

AUSBILDUNG UND PRÜFUNG · FORTBILDUNG

Der baurechtliche Bestandsschutz zwischen Grundgesetz und einfachem Recht

Von Fabian Michl, Regensburg*

A. Einführung

Das Schicksal des Bestandsschutzes im Baurecht ist notwendigerweise abhängig von der Interpretation des Eigentumsgrundrechts aus Art. 14 GG. An ihm zeigt sich – wie bei kaum einer anderen Rechtsfigur – das Verhältnis von Verfassungs- und Verwaltungsrecht. *Werners* Sentenz vom Verwaltungsrecht als konkretisiertem Verfassungsrecht¹ wird bei der Behandlung des Bestandsschutzes – bewusst oder unbewusst – häufig in Frage gestellt. Dabei dürfte das „Ob“ der Konkretisierungsfunktion heute unstrittig, stattdessen nur noch die Frage nach dem „Wie“ klärungsbedürftig sein.² Bei der Analyse der Rechtsprechung und des Schrifttums zum baurechtlichen Bestandsschutz wird indes offenbar, dass gewichtige Zweifelsfragen bleiben und bisweilen neu aufgeworfen werden.³ Neben dieser wissenschaftlichen Brisanz hat die Bestandsschutzproblematik auch erhebliche Bedeutung für die juristische Praxis und das (Wirtschafts-)Leben, lassen sich doch unter den Begriff sowohl baurechtliche Genehmigungsansprüche als auch Gegenrechte zu bauordnungsrechtlichen Verfügungen fassen, derentwegen sich jeder Bauherr glücklich schätzen kann. Eine nähere Betrachtung des baurechtlichen Bestandsschutzes mit einem Hauptaugenmerk auf offene verfassungsrechtliche Fragen erscheint daher lohnend. Im Folgenden sollen die Grundlagen des Bestandsschutzes im Baurecht dargestellt (B. I. – III.) sowie aktuelle Streitfragen aufgezeigt und bewertet werden (B. IV.). Die wesentlichen Ergebnisse werden abschließend in einem Fazit zusammengefasst (C.).

B. Grundlagen und aktuelle Probleme

Bevor die Konsequenzen des Wandels in der Bestandsschutzdogmatik anhand ausgewählter Problemstellungen erörtert werden können, bedürfen die Grundlagen des baurechtlichen Bestandsschutzes – insbesondere Terminologie und dogmatische Verortung – einer Klärung.

I. Begriff des Bestandsschutzes

Hinter dem Begriff des Bestandsschutzes verbirgt sich die Frage, inwieweit sich eine bestehende bauliche Anlage und deren Nutzung gegenüber Rechtsänderungen oder Veränderungen der tatsächlichen Situation des bebauten Grundstücks, die wiederum Rechtsfolgen nach sich ziehen, behaupten können.⁴ Zu dieser Bewahrung eines tatsächlichen oder rechtlichen *status quo*⁵ tritt die Bemühung, den Interessenwiderspruch zwischen Kontinuitätserwartung und Gestaltungsbedürfnissen in Ausgleich

zu bringen.⁶ Der Bestandsschutz ist also Resultat einer Kollisionslage⁷ zwischen den Stabilitätsinteressen des Bauherrn bzw. Eigentümers und der Fortentwicklung baurechtlicher Rahmenbedingungen.⁸

II. Formen des Bestandsschutzes

Im Anschluss an *Friauf*⁹ wird innerhalb des Bestandsschutzes nach der konkreten Schutzform zwischen aktivem und passivem Bestandsschutz unterschieden.¹⁰

1. Aktiver Bestandsschutz

Der aktive Bestandsschutz ist auf eine Erweiterung des vorhandenen Bestandes im Sinne von „anreichern“ und „vervollkommen“¹¹ gerichtet. Aus der (legalen) Existenz einer baulichen Anlage sollen Ansprüche auf Genehmigung von Folgemaßnahmen abgeleitet werden können, die *per se* nach geltendem Recht nicht genehmigungsfähig wären.¹² Hierbei ist

* Der Autor ist Student an der Universität Regensburg und wissenschaftlicher Mitarbeiter bei einer Abgeordneten des Bayerischen Landtags. Der Beitrag entstand aus einer Arbeit, die im Rahmen des Seminars „Aktuelle Fragen des öffentlichen Immobilien- und Infrastrukturrechts“ (Schwerpunktbereich Immobilienrecht) bei Herrn Prof. Dr. Jürgen Kühling, LL.M. angefertigt wurde.

1 Werner, DVBl. 1959, 527.

2 Wahl, in: Bender/Breuer/Ossenbühl/Sendler (Hrsg.), Festschrift für K. Redeker, 1993, S. 245.

3 Sieckmann, NVwZ 1997, 853, 854; Götze, in: Brinktrine (Hrsg.), Alte und neue Streitfragen im Bau-, Umwelt- und Telekommunikationsrecht, 2000, S. 33; Wehr, Die Verwaltung, 38 (2005), 65, 66.

4 Manow, Bestandsschutz im Baurecht, 1993, S. 6; Wickel, BauR 1997, 557.

5 Schulze-Fielitz, Die Verwaltung 20 (1987), 307.

6 Vgl. Schmehl, DVBl. 1999, 19, 20 f.; Götze (Fn. 3), S. 35.

7 Kutschera, Bestandsschutz im öffentlichen Recht, 1990 S. 20 ff.; Götze (Fn. 3), S. 35.

8 Vgl. zur zeitlichen Dimension, insb. zum sog. „Zeitmodell“, von und zu Franckenstein, BauR 2006, 1080 ff. m. w. N.

9 Friauf, in: Bachhof/Heigl/Redeker (Hrsg.), Festgabe aus Anlass des 25-jährigen Bestehens des Bundesverwaltungsgerichts, 1978, S. 218.

10 Außer Betracht bleibt die mit dem Bestandsschutz verwandte – aber auf die Grundstücksqualität und nicht das Bauwerk bezogene – sog. „eigentumskräftig verfestigte Anspruchsposition“ (BVerwGE 47, 126); vgl. Dreier, Die Verwaltung 36 (2003), 105 [123] dort in Fn. 113; Decker/Konrad, Bayerisches Baurecht, 2. Aufl., S. 12.

11 Sendler, WiVerw 1993, 235 [262].

12 Friauf (Fn. 9), S. 220; Fickert, in: Driehaus/Birk (Hrsg.), Festschrift für Felix Weyreuther, 1993, S. 321.

wiederum nach der zu genehmigenden Maßnahme zu unterscheiden: Geht es um Reparaturarbeiten, also reine Instandhaltungsmaßnahmen, so spricht man vom einfachen aktiven Bestandsschutz. Zielt die Maßnahme dagegen auf eine Erweiterung des Bestandes ab, kann der Bestandsschutz als „überwirkender“ umschrieben werden, da sich seine Voraussetzungen aus den übrigen Teilen der Anlage ergeben, deren Bestandsschutz also gleichsam überwirkt.¹³

2. Passiver Bestandsschutz

Die defensive Variante¹⁴, der passive Bestandsschutz, verleiht dem Bauherrn eine Einwendung, also ein Gegenrecht,¹⁵ gegenüber repressiven Eingriffen der Bauaufsichtsbehörden. Der Bestandsschutz kommt hier im Wortsinne zum Tragen: Er schützt einen *status quo* gegenüber Änderungen in der Rechtslage. Es handelt sich um einen Substanz- und Nutzungsschutz¹⁶, der das durch die Eigentumsausübung Geschaffene schützt.¹⁷ Solange die Identität des Bauwerks gewahrt bleibt, lässt der passive Bestandsschutz nach traditioneller Auffassung in engen Grenzen auch Instandhaltungsarbeiten zu.¹⁸ Darüber hinaus sind Bestands- oder Funktionsänderungen von ihm aber nicht gedeckt.¹⁹

III. Rechtsgrund und Rechtsgrundlage

Im Hinblick auf Rechtsgrund und Rechtsgrundlage des baurechtlichen Bestandsschutzes ist grundlegend zwischen formellem und materiellem Bestandsschutz zu unterscheiden.

1. Formeller Bestandsschutz

Formeller Bestandsschutz resultiert aus einer wirksamen Baugenehmigung. Sie stellt fest, dass dem Vorhaben keine öffentlich-rechtlichen Vorschriften entgegenstehen, die im bauaufsichtlichen Genehmigungsverfahren zu prüfen sind (§ 70 Abs. 1 ThürBO). Damit bildet sie die Rechtsgrundlage für den Bestandsschutz gegenüber bauordnungsrechtlichen Verfügungen. Ob dies durch ihre Bestandskraft als (feststellender) Verwaltungsakt²⁰ oder auf ihre Legalitätswirkung²¹ zurückzuführen ist, ist letztendlich unerheblich. Bestandskraft genießt die Baugenehmigung nach den allgemeinen verwaltungsverfahrenrechtlichen Regeln.²² Sie kann gem. §§ 48, 49 ThürVwVfG nur unter engen Voraussetzungen zurückgenommen bzw. widerrufen werden. Solange dies nicht erfolgt ist, bindet sie die Bauaufsichtsbehörde und verleiht damit Bestandsschutz.²³ Dies gilt unabhängig von der materiellen Rechtmäßigkeit der Genehmigung; insoweit wirkt sie auf ein mit dem materiellen Baurecht unvereinbares Vorhaben legalisierend.²⁴ Die Begründung des Bestandsschutzes ist also sowohl auf die Bestandskraft als auch auf die Legalisierungswirkung der Genehmigung zurückzuführen.²⁵ Der formelle Bestandsschutz gründet demnach in der Feststellung der Baurechtmäßigkeit²⁶ durch einen bestandskräftigen Verwaltungsakt. Dadurch sind bauordnungsrechtliche Verfügungen – etwa die Beseitigungsanordnung nach § 77 Satz 1 ThürBO – schon tatbestandlich ausgeschlossen.²⁷ Der Rechtsgrund für diesen Bestandsschutz wird im allgemeinen Vertrauensgrundsatz (Art. 20 Abs. 3 GG) verortet,²⁸ welcher der Bindungswirkung von Verwaltungsakten zugrunde liegt. Für das Baurecht (und bei anderen vermögenswerten Rechten) findet der Vertrauensgrundsatz eine (zusätzliche) Absicherung in Art. 14 GG.²⁹

2. Materieller Bestandsschutz

Vom formellen Bestandsschutz zu unterscheiden ist der materielle Bestandsschutz. Er soll nach traditioneller Auffassung gegeben sein, wenn die Anlage zwar nicht formell legalisiert ist, aber (zu irgendeinem Zeitpunkt) dem materiellen Recht entsprach.³⁰ Die Probleme seiner dogmatischen Verortung ziehen sich wie ein roter Faden durch die aktuellen Bestandsschutzfragen. Daher ist eine ausführliche Klärung seines Rechtsgrundes und insbesondere seiner Rechtsgrundlage angezeigt.

