

Das Einschreiten gegen illegale bauliche Anlagen und Möglichkeiten ihrer Legalisierung unter bes. Berücksichtigung von Schutzgebieten

Gentile Signore e Signori, Medames et messieurs, meine verehrten Damen und Herren,

liebe Kolleginnen und Kollegen, cher collègues, cari colleghi,

A. Die Thematik ist sehr komplex und betrifft verschiedene Rechtsgebiete und Zuständigkeiten, die in der Bundesrepublik Deutschland unterschiedlich geregelt sind. Neben dem Baurecht, dem Naturschutz- und dem Wasserrecht, für die der Bund die Gesetzgebungskompetenz hat, kommt die Zuständigkeit der einzelnen Bundesländer hinzu, die in diesen Rechtsgebieten ebenfalls besteht. Letztlich sind es aber die Kommunen (Städte, Gemeinden und Regionen), die beim Einschreiten gegen illegale Bauten, sog. Schwarzbauten, gefordert sind und über das Verwaltungsvollstreckungsrecht ihre Verfügungen durchsetzen müssen. In dieser – ich nenne es einmal Dreieckskonstellation – bewegt sich das Einschreiten und die Durchsetzung gegen illegale Bauten im Außenbereich.

B. Die Kommune ist gefordert, illegale Bauten in landschaftlich reizvoller Lage zu beseitigen. Hierzu sehen die Bauordnungen der einzelnen Bundesländer Vorschriften vor. Es gibt zwar eine sog. Musterbauordnung (MBO), die eine gewisse Gleichheit innerhalb der Länder herstellen möchte, doch sind die Regelungen in der MBO nur Empfehlungen, keine zwingende Verpflichtungen, so dass sich die meisten landesrechtlichen Bauordnungen doch unterscheiden können. Ich werde mich im Folgen-

den auf die Generalklausel in NRW – beschränken, die im Wesentlichen gleichlautend mit § 58 Abs. 2 MBO ist.

„Die Bauaufsichtsbehörden haben bei der Errichtung, der Änderung, dem Abbruch, der Nutzung, der Nutzungsänderung sowie der Instandhaltung baulicher Anlagen sowie anderer Anlagen und Einrichtungen i.S. d. § 1 Abs. 1 S. 2 darüber zu wachen, dass die öffentlich-rechtlichen Vorschriften und die auf Grund dieser Vorschriften erlassenen Anordnungen eingehalten werden. Sie haben in Wahrnehmung dieser Aufgaben nach pflichtgemäßem Ermessen die erforderlichen Maßnahmen zu treffen.“¹

Im Rahmen ihres pflichtgemäßen Ermessens können die Bauaufsichtsbehörden bei illegalen Bauten entscheiden, ob sie

- a) die Nutzung der baulichen Anlage untersagen,
- b) die Arbeiten an dem Bauvorhaben stilllegen oder aber
- c) die (ganze) bauliche Anlage beseitigen wollen.

Für eine Nutzungsuntersagung oder Stilllegungsverfügung reicht es aus, wenn die bauliche Anlage „formell illegal“ ist, d.h. wenn das betreffende Bauvorhaben nicht durch eine rechtswirksame Baugenehmigung gedeckt ist oder in der Vergangenheit nicht irgendwann rechtmäßig errichtet war und auch aus der Sicht der Behörde nicht – nachträglich – genehmigt werden kann.²

Eine bauliche Anlage zu beseitigen, kann mitunter schwieriger sein. „Die Beseitigung einer baulichen Anlage kann zunächst dadurch erfolgen, dass diese schlicht fortbewegt (beiseite geschafft) wird, ohne dass in ihre Substanz eingegriffen wird. Das trifft etwa zu bei einem Materialcontainer, ... einer Werbeanlage“³ oder einem Hausboot⁴. Von dieser Form der

¹ § 61 Abs. 1 BauO NRW

² OVG NRW, B. v. 12.12.2016 – 7 B 1118/16 -, nrwe

³ Schulte Beerbühl, DVBl. 2017, 1002.

