegalität zulassen möchte, um jedweden Vorteil des „Schwarzbauers“ gegenüber dem rechtstreuen Bürger, der vor Baubeginn eine Baugenehmigung einholt, zu vermeiden, abzulehnen.⁵⁰ Eine Ausnahme macht die h.M. jedoch in Fällen, in denen mit der auferlegten Beseitigung für den Eigentümer kein irreparabler Schaden, insbesondere kein Substanzverlust, verbunden ist, wie beispielsweise bezüglich leicht abzumontierender Werbeanla-

gen.⁵¹ Hier soll die formelle Rechtswidrigkeit tatbestandlich für den Erlass einer Abrissverfügung genügen, was angesichts der Vergleichbarkeit dieses Falles mit der Nutzungsuntersagung (siehe dazu IV. 2.) durchaus gerechtfertigt ist.⁵²

Bei genehmigungsfreien (sprich verfahrensfreien sowie dem Kenntnissgabeverfahren unterliegenden) Vorhaben,⁵³ die einer behördlichen Erlaubnis gerade nicht bedürfen, kommt es für den Erlass einer Abrissverfügung selbstverständlich allein auf die materielle Illegalität an. Das Fehlen einer Voraussetzung, die das Gesetz gar nicht verlangt (hier: Baugenehmigung), kann folgerichtig auch kein Kriterium für die Zulässigkeit bauaufsichtsrechtlichen Einschreitens sein.

bb) Bestandsschutz

Schwierig wird es, wenn es um die Beseitigung eines Bauwerks geht, das zwar im Zeitpunkt der behördlichen Entscheidung formell und materiell illegal ist, zu einem früheren Zeitpunkt aber dem materiellen Recht entsprochen hat.⁵⁴ In diesem Fall kann die Behörde nicht ohne weiteres die Beseitigung des Bauwerks anordnen. Damit ist das Problem des sog. *passiven*⁵⁵ Bestandsschutzes angesprochen, das nicht nur hinsichtlich der Frage, an welcher Stelle in der Klausur/Hausarbeit die Prüfung zu erfolgen hat,⁵⁶ sondern auch im Übrigen

⁴⁵ Hierzu *Kaiser* (Fn. 5), § 41 Rn. 129. Vgl. auch *Muckel/Ogorek* (Fn. 39), § 9 Rn. 38.

⁴⁶ Vgl. exemplarisch das verringerte Prüfprogramm gem. § 52 Abs. 2 LBO BW.

⁴⁷ Die Anspruchsgrundlagen für die Erteilung der Baugenehmigung in den LBO (z.B. § 58 Abs. 1 S. 1 LBO BW) sind demnach rein deklaratorischer Natur.

⁴⁸ Vgl. *Finkelnburg/Ortloff/Otto* (Fn. 25), S. 172 f.

⁴⁹ Wie hier *Finkelnburg/Ortloff/Otto* (Fn. 25), S. 173. Dies lässt sich zusätzlich auch mit dem Wortlaut z.B. des § 65 S. 1 LBO BW („wenn nicht auf andere Weise rechtmäßige Zustände hergestellt werden können“; sog. Alternativlosigkeit, siehe hierzu unter IV. 1. a) cc) begründen, denn im Falle materieller Legalität besteht die Möglichkeit, rechtmäßige Zustände durch Erteilung einer Baugenehmigung herzustellen.

⁵⁰ Hierzu *Muckel/Ogorek* (Fn. 39), § 9 Rn. 33 ff. m.w.N.

⁵¹ So z.B. OVG Berlin, Beschl. v. 20.6.2012 – 10 S 3.12, Rn. 18 (juris). Jüngst dazu auch *Jäde*, ZfBR 2015, 19 (26) m.w.N.

⁵² So auch *Kaiser* (Fn. 5), § 41 Rn. 131; *Köhler-Rott* (Fn. 12), 15. Kap. Rn. 309.

⁵³ Zu den verschiedenen Verfahrensarten und deren Auswirkungen auf die Tatbestandsvoraussetzungen der Abrissverfügung differenziert *Kaiser* (Fn. 5), § 41 Rn. 128.

⁵⁴ Im Ergebnis spielt es keine Rolle, ob die Anlage auch formell legal war. Insbesondere kann die Baugenehmigung, die mittlerweile ex tunc aufgehoben wurde, keinen Bestandsschutz (mehr) vermitteln. Zu den verschiedenen Konstellationen in diesem Zusammenhang *Lindner*, DÖV 2014, 313 (317 ff.).

⁵⁵ Hiervon zu unterscheiden ist die Figur des *aktiven* Bestandsschutzes. Dieser vermittelt einen Anspruch auf Erteilung einer Baugenehmigung für Erweiterungen oder Neuerrichtungen der baulichen Anlage und wird nur in den sehr strengen Grenzen des einfachen Rechts gewährt (z.B. gem. §§ 34 Abs. 3a, 35 Abs. 4 BauGB). Da dem aktiven, im Gegensatz zum passiven Bestandsschutz, also keine Abwehrfunktion gegenüber Maßnahmen der repressiven Bauaufsicht zukommt, wird er hier nicht näher behandelt. Siehe dazu aber *Decker*, BayVBl. 2011, 517 (518, 526 ff.); *Papier*, in: Maunz/Dürig, Kommentar zum GG, Stand: Juli 2010, Art. 14 Rn. 85 f.

⁵⁶ Der passive Bestandsschutz wird im Gutachten entweder – wie hier – auf Tatbestandsseite im Rahmen der materiellen Illegalität oder auf Rechtsfolgenseite im Ermessen geprüft. Dies hängt davon ab, welche Anknüpfungspunkte die einschlägigen Eingriffsbefugnisse für die Vermittlung passiven Bestandsschutzes liefern, vgl. *Lindner*, DÖV 2014, 313 (315 f.). Auf das Problem des Bestandsschutzes ist in der Klausur/Hausarbeit stets einzugehen, wenn im Sachverhalt

als eines der umstrittensten Probleme des deutschen Baurechts gilt.⁵⁷

Der passive Bestandsschutz verleiht als Ausfluss des Art. 14 Abs. 1 GG die „Befugnis, eine Anlage, die in materiell legaler Eigentumsnutzung geschaffen wurde, auch dann noch halten und nutzen zu dürfen, wenn sie nach inzwischen geänderter Sach- oder Rechtslage materiell illegal geworden ist“⁵⁸. Derartigen „Schutz [...] vor staatlich angeordneten Veränderungen des Bestands“⁵⁹, insbesondere also vor einer Abrissverfügung, genießt ein Bauwerk nach h.M. jedenfalls dann, wenn seine Errichtung zumindest materiell rechtmäßig war.⁶⁰ Zwar tritt eine Mindermeinung⁶¹ der Möglichkeit eines „rein materiellen Bestandsschutzes“ genehmigungsbedürftiger (!) Vorhaben unter Hinweis auf die zu wahrende einfachgesetzliche Genehmigungspflicht entgegen. Hiernach soll ein formell illegales Bauwerk also überhaupt keinen Bestandsschutz genießen können, obgleich es einmal formell und materiell legal war. Diese Auffassung ist jedoch abzulehnen.⁶² Der Bestandsschutz materiell legal errichteter Bauwerke lässt sich in der Mehrzahl der LBO⁶³ bereits dem Tatbestand der jeweils einschlägigen Befugnisnorm⁶⁴ entnehmen,⁶⁵ der die Abrissverfügung (auch) von der Rechtslage zur Zeit der Errichtung des Bauwerks abhängig macht („errichtet [...] wurde“) – und insoweit bei verfassungskonformer Auslegung (Art. 14 Abs. 1 GG) hinsichtlich genehmigungspflichtiger Verfahren „doppelte Illegalität“⁶⁶ fordert. Wird der Bestands-

schutz nicht schon aus dem Tatbestand abgeleitet, ist die anfängliche Genehmigungsfähigkeit als ermessenslenkendes Kriterium zu berücksichtigen (Ermessensreduzierung auf Null).⁶⁷ Spätere Änderungen der rechtlichen oder tatsächlichen Verhältnisse zum Nachteil des legal errichteten Bauwerks lassen dessen Bestand also unberührt.⁶⁸ Eine Abrissverfügung verbietet sich.

Höchst umstritten ist dagegen, ob ein Bauwerk auch dann Bestandsschutz genießt, wenn es lediglich zu irgendeinem Zeitpunkt zwischen Errichtung und Abrissverfügung materiell rechtmäßig war.⁶⁹ Für den Bestandsschutz in derartigen Fällen wird angeführt, die bauliche Anlage erstarke bereits durch die vorübergehende inhaltliche Vereinbarkeit mit den baurechtlichen Vorschriften zu einer schutzwürdigen Eigentumsposition gem. Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG.⁷⁰ Allerdings wird der Eigentumschutz des Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG nur nach Maßgabe des einfachen Rechts gewährt (Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG, sog. normgeprägtes Grundrecht). Insbesondere verbietet sich nach heute h.M. auch ein unmittelbarer Rückgriff auf Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG zur Begründung von Bestandsschutz.⁷¹ Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG fungiert in diesem Zusammenhang vielmehr lediglich als verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab für die einfachgesetzlichen Regelungen, nicht aber als eigenständige Anspruchsgrundlage.⁷² Entscheidend ist mithin, ob das einfache Recht einen Bestandsschutz für nur zwischenzeitlich legale Bauwerke kennt. Dies ist nach sämtlichen LBO zu verneinen, weshalb derartige Bauwerke nach zwar nicht herrschender, aber zutreffender Auffassung grundsätzlich auch nicht in ihrem Bestand geschützt sind.⁷³ Die frühere Genehmigungsfähigkeit kann allenfalls im Rah-

von einer Änderung der Rechts- oder Sachlage nach Errichtung der Anlage bzw. Genehmigungserteilung die Rede ist.

