



15.06.2021

Wichtige neue Entscheidung

Bauordnungsrecht: Nachbessern von Ermessenserwägungen ist auch lediglich hilfsweise möglich (hier für Rückbauanordnung und Unwirksamkeit eines Bebauungsplans)

Art. 76 Satz 1 BayBO, Art. 45 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 BayVwVfG, § 16 Abs. 3 Nr. 1, § 19 Abs. 4 BauNVO, § 34 Abs. 1, § 35 Abs. 2, Abs. 3 Satz 1 Nr. 7 BauGB

Rückbauanordnung
Inzidentprüfung eines Bebauungsplans
Bauraumbezogene Festsetzung der Größe der Grundflächen
Abgrenzung von Innen- und Außenbereich
Ausuferung eines Ortsteils in den Außenbereich hinein
Ausübung des Beseitigungsermessens

Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, Urteil vom 14.05.2021, Az. 1 B 19.2111

Orientierungssatz der LAB:

Fehler in der Begründung des Ermessens können mit rückwirkender Kraft auch hilfsweise ergänzt werden für den Fall, dass von der Unwirksamkeit eines Bebauungsplans auszugehen ist.

Hinweis: Diese Entscheidung wird gleichzeitig auf unserer Internetseite sowie Twitter (@LA_Bayern) eingestellt.

Hinweise:

1. Bauaufsichtsbehörden sind nicht selten mit dem Problem konfrontiert, dass von ihnen erlassene Baubeseitigungsanordnungen nach Art. 76 Satz 1 BayBO, die der Durchsetzung von Festsetzungen eines Bebauungsplans dienen, im verwaltungsgerichtlichen Verfahren mit dem Vortrag angegriffenen werden, der betreffende Bebauungsplan sei unwirksam. Da die Bauaufsichtsbehörden mangels Normverwerfungskompetenz grundsätzlich von der Gültigkeit eines Bebauungsplans auszugehen haben, die Verwaltungsgerichte aber zur inzidenten Überprüfung des Bebauungsplans verpflichtet sind, stellt sich die Frage, wie in solchen Fällen das Prozessrisiko der Bauaufsichtsbehörde reduziert werden kann, wenn die betreffende Grundstücksfläche ohne Bebauungsplan dem Außenbereich zuzuordnen wäre (z.B. bei Ortsrandlage). Denn eine Unwirksamkeit des Bebauungsplans wirkt sich auch auf die Grundlagen der Ausübung des Beseitigungsermessens aus. Geht die Bauaufsichtsbehörde bei einer Beseitigungsanordnung nämlich davon aus, dass die zu beseitigende Anlage nicht in Übereinstimmung mit einem bestehenden Bebauungsplan errichtet wurde, der sich jedoch als unwirksam herausstellt, so unterliegt sie einer Fehleinschätzung der Grundlagen ihrer Ermessensausübung in Gestalt eines Ermessensdefizits (vgl. Rn. 31 der vorliegenden Entscheidung sowie BayVGH, Urteil vom 22.09.2015, Az. 1 B 14.1652, juris Rn. 32 f.; Decker in Busse/Kraus, BayBO, 140. EL Februar 2021, Art. 76 Rn. 264).
2. Im vorliegenden Fall hat es der Bayerische Verwaltungsgerichtshof (BayVGH) jedoch gebilligt, dass die Bauaufsichtsbehörde ihr mit der streitgegenständlichen Rückbauanordnung ausgeübtes Ermessen durch ein während des Berufungsverfahrens ergangenes Schreiben lediglich *hilfsweise* für den Fall ergänzt hat, dass der BayVGH den Bebauungsplan für unwirksam erachten und das Vorhabengrundstück dem Außenbereich zuordnen sollte.

Der BayVGH ging zwar aus den in Randnummern 20 bis 23 genannten Gründen tatsächlich von der Gesamtunwirksamkeit des Bebauungsplans und dementsprechend einem Ermessensdefizit der Rückbauanordnung aus. Die Behörde könne aber etwaige Begründungsfehler, zu denen auch Fehler in der Begründung des

Ermessens gehörten, nach Art. 45 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 BayVwVfG bis zum Abschluss des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens mit rückwirkender Kraft ergänzen (vgl. Rn. 31 unter Bezugnahme auf BVerwG, Urteil vom 13.12.2011, Az. 1 C 14.10, juris und Urteil vom 05.05.1998, Az. 1 C 17.97, juris). Der Beklagte habe nachträglich mit einem Schreiben des Landratsamts das mit dem streitgegenständlichen Bescheid ausgeübte Ermessen hilfsweise für den Fall ergänzt, dass von der Unwirksamkeit des Bebauungsplans auszugehen sei, sowie umfangreich ausgeführt, dass in diesem Fall die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit des Bauvorhabens nicht nach § 34 BauGB, sondern nach § 35 BauGB zu beurteilen wäre und das Vorhaben auch nicht als sonstiges Vorhaben gemäß § 35 Abs. 2 BauGB zugelassen werden könnte, weil öffentliche Belange beeinträchtigt wären (vgl. Rn. 32). Dieser bauplanungsrechtlichen Beurteilung schloss sich der BayVGh aus den in Randnummern 24 bis 29 genannten Gründen an, so dass die Anfechtungsklage gegen die Rückbauanordnung auch in der Berufungsinstanz erfolglos blieb.

3. Nachdem der BayVGh in seinem Beschluss über die Zulassung der Berufung die Wirksamkeit des der Rückbauanordnung zugrundeliegenden Bebauungsplans in Zweifel gezogen hatte, empfahl die Landesadvokatur Bayern der Bauaufsichtsbehörde, die Ermessenserwägungen der Rückbauanordnung hilfsweise im Sinn der vorstehenden Ziffer 2 nachzubessern. Dies ist unter bestimmten Voraussetzungen zulässig (vgl. dazu Riese in Schoch/Schneider, VwGO, 39. EL Juli 2020, § 114 Rn. 253 ff.) und gemäß § 114 Satz 2 VwGO prozessual berücksichtigungsfähig. Neue Gründe für einen Verwaltungsakt dürfen nach dem allgemeinen Verwaltungsverfahrenrecht insbesondere nur dann nachgeschoben werden, wenn sie schon bei Erlass des Verwaltungsakts vorlagen, dieser nicht in seinem Wesen verändert und der Betroffene nicht in seiner Rechtsverteidigung beeinträchtigt wird (stRspr. – vgl. BVerwG, Urteil vom 20.06.2013, Az. 8 C 46.12, juris Rn. 32 m.w.N.). Auch die formalen Anforderungen eines derartigen Nachschiebens von Ermessenserwägungen müssen strikt beachtet werden, um ermessensheilende Wirkung zu entfalten. Vor allem muss die Behörde bei einem Nachschieben während des gerichtlichen Verfahrens für den Betroffenen erkennbar trennen zwischen neuen Begründungselementen, die den Inhalt ihrer Entscheidung betref-

fen, und Ausführungen, mit denen sie lediglich als Prozesspartei ihre Entscheidung verteidigt (vgl. BVerwG, Urteil vom 13.12.2011, Az. 1 C 14.10, juris; BayVGH, Urteil vom 03.02.2015, Az. 10 B 14.1613, juris und Beschluss vom 13.05.2016, Az. 9 ZB 13.1991, juris, jeweils von der Landesrechtsanwaltschaft Bayern ebenfalls als „Wichtige neue Entscheidung“ veröffentlicht).