⁴ vgl. VG Cottbus, B. v. 11.02.2016 – 3 L 18/16 -, juris

Beseitigung zu unterscheiden ist der vollständige oder teilweise Abbruch einer Anlage, der naturgemäß mit einer Zerstörung der Bausubstanz verbunden ist. „Diese Form ... einer „Beseitigung“ wird besser umschrieben mit „Abbruchverfügung“ oder „Abrissgebot“.“⁵

„In der deutschen Rechtsprechung und Literatur ist seit langem anerkannt, dass für das Gebot der Beseitigung einer baulichen Anlage, wenn hierfür keine wesentliche Substanzzerstörung erfolgen muss, keine höheren rechtlichen Anforderungen erfüllt zu sein brauchen, als bei der eben genannten Nutzungsuntersagung.“⁶ Soll demgegenüber ein vorhandener „Bau“ beseitigt, d.h. abgerissen, also dem Erdboden gleichgemacht werden, wird durch den Substanzverlust massiv in das geschützte Eigentumsgrundrecht⁷ eingegriffen.⁸ Angesichts dessen wird wegen der möglichen Substanzvernichtung bei einer von der Bauaufsicht verfügten Beseitigung eines „formell illegalen“ Bauvorhabens zusätzlich deren „materielle Illegalität“ verlangt. Dies bedeutet, dass das Bauvorhaben auch mit den materiell-rechtlichen öffentlich-rechtlichen Vorschriften nicht in Einklang steht. Hierzu zählen zunächst alle Vorschriften, die die Bauaufsichtsbehörden auch im Genehmigungsverfahren zu prüfen haben. Aber auch, wenn das Bauvorhaben genehmigungsfrei sein sollte, entbindet es den Bauherrn der baulichen Anlage nicht von der Verpflichtung, die öffentlich-rechtlichen Vorschriften, namentlich die des Bauplanungsrechts, des Landschaftsschutzrechts und des Naturschutzrechts einzuhalten.⁹ Zu den Voraussetzungen im Einzelnen:

⁵ Schulte Beerbühl, DVBl. 2017, a.a.O.

⁶ Schulte Beerbühl, DVBl. 2017, a.a.O.

⁷ Art. 14 Abs. 1 GG

⁸ Auf europäischer Ebene: Art. 1 des 1. Zusatzprotokolls zur EMRK und Art. 17 GRCh

⁹ § 65 Abs. 4 BauO NRW

I. Formelle Illegalität

Grundsätzlich bedarf in der Bundesrepublik Deutschland jeder, der die Errichtung, die Änderung, die Nutzungsänderung und den Abbruch baulicher Anlagen sowie anderer Anlagen und Einrichtungen, an die die BauO Anforderungen stellt, verfolgt, einer Baugenehmigung, es sei denn, das Gesetz sieht ausnahmsweise etwas anderes vor.¹⁰ Formell baurechtswidrig ist ein (genehmigungspflichtiges) Vorhaben dann, wenn es ohne die erforderliche Baugenehmigung errichtet wird oder errichtet worden ist, weil es dann gegen „öffentlich-rechtliche Vorschriften“ verstößt.

Mit der Beseitigung/ dem Abbruch eines Gebäudes, einer baulichen Anlage (alles, was nicht dem dauerhaften Wohnen von Menschen bestimmt ist, wie z.B. Aufschüttung, Wall) allein wegen einer fehlenden erforderlichen Baugenehmigung tut sich die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung in Deutschland wegen des unmittelbaren und schweren Eingriffs in das Eigentumsgrundrecht schwer. Würde allein das bestätigende Papier der erforderlichen Genehmigung fehlen, könnte ein solches auch später noch beschafft werden. Der Abriss einer baulichen Anlage, die u. U. etliche Tausend Euro gekostet hat, hätte dann irreparable Folgen, die – unterstellt, es fehlt nur die Genehmigung – unverhältnismäßig wären. Eine Ausnahme wird nur dann gemacht, wenn eine Beseitigung der betreffenden baulichen Anlage o h n e Substanzverlust, d.h. ohne grundlegende Zerstörung der Baumaterialien möglich wäre, wie z. B. bei einem Wohnwagen, einem Container, einer Werbeanlage oder Fertiggarage oder auch Hausboot, ohne Motor¹¹. Solche Fälle dürften im Außenbereich aber eher die Ausnahme sein. Grundsätzlich ist der Abbruch einer

¹⁰ § 63 Abs. 1 BauO NRW

¹¹ VG Cottbus, B. v. 11.02.2016 – 3 L 18/16 -, juris

baulichen Anlage bei allein formeller Illegalität n u r dann möglich, wenn die finanziellen Auswirkungen für den Eigentümer durch die Beseitigung gering sind und eine effektive Durchsetzung des Baurechts anders nicht möglich wäre.