⁵⁷ So ausdrücklich *Lindner*, DÖV 2014, 313.

⁵⁸ *Papier* (Fn. 55), Art. 14 Rn. 84.

⁵⁹ *Lindner*, DÖV 2014, 313.

⁶⁰ Vgl. nur BVerfG NVwZ 2001, 424; OVG Münster, Beschl. v. 3.2.2006 – 7 A 1908/05, Rn. 4 (juris); *Dürr*, Öff. Baurecht, 14. Aufl. 2013, Rn. 279; *Finkelnburg/Ortloff/Otto* (Fn. 25), S. 176; *Köhler-Rott* (Fn. 12), 15. Kap. Rn. 107; *Lindner*, DÖV 2014, 313 (316 ff.); *Papier* (Fn. 55), Art. 14 Rn. 84; *Schoch*, Jura 2005, 178 (181); *Weidemann/Krappel*, NVwZ 2009, 1207 (1209 f.).

⁶¹ So z.B. VGH München BayVBl. 2008, 541 (542); *Decker*, in: Simon/Busse (Hrsg.), Kommentar zur BayBO, Stand: Oktober 2009 Art. 76 Rn. 117 f. m.w.N.

⁶² Ebenso *Weidemann/Krappel*, NVwZ 2009, 1207 (1209 f.), mit differenzierter Begründung und weiteren Nachweisen; vgl. auch die Nachweise in Fn. 60.

⁶³ Anders ist dies in NRW, das keine spezielle Befugnisnorm für Abrissverfügungen kennt, sowie in Niedersachsen und Rheinland-Pfalz, da die jeweiligen Spezialnormen hier weiter gefasst sind (vgl. § 79 Abs. 1 BauO Nds; § 81 S. 1 LBauO RP).

⁶⁴ Vgl. die Normzitate in Fn. 22.

⁶⁵ Ebenfalls auf den Tatbestand abstellend *Schoch*, Jura 2005, 178 (181); vgl. auch *Finkelnburg/Ortloff/Otto* (Fn. 25), S. 177.

⁶⁶ Zum Erfordernis doppelter, sprich formeller und materieller Illegalität bei Errichtung der Anlage *Lindner*, DÖV 2014, 313 (322); siehe auch *Decker*, BayVBl. 2011, 517 (524). A.A. *Aichele/Herr*, NVwZ 2003, 415 (417 f.).

⁶⁷ Ähnlich geht *Lindner* (DÖV 2014, 313 [322]) davon aus, dass eine Abrissverfügung in derartigen Fällen „regelmäßig ermessensfehlerhaft“ sei; siehe auch *Aichele/Herr*, NVwZ 2003, 415 (417 ff.), die den Bestandsschutz aber i.E. ablehnen, sofern das Bauwerk nur materiell, nicht aber formell legal errichtet wurde.

⁶⁸ Vgl. *Dürr* (Fn. 60), Rn. 279. Der Bestandsschutz endet mit dem Abbruch, der Zerstörung, unbehebbarer Bauauffälligkeit oder Nutzungsaufgabe des Bauwerks, siehe *Böhm*, JA 2013, 481 (483); *Decker*, BayVBl. 2011, 517 (529).

⁶⁹ Hierzu *Finkelnburg/Ortloff/Otto* (Fn. 25), S. 177 f.; *Schoch*, Jura 2005, 178 (182). Zu weiteren problematischen Fallkonstellationen *Lindner*, DÖV 2014, 313 (316 ff.).

⁷⁰ So *Grotefels* (Fn. 37), § 16 Rn. 90; zum gleichen Ergebnis, aber mit anderer Argumentation (nämlich über den Vertrauensschutz), kommt *Kaiser* (Fn. 5), § 41 Rn. 132 ff., 134. Ohne Begründung ebenso *Hellhammer-Hawig*, in: Schönenbroicher/Kamp (Hrsg.), BauO NRW, 2012, § 75 Rn. 92.

⁷¹ BVerwGE 84, 322 (334 f.); 88, 191 (203 f.); 106, 228 (233 f.); *Finkelnburg/Ortloff/Otto* (Fn. 25), S. 174 ff.; *Lindner*, DÖV 2014, 313 (315).

⁷² BVerwGE 106, 228; vgl. auch *Papier* (Fn. 55), Art. 14 Rn. 86.

⁷³ *Brenner* (Fn. 20), Rn. 817; *Dürr* (Fn. 60), Rn. 279; *Lindner*, DÖV 2014, 313 (322); *Schoch*, Jura 2005, 178 (182).

men des Ermessens Berücksichtigung finden.⁷⁴ Bejaht man dagegen – mit der wohl noch h.M.⁷⁵ – den tatbestandlichen Bestandsschutz auch bei rein zwischenzeitlicher Legalität, stellt sich die (ebenfalls streitige) Frage, über welchen Zeitraum sich die Übereinstimmung des Bauvorhabens mit dem materiellen Recht erstreckt haben muss. Die materielle Legalität für eine „logische Sekunde“ oder einen nur unerheblichen Zeitraum kann mangels Schutzwürdigkeit des Eigentümers nicht ausreichen, um Bestandsschutz zu begründen.⁷⁶ Herrschend ist daher mit Recht die Auffassung, der baurechtmäßige Zustand müsse – entsprechend dem Rechtsgedanken des § 75 S. 2 VwGO – zumindest drei Monate betragen haben.⁷⁷

cc) *Fehlende Legalisierungsmöglichkeit (Alternativlosigkeit)*

Der Erlass einer Abrissverfügung setzt ferner materiellrechtlich voraus, dass rechtmäßige Zustände auf andere Weise als durch den Abriss nicht hergestellt werden können.⁷⁸ In der Sache geht es dabei um eine Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes: Besteht die Möglichkeit seiner Legalisierung, ist die Beseitigung des Baus nicht erforderlich und wäre eine Abrissverfügung daher unverhältnismäßig. Dies ist etwa der Fall, wenn ein Verstoß gegen das materielle Baurecht durch die Gewährung einer Ausnahme, Abweichung oder Befreiung,⁷⁹ die Anordnung von Auflagen⁸⁰ oder die

Aufstellung eines Bebauungsplans⁸¹ beseitigt werden kann, wobei Letzteres zumindest eine konkrete Planungsabsicht der Gemeinde voraussetzt.⁸²

b) *Ermessen*

Sind die beschriebenen Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt, liegt die Entscheidung über ein staatliches Einschreiten – wie stets im Polizeirecht – im pflichtgemäßen Ermessen der Behörde.⁸³ Dieses umfasst die Fragen, „ob“ und „wie“ eingeschritten wird (Entschließungs- und Auswahlermessen), wobei sich das „Wie“ wiederum sowohl auf die Mittel als auch den Adressaten der Maßnahme bezieht. Bei der Ausübung ihres Ermessens ist die Behörde an die allgemeinen Direktiven der Ermessensfehlerlehre⁸⁴ gebunden: Sie muss ihr Ermessen also zunächst überhaupt betätigen, es ferner entsprechend dem Zweck der Ermächtigung ausüben und sich im Rahmen der gesetzlichen Ermessensgrenzen halten. Die Anforderungen an die Ermessensbetätigung sind dabei aber zum Teil stark reduziert, da es sich nach h.M. bei der Entscheidung über die Abrissverfügung um einen Fall des sog. intendierten Ermessens handelt.⁸⁵ Folglich muss die Behörde im Regelfall von der gesetzlich vorgesehenen Rechtsfolge Gebrauch machen, um der Intention des Gesetzgebers zu entsprechen. Obschon das Ermessen somit eingeschränkt ist, sind die äußeren Ermessensgrenzen, die sich aus dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit und dem Gleichbehandlungsgrundsatz ergeben, von besonderer Bedeutung für den Erlass einer Abrissverfügung.⁸⁶

aa) *Verhältnismäßigkeit*

Nach dem Verhältnismäßigkeitsprinzip⁸⁷ muss jeder staatliche Eingriff, sprich auch die Abrissverfügung, einen legitimen Zweck verfolgen sowie geeignet, erforderlich und angemessen sein.⁸⁸ Da die Abrissverfügung der Herstellung baurechtmäßiger Zustände dient, ergeben sich hinsichtlich des legitimen Zwecks der Maßnahme sowie ihrer Geeignetheit

⁷⁴ Lindner (DÖV 2014, 313 [322]), geht dabei davon aus, dass eine Abrissverfügung in derartigen Fällen *in der Regel* ermessensfehlerhaft sei, da auch das nur temporär materiell legale Bauwerk vorübergehend den Schutz des Art. 14 Abs. 1 GG genieße. Dies überzeugt jedoch zumindest bei nur geringfügigen Zeiträumen zwischenzeitlicher materieller Legalität nicht. Immerhin ist der Eigentümer einer rechtswidrig errichteten Anlage grundsätzlich nicht schutzwürdig, weshalb das Interesse an der Herstellung baurechtmäßiger Zustände (Art. 20 Abs. 3 GG) hier in der Regel das Eigentümerinteresse überwiegt. Zum – intendierten – Ermessen der Bauaufsichtsbehörde siehe V. 1. b). Etwas anderes kann nur gelten, wenn ausnahmsweise doch schutzwürdiges Vertrauen besteht, was insbesondere die zwischenzeitliche materielle Legalität über einen erheblichen Zeitraum voraussetzt; siehe dazu sogleich im Text sowie die Nachweise in Fn. 76 f.

⁷⁵ Vgl. nur BVerfG NVwZ 2001, 424; OVG Münster, Beschl. v. 3.2.2006 – 7 A 1908/05, Rn. 4 (juris); Böhm, JA 2013, 481 (483 u. 484); Papier (Fn. 55), Art. 14 Rn. 84; Stollmann (Fn. 30), § 19 Rn. 25; siehe auch die Nachweise in Fn. 70.