Ein förmlicher Ergänzungsbescheid ist hingegen nicht erforderlich. Es genügt vielmehr ein einfaches Schreiben der Behörde an den Kläger bzw. seinen Bevollmächtigten, das diesem allerdings zugestellt und anschließend in den Prozess eingeführt werden sollte (vgl. Decker in Busse/Kraus, BayBO, 140. EL Februar 2021, Art. 76 Rn. 466; Riese in Schoch/Schneider, VwGO, 39. EL Juli 2020, § 114 Rn. 267).

4. Im vorliegenden Fall waren die durch ein Schreiben während des Berufungsverfahrens ergangenen hilfsweisen Ermessensergänzungen mit folgenden allgemeinen Ausführungen eingeleitet bzw. abgeschlossen worden:

„Sehr geehrter Herr Rechtsanwalt XXX,

wir nehmen Bezug auf das im Betreff genannte Berufungsverfahren vor dem Bayerischen Verwaltungsgerichtshof und unseren dort streitgegenständlichen Bescheid vom XXX, Az. XXX.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist ein Nachschieben von Ermessenserwägungen im Sinn des § 114 Satz 2 VwGO nicht nur unbedingt, sondern auch hilfsweise für den Fall des Eintritts bestimmter tatsächlicher oder rechtlicher Umstände möglich (vgl. BVerwG, U.v. 20.06.2013 – 8 C 46/12 – juris Rn. 29; Riese in Schoch/Schneider/Bier, VwGO, § 114 Rn. 267). Angesichts dessen ergänzen wir hiermit für den Fall, dass der Bayerische Verwaltungsgerichtshof im vorgenannten Berufungsverfahren den Bebauungsplan XXX der Gemeinde XXX für gesamtunwirksam erachten und das Grundstück Ihrer Mandantschaft (FINr. XXX der Gemarkung XXX) dem Außenbereich zuordnen sollte, die Ermessenserwägungen unseres Bescheides vom XXX gemäß § 114 Satz 2 VwGO hilfsweise wie folgt:

Im Falle der Gesamtnirksamkeit des Bebauungsplans wäre die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit des Bauvorhabens Ihrer Mandantschaft nicht nach § 34 BauGB, sondern nach § 35 BauGB zu beurteilen.

(...)

Das Nachschieben der Erwägungen zur Unzulässigkeit des Gebäudes im Außenbereich führt zu keiner Wesensänderung des streitgegenständlichen Bescheides vom XXX. Denn die zentralen Erwägungen des vorgenannten Bescheides (Gebäude von der Baugenehmigung nicht gedeckt, keine nachträgliche Genehmigungsfähigkeit, vorsätzliche Verursachung eines unrechtmäßigen Zustands durch Weiterbau nach Baueinstellung sowie Nichtvorliegen gleichgelagerter Bezugsfälle) bleiben auch im Falle der Gesamtnirksamkeit des Bebauungsplans XXX der Gemeinde XXX und der Zuordnung des Grundstücks Fl.-Nr. XXX zum Außenbereich gleichermaßen gültig und sachlich tragfähig.

Dieses Schreiben stellt keinen selbständigen Verwaltungsakt dar, weil es für das Nachschieben der vorstehenden, hilfsweisen Ermessenserwägungen keines formellen Ergänzungsbescheides

bedarf; vielmehr ist die Schriftform ausreichend (Decker in Simon/Busse, BayBO, Art 76 Rn. 466). Die hilfsweisen Ermessenserwägungen werden damit Bestandteil des Bescheides vom XXX.“

Der Schriftsatz, mit dem dieses Schreiben in das Berufungsverfahren eingeführt wurde, war wie folgt formuliert:

„Wir übersenden in o.g. Sache das beigefügte Schreiben des Landratsamtes XXX vom XXX, mit dem die Ermessenserwägungen seines Bescheides vom XXX hilfsweise für den Fall ergänzt werden, dass der streitgegenständliche Bebauungsplan für unwirksam erachtet und das Vorhaben Grundstück dem Außenbereich zugeordnet wird. Wir führen das Schreiben hiermit in das Berufungsverfahren ein. Es wurde dem Klägerbevollmächtigten am XXX zugestellt, wie sich aus dem beigefügten Empfangsbekanntnis ergibt.“

Dr. Martić
Oberlandesanwalt

1 B 19.2111
M 11 K 16.2693

*Großes Staats-
wappen*

Bayerischer Verwaltungsgerichtshof

Im Namen des Volkes

In der Verwaltungsstreitsache

* ***** *****,
 ***** ***, ***** *****
* ** **** *****,
 ***** ***, ***** *****

- ***** -

***** ** * ** * .
** *****
***** ***** * ***** *****

gegen

Freistaat Bayern,
vertreten durch:
Landesanwaltschaft Bayern,
Ludwigstr. 23, 80539 München,

- Beklagter -

beigeladen:

Gemeinde G*****
***** ***, ***** *****
***** ***, ***** *****

wegen

Anfechtung einer Beseitigungsanordnung und Duldungsanordnung für die planabweichende Ausführung einer Doppelgarage (FINr. ***** Gemarkung W*****);

hier: Berufung der Kläger gegen das Urteil des Bayerischen Verwaltungsgerichts München vom 17. Mai 2018,

erlässt der Bayerische Verwaltungsgerichtshof, 1. Senat,
durch die Vorsitzende Richterin am Verwaltungsgerichtshof Beck,
die Richterin am Verwaltungsgerichtshof Widmann,
den Richter am Verwaltungsgerichtshof Fritsch

ohne mündlicher Verhandlung am **14. Mai 2021**
folgendes

Urteil:

- I. Die Berufung wird zurückgewiesen.
- II. Die Kläger tragen die Kosten des Berufungsverfahrens als Gesamtschuldner. Die Beigeladene trägt ihre außergerichtlichen Kosten selbst.
- III. Die Kostenentscheidung ist vorläufig vollstreckbar. Die Kläger können die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe des zu vollstreckenden Betrags abwenden, wenn nicht der Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in derselben Höhe leistet.
- IV. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

- 1 Die Kläger wenden sich gegen die Anordnung der Beseitigung eines errichteten Gebäudes sowie einer Duldungsanordnung.
- 2 Die Klägerin zu 1 ist Eigentümerin des im Geltungsbereich des Bebauungsplans Nr. 113 „B*****straße“ der Gemeinde G***** vom 2. Juli 1999 (nachfolgend „Bebauungsplan“) gelegenen Grundstücks FINr. *****, Gemarkung W*****, auf dem sich das streitgegenständliche Gebäude befindet. Der Kläger zu 2 ist Miteigentümer des

Grundstücks FINr. *****, mit dem das streitgegenständliche Grundstück erschlossen wird. Mit Bescheid des Landratsamts vom 29. August 2011 wurde auf Antrag der Kläger die Baugenehmigung zur Errichtung einer unterkellerten Doppelgarage mit aufgesetztem Satteldach unter Befreiung von den Festsetzungen des Bebauungsplans erteilt. Bei einer Ortsbesichtigung im Februar 2013 wurde u.a. festgestellt, dass abweichend von der erteilten Baugenehmigung Anbauten, eine Überdachung des vergrößerten Gebäudes, eine Erhöhung des Kniestocks sowie der Einbau eines Zwerchgiebels und eines Kamins vorgenommen worden waren. Die Baumaßnahmen wurden trotz Baueinstellung mit Bescheid vom 20. Februar 2013 fortgesetzt. Das von der Behörde eingeleitete Beseitigungsverfahren auf Rückbau des Gebäudes auf das genehmigte Maß sowie auf Duldung der Anordnung wurde mit Bescheid vom 17. Mai 2016 abgeschlossen.