II. Materielle Illegalität

Bei einem Abbruchgebot, welches unweigerlich die Zerstörung der Baubsubstanz zur Folge hätte, ist deshalb nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung des BVerwG zu fordern, dass das Bauobjekt nicht nur gegen das Genehmigungserfordernis verstößt – also formell illegal ist –, sondern – zusätzlich – seit seiner Errichtung auch fortdauernd gegen materiell-rechtliche Vorschriften verstößt – und damit auch materiell illegal ist.¹² Eine Baugenehmigung dürfte also, auch wenn sie – nachträglich – beantragt würde, nicht erteilt werden können, weil das Bauvorhaben auch inhaltlich gegen Anforderungen des materiellen öffentlichen Rechts wie dem Bauplanungs-, dem Naturschutz- oder Landschaftsschutzrecht oder dem Wasserrecht verstößt. Die Bauaufsichtsbehörden haben im Rahmen ihrer Beseitigungsverfügung damit quasi fiktiv zu prüfen, ob für das abzureißende Bauvorhaben grundsätzlich auch nachträglich noch eine Baugenehmigung erteilt werden könnte.

1. Verstoß gegen § 35 BauGB?

In materieller Hinsicht muss ein Bauvorhaben den planungsrechtlichen Vorschriften des BauGB entsprechen. Da wir unser Augenmerk besonders auf die geschützten Bereiche von Natur und Landschaft legen wol-

¹² Vgl. BVerwG, BRS 44 Nr. 193, 194, 198; für die Lit. Muckel, JA 2018, 157 (158 m.w.N.).

len, möchte ich im Folgenden nur auf den sog. Außenbereich eingehen, da dort im Wesentlichen die geschützten Bereiche von Bedeutung sind. Im Außenbereich, also in einem nicht durch Bauleitplanung beschlossenen oder nicht durch eine zusammenhängende Bebauung geprägten Bereich sind nach § 35 Abs. 1 BauGB entweder privilegierte Bauvorhaben zulässig oder solche, die wegen ihrer Zweckbestimmung nur im Außenbereich ausgeführt werden können. Dies sind nach der Vorstellung des bundesdeutschen Gesetzgebers zum einen land- oder forstwirtschaftliche Betriebe, Gartenbaubetriebe oder Vorhaben, die der öffentlichen Versorgung mit Energie dienen. Zum anderen wegen ihrer Emissionen aber auch Windenergieanlagen, Kernenergieanlagen, Biogasanlagen oder Tiermastbetriebe. Allgemeine Wohnhäuser sind im Außenbereich regelmäßig nicht gestattet. Hintergrund ist, dass der Außenbereich von einer Versiegelung der Fläche verschont bleiben soll. Die nicht vermehrbaren un bebauten Flächen sollen der Natur und Landschaft sowie dem Erholungswert der Menschen vorbehalten bleiben, die der Gesetzgeber u. a. als gewichtige öffentliche Belange festgelegt hat, die einem Vorhaben nicht entgegenstehen dürfen. Weitere wichtige öffentliche Belange, die nicht beeinträchtigt werden dürfen, können sein: Widerspruch zu den Darstellungen eines Flächennutzungsplans oder eines Landschaftsplans, Hervorrufen schädlicher Umwelteinwirkungen, Gefährdung der Wasserwirtschaft oder des Hochwasserschutzes.¹³ Nur dann, wenn die Beeinträchtigung solcher öffentlicher Belange ausscheidet, können im Einzelfall auch sonstige, d.h. nicht privilegierte Vorhaben zugelassen werden, wenn zudem die Erschließung gesichert ist.¹⁴

