



Zeitschrift für Immobilienwirtschaft Bodenpolitik und Wertermittlung

Herausgeber:
Dr. Daniela Schaper
MinRat a.D. Prof. Dipl.-Ing.
Wolfgang Kleiber

Aus dem Inhalt

■ **Mietspiegelreformgesetz und Mietwertgutachter – zwei Seiten einer Medaille?**

Thorsten Hühn/Moritz Leutner
Seite 131

■ **Die Immobilienverrentung als Finanzierungsinstrument**

Janine Hardi
Seite 135

■ **Instandhaltungskosten zuverlässig ermitteln**

Carolin Bahr
Seite 143

■ **Baurechtswidrige Zustände und ihre rechtlichen Folgen – ein Überblick**

Jan Sommer
Seite 150

■ **Ermittlung des merkantilen Minderwertes bei Wohnimmobilien**

Gerhard Smolibowski/Ivan Čadež
Seite 157

■ **Restnutzungsdauer von Wohnhäusern bei zurückliegenden Modernisierungen**

Herbert Jäger
Seite 162



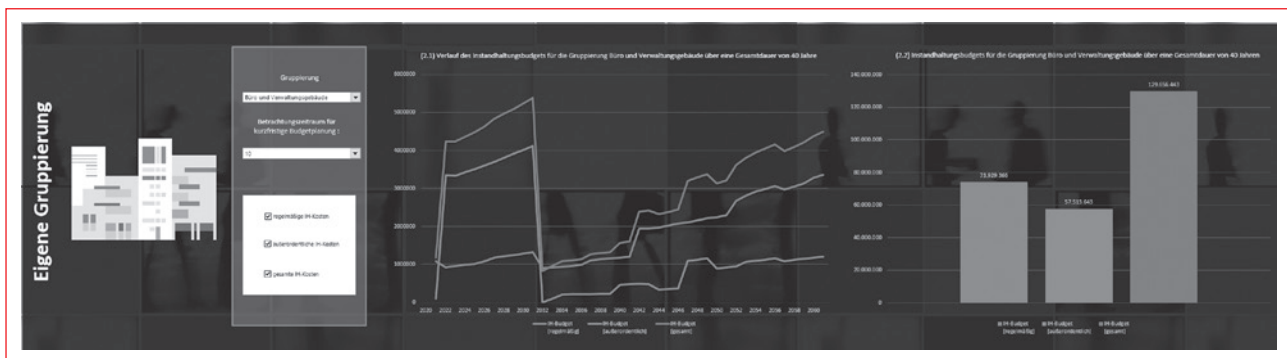


Abb. 7: Beispiel Visualisierung der zukünftigen Instandhaltungskosten im PABI-Tool

Durch eine Kooperation mit einem Softwareanbieter ist das Tool auch als eigenständige Softwarelösung oder als Integration in ein CAFM-System, also ein Computer Aided Facility Management System, erhältlich.²⁴

6. Zusammenfassung und Nutzen

Ziel war es, wissenschaftlich fundierte Kenntnisse hinsichtlich der tatsächlichen Instandhaltungskosten von Gebäuden und den wichtigsten Einflussfaktoren zu erlangen. Es wurde eine in der Praxis einfach anwendbare Methode zur Ermittlung der Instandhaltungskosten erarbeitet. Die analytische Berechnung geht vereinfacht von einem Zusammenhang der Instandhaltungskosten und dem Wiederbeschaffungswert aus. Mit Hilfe von Korrekturfaktoren, die in Forschungsarbeiten durch Korrelations- und Clusteranalysen auf Basis von Realdaten ermittelt wurden, werden gebäudespezifische Eigenschaften berücksichtigt. Dadurch haben die Rechenergebnisse eine deutlich höhere Aussagekraft als z.B. Kennzahlen.

Bei dem vorgestellten PABI-Verfahren werden Instandhaltungskosten für regelmäßige und außerordentliche Instandhaltungsmaßnahmen separat berechnet. Während erstere, mit Maßnahmen der Wartung, Inspektion und kleinen Instand-

setzung (Vgl. Abb. 2) über den gesamten Lebenszyklus annähernd konstant sind, treten die außerordentlichen Instandhaltungsmaßnahmen, also große Instandsetzungen und Verbesserungen, zyklisch alle 30 bis 40 Jahre auf.

Das vorgestellte Verfahren ist wissenschaftlich fundiert und gleichzeitig in der Praxis einfach anzuwenden. Der Aufwand zur Datenerfassung ist einmalig und ist aufgrund der nur wenigen notwendigen Gebäudedaten minimal. Die jährliche Fortschreibung z.B. des Alters erfolgt automatisch, so dass jährlich nur der Preisindex zu aktualisieren ist. Neben der hohen Genauigkeit sind die hohe Transparenz, die erreichte Planungssicherheit sowie die Kostenersparnis durch Vermeidung von Folgeschäden große Mehrwerte des Verfahrens.

Prof. Dr.-Ing. Carolin Bahr

Professorin für Immobilien und Facility Management
Hochschule Karlsruhe
E-Mail: Carolin.bahr@h-ka.de

²⁴ Weitere Infos: www.loyhutz.de/wavepabm.

Baurechtswidrige Zustände und ihre rechtlichen Folgen – ein Überblick

Jan Sommer, Köln

Der rechtliche Status baulicher Anlagen und ihrer Nutzung ist für die Grundstücksbewertung als wertbeeinflussender Faktor von wichtiger Bedeutung. Liegen Verstöße gegen das öffentliche Baurecht vor, drohen Maßnahmen der Bauaufsichtsbehörden, was sich wiederum wertmindernd auf das Grundstück auswirkt. So ist etwa die Vermietung von Wohnraum in Baugebieten, in denen Wohnen nicht zulässig ist, aufgrund drohender Nutzungsuntersagung bei der Wertermittlung nicht

zu berücksichtigen.¹ Der vorliegende Beitrag bietet einen Überblick über rechtswidrige Zustände im öffentlichen Baurecht und die sich hieraus ergebenden rechtlichen Konsequenzen.

1. Baurechtswidrige Zustände

Im öffentlichen Baurecht haben sich die Begriffe der formellen und materiellen Illegalität etabliert, um einen baurechtswidrigen Zustand zu beschreiben.

