

## Skript Öffentliches Baurecht

Bearbeitet von

Von Dr. Martin Stuttmann, Vorsitzender Richter am Verwaltungsgericht

9. Auflage 2019. Buch. 169 S. Softcover

ISBN 978 3 86752 643 2

Format (B x L): 19,5 x 24,9 cm

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

Zu [Inhalts- und Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

**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.

## Vorbemerkung – Zum Gebrauch dieses Skripts

Das öffentliche<sup>1</sup> Baurecht ist ein Teil des Besonderen Verwaltungsrechts. In Studium und Examen steht es in seiner Wichtigkeit dem Polizei- und Ordnungsrecht nicht nach. In der Rechtspraxis ist es eines der bedeutsamsten Gebiete des Verwaltungsrechts überhaupt. Der Zugang zum öffentlichen Baurecht wird allerdings vielfach als schwierig empfunden, weil die meiste Literatur von Baupraktikern für Baupraktiker geschrieben ist. Dieses AS-Skript richtet sich dagegen ganz nach den **Bedürfnissen im Studium**. Es findet sich (nur) das, was in der baurechtlichen Fallbearbeitung in Studium und Examen (Pflichtfach und Schwerpunktbereich) verlangt wird. Die dort gestellten Fälle unterscheiden sich nämlich erheblich von denen der „Echt-Praxis“, auf die Kommentare und Erläuterungswerke ansonsten ausgerichtet sind. Deswegen werden BPläne und FPläne erst am Schluss erklärt.

1

Baurechtliche Fälle sind in der Praxis durch umfangreiche Unterlagen gekennzeichnet, z.B. Planzeichnungen, Schnitte, Ansichten, Gutachten verschiedenster Fachrichtungen (Immissionen, Verkehrsströme, Umweltauswirkungen usw.), Lichtbilder, Karten, Protokolle von Ortsterminen und vieles mehr. Die Bauverwaltungsakten umfassen oft viele Aktenordner, die Gerichtsakten mehrere Bände. Die **Prüfungsfälle** in Studium und Examen bestehen dagegen nur aus ein bis zwei Textseiten. Pläne gehören kaum, allenfalls als kleiner Planausschnitt, zum Sachverhalt. Studium und Praxis fallen also auseinander.

Dieses Skript ist so konzipiert, dass es trotz der verschiedenen LBauO **bundesweit** nutzbar ist. Soweit es auf die jeweilige landesrechtliche Bauordnung ankommt, sind stets die jeweils einschlägigen Vorschriften aller 16 LBauO in einer **Normenleiste** nachgewiesen (Beispiel: Baugenehmigung):

58	68	71	67	72	72	74	72	70	74	70	73	72	71	73	71

Im Anhang findet sich zudem eine **tabellarische Übersicht**, in der die für die Ausbildung wichtigen Vorschriften aller LBauO synoptisch nebeneinander aufgeführt sind.

Dem Baurecht eilt der Ruf voraus, wenig greifbar („schwammig“) zu sein. Das Ergebnis sei rein zufällig („Glücksspiel“, „völlig unvorhersehbar“). Die Frage, ob sich ein Gebäude in die Eigenart der näheren Umgebung „einfügt“, oder ob eine bauliche Nutzung „gebietsverträglich“ ist, lässt sich in der Tat nicht so eindeutig beantworten wie die nach einer Fristversäumnis. Doch auch das öffentliche Baurecht verlangt systematische Gesetzesanwendung nach den **strengen Regeln der Subsumtion**. Die Wertungs-Offenheit der zahlreichen unbestimmten baurechtlichen Rechtsbegriffe sowie das Zusammenspiel verschiedener Gesetze (BauGB, BauNVO, LBauO und Fachgesetze) verführen allerdings mitunter dazu, die Subsumtionsregeln nicht genau zu beachten. Dem hilft das Skript ab.

Das öffentliche Baurecht zeichnet sich dadurch aus, dass es besonders intensiv von der **Rechtsprechung geprägt** ist. Der bloße Wortlaut der Norm genügt für die baurechtliche Fallbearbeitung kaum. Es ist daher unabdingbar zu wissen, wie die Rechtsprechung die baurechtlichen Tatbestandsmerkmale versteht. Dies wird vorwiegend anhand der Rechtsprechung des **BVerwG** nachgewiesen, die – anders als die teils variierenden Ansichten der fünfzehn OVG/VGH – bundesweit Geltung beanspruchen kann.

<sup>1</sup> Privates Baurecht: vor allem §§ 903 ff., insbesondere §§ 907, 929, 1018 ff. BGB sowie die Nachbargesetze der Länder und §§ 650 a ff. BGB (Bauvertragsrecht zzgl. VOB und HOAI).

## 1. Teil: Überblick

### A. Grundlagen

- 2 Das Eigentumsgrundrecht (Art. 14 GG) umfasst das Recht, das Eigentum an Grund und Boden baulich zu nutzen („**Baufreiheit**“).<sup>2</sup> Das private Interesse an ungehemmter Bodennutzung läuft dem Allgemeininteresse an einer geordneten Bodennutzung allerdings zuwider. Akzeptable Lebensverhältnisse lassen sich nur erzielen, wenn es ein öffentliches Baurecht gibt, das die Bodennutzung am allgemeinen Wohl orientiert. Deswegen besteht die Baufreiheit von vornherein nur in den Grenzen, die das öffentliche Baurecht zieht. Die baurechtlichen Vorschriften sind Inhalts- und Schrankenbestimmungen des Eigentums (Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG).

