**Titel:**

## Nutzungsänderung überdachter Freisitz in Wintergarten, Abweichung von Abstandsflächen, Bestandsschutz

**Normenketten:**

BauGB § 31 Abs. 2
BayBO Art. 6
BayBO Art. 63 Abs. 1 S. 1

**Schlagworte:**

Nutzungsänderung überdachter Freisitz in Wintergarten, Abweichung von Abstandsflächen, Bestandsschutz

**Fundstelle:**

BeckRS 2025, 7671

## Tenor

I. Die Klage wird abgewiesen.

II. Der Kläger hat die Kosten des Verfahrens zu tragen.

III. Die Kostenentscheidung ist vorläufig vollstreckbar. Der Kläger darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in Höhe des vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn nicht der Beklagte vorher Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

## Tatbestand

1
Der Kläger begehrt die Erteilung einer Baugenehmigung für den Umbau eines Freisitzes mit Überdachung in einen Wintergarten.

2
Der Kläger betreibt als Eigentümer auf dem Grundstück FlNr. 3332/199 Gem. … eine Bar. Das Grundstück befindet sich im Geltungsbereich des Bebauungsplans Nr. 27 „H … Zentrum“ vom 8. Oktober 1990, das ein Gewerbegebiet mit Festsetzungen zu den Baugrenzen in Form von Baufenstern ausweist.

3
Am 5. Mai 2008 genehmigte das Landratsamt R. dem damaligen Grundstückseigentümer einen Freisitz mit Überdachung. Hierzu wurde von den nach Osten einzuhaltenden Abstandsflächen eine Abweichung gem. Art. 63 Abs. 1 BayBO zugelassen (Buchst. B. des Bescheids) sowie von der Einhaltung der Festsetzungen des Bebauungsplans hinsichtlich der Baugrenzen eine Befreiung nach § 31 Abs. 2 Nr. 2 BauGB erteilt (Buchst. C. des Bescheids).

4
Mit Antrag vom 28. Juni 2017 beantragte der Kläger eine Genehmigung für den Umbau der Überdachung mit Freisitz zu einem Wintergarten. Dieser Antrag wurde mit Bescheid vom 13. Mai 2019 abgelehnt, da das Vorhaben die Abstandsflächen nicht einhalte und die Brandschutzbedingungen nicht erfülle. Die dagegen erhobene Versagungsgegenklage (M 1 K 19.2595) wurde am 22. Februar 2021 zurückgenommen.

5
Der Kläger beantragte am 20. August 2020 erneut eine Genehmigung für die Umnutzung des vorhandenen Freisitzes mit Überdachung zu einem Wintergarten. Die Eingabepläne sehen nun eine Brandwand sowie einen Abstand von 1,50 m zur östlichen Grundstücksgrenze vor. Die Gemeinde erteilte mit Beschluss vom 15. September 2020 ihr Einvernehmen. Der Antrag wurde mit streitgegenständlichem Bescheid vom 2. Februar 2021 durch den Beklagten abgelehnt. Das Vorhaben überschreite nicht unwesentlich die im Bebauungsplan festgesetzten Baufenster. Ein Antrag auf Befreiung nach § 31 Abs. 2 BauGB sei nicht gestellt worden. Eine Befreiung könne ohnehin nicht erteilt werden, da hierdurch die Grundzüge der

Planung berührt werden, da in das Plangefüge für das gesamte Bebauungsplangebiet eingegriffen werde. Bei den Baugrenzen handle es sich um eine wesentliche Festsetzung des planerischen Konzepts, mit welcher eine einheitliche Gestaltung des gesamten Baugebiets erreicht werden solle. Eine Befreiung scheitere zudem auch daran, dass durch die Einhausung als Wintergarten der bestehende Gastraum erweitert werde und es sich beim Wintergarten sodann um eine Hauptnutzung handle. Zudem seien die Abstandsflächen nicht eingehalten. Die notwendigen Unterlagen für eine Abstandsflächenübernahme seien nicht beigebracht worden, der betroffene Nachbar sei ohnehin gegen das Vorhaben. Eine Abweichung nach Art. 63 BayBO könne unter diesen Umständen auch nicht erteilt werden, da die nachbarlichen Belange zu sehr beeinträchtigt seien.

