

Bayerisches Baurecht

Decker / Konrad

5. Auflage 2022
ISBN 978-3-406-77806-3
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen. [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

Beispiel: B will auf seinem Innenbereichsgrundstück eine Grenzgarage in Fertigbauweise errichten und zwar mit einem Flachdach. Nach der maßgeblichen Gestaltungssatzung der Gemeinde G (Art. 81 Abs. 1 Nr. 1 BayBO) sind Garagen aber mit einem Satteldach zu versehen. Die Baumaßnahme des B ist zwar verfahrensfrei (Art. 57 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. b i. V. m. Art. 6 Abs. 7 S. 1 Nr. 1 BayBO) und damit nicht formell illegal. Sie verstößt aber gegen materielles Recht (hier die Gestaltungssatzung der Gemeinde G). Beginnt B nun mit der Errichtung des Flachdaches (der Beginn der Arbeiten an der Garage allein genügt noch nicht, weil diese auch materiell rechtmäßig erfolgen), können die Arbeiten hieran gemäß Art. 75 Abs. 1 BayBO eingestellt werden.

Ist für ein genehmigungspflichtiges Vorhaben die Genehmigung erteilt, widerspricht **37** das Vorhaben aber **im Baugenehmigungsverfahren zu prüfenden materiellen Vorschriften** des öffentlichen Rechts (rechtswidrige Baugenehmigung), dann können die „Arbeiten“ (zunächst) nicht nach Art. 75 Abs. 1 BayBO eingestellt werden. Das gilt auch, soweit das Vorhaben lediglich im vereinfachten Genehmigungsverfahren (Art. 59 BayBO) zugelassen wurde bezüglich der in diesem Verfahren zu prüfenden Anforderungen an die (bauliche) Anlage. In diesem Fall bleibt nur die Möglichkeit, die Genehmigung nach Art. 48 BayVwVfG zurückzunehmen oder nachträglich einzuschränken. Die Baueinstellungsverfügung ist jedoch erst zulässig, wenn der Rücknahmebescheid unanfechtbar oder sofort vollziehbar ist⁶⁴⁸.

Etwas anderes gilt allerdings dann, wenn sich der Verstoß gegen das materielle Recht aus Vorschriften ergibt, die im Baugenehmigungsverfahren, wie z. B. im vereinfachten Genehmigungsverfahren (Art. 59 BayBO), **nicht geprüft werden**. Insoweit ist anerkannt, dass die Einschränkung des Prüfprogramms zwar zu einem Entfallen der präventiven Befugnisse der Bauaufsichtsbehörde bezüglich des konkreten Vorhabens führt, dass aber andererseits die repressiven Befugnisse der Bauaufsichtsbehörde hiervon unberührt bleiben (vgl. nur Art. 55 Abs. 2 BayBO). Da zudem bezüglich der im Baugenehmigungsverfahren nicht geprüften Vorschriften keine Legalisierungswirkung durch die Baugenehmigung erfolgt, steht die Anlage damit insofern faktisch den nach Art. 57 BayBO verfahrensfreien Vorhaben gleich mit der Folge, dass ein etwaiger Verstoß gegen materielles Recht, das von der Bauaufsichtsbehörde im Baugenehmigungsverfahren nicht geprüft wurde und auch nicht geprüft werden musste, zur Einstellung der Bauarbeiten nach Art. 75 Abs. 1 BayBO berechtigt⁶⁴⁹.

bb) Ermessen der Bauaufsichtsbehörde

Die Einstellung von „Arbeiten“ liegt nach Art. 75 Abs. 1 BayBO im pflichtgemäßen **38** Ermessen der Bauaufsichtsbehörde. In aller Regel besteht ein öffentliches Interesse, die Fortführung unzulässiger „Arbeiten“ zu verhindern (sog. **intendiertes Ermessen**)⁶⁵⁰. Auch der Zeitpunkt des Einschreitens steht im pflichtgemäßen Ermessen der Behörde. Die Baueinstellung ist nicht ausgeschlossen, wenn die Behörde nach Kenntnis der unzulässigen „Arbeiten“ zunächst untätig geblieben ist. Sie handelt nicht ermessensfehlerhaft, wenn sie erst längere Zeit nach Baubeginn wegen veränderter Sachlage den Bau einstellt. Ebenfalls schließt die Aussicht auf eine nachträgliche Genehmigung die Baueinstellung nicht aus, jedoch kann die Behörde im Einzelfall untätig bleiben, wenn mit dem baldigen Abschluss des Genehmigungsverfahrens zu rechnen ist⁶⁵¹.

Auch bei materieller Rechtmäßigkeit eines formell rechtswidrigen Vorhabens übt die Behörde ihr Ermessen nicht fehlerhaft aus, wenn sie die „Arbeiten“ einstellt. Die Bauaufsichtsbehörde ist nicht verpflichtet, vor Anordnung der Baueinstellung zu prüfen, ob z. B. eine planwidrige Bauausführung zugleich gegen das materielle Baurecht verstößt und ob sie aus diesem Grund nicht genehmigungsfähig ist⁶⁵².

⁶⁴⁸ OVG Saarlouis, BRS 42 Nr. 215 = NVwZ 1985, 430 = BauR 1985, 299.