⁷⁶ Finkelnburg/Orloff/Otto (Fn. 25), S. 178.

⁷⁷ BVerwG NJW 1971, 1624; Böhm, JA 2013, 481 (483); Grotefels (Fn. 37), § 16 Rn. 90.

⁷⁸ Vgl. die Nachweise in Fn. 22.

⁷⁹ Z.B. gem. § 56 LBO BW oder § 31 BauGB. Es ist aber zu beachten, dass die materiellen Voraussetzungen für die Legalisierungsmaßnahme auch tatsächlich erfüllt sein müssen. D.h. dass eine Befreiung z.B. nach § 31 Abs. 2 BauGB nicht schon deshalb in Betracht kommt, weil der Abriss des „Schwarzbaus“ unzumutbar erscheint. Vielmehr kommt es für die Erteilung einer Befreiung darauf an, ob es ex ante eine

unbillige Härte bedeutet hätte, den Bau überhaupt nicht zuzulassen, siehe Finkelnburg/Orloff/Otto (Fn. 25), S. 182.

⁸⁰ Vgl. VGH Mannheim VBIBW 2004, 263; Dürr (Fn. 60), Rn. 279.

⁸¹ Vgl. VGH Mannheim BauR 1989, 193, der diese Möglichkeit aber grundsätzlich „fernliegend“ nennt. Denkbar ist auch der Erlass einer Außenbereichssatzung gem. § 35 Abs. 6 BauGB.

⁸² Vgl. VGH Mannheim VBIBW 2004, 263.

⁸³ Vgl. die Nachweise in Fn. 22.

⁸⁴ Vgl. § 40 S. 1 LVwVfG (bzw. – bei entsprechendem Verweis – Bundes-VwVfG); § 73 LVwG SH.

⁸⁵ Vgl. Muckel/Ogorek (Fn. 39), § 9 Rn. 42; Schoch, Jura 2005, 178 (182).

⁸⁶ So auch Grotefels (Fn. 37), § 16 Rn. 95; Schoch, Jura 2005, 178 (182).

⁸⁷ Vgl. z.B. § 5 PolG BW (analog), im Übrigen Art. 14 Abs. 1 S. 1, 20 Abs. 3 GG.

⁸⁸ Ausführlich hierzu Sachs, in: Sachs (Hrsg.), Kommentar zum GG, 7. Aufl. 2014, Art. 20 Rn. 145 ff.

heit keine Probleme. Häufig wird aber fraglich sein, ob die Beseitigung auch erforderlich ist, es also kein milderes, gleich geeignetes Mittel zur Herstellung baurechtmäßiger Zustände gibt.⁸⁹ Als ein solches kommt insbesondere die Nutzungsuntersagung oder die Genehmigung mit (ggf. strengen) Nebenbestimmungen in Betracht. Milderes Mittel im Verhältnis zum vollständigen Abriss ist ein Teilabriss.

Im Rahmen der Prüfung der Angemessenheit der Abrissverfügung ist eine Güterabwägung vorzunehmen zwischen der Schwere und Tragweite des Grundrechtseingriffs einerseits und der Bedeutung des mit der Verfügung verfolgten Zwecks andererseits. Da die Abrissverfügung regelmäßig zu einer Substanzvernichtung führt, stellt sie den massivsten Eingriff in das Eigentum dar.⁹⁰ Allerdings missbilligen sowohl das Eigentumsgrundrecht als auch die die Baufreiheit beschränkenden einfachen Gesetze das rechtswidrige Bauen. Diese strikten Vorgaben des Baurechts dürfen durch die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nicht unterlaufen werden, weshalb die Angemessenheit der Abrissverfügung im Regelfall trotz der Schwere des Eigentumseingriffs zu bejahen ist.⁹¹ Vor allem kommt es für die Frage der Angemessenheit grundsätzlich nicht auf die Folgen des Abrisses für den Betroffenen an⁹² und stellt insbesondere auch ein hoher wirtschaftlicher Schaden keine rechtliche Schranke für das behördliche Abrissverlangen dar.⁹³ Andernfalls würde der Bauherr, der in besonders großem Stil „am Baurecht vorbei“ baut, gar privilegiert. Ausnahmen werden insoweit allenfalls bei ganz marginalen Rechtsverstößen anerkannt, wobei jedoch die Kasuistik nicht immer einheitlich ist.⁹⁴

bb) Allgemeiner Gleichheitssatz

Besondere Ermessensdirektive bei einer Mehrzahl illegaler Bauwerke ist der allgemeine Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG). Danach verbietet sich – unter einer gewissen „Aufwei-

⁸⁹ Trotz Überschneidungen systematisch klar voneinander zu trennen sind das Erforderlichkeitsgebot im Rahmen des Ermessens sowie dasjenige auf Tatbestandsseite (Stichwort: „Alternativlosigkeit“), ähnlich *Schoch*, Jura 2005, 178 (183). Letzteres sucht nach Möglichkeiten, die Anlage als solche mit den öffentlich-rechtlichen Vorschriften in Einklang zu bringen; Ersteres kommt dagegen zum Tragen, wenn eine derartige Möglichkeit gerade nicht besteht und dient der Minimierung des tatbestandlich zulässigen staatlichen Eingriffs auf Rechtsfolgenseite.

⁹⁰ So auch *Finkelnburg/Ortloff/Otto* (Fn. 25), S. 183.

⁹¹ Ebenso *Schoch*, Jura 2005, 178 (183).

⁹² Dazu *Finkelnburg/Ortloff/Otto* (Fn. 25), S. 183 f.; *Jäde*, ZfBR 2015, 19 (26); *Stollmann* (Fn. 30), § 19 Rn. 33.

⁹³ Vgl. etwa VGH München BayVBl. 1981, 89; OVG Berlin LKV 2002, 184 (185); *Finkelnburg/Ortloff/Otto* (Fn. 25), S. 184; *Schoch*, Jura 2005, 178 (183).

⁹⁴ So wurde z.B. die Anordnung der kostspieligen Rückversetzung einer Außenwand um wenige Zentimeter als unangemessen behandelt (OVG Lüneburg BauR 1984, 277), wohingegen die Anordnung der Reduzierung einer Wandhöhe um 15 Zentimeter trotz erheblicher Kosten angemessen sein soll (VGH München BayVBl. 2011, 500).

chung“ des Grundsatzes „keine Gleichheit im Unrecht“⁹⁵ – jeder willkürliche, also unsachgemäße Umgang mit vergleichbaren Sachverhalten durch die Behörde.⁹⁶ In der Konsequenz ist eine Abrissverfügung ermessensfehlerhaft, ergo rechtswidrig, wenn die Behörde in vergleichbaren Fällen ohne sachlichen Grund nicht den Abbruch verlangt hat. Der Gleichheitssatz führt insofern also zur „Selbstbindung der Verwaltung“.⁹⁷

Trotz der Verpflichtung zur Gleichbehandlung vergleichbarer Fälle muss jedoch nicht gegen sämtliche baurechtswidrige Bauwerke „gleichzeitig und schlagartig“⁹⁸ vorgegangen werden. Die Behörde darf sich vielmehr auf die Regelung von Einzelfällen beschränken, sofern sie hierfür sachliche Gründe anführen kann.⁹⁹ Sachliche Gründe für ein differenziertes Vorgehen können etwa das unterschiedliche Alter der Gebäude, ihre Lage, Größe oder die Schwere der von ihnen ausgehenden Gefahr sein.¹⁰⁰ Auch Kapazitätsgründe (z.B. Personalengpässe in der Behörde) erlauben nach der Rechtsprechung ein schrittweises Vorgehen der Behörde.¹⁰¹ Einer Abrissverfügung kann im Ergebnis also nur dann erfolgreich die Untätigkeit der Behörde in vergleichbaren Fällen entgegengehalten werden, „wenn es nach der Art des behördlichen Einschreitens an jedem System [für die Ungleichbehandlung] fehlt“¹⁰². Eine derartige Systemwidrigkeit ist etwa zu bejahen, wenn parallel zur Abrissverfügung der Bau eines in jeder Hinsicht vergleichbaren Vorhabens genehmigt wird.¹⁰³

cc) Verwirkung (Treu und Glauben)

Die Behörde darf sich im Rahmen ihrer Ermessensausübung also unter Umständen dazu entschließen, gegen einen baurechtswidrigen Zustand nicht vorzugehen. Gleichwohl ist aus ihrer Sicht insoweit Vorsicht geboten:¹⁰⁴ Bleibt die Behörde trotz Kenntnis des rechtswidrigen Bauvorhabens nämlich jahrelang untätig und erweckt sie zudem durch positives Verhalten den Eindruck, sie habe sich mit dem Gebäude abgefunden, kann eine sog. qualifizierte Duldung vorliegen, die ggf. den späteren Erlass einer Abrissverfügung unter dem

⁹⁵ *Muckel/Ogorek* (Fn. 39), § 9 Rn. 43.

⁹⁶ Hierzu VGH Kassel BRS 62 Nr. 209; *Finkelnburg/Ortloff/Otto* (Fn. 25), S. 184.

⁹⁷ Dazu *Stollmann* (Fn. 30), § 19 Rn. 34. Die Selbstbindung scheidet aus, wenn es an der Vergleichbarkeit der Fälle fehlt. Nicht vergleichbar sind zwei illegale Bauten etwa dann, wenn eines der Gebäude aufgrund von Bestandsschutz nicht abgerissen werden darf, hierzu *Finkelnburg/Ortloff/Otto* (Fn. 25), S. 185.

⁹⁸ *Dürr* (Fn. 60), Rn. 281.

⁹⁹ BVerwG DÖV 1992, 748; BVerwG BauR 1999, 734.