1.1 Formelle Illegalität

Formelle Illegalität im Sinne des öffentlichen Baurechts bedeutet, dass ein genehmigungsbedürftiges Vorhaben ohne die erforderliche Baugenehmigung errichtet oder genutzt wird. Ob ein Vorhaben genehmigungsbedürftig ist, beurteilt sich nach den Vorschriften der jeweiligen Landesbauordnung.

Zur Ermittlung, ob ein genehmigungsbedürftiges Vorhaben formell legal ist, muss zunächst geprüft werden, ob für die bauliche Anlage bzw. Nutzung eine Baugenehmigung vorliegt. Liegt eine Baugenehmigung vor, ist deren Inhalt mit dem tatsächlich Vorhandenen abzugleichen. Denn formelle Illegalität liegt auch dann vor, wenn ein Vorhaben erheblich von der erteilten Baugenehmigung abweicht. In der Praxis werden genehmigte Vorhaben im Laufe der Zeit häufig verändert oder erweitert, ohne dass eine Baugenehmigung beantragt wird. Sind für die Erweiterungen oder Umbaumaßnahmen Baugenehmigungen erforderlich, liegt somit ein formell rechtswidriger Zustand vor.

Formelle Illegalität kann darüber hinaus auch nachträglich eintreten, wenn die Baugenehmigung unwirksam oder aufgehoben wird oder die Genehmigung nur befristet erteilt war.

1.2 Materielle Illegalität

Materielle Illegalität bedeutet, dass ein Vorhaben im Widerspruch zum materiellen öffentlichen Baurecht steht. Ist ein genehmigungsbedürftiges Vorhaben formell und materiell illegal, ist es nicht genehmigungsfähig, da es gegen öffentlich-rechtliche Vorschriften verstößt. Bei nicht genehmigungsbedürftigen Vorhaben kommt es für die Frage ihrer Rechtmäßigkeit naturgemäß allein auf die materielle Legalität an. Auch wenn ein Vorhaben nicht genehmigungsbedürftig ist, sind dementsprechend die Vorschriften des materiellen öffentlichen Rechts einzuhalten. Ein genehmigungsfreies oder genehmigungsfreigestelltes Vorhaben kann somit zwar nicht formell, aber gleichwohl materiell illegal sein.

1.2.1 Bauordnungsrecht

Zu den Vorschriften des materiellen öffentlichen Baurechts gehören zum einen die Vorschriften des Bauordnungsrechts. Ein Vorhaben ist etwa dann materiell rechtswidrig, wenn es gegen das Abstandsflächenrecht, brandschutzrechtliche Vor-

gaben oder sonstige bauordnungsrechtliche Vorschriften der jeweiligen Landesbauordnung verstößt.

1.2.2 Bauplanungsrecht

Ein Vorhaben widerspricht auch dann dem öffentlichen Baurecht, wenn es gegen Vorschriften des Bauplanungsrechts verstößt.

Die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit eines Vorhabens richtet sich nach den §§ 29 ff. BauGB. Innerhalb des Geltungsbereichs eines **Bebauungsplans** ist für die planungsrechtliche Zulässigkeit § 30 BauGB maßgeblich. Im Geltungsbereich eines sog. qualifizierten Bebauungsplans, der mindestens Festsetzungen über die Art und das Maß der baulichen Nutzung, die überbaubaren Grundstücksflächen und die örtlichen Verkehrsflächen enthält, ist nach § 30 Abs. 1 BauGB ein Vorhaben zulässig, wenn es diesen Festsetzungen nicht widerspricht und die Erschließung gesichert ist. Setzt der Bebauungsplan etwa ein Gewerbegebiet nach § 8 BauNVO fest, ist eine dort ausgeübte Wohnnutzung materiell rechtswidrig, da Wohnnutzung in einem Gewerbegebiet grundsätzlich unzulässig ist. Ausnahmsweise zulässig sind nach § 8 Abs. 3 Nr. 1 BauNVO lediglich Wohnungen für Aufsichts- und Bereitschaftspersonen sowie für Betriebsinhaber und Betriebsleiter. § 30 Abs. 2 BauGB regelt die Zulässigkeit von Vorhaben im Geltungsbereich eines vorhabenbezogenen Bebauungsplans nach § 12 BauGB. Im Geltungsbereich eines sog. »einfachen Bebauungsplans«, der die Voraussetzungen des § 30 Abs. 1 BauGB nicht erfüllt, richtet sich die Zulässigkeit von Vorhaben hinsichtlich der Merkmale, die der Bebauungsplan nicht regelt, nach § 34 oder § 35 BauGB. Trifft der Bebauungsplan etwa nur eine Festsetzung zur Art der baulichen Nutzung, ist das Einfügen hinsichtlich Maß, Bauweise und überbaubarer Grundstücksfläche nach § 34 BauGB zu bewerten.

Insbesondere ältere Bebauungspläne können unter gewissen Umständen auch **funktionslos** werden mit der Folge, dass sich die planungsrechtliche Zulässigkeit nach § 34 BauGB oder § 35 BauGB richtet. Das ist nach der Rechtsprechung der Fall, wenn und soweit sich die Verhältnisse, auf die sich eine planerische Festsetzung bezieht, in der tatsächlichen Entwicklung einen Zustand erlangt haben, der eine Verwirklichung der Festsetzungen auf absehbare Zeit ausschließt und wenn der Mangel so offenkundig ist, dass ein Vertrauen der Öffentlichkeit in dessen Fortgeltung nicht mehr schutzwürdig ist. Das OVG Nordrhein-Westfalen hat etwa die Funktionslosigkeit eines Bebauungsplans angenommen, der ein Wochenendhausge-

¹ Kleiber, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, ImmoWertV, § 6 Rn. 190.

biet festsetzte, wenn in dem Plangebiet ca. 75 % planwidriger Wohnnutzungen ausgeübt werden.² Die Funktionslosigkeit kann also dazu führen, dass ein Vorhaben zwar gegen die Festsetzungen eines Bebauungsplans verstößt, das Vorhaben aber aufgrund der Funktionslosigkeit des Bebauungsplans gleichwohl planungsrechtlich zulässig ist.

