

## Bayerisches Baurecht

mit Bauplanungsrecht, Rechtsschutz sowie Raumordnungs- und Landesplanungsrecht

Bearbeitet von  
Von Dr. Andreas Decker, Richter am Bayerischen Verwaltungsgerichtshof, und Christian Konrad,  
Regierungsdirektor

4. Auflage 2019. Buch. XXV, 348 S. Softcover  
ISBN 978 3 406 73265 2  
Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

[Recht > Öffentliches Recht > Öffentliches Baurecht > Baurecht der Länder](#)

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 increasing size. 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](http://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.

Hinsichtlich der **formellen Illegalität** einer Anlage kann auf die Ausführungen bei 64 der Baueinstellung verwiesen werden, die hier sinngemäß gelten, auch soweit es um die Nutzungsuntersagung von im vereinfachten Genehmigungsverfahren (Art. 59 BayBO) zugelassenen baulichen Anlagen geht.

### c) Ermessen

Die Entscheidung über eine Nutzungsuntersagung nach Art. 76 S. 2 BayBO ist eine 65 Ermessensentscheidung (vgl. Wortlaut „kann“; Art. 40 BayVwVfG). Allerdings ist zu beachten, dass das öffentliche Interesse grundsätzlich das Einschreiten gegen baurechtswidrige Zustände im Wege der Nutzungsuntersagung gebietet. Die Behörde macht folglich im Regelfall von ihrem Ermessen in einer dem Zweck des Gesetzes entsprechenden Weise Gebrauch, wenn sie die unzulässige Nutzung von Anlagen untersagt, weil nur so die Rechtsordnung wiederhergestellt werden kann. Dem Ermessen in Art. 76 S. 2 BayBO ist deshalb die Tendenz eigen, die der Natur der Sache nach gebotene Pflicht zum Einschreiten zu verwirklichen (sog. **intendiertes Ermessen**<sup>647</sup>). Das behördliche Ermessen wird durch Art. 76 S. 2 BayBO nur eröffnet, um in Ausnahmefällen zu ermöglichen, von dem an sich gebotenen Einschreiten abzusehen, wenn dies nach den konkreten Umständen angezeigt ist. Folglich ist davon auszugehen, dass bei Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen für den Erlass einer Nutzungsuntersagungsverfügung der Ausspruch eines Nutzungsverbotes grundsätzlich eine ermessensgerechte Entscheidung darstellt<sup>648</sup>.

Ist die aufgenommene Nutzung jedoch offensichtlich genehmigungsfähig, so scheidet eine Nutzungsuntersagung im Rahmen pflichtgemäßer Ermessensausübung (Art. 40 BayVwVfG) aus<sup>649</sup>. Nach Sinn und Zweck des Art. 76 S. 2 BayBO ist die Bauaufsichtsbehörde jedoch nicht gehalten nach den Maßstäben für ein Baugenehmigungsverfahren zu prüfen<sup>650</sup>; es genügt mithin eine **Offensichtlichkeitsprüfung**, denn die Eingriffsbefugnis nach Art. 76 S. 2 BayBO soll sicherstellen, dass genehmigungspflichtige Vorhaben nicht ohne die Durchführung des erforderlichen Genehmigungsverfahrens verwirklicht werden und eine baurechtlich nicht zulässige Nutzung unterbunden werden kann.

Im Rahmen der Entscheidung über eine Nutzungsuntersagung sind auch die 67 Grundsätze der Verhältnismäßigkeit (Art. 8 LStVG analog) sowie der allgemeine Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG (z.B. bei einer Vielzahl von rechtswidrigen Nutzungen<sup>651</sup>) zu berücksichtigen. Ferner kann die Länge des Zeitraums, während dessen die Nutzung schon ausgeübt wurde sowie – damit zusammenhängend – ein Vertrauen des Nutzers, dass sein Vorhaben weiterhin unangetastet bleiben wird, von Bedeutung sein; diesbezüglich kann es dann noch weitergehender Ermessenserwägungen bedürfen<sup>652</sup>.

### d) Anordnung der sofortigen Vollziehung

Die sofortige Vollziehung einer Nutzungsuntersagung liegt regelmäßig im besonderen öffentlichen Interesse i.S.v. § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO, weil bei einer illegalen 68

<sup>647</sup> BayVGh, Beschl. v. 28.12.2016 – 15 CS 16.1774 – BeckRS 2016, 112335 Rn. 35.

<sup>648</sup> BVerwG, BRS 36 Nr. 93; OVG Thüringen, BRS 59 Nr. 213.

