

Öffentliches Baurecht Band II: Bauordnungsrecht, Nachbarschutz Rechtsschutz

Bearbeitet von
Begründet von Prof. Dr. Klaus Finkelnburg, Fachanwalt für Verwaltungsrecht, und Prof. Dr. Karsten-
Michael Ortloff, Vorsitzender Richter am Verwaltungsgericht a.D., Fortgeführt von Prof. Dr. Christian-W.
Otto, Rechtsanwalt

7. Auflage 2018. Buch. Rund 300 S. Kartoniert
ISBN 978 3 406 70176 4
Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

[Recht > Öffentliches Recht > Öffentliches Baurecht, Vergaberecht](#)

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

The logo for beck-shop.de features the text 'beck-shop.de' in a bold, red, sans-serif font. Above the 'i' in 'shop' are three red dots of varying sizes. Below the main text, the words 'DIE FACHBUCHHANDLUNG' are written in a smaller, red, all-caps, sans-serif font.

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](#) ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

Bauherrn ohne Einfluss bleiben. Die Baugenehmigung lässt also die festgestellte Rechtmäßigkeit des Bauvorhabens auch dann fortbestehen, wenn dieses wegen einer zwischenzeitlich eingetretenen Änderung der Rechtslage nicht mehr genehmigungsfähig wäre. Diese Sicherungsfunktion ist in formeller Hinsicht in der Wirksamkeit (in dem Bestand) der Genehmigung begründet (vgl. § 43 II VwVfG), in materieller Hinsicht in der eigentumskräftig verfestigten Rechtsposition, die der Bauherr durch die Feststellung der materiellen Legalität seines Vorhabens und die Beseitigung des präventiven Bauverbots erlangt. Die sich aus den baurechtlichen Normen ergebende materielle Legalität wird durch den feststellenden Teil der Baugenehmigung formalisiert und durch den verfügenden Teil zugleich verfestigt. Zu dem von Art. 14 I 2 GG geschützten Eigentum gehört nunmehr nicht nur ein mehr oder weniger abstraktes materielles Recht, sondern die konkrete Berechtigung, auf dem Grundstück ein bestimmtes Bauvorhaben zu verwirklichen. Das rechtfertigt es, von einer durch die Baugenehmigung *eigentumskräftig verfestigten Rechtsposition* des Bauherrn zu sprechen.⁶²

b) Nach Ausnutzung

Nach Ausnutzung der Baugenehmigung erlischt diese nicht etwa, sondern bleibt bestehen. Zwar wird mit der Ausführung und Fertigstellung des Bauwerks bzw. mit der Aufnahme der genehmigten Nutzung der verfügende Teil der Genehmigung „verbraucht“ und verliert seine Funktion.⁶³ Doch bleibt der feststellende Teil wirksam und entfaltet im Rahmen der Wirksamkeit bzw. Bestandskraft Schutzwirkungen zugunsten des Bauwerks bzw. der Nutzung. Solange und soweit nämlich die Genehmigung nicht aufgehoben wird (vgl. § 43 II VwVfG), sind das in seiner Funktion genehmigte Bauwerk bzw. die ohne Baumaßnahmen genehmigte Nutzung formell rechtmäßig und damit gegen ein Beseitigungsverlangen abgesichert.⁶⁴ Von den Wirkungen dieser (formellen) *Bestandskraft* sind diejenigen des (materiellen) *Bestandschutzes* zu unterscheiden, den eine materiell rechtmäßige bauliche Anlage genießen kann und der ebenfalls einer Beseitigung entgegensteht.⁶⁵ Beide Wirkungen fallen bei einer formell und materiell legalen baulichen Anlage zusammen, weil die Schutzwürdigkeit der rechtmäßigen Eigentumsausübung durch die Genehmigung hergestellt wird. Sie können aber auch jeweils nur für sich vorhanden sein, wenn ein Bauwerk entweder nur formell oder nur materiell legal ist.

3. Die Bindungswirkungen

a) Formelle Wirksamkeit und materielle Bindungswirkungen

Wie jeder andere Verwaltungsakt auch ist die Baugenehmigung während ihres Bestandes *formell wirksam* und verschafft damit ihrem Inhalt Geltung. Dieser Inhalt mag rechtmäßig oder wegen Überschreitung der Sachentscheidungskompetenz bzw. aus anderen Gründen rechtswidrig sein – lediglich die nichtige Baugenehmigung ist von Anfang an unwirksam (vgl. §§ 43 III, 44 VwVfG). Von dieser formellen Wirksamkeit kann sich die Bauaufsichtsbehörde nur durch Rücknahme oder Widerruf der Baugenehmigung (vgl. §§ 48 f. VwVfG) lösen. Der durch den dem Zeitpunkt der Wirksamkeit (vgl. § 43 I 1 VwVfG) i. d. R. nachfolgenden Eintritt der Unanfecht-

⁶² Diese Position hat nichts mit der früher aus Art. 14 I GG abgeleiteten „eigentumskräftig verfestigten Anspruchsposition“ zu tun; s. hierzu unten § 13 Rn. 32 f.

