

PROF. DR. JOSEF FRANZ LINDNER\*

# Formelle und materielle Illegalität bei bauordnungsrechtlichen Eingriffen

## Zur dogmatischen Struktur von Baubeseitigungsanordnung und Nutzungsuntersagung

Ergänzend zum Beitrag Lindner, JuS 2014, 118, bieten das nachfolgende Prüfungsschema, die Fallbeispiele und die Zusammenfassung die Möglichkeit, den Umgang mit dem komplexen Thema für die Klausurbearbeitung zu schulen und zu erleichtern.

### A. Prüfungsschema<sup>1</sup>

**Obersatz:** Die Beseitigungsanordnung/Nutzungsuntersagung ist rechtmäßig, wenn sie sowohl in formeller als auch in materieller Hinsicht mit der Rechtsordnung übereinstimmt.

**Ermittlung der Befugnisnorm:** Etwa Art. 76 S. 1 BayBO, § 65 S. 1 BadWürttBauO, § 61 NWBauO

- I. Formelle Rechtmäßigkeit des VA
  1. Zuständigkeit der handelnden Behörde
    - a) sachliche Zuständigkeit (nach dem Organisationsrecht des jeweiligen Landes)
    - b) örtliche Zuständigkeit (§ 3 LVwVfG)
  2. Beachtung der Verfahrensvorschriften (insb. § 28 LVwVfG)
  3. Form (§§ 37 II ff., 39 LVwVfG)
- II. Materielle Rechtmäßigkeit des VA
  1. Hinreichende Bestimmtheit des VA (§ 37 I LVwVfG)
  2. Erfüllung der Tatbestandsmerkmale der Befugnisnorm
    - a) Vorliegen einer (baulichen) Anlage i. S. des Bauordnungsrechts
    - b) Errichtung, Änderung oder Nutzung der Anlage
    - c) im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften
      - aa) Formelle Illegalität
        - (1) Baugenehmigung erforderlich?
        - (2) Baugenehmigung wirksam (ggf. nichtig, aufgehoben, erloschen)?
        - (3) Ist Bauvorhaben von Baugenehmigung gedeckt?
      - bb) Materielle Illegalität: Verstoß gegen inhaltliche öffentlich-rechtliche Vorschriften; Möglichkeit einer Rechtmäßigkeitsalternative berücksichtigen („wenn nicht auf andere Weise rechtmäßige Zustände hergestellt werden können“)<sup>2</sup>
    - d) Evtl. als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal: passiver Bestandsschutz<sup>3</sup>
  3. Ordnungsgemäße Ermessensausübung (§ 40 VwVfG): Im Falle der formellen Illegalität ist bei Fehlen einer Rechtmäßigkeitsalternative in der Befugnisnorm für die Baubeseitigung die materielle Legalität/Illegalität ein ermessenslenkendes Kriterium. Gleiches gilt für die Nutzungsuntersagung. Gegebenenfalls passiver Bestandsschutz als ermessenslenkendes Kriterium, wenn nicht schon bei 2 d geprüft.

**Erläuterung zu II 2 c aa (Formelle Illegalität):** Die Anlage ist formell *illegal*, wenn eine Baugenehmigung erforderlich ist und diese nicht (mehr) wirksam vorliegt oder zwar wirksam vorliegt, jedoch das konkrete Bauvorhaben nicht deckt. Umgekehrt: Die Anlage ist formell *legal*, wenn eine Baugenehmigung nicht erforderlich ist oder wenn eine Baugenehmigung

zwar erforderlich ist und eine solche wirksam vorliegt sowie das konkrete Bauvorhaben deckt.

**Erläuterung zu II 2 c bb (Materielle Illegalität):** Bezüglich des Umfangs der Prüfung der materiellen Legalität/Illegalität an dieser Stelle ist nach dem Ergebnis der Prüfung der formellen Legalität/Illegalität zu unterscheiden:

- Liegt *formelle Illegalität* vor, ist weiter zwischen der Beseitigungsanordnung und der Nutzungsuntersagung zu unterscheiden: Bei der Beseitigungsanordnung ist das Problem der Rechtmäßigkeitsalternative zu erörtern, wenn die Befugnisnorm dies vorsieht. In diesem Rahmen kommt es dann auf die materielle Legalität an. Sieht die Befugnisnorm die Rechtmäßigkeitsalternative nicht vor, ist die materielle Legalität/Illegalität im Rahmen der Ermessensausübung zu prüfen (unter II 3). Gleiches gilt für Nutzungsuntersagung, wo es eine Rechtmäßigkeitsalternative nicht gibt.