<sup>649</sup> Vgl. z.B. BayVGh, NVwZ-RR 2005, 611; BayVGh, ÖffBauR 2004, 8; VGh BW, NVwZ-RR 2007, 308; OVG Koblenz, ZfBR 2010, 807; siehe auch oben Rn. 63.

<sup>650</sup> OVG Thüringen, BRS 59 Nr. 213 = UPR 1998, 319.

<sup>651</sup> Vgl. insoweit das Parallelproblem bei der Beseitigungsanordnung oben Rn. 56.

<sup>652</sup> BayVGh, Beschl. v. 28.12.2016 – 15 CS 16.1774 – BeckRS 2016, 112335.

Nutzung die Vorbildwirkung dieser Maßnahme eine Nachahmung vor dem rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens und damit eine Verfestigung baurechtswidriger Zustände befürchten lässt<sup>653</sup>. Es entsteht somit die Gefahr der Breitenwirkung. Zudem kann nur mit einer Nutzungsuntersagung demjenigen, der ein Bauwerk illegal nutzt, der ungerechtfertigte Vorteil der zwischenzeitlichen Nutzung gegenüber demjenigen, der eine Nutzung erst aufnimmt, wenn die erforderliche Genehmigung erteilt ist, entzogen und damit das Entstehen unangemessener Wettbewerbsvorteile verhindert werden<sup>654</sup>. Schließlich wird durch eine sofort vollziehbare Nutzungsuntersagung vermieden, dass die präventive Kontrolle der Bauaufsicht (erfolgreich) unterlaufen werden kann<sup>655</sup>. Zeichnet sich allerdings die Erteilung einer Baugenehmigung bereits ab, dann kommt eine Anordnung der sofortigen Vollziehung nicht mehr in Betracht<sup>656</sup>.

#### IV. Richtung der Maßnahme

- 69 Die BayBO regelt an keiner Stelle, wem gegenüber entsprechende bauaufsichtsrechtliche Anordnungen zu ergehen haben. Die ganz h.M.<sup>657</sup> greift daher auf Art. 9 LStVG als allgemeinen Grundsatz der sicherheitsrechtlichen Verantwortlichkeit zurück und wendet diesen auch im Rahmen der bauaufsichtlichen Eingriffsbefugnisse an.
- 70 Art. 9 LStVG legt im Einzelnen fest, gegen wen Anordnungen für den Einzelfall zu richten sind. Die Vorschrift ist keine Befugnisnorm, sondern setzt eine solche voraus. Sie bestimmt den Adressaten und damit die Richtung einer sicherheitsrechtlichen Maßnahme. Dabei unterscheidet die Norm zwischen dem sog. **Handlungsstörer** (Abs. 1; das ist derjenige, der für die Errichtung der Anlage unmittelbar verantwortlich ist, i.d.R. der Bauherr), dem **Zustandsstörer** (Abs. 2; Inhaber der tatsächlichen Gewalt ist derjenige, der aufgrund eines tatsächlichen Herrschaftsverhältnisses eine unmittelbare Einwirkungsmöglichkeit auf die Sache besitzt; das ist regelmäßig der Besitzer im Sinn von § 854 Abs. 1 BGB) und dem **Nichtstörer** (Abs. 3). Sind mehrere Personen für den baurechtswidrigen Zustand einer (baulichen) Anlage verantwortlich, so kann sich auch im Rahmen der bauaufsichtlichen Eingriffsbefugnisse das Problem der (ermessensgerechten) **Störerauswahl** stellen. Das Gleiche gilt, wenn die Anlage im Eigentum mehrerer Personen (z.B. Ehegatten oder Miterben oder sonstiger Miteigentümer als Bruchteilsgemeinschaft, Wohnungseigentümer nach dem WEG) steht. Die Bauaufsichtsbehörde hat dann bei einer solchen Mehrheit von „Störern“ nach pflichtgemäßem Ermessen über deren Inanspruchnahme (**Auswahlermessen**) zu entscheiden<sup>658</sup>. Sie ist dabei prinzipiell befugt, entweder alle oder einzelne Störer oder nur ei-

<sup>653</sup> BayVGh, Beschl. v. 17.10.2012 – 2 CS 12.1835 – juris Rn. 2; BayVGh, Beschl. v. 23.08.2012 – 15 CS 12.130 – BeckRS 2012, 56490; BayVGh, Beschl. v. 18.9.2017 – 15 CS 17.1675 – juris Rn. 9; OVG Magdeburg, LKV 2012, 571.

<sup>654</sup> BayVGh, GewArch 1997, 36.

<sup>655</sup> VGh Kassel, NVwZ-RR 1996, 487.

<sup>656</sup> BayVGh, Beschl. v. 18.8.2004 – 2 CS 04.1535 – juris.

