

Landesrecht Freistaat Bayern

Bayerisches Baurecht

mit Bauplanungsrecht, Rechtsschutz sowie Raumordnungs- und Landesplanungsrecht

von

Dr. Andreas Decker, Christian Konrad

3. Auflage

Bayerisches Baurecht – Decker / Konrad

schnell und portofrei erhältlich bei beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

Baurecht der Länder



Verlag C.H. Beck München 2012

Verlag C.H. Beck im Internet:

www.beck.de

ISBN 978 3 406 62804 7

Eintritt der Unanfechtbarkeit zugewartet werden müsste⁵⁰⁵, weil dann auch umfangreiche Bauvorhaben in der Zwischenzeit fertig gestellt sein und damit kaum noch rückgängig zu machende rechtswidrige Zustände geschaffen würden. Infolge dessen kann eine Baueinstellungsverfügung in der Regel gemäß § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO für sofort vollziehbar erklärt werden.

5. Baubeseitigung (Art. 76 S. 1 BayBO)⁵⁰⁶

a) Einführung

Mit der in Art. 76 S. 1 BayBO normierten Beseitigungsbefugnis soll, sozusagen als „actus contrarius“, eine illegal geschaffene Bausubstanz beseitigt und das betroffene Grundstück in den Zustand materieller Legalität zurückgeführt werden, der vor Beginn der Bauarbeiten bestanden hat⁵⁰⁷. Folglich verleiht Art. 76 S. 1 BayBO der Bauaufsichtsbehörde zunächst die Befugnis, die Beseitigung des baurechtswidrigen Zustandes (ganz oder teilweise) zu verlangen. Mit der Beseitigung der Anlage soll erreicht werden, dass deren bisheriger Standort von ihr wieder „frei“ wird, was im Regelfall ihre „Entfernung“ von dort voraussetzt. Da dies nur ausnahmsweise und bei Gebäuden praktisch überhaupt nicht „im Ganzen“ geschehen kann, heißt das, dass die die Anlage bildenden Teile entfernt werden müssen, die in dieser Funktion von dem Beseitigungsverlangen erfasst werden und nicht etwa mit dem Einreißen als „Trümmer“ Eigenständigkeit in dem Sinne erlangen, dass sie – möglicherweise – einen neuen (bau-)rechtswidrigen Zustand bilden, gegen den ggf. gesondert vorgegangen werden müsste. Folglich gibt die Befugnis zur Anordnung der Beseitigung der Bauaufsichtsbehörde das Recht, die vollständige Beseitigung einer Anlage, also einschließlich der Fundamente und der Betonbodenplatte zu verlangen. Darüber hinaus wird von der Befugnis auch die Entfernung der Baumaterialien, von Restbauteilen, von Schutt sowie von Auf- und Anschüttungen im Rahmen der illegal geschaffenen Anlage vom Grundstück, umfasst⁵⁰⁸.

Aus der Beschränkung der Befugnis auf die Entfernung der baurechtswidrigen Anlagen folgt jedoch auch, dass von dem Betroffenen im Rahmen des Art. 76 S. 1 BayBO **keine positiven Baumaßnahmen** gefordert werden können, der Inhalt der Beseitigungsanordnung quasi nur negativ (= Entfernung der baurechtswidrigen Anlage) ist. Eine Anordnung mit dem Inhalt, den genehmigten oder zuvor bestehenden Zustand (wieder) herzustellen, kann folglich zumindest dann nicht auf Art. 76 S. 1 BayBO gestützt werden, wenn dies nicht im Wege der bloßen Beseitigung der (bauli-

⁵⁰⁵ BayVGh v. 3. 2. 2005, Az.: 25 CS 04.3341; BayVGh, BayVbl. 1978, 19; BayVGh v. 7. 10. 1977, Az.: 42 XIV 77; BayVGh v. 25. 7. 1975, Az.: 123 I 75.

⁵⁰⁶ Siehe allgemein hierzu: Ramsauer, NordÖR 2006, 282.

⁵⁰⁷ Mampel, BauR 1996, 13, 16.