- Liegt hingegen *formelle Legalität* vor, kommt es bereits beim Tatbestandsmerkmal „im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften“ auf die materielle Illegalität an, es sei denn es greift die Legalisierungswirkung einer wirksamen Baugenehmigung ein; vgl. dazu die Fälle 1–4.

### B. Fälle zur formellen Legalität

#### I. Wirksame Baugenehmigung

**Fall 1:** B hat für die Errichtung seines Einfamilienhauses im Außenbereich eine wirksame Baugenehmigung erhalten. Nach genehmigungskonformer Fertigstellung des Bauvorhabens kommen der Bauaufsichtsbehörde im Hinblick auf die Rechtmäßigkeit der Baugenehmigung (rechtlich zutreffende) Bedenken. Sie erlässt daher eine Beseitigungsanordnung mit der Begründung, das Vorhaben stehe im Widerspruch zu der öffentlich-rechtlichen Vorschrift des § 35 BauGB. Ist die Beseitigungsanordnung rechtmäßig?

\* Der Autor ist Inhaber eines Lehrstuhls für Öffentliches Recht an der Universität Augsburg. – Für wertvolle Mitarbeit danke ich herzlich Stud. iur. Franziska Huber.

1 Ausführlicheres Prüfungsschema bei Lindner, Öffentl. Recht, 2012, Rdnr. 993.  
 2 Die Rechtmäßigkeitsalternative kann entweder im Rahmen des Tatbestandsmerkmals „im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften“ (unter bb) oder als eigenes Tatbestandsmerkmal geprüft werden.  
 3 Beschreibung dieser Situation bei Lindner, JuS 2014, 118 (120, Fußn. 21); vgl. auch unten Fall 5.

Das Haus ist mit einer wirksamen (wenn auch rechtswidrigen) Baugenehmigung errichtet worden und daher nicht formell illegal. Es mag zwar materiell gegen § 35 BauGB verstoßen, jedoch steht dem die Legalisierungswirkung der wirksamen Baugenehmigung entgegen. Auf die Frage der materiellen Illegalität kommt es hier also schon deswegen nicht an, weil diese, selbst wenn sie vorläge, unbeachtlich wäre. Das Tatbestandsmerkmal „im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften“ ist mithin nicht erfüllt. Die Beseitigungsanordnung ist rechtswidrig. Allerdings hat die Bauaufsichtsbehörde die Möglichkeit, die von Anfang an rechtswidrige Baugenehmigung nach § 48 LVwVfG zurückzunehmen<sup>4</sup>. Nimmt die Behörde die Baugenehmigung mit einem wirksamen (nicht notwendiger Weise rechtmäßigen) Rücknahmebescheid zurück, entfällt dadurch die Wirksamkeit der Baugenehmigung und daher auch deren Legalisierungswirkung. Die Anlage wird damit zugleich formell und materiell rechtswidrig. Nun liegt ein Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften vor, so dass grundsätzlich eine Baubeseitigungsanordnung ergehen kann. Die Wirksamkeit der Rücknahme (nicht dessen Rechtmäßigkeit) ist im Prüfungsschema unter Punkt II 2 c aa (2) zu prüfen.

## II. Baugenehmigung im vereinfachten Verfahren

### 1. Rechtsschutz des Bauherrn

*Fall 2:* B errichtet in Übereinstimmung mit einer ihm im vereinfachten Verfahren (z. B. nach Art. 59 BayBO) erteilten wirksamen Baugenehmigung ein Haus im Außenbereich. Der Bau verstößt materiell sowohl gegen § 35 BauGB als auch gegen Normen des materiellen Bauordnungsrechts. Darf die Behörde eine Beseitigungsanordnung erlassen? Kann B sich dagegen wehren?

