

„Verwirkung“ bauordnungsrechtlicher Eingriffsbefugnisse

(OVG Koblenz, Urt. v. 12. 6. 2012 – 8 A 10291/12)

1. Polizeiliche bzw. ordnungsrechtliche Eingriffsbefugnisse können nicht verwirkt werden.

2. Das Gebrauchmachen von einer Eingriffsermächtigung kann sich im Einzelfall als ermessensfehlerhaft erweisen, wenn sich eine Behörde damit in Widerspruch zu ihrem früheren Verhalten setzt und schutzwürdiges Vertrauen des Betroffenen verletzt.

3. Eine Bauaufsichtsbehörde kann am ermessensfehlerfreien Erlass einer Beseitigungsverfügung gehindert sein kann, wenn sie durch ihr vorangegangenes positives Tun einen Vertrauenstatbestand beim Bauherrn geschaffen und dieser im Vertrauen darauf nicht unerhebliche und nur schwer rückgängig zu machende Vermögensdispositionen getroffen hat (sog. „aktive Duldung“).

4. Die Hinnahme rechtswidriger Zustände aus Gründen des Vertrauensschutzes kann nur für einen vorübergehenden Zeitraum erlaubt sein.

5. Einem Nachbarn kann bei Verletzung nachbarschützender Vorschriften grundsätzlich ein Anspruch auf bauaufsichtliches Einschreiten zustehen.

6. Eine solche Ermessensreduzierung (s. Leitsatz 5) gilt jedoch nicht uneingeschränkt; sie tritt dann nicht ein, wenn eine Befreiung oder eine Abweichung von der nachbarschützenden Vorschrift in Betracht kommt, übergeordnete, sich aus der Sache selbst ergebende öffentliche Interessen einem Einschreiten entgegenstehen oder sich die Abweichung von nachbarschützenden Vorschriften im Bagatellbereich hält.

7. Der Anspruch auf bauaufsichtliches Einschreiten ist ferner eingeschränkt, soweit der Einschreitenspflicht der Behörde ihrerseits rechtliche Schranken entgegenstehen; der subjektive Anspruch des Nachbarn kann nicht weitergehen als die objektive Pflicht der Bauaufsichtsbehörde.

(Nichtamtl. Leitsätze)

Anmerkung:

I. Zum Sachverhalt

Die Kläger (K) begehren bauaufsichtliches Einschreiten gegen eine baugewidrigere Wohnnutzung. Sie sind Eigentümer von Grundstücken, auf denen sie eine Spedition betreiben. Im Nordwesten grenzt an diese Grundstücke das mit einem Wohnhaus bebaute Grundstück der Beigeladenen (Beigel.) an, das sie 1992 vom Land Rheinland-Pfalz erworben hatten. Bereits 1913 war für dieses Wohnhaus eine Baugenehmigung erteilt worden; allerdings wurde das Gebäude später durch die Straßenverwaltung des Landes auf andere Weise genutzt. Im Jahr 1995 erteilte der beklagte Landkreis (B) den Beigel. eine Baugenehmigung zur Errichtung einer Eingangsüberdachung mit Terrasse und Balkon. Seit etwa 1999 beanstandete die Bauaufsichtsbehörde den Umfang des Lkw-Betriebes auf dem Speditionsgrundstück der K wegen Überschreitung der Immissionsrichtwerte am Wohngebäude der Beigel. Hinsichtlich der Wohnnutzung des Gebäudes der Beigel. stellte B mit Bescheid vom 6.2.2004 fest, dass diese Wohnnutzung sowohl in formeller als auch in materieller Hinsicht gegen baurechtliche Bestimmungen