Die „Baufreiheit“ bezeichnet kein eigenes (Grund-)Recht, sondern steht schlagwortartig dafür, dass Art. 14 GG bei baurechtlichen Entscheidungen zugunsten des Betroffenen zu berücksichtigen ist. Ein wörtliches Verständnis führt in die Irre, denn die meisten Grundstücke in Deutschland sind nicht bebaubar. Nur wenn §§ 30–35 BauGB der Bebauung nicht entgegenstehen, darf gebaut werden. Das entspricht dem herkömmlichen Verständnis des Art. 14 GG als normgeprägtes Grundrecht:<sup>3</sup> Was als Eigentum geschützt ist, ergibt sich erst aus dem einfachen Recht,<sup>4</sup> vgl. auch Rn. 150 ff. In der konkreten Falllösung ist Art. 14 GG praktisch bedeutungslos.<sup>5</sup>

- 3 Es gibt keine einheitliche **Gesetzgebungskompetenz** für das Baurecht. Vielmehr weist Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG dem Bund die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz für das Bodenrecht zu. Zu ihm gehört etwa das Recht der städtebaulichen Planung,<sup>6</sup> die sich vor allem nach dem BauGB und der BauNVO richtet. Deren Vorschriften sind flächen- bzw. nutzungsbezogen. Dagegen sind die 16 Landes-Bauordnungen (LBauO) objektbezogen;<sup>7</sup> sie sind an die Musterbauordnung (MBO)<sup>8</sup> angelehnt. Ihre Regelungen dienen der Gefahrenabwehr und gehören zum (Sonder-)Ordnungsrecht, für das ausschließlich die Länder nach Art. 70 GG gesetzgebungskompetent sind. Die LBauO regeln außerdem die Organisation, das Verfahren und die Genehmigungs- bzw. Eingriffsbefugnisse der zuständigen Behörden. Hinzu kommt das gemeindliche Ortsrecht. Ihre Planungshoheit (Art. 28 GG) üben die Gemeinden aus, indem sie einen Flächennutzungsplan für ihr gesamtes Gemeindegebiet und verschiedene kleinräumige Bebauungspläne (BPlan, Satzung) als örtliches Baurecht erlassen (§ 10 BauGB). Weitere thematisch spezielle Landes- und Bundesgesetze sind zu berücksichtigen, vor allem das BlmSchG, daneben Natur- und Denkmalschutzgesetze, Landesplanungsgesetze usw. Der EU fehlen bauplanungsrechtliche Regelungskompetenzen, gleichwohl passt sich v.a. das Bauplanungsrecht dem EU-Primärrecht an.<sup>9</sup>

2 BVerfGE 35, 263; BVerwGE 120, 130; Battis, in: Battis/Krautzberger/Löhr § 1 Rn. 7.

3 BVerfGE 58, 300, 330/336; BVerfG NVWZ 2010, 771, 772; AS-Skript Grundrechte (2018), Rn. 392 ff.

4 Eingehend Beaucamp JA 2018, 487 ff.

5 Muckel/Ogorek § 3 Rn. 2.

6 BVerfGE 3, 407, 424 f. (Rechtsgutachten, dazu: Reidt, in: Bracher/Reidt/Schiller Rn. 1 ff.); 77, 288, 298 f.

7 Krüper/Herbolzheimer Jura 2017, 286.

8 Laufend fortgeschrieben von der Bauministerkonferenz, vgl. [www.bauministerkonferenz.de](http://www.bauministerkonferenz.de); Battis Rn. 492.

9 VerfGH NRW NVwZ 2009, 1287; Muckel/Ogorek § 2 Rn. 5 f.; Battis/Mitschang/Reidt NVwZ 2017, 817.

## B. Prüfungsrelevanz

Das öffentliche Baurecht ist besonders prüfungs- und examensrelevant.<sup>10</sup> Das liegt zum einen daran, dass es nicht auf zweipolige Rechtsverhältnisse (Bauherr und Baubehörde) beschränkt ist, sondern Dritte hinzutreten (Nachbarn, Gemeinde). Das führt zu verfahrens- und materiell-rechtlichen Besonderheiten. Die baurechtlichen **Nachbarrechtsbehelfe** dienen als „Blaupausen“ für alle anderen öffentlichen Rechtsgebiete mit Drittbe teiligung.<sup>11</sup> Zum anderen weist das Planungsrecht mit seinen oft auslegungsbedürftigen Begriffen und seinem Bestreben, eine Vielzahl gegenläufiger Interessen zum Ausgleich zu bringen, öffentlich-rechtliche Spezialitäten auf, die zum Prüfen einladen.

4

### Arten von Baurechtsklausuren

- Der Bauherr verlangt von der Baubehörde die Erteilung einer Baugenehmigung.
- Der Bauherr wehrt sich gegen eine Bauordnungsverfügung (z.B. Nutzungsuntersa gung) der Baubehörde.
- Der Nachbar greift eine Baugenehmigung an, die der Bauherr von der Baubehörde erhalten hat.
- Der Nachbar verlangt von der Baubehörde, dass sie gegen den Bauherrn einschreitet (z.B. wegen eines ungenehmigten Bauvorhabens).
- Die Gemeinde greift die Baugenehmigung an, die die Baubehörde (Kreis) dem Bauherrn auf ihrem Gemeindegebiet erteilt hat, weil sie anders planen will.
- Der Bauherr, der Nachbar oder die Nachbargemeinde greifen einen Bebauungs plan inzident oder mit der abstrakten Normenkontrolle (§ 47 VwGO) an.

## C. Das baurechtliche Grundschema

5

Ein Bauvorhaben ist rechtmäßig, wenn es **bauplanungsrechtlich** (BauGB, BauNVO, BPlan) **und bauordnungsrechtlich** (LBauO) rechtmäßig ist und nicht gegen andere öffentlich-rechtliche Vorschriften verstößt. Hieraus leitet sich ein Grundschema der Prüfung ab, das immer wiederkehrt. Es wird je nach Fallgestaltung lediglich variiert, indem einzelne Punkte eingefügt, ausgelassen oder vertieft untersucht werden. Nur bei der Überprüfung eines BPlans gelten andere Grundsätze.

Beispielsweise wird bei Nachbarrechtsrechtsbehelfen nur geprüft, ob der Bauherr gegen nachbarschützende Vorschriften verstößt (z.B. Rücksichtnahmegerbot); dagegen bleiben im Allgemeininteresse erla sene, nicht nachbarschützende Vorschriften außen vor (z.B. ausreichende Anzahl von Stellplätzen).

Das Bauvorhaben ist rechtmäßig, soweit es nicht gegen die Vorschriften des BauGB i.V.m. der BauNVO und ggf. den BPlan sowie gegen die LBauO verstößt und auch im Übrigen mit den öffentlich-rechtlichen Vorschriften in Einklang steht.

<sup>10</sup> Brenner Jura 2018, 43; Edenharter Jura 2017, 1049; Janson/Schultes JuS 2016, 618; Decker JA 2014, 481.