<sup>657</sup> BayVGh, NJW 1993, 81 = BayVbl. 1993, 147 = NVwZ 1993, 196; siehe bereits BayVGh, BayVbl. 1978, 340; Konrad, JA 1998, 691, 696; BayVGh, Beschl. v. 28.5.2001 – 1 ZB 01.664 – juris Rn. 5; BayVGh, Urt. v. 3.7.2018 – 1 B 16.2374 – juris Rn. 16, der jedoch primär auf Art. 49 bis 52 BayBO abstellt; Jäde, BayVbl. 2004, 481 [488]; siehe auch Schoch, Jura 2005, 178 [184, 185].

<sup>658</sup> Einhellige Auffassung; siehe z.B. BayVGh, BauR 1990, 202 m.w.N.; BayVGh, UPR 1987, 275; BayVGh, BauR 2014, 829 [834] = BayVbl. 2014, 530 [532].

nen einzelnen Verantwortlichen heranzuziehen<sup>659</sup>. Im letzteren Fall ist in der Regel der Handlungstörer vor dem Zustandsstörer in Anspruch zu nehmen, wenn nicht die Wirksamkeit der Maßnahme eine andere Reihenfolge gebietet<sup>660</sup>. Richtschnur für diese Entscheidung ist in jedem Fall der Grundsatz der **Effektivität** der Gefahrenabwehr.

Sind für einen baurechtswidrigen Zustand **mehrere Störer** verantwortlich, wird **71** aber nur einer oder ein Teil von diesen in Anspruch genommen, so kann es zur Durchsetzung der Anordnung notwendig sein, dass die Bauaufsichtsbehörde auch andere an der Anlage Berechtigte, die sich der Anordnung widersetzen, ebenso mit einer entsprechenden Anordnung belegt oder diese zur Duldung der Anordnung durch den Inanspruchgenommenen verpflichtet, andernfalls besteht ein Vollzugshindernis<sup>661</sup>. So könnte z.B. der Eigentümer über § 1004 BGB den Bauherrn hindern, einer Beseitigungsanordnung Folge zu leisten mit der Konsequenz, dass dann vom Bauherrn durch die Beseitigungsanordnung etwas rechtlich Unmögliches verlangt würde; die Verwaltungsvollstreckung wäre damit unzulässig. Mit einer sog. **Duldungsanordnung**<sup>662</sup> kann der Dritte aber verpflichtet werden, die seine Rechte berührende Vollziehung der Ausgangsverfügung zu dulden. Einer solchen Duldungsanordnung bedarf es im Falle einer Nutzungsuntersagung gegenüber einem Mieter im Verhältnis zum Vermieter allerdings nicht, da der Vermieter den Mieter nicht hindern kann, die Anordnung zu befolgen<sup>663</sup>.

Dem Adressaten der Duldung wird kraft öffentlichen Rechts die Pflicht auferlegt, die zwangsweise Durchsetzung des Gebots hinzunehmen; seine nach Privatrecht erforderliche Einwilligung in die Handlung des Pflichtigen wird durch die Duldungsanordnung ersetzt. Die Duldungsanordnung stellt damit einen Rechtseingriff dar und bedarf der Ermächtigungsgrundlage. Diese findet sich nach **h. M. in Bayern**<sup>664</sup> in der zum Handeln gegenüber dem Störer maßgeblichen bauaufsichtlichen Befugnisnorm, bei einer Nutzungsuntersagung also z.B. in Art. 76 S. 2 BayBO (argumentum a maiore ad minus). Fehlt es an einer solchen Duldungsanordnung, so wird hierdurch allerdings die Rechtmäßigkeit der bauaufsichtlichen Anordnung selbst nicht berührt; die Anordnung ist jedoch nicht vollziehbar und damit nicht mit den Zwangsmitteln des BayVwZVG vollstreckbar<sup>665</sup>.

Aufgrund der Regelung in Art. 54 Abs. 2 S. 3 BayBO wirkt eine mittels Bescheid **72** bereits konkretisierte bauaufsichtsrechtliche Anordnung auch gegenüber dem **Rechtsnachfolger** des in Anspruch genommenen Störers und zwar sowohl im Falle der Gesamtrechtsnachfolge (z.B. Erbschaft), wie auch im Falle der Einzelrechtsnachfolge (z.B. Kauf oder Versteigerung)<sup>666</sup>. Dass der Rechtsnachfolger keine Kenntnis von der Anordnung gehabt hat, ist öffentlich-rechtlich unbeachtlich und berührt ausschließlich das privatrechtliche Verhältnis zum Rechtsvorgänger.