Existiert kein Bebauungsplan oder erweist sich ein Bebauungsplan in einem gerichtlichen Verfahren als unwirksam, beurteilt sich die planungsrechtliche Zulässigkeit nach § 34 BauGB, wenn sich das Vorhaben im **unbeplanten Innenbereich** befindet. Innerhalb der im Zusammenhang bebauten Ortsteile ist ein Vorhaben nach § 34 Abs. 1 Satz 1 BauGB zulässig, wenn es sich nach Art und Maß der baulichen Nutzung, der Bauweise und der Grundstücksfläche, die überbaut werden soll, in die Eigenart der näheren Umgebung einfügt und die Erschließung gesichert ist. Entspricht die Eigenart der näheren Umgebung einem der Baugebiete, die in der BauNVO bezeichnet sind, beurteilt sich die Zulässigkeit des Vorhabens nach § 34 Abs. 2 BauGB nach seiner Art allein danach, ob es nach der BauNVO in dem Baugebiet allgemein zulässig wäre.

Befindet sich ein Vorhaben im **Außenbereich** richtet sich die Zulässigkeit nach § 35 BauGB. Insbesondere die Abgrenzung des Innenbereichs zum Außenbereich bereitet in der Praxis regelmäßig Schwierigkeiten. Nach § 34 Abs. 1 Satz 1 BauGB muss sich das Vorhaben innerhalb der im Zusammenhang bebauten Ortsteile befinden. Ein solcher Bebauungszusammenhang ist nach dem Bundesverwaltungsgericht durch eine aufeinander folgende Bebauung gekennzeichnet, die trotz vorhandener Baulücken den Eindruck der Geschlossenheit (Zusammengehörigkeit) vermittelt.³ Auch unbebaute Flächen (Baulücken) können danach einem Bebauungszusammenhang zuzurechnen sein. Diese Definition lässt selbstverständlich erhebliche Spielräume für die Interpretation einer Baulücke.

Ob sich ein Vorhaben im Innen- oder Außenbereich befindet, ist insofern von wichtiger Bedeutung, als im Außenbereich der Grundsatz der größtmöglichen Schonung des Außenbereichs gilt. Der Außenbereich soll in der Regel von Bebauung freigehalten werden.⁴ Dieser Grundsatz spiegelt sich auch in der Systematik von § 35 BauGB wider. Zulässig sind nach § 35 Abs. 1 BauGB in erster Linie die dort genannten privilegierten Vorhaben, wie etwa land- oder forstwirtschaftlichen Betriebe oder Vorhaben, die dem Betrieb der gartenbaulichen Erzeugung dienen. Sonstige Vorhaben können nach § 35 Abs. 2 BauGB im Einzelfall zugelassen werden, wenn ihre Ausführung oder Benutzung öffentliche Belange nicht beeinträchtigt und die Erschließung gesichert ist. Die möglichen entgegengesetzten öffentlichen Belange sind nicht abschließend in § 35 Abs. 3 BauGB aufgeführt. So liegt eine Beeinträchtigung insbesondere vor, wenn das Vorhaben den Darstellungen des Flächennutzungsplans (Nr. 1) oder den Darstellungen eines Landschaftsplans (Nr. 2) widerspricht oder die Entstehung, Verfestigung oder Erweiterung einer Splittersiedlung befürchten lässt (Nr. 7). Vor dem Hintergrund der restriktiven Auslegung von § 35 BauGB sind etwa zum Dauerwohnen genutzte bauliche Anlagen im Außenbereich regelmäßig unzulässig, weil dies den Darstellungen des Flächennutzungs-

plans widerspricht und die Entstehung einer Splittersiedlung zu befürchten ist.

Unter den engen Voraussetzungen von § 35 Abs. 4 BauGB können im Außenbereich die dort genannten Vorhaben – insbesondere Wohngebäude – zulässig sein. Erfasst ist zum Beispiel die Nutzungsänderung eines landwirtschaftlichen Betriebs (Nr. 1), die Neuerrichtung eines gleichartigen Wohngebäudes an gleicher Stelle (Nr. 2) oder die alsbaldige Neuerrichtung eines zulässigerweise errichteten, durch Brand, Naturereignisse oder andere außergewöhnliche Ereignisse zerstörten, gleichartigen Gebäudes an gleicher Stelle (Nr. 3).

2. Bauaufsichtliches Einschreiten

Wird der Bauaufsichtsbehörde ein formell und/oder materiell rechtswidriger Zustand bekannt, gibt es unterschiedliche bauaufsichtliche Reaktionsmöglichkeiten. Zu den »klassischen« bauaufsichtlichen Eingriffsbefugnissen gehören die Baueinstellungsverfügung, die Beseitigungs-/oder Rückbauverfügung und die Nutzungsuntersagung.

Der Tatbestand einer bauaufsichtlichen Verfügung setzt in jedem Fall einen Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften voraus. Maßgeblich ist daher, ob formelle Illegalität (bei genehmigungsbedürftigen Vorhaben) und materielle Illegalität vorliegen, wobei je nach Art der jeweiligen bauaufsichtlichen Verfügungen bestimmte Besonderheiten gelten.

2.1 Baueinstellungsverfügung

Die Baueinstellungsverfügung beinhaltet das Gebot, die vorgenommenen Bauarbeiten einzustellen und zugleich das Verbot, diese Bauarbeiten wieder aufzunehmen. Für eine Baueinstellungsverfügung ist bei genehmigungsbedürftigen Vorhaben in aller Regel die formelle Illegalität ausreichend. Die materielle Legalität eines Vorhabens muss hingegen von der Behörde nicht geprüft werden. Regelmäßig wird auch die sofortige Vollziehung angeordnet, sodass Widerspruch oder Klage gegen die Baueinstellungsverfügung keine aufschiebende Wirkung haben. Ausnahmsweise soll die Einstellung der Bauarbeiten im Fall formeller Illegalität, aber materieller Legalität dann nicht verlangt werden können, wenn ein offensichtlich genehmigungsfähiger Bauantrag bereits eingereicht wurde, mit dessen positiver Bescheidung in naher Zukunft gerechnet werden kann.⁵

2.2 Abrissverfügung

Für den Abriss einer baulichen Anlage ist allein das Vorliegen formeller Illegalität nicht ausreichend. Denn unter Berücksichtigung der Eigentumsfreiheit des Art. 14 Abs. 1 GG wäre es unverhältnismäßig, eine Vernichtung von Bausubstanz zu fordern, wenn nachträglich eine Baugenehmigung hätte erteilt werden können. Für eine Beseitigungsverfügung ist somit bei

2 OVG Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 26.06.2006 – 7 A 3730/04 –, juris.

3 BVerwG, Urt. v. 19.09.1986 – 4 C 15.84 –, juris.

4 BVerwG, Urt. v. 19.06.1991 – 4 C 11/89 –, juris.

5 OVG Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 07.04.2014 – 10 A 1814/12 –, juris Rn. 33.

genehmigungsbedürftigen Vorhaben das Vorliegen formeller und materieller Illegalität erforderlich.