<sup>11</sup> Böhm JA 2013, 81.

## Grundschema Rechtmäßigkeit eines Bauvorhabens

### I. Bauordnungsrechtliche Rechtmäßigkeit

In der bauordnungsrechtlichen Rechtmäßigkeit wird das Vorhaben auf seine Übereinstimmung mit den Anforderungen der LBauO geprüft, u.a. ob das Baugenehmigungsverfahren eingehalten ist. Daneben stellt die LBauO auch materielle Anforderungen an das Bauvorhaben (Stellplätze, Verhinderung von Verunstaltung usw.).

Die LBauO tritt in Studium und Examen vor allem durch die Regelung des baubehördlichen Verfahrens in Erscheinung. Ihre materiellen Anforderungen an das Bauvorhaben sind kaum klausurrelevant. Die in der Praxis bedeutsamen Vorgaben der LBauO, z.B. der Abstandsflächen, der Standsicherheit (Statik) oder des Brandschutzes, sind für die akademische Juristenausbildung zu technisch.

### II. Bauplanungsrechtliche Rechtmäßigkeit

1. In der bauplanungsrechtlichen Rechtmäßigkeit wird geprüft, ob ein Vorhaben i.S.d. § 29 Abs. 1 BauGB den städtebaulichen Vorgaben der §§ 30–35 BauGB (i.V.m. BauNVO und ggf. dem BPlan) widerspricht.

Diese Prüfung wird oft schlagwortartig mit „materieller Legalität“ umschrieben, obgleich darunter auch die sachlichen Anforderungen fallen, die außerhalb des BauGB an das Vorhaben gestellt sind.

2. Die Lage des Baugrundstücks bestimmt, ob sich die städtebauliche Zulässigkeit nach § 30, § 34 oder § 35 BauGB richtet. Liegt das Grundstück in einem BPlan-Gebiet („Plangebiet“, „beplanter [Innen-]Bereich“), gilt § 30 BauGB. Fehlt ein BPlan oder ist er unwirksam, liegt das Grundstück aber in einem schon besiedelten Gebiet („unbeplanter Innenbereich“), ist § 34 BauGB einschlägig. Befindet es sich in keinem dieser beiden Gebiete („Außenbereich“), richtet sich die planungsrechtliche Zulässigkeit nach § 35 BauGB.
3. Im Anschluss an die bisherige typisierte Prüfung gewinnen die besonderen Einzelfallumstände an Bedeutung. Sie können sowohl zur planungsrechtlichen Zulässigkeit als auch zur Unzulässigkeit führen. Ist das Vorhaben eigentlich (bei typisierter Be trachtung) planungsrechtlich unzulässig, können die Einzelfallumstände es ausnahmsweise rechtfertigen, das konkrete Bauvorhaben doch zuzulassen (v.a. nach § 31 Abs. 2 BauGB). Ist das Vorhaben dagegen eigentlich zulässig, kann es in seiner konkreten Ausprägung in der konkreten Umgebung trotzdem ausnahmsweise unzulässig sein, weil es gegen das Gebot der Rücksichtnahme verstößt (v.a. nach § 15 Abs. 1 BauNVO).

Faustformel: Das BauGB bestimmt **wo**, die LBauO **wie** gebaut werden darf.<sup>12</sup>

### III. Sonstige öffentlich-rechtliche Vorschriften

Nicht zur baurechtlichen Rechtmäßigkeit i.e.S. zählen die sonstigen öffentlich-rechtlichen Vorschriften wie z.B. das BImSchG, die DenkmalschutzG, die NaturschutzG, das WHG usw. Diese Gesetze sind für die Rechtmäßigkeit eines Vorhabens aber ebenfalls wichtig und werden im Baugenehmigungsverfahren mitgeprüft, soweit die LBauO den Prüfungsumfang der Baubehörde nicht beschränkt.

12 Stür Rn. 2.

## D. Die entscheidenden baurechtlichen Normen

In Ausbildungs- und Prüfungsfällen müssen neben der VwGO stets das BauGB, die BauNVO, verschiedentlich ein (nur verbal beschriebener) BPlan sowie die LBauO nebeneinander angewendet werden. Hinzu tritt evtl. ein Fachgesetz. Zwar umfassen allein BauGB, BauNVO und LBauO fast 400 Paragraphen. Für Studium und Examen genügt es aber, nur wenige Vorschriften zu kennen und deren Zusammenspiel zu beherrschen.

Bei einem einzelnen Bauvorhaben, reichen in aller Regel die folgenden Vorschriften des **BauGB**, um über die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit befinden zu können.

BauGB	Inhalt
§ 29 Abs. 1	Einstiegsnorm für die <b>bauplanungsrechtliche</b> Prüfung, „Tor“ zu §§ 30, 34, 35 BauGB
§ 30 Abs. 1 u. 3	Bauplanungsrechtliche Zulässigkeit eines Vorhabens, das in einem <b>BPlan-Gebiet</b> liegt
§ 31	<b>Ausnahmen und Befreiungen</b> von den Festsetzungen des BPlans oder von der BauNVO
§ 34 Abs. 1 u. 2	Bauplanungsrechtliche Zulässigkeit im <b>unbeplanten Innenbereich</b> , insbesondere in einem Bereich, der einem der Baugebiete der <b>BauNVO</b> entspricht
§ 35 Abs. 1–3	Vorhaben im <b>Außenbereich</b>
§ 36	<b>Einvernehmen der Gemeinde</b> , wenn sie nicht selbst Bauaufsichtsbehörde ist
§ 212 a Abs. 1	<b>Keine aufschiebende Wirkung</b> von Widerspruch bzw. Anfechtungsklage des Nachbarn gegen eine erteilte Baugenehmigung

Kommt es darauf an, ob ein **BPlan wirksam** ist (z.B. Normenkontrolle, Anwendbarkeit von § 30 BauGB), sind noch folgende Vorschriften des BauGB bedeutsam.

