

Sommer, Jan D., Die Duldung rechtswidriger Zustände im öffentlichen Baurecht. Schriften zum Deutschen und Internationalen Bau-, Umwelt- und Energierecht, Band 17. Frankfurt am Main 2017, Peter Lang. XLVIII, 385 S.

Die behördliche Duldung rechtswidriger Zustände ist ein geradezu klassisches verwaltungsrechtliches Thema. Die Ausrichtung auf das Baurecht unterscheidet diese Dissertation von älteren Werken. Dass sie dadurch weniger breit ansetzt und dafür umso tiefer schürfen kann, ist damit noch nicht gesagt. Für die Duldung ist das Baurecht ein wichtiges Referenzgebiet, in ihm will der Verfasser sie „umfassend und systematisch“ erforschen. Sein Programm ist entsprechend groß: „Aktive“ und „passive“ Varianten und Handlungsformen der Duldung, Einordnung in baurechtliche Kategorien wie den Bestandsschutz, verfassungsrechtliche Vorgaben, Rechtsgrundlagen, Voraussetzungen, Wirkungen, Beendigung der Duldung, Nachbarschutz, Staatshaftung. Ausgespart bleibt das Dulden eines Rechtsverstoßes der Baurechtsbehörde oder der bauleitplanenden Gemeinde durch die Rechtsaufsicht. Es geht dem Verfasser also nur um die behördliche Duldung von Baurechtsverstößen der Bürger. Solche Duldungen sind im Baurecht nicht typischerweise auf Einzelfälle beschränkt, sondern erfassen, anhand ausgearbeiteter Duldungskonzepte, auch Ansammlungen von z. B. illegalen Ferien- und Wochenendhäusern.

Die juristische Durchleuchtung beginnt mit der Frage nach der Rechtsgrundlage. Dass die behördliche Duldung rechtswidrigen Bauens (auf welches kein Bauherr ein Recht hat) überhaupt gesetzlicher Ermächtigung bedarf, folgert der Verfasser aus dem Vorbehalt des Gesetzes, indem er die Duldung der Eingriffsverwaltung zuordnet. Seine Begründung dafür bleibt knapp: Ihm genügt, dass die einen Bauherrn begünstigende behördliche Duldung eines rechtswidrigen Baus für Nachbarn eine potenzielle Belastung sei. Die Grundlage (mal spricht er von „gesetzlicher“, mal von „dogmatischer“, S. 58f., 84) für die Duldung sieht er dann „im Opportunitätsprinzip verankert“ (S. 61). Der gebotene präzisere Hinweis auf die Ermächtigungsnorm für Abrissverfügungen erfolgt eher verschämt mit der (durchaus fragwürdigen) Auskunft, diese Norm gewähre ein „intendiertes“ Ermessen, weil „andernfalls die Ordnungsfunktion des öffentlichen Baurechts ... preisgegeben würde“ (S. 59); sie verlange also im Regelfall Abriss oder Untersagung der Nutzung und lasse deshalb für eine Duldung nur wenig Raum. Interessiert hätte, welche besonderen Grenzen „intendiertes“ Ermessen der Duldung von Baurechtsverstößen setzt – viel später, S. 242 ff., fordert der Verfasser nur eine „unmissverständliche Erklärung über Umfang und Zeitraum“. Tatsächlich behandelt er die Ermächtigung zur Abbruchverfügung dann aber (zu Recht!) wie eine typische Ermessensnorm. Sie erlaubt der Behörde eben auch – unter Verzicht auf Abbruchbefehl oder Nutzungsverbot – die Duldung. Folgen kann man dem Verfasser darin, dass er von einer Duldung im Baurecht nicht sprechen will, wo überhaupt kein Entschließungsermessen besteht, also auch dort nicht, wo Abrissbefehl und Nutzungsverbot als unverhältnismäßig ausscheiden. Für eine Willensentschließung über das Ob einer Duldung ist dann kein Platz. Auch ein Nichtstun der Behörde aus Unkenntnis, Fehleinschätzung oder Nachlässigkeit schließt der Verfasser zu Recht aus dem Duldungsbegriff aus.