⁶⁴⁹ Siehe z. B. BayVGh, BayVBl. 2006, 220 [221]; BayVGh, Beschl. v. 16.9.2013 – 14 CS 13.1383 – juris Rn. 6; BayVGh, Beschl. v. 8.10.2015 – 15 CS 15.1740 – juris Rn. 23.

⁶⁵⁰ BayVGh, Beschl. v. 16.11.2000 – 2 CS 00.2127 – BeckRS 2000, 28464; Decker in Busse/Kraus, BayBO, Art. 75 Rn. 83 m. w. N.

⁶⁵¹ OVG Münster, BauR 1974, 266.

⁶⁵² BayVGh, Urt. v. 12.7.2004 – 14 B 03.2545 – BeckRS 2004, 33784.

- 39 Bei gänzlich ungenehmigten „Arbeiten“ wird i. d. R. nur die gänzliche Einstellung der Arbeiten in Betracht kommen. Dagegen ist bei Abweichungen von den genehmigten Bauvorlagen nach dem allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsatz der **Erforderlichkeit**, der als Bestandteil der Verhältnismäßigkeitsprüfung zu berücksichtigen ist, in der Regel die Weiterführung der Baumaßnahmen nur insoweit zu untersagen, als es nach der Sachlage zur Abwendung von Gesetzesverstößen geboten ist⁶⁵³. Es sind nur die „Arbeiten“ einzustellen, die sich auf die davon betroffenen Bauteile beziehen, sofern diese in einem rechtlich oder technisch trennbaren Zusammenhang mit dem übrigen Bauvorhaben stehen und die Planabweichung deshalb das gesamte Bauvorhaben nicht berührt, wie z. B. bei einem zusätzlichen Obergeschoss (Teileinstellung). In einem solchen Fall können die von der Baueinstellung nicht erfassten Teile des Bauvorhabens, soweit sie den genehmigten Bauvorlagen entsprechen, fortgeführt werden.

Im obigen **Beispiel** mit der **Grenzgarage** wird sich daher die Baueinstellung auf die Errichtung des Daches zu beschränken haben, weil es sich hierbei um ein vom Rest technisch ohne weiteres abtrennbares Bauteil handelt, denn Fertiggaragen besitzen üblicherweise eine Überdeckung, werden komplett an die Baustelle geliefert, dort aufgestellt und erhalten dann erst eine zusätzliche Abdeckung.

- 40 Die für die Ermessensausübung maßgeblichen Kriterien sind im Baueinstellungsbescheid gemäß Art. 39 Abs. 1 S. 1, S. 3 BayVwVfG dem Betroffenen mitzuteilen.

c) Versiegelung (Art. 75 Abs. 2 BayBO)

- 41 Alle am Bau Beteiligten sind verpflichtet, auf Grund der Baueinstellungsverfügung, die „Arbeiten“ an der Anlage sofort einzustellen. Werden trotz der Einstellung „Arbeiten“ im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften unerlaubt fortgesetzt, dann sind der Bauaufsichtsbehörde Mittel an die Hand gegeben, um die Einstellungsverfügung durchzusetzen. Die Mittel des Verwaltungszwangs nach dem BayVwZVG, insbesondere das Zwangsgeld (vgl. Art. 31 BayVwZVG), werden zwar häufig unter Beachtung des im BayVwZVG vorgeschriebenen Verfahrens ausreichen. Die BayBO räumt aber darüber hinaus in Art. 75 Abs. 2 BayBO als besonderes, **eigenständig geregeltes Zwangsmittel** das Recht ein, die Baustelle zu versiegeln oder die an der Baustelle vorhandenen Bauprodukte, Geräte, Maschinen und Bauhilfsmittel in amtlichen Gewahrsam zu bringen⁶⁵⁴. Da es sich bei Art. 75 Abs. 2 BayBO um eine eigenständige rechtliche Regelung handelt, **gelten für Maßnahmen nach Art. 75 Abs. 2 BayBO die Art. 18 ff. BayVwZVG nicht**; es bedarf somit insbesondere keiner vorherigen Androhung (Art. 36 BayVwZVG)⁶⁵⁵.

d) Anordnung der sofortigen Vollziehung

- 42 Die Baueinstellungsverfügung ist ein anfechtbarer Verwaltungsakt mit sicherheitsrechtlichem Charakter. Sie weist den Bauherrn in die Schranken des formellen Baurechts zurück und beseitigt eine „angemaßte Rechtsposition“. Eine Anfechtungsklage⁶⁵⁶ gegen die Baueinstellungsverfügung hat allerdings aufschiebende Wirkung (§ 80 Abs. 1 S. 1 VwGO). Die Baueinstellung kann aber in der Regel ihren Zweck nur erfüllen, wenn sie sofort vollziehbar ist und damit die Schaffung vollendeter Tatsachen verhindert wird. Sie würde ihren Zweck im Allgemeinen verfehlen, wenn mit ihrem Voll-

⁶⁵³ BayVGH, BayVBl 1975, 302.

⁶⁵⁴ Siehe hierzu Rasch, BauR 1989, 1.

⁶⁵⁵ BayVGH, Beschl. v. 26.1.2004 – 14 CS 03.2849 – BeckRS 2004, 29825; Decker in Busse/Kraus, BayBO, Art. 75 Rn. 115.

