

## Himmelsstrahler als § 80 V VwGO Variante

### Lösungsvorschlag

© Heike Krieger (Freie Universität Berlin)

Bearbeitung für Hauptstadtfälle: Dominik Steiger

Stand der Bearbeitung: Juni 2015

Der Antrag *Heins* hat Erfolg, wenn er zulässig und begründet ist.

#### A. Zulässigkeit

Der Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ist zulässig, wenn die Voraussetzungen des § 80 Abs. 5 VwGO vorliegen.

#### I. Verwaltungsrechtsweg (§ 40 VwGO)

Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 80 Abs. 5 VwGO ist zunächst, dass der Verwaltungsrechtsweg eröffnet ist, also eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit i.S.d. § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO vorliegt, mithin die VwGO anwendbar ist. Bei der Beseitigungsverfügung nach § 79 S. 1 BauO Bln handelt es sich um eine Maßnahme im Rahmen des Bauordnungsrechts. Für die Streitentscheidung sind folglich die Normen des Bauordnungs- und Bauplanungsrechts maßgeblich, die auf der einen Seite lediglich Träger öffentlicher Gewalt berechtigen und verpflichten, so dass insgesamt eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vorliegt und der Verwaltungsrechtsweg somit eröffnet ist.

**Anmerkung:** Z.T. wird auch auf § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO abgestellt, auch das ist vertretbar.

#### II. Statthaftigkeit des Antrags

Der Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO ist nur statthaft, wenn die Klage in der Hauptsache eine Anfechtungsklage (§ 42 Abs. 1 Alt. 1 VwGO) wäre, wenn sich der Antragsteller also gegen den Vollzug eines Verwaltungsakts wendet. Hein wendet sich gegen die Beseitigungsverfügung, diese ist ein Verwaltungsakt.

#### III. Antragsbefugnis (§ 42 Abs. 2 VwGO analog)

Da vorläufiger Rechtsschutz sinnvollerweise nur zu gewähren ist, wo auch ein Hauptsacheverfahren zulässig wäre, ist § 42 Abs. 2 VwGO auf das Verfahren nach § 80

Abs. 5 VwGO analog anzuwenden. Da Hein Adressat der Beseitigungsverfügung ist, ist er antragsbefugt.

**Anmerkung:** Siehe zur Adressatentheorie [diesen Hinweis](#).

#### IV. Frist

Eine **Antragsfrist besteht nicht**, die Widerspruchsfrist (bzw. Klagefrist, wenn der Widerspruch schon negativ beschieden wurde) darf zumindest bei Antragstellung nicht abgelaufen sein. Dies gilt unabhängig von dem Streit, ob der spätestens gleichzeitig mit dem Antrag eingereicht werden muss. Der Verwaltungsakt darf also nicht unanfechtbar geworden sein, ansonsten wäre die Anordnung ja gar nicht mehr möglich. Hier hat der Hein Widerspruch eingelegt.

*Anmerkung:* Diese Fragen können auch im Rahmen des Rechtsschutzbedürfnisses geprüft werden.

#### V. Rechtsschutzbedürfnis

Zwei Probleme sind grundsätzlich anzusprechen:

1. Fraglich ist, ob *Hein* für einen Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO des Rechtsschutzes bedürftig ist, da er zuvor **keinen Antrag auf Aussetzung der Vollziehung nach § 80 Abs. 4 VwGO bei der Bauaufsichtsbehörde gestellt hat**, sich letzteres Verfahren aber als einfacherer Weg zur Erreichung seines Rechtsschutzziels darstellen könnte. § 80 Abs. 6 VwGO lässt sich allerdings entnehmen, dass ein **solcher Antrag hier nicht nötig ist**, sondern nur im Falle des § 80 Abs. 2 Nr. 1 VwGO zwingend geboten ist. Diese gesetzgeberische Entscheidung darf nicht durch Heranziehung allgemeiner Grundsätze unterlaufen werden, zumal die Behörde hier schon selbst durch Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit entschieden hat.