⁶³ OVG Koblenz BRS 18 Nr. 145 (S. 237).

⁶⁴ OVG Lüneburg BRS 35 Nr. 168; OVG Münster NWVBl 1997, 11 (dieser Schutz entfällt bei Aufnahme einer qualitativ anderen als der genehmigten Nutzung); s. unten § 13 Rn. 11 ff.

⁶⁵ S. unten § 13 Rn. 24 ff.

barkeit (Bestandskraft) gegebene Zeitfaktor spielt keine Rolle: Es besteht grundsätzlich kein Unterschied in der Wirksamkeit des Verwaltungsakts vor und nach seiner Unanfechtbarkeit (Bestandskraft).⁶⁶

- 37 *Materielle Bindungswirkungen* entfaltet die Baugenehmigung im Umfang ihres Inhalts gegenüber den davon Betroffenen. Das bedeutet: Gebunden sind diese an die – eigenverantwortliche – Feststellung der Bauaufsichtsbehörde, dass das Vorhaben materiell legal ist. Gebunden sind sie gegebenenfalls auch an die Feststellung, dass die zusätzlich erforderlichen fremdverantwortlichen Genehmigungen usw. vorliegen. Hinsichtlich des Inhalts dieser Verwaltungsakte – der ja nicht auch Inhalt der Baugenehmigung ist, sondern auf fremden Sachentscheidungskompetenzen beruht und über diese Bindungswirkungen entfaltet – tritt dagegen keine Bindungswirkung ein. Schließlich binden auch die in dem verfügenden Teil der Baugenehmigung liegende Baufreigabe und die hierauf bezogene Geltungsdauer der Baugenehmigung. Die „Adressaten“ der Bindungswirkung sind sowohl nach der Kompetenzordnung als auch nach dem Inhalt der Baugenehmigung zu ermitteln.⁶⁷

b) Bindung aufgrund der Kompetenzordnung

- 38 Sämtliche im staatlichen Kompetenzgefüge organisierten Stellen sind an die durch die Baugenehmigung konkretisierte Sachentscheidungskompetenz der Bauaufsichtsbehörde gebunden:

aa) Bindung der Behörde selbst

- 39 Die die Baugenehmigung erlassende Bauaufsichtsbehörde selbst ist gebunden. Dies gilt vor allem für die in der Praxis bedeutsamen Nachtragsgenehmigungen⁶⁸ wie auch für spätere Eingriffsmaßnahmen (z. B. Abrissverfügung oder „nachträgliche Anforderung“). Die Bauaufsichtsbehörde darf die materielle Legalität des Vorhabens nicht abweichend von der Baugenehmigung beurteilen, auch wenn diese – nach richtiger Auffassung – rechtswidrig ist. Allerdings bleibt ihr die Befugnis zur Rücknahme (vgl. § 48 VwVfG).

bb) Bindung der übrigen Behörden

- 40 Die übrigen Behörden sind ebenfalls an den Inhalt der Baugenehmigung gebunden, wenn sie jeweils im Rahmen ihrer Sachentscheidungskompetenz mit dem genehmigten Bauvorhaben befasst sind. Soweit die materielle Legalität des Vorhabens festgestellt ist, steht anderen Behörden eine Vor-Prüfungskompetenz nicht (mehr)

⁶⁶ Dies ergibt sich aus § 80 VwGO: Der angefochtene Verwaltungsakt wird hinsichtlich seiner Vollziehbarkeit, nicht aber seiner Wirksamkeit gehemmt durch den Suspensiveffekt, *Finkelburg* in: Finkelburg/Dombert/Külpmann, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren, 6. Aufl. 2011, Rn. 486 ff.; der (noch) anfechtbare Verwaltungsakt ist ebenso wirksam. Allerdings werden die Begriffe „Wirksamkeit“ und „Unanfechtbarkeit“ sowie „Bestandskraft“ teils synonym, teils mit unterschiedlichem Inhalt gebraucht. M. E. knüpfen die formellen Bindungswirkungen nicht – erst – an die Bestandskraft i. S. der Unanfechtbarkeit an, sondern wegen der Konkretisierung der Sachentscheidungskompetenz ergeben sie sich bereits mit dem Eintritt der Wirksamkeit des Verwaltungsakts. Vgl. *BVerwG DÖV* 1985, 1013 (1014) mit unterschiedlicher Terminologie; s. auch *Berkemann*, DVBl 1986, 184 und diesem zustimmend *Broß*, VerwArch 1987, 106, die auf die Bestandskraft abstellen; ebenso *Schmidt-Aßmann*, DVBl 1987, 218; *Dolde*, NJW 1988, 2329 (2332). Schließlich: Eine Nebenbestimmung, der Verwaltungsakt werde erst mit Bestandskraft wirksam, verstößt gegen Art. 19 IV GG und ist nichtig.