a) Eigentumsgarantie als Rechtsgrund

Einigkeit besteht jedenfalls darüber, dass der Rechtsgrund des materiellen Bestandsschutzes in der Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG zu erblicken ist.³¹

b) Bestimmung der Rechtsgrundlage

Als Rechtsgrundlage für den baurechtlichen materiellen Bestandsschutz kommt einerseits das einfache Gesetzesrecht (sog. einfachgesetzlicher Bestandsschutz), andererseits unmittelbar Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG (sog. verfassungsunmittelbarer Bestandsschutz) in Betracht.³²

Die Rechtsprechung leitete den materiellen Bestandsschutz ursprünglich aus Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG her.³³ In seiner grundlegenden „Tunnelofen“-Entscheidung³⁴ formulierte das BVerwG unter Verweis auf die bisherige Entscheidungspraxis, dass „Dreh- und Angelpunkt“ des Bestandsschutzes die verfassungsrechtlich gebotene Sicherung des durch Eigentumsausübung Geschaffenen sei. Der legal geschaffene Bestand könne sich mit Rücksicht auf Art. 14 Abs. 1 GG – in diesen und jenen Grenzen – in seiner bisherigen Funktion behaupten und damit auch gegen das ihm mittlerweile etwa entgegenstehende Gesetzesrecht durchsetzen. Hintergrund dieser Rechtsprechung ist der bis in die 70er-Jahre vorherrschende bürgerlich-rechtliche Eigentumsbegriff. Das Eigentumsgrundrecht ist zwar institutionell in Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG gewährleistet, die inhaltliche Ausformung ist indes dem Gesetzgeber übertragen (Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG). *Mampel* spricht insoweit zu Recht von einer „leeren Hülle, die der inhaltlichen Ausfüllung bedarf.“³⁵ Die Ausfüllung dieser Lücke überließ das BVerfG weitgehend dem bürgerlichen Recht (vgl. § 903 BGB). Das Grundgesetz wolle das Rechtsinstitut des Eigentums, so wie es das bürgerliche Recht und die gesellschaftlichen Anschauungen geformt haben, schützen.³⁶ In öffentlich-rechtlicher Hinsicht verbürgte das Eigentumsgrundrecht vor allem die Baufreiheit, die bereits in § 65 I Abs. 1 Satz 8 PrALR geregelt³⁷ und daher als „gesellschaftliche Anschauung“ zu beachten war. Diese Freiheit umfasste jede bauliche Maßnahme, die normativ nicht ausdrücklich untersagt war; folglich musste nach dem Grundsatz *in dubio pro libertate* „im Zweifel zugunsten des Eigentümers“ entschieden werden.³⁸ Im Lichte dieses Eigentumsbegriffes war es konsequent, den baurechtlichen Bestandsschutz als institutionell garantiert zu begreifen. Der Bestandsschutz wurde folgerichtig zu einem aus Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG abgeleiteten „Rechtsinsti-

13 BVerwGE 49, 365 [370] – „Schaumlava“; E 50, 49 [56 ff.] – „Tunnelofen“; referierend *Dreier*, Die Verwaltung 36 (2003), 105 [123]; bei *Gohrke/Brehsan*, NVwZ 1999, 932 [936] als „qualifiziert-aktiver Bestandsschutz“ bezeichnet.

14 Götze (Fn. 3), S. 36.

15 BVerwG, NJW 1980, 252; zur Beweislastverteilung, die aus dieser Einordnung folgt, vgl. *Schröer*, NZBau 2009, 228 [229].

16 *Gohrke/Brehsan*, NVwZ 1999, 932 [933].

17 BVerwG, NJW 1975, 550 m. w. N.

18 BVerwGE 47, 126 [128 ff.]; BVerwG, NJW 1986, 2126.

19 BVerfGE 58, 300 [336/352]; *Papier*, in: Maunz/Dürig, GG, Stand: 2009, Art. 14 Rn. 84.

20 *Hoppe/Krane*, in: Bauer/Breuer/Degenhardt/Oldiges (Hrsg.), 100 Jahre Allgemeines Baugesetz Sachsen, 2000, S. 393; *Mampel*, ZfBR 2002, 327.

21 *Uechtritz*, DVBl. 1997, 347; *Aichele/Herr*, NVwZ 2003, 415 [416].

22 Vgl. *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 7. Aufl., § 43 Rn. 7 ff.

23 *Gohrke/Brehsan*, NVwZ 1999, 932 [933].

24 OVG NRW, NVwZ 1988, 942 [943]; VGH BW, NVwZ-RR 1999, 932 [933]; *Wehr*, Die Verwaltung 38 (2005), 65 [66 f.].

25 In diese Richtung auch *Lieder*, ThürVBl. 2004, 59.

26 *Wehr*, Die Verwaltung 38 (2005), 65 [68].

27 *Aichele/Herr*, NVwZ 2003, 415 [417].

28 *Brenndörfer*, Reichweite und Grenzen des baurechtlichen Bestandsschutzes, 2008, S. 83.

29 BVerfGE, 36, 281 (293); *Kutschera* (Fn. 7), S. 169 ff./221 ff.

30 *Kutschera* (Fn. 7), S. 4.

31 *Sendler*, WiVerw 1993, 235 [245]; *Gohrke/Brehsan*, NVwZ 1999, 932; *Papier*, in: Maunz/Dürig, GG, Stand: 2009, Art. 14 Rn. 84; *Wehr*, Die Verwaltung 38 (2005), 65 [75]; *Deppenheuer* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 5. Aufl., Art. 14 Rn. 322; *Decker/Konrad* (Fn. 10), S. 9.

32 *Wickel*, BauR 1994, 557.

33 BVerfG, NJW 1970; BVerwGE 3, 351; E 25, 161 [162]; E 27, 341; E 44, 244 [247]; E 50, 49.

34 BVerwGE 50, 49 [57].

35 *Mampel*, NJW 1999, 975.

36 BVerfGE 1, 264 [278]; E 2, 380 [402]; E 4, 219 [240]; E 11, 64 [70].

37 „In der Regel ist jeder Eigentümer seinen Grund und Boden mit Gebäuden zu besetzen oder sein Gebäude zu verändern wohl befugt.“ Vgl. *Papier*, in: Maunz/Dürig, GG, Stand: 2009, Art. 14 Rn. 57.

38 *Mampel*, NJW 1999, 975.

tut⁴⁶ erhoben.³⁹ Das Schrifttum schloss sich beinahe einmütig der Auffassung des BVerwG an.⁴⁰ Jeder Entzug der bestandsgeschützten Rechtsposition wurde folglich als unverhältnismäßiger Eingriff in Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG betrachtet.⁴¹

Die Interpretation des Bestandsschutzes als verfassungsunmittelbar geriet allerdings ins Wanken, als das BVerfG mit seinem „Naßauskiesungsbeschluss“⁴² vom 15. 7. 1981 einen Eigentumsbegriff entwarf, der den traditionellen bürgerlich-rechtlichen ablöste.⁴³ Darin heißt es: „Demgemäß hat das Grundgesetz in Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG dem Gesetzgeber die Aufgabe übertragen, den Inhalt und die Schranken des Eigentums zu bestimmen. Solche Normen legen generell und abstrakt die Rechte und Pflichten des Eigentümers fest, bestimmen also den ‚Inhalt‘ des Eigentums. Der Gesetzgeber schafft damit auf der Ebene des objektiven Rechts diejenigen Rechtssätze, die die Rechtsstellung des Eigentümers begründen und ausformen; sie können privatrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Natur sein.“⁴⁴ Nicht mehr nur die vorkonstitutionellen Normen des BGB sowie gesellschaftliche Anschauungen prägen demnach den Eigentumsbegriff, sondern der demokratisch legitimierte Gesetzgeber, ausdrücklich auch mittels öffentlich-rechtlicher Normen. Zudem wurden die beiden Direktiven hervorgehoben, die der Gesetzgeber bei Erfüllung seines Gestaltungsauftrages zu beachten hat: Die grundsätzliche Anerkennung des Privateigentums sowie das Sozialgebot des Art. 14 Abs. 2 GG.⁴⁵ Die Privatnützigkeit – wie sie den bürgerlich-rechtlichen Eigentumsbegriff dominierte – hat mit der Sozialbindung des Eigentums also einen gewichtigen Gegenspieler erhalten. Der Gesetzgeber muss diese Antagonisten⁴⁶ in Ausgleich bringen, wobei sich die Privatnützigkeit vor allem in bürgerlich-rechtlichen, das Sozialgebot vor allem in öffentlich-rechtlichen Normen – mithin auch im Baurecht – niederschlägt.⁴⁷ Eine Anpassung der Rechtsprechung zum Bestandsschutz an den neu interpretierten normgeprägten Eigentumsbegriff ließ allerdings auf sich warten. Das BVerwG hielt zunächst an seiner Auffassung vom verfassungsunmittelbaren Bestandsschutz fest.⁴⁸ Dieser setzte sich gegen Gesetzesrecht (im zu entscheidenden Fall § 35 Abs. 2 und 3 BBauG) durch.⁴⁹ Wie diese Behauptung damit vereinbar sein soll, wird durch ebenjenes Gesetzesrecht der Eigentumsbegriff ausgestaltet, blieb ungeklärt. Nun war es der Gesetzgeber selbst, der dem BVerwG einen Denkanstoß gab oder es mit anderen Worten zum Nachdenken zwang.⁵⁰ Er kodifizierte in den §§ 34 Abs. 3, 35 Abs. 4 BauGB a. F. (1987) die Zulässigkeit von (Erweiterungs-)Maßnahmen, die von der Rechtsprechung bisher unter den aktiven Bestandsschutz gefasst wurden. In seinem Urteil vom 15. 2. 1990⁵¹ reagierte das BVerwG mit der Feststellung, dass die einfachgesetzlichen Vorschriften im Rahmen ihres Anwendungsbereichs Regelungen des Inhalts und der Schranken des Eigentums im Sinne von Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG darstellten und damit zugleich einen unmittelbaren Rückgriff auf Art. 14 GG ausschlossen. Zwar ist darin noch keine endgültige Abkehr vom verfassungsunmittelbaren Bestandsschutz zu sehen, denn das BVerwG behielt sich einen unmittelbaren Rückgriff beim Fehlen einer einfachgesetzlichen Regelung vor;⁵² die Entscheidung ist aber Ausgangspunkt für ein zaghaftes Umdenken in der Bestandsschutzdogmatik. Die vorsichtige Rücknahme des verfassungsunmittelbaren Bestandsschutzes – unter Vorbehalt einer gesetzlichen Regelung – behielt das BVerwG in einer Reihe von Entscheidungen⁵³ bei, bis 1995⁵⁴ der „geordnete Rückzug aus dem Rechtsinstitut“⁵⁵ angetreten wurde. „Einen eigentumsrechtlichen Bestandsschutz außerhalb der gesetzlichen Regelungen gibt es nicht.“, lautete die knappe, aber eindeutige Feststellung der Bundesrichter, die in der Folge vom BVerfG⁵⁶ bestätigt wurde. Die ausdrückliche Aufgabe der früheren Rechtsprechung⁵⁷ und damit der – überfällige – Abschied vom verfassungsunmittelbaren Bestandsschutz erfolgte im Grundsatzurteil vom 12.3.1998⁵⁸. Demnach fungiere Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG ausschließlich als verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab, an dem das einfache Recht zu messen sei, nicht aber als eigenständige Anspruchsgrundlage, die sich als Mittel dafür benutzen ließe, die Inhalts- und Schrankenbestimmungen des Gesetzgebers fachgerichtlich anzureichern. Vielmehr sei es den Fachgerichten verwehrt, unter Umgehung des einfachen Rechts, unmittelbar auf der Grundlage der Verfassung Ansprüche zu gewähren, die von der Entscheidung des hierzu berufenen Gesetzgebers nicht gedeckt werden. Sollte ein