¹⁰⁰ Das BVerwG hat etwa die unterschiedliche Behandlung von festen Wochenendhäusern und Wohnwagen anerkannt, vgl. BVerwG NVwZ 1988, 144.

¹⁰¹ Hierzu *Finkelnburg/Ortloff/Otto* (Fn. 25), S. 185.

¹⁰² So zuletzt BVerwG, Beschl. v. 24.7.2014 – 4 B 34.14 (juris), m. Anm. von *Thiel*, IBR 2015, 38.

¹⁰³ So OVG Schleswig-Holstein, Urt. v. 4.5.1994 – 1 L 82/93 (juris).

¹⁰⁴ Vgl. *Muckel/Ogorek* (Fn. 39), § 9 Rn. 43.

Gesichtspunkt der Verwirkung¹⁰⁵ verbietet.¹⁰⁶ Da es hierbei letztlich auch um eine Frage von Vertrauensschutz geht, muss aber hinzukommen, dass der Eigentümer einen Vertrauensstatbestand geschaffen, sprich im Vertrauen auf den Bestand seines Eigentums nicht unerhebliche und nur schwer rückgängig zu machende Vermögensdispositionen getroffen hat.¹⁰⁷

Im Schrifttum wird die Möglichkeit der Verwirkung behördlicher Eingriffsbefugnisse vielfach generell abgelehnt mit der Begründung, es handle sich bei der Eingriffsbefugnis im öffentlichen Interesse nicht um ein disponibles Rechtsgut; zudem sei das Vertrauen des „Schwarzbauers“ nicht schutzwürdig.¹⁰⁸ Diese Auffassung verkennt jedoch, dass die Figur der Verwirkung aus dem gewohnheitsrechtlich anerkannten, auch im öffentlichen Recht Geltung beanspruchenden Rechtsgrundsatz von Treu und Glauben folgt und damit gemäß dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) das Handeln von Hoheitsträgern umfassend bindet.¹⁰⁹ Jedenfalls anerkannt ist die ausdrückliche Erklärung der Behörde, ein illegales Bauvorhaben vorübergehend zu dulden. In Betracht kommt etwa die Duldung eines „Schwarzbaus“ auf Lebenszeit des betagten Eigentümers. Das spätere Einschreiten soll damit allerdings nicht unmöglich werden.¹¹⁰

dd) Adressat der Verfügung

Adressat der bauordnungsrechtlichen Anordnung ist der für den baurechtswidrigen Zustand Verantwortliche – das heißt in erster Linie der Bauherr –, wobei der Behörde bei mehreren Verantwortlichen ein Auswahlermessen zusteht.¹¹¹ Dies bedeutet zugleich, dass die Behörde nicht verpflichtet ist, die Abrissverfügung gegen sämtliche Störer, etwa sämtliche Miteigentümer eines Gebäudes, zu richten. Folglich berührt der Umstand, dass der Adressat nicht allein verfügungsbe-rechtigt ist, die Rechtmäßigkeit der Abrissverfügung nicht. Allerdings kann die Behörde ihre Verfügung nur dann im Wege des Verwaltungszwanges durchsetzen, wenn sie auch

gegen die übrigen Mitberechtigten des Gebäudes eine Abrissverfügung oder zumindest eine sog. Duldungsverfügung erlässt.¹¹²

Da die Abrissverfügung ein objektbezogener (dinglicher), kein personenbezogener Verwaltungsakt ist, ist ihre Rechtmäßigkeit von der Person des jeweiligen Eigentümers unabhängig. Die Abrissverfügung wirkt also auch gegenüber dem vertraglichen oder gesetzlichen Rechtsnachfolger (z.B. Erben) unmittelbar.¹¹³

Hinweis: In *Fall 3* sind die Tatbestandsvoraussetzungen der Abrissverfügung nicht erfüllt, da die Lagerhalle des E materiell legal ist. Das Vorhaben kann demnach mittels Baugenehmigung legalisiert werden. Auch darf von der Voraussetzung der materiellen Illegalität des Baus nicht ausnahmsweise abgewichen werden, da der Abruch der Lagerhalle einen Substanzverlust des E begründen würde. B darf somit keine Abrissverfügung erlassen.

Hinweis: Auch in *Fall 4* darf die B (zumindest derzeit) keine Abrissverfügung erlassen. Zwar ist das Wohnhaus des E materiell illegal. Allerdings entfaltet die erteilte Baugenehmigung Legalisierungswirkung. Diese erstreckt sich auch auf den Verstoß des Wohnhauses gegen § 35 Abs. 2 i.V.m. Abs. 3 Nr. 5 BauGB, der von B im Rahmen des Genehmigungsverfahrens zu prüfen war.¹¹⁴ Somit verlangt eine Abrissverfügung seitens B die vorherige Rücknahme der Baugenehmigung gem. § 48 Abs. 1 S. 2 i.V.m. Abs. 2-4 LVwVfG.

Hinweis: Die Abrissverfügung in *Fall 5* ist trotz Bau-rechtswidrigkeit des Wohnhauses des E rechtswidrig. Zwar genießt das Bauwerk keinen Bestandsschutz, da es an der insoweit erforderlichen legalen Errichtung fehlt. Die B hat ihre Befugnis, repressiv gegen das Haus vorzu-gehen, aber verwirkt. Durch den Abriss zweier Nachbar-häuser und ihre langjährige Untätigkeit gegenüber E hat B

¹⁰⁵ So auch VGH Mannheim VBIBW 2011, 28; *Dürr* (Fn. 60), Rn. 282. Die rechtsdogmatische Einordnung der Duldung ist dabei streitig, hierzu *Muckel/Ogorek* (Fn. 39), § 9 Rn. 43. Es ist auch vertretbar, die Duldung erst im Rahmen des Ermessens zu berücksichtigen, so etwa OVG Koblenz DVBl. 2012, 1185.

¹⁰⁶ Vgl. OVG Koblenz DVBl. 2012, 1185; *Muckel/Ogorek* (Fn. 39), § 9 Rn. 43.

¹⁰⁷ Siehe VGH Mannheim VBIBW 2011, 28; *Dürr* (Fn. 60), Rn. 282; *Muckel/Ogorek* (Fn. 39), § 9 Rn. 43.

¹⁰⁸ In diesem Sinne z.B. *Brenner* (Fn. 20), Rn. 829; *Finkelnburg/Ortloff/Otto* (Fn. 25), S. 187 f.; *Schoch*, Jura 2005, 178 (184); *Stollmann* (Fn. 30), § 19 Rn. 39; zu polizei- und ordnungsrechtlichen Eingriffsbefugnissen VGH Mannheim NVwZ-RR 2008, 696.

¹⁰⁹ So z.B. auch *Dürr* (Fn. 60), Rn. 282.

¹¹⁰ Vgl. VGH Mannheim NJW 1984, 319 (320); *Finkelnburg/Ortloff/Otto* ([Fn. 25], S. 186), die darauf hinweisen, dass der Bauherr eines bestandsgeschützten „Schwarzbaus“ für die Dauer des Bestands einen Anspruch auf Duldung hat.

¹¹¹ Siehe *Grotefels* (Fn. 37), § 16 Rn. 101.

¹¹² Vgl. *Schoch*, Jura 2005, 178 (185). Die sog. Duldungsverfügung ist in den meisten Bundesländern – anders als die Abrissverfügung – auf die bauordnungsrechtliche Generaler-mächtigung zu stützen. Zur Duldungsverfügung ausführlich *Köhler-Rott* (Fn. 12), Kap. 15 Rn. 64 ff.

¹¹³ So auch *Dürr* (Fn. 60), Rn. 284; *Grotefels* (Fn. 37), § 16 Rn. 101; krit. soweit es an einer ausdrücklichen Regelung in den LBO fehlt *Schoch*, Jura 2005, 178 (185). Ausdrücklich geregelt wird die Fortgeltung der bauaufsichtlichen Maß-nahme im Fall der Rechtsnachfolge in § 58 Abs. 3 ThürBO; § 59 Abs. 4 LBO SH; § 52 Abs. 5 BbgBO; § 58 Abs. 5 BremBO; § 58 Abs. 2 HbgBauO; § 53 Abs. 5 HessBO; § 58 Abs. 2 LBauO M-V; § 79 Abs. 1 S. 5 NdsBauO; § 81 S. 2 LBauO RP; § 57 Abs. 5 LBO Saarl; § 58 Abs. 3 SächsBO; § 57 Abs. 3 BauO LSA.

¹¹⁴ Vgl. zum in einigen Bundesländern verringerten Prüfpro-gramm, das aber in jedem Fall die §§ 29 ff. BauGB (bei ge-nehmigungspflichtigen Vorhaben das gesamte Bauplanungs-recht) einschließt *Kaiser* (Fn. 5), § 41 Rn. 35 ff. (siehe auch Rn. 114). Exemplarisch auch § 58 Abs. 1 S. 2 LBO BW.

nämlich den Eindruck erweckt, sich mit dem Wohnhaus des E abgefunden zu haben. Überdies hat E mit seinen Investitionen einen schutzwürdigen Vertrauenstatbestand geschaffen.