⁶⁷ *Orloff*, NJW 1987, 1665 (1669).

⁶⁸ S. unten § 8 Rn. 72.

zu. Das gilt sowohl für weitere mit dem Vorhaben zusammenhängende Genehmigungen⁶⁹ als auch für andere Arten behördlicher Entscheidungen, die z. B. an die bauliche Nutzung von Grundstücken anknüpfen wie etwa im Steuer- und Abgaben-, Subventions- oder Wirtschaftsrecht.⁷⁰

Mit dem hier vertretenen Bindungs-Modell wird nicht verkannt, dass die Problematik der mehrfach genehmigungsbedürftigen Anlagen oder der Konkurrenz paralleler Anlagene genehmigungen nach wie vor umstritten ist und dass hierfür Lösungen unterschiedlichen Inhalts und/oder unterschiedlicher Terminologie angeboten werden.⁷¹ 41

cc) Bindung der Gerichte

Auch Gerichte sind als Teil des staatlichen Kompetenzgefüges an die Konkretisierung der bauaufsichtlichen Sachentscheidungskompetenz durch die Baugenehmigung und damit an deren Inhalt gebunden. Gegenteilige Regelungen bestehen – anders als für die Rechtskraftwirkungen gerichtlicher Entscheidungen (vgl. § 121 VwGO)⁷² – nicht. Das bedeutet, dass ein Gericht, das nicht selbst mit der Kontrolle der Baugenehmigung befasst ist (§ 113 VwGO), die Rechtmäßigkeit der Baugenehmigung nicht – inzidenter, im Rahmen einer Vorprüfungs kompetenz – überprüfen darf. Es muss vielmehr von der Rechtmäßigkeit des Inhalts der Baugenehmigung ausgehen, weil die Bindungswirkung wegen der Wirksamkeit der Baugenehmigung unabhängig von deren Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit gegeben ist. 42

Die hier vertretene Auffassung hat insbesondere Auswirkungen auf *Amts haftungsprozesse*: Der *BGH* hält bei der Feststellung, ob ein rechtswidriges Handeln gegeben ist, das Ergebnis dieses Verhaltens in Form der unanfechtbaren Baugenehmigung – soweit sie nicht durch ein verwaltungsgerichtliches Urteil bestätigt worden ist – für unbeachtlich.⁷³ *M. E.* ist diese Beschränkung nicht gerechtfertigt, da auch die – nicht 43

⁶⁹ Z. B. für die Gaststätten- bzw. Spielhallenerlaubnis: BVerwGE 80, 259 = NVwZ 1989, 258 = JuS 1989, 675 = BRS 48 Nr. 140; für die gewerberechtliche Erlaubnis *VGH München* NVwZ-RR 2003, 816. Zur Bindung der Versagung der Baugenehmigung BVerwGE 84, 11 = NVwZ 1990, 559 = JuS 1990, 589 = BRS 49 Nr. 160 sowie *BVerwG* GewArch 1996, 240; zu den Folgen einer fehlenden Baugenehmigung für gaststättenrechtliche Maßnahmen BVerwGE 90, 53 = NVwZ 1992, 886. Der Umfang der Bindung ergibt sich aus dem Inhalt der Baugenehmigung, *BVerwG* NVwZ 1990, 760, und 1992, 569 = JuS 1993, 83, sowie BRS 48 Nr. 141. Zur Bindung der Wasserbehörde an die atomrechtliche Genehmigung *BVerwG* DÖV 1980, 178. Zum Verhältnis der Baugenehmigung zur denkmalschutzrechtlichen Eingriffsverfügung *OVG Münster* NVwZ 1987, 430; *VGH München* BayVbl. 1986, 399.

⁷⁰ *BVerwG* DÖV 1992, 1064 (Anerkennung einer Wohnung als steuerbegünstigt); *BVerwG* NVwZ 1991, 678 (Wohngeld); *OVG Münster* NVwZ-RR 1997, 62 (Kanalanschlussbeitrag).

⁷¹ S. vor allem *Fluck*, VerwArch 1988, 406; *Gaentzsch*, NJW 1986, 2787; *Jarass*, Konkurrenz, Konzentration und Bindungswirkung von Genehmigungen, 1984; *Seibert*, Die Bindungswirkung von Verwaltungsakten, 1989; *Steinberg*, DVbl 1988, 995 (1999); *Wagner*, Die Genehmigung umweltrelevanter Vorhaben in parallelen und konzentrierten Verfahren, 1987. S. auch die Literaturhinweise.