Auch wenn die bauaufsichtlichen Befugnisnormen für das Vorliegen materieller Illegalität vereinzelt auf den Zeitpunkt der Errichtung abstellen,⁶ ist bei der Anordnung der Beseitigung einer baulichen Anlage der Zeitpunkt der Behördenentscheidung maßgeblich. Seit der Errichtung sich ergebende Rechtsänderungen zugunsten der Bauherrin bzw. des Bauherrn sind selbstverständlich zu berücksichtigen.

Auf der Rechtsfolgenseite ist der Bauaufsichtsbehörde **Ermessen** eingeräumt. Die Behörde kann einschreiten, muss es aber nicht zwingend. Das Ermessen eröffnet der Bauaufsichtsbehörde innerhalb der gesetzlichen Grenzen des Ermessens (§ 40 VwVfG) sowie unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsprinzips und des Gleichbehandlungsgrundsatzes gewisse Spielräume für den Umgang mit rechtswidrigen Zuständen. Die Ermessensentscheidung, eine Beseitigungsverfügung zu erlassen, kann die Bauaufsichtsbehörde im Regelfall zwar ordnungsgemäß damit begründen, dass die zu beseitigende Anlage formell und materiell illegal ist und dass ein öffentliches Interesse daran besteht, keinen Präzedenzfall oder Berufungsfall zu schaffen. Eine weitergehende Abwägung des »Für und Wider« einer Beseitigungsanordnung kann aber dann geboten sein, wenn konkrete Anhaltspunkte ausnahmsweise für die Angemessenheit einer vorübergehenden oder dauerhaften Duldung eines rechtswidrigen oder ordnungswidrigen Zustands sprechen.⁷ Solche Erwägungen können insbesondere bei älteren baulichen Anlagen eine Rolle spielen. So soll nach der Rechtsprechung des OVG Nordrhein-Westfalen bei älteren Gebäuden, insbesondere Wohnhäusern im Außenbereich aus der Zeit um den Zweiten Weltkrieg, die Behörde Überlegungen über eine Stichtagsregelung in ihre Ermessenserwägungen einfließen lassen. Besonders bei Schwarzbauten, die vor dem Ende des Zweiten Weltkrieges errichtet worden seien, sei in Rechnung zu stellen, dass sie inzwischen seit vielen Jahrzehnten existieren und die Bauaufsichtsbehörde in diesem langen Zeitraum nicht gegen sie eingeschritten sei.⁸

Da die Beseitigung einer Anlage der intensivste Eingriff in die (Eigentums-)Rechte ist, kommt die Beseitigung unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes allein dann in Betracht, wenn nicht auf andere Weise rechtmäßige Zustände hergestellt werden können.⁹ Die Bauaufsichtsbehörde kann rechtmäßige Zustände z.B. herstellen, indem sie die illegale Nutzung einer Anlage untersagt und damit die bauliche Substanz verschont.¹⁰ Befindet sich in einer Gebäudeabschlusswand entgegen der brandschutzrechtlichen Anforderungen eine Fensteröffnung, kann statt der Beseitigung des Gebäudes auch eine Anordnung zur Schließung der Fensteröffnung in der Gebäudeabschlusswand als mildere Maßnahme in Betracht kommen. Im Fall materieller Illegalität einer baulichen Anlage sollte zudem geprüft werden, ob der rechtliche Verstoß möglicherweise durch eine Befreiung oder Abweichung ausgeräumt werden kann. Im Geltungsbereich eines Bebauungsplans kann von einzelnen Festsetzungen nach Maßgabe von § 31 Abs. 2 BauGB befreit werden. Erforderlich ist insbesondere, dass die Grundzüge der Planung, also die Leitideen des Plangebers, die

einer Festsetzung im Bebauungsplan zu Grunde lagen, nicht berührt werden. Bauordnungsrechtliche Verstöße können ggf. über eine Abweichung (z.B. § 69 BauO NRW) geregelt werden.

Weiter ist anerkannt, dass ordnungsrechtliche Maßnahmen, die einen rechtswidrigen Zustand lediglich verändern oder reduzieren, kein geeignetes Mittel darstellen. Eine Anordnung eines Teilabrisses, der nicht geeignet ist, die Baurechtskonformität herzustellen, begründet regelmäßig einen Ermessensfehler, der zur Rechtswidrigkeit der belastenden Ordnungsverfügung führt. Gleichwohl sehen die Eingriffsnormen¹¹ vor, dass die Bauaufsichtsbehörde die teilweise oder vollständige Beseitigung anordnen kann. Die Anordnung einer teilweisen Beseitigung dürfte im Einzelfall aber nur dann in Betracht kommen, wenn eine baukonstruktive und rechtliche Teilbarkeit gegeben ist. Wird etwa eine Gabionenwand i.H.v. 2,50 m errichtet, obwohl nach Maßgabe des öffentlichen Baurechts eine maximale Höhe von 2 m nicht überschritten werden darf, kann die Anordnung einer Höhenreduzierung um 50 cm aufgrund einer baukonstruktiven (Abnahme des obersten Drahtkorbs) und rechtlichen (Reduzierung führt zu rechtmäßigem Zustand) Teilbarkeit in Betracht kommen.¹²

Grundsätzlich ist es aber nicht Aufgabe der Bauaufsichtsbehörde zu prüfen, ob dem rechtswidrigen Zustand durch bauliche Änderungen anstelle eines Abbruchs abgeholfen werden kann. Vielmehr muss der Betroffene im Rahmen eines Austauschmittels entsprechende Vorschläge machen.¹³ Dementsprechend kann die Bauaufsichtsbehörde einen vollständigen Abriss anordnen. Sofern die Bauherrin bzw. der Bauherr bereit und in der Lage ist, eine reduzierte Variante seines Vorhabens zu errichten, die z.B. im Hinblick auf die Kubatur oder Höhenentwicklung planungsrechtlich zulässig ist, kann der Abriss durch das Austauschmittel einer reduzierten Planung abgewendet werden.