Fachgericht eine einfachrechtliche Regelung als unzureichend im Hinblick auf den von Art. 14 GG geforderten gesetzgeberischen Ausgleich zwischen Privateigentum und Gemeinwohlinteressen erachten, habe es bei Vorliegen der Voraussetzungen des Art. 100 Abs. 1 GG das Verfahren auszusetzen und die Entscheidung des BVerfG einzuholen.⁵⁹ Ein von Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG verbürgtes Rechtsinstitut Bestandsschutz existierte von da an also nicht mehr. Materieller Bestandsschutz ist lediglich auf einfach-gesetzliche Nutzungsbefugnisse zurückzuführen, die aber ihrerseits von der Eigentumsgarantie geschützt sind.⁶⁰ Die Rechtsprechung des BVerwG steht nunmehr im Einklang mit der vom BVerfG vorgegebenen Eigentumsdogmatik.⁶¹

Kritik an diesem Bestandsschutzverständnis findet sich im Schrifttum nur vereinzelt, der überwiegende Teil der Literatur begrüßt im Grundsatz (zu den streitigen Ausnahmen unter B IV.) die Abkehr von der verfassungsrechtlichen Herleitung.⁶² Ablehnend steht indes *Fickert* der neuen Rechtsprechung gegenüber. Er spricht sich bezugnehmend auf das Urteil vom 15. 2. 1990 für eine Beibehaltung des verfassungsrechtlichen Bestandsschutzes neben der streitgegenständlichen Regelung des § 34 Abs. 3 BauGB a. F. (1987) aus.⁶³ Dies soll sich auch aus dem „Nassauskiesungsbeschluss“ ergeben; *Fickert* verweist⁶⁴ insoweit auf die Ausführungen der Verfassungsrichter, nach denen eine [...] Änderung des objektiven Rechts (für die Zukunft) nicht zum Entzug einer konkreten, der Bestandsgarantie des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG unterliegenden Rechtsposition führe.⁶⁵ Seine Ansicht ist aber schlicht auf ein Missverständnis zurückzuführen, denn die zitierte Passage will zum Ausdruck bringen, dass ein inhaltsbestimmendes Gesetz gerade keine Legalenteignung darstellt und somit eine solche Rechtsposition nicht entziehen kann. Nur aus dem Zusammenhang gerissen, kann sie für einen verfassungsunmittelbaren Bestandsschutz ins Feld geführt werden;⁶⁶ im Gesamtkontext des „Nassauskiesungsbeschlusses“ steht sie diesem entgegen.

39 *Fickert* (Fn. 12), S. 319; *Hoppe/Krane* (Fn. 20), S. 390.

40 *Wahl* (Fn. 2), S. 247; *Lieder*, ThürVBl. 2004, 53 [54] m. w. N.

41 *Lieder*, ThürVBl. 2004, 53 [55]; *Brenner*, Öffentliches Baurecht, 3. Aufl., Rn. 646.

42 BVerfGE 58, 300.

43 Ob der „Naßauskiesungsbeschluss“ wirklich eine Wende in der Rechtsprechung darstellte oder, so *Böhmer*, NJW 1988, 2541, „vorprogrammiert“ war, kann dahinstehen; jedenfalls war er für Schrifttum und Rechtsprechung Ausgangspunkt eines neuen Eigentumsverständnisses.

44 BVerfGE 58, 300 [330].

45 BVerfGE 58, 300 [338]; zuvor schon BVerfGE 37, 132 [140]; 52, 1 [29].

46 *Weiß*, BayVBl. 2000, 417 [418].

47 *Papier*, in: Maunz/Dürig, GG, Stand: 2009, Art. 14 Rn. 307.

48 BVerwGE 72, 362 [363]; BVerwG, NVwZ 1989, 667 [668].

49 BVerwGE 72, 362 [363].

50 *Mampel*, NJW 1999, 975 [976].

51 BVerwGE 84, 322 [334].

52 *Sendler*, WiVerw 1993, 235 [254]; daher rührt auch die Ansicht von *Sarnighausen*, DÖV 1993, 762 ff., der einen solchen Rückgriff zulassen will.

53 BVerwGE 85, 289 [294]; BVerwG, ZfBR 1991, 83 [85]; NVwZ 1991, 984 [986]; BVerwGE 88, 191 [203 f.]; BVerwG, NVwZ 1994, 293 [294].

54 BVerwG, BRS 57 Nr. 100 (1995).

55 *Mampel*, NJW 1999, 975 [977].

56 BVerfG, NVwZ-RR 1996, 483.

57 Ausdrückliche Bezugnahme auf BVerwGE 72, 362.

58 BVerwGE 106, 228; zustimmende Anm. *Erdemir*, JA 1999, 458 ff.

59 BVerwGE 106, 228 [235].

60 *Wehr*, Die Verwaltung 38 (2005), 56 [86].

61 Vgl. *Aichele/Herr*, NVwZ 2003, 415 [416].

62 *Wahl* (Fn. 2), S. 247 f.; *Wickel*, BauR 1994, 557 [558 ff.]; *Mampel*, NJW 1999, 975 [977]; *ders.*, ZfBR 2002, 327 [331]; *Hoppe/Krane*, S. 389 [392]; *Aichele/Herr*, NVwZ 2003, 415 (420); *Lieder*, ThürVBl. 2004, 53 [56 f.]; *Brenndörfer* (Fn. 28), S. 57.

63 *Fickert* (Fn. 12), S. 334 f.

64 *Fickert* (Fn. 12), S. 334, dort in Fn. 63.

65 BVerfGE 58, 300 [338].

66 Dies wird dadurch deutlich, dass *Fickert* das Wort „derartige“ in seiner Zitation ausgespart hat, welches aber auf das inhaltsbestimmende Gesetz verweist; vgl. *Brenndörfer* (Fn. 28), S. 54.

Einen anderen Ansatz verfolgt *Sieckmann*.⁶⁷ Ihm zufolge ist eine verfassungsunmittelbare Begründung des Bestandsschutzes aus Art. 14 GG möglich, da sie der abwehrrechtlichen Konzeption dieser Vorschrift folge. Dies ergebe sich aus der Nutzungsfreiheit des Eigentümers, die, sofern keine spezielleren Regelungen vorhanden sind, mit Blick auf § 903 BGB bestehe. Die einfachgesetzliche Regelung des Bestandsschutzes blende die privatrechtlichen Befugnisse des Eigentümers aus.⁶⁸ Problematisch sei auch die Annahme von Gestaltungsspielräumen des Gesetzgebers gegenüber definitiven, also nicht abwägungsfähigen und strikt zu erfüllenden verfassungsrechtlichen Anforderungen. *Sieckmann* begreift den baurechtlichen Bestandsschutz als definitiv; dieser binde somit die Ausgestaltung des einfachen Rechts.⁶⁹ Der Gesetzgeber sei also im Ergebnis gezwungen (im Umfang der bisherigen Auffassung) Bestandsschutz zu gewährleisten. Es bestehe daher kein Anlass aufgrund einer einfachgesetzlichen Regelung die auf Art. 14 GG gestützte Rechtsprechung zu ändern.⁷⁰ Diese Meinung geht auf ein Regel-Prinzipien-Verständnis⁷¹ des Eigentumsgrundrechts zurück, demzufolge Eigentumsprinzipien abwägungsfähig, Eigentumsregeln aber definitiv sein sollen.⁷² Der Bestandsschutz stellt in diesem Modell eine solche definitive Regel dar und schließt den gesetzgeberischen Spielraum aus. Weshalb aber der Bestandsschutz zur strikt zu erfüllenden Regel erhoben wird, lässt *Sieckmann* offen.⁷³ Letztlich vertritt er den – überwunden geglaubten – bürgerlich-rechtlichen Eigentumsbegriff und kommt somit ohne Schwierigkeiten zu einem verfassungsunmittelbaren Bestandsschutz.⁷⁴ Dieser sei zwar (auch) durch einfache Gesetze geregelt, aber durch die Verfassung begründet,⁷⁵ ein Rückgriff auf Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG bliebe somit jederzeit möglich. Die Versagung eines Abwägungsspielraums des Gesetzgebers, welche der Konzeption zugrunde liegt, ist jedoch unvereinbar mit dem Verständnis des normgeprägten Eigentumsbegriffs nach der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung. Man kann nicht einerseits vom Gesetzgeber einen Ausgleich zwischen Privateigentum und Gemeinwohlinteressen verlangen, ihm aber andererseits durch das definitive Gebot des Bestandsschutzes die Hände binden. *Sieckmanns* Auffassung mag in ihrem Regel-Prinzipien-Modell schlüssig sein, entbehrt hingegen letztlich einer tragfähigen Begründung, die über den konstruktiven Reiz hinausgeht. Insbesondere wird nicht klar, weshalb der Bestandsschutz als definitiv begriffen werden soll; aus der Rechtsprechung ergibt sich dies jedenfalls nicht.⁷⁶

c) Zwischenergebnis

Es ist demnach festzuhalten, dass weder *Fickerts* noch *Sieckmanns* Gegenauffassung die Abkehr vom verfassungsunmittelbaren Bestandsschutz, wie sie das BVerwG spätestens mit dem Urteil vom 12. 3. 1998 vollzogen hat, aufhalten können. Die neue Rechtsprechung der Bundesrichter steht im Einklang mit dem normgeprägten Eigentumsbegriff, der vom BVerfG im „Nassauskiesungsbeschluss“ vorgegeben wurde. Im Grundsatz ist somit von einem einfachgesetzlichen Bestandsschutz auszugehen, der sich sowohl aus städtebaurechtlichen Regelungen als auch aus bauordnungsrechtlichen Vorschriften ergeben kann. Das einfache Recht allein ist folglich Rechtsgrundlage des materiellen Bestandsschutzes.

IV. Aktuelle Bestandsschutzproblematik

Mit der Entscheidung für den einfachgesetzlichen Bestandsschutz ist aber noch nicht geklärt, wie sich der Wandel in der Rechtsprechung auf seine einzelnen Schutzformen auswirkt.