⁷² Die Wirkungen der Rechtskraft des Urteils – Bindung (nur) der Prozessbeteiligten – können als Einschränkung des Grundsatzes umfassender Bindungswirkungen im staatlichen Kompetenzgefüge verstanden werden. Zur mangelnden Bindung verwaltungsgerichtlicher Beschlüsse im Eilverfahren *BGH* NVwZ 2001, 352 = BRS 63 Nr. 182.

⁷³ *BGH* NVwZ 1992, 404; zu einem ähnlichen Problem *BGH* NJW 1991, 1168 – hierzu *Broß*, VerwArch 1991, 593; *Berkemann*, JR 1992, 18; *Jeromin*, NVwZ 1991, 543; *Nierhaus*, JZ 1992, 209; *Schröder*, DVbl 1991, 751; *Steinweg*, NJW 2003, 3037; *Stuttman*, NJW 2003, 1432. S. auch BGHZ 95, 238 = NJW 1985, 2324 = JuS 1986, 477; krit. hierzu *Berkemann*, DVbl 1986, 183; *BGH* NJW 2001, 3054 = BRS 64 Nr. 171; vgl. auch BGHZ 95, 28 = NJW 1985, 3025 (Planfeststellungsbeschluss) und hierzu *Broß*, VerwArch 1987, 91 (108 ff.), der –

gerichtlich überprüfte – Baugenehmigung Bindungswirkungen entfaltet und das der wirksamen Baugenehmigung zugrundeliegende Verhalten jedenfalls so lange nicht als fehlerhaft bewertet werden kann, wie diese Wirkungen bestehen.

- 44 Offen ist immer noch das Verhältnis der Baugenehmigung zu *zivilrechtlichen Nachbarklagen*.⁷⁴ Wenn man die zivilgerichtliche Bindung an den Inhalt der Baugenehmigung anerkennt, bedarf es – lediglich – noch der Klärung, wie das Privatrecht auf die verbindlich festgestellte öffentlich-rechtliche Legalität des Vorhabens „reagiert“.⁷⁵
- 45 Schließlich unterliegt auch der *Strafrichter* den Bindungswirkungen der Baugenehmigung, soweit Straftatbestände an Verstöße gegen das öffentliche Recht anknüpfen.⁷⁶

c) Bindung aufgrund des Inhalts

- 46 Soweit Rechtspersonen nicht Teil der gesetzlichen Kompetenzordnung sind – also vor allem die Bürger, aber auch juristische Personen als Träger subjektiver Rechte – ist für sie die Konkretisierung einer Sachentscheidungskompetenz durch einen Verwaltungsakt kein Grund, an dessen Inhalt gebunden zu sein. Denn ihnen fehlt es gerade an der „Einbindung“ in das Kompetenzgefüge. Daher kann für sie eine Bindungswirkung nur aufgrund des Inhalts des Verwaltungsakts in Betracht kommen. Dies bedeutet für die Baugenehmigung:

aa) Bindung des Bauherrn

- 47 Der Bauherr als Adressat der Genehmigung wird durch die ihm gegenüber mit Verbindlichkeitsanspruch ergehende hoheitliche Entscheidung gebunden. Er darf das Vorhaben mithin nicht abweichend von der Genehmigung ausführen.

bb) Bindung der Nachbarn

- 48 Dritte (Nachbarn) werden von den Bindungswirkungen der Baugenehmigung erfasst, wenn und soweit diese eine Regelung aufgrund einer – generell oder partiell – nachbarschützenden Norm zum Inhalt hat und ihnen gegenüber wirksam geworden ist.⁷⁷

wie hier – auch für die bauaufsichtliche Genehmigung die Bindungswirkungen bejaht (S. 111). Allerdings formuliert zum Wasserrecht *BGH NVwZ* 2000, 1206: „Eine durch Verwaltungsakt erlaubte Gewässernutzung ist, soweit und solange sie durch die Erlaubnis gedeckt ist, rechtmäßig.“

⁷⁴ Hierzu unten § 17 Rn. 5.

⁷⁵ Dies könnte darin bestehen, dass die Wirkungen der Baugenehmigung Einfluss nehmen auf die Auslegung zivilrechtlicher Tatbestandsmerkmale, etwa der Begriffe „wesentlich“ oder „ortsüblich“ in § 906 BGB; hierzu *Gaentzsch*, *NVwZ* 1986, 601 (602). Außerdem müsste der Zivilrichter bei einer auf §§ 1004, 823 II BGB in Verbindung mit öffentlich-rechtlichen Schutznormen gestützten Nachbarklage die Rechtswidrigkeit hoheitlichen Handelns im Hinblick auf die Bindungswirkungen der Baugenehmigung verneinen; ebenso *Papier*, FS *Weyreuther*, 1993, S. 291. Vgl. auch *Zapp*, *Privatrechtliche Voraussetzungen und privatrechtliche Wirkungen der Baugenehmigung*, Diss. jur., 1983.

