Fälle zum öffentlichen Baurecht

Muckel / Stemmler

9., neu bearbeitete Auflage 2022
ISBN 978-3-406-78928-1
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung 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 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 für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

systematik: Die Vorschrift steht im 3. Teil der BauO NRW, der nur die Anforderungen an die baulichen Anlagen selbst regelt, ua Standsicherheit, Brandschutz, Wärmeschutz. Hier wird die Verunreinigung der Straße durch die Lastkraftwagen während der Bauphase verursacht. Wenn das Wohnhaus der *T* fertig gestellt ist, wird der öffentliche Verkehr nicht mehr gefährdet. Derartige vorübergehende Behinderungen durch eine Baustelle erfasst § 16 II BauO NRW nicht. Folglich liegt kein Verstoß gegen diese Norm vor.

bb) Weiter könnte § 11 I BauO NRW nicht beachtet worden sein. Nach dieser Sondervorschrift sind Baustellen so einzurichten, dass bauliche Anlagen ordnungsgemäß errichtet, geändert oder beseitigt werden können und Gefahren oder vermeidbare Belästigungen nicht entstehen. Damit sollen sowohl die am Bau Beteiligten, insbesondere also die Bauhandwerker und Bauarbeiter, als auch unbeteiligte Dritte geschützt werden. Wie sich aus § 11 II, III BauO NRW ergibt, ist jedoch der Schutzbereich auf die Baustelle beschränkt, dh auf den Ort, an dem die Bauarbeiten verrichtet werden.[73] Aus diesem Grunde scheidet hier für die Verschmutzung der Gemeindestraße eine Anwendung des § 11 I BauO NRW aus. **43**

cc) Näher in Betracht kommt jedoch ein Verstoß gegen § 3 I BauO NRW, wonach Anlagen so anzuordnen, zu errichten, zu ändern und instand zu halten sind, dass die öffentliche Sicherheit und Ordnung nicht gefährdet werden. Diese Vorschrift ist als Generalklausel weit auszulegen[74] und erfüllt die Funktion eines Auffangtatbestandes.[75] Sie erfasst auch die von der Baustelle ausgehenden Gefahren. Durch die Verschmutzung wird die Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs gefährdet, so dass eine Störung der öffentlichen Sicherheit vorliegt. Da die Verschmutzung auch unmittelbar von der Baustelle ausgeht, sind die Voraussetzungen des § 3 I BauO NRW erfüllt. Anders wäre der Fall zu beurteilen, wenn Baufahrzeuge nicht den Schmutz der Baustelle nach außen tragen, sondern zB durch ihre Ladung die öffentliche Sicherheit gefährden. **44**

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

dd) Schließlich wird gegen den Grundsatz verstoßen, dass über das übliche Maß hinausgehende Verunreinigungen von Straßen unverzüglich zu beseitigen sind, und zwar in seiner straßenrechtlichen (§ 17 I StrWG NRW) wie in seiner straßenverkehrsrechtlichen (§ 32 I StVO) Ausprägung. Die Straße ist durch den Lehm über das übliche Maß hinaus mehrfach „erheblich" verunreinigt worden. Ohne Bedeutung ist es, ob dadurch jeweils eine Verkehrsgefährdung eingetreten ist; es genügt, dass eine Gefährdung Dritter möglich bzw. „nicht ganz unwahrscheinlich" ist.[76] Das ist der Fall, da schon früher bei ähnlichen Gelegenheiten „Schwierigkeiten für Pkw-Fahrer" aufgetreten waren. **45**

Demnach sind verschiedene öffentlich-rechtliche Vorschriften nicht eingehalten worden. Die Bauaufsichtsbehörde war also nach § 58 II BauO NRW zum Einschreiten befugt.

b) Die *T* müsste für die Beseitigung der genannten Störungen der öffentlichen Sicherheit auch *ordnungspflichtig* sein. Die *T* ist als Bauherrin neben anderen am Bau Beteiligten (ua dem Bauleiter *I,* § 56 BauO NRW) dafür verantwortlich, dass die öffentlich-rechtlichen Vorschriften eingehalten werden, §§ 52, 53 I BauO NRW. Bei dieser Vorschrift handelt es sich um eine spezifisch baurechtliche Konkretisierung **46**

---

[73] Gädtke/*Hanne/Bökamp-Gerdemann* BauO NRW § 11 Rn. 3.
[74] So bereits *OVG NRW* NJW 1965, 267 (268).
[75] Gädtke/*Johlen* BauO NRW § 3 Rn. 6.
[76] *Hentschel/König/Dauer,* Straßenverkehrsrecht, 46. Aufl. 2021, StVO § 32 Rn. 17 mwN.