2. Nutzungsuntersagung

Fall 6: Die Eigentümerin einer als Bürogebäude mit Gewerbeeinheiten genehmigten Anlage vermietet eine der Gewerbeeinheiten zu Wohnzwecken an M. Dies ist zwar materiell legal, nach einer spontanen „Stippvisite“ untersagt die Bauaufsichtsbehörde (B) der M aber dennoch die Nutzung der Gewerbeeinheit als Wohnung mangels erforderlicher Genehmigung. Kann M gerichtlich gegen diesen Bescheid vorgehen?¹¹⁵

Steht die Nutzung eines Bauwerks bzw. eines nicht bebauten Grundstücks im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften, kann die Bauaufsichtsbehörde diese untersagen.¹¹⁶ Hierbei geht es folglich nicht um die Beseitigung einer Anlage, sondern um ein Unterlassen.¹¹⁷ Da dies mit wesentlich geringerem Aufwand möglich ist, ergeben sich einige rechtliche Besonderheiten im Umgang mit der Nutzungsuntersagung, die es zu beachten gilt. Im Übrigen unterliegt die Nutzungsuntersagung den gleichen Voraussetzungen wie die Abrissverfügung, sodass obige Ausführungen insoweit entsprechend gelten.

a) Tatbestandsvoraussetzungen

Ähnlich der Abrissverfügung ist auch hinsichtlich der tatbestandlichen Voraussetzungen der Nutzungsuntersagung zunächst danach zu unterscheiden, ob das fragliche Vorhaben genehmigungspflichtig oder genehmigungsfrei ist. Im Fall eines genehmigungsfreien Vorhabens reicht die materielle Illegalität der Nutzung für das bauaufsichtliche Einschreiten selbstverständlich aus.

Anders als bei der Abrissverfügung ist demgegenüber hoch umstritten, ob die Untersagung einer genehmigungsbedürftigen Nutzung neben der formellen auch ihre materielle Illegalität voraussetzt. Nach h.M. genügt formelle Baurechtswidrigkeit.¹¹⁸ Die Gegenauffassung verlangt sowohl formelle als auch materielle Illegalität und begründet dies mit der hohen wirtschaftlichen Bedeutung der Nutzung für den Eigentümer (Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG).¹¹⁹ Diese Ansicht verkennt jedoch, dass die Nutzungsuntersagung anders als die Abrissverfügung keine irreversiblen Fakten schafft. Vielmehr kann

die Nutzungsuntersagung rückgängig gemacht werden, sollte sich herausstellen, dass die Nutzung dem materiellen Baurecht nicht zuwiderläuft. Folglich besteht grundsätzlich kein Bedürfnis, die strengen Voraussetzungen der Abrissverfügung auf die Nutzungsuntersagung zu übertragen, weshalb die formelle Illegalität im Regelfall für ihren Erlass genügt.¹²⁰ Diese Auslegung verleiht überdies der gesetzlich vorgeschriebenen Präventivkontrolle Geltung und vermeidet nicht gerechtfertigte Nutzungsvorteile des „Schwarznutzers“ gegenüber demjenigen, der ordnungsgemäß das Genehmigungsverfahren betreibt (Art. 3 Abs. 1 GG).¹²¹

Lediglich ausnahmsweise kann es der Behörde verwehrt sein, eine Nutzungsuntersagung allein aufgrund formeller Illegalität zu erlassen. Dies ist insbesondere der Fall, wenn durch die Nutzungsuntersagung ein unverhältnismäßiger Schaden beim Betroffenen einträte, z.B. ein Geschäftsbetrieb dauerhaft eingestellt werden müsste oder Wohnungslosigkeit des Betroffenen die Folge wäre.¹²² In derartigen Fällen verlangt die Eigentumsgarantie eine grundrechtskonforme Auslegung der Tatbestandsvoraussetzung der Nutzungsuntersagung, sodass hier neben der formellen Illegalität ausnahmsweise auch materielle Illegalität zu verlangen ist. Die offensichtliche materielle Baurechtmäßigkeit ist dagegen nach zutreffender Auffassung zum Zwecke interessengerechter Lösungen erst im Rahmen des Ermessens zu berücksichtigen.¹²³

Da die Figur des passiven Bestandsschutzes neben dem Bestand des Bauwerks grundsätzlich auch dessen Nutzung schützt,¹²⁴ stellt sich an dieser Stelle erneut die Frage, in welchen Fällen der (Nutzungs)Bestandsschutz greift. Die

¹²⁰ Dieses Ergebnis wird nach den meisten LBO sowohl durch die grammatikalische als auch die systematische Auslegung der Spezialbefugnisnormen gedeckt, denn hiernach wird für eine Nutzungsuntersagung anders als für die Abrissverfügung tatbestandlich keine „Alternativlosigkeit“ (siehe hierzu oben IV. 1. a) cc) gefordert. Anders in NRW (mangels Spezialnorm) und Rheinland-Pfalz (vgl. § 81 S. 1 LBauO RP).

¹²¹ So treffend VGH Mannheim BauR 2007, 1217; in diesem Sinne auch *Schoch*, Jura 2005, 178 (180).

¹²² Vgl. VGH München NVwZ-RR 2006, 754. Zum Teil werden die genannten Fallgruppen auch erst im Rahmen des Ermessens berücksichtigt, so z.B. *Lindner*, DÖV 2014, 313 (321).

¹²³ In diesem Sinne OVG Saarlouis NVwZ 1985, 122 (123); VG Freiburg VBIBW 2013, 225 (226 f.); *Jäde* (Fn. 118), Rn. 267; *Schoch*, Jura 2005, 178 (180). Für den „vermittelnden“ Ansatz, im Falle evidenter materieller Legalität ausnahmsweise bereits das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen zu verneinen, dagegen VGH München NVwZ-RR 2006, 754 (755); vgl. auch VGH Mannheim BauR 2007, 1217. Überzeugend ist dies nicht, da es auch bei nur formeller Legalität im Einzelfall (etwa bei der Weigerung des Bauherrn einen Bauantrag zu stellen) gerechtfertigt sein kann, ggf. eine vorläufige (!) Nutzungsuntersagung zu erlassen.

¹²⁴ H.M., vgl. nur *Decker*, BayVBl. 2011, 517 (517 f., 528); *Lindner*, DÖV 2014, 313 f.

¹¹⁵ Fall nach VGH München NVwZ-RR 2006, 754.

¹¹⁶ Vgl. Nachweise in Fn. 23.

¹¹⁷ So bereits *Finkelnburg/Ortloff/Otto* (Fn. 25), S. 197.

¹¹⁸ Vgl. nur VGH München BayVBl. 1980, 246; VGH Kassel DÖV 2002, 957; OVG Münster NVwZ-RR 2003, 482; *Jäde*, Bauaufsichtliche Maßnahmen, 4. Aufl. 2012, Rn. 264 ff.; *Schoch*, Jura 2005, 178 (180).

¹¹⁹ So etwa VGH Mannheim DÖV 1996, 750; VGH Mannheim BauR 1985, 537; *Finkelnburg/Ortloff/Otto* (Fn. 25), S. 198.

Ausführungen zur Abrissverfügung können insoweit nicht ohne weiteres auf die Nutzungsuntersagung übertragen werden.¹²⁵ Schließlich stellen die Spezialnormen der Landesbauordnungen betreffend die Nutzungsuntersagung nach ihrem Wortlaut – im Unterschied zu den entsprechenden Normen der Abrissverfügung – tatbestandlich gerade nicht auf den Zeitpunkt der Errichtung bzw. Nutzungsaufnahme ab. Jene haben vielmehr ausschließlich die derzeitige Nutzung im Blick, sprich lassen die aktuelle (auch nur formelle) Baurechtswidrigkeit für eine behördliche Untersagung genügen. Da Bestandsschutz wie erwähnt nur nach Maßgabe des einfachen Rechts gewährleistet wird, kann der Aspekt der vormaligen Legalität bei der Nutzungsuntersagung somit allenfalls im Rahmen der Ermessensausübung berücksichtigt werden.¹²⁶ In diesem Zusammenhang ist zudem zu beachten, dass der gegebenenfalls begründete Bestandsschutz nur die Fortführung der zunächst legal ausgeübten Nutzung deckt, nicht aber die Nutzungsänderung.¹²⁷ Eine Nutzungsuntersagung kann daher nur dann ermessensfehlerhaft sein, wenn die Nutzung, die bei ihrer Aufnahme zumindest materiell legal war, auch noch nach der Rechtsänderung unverändert fortbesteht.¹²⁸

b) Ermessen

Auch die Entscheidung für oder gegen die Nutzungsuntersagung liegt im pflichtgemäßen Ermessen der Behörde. Wie im Fall der Abrissverfügung geht die Rechtsprechung davon aus, dass bei (hier: nur formeller) Illegalität im Regelfall eine Nutzungsuntersagung zu erlassen ist.¹²⁹

Von praktischer Bedeutung ist auch in diesem Zusammenhang der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Die Nutzungsuntersagung darf insbesondere nur so weit gehen, wie dies zur Beseitigung des rechtswidrigen Zustands erforderlich und angemessen ist. Nicht erforderlich ist die Maßnahme, wenn ein milderes, gleich geeignetes Mittel, beispielsweise eine bloße Nutzungsbeschränkung, in Betracht kommt.¹³⁰ So ist vor allem auch die dauerhafte (endgültige) Nutzungsuntersagung ermessensfehlerhaft, wenn die konkrete Nutzung, die allein aufgrund ihrer formellen Illegalität verboten wird,

offensichtlich materiell-rechtlich nicht zu beanstanden ist.¹³¹ Eine derart offenkundige Legalisierungsmöglichkeit des Vorhabens lässt häufig bereits die Erforderlichkeit der Nutzungsuntersagung, jedenfalls aber das schutzwürdige öffentliche Interesse an der Nutzungsuntersagung entfallen. Ferner ist diese – wie erwähnt – unangemessen im Falle von (offensichtlichem) Bestandsschutz.¹³² Im Rahmen des Ermessens wird die materielle Rechtslage also durchaus auch dann in den Blick genommen, wenn sie nicht als Tatbestandserfordernis für die Nutzungsuntersagung relevant wurde.