2. Verstoß gegen BNatSchG?

¹³ § 35 Abs. 3 BauGB

¹⁴ § 35 Abs. 2 BauGB

Ein solcher wichtiger öffentlicher Belang ist die Vereinbarkeit mit dem Naturschutzrecht. Aus § 35 Abs. 3 Nr. 5 BauGB ergibt sich, dass ein nicht privilegiertes Bauvorhaben die Belange des Naturschutzes und der Landschaftspflege nicht beeinträchtigen darf. Die Bauaufsichtsbehörden haben – in enger Zusammenarbeit mit den Naturschutz- und Landschaftsbehörden – zu prüfen, ob naturschutzrechtliche oder landschaftsschutzrechtliche Belange nicht nur betroffen, sondern beeinträchtigt werden. Sie sind also gut beraten, die Fachbehörden einzubeziehen und ihre Stellungnahme zu erbitten. Eine solche Beeinträchtigung durch einen illegalen Bau ist immer dann anzunehmen, wenn das illegale Gebäude in einem durch Naturschutz- und Landschaftsschutzbestimmungen geschützten Gebiet liegt (z. B. FFH- oder Vogelschutzgebiet). Aber auch ohne förmliche Ausweisung eines bestimmten Landstrichs als besonders schützenswertes Naturschutzgebiet können diese Belange beeinträchtigt sein. So zielen die Belange des Natur- und Landschaftsschutzes darauf ab, die Leistungsfähigkeit des Naturhaushalts, die Nutzfähigkeit der Naturgüter, die Tier- und Pflanzenwelt sowie die Vielfalt, Eigenart und Schönheit von Natur und Landschaft als Lebensgrundlagen des Menschen nachhaltig zu sichern.¹⁵ Die Prüfung, ob ein Verstoß gegen artenschutzrechtliche Verbote vorliegt, setzt eine ausreichende Ermittlung und Bestandsaufnahme der im Einwirkungsbereich der Anlage vorhandenen Tierarten und ihrer Lebensräume voraus. Die Untersuchungstiefe hängt maßgeblich von den naturräumlichen Gegebenheiten im Einzelfall ab.¹⁶ Folgende Beispiele hat die deutsche Rechtsprechung entschieden: Verstoß eines Wochenendhauses, welches in einem 50 m breiten Uferstrei-

¹⁵ §§ 1, 2 BNatSchG, Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, § 35 Rn. 58.

¹⁶ VG Stuttgart, B. v. 4.12.2014 - 6 K 3540/14 -, juris LS 3

fen errichtet wurde, der aber freizuhalten war.¹⁷ Beseitigung eines Blockbohlenhauses auf einer Wiese als wesensfremde Bebauung.¹⁸ Ein Mehrzweckraum für einen Naturfreundeverein, der im Außenbereich ein Wildgehege als Pächter betreibt.¹⁹

3. Verstoß gegen WHG?

Entsprechendes gilt bei der Gefährdung der Wasserwirtschaft durch den errichteten Bau. Eine solche Gefährdung kann durch die Abwasserbeseitigung, die Beseitigung von Abfall und Müll oder durch die Lagerung von Öl oder anderen Stoffen, die das Grundwasser verseuchen oder einen Wasserlauf verunreinigen können, hervorgerufen werden. Das VG Münster hatte im letzten Monat über eine Baugenehmigung für einen Schweinemastbetrieb zu entscheiden, wo unklar war, wieviel Nitrat und Phosphat von der Gülle (Tierausscheidungen) in ein benachbartes stehendes Gewässer (See) eintrat. Hier muss die Behörde noch nachermitteln. Aber auch die Lagerung landwirtschaftlicher Gerätschaften im Wasserschutzgebiet ist kritisch zu sehen, wenn diese mit grundwassergefährdeten Stoffen befüllt sind. Mit dem Gesetz zur Verbesserung des Hochwasserschutzes vom 3. Mai 2005 (BGBl. I S. 1224) hat der Gesetzgeber den Hochwasserschutz als öffentlichen Belang ausdrücklich hervorgehoben (BT-Drs. 15/3168, 9). Zu den Zielen dieses Gesetzes gehört auch, die Siedlungsentwicklung dem Hochwasserschutz anzupassen und die durch Hochwasser drohenden Schäden zu mindern (BT-Drs. 15/3168, 8). Im Hinblick auf den einschlägigen Maßstab der verständigen Plausibi-

¹⁷ VG Cottbus, B. v. 23.11.2017 – 3 K 1130/14 -, juris; auch OVG Berlin/Brdbg., B.v. 29.02.2013- OVG 10 N 91/12 -, juris.

¹⁸ VG Cottbus, B. v. 8.05.2017 – 3 K 1586/14 -, juris.

¹⁹ VG Saarbrücken, U. v. 3.08.2011 – 5 K 2420/10 -, juris.

lität ist eine Beeinträchtigung jedenfalls anzunehmen, wenn das Vorhabengrundstück in einem Überschwemmungsgebiet (im Sinne des § 78 Abs. 1 Satz 1 WHG liegt), und viel dafür spricht, dass es bereits bei einem schweren Hochwasser überschwemmt wurde und die zuständige Behörde keinen Dispens vom allgemeinen Bauverbot erteilt hat (enger wohl OVG NRW, Urt. v. 30. Oktober 2009 - 10 A 1074/08 - juris).²⁰