1. Abschied vom verfassungsunmittelbaren aktiven Bestandsschutz

Der verfassungsunmittelbare aktive Bestandsschutz jedenfalls kann als aufgegeben angesehen werden.⁷⁷

a) Einfachgesetzliche Regelungen

Die damit bezeichneten Genehmigungsansprüche sind heute in Vorschriften des Bauplanungsrechts kodifiziert. § 29 Abs. 1 BauGB ist insoweit als Grenze des aktiven Bestandsschutzes zu verstehen, denn er gibt vor, welche Vorhaben überhaupt in den Anwendungsbereich des Bauplanungsrechts fallen; darunter sind bestandsweiternde Maßnahmen aus

bauplanungsrechtlicher Sicht ohne Weiteres zulässig. In den §§ 30 ff. BauGB sind wiederum Regelungen zu finden, die Maßnahmen, welche dem aktiven Bestandsschutz unterfallen, zulassen.⁷⁸ Zusammengefasst sind dies für den Außenbereich die Zulassungserleichterungen nach § 35 Abs. 4 BauGB, für den Innenbereich die Abweichungsmöglichkeit des § 34 Abs. 3 a BauGB⁷⁹. Für den Planbereich findet sich in den §§ 30 bis 33 BauGB keine vergleichbare Regelung. Es ist daher Aufgabe der planenden Gemeinde, durch eine eigene Abwägungsentscheidung Rechtsnormen zu erlassen, aus denen ein aktiver einfachgesetzlicher Bestandsschutz abgeleitet werden kann,⁸⁰ denn die verbindliche Bauleitplanung ist zugleich Inhalts- und Schrankenbestimmung im Sinne von Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG.⁸¹ Bundesgesetzlich normiert ist in § 1 Abs. 6 Nr. 4 BauGB der Belang der Erhaltung, Erneuerung, Fortentwicklung, Anpassung und des Umbaus vorhandener Ortsteile, der Fälle des aktiven Bestandsschutzes miteinschließt. Gem. § 1 Abs. 7 BauGB ist sowohl dieser Belang als auch der Schutz des Eigentums (und damit verbundener Erweiterungsinteressen) in die Abwägung einzustellen.⁸² Definitiven Vorrang vor anderen Belangen genießt der Bestandsschutz nicht,⁸³ das Privateigentum ist aber ein besonders wichtiger Belang⁸⁴ und kann daher nur aus gewichtigen Gründen eingeschränkt werden.⁸⁵ Mit § 1 Abs. 10 BauNVO wird schließlich auch für den Planbereich eine Norm des aktiven Bestandsschutzes vorgehalten.⁸⁶

b) Wiederaufleben des aktiven Bestandsschutzes aus Art. 14 Abs. 1 GG?

Mit dem Wegfall des § 34 Abs. 3 BauGB a. F. (1987)⁸⁷ durch das Bau- und Raumordnungsgesetz 1998 (BauROG)⁸⁸ erhielten die Befürworter eines verfassungsunmittelbaren Bestandsschutzes wieder Aufwind.⁸⁹ Ein Wiederaufleben von Bestandsschutzansprüchen aus Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG für den Anwendungsbereich des § 34 Abs. 3 BauGB a. F. (1987) konnte jedoch aus der Gesetzesänderung nicht gefolgert werden, da zum einen der Gesetzgeber in „voller Kenntnis“ der Rechtsprechung des BVerwG

67 *Sieckmann*, NVwZ 1997, 853 ff.; *ders.*, in: Friauf/Höfling, Berliner Kommentar zum GG, Stand: Dezember 2009, Art. 14 Rn. 63.

68 *Sieckmann*, NVwZ 1997, 853 [854].

69 *Sieckmann*, NVwZ 1997, 853, [855 f.].

70 *Sieckmann*, NVwZ 1997, 853 [856].

71 Vgl. *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1994, S. 71 ff.

72 *Götze* (Fn. 3), S. 43.

73 *Götze* (Fn. 3), S. 43.

74 *Mampel*, NJW 1999, 975 [976], dort in Fn. 18; *Brenndörfer* (Fn. 28), S. 55.

75 *Sieckmann*, in: Friauf/Höfling, Berliner Kommentar zum GG, Stand: Dezember 2009, Art. 14 Rn. 63.

76 So aber *Sieckmann*, NVwZ 1997, 853 [855], dort in Fn. 50.

77 *Boecker*, BauR 1998, 441 [444]; *Erdemir*, JA 1999, 458 [460]; *Gohrke/Brehsan*, NVwZ 1999, 932 [937]; *Dreier*, Die Verwaltung 36 (2003), 105 [126]; *Aichele/Herr*, NVwZ 2003, 415 [420]; *Wehr*, Die Verwaltung 38 (2005), 65 [78]; *Oldiges* in: Steiner (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 8. Aufl., S. 482; *Decker* in: Simon/Busse, BayBO, Stand: Februar 2007, Art. 82 Rn. 129; *ders./Konrad* (Fn. 10), S. 12; *Brenndörfer* (Fn. 28), S. 59.

78 Vgl. *Brenndörfer* (Fn. 28), S. 282.

79 Nicht aber § 34 Abs. 1 BauGB; vgl. *Brenndörfer* (Fn. 28), S. 300.

80 *Brenndörfer* (Fn. 28), S. 199.

81 BVerwGE 47, 144 [157]; E 61, 295 [301 ff.]; E 112, 41 [42]; *Sarnighausen*, DÖV 1993, 758 [759].

82 *Krautzberger*, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 11. Aufl., § 1 Rn. 123.

83 BVerwG, BauR 2001, 358 [361].

84 BVerfG, NVwZ 2003, 727 [728]; BVerwG, NVwZ 1988, 727 [728]; BVerwGE 116, 144 [148]; *Dirnberger*, in: Jäde/Dirnberger/Weiß, BauGB, 6. Aufl., § 1 Rn. 108.

85 BVerwGE 61, 295 [302]; BVerwG, NVwZ 1988, 727 [728]; BVerwGE 94, 100 [106 f.]; E 112, 41 [48 f.].

86 Vgl. *Jäde*, in: *ders./Dirnberger/Weiß*, BauNVO, 6. Aufl., § 1 Rn. 65 ff.

87 Dessen Satz 1 regelte für Ausnahmefälle die Zulässigkeit von Erweiterungen, Änderungen und Erneuerungen, die grundsätzlich unzulässig waren.

88 Vom 18. 8. 1997, BGBl. I, S. 2081.

89 Vgl. *Söfker*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, Stand: März 2007, § 34 Rn. 87 d; ihm zufolge wurde der Rechtsprechung des BVerwG dadurch „der Boden entzogen“.

gehandelt hat⁹⁰ und zum anderen der Wegfall einer einzelnen Regelung – beim Fortbestehen der übrigen Bestandsschutzvorschriften – nicht den Rückgriff auf die Verfassung zur Folge haben kann.⁹¹ Mittlerweile ist diese Rechtsänderung allerdings nicht mehr von Bedeutung, da nach der Einfügung des § 34 Abs. 3 a BauGB durch das Europarechtsanpassungsgesetz Bau 2004 (EAG Bau)⁹² eine neue Regelung des aktiven Bestandsschutzes für den unbeplanten Innenbereich existiert.⁹³ Der Abschied von Bestandsschutzansprüchen aus dem Grundgesetz ist folglich ein endgültiger: Rechtsgrundlage für den aktiven Bestandsschutz ist allein das einfache Gesetzesrecht.

2. Offene Fragen des passiven Bestandsschutzes

Die Auswirkungen des Rechtsprechungswandels auf den passiven Bestandsschutz sind in ihren Einzelheiten bislang ungeklärt.⁹⁴

a) Ausgangslage

Bei einer genehmigten Anlage folgt der passive Bestandsschutz aus der Baugenehmigung; sie genießt formellen Bestandsschutz (s. o.), der durch die Rechtsprechungsänderung nicht berührt wird, da er auf Bestandskraft und Legalitätswirkung der Genehmigung zurückzuführen ist. Feststeht, dass auch der materielle passive Bestandsschutz im Grundsatz einfachgesetzlich geregelt ist. Zwar bezogen sich die maßgeblichen Entscheidungen des BVerwG stets auf Fälle des aktiven Bestandsschutzes, die Bundesrichter stellten aber in der Folge klar, dass die Ausführungen zur Rechtsgrundlage des Bestandsschutzes für die defensive Variante entsprechend gelten.⁹⁵ *Sedes materiae* des passiven Bestandsschutzes sollen die bauordnungsrechtlichen Eingriffsbefugnisse sein, denn sie geben zugleich vor, wann nicht in einen Bestand eingegriffen werden darf.⁹⁶ Vor dem Hintergrund der herkömmlichen Behandlung des materiell-passiven Bestandsschutzes sind dabei mehrere Fallgestaltungen zu unterscheiden. Zunächst fragt sich, ob und unter welchen Voraussetzungen ein genehmigungspflichtiges, aber ungenehmigtes Vorhaben gegenüber einer Abrissverfügung geschützt ist (b – d). Anschließend ist auf die verfahrens- bzw. genehmigungsfreigestellten Vorhaben einzugehen (e), die durch die gesetzgeberischen Deregulierungsmaßnahmen in jüngerer Zeit an Bedeutung gewonnen haben.

b) Bestandsschutz bei aktueller materieller Legalität

Unstreitig ist eine Beseitigungsanordnung dann ausgeschlossen, wenn das ungenehmigte, d. h. formell illegale Vorhaben im Zeitpunkt des behördlichen Einschreitens mit dem materiellen Recht in Einklang steht, also genehmigungsfähig ist. Nach der traditionellen Auffassung, welche die formelle und materielle Illegalität der zu beseitigenden Anlage fordert,⁹⁷ ist schon der Tatbestand einer Beseitigungsverfügung nicht erfüllt, da die Anlage ja materiell legal ist. Folgt man den im Vordringen begriffenen Stimmen in der Literatur, die die Formel von der formellen und materiellen Illegalität ablehnen,⁹⁸ scheidet die Verfügung auf der Ebene der Erforderlichkeit („wenn nicht auf andere Weise“, § 77 Satz 1 ThürBO), denn ein milderes Mittel zur *ultima ratio* des Abbruchs ist die nachträgliche Genehmigungserteilung.

c) Bestandsschutz bei zwischenzeitlicher materieller Legalität?

Von dieser verhältnismäßig klaren Gemengelage unterscheidet sich die Konstellation, welche mit „zwischenzeitlicher materieller Legalität der Anlage“ umschrieben werden kann. Dabei geht es um eine genehmigungspflichtige Anlage, die sowohl materiell als auch formell rechtswidrig errichtet wurde; *vulgo* also um einen „Schwarzbau“. In der Folge änderte sich aber die materielle Rechtslage (z. B. durch Änderung eines Bebauungsplans) zugunsten des Bauherrn; die Anlage wurde dadurch materiell legal. Nach einer erneuten Rechtsänderung diesmal zu Ungunsten des Bauherrn verlangt die Bauaufsichtsbehörde die Beseitigung der nunmehr wieder materiell illegalen Anlage. Es stellt sich die Frage, ob sich der Bauherr aufgrund der vorübergehenden materiellen Legalität auf passiven Bestandsschutz berufen kann.