verstoße und ein Bestandsschutz aus einer früher zulässigerweise ausgeübten Wohnnutzung nicht mehr bestehe. In der Begründung wurde ausgeführt, dass die Kreisverwaltung aber bereit sei, aufgrund der besonderen Umstände des Falles von einem bauaufsichtlichen Einschreiten gegen die rechtswidrige Wohnnutzung abzusehen, allerdings nur dann, wenn keine strengeren Lärmschutzanforderungen als die für ein Betriebswohngebäude im Gewerbegebiet gestellt würden. Diese Duldungsentscheidung stelle eine sachgerechte Interessenabwägung dar und verschaffe den Beigel. eine „gewisse verfestigte Rechtsposition“. Die von den Beigel. gegen die Feststellung der Baurechtswidrigkeit ihrer Wohnnutzung erhobene Klage blieb ohne Erfolg. Im Rahmen einer Petition der Beigel., mit der sie die Erstreckung der Duldung auch auf ihre Kinder erreichen wollten, teilte der Landrat des B mit Schreiben v. 15. 9. 2008 mit, dass sie auch künftig mit einem Einschreiten nicht rechnen müssten, sofern nicht besondere Umstände tatsächlicher oder rechtlicher Art ein Einschreiten erforderten. Die K beantragten im Jahre 2010 förmlich, gegen die rechtswidrige Wohnnutzung der Beigel. durch Erlass einer Nutzungsuntersagungsverfügung einzuschreiten. Diesen Antrag lehnte B mit Bescheid vom 10. 2. 2011 ab. Die gegen die Ablehnung gerichtete Klage der K war in beiden Instanzen erfolglos.

II. Zur Rechtslage

Die (zulässige) Verpflichtungsklage der K (§ 42 Abs. 1 Alt. 2 VwGO) ist nur dann begründet, wenn den K ein Anspruch gegen B zusteht, gegen die Wohnnutzung der Beigel. durch Erlass einer Nutzungsuntersagungsverfügung einzuschreiten. Dann müsste B berechtigt sein, einzuschreiten, und hierzu auch verpflichtet sein. Der Ermächtigung zum bauaufsichtlichen Einschreiten korrespondiert ggf. ein subjektives Recht eines Nachbarn auf Einschreiten, sofern die verletzte Vorschrift nachbarschützend ist. Zumindest steht dem Nachbarn ein Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung zu. Der Senat führt Folgendes aus:

Rechtsgrundlage für das begehrte bauaufsichtliche Einschreiten ist § 81 Satz 1 LBauO. Nach dieser Vorschrift kann die Bauaufsichtsbehörde die Benutzung baulicher Anlagen untersagen, wenn diese gegen baurechtliche Vorschriften verstoßen.

Hinweis: Soweit keine spezielle Regelung über ein Nutzungsverbot besteht, kann ein solches Verbot auf die „Generalklauseln“ der Bauordnungen (s. z. B. § 61 Abs. 1 Satz 2 BauO NRW) oder des allgemeinen Polizei- und Ordnungsrechts gestützt werden (s. hierzu näher Vahle, DVP 2007, S. 16).

1. Die Wohnnutzung der Beigel. ist sowohl **formell** als auch **materiell baurechtswidrig**, weil sie nicht genehmigungsfähig ist. All dies steht zwischen den Beteiligten rechtskräftig fest.

Die K können sich auch auf die materielle Baurechtswidrigkeit der Wohnnutzung durch die Beigel. berufen. Denn die Festsetzung von Baugebieten durch **Bebauungspläne** hat für die Nachbarn im Plangebiet kraft Bundesrechts **nachbarschützende Funktion** (vgl. BVerwG, Urteil v. 16. 9. 1993 – 4 C 28.91 –, BVerwGE 94, 151, LS 2). Der Umfang der subjektiven Rechtsstellung des Nachbarn entspricht in vollem Umfang den objektiv-rechtlichen Anforderungen an die Gebietsverträglichkeit. So hat das BVerwG klargestellt, dass der Nachbar auch dann einen Anspruch auf die Bewahrung der festgesetzten Gebietsart hat, wenn das baugewidrigere Vorhaben im jeweiligen Einzelfall noch nicht zu einer tatsächlich spürbaren und nachweisbaren Beein-

trächtigung des Nachbarn führt (BVerwG, Urteil v. 16. 9. 1993, a.a.O., S. 161 und juris, Rn. 23). Dass die baugebietswidrige Wohnnutzung der Beigel. aufgrund der getroffenen Duldungsentscheidung zu keinen strengeren Lärmschutzvorkehrungen als den in einem Gewerbegebiet erforderlichen zwingt, ist deshalb für die Frage des Verstoßes gegen den Gebietsbewahrungsanspruch unerheblich.