- 3 Die gegen die Rückbauanordnung sowie die Duldungsanordnung erhobene Klage hat das Verwaltungsgericht mit Urteil vom 17. Mai 2018 abgewiesen. Die Anordnung sei rechtmäßig ergangen. Das Vorhaben sei ohne die erforderliche Genehmigung errichtet worden, es entspreche insbesondere nicht der erteilten Genehmigung vom 29. August 2011. Ob noch eine planabweichende Errichtung vorliege oder sich das Vorhaben als aliud zu der erteilten Genehmigung darstelle, könne dahinstehen. Das Vorhaben sei bauplanungsrechtlich unzulässig, da es sich vollständig außerhalb der durch die Baugrenzen des Bebauungsplans vorgegebenen überbaubaren Grundstücksflächen befinde und eine Befreiung weder beantragt wurde noch möglich sei. Ein Ermessensfehlgebrauch liege nicht vor.
- 4 Mit Beschluss vom 21. Oktober 2019 hat der Senat die Berufung zugelassen. Die Kläger beantragen im Berufungsverfahren,
 - 5 unter Abänderung des Urteils des Verwaltungsgerichts vom 17. Mai 2018 den Bescheid vom 17. Mai 2016 aufzuheben.
- 6 Die Beseitigungsanordnung sei rechtswidrig. Der Beklagte habe die Erteilung der Genehmigung zu Unrecht abgelehnt. Der Bebauungsplan sei unwirksam, da er gegen § 9 Abs. 1 Nr. 1 BauGB i.V.m. § 16 und § 19 BauNVO verstoße. Die textliche Regelung A.3.1 zum Maß der baulichen Nutzung stehe im Widerspruch zu § 19 Abs. 4 Satz 1 BauNVO, da die genannten Anlagen bei der Ermittlung der Grundflächen berücksich-

tigt werden müssten, insbesondere auch weil hier unterschiedlich große Zufahrtsflächen hinsichtlich der Grundstücke FINr. ***** ***** und ***** vorlägen. Der Bebauungsplan sei auch deshalb unwirksam, weil es an einer wirksamen Ausfertigung fehle, eine Umweltprüfung in der Begründung nicht erkennbar sei und Abwägungsmängel vorlägen, die sich auf das Abwägungsergebnis ausgewirkt hätten. Die Frist des § 215 BauGB stehe nicht entgegen. Der Bebauungsplan sei zudem in sich widersprüchlich und unbestimmt, weil einerseits die Einhaltung der Abstandsflächen der BayBO gefordert werde, andererseits das Hochhaus mit sechs Vollgeschossen zugelassen werde, allein um der Entstehung von Entschädigungsforderungen vorzubeugen. Das Hochhaus stelle aufgrund der Abstandsflächenverletzung für die im Bebauungsplan vorgesehene erdgeschossige Bebauung eine erhebliche Belastung dar. Jedenfalls sei der Bebauungsplan aus diesem Grund funktionslos, da die Verwirklichung auf unabsehbare Zeit ausgeschlossen sei. Aus der Unwirksamkeit des Bebauungsplans ergebe sich die Unwirksamkeit der Beseitigungsanordnung. Der Beklagte habe insoweit einer Fehleinschätzung unterlegen, es liege daher ein Ermessensdefizit vor. Anders als bei einer Verpflichtungsklage sei im Rahmen der Anfechtungsklage nicht zu entscheiden, ob das Baugebiet als Innenbereich zu behandeln sei und sich das Vorhaben in die Eigenart der näheren Umgebung einfüge. Die streitgegenständliche Garage sei zudem materiell legal. Sie befinde sich innerhalb der im Zusammenhang bebauten Ortsteile, ein Bauungszusammenhang sei anzunehmen. Die benachbarten Grundstücke im Osten, Süden und Westen seien Teil eines Bauungszusammenhangs und prägten das Baugrundstück mit. Das Grundstück sei von Wohngrundstücken umgeben mit Ausnahme des nördlich anschließenden Grundstücks FINr. ***, das im Flächennutzungsplan als Wald ausgewiesen sei. Im Übrigen sei das Plangebiet im Flächennutzungsplan als reines Wohngebiet ausgewiesen. Die Grundstücke FINr. ***** ***** ***** ***** ***** und ***** seien alle mit einem Wohnhaus bebaut. Auf dem Grundstück FINr. ***** befinde sich die Zuwegung (Privatweg). Die streitgegenständliche Garage füge sich auch in die Umgebung ein. Es liege keine einheitliche Bebauung vor, insbesondere gebe es keine Baulinien. Mit Ausnahme des Hochhauses und des Grundstücks mit ungenehmigten Nebengebäuden und Doppelgarage gebe es ausnahmslos Gebäude mit E+DG. Ein Ermessenfehler liege auch insoweit vor, als der Beklagte den Sachverhalt nicht vollständig erfasst habe, insbesondere kein erforderliches Sanierungskonzept existiere. Die Bauaufsichtsbehörde wende die bei ihrer Vorgehensweise zugrunde gelegte Systematik nicht gleichmäßig an. Zumindest hinsichtlich der unmittelbar an ihr Gebäude angrenzenden Grundstücke mit den Abstandsflächenverstößen des mehrstöckigen Gebäudes und der nicht genehmigten Nebengebäude auf der

FINr. ***** seien Beseitigungsanordnungen in Betracht zu ziehen. Die vorliegenden Situationen seien vergleichbar, es käme nicht auf völlig identische Verstöße an. Die langjährige Existenz des mehrstöckigen Gebäudes stehe der teilweisen Beseitigung nicht entgegen, insbesondere bestehe kein Bestandsschutz. Der neue Bevollmächtigte der Kläger bekräftigt die vorstehenden Äußerungen und führt ergänzend zur Abgrenzungslinie des Innenbereichs aus, dass diese entlang der Gebäude auf den Grundstücken FINr. ***** und ***** verlaufe und damit das streitgegenständliche Gebäude miteinschließe.

7 Der Beklagte beantragt,

8 die Berufung zurückzuweisen.