2.3 Nutzungsuntersagung

Die Nutzungsuntersagung beinhaltet das Gebot, eine Nutzung einzustellen und das Verbot, diese Nutzung wieder aufzunehmen. Die Nutzungsuntersagung kann i.d.R. allein auf die formelle Illegalität der Nutzung gestützt werden. Denn der rechtstreue Bürger, der eine Genehmigung beantragt und ihre Erteilung abwartet, soll nicht benachteiligt werden. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz kann bestehen, wenn ein offensichtlich genehmigungsfähiger Bauantrag bereits eingereicht wurde, mit dessen positiver Bescheidung in naher Zukunft

6 Vgl. etwa § 82 Satz 1 BauO NRW.

7 OVG Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 24.02.2016 – 7 A 19/14 –, juris Rn. 27 ff.

8 OVG Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 24.02.2016 – 7 A 19/14 –, juris Rn. 31 ff.

9 Diese Beschränkung der Beseitigungsanordnung ist in einigen Landesbauordnungen bereits im Wortlaut der Eingriffsermächtigung enthalten und bereits auf Tatbestandsebene zu beachten (z.B. § 82 Satz 1 BauO NRW).

10 Keller, in: BeckOK BauordnungsR NRW, 8. Ed. 01.05.2021, BauO NRW 2018, § 82 Rn. 5.1.

11 Vgl. etwa § 82 Satz 1 BauO NRW.

12 Keller, in: BeckOK, BauordnungsR NRW, 8. Ed. 01.05.2021, BauO NRW 2018 § 82 Rn. 20.

13 NdsOVG, Beschl. v. 06.05.2011 – 1 ME 14/11 –, juris Rn. 13; OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 16.10.2017 – OVG 10 N 57.17 –, juris Rn. 10.

gerechnet werden kann.¹⁴ Auch im Fall einer jahrelangen faktischen Duldung eines rechtswidrigen Zustands soll die formelle Illegalität für eine sofortige Nutzungsuntersagung nicht mehr ausreichen.¹⁵

Maßgeblich für die Beurteilung der materiellen Illegalität einer Nutzung ist aus Sicht der Behörde der Zeitpunkt der letzten Behördenentscheidung.¹⁶ Ist eine Nutzung materiell rechtswidrig, die Bauaufsicht aber bislang noch nicht eingeschritten, ist daher mit einer jederzeitigen Nutzungsuntersagung zu rechnen. Da die Nutzungsuntersagung ein sog. Dauerverwaltungsakt ist, müssen die Voraussetzungen über den gesamten Zeitraum ihrer Geltungsdauer vorliegen. Rechtsänderungen zugunsten des Betroffenen sind daher zu berücksichtigen.

3. Abwehrrechte gegen bauaufsichtliches Einschreiten

Ist der Tatbestand einer Beseitigungsverfügung oder Nutzungsuntersagung erfüllt, kann der Betroffene hiergegen unter Umständen Abwehrrechte geltend machen, die einem Einschreiten entgegengehalten werden können.

3.1 Baurechtlicher Bestandsschutz

Ein Abriss einer baulichen Anlage oder die Untersagung einer Nutzung kann ausgeschlossen sein, wenn baurechtlicher Bestandsschutz vorliegt.

3.1.1 Formeller Bestandsschutz

Nach der Rechtsprechung des BVerfG erstreckt sich der Bestandsschutz für bauliche Anlagen gegenüber Änderungen der Baurechtsordnung aus verfassungsrechtlicher Sicht auf ihren genehmigten Bestand und ihre genehmigte Funktion.¹⁷ Folglich ist ein Vorhaben bestandsgeschützt, wenn es baurechtlich genehmigt ist.

Liegt eine Baugenehmigung nicht vor, ist ein Vorhaben aber genehmigungsfähig, besteht zwar (noch) kein formeller Bestandsschutz. Der formelle Bestandsschutz kann in diesen Fällen aber durch eine nachträgliche Baugenehmigung herbeigeführt werden. In diesem Fall sollte schnellstmöglich ein Bauantrag für die nachträgliche Genehmigung eingereicht werden.

Verstößt ein Vorhaben eigentlich gegen Vorschriften des materiellen Rechts, ist aber gleichwohl eine Baugenehmigung erteilt worden, drohen keine bauaufsichtlichen Maßnahmen. Durch die erteilte Baugenehmigung wird ungeachtet der materiellen Rechtswidrigkeit formeller Bestandsschutz vermittelt.

3.1.2 Passiver Bestandsschutz

Eine Beseitigungsanordnung bzw. Nutzungsuntersagung soll auch dann nicht in Betracht kommen, wenn zugunsten einer baulichen Anlage oder einer Nutzung passiver Bestandsschutz aufgrund einer früheren materiellen Legalität gegeben ist. Das Vorliegen passiven Bestandsschutzes führt nicht dazu, dass ein Vorhaben nach dem heute anzuwendenden Recht rechtmäßig ist.

Eine nachträgliche Baugenehmigung kann nicht mehr erteilt werden, weil es für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit durch die Bauaufsichtsbehörde auf den Zeitpunkt der Erteilung der Baugenehmigung ankommt. Aus dem passiven Bestandsschutz erwächst aber ein aus dem Eigentumsgrundrecht gem. Art. 14 GG abgeleitetes Abwehrrecht gegen bauaufsichtliches Einschreiten.