6
Der Kläger beantragt mit Klage vom … Februar 2021:

7
Der Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger unter Aufhebung des Bescheids des Beklagten vom 02. Februar 2021 ( …) die Baugenehmigung für die beantragte Umnutzung der vorhandenen Überdachung mit Freisitz in einen Wintergarten auf dem Grundstück F …weg, …, Flurstück-Nummer 3332/199 der Gemarkung …, Gemeinde … zu erteilen.

8
Es liege kein Verstoß gegen den brandschutzrechtlichen Mindestabstand vor. Das Nachbargrundstück sei nicht bebaut und könne auch künftig nicht in baurechtlich zulässiger Weise bebaut werden, ohne den gemäß Art. 28 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 BayBO geforderten 5-Meter-Mindestabstand zu unterschreiten. Denn für den Freisitz bestehe bereits die Genehmigung aus dem Jahr 2008, die unter einer Abweichung von den Abstandsflächen erteilt worden sei. Hierzu habe der Nachbar seine Zustimmung erteilt. Bei einer – soweit bekannt ohnehin nicht vorgesehenen – Bebauung müsse der Nachbar, sofern nicht ebenfalls eine Abweichung erteilt werde, diesen Mindestabstand von 5 Metern wahren. Er könne somit gar nicht in zulässiger Weise an das geplante Vorhaben heranbauen. Durch das Vorhaben werde die brandschutzrechtliche Situation verbessert, da nun mit der Brandwand eine feuerhemmende Abschottung vorhanden sei. Eine Bestätigung der bereits erteilten Abweichung sei somit möglich. Zudem bedürfe es ohnehin keiner erneuten abstandsflächenrechtlichen Gesamtbeurteilung. Eine solche sei bei der Änderung eines Gebäudes nur veranlasst, wenn eine Verschlechterung der abstandsflächenrechtlichen Situation ersichtlich ist. Eine solche sei hier jedoch nicht gegeben, da die durch die Abstandsflächen geschützten Belange Belichtung, Belüftung und Wohnfrieden durch den Wintergarten im Vergleich zum überdachten Freisitz sogar verbessert würden, insbesondere im Hinblick auf Lärm. Es stünden auch keine bauplanungsrechtlichen Bedenken entgegen. § 23 Abs. 3 Satz 2 BauNVO sehe vor, dass ein Vortreten von Gebäudeteilen in geringfügigem Ausmaß zugelassen werden könne, was vorliegend gegeben sei. Auch könnten gemäß § 23 Abs. 5 Satz 1 BauNVO Nebenanlagen im Sinne des § 14 BauNVO zugelassen werden. Um eine solche Nebenanlage handle es sich vorliegend, da der Kläger den Wintergarten nicht beheizen wolle. Der Wintergarten solle entsprechend nicht als Hauptraum und nicht dauerhaft, sondern allenfalls in den wärmeren Sommermonaten genutzt werden. Zudem könne eine Befreiung von den Festsetzungen des Bebauungsplans nach § 31 Abs. 2 BauGB erteilt werden. Dass ein entsprechender ausdrücklicher Antrag fehle, sei unschädlich, da bei einem Bauantrag für ein Vorhaben, das nur über eine Befreiung genehmigt werden könne, der Bauantrag auch einen (stillschweigenden) Antrag auf Befreiung enthalte. Auch wirke sich die Bebauung über die Baugrenzen nicht maßgeblich auf die Grundzüge der Planung aus, da auf der Fläche des Wintergartens bereits der Freisitz mit Überdachung genehmigt worden sei.

9
Der Beklagte beantragt,

10
die Klage wird abgewiesen.