⁵⁰⁸ BayVGh v. 4. 6. 1997, Az.: 27 B 95.2273; BayVGh, BayVbl. 1993, 147; BayVGh, BauR 1987, 189 [191]; VG München v. 10. 2. 1999, Az.: M 1 S 98.5673 [Zulassung der Beschwerde abgelehnt durch BayVGh v. 16. 6. 1999, Az.: 1 CS 99.827]; Decker in Simon/Busse, BayBO, zu Art. 76 Rn. 41 ff.; Ortloff, NVwZ 1995, 436, 443; vgl. auch BVerwG v. 10. 11. 1993, Az.: 4 B 185/93.

chen) Anlage oder von Teilen hiervon möglich ist⁵⁰⁹. Infolgedessen wird die Wiederherstellung des natürlichen Verlaufs der Geländeoberfläche nach Beseitigung der rechtswidrigen Anlage, wie z. B. die Wiederbegrünung einer Fläche nach Beseitigung eines Lagerplatzes, oder die Anordnung, den ursprünglichen Zustand durch Bepflanzung mit bodendeckenden Stauden und Gehölzen wiederherzustellen, nicht von Art. 76 S. 1 BayBO gedeckt⁵¹⁰.

- 44 Art. 76 S. 1 BayBO ist **verfassungsrechtlich unbedenklich**⁵¹¹. Die Anordnung, den rechtswidrigen Zustand einer Sache, den der Eigentümer oder dessen Rechtsvorgänger herbeigeführt hat, zu beseitigen, ist keine entschädigungspflichtige Enteignung i. S. d. Art. 14 Abs. 3 GG⁵¹², denn sie verweist nur jene, die Begünstigte eines rechtswidrigen Zustandes sind, in die gesetzlichen Schranken⁵¹³.

b) Tatbestandliche Voraussetzungen

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

aa) Anlagen, die errichtet oder geändert werden

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

Unter den „**Anlagenbegriff**“ des Art. 76 S. 1 BayBO **fallen z. B.:** Bodenplatten aus Beton oder Holz⁵¹⁴, Flutlichtanlagen von Sportplätzen⁵¹⁵, ein 6 m langer, 2 m hoher und 1 m breiter Holzstapel⁵¹⁶, Blumen-/Gemüsebeete, gekieste Wege und Einfassungen, betonierte Wege, selbständige oder unselbständige Teile von baulichen Anlagen, wie Installationseinrichtungen, Fassaden, Putze und Anstriche oder auch Laserstrahler auf dem Dach eines Gebäudes⁵¹⁷.

⁵⁰⁹ H. M.; BayVGH v. 21. 8. 1998, Az.: 27 CS 96.4155; BayVGH, BayVBl. 1991, 245; BayVGH, BayVBl. 1984, 688; VG München v. 10. 12. 1996, Az.: M 1 K 95.2485 [rkr.]; VG München v. 25. 5. 1999, Az.: M 1 S 99.1828 [rkr.].

⁵¹⁰ BayVGH v. 4. 6. 1997, Az.: 27 B 95.2273; BayVGH, BayVBl. 1991, 245.

⁵¹¹ BVerfG, NVwZ 2005, 203 zum inhaltsgleichen § 81 BauO RP.

⁵¹² BVerwG, BayVBl. 1965, 382 = NJW 1965, 1195.

⁵¹³ BVerwG, UPR 1994, 450 = BauR 1994, 740 = NVwZ 1995, 272; die gegen die Entscheidung erhobene Verfassungsbeschwerde hat das BVerfG mit Beschluss vom 13. 10. 1994, Az.: 1 BvR 1634/94, nicht zur Entscheidung angenommen.

⁵¹⁴ BayVGH v. 23. 11. 1977, Az.: 48 II 75.

⁵¹⁵ VG Würzburg, NVwZ 1988, 381.

⁵¹⁶ BayVGH v. 13. 3. 1998, Az.: 1 ZS/CS 97.3288; BayVGH v. 22. 6. 1995, Az.: 20 B 94.3355.

⁵¹⁷ BayVGH, BayVBl. 1996, 343.

Nicht hierunter fallen z.B.: nicht ortsfeste Werbeanlagen, nichtbaulichen Einfriedungen wie Hecken, Bäume, Sträucher und sonstige Anpflanzungen⁵¹⁸.