<sup>659</sup> BayVerfGH, BayVbl. 2010, 622; zur bauordnungsrechtlichen Inanspruchnahme des Verwalters einer Wohnungseigentümergeinschaft siehe etwa OVG Münster, NVwZ-RR 2011, 351.

<sup>660</sup> BayVGh, NJW 1993, 81; BayVGh, Beschl. v. 23.3.1999 – 15 ZB 98.2256 – juris Rn. 2; BayVGh, Beschl. v. 28.5.2001 – 1 ZB 01664 – juris Rn. 5; BayVGh, Urt. v. 3.7.2018 – 1 B 16.2374 – juris Rn. 16.

<sup>661</sup> Vgl. etwa BayVGh, Beschl. v. 18.9.2017 – 15 CS 17.1675 – juris Rn. 32 m.w.N.

<sup>662</sup> Zum Thema etwa Beckermann/Weinzierl, DVbl. 2017, 1345; Kment, DVbl. 2017, 1336; Sommer, JA 2017, 567; Beaucamp, DöV 2016, 802; Michl, NuR 2015, 830.

<sup>663</sup> BayVGh, BayVbl. 2015, 818 mit Anm. von Michl.

<sup>664</sup> Aus neuerer Zeit z.B. BayVGh, Urt. v. 16.2.2015 – 1 B 13.649 – juris Rn. 16; BayVGh, Beschl. v. 18.9.2017 – 15 CS 17.1675 – juris.

<sup>665</sup> Grundlegend: BVerwGE 40, 101; siehe auch BVerwG, VwRR-BY 1999, 21; BayVGh, BayVbl. 1991, 245; BayVGh, BayVbl. 1977, 403; Konrad, JA 1998, 691; von Kalm, DöV 1996, 463.

<sup>666</sup> Siehe z.B. BayVGh, BayVbl. 1997, 248 = NVwZ 1997, 604; BayVGh, BayVbl. 1983, 21 zum BayWG; OVG Lüneburg, BRS 46 Nr. 201.

## C. Anspruch auf bauaufsichtsrechtliches Einschreiten

### I. Grundsätze

- 73** Die bauaufsichtlichen Eingriffsbefugnisse stellen die Möglichkeit des Einschreitens durch die Bauaufsichtsbehörde durchgängig in deren (pflichtgemäß auszuübendes) Ermessen. In diese Ermessensentscheidung können aber neben den Interessen der Allgemeinheit und denen des Pflichtigen auch die Interessen eines Nachbarn oder einer Gemeinde einzustellen sein. Dabei fragt sich, inwieweit Dritte einen Anspruch darauf haben, dass die Bauaufsichtsbehörde gegen baurechtswidrige Zustände zu ihren Gunsten einschreitet. Ein solcher Anspruch wäre die Kehrseite des Anspruchs des Pflichtigen nur im Rahmen pflichtgemäßer Ermessensausübung von der Bauaufsichtsbehörde in Anspruch genommen zu werden. Insoweit ist – nach wie vor – vieles im Fluss<sup>667</sup>. Von folgender dreigliedriger Prüfung kann jedoch ausgegangen werden:
- 74** **1. Grundvoraussetzung** für einen etwaigen Anspruch auf bauaufsichtsrechtliches Einschreiten ist zunächst, dass der Nachbar durch die Anlage in seinen Rechten verletzt wird, was einen Verstoß der Anlage gegen nachbarschützende Vorschriften (z.B. Abstandsflächenrecht, nachbarschützende Festsetzungen eines Bebauungsplanes, Gebot der Rücksichtnahme) erfordert<sup>668</sup>. Ob eine konkrete Norm Drittschutz vermittelt, wird im Wesentlichen nach den Grundsätzen der sog. **Schutznormtheorie**<sup>669</sup> ermittelt. Die betreffende Norm muss mithin ein Privatinteresse derart schützen, dass der Träger des Individualinteresses die Einhaltung des Rechtssatzes soll verlangen können. Ob dies der Fall ist, ist durch Auslegung der betreffenden Norm zu ermitteln, wobei vor allem der systematische Zusammenhang, in dem die Norm steht, zu berücksichtigen ist<sup>670</sup>.
- 75** **2.** Liegt ein objektiver Verstoß einer Anlage gegen eine den – das Einschreiten beantragenden – Nachbarn schützende Vorschrift vor, so hat dieser **keinen Rechtsanspruch auf bauaufsichtsrechtliches Einschreiten**, sondern nur einen **Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung** über ein solches Einschreiten und über die Art und Weise des Einschreitens<sup>671</sup>. Dabei gelten für die Ermessensausübung der Bauaufsichtsbehörde auch in diesem Fall die allgemeinen Grundsätze mit der Folge, dass die Entscheidung über ein bauaufsichtsrechtliches Einschreiten beispielsweise ermessensfehlerhaft ist, wenn die Bauaufsichtsbehörde von unzutreffenden tatsächlichen oder rechtlichen Voraussetzungen ausgegangen ist.
- 76** **3.** Ein Rechtsanspruch auf ein bauaufsichtliches Einschreiten besteht allerdings dann, wenn das Entschließungs- und das Auswahlermessen für die Bauaufsichtsbehörde