2. Trotz Vorliegens der tatbestandlichen Voraussetzungen der Eingriffsermächtigung in § 81 Satz 1 LBauO haben die K **keinen Anspruch auf ein bauaufsichtliches Einschreiten** gegen die im Haus der Beigel. stattfindende Wohnnutzung, weil B dies zum jetzigen Zeitpunkt fehlerfrei abgelehnt hat.

a) Es kann deshalb letztlich dahingestellt bleiben, ob dem von K geltend gemachten Anspruch der Einwand der Verwirkung oder die Unanfechtbarkeit der Duldungsentscheidung vom 6. 2. 2004 entgegengehalten werden kann. In beiden Fällen neigt der Senat allerdings dazu, dies zu verneinen.

Dass die K seit Aufnahme der Wohnnutzung durch die Beigel. im Jahr 1992 lange Zeit untätig geblieben sind, dürfte deshalb **keine Verwirkung ihrer nachbarlichen Ansprüche** auf bauaufsichtliches Einschreiten begründen, weil in den 1990er Jahren keiner der Beteiligten erkannt hatte, dass die 1913 erteilte Baugenehmigung zur Wohnnutzung infolge der Umnutzung des Hauses durch die Straßenverwaltung unwirksam geworden war.

Hinweis: Ansprüche können nach dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) – der analog im öffentlichen Recht gilt – infolge Zeitablaufs verwirkt werden. Das ist der Fall, wenn ein Vertrauenstatbestand dadurch entstanden ist, dass der Berechtigte sein Recht über längere Zeit nicht geltend gemacht hat, obwohl er dazu in der Lage war (sog. Zeitmoment), und der Verpflichtete sich deshalb darauf eingestellt hat und auch darauf einstellen durfte, dass der Berechtigte auch in Zukunft von seinem Recht keinen Gebrauch machen werden (sog. Umstandsmoment; s. Hk-BGB/Schulze, 7. Aufl. 2012, § 242 Rn. 42; vgl. allgemein zu den Voraussetzungen der Verwirkung nachbarlicher Abwehrrechte: BVerwG, Urteil v. 16. 5. 1991 – 4 C 4.89 –, NVwZ 1991, 1182 und juris, Rn. 22).

Hinsichtlich des Bescheids vom 6. 2. 2004 dürfte zwar von einem **Duldungsverwaltungsakt** auszugehen sein. Hierfür sprechen die Formulierungen „Duldungsentscheidung“ und „Verschaffen einer verfestigten Rechtsposition“. Indes dürfte diese Duldungsentscheidung gegenüber den K nicht unanfechtbar geworden sein. Eine unmittelbare Anwendung der Anfechtungsfristen nach §§ 57, 58 und 70 VwGO scheidet mangels förmlicher Bekanntgabe des Verwaltungsakts den K gegenüber aus. Das Berufen auf die fehlende Bekanntgabe der Duldungsentscheidung dürfte ihnen auch nicht nach Treu und Glauben versagt werden können. Zwar hat das BVerwG im Urteil v. 25. 1. 1974 – IV C 2.72 –, ausgeführt, dass einem Nachbarn dann, wenn er sichere Kenntnis von einer Baugenehmigung erlangt hat oder hätte erlangen müssen, nach Treu und Glauben die Berufung darauf versagt sein könne, dass die Baugenehmigung ihm nicht amtlich mitgeteilt wurde (vgl. BVerwGE 44, 294, Leitsatz 2). Die danach erforderliche **Treuwidrigkeit** dürfte den K hier allerdings nicht vorgehalten werden können. So haben sie bereits im November 2004 die in dem „Feststellungsbescheid“ (vom 6. 2. 2004) erklärte Duldung der Wohnnutzung der Beigel. als „evident rechtsmissbräuchlich und ermessensfehlerhaft“ kritisiert. Dass sie darüber hinaus keine weiteren Schritte eingeleitet, sondern zunächst den Rechtsstreit zwischen den Beigel. und B über die Baurechtswidrigkeit

der Wohnnutzung abgewartet haben, erscheint legitim. Nach rechtskräftigem Abschluss dieses Rechtsstreits sind die K dann alsbald aktiv geworden und haben um bauaufsichtliches Einschreiten nachgesucht.