des allgemeinen ordnungsrechtlichen Grundsatzes der Handlungshaftung (§ 17 OBG NRW), aber auch der Zustandshaftung (§ 18 OBG).[77]

Die *T* könnte weiter für die Pflichtverletzung von ihr bestellter Verrichtungsgehilfen gem. § 17 III OBG NRW verantwortlich sein. Der Bauleiter *I* ist bei ihr weisungsabhängig angestellt und damit Verrichtungsgehilfe.[78] Er hat es unterlassen, die Firmen *A* und *B* oder andere von ihm zu bestellende Dritte zur unverzüglichen Beseitigung der Straßenverunreinigung zu bewegen, obwohl er als Bauleiter darauf zu achten hat, dass die Arbeiten der Unternehmer gefahrlos ineinandergreifen und unter Einhaltung der öffentlich-rechtlichen Vorschriften durchgeführt werden, § 56 I BauO NRW. Diese Überwachungspflicht erlischt nicht dadurch, dass die Firmen *A* und *B* laut privatrechtlichem Vertrag mit der *T* zur selbstständigen Beseitigung der Verunreinigungen verpflichtet waren; die Verantwortlichkeiten bestehen vielmehr nebeneinander.[79] Für diese Pflichtwidrigkeit des *I* ist die *T* also nach § 17 III OBG NRW verantwortlich. Hingegen haftet sie nicht für das Verhalten von *A* und *B*, da diese als unabhängige Bauunternehmer ein Werk selbstständig durchführen; somit sind sie keine Verrichtungsgehilfen, da die „weisungsgebundene Abhängigkeit einer Person von einer anderen" fehlt.[80]

Schließlich könnte die *T* noch nach § 18 I 1 OBG NRW als Zustandsstörerin ordnungspflichtig sein, weil die Störung von dem in ihrem Eigentum stehenden Grundstück ausgeht. Dann müsste das Grundstück die *unmittelbare* Gefahrenquelle sein.[81] Das ist zB anzunehmen, wenn von einem Rohbau Eisenträger herunterfallen. Hier wird jedoch der Straßenverkehr nicht schon durch die Existenz des Baugrundstücks, sondern erst durch die Fahrzeuge der Firmen *A* und *B*, die das Erdreich auf die Straße streuen, unmittelbar gefährdet.

Insgesamt ist die *T* demnach als Bauherrin nach § 56 I BauO NRW sowie für die Pflichtwidrigkeit des Bauleiters *I* nach § 17 III OBG NRW ordnungspflichtig.

47 **c)** Neben der *T* sind – wie erwähnt – auch noch andere Personen gem. § 52 BauO NRW verantwortlich, und zwar der *I* als Bauleiter (§ 56 BauO NRW) sowie die Firmen *A* und *B* als Unternehmen (§ 55 BauO NRW bzw. § 17 I, III OBG NRW), die die Störung der Verkehrssicherheit unmittelbar verursacht haben. Es fragt sich, ob die Heranziehung gerade der *T* rechtmäßig ist. Unter mehreren Ordnungspflichtigen kann die Bauaufsichtsbehörde im Grundsatz nach pflichtgemäßem Ermessen *auswählen.*[82]

Die Wahlmöglichkeit wird allerdings durch Regeln über die Ausübung des Ermessens eingeengt. Im Prinzip soll sich die Behörde danach an denjenigen Störer halten, der örtlich und zeitlich dem Schaden am nächsten ist und ihn am leichtesten beseitigen kann. Es soll der wirkungsvollste Weg der Gefahrenabwehr gewählt werden, wobei das Übermaßverbot (Geeignetheit, Erforderlichkeit, Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne) und das Willkürverbot (Art. 3 I GG) beachtet werden müssen.[83] Das könnte für eine Heranziehung der Firmen *A* und *B* sprechen. Jedoch ist auch die Heranziehung

---

[77] Gädtke/*Wenzel* BauO NRW § 52 Rn. 6.
[78] *OVG NRW* JZ 1964, 367 (368); *Rietdorf/Heise/Böckenförde/Strehlau,* Ordnungs- und Polizeirecht in Nordrhein-Westfalen, 2. Aufl. 1972, OBG § 17 Rn. 11.
[79] *Rietdorf/Heise/Böckenförde/Strehlau,* OBG § 16 Rn. 13, OBG § 17 Rn. 11.
[80] Vgl. *Rietdorf/Heise/Böckenförde/Strehlau,* OBG § 17 Rn. 11; Grüneberg/*Sprau,* BGB, 81. Aufl. 2022, § 831 Rn. 5.
[81] Vgl. zum Erfordernis der Unmittelbarkeit der Störung als Zurechnungsprinzip im Ordnungsrecht *Götz/Geis,* Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 17. Aufl. 2022, § 13 Rn. 10 ff.
[82] Vgl. zum sog. „Auswahlermessen" *OVG NRW* OVGE 19, 101.
[83] *Götz/Geis,* Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 17. Aufl. 2022, § 16 Rn. 9, 11 ff.

beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

der *T* nicht ermessensfehlerhaft: Sie haftet – wie dargelegt – aus *zwei* Gründen, nämlich aus § 53 BauO NRW *und* aus § 17 III OBG NRW, ferner ist sie nach den Grundpflichten des § 52 BauO NRW als Bauherrin *immer,* die anderen am Bau Beteiligten nur „im Rahmen ihres Wirkungskreises", verantwortlich. Weiter hat sie eine rechtliche Einwirkungsmöglichkeit auf sämtliche Beteiligten. Sie kann mindestens ebenso wirksam wie die Unternehmer *A* und *B* für die Beseitigung der Verunreinigungen sorgen. Schließlich wäre es für die Bauaufsichtsbehörde unzumutbar, in sämtlichen zukünftigen, von der Verfügung umfassten Fällen festzustellen, ob gerade *A* oder *B* die Verunreinigung verursacht hat. Die Heranziehung der *T* war somit ermessensfehlerfrei.

d) Schließlich ist auch nicht gegen sonstige verwaltungsrechtliche Grundsätze wie die der *Verhältnismäßigkeit*, *Bestimmtheit* oder *Unmöglichkeit* verstoßen worden, vgl. ua § 15 OBG NRW. Die Verfügung ist bestimmt genug (Straßenverschmutzung muss bis 17.00 Uhr des jeweiligen Tages beseitigt sein), sie dient nicht „lediglich" dem *Zweck der Aufsichtserleichterung* (s. § 20 II 1 OBG NRW) und ist als Konkretisierung der gesetzlichen Pflicht aus § 17 I StrWG NRW auch verhältnismäßig. Letztlich kann „tatsächliche Unmöglichkeit" nicht deshalb angenommen werden, weil am 16.5.2022 nach dem Sachverhalt „städtische Kehrmaschinen den festgefahrenen Lehm nicht beseitigen konnten". Mit Wasser und manuellem Einsatz kann auch festgefahrener Lehm entfernt werden. Auch unter diesem Gesichtspunkt bestehen also keine Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit der Verfügung. **48**

3. Ergebnis **49**

Da die Verfügung der Bauaufsichtsbehörde nach allem formell und materiell rechtmäßig ist, hat die Anfechtungsklage der *T* keine Aussicht auf Erfolg.

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Fall 13. Der ungenehmigte Anbau

Stilllegungsverfügung – Beseitigungsanordnung – formelle und materielle Baurechtswidrigkeit – Abstandsflächen – Ausnahmen **50**

Auf Betreiben der Mieter will die *T* im Hinterhof einen längeren zweigeschossigen Anbau mit einer Außenwand von 6m Höhe an dem Hochhaus mit einem Durchgang errichten, in dem Gemeinschaftshobbyräume untergebracht werden sollen. Sie beantragt eine entsprechende Baugenehmigung. Als diese nach einiger Zeit noch nicht erteilt ist, beginnt die *T* mit der Ausführung des Vorhabens. Der Anbau reicht mit seiner fensterlosen Rückfront bis auf 5 m an die mit Fenstern versehene Hinterfront eines gegenüberliegenden Nachbarhauses, dessen Abstandfläche von 3 m sich mit 2 m auf dem eigenen Grundstück und mit 1 m – durch eine Baulast gesichert – auf dem Grundstück der *T* befindet. Kurz vor der Fertigstellung erhält der Oberbürgermeister als Bauaufsichtsbehörde Kenntnis von dem Anbau. Nach erfolgter Anhörung erlässt er daraufhin am 16.5.2022 eine Verfügung, mit der er der *T* aufgibt, 1) jegliche Bautätigkeit sofort einzustellen, 2) den Anbau binnen sechs Wochen zu beseitigen. Er begründet das damit, dass die *T* nicht im Besitz einer entsprechenden Baugenehmigung sei und diese auch nicht erteilt werde, da der Anbau wegen Verstoßes gegen die Normen über Gebäudeabstandsflächen nicht zulässig sei. Die *T* möchte insbesondere den Abriss verhindern. Sie meint, dass die Baugenehmigung erteilt werden müsste, da eine geringere Tiefe der Abstandsflächen gestattet werden könne. Sie trägt hierzu vor, dass das Vorhaben in einem überwiegend bebauten Gebiet und nicht im Geltungsbereich eines Bebauungsplans liegt. Die Belichtung des Nachbarhauses werde nicht beeinträchtigt und der Nachbar habe dem Anbau zugestimmt (was zutrifft).

Hätte eine Klage der *T* Aussicht auf Erfolg?