2. Ist es nötig, dass vorab ein Widerspruch eingelegt wurde? Grundsätzlich muss ein Widerspruch eingelegt werden, es ist aber strittig, ob das **vorab** (oder zumindest gleichzeitig) mit der Antragstellung bei Gericht passieren muss oder ob es ausreicht, wenn zumindest **vor Ablauf der Widerspruchsfrist ein Widerspruch eingelegt wurde**. Dieser Streit ist hier nicht zu entscheiden, da der Widerspruch vorher eingelegt wurde.

Das Rechtsschutzbedürfnis besteht.

#### VI. Passive Verfahrensbefugnis

Da es sich bei dem Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO um ein „Nebenverfahren“ zur Anfechtungsklage handelt, ist § 78 VwGO analog anzuwenden, um ein Auseinanderfallen der Prozessführungsbefugnis im Hauptsacheverfahren und im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes zu vermeiden. Dementsprechend ist im vorliegenden Fall gemäß § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO analog das Land Berlin passiv prozessführungsbefugt.



Anmerkung: Siehe zur Bedeutung des § 78 VwGO [diesen Hinweis](#).

## VII. Beteiligten- und Prozessfähigkeit (§§ 61, 62 VwGO)

*Hein* ist nach § 61 Nr. 1 Alt. 1, § 62 Abs. 1 Nr. 1 VwGO beteiligten- und prozessfähig. Die Beteiligten- und Prozessfähigkeit des Landes Berlin ergibt sich aus § 61 Nr. 1 Alt. 2, § 62 Abs. 3 VwGO.

Anmerkung: Siehe zum Behördenbegriff des § 61 Nr. 3 VwGO [diesen Hinweis](#).

## VIII. Ergebnis zu A.

Das Fehlen sonstiger Zulässigkeitsvoraussetzungen ist nicht erkennbar, so dass der Antrag *Heins* insgesamt zulässig ist.

### B) Begründetheit

Für die Frage, wann ein Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO begründet ist, gibt die VwGO keinen Entscheidungsmaßstab vor. Nach wohl herrschender Meinung ist der Antrag jedenfalls im Fall der Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit nach § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO begründet, wenn entweder die Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit nicht den Anforderungen des § 80 Abs. 3 VwGO entspricht oder wenn sich bei Abwägung der beteiligten Interessen ergibt, dass das Interesse des Antragstellers am einstweiligen Nichtvollzug (Suspendierungsinteresse) das Interesse der Allgemeinheit an der sofortigen Vollziehung (Vollzugsinteresse) überwiegt (vgl. § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO). Letzteres ist insbesondere der Fall, wenn sich nach summarischer Überprüfung ergibt, dass eine Klage im Hauptsacheverfahren begründet wäre, also ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts bestehen, und auch anzunehmen ist, dass dieser den Antragsteller in seinen Rechten verletzt (§ 113 Abs. 1 S. 1 VwGO), da an der Vollziehung eines rechtswidrigen Verwaltungsakts kein Interesse bestehen kann.

Anmerkung: Summarische Überprüfung bedeutet im vorliegenden Zusammenhang meist nur, dass bezüglich der Tatsachengrundlage kein Beweis erhoben werden muss, der Sachverhalt also nicht zur vollständigen Überzeugung des Gerichts (§ 102 Abs. 1 S. 1 VwGO) feststehen muss, sondern das Gericht sich mit Wahrscheinlichkeiten begnügen kann. Rechtsfragen werden dagegen in der Regel nicht summarisch, sondern vollständig durchgeprüft (vgl. hierzu *Schoch*, in: *Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner*, § 80 Rn. 276, 284; zu den Grenzen der Überprüfung von Rechtsfragen in der Praxis: *Jörg Schmidt*, in: *Eyermann*, § 80 Rn. 81), und genau das wird jedenfalls auch im Examen erwartet. Eine wirkliche Abwägung zwischen Suspendierungs- und Vollzugsinteresse findet daher nur statt, wenn sich im Eilverfahren ein zwischen Behörde und Antragsteller streitiger Sachverhalt