⁶⁵⁶ Ein Widerspruch ist gemäß Art. 15 Abs. 1, Abs. 2 AGVwGO nicht statthaft.

zug bis zum Eintritt der Unanfechtbarkeit zugewartet werden müsste⁶⁵⁷, weil dann auch umfangreiche Bauvorhaben in der Zwischenzeit fertig gestellt sein und damit kaum noch rückgängig zu machende rechtswidrige Zustände geschaffen würden. Infolge dessen kann eine Baueinstellungsverfügung in der Regel gemäß § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO für sofort vollziehbar erklärt werden.

5. Baubeseitigung (Art. 76 S. 1 BayBO)⁶⁵⁸

a) Einführung

Mit der in Art. 76 S. 1 BayBO normierten Beseitigungsbefugnis soll, sozusagen als **43** „actus contrarius“, eine illegal geschaffene Bausubstanz beseitigt und das betroffene Grundstück in den Zustand materieller Legalität zurückgeführt werden, der vor Beginn der Bauarbeiten bestanden hat⁶⁵⁹. Folglich verleiht Art. 76 S. 1 BayBO der Bauaufsichtsbehörde zunächst die Befugnis, die Beseitigung des baurechtswidrigen Zustandes (ganz oder teilweise) zu verlangen. Mit der Beseitigung der Anlage soll erreicht werden, dass deren bisheriger Standort von ihr wieder „frei“ wird, was im Regelfall ihre „Entfernung“ von dort voraussetzt. Da dies nur ausnahmsweise und bei Gebäuden praktisch überhaupt nicht „im Ganzen“ geschehen kann, heißt das, dass die die Anlage bildenden Teile entfernt werden müssen, die in dieser Funktion von dem Beseitigungsverlangen erfasst werden und nicht etwa mit dem Einreißen als „Trümmer“ Eigenständigkeit in dem Sinne erlangen, dass sie – möglicherweise – einen neuen (bau-) rechtswidrigen Zustand bilden, gegen den ggf. gesondert vorgegangen werden müsste. Folglich gibt die Befugnis zur Anordnung der Beseitigung der Bauaufsichtsbehörde das Recht, die vollständige Beseitigung einer Anlage, also einschließlich der Fundamente und der Betonbodenplatte zu verlangen. Darüber hinaus wird von der Befugnis auch die Entfernung der Baumaterialien, von Restbauteilen, von Schutt sowie von Auf- und Anschüttungen im Rahmen der illegal geschaffenen Anlage vom Grundstück, umfasst⁶⁶⁰.

Aus der Beschränkung der Befugnis auf die Entfernung der baurechtswidrigen Anlagen folgt jedoch auch, dass von dem Betroffenen im Rahmen des Art. 76 S. 1 BayBO **keine positiven Baumaßnahmen** gefordert werden können, der Inhalt der Beseitigungsanordnung quasi nur negativ (= Entfernung der baurechtswidrigen Anlage) ist. Eine Anordnung mit dem Inhalt, den genehmigten oder zuvor bestehenden Zustand (wieder) herzustellen, kann folglich zumindest dann nicht auf Art. 76 S. 1 BayBO gestützt werden, wenn dies nicht im Wege der bloßen Beseitigung der (baulichen) Anlage oder von Teilen hiervon möglich ist⁶⁶¹. Infolgedessen wird die Wiederherstellung des natürlichen Verlaufs der Geländeoberfläche nach Beseitigung der rechtswidrigen Anlage, wie z. B. die Wiederbegrünung einer Fläche nach Beseitigung eines Lagerplatzes, oder die Anordnung, den ursprünglichen Zustand durch Bepflanzung mit bodendeckenden Stauden und Gehölzen wiederherzustellen, nicht von Art. 76 S. 1 BayBO gedeckt⁶⁶².

Art. 76 S. 1 BayBO ist **verfassungsrechtlich unbedenklich**⁶⁶³. Die Anordnung, **44** den rechtswidrigen Zustand einer Sache, den der Eigentümer oder dessen Rechtsvor-

⁶⁵⁷ BayVGh, Beschl. v. 3.2.2005 – 25 CS 04.3341 – BeckRS 2005, 15924; BayVGh, BayVbl. 1978, 19.

⁶⁵⁸ Siehe allgemein hierzu: Ramsauer, NordÖR 2006, 282.

⁶⁵⁹ Mampel, BauR 1996, 13 [16].

⁶⁶⁰ BayVGh, Beschl. v. 4.6.1997 – 27 B 95.2273 – juris; BayVGh, BayVbl. 1993, 147; BayVGh, BauR 1987, 189 [191]; Decker in Busse/Kraus, BayBO, Art. 76 Rn. 41 ff.; Ortloff, NVwZ 1995, 436, 443; vgl. auch BVerwG, NVwZ 1994, 296.

⁶⁶¹ H. M.; BayVGh, Beschl. v. 21.8.1998 – 27 CS 96.4155 – BeckRS 1998, 25801; BayVGh, BayVbl. 1991, 245; BayVGh, BayVbl. 1984, 688.

⁶⁶² BayVGh, Beschl. v. 4.6.1997 – 27 B 95.2273 – juris; BayVGh, BayVbl. 1991, 245.