⁷⁶ Zur Problematik der „Verwaltungsakzessorietät“ des Umweltstrafrechts *Heine/Meinberg*, *Empfehlen sich Änderungen im strafrechtlichen Umweltschutz, insbesondere in Verbindung mit dem Verwaltungsrecht?*, Gutachten D zum 57. DJT, 1988. S. auch die Literaturhinweise.

⁷⁷ Zur Wirksamkeit durch Bekanntgabe s. oben § 7 Rn. 120; zur Wirksamkeit bei unterlassener Bekanntgabe ab Kenntnis oder Kennenmüssen s. unten § 22 Rn. 13.

V. Nebenbestimmungen der Baugenehmigung

Baugenehmigungen enthalten in der Regel zahlreiche Zusätze, deren Bezeichnung als „Erläuterungen“, „Bedingungen“ oder „Auflagen“⁷⁸ nichts über ihre Rechtsnatur aussagt. Denn die Bauaufsichtsbehörde wäre überfordert, wollte man von ihr jeweils die exakte Abgrenzung aller Zusätze verlangen. Daher bedürfen diese im Streitfall einer sorgfältigen Auslegung, um sie in das System der Nebenbestimmungen einordnen und gegebenenfalls den Rechtsschutz der Betroffenen bestimmen zu können. Bloße *Hinweise* und *Erläuterungen* besitzen hingegen keine rechtliche Regelung. Sie bedürfen daher keiner besonderen gesetzlichen Grundlage und sind als solche auch nicht mit einer Klage anfechtbar oder als rechtswidrig feststellbar. Dagegen handelt es sich bei den nachfolgenden Nebenbestimmungen der Baugenehmigung um Zusätze mit Regelungsgehalt, die unter den Voraussetzungen des § 36 VwVfG grundsätzlich zulässig sind.⁷⁹

1. Auflagen und Bedingungen

Der Sinn der bauordnungsrechtlichen Regelungen bzw. des § 36 I VwVfG, Nebenbestimmungen zur Baugenehmigung als einer gebundenen Entscheidung zuzulassen, liegt in Folgendem: Stehen der Genehmigung behebbar Hindernisse aus dem öffentlichen Recht entgegen und können diese durch *Auflagen*⁸⁰ oder *Bedingungen*⁸¹ beseitigt werden, so kann und soll die Behörde die Baugenehmigung nicht versagen, sondern unter den erforderlichen Nebenbestimmungen erteilen.⁸² Außerdem sind Nebenbestimmungen zulässig, um sicherzustellen, dass die gesetzlichen Voraussetzungen der Genehmigung erfüllt werden. Dabei kann es etwa um die Herstellung von Kinderspielplätzen oder Stellplätzen gehen.⁸³ Wenn allerdings die Erteilung der Baugenehmigung von einer im Ermessen der Behörde stehenden Ausnahme oder Befreiung abhängt, dann ist die Behörde im Rahmen des § 36 II VwVfG frei, die Genehmigung mit einer Auflage oder Bedingung oder mit dem Vorbehalt einer nachträglichen Auflage zu versehen. Sie kann unter Umständen sogar eine Bedingung aussprechen, deren Erfüllung dem Bauherrn unmöglich ist.⁸⁴

⁷⁸ Weyreuther, DVBl 1969, 232 und 295.

⁷⁹ Auf die Kommentierungen dieser Vorschrift wird verwiesen; hier sollen nur einige baurechtliche Besonderheiten dargestellt werden.

⁸⁰ Inhaltlich unbestimmte Auflagen sind rechtswidrig oder nichtig, *VGH München* BayVBl. 1989, 755; *OVG Bremen* BauR 1989, 191; vgl. auch *VGH Kassel* BRS 48 Nr. 95 und NVwZ-RR 1990, 6.

⁸¹ Zur aufschiebenden Bedingung des Vorliegens einer weiteren Genehmigung (modifizierte Schlusspunkttheorie) s. oben § 7 Rn. 71 f. Grundsätzlich kann durch eine aufschiebende Bedingung sichergestellt werden, dass die Genehmigungsvoraussetzungen vollständig erfüllt sind, *VGH München* BRS 60 Nr. 144 = BauR 1998, 1221.

⁸² Z. B. Baugenehmigung für Spielothek mit Einschränkungen der Öffnungszeiten, wenn das Vorhaben nur so genehmigungsfähig ist, *OVG Bremen* BRS 47 Nr. 206; s. auch *VGH Mannheim* BRS 22 Nr. 34; *OVG Berlin* BRS 24 Nr. 119.