Die Beseitigung von Anlagen kann angeordnet werden, wenn diese **errichtet** oder **geändert** werden⁵¹⁹. Ist eine Anlage genehmigt worden, wird die Genehmigung nicht aufgehoben und bleibt die Anlage unverändert, scheidet eine Beseitigung aus, auch wenn die Anlage dem materiellen Recht widerspricht. Wird die Nutzung – in unzulässiger Weise – geändert, kommt nach dem eindeutigen Wortlaut des Art. 76 S. 1 BayBO eine Beseitigung der Anlage ebenfalls nicht in Betracht (wohl aber eine Nutzungsuntersagung). 47

bb) Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften

Eine Anlage ist nach ganz h.M.⁵²⁰ dann i.S.v. Art. 76 S. 1 BayBO im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften errichtet oder geändert, wenn sie **formell**, d.h. ohne durch die hierfür erforderliche Baugenehmigung gedeckt zu sein, errichtet oder geändert wurde, **und materiell** rechtswidrig ist, d.h. sie kann auch so, wie sie errichtet oder geändert wurde, nicht (nachträglich) genehmigt werden. Etwas anderes gilt nur bei einem nach Art. 57 Abs. 1 bis Abs. 5 BayBO verfahrensfreien bzw. nach Art. 58 BayBO genehmigungsfreigestellten Vorhaben. Da diese gerade keiner Genehmigung oder einer sonst wie gearteten verfahrensrechtlichen Legitimation (z.B. Zustimmungsverfahren) bedürfen, können solche Anlagen nicht formell illegal errichtet werden. Insoweit ist allerdings anerkannt⁵²¹, dass bei verfahrensfreien Vorhaben die Befugnis zur Beseitigung dann besteht, **wenn sie dem materiellen Recht**, sei es Bauordnungs- oder Bauplanungsrecht oder sonstiges von der Bauaufsichtsbehörde zu prüfendes Recht, widersprechen. Der Verstoß gegen materiell-rechtliche Vorschriften genügt hier somit für den von Art. 76 S. 1 BayBO geforderten Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften. 48

Der Satz der h.M. „*wenn die Anlage formell und materiell baurechtswidrig ist*“, bedarf m.E. jedoch der Überprüfung, denn er gilt in dieser Allgemeinheit – wie gerade dargestellt – nur für genehmigungsbedürftige, aber nicht genehmigungsfähige Anlagen; noch nicht einmal eine genehmigungsbedürftige, aber gegen außerhalb des Prüfprogramms liegende Normen (Art. 59 BayBO) verstoßende Anlage kann hierunter subsumiert werden, weil diese grundsätzlich genehmigungsfähig ist. Von daher erscheint es angebracht, statt nach der formellen Illegalität, für die Zulässigkeit einer Beseitigungsanordnung danach zu fragen, ob die in Mitten stehende Errichtung/Änderung einer Anlage bezüglich des intendierten Verstoßes gegen materielle öffentlich-rechtliche Vorschriften durch eine Baugenehmigung legalisiert ist, also formelle Bestandskraft genießt. Der Satz der h.M. „*wenn die Anlage formell und materiell baurechtswidrig ist*“ wäre also dahin zu fassen, „**wenn die Anlage – in Be-**

⁵¹⁸ Für Hecken: BayVGh, BayVbl. 1976, 114.

⁵¹⁹ Siehe hierzu die Ausführungen in Kapitel 2 Teil 5 Rn. 8 ff.

⁵²⁰ BVerwGE 5, 51 = BRS 39 Nr. 80; Decker in Simon/Busse, BayBO, zu Art. 76 Rn. 79 m. w. N.; Schoch, Jura 2006, 178 [181]; Fischer, NVwZ 2004, 1057; Konrad, JA 1998, 691 [692]; Kischel, DVbl. 1996, 185; Ortloff, JuS 1981, 574; Rabe, BauR 1978, 166.