<sup>667</sup> Vgl. allgemein zu diesem Thema; Mampel, DVBl. 1999, 1403; Mehde/Hansen, NVwZ 2010, 14.

<sup>668</sup> Z.B. BayVGh, BayVBl. 1998, 153; BayVGh, Beschl. v. 30.6.2009 – 1 ZB 07.3058 – juris Rn. 22; BayVGh, Beschl. v. 28.8.2015 – 9 ZB 13.1876 – BeckRS 2015, 52002 Rn. 13 m.w.N.; BayVGh, Beschl. v. 8.3.2018 – 15 CE 17.2593 – juris Rn. 38.

<sup>669</sup> BVerwG, NJW 1994, 1604 = DVBl. 1994, 479; BVerwGE 78, 40 [41]; BayVGh, Beschl. v. 24.3.2009 – 14 CS 08.3017 – juris; OVG Münster, NVwZ 2007, 735; Kopp/Schenke, VwGO, zu § 42 Rn. 98 ff.; Happ in Eyermann, VwGO, zu § 42 Rn. 86 m.w.N.; Voßkuhle/Kaiser, JuS 2009, 16; Scherzberg, Jura 2006, 839; Kaplonek/Mittag, JA 2006, 664; Dürr, KommJur 2005, 211; Schoch, Jura 2004, 317.

<sup>670</sup> Zu weiteren Einzelheiten siehe die Ausführungen beim Rechtsschutz in Kapitel 4.

<sup>671</sup> Siehe z.B. BayVGh, Urt. v. 6.2.1995 – 15 B 94.1645 – BeckRS 1995, 15757; BayVGh, BRS 40 Nr. 237; BayVGh, BRS 48 Nr. 174 sowie Sarnighausen, NJW 1993, 1623 und Konrad, JA 1998, 691 [698].

auf **Null reduziert** sind. Wann das der Fall ist, entscheidet sich dabei grundsätzlich nach Landesrecht<sup>672</sup>, wobei die Einzelheiten nicht unumstritten und einem gewissen Wandel unterzogen sind.

Die wohl als (noch) überwiegend zu bezeichnende Auffassung geht im Anschluss an 77 die sog. „**Bandsäge-Entscheidung**“ des BVerwG<sup>673</sup> davon aus, dass eine Ermessensreduzierung auf Null nur dann angenommen werden kann, wenn eine besondere Intensität der Störung oder der Gefährdung nachbargesetzter Rechtsgüter gegeben ist<sup>674</sup>, mithin nur bei erheblichen Beeinträchtigungen geschützter Rechtsgüter des Nachbarn<sup>675</sup>. Dies soll dann der Fall sein, wenn eine unmittelbare auf andere Weise nicht zu beseitigende Gefahr für hochrangige Rechtsgüter, wie Leben oder Gesundheit, droht und die Abwägung der Beeinträchtigung des Nachbarn mit dem Schaden des Bauherrn ein deutliches Überwiegen der Interessen des Nachbarn ergibt<sup>676</sup>. Die Ermessensfreiheit schrumpfe nur bei hoher Intensität der Störung oder Gefährdung so weit, dass sich ein Einschreiten als die einzige ermessensfehlerfreie Entschließung erweise. Verstöße gegen nachbarschützende Vorschriften allein führten nicht zu einer Ermessensreduzierung auf Null. Die Bauaufsichtsbehörde ist daher insbesondere nicht kraft Bundesrechts verpflichtet, zugunsten eines Nachbarn gegen die baurechtswidrige Nutzung eines Grundstücks einzuschreiten<sup>677</sup>. Eine gewisse Lockerung der Anforderungen für eine Ermessensreduzierung auf Null hat allerdings die Entscheidung des BVerwG vom 13.7.1994<sup>678</sup> gebracht, in welcher ausgeführt wird, dass für einen Nachbarn, der durch eine rechtswidrige und im gerichtlichen Verfahren aufgehobene Baugenehmigung in seinen Rechten verletzt wird, sich aus einer an Art. 14 Abs. 1 GG auszurichtenden Auslegung der bauaufsichtlichen Eingriffsbefugnisse gegen die Bauaufsichtsbehörde ein Rechtsanspruch ergeben kann, dass diese eine Beseitigungsanordnung erlässt und diese dann ggf. auch durchsetzt<sup>679</sup>.