nicht vollständig ermitteln lässt und damit die Erfolgsaussichten der Hauptsache nicht vorhersehbar sind. Beispiel: Die Behörde erlässt eine Abbruchanordnung und gibt in der Begründung an, das Haus sei nicht standsicher. Der Eigentümer verneint dies, was er durch Sachverständigengutachten beweisen will. Hier hängt von dem tatsächlichen Umstand der Standsicherheit des Gebäudes die Rechtmäßigkeit der Abbruchverfügung ab, ohne dass diese Frage im Verfahren nach § 80 Abs. 5 VwGO vollständig geklärt werden könnte. Vgl. auch den Presseflug-Fall und den Baumfällig-Fall zum Prüfungsmaßstab im Rahmen des § 123 VwGO.

## **I. § 80 Abs. 3 VwGO**

### **1. Zuständigkeit**

§ 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO: Ausgangs- oder Widerspruchsbehörde = Bezirksamt Reinickendorf

### **2. Verfahren**

keine Anhörung nach h.M. nötig

### **3. Form**

§ 80 Abs. 3 VwGO (+ laut SV)

## **II. Beseitigungsverfügung rechtswidrig und Rechtsverletzung des Hein?**

Fraglich ist, ob die Beseitigungsverfügung i.S.d. § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO rechtswidrig ist und *Hein* in seinen Rechten verletzt, weil dann eine Klage in der Hauptsache Aussicht auf Erfolg hat und sein Suspendierungsinteresse jedenfalls das Vollziehungsinteresse der Polizei überwiegt. Da sich die Beseitigungsverfügung als eine für *Hein* belastende Maßnahme darstellt, ergibt sich eine Verletzung seiner Rechte schon dann, wenn die Verfügung rechtswidrig ist.

### **1. Ermächtigungsgrundlage**

Als **Rechtsgrundlage** für die Beseitigungsverfügung kommt hier allein § 79 S. 1 BauO Bln in Betracht.

### **2. Formelle Rechtmäßigkeit**

Die Beseitigungsverfügung ist formell ordnungsgemäß erlassen worden: Das Bezirksamt Reinickendorf war als Bauaufsichtsbehörde für den Erlass der Beseitigungsverfügung nach § 79 S. 1 BauO Bln gemäß **§ 58 Abs. 1 BauO Bln, §§ 9, 4 Abs. 2 S. 1 AZG, § 2 Abs. 4 S. 1 ASOG, Nr. 15 Abs. 1 ZustKat ASOG zuständig** und auch das **Verwaltungsverfahren** ist ordnungsgemäß durchgeführt, insbesondere ist auch die nach § 28 Abs. 1 VwVfG i.V.m. § 1 Abs. 1 VwVfG Bln<sup>1</sup> notwendige Anhörung vorgenommen und der Bescheid entsprechend den Vorgaben des **§ 39 Abs. 1 VwVfG, insbesondere des Satzes 3**, hinreichend begründet worden.

*Anmerkung:* Zur Begründungspflicht bei Abriss- und Beseitigungsverfügungen siehe den [Freudenhaus-Fall](#).

Fraglich ist jedoch, ob die Beseitigungsverfügung auch materiell rechtmäßig ist, ob sie also von § 79 S. 1 BauO Bln gedeckt ist.

### **3. Tatbestandsvoraussetzungen des § 79 S. 1 BauO Bln**

Dann müssten die "Himmelsstrahler" eine "Anlage" sein (a), die in Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften errichtet worden ist (b) und es müssten auf andere Weise als durch eine vollständige Beseitigung der Himmelsstrahler rechtmäßige Zustände nicht wieder hergestellt werden können (c).