Den Ermessensspielraum der Behörde für die Duldung von Baurechtsverstößen erkundet der Verfasser, indem er „sachgerechte“ Duldungsgründe (genauer gewesen wäre: rechtmäßige bzw. ermessensfehlerfreie) sucht. Anhand von Beispielen, die Rechtsprechung und Literatur nicht beanstandet haben, bildet er Fallgruppen, u. a.: Duldung zur Vermeidung oder Beilegung langwieriger Rechtsstreitigkeiten, Duldung alter Baurechtsverstößen vor neuen, Duldung zur Überbrückung einer Übergangszeit, wenn ein

Ende der baurechtswidrigen Nutzung erkennbar ist, Duldung, wenn eine Rechtsänderung absehbar ist, die den Rechtsverstoß für die Zukunft entfallen lässt, Duldung aus sozialen oder aus wirtschaftspolitischen Erwägungen. Interessiert hätten aber für jede Fallgruppe auch die genauen juristischen Maßstäbe und ihre Grenzen, die eine Ermessensfehlerfreiheit belegen können.

Als Nächstes grenzt er die Duldung einer baurechtswidrigen Anlage von einer (Bau-) Genehmigung ab. Denn er sieht die Rechtsordnung durch eine Duldung vor allem deshalb bedroht, weil die Duldung, mag sie auch durch gesetzliche Ermächtigung grundsätzlich gebilligt sein, die geschriebenen Voraussetzungen einer Baugenehmigung umgehen könnte. Zu Recht interessiert ihn deshalb, ob (auch) die Duldung eine Legalisierungswirkung entfalten kann, ob es einen Anspruch auf Duldung geben kann, und ob eine Duldung rechtsnachfolgefähig sein kann. Aber ob es dazu langer Erläuterungen der verschiedenen Arten von klassischen und vereinfachten Baugenehmigungsverfahren und von genehmigungsfreien Vorhaben bedurft hätte? Das Lehrbuchwissen darüber darf beim Leser einer baurechtlichen Dissertation vorausgesetzt werden. Weiterführend und spannend im Vergleich mit der Genehmigung wäre stattdessen gewesen, schon hier zu erfahren, ob die Duldung eines Baurechtsverstoßes dessen Ahndung als Ordnungswidrigkeit ausschließt, was der Verfasser überzeugend, aber erst knapp 300 Seiten später (S. 373–376), verneint. In ihrer Breite entbehrlich gewesen wären hier auch die Ausführungen zum eigentumsrechtlichen Schutz der Baufreiheit. Auch was ein präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt ist (S. 92 f.), muss in einer verwaltungsrechtlichen Dissertation nicht mehr schulmäßig vorgestellt werden, erst recht nicht, dass die (typische) Baugenehmigung ein Verwaltungsakt ist (S. 94). Nicht überzeugt seine Ansicht, es gebe einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über die Duldung, also bei einer Ermessensreduzierung auf Null auch einen Duldungsanspruch (S. 110 f.). Dazu hätte er eine (Schutz-)Norm benennen müssen, die einem Bürger trotz seines Baurechtsverstoßes ein Recht auf fehlerfreies Ermessen gewährt.

Wirkt eine durch das Bauvorhaben veranlasste (d. h. nicht nur aus persönlichen Umständen des Bauherrn folgende) Duldung auch für einen Rechtsnachfolger des Begünstigten? Der Verfasser knüpft hierzu an die Diskussion im Polizeirecht an, nach der eine belastende Verfügung eine zuvor nur abstrakte Verantwortlichkeit des Adressaten zu einer rechtsnachfolgefähigen Pflicht konkretisiert. Nicht zweifelsfrei ist zudem die Annahme des Verfassers, es handle es sich noch um die Konstellation einer abstrakten Verantwortlichkeit, wenn vor einer Beseitigungsverfügung oder Nutzungsuntersagung „eine Duldung erteilt worden“ ist (S. 115 f.). Vielleicht könnte schon die Duldung eines Baurechtsverstoßes eine nachfolgefähige Rechtsposition des Begünstigten konkretisieren? Dem scheint der Verfasser immerhin zuzuneigen.

Manch stichhaltiges Teilergebnis des Vergleichs – eine konkludente Erteilung einer Baugenehmigung durch eine Duldung ist ausgeschlossen, ebenso die formelle Legalisierung eines baurechtswidrigen Vorhabens durch Duldung (S. 101) – hätte schneller erreicht werden können. Am Ende überzeugt, dass die Duldung eines Baurechtsverstoßes und eine Baugenehmigung grundverschieden sind und einander ausschließen. Ob dann noch die immer wieder durchscheinende Besorgnis berechtigt ist, mittels Duldung könne eine Baugenehmigung umgangen werden? Dieser Zweifel erfasst auch die wichtigste Folgerung, die der Verfasser aus dieser Besorgnis zieht, dass nämlich die Duldung eines Baurechtsverstoßes stets befristet werden müsse.