Die **Gegenmeinung** lässt dagegen grundsätzlich den – spürbaren – Verstoß gegen eine 78 nachbarschützende Vorschrift ausreichen, womit der Nachbar bei materieller Baurechtswidrigkeit eines Vorhabens infolge Verstoßes gegen eine diesen Nachbarn schützende Norm regelmäßig einen Anspruch auf bauaufsichtsrechtliches Einschreiten erhält<sup>680</sup>. Et-

<sup>672</sup> BVerwG, BauR 2008, 1294; BVerwG, NVwZ 1998, 395 = BayVBl. 1998, 219; BVerwG, Buchholz 406.19 Nachbarschutz Nr. 80 = NVwZ 1988, 824 = BRS 48 Nr. 161.

<sup>673</sup> BVerwGE 11, 95; siehe auch BVerwG, NVwZ-RR 1997, 271 = UPR 1996, 390 = BayVBl. 1997, 23; BVerwG, Buchholz 409.19 Nachbarschutz Nr. 80; für das allgemeine Recht der Gefahrenabwehr entsprechend: BVerwG, DVBl. 1969, 586.

<sup>674</sup> Siehe auch BayVGh, Beschl. v. 31.3.2004 – 1 ZB 03.452 – juris; BayVGh, Urt. v. 18.12.2002 – 26 B 97.429 – BeckRS 2002, 32230; BayVGh, Beschl. v. 12.2.2002 – 1 ZB 01.2759 – BeckRS 2002, 31334; BayVGh, BRS 48 Nr. 147; BayVGh, BRS 40 Nr. 237; ferner OVG Lüneburg, DVBl. 2014, 655; BVerwG, NVwZ-RR 1997, 271 = UPR 1996, 390 = BayVBl. 1997, 23; Di Fabio VerwArch 1996, 215, 218; Degenhart NJW 1996, 1433, 1436; Uechtritz NVwZ 1996, 642; Sarnighausen NJW 1993, 1623.

<sup>675</sup> Vgl. BayVGh, Beschl. v. 8.12.2017 – 9 ZB 17.882 – juris Rn. 18 m.w.N.; BayVGh, Beschl. v. 28.8.2015 – 9 ZB 13.1876 – BeckRS 2015, 52002 Rn. 19.

<sup>676</sup> BVerwGE 11, 95; BVerwG, NVwZ-RR 1997, 271 = BRS 58 Nr. 206; BayVGh, Beschl. v. 8.3.2007 – 1 ZB 06.898 – BeckRS 2010, 45297; wohl nicht so eng: BayVGh, Beschl. v. 10.4.2018 – 15 ZB 17.46 – juris Rn. 19.

<sup>677</sup> BVerwG, NVwZ-RR 1997, 271 = BRS 58 Nr. 206.

<sup>678</sup> UPR 1994, 450 = BauR 1994, 740 = NVwZ 1995, 272.

<sup>679</sup> Siehe hierzu auch Ortloff, NVwZ 1995, 436, 443.

<sup>680</sup> So z.B. OVG Münster, BauR 2009, 1716; OVG Münster, BauR 2008, 1442; OVG Münster, BauR 1994, 746; OVG Münster, BauR 1993, 713; OVG Münster, BauR 1990, 341; VGh BW, BauR 2014, 1752; OVG Bautzen, BauR 2014, 978; OVG Bautzen, LKV 2009, 30; OVG Magdeburg, Beschl. v. 7.11.2003 – 2 L 10/03 – juris; OVG Berlin, BRS 64 Nr. 117; OVG Bremen, NVwZ-RR 2002, 488; OVG Saarlouis, BRS 56 Nr. 191 m.w.N.; OVG Lüneburg, BauR 1989, 188; wohl auch VGh Mannheim, BauR 2003, 1716.



was anderes gilt nur dann, wenn der Verstoß durch eine Baugenehmigung etc. sanktioniert werden kann<sup>681</sup>.