Die Voraussetzungen des passiven Bestandsschutzes werden jedoch in der Rechtsprechung unterschiedlich beurteilt. Das BVerfG hat in einer Entscheidung ausgeführt, Bestandsschutz liege vor, wenn der Bestand zu irgendeinem Zeitpunkt genehmigt wurde oder jedenfalls genehmigungsfähig gewesen ist.¹⁸ Die jeweils betroffene bauliche Anlage und ihre Nutzung muss also entweder formell legalisiert oder aber im Zeitpunkt ihrer Errichtung bzw. später während eines nennenswerten Zeitraumes materiell mit dem geltenden Baurecht übereingestimmt haben.¹⁹ Als »nennenswert« wird man im Allgemeinen einen Mindestzeitraum von drei Monaten bezeichnen können.²⁰ Nach dem BayVGH soll jedoch ein passiver Bestandsschutz allenfalls dann in Betracht kommen, wenn die Nutzung seit ihrem Bestehen in irgendeinem – namhaften – Zeitraum dem maßgebenden materiellen Recht entsprochen hat und im früheren Zeitraum ihres Bestands eine förmliche Genehmigung nicht erforderlich war.²¹ Die Berufung auf passiven Bestandsschutz kann somit je nach Bundesland unterschiedliche Erfolgsaussichten haben.

Ob eine bauliche Anlage oder Nutzung passiven Bestandsschutz aufgrund einer früheren Rechtmäßigkeit genießt, ist insbesondere für ältere bauliche Anlagen eine wichtige Frage, deren Klärung eine nicht unerhebliche Herausforderung darstellen kann. Grundsätzlich liegt die Beweislast für das Vorliegen von Bestandsschutz bei der Bauherrin oder dem Bauherrn, sodass Zweifel über die Baurechtmäßigkeit zu ihren bzw. seinen Lasten gehen. Für bauliche Anlagen, die seit unvorstellbaren Zeiten unter den Augen der Behörden bestanden haben (i.d.R. Errichtung vor 1900) und von diesen fortdauernd als zu Recht bestehend behandelt worden sind, spricht jedoch eine Vermutung, dass sie seinerzeit auch ordnungsgemäß und in Übereinstimmung mit den bestehenden Gesetzen errichtet wurden und damit Bestandsschutz genießen. Bei baulichen Anlagen, die vor 1960 errichtet wurden, ist das damalige geltende Recht und die dazu einschlägige Rechtsprechung zu beachten. Im bauplanungsrechtlichen Sinne ist zu beachten, dass das Bundesbaugesetz (BBauG) erst 1961 vollständig in Kraft trat. Oft wird deshalb bei baulichen Anlagen im Außenbereich auf § 3 der Verordnung über die Regelung der Bebauung (Bau-

14 OVG Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 07.04.2014 – 10 A 1814/12, juris Rn. 33.

15 BayVGH, Beschl. v. 28.12.2016 – 15 CS 16.1774.

16 Vgl. § 82 Abs. 2 BauO NRW.

17 BVerfG, Kammerbeschl. v. 15.12.1995 – 1 BvR 1713/92 –.

18 BVerfG, Beschl. v. 24.07.2000 – 1 BvR 151/99 –, juris.

19 OVG Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 07.05.2019 – 2 A 2995/17 –, juris Rn. 49.

20 Johlen/Oerder, MAH Verwaltungsrecht, Teil C, § 8, Das Mandat im Bauordnungsrecht Rn. 64, beck-online.

21 VGH Bayern, Beschl. v. 23.03.2021 – 15 ZB 20.2906 –, juris Rn. 18.

RegVO) vom 15.02.1936, die bis zum Inkrafttreten BBauG angewendet wurde, abgestellt.²²

Die Feststellung, dass eine alte bauliche Anlage zum Zeitpunkt ihrer Errichtung rechtmäßig war, reicht jedoch in der Regel nicht aus. Denn der Bestandsschutz kann bei solchen Eingriffen in die Bausubstanz, die zu einer Identitätsänderung der baulichen Anlage führen, wieder untergehen. Vom Bestandsschutz gedeckt sind grundsätzlich nur Reparaturen und Instandhaltungsmaßnahmen. Ob der Umfang solcher Bauarbeiten noch der Instandhaltung zuzurechnen ist oder bereits eine Identitätsänderung der baulichen Anlage hervorruft, ist eine Wertungsfrage, die in der Praxis häufig zu rechtlichen Streitigkeiten über das Fortbestehen des passiven Bestandsschutzes führt. Auch der für eine Nutzung gegebene Bestandsschutz kann durch endgültige Aufgabe der Nutzung oder durch eine Nutzungsänderung untergehen.

Besteht Streit mit der Bauaufsichtsbehörde über das Bestehen passiven Bestandsschutzes soll nach der Rechtsprechung des OVG Nordrhein-Westfalen die Erhebung einer Feststellungsklage nach § 43 Abs. 1 VwGO möglich sein.²³ Nach Auffassung des Hessischen VGH soll hingegen in diesen Fällen ein Anspruch auf Erlass eines feststellenden Duldungsverwaltungsakts bestehen, der die Feststellung trifft, dass das Vorhaben zu einem bestimmten Zeitraum materiell rechtmäßig war.²⁴

3.2 Nichteinschreiten über längere Zeiträume

Insbesondere bei jahre- oder gar jahrzehntelangem Bestehen eines rechtswidrigen Zustands stellt sich die Frage, ob die Bauaufsichtsbehörde noch zu einem Einschreiten befugt ist oder von einer dauerhaften Sicherung des Bestands – vergleichbar mit dem passiven Bestandsschutz – ausgegangen werden kann.