Gliederung

51 I. Zulässigkeit einer Klage
II. Begründetheit der Klage
1. Die Stilllegungsverfügung/Baueinstellungsanordnung
a) Ermächtigungsgrundlage
b) Formelle Baurechtswidrigkeit
c) Ergebnis
2. Die Beseitigungsanordnung
a) Formelle Illegalität des Anbaus
b) Materielle Illegalität des Anbaus
c) Übermaßverbot: Keine Möglichkeit zur Herstellung des rechtmäßigen Zustands auf andere Weise
d) Ergebnis

Lösung

52 I. Zulässigkeit einer Klage

Die Stilllegungs- und Abrissverfügungen stellen für die *T* belastende Verwaltungsakte dar. Statthafte Klageart gegen beide Verfügungen ist daher die Anfechtungsklage nach § 42 I Alt. 1 VwGO, die *T* fristgerecht nach § 74 I 2 VwGO innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe beim zuständigen Verwaltungsgericht erheben müsste. Insoweit ergibt sich keine Änderung gegenüber Fall 12. Zu beachten ist nur, dass es sich sachlich um zwei unterschiedliche Anordnungen handelt, nämlich eine Stilllegungs- und eine Abrissverfügung. Die *T* kann gegen beide Anordnungen im Wege der objektiven Klagehäufung gem. § 44 VwGO gemeinsam klagen. Klagegegner ist nach dem in NRW geltenden Rechtsträgerprinzip gem. § 78 I Nr. 1 VwGO die Körperschaft, deren Behörde den angefochtenen Verwaltungsakt erlassen hat, also die Stadt *S* (vgl. auch hierzu Fall 12, → § 3 Rn. 36).

53 II. Begründetheit der Klage

Die Anfechtungsklage ist gem. § 113 I 1 VwGO begründet, wenn die Anordnungen rechtswidrig sind und die *T* in ihren Rechten verletzt.

Beide Anordnungen sind *getrennt* auf ihre Rechtmäßigkeit zu untersuchen.

54 1. Die Stilllegungsverfügung/Baueinstellungsanordnung

55 a) Als *Ermächtigungsgrundlage* für die Stilllegungsverfügung kommt § 81 I 1 BauO NRW in Betracht. Danach kann die Bauaufsichtsbehörde die Einstellung der Arbeiten anordnen, wenn die (baulichen) Anlagen im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften errichtet, geändert oder beseitigt werden.

56 Hinweis: Die typischen bauaufsichtsrechtlichen Maßnahmen, wie die Stilllegungsverfügung, Nutzungsuntersagung und Beseitigungsanordnung, wurden in NRW vor dem Jahr 2019 auf die bauordnungsrechtliche Generalklausel (§ 61 I 2 BauO NRW 2000, jetzt: § 58 II BauO NRW) gestützt. Der Landesgesetzgeber hat im Zuge der Modernisierung der BauO NRW – wie bereits andere Bundesländer zuvor – differenzierende Regelungen zu diesen Ordnungsmaßnahmen aufgenommen (zur Beseitigungsverfügung und Nutzungsuntersagung nach § 82 BauO NRW → § 3 Rn. 59 ff.). Die Begründung des Gesetzesentwurfs schweigt zu der Frage, in welchem Verhältnis § 58 II 2 BauO NRW, der der zuvor geltenden Regelung in § 61 I 2 BauO

beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

NRW 2000 entspricht,[84] und die Regelungen der §§ 80–82 BauO NRW zueinander stehen,[85] was die Schlussfolgerung zuließe, dass der Gesetzgeber keine neuen Ermächtigungsgrundlagen schaffen wollte. Der Wortlaut und die systematische Stellung der Normen (4. Teil, 4. Abschnitt: „Bauaufsichtliche Maßnahmen") sprechen jedoch eindeutig dafür, die Regelungen der §§ 80–82 BauO NRW als spezielle Eingriffsbefugnisnormen zu behandeln, die der bauordnungsrechtlichen Generalklausel des § 58 II BauO NRW vorgehen.[86]

b) Bei der Überprüfung der *formellen Rechtmäßigkeit* bestehen nach dem Sachverhalt aus Form- und Verfahrensgründen keine Bedenken. In Fall 12 wurde bereits dargelegt,[87] dass der Oberbürgermeister der Stadt *S* als Bauaufsichtsbehörde für derartige Maßnahmen *zuständig* ist. **57**

Die Bauaufsichtsbehörde kann nach § 81 I 1 BauO NRW die Einstellung der Arbeiten anordnen, wenn das Vorhaben öffentlich-rechtlichen Vorschriften widerspricht. Das gilt ua auch, wenn die Ausführung eines Vorhabens entgegen den Vorschriften des § 74 VII–IX BauO NRW begonnen wurde (§ 81 I 2 Nr. 1 BauO NRW) oder gem. § 81 I 2 Nr. 2 bei der Ausführung a) eines genehmigungsbedürftigen Vorhabens von den genehmigten Bauvorlagen bzw. b) eines genehmigungsfreigestellten Bauvorhabens von den eingereichten Unterlagen abgewichen wird.