- 79 Richtigerweise** ist davon auszugehen, dass ein Anspruch auf bauaufsichtliches Einschreiten für den Nachbarn bereits dann besteht, wenn eine Anlage gegen öffentlich-rechtliche, den Nachbarn schützende Vorschriften verstößt, und dieser Verstoß nicht in rechtmäßiger Weise durch eine Baugenehmigung, eine Ausnahme (§ 31 Abs. 1 BauGB), eine Befreiung (§ 31 Abs. 2 BauGB) oder eine Abweichung (Art. 63) legalisiert werden kann; die Bauaufsichtsbehörde ist also schon bei der (bloßen und nicht legalisierbaren) Verletzung einer den Nachbarn schützender Norm verpflichtet, zu dessen Gunsten einzuschreiten.
- 80** Das ergibt sich aus folgenden Überlegungen:
- Das Verlangen nach einer unmittelbaren auf andere Weise nicht zu beseitigenden Gefahr für hochrangige Rechtsgüter, wie Leben oder Gesundheit, und die Abwägung der Beeinträchtigung des Nachbarn mit dem Schaden des Bauherrn, wobei die Interessen des Nachbarn deutlich überwiegen müssen, um einen Anspruch auf Einschreiten zu begründen, vermag schon deshalb nicht zu überzeugen, weil sie die Änderung der Rechtsprechung des BVerfG zur Abgrenzung von Inhalts- und Schrankenbestimmungen zur Enteignung (nunmehr sog. formalisierter Enteignungsbegriff<sup>682</sup>) unberücksichtigt lässt. Denn sachlich handelt es sich bei den unter Rn. 77 dargestellten Kriterien um nichts anderes, als die Konkretisierung der sog. Schwere- und Tragweithetheorie bzw. der Sonderopfertheorie, die heute jedoch jedenfalls für die Abgrenzung Inhalts- und Schrankenbestimmung/Enteignung überwunden sind.
  - Wie im Einzelnen bereits dargestellt wurde, geht die h.M. insbesondere bei Maßnahmen nach Art. 75, 76 BayBO von einem sog. intendierten Ermessen aus. Wenn aber schon bei „einfachen“ Rechtsverstoßen das Ermessen der Bauaufsichtsbehörde in Richtung auf ein Einschreiten von Gesetzes wegen gelenkt ist, warum dann nicht auch, wenn ein qualifizierter, weil einen Dritten in seinen Rechten verletzender Rechtsverstoß gegeben ist? In letzteren Fällen das Ermessen wieder „frei zustellen“ ist inkonsequent und lässt sich weder verfassungsrechtlich (etwa über Art. 14 Abs. 1 GG zugunsten des Bauherrn) noch einfachgesetzlich rechtfertigen. Vielmehr muss bei einem qualifizierten Rechtsverstoß das behördliche Ermessen erst recht im Sinne eines Einschreitens gelenkt sein.
  - Bei Verstößen einer Anlage gegen drittschützende Vorschriften des Bauplanungsrechts ist zu berücksichtigen, dass die Beachtung und Durchsetzung des materiellen Bauplanungsrechts im Rahmen landesrechtlich geregelter Verfahren grundsätzlich nicht zur Disposition des Landesgesetzgebers steht<sup>683</sup>. Folglich sind die Bauaufsichtsbehörden grundsätzlich verpflichtet, dem Bundesrecht zur Geltung zu verhelfen. Mit dieser Verpflichtung korrespondiert aber die Verpflichtung, gegen eine gegen Bauplanungsrecht verstoßende Anlage mit den Mitteln des Bauaufsichtsrechts vorzugehen<sup>684</sup>. Das gilt namentlich dann, wenn drittschützende Normen des Bauplanungsrechts durch eine Anlage verletzt werden.
  - Ferner ist zu berücksichtigen, dass der Bauaufsichtsbehörde hinsichtlich des Einschreitens ein sog. Entschließungsermessen und ein sog. Auswahlermessen zukommt. Eine Verpflichtung zum Einschreiten (Entschließungsermessen) bedeutet

<sup>681</sup> Vgl. z.B. OVG Koblenz, BRS-Info 2012, 14 [15].

<sup>682</sup> Siehe in Teil 1 Rn. 23.

<sup>683</sup> BVerwGE 72, 300 [324].

<sup>684</sup> OVG Bremen, NVwZ-RR 2002, 488 [489].

damit nicht zwangsläufig, dass die Verletzung der Nachbarrechte allein durch die Vollbeseitigung der betroffenen Anlage ausgeräumt werden kann; insoweit stehen der Behörde i. d. R. durchaus Handlungsalternativen offen. Das gilt umso mehr, als ein Anspruch auf bauaufsichtsrechtliches Einschreiten immer nur soweit gehen kann, wie die Rechtsverletzung wirkt<sup>685</sup>.