3.2.1 Verjährung und Verwirkung

Es besteht weitgehend Einigkeit darüber, dass bauaufsichtliche Eingriffsbefugnisse, die im öffentlichen Interesse der Gefahrenabwehr dienen, nicht der Verjährung unterliegen.²⁵ Der reine Zeitablauf schließt somit das bauaufsichtliche Einschreiten nicht aus. Eine endgültige Substanzsicherung aufgrund einer Verjährung tritt somit nicht ein. Eine Besonderheit gilt in den neuen Bundesländern für solche baulichen Anlagen, die während des Bestehens der DDR rechtswidrig errichtet und vor dem Beitritt zur BRD mindestens 5 Jahre nicht beanstandet wurden. § 11 Abs. 3 der Verordnung über Bevölkerungsbauwerke sah eine solche Verjährungsregel vor, die nach der Rechtsprechung auch heute noch eine schutzwürdige verfahrensrechtliche Rechtsposition verschafft.²⁶

Im Kontext langjähriger Nichteinschreitens wird häufig auch eine Verwirkung hoheitlicher Befugnisse geltend gemacht. Verwirkung bedeutet, dass ein Recht nicht mehr ausgeübt werden kann, wenn seit der Möglichkeit der Geltendmachung längere Zeit verstrichen ist (Zeitmoment) und besondere Umstände hinzutreten, die die verspätete Geltendmachung als Verstoß gegen Treu und Glauben erscheinen lassen (Um-

standsmoment). Nach überwiegender Ansicht soll eine dauerhafte Verwirkung von hoheitlichen Eingriffsbefugnissen, die im öffentlichen Interesse bestehen, aber nicht möglich sein.²⁷

3.2.2 Duldung

Insbesondere das Rechtsinstitut der »Duldung« spielt in der Praxis bei rechtswidrigen baulichen Anlagen eine nicht unerhebliche Rolle.²⁸ Eine Duldung setzt grundsätzlich einen rechtswidrigen Zustand, die Kenntnis der Behörden des maßgeblichen Sachverhalts, die tatsächliche und rechtliche Möglichkeit des Einschreitens sowie ein bewusstes Nichteinschreiten voraus. Im Allgemeinen wird zwischen der faktischen (passiven) Duldung und der qualifizierten (aktiven) Duldung differenziert.

3.2.2.1 Faktische Duldung

Faktisches Dulden bedeutet ein schlichtes Nichteinschreiten in Kenntnis des rechtswidrigen Zustands. Es entspricht allgemeiner Meinung in der Rechtsprechung, dass eine faktische Duldung auch über längere Zeiträume einem bauaufsichtlichen Einschreiten in der Zukunft nicht entgegensteht.²⁹ Hier fehlt es an einem ausdrücklichen behördlichen Verhalten gegenüber dem Bürger, aufgrund dessen sich ein schutzwürdiges Vertrauen in den Fortbestand eines rechtswidrigen Zustands bilden könnte.

Gleichwohl kann eine faktische Duldung die Behörde jedenfalls an einem sofortigen Einschreiten gegen einen rechtswidrigen Zustand hindern. So muss die Behörde weitergehende Ermessenserwägungen anführen, wenn Sie nach langer Zeit gegen einen rechtswidrigen Zustand vorgeht. Ergebnis dieser Ermessensentscheidung kann etwa sein, dass längere Beseitigungsfristen zu gewähren sind.³⁰

3.2.2.2 Qualifizierte Duldung

Eine qualifizierte Duldung liegt nach der Rechtsprechung vor, wenn die zuständige Behörde in unmissverständlicher Art und Weise zu erkennen gibt, ob, in welchem Umfang und ggf. über welchen Zeitraum die Duldung des rechtswidrigen Zustands erfolgen soll. Zudem wird man für eine Duldung, wenn sie Vertrauensschutz vermitteln soll, auch die Schriftform fordern müssen.³¹

Die schriftlich von der zuständigen Behörde erteilte Duldung dürfte rechtlich als eine Zusicherung § 38 Abs. 1 Satz 1

22 Vgl. hierzu im Überblick: Goldschmidt, in: Hoppenberg/de Witt, Handbuch des öffentlichen Baurechts, 57. Erg.Lfg. Juni 2020, Q, Rn. 127 ff.

23 OVG Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 07.05.2019 – 2 A 2995/17 –, Rn. 35 ff., juris; VGH Bayern, Urt. v. 06.12.2001 – 1 B 00.2488 –, juris.

24 VGH Hessen, Beschl. v. 15.01.2004 – 4 TG 3441/03 –, Beschl. v. 10.11.1994 – 4 TH 1864/94 –, juris.

25 VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 18.12.2012 – 10 S 744/12 –, juris Rn. 55.

26 OVG Thüringen, Urt. v. 18.12.2002 – 1 KO 639/01 –, juris.

27 VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 18.12.2012 – 10 S 744/12 –, juris Rn. 55.

28 Vgl. ausführlich zur Duldung: Sommer, JA 2017, 567 ff.; ders., Die Duldung rechtswidriger Zustände im öffentlichen Baurecht, Diss. 2017.

29 OVG Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 16.03.2012 – 2 A 760/10 –, juris Rn. 52.

30 OVG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 12.06.2012 – 8 A 10291/12 –, VGH Bayern, Urt. v. 17.06.1998 – 2 B 97.171 –, OVG Niedersachsen, Beschl. v. 18.02.1994 – 1 M 5097/93 –,

31 OVG Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 22.08.2005 – 10 A 4694/03 –, juris.

VwVfG anzusehen sein.³² Diese Zusicherung enthält die Erklärung, entweder den Erlass einer bauordnungsrechtlichen Verfügung oder hierauf gestützte Vollstreckungsmaßnahmen zu unterlassen. Es besteht auch die Möglichkeit, die Duldung durch einen öffentlich-rechtlichen Vertrag gem. § 54 VwVfG zu regeln. In der Praxis werden gelegentlich auch Prozessvergleiche nach § 106 VwGO geschlossen, in denen sich die Behörde verpflichtet, den rechtswidrigen Zustand für einen bestimmten Zeitraum zu dulden.

3.2.2.3 Wirkung der Duldung

Gerade unzulässige, nicht genehmigungsfähige Nutzungen, die bislang geduldet wurden und weiterhin geduldet werden, sind für die Grundstücksbewertung problematisch.³³

Der BGH hat im Hinblick auf eine faktische Duldung entschieden, dass eine auf absehbare Zeit verschaffte Möglichkeit, eine illegale Anlage oder Nutzung (aufgrund einer jahrelangen faktischen Duldung) weiter aufrechtzuerhalten, nicht vom Eigentumsgrundrecht aus Art. 14 GG umfasst ist.³⁴ Im Rahmen einer möglichen Enteignungsentschädigung kann allenfalls eine Billigkeitsentschädigung (§ 95 Abs. 3 Satz 1 BauGB) in Betracht kommen.