#### **a) Himmelsstrahler als Anlage**

Der Begriff der "Anlage" wird in § 2 Abs. 1 S. 1 BauO Bln legaldefiniert. Hiernach zählen zu den Anlagen "bauliche Anlagen" und "sonstige Anlagen und Einrichtungen i.S.d. § 1 Abs. 1 S. 2 BauO Bln".

#### **aa) Himmelsstrahler als bauliche Anlage?**

Der Begriff der baulichen Anlage ist in § 2 Abs. 1 S. 2 und 3 BauO Bln legal definiert. Hiernach sind bauliche Anlagen mit dem Erdboden verbundene, aus Bauprodukten hergestellte Anlagen. Bauprodukte sind nach § 2 Abs. 9 Nr. 1 BauO Bln vor allem Baustoffe, Bauteile und Anlagen, die hergestellt werden, um dauerhaft in bauliche Anlagen eingebaut zu werden. *Hein* hat die fünf Scheinwerfer auf dem Dach des bestehenden Gebäudes installiert, so dass die Himmelsstrahler nicht unmittelbar mit dem Erdboden verbunden sind; sie sind auch nicht aus Bauprodukten hergestellt und nicht zum dauerhaften Einbau in

---

<sup>1</sup> Im Folgenden wird auf den Verweis auf das Berliner Landesrecht verzichtet.

bauliche Anlagen vorgesehene Anlagen. Die Himmelsstrahler sind vielmehr davon zu unterscheidende Maschinen.<sup>2</sup>

### **bb) Himmelsstrahler als Werbeanlage?**

Die Scheinwerfer könnten jedoch Anlagen der Außenwerbung (Werbeanlagen) i. S. von § 10 Abs. 1 S. 1 BauO Bln sein. Nach § 10 Abs. 2 S. 1 BauO Bln gelten die an bauliche Anlagen zu stellenden Anforderungen, sofern die Werbeanlagen bauliche Anlagen darstellen. Ansonsten sind sie als andere Anlagen i.S.d. § 1 Abs. 1 S. 2, BauO Bln anzusehen.

Als Werbeanlagen werden alle ortsfesten Einrichtungen angesehen, die der Ankündigung oder Anpreisung oder dem Hinweis auf Gewerbe oder Beruf dienen und vom öffentlichen Verkehrs- oder Grünraum aus sichtbar sind. Hierzu zählen gemäß **§ 10 Abs. 1 S. 2 BauO Bln insbesondere auch** Lichtwerbungen.

Hier sind die Himmelsstrahler zwar auf dem Dach, also ortsfest, angebracht, aber nicht von außen sichtbar. Allerdings kommt es für die Einordnung als Werbeanlage nicht auf die Scheinwerfer, sondern auf die von ihnen erzeugten Lichtstrahlen an, die in sehr großem Umkreis wahrzunehmen sein sollen, um potenzielle Besucher der Gaststätte auf das "Loretta Babetta" aufmerksam zu machen. Die Himmelsstrahler entsprechen daher in ihrer Funktion herkömmlichen Schildern oder Lichtwerbungen, selbst wenn sich aus den Lichtstrahlen allein nicht erschließt, wofür geworben wird; denn auch aussagelose Einrichtungen werden als Werbeanlagen angesehen, wenn sie nur den Zweck erfüllen, auf den Ort, von dem sie ausgehen, hinzuweisen.<sup>3</sup>

### **cc) Ergebnis zu a**

Bei den Himmelsstrahlern handelt es sich somit um eine "Anlage" i.S.d. § 79 S. 1 BauO Bln.

## **b) Errichtung der Himmelsstrahler in Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften**

### **aa) Formelle Illegalität – Genehmigungsbedürftigkeit**

Eine Errichtung in Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften liegt bereits vor, wenn für die Errichtung der Himmelsstrahler nach §§ 60 Abs. 1, 64a BauO Bln eine Baugenehmigung erforderlich gewesen wäre, da sie dann ohne die erforderliche

---

<sup>2</sup> Vgl. *Dietlein*, BauR 2000, 1682 ff., 1683; *Hildebrandt*, VBIBW 1999, 250, 251; *Sydow*, Jura 2002, 196, 198 f.