9 Das Verwaltungsgericht habe richtig entschieden. Die Rückbauverfügung sei rechtmäßig. Auch bei unterstellter Unwirksamkeit des Bebauungsplans wäre das Vorhaben der Kläger bauplanungsrechtlich nicht genehmigungsfähig, da viel dafür spreche, dass es dem Außenbereich zugeordnet werden müsse. Das Gebäude nehme nicht an einem Bebauungszusammenhang mit der Umgebungsbebauung teil. Aus dem Luftbild aus dem BayernAtlas ergebe sich, dass der Bebauungszusammenhang hier an der Nordseite des Gebäudes auf FINr. ***** sowie an der jeweiligen Westseite der Gebäude auf der FINr. ***** und ***** ende. Das Wohngebäude auf FINr. ***** könne dem klägerischen Grundstück keinen Bebauungszusammenhang vermitteln, weil dieses Wohngebäude selbst dem Außenbereich zuzuordnen sei. Jedenfalls betrage der Abstand zwischen den Wohngebäuden auf FINr. ***** und ***** gut 95 m, was angesichts der in der Umgebungsbebauung sonst vorherrschenden deutlich geringeren Abstände der Hauptbaukörper zueinander zu viel sein dürfte, um den dazwischen liegenden Bereich noch als Baulücke einstufen zu können. Das streitgegenständliche Grundstück sei daher nur im Süden und Osten von einer für die Vermittlung von Bebauungszusammenhang relevanten Bebauung umgeben. Dies reiche nicht aus, um den fraglichen Bereich so stark zu prägen, dass er einem Bebauungszusammenhang zuzurechnen wäre. Örtliche Besonderheiten, die ausnahmsweise eine Ausdehnung des Bebauungszusammenhangs nach Westen bzw. Norden rechtfertigen könnten, lägen nicht vor. Der nördlich angrenzende Wald stelle keine Besonderheit dar. Das streitgegenständliche Gebäude habe bei der Bestimmung des Bebauungszusammenhangs außer Betracht zu bleiben. Selbst bei Einstufung des Gebäudes als Hauptgebäude müsse es unberück-

sichtigt bleiben, weil es weder nach Ausmaß noch Nutzung genehmigt sowie bei Außenbereichszugehörigkeit materiell nicht genehmigungsfähig sei und die Bauaufsichtsbehörde ausweislich des Beseitigungsbescheids sich mit seinem Bestand nicht abgefunden habe. Bei einer Einstufung als Nebengebäude entsprechend der Baugenehmigung zähle es, da es nicht dem dauernden Aufenthalt von Menschen diene, nicht zum Bebauungszusammenhang. Im Hinblick auf eine etwaige Unwirksamkeit des Bebauungsplans sei selbst bei Annahme eines daraus folgenden Ermessensfehlers die Heilung eines Fehlers in der Begründung des Ermessens mit rückwirkender Kraft möglich. Die Bauaufsichtsbehörde habe mit Schreiben vom 30. September 2020 ihre Ermessenserwägungen in dem Streitgegenständlichen Bescheid hilfsweise ergänzt für den Fall, dass der Bebauungsplan für unwirksam erachtet und das Vorhabengrundstück dem Außenbereich zugeordnet werde. Danach werde aufgrund der erteilten Baugenehmigung für eine unterkellerte Doppelgarage auch bei Zuordnung des Grundstücks zum Außenbereich von einer vollständigen Beseitigung abgesehen und an der Forderung des Teilrückbaus festgehalten. Ein Ermessensfehler im Hinblick auf das angeforderte Sanierungskonzept liege nicht vor, da es vorliegend an einer Vergleichbarkeit des klägerischen Baurechtsverstoßes mit denkbaren Bezugsfällen in der Umgebung fehle. In den Nebengebäuden auf dem Grundstück FINr. ***** befänden sich bereits keine Aufenthaltsräume.

- 10 Die Beigeladene hat sich nicht geäußert.
- 11 Der Senat hat am 13. April 2021 einen Ortstermin durchgeführt. Wegen der dabei getroffenen Feststellungen wird auf die Niederschrift einschließlich der beigelegten Fotodokumentation verwiesen. Die Beteiligten haben sich mit einer Entscheidung im schriftlichen Verfahren einverstanden erklärt.
- 12 Ergänzend wird auf die Gerichtsakten und die beigelegten Behördenakten sowie die Normaufstellungsakte der Beigeladenen Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

- 13 Über die Berufung konnte mit Einverständnis der Beteiligten ohne mündliche Verhandlung entschieden werden (§ 101 Abs. 2 VwGO).

- 14 Die zulässige Berufung der Kläger ist unbegründet. Das Verwaltungsgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen.
- 15 Die gegenüber der Klägerin zu 1 erlassene Beseitigungsanordnung des Beklagten ist rechtmäßig und verletzt die Klägerin zu 1 nicht in ihren Rechten (§ 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO). Die Kläger haben das Gebäude abweichend von der ihnen erteilten Baugenehmigung errichtet (1.). Das Gebäude widerspricht bauplanungsrechtlichen Vorschriften (2.). Zwar kann die Beseitigungsanordnung nicht auf einen Verstoß gegen die Festsetzungen des Bebauungsplans gestützt werden, weil sich die im Rahmen einer Inzidenzkontrolle zu überprüfenden Festsetzungen zum Maß der baulichen Nutzung als unwirksam erweisen und dieser Fehler die gesamte Unwirksamkeit des Bebauungsplans zur Folge hat (2.1). Das Vorhaben ist jedoch bauplanungsrechtlich nicht genehmigungsfähig, weil es nicht innerhalb eines im Zusammenhang bebauten Ortsteils nach § 34 Abs. 1 BauGB liegt, sondern dem Außenbereich (§ 35 Abs. 1 BauGB) angehört (2.2). Als sonstiges Vorhaben im Sinn von § 35 Abs. 2 BauGB beeinträchtigt es öffentliche Belange, da gemäß § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 7 BauGB eine Ausuferung des Ortsteils in den Außenbereich und eine Zersiedelung des Außenbereichs aufgrund der Vorbildwirkung konkret zu befürchten ist (2.3). Vor diesem Hintergrund hat der Beklagte das ihm nach Art. 76 Satz 1 BayBO eingeräumte Beseitigungsermessen fehlerfrei ausgeübt (3.).
- 16 Gemäß Art. 76 Satz 1 BayBO kann die Bauaufsichtsbehörde die teilweise oder vollständige Beseitigung baulicher Anlagen anordnen, wenn diese im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften errichtet werden und nicht auf andere Weise rechtmäßige Zustände hergestellt werden können. Die Vereinbarkeit der Anlage mit öffentlich-rechtlichen Vorschriften beurteilt sich dabei grundsätzlich nach der Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der Entscheidung der Bauaufsichtsbehörde (vgl. BVerwG, U.v. 11.8.1992 – 4 B 161.92 – NVwZ 1993, 476; offen gelassen für rechtserhebliche Änderungen nach Erlass der Beseitigungsanordnung in BVerwG, U.v. 12.12.2013 – 4 C 15.12 – NVwZ 2014, 454). Vorliegend hat sich die Sach- und Rechtslage auch zum Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung nicht geändert.
- 17 1. Das Gebäude wurde ohne die nach Art. 55 Abs. 1 BayBO erforderliche Baugenehmigung errichtet. Eine genehmigungsbedürftige Anlage ist nicht nur formell illegal, wenn sie ohne die nach Art. 55 Abs. 1 BayBO erforderliche Baugenehmigung errichtet oder geändert wird, sondern auch dann, wenn bei der Bauausführung in wesentlichen

Punkten von den genehmigten Plänen abgewichen wird (BayVGH, B.v. 14.12.2020 – 1 ZB 18.1164 – juris Rn. 7). So liegt der Fall hier.