Formelle Legalität liegt vor, da im Hinblick auf die vom Prüfprogramm umfassten Normen (insb. §§ 29 ff. BauGB) eine Baugenehmigung existiert und im Hinblick auf die nicht zu prüfenden Normen eine formelle Illegalität ausgeschlossen ist. Im Hinblick auf die vom Prüfprogramm erfassten Normen (also hier §§ 29, 35 BauGB) kann eine Beseitigungsanordnung nur nach vorheriger Aufhebung der Baugenehmigung ergehen. Im Hinblick auf die nicht vom Prüfprogramm erfassten Normen ist das Vorhaben jedoch materiell rechtswidrig, ohne dass dem die Legalisierungswirkung der Baugenehmigung entgegensteht. Die Legalisierungswirkung reicht nämlich immer nur soweit, wie das Prüfprogramm reicht<sup>5</sup>. Nicht vom Prüfprogramm erfasste Normen können von der Legalisierungswirkung nicht erfasst werden. Dies bedeutet, dass eine Baubeseitigungsanordnung trotz formeller Legalität der Anlage im Hinblick auf die nicht vom Prüfprogramm erfassten öffentlich-rechtlichen Normen ergehen kann. Es handelt sich also um einen Fall, in dem für die Baubeseitigungsanordnung *allein* die materiell-rechtliche Illegalität genügt. Freilich ist in solchen Fällen besonderes Augenmerk auf eine ordnungsgemäße Ermessensausübung zu richten, wobei insbesondere Vertrauensschutzberwägungen eine Rolle zu spielen haben. B kann gegen eine Beseitigungsanordnung mit der Anfechtungsklage nach § 42 I Var. 1 VwGO vorgehen.

## 2. Rechtsschutz eines Nachbarn

*Fall 3:* B errichtet in Übereinstimmung mit einer ihm im vereinfachten Verfahren erteilten Baugenehmigung ein genehmigungspflichtiges Bauwerk. Nachbar N ist der Auffassung, das Vorhaben des B sei weder mit ihm schützenden Normen des Bauplanungsrechts (§§ 29 ff. BauGB) noch mit der drittschützenden bauordnungsrechtlichen Norm der Grenzabstände (etwa Art. 6 BayBO) vereinbar. Kann N Rechtsschutz geltend machen?

Hat die Baugenehmigungsbehörde im vereinfachten Verfahren auf Grund des reduzierten Prüfprogramms zwar die Vereinbarkeit mit Bauplanungsrecht geprüft, jedoch nicht die Vereinbarkeit mit Bauordnungsrecht, so muss N zweigleisig vorgehen. Soweit er die Baugenehmigung wegen Verletzung drittschützender Normen des Bauplanungsrechts als rechtswidrig erachtet, muss er seinen Genehmigungsabwehranspruch per Anfechtungsklage gegen die Baugenehmigung nach § 42 I Var. 1 VwGO geltend machen. Die Verletzung von (drittschützenden) Normen des Bauordnungsrechts kann er indes nicht mit der Anfechtungsklage rügen, soweit diese Vorschriften nicht Gegenstand des Prüfprogramms waren und deswegen von der Baugenehmigungsbehörde gar nicht geprüft worden sind. Sie können daher von der Legalisierungswirkung der Baugenehmigung auch nicht umfasst sein. Bezüglich der Verletzung dieser nicht geprüften bauordnungsrechtlichen Normen bleibt N also nur der Weg über die Vorschriften der Baubeseitigung und Nutzungsuntersagung. Seinen diesbezüglichen Anspruch auf bauaufsichtsrechtliches Einschreiten hat er gegebenenfalls mit der Verpflichtungsklage nach § 42 I Var. 2 VwGO durchzusetzen. Der Anfechtungsantrag gegen die Baugenehmigung (im Hinblick auf das vom Prüfprogramm umfasste Bauplanungsrecht) sowie die Verpflichtungsklage auf Einschreiten (bzgl. der Verletzung der nicht vom Prüfprogramm umfassten Vorschriften des Bauordnungsrechts) können im Wege der objektiven Klagehäufung nach Maßgabe des § 44 VwGO miteinander verbunden werden.

## III. Keine Baugenehmigung erforderlich

*Fall 4:* B errichtet nach ordnungsgemäßem Anzeigeverfahren nach Art. 58 BayBO<sup>6</sup> ohne Genehmigung (die auch nicht erforderlich ist; sog. Genehmigungsfreistellung) ein Gebäude. Die Voraussetzungen der Genehmigungsfreiheit sind erfüllt. Die Anlage verstößt jedoch gegen materielle Normen des Bauordnungsrechts. Kann eine Baubeseitigungsanordnung ergehen?