<sup>3</sup> Vgl. OVG Koblenz UPR 2003, 237; VGH München NVwZ 1997, 201, 202; OVG Münster NVwZ 1995, 718; *Dietlein*, BauR 2000, 1682





Baugenehmigung errichtet worden wäre (vgl. § 71 Abs. 7 BauO Bln). Fraglich ist somit, ob diese Errichtung genehmigungsbedürftig gewesen ist. Dass es sich bei den Himmelsstrahlern um eine "Anlage" i.S.d. der BauO Bln handelt, ist bereits geklärt worden. Ferner handelt es sich bei den Himmelsstrahlern um eine Werbeanlage, wie ebenfalls bereits geprüft wurde. Einer Genehmigung hierfür hätte es indes gem. § 64a BauO Bln nur dann bedurft, wenn das Vorhaben nicht nach dem § 62 BauO Bln genehmigungsfrei gewesen wäre. Eine Genehmigungsfreiheit käme hier allein nach § 62 Abs. 1 Nr. 11 BauO Bln in Betracht.

Jedoch ist eine Genehmigungsfreiheit nach § 62 Abs. 1 Nr. 11 lit. a BauO Bln ausgeschlossen: Die Scheinwerferfläche liegt zwar unter 1 qm; § 62 Abs. 1 Nr. 11 lit. a BauO Bln bezieht sich aber ausdrücklich auf die "Ansichtsfläche" und ist damit auf zweidimensionale Werbeflächen zugeschnitten, nicht aber auf dreidimensionale Werbeobjekte. Im Übrigen ist eine gesonderte Betrachtung der Scheinwerfer einerseits und der von ihnen erzeugten, oft mehrere 1000 m langen Lichtstrahlen andererseits verfehlt, weil beide eine funktionale Einheit bilden.<sup>4</sup>

Für die Errichtung der Himmelsstrahler war somit keine Genehmigungsfreiheit gegeben, so dass ihre Errichtung gemäß § 64a BauO Bln genehmigungsbedürftig war. *Hein* hätte damit die Himmelsstrahler nicht ohne Baugenehmigung montieren dürfen, so dass sie schon deshalb i.S.d. § 79 S. 1 BauO Bln formell rechtswidrig und "in Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften" errichtet worden ist.

#### **bb) Materielle Illegalität: Fehlen einer Möglichkeit, auf andere Weise als durch eine Beseitigung rechtmäßige Zustände wieder herzustellen**

*Anmerkung Aufbau:* Eine Beseitigungsverfügung kann bei formeller Illegalität aufgrund des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit nur ergehen, wenn auch materielle Illegalität vorliegt. Durch die nachträgliche Beantragung einer Baugenehmigung kann die formelle Legalität hergestellt werden, wenn eine Baugenehmigung erteilt werden kann. Eine Baugenehmigung kann erteilt werden, wenn die Voraussetzungen hierfür vorliegen. Diese Voraussetzungen sind im Folgenden zu prüfen.

Fraglich ist, ob trotzdem auf andere Weise als durch die Beseitigungsverfügung rechtmäßige Zustände hergestellt werden können. Diese Tatbestandsvoraussetzung ist eine spezielle Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes.

Eine Beseitigungsverfügung kommt jedoch trotz dieser formellen Baurechtswidrigkeit nur dann in Betracht, wenn nicht nachträglich eine Baugenehmigung erteilt werden kann. Damit ist zu untersuchen, ob die Himmelsstrahler in materieller Hinsicht baurechtskonform errichtet

<sup>4</sup> Vgl. OVG Koblenz UPR 2003, 237; VG Stuttgart, NVwZ-RR 2000, 14, 15.

worden sind.<sup>5</sup> Dies richtet sich nach dem einfachen Baugenehmigungsverfahren gemäß § 64 a BauO Bln (s.o.).