- 18 Die Kläger haben ausweislich der vorliegenden Unterlagen und dem Eindruck, den der Senat bei der Ortsbesichtigung gewonnen hat, anstelle der genehmigten unterkellerten Doppelgarage ein Gebäude errichtet, das aufgrund der deutlich vergrößerten Kubatur und der vorgenommenen Änderungen, insbesondere im ersten Obergeschoss, ein Gebäude mit Aufenthaltsqualität darstellt. Eine solche Anlage lässt die Baugenehmigung aber nicht zu. Der Senat teilt insoweit die Auffassung des Verwaltungsgerichts, dass hier nicht entschieden werden muss, ob (noch) von einer planabweichenden Errichtung auszugehen ist oder ob es sich nicht vielmehr bereits um ein sogenanntes aliud handelt mit der Folge, dass die erteilte Baugenehmigung erlischt (vgl. BayVGH, B.v. 4.4.2019 – 1 ZB 17.1173 – juris Rn. 4), wofür nach Auffassung des Senats einiges spricht. Denn jedenfalls ist im Hinblick auf die Rückbauanordnung von der formellen Illegalität des Vorhabens auszugehen.
- 19 2. Das errichtete Gebäude ist auch materiell illegal errichtet worden, da es bauplanungsrechtlichen Vorschriften widerspricht.
- 20 2.1 Obwohl das errichtete Gebäude sich außerhalb der durch die Baugrenzen des Bebauungsplans gemäß § 23 Abs. 3 BauNVO vorgegebenen überbaubaren Grundstücksflächen befindet und dadurch gegen die Festsetzungen des Bebauungsplans verstößt, kann die Rückbauanordnung nicht auf einen solchen Verstoß gestützt werden. Denn der Bebauungsplan erweist sich aufgrund der im Rahmen einer Inzidenzkontrolle zu überprüfenden Festsetzung zum Maß der baulichen Nutzung als unwirksam. Abweichend von einem Normenkontrollverfahren, das gerade den Bebauungsplan in seinem Gesamtgefüge zum Gegenstand hat, kann im Rahmen einer inzidenten Überprüfung der für die streitgegenständliche Rückbauanordnung maßgeblichen Festsetzungen des Bebauungsplans nur dem nachgegangen werden, was das Gericht „sieht“, was also entweder offenkundig oder von den Beteiligten problematisiert worden ist und in dem zu entscheidenden Fall Anlass zur Prüfung gibt. Keine Rolle spielt dabei, dass die für eine Normenkontrolle geltende Frist des § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO abgelaufen ist (vgl. BVerwG, B.v. 10.10.2006 – 4 BN 29.06 – BauR 2007, 515). Der Umfang der Inzidentkontrolle ist allerdings eingeschränkt auf die nicht von der Rügepflicht des § 215 Abs. 1 BauGB erfassten, dort abschließend genannten Fälle der stets

beachtlichen Mängel, insbesondere also des Verstoßes gegen den Erforderlichkeitsgrundsatz (§ 1 Abs. 3 Satz 1 BauGB) oder gegen den Bestimmtheitsgrundsatz sowie im Falle eines fehlerhaften Abwägungsergebnisses (§ 1 Abs. 7 BauGB) und des Fehlens jeglicher oder der Überschreitung einer Rechtsgrundlage. Denn § 215 Abs. 1 BauGB zielt auf eine Beschränkung der gerichtlichen Kontrolle nicht nur im Normenkontrollverfahren nach § 47 VwGO, sondern auch im Rahmen einer bei einer Anfechtungsklage vorzunehmenden inzidenten Prüfung (vgl. BayVGH, U.v. 22.9.2015 – 1 B 14.1652 – NVwZ-RR 2016, 135).

- 21 Der Senat hat im Zulassungsbeschluss vom 21. Oktober 2019 die Frage der Wirksamkeit des Bebauungsplans aufgeworfen. Die Kläger tragen insoweit vor, dass die Festsetzungen zur Größe der Grundflächen gegen § 9 Abs. 1 Nr. 1 BauGB, § 16 Abs. 3 Nr. 1, § 19 BauNVO verstießen und machen ein Überschreiten der Rechtsgrundlage und damit einen Verstoß gegen den Typenzwang der Baunutzungsverordnung geltend. Damit steht ein nicht unter § 215 Abs. 1 BauGB fallender, stets beachtlicher materieller Verstoß des Bebauungsplans gegen Bundesrecht in Frage.
- 22 Der Bebauungsplan setzt mittels Planzeichen 2.1 und in Nr. 3.1 der textlichen Festsetzungen das Maß der baulichen Nutzung bauraumbezogen durch die direkte Zuordnung einer zulässigen Grundfläche fest. Diese Festsetzungen sind aber unwirksam, weil sie, so wie sie getroffen wurden, nicht von den Ermächtigungsgrundlagen des § 16 Abs. 2 Nr. 1 und § 19 Abs. 4 BauNVO gedeckt sind. Bei der Festsetzung der Flächen, die von baulichen Anlagen überdeckt werden dürfen (§ 19 Abs. 2 BauNVO), muss ein auf das jeweilige Baugrundstück bezogenes „Summenmaß“ für alle baulichen Anlagen festgesetzt werden, die beim Maß der baulichen Nutzung zu Buche schlagen. Eine auf einzelne bauliche Anlagen bezogene Festsetzung ist nicht von der Ermächtigungsgrundlage gedeckt, weil eine solche Festsetzung den Anforderungen von § 19 Abs. 4 BauNVO in der Fassung von 1990 nicht entspricht. Danach sind im Interesse der Reduzierung der Bodenversiegelung nicht nur die Flächen der Hauptbaukörper, sondern auch von im Einzelnen in § 19 Abs. 4 BauNVO beschriebenen Nebenanlagen einschließlich der Zufahrten und Wege für das Maß der Grundfläche zu berücksichtigen (vgl. BayVGH, U.v. 23.7.2019 – 1 N 16.2190 – juris Rn. 17; U.v. 22.9.2015 – 1 B 14.1652 – NVwZ-RR 2016, 135; U.v. 20.10.2009 – 1 N 06.1545 – juris Rn. 33; U.v. 13.4.2006 – 1 N 04.3519 – BayVBI 2007, 627; U.v. 10.8.2006 – 1 N 04.1371 u.a. – NVwZ-RR 2007, 447). Die Festsetzung der Baugrenzen vermag dieses Defizit nicht

auszugleichen, weil die Festsetzungen nach § 23 BauNVO einen anderen Regelungszweck verfolgen. Während die Festsetzungen zur Grundfläche bestimmen, in welchem Umfang das Baugrundstück durch bauliche Anlagen "versiegelt" werden darf, bestimmen die Festsetzungen zur überbaubaren Grundfläche den Standort der baulichen Anlagen (vgl. BVerwG, B.v. 18.12.1995 – 4 NB 36.95 – NVwZ 1996, 894).