Nach der ursprünglichen Rechtsprechung des BVerwG zu Zeiten der verfassungsunmittelbaren Bestandsschutzdoktrin genießt eine bauliche

Anlage passiven Bestandsschutz, wenn sie „in irgendeinem – namhaften – Zeitraum dem maßgebenden materiellen Baurecht entsprochen“ hat.⁹⁹ In der obergerichtlichen Rechtsprechung wird dieser Zeitraum auch als „erheblich“¹⁰⁰ oder „nicht (ganz) unerheblich“¹⁰¹ sowie „beachtlich“¹⁰² umschrieben. Angelehnt an die Frist in § 75 Satz 2 VwGO und damit die Bearbeitungsdauer eines Baugesuchs soll er nach überwiegender Auffassung drei Monate umfassen.¹⁰³ Entsprach die Anlage also drei Monate lang dem materiellen Recht und wurde sie durch eine Änderung in der Rechtslage im Anschluss wieder rechtswidrig, so war sie dennoch gegenüber bauordnungsrechtlichen Verfügungen (insbesondere der Beseitigungsanordnung nach § 77 Satz 1 ThürBO) geschützt; jedenfalls nach dem traditionellen Bestandsschutzverständnis. Auch einige Entscheidungen in jüngerer Zeit scheinen diesen materiell-passiven Bestandsschutz zu bestätigen. So merkte das BVerfG in einem *obiter dictum* 2000 an, dass ein durch Art. 14 Abs. 1 GG bewirkter Bestandsschutz nur dann vorliege, „wenn der Bestand zu irgendeinem Zeitpunkt genehmigt worden oder jedenfalls genehmigungsfähig gewesen ist.“¹⁰⁴ Auch in der jüngeren obergerichtlichen Entscheidungspraxis wurde weitgehend an der hergebrachten Überzeugung vom Bestandsschutz bei materieller Legalität über einen namhaften Zeitraum festgehalten.¹⁰⁵ Allein der BayVGh äußerte in einem Urteil von 2006 daran Zweifel. Dort heißt es: „Ob an dieser Auffassung unter Berücksichtigung der neueren Eigentumsdogmatik, der sich auch das Bundesverwaltungsgericht unter Aufgabe seiner früheren Rechtsprechung angeschlossen hat, festzuhalten ist, erscheint fraglich.“¹⁰⁶

In der Tat drängen sich Zweifel an der Fortführung der bisherigen Rechtsprechung auf; zu klären ist insbesondere die Frage, ob bei schlichter Anwendung des einfachen Rechts Bestandsschutz überhaupt in Betracht kommt. Es fragt sich also, ob materielle Legalität über einen namhaften Zeitraum eine Beseitigungsanordnung tatbestandlich ausschließen kann. Folgt man dem Wortlaut der Eingriffsbefugnisse (§ 77 Satz 1 ThürBO, § 80 Abs. 1 Satz 1 MBO), ist der Zeitpunkt der Errichtung bzw. Änderung der Anlage hinsichtlich der Rechtmäßigkeit von Bedeutung, *e contrario* nicht aber ein späterer Zeitpunkt. Im Lichte des einfachen Gesetzesrechts bleibt der „namhafte Zeitraum“ außer Betracht und kann somit auch keinen Bestandsschutz rechtfertigen, vielmehr ist der Tatbestand der Beseitigungsanordnung erfüllt. Die Annahme eines passiven Bestandsschutzes bei vorübergehender materieller Legalität findet also keine gesetzliche Grundlage und ist daher mit dem einfachgesetzlichen Bestandsschutzverständnis nicht vereinbar.¹⁰⁷ Der einfachgesetzliche Bestandsschutz bleibt insoweit hinter dem verfassungsunmittelbaren zurück.¹⁰⁸

⁹⁰ Boecker, BauR 1998, 441 [443].

⁹¹ Gohrke/Brehsan, NVwZ 1999, 932 [936].

⁹² Vom 24. 6. 2004, BGBl. I, S. 1359.

⁹³ Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, Stand: März 2007, § 34 Rn. 87 d; Brenndörfer (Fn. 28), S. 195 f.

⁹⁴ Aichele/Herr, NVwZ 2003, 415.

⁹⁵ BVerwG, NVwZ 2000, 1048 [1050].

⁹⁶ Brenndörfer (Fn. 28), S. 167.

⁹⁷ BVerwGE 5, 351 [353]; OVG NRW, BauR 1991, 448; OVG Saarland, NVwZ 1983, 685; VGH BW, BauR 1991, 449; HessVGh, BauR 1992, 66 [67]; OVG Schl.-H., BauR 1992, 742; NuR 1994, 202; Schoch, JURA 2005, 178 [179] m. w. N.

⁹⁸ Mampel, BauR 1996, 13 [23 ff.]; ders., BauR 2000, 996 [1001 f.]; Aichele/Herr, NVwZ 2003, 415 [420]; Fischer, NVwZ 2004, 1057 [1061 f.]; Manssen, in: Becker/Heckmann/Kempfen/Manssen, Öffentliches Recht in Bayern, 4. Aufl., S. 478 f.

⁹⁹ BVerwG, NJW 1981, 473 m. w. N.

¹⁰⁰ OVG NRW, Beschl. v. 3. 2. 2006 – 7 A 1908/05.

¹⁰¹ OVG Schl.-H., NordÖR 1999, 369 [371].

¹⁰² HessVGh, BauR 1995, 679 [681]; SächsOVG, LKV 2002, 180 [181].

¹⁰³ Gohrke/Brehsan, NVwZ 1999, 932 [934]; Weidemann/Krappel, NVwZ 2009, 1207 [1209]; nach dem NdsOVG, BRS 17 Nr. 150 (1966), kommt es dagegen auf die Dauer nicht an.

¹⁰⁴ BVerfG, NVwZ 2001, 424.

¹⁰⁵ Nachw. in Fn. 97.

¹⁰⁶ BayVGh, Urt. v. 17. 10. 2006 – 1 B 05.1429.

¹⁰⁷ So auch Brohm, Öffentliches Baurecht, 3. Aufl., S. 434; Brenndörfer (Fn. 28), S. 145.

¹⁰⁸ Brohm (Fn. 107), S. 434.

Dieses Ergebnis wird von einigen als unbillig empfunden. Neben der überwiegenden Rechtsprechung befürworten auch manche Stimmen im Schrifttum die Fortführung der bisherigen Grundsätze zur vorübergehenden materiellen Legalität.¹⁰⁹ Bei Lichte besehen wird damit nichts anderes als das Wiederaufleben bzw. das Fortbestehen des verfassungs-unmittelbaren passiven Bestandsschutzes postuliert. Hierfür wird zum einen angeführt, dass durch die Rechtsprechung des BVerwG zum aktiven Bestandsschutz der materiell-passive Bestandsschutz überhaupt nicht berührt sei.¹¹⁰ Andere kritisieren, dass den Eigentümerinteressen durch eine Berücksichtigung des Bestandsschutzes auf der Ebene des behördlichen Ermessens (und nicht des Tatbestands), insbesondere bei Altbauten, die zur Zeit des verfassungsunmittelbaren Bestandsschutzes errichtet wurden, nicht hinreichend Rechnung getragen würde.¹¹¹

Dieser Renaissance des verfassungsunmittelbaren Bestandsschutzes für vorübergehend materiell rechtmäßige Vorhaben kann nicht gefolgt werden. Es spricht nichts dafür, dass das BVerwG bei der Anpassung seiner Rechtsprechung an den modernen Eigentumsbegriff im Jahr 1998 den passiven Bestandsschutz unberührt lassen wollte.¹¹² Vielmehr haben die Grundaussagen des BVerwG allgemeine Gültigkeit.¹¹³ Das Bauordnungsrecht legt als einfaches Recht Inhalt und Schranken des Eigentums fest. *Expressis verbis* ist die Rechtmäßigkeit eines Vorhabens im Zeitpunkt seiner Errichtung oder Änderung entscheidend. Irgendein späterer Zeitpunkt ist nach dem für den Bestandsschutz maßgeblichen einfachen Recht unbeachtlich. Die Anlage wurde außerdem entgegen dem materiellen Recht errichtet, weshalb die Eigentumsausübung die Grenzen der durch ebendiese Normen konkretisierten Eigentumsгарantie überschritten hat. Nimmt man folglich das Eigentumsverständnis des „Naßauskiesungsbeschlusses“ ernst, kann Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG hier in keinem Falle Schutzwirkungen entfalten.¹¹⁴ Die Lehre vom passiven Bestandsschutz bei materieller Rechtmäßigkeit über einen „namhaften“ Zeitraum ist daher aufzugeben.¹¹⁵ Auch die Kompetenzerwägungen, die das BVerwG anstellte,¹¹⁶ spielen hier eine Rolle. Gewährt man wie die überwiegende Rechtsprechung und Teile der Literatur dem Bauherren (ausnahmsweise) unmittelbar aus Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG passiven Bestandsschutz, kommt man unweigerlich in Konflikt mit der Ausgestaltungs-kompetenz des Gesetzgebers,¹¹⁷ der sich gerade für diese (und keine andere) gesetzliche Regelung entschieden hat. Der Gesetzgeber hatte im Übrigen auch angesichts der zahlreichen Bauordnungs-novellen der vergangenen Jahre Gelegenheit, einen weitergehenden Bestandsschutz zu kodifizieren. Dass er dies unterließ, spricht dafür, dass der einfachgesetzliche Bestandsschutz hinter dem verfassungsunmittelbaren zurückbleiben soll. Der Gesetzgeber strebt also gerade keinen inhaltlichen Gleichlauf von früherer Bestandsschutzdogmatik und einfachgesetzlicher Rechtsgrundlage an. Sollten die Fachgerichte die bauordnungsrechtlichen Eingriffsbefugnisse für unvereinbar mit dem von Art. 14 GG geforderten Ausgleich von Privateigentum und Gemeinwohlinteressen halten, d. h. nachgerade eine Vernachlässigung der Privatnützigkeitsinteressen seitens des Gesetzgebers annehmen, verbleibt ihnen die Möglichkeit der Richtervorlage zum BVerfG gem. Art. 100 Abs. 1 GG.¹¹⁸ Auch eine Lücke in der Gesetzgebung beseitigt die Gesetzesbindung der Gerichte nicht. Eine „Notkompetenz“¹¹⁹ der Fachgerichte zur „Vermeidung eines verfassungsrechtlichen Untermaßes“¹²⁰ muss angesichts der fehlenden demokratischen Legitimation der Judikative außer Betracht bleiben.¹²¹ Aus demselben Grund scheidet auch ein faktischer Übergang der Gesetzgebungskompetenz auf die Rechtsprechung aus, wenn der Gesetzgeber selbst untätig ist;¹²² mit Blick auf den Gewaltenteilungsgrundsatz und den grundgesetzlichen Rechtssetzungsauftrag laufen dahingehende Bestrebungen *contra constitutionem*. Es erscheint aber darüber hinaus schon zweifelhaft, ob überhaupt solche verfassungswidrigen Schutzlücken bestehen. Die Eigentümerinteressen können nämlich in der behördlichen Ermessensentscheidung Berücksichtigung finden.¹²³ Dass die Anlage über einen gewissen Zeitraum genehmigungsfähig war, ist von der Behörde in die Ermessensentscheidung einzustellen. Überbewertet sollte dieser Gesichtspunkt allerdings nicht werden, denn die Anlage wurde durch eine Eigentumsausübung über die Grenzen des Art. 14 Abs. 1 GG geschaffen und genießt somit Grundrechtsschutz nur aus der Allgemeinen Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG. Darüber hinaus

kann aber die Duldung über einen längeren Zeitraum sowie das Vertrauen des Eigentümers eine Rolle spielen. Ob diese Erwägungen das öffentliche Interesse an der Wiederherstellung rechtmäßiger Zustände überwiegen, ist letztlich einzelfallbezogen zu entscheiden. Aufgrund der fehlenden Schutzwürdigkeit und des fehlenden Grundrechtsschutzes dürfte ein Übergewicht der Eigentümerinteressen aber der Ausnahmefall sein. Zu denken ist insbesondere an Anlagen, die unter dem Regime des verfassungsunmittelbaren Bestandsschutzverständnisses errichtet wurden. Schließlich können die Ausnahme- und Befreiungsmöglichkeiten des § 31 BauGB bestandsschützend wirken. Auch hier sind entsprechende Überlegungen anzustellen und die Interessen gegeneinander abzuwägen. Es ist demnach festzuhalten, dass bei einem mit verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung konformen Eigentumsverständnis passiver Bestandsschutz nur noch aus dem einfachen Recht folgen kann. Zum Tragen kommen die Interessen des Bauherrn bei vorübergehender materieller Legalität der Anlage nur im Rahmen des behördlichen Ermessens. Ein Rückgriff auf Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG ist unter jedem Gesichtspunkt ausgeschlossen, da zum einen kein von Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG geschützter Bestand vorliegt und zum anderen der Rückgriff auf die Grundrechtsnorm im Widerspruch zur Kompetenzverteilung des Grundgesetzes steht.

d) Bestandsschutz bei formeller Illegalität und materiell rechtmäßiger Errichtung?