Hinweis: M kann in *Fall 6* (in den meisten Ländern allerdings erst nach erfolglos durchgeführtem Widerspruchsverfahren) mittels Anfechtungsklage gegen die Nutzungsuntersagung vorgehen. Zwar ist die Nutzung der als Büro genehmigten Gewerbeinheit als Wohnung formell illegal und kann die Behörde die Nutzung von Anlagen nach der einschlägigen Norm grundsätzlich untersagen, wenn sie öffentlich-rechtlichen Vorschriften widerspricht. Im Fall einer Nutzungsuntersagung gegenüber dem Bewohner von Wohnraum, der für diesen den alleinigen Mittelpunkt seiner privaten Existenz bildet, ist diese Voraussetzung bei grundrechtskonformer Auslegung aber ausnahmsweise nur erfüllt, wenn die Wohnnutzung (auch) materiell rechtswidrig ist. Dies ist hier nicht der Fall. Die Nutzungsuntersagung ist daher rechtswidrig und verletzt M in ihrem Besitzrecht aus Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG.

3. Baueinstellung

Ist die Errichtung eines illegalen Bauwerks noch nicht abgeschlossen, hat die Behörde die Möglichkeit zum Erlass einer Baueinstellungsverfügung. Mit dieser wird die Ausführung eines illegalen Bauvorhabens untersagt.¹³³ Ein derart frühzeitiges Einschreiten verhindert, dass nach Abschluss der Bauarbeiten mit der wesentlich intensiver in die Grundrechte des Bauherrn eingreifenden und schwerer durchsetzbaren Abrissverfügung auf den Rechtsverstoß reagiert werden muss und liegt somit im öffentlichen Interesse.¹³⁴

a) Tatbestandsvoraussetzung

Hinsichtlich genehmigungspflichtiger Vorhaben genügt einerseits unstreitig die formelle Illegalität der Bauarbeiten,¹³⁵

¹²⁵ So aber wohl *Finkelnburg/Ortloff/Otto* (Fn. 25), S. 198.

¹²⁶ So instruktiv VG Freiburg VBIBW 2013, 225 (226); vgl. auch die Fallgruppen bei *Lindner*, DÖV 2014, 313 (316 ff.).

¹²⁷ Treffend *Decker*, BayVBl. 2011, 517 (528); siehe bereits BVerwG BauR 2003, 1021. Bezugspunkt des Bestandsschutzes ist nicht die Bausubstanz als solche, sondern die Anlage in ihrer konkreten Nutzung.

¹²⁸ Die Frage, ob Bestandsschutz bei gegenwärtiger formeller Illegalität überhaupt in Betracht kommt, stellt sich freilich auch hier. Insofern gelten die Ausführungen zur Abrissverfügung entsprechend (siehe IV. 1. 1a) bb).

¹²⁹ Auch hier greift die Figur des intendierten Ermessens. So zuletzt VGH München, Beschl. v. 13.3.2012 – 9 ZB 11.769, Rn. 12 (juris); vgl. bereits *Schoch*, Jura 2005, 178 (182).

¹³⁰ Vgl. *Grotefels* (Fn. 37), § 16 Rn. 96. S. auch die Fallbeispiele aus der Praxis bei *Finkelnburg/Ortloff/Otto* (Fn. 25), S. 200 Fn. 29.

¹³¹ Vgl. OVG Bautzen LKV 2002, 180; *Jäde* (Fn. 118), Rn. 272; *Schoch*, Jura 2005, 178 (180). Dies gilt insb., wenn der Bauherr bereits einen Bauantrag gestellt hat. Anders dagegen, wenn er sich weigert, den Antrag zu stellen; in diesem Sinne wohl auch VGH München NVwZ-RR 2006, 754.

¹³² In diesem Sinne etwa *Decker*, BayVBl. 2011, 517 (525); *Jäde* (Fn. 118), Rn. 272 m.w.N. Siehe hierzu auch IV. 2. a).

¹³³ Vgl. die Nachweise in Fn. 19.

¹³⁴ So treffend *Finkelnburg/Ortloff/Otto* (Fn. 25), S. 162.

¹³⁵ Formell illegal sind Bauarbeiten z.B. dann, wenn sie ohne die erforderliche Baugenehmigung ausgeführt werden oder das Bauwerk abweichend von der Genehmigung errichtet

um die Baueinstellung anzuordnen. Auf die materielle Rechtslage kommt es angesichts der vergleichsweise geringen Intensität des Eingriffs nicht an.¹³⁶ Andererseits gilt auch hier, dass die Einstellung eines formell legalen Bauvorhabens trotz materieller Illegalität aufgrund der Legalisierungswirkung der Baugenehmigung nicht angeordnet werden kann.

Bei genehmigungsfreien Vorhaben kann es abermals nur auf die materielle Baurechtswidrigkeit ankommen. Nach der Rechtsprechung reicht es insofern sogar aus, dass ernsthafte Zweifel an der materiellen Rechtmäßigkeit des Bauvorhabens bestehen.¹³⁷ Die Baurechtsbehörde muss diesen Zweifeln allerdings nach Erlass der Baueinstellung nachgehen und selbige von Amts wegen aufheben, sollte sich der „Anfangsverdacht“ nicht erhärten.¹³⁸

b) Ermessen

Ob die Bauaufsichtsbehörde eine Baueinstellung verfügt, liegt in ihrem Ermessen. Auch hier ist das Ermessen aber derart „gelenkt“, dass die Maßnahme bei Vorliegen des Tatbestands in der Regel anzuordnen ist (intendiertes Ermessen).¹³⁹ Diese Auslegung dient der präventiven Kontrolle des Bauvorhabens und steht damit in Einklang mit den Zielen des Genehmigungsverfahrens.¹⁴⁰

Auch hinsichtlich der Baueinstellung ist die Behörde insbesondere an den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gebunden. Probleme entstehen hierdurch jedoch kaum, da die Baueinstellung regelmäßig das mildeste und angemessene Mittel zur Verhinderung illegaler Bauten ist.¹⁴¹

4. Maßnahmen aufgrund der bauordnungsrechtlichen Generalermächtigung

Nach der (gegenüber sämtlichen bauordnungsrechtlichen Spezialermächtigungen subsidiären) bauordnungsrechtlichen Generalermächtigung trifft die Baurechtsbehörde diejenigen Maßnahmen, die zur Einhaltung der (baurechtlichen)¹⁴² öffentlich-rechtlichen Vorschriften über die Errichtung und

wird, vgl. exemplarisch § 64 Abs. 1 S. 2 LBO BW; hierzu *Finkelnburg/Ortloff/Otto* (Fn. 25), S. 163.

¹³⁶ Vgl. *Brenner* (Fn. 20), Rn. 809.

¹³⁷ So etwa VGH Mannheim VBIBW 1994, 196.

¹³⁸ VGH Mannheim VBIBW 1994, 196. Vgl. auch *Dürr* (Fn. 60), Rn. 287: In zeitlicher Hinsicht sei die Baueinstellung nicht nur bezüglich laufender Arbeiten, sondern bereits dann zulässig, wenn konkrete Anhaltspunkte auf einen unmittelbar bevorstehenden Baubeginn hindeuten.

¹³⁹ Vgl. nur *Schoch*, Jura 2005, 178 (182).

¹⁴⁰ In diesem Sinne auch *Finkelnburg/Ortloff/Otto* (Fn. 25), S. 164.

¹⁴¹ Ähnlich *Grotefels* (Fn. 37), § 16 Rn. 96. Ausnahmsweise mag dies anders sein, wenn der Bauherr den Bauantrag gestellt hat, das Vorhaben aus Sicht der Baurechtsbehörde genehmigungsfähig ist und der Genehmigungserteilung auch im Übrigen keine Hindernisse entgegenstehen.

¹⁴² In Niedersachsen verlangt die Befugnisnorm ausdrücklich einen Widerspruch zum „öffentlichen Baurecht“ (vgl. § 79 Abs. 1 S. 1 BauO Nds.). Hierzu *Kaiser* (Fn. 5), § 41 Rn. 114.

Unterhaltung von baulichen Anlagen nach ihrem Ermessen erforderlich sind.¹⁴³ Diese Befugnisnorm ermächtigt mithin zu einer Vielzahl unterschiedlicher Maßnahmen, insbesondere auch präventiver Natur.¹⁴⁴ Zudem spielt sie eine entscheidende Rolle bei formell und/oder materiell rechtmäßig errichteten Bauten, da die speziellen repressiven Eingriffsnormen der Bauaufsichtsbehörde hier in aller Regel nicht weiterhelfen. Hat sich die Sach- oder Rechtslage nachträglich geändert und ist das Bauwerk nunmehr illegal, kann die Behörde in diesen Fällen häufig nur aufgrund der Generalklausel einschreiten.¹⁴⁵ Freilich muss die Behörde im Rahmen ihres Ermessens insbesondere den gesetzlich gewährten Bestandsschutz beachten, den legal errichtete Bauten genießen. Ein Einschreiten ist daher regelmäßig nur bei Vorliegen einer konkreten Gefahr für bedeutende Rechtsgüter zulässig.¹⁴⁶

V. Durchsetzung der bauaufsichtsbehördlichen Eingriffsverfügungen

Sämtliche bauaufsichtsbehördlichen Verfügungen können mit Mitteln des Verwaltungszwangs durchgesetzt werden. Die Vollstreckung erfolgt dabei mit wenigen Ausnahmen nach den allgemeinen Vollstreckungsgesetzen der Länder. Danach besteht die Möglichkeit des Einsatzes von Zwangsmitteln, sofern die Eingriffsverfügung bestandskräftig oder aufgrund einer behördlichen Anordnung nach § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO sofort vollziehbar ist.¹⁴⁷ Letzteres scheidet hinsichtlich Abrissverfügungen jedoch regelmäßig¹⁴⁸ aus, da mit dem Abriss des Bauwerks zumeist vollendete Tatsachen geschaffen werden.¹⁴⁹ Als Vollstreckungsmittel in Betracht kommen

¹⁴³ Vgl. die Nachweise in Fn. 11.