⁵²¹ Siehe z. B. Ortloff, NVwZ 1996, 647 [655] m. w. N.; Erbguth/Stollmann, Bay-Vbl. 1996, 65 [71].

zug auf den in Mitten stehenden Verstoß gegen öffentlich-rechtliche Vorschriften – keinen formellen Bestandsschutz genießt und materiell baurechtswidrig ist“. Diese Formulierung bedeutet indessen keine Abkehr von der h. M., sondern passt diese lediglich terminologisch an die Änderungen der BayBO durch die Novellen 1993, 1997 und 2007 an. Zum besseren Verständnis soll aber im Weiteren an der herkömmlichen Terminologie festgehalten werden.

- 49 Hinsichtlich der **formellen Illegalität** einer Anlage kann auf die Ausführungen bei der Baueinstellung verwiesen werden, die hier sinngemäß gelten, auch soweit es um die Beseitigung von im vereinfachten Genehmigungsverfahren (Art. 59 BayBO)⁵²² zugelassenen baulichen Anlagen geht⁵²³.
- 50 Die Anlage muss des weiteren **materiell illegal** sein. Davon ist auszugehen, wenn die Maßnahme (Errichtung oder Änderung einer Anlage) nach materiellem Recht **nicht genehmigungsfähig** ist. Dabei kann sich die **Genehmigungsunfähigkeit** einer Anlage ergeben aus dem geltenden Bauplanungsrecht (vor allem §§ 29, 30ff. BauGB), wie z.B. aus einem Verstoß gegen die Festsetzungen eines Bebauungsplanes, aus einem Verstoß gegen Bauordnungsrecht, auf darauf gestützte unanfechtbare oder sofort vollziehbare Anordnungen im Einzelfall einschließlich der Baugenehmigung mit ihren Nebenbestimmungen sowie aus allen sonstigen öffentlich-rechtlichen Vorschriften, die für bauliche oder andere Anlagen und Einrichtungen gelten und/oder im Rahmen eines bauaufsichtlichen Verfahrens zu berücksichtigen sind, wie z.B. die immissionsschutzrechtlichen Vorschriften für nicht genehmigungsbedürftige Anlagen (§§ 22 ff. BImSchG), die Vorschriften des Denkmal- und des Naturschutzrechts, ggf. des Wasserrechts etc. Die materielle Rechtswidrigkeit der Anlage ist daher von der Bauaufsichtsbehörde im Verfahren auf Erlass einer Beseitigungsanordnung zu prüfen.
- 51 Ein – auch in Klausuren – besonderes Problem stellt im Zusammenhang mit der materiellen Illegalität einer Anlage der sog. **Bestandsschutz** dar, denn eine nach heutigem Recht materiell illegale Anlage kann gleichwohl nicht beseitigt werden, wenn sie Bestandsschutz genießt. Die in Kapitel 1 erörterten Bestandsschutzprobleme können sich daher an dieser Stelle in ihrer „vollen Schärfe“ auch im Hinblick auf die materielle Beweislast stellen.
- 52 Schließlich bleibt noch die Frage zu klären, nach welcher Rechtslage zu beurteilen ist, ob eine Anlage in Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften errichtet oder geändert wurde. Wie bereits der Wortlaut des Art. 76 S. 1 BayBO zeigt („*Werden Anlagen im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften errichtet oder geändert*“) und wegen einer Anlage ggf. zukommenden Bestandsschutzes ist zunächst die Rechtslage im Zeitpunkt der Errichtung oder der Änderung der Anlage maßgeblich⁵²⁴. Spätere Rechtsänderungen, die z.B. strengere Anforderungen an die Anlage stellen oder die die Errichtung oder Änderung verbieten, bleiben außer Betracht, wenn die Anlage formell bzw. bei genehmigungsfreien Vorhaben materiell

⁵²² Siehe hierzu z.B. BayVGH, BayVbl. 2006, 220 [221]; OVG Berlin-Brandenburg, NVwZ-RR 2010, 794.

⁵²³ Siehe hierzu ausführlich Decker in Simon/Busse, BayBO, zu Art. 76 Rn. 99 ff.