11
Die Genehmigung von 2008 habe eine offene Überdachung mit einer Länge von 16,50 m und einer Breite von 3,50 m, mit einem Grenzabstand zur östlichen Grenze von 1,50 m umfasst. An diese Vorgaben habe sich der Kläger nicht gehalten. Die Überdachung sei planabweichend mit einem Grenzabstand von nur noch 0,50 m ausgeführt und zusätzlich komplett „eingehaust“ worden. Aufgrund dieser planabweichenden

Umsetzung durch den Kläger könne sich dieser im Hinblick auf die Genehmigung von 2008 nicht auf Bestandsschutz berufen. Zudem sei ein Wintergarten im Gegensatz zu einem Freisitz mit einer Überdachung baurechtlich neu zu bewerten, sodass nicht auf die ursprünglich erteilte Befreiung und Abweichung abgestellt werden könne. Durch den Wintergarten erweitere sich nämlich der Gastraum, sodass nachbarliche Belange berührt seien. Da der Nachbar dem Vorhaben nicht zustimme, könne insofern keine Abweichung erteilt werden. Das Vorhaben berühre zudem durch den Verstoß gegen die Festsetzungen im Bebauungsplan die Grundzüge der Planung. Für eine Erweiterung des Gastraums sei kein Baufenster vorgesehen.

12
Wegen der weiteren Einzelheiten wird ergänzend auf die Gerichtsakte sowie die beigezogenen Behördenakten Bezug genommen.

## Entscheidungsgründe

13
Die Verpflichtungsklage in Gestalt der Versagungsgegenklage (§ 42 Abs. 1 Alt. 2 VwGO) ist zulässig aber unbegründet. Die Ablehnung der begehrten Baugenehmigung ist nicht rechtswidrig und verletzt den Kläger nicht in seinen Rechten, da er auf ihre Erteilung keinen Anspruch hat, vgl. § 113 Abs. 5 Satz 1 VwGO.

14
1. Der Kläger hat keinen Anspruch auf die Erteilung der Baugenehmigung aus Art. 68 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 1 BayBO, da dem Vorhaben die im vereinfachten Baugenehmigungsverfahren nach Art. 59 Satz 1 Buchst. b BayBO zu prüfenden Vorschriften über Abstandsflächen nach Art. 6 BayBO entgegenstehen.

15
2. Bei der vom Kläger beabsichtigten Umnutzung des überdachten Freisitzes in einen Wintergarten handelt es sich um ein Vorhaben im Sinne des Art. 55 Abs. 1 BayBO, das die Nutzungsänderung einer baulichen Anlage zum Gegenstand hat, da die Variationsbreite der genehmigten Nutzung (überdachter Freisitz) verlassen wird und der veränderten Nutzung (Wintergarten) aus dem Blickwinkel der maßgeblichen öffentlich-rechtlichen Vorschriften eine andere Qualität zukommt als der bisherigen Nutzung (vgl. BayVGH, B.v. 20.12.2000 – 2 B 99.2118 – juris Rn. 19). Nicht erforderlich ist, dass tatsächlich andere Anforderungen an die geänderte Nutzung gestellt werden, sondern nur, dass derartige Anforderungen in Betracht kommen können und die Frage, ob dies tatsächlich der Fall ist, in einem Genehmigungsverfahren geprüft werden muss (BayVGH, U.v. 19.5.2011 – 2 B 11.353 – juris Rn. 31). Handelt es sich aber um eine genehmigungspflichtige Nutzungsänderung, dann ist die neue Nutzung auch nicht vom Bestandsschutz gedeckt, den die frühere genehmigte Nutzung genoss (BayVGH, U.v. 19. Mai 2011 – 2 B 11.353 – juris Rn. 31).

16
Gemessen an diesen Grundsätzen handelt es sich vorliegend um ein genehmigungspflichtiges Vorhaben. Mit dem Bescheid vom 5. Mai 2008 wurde ein Freisitz mit einer Länge von 16,50 m und einer Breite von 3,50 m genehmigt, mit einem Abstand zur östlichen Grundstücksgrenze von 1,50 m. Das Vorhaben wurde zunächst wohl auch so umgesetzt. Der streitgegenständliche Wintergarten soll laut den Planunterlagen eine Länge von nur 11 m aufweisen, dafür jedoch vollständig eingehaust sein und als bauliche Einheit mit dem Bestandsgebäude verbunden werden. Zudem wird hier eine neue, bisher nicht genehmigte Außenwand gebaut. Die Nutzung wandelt sich von einem witterungsabhängigen offenen Terrassenbetrieb zu einer potenziell ganzjährigen Nutzung des Wintergartens. Der geplante Wintergarten stellt zum überdachten Freisitz mithin ein genehmigungspflichtiges „aliud“ dar und ist vom Bestandsschutz der vorherigen Genehmigung nicht umfasst.