⁶⁶³ BVerfG, NVwZ 2005, 203 zum inhaltsgleichen § 81 BauO RP.

gänger herbeigeführt hat, zu beseitigen, ist keine entschädigungspflichtige Enteignung i. S. d. Art. 14 Abs. 3 GG⁶⁶⁴, denn sie verweist nur jene, die Begünstigte eines rechtswidrigen Zustandes sind, in die gesetzlichen Schranken⁶⁶⁵.

b) Tatbestandliche Voraussetzungen

- 45 Werden Anlagen im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften errichtet oder geändert, so kann die Bauaufsichtsbehörde nach Art. 76 S. 1 BayBO die vollständige oder teilweise Beseitigung der Anlage anordnen, wenn nicht auf andere Weise rechtmäßige Zustände hergestellt werden können.

aa) Anlagen, die errichtet oder geändert werden

- 46 Als erste Voraussetzung für eine Beseitigungsverfügung müssen „**Anlagen, errichtet oder geändert werden**“. Was unter einer Anlage zu verstehen ist, definiert Art. 2 Abs. 1 S. 4 BayBO legal (siehe daher in Kapitel 2 Teil 2 Rn. 22). Allerdings unterliegen den Maßnahmen des Art. 76 S. 1 BayBO nur solche Anlagen, an die das öffentliche Recht materiell-rechtliche oder verfahrensrechtliche Anforderungen stellt und für die die BayBO anwendbar ist (vgl. Art. 1 Abs. 2 BayBO).

Unter den „**Anlagenbegriff**“ des Art. 76 S. 1 BayBO **fallen z. B.:** Fluchtanlagen von Sportplätzen⁶⁶⁶, ein 6 m langer, 2 m hoher und 1 m breiter Holzstapel⁶⁶⁷, Blumen-/Gemüsebeete, gekieste Wege und Einfassungen, betonierte Wege, selbständige oder unselbständige Teile von baulichen Anlagen, wie Installationseinrichtungen, Fassaden, Putze und Anstriche oder auch Laserstrahler auf dem Dach eines Gebäudes⁶⁶⁸.

Nicht hierunter fallen z. B.: nicht ortsfeste Werbeanlagen, nichtbaulichen Einfriedungen wie Hecken, Bäume, Sträucher und sonstige Anpflanzungen⁶⁶⁹.

- 47 Die Beseitigung von Anlagen kann angeordnet werden, wenn diese **errichtet** oder **geändert** werden⁶⁷⁰. Ist eine Anlage genehmigt worden, wird die Genehmigung nicht aufgehoben und bleibt die Anlage unverändert, scheidet eine Beseitigung aus, auch wenn die Anlage dem materiellen Recht widerspricht (sog. Legalisierungswirkung der Baugenehmigung). Wird die Nutzung – in unzulässiger Weise – geändert, kommt nach dem eindeutigen Wortlaut des Art. 76 S. 1 BayBO eine Beseitigung der Anlage ebenfalls nicht in Betracht (wohl aber eine Nutzungsuntersagung).

bb) Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften

- 48 Eine Anlage ist nach ganz h. M.⁶⁷¹ dann i. S. v. Art. 76 S. 1 BayBO im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften errichtet oder geändert, wenn sie **formell**, d. h. ohne durch die hierfür erforderliche Baugenehmigung gedeckt zu sein, errichtet oder geändert wurde, **und materiell** rechtswidrig ist, d. h. sie kann auch so, wie sie errichtet oder geändert wurde, nicht (nachträglich) genehmigt werden. Etwas anderes gilt nur bei einem nach Art. 57 Abs. 1 bis Abs. 6 BayBO verfahrensfreien bzw. nach Art. 58

⁶⁶⁴ BVerwG, BayVBl. 1965, 382 = NJW 1965, 1195.

⁶⁶⁵ BVerwG, UPR 1994, 450 = BauR 1994, 740 = NVwZ 1995, 272; BayVGH, Beschl. v. 13.11.2017 – 15 ZB 16.1885 – juris Rn. 52.

⁶⁶⁶ VG Würzburg, NVwZ 1988, 381.

⁶⁶⁷ BayVGH, Beschl. v. 13.3.1998 – 1 ZS/CS 97.3288 – juris; BayVGH, Beschl. v. 22.6.1995 – 20 B 94.3355 – BeckRS 1995, 16239.

⁶⁶⁸ BayVGH, BayVBl. 1996, 343.

⁶⁶⁹ Für Hecken: BayVGH, BayVBl. 1976, 114.

⁶⁷⁰ Siehe hierzu die Ausführungen in Kapitel 2 Teil 5 Rn. 8 ff.

⁶⁷¹ BVerwGE 5, 51 = BRS 39 Nr. 80; Decker in Busse/Kraus, BayBO, Art. 76 Rn. 79 m. w. N.; Schoch, Jura 2006, 178 [181]; Fischer, NVwZ 2004, 1057; Konrad, JA 1998, 691 [692]; Kischel, DVBl. 1996, 185; Ortloff, JuS 1981, 574; Rabe, BauR 1978, 166.

BayBO genehmigungsfreigestellten Vorhaben. Da diese gerade keiner Genehmigung oder einer sonst wie gearteten verfahrensrechtlichen Legitimation (z. B. Zustimmungsverfahren) bedürfen, können solche Anlagen nicht formell illegal errichtet werden. Insofern ist allerdings anerkannt⁶⁷², dass bei verfahrensfreien Vorhaben die Befugnis zur Beseitigung dann besteht, **wenn sie dem materiellen Recht**, sei es Bauordnungs- oder Bauplanungsrecht oder sonstiges von der Bauaufsichtsbehörde zu prüfendes Recht, widersprechen. Der Verstoß gegen materiell-rechtliche Vorschriften genügt hier somit für den von Art. 76 S. 1 BayBO geforderten Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften.