Zu prüfen sind (1) die Übereinstimmung mit den Vorschriften über die Zulässigkeit der baulichen Anlagen nach den §§ 29 – 38 BauGB ;(2) die Übereinstimmung mit den Anforderungen gemäß den §§ 6, 9 Absatz 1 und 2, §§ 10 und 16 Absatz 2 sowie beantragte und erforderliche Abweichungen im Sinne des § 68 Absatz 1 und 2 Satz 2 und ;(3) andere öffentlich-rechtliche Anforderungen, soweit wegen der Baugenehmigung eine Entscheidung nach anderen öffentlich-rechtlichen Vorschriften entfällt oder ersetzt wird.

### **(1) Vereinbarkeit mit Bauplanungsrecht (§§ 29 ff. BauGB)**

Das Vorhaben widerspricht insbesondere dann öffentlich-rechtlichen Vorschriften, wenn es mit den bauplanungsrechtlichen Vorgaben der §§ 29 ff. BauGB nicht vereinbar ist.

#### **(a) Anwendbarkeit der §§ 29 ff. BauGB**

Dies ist nur dann möglich, wenn die §§ 29 ff. BauGB insoweit überhaupt anwendbar sind. Dies ist der Fall, wenn es sich bei dem Vorhaben *Heins* um die Errichtung einer baulichen Anlage i.S.d. § 29 Abs. 1 BauGB handeln würde, also um ein Vorhaben, das unabhängig davon, ob die Voraussetzungen des § 2 BauO Bln erfüllt sind, eine gewisse "bodenrechtliche" bzw. "städtebauliche" Relevanz aufweist, also die in § 1 Abs. 6 BauGB genannten Belange in einer Weise berühren kann, die geeignet ist, das Bedürfnis nach einer seine Zulässigkeit regelnden verbindlichen Bauleitplanung hervorzurufen.<sup>6</sup> Dies könnte bei Werbeanlagen generell fraglich sein, da jede einzelne Werbeanlage ein Bedürfnis nach städtebaulicher Planung kaum hervorzurufen geeignet ist. Gerade in Zusammenhang mit Werbeanlagen weist das BVerwG jedoch darauf hin, dass zwar die einzelne Baugenehmigung nur ein einzelnes Vorhaben betrifft, dass aber für die Frage, ob hierdurch das Bedürfnis nach einer verbindlichen Bauleitplanung ausgelöst wird, das Vorhaben "in seiner Typisierbarkeit" zu betrachten sei.<sup>7</sup> Entscheidend sei im Sinne des Grundsatzes der Gleichbehandlung, dass kein Vorhaben von der Geltung der §§ 29 ff. BauGB freigestellt sein kann, sofern dieses Vorhaben ein Bedürfnis nach städtebaulicher Planung auslösen würde, wenn es in vergleichbarer Lage auch von den Nachbarn beabsichtigt würde. Es wird also gerade darauf abgestellt, ob das Vorhaben in seiner gedachten Häufung ein Bedürfnis nach

---

<sup>5</sup> VGH München NVwZ 1997, 201, 202; *Dietlein*, BauR 2002, 1682, 1688; *Hildebrandt*, VBIBW 1999, 250, 253; *Sydow*, Jura 2002, 196, 201.

<sup>6</sup> *Hildebrandt*, VBIBW 1999, 250, 254.

<sup>7</sup> *Dietlein*, BauR 2002, 1682, 1690; *Hildebrandt*, VBIBW 1999, 250, 254.



einer seine Zulässigkeit regelnden verbindlichen Planung hervor ruft.<sup>8</sup> Dies ist bei Werbeanlagen grundsätzlich dann der Fall, wenn sie - auch und gerade in ihrer unterstellten Häufung - das Ortsbild der Gemeinde (vgl. § 1 Abs. 6 Nr. 4, § 34 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 BauGB) beeinflussen können.