Weitergehend als die Frage nach Bestandsschutz bei zwischenzeitlicher materieller Legalität ist die Frage, ob für eine ungenehmigte, materiell aber legal errichtete Anlage Bestandsschutz in Betracht kommt, wenn sie im Zeitpunkt der Behördenentscheidung dem materiellen Recht widerspricht. Der Bauherr errichtet also in diesem Fall eine Anlage, ohne eine erforderliche Genehmigung einzuholen, mithin einen sogenannten „Schwarzbau“. Im Zeitpunkt ihrer Errichtung entspricht die Anlage dem materiellen Recht; durch eine einmalige spätere Rechtsänderung zuungunsten des Bauherrn wird sie jedoch materiell illegal. Die Bauaufsichtsbehörde verlangt nun die Beseitigung der formell wie materiell rechts-widrigen Anlage. Anknüpfungspunkt für einen eventuellen Bestandsschutz könnte hier die materielle Legalität bei Errichtung sein.

Nach dem überkommenen Bestandsschutzverständnis war auch eine solche Anlage vor Eingriffen geschützt. Aus dem durch Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG gewährten Bestandsschutz wurde gefolgert, dass die Beseitigungsanordnung formelle und materielle Illegalität voraussetzt.¹²⁴ Diese Faustformel wurde durch den VGH BW insofern konkretisiert, als eine Beseitigungsverfügung nur dann ergehen könne, wenn das Vorhaben nicht von einer Baugenehmigung gedeckt werde und seit seiner Fertigstellung fortdauernd gegen das materielle Recht verstoße.¹²⁵ Da in der

109 Gohrke/Brehsan, NVwZ 1999, 932 [936]; Papier, in: Maunz/Dürig, GG, Stand: 2009, Art. 14 Rn. 86; Kasten, in: Hoppenberg/de Witt (Hrsg.), Handbuch des öffentlichen Baurechts, Stand: Oktober 2009, A 1 Rn. 172, 174 f.; Just, in: Hoppe/Bönker/Grotefels (Hrsg.), Öffentliches Baurecht, 3. Aufl., S. 31 f.; Stier, Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, 4. Aufl., Rn. 1866; Krebs, in: Schmidt-Aßmann/Schoch (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 14. Aufl., S. 576; Weidemann/Krappel, NVwZ 2009, 1207 [1209].

110 Gohrke/Brehsan, NVwZ 1999, 932 [936].

111 Weidemann/Krappel, NVwZ 2009, 1207 [1209 f.].

112 Im Ergebnis ebenso Aichele/Herr, NVwZ 2003 415 [420].

113 BVerwG, NVwZ 2000, 1048 [1050].

114 Vgl. Lieder, ThürVBl. 2004, 81 [84].

115 So auch Brohm (Fn. 107), S. 434; Brenner (Fn. 41), Rn. 660.

116 BVerwGE 106, 228 [235].

117 Vgl. Wahl (Fn. 2), S. 246 ff.; Wickel, BauR 1994, 557 [558].

118 Vgl. auch Oldiges (Fn. 77), S. 482.

119 So bezeichnet von Sendler, NVwZ 1990, 231 [235]; für diese allgemein Wahl, DVBl. 1996, 641 [648 f.]; zum Bestandsschutz Mampel, NJW 1999, 975 [977].

120 Mampel, NJW 1999, 975 [977].

121 Vgl. bezogen auf Zivilgerichte Röthel, JuS 2001, 424 [426].

122 Dafür aber Wahl, DVBl. 1996, 641 [648 f.].

123 Brohm (Fn. 107), S. 434; Aichele/Herr, NVwZ 2003, 415 [418]; Lieder, ThürVBl. 2004, 53 [57]; Brenner, (Fn. 41), Rn. 660 a. E.

124 Nachw. in Fn. 97.

125 VGH BW, NJW 1984, 319.

hier gegenständlichen Konstellation die Anlage bei ihrer Errichtung materiell rechtmäßig war, ist ein fortdauernder Verstoß zu verneinen; folglich scheidet eine Beseitigungsanordnung aus. Zweifel an dieser Rechtsprechung kamen auf, als das BVerfG im Jahre 1995 ausführte, dass der Bestandsschutz baulicher Anlagen aus der verfassungsrechtlichen Sicht des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG sich „nur auf ihren genehmigten Bestand und ihre genehmigte Funktion“ erstrecke.¹²⁶ In seinem Beschluss vom 18.7.1997 folgte das BVerfG dieser Ansicht und stellte fest, dass Eigentumsschutz aus Art. 14 Abs. 1 GG nur dann in Betracht komme, wenn das Bauvorhaben „formell und materiell“ rechtmäßig sei.¹²⁷ Vor dem Hintergrund der bundesrichterlichen Rechtsprechung äußerte auch das OVG Saarland Zweifel an der bisherigen Auffassung: „Dass die betreffende Nutzung – sofern man das mit Blick auf die neuere Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (vgl. zum Beispiel Beschluss vom 18.7.1997 [...]) noch als ausreichend ansieht – einmal materiell legal gewesen war, muss [...] zumindest bezweifelt werden.“¹²⁸ Für Verwirrung sorgte zuvor das BVerfG, das im oben zitierten *obiter dictum*¹²⁹ davon ausging, dass schon bei bloßer Genehmigungsfähigkeit zu irgendeinem Zeitpunkt Bestandsschutz gegeben sei. Dieser Ausspruch blieb ohne jede inhaltliche Begründung. Er steht in „diametralem Widerspruch“¹³⁰ zur fünf Jahre zuvor geäußerten Auffassung; auch eine Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung des BVerfG erfolgte nicht. Davon unbeeindruckt schloss sich der BayVGH in zwei jüngeren Entscheidungen der Auffassung des BVerfG an. Inhalt und Schranken des Grundeigentums würden nach der modernen Eigentumsdogmatik auch durch gesetzlich geregelte Genehmigungspflichten bestimmt, sodass nur eine genehmigte Anlage und eine genehmigte Nutzung gegenüber einer Änderung der Rechtslage in ihrem Bestand geschützt sein könnten.¹³¹ Dass die Genehmigungspflicht Inhalt und Schranken des Eigentums mitbestimme und eine Beseitigungsanordnung daher bei fehlender Baugenehmigung zulässig ist, bestätigte er mit Beschluss vom 28. 3. 2007.¹³²

Die Meinungen in der Literatur zur Versagung des Bestandsschutzes bei formeller Illegalität gehen auseinander. Die (wohl) herrschende Meinung befürwortet einen Rückgriff auf Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG.¹³³ Wie beim verfassungsunmittelbaren Bestandsschutz bei zeitweiliger materieller Legalität wird hier argumentiert, dass es im Hinblick auf den Eigentumsschutz keinen Unterschied darstellen könne, ob ein Vorhaben genehmigt wurde oder genehmigungsfähig war.¹³⁴ Außerdem sei die Eingriffsqualität höher als bei der Ablehnung von Erweiterungsinteressen im Rahmen der vom BVerfG beurteilten Fälle des aktiven Bestandsschutzes. Der passive Bestandsschutz sei „viel stärker grundrechtlich abgesichert“ als der aktive. Im Übrigen hebe die Baugenehmigung lediglich ein präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt auf, daher rechtfertige ihr Fehlen nicht die Negierung des grundrechtlichen Bestandsschutzes.¹³⁵ Dadurch wird zwangsläufig auch die Faustformel von der formellen und materiellen Illegalität bestärkt. Den einfachgesetzlichen Bestandsschutz im Grundsatz anerkennend, wird eine Beseitigungsanordnung bei materiell rechtmäßiger Errichtung von manchen für unverhältnismäßig gehalten. Die gesetzliche Befugnisnorm solle verfassungskonform ausgelegt werden, sodass die materielle Rechtmäßigkeit im Zeitpunkt der Errichtung zum ungeschriebenen Tatbestandsmerkmal werden.¹³⁶ Sie kommen damit zum nämlichen Ergebnis, der formellen und materiellen Illegalität als Tatbestandsvoraussetzung des Eingriffs. Die minderheitlich vertretene Gegenauffassung lehnt einen passiven Bestandsschutz auf Tatbestandsebene ab. Nur genehmigte Anlagen seien bestandsgeschützt.¹³⁷ Dies wird damit begründet, dass die Faustformel mit der Aufgabe des verfassungsunmittelbaren Bestandsschutzes hinfällig geworden sei.¹³⁸ Die Umgehung des Baugenehmigungsverfahrens dürfe nicht mit den „Wohlthaten eines Bestandsschutzes“ belohnt werden.¹³⁹ Der Wortlaut der Eingriffsbefugnisse rechtfertige keinen Bestandsschutz, denn entgegen öffentlich-rechtlichen Vorschriften handele nicht nur, wer gegen materielle Gebote verstößt, sondern auch, wer eine erforderliche Genehmigung nicht einholt.¹⁴⁰

Was den Rückgriff auf Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG anbelangt, stößt er auf dieselben Bedenken, wie sie beim Bestandsschutz bei zeitweiliger materieller Legalität aufkommen: Die Gerichte sind nicht befugt, am Gesetzgeber vorbei auf die Verfassung zu rekurrieren. Ihnen verbleibt allein die Möglichkeit der Richtervorlage nach Art. 100 Abs. 1 GG (s. o.). Ein