BauGB	Inhalt
§ 1 Abs. 3 § 1 Abs. 6 § 1 Abs. 7	Planungsbefugnis und Planungspflicht Planungsleitlinien <b>Abwägungsgebot</b> (i.V.m. § 2 Abs. 3)
§ 2 Abs. 1 § 2 Abs. 2	<b>Aufstellungsbeschluss</b> Nachbargemeindliche („interkommunale“) <b>Abstimmungspflicht</b>
§§ 3, 4	Beteiligung der <b>Öffentlichkeit</b> und anderer <b>Fachbehörden</b>
§ 8 Abs. 1 u. 2	<b>Zweck</b> des BPlans, Entwicklung aus dem <b>FPlan</b>
§ 10 Abs. 1 u. 3	<b>Beschluss</b> und <b>Inkrafttreten</b> des BPlans
§ 214 Abs. 1, 2 u. 3 § 215	Beachtlichkeit von <b>Fehlern</b> des BPlans <b>Frist</b> für deren Geltendmachung

- 9 Als Teil des BPlans (vgl. § 1 Abs. 3 S. 2 BauNVO) bzw. als Ersatz für einen nicht vorhandenen BPlan (vgl. § 34 Abs. 2 BauGB) kann die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit nicht ohne die **BauNVO** festgestellt werden. Die BauNVO ist mindestens ebenso wichtig für die Lösung eines Falles wie die §§ 30 ff. BauGB. Aus der BauNVO sind knapp die Hälfte der Vorschriften studienrelevant. Ihr Zusammenspiel mit dem BauGB und die Methode ihrer Anwendung sind immer gleich.

BauNVO	Inhalt
§ 1 Abs. 3	<b>Einbeziehung</b> der BauNVO in den BPlan
§§ 3–11	<b>Baugebiete:</b> Reine und allgemeine Wohngebiete, Dorf-, Misch-, Kern- und Gewerbegebiete, Industriegebiete etc.
§§ 12–14	Stellplätze, freie Berufe, Ferienwohnungen, Nebenanlagen
§ 15	Einschränkungen im Einzelfall aus Gründen der <b>Rücksichtnahme</b>
§ 22	Bauweise

- 10 Das **Bauordnungsrecht** der jeweiligen LBauO ist stets zumindest am Rande beteiligt, weil es das **bauaufsichtliche Verwaltungsverfahren** regelt. Die LBauO bestimmt die zuständigen Behörden und stellt die Instrumente zur Verfügung, mit denen diese sicherstellen, dass das materielle Baurecht beachtet wird: Baugenehmigung, Vorbescheid, Bauordnungsverfügungen.

Das Bauordnungsrecht dient der Gefahrenabwehr („Baupolizei“, z.B. Statik), Verhütung von Verunstaltungen, wohlfahrts- und sozialpflegerischen Belangen (z.B. Spielplatzpflicht) und der Sicherung ökologischer Standards.<sup>13</sup> Das Bauplanungsrecht dient städtebaulichen Zwecken.

Inhalt	Normen der LBauO
Bauaufsichtsbehörde	BW: §§ 46–48; BY: Art. 53; Bln: § 1 AG-BauGB, § 4 AZG, § 2 IV ASOG, § 58 BauO; BB: § 57; Bre: §§ 57, 58; Hmb: § 58 BauO, § 3 BezVG; He: §§ 60, 61; MV: §§ 57 f.; Nds: § 57; NRW: §§ 57 f.; RP: §§ 58, 60; Saar: § 57–59; Sachs: § 57 I; LSA: § 56; SH: § 58; TH: § 57
Baugenehmigung	BW: § 58; BY: Art. 68; Bln: § 71; BB: § 72; Bre: § 72; Hmb: § 72; He: § 74; MV: § 72; Nds: § 70; NRW: § 74; RP: § 70; Saar: § 73; Sachs: § 72; LSA: § 71; SH: § 73; TH: § 71
Bauvorbescheid	BE: § 57; BY: Art. 71; Bln: § 75; BB: § 75; Bre: § 75; Hmb: § 63; He: § 76; MV: § 75; Nds: § 73; NRW: § 77; RP: § 72; Saar: § 76; Sachs: § 75; LSA: § 74; SH: § 66; TH: § 74
Bauordnungsverfügungen (v.a. Baueinstellung, Nutzungsuntersagung, Beseitigung)	BW: §§ 64, 65; BY: Art. 75, 76; Bln: §§ 79, 80; BB: §§ 79, 80; Bre: §§ 78, 79; Hmb: §§ 75, 76; He: §§ 81, 82; MV: §§ 79, 80; Nds: § 79; NRW: §§ 81, 82; RP: §§ 80, 81; Saar: §§ 81, 82; Sachs: §§ 79, 80; LSA: §§ 78, 79; SH: § 59 II; TH: §§ 78, 79

13 Battis Rn. 4.

## 2. Teil: Baugenehmigung

Die staatliche **Bauaufsicht**, die darauf schaut, dass beim Bauen die öffentlich-rechtlichen Vorschriften eingehalten werden, lässt sich idealtypisch auf zwei verschiedenen Wegen durchführen. Entweder wird der künftige Bau einer **vorherigen** Genehmigungspflicht unterworfen: die Baugenehmigung wird nur erteilt, wenn das Vorhaben nach den vorgelegten Planungen die Bauvorschriften erfüllt. Oder es wird nicht vorab geprüft und erst nach der Realisierung des Vorhabens – ggf. viele Jahre später – geht die Bauaufsicht **nachträglich** mit einer Bauordnungsverfügung gegen das Vorhandene vor, wenn ihr auffällt, dass das Gebäude nicht mit den öffentlich-rechtlichen Vorschriften in Einklang steht. Beides hat Vor- und Nachteile. Ein vorgeschaltetes Baugenehmigungsverfahren kann ein Vorhaben lange verzögern (mehrinstanzliche Gerichtsverfahren). Dafür bietet die erteilte Baugenehmigung als bestandskräftiger Verwaltungsakt dem Bauherrn die Sicherheit, dass seine Investition dauerhaft und öffentlich-rechtlich weitgehend risikolos ist. Die nachträgliche Kontrolle ermöglicht es dagegen, ein Bauvorhaben schnell umzusetzen. Der Bauherr trägt jedoch das volle (Investitions-)Risiko, dass die Bauaufsicht im Nachhinein einen Baurechtsverstoß feststellt und schlimmstenfalls die Beseitigung des Baus verlangt.<sup>14</sup>