Der Gesetzgeber bringt damit nunmehr deutlich zum Ausdruck, was von der hM schon immer vertreten wurde: Bei *formeller Baurechtswidrigkeit* ist die Behörde *grundsätzlich* berechtigt, die sofortige Einstellung der Bauarbeiten anzuordnen, weil andernfalls die Genehmigungspflicht oder die Freistellungsvoraussetzungen (insbesondere die Einreichung der erforderlichen Bauunterlagen) und damit auch die Autorität der Bauaufsichtsbehörde fast beliebig umgangen werden könnte.[88]

Durch die Errichtung eines sog. „Schwarzbaus" würde die *T* öffentlich-rechtliche Vorschriften verletzen, nämlich §§ 60 I, 74 VII BauO NRW, wonach die Errichtung baulicher Anlagen grundsätzlich einer Genehmigung bedarf und vor deren Zugang nicht mit der Bauausführung begonnen werden darf. Die Errichtung einer Anlage ohne erforderliche Baugenehmigung ist nach § 86 I Nr. 15, III BauO NRW eine Ordnungswidrigkeit, die mit Geldbuße bis zu 500.000 EUR geahndet werden kann. Ein Verstoß gegen diese öffentlich-rechtlichen Vorschriften wäre aber nur gegeben, wenn der für Hobbyräume gedachte Anbau an das Hochhaus nicht genehmigungs- bzw. verfahrensfrei ist. Es handelt sich hierbei angesichts der Größe des Gebäudes nicht um ein Vorhaben, das sich dem umfangreichen Katalog der verfahrensfreien Bauvorhaben nach § 62 I BauO NRW zuordnen lässt. Nach seiner Größe könnte der Anbau der Genehmigungsfreistellung iSd § 63 I BauO NRW unterliegen. Das Vorhaben liegt nach dem Sachverhalt aber nicht in dem Geltungsbereich eines Bebauungsplans, so dass es aufgrund § 63 II 1 Nr. 1 BauO NRW nicht genehmigungsfrei gestellt ist. Der Anbau ist also genehmigungspflichtig. Ein Vorhaben, das ohne die erforderliche Baugenehmigung errichtet wird, ist – unabhängig davon, ob es materiell-rechtlich mit den baurechtlichen Vorschriften vereinbar ist – immer *formell baurechtswidrig.* Bei formeller Baurechtswidrigkeit ist die Behörde grund-

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

---

[84] NRWLT-Drs. 17/2166, 156.
[85] NRWLT-Drs. 17/2166, 197.
[86] *Schulte Beerbühl* BauR NRW C. Rn. 406 f.; *Dietlein/Hellermann* NRWÖffR § 4 Rn. 290.
[87] Vgl. → § 2 Rn. 39.
[88] *Muckel/Ogorek* ÖffBauR § 9 Rn. 40; *SchlHOVG* BRS 16 Nr. 130; *OVG NRW* BRS 47 Nr. 197; PrOVGE 105, 215; HBG ÖffBauR/*Grotefels* § 16 Rn. 87; *Mampel* BauR 2000, 996 (999). Werden die Arbeiten trotzdem fortgesetzt, kann die Baustelle versiegelt werden (dazu *OVG NRW* BRS 16 Nr. 130), Baumaterialien oder Gerätschafen in amtlichen Gewahrsam gebracht werden, vgl. § 81 II BauO NRW. Ist das Bauwerk fertiggestellt, kann seine Inbetriebnahme verhindert werden (BHGZ 8, 97; *OVG NRW* BRS 28 Nr. 172).

sätzlich berechtigt, die sofortige Einstellung der Bauarbeiten gem. § 81 I BauO NRW anzuordnen, weil andernfalls die Genehmigungspflicht fast beliebig umgangen werden und „vollendete Tatsachen" geschaffen werden könnten.[89] Die *T* als Bauherrin ist gem. §§ 52, 53 BauO NRW richtige Adressatin der Verfügung. Ermessenfehler, insbesondere ein Verstoß gegen rechtsstaatliche Grundsätze, etwa das Übermaßverbot, sind nicht ersichtlich.[90] Die Stilllegungsverfügung war demnach rechtmäßig.

58 **c) Ergebnis.** Hinsichtlich der Stilllegungsverfügung hätte eine Klage der *T* somit keine Aussicht auf Erfolg.