17
3. Das Vorhaben ist nicht genehmigungsfähig. Es hält mit einem Grenzabstand von 1,50 m unstreitig die nach Art. 6 Abs. 4 und Abs. 5 Satz 1 BayBO erforderlichen Abstandsflächen von mindestens 3 m nach Osten nicht ein. Eine Abstandsflächenübernahme im Sinne des Art. 6 Abs. 2 Satz 3 BayBO wurde nicht vorgelegt.

18

4. Auch kommt vorliegend die Erteilung einer Abweichung von dem Abstandsflächenerfordernis nicht in Betracht. Gemäß Art. 63 Abs. 1 Satz 1 BayBO soll die Bauaufsichtsbehörde Abweichungen von den Anforderungen der BayBO zulassen, wenn sie unter Berücksichtigung des Zwecks der jeweiligen Anforderungen und unter Würdigung der öffentlich-rechtlich geschützten nachbarlichen Belange mit den öffentlichen Belangen, insbesondere den Anforderungen des Art. 3 Satz 1 BayBO, vereinbar sind.

19
Eine (erneute) Abweichungserteilung ist nicht deshalb entbehrlich, weil mit dem Bescheid von 5. Mai 2008 eine Abstandsflächenabweichung genehmigt wurde. Denn bei dem Freisitz handelt es sich um ein völlig anderes Vorhaben als beim Wintergarten, sodass die klägerische Berufung auf Bestandsschutz auf Grundlage der Genehmigung von 5. Mai 2008 fehlgeht (s.o.).

20
Die Abweichung muss gemäß Art. 63 Abs. 2 Satz 1 und Satz 2 BayBO entsprechend dem gesetzgeberischen Ziel der Stärkung der Eigenverantwortlichkeit des Bauherrn (LT-Drucks. 15/7161, S. 69) – im Fall eines baugenehmigungspflichtigen Vorhabens grundsätzlich zusammen mit dem Bauantrag – gesondert schriftlich beantragt und begründet und damit zur Prüfung gestellt werden (VG München, U.v. 30.9.2019 – M 8 K 17.4074 – juris Rn. 33). Vorliegend fehlt es bereits an einem solchen Antrag. Selbst wenn man in der Stellung des Bauantrags einen konkludenten Antrag auf Erteilung der Abweichung sehen würde (vgl. hierzu BayVGH, B.v. 2.8.2018 – 15 ZB 18.764 – juris Rn. 16, 20), liegt kein Anspruch auf eine solche Erteilung vor. Denn aufgrund der mit dem Vorhaben einhergehenden erforderlichen abstandsflächenrechtlichen Neubewertung ist der Beklagte ermessensfehlerfrei davon ausgegangen, dass eine Abweichung von den Abstandsflächenvorschriften nicht erteilt werden kann und hat hierbei vor allem auf die nachbarlichen Belange abgestellt. Eine Ermessensreduzierung auf Null mit der Folge, dass der Kläger einen Anspruch auf Erteilung einer solchen Abweichung besäße, kommt nur dann in Betracht, wenn die Zulassung der Abweichung die einzig denkbare Entscheidung darstellt (BeckOK/Weinmann, BayBO, 32. Ed. 1.2.2025, Art. 63 Rn. 36). Hierfür ist nichts ersichtlich.

21
5. Ungeachtet des Umstands, dass auch hinsichtlich der festgesetzten Baufenster keine Befreiung beantragt wurde – ein entsprechendes Erfordernis folgt ebenfalls aus Art. 63 Abs. 1 Satz 1 BayBO – kam es somit auf die nicht eingehaltenen Baugrenzen und einer etwaigen Befreiung nicht mehr an.

22
6. Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO. Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruht auf § 167 VwGO iVm. §§ 708 ff. ZPO.