11

Die LBauO sehen eine Kombination aus beiden Möglichkeiten vor. Im Grundsatz ist danach jedes Bauvorhaben **baugenehmigungspflichtig**. Allerdings muss meistens (Ausnahme: Sonderbauten wie Hochhäuser, Krankenhäuser, großflächiger Einzelhandel usw.) nur das **vereinfachte** Genehmigungsverfahren mit reduziertem Prüfungsumfang durchgeführt werden, was zu einer Verfahrensbeschleunigung führt. Daneben gibt es einzeln aufgeführte Vorhaben geringer Bedeutung, die ohne vorhergehendes Verwaltungsverfahren realisiert werden (**verfahrensfreie** Vorhaben). Sie stellen typischerweise keine Gefahr für die öffentliche Sicherheit dar (Gartenlauben, Antennen, kleine Werbetafeln u.ä.). Schließlich gibt es Vorhaben, die zwar eigentlich genehmigungspflichtig sind, die aber vom **Genehmigungsverfahren freigestellt** sind. Das betrifft vor allem normale Ein- und Zweifamilienhäuser, die innerhalb eines BPlans liegen.

12

## 1. Abschnitt: Das Baugenehmigungsverfahren

### A. Wesen und Wirkung der Baugenehmigung

Die Baugenehmigung dient der präventiven Kontrolle von Bauvorhaben. Als **präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt**<sup>15</sup> schränkt die Baugenehmigungspflicht die aus Art. 14 GG folgende Baufreiheit<sup>16</sup> nur formal ein. Denn der Bauherr hat einen gebundenen **Anspruch** auf Erteilung der Baugenehmigung, wenn öffentlich-rechtliche Vorschriften nicht entgegenstehen, die im bauaufsichtlichen Genehmigungsverfahren zu prüfen sind.

13

58	68	71	72	72	72	74	72	70	74	70	73	72	71	73	71

14 Vgl. Garrelmann, Die Entwicklung des Bauordnungsrechts, 2010, S. 20 ff.; Mehde/Hansen NVwZ 2010, 14.

15 BVerwGE 20, 12; NdsOVG Baur 2013, 926; Barczak JuS 2018, 238, 239.

16 BVerfGE 35, 263; BVerwGE 120, 130; VGH BW BauR 2018, 77.

- 14** Die Baugenehmigung ist ein Verwaltungsakt mit **Doppelwirkung** i.S.v. § 80 a VwGO. Sie wirkt für den Bauherrn begünstigend. Für Dritt betroffene, insbesondere die Nachbarn, kann sie belastend wirken.
- 15** Das Bauvorhaben muss **formell und materiell baurechtmäßig** (legal) sein. Die Unterscheidung ist im Baurecht (anders als z.B. im Wasserrecht) nötig, weil das Recht zum Bauen bereits Inhalt des Eigentumsrechts (Art. 14 GG) am Grundstück ist („**Baufreiheit**“). Das Genehmigungsverfahren (bauordnungsrechtliche = formelle Baurechtmäßigkeit, LBauO) dient nur dazu, die Erfüllung der materiellen gesetzlichen Voraussetzungen des Bauens (bauplanungsrechtliche = materielle Baurechtmäßigkeit, BauGB/Bau-NVO usw.) festzustellen.<sup>17</sup>
- 16** Die Baugenehmigung ist ein **Verwaltungsakt** gemäß § 35 S. 1 VwVfG. Er besteht aus einem feststellenden und einem verfügenden Teil. Die Baugenehmigung **stellt fest**, dass dem Bauvorhaben die im Genehmigungsverfahren zu prüfenden öffentlich-rechtlichen Vorschriften nicht entgegenstehen und dem Bauherrn ein baurechtlicher Anspruch zu steht.<sup>18</sup> Der **verfügende** Teil besteht in der konstitutiven<sup>19</sup> Aufhebung des Bauverbots (vgl. Art. 68 Abs. 5 BauO BY, § 59 BauO BW, § 74 Abs. 7 BauO NRW), indem er – in der Regel unausgesprochen – den Bau zur Ausführung freigibt („Baufreigabe“). Weiterhin können der Baugenehmigung Nebenbestimmungen (§ 36 VwVfG) beigegeben sein.
- 17** **Grüneintragungen.** In der Praxis besteht die Baugenehmigung aus einem meist kurzen schriftlichen Bescheid („Bauschein“) und den eingereichten Bauvorlagen (Baupläne und -beschreibung) des Bauherrn, die die Bauaufsichtsbehörde förmlich zum Bestandteil der Baugenehmigung gemacht hat (durch sog. „Grünstempeln“).<sup>20</sup> Daneben gibt es noch den „Grüneintrag“ und den „Grünvermerk“. Sie sind mit grüner Tinte vorgenommene Korrekturen und geringfügige Änderungen der Bauvorlagen, die in der Baugenehmigung (Bauschein) für verbindlich erklärt werden. Dieses nicht geregelte, aber bundesweit bewährte Instrument dient dem Zweck, mit vermuteter Zustimmung der Bauherrschaft den Bauantrag dem zu prüfenden materiellen Recht anzupassen und damit eine – nach den Umständen des Einzelfalles unverhältnismäßige – Versagung der Baugenehmigung zu vermeiden.
- 18** Die **Feststellungswirkung** der Baugenehmigung reicht nur soweit wie die Prüfungs-kompetenz der Bauaufsichtsbehörde, die sich wiederum nach der LBauO richtet.<sup>21</sup> Unter dem Stichwort „**Schlusspunkttheorie**“ wird seit langer Zeit darüber gestritten, ob die Baugenehmigung erst erteilt werden darf, wenn alle öffentlich-rechtlichen Genehmigungen für das Bauvorhaben (straßen-, wasser-, landschaftsschutz-, gaststätten-rechtliche Erlaubnis usw.) vorliegen oder ob die Baugenehmigung unabhängig davon ergeht.<sup>22</sup> Die Auswirkungen sind weitreichend. Nur wenn die Baugenehmigung der Schlusspunkt aller Genehmigungsverfahren ist, verleiht sie dem Bauherrn öffentlich-rechtliche Investitionssicherheit. Ist sie es nicht, können andere Fachbehörden später weitergehende Anforderungen an das Vorhaben stellen oder seiner Realisierung sogar ganz im Wege stehen. Der Streit wurde in den meisten LBauO dadurch entschärft, dass sich der Prüfungsumfang ausdrücklich auf den (primär) baurechtlichen Kontext be-