¹⁴⁴ Möglich ist z.B., das zukünftige Aufstellen eines Wohnwagens im Außenbereich zu untersagen, vgl. VGH Mannheim BauR 1978, 300; *Dürr* (Fn. 60), Rn. 288. Auch fällt hierunter eine sog. Nutzungsaufnahmeuntersagung, also das Verbot, eine bisher noch nicht ausgeübte Nutzung einer Anlage aufzunehmen, hierzu VGH Mannheim VBIBW 2011, 28.

¹⁴⁵ Vgl. *Dürr* (Fn. 60), Rn. 288. Zu den Voraussetzungen *Finkelnburg/Ortloff/Otto* (Fn. 25), S. 201 ff.

¹⁴⁶ Vgl. *Finkelnburg/Ortloff/Otto* (Fn. 25), S. 205 f.

¹⁴⁷ Art. 19 Abs. 1 BayVwZVG; § 2 VwVfG BW; § 5a BlnVwVfG i.V.m. § 6 Bundes-VwVG; § 3 VwVGBbg; § 11 Abs. 1 S. 2 BremVwVG; § 3 Abs. 3 VwVG Hbg; § 2 HessVwVG; § 110 VwVfG M-V i.V.m. § 80 SOG M-V; § 3 VwVG Nds; § 55 Abs. 1 VwVG NRW; § 2 VwVG RP; § 18 Abs. 1 VwVG Saarl; § 2 SächsVwVG; § 3 VwVG LSA; § 229 Abs. 1 VwG SH; § 19 ThürVwZVG.

¹⁴⁸ Anders mag dies sein, wenn die bauliche Anlage ohne wesentlichen Substanzverlust beseitigt werden kann, vgl. OVG Greifswald DÖV 2008, 874; *Muckel/Ogorek* (Fn. 39), § 9 Rn. 52.

¹⁴⁹ Anders ist dies bei Baueinstellungen sowie Nutzungsuntersagungen. Hier liegt das besondere öffentliche Interesse an der sofortigen Vollziehung in der Wahrung der Effektivität des Baugenehmigungsverfahrens (vgl. *Stollmann* [Fn. 30], § 19 Rn. 55). Ein langes Untätigbleiben der Behörde (Duldung) kann hier dazu führen, dass die geforderte Eilbedürft-

die Ersatzvornahme, das Zwangsgeld sowie der unmittelbare Zwang, z.B. in Form der Räumung.¹⁵⁰ Bezüglich der Baueinstellung kennen die meisten LBO zudem besondere Vollstreckungsmaßnahmen. So kann die Behörde die Versiegelung der Baustelle sowie die Beschlagnahme der Geräte und Baustoffe anordnen, wenn unzulässige Bauarbeiten trotz Baueinstellungsverfügung fortgesetzt werden.¹⁵¹

Auch der Einsatz von Zwangsmitteln liegt im Ermessen der Behörde.¹⁵² Zwar soll die Behörde im Regelfall (Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, Art. 20 Abs. 3 GG) Zwangsmittel einsetzen, um die repressive Maßnahme nicht leer laufen zu lassen.¹⁵³ Allerdings kann die Vollstreckung unverhältnismäßig und damit unzulässig sein, sollte sie zu einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit, insbesondere die Gesundheit eines Betroffenen, führen. Ein solches Vollstreckungshindernis kann zum Beispiel bestehen, wenn der Vollzug der Verfügung zur Obdachlosigkeit des Betroffenen führte.¹⁵⁴ Folglich können persönliche Belange, die wie erwähnt im Rahmen der Ermessenentscheidung über die bauaufsichtliche Maßnahme nicht berücksichtigt werden, auf der Ebene der Vollstreckung ein Vollzugshindernis darstellen.

VI. Rechtsschutz

Fall 7: E errichtet auf seinem Grundstück im unbeplanten Innenbereich ein Zeltlager für die in der Stadt campierenden Anhänger der sog. „Blockupy-Bewegung“. Dieses Vorhaben ist zwar genehmigungsfrei, verstößt aber gegen § 34 Abs. 1 BauGB. Nachbar N, der sich von dem „wütenden Mob“ gestört fühlt, fordert die Bauaufsichtsbehörde zum Einschreiten auf. Diese weigert sich jedoch, aktiv zu werden. Kann N gerichtlichen Rechtsschutz erlangen?

Bezüglich Maßnahmen der repressiven Bauaufsicht lassen sich insbesondere zwei Arten von Rechtsschutzfragen unterscheiden: Einerseits kann es um den Rechtsschutz des Bauherrn gegen eine bereits erlassene bauaufsichtliche Verfügung, andererseits um den Rechtsschutz des Dritten, der

tigkeit nicht vorliegt, so z.B. OVG Greifswald DÖV 2008, 874.

¹⁵⁰ Köhler-Rott (Fn. 12), 15. Kap. Rn. 290.

¹⁵¹ Vgl. Art. 75 Abs. 2 BayBO; § 64 Abs. 2 LBO BW; § 78 Abs. 2 BauO Bln; § 73 Abs. 2 Bbg BO; § 78 Abs. 2 BremBO; § 75 Abs. 2 HbgBauO; § 79 Abs. 2 LBauO M-V; § 79 Abs. 2 NdsBauO; § 80 Abs. 2 LBauO RP; § 81 Abs. 2 LBO Saarl; § 79 Abs. 2 SächsBO; § 78 Abs. 2 BauO LSA; § 59 Abs. 3 LBO SH; § 78 Abs. 2 ThürBO. Ausgenommen sind NRW und Hessen.

¹⁵² Vgl. die Nachweise in Fn. 148.

¹⁵³ Vgl. Finkelnburg/Ortloff/Otto (Fn. 25), S. 191 f.: Das Ermessen schrumpfe auf Null und begründe damit eine Vollstreckungspflicht, wenn der Nachbar des Betroffenen einen Anspruch auf Erlass der bauaufsichtsrechtlichen Maßnahme hat.

¹⁵⁴ Hierzu OVG Münster NVwZ-RR 1998, 76; Köhler-Rott (Fn. 12), 15. Kap. Rn. 76.

einen Anspruch auf behördliches Einschreiten gegen einen illegalen Bau geltend macht, gehen.

1. Bauherr

Da bauaufsichtliche Anordnungen Verwaltungsakte (§ 35 S. 1 LVwVfG) darstellen, kann sich der Bauherr – in den meisten Ländern weiterhin erst nach erfolgreichem Widerspruch (§ 68 Abs. 1 S. 1 VwGO) – mit der Anfechtungsklage (§ 42 Abs. 1 Var. 1 VwGO) gegen die Anordnung zur Wehr setzen. Die Anfechtungsklage ist begründet, wenn der Verwaltungsakt rechtswidrig und der Kläger dadurch in seinen subjektiven öffentlichen Rechten (insbesondere Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG) verletzt ist (vgl. § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO). Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage ist dabei grundsätzlich die letzte behördliche Entscheidung, in der Regel also der Widerspruchsbescheid. Bei einer Änderung der Rechtslage zugunsten des Klägers muss dagegen auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vor Gericht abgestellt werden.¹⁵⁵

Wird wegen eines berechtigten öffentlichen Interesses die sofortige Vollziehung der bauaufsichtlichen Maßnahme angeordnet, kann sich der Bauherr im Wege des vorläufigen Rechtsschutzes gem. § 80 Abs. 5 VwGO gegen diese Anordnung wenden.

2. Dritter

a) Schutznormqualität und Nachbarbegriff

Ein Dritter kann auf Erlass einer bauaufsichtlichen Eingriffsverfügung gegen den Bauherrn klagen, sofern er die Verletzung eigener nachbarschützender öffentlicher Rechte geltend machen kann (vgl. §§ 42 Abs. 2 Hs. 2, 113 Abs. 5 VwGO). Dies setzt zunächst voraus, dass die als verletzt gerügten Normen nachbarschützend sind. Gemäß der sog. Schutznormtheorie ist eine Norm nachbarschützend, wenn sie nach ihrem Telos nicht nur den Interessen der Allgemeinheit, sondern (auch) den Interessen des Einzelnen, hier also des Nachbarn, zu dienen bestimmt ist, was durch Auslegung zu ermitteln ist.¹⁵⁶ Die (nachbarschützende) Funktion der bauordnungsrechtlichen Eingriffsermächtigung kann dabei nicht losgelöst von dem behaupteten Rechtsverstoß durch die streitige bauliche Anlage betrachtet werden.¹⁵⁷ Vielmehr dient die repressive bauaufsichtliche Maßnahme nur dann dem Schutz des Nachbarn, wenn die bauliche Anlage als solche gegen eine Norm mit nachbarschützendem Charakter verstößt.

Ist dies zu bejahen, vermittelt also die Eingriffsbefugnis im konkreten Fall Nachbarschutz, stellt sich weiter die Frage, wer zum Kreis der geschützten Personen gehört, sprich wer „Nachbar“ im Sinne des öffentlichen Baurechts ist. Nur dieser kann Anspruch auf Einschreiten der Behörde haben. Mangels Definition in den LBO ist der Begriff des Nachbarn

¹⁵⁵ Vgl. hierzu BVerwG NJW 1986, 1186 (1187) m.w.N.; Stollmann (Fn. 30), § 19 Rn. 62.

¹⁵⁶ Zur Schutznormtheorie sowie einzelnen nachbarschützenden Normen z.B. Brenner (Fn. 20), Rn. 837 ff.