59 **2. Die Beseitigungsanordnung**

a) Es ist zu prüfen, ob auch die Verfügung, den Anbau zu beseitigen, unter dem Gesichtspunkt gerechtfertigt ist, dass der Anbau wegen Verstoßes gegen §§ 60 I, 74 VII, 86 I Nr. 15 BauO NRW *formell baurechtswidrig* ist. Werden Anlagen im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften errichtet oder geändert, kann die Bauaufsichtsbehörde nach § 82 I 1 BauO NRW[91] die teilweise oder vollständige Beseitigung der Anlage anordnen, wenn nicht auf andere Weise rechtmäßige Zustände hergestellt werden können. Zwar liegt insoweit – wie oben ausgeführt – ein Verstoß gegen öffentlich-rechtliche Vorschriften vor. Eine sofortige Beseitigung des Bauwerks kann dennoch nicht ohne weiteres verlangt werden, weil dem Bauherrn bei Übereinstimmung des Bauvorhabens mit materiellem Baurecht zur Herstellung rechtmäßiger Zustände ein Anspruch auf Erteilung der Genehmigung (und damit auf Beseitigung der formell-rechtlichen Schranke) zusteht.[92] Eine Beseitigungsanordnung ist daher grundsätzlich so lange unzulässig, bis über die Erteilung oder Versagung der Bauerlaubnis endgültig Klarheit geschaffen worden ist.[93] Steht die Entscheidung über den Bauantrag endgültig fest, dann darf der Abriss nur verlangt werden, wenn außer der fehlenden Baugenehmigung *(formelle Illegalität)* das Bauvorhaben auch gegen Bestimmungen des materiellen Baurechts verstößt *(materielle Illegalität).*[94] Lediglich in Ausnahmefällen, wenn bspw. die Beseitigung den ohne die erforderliche Baugenehmigung Bauenden nicht wesentlich härter trifft als ein Nutzungsverbot oder – wie bei Werbeanlagen – das Nutzungsverbot einer Beseitigung gleichkommt, darf die Behörde die sofortige Entfernung des Baukörpers allein wegen der formellen Illegalität verlangen. In diesen Fällen muss die Beseitigung der

beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

---

89 *Will* Rn. 833 ff.

90 Eine Stilllegungsverfügung ist jedoch dann unverhältnismäßig und ermessensfehlerhaft, wenn bereits ein Bauantrag gestellt ist, das Vorhaben aus Sicht der Genehmigungsbehörde genehmigungsfähig ist und der Erteilung einer Baugenehmigung auch sonst nichts im Wege steht, vgl. *OVG NRW* NVwZ-RR 2002, 564. Aus Gründen der Verhältnismäßigkeit wird es auch nicht als zulässig angesehen, die Räumung einer Wohnung in einem bloß formell illegal errichteten Haus anzuordnen, vgl. *OVG RhPf* BRS 18 Nr. 145.

91 Wie die übrigen Landesbauordnungen beinhaltet auch das nordrhein-westfälische Landesrecht in Anlehnung an § 80 S. 1 MBO seit 2019 für die Beseitigung ebenfalls eine spezielle Ermächtigungsgrundlage.

92 So schon PrOVGE 13, 393; 30, 286; 195, 300; *BVerwG* DÖV 1958, 80; BauR 2002, 1520 (1523); *Stollmann/Beaucamp* ÖffBauR § 19 Rn. 23.

93 *OVG Bln* JR 1972, 171; BGHZ 8, 104; vgl. auch Schoch Studium BesVerwR/*Krebs* 4. Kapitel Rn. 231.

94 Ganz hM, vgl. BVerwGE 19, 162 f.; *OVG NRW* BauR 2015, 1963; *Lindner* JuS 2014, 118 ff.; *SchlHOVG* DÖV 1960, 142; *OVG NRW* NWVBl. 1997, 469; *Battis* ÖffBauR Rn. 599; aA *Mampel* BauR 1996, 13 (19 f.); *ders.* BauR 2000, 1001 f., der nur das Vorliegen der materiellen Illegalität verlangt; *Koch/Hendler* § 26 Rn. 25 wollen für eine Beseitigungsanordnung die formelle Illegalität genügen lassen. Auf diese Gegenauffassungen näher eingehend *Muckel/Ogorek* ÖffBauR § 9 Rn. 33 ff.