17 Vgl. BVerwGE 3, 351; BVerwG BRS 15 Nr. 117.

18 BVerwGE 48, 242, 245; 58, 124, 127; 69, 1; BVerwG ZfBR 2014, 375.

19 OVG NRW BRS 57 Nr. 256.

20 HessVGH NVwZ-RR 2017, 177.

21 BVerwGE 99, 351; BVerwG BRS 57 Nr. 188; 65 Nr. 92.

22 OVG SH NordÖR 2018, 267, dazu Kalscheuer/Purucker NordÖR 2018, 251; Nachweise bei Anders JuS 2015, 604; Jäde UPR 2013, 321; Hornmann NVwZ 2012, 1294.

schränkt („... keine öffentlich-rechtlichen Vorschriften entgegenstehen, die im bauaufsichtlichen Verfahren zu prüfen sind“). Das behördliche Prüfprogramm gibt die jeweilige LBauO nach Verfahrensart bzw. Bauvorhaben gestaffelt vor.<sup>23</sup> Nach dem Vorbild des § 64 S. 1 MBO umfasst es – mit landesrechtlichen Abweichungen – normalerweise das Bauplanungsrecht (§§ 29-38 BauGB), die wichtigsten Vorschriften der LBauO sowie Vorschriften, die nicht in anderen Zulassungsverfahren geprüft werden (vgl. § 64 Abs. 1 BauO NRW). Das Risiko übersehener anderer öffentlich-rechtlicher Vorschriften trägt damit der Bauherr.<sup>24</sup> Trotzdem soll keine Baugenehmigung (= Baufreigabe) erteilt werden müssen, wenn offensichtlich<sup>25</sup> öffentliches Recht entgegensteht, das nicht im Prüfkatalog aufgeführt ist. In solchen Fällen fehlt dem Bauantrag nach h.M. das Sachbescheidungsinteresse und die Erteilung der Baugenehmigung kann abgelehnt werden (vgl. Art. 68 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 BauO BY;<sup>26</sup> § 74 Abs. 1 Hs. 2 BauO He).<sup>27</sup>

**Beispiele:** In Bbg,<sup>28</sup> Bremen,<sup>29</sup> RP<sup>30</sup> und SH wird (noch) umfassend das gesamte öffentliche Recht geprüft. In Bbg schließt die Baugenehmigung sogar alle erforderlichen weiteren Entscheidungen ein. In SH holt die Bauaufsicht alle anderen Genehmigungen und Erlaubnisse ein und händigt sie zusammen mit der Baugenehmigung aus (§ 67 Abs. 5 BauO SH). Da die Länder die Reichweite der Baugenehmigung bestimmen,<sup>31</sup> ist keine bundeseinheitliche Regelung zu erwarten. Das Problem des Prüfungs- und damit Regelungsumfangs ist derzeit nicht befriedigend gelöst.<sup>32</sup>

Die Baugenehmigung entfaltet eine weitreichende materielle **Schutzfunktion**. Der feststellende Teil der bestandskräftigen und nicht anderweitig erledigten Baugenehmigung hat eine sog. „Legalisierungswirkung“<sup>33</sup> die dem Bauherrn dauerhafte Rechtssicherheit gegenüber Behörden, Gerichten und Nachbarn vermittelt.

19

- Ist die Baugenehmigung einmal wirksam erteilt, darf der Bauherr auch dann noch bauen, wenn der Bau zwischenzeitlich nicht mehr genehmigungsfähig wäre (z.B. Gemeinde ändert den BPlan).
- Dem genehmigungskonform errichteten Gebäude kann nicht (später) entgegengehalten werden, es verstößt gegen materielles Baurecht oder habe bei der Errichtung gegen materielles Baurecht verstößen. Auch Eingriffe aufgrund von späteren Rechtsänderungen (z.B. geänderter BPlan, höhere bautechnische Anforderungen) wehrt die Baugenehmigung grundsätzlich ab.

**Hinweis:** Diese vor allem formelle Wirkung darf nicht mit dem materiellen (passiven) Bestandsschutz verwechselt werden, der darauf beruht, dass das Vorhaben irgendwann einmal materiell baurechtmäßig war (s. Rn. 152).

23 Zu den komplizierten Konkurrenzfolgen: Witreck VerwArch 100 (2009), 71.

24 Hornmann NVwZ 2012, 1294; Lechner, in: Simon/Busse Art. 68 Rn. 96.

25 OVG NRW, Beschl. v. 12.01.2015 – 2 B 1386/14.

26 Lechner, in: Simon/Busse Art. 68 Rn. 156 ff.

27 Vgl. Jäde UPR 2013, 321, 322 (vor allem Fn. 23–27); auch andere Ansätze: Anders LKV 2017, 294, 296 f.

28 Dazu Hecker BauR 2006, 629.

29 Finkelnburg/Orloff/Otto II § 7 Rn. 77.

30 OVG RP NVwZ-RR 2017, 906; AS 35, 35 (Rn. 8 ff.).

31 BVerwGE 99, 351; vgl. HessVGH NVwZ-RR 2018, 384 (385) einerseits, BayVGH, Beschl. v. 11.01.2013 – 15 ZB 11.128, BeckRS 2013, 46132 andererseits.

32 Siehe nur die Auffächerung bei Finkelnburg/Orloff/Otto II § 7 Rn. 67-84.

33 BVerwG ZfBR 2014, 375; NdsOVG NVwZ-RR 2014, 802; Schulte/Witrahm JA 2018, 605, 607; kritisch: Hellhammer-Hawig, in: Schönenbroicher/Kamp § 75 Fn. 19.