4. Die zu beseitigende illegale bauliche Anlage darf nicht während ihrer Errichtung oder später einmal dem materiellen Recht entsprochen haben, weil sie dann ggf. Bestandsschutz genießt; sie verstieß dann zu irgendeinem Zeitpunkt nicht mehr gegen öffentliche Vorschriften (z. B. bei aktiver Duldung durch die Behörde oder einer nachträglichen Legalisierung). Für ein Eingreifen des Bestandsschutzes reicht es nicht aus, dass die Anlage unbemerkt von der Bauaufsichtsbehörde bereits seit längerer Zeit an dieser Stelle steht. Dies wird aber häufig von den Betroffenen als Argument angeführt, dass die bauliche Anlage jetzt – nach Jahr und Tag – nicht mehr abgerissen werden dürfe. Eine schutzwürdige Position erlangt der Eigentümer einer illegalen Immobilie nicht dadurch, dass es ihm gelungen ist, die Anlage über Jahre vor der Behörde zu verbergen oder diese von der Illegalität des Baus keine Kenntnis erlangt hat.

Bestandsschutz für eine bauliche Anlage liegt nur dann vor, wenn sie zu irgendeinem Zeitpunkt wirksam genehmigt wurde oder jedenfalls nach den (damaligen) gesetzlichen Vorschriften materiell-rechtlich genehmigungsfähig gewesen ist.²¹ Für die zweite Alternative kommt es darauf an zu prüfen, ob ein fiktiver Bauantrag, wäre er vorher gestellt worden, erfolgreich gewesen wäre, und zwar im Zeitpunkt der Errichtung der Anla-

²⁰ Vgl. OVG Sachsen, U. v. 8.09.2011 – 1 A 741/10 -, juris.

²¹ BVerwG, NJW 1346 (1348), Stollmann, VR 1998, 389 (392).

ge oder zu irgendeinem späteren Zeitpunkt für einen nicht unbeachtlichen Zeitrahmen.²² Wird Bestandsschutz geltend gemacht, trägt die Beweislast für den rechtlich einwandfreien Zustand der Anlage zu irgendeinem Zeitpunkt, der Bauordnungspflichtige/ der Bauherr. Denn er beruft sich auf ein Gegenrecht, für dessen Behauptung er beweisbelastet ist.²³ Dies ist aber bei Verlust oder Untergang der entsprechenden Bauakten häufig schwierig bis unmöglich. Bei Bauten, die vor dem 2. Weltkrieg errichtet wurden und bis in die jüngste Zeit unbeanstandet genutzt worden sind, hat das Berufungsgericht (Kassationsgericht) in unserem Bundesland eine Erleichterung eingeführt. Danach hat die Bauaufsichtsbehörde im Rahmen ihrer Ermessensbetätigung die Angemessenheit einer "Stichtagsregelung" zu erwägen.²⁴ Ob der nordrhein-westfälische Landesgesetzgeber diese Rechtsprechung aufnimmt und in einer derzeit im Umbruch befindlichen Bauordnung unterbringt, bleibt abzuwarten.²⁵ Zur Vermeidung von Missverständnissen hat der Senat des OVG NRW aber darauf hingewiesen, dass eine solche "Stichtagsregelung" im vorgenannten Sinne nicht automatisch das Nicht-Einschreiten gegen vor dem gewählten Stichtag errichtete "Schwarzbauten" zur Folge hat; auch eine solche "Ermessensrichtschnur" ist Ausnahmen zugänglich, die allerdings - gemessen am Gleichheitssatz - hinreichend sachlich begründet sein müssen, etwa im Hinblick auf eine qualifizierte Beeinträchtigung öffentlicher Belange.²⁶

III. Ermessen

²² Schulte Beerbühl, DVBl. 2017, 1002 (1003).

²³ St. Rspr. seit BVerwG, Urt.v. 23.02.1979 – IV C 86/76 -, juris.

²⁴ OVG NRW, U. v. 24.02.2016 – 7 A 19/14 -, juris Rn. 33.

²⁵ Kritisch hierzu Schulte Beerbühl, DVBl. 2017, 1002 ff.

²⁶ OVG NRW, U. v. 24.02.2016, a.a.O.; dazu Hirsch, IBR 2016, 422.