Damit ist die Anlage formell legal. Verstößt das Vorhaben bereits im Zeitpunkt der Errichtung gegen materiell-rechtliche Normen des Baurechts, liegen die Tatbestandsvoraussetzungen für eine Beseitigungsanordnung vor. Die Anlage ist zwar nicht formell, wohl aber materiell illegal und steht *deswegen* „in Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften“. Die Legalisierungswirkung einer Baugenehmigung kann hier nicht greifen, da eine solche nicht vorliegt. Eine

<sup>4</sup> Hierbei sind allerdings im Rahmen der Ermessensausübung Vertrauensschutzgesichtspunkte zu berücksichtigen. Im Falle der Rücknahme ist zudem die Entschädigungspflicht nach § 48 III LVwVfG in Betracht zu ziehen.

<sup>5</sup> Decker, BayVBl 2011, 517 (522).

<sup>6</sup> Vgl. etwa § 51 („Kenntnisgabeverfahren“) BadWürttBauO, § 67 NWBauO.

Beseitigungsanordnung kann – unter dem Vorbehalt ordnungsgemäßer Ermessensausübung – ergehen, obwohl gerade kein Fall der doppelten Illegalität gegeben ist. Passiver Bestandsschutz steht der Beseitigungsanordnung dann entgegen, wenn die formell legale, da genehmigungsfreie Anlage zum Zeitpunkt ihrer Errichtung zwar materiell illegal war, danach aber materiell legal geworden ist<sup>7</sup>.

*Fall 5:* B hat ohne Genehmigung eine Anlage errichtet, für die auch keine Genehmigung erforderlich war. Zum Zeitpunkt der Errichtung war die formell legale Anlage materiell illegal. Durch spätere Rechtsänderungen ist die weiterhin formell legale Anlage für einen Zeitraum von mehr als drei Monaten materiell legal geworden. Durch erneute Rechtsänderung ist die weiterhin formell legale Anlage wiederum materiell illegal geworden. Hier steht einer Baubeseitigungsanordnung der passive Bestandsschutz entgegen<sup>8</sup>.

### C. Zusammenfassung

Unter dem Tatbestandsmerkmal „im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften“ ist zunächst die formelle Illegalität zu prüfen.

(1) Liegt diese vor, ist das Tatbestandsmerkmal „im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften“ schon deshalb erfüllt. Ob zusätzlich materielle Illegalität gegeben ist, ist *stets* zu prüfen: Entweder – bei der Beseitigungsanordnung (Ausnahmen: Niedersachsen und Nordrhein-Westfalen) – im Rahmen einer im Tatbestand der Befugnisnorm enthaltenen Rechtmäßigkeitsalternative („wenn nicht auf andere Weise rechtmäßige Zustände hergestellt werden können“) oder –

bei der Nutzungsuntersagung – im Rahmen der Ermessensausübung. Der Erlass einer Nutzungsuntersagung ist regelmäßig schon dann ermessensfehlerfrei, wenn allein die formelle Illegalität vorliegt. Dies kann – je nach den Umständen des Einzelfalls – aber auch anders sein.

(2) Ist die formelle Illegalität hingegen zu verneinen – ist die Anlage oder deren Nutzung formell also legal –, ist nach dem Grund der formellen Legalität zu unterscheiden:

- Liegt eine für die Anlage oder deren Nutzung wirksame Baugenehmigung vor, so steht einer Prüfung der materiellen Illegalität die Legalisierungswirkung der Baugenehmigung entgegen. Bevor eine Baubeseitigungsanordnung oder Nutzungsuntersagung wegen materieller Illegalität ergehen kann, muss die Wirksamkeit der bestehenden Baugenehmigung beseitigt worden sein.

- Liegt eine Baugenehmigung vor, ist diese jedoch auf Grund eines beschränkten Prüfprogramms ergangen, reicht die Legalisierungswirkung der Baugenehmigung nur so weit wie das Prüfprogramm. Erweist sich das Vorhaben wegen Verstoßes gegen solche öffentlich-rechtlichen Normen, die nicht Gegenstand des Prüfprogramms sind, als materiell rechtswidrig, so steht einer Baubeseitigungsanordnung oder Nutzungsuntersagung die Legalisierungswirkung der Baugenehmigung nicht entgegen.

- Liegt keine Baugenehmigung vor, ist eine solche aber auch nicht erforderlich, so kommt es ausschließlich auf die materielle Illegalität von Anlage oder Nutzung an. Zusätzlich kann passiver Bestandsschutz zum Tragen kommen.

<sup>7</sup> Vgl. dazu *Lindner*, JuS 2014, 118 (120 f., Fußn. 21 und 23).

<sup>8</sup> Dies ist allerdings str.; dazu ausführlich *Lindner*, DÖV 2014 (im Erscheinen).