⁵²⁴ Vgl. etwa BVerwGE 3, 351 = DVBl. 1956, 721; siehe auch BVerwG v. 10. 12. 1982, Az.: 4 C 52/78; ferner BayVGH v. 17. 10. 2006, Az.: 1 B 05.1429.

rechtmäßig errichtet oder geändert wurde⁵²⁵. Andererseits ist auch bei der Prüfung von Beseitigungsanordnungen – wegen der Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG – neues, für den Betroffenen günstigeres Recht zu berücksichtigen, wenn eine solche Rechtsänderung das bebaute Grundstück erfasst und die Anlage heute – also im Zeitpunkt der Entscheidung der Behörde – zulässig wäre⁵²⁶. Dem entsprechend ist die Rechtmäßigkeit einer Anlage nach altem und nach neuem Recht zu beurteilen und im Ergebnis die dem Betroffenen günstigste Regelung zu berücksichtigen⁵²⁷ (siehe auch Rn. 53).

cc) Keine Herstellung rechtmäßiger Zustände

Die Beseitigungsbefugnis des Art. 76 S. 1 BayBO steht unter dem ausdrücklichen Vorbehalt, dass auf andere Weise – als durch Beseitigung – rechtmäßige Zustände nicht hergestellt werden können. Diese bereits vom Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (Art. 8 LStVG analog) her erforderliche Voraussetzung gebietet es, eine so schwerwiegende Anordnung, wie die Beseitigung einer Anlage, erst dann zu treffen, wenn die Beseitigung die einzige Möglichkeit ist, um wieder rechtmäßige Zustände herzustellen („ultima-ratio-Prinzip“)⁵²⁸. Dem entsprechend hat nach Art. 76 S. 1 BayBO die Bauaufsichtsbehörde vor Erlass einer Beseitigungsanordnung zunächst zu prüfen, ob bei genehmigungspflichtigen Anlagen nicht z. B. eine Nutzungsuntersagung (Art. 76 S. 2 BayBO) ausreicht oder ob nachträglich die Genehmigung erteilt werden kann oder ob bei verfahrensfreien Anlagen nicht durch weniger belastende Anordnungen (Art. 54 Abs. 2 S. 2 BayBO) die rechtswidrigen Zustände beseitigt werden können. Insbesondere muss geprüft werden, ob nicht die Gesetzesverstöße durch Befreiungen oder Ausnahmen nach § 31 BauGB oder Abweichungen nach Art. 63 BayBO geheilt werden können oder ob nicht entsprechende Nebenbestimmungen (Auflagen, Bedingungen, Befristung oder Widerrufsvorbehalt; vgl. Art. 36 Abs. 1, Abs. 2 BayVwVfG) ausreichen. Um diese Fragen nach der Genehmigungsbedürftigkeit und der Genehmigungsfähigkeit beantworten zu können, kann die Behörde über Art. 76 S. 3 BayBO auch die Einreichung eines nachträglichen Bauantrages verlangen⁵²⁹.

c) Ermessen

Art. 76 S. 1 BayBO sieht vor, dass die Bauaufsichtsbehörde die (vollständige oder teilweise) Beseitigung anordnen kann. Der Behörde wird mithin ein Ermessen bezüglich der im Einzelfall zu treffenden Rechtsfolge eingeräumt, dass sie pflichtgemäß (Art. 40 BayVwVfG) auszuüben hat. Dieser Ermessens-

⁵²⁵ BVerwGE 3, 351 = DVBl. 1956, 721; BayVGh v. 28. 6. 1973, Az.: 146 II 71.

⁵²⁶ BVerwGE 3, 351, 353, 354 = DVBl. 1956, 721; BVerwG, DöV 1964, 1029 = DVBl. 1965, 280 mit Anm. von Weyreuther; BayVGh v. 28. 6. 1973, Az.: 146 II 71; Mampel, BauR 1996, 13 [17].

⁵²⁷ BayVerfGHE 19, 81 mit weiteren Hinweisen; BayVGh v. 28. 3. 1979, Az.: 12 XV 73; BayVGh, BayVBl. 1974, 433, 434; BayVGh v. 29. 4. 1971, Az.: 181 II 68; BayVGh v. 12. 2. 1969, Az.: 146 II 66.

⁵²⁸ Vgl. Decker in Simon/Busse, BayBO, zu Art. 76 Rn. 139.