Eine solche Beeinflussung des Ortsbildes kann vorliegend angenommen werden: Ein Himmelsstrahler und die von ihm bestimmungsgemäß ausgehende Lichtsäule ist als einheitliches Ganzes anzusehen, das - auch in einer gedachten Häufung - jedenfalls in der Dunkelheit - die **Ortssilhouette** und damit das Ortsbild entscheidend prägt.<sup>9</sup> (Der Anwendbarkeit der §§ 29 ff. BauGB steht auch nicht entgegen, dass die Himmelsstrahler **auf dem Dach** installiert werden sollen, also keine unmittelbare Verbindung mit dem Boden aufweisen würden. Denn unter planungsrechtlichen Aspekten ist unerheblich, ob eine Werbeanlage mit dem Erdboden verbunden oder an bzw. auf einem Gebäude installiert ist.<sup>10</sup>)

Das Vorhaben *Heins* muss daher bauplanungsrechtlichen Vorgaben genügen.

#### (b) Vereinbarkeit mit § 30 BauGB

Laut Sachverhalt befindet sich das Grundstück *Heins*, auf dem das Vorhaben durchgeführt werden soll, im Geltungsbereich eines Bebauungsplans. Daher ist § 30 BauGB zu beachten. Da der Bebauungsplan jedoch keine Festsetzungen über die **Art** der baulichen Nutzung enthält, handelt es sich **nicht** um einen sog. **qualifizierten Bebauungsplan**, innerhalb dessen Geltungsbereich sich die Zulässigkeit eines Vorhabens ausschließlich nach § 30 Abs. 1 BauGB richtet. Vielmehr handelt es sich um einen **einfachen Bebauungsplan**, bei dem sich nach § 30 Abs. 3 BauGB die Zulässigkeit des Vorhabens "im Übrigen" nach § 34 bzw. § 35 BauGB richtet. Der einfache Bebauungsplan wird damit - soweit er keine Regelungen enthält - durch § 34 und § 35 BauGB ergänzt.

Hier lässt sich dem Sachverhalt nicht entnehmen, welche Vorgaben der Bebauungsplan z. B. über das Maß der baulichen Nutzung (vgl. §§ 16 ff. BauNVO), die Bauweise (vgl. § 22 BauNVO) oder die überbaubare Grundstücksfläche enthält (vgl. § 23 BauNVO). Es kann daher davon ausgegangen werden, dass das Vorhaben den Vorgaben des Bebauungsplanes entspricht. Da dieser jedoch keine Vorschriften über die Art der baulichen Nutzung enthält, sind insoweit nach § 30 Abs. 3 BauGB die Regelungen der § 34 und § 35 BauGB ergänzend heranzuziehen.

#### (c) Vereinbarkeit mit § 34 BauGB

---

<sup>8</sup> VGH München BayVBl. 2006, 220, 221; VGH Mannheim NuR 2004, 383, 385; Brohm, § 29 Rn. 6 ff.; Fischer, NVwZ 2004, 1057, 1059.

<sup>9</sup> Vgl. Brohm, § 18 Rn. 19 ff.

<sup>10</sup> BVerwGE 91, 234, 236 ff.

Fraglich ist daher zunächst, ob sich die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit des Vorhabens nach § 34 BauGB richtet. Dann müsste sich das Grundstück *Heins* innerhalb eines im Zusammenhang bebauten Ortsteiles befinden. Das ist hier noch der Fall, da die Himmelsstrahler auf dem **letzten Haus** des im Zusammenhang bebauten Ortsteils errichtet werden sollen, so dass sich das Grundstück gerade nicht mehr im Außenbereich befindet.

Anmerkung: Siehe hierzu auch den [Biergarten-Fall](#).