- 23 Die Unwirksamkeit der Festsetzung zur Größe der Grundflächen führt entsprechend den allgemeinen, § 139 BGB folgenden Grundsätzen, zur Gesamtnurwirksamkeit des Bebauungsplans. Ein Bebauungsplan bleibt trotz der Unwirksamkeit einzelner Festsetzungen in seinen nicht betroffenen Teilen nur dann gültig, wenn diese für sich betrachtet noch eine sinnvolle städtebauliche Ordnung im Sinn des § 1 Abs. 3 BauGB bewirken können und mit der gebotenen Sicherheit anzunehmen ist, dass die Gemeinde auch einen Bebauungsplan dieses eingeschränkten Inhalts beschlossen hätte (vgl. BVerwG, B.v. 20.8.1991 – 4 NB 3.91 – NVwZ 1992, 567). Die Unwirksamkeit der Regelungen zum Maß der baulichen Nutzung betrifft einen zentralen Teil des Planungskonzepts. Es ist nicht anzunehmen, dass die Beigeladene den Bebauungsplan auch ohne Festsetzungen zum Maß der baulichen Nutzung beschlossen hätte, da durch die Festsetzungen Spielraum für angemessene Erweiterungen geschaffen, die möglichen Restbebauungen gelenkt und dabei unerwünschten Umstrukturierungen entgegengewirkt werden sollte.
- 24 2.2 Das Gebäude der Kläger ist jedoch auch unter Berücksichtigung der Unwirksamkeit des Bebauungsplans bauplanungsrechtlich nicht genehmigungsfähig, denn das Grundstück der Kläger liegt nicht innerhalb eines im Zusammenhang bebauten Ortsteils (§ 34 Abs. 1 BauGB), sondern gehört dem Außenbereich (§ 35 Abs. 1 BauGB) an.
- 25 Ein Bebauungszusammenhang im Sinn von § 34 BauGB ist nach ständiger Rechtsprechung anzunehmen, soweit die aufeinanderfolgende Bebauung trotz etwa vorhandener Baulücken den Eindruck der Geschlossenheit und Zusammengehörigkeit vermittelt und die zur Bebauung vorgesehene Fläche (noch) diesem Zusammenhang angehört. Wie eng die Aufeinanderfolge von Baulichkeiten sein muss, um sich als zusammenhängende Bebauung darzustellen, ist nicht nach geografisch-mathematischen Maßstäben, sondern aufgrund einer umfassenden Würdigung der tatsächlichen örtlichen Gegebenheiten einzelfallbezogen zu entscheiden. Der Bebauungszusammenhang endet regelmäßig am letzten Baukörper. Örtliche Besonderheiten können es im

Einzelfall aber ausnahmsweise rechtfertigen, ihm noch bis zu einem Geländehindernis, einer Erhebung oder einem Einschnitt (Damm, Böschung, Fluss, Waldrand o.ä.) ein oder mehrere Grundstücke zuzuordnen, die unbebaut sind oder trotz des Vorhandenseins von Baulichkeiten sonst nicht zur Prägung der Siedlungsstruktur beitragen (vgl. BVerwG, B.v. 8.10.2015 – 4 B 28.15 – ZfBR 2016, 67; U.v. 30.6.2015 – 4 C 5.14 – BVerwGE 152, 275; B.v. 17.1.2005 – 4 B 3.05 – juris Rn. 7; U.v. 12.12.1990 – 4 C 40.87 – NVwZ 1991, 879). Eine unbebaute Fläche ist – als Baulücke – Teil des Bebauungszusammenhangs, wenn sie von der angrenzenden zusammenhängenden Bebauung so stark geprägt wird, dass die Errichtung eines Gebäudes auf dieser Fläche als zwanglose Fortsetzung der vorhandenen Bebauung erscheint. Bebauung im Sinn von § 34 Abs. 1 Satz 1 BauGB ist nicht jede beliebige Anlage. Den Bebauungszusammenhang selbst herstellen oder zu seiner Entwicklung beitragen können nur Bauwerke, die optisch wahrnehmbar sind und ein gewisses Gewicht haben, so dass sie geeignet sind, ein Gebiet als einen Ortsteil mit einem bestimmten Charakter zu prägen. Hierzu zählen grundsätzlich nur Bauwerke, die dem ständigen Aufenthalt von Menschen dienen. Baulichkeiten, die nur vorübergehend genutzt werden oder in einem weiteren Sinn „Nebenanlagen“ zu einer landwirtschaftlichen, (klein-)gärtnerischen oder sonstigen Hauptnutzung sind, sind in aller Regel keine Bauten, die für sich genommen ein für die Siedlungsstruktur prägendes Element darstellen (vgl. BVerwG, B.v. 16.7.2018 – 4 B 51.17 – NVwZ 2018, 1651; B.v. 5.4.2017 – 4 B 46.16 – ZfBR 2017, 471; U.v. 19.4.2012 – 4 C 10.11 – BauR 2012, 1626; BayVGH, B.v. 13.5.2020 – 1 ZB 19.1663 – juris Rn. 4; B.v. 31.3.2020 – 1 ZB 19.1961 – juris Rn. 5).

- 26 Gemessen an diesen Maßstäben nimmt das klägerische Grundstück nicht mehr am Bebauungszusammenhang seiner Umgebungsbebauung teil. Nach dem Eindruck, den der Senat bei der Ortsbesichtigung gewonnen hat, endet der im Zusammenhang bebaute Ortsteil am nördlichen Gebäuderand des Wohngebäudes auf dem Grundstück FINr. ***** und an den westlichen Grenzen der Wohngebäude auf den Grundstücken FINr. ***** und ***** . Soweit der Schriftsatz des Bevollmächtigten der Kläger eine imaginäre Abgrenzungslinie zwischen den Gebäuden auf den Grundstücken FINr. ***** und ***** annimmt, lässt sein Vortrag unberücksichtigt, dass die Grenzlinie zwischen Innen- und Außenbereich nicht gradlinig verlaufen muss, sondern grundsätzlich auch vor- und zurückspringen kann (vgl. BVerwG, B.v. 4.7.1990 – 4 B 103.90 – BayVBI 1991, 473). Das westlich des klägerischen Grundstücks gelegene Wohngebäude auf dem Grundstück FINr. ***** kann dem Baugrundstück keinen Bebauungs-

zusammenhang vermitteln. Das Wohngebäude auf einem parkartigen Grundstück befindet sich ausweislich der Messung in BayernAtlas in einer Entfernung von rd. 100 m von dem in den Hang gebauten mehrstöckigen Wohngebäude auf der FINr. *****. Die Umgebungsbebauung weist durchgehend deutlich geringere Abstände auf. Auch nach dem Eindruck, den der Senat in der Ortsbesichtigung gewonnen hat, wirkt der zwischen den Gebäuden liegende Bereich aufgrund der sichtbaren Entfernung der Gebäude nicht als Lücke in einer Bebauung. Im Auge des Betrachters entsteht nicht der für die Annahme eines Bebauungszusammenhangs erforderliche Eindruck der Geschlossenheit und Zusammengehörigkeit zwischen der an das Baugrundstück heranreichenden Bebauung. Das bereits errichtete Gebäude auf dem Baugrundstück selbst hat bei der Bestimmung des Bebauungszusammenhangs als tatsächlich vorhandene Baulichkeit außer Betracht zu bleiben. Zwar ist bei der Feststellung eines Bebauungszusammenhangs im Anwendungsbereich des § 34 Abs. 1 BauGB grundsätzlich auf die tatsächlich vorhandene Bebauung abzustellen. Jedoch ist eine nicht genehmigte Bebauung nur zu berücksichtigen, wenn sie in einer Weise geduldet wird, die keinen Zweifel daran lässt, dass sich die zuständigen Behörden mit dem Vorhandensein der Bauten abgefunden haben (vgl. BVerwG, B.v. 23.11.1998 – 4 B 29.98 – NVwZ-RR 1999, 364; U.v. 6.11.1968 – IV C 31.66 – BVerwGE 31, 22; BayVGh, U.v. 9.9.2015 – 1 B 15.251 – juris Rn. 15). Mit dem Erlass der Rückbauanordnung hat die Bauaufsichtsbehörde zum Ausdruck gebracht, dass das Gebäude weder nach Ausmaß noch Nutzung als Hauptgebäude genehmigungsfähig wäre und sie sich mit seinem Bestand nicht abgefunden hat. Als Nebengebäude entsprechend der Baugenehmigung dient es als Garage nicht dem dauernden Aufenthalt von Menschen und kann die Zurechnung des Baugrundstücks zu einem Bebauungszusammenhang nicht begründen. Das Baugrundstück ist daher nur im Süden und Osten von einer für die Vermittlung eines Bebauungszusammenhangs relevanten Bebauung umgeben. Dies reicht nicht aus, um den erforderlichen Bebauungszusammenhang herstellen zu können. Örtliche Besonderheiten, die ausnahmsweise eine Ausdehnung des Bebauungszusammenhangs nach Norden bzw. Westen rechtfertigen könnten, liegen nicht vor. Das Gelände steigt auf dem Baugrundstück in Richtung Norden hin deutlich an. Auch der westliche Teil des Baugrundstücks, auf dem sich ein Schwimmbad befindet, liegt im Vergleich zu dem errichteten Gebäude erhöht. Daraus ergibt sich jedoch keine topografische Zäsur, die den südöstlichen Teil des Grundstücks noch zum Innenbereich gehören lässt (vgl. BVerwG, B.v. 1.8.1994 – 4 B 203.93 – juris Rn. 7). Auch der Wald, dessen Baumbestand sich am nördlichen Rande auch auf das klägerische Grundstück erstreckt, stellt