Liegen die Voraussetzungen der formellen und materiellen Illegalität vor, liegt die Entscheidung der Beseitigung des Gebäudes oder der baulichen Anlage im Ermessen der Bauaufsichtsbehörde („kann“). Allerdings geht die deutsche Rechtsprechung hier von einem sog. intendierten Ermessen aus.²⁷ D.h. die Bauaufsichtsbehörde soll bei Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen im Regelfall mittels eines Verwaltungsaktes die Beseitigung der illegalen baulichen Anlage verfügen und darf lediglich ausnahmsweise bei Vorliegen begründeter Einzeltatsachen von einem Abbruchgebot absehen, was dann aber besonders zu begründen ist. Gegenstand der Bauordnungsverfügung kann nur die bauliche Anlage als Ganzes sein, da sie im Ganzen dem materiellen Recht widerspricht. Die Ermessensentscheidung, eine Beseitigungs- oder Rückbauverfügung zu erlassen, kann die Bauaufsichtsbehörde im Regelfall ordnungsgemäß damit begründen, dass die zu beseitigende Anlage formell und materiell illegal ist und dass ein öffentliches Interesse daran besteht, keinen Präzedenzfall- oder Berufungsfall für andere (Dritte) zu schaffen.²⁸ Eine weitergehende Abwägung des "Für und Wider" einer Beseitigungsanordnung ist nur dann geboten, wenn konkrete Anhaltspunkte ausnahmsweise für die Angemessenheit einer vorübergehenden oder dauerhaften Duldung sprechen.²⁹

Im Rahmen dieses behördlichen Ermessens muss sich die Bauaufsichtsbehörde mit einer Vielzahl von Einwendungen der Ordnungspflichtigen beschäftigen. Häufig wird ein Verstoß gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz geltend gemacht. Allerdings muss die Behörde bei einer

²⁷ vgl. OVG Berlin-Brandenburg, B. v. 29.09.2011 - OVG 10 S 47.11 -; B.v. 17.07.2015 – OVG 10 S 14.15 -, juris; VG Cottbus, B. v. 11.02.2016 – 3 L 18/16 -, juris Rn. 17), Muckel, JA 2018, 157 (158).

²⁸ OVG NRW, U. v. 24.02.2016 – 7 A 19/14 -, juris.

²⁹ OVG NRW, U. v. 24.02.2016 – 7 A 19/14 -, juris Rn. 27.

Beseitigungsverfügung immer prüfen, ob der Verstoß so schwer wiegt, dass er die Maßnahme des vollständigen Abbruchs rechtfertigt. Je schwerer der Eingriff in das Grundrecht des Eigentums wiegt, umso schwerer und unabweisbarer müssen die entgegenstehenden öffentlichen Belange sein. Hierzu gehören – wie zuvor benannt - der Naturschutz und die Wasserwirtschaft. Häufig wird eingewandt, der Abriss sei angesichts der aufgewandten Bausummen unverhältnismäßig; die Behörde habe aufgrund des langen Zeitablaufs kein Recht mehr zum Einschreiten. Diese Rechtsauffassung der Betroffenen wird im Regelfall aber kaum überzeugen, da sich der Betroffene über geltendes Recht hinweg und selbst ins Unrecht gesetzt hat. Ansonsten würde auch die Ordnungsfunktion des Bauaufsichtsrechts entwertet. Der gesetzestreue Bürger, der sein Bauvorhaben nur auf der Grundlage einer vollziehbaren Baugenehmigung verwirklicht, würde gegenüber dem rechtswidrig handelnden „Schwarzbauer“ ungerechtfertigt benachteiligt.

Auch eine Verwirkung zum Einschreiten durch die Baubehörde kann kaum angenommen werden, da es sich bei der Beseitigungsverfügung der Bauaufsichtsbehörde nicht um ein „Recht“, sondern um eine legislative „Pflicht“ zur Überwachung der Einhaltung der Vorschriften handelt.

Allerdings ist dem Ordnungspflichtigen auf Antrag zu gestatten, ein anderes ebenso wirksames Mittel anzuwenden, sofern die Allgemeinheit dadurch nicht stärker beeinträchtigt wird.³⁰ Das kann ein lediglich teilweiser Rückbau sein. Voraussetzung ist aber immer, dass der dann verbleibende Bauteil für sich genommen genehmigungsfähig und nicht rechtswidrig ist. In dem Fall kann die Behörde von der Durchsetzung ihrer Verfügung Abstand nehmen.³¹

³⁰ Vgl. § 21 Satz 2 OBG NRW.

³¹ so Schulte Beerbühl, DVBl. 2017, 1002 (1004).