- Die Beantwortung der Frage, wann von einer Ermessensreduzierung auf Null und damit von einem Anspruch auf bauaufsichtsrechtliches Einschreiten ausgegangen werden kann, kann wohl auch nicht ohne Rücksicht auf die Rechtslage zum Nachbarschutz im Genehmigungsverfahren nach Art. 58 BayBO erfolgen<sup>686</sup>. Es kann nicht sein, dass z. B. die Verletzung einer nachbarschützenden Norm (etwa zum Brandschutz) nach h. M. für einen Anspruch des Nachbarn auf bauaufsichtsrechtliches Einschreiten nicht ausreicht, im Bereich des Genehmigungsverfahrens dagegen sehr wohl. Hierdurch entstünde ein klarer **Wertungswiderspruch**<sup>687</sup>, der mit Art. 3 Abs. 1 GG nur schwerlich in Einklang zu bringen sein dürfte.
- Soweit der Nachbar durch eine rechtswidrige und im gerichtlichen Verfahren aufgehobene Baugenehmigung in seinen, insbesondere durch das Bauplanungsrecht geschützten, Rechten verletzt wird, muss sich schließlich aus einer an Art. 14 Abs. 1, Art. 19 Abs. 4 GG auszurichtenden Auslegung der bauaufsichtsrechtlichen Eingriffsbefugnisse gegen die Bauaufsichtsbehörde ein Anspruch auf Einschreiten ergeben, soll der gerichtliche Rechtsschutz nicht ad absurdum geführt werden.

## II. Sonderfall: Anspruch der Gemeinde als örtlicher Planungsträger auf bauaufsichtsrechtliches Einschreiten

Die zum Nachbarn entwickelten Grundsätze können sinngemäß auf die Gemein- **81**  
den übertragen werden, deren Planungshoheit (Art. 28 Abs. 2 GG, Art. 11 Abs. 2 BV) durch eine baurechtswidrige Anlage (z. B. wegen Verstoßes gegen §§ 29, 30 ff. BauGB) beeinträchtigt wird und die infolgedessen einen Abwehranspruch haben können<sup>688</sup>. Die Interessen der Gemeinde sind bei der Ermessensentscheidung der Bauaufsichtsbehörde über ein Einschreiten gegen den illegalen Zustand zu berücksichtigen. Im **Einzelfall** kann sich daher auch für die Gemeinde ein Anspruch auf Einschreiten der Bauaufsichtsbehörde – etwa durch Beseitigungsverfügung – ergeben.

### Beispiele:

- Ein Bauvorhaben, das nur in einem Baugenehmigungsverfahren unter Beteiligung der Gemeinde zugelassen werden darf, wird ohne die erforderliche Baugenehmigung ausgeführt. Das Vorhaben ist planungsrechtlich unzulässig und die Schaffung vollendeter Tatsachen droht<sup>689</sup>.
- Ein Vorhaben stört eine hinreichend bestimmte Planung der Gemeinde nachhaltig, weil es wegen seiner Großräumigkeit wesentliche Teile des Gemeindegebiets einer durchsetzbaren gemeindlichen Planung entzieht oder gemeindliche Einrichtungen in ihrer Funktionsfähigkeit erheblich in Mitleidenschaft gezogen werden<sup>690</sup>.

<sup>685</sup> So schon BVerwGE 11, 95.

<sup>686</sup> Decker, JA 1998, 799 sowie Uechtritz, BauR 1998, 719 jeweils m. w. N.

<sup>687</sup> Borges, DÖV 1997, 900 [902, 903]; Preschel, DÖV 1998, 45 [53]; Decker, JA 1998, 799 [805].

<sup>688</sup> BVerwG, BauR 2008, 1294; siehe auch BayVG, BayVbl. 2016, 171.

<sup>689</sup> BVerwG, NVwZ 1992, 878 = BRS 52 Nr. 136; OVG Saarlouis, BRS 59 Nr. 221.

<sup>690</sup> BVerwG, NVwZ 1992, 878 = BRS 52 Nr. 136; BVerwG, NVwZ-RR 1996, 67 = UPR 1995, 448 = BRS 57 Nr. 1.



- Ein Anspruch auf bauaufsichtsrechtliches Einschreiten der Gemeinde **scheidet jedoch aus**, wenn bereits ein Baugenehmigungsverfahren zur Legalisierung der (baulichen) Anlage durchgeführt wurde oder aktuell wird und die Gemeinde hierzu ihr Einvernehmen gemäß § 36 Abs. 1 BauGB erteilt hat oder dieses gemäß § 36 Abs. 2 S. 2 BauGB als erteilt gilt, denn in diesen Fällen könnte die Gemeinde die Baugenehmigung selbst nicht mehr mit Erfolg anfechten<sup>691</sup>.

---

<sup>691</sup> BVerwG, NVwZ 1997, 900 = BauR 1997, 444 = BayVBl. 1997, 376; BayVGH, UPR 1999, 317.