b) B hat den Antrag der K, gegen die rechtswidrige Wohnnutzung der Beigeladenen durch Erlass einer Nutzungsuntersagungsverfügung einzuschreiten, im Bescheid vom 10. 2. 2011 jedenfalls **ermessensfehlerfrei** abgelehnt. Zwar kann ein Nachbar nach der Rechtsprechung des erkennenden Gerichts bei der Verletzung nachbarschützender Vorschriften grundsätzlich ein bauaufsichtliches Einschreiten zum Zwecke der Beseitigung des Rechtsverstoßes beanspruchen. Eine solche **Ermessensreduzierung** gilt jedoch **nicht uneingeschränkt**. So ist anerkannt, dass sie dann nicht eintritt, wenn eine Befreiung oder eine Abweichung von der nachbarschützenden Vorschrift in Betracht kommt, übergeordnete, sich aus der Sache selbst ergebende öffentliche Interessen einem Einschreiten entgegenstehen oder sich die Abweichung von der nachbarschützenden Vorschrift im Bagatellbereich hält (vgl. *OVG RP*, Urteile v. 22. 10. 1987 – 1 A 108/85 – und 7. 12. 2005 – 8 A 11062/05.OVG –, jew. m.w.N.). Der Anspruch auf bauaufsichtliches Einschreiten ist ferner eingeschränkt, soweit der Einschreitenspflicht der Behörde ihrerseits rechtliche Schranken entgegenstehen. Denn der subjektive Anspruch des Nachbarn kann nicht weitergehen als die objektive Pflicht der Bauaufsichtsbehörde. B sieht sich derzeit zu Recht aus Gründen des Vertrauensschutzes an dem Erlass einer Nutzungsuntersagungsverfügung gegenüber den Beigel. gehindert.

aa) Zwar können **polizeiliche bzw. ordnungsrechtliche Eingriffsbefugnisse nicht verwirkt** werden. Denn im Unterschied zu subjektiven privaten Rechten sind sie nicht verzichtbar, müssen vielmehr **im öffentlichen Interesse** zur Gewährleistung rechtmäßiger Zustände aufrechterhalten bleiben (vgl. VGH BW, Urteil v. 1. 4. 2008 – 10 S 1388/06 –, NVwZ-RR 2008, 696; *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, 12. Aufl. 2011, § 53 Rn. 44). Von dem Tatbestand der Verwirkung ist jedoch der Umstand zu unterscheiden, dass sich das Gebrauchmachen von einer Eingriffsermächtigung **im Einzelfall als ermessensfehlerhaft** erweisen kann, wenn sich eine Behörde damit in **Widerspruch zu ihrem früheren Verhalten** setzt und **schutzwürdiges Vertrauen** des Betroffenen verletzt. So ist in der Rechtsprechung des erkennenden Gerichts anerkannt, dass eine Bauaufsichtsbehörde dann am ermessensfehlerfreien Erlass einer Beseitigungsverfügung gehindert sein kann, wenn sie durch ihr vorangegangenes positives Tun einen Vertrauenstatbestand beim Bauherrn geschaffen und dieser im Vertrauen darauf nicht unerhebliche und nur schwer rückgängig zu machende **Vermögensdispositionen** getroffen hat (sog. „aktive Duldung“, vgl. *OVG RP*, Urteil v. 13. 12. 1979 – 1 A 68/77 –, AS 15, 324 [326]; Urteil v. 22. 11. 2011 – 8 A 11101/11.OVG –, DVBl. 2012, 250; ebenso: *OVG NRW*, Beschluss v. 18. 11. 2008 – 7 A 103/08 –, NVwZ-RR 2009, 364 und juris, Rn. 48 f; *Decker*, in: Simon/Busse, BayBauO, 107. Ergänzungslieferung 2012, Art. 76, Rn. 227 m.w.N.; *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 7. Aufl. 2008, § 53, Rn. 27).