keine markante Grenze dar und vermag nach den festgestellten topografischen Gegebenheiten nicht den Eindruck der Zugehörigkeit des Baugrundstücks zum Bebauungszusammenhang zu vermitteln (vgl. BVerwG, B.v. 8.10.2015 – 4 B 28.15 – ZfBR 2016, 67; B.v. 18.6.1997 – 4 B 238.96 – BauR 1997, 807).

- 27 2.3 Das Bauvorhaben ist als sonstiges Vorhaben im Außenbereich gemäß § 35 Abs. 2 BauGB unzulässig, da es öffentliche Belange im Sinn von § 35 Abs. 3 BauGB beeinträchtigt.
- 28 Die Ausweitung des Ortsteils über den Bebauungszusammenhang hinaus in den Außenbereich beeinträchtigt hier als Vorgang einer siedlungsstrukturell zu missbilligenden Entwicklung (§ 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 7 BauGB) öffentliche Belange. Es ist Aufgabe der Bauleitplanung oder einer Satzung nach § 34 Abs. 4 BauGB, die städtebauliche Entwicklung zu ordnen und zu lenken (vgl. BVerwG, B.v. 11.10.1999 – 4 B 77.99 – BauR 2000, 1175; U.v. 25.1.1985 – 4 C 29.81 – NVwZ 1985, 747; BayVGH, B.v. 31.3.2020 – 1 ZB 19.1961 – juris Rn. 8). Die Anschlussbebauung von der bebauten Ortslage aus in den Außenbereich ist in der Regel ein Vorgang der – siedlungsstrukturell unerwünschten – Zersiedelung, wenn das Vorhaben konkret geeignet ist, Nachfolgebebauung nach sich zu ziehen. In einem solchen Fall erfordern es die öffentlichen Belange, den ersten Ansätzen entgegenzutreten (BVerwG, B.v. 11.10.1999 a.a.O.). Ein Ausnahmefall einer siedlungsstrukturell nicht zu missbilligenden Außenbereichsbebauung (vgl. BVerwG, U.v. 25.1.1985 a.a.O.) liegt hier nicht vor. Auch wenn sich das Vorhaben nach Süden und Osten an eine bereits vorhandene Bebauung anschließt und nach den Ausführungen der Kläger in eine organische Beziehung zum bestehenden Ortsteil treten würde, käme ihm Bezugsfallwirkung für weitere Vorhaben zur Ausweitung der Bebauung in den Außenbereich zu. Das Vorhaben könnte dazu führen, dass sowohl auf dem nördlichen Teil des Vorhabengrundstücks als auch auf dem westlich hiervon gelegenen Grundstück weitere (Haupt-)Gebäude entstehen könnten bzw. eine (Teil-)Umnutzung von Nebengebäuden, die bislang keine Aufenthaltsräume aufweisen, zu Wohnzwecken. Der Tatbestand des § 35 Abs. 3 Nr. 7 BauGB setzt nicht voraus, dass als Folge der Zulassung des insoweit öffentliche Belange beeinträchtigenden Vorhabens ein uneingeschränkter Rechtsanspruch auf Zulassung weiterer Vorhaben entsteht (vgl. BayVGH, U.v. 17.5.2019 – 1 B 17.2077 – juris Rn. 22). Es genügt, dass die Gründe, die weiteren Vorhaben entgegengehalten werden könnten, an Überzeugungskraft einbüßen würden, wenn das jetzt beantragte Vorhaben nicht aus eben den Gründen versagt würde, mit der Genehmigung also ein

sog. Berufungsfall geschaffen würde (vgl. BVerwG, U.v. 19.4.2012 – 4 C 10.11 – BauR 2012, 1626; BayVGh, B.v. 8.10.2020 – 1 ZB 17.2319 – juris Rn 14). Insofern ist die Gefahr einer weiteren Zersiedlung hier hinreichend konkret zu befürchten (BayVGh, B.v. 12.5.2017 – 15 ZB 16.1567 – juris Rn. 39). Die städtebauliche Entwicklung, zumindest was die Bebauung bislang unbebauter Außenbereichsflächen betrifft, durch Bebauungspläne zu ordnen und zu lenken, ist Aufgabe der Beigeladenen, die die Zulassung des bereits errichteten Gebäudes mit Aufenthaltsqualität durch den Erlass eines neuen Bebauungsplans ermöglichen kann.

- 29 Da bei der Frage, ob ein Vorhaben nach § 35 Abs. 2 und 3 BauGB planungsrechtlich unzulässig ist, schon der Verstoß gegen einen der in § 35 Abs. 3 Satz 1 BauGB beispielhaft genannten öffentlichen Belange ausreicht (vgl. BVerwG, B.v. 8.11.1999 – 4 B 85.99 – BauR 2000, 1171), kommt es nicht darauf an, ob das Vorhaben auch die natürliche Eigenart der Landschaft beeinträchtigt (§ 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 Alt. 4 BauGB).
- 30 3. Der Beklagte hat das ihm nach Art. 76 Satz 1 BayBO eingeräumte Beseitigungsermessen fehlerfrei ausgeübt.
- 31 Nach Art. 40 BayVwVfG ist das Ermessen entsprechend dem Zweck der Ermächtigung auszuüben und die gesetzlichen Grenzen des Ermessens sind einzuhalten. Art. 76 BayBO dient dabei dem Zweck, illegal geschaffene Bausubstanz zu beseitigen und das betroffene Grundstück in den Zustand materieller Legalität zurückzuführen (vgl. Decker in Busse/Kraus, BayBO, Stand Februar 2021, Art. 76 Rn. 12). Soweit die Bauaufsichtsbehörde bei einer Beseitigungsanordnung – wie hier – davon ausgeht, dass die zu beseitigende Anlage nicht in Übereinstimmung mit einem bestehenden Bebauungsplan errichtet wurde, der sich jedoch als unwirksam herausstellt, stellt dies zwar ein Ermessensdefizit dar, da die Behörde bei Erlass der Beseitigungsanordnung von falschen rechtlichen Voraussetzungen ausgeht (vgl. Decker a.a.O. Rn. 264) und damit einer rechtlich nicht existenten Vorschrift zur Geltung verhelfen will. Damit konnte der Beklagte das Ermessen nicht entsprechend der gesetzlichen Ermächtigung ausüben (Art. 40 BayVwVfG). Allerdings kann die Behörde etwaige Begründungsfehler, zu denen auch Fehler in der Begründung des Ermessens gehören, bis zum Abschluss des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens nach Art. 45 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 BayVwVfG mit rückwirkender Kraft ergänzen (vgl. BVerwG, U.v. 13.12.2011 –