baulichen Anlage jedoch ohne erheblichen Substanzverlust und andere – absolut und im Wert zur baulichen Anlage gesehen – hohe Kosten für Entfernung und Lagerung möglich sein.[95] Selbstverständlich ist die formelle Illegalität keine Voraussetzung für eine Beseitigungsanordnung, wenn ein Vorhaben keiner Baugenehmigung bedarf, es also verfahrensfrei oder genehmigungsfrei gestellt ist. Konsequenterweise kann eine Beseitigungsanordnung ggf. alleine mit der materiellen Illegalität der baulichen Anlage begründet werden.[96]

b) Der Anbau der *T* müsste daher *auch materiell illegal* sein. Nach Ansicht der Bauaufsichtsbehörde sind die Vorschriften über die Gebäudeabstandflächen nicht eingehalten. Einschlägige Vorschrift ist § 6 BauO NRW. Unter Berücksichtigung der Außenwandhöhe des zweigeschossigen Anbaus von 6 m beträgt die Tiefe der Abstandfläche nach § 6 V 1, IV BauO NRW rechnerisch 2,4 m (6 m × 0,4 H[97]). Diese Abstandfläche liegt auch auf dem Grundstück der *T* selbst, so dass § 6 II 1 BauO NRW erfüllt ist. In Betracht kommt ein Verstoß gegen § 6 III BauO NRW. Nach dieser Norm dürfen sich die Abstandflächen grundsätzlich nicht überdecken. Das Nachbarhaus hat eine Abstandfläche von 3 m, die sich mit 2 m auf dem eigenen Grundstück und mit 1m auf dem Grundstück der *T* befindet. **60**

Eine Ausnahme von der Regel des § 6 II 1 BauO NRW (hier für das Nachbarhaus) enthält § 6 II 3 BauO NRW: Es ist zulässig, dass sich Abstandflächen auch auf andere Grundstücke erstrecken, wenn durch eine Baulast gesichert ist, dass sie nur mit in der Abstandsfläche zulässigen baulichen Anlagen überbaut und auf die auf diesen Grundstücken erforderlichen Abstandflächen nicht angerechnet werden. Im vorliegenden Fall ist aufgrund der Sicherung durch die Baulast anzunehmen, dass die Voraussetzungen des § 6 II 3 BauO NRW erfüllt waren, bevor die *T* den Anbau ohne Baugenehmigung errichtete.

Da der Anbau 5 m von dem Nachbarhaus entfernt ist, die beiden Abstandflächen aber 5,4m (3m + 2,4m) betragen, überdecken sie sich um 0,4 m. Gem. § 6 III Nr. 3 BauO NRW gilt das Überdeckungsverbot nicht, wenn das Bauvorhaben der *T* in den Abstandflächen zulässig ist oder gestattet wird. Eine Zulässigkeit des Vorhabens in den Abstandsflächen ist nicht ersichtlich; eine behördliche Gestattung liegt nicht vor. Damit wäre das Vorhaben der *T* auch materiell illegal. Im Regelfall kann dann die *Beseitigung des Bauwerks* verlangt werden. Denn wenn ein „Schwarzbauer" erwarten könnte, dass die in baurechtswidriger Weise geschaffenen vollendeten Tatsachen aufrechterhalten bleiben, dann wäre das geradezu ein Anreiz, einen nicht genehmigungsfähigen Bau ohne Kenntnis der Behörde zu errichten.

c) Dieser Grundsatz gilt indes nur mit einer weiteren als Ausfluss des *Übermaßverbotes* normierten Einschränkung: Die Beseitigung darf nach § 82 I 1 BauO NRW nur verlangt werden, wenn nicht *auf andere Weise rechtmäßige Zustände hergestell*t werden können. Es muss also ausgeschlossen sein, den rechtswidrigen Zustand durch Anordnung von Bedingungen oder Auflagen, durch Gestattungen oder durch die nachträgliche Zulassung von Abweichungen zu beseitigen. Eine Möglichkeit der Gestattung, die im vorliegenden Fall in Betracht kommt, ist in § 6 XII BauO NRW **61**

---

[95] *OVG NRW* BauR 2006, 369; *Jäde* ZfBR 2015, 19 (27).

[96] *Will* Rn. 816.

[97] Mit der BauO NRW 2018 hat der Landesgesetzgeber das bisherige abstandsflächenrechtliche Anforderungsniveau in NRW vermindert. Der neu gefasste § 6 V BauO NRW behandelt die Tiefe der Abstandsflächen und wird weitgehend an die MBO angepasst. Die Verringerung der Abstandsflächentiefe von 0,8 H auf 0,4 H – unter Beibehaltung der bisherigen Mindestabstandsflächentiefe von 3m – entspricht den geringsten in anderen Länderbauordnungen vorgefundenen Werten und den Orientierungswerten in der MBO.

beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

normiert: In überwiegend bebauten Gebieten können geringere Tiefen der Abstandflächen gestattet oder verlangt werden, wenn die Gestaltung des Straßenbildes oder besondere städtebauliche Verhältnisse dies auch unter Würdigung nachbarlicher Belange rechtfertigen, und wenn Gründe des Brandschutzes nicht entgegenstehen.