Sodann sollen unter der recht unscharfen Überschrift „Die Duldung im Kontext des Bestandsschutzes“ – ähnlich vage – „Wechselwirkungen von Duldung und Bestandsschutz analysiert werden“ (S. 123). Dies hätte nicht nur besser zur Untersuchung der

Wirkungen im vorigen Teil gepasst, sondern verführt den Verfasser dazu, erst einmal Entwicklung und Stand des baurechtlichen Bestandsschutzes lehrbuchhaft darzustellen. Dabei interessiert ihn hier eigentlich nur, ob der Bürger einen Anspruch darauf haben kann, dass die Behörde mittels Duldungsverwaltungsakt feststellt, eine baurechtswidrige Anlage oder Nutzung genieße Bestandsschutz. Er verneint diese Frage, fein differenzierend, wobei sein Hauptargument bruchlos an frühere Befunde anknüpfen kann: eine vormals baurechtswidrige, doch bestandsgeschützte Anlage erfülle schon die gesetzlichen Voraussetzungen für ein Eingreifen der Behörde nicht, so dass eine Ermessensentschließung zur Duldung ausscheide.

Im nächsten Teil geht es um „Handlungsformen der Duldung“. Nacheinander werden auf ihre Rechtsnatur, Voraussetzungen, Regelungsinhalte und (Rechts-)Folgen hin untersucht alle Formen, in denen Duldungen in der baurechtlichen Praxis auftreten können und – so überzeugend das Ergebnis S. 212 – auch dürfen: Als Akt *sui generis*, als Zusicherung, als Zusage, als Duldungsverwaltungsakt, als öffentlich-rechtlicher Vertrag, als Prozessvergleich, als schlichtes, informelles und kooperatives Verwaltungshandeln. Diese 70 Seiten sind ein Streifzug durch das Verwaltungsverfahrenrecht. Auch die Möglichkeiten, wie eine Behörde ihre Duldung im Einzelfall ausgestaltet kann, zeigt der Verfasser hier auf. Führt dies zu einem für Dissertationen verpönten Handbuch-Charakter? Ganz entziehen kann sich der Verfasser dieser Gefahr nicht. Andererseits entfaltet die Arbeit hier, ausgerichtet an gesetzlichen Formvorgaben, tief-schürfend dogmatische Feinheiten und Varianten der Duldung von Baurechtsverstößen, die ihr Verständnis über Zwecke, Regelungsgehalte und Abgrenzungsmerkmale voranbringt, z. B., dass für die Zusicherung einer Duldung entsprechend § 36 BauGB ein gemeindliches Einvernehmen geboten sein kann, obwohl die Duldung gerade nicht zur Baugenehmigung führt.

Auf weiteren knapp 100 Seiten untersucht der Verfasser dann, warum und in welchem Umfang sich die Behörde an ihrem Entschluss, einen Baurechtsverstoß zu dulden, festhalten lassen muss – und ob und weshalb sie vielleicht die Duldung beenden kann. Die erörterungswürdigen Gründe (Verwirkung von Eingriffsbefugnissen, Verzicht, Verjährung) werden informativ, aber (zu) lang präsentiert. Der Verfasser hält sie für die Duldung von Baurechtsverstößen nicht für einschlägig. Dies entspricht der h. M. Stattdessen sieht er im Vertrauensschutz – also in einem für beliebige Wertungen offenen Grundsatz – die passende „normative“ Grundlage für Geltung und Ende der Duldung (S. 235). Die Voraussetzungen des Vertrauensschutzes und dessen Einfluss auf das Dulden von Baurechtsverstößen leitet er akribisch und zumeist einleuchtend anhand vieler Gerichtsurteile und für alle Handlungsformen und Facetten der Duldung her. Nur vereinzelt verbleiben Zweifel. Warum etwa soll es zwar für die prinzipielle Schutzwürdigkeit des Vertrauens keine Rolle spielen können, dass der Begünstigte einen Baurechtsverstoß beging (vgl. S. 272), aber bei einer anschließend nötigen Interessenabwägung grundsätzlich doch? (S. 281). Im Ergebnis lässt der Verfasser ein schutzwürdiges Vertrauen sehr selten zu: nur bei einer ausdrücklich, unmissverständlich, schriftlich erklärten und befristeten „qualifizierten“ Duldung durch die zuständige Behörde.