¹⁵⁷ Vgl. Kaiser (Fn. 5), § 41 Rn. 180 f.

durch Auslegung der betreffenden Vorschrift zu ermitteln.¹⁵⁸ Dabei lässt sich generell festhalten, dass jeder, der unter die individualisierenden Tatbestandsmerkmale der jeweiligen Schutznorm fällt, Nachbar im baurechtlichen Sinne ist.¹⁵⁹ In persönlicher Hinsicht ergibt sich jedoch eine wichtige Einschränkung des Nachbarbegriffs aus dem Charakter des öffentlichen Baurechts: Da dieses grundstücks-, nicht personenbezogen ist, kann nach h.M. nur der Eigentümer oder sonstige dingliche Berechtigte¹⁶⁰ des benachbarten Grundstücks Inhaber subjektiver öffentlicher Nachbarrechte sein, nicht aber der obligatorische Nutzungsberechtigte wie Mieter oder Pächter. Dieser kann somit regelmäßig nur im Wege des Privatrechts gegen den Grundstückseigentümer vorgehen.¹⁶¹ In räumlicher Hinsicht entstehen Abwehrrechte wiederum nur, soweit das Grundstück des Dritten von den Auswirkungen des illegalen Baus berührt sein kann.

b) Statthafter Rechtsbehelf

Kann sich der Dritte somit auf ein subjektives öffentliches Recht (drittschützende Vorschrift) berufen und ist er Nachbar im Sinne des öffentlichen Baurechts (§ 42 Abs. 2 VwGO), kann er seinen Anspruch auf bauaufsichtliches Einschreiten in den meisten Ländern zunächst im Wege des Verpflichtungswiderspruchs (§ 68 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 S. 1 VwGO) und – nach dessen Erfolglosigkeit – im Wege der Verpflichtungsklage (§ 42 Abs. 1 Var. 2 VwGO) geltend machen; in einzelnen Ländern, in denen das (obligatorische) Widerspruchsverfahren (weitgehend) abgeschafft wurde,¹⁶² ist dagegen sogleich die Verpflichtungsklage statthaft.

c) Begründetheit der Verpflichtungsklage

Da das Einschreiten gegen illegale Bauten im Ermessen der Bauaufsichtsbehörde liegt, kommt wegen des Erfordernisses der Spruchreife im Rahmen der Verpflichtungsklage ein Anspruch auf Erlass einer Eingriffsverfügung jedoch nur bei einer ausnahmsweisen Ermessensreduzierung auf Null in Betracht (vgl. § 113 Abs. 5 S. 1 VwGO).¹⁶³ Hiervon ist nach h.M. (erst dann) auszugehen, wenn ohne das bauaufsichtliche Einschreiten eine schwere Gefahr für ein wichtiges Rechtsgut des Nachbarn oder erhebliche Verstöße gegen nachbarschüt-

zende Normen drohen.¹⁶⁴ Regelmäßig wird der Kläger danach trotz Verletzung in seinen Abwehrrechten mangels Ermessensreduzierung lediglich einen Anspruch auf erneute, ermessensfehlerfreie Entscheidung durch die Behörde unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts haben (Bescheidungsurteil gem. § 113 Abs. 5 S. 2 VwGO). Nach einer im Vordringen befindlichen Mindermeinung soll bei einer Verletzung nachbarschützender Normen dagegen im Regelfall ein Anspruch auf Einschreiten bestehen.¹⁶⁵ Dies wird – überzeugend – aus dem intendierten Ermessen der Behörde im Rahmen ihrer Eingriffsbefugnisse gefolgert, das als solches auch in der Nachbarkonstellation fortbestehen muss.¹⁶⁶ Jedenfalls bezüglich verfahrensfreier Vorhaben scheint sich die h.M. dieser Auffassung angeschlossen zu haben mit der Begründung, der Nachbar dürfe hier nicht schlechter gestellt werden, als er es im Falle einer erteilten Baugenehmigung, die schließlich die Möglichkeit einer Anfechtungsklage eröffnet, wäre.¹⁶⁷

d) Vorläufiger Rechtsschutz

Vorläufiger Rechtsschutz in Form eines Antrags auf Erlass einer einstweiligen Anordnung, genauer einer Regelungsanordnung (§ 123 Abs. 1 S. 2 VwGO), kommt in Betracht, wenn der Bauherr von der erteilten Baugenehmigung faktisch abweicht, ohne die erforderliche Baugenehmigung mit den Bauarbeiten beginnt oder das Vorhaben verfahrensfrei ist. Das prozessuale Ziel des Nachbarn besteht hier grundsätzlich darin, die Behörde dazu zu veranlassen, eine Baueinstellung zu verfügen.¹⁶⁸ Auch im Rahmen des vorläufigen Rechtsschutzes ist jedoch das Ermessen der Behörde zu beachten: Fehlt es an einem offensichtlichen Anspruch des Nachbarn auf Einschreiten im Wege der Ermessensreduzierung auf Null, hat dieser somit lediglich einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung (§ 113 Abs. 5 S. 2 VwGO analog).¹⁶⁹ Zudem gilt hier das grundsätzliche Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache im vorläufigen Rechtsschutz, weshalb eine Abrissverfügung auf diesem Wege in der Regel

¹⁵⁸ Vgl. *Bönker*, in: Hoppe/Bönker/Grotefels (Fn. 37), § 18 Rn. 35 f.; *Kaiser* (Fn. 5), § 41 Rn. 61.

¹⁵⁹ „Materieller Nachbarbegriff“, *Schoch*, Jura 2004, 317 (318).

¹⁶⁰ Für den Nießbrauch BVerwGE 82, 61 (74 f.); instruktiv zum Inhaber einer Auflassungsvormerkung BVerwG NJW 1983, 1626, der danach ebenfalls „Nachbar“ ist.

¹⁶¹ H.M.; hierzu *Bönker* (Fn. 158), § 18 Rn. 36; *Jäde*, ZfBR 2015, 19 (30); krit. zu dieser Einschränkung des klageberechtigten „Nachbarn“ *Kaiser* (Fn. 5), § 41 Rn. 162.

¹⁶² Hierzu *Hufen*, VerwaltungsprozessR, 9. Aufl. 2013, § 5 Rn. 4 f. (mit Länderübersicht).

¹⁶³ Zumindest das *Entschließungsermessen* der Behörde muss auf Null reduziert sein, um einen „Anspruch auf Einschreiten“ zu begründen, vgl. *Kaiser* (Fn. 5), § 41 Rn. 184.

¹⁶⁴ Vgl. nur BVerwG NJW 1961, 793; *Brenner* (Fn. 20), Rn. 865.

¹⁶⁵ So etwa OVG Münster BauR 1990, 341 (342); OVG Saarlouis NVwZ 1983, 685; *Kaiser* (Fn. 5), § 41 Rn. 183, 186; *Schoch*, Jura 2004, 317 (324).

¹⁶⁶ Dieses und weitere Argumente nennt *Kaiser* (Fn. 5), § 41 Rn. 182 ff., unter ausführlicher Darstellung des Meinungsstreits. Zum Streitstand auch *Jäde*, ZfBR 2015, 19 (32).

¹⁶⁷ VGH Mannheim NVwZ-RR 1995, 489 (491); *Bostedt*, in: Fehling/Kastner/Störmer (Hrsg.), Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 2013, § 123 VwGO Rn. 113; *Finkelnburg/Ortloff/Otto* (Fn. 25), S. 286 f.; bereits die Schlechterstellung des Nachbarn dagegen ablehnend etwa *Remmert* (Fn. 38), § 3 Rn. 288.

¹⁶⁸ Nachweise in Fn. 19. Im Einzelfall wird der Nachbar auch eine Nutzungsuntersagung (siehe Fn. 23) beantragen.

¹⁶⁹ Hinsichtlich der Frage, wann eine Ermessensreduzierung auf Null angenommen werden kann, gelten die Ausführungen zum Rechtsschutz in der Hauptsache entsprechend, vgl. *Finkelnburg/Ortloff/Otto* (Fn. 25), S. 286 f.; *Kaiser* (Fn. 5), § 41 Rn. 195.

nicht erreicht werden kann; etwas anderes (Zulässigkeit einer Vorwegnahme der Hauptsache) gilt ausnahmsweise (Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG) bei andernfalls drohender Schaffung irreversibler Tatsachen.¹⁷⁰

Hinweis: In *Fall 7* könnte N die B im Wege einer einstweiligen Anordnung gerichtlich verpflichten lassen, die Nutzung des Grundstücks des E als Zeltlager zu untersagen (§ 123 Abs. 1 S. 2 VwGO). Hierfür müsste N einen Anordnungsanspruch haben. Zwar verstößt die Nutzung gegen § 34 Abs. 1 BauGB respektive das nachbarschützende Rücksichtnahmegebot. Die Behörde hat jedoch ein Ermessen bezüglich ihres Einschreitens. Somit ist Ns Antrag auf Erlass einer Regelungsanordnung nur dann erfolgreich, wenn das Ermessen der Bauaufsichtsbehörde auf Null reduziert ist. Dies ist nach einer starken Mindermeinung grundsätzlich der Fall bei einer Verletzung nachbarschützender Normen. Nach der h.M. setzt eine Ermessensreduktion dagegen in der Regel voraus, dass eine schwere Gefahr für ein wichtiges Rechtsgut des Nachbarn oder erhebliche Verstöße gegen nachbarschützende Normen drohen, was vorliegend mangels entsprechender Anhaltspunkte im Sachverhalt nicht der Fall ist. Bei genehmigungsfreien Vorhaben, wie hier, folgt die h.M. im Ergebnis jedoch der Mindermeinung. Somit genügt für die Annahme einer Ermessensreduzierung auf Null bezüglich des Zeltlagers nach beiden Auffassungen die Verletzung des § 34 Abs. 1 BauGB und kann der Meinungsstreit folglich dahinstehen. Unter Annahme eines Anordnungsgrundes (besondere Eilbedürftigkeit) ist Ns Antrag mithin erfolgreich.

¹⁷⁰ Hierzu *Kaiser* (Fn. 5), § 41 Rn. 195.