IV. Zwangsvollstreckungsvoraussetzungen

Nach dem VerwVG des Bundes und der Länder kann ein Verwaltungsakt wie die Beseitigungsverfügung mit Zwangsmitteln durchgesetzt werden, wenn er unanfechtbar ist oder wenn ein Rechtsmittel keine aufschiebende Wirkung hat. Ein Zwangsmittel ist das Zwangsgeld, welches wiederholbar und auch mit höheren Beträgen bis zu jeweils 100.000,- Euro angedroht werden kann.³² Bei der Bemessung des Zwangsgeldes ist das wirtschaftliche Interesse des Betroffenen an der Nichtbefolgung der Beseitigungsmaßnahme zu berücksichtigen. Im Falle der Uneinbringlichkeit des Zwangsgeldes, z.B. bei Insolvenz, kann das Verwaltungsgericht auf Antrag der Vollstreckungsbehörde ersatzweise eine Inhaftierung anordnen, wenn der Betroffene zuvor darauf hingewiesen wurde. Die Ersatzzwangshaft beträgt mindestens einen Tag und höchstens zwei Wochen.³³

Als weiteres Zwangsmittel kommt die Ersatzvornahme in Betracht. D.h., der Abriss muss nicht durch den Betroffenen selbst durchgeführt werden, sondern die Behörde droht an, die Beseitigung durch eine Fachfirma (Abbruchunternehmen) auf Kosten des Beseitigungspflichtigen vorzunehmen.

Als drittes Zwangsmittel kommt die Versiegelung des Geländes oder des zu beseitigenden Bauwerks in Betracht. Damit wird jedem Unberechtigten der Zugang zu der baulichen Anlage verwehrt. Eine solche Zwangsmaßnahme kommt aber nur dann in Betracht, wenn unmittelbare Gefahren für Leib oder Leben durch Betreten der baulichen Anlage bestehen (Stichwort: Statik, Einsturzgefahr). Eine Beseitigung der Anlage ist damit noch nicht verbunden.

³² § 60 Abs. 1 VwVG NRW

³³ § 61 VwVG NRW

C. Mögliche Formen der Legalisierung

I. Bauleitplanung

Ist der Außenbereich bereits durch ein – ehemals legales Bauvorhaben (z.B. Altenteilerhaus) – schon versiegelt, kann das Bauwerk, auch nachdem seine privilegierte Nutzung aufgegeben wurde, unter engen Voraussetzungen im Interesse des Eigentümers beibehalten werden.³⁴ Den in § 35 Abs. 4 BauGB angeführten Nutzungsänderungen, Erweiterungs- oder Wiederaufbaumaßnahmen kann nicht entgegengehalten werden, dass dieses Bauvorhaben dem Flächennutzungsplan, der Eigenart der Landschaft widerspricht oder die Entstehung oder Verfestigung einer Splittersiedlung befürchten lässt. Nur diese Belange sind aufgrund der gesetzlichen Regelung überwindbar. Die sonstigen weiteren öffentlichen Belange, wie Naturschutz und Wasserwirtschaft, bleiben davon unberührt. Falls diese beeinträchtigt werden, kann auch ein nach § 35 Abs. 4 BauGB beschriebenes Vorhaben nicht zugelassen werden.³⁵ Voraussetzung ist zudem immer, dass es sich bei dem Bauvorhaben, welches nunmehr – ohne Nutzung – im Außenbereich steht, um ein ehemals „zulässigerweise errichtetes“ Bauvorhaben handelt. Darin kommt zum Ausdruck, dass die Regelung an Bestandsgesichtspunkte anknüpft.³⁶ Ein formell und materiell illegales Bauvorhaben kann demnach nicht nach dieser Vorschrift legalisiert werden.

II. Außenbereichs- oder Innenbereichssatzung

³⁴ § 35 Abs. 4 BauGB

³⁵ Vgl. BVerwG, NVwZ-RR 1994, 372.

³⁶ sog. überwirkender Bestandsschutz, vgl. VGH München, NVwZ-RR 2004, 94.

Nach dem deutschen Baurecht kann eine Gemeinde für bebaute Bereiche im Außenbereich, die nicht überwiegend landwirtschaftlich geprägt sind und in denen eine Wohnbebauung von einigem Gewicht vorhanden ist, durch Satzung bestimmen, dass Wohnzwecken dienenden Vorhaben im Sinne des Absatzes 2 nicht entgegengehalten werden kann, dass sie einer Darstellung im Flächennutzungsplan über Flächen für die Landwirtschaft oder Wald widersprechen oder die Entstehung oder Verfestigung einer Splittersiedlung befürchten lassen. Die Satzung kann auch auf Vorhaben erstreckt werden, die kleineren Handwerks- und Gewerbebetrieben dienen.³⁷ Entgegengehalten werden können solchen Bauvorhaben aber immer noch naturschutz- und wasserrechtliche Belange. Bebauung in Naturschutz- und Wasserschutzgebieten sollen damit generell vermieden werden, so dass auch insoweit eine Legalisierung ausscheidet.