Liegt ein formell und materiell rechtswidriger Zustand vor, sollte sich die Bauherrin bzw. der Bauherr um eine schriftliche qualifizierte Duldung bemühen, um ein gewisses Maß an Rechtssicherheit für die weitere Ausübung der Nutzung zu erhalten. Aus rechtlicher Sicht hat die Duldung anders als die Baugenehmigung zwar keine Legalisierungswirkung. Die Duldung verleiht weder formelle Legalität noch stellt sie die materielle Legalität eines Vorhabens fest, kann aber einem bauaufsichtlichen Einschreiten als Abwehrrecht entgegengehalten werden. Bei wirtschaftlicher Betrachtung kann daher nicht außer Acht gelassen werden, dass die jeweilige bauliche Anlage bestehen bzw. die Nutzung aufrechterhalten bleiben kann. Vor diesem Hintergrund wird jedenfalls der schriftlichen Duldung in Form der Zusicherung eine eigentumsrechtlich geschützte Position beigemessen.³⁵ Der BGH geht in der Rechtsprechung zur Enteignungsentschädigung sogar davon aus, dass aufgrund schützenswerten Vertrauens ein Bau endgültig in seiner Substanz gesichert sein kann.³⁶

Für die wirtschaftliche Betrachtung des geduldeten Bestands ist insbesondere die zukünftige Dauer der Duldung ein wichtiger Faktor. Die wohl herrschende Ansicht ist der Auffassung, dass die Zusicherung nur befristet, bedingt oder unter Widerrufsvorbehalt erteilt werden darf, weil ansonsten die Voraussetzungen für die Erteilung einer Baugenehmigung umgangen werden.³⁷ Zudem ist bei Duldungen in Form der Zusicherung nach § 38 VwVfG die eingeschränkte Bindungswirkung gem. § 38 Abs. 3 VwVfG bei Änderungen der Sach- und Rechtslage zu beachten. So lassen Umbau- und Erweiterungsmaßnahmen die Bindungswirkung der Duldung kraft Gesetzes entfallen. Die Bindung kann z.B. auch dann entfallen, wenn eine zulässige Wohnbebauung an einen geduldeten Gewerbebetrieb heranwächst oder sich persönliche Aspekte, die in die Zusicherung eingeflossen sind, ändern.

In der Praxis wurden und werden Duldungen auch ohne Befristungen erteilt. In diesem Fall ist für den Eigentümer von

nicht unerheblicher Bedeutung, ob eine schriftlich erklärte Duldung nur für den ursprünglichen Adressaten der Duldung gilt oder – ähnlich einer Baugenehmigung – ein Übergang auf den Erben oder Grundstückserwerber möglich ist. Häufig wird eine Duldung rein personenbezogen erklärt, was regelmäßig eine Übergangsfähigkeit auf Rechtsnachfolger ausschließt. In der Rechtsprechung sind aber auch grundstücksbezogene Duldungen anerkannt worden.³⁸ Die Übergangsfähigkeit ist durch Auslegung des Duldungsbescheids zu ermitteln. Nach der Rechtsprechung des OVG Nordrhein-Westfalen können im Streitfall über die Übergangsfähigkeit einer Duldung die Verwaltungsgerichte mit einer Feststellungsklage nach § 43 Abs. 1 VwGO angerufen werden. Das erforderliche Feststellungsinteresse eines Grundeigentümers kann sich z.B. aus dem beabsichtigtem Verkauf eines Grundstücks ergeben.³⁹

4. Zusammenfassung

Die Bewertung von Grundstücken mit baulichem Bestand ist in der Praxis eine oft schwierige Aufgabe, da die für die Wertermittlung maßgebliche Rechtmäßigkeit einer baulichen Anlage bzw. deren Nutzung nicht immer offensichtlich ist. Selbst das Vorliegen einer Baugenehmigung bietet keine Gewähr für das Vorliegen eines rechtmäßigen Zustands, da häufig genehmigungspflichtige Umbau- oder Erweiterungsmaßnahmen ohne die erforderliche Baugenehmigung durchgeführt werden. Kann eine nachträgliche Baugenehmigung aufgrund des heute anzuwendenden Rechts nicht mehr erteilt werden, muss geprüft werden, ob das Vorhaben passiver Bestandsschutz aufgrund früherer materieller Legalität bescheinigt werden kann. Da die Voraussetzungen des passiven Bestandsschutzes in der Rechtsprechung nicht einheitlich bewertet werden, ist eine Berufung hierauf mit gewissen Unsicherheiten verbunden. Ist eine bauliche Anlage formell und materiell illegal, bleibt der Bauherrin bzw. dem Bauherrn die Möglichkeit, auf eine schriftliche Duldung von der Bauaufsichtsbehörde hinzuwirken, um ein gewisses Maß an Rechtssicherheit für den Fortbestand einer baulichen Anlage bzw. Nutzung zu erhalten.

Dr. Jan Sommer

Rechtsanwalt bei Lenz und Johlen Rechtsanwälte Partnerschaft mbB, Köln
E-Mail: j.sommer@lenz-johlen.de

32 OVG Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 01.07.2014 – 2 A 690/14 –, juris; VGH Bayern, Urt. v. 18.11.2020 – 15 B 20.67 –, juris.

33 Kleiber, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, ImmoWertV § 6 Rn. 190.

34 BGH, Urt. v. 21.01.1999 – III ZR 168/97 –, juris.

35 Bracher, ZfBR 1987, 127, 131. Nach dem BVerfG kann eine Beseitigungsanordnung für eine geduldete bauliche Anlage den Schutzbereich des Eigentumsgrundrechts berühren, vgl. BVerfG, Beschl. v. 02.09.2004 – 1 BvR 1860/02 –, juris.

36 BGH, Urt. v. 08.05.2003 – III ZR 68/02 –, juris Rn. 23.

37 OVG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 12.06.2012 – 8 A 10291/12 –, VGH Hessen, Beschl. v. 10.11.1994 – 4 TH 1864/94 –, juris.

38 OVG Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 16.03.2012 – 2 A 760/10 –, juris Rn. 5.

39 OVG Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 24.02.2016 – 7 A 1623/14 –,