⁵²⁹ Decker in Simon/Busse, BayBO, zu Art. 76 Rn. 139.

spielraum bezieht sich zum einen darauf, ob und wann die Behörde handelt (sog. Entschließungsermessen), zum anderen darauf wie und wem gegenüber sie handelt, also welche von mehreren möglichen Handlungsformen sie ergreift (sog. Auswahlermessen). Durch die Einräumung eines Ermessensspielraums soll der Verwaltung ein flexibles Vorgehen und die Beachtung der Besonderheiten des Einzelfalles ermöglicht werden⁵³⁰. Der Verwaltungsbehörde bleibt insbesondere vorbehalten, mit welchen Mitteln und zu welchem Zeitpunkt gegen den rechtswidrigen Zustand vorgegangen werden soll. Aus der Ermessensfreiheit der Behörde resultiert zugleich das subjektiv-öffentliche Recht des in seinen Rechten betroffenen Bürgers auf fehlerfreien Ermessensgebrauch und damit auf Ermessensgebrauch überhaupt.

- 55 Die Ermessensausübung dient in 1. Linie der Einzelfallgerechtigkeit. Neben dem besonderen öffentlichen Interesse an der Wiederherstellung baurechtmäßiger Zustände sind daher auch die Interessen des Pflichtigen zu berücksichtigen und in die Ermessensentscheidung einzustellen. Des Weiteren können etwa bei der Verletzung nachbarschützender Vorschriften die Interessen des in seinen Rechten verletzten Nachbarn von Bedeutung sein⁵³¹. Schließlich kann bei der Entscheidung über den Erlass einer Beseitigungsanordnung auch die Beeinträchtigung der gemeindlichen Planungshoheit eine wesentliche Rolle spielen⁵³². Vor diesem Hintergrund wird es regelmäßig pflichtgemäßer Ermessensausübung entsprechen, wenn die Bauaufsichtsbehörde gegen eine formell und materiell rechtswidrige Anlage einschreitet⁵³³.
- 56 Die Ausübung des Ermessens kann allerdings vielfachen Bindungen unterworfen sein. Solche können sich zum einen unmittelbar aus dem Verfassungsrecht, vor allem aus dem allgemeinen Willkürverbot des Art. 3 Abs. 1 GG, ergeben. Hieraus folgt, dass die Behörde auch im Ermessensbereich zu gleichmäßiger Behandlung gleichgelagerter Fälle verpflichtet ist. Die Bauaufsichtsbehörde darf daher nicht ohne erkennbaren Grund unterschiedlich, systemwidrig oder planlos ihr Ermessen ausüben⁵³⁴.

Ein **Sonderproblem**, das auch schon Gegenstand von Examensklausuren⁵³⁵ gewesen ist, stellt die Ermessensausübung im Zusammenhang mit einer Vielzahl baurechtswidriger Zustände dar. Der Gleichbehandlungsgrundsatz verpflichtet die Behörde zwar grundsätzlich nicht, in einem Bereich⁵³⁶, in dem sie baurechtswidrige Zustände beobachtet hat, schlagartig gegen alle Schwarzbauten vorzugehen. Die Behörde darf sich vielmehr auf ein Vorgehen gegen einzelne Störer beschränken, sofern

⁵³⁰ Decker in Simon/Busse, BayBO, zu Art. 76 Rn. 203.

⁵³¹ BVerwGE 11, 95 [97]; BVerwG, NVwZ 1998, 395 = UPR 1998, 117 = BauR 1998, 319 = JUS 1998, 665.

⁵³² BVerwG, UPR 1992, 262; OVG Thüringen, BauR 1999, 164.

⁵³³ BVerwG v. 6. 11. 1968, Az.: 4 C 31.66; BayVGh, BayVBl. 1982, 435; BayVGh, BayVBl. 1981, 89; VGh BW, BauR 2009, 1712.

⁵³⁴ BVerwG, Buchholz 406.17 Bauordnungsrecht Nr. 68.

⁵³⁵ Vgl. die Aufgabe Nr. 6 im Ersten juristischen Staatsexamen 1996/2, BayVBl. 1998, 287 und 317.