Zum Nachbarnschutz holt der Verfasser zunächst erneut (zu) weit aus („Nachbarnschutz im materiellen Baurecht im Überblick“, S. 311). Dann interessiert ihn erstens, welche Ansprüche der Duldungsbegünstigte wegen Nachbarvorhaben (z. B. heranrückender Wohnbebauung) erheben könnte. Anhand einschlägiger Urteile entfaltet er Grundsätze für einen Interessenausgleich. Zweitens ermöglicht ihm ein Blick auf die Abwehransprüche des Nachbarn gegen die Duldung, bisherige Ergebnisse unter neuem Blickwinkel abzusichern; verneint wird z. B. ein Anspruch des Nachbarn auf Ordnungsverfügung statt Duldung, weil bloße Passivität der Behörde keine Ermessensre-

duzierung auf Null bewirken könne. Was aber, wenn die Duldung nicht auf Passivität, sondern auf einem Willensentschluss der Behörde beruht, so wie es der Verfasser verlangt? Aus erneut anderer Perspektive sichert der Verfasser seine Ergebnisse aus staatshaftungsrechtlicher Sicht ab. Letzte Blickwechsel beleuchten die Auswirkung einer Duldung auf Bauleitplanung und Ordnungswidrigkeitenrecht.

Entstanden ist ein wichtiges, weiterführendes Werk. Ungeachtet meiner kritischen Anmerkungen hat es den Preis verdient, den die Juristische Fakultät der Universität zu Köln dem Verfasser dafür verliehen hat.

Martin Ibler, Konstanz

*Seibert, Julian Philipp, Dauerhaft aufgegebene Anlagen. Baurechtswidrigkeit und Rückbaupflichten. Schriften zum Infrastrukturrecht, Band 17. Tübingen 2019, Mohr Siebeck. 354 S.*

Nicht nur Italienreisenden, die mit dem Auto zwischen Mailand und Bologna unterwegs sind, stellt sich angesichts verfallener Gehöfte entlang der Autostrada del sole die Frage, ob man die Eigentümer solcher offensichtlich ungenutzten Anlagen nicht zu einem Rückbau verpflichten könnte. Auch hierzulande werfen Leerstände, städtebauliche Brachen, dauerhaft nicht mehr genutzte Gewerbe- und Industriehallen oder Windenergieanlagen, die nach Ablauf der Förderdauer von 20 Jahren demnächst unprofitabel werden, grundsätzliche Fragen nach Rechten und Pflichten der Grundstückseigentümer auf. Nimmt das (Bau- und Immissionsschutz-)Recht es als rechtmäßig hin, dass die verantwortliche Person eine Anlage auf Dauer „stehen und liegen“ lässt? Mit welchen Instrumenten reagiert das Recht auf solche Lagen und soll die Allgemeinheit die Kosten eines erforderlichen Rückbaus und der Entsiegelung tragen? Allgemeiner und grundsätzlicher steht dahinter die – auch den Schutzbereich der grundrechtlichen Eigentumsgarantie betreffende – Frage, ob und in welchen Grenzen die „Nichtnutzung“ eines Grundstücks „in der Zeit“ zu den rechtmäßigen Dispositionsmöglichkeiten des Grundstücksberechtigten gehört.

Diesen Fragen widmet sich das hier zu besprechende Werk, eine von Wolfgang Durner betreute Bonner Dissertation. Es präsentiert zunächst – sehr knapp im 1. Teil – einige Informationen zu den relevanten Sachverhalten und begründet das „rechtspolitische Bedürfnis“ zu verhindern, dass der Nutzungsberechtigte der Allgemeinheit den Rückbau überlässt, nachdem er die Nutzung dauerhaft aufgegeben hat (S. 10). Warum der Grundstücksmarkt allerdings nicht „selbständig“ dafür sorgt, dass Grundstücke aktiv genutzt und Anlagen deshalb nicht dauerhaft ungenutzt bleiben, wäre zumindest anhand exemplarischer Fallkonstellationen genauerer Untersuchung wert gewesen – auch um die adäquate rechtliche Reaktion auf dieses Marktversagen genauer bestimmen zu können. Das auch ohne solche Explikationen kaum bestreitbare „Bedürfnis“, eine Sozialisierung der Rückbaulast zu vermeiden, bedarf der Übersetzung in konkrete Pflichten einer verantwortlichen Person als baurechtsspezifische Ausprägung des Verursacherprinzips (S. 11) und als eigentumsverfassungsrechtliche Konkretisierung der Sozialpflichtigkeit im Sinne des Art. 14 Abs. 2 GG. Die Arbeit interessiert sich als verwaltungsrechtsdogmatisch angelegte Studie in erster Linie für die erstgenannte Frage und stellt ihre Ergebnisse erst ganz am Ende auf den „Prüfstand des Art. 14 GG“ (S. 309 ff.).

Die Grundlegung erbringt Seibert, indem er im 2. Teil der Frage nach der formellen und materiellen Illegalität nachgeht, wenn die Nutzung einer Anlage dauerhaft aufgegeben wird. Die zentrale These, die diese Illegalität begründet, geht dahin, dass eine