1 C 14.10 – BVerwGE 141, 253; U.v. 5.5.1998 – 1 C 17.97 – BVerwGE 106, 351). So liegt der Fall hier.

- 32 Der Beklagte hat mit Schreiben des Landratsamts vom 30. September 2020 das mit Bescheid vom 17. Mai 2016 ausgeübte Ermessen hilfsweise für den Fall, dass von der Unwirksamkeit des Bebauungsplans auszugehen sei, ergänzt und umfangreich ausgeführt, dass in diesem Fall die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit des Bauvorhabens nicht nach § 34 BauGB, sondern nach § 35 BauGB zu beurteilen wäre und das Vorhaben auch nicht als sonstiges Vorhaben gemäß § 35 Abs. 2 BauGB zugelassen werden könnte, weil öffentliche Belange beeinträchtigt wären.
- 33 Liegen wie im vorliegenden Fall die tatbestandlichen Voraussetzungen für den Erlass einer Rückbauanordnung vor, dann muss die Behörde in der Regel nicht besonders begründen, weshalb sie von der Eingriffsbefugnis Gebrauch macht. Vielmehr genügt es, wenn sie zum Ausdruck bringt, dass der beanstandete Zustand wegen seiner Rechtswidrigkeit beseitigt werden muss. Nur in Ausnahmefällen können weitergehende Erwägungen erforderlich sein (vgl. BVerwG, U.v. 18.4.1996 – 4 C 22.94 – juris Rn. 19; BayVGH B.v. 24.2.2005 – 1 ZB 04.276 – juris). Der Beklagte hat ausdrücklich das öffentliche Interesse an der Herstellung baurechtmäßiger Zustände gegen das Interesse des Pflichtigen abgewogen und insbesondere im Hinblick auf die erteilte Baugenehmigung für eine unterkellerte Doppelgarage von einer vollständigen Beseitigung des Gebäudes abgesehen.
- 34 Im Übrigen hat die Bauordnungsbehörde ihr Ermessen nicht ohne erkennbaren Grund unterschiedlich, systemwidrig oder planlos ausgeübt (vgl. BVerwG, B.v. 23.11.1998 – 4 B 99.98 – BauR 1999,734; BayVGH, U.v. 9.5.2018 – 1 B 14.2215 – BayVBI 2019, 23). Der Gleichheitssatz gebietet nicht, dass gegen unterschiedlich gelagerte Fälle in gleicher Weise vorgegangen werden muss. Geboten ist lediglich ein systemgerechtes Vorgehen, das auch vorliegt, wenn die Behörde gegen „Schwarzbauten“ gleichsam Schritt für Schritt vorgeht (vgl. BVerwG, B.v. 21.12.1990 – 4 B 184.90 – juris Rn. 4)
- 35 Es ist daher nicht zu beanstanden, dass der Beklagte den Rückbau des Gebäudes gefordert hat. Bei den von den Klägern genannten Bezugsfällen handelt es sich nicht um vergleichbare Sachverhalte. Die Nebengebäude auf dem Grundstück FINr. *****, bei denen es sich um Garagen ohne Aufenthaltsqualität handelt, sind mit dem errichteten (Garagen-)Gebäude der Kläger mit Aufenthaltsräumen im ersten Obergeschoss

nicht vergleichbar. Auch die geltend gemachten abstandsflächenrechtlichen Verstöße des seit mehreren Jahrzehnten bestehenden mehrstöckigen Gebäudes auf dem Grundstück FINr. ***** weisen keinen vergleichbaren Sachverhalt mit dem aktuellen Baurechtsverstoß auf, mit dem nicht nur ein Hauptgebäude statt einem Nebengebäude verwirklicht wurde, sondern dieses Bauvorhaben auch trotz der verfügbaren Baueinstellung fertiggestellt wurde. Aus diesem Grund war auch die Erstellung eines Sanierungskonzepts nicht erforderlich.

- 36 Auch die in entsprechender Anwendung des Art. 76 Satz 1 BayBO erlassene Duldungsanordnung gegen den Kläger zu 2 als (weiteren) Bauherrn neben der Klägerin zu 1 ist daher nicht zu beanstanden.
- 37 Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 154 Abs. 2, § 159 Satz 1, § 162 Abs. 3 VwGO. Die vorläufige Vollstreckbarkeit der Kostenentscheidung folgt aus § 167 VwGO i.V.m. § 708 Nr. 11 ZPO.
- 38 Die Revision ist nicht zuzulassen, weil die Voraussetzungen des § 132 Abs. 2 VwGO nicht vorliegen.

Rechtsmittelbelehrung

Nach § 133 VwGO kann die Nichtzulassung der Revision durch Beschwerde zum Bundesverwaltungsgericht in Leipzig angefochten werden. Die Beschwerde ist beim Bayerischen Verwaltungsgerichtshof (in München Hausanschrift: Ludwigstraße 23, 80539 München; Postfachanschrift: Postfach 34 01 48, 80098 München; in Ansbach: Montgelasplatz 1, 91522 Ansbach) innerhalb eines Monats nach Zustellung dieser Entscheidung einzulegen und innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung dieser Entscheidung zu begründen. Die Beschwerde muss die angefochtene Entscheidung bezeichnen. In der Beschwerdebegründung muss die grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache dargelegt oder die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts, des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes oder des Bundesverfassungsgerichts, von der die Entscheidung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs abweicht, oder der Verfahrensmangel bezeichnet werden.

Vor dem Bundesverwaltungsgericht müssen sich die Beteiligten, außer in Prozesskostenhilfeverfahren, durch Prozessbevollmächtigte vertreten lassen. Dies gilt auch für Prozesshandlungen, durch die ein Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht eingeleitet wird. Als Prozessbevollmächtigte zugelassen sind neben Rechtsanwälten und Rechtslehrern an den in § 67 Abs. 2 Satz 1 VwGO genannten Hochschulen mit Befähigung zum Richteramt nur die in § 67 Abs. 4 Satz 4 VwGO und in §§ 3, 5 RDGEG bezeichneten Personen. Für die in § 67 Abs. 4 Satz 5 VwGO genannten Angelegenheiten (u.a. Verfahren mit Bezügen zu Dienst- und Arbeitsverhältnissen) sind auch die dort bezeichneten Organisationen und juristischen Personen als Bevollmächtigte zugelassen. Sie müssen in Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht durch Personen mit der Befähigung zum Richteramt handeln.

Beck

Widmann

Fritsch

Beschluss:

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 20.000,- Euro festgesetzt (§ 52 Abs. 1 GKG).

Beck

Widmann

Fritsch