⁵³⁶ Der insoweit in den Blick zu nehmende Bereich ist grundsätzlich der gesamte Zuständigkeitsbereich der Bauaufsichtsbehörde; insoweit kann dann allerdings nicht verlangt werden, dass sie gegen alle baurechtswidrigen Zustände gleichzeitig vorgeht: BayVGh v. 25. 11. 2004, Az.: 2 ZB 04.2299.

sie hierfür sachliche Gründe hat⁵³⁷. Dabei ergibt sich aus dem verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz aber keine zeitliche Grenze für ein unterschiedliches Vorgehen gegen baurechtswidrige Zustände⁵³⁸. So können z. B. neue Schwarzbauten vor alten aufgegriffen werden. Gleichheitssatzwidrig ist eine Beseitigungsanordnung allerdings dann, wenn sie als systemlos oder willkürlich bezeichnet werden muss, weil die Behörde ohne vernünftigen, aus der Natur der Sache folgenden oder sonst wie einleuchtenden Grund im Wesentlichen gleiche Sachverhalte ungleich behandelt⁵³⁹. Sofern eine Vielzahl ungenehmigter Bauten vorliegt, bedarf es deshalb im Regelfall eines sog. **Sanierungskonzeptes**, um die rechtswidrigen Verhältnisse zu bereinigen, denn gemäß Art. 3 Abs. 1 GG besteht eine Verpflichtung für die zuständige Behörde zu einer systematischen Handlungsweise⁵⁴⁰.

Weitere Bindungen können aus entsprechenden Verwaltungsanweisungen 57 folgen. Schließlich kann es auch sein, dass im Einzelfall nur eine einzige Entscheidung allein ermessensgerecht erscheint (sog. Ermessensreduzierung auf Null)⁵⁴¹.

Im Rahmen der nach Art. 76 S. 1 BayBO zu treffenden Entscheidung sind 58 auch die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit (Art. 8 LStVG analog) zu berücksichtigen, was Art. 76 S. 1 BayBO in seinem HS. 2 („wenn nicht auf andere Weise rechtmäßige Zustände hergestellt werden können.“) gesondert zum Ausdruck bringt. Die ins Auge gefasste Maßnahme muss somit grundsätzlich geeignet, erforderlich und zulässig sein und darf zum erwarteten Erfolg nicht außer Verhältnis stehen (sog. Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn). Die Forderung, ein formell und materiell baurechtswidriges Bauwerk zu beseitigen, verstößt in aller Regel nicht gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit⁵⁴². Auch die Frage, ob eine Anlage ganz oder nur teilweise beseitigt werden soll, ist eine solche der Erforderlichkeit und der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne und daher im Rahmen der Entscheidung über die Beseitigung zu berücksichtigen.

d) Anordnung der sofortigen Vollziehung

Für die Anordnung der sofortigen Vollziehung nach § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 59 VwGO einer Beseitigungsanordnung bedarf es nach ständiger Rechtsprechung⁵⁴³ eines besonderen öffentlichen Interesses, das über das eigentliche Vollzugsinteresse hinausgehen muss. Ein solches besonderes öffentliches Interesse lässt sich nicht allein mit der Prognose rechtfertigen, ein Rechtsmittel

⁵³⁷ H.M.; BVerwG, Buchholz 406.17 Bauordnungsrecht Nr. 68 = BauR 1999, 734; BVerwG, BRS 57 Nr. 248; BVerwG, NVwZ-RR 1992, 360 = DöV 1992, 748 = BayVBl. 1992, 489.

⁵³⁸ BVerwG, Buchholz 406.17 Bauordnungsrecht Nr. 68.

⁵³⁹ BayVGh, BayVBl. 1983, 243.

⁵⁴⁰ BayVGh, BayVBl. 1983, 243; geradezu schulbuchmäßig: OVG Koblenz, ZfBR 2010, 807 [808]; ferner OVG Thüringen, BauR 2011, 244; siehe auch Konrad, JA 1998, 691 [695].

⁵⁴¹ Siehe hierzu etwa Di Fabio, VerwArch 1996, 214.

⁵⁴² Decker in Simon/Busse, BayBO, zu Art. 76 Rn. 238; siehe hierzu auch BVerfG, NVwZ 2005, 203; ggf. nur Teilbeseitigung verhältnismäßig.