⁸³ *OVG Hamburg* NVwZ-RR 1991, 270 = BRS 50 Nr. 131 (Auflage, Ablösung der Stellplätze); *VGH Kassel* NVwZ-RR 1992, 469 (Bedingung, naturschutzrechtliche Ausgleichsabgabe); *VGH Kassel* NVwZ-RR 1994, 252 = BRS 55 Nr. 46 sowie NVwZ-RR 1994, 647 und NVwZ-RR 1998, 68 = BRS 58 Nr. 242 (Auflage, naturschutzrechtliche Ausgleichsabgabe). S. auch *OVG Münster* BRS 66 Nr. 111 = BauR 2003, 1877 (Auflage, Abriss eines Gebäudes).

⁸⁴ *BVerwG* BRS 20 Nr. 139.

- 51 Wegen der im Einzelfall oft schwierigen Abgrenzung zwischen Auflage und Bedingung kann hier nur auf die Definitionen des § 36 II VwVfG verwiesen werden. Von dieser Unterscheidung hängt nicht nur ab, ob die Nebenbestimmung als Auflage von der Behörde gesondert durchgesetzt werden kann, sondern auch, ob mit der Anfechtungsklage die Auflage angefochten oder mit der Verpflichtungsklage eine Baugenehmigung ohne die beigefügte Bedingung erstrebt werden kann.

2. Modifizierende Auflagen

- 52 Als Besonderheit und weder in den Bauordnungen noch in § 36 VwVfG geregelt ist in der baurechtlichen Literatur⁸⁵ und Rechtsprechung⁸⁶ die sogenannte modifizierende Auflage entwickelt worden. Diese Auflage modifiziert die Genehmigung und verändert sie dadurch qualitativ – die modifizierende Auflage führt zu einer modifizierten Genehmigung. In dieser Modifizierung liegen eine Ablehnung der ursprünglich begehrten und zugleich die Erteilung einer nicht beantragten Genehmigung. Auch hier geht es wie bei der echten Auflage darum, die dem Vorhaben entgegenstehenden öffentlich-rechtlichen Hindernisse zu beseitigen und durch – allerdings nicht nur geringfügige, sondern qualitative – Veränderungen des Vorhabens dessen Genehmigungsfähigkeit herbeizuführen. Wird etwa der Baugenehmigung für ein Gebäude mit Satteldach der Zusatz beigefügt, das Bauwerk sei mit einem Flachdach zu versehen, dann handelt es sich um eine modifizierende Auflage.⁸⁷
- 53 Die *modifizierende Auflage ist keine echte Auflage* und unterscheidet sich von dieser dadurch, dass sie untrennbarer Bestandteil der Genehmigung ist. Sie kann daher nicht selbständig aufgehoben werden – weder durch die Behörde noch in einem gerichtlichen Verfahren. Der Bauherr muss mit einer Verpflichtungsklage die (abgelehnte) Genehmigung ohne die modifizierende Auflage begehren.⁸⁸ Wie die echte Auflage ist die modifizierende Auflage allerdings als Verwaltungsakt selbständig durchsetzbar. *Weyreuther*⁸⁹ hat m. E. überzeugend nachgewiesen, dass für die modifizierende Auflage ein praktischer Bedarf besteht, der in ihrer Funktion begründet ist: Mit der die Genehmigung überlagernden Anordnung, wie die modifizierende Auflage auch bezeichnet werden könne, stehe der Behörde ein durchsetzbares Handlungsinstrument zur Verfügung. Außerdem werde durch die unanfechtbar gewordene Auflage zugleich die materielle Legalität „festgeschrieben“ und damit formalisiert – der Bauherr könne sich bei abweichender Bauausführung nicht auf die diese rechtfertigende materiell-rechtliche Rechtslage berufen. Eine große *praktische Bedeutung* kommt den *Grüneintragungen* zu, die in den Bauvorlagen das Vorhaben (leicht) modifizieren und damit die Versagung der Baugenehmigung vermeiden.⁹⁰

⁸⁵ Vgl. *Hüttenbrink* in: Beckscher Online-Kommentar VwGO § 68 Rn. 10, 40. Edition; *Weyreuther*, DVBl 1969, 295 (297) und DVBl 1984, 365 m.w.N.

⁸⁶ BVerwGE 36, 145 (153 f.); *BVerwG* BRS 28 Nrn. 111 und 112 m.w.N.; *VGH München* BRS 27 Nr. 143.

⁸⁷ *VGH Mannheim* BRS 28 Nr. 113.

⁸⁸ S. die Rechtsprechung in Fn. 84.

⁸⁹ DVBl 1984, 365 (372 f.).

⁹⁰ S. oben § 7 Rn. 121. Allerdings ist die Behörde nicht verpflichtet, auf diese Weise die Genehmigungsfähigkeit herbeizuführen, *VGH Mannheim* NVwZ-RR 1994, 133.