- 20 Die Baugenehmigung legalisiert nur soweit wie der ihr zugrunde liegende Prüfungsumfang reicht (s. Rn. 18).<sup>34</sup> Umfassend wird meist nur bei den sog. Sonderbauten (Hochhäuser, Versammlungsstätten, Schulen usw.) geprüft. Im Normalfall des vereinfachten Verfahrens ist das Baubebenrecht (Immissionsschutz-, Denkmalschutz-, Naturschutz-, Straßenrecht usw.) typischerweise ausgeklammert. Auch eine Baugenehmigung schützt das Vorhaben nicht vor den Anforderungen dieser Gesetze.
- 21 Um die Investition zu beschleunigen, sind im Genehmigungsverfahren kurze **Bearbeitungsfristen** gesetzt. Bei Fristabläufen ohne Bearbeitung treten **Fiktionen** ein.<sup>35</sup>

54	65	69	69	69	61	70	69	69	71	65	70	69	68	67	68

- 22 Wird eine Baugenehmigung erteilt, das Bauvorhaben mehrere (drei/vier) Jahre aber nicht verwirklicht oder länger unterbrochen, **erlischt** sie, wenn sie nicht verlängert wird.

62	69	73	73	73	73	74 VII	73	71	75	74	74	73	72	75	72

- 23 Im Übrigen richtet sich die Fortdauer der Wirksamkeit der Baugenehmigung nach dem allgemeinen § 43 Abs. 2 VwVfG.<sup>36</sup> Wird das genehmigte Gebäude zerstört, **erledigt** sich die Baugenehmigung (Regelungswirkung entfällt).<sup>37</sup> Dasselbe gilt, wenn der Genehmigungsinhaber auf sie verzichtet,<sup>38</sup> was auch durch schlüssiges tatsächliches Tun wie die endgültige Nutzungsaufgabe<sup>39</sup> oder die Rückgabe des Bauscheins<sup>40</sup> geschehen kann. Bei Streit wird mit der Feststellungsklage über die Fortgeltung entschieden.<sup>41</sup>

- 24 Um die Baugenehmigungsbehörde von der Prüfung komplizierter zivilrechtlicher Sachverhalte zu entlasten, ergeht die Baugenehmigung nach den LBauO **unbeschadet privater Rechte** Dritter. Da das Privatrecht nicht mitgeprüft wird, steht die Baugenehmigung umgekehrt einem zivilrechtlichen Vorgehen gegen ein genehmigtes Vorhaben nicht entgegen (s. Rn. 234).<sup>42</sup>

58 III	68 IV	71 IV	72 V	72 IV	72 IV	74 V	72 V	–	74 IV	70 I 3	73 IV	72 IV	71 IV	73 IV	71 IV

34 HmbOVG BRS 78 Nr. 153; Anders LKV 2017, 294; JuS 2015, 604.

35 OVG BB NVwZ-RR 2018, 96. Zum allgemeinen § 42 a VwVfG: AS-Skript Verwaltungsrecht AT 1 (2017) Rn. 396.

36 BayVGH, Beschl. v. 08.06.2018 – 9 CS 18.92; VGH BW BRS 82 Nr. 169.

37 BVerwGE 140, 221; BVerwG BRS 24 Nr. 193.

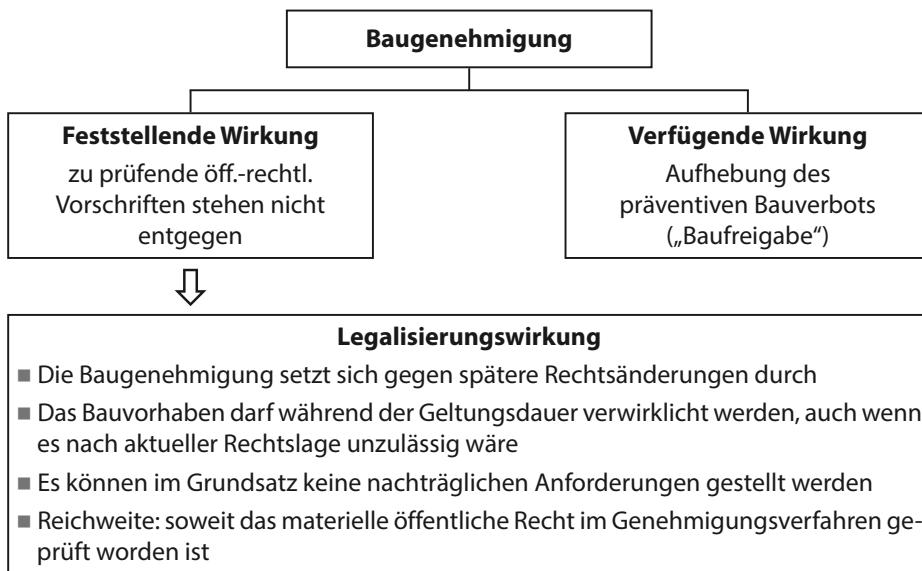
38 BVerwGE 84, 209; VGH BW BRS 74 Nr. 164.

39 BVerwG BRS 63 Nr. 121; Decker BayVBl. 2011, 517, 523.

40 BayVGH, B. v. 23.05.2017 – 9 ZB 15.734.

41 VGH BW BRS 82 Nr. 169.

42 BVerwG BRS 60 Nr. 175.



## B. Baugenehmigungspflichtige Vorhaben

Baugenehmigungspflichtig sind grundsätzlich die Errichtung, Änderung und Nutzungsänderung baulicher Anlagen (**genehmigungsbedürftige Vorhaben**).

25

49	55	59	59	59 I	59 I	62	59 I	59	60	61	60	59	58 I	62	59

Die **Beseitigung** (Abbruch/Abriss) ist nur in manchen Ländern genehmigungspflichtig (**Fettdruck**). In den übrigen ist sie verfahrensfrei oder höchstens anzeigenpflichtig.

26

49	57 V	61 III	59	61 V	<b>59</b>	<b>62</b>	61 III	60 II Nr. 4	<b>60</b>	<b>61</b>	61 IV	61 III	60 III	<b>62</b>	60 III

**Bauliche Anlagen** im bauordnungsrechtlichen Sinne sind alle mit dem Erdboden verbundene, aus Bauprodukten hergestellte Anlagen (Legaldefinition in § 2 aller LBauO).<sup>43</sup> Eine feste Verbindung mit dem Boden muss nicht vorliegen, eigene Schwere genügt (Wohncontainer). Auch die mittelbare Verbindung reicht aus. Überdies werden in § 2 aller LBauO andere Anlagen als bauliche Anlagen fingiert (z.B. Aufschüttungen und Abgrabungen, Lager- und Sportplätze, Gerüste).