Der Satz der h. M. „*wenn die Anlage formell und materiell baurechtswidrig ist*“, bedarf jedoch der Überprüfung, denn er gilt in dieser Allgemeinheit – wie gerade dargestellt – nur für genehmigungsbedürftige, aber nicht genehmigungsfähige Anlagen; noch nicht einmal eine genehmigungsbedürftige, aber gegen außerhalb des Prüfprogramms liegende Normen (Art. 59 BayBO) verstoßende Anlage kann hierunter subsumiert werden⁶⁷³, weil diese grundsätzlich genehmigungsfähig ist. Von daher erscheint es angebracht, statt nach der formellen Illegalität, für die Zulässigkeit einer Beseitigungsanordnung danach zu fragen, ob die Errichtung/Änderung einer Anlage bezüglich des intendierten Verstoßes gegen materielle öffentlich-rechtliche Vorschriften durch eine Baugenehmigung legalisiert ist, also formellen Bestandsschutz genießt. Der Satz der h. M. „*wenn die Anlage formell und materiell baurechtswidrig ist*“ wäre also dahin zu fassen, **„wenn die Anlage – in Bezug auf den konkreten Verstoß gegen öffentlich-rechtliche Vorschriften – keinen formellen Bestandsschutz genießt und materiell baurechtswidrig ist“**. Diese Formulierung bedeutet indessen keine Abkehr von der h. M., sondern passt diese lediglich terminologisch an die Änderungen der BayBO durch die Novellen 1993, 1997 und 2007 an. Zum besseren Verständnis soll aber im Weiteren an der herkömmlichen Formulierung festgehalten werden.

Hinsichtlich der **formellen Illegalität** einer Anlage kann auf die Ausführungen bei der Baueinstellung verwiesen werden, die hier sinngemäß gelten, auch soweit es um die Beseitigung von im vereinfachten Genehmigungsverfahren (Art. 59 BayBO)⁶⁷⁴ zugelassenen baulichen Anlagen geht⁶⁷⁵. 49

Die Anlage muss des Weiteren **materiell illegal** sein. Davon ist auszugehen, wenn die Maßnahme (Errichtung oder Änderung einer Anlage) nach materiellem Recht **nicht genehmigungsfähig** ist. Dabei kann sich die Genehmigungsunfähigkeit einer Anlage ergeben aus dem geltenden Bauplanungsrecht (vor allem §§ 29, 30 ff. BauGB), wie z. B. aus einem Verstoß gegen die Festsetzungen eines Bebauungsplanes, aus einem Verstoß gegen Bauordnungsrecht, auf darauf gestützte unanfechtbare oder sofort vollziehbare Anordnungen im Einzelfall einschließlich der Baugenehmigung mit ihren Nebenbestimmungen⁶⁷⁶ sowie aus allen sonstigen öffentlich-rechtlichen Vorschriften, die für bauliche oder andere Anlagen und Einrichtungen gelten und/oder im Rahmen eines bauaufsichtlichen Verfahrens zu berücksichtigen sind, wie z. B. die immissionschutzrechtlichen Vorschriften für nicht genehmigungsbedürftige Anlagen (§§ 22 ff. BImSchG), die Vorschriften des Denkmal- und des Naturschutzrechts, ggf. des Wasserrechts etc. Die materielle Rechtswidrigkeit der Anlage ist daher von der Bauaufsichtsbehörde im Verfahren auf Erlass einer Beseitigungsanordnung umfassend zu prüfen. 50

Ein – auch in Klausuren – besonderes Problem stellt im Zusammenhang mit der materiellen Illegalität einer Anlage der sog. **Bestandsschutz** dar, denn eine nach heutigem Recht materiell illegale Anlage kann gleichwohl nicht beseitigt werden, wenn sie Bestandsschutz genießt. Die in Kapitel 1 erörterten Bestandsschutzprobleme können 51

⁶⁷² Siehe z. B. Ortloff, NVwZ 1996, 647 [655] m. w. N.; Erguth/Stollmann, BayVBl. 1996, 65 [71].

⁶⁷³ Vgl. z. B. OVG Berlin-Brandenburg, NVwZ-RR 2010, 794.

⁶⁷⁴ Siehe hierzu z. B. BayVGh, BayVBl. 2006, 220 [221]; OVG Berlin-Brandenburg, NVwZ-RR 2010, 794.

⁶⁷⁵ Siehe hierzu ausführlich Decker in Busse/Kraus, BayBO, Art. 76 Rn. 99 ff.

⁶⁷⁶ Vgl. BayVGh, BayVBl. 2015, 95 zu einer Baugenehmigung beigelegten Auflage.

sich daher an dieser Stelle in ihrer „vollen Schärfe“ auch im Hinblick auf die materielle Beweislast stellen.