Die heftig kritisierte⁹¹ Rechtsprechung zur modifizierenden Auflage ist zwar auch für andere Rechtsgebiete übernommen worden,⁹² hat aber durch eine weitere Entscheidung des *BVerwG*⁹³ zum Baurecht eine veränderte Begründung erfahren: Für die isolierte Aufhebung eines Teils eines Verwaltungsakts sei es nicht maßgebend, ob sich die Einschränkung der Genehmigung als (echte) Auflage oder als eine Veränderung des Genehmigungsgegenstandes, also als eine andere als die beantragte Genehmigung darstellt. Maßgebend sei vielmehr, ob die Genehmigung mit einem Inhalt bestehen bleiben kann, der der Rechtsordnung entspricht. Da diese Begründung zahlreiche neue Fragen aufwirft, trifft m.E. noch immer der Rat zu, bis zu deren Klärung die für die Praxis bewährte oben aufgezeigte Ansicht der Rechtsprechung beizubehalten.⁹⁴ 54

3. Befristungen und Widerrufsvorbehalte

Zwar ist die Geltungsdauer einer noch nicht ausgenutzten Baugenehmigung begrenzt, doch bleibt die ausgenutzte Genehmigung grundsätzlich so lange bestehen wie die bauliche Anlage selbst. Eine *Befristung* oder ein *Widerrufsvorbehalt*⁹⁵ sind mit der Rechtsnatur der Baugenehmigung als einer gebundenen Entscheidung,⁹⁶ die die materielle Rechtmäßigkeit des Vorhabens im Zeitpunkt der Entscheidung feststellt und die Bauausführung freigibt, nur vereinbar, wenn sie ausdrücklich im Gesetz vorgesehen sind und den Inhalt des Eigentums auch in dieser zeitlichen Hinsicht – zulässigerweise – bestimmen.⁹⁷ Eine Befristung kommt auch in Betracht, wenn das materielle Recht lediglich auf diese Weise das Vorhaben zulässt (z. B. § 15 I BauNVO: Zumutbarkeit nur einer befristeten Nutzung eines Gebäudes als Aussiedlerwohnheim oder bei Festsetzungen nach § 9 II BauGB).⁹⁸ Ermessensentscheidungen über die Erteilung von Ausnahmen oder Befreiungen bzw. Abweichungen können unter dem Vorbehalt des Widerrufs oder befristet ergehen (vgl. § 36 II Nrn. 1 u. 3 VwVfG). 55

VI. Rücknahme und Widerruf der Baugenehmigung

Nach der Terminologie der Verwaltungsverfahrensgesetze des Bundes und der Länder ist unter der „*Rücknahme*“ die behördliche Aufhebung eines rechtswidrigen 56

⁹¹ Nachw. bei *Weyreuther*, DVBl 1984, 365, sowie *Rumpel*, BayVBl. 1987, 577 und NVwZ 1988, 502; s. auch die Literaturhinweise.

⁹² Z. B. *BVerwG* NJW 1982, 2269 (Zweckentfremdungsrecht).

⁹³ NVwZ 1984, 366 = JuS 1984, 978 = BRS 42 Nr. 176.

⁹⁴ *Stelkens*, NVwZ 1985, 469.

⁹⁵ *VGH Mannheim* BauR 2008, 1592; *OVG Lüneburg* BauR 2004, 1281 = NdsVBl 2004, 219 (Pflicht zur Begründung nach den örtlichen Gegebenheiten, warum für eine Werbeanlage ein Widerrufsvorbehalt beigefügt wird); *OVG Münster* NVwZ-RR 2004, 721 (Widerrufsvorbehalt für Windenergieanlage zum Schutz des Nachbarn).

⁹⁶ S. oben § 8 Rn. 9 ff.

⁹⁷ Vgl. § 78 II 2 BauO NRW – Typengenehmigung, § 79 V BauO NRW – Fliegende Bauten. *VGH Kassel* NVwZ 1985, 429 und BRS 42 Nr. 145.

⁹⁸ *OVG Berlin* BRS 49 Nr. 50; ähnlich *OVG Koblenz* UPR 2002, 398 (befristete Aufstellung von Wohncontainern für Erntehelfer im Außenbereich); zur jahreszeitlichen Befristung einer Gaststätte für Skiläufer und Wanderer im Außenbereich *BVerwG* NVwZ 2000, 678 = BRS 63 Nr. 109. Zur zeitlich begrenzten Zulässigkeit eines rechtswidrigen Vorhabens *Orloff*, NVwZ 2001, Sonderheft (Beilage Heft 11), 51.

und unter „Widerruf“ die eines rechtmäßigen Verwaltungsakts zu verstehen (vgl. §§ 48 und 49 VwVfG). Rechtswidrige Baugenehmigungen – auch wenn sie bereits ausgenutzt worden sind⁹⁹ – können (teilweise¹⁰⁰) zurückgenommen¹⁰¹ und rechtmäßige (teilweise) widerrufen¹⁰² werden, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen; gegebenenfalls ist der Betroffene zu entschädigen.¹⁰³

VII. Besondere Arten von bauaufsichtlicher Entscheidungen

1. Vorbescheid

- 57 Bereits vor Einreichen des Bauantrages ist auf eine Bauvoranfrage – einen Antrag des Bauherrn zu einzelnen Fragen seines Vorhabens – ein schriftlicher Vorbescheid zu erlassen. Nach dem Sinn und Zweck des Vorbescheids, eine für das Baugenehmigungsverfahren bindende Wirkung zu erzeugen, sind einzelne Fragen des Bauvor-

⁹⁹ VGH München BRS 33 Nr. 153; allerdings kann die mit Ablauf ihrer Geltungsdauer erloschene Baugenehmigung nicht (mehr) zurückgenommen werden, VGH München NVwZ-RR 1991, 117.