Die **Begrenzung der Einschreitenspflicht aus Gründen des Vertrauensschutzes** schränkt die Durchsetzung des objektiven Rechts und der damit korrespondierenden subjektiven Nachbaransprüche zwangsläufig ein. Diese Zurücknahme der Rechtsdurchsetzung ist aber durch die gegenläufigen, ihrerseits ebenfalls rechtlich geschützten Interessen gerechtfertigt (vgl. zu dem im Rechtsstaatsprinzip wurzelnden Gebot des Vertrauensschutzes bei Erlass baurechtlicher Beseitigungsverfügungen: BVerfG, Beschluss v. 2. 9. 2004 – 1 BvR 1860/02 –, NVwZ 2005, 203 [Pirmasenser Amnestie]). Die wider-

streitenden Positionen müssen in einen angemessenen Ausgleich gebracht werden. Hierzu dient das den Bauaufsichtsbehörden eingeräumte Ermessen. Dabei wird dem Gebot zur Herbeiführung rechtmäßiger Zustände von vornherein dadurch in besonderem Maße Ausdruck verliehen, dass die **Hinnahme rechtswidriger Zustände** aus Gründen des Vertrauensschutzes nur für einen **vorübergehenden Zeitraum** erlaubt sein kann. Keinesfalls darf die auf schutzwürdiges Vertrauen gestützte Duldung in ihrer Wirkung derjenigen einer Baugenehmigung gleichkommen (vgl. HessVGH, Beschluss v. 29. 3. 1993 – 4 UE 470/90 –, BauR 1994, 229 und juris, Rn. 13; Finkelnburg/Ortloff/Otto, Öffentliches Baurecht, Bd. II, 6. Aufl. 2010, S. 186 m.w.N.).

bb) Vor diesem Hintergrund ist die Entscheidung des B, aktuell nicht gegen die Wohnnutzung der Beigeladenen einzuschreiten, rechtlich nicht zu beanstanden. B hat zu Recht erkannt, dass durch die Baugenehmigung zur Errichtung der Eingangsüberdachung mit Terrasse und Balkon im Jahr 1995 ein **Vertrauenstatbestand** geschaffen worden war. Die Beigel. mussten diese Baugenehmigung so verstehen, dass die Berechtigung zur Wohnnutzung in dem von ihnen erworbenen Haus nicht in Frage gestellt wird. Die sich im Nachhinein als rechtswidrig erweisende Genehmigung ist auch von den K nicht beanstandet worden; gestritten wurde im Rahmen der Bauausführung lediglich um einen geringfügigen Terrassenüberbau. Da die Beigel. im Vertrauen auf die Berechtigung ihrer Wohnnutzung auch nicht unerhebliche **Investitionen** getätigt haben, würde die Bauaufsichtsbehörde gegen Grundsätze des Vertrauensschutzes verstoßen, wenn sie hierauf im Rahmen der Entscheidung über die Durchsetzung des Gebietsbewahrungsanspruchs nicht Rücksicht nähme. Andererseits hat B bei seinen, dem Bescheid vom 11. 2. 2011 zugrunde liegenden Ermessenserwägungen auch die schutzwürdigen Interessen der K gewürdigt und ihnen in gebotenem Maße Rechnung getragen. Wie vom VG bereits zutreffend dargelegt, hat die Behörde nämlich die Duldung des baurechtswidrigen Zustands an die Bedingung geknüpft, dass die Beigel. keine strengeren Lärmschutzanforderungen geltend machen, als dies für eine Betriebswohnung in einem Gewerbebetrieb beansprucht werden könnte. Dies bedeutet, dass sich die Beigel. mit den in einem Gewerbegebiet zwangsläufig entstehenden und als gebietsverträglich zu bewertenden Geräuscheinwirkungen, einschließlich auftretender Geräuschspitzen, abzufinden haben. Sofern sie darüber hinaus Schutzvorkehrungen auch unterhalb des in einem Gewerbegebiet üblichen Niveaus beanspruchen und gegenüber B geltend machen, stellen sie damit die ihnen lediglich unter der vorgenannten Bedingung gewährte Duldung in Frage. Ferner hat B in seinem Bescheid vom 10. 2. 2011 den Interessen der K dadurch Rechnung getragen, dass er sich die **Möglichkeit des Einschreitens in der Zukunft ausdrücklich vorbehalten** hat (...). J.V.