- 52 Schließlich bleibt noch die Frage zu klären, nach welcher Rechtslage zu beurteilen ist, ob eine Anlage in Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften errichtet oder geändert wurde. Wie bereits der Wortlaut des Art. 76 S. 1 BayBO zeigt („*Werden Anlagen im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften errichtet oder geändert ...*“) und wegen des einer Anlage ggf. zukommenden Bestandsschutzes ist zunächst die Rechtslage im Zeitpunkt der Errichtung oder der Änderung der Anlage maßgeblich⁶⁷⁷. Spätere Rechtsänderungen, die z. B. strengere Anforderungen an die Anlage stellen oder die die Errichtung oder Änderung verbieten, bleiben außer Betracht, wenn die Anlage formell bzw. bei genehmigungsfreien Vorhaben materiell rechtmäßig errichtet oder geändert wurde⁶⁷⁸. Andererseits ist auch bei der Prüfung von Beseitigungsanordnungen – wegen der Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG und wegen der weiteren Voraussetzung „*wenn nicht auf andere Weise rechtmäßige Zustände hergestellt werden können*“ – neues, für den Betroffenen günstigeres Recht zu berücksichtigen, wenn eine solche Rechtsänderung das bebaute Grundstück erfasst und die Anlage heute – also im Zeitpunkt der Entscheidung der Behörde – zulässig wäre⁶⁷⁹. Dem entsprechend ist die Rechtmäßigkeit einer Anlage nach altem und nach neuem Recht zu beurteilen und im Ergebnis die dem Betroffenen günstigste Regelung zu berücksichtigen⁶⁸⁰ (siehe auch Rn. 53). Dem entsprechend muss die Bauaufsichtsbehörde eine Baubeseitigungsverfügung bis zu deren Vollzug unter Kontrolle halten⁶⁸¹.

Hieran hat sich durch das Urteil des BVerwG vom 12.12.2013 – 4 C 15.12 –⁶⁸² nichts geändert. In dieser Entscheidung wird lediglich festgestellt, dass sich aus § 35 Abs. 3 S. 1 Nr. 5 Alt. 4 BauGB kein maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der bauplanungsrechtlichen Zulässigkeit einer baulichen Maßnahme ergibt. Wenn Jäde⁶⁸³ daher in seiner Urteilsanmerkung behauptet, das Bundesverwaltungsgericht tendiere wohl dazu, zum Zeitpunkt der letzten Verwaltungsentscheidung als einheitlicher Bezugspunkt für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Beseitigungsanordnung zu wechseln, so legt er der Entscheidung einen Inhalt bei, den sie nicht hat. Insbesondere kann nicht davon ausgegangen werden, dass der Senat zur Rechtsprechung der Obergerichtspräsidenten/Verwaltungsgerichtshöfe, die für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit einer Beseitigungsanordnung überwiegend auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung abstellen, eine Gegenposition aufbauen wollte. Die Frage bleibt schlicht und ergreifend offen, weil sie nicht entscheidungserheblich war.

cc) Keine Herstellung rechtmäßiger Zustände

- 53 Die Beseitigungsbefugnis des Art. 76 S. 1 BayBO steht unter dem ausdrücklichen Vorbehalt, dass auf andere Weise – als durch Beseitigung – rechtmäßige Zustände nicht hergestellt werden können. Diese bereits vom Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (Art. 8 LStVG analog) her erforderliche Voraussetzung gebietet es, eine so schwerwiegende Anordnung, wie die Beseitigung einer Anlage, erst dann zu treffen, wenn die Beseitigung die einzige Möglichkeit ist, um wieder rechtmäßige Zustände herzustellen („**ultima-ratio-Prinzip**“)⁶⁸⁴. Dem entsprechend hat nach Art. 76 S. 1 BayBO die Bauauf-

⁶⁷⁷ Vgl. etwa BVerwGE 3, 351 = DVBl. 1956, 721; siehe auch BVerwG, NVwZ 1983, 472; ferner BayVGh, Urt. v. 17.10.2006 – 1 B 05.1429 – juris.

⁶⁷⁸ BVerwGE 3, 351 = DVBl. 1956, 721; BayVGh, Beschl. v. 29.3.2011 – 15 ZB 10.2265 – juris Rn. 9; BayVGh, Urt. v. 30.1.2014 – 15 B 11.750 – juris Rn. 19.

⁶⁷⁹ BVerwGE 3, 351 [353, 354] = DVBl. 1956, 721; BVerwG, DöV 1964, 1029 = DVBl. 1965, 280 mit Anm. von Weyreuther; Mampel, BauR 1996, 13 [17].

⁶⁸⁰ BayVerfGHE 19, 81 mit weiteren Hinweisen; BayVGh, BayVBl. 1974, 433 [434].

⁶⁸¹ Std. Rspr.; vgl. z. B. BayVGh, BayVBl. 2015, 382 Rn. 34; BayVGh, BayVBl. 2011, 500 [503].

⁶⁸² NVwZ 2014, 454.

⁶⁸³ NVwZ 2014, 455 [456].