Wiederaufleben des verfassungsunmittelbaren Bestandsschutzes ist also auch in der Konstellation der formellen Illegalität bei materiell rechtmäßiger Errichtung zu verneinen. Gegen die Ansicht, die die Faustformel von der formellen und materiellen Legalität zu retten versucht, indem sie die Eingriffsbefugnis einer „verfassungskonformen Auslegung“ unterzieht und dabei das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal der materiellen Illegalität konstruiert, sprechen mehrere gewichtige Gründe. Zum einen ist fraglich, ob der Wortlaut so weit ausgelegt werden kann, zumal der Gesetzgeber sich bewusst für die Formulierung „öffentlich-rechtliche Vorschriften“ entschieden hat. Insoweit hat er von seiner Bestimmungskompetenz aus Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG Gebrauch gemacht und eine Vorschrift geschaffen, die *expressis verbis* sämtliche öffentlich-rechtlichen Vorschriften, also insbesondere auch die Genehmigungspflicht meint. Der Wortlaut darf nicht derart überspannt werden, dass die überkommene Lösung im „Deckmantel“ des einfachgesetzlichen Bestandsschutzes fortgeführt werden kann. Qualitativ steht dieses Vorgehen dem am einfachen Recht vorbei konstruierten Rückgriff auf Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG gleich; es greifen dieselben Kompetenzbedenken.¹⁴¹ Außerdem ist unklar, ob überhaupt ein im Sinne von Art. 14 Abs. 1 GG schützenswerter Bestand vorliegt. Die jüngst durch den BayVGH im Anschluss an die „Nassauskiesungs“-Dogmatik betonte Qualifizierung der gesetzlichen Genehmigungspflichten als Inhalts- und Schrankenbestimmungen des Eigentums lässt daran zweifeln. Gegen diese Einordnung wurden bislang keine stichhaltigen Argumente vorgebracht. Die Behauptung, das BVerfG habe seine jahrzehntelange Rechtsprechung durch den Beschluss vom 15.12.1995 nicht aufgeben wollen¹⁴², steht auf tönernen Füßen, zumal dies mit dem *obiter dictum* aus 2000 begründet wird. Vielmehr scheint die letztgenannte Ausführung der Verfassungsrichter eine ungewollte zu sein. Dafür spricht, dass weder eine Auseinandersetzung mit der gegenläufigen Rechtsprechung des BVerfG zum Bestandsschutz und den divergierenden Positionen im Schrifttum erfolgte noch eine sachliche Begründung über einen bloßen Kommentierungsverweis hinaus ersichtlich ist.¹⁴³ Soweit angeführt wird, dass der bloß formale Mangel der fehlenden Baugenehmigung Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG nicht „aushebeln“¹⁴⁴ könne,¹⁴⁵ wird die Bedeutung der Baugenehmigung bzw. des Baugenehmigungsverfahrens unterschätzt. Zwar bringt *Brohm* in *prima facie* überzeugender Weise die Ahndung eines Genehmigungspflichtverstoßes als Ordnungswidrigkeit (§ 81 Abs. 1 Nr. 3 ThürBO) ins Spiel,¹⁴⁶

126 BVerfG, NVwZ-RR 1996, 483.

127 BVerfG, NVwZ-RR 1998, 357 [358].

128 OVG Saarland, Beschl. v. 18. 2. 2002 – 2 V 1/02.

129 In Fn. 104.

130 *Aichele/Herr*, NVwZ 2003, 425 [421].

131 BayVGH, Urt. v. 17. 10. 2006 – 1 B 05.1429.

132 BayVGH, BauR 2007, 1867 [1869].

133 *Gohrke/Brehsan*, NVwZ 1999, 932 [936]; *Papier*, in: Maunz/Dürig, GG, Stand: 2009, Art. 14 Rn. 86; *Kasten* (Fn. 109), A I Rn. 172, 174 f.; *Just* (Fn. 109), S. 31 f.; *Stüer*, (Fn. 109), Rn. 1866; *Weidemann/Krappel*, NVwZ 2009, 1207 [1210].

134 *Gohrke/Brehsan*, NVwZ 1999, 932 [936].

135 *Weidemann/Krappel*, NVwZ 2009, 1207 [1210].

136 *Brohm* (Fn. 107), S. 433; *Lieder*, ThürVBl. 2004, 81 [83]; *Brenndörfer* (Fn. 28), S. 142 f.; *Brenner*, (Fn. 41), Rn. 659.

137 *Götze* (Fn. 3), S. 55; *ders.*, SächsVBl. 2001, 257 [263]; *Aichele/Herr*, NVwZ 2003, 415 [417 f.]; *Schmaltz*, in: Große-Suchsdorf u. a., NBauO, 8. Aufl., § 89 Rn. 18; *Decker*, in: Simon/Busse, BayBO, Stand: Februar 2007 Art. 82 Rn. 120; *Molodovsky*, in: Koch/Molodovsky/Famers, BayBO, Stand: Oktober 2009, Art. 76 Rn. 54; *Wolf*, BayBO, 3. Aufl., Art. 76 Rn. 23 f.; *Decker/Konrad* (Fn. 10), S. 10; zurückhaltend noch *Konrad*, JA 1998, 691 [692].

138 *Aichele/Herr*, NVwZ 2003, 415 [418].

139 *Decker/Konrad* (Fn. 10), S. 11.

140 Vgl. *Aichele/Herr*, NVwZ 2003, 415 [417].

141 Kritisch auch *Götze* (Fn. 3), S. 49; *ders.* SächsVBl. 2001, 257 [261].

142 *Weidemann/Krappel*, NVwZ 2009, 1207 [1210].

143 *Aichele/Herr*, NVwZ 2003, 415 [421] halten ein Versehen ebenso für möglich wie ein Überdenken der bisherigen Eigentumsrechtsprechung. *Ex post* aber ist festzustellen, dass an der Eigentumsdogmatik seitens des BVerfG in den vergangenen Jahren nicht gezweifelt wurde.

144 *Weidemann/Krappel*, NVwZ 2009, 1207 [1210].

145 *Gohrke/Brehsan*, NVwZ 1999, 932 [936].

146 *Brohm* (Fn. 107), S. 433.

doch bezweckt die ordnungsgemäße Durchführung des Genehmigungsverfahrens mehr als nur die formale Erfüllung einer bußgeldbewehrten Pflicht, deren Verletzung mit der Zahlung der Buße abgegolten wäre. Zum einen ist das Genehmigungsverfahren keine „lästige oder überflüssige Formalie“, es dient vielmehr der Überprüfung des mit dem Bauen verbundenen Gefahrenpotentials im Einzelfall.¹⁴⁷ Zum anderen soll es sowohl die Gemeinde, als auch die Bauaufsichtsbehörde über die Durchführung eines Vorhabens in Kenntnis setzen. Aus diesem Grunde regelt § 67 Abs. 1 Satz 1 ThürBO, dass die Bauaufsichtsbehörde nach Einreichung des Bauantrags die Gemeinde zu hören hat.¹⁴⁸ Auch § 36 BauGB dient diesem Zweck. Der Gemeinde soll dadurch ermöglicht werden, durch Erlass einer Veränderungssperre gem. § 14 BauGB oder Einreichung eines Zurückstellungsantrags gem. § 15 BauGB ein Vorhaben zu verhindern, dass ihren planerischen Vorstellungen nicht entspricht.¹⁴⁹ Letztlich wird durch die Genehmigungspflicht also dem Gemeinwohlinteresse, nämlich an einer Gefahrenminimierung und an der effektiven Verwirklichung der gemeindlichen Planungshoheit, die in Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG verankert ist, Rechnung getragen. Die Bedeutung der Genehmigungspflicht ist somit viel größer, als jene, die das Genehmigungsverfahren als bloße „Förmel“ begreifen, zugeben wollen. Durch sie hat der Gesetzgeber, wie der BayVGH folglich zutreffend annimmt, den Eigentumsbegriff dergestalt konkretisiert, dass seine Abwägung dem Gemeinwohlinteresse im Sinne des Art. 14 Abs. 2 GG den Vorzug gibt. Diese Entscheidung vernachlässigt angesichts der geringen Mühe, mit der der Bauherr die Pflicht erfüllen kann, auch nicht die grundsätzliche Gewährleistung des Privateigentums, also die zweite Direktive des Art. 14 GG. Ein „Schwarzbauer“ jedoch, der der Genehmigungspflicht zuwider handelt und damit der Gemeinde die Möglichkeit nimmt, planerisch zu reagieren, übertritt dabei die Grenzen der zulässigen Eigentumsausübung, die von der gesetzlichen Genehmigungspflicht mitbestimmt sind. Die Anlage ist demnach kein im Sinne von Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG zu schützender Bestand. Auch eine verfassungskonforme Auslegung der Eingriffsbefugnisse ist dementsprechend bei konsequenter Anwendung der „Naßauskiesungs“-Dogmatik ausgeschlossen, da schlechterdings nichts Schützenswertes vorhanden ist, auf das sie sich aus grundrechtlicher Sicht beziehen könnte. Dies übersehen die Befürworter der „Auslegungslösung“. Im Lichte des einfachgesetzlichen Bestandsschutzverständnisses ist eine Beseitigungsanordnung gegen ein formell illegales, aber materiell rechtmäßig errichtetes Vorhaben folglich tatbestandlich zulässig.¹⁵⁰ Eine andere Frage ist, wie sich die ursprüngliche Genehmigungsfähigkeit auf die Ermessensentscheidung der Behörde auswirkt. Dabei ist zu beachten, dass der Bauherr im Regelfall nicht in schutzwürdiger Weise auf die Rechtmäßigkeit vertraute, da er die Genehmigungspflicht bewusst ignorierte. Ausnahmsweise kann allerdings der Vertrauensschutz eine Rolle spielen, wenn der Bauherr, ohne es vertreten zu müssen, von einer Verfahrensfreiheit des Vorhabens ausging¹⁵¹ oder aber die Anlage noch zu Zeiten der verfassungsunmittelbaren Bestandsschutzdoktrin errichtet wurde. Unzulässig wären behördliche Erwägungen, die auf eine „Bestrafung“ des „Schwarzbauers“ abzielen, denn die *ratio* der Beseitigungsanordnung ist allein, die „Integrität der Rechtsordnung“¹⁵² wiederherzustellen. Außerdem ist an eine Beschränkung des Ermessens der Behörde aufgrund Duldung bzw. Verwirkung zu denken. Zwar ist diese Möglichkeit der Ermessensbegrenzung nicht generell akzeptiert,¹⁵³ in den Fällen einer früheren Genehmigungsfähigkeit können sie aber (ausnahmsweise) eine Rolle spielen, um vertretbare Einzelfallentscheidungen zu ermöglichen. Auch kann die bewusste Duldung über längere Zeit eine Art Vertrauensstatbestand darstellen, der ein schutzwürdiges Vertrauen des Bauherrn rechtfertigen kann. Hinzu treten im Rahmen des Ermessens auch die allgemeinen Verfassungsgrundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Gleichbehandlung (Art. 3 Abs. 1 GG), die *in concreto* zu einer Ermessensbindung der Behörde führen können. Außer Acht bleiben muss aber entgegen anders lautender Stimmen¹⁵⁴ im Rahmen des Ermessens Art. 14 Abs. 1 GG. Dies ist nur konsequent, da hier ja gerade keine von Art. 14 Abs. 1 GG erfasste Rechtsposition zu schützen,¹⁵⁵ mithin der Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG nicht eröffnet ist. Darüber hinaus ist von der Behörde auch immer noch die Möglichkeit des „Hineinwachsens in rechtmäßige Zustände“ durch einen