¹⁰⁰ Eine teilweise Rücknahme kommt nur bei Teilbarkeit des genehmigten Vorhabens in Betracht, OVG Saarlouis BRS 58 Nr. 146 = BauR 1997, 283. A. A. OVG Berlin OVGE 22, 214 = NVwZ-RR 1999, 9 = BRS 60 Nr. 151, das darauf abstellt, „dass objektiv der herauszulösende Teil eindeutig beschrieben wird und vom Gesamtvorhaben räumlich-gegenständlich oder, wenn es sich ausschließlich um einzelne Regelungselemente handelt, innerhalb des rechtlichen Gefüges der Genehmigung abgegrenzt werden kann und dass ohne den zurückgenommenen Teil noch eine rechtmäßige Baugenehmigung für ein sinnvoll nutzbares Vorhaben verbleibt“; das OVG Bautzen SächsVBl. 1999, 137, hält – zu Recht – diese Ansicht nicht für überzeugend.

¹⁰¹ Zum behördlichen Ermessen VGH München BRS 38 Nr. 164 (private Interessen des Bauherrn); BVerwG NVwZ 2002, 730 = BRS 64 Nr. 71 (Ermessensreduzierung auf Null bei begründetem Nachbarwiderspruch). – Zum Fristbeginn i. S. des § 48 IV 1 VwVfG: BVerwG Großer Senat BVerwGE 70, 356 = NJW 1985, 819 mit kritischen Anmerkungen von Kopp, DVBl 1985, 525, und Weides, DÖV 1985, 431; zur Vorgeschichte dieser Entscheidung Martens, NVwZ 1985, 163, und Weides, DÖV 1985, 91. Dieser Rechtsprechung hat sich der für das Baurecht zuständige 4. Senat des BVerwG „auch in Kenntnis und Würdigung der sich mit diesem Beschluss (scil.: des Großen Senats) kritisch auseinandersetzen den Äußerungen in der Literatur“, angeschlossen, NVwZ 1986, 119 = BRS 44 Nr. 157; ebenso OVG Münster BRS 44 Nr. 99 und NVwZ-RR 2000, 268 = BRS 62 Nr. 171; s. auch BVerwGE 110, 226 (Kenntnis der zuständigen bzw. unzuständigen Behörde). – Dritten gegenüber wird die Rücknahme bereits mit ihrer Bekanntgabe an den Bauherrn wirksam, vgl. zum Atomrecht BVerwG NVwZ 1988, 151. Zur – gemäß § 50 VwVfG erleichterten – Rücknahme bei Drittwiderspruch OVG Bautzen LKV 1993, 97 = SächsVBl. 1993, 85 sowie SächsVBl. 1995, 286. Die Rücknahme wirkt grundsätzlich ex tunc, OVG Münster BRS 65 Nr. 165; a. A. wohl OVG Bautzen LKV 2002, 417 = BRS 64 Nr. 169.

¹⁰² Zum Widerrufsgrund der nachträglich eingetretenen Tatsachen, der einschränkend auszulegen ist, OVG Berlin LKV 2004, 33 (Beschluss zur Aufstellung eines Bebauungsplans kein Widerrufsgrund), und zum Widerrufsgrund der nachträglich veränderten Rechtslage VGH Mannheim VBIBW 2001, 323 (Veränderungssperre kein Widerrufsgrund). Zur Gefährdung des öffentlichen Interesses i. S. des § 49 II 1 Nrn. 3 und 4 VwVfG, die bei fortbestehender Baugenehmigung wegen der eigentumskräftig verfestigten Rechtsposition des Bauherrn i. d. R. nicht anzunehmen ist, Ortloff, NVwZ 1983, 705 (708); s. auch OVG Münster NVwZ 1988, 942 (beabsichtigte Abrissverfügung kein Grund für Widerruf); VGH Mannheim NVwZ-RR 1992, 543 und 602. Die Baugenehmigung an mehrere Miteigentümer muss diesen allen gegenüber widerrufen werden, um die Wirkungen der Baugenehmigung zu beenden, VGH Mannheim NVwZ 1994, 698 (L) = VBIBW 1994, 27.

¹⁰³ LG Detmold NVwZ 1991, 508.