⁶⁸⁴ Vgl. Decker in Busse/Kraus, BayBO, Art. 76 Rn. 139.

sichtsbehörde vor Erlass einer Beseitigungsanordnung zunächst zu prüfen, ob bei genehmigungspflichtigen Anlagen nicht z.B. eine Nutzungsuntersagung (Art. 76 S. 2 BayBO) ausreicht oder ob nachträglich die Genehmigung erteilt werden kann oder ob bei verfahrensfreien Anlagen nicht durch weniger belastende Anordnungen (Art. 54 Abs. 2 S. 2 BayBO) die rechtswidrigen Zustände beseitigt werden können. Insbesondere muss geprüft werden, ob nicht die Gesetzesverstöße durch Befreiungen oder Ausnahmen nach § 31 BauGB oder Abweichungen nach Art. 63 BayBO geheilt werden können oder ob nicht entsprechende Nebenbestimmungen (Auflagen, Bedingungen, Befristung oder Widerrufsvorbehalt; vgl. Art. 36 Abs. 1, Abs. 2 BayVwVfG) ausreichen. Um diese Fragen nach der Genehmigungsbedürftigkeit und der Genehmigungsfähigkeit beantworten zu können, kann die Behörde über Art. 76 S. 3 BayBO auch die Einreichung eines nachträglichen Bauantrages verlangen⁶⁸⁵.

c) Ermessen

Art. 76 S. 1 BayBO sieht vor, dass die Bauaufsichtsbehörde die (vollständige oder teilweise) Beseitigung anordnen kann. Der Behörde wird mithin ein Ermessen bezüglich der im Einzelfall zu treffenden Rechtsfolge eingeräumt, dass sie pflichtgemäß (Art. 40 BayVwVfG) auszuüben hat. Dieser Ermessensspielraum bezieht sich zum einen darauf, ob und wann die Behörde handelt (sog. Entschließungsermessen), zum anderen darauf wie sie handelt, also welche von mehreren möglichen Handlungsformen sie ergreift (sog. Auswahlermessen), und wem gegenüber die Anordnung ergeht (Störerauswahl). Durch die Einräumung eines Ermessensspielraums soll der Verwaltung ein flexibles Vorgehen und die Beachtung der Besonderheiten des Einzelfalles ermöglicht werden⁶⁸⁶. Der Verwaltungsbehörde bleibt insbesondere vorbehalten, mit welchen Mitteln und zu welchem Zeitpunkt gegen den rechtswidrigen Zustand vorgegangen werden soll. Aus der Ermessensfreiheit der Behörde resultiert zugleich das subjektiv-öffentliche Recht des in seinen Rechten betroffenen Bürgers auf fehlerfreien Ermessensgebrauch und damit auf Ermessensgebrauch überhaupt.

Die Ermessensausübung dient in 1. Linie der Einzelfallgerechtigkeit. Neben dem besonderen öffentlichen Interesse an der Wiederherstellung baurechtmäßiger Zustände sind daher auch die Interessen des Pflichtigen zu berücksichtigen und in die Ermessensentscheidung einzustellen. Des Weiteren können etwa bei der Verletzung nachbarschützender Vorschriften die Interessen des in seinen Rechten verletzten Nachbarn von Bedeutung sein⁶⁸⁷. Schließlich kann bei der Entscheidung über den Erlass einer Beseitigungsanordnung auch die Beeinträchtigung der gemeindlichen Planungshoheit eine wesentliche Rolle spielen⁶⁸⁸. Vor diesem Hintergrund wird es regelmäßig pflichtgemäßer Ermessensausübung entsprechen, wenn die Bauaufsichtsbehörde gegen eine formell und materiell rechtswidrige Anlage einschreitet⁶⁸⁹. Insofern sind nach der Rechtsprechung des BayVGh auch keine besonderen Anforderungen an die Begründung der Ermessensausübung (Art. 39 Abs. 1 S. 3 BayVwVfG) zu stellen⁶⁹⁰.

⁶⁸⁵ Decker in Busse/Kraus, BayBO, Art. 76 Rn. 139.

⁶⁸⁶ Decker in Busse/Kraus, BayBO, Art. 76 Rn. 203.

⁶⁸⁷ BVerwGE 11, 95 [97]; BVerwG, NVwZ 1998, 395 = UPR 1998, 117 = BauR 1998, 319 = JuS 1998, 665.

⁶⁸⁸ BVerwG, UPR 1992, 262; OVG Thüringen, BauR 1999, 164.

⁶⁸⁹ BVerwGE 116, 169; BayVGh, BayVBl. 1982, 435; BayVGh, BayVBl. 1981, 89; VGh BW, BauR 2009, 1712; OVG Münster, BauR 2016, 805 [806].

⁶⁹⁰ Siehe nur BayVGh, Urt. v. 13.4.2015 – 1 B 14.2319 – juris Rn. 31, wonach es für die Ermessensentscheidung regelmäßig genügt, wenn die Behörde zum Ausdruck bringt, der beanstandete Zustand müsse wegen seiner Rechtswidrigkeit beseitigt werden.

- 56** Die Ausübung des Ermessens kann allerdings vielfachen Bindungen unterworfen sein. Solche können sich zum einen unmittelbar aus dem Verfassungsrecht, vor allem aus dem allgemeinen Willkürverbot des Art. 3 Abs. 1 GG⁶⁹¹, ergeben. Hieraus folgt, dass die Behörde auch im Ermessensbereich zu gleichmäßiger Behandlung gleichgelagerter Fälle verpflichtet ist. Die Bauaufsichtsbehörde darf daher nicht ohne erkennbaren Grund unterschiedlich, systemwidrig oder planlos ihr Ermessen ausüben⁶⁹².