III. Duldung

Eine Form der Legalisierung ist neben der Erteilung einer (nachträglichen) Baugenehmigung (wohl nur unter den vorgenannten Einzelfallvoraussetzungen und nur dann, wenn keine naturschutz- oder wasserrechtlichen Belange beeinträchtigt sind), die Form der Duldung. Hierbei ist zwischen der „aktiven“ und der „passiven“ oder „faktischen“ Duldung zu unterscheiden. Die „passive“ Duldung unterscheidet sich von der „aktiven“ Duldung dadurch, dass die Baubehörde einen illegalen Zustand hinnimmt, ohne gegen das Bauvorhaben in irgendeiner Form ordnungsrechtlich einzuschreiten. Aus ihr kann der Pflichtige keinen Vertrauens-

³⁷ § 35 Abs. 6 S. 1 u. 2 BauGB

tatbestand herleiten. Die Bauaufsichtsbehörde kann nicht alle Gebäude und baulichen Anlagen ständig auf ihre Rechtmäßigkeit hin überprüfen. Nur dann, wenn die Behörde positive Kenntnis von einem illegalen Bauvorhaben hat (sei es über Nachbarn oder durch andere Behörden) und zu erkennen gibt, dass sie sich auf Dauer mit dem illegalen Bau und seiner Existenz abfinden will, spricht man von einer sog. „aktiven“ Duldung.³⁸ Wegen dieser einer „Zusicherung“³⁹ nahekommenden Wirkung setzt dies aber voraus, dass die Behörde erklärt, ob und in welchem Umfang und über welchen Zeitraum hinweg, sie diesen illegalen Zustand hinnehmen will.⁴⁰ Liegt eine „aktive Duldung“ vor, können sich hieraus für vergleichbare Fälle Einschränkungen hinsichtlich der Ermessensausübung unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung ergeben. Eine Ungleichbehandlung liegt beispielsweise dann vor, wenn die Behörde bei vergleichbaren baulichen Anlagen, die materiell illegal errichtet wurden, in Kenntnis ihrer Rechtswidrigkeit nur eine Anlage oder wenige mit einer Beseitigungsverfügung überzieht (z. B. Wochenendhäuser an einem Flusslauf oder an einem See).

D. Ausblick

Bei uns in der Region begegnen die Bauaufsichtsbehörden Bauanträgen, die im Außenbereich errichtet werden sollen, in jüngster Vergangenheit mit allergrößter Vorsicht. Mitunter werden Privilegierungen (landwirtschaftliche Nutzungen) vorgegeben, um diese dann aber bei Unwirtschaftlichkeit nach mehreren Jahren einzustellen. Die Privilegierung wird aufgegeben, das Gebäude steht aber in reizvoller Umgebung. Die Schwierigkeiten, solche Gebäude beseitigen zu lassen, habe ich ge-

³⁸ Vgl. OVG NRW, B. v. 24.01.2006 – 10 B 2159/05 -, juris.

³⁹ § 38 VwVfG NRW

⁴⁰ Vgl. OVG NRW, BRS 69 Nr. 189.

rade versucht, aufzuzeigen. Deshalb sind die Bauaufsichtsbehörden dazu übergegangen, die Zulassungsvoraussetzungen sehr gründlich und sehr streng zu prüfen. Bei Zweifeln an der materiellen Legalität wird das Bauvorhaben auch auf die Gefahr eines Rechtsstreites abgelehnt. Die Behörden wissen selbst, dass die Mühlen der Justitia zwar mahlen, aber relativ langsam. So lange bleibt der Außenbereich, bleibt die Natur und Landschaft vor weiterer Bebauung geschützt.

Umgekehrt ist es aber auch so: Bis eine Beseitigungsverfügung durch alle Gerichtsstufen rechtlich überprüft wurde, können Jahre vergehen. Solange bleibt das Gebäude stehen. Hier können sich die Baubehörden damit behelfen, dass sie neben der Beseitigungsverfügung auch eine Untersagung der Nutzung des illegalen Gebäudes verfügen. Dann kann der Ordnungspflichtige jedenfalls für die Zeit des Rechtsstreits die Früchte seiner illegalen Tätigkeit nicht nutzen.

Ich danke für Ihre Aufmerksamkeit.