Hausboot;<sup>44</sup> Werbeschild an Hauswand;<sup>45</sup> Windräder (Rotoren usw. sind Maschinen, keine Bauprodukte) über den Mast;<sup>46</sup> täglich an derselben Stelle auf- und abgebauter Verkaufsstand;<sup>47</sup> aber nicht: bewegliche Möbel eines Biergartens.<sup>48</sup>

<sup>43</sup> Beim Verweis auf alle LBauO, ist die Bezeichnung „Art.“ der BayBauO mitzulesen.

<sup>44</sup> OVG BB, Beschl. v. 10.07.2018 – OVG 2 S 13.18; OVG MV, Urt. v. 15.07.2015 – 3 L 62/10.

<sup>45</sup> VGH BW BRS 50 Nr. 142; a.A. HmbOVG NVwZ-RR 2002, 562.

<sup>46</sup> Schöneberg, in: Schönenbroicher/Kamp § 2 Rn. 3.

<sup>47</sup> VGH BW BRS 27 Nr. 124.

<sup>48</sup> OVG NRW BRS 78 Nr. 138.

**Merke:** Der bauordnungsrechtliche Begriff der „baulichen Anlage“ ist nicht gleichbedeutend mit dem bauplanungsrechtlichen Anlagenbegriff. Man kann dieses Tatbestandsmerkmal z.B. in § 29 Abs. 1 BauGB oder § 15 BauNVO nicht allein unter Rückgriff auf § 2 LBauO definieren. Dogmatisch liegt der Unterschied in den unterschiedlichen Zwecken, die das Bauordnungs- und Bauplanungsrecht verfolgen. (Fall-)Praktisch hat die Unterschiedlichkeit der Begriffe kaum Auswirkungen (s. Rn. 43).<sup>49</sup>

- 27** **Errichtung** bedeutet die erstmalige Herstellung eines Bauwerks oder die Wiederherstellung einer zerstörten Anlage. Die **Änderung** setzt voraus, dass der vorhandene Baubestand in seiner Substanz umgestaltet wird (Umbau, Ausbau). Sie umfasst den dazu nötigen Teilabbruch. Eine **Beseitigung** (Abbruch) setzt den Willen zur endgültigen Vernichtung der baulichen Anlage voraus.
- 28** Bei der Änderung sind Instandhaltung und Instandsetzung zu unterscheiden. Die **Instandhaltung** dient dazu, die Gebrauchsfähigkeit und den Wert des Gebäudes zu erhalten, ohne dass die Konstruktion und die äußere Gestalt des Gebäudes wesentlich verändert werden.<sup>50</sup> Die weitergehende **Instandsetzung** wird zur Änderung, wenn die Baumaßnahmen so intensiv sind, dass sie die Standfestigkeit beeinträchtigen (statische Nachberechnung nötig) oder den Arbeitsaufwand für einen Neubau erreichen.<sup>51</sup>
- 29** Ein Gebäude wird nicht abstrakt als solches genehmigt, sondern nur zu einem bestimmten **Zweck**, z.B. zum Wohnen, zur Nutzung als Salzlager, zum Betrieb einer Buchhandlung.<sup>52</sup> Deswegen unterliegt auch die bloße **Nutzungsänderung** der Genehmigungspflicht. Bei der Nutzungsänderung wird – ggf. ohne jede bauliche Maßnahme – nur der bisherige Zweck der baulichen Anlage, nicht deren Substanz, verändert (Ladenlokal soll zum Sonnenstudio werden). Da jede genehmigte Nutzung eine gewisse Variationsbreite von Nutzungen beinhaltet, ist nicht jede geringfügige Abweichung vom ursprünglich genehmigten Zweck eine Nutzungsänderung. Aber wegen des präventiven Zwecks des Baugenehmigungsverfahrens liegt eine Nutzungsänderung bereits vor, wenn nur die Möglichkeit besteht, dass das geänderte Vorhaben bauplanungs- oder bauordnungsrechtlich (z.B. mit Blick auf die Nachbarn) anders zu beurteilen ist als vorher,<sup>53</sup> etwa wenn die neue Nutzung nach der BauNVO anderen Maßstäben unterliegt.<sup>54</sup>
- 30** Die bloße **Nutzungsintensivierung** bewegt sich in der Variationsbreite, die die bisherige Baugenehmigung abdeckt. Erfasst sind vor allem Fälle, in denen sich die tatsächlichen Verhältnisse ohne Zutun des Bauherrn ändern,<sup>55</sup> z.B. ein bislang ruhiges Lokal wegen eines geänderten Gästegeschmacks plötzlich zum vielbesuchten „In-Lokal“ wird.<sup>56</sup>
- 31** Wird die genehmigte **Nutzung** (zunächst) **aufgegeben** und (später) wieder **aufgenommen**, z.B. im Rahmen einer Betriebsnachfolge, die sich zeitlich hingezogen hat, stellt sich die Frage, ob die alte Baugenehmigung noch gilt. Sie ist nur erloschen, wenn sich ein zumindest konkludenter endgültiger Verzicht des Genehmigungsinhabers feststellen lässt (s. Rn. 23). Ein früher vom BVerwG in anderem Zusammenhang vertretenes

49 Vgl. Guckelberger ZfBR 2013, 425; Decker BayVBI. 2011, 517, 523; Dziallas NZBau 2009, 436 jew. m.w.N.

50 BayVGH NVwZ-RR 2012, 956; OVG LSA BRS 79 Nr. 193; OVG BB LKV 2013, 427.

51 NdsOVG BauR 2018, 1258; OVG BB, Beschl. v. 22.12.2016 – OVG 10 S 42.15; VGH BW BRS 78 Nr. 150.

52 BVerwG BRS 48 Nr. 58; VGH BW NVwZ-RR 2015, 646 (erst Errichtungs-, später Nutzungsgenehmigung).

53 BVerwGE 138, 166; OVG NRW, Beschl. v. 27.02.2018 – 10 A 2288/16; OVG BB NVwZ-RR 2016, 650 f.; NdsOVG BauR 2015, 1317.

54 BVerwG BRS 40 Nr. 56; Rappenglix JuS 2018, 685, 689.

55 NdsOVG NVwZ-RR 2014, 255.

56 BVerwG BRS 60 Nr. 68 (Ausgangsentscheidung); OVG Bln, Beschl. v. 10.07.2008 – OVG 10 S 31.07.