Nach dem Sachverhalt befinden sich das Hochhaus und der Anbau in einem überwiegend bebauten Gebiet. Die Überdeckung der Abstandflächen beträgt lediglich 0,4m; sie ist also geringfügig. Der Eigentümer des Nachbarhauses hat dem Anbau der *T* zugestimmt. An der Rückfront befinden sich keine Fenster. Außerdem wird die Belichtung des Nachbarhauses nicht beeinträchtigt. Mangels anderer Angaben kann mithin davon ausgegangen werden, dass die Gestaltung des Straßenbildes oder besondere städtebauliche Verhältnisse eine um 0,4 m geringere Tiefe der Abstandfläche rechtfertigen. Da die Außenwände der Häuser einen Abstand von 5 m haben, stehen Gründe des Brandschutzes der geringeren Tiefe auch nicht entgegen.

Die Voraussetzungen für eine Gestattung der geringeren Tiefe der Abstandflächen sind demnach erfüllt. Es kann also auf andere Weise ein rechtmäßiger Zustand hergestellt werden, so dass die Voraussetzungen für eine Beseitigungsanordnung nach § 82 I 1 BauO NRW nicht vorliegen. Die Verfügung des Oberbürgermeisters ist rechtswidrig.

62 **d) Ergebnis.** Bezüglich der Abrissverfügung/Beseitigungsanordnung hätte eine Klage der *T* Aussicht auf Erfolg.

63 **Exkurs:** Durch das Änderungsgesetz vom 30.6.2021 ist in NRW mit § 82 II BauO NRW eine weitere spezielle Ermächtigungsgrundlage geschaffen worden. Danach kann die Beseitigung von baulichen Anlagen verlangt werden, die nicht mehr genutzt werden und verfallen. Ein bauordnungsrechtliches behördliches Einschreiten ist dabei nicht nur bei Vorliegen einer von der baulichen Anlage ausgehenden konkreten Gefahr denkbar, sondern kann auch bei einer erheblichen optischen Beeinträchtigung des Landschafts- oder Ortsbildes gerechtfertigt sein.[98]

Eine weitere wichtige Bauordnungsverfügung neben der Stilllegungs-/Baueinstellungsverfügung und der Abriss-/Beseitigungsverfügung ist die *Nutzungsuntersagung*. Eine Nutzungsuntersagung erfolgt, wenn nicht die Anlage als solche, sondern nur ihre konkrete Nutzung im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften steht. Wie in den Bauordnungen der anderen Bundesländer findet sich in § 82 I 2 BauO NRW eine spezielle Ermächtigungsgrundlage für die Nutzungsuntersagung. Danach kann die Nutzung einer Anlage untersagt werden, wenn sie im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften genutzt wird. Bei genehmigungspflichtigen Nutzungen ohne Baugenehmigung ist umstritten, ob – wie bei der Stilllegungsverfügung – bereits die formelle Illegalität ausreicht oder ob – wie bei der Beseitigungsanordnung – zusätzlich materielle Illegalität vorliegen muss. Nach einer vornehmlich in der Rechtsprechung vertretenen, als herrschend anzusehenden Ansicht genügt grundsätzlich bereits die formelle Illegalität der Nutzung für die Anordnung der Verfügung.[99] Denn durch die Nutzungsuntersagung werde das Eigentum in seiner Substanz nicht berührt. Die geschaffene Bausubstanz werde nicht irreparabel oder endgültig zerstört. Die Stärke und das Ausmaß des Eingriffs seien daher mit der Stilllegungsanordnung vergleichbar. Die Gegenansicht verlangt dagegen auch materielle Illegalität.[100] Denn durch ein Nutzungsverbot, insbesondere bei gewerblicher Nutzung, könne das Eigentum genauso entwertet werden wie bei einer Beseitigungsanordnung. Beide Ansichten gelangen in der Regel zu demselben Ergebnis. Denn auch die herrschende Auffassung berücksichtigt eine offensichtliche materielle Legalität im Rahmen

---

[98] S. NRWLT-Drs. 17/12033, 130.

[99] *SchlHOVG* NVwZ-RR 2002, 822; *HessVGH* NVwZ-RR 2002, 823; *OVG RhPf* BauR 1997, 103; *OVG NRW* NVwZ-RR, 1989, 344, s. zum Meinungsstreit *Schoch* JURA 2005, 178 (180), *Stollmann/Beaucamp* ÖffBauR § 19 Rn. 19 f.

[100] *VGH BW* NVwZ 1997, 601; nach der Eingriffsintensität und der zeitlichen Wirkung der Nutzungsuntersagung differenzierend *Muckel/Ogorek* ÖffBauR § 9 Rn. 40 f.