Dispens (§ 31 Abs. 2 BauGB) in Betracht zu ziehen,¹⁵⁶ der ein milderer Mittel gegenüber einer Beseitigungsanordnung darstellt, aber aufgrund der strengen Anforderungen (insbesondere an die städtebauliche Vertretbarkeit bzw. die nicht beabsichtigte Härte)¹⁵⁷ selten Anwendung finden dürfte. Bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen können auch nachträgliche Anforderungen an eine Anlage gestellt werden, die dem Abbruch vorzuziehen sind.¹⁵⁸

Es ist abschließend festzuhalten, dass die einzelnen ermessensbeschränkenden Faktoren in Fällen der materiell rechtmäßigen Errichtung bei formeller und aktuell materieller Illegalität Berücksichtigung finden können, wobei gegebenenfalls andere Maßstäbe als in anderen Fällen angelegt werden müssen, um interessengerechte Ergebnisse zu erzielen.

e) Verfahrensfreiheit und Genehmigungsfreistellung

Bisher wurden genehmigungspflichtige Vorhaben betrachtet, wie aber sind verfahrensfreie Vorhaben (§ 63 ThürBO) und Vorhaben, die von der Genehmigung freigestellt werden können (§ 63 a ThürBO), im Lichte des einfachgesetzlichen Bestandsschutzverständnisses zu beurteilen? Bei verfahrensfreien Vorhaben kann gebaut werden, ohne Gemeinde oder Bauaufsichtsbehörde davon in Kenntnis setzen zu müssen. Für ein Einschreiten gegen solche Vorhaben ist dementsprechend unstreitig nur die materielle Rechtmäßigkeit von Interesse.¹⁵⁹ Eine Beseitigungsanordnung ist dann ausgeschlossen, wenn das Vorhaben materiell legal errichtet wurde, nicht aber bei vorübergehender Legalität, denn diese ist vom Wortlaut der Eingriffsbefugnis nicht umfasst (s. o.).¹⁶⁰ Im Genehmigungsfreistellungsverfahren kommen zwei Arten von Rechtsverstößen in Betracht. Zum einen kann der Bauherr, obgleich er den Verfahrensvorschriften des § 63 a Abs. 3 ThürBO Rechnung getragen hat, materiell rechtswidrig bauen. In diesem Fall kommt es nur auf die materielle Rechtswidrigkeit an, denn die Genehmigungsfreistellung vermittelt mangels Verwaltungsaktscharakters und damit mangels Bestandskraft bzw. Legalisierungswirkung keinen formellen Bestandsschutz. Verstößt er jedoch gegen die formellen Anforderungen, also die Pflicht zur Einreichung der erforderlichen Unterlagen bei der Gemeinde (§ 63 a Abs. 3 Satz 1 Halbsatz 1 ThürBO) kann nichts anderes gelten als für einen Genehmigungspflichtverstoß. Wie die Genehmigungspflicht, bestimmt auch diese Verpflichtung des Bauherrn Inhalt und Schranken des Eigentums. Ein Verstoß hat also auch zur Folge, dass keine von Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG zu schützende Rechtsposition gegeben ist. Eine teleologische Reduktion der Eingriffsbefugnis auf die materielle Rechtmäßigkeit, wie sie *Aichele/Herr*¹⁶¹ vorschlagen, lässt sich mit der bloßen Gesetzeshistorie nicht begründen;¹⁶² vielmehr kann es keine Rolle spielen, ob der Bauherr gegen seine Pflicht aus § 63 a Abs. 3 Satz 1 Halbsatz 1 ThürBO oder die Genehmigungspflicht verstößt. Beide verfolgen primär ein Ziel: die

147 *Schmaltz*, in: Große-Suchschorf u. a., NBauO, 8. Aufl., § 89 Rn. 18.

148 Art. 64 Abs. 1 BayBO sieht zur besseren Einbindung der Gemeinden sogar die Einreichung bei der Gemeinde selbst vor, die den Antrag an die Bauaufsichtsbehörde weiterleitet.

149 So auch *Aichele/Herr*, NVwZ 2003, 415 [419].

150 Im Ergebnis ebenso *Götze* (Fn. 3), S. 53; *ders.*, SächsVBl. 2001, 257 [263] zur SächsBO; *Aichele/Herr*, NVwZ 2003, 415 [418].

151 *Aichele/Herr*, NVwZ 2003, 415 [419].

152 *Mampel*, BauR 1996, 13 [14].

153 Vgl. *Jäde*, in: *ders./Dirnberger/Bauer/Weiß*, BayBO, Stand: Juli 2008, Art. 76 Rn. 142 ff.

154 *Götze*, SächsVBl. 2001, 257 [263]; *Aichele/Herr*, NVwZ 2003, 415 [419].

155 *Brenndörfer* (Fn. 28.), S. 140, der aber der hier vertretenen Auffassung vorhält, sie würde die Bedeutung der Eigentumsgarantie gänzlich verkennen.

156 So auch *Götze* (Fn. 3), S. 52; *ders.*, SächsVBl. 2001, 257 [263].

157 Vgl. *Löhr*, in: *Battis/Krautzberger/Löhr*, BauGB, 11. Aufl., § 31 Rn. 33 ff.

158 *Götze* (Fn. 3), S. 52; *ders.*, SächsVBl. 2001, 257 [262 f.] zu § 84 SächsBO a. F.

159 BayVG, BayVBl. 1976, 437; *Wolf*, BayBO, 3. Aufl., Art. 76 Rn. 6; *Molodovsky*, in: *Koch/Molodovsky/Famers*, BayBO, Stand: Oktober 2009, Art. 76 Rn. 39.

160 So im Ergebnis auch *Götze* (Fn. 3), S. 52; *ders.*, SächsVBl. 2001, 257 [262]; *Aichele/Herr*, NVwZ 2003, 415 [419].

161 *Aichele/Herr*, NVwZ 2003, 415 [420].

162 Vgl. auch *Brenndörfer* (Fn. 28), S. 141.

betroffenen Träger öffentlicher Belange über das Vorhaben zu informieren und ihnen damit eine Reaktion¹⁶³ zu ermöglichen. Dieses Ergebnis entspricht auch dem gesetzgeberischen Ziel, durch Deregulierung die Eigenverantwortlichkeit des Bauherrn zu stärken, von dem ohne Weiteres verlangt werden kann, die Unterlagen einzureichen. Aufgrund dieses Gleichlaufs von Genehmigungs- und „Einreichungspflicht“ – beide sind formelle Rechtmäßigkeitsanforderungen – greifen hier dieselben Ermessensbeschränkungen wie bei den oben skizzierten Fällen; dadurch können im Einzelfall gerechte Ergebnisse erzielt werden.

3. Schlussfolgerungen

Bei einer konsequenten Anwendung der Grundsätze der modernen Eigentumsdogmatik beschränkt sich der passive baurechtliche Bestandsschutz im Ergebnis auf seine formelle Variante, also den Bestandsschutz aus einer Baugenehmigung. Alle anderen Auffassungen verletzen notwendig die vom Grundgesetz in Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG vorgesehene alleinige Bestimmungskompetenz des Gesetzgebers. Es ist folglich weder ein unmittelbarer Rückgriff auf Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG zulässig, noch können die Tatbestände der Eingriffsbefugnisse so weit ausgelegt werden, dass sie der traditionellen Lösung faktisch entsprechen. Vielmehr werden Inhalt und Schranken des Eigentums auch durch baurechtliche Genehmigungs- und Einreichungspflichten bestimmt, sodass ein „Schwarzbau“ niemals Bezugspunkt eines von Art. 14 Abs. 1 GG herrührenden Grundrechtsschutzes sein kann. Dieses Ergebnis steht im Einklang mit der maßgeblichen Rechtsprechung des BVerfG, des BVerwG und des BayVGh aus jüngerer Zeit. Damit wird auch die herkömmliche Faustformel von der formellen und materiellen Illegalität als Tatbestandsvoraussetzungen der Beseitigungsanordnung hinfällig.¹⁶⁴ Interessengerechte Ergebnisse lassen sich durch entsprechende Ermessensbindungen im Einzelfall erzielen. Neben dem formell-passiven Bestandsschutz gilt der materiell-aktive nur noch im Rahmen der einfachgesetzlichen Vorschriften. Er ist abschließend kodifiziert, sodass auch hier ein Rückgriff auf Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG ausscheidet.

C. Fazit

Nach alledem steht fest, dass die Aufgabe des verfassungsunmittelbaren Bestandsschutzes durch die Rechtsprechungsänderung des BVerwG zu einem endgültigen Abschied von den Ansprüchen aus Art. 14 GG¹⁶⁵ ge-

führt hat. Diese Folge ist zu begrüßen, nimmt man die „Nassauskiesungs“-Dogmatik des BVerfG ernst. In den letzten Jahren wurde auch deutlich, dass der passive Bestandsschutz nur mehr durch eine Baugenehmigung vermittelt werden kann. Die inhalts- und schrankenbestimmende Genehmigungs- bzw. Einreichungspflicht ist keine *quantité négligeable*, sondern eine gesetzgeberische Entscheidung im Gemeininteresse, deren Nichterfüllung gegebenenfalls die Beseitigung eines Bauwerks zur Folge haben kann. Für die Praxis bedeutet dies, dass ein „blindes Vertrauen“ auf die materielle Rechtmäßigkeit zu irgendeinem Zeitpunkt nicht mehr ausreichen kann, um vor bauaufsichtlichem Einschreiten geschützt zu sein. Nur wenn der einfachgesetzliche Bestandsschutz in letzter Konsequenz angewandt wird, kann das Verwaltungsrecht gegenüber der Verfassung seine konkretisierende Stellung behaupten. Unmittelbare Rückgriffe auf (vermeintliche) grundrechtliche Gewährleistungen liefern sowohl dem Verständnis vom Verwaltungsrecht als konkretisiertem Verfassungsrecht¹⁶⁶ als auch der grundgesetzlich festgelegten Kompetenzverteilung bei normgeprägten Grundrechten, wie der Eigentumsgarantie zuwider. Die gesetzgeberische Ausgestaltung der Eigentumsgarantie schließt auch im Baurecht einen Rückgriff auf Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG aus. Im Falle der Verfassungswidrigkeit einer solchen Ausgestaltungsnorm kann allein das BVerfG für die Wiederherstellung verfassungsgemäßer Zustände sorgen. Dieses Ergebnis freilich steht und fällt mit der Anerkennung des normgeprägten Eigentumsbegriffs, wie ihn das BVerfG vorgibt – zwingend ist eine solche Interpretation des Art. 14 GG aber nicht.¹⁶⁷

¹⁶³ Gem. § 63 a Abs. 1 Nr. 4 ThürBO kann die Gemeinde die Durchführung des Genehmigungsverfahrens verlangen oder einen Zurückstellenantrag stellen.

¹⁶⁴ So auch *Aichele/Herr*, NVwZ 2003, 415 [419].

¹⁶⁵ *Wahl* (Fn. 2), S. 245.

¹⁶⁶ *Werner*, DVBl. 1959, 527.

¹⁶⁷ Kritisch zum Eigentumsbegriff des BVerfG *Sieckmann*, in: Friauf/Höfling, Berliner Kommentar zum GG, Stand: Dezember 2009, Art. 14 Rn. 10 ff.; vgl. auch *Depenheuer*, in: v. Danwitz/Depenheuer/Engel, Bericht zur Lage des Eigentums 2002, S. 120 ff.