⁵⁴³ BayVGh v. 17. 4. 1997, Az.: 1 CS 96.4182; VGh BW, NVwZ 1996, 601 = BRS 58 Nr. 207.

gegen die Beseitigungsanordnung werde voraussichtlich erfolglos bleiben. Bei der vorzunehmenden Interessenabwägung ist deshalb zunächst festzustellen, ob Tatsachen vorliegen, die ein besonderes, das Vollzugsinteresse übersteigendes öffentliches Interesse rechtfertigen. Sind solche Tatsachen im Einzelfall gegeben, ist das besondere öffentliche Interesse mit dem Suspensivinteresse des Rechtsmittelführers abzuwägen. Dabei ist insbesondere auf Seiten des Pflichtigen zu berücksichtigen, dass vor Abschluss des Hauptsacheverfahrens durch den Vollzug der Beseitigungsanordnung und der damit i. d. R. verbundenen Vernichtung der Bausubstanz der Anlage keine unabänderlichen Zustände geschaffen werden (keine Vorwegnahme der Hauptsache) und damit die Gewährung effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG) unmöglich gemacht wird. Folglich wird das besondere öffentliche Interesse an der sofortigen Vollziehung einer Beseitigungsanordnung grundsätzlich **zu verneinen** sein, weil der – ggf. nur durch ein Eilverfahren bestätigte – sofortige Abbruch von Anlagen und die hiermit verbundene nicht zumutbare Substanzvernichtung, die Hauptsache in unangemessener Weise vorwegnimmt, mit der Folge, dass ein öffentliches Interesse am Sofortvollzug im Hinblick auf das überwiegende Interesse des Betroffenen verneint werden muss⁵⁴⁴. Etwas anderes kann aber z. B. dann gelten, wenn ein Schwarzbau erhebliche negative Vorbildwirkung für andere hat oder dadurch zustande gekommen ist, dass sich der Bauherr über mehrfach verfügte Baueinstellungsverfügungen hinweggesetzt und das (illegale) Vorhaben vollendet hat⁵⁴⁵.

6. Nutzungsuntersagung (Art. 76 S. 2 BayBO)

a) Vorbemerkung

- 60 Nutzungsverbote werden im Rahmen der staatlichen Aufgabenerfüllung durch die Bauaufsichtsbehörde erlassen, um für im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften errichtete Anlagen oder in ihrer Nutzung geänderte (bauliche) Anlagen wieder rechtmäßige Zustände herzustellen⁵⁴⁶. Hierdurch soll regelmäßig sichergestellt werden, dass nicht ohne die Durchführung des erforderlichen Genehmigungsverfahrens eine Nutzung aufgenommen wird. Zugleich sollen Gefahren für die Allgemeinheit durch möglicherweise unzulässige Baumaßnahmen vermieden werden. Der unerlaubt Nutzende wird im Regelfall ohne zusätzlichen Verlust an Vermögenssubstanz in die formellen Schranken des Baurechts verwiesen und gezwungen, seine Interessen auf dem vorgeschriebenen Weg durch Einleitung eines Ge-

⁵⁴⁴ **Ganz h. Rspr.**; vgl. etwa BayVGh, BRS 42 Nr. 221; OVG Thüringen, BRS 59 Nr. 211; OVG Münster, BauR 1996, 236; OVG Lüneburg, BauR 1994, 611; OVG Greifswald, NVwZ 1995, 608; VGh Kassel, BRS 44 Nr. 198; VGh Kassel, BRS 44 Nr. 206; siehe auch Konrad, JA 1998, 691, 698.

⁵⁴⁵ BayVGh v. 9. 11. 1998, Az.: 2 ZS 98.2043; BayVGh v. 12. 10. 2005, Az.: 14 CS 05.1869; OVG Greifswald, LKV 2003, 477; OVG Frankfurt/Oder, LKV 2004, 232; OVG Berlin-Brandenburg, NVwZ-RR 2010, 794; OVG Lüneburg, ZfBR 2010, 585.

⁵⁴⁶ OVG Thüringen, NVwZ 1997, 1238; OVG Thüringen, DöV 1997, 555 = BRS 59 Nr. 216.