Ein **Sonderproblem**, das auch schon Gegenstand von Examensklausuren⁶⁹³ gewesen ist, stellt die Ermessensausübung im Zusammenhang mit einer Vielzahl baurechtswidriger Zustände dar. Der Gleichbehandlungsgrundsatz verpflichtet die Behörde zwar grundsätzlich nicht, in einem Bereich⁶⁹⁴, in dem sie baurechtswidrige Zustände beobachtet hat, schlagartig gegen alle Schwarzbauten vorzugehen. Die Behörde darf sich vielmehr auf ein Vorgehen gegen einzelne Störer beschränken, sofern sie hierfür sachliche Gründe hat⁶⁹⁵. Dabei ergibt sich aus dem verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz aber keine zeitliche Grenze für ein unterschiedliches Vorgehen gegen baurechtswidrige Zustände⁶⁹⁶. So können z. B. neue Schwarzbauten vor alten aufgegriffen werden⁶⁹⁷. Gleichheitssatzwidrig ist eine Beseitigungsanordnung allerdings dann, wenn sie als systemlos oder willkürlich bezeichnet werden muss, weil die Behörde ohne vernünftigen, aus der Natur der Sache folgenden oder sonst wie einleuchtenden Grund im Wesentlichen gleiche Sachverhalte ungleich behandelt⁶⁹⁸. Sofern eine Vielzahl ungenehmigter Bauten vorliegt, bedarf es deshalb im Regelfall eines sog. **Sanierungskonzeptes**, um die rechtswidrigen Verhältnisse zu bereinigen, denn gemäß Art. 3 Abs. 1 GG besteht eine Verpflichtung für die zuständige Behörde zu einer systematischen Handlungsweise⁶⁹⁹.

- 57** Weitere Bindungen können aus entsprechenden Verwaltungsanweisungen folgen. Schließlich kann es auch sein, dass im Einzelfall nur eine einzige Entscheidung allein ermessensgerecht erscheint (sog. Ermessensreduzierung auf Null)⁷⁰⁰.
- 58** Im Rahmen der nach Art. 76 S. 1 BayBO zu treffenden Entscheidung sind auch die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit (Art. 8 LStVG analog) zu berücksichtigen, was Art. 76 S. 1 BayBO in seinem HS. 2 („wenn nicht auf andere Weise rechtmäßige Zustände hergestellt werden können.“) gesondert zum Ausdruck bringt, wie z. B. durch die Genehmigung der Anlage. Die ins Auge gefasste Maßnahme muss somit grundsätzlich zulässig, geeignet sowie erforderlich sein und darf zum erwarteten Erfolg nicht außer Verhältnis stehen (sog. Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn). Die Forderung, ein formell und materiell baurechtswidriges Bauwerk zu beseitigen, verstößt in aller Regel nicht gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit⁷⁰¹. Das gilt auch in Ansehung der hiermit verbunde-

⁶⁹¹ Siehe zu Art. 3 Abs. 1 GG etwa Sachs/Jasper, JuS 2016, 769.

⁶⁹² BVerwG, Buchholz 406.17 Bauordnungsrecht Nr. 68; BVerwG, BauR. 2014, 1923; siehe auch BayVGh, Beschl. v. 8.1.2020 – 1 ZB 19.1540 – juris Rn. 7; BayVGh, BayVbl. 2019, 23.

⁶⁹³ Vgl. die Aufgabe Nr. 6 im Ersten juristischen Staatsexamen 1996/2, BayVbl. 1998, 287 und 317.

⁶⁹⁴ Der insoweit in den Blick zu nehmende Bereich ist grundsätzlich der gesamte Zuständigkeitsbereich der Bauaufsichtsbehörde; insoweit kann dann allerdings nicht verlangt werden, dass sie gegen alle baurechtswidrigen Zustände gleichzeitig vorgeht: BayVGh, Beschl. v. 25.11.2004 – 2 ZB 04.2299 – BeckRS 2004, 33415.

⁶⁹⁵ **H. M.**; BVerwG, Buchholz 406.17 Bauordnungsrecht Nr. 68 = BauR. 1999, 734; BVerwG, BRS 57 Nr. 248; BVerwG, NVwZ-RR 1992, 360 = DöV 1992, 748 = BayVbl. 1992, 489; BayVGh, NVwZ-RR 2015, 607; BayVGh, Beschl. v. 7.6.2017 – 9 ZB 15.255 – juris Rn. 5; BayVGh, Beschl. v. 8.1.2020 – 1 ZB 19.1540 – juris Rn. 7.

⁶⁹⁶ BVerwG, Buchholz 406.17 Bauordnungsrecht Nr. 68.

⁶⁹⁷ Vgl. BayVGh, Beschl. v. 21.1.2003 – 14 ZB 02.1303 – juris Rn. 5; BayVGh, Beschl. v. 7.6.2017 – 9 ZB 15.255 – juris Rn. 5.

⁶⁹⁸ BayVGh, BayVbl. 1983, 243.

⁶⁹⁹ BayVGh, BayVbl. 1983, 243; geradezu schulbuchmäßig: OVG Koblenz, ZfBR 2010, 807 [808]; ferner OVG Thüringen, BauR. 2011, 244; siehe auch Konrad, JA 1998, 691 [695].

⁷⁰⁰ Siehe hierzu etwa Di Fabio, VerwArch 1996, 214.

⁷⁰¹ Decker in Busse/Kraus, BayBO, Art. 76 Rn. 238; siehe hierzu auch BVerwG, NVwZ 2005, 203; ggf. nur Teilbeseitigung verhältnismäßig; beachte aber auch EGMR, NVwZ 2017, 1755 zu den Anfor-