Aufgrund der Rotation der Strahler werden jedoch die Lichtkegel auch den Außenbereich bestreichen, so dass deshalb angenommen werden könnte, dass die Anlage insoweit am Maßstab des § 35 BauGB zu messen und damit unzulässig sein könnte.<sup>11</sup> Dabei würde jedoch übersehen, dass auch sonst optische Auswirkungen eines Vorhabens auf den Außenbereich das Vorhaben selbst nicht zu einem Außenbereichsvorhaben machen. Maßgeblich für die Frage, ob ein bestimmtes Vorhaben innerhalb im Zusammenhang bebauter Ortsteile liegt, ist **allein sein Standort**.

Damit richtet sich die Zulässigkeit des Vorhabens nach § 34 BauGB. Gemäß § 34 Abs. 1 Satz 1 BauGB darf es verwirklicht werden, wenn es sich in die Eigenart der näheren Umgebung einfügt, wobei aufgrund von § 34 Abs. 2 Satz 1 BauGB allein maßgeblich ist, ob es in einem der in der BauNVO bezeichneten Baugebiete zulässig ist, sofern die Eigenart der näheren Umgebung einem dieser Baugebiete entspricht. Aus dem Sachverhalt ergibt sich, dass das Grundstück in einem im Zusammenhang bebauten Ortsteil mit ausgeprägt dörflichem Charakter liegt und folglich die Vorschrift des **§ 5 BauNVO über Dorfgebiete** einschlägig ist. Nach § 5 Abs. 2 Nr. 5 BauNVO sind in einem Dorfgebiet u. a. Schank- und Speisewirtschaften zulässig, wovon gemäß **§ 14 Abs. 1 Satz 1 BauNVO** untergeordnete Nebenanlagen umfasst sind, die dem Nutzungszweck der in dem Baugebiet gelegenen Grundstücke oder des Baugebiets selbst dienen und die seiner Eigenart nicht widersprechen.

Als untergeordnete Nebenanlage ist eine bodenrechtlich relevante bauliche Anlage anzusehen, die keinen selbstständigen Nutzungszweck erfüllt und sich optisch der baulichen Hauptanlage unterordnet;<sup>12</sup> die Unselbstständigkeit des Nutzungszwecks liegt vor, wenn die Werbeanlage mit der Hauptnutzung in einem Funktionszusammenhang steht.<sup>13</sup> Diese Voraussetzungen sind bei den von *Hein* installierten Scheinwerfern gegeben, weil sie **ohne eigenen Nutzungszweck lediglich der Werbung für eine zulässige Schankwirtschaft dienen**. Sie sind auch wegen ihrer geringen Größe dem zweigeschossigen Gebäude, der Hauptanlage, optisch untergeordnet; in diesem Zusammenhang kommt es auf die Größe der von den Strahlern erzeugten Lichtkegel nicht an.

<sup>11</sup> BVerwGE 114, 206, 209 f.

<sup>12</sup> Dietlein, BauR 2002, 1682, 1686; Hildebrandt, VBIBW 1999, 250, 253; Sydow, Jura 2002, 196, 199.

<sup>13</sup> BVerwG NVwZ 1995, 899.

· Fraglich ist jedoch, ob die Himmelsstrahler der Eigenart eines Dorfgebiets entsprechen – insoweit wird jedenfalls im Hinblick auf den im Sachverhalt erwähnten ausgeprägt dörflichen Charakter ein Einfügen wegen der Sichtbarkeit der von ihnen ausgehenden Lichtstrahlen weit über die unmittelbare Umgebung der Leistungsstätte hinaus nicht anzunehmen sein.<sup>14</sup>

Dementsprechend ist das Vorhaben *Heins* nach § 34 BauGB unzulässig.

#### (d) Ergebnis zu (1)

Das Vorhaben *Heins* ist damit bereits bauplanungsrechtlich unzulässig.

### (2) Vereinbarkeit mit Bauordnungsrecht

Das Vorhaben könnte darüber hinaus auch den bauordnungsrechtlichen Bestimmungen (§§ 6, 9 Absatz 1 und 2, §§ 10 und 16 Absatz 2 sowie beantragte und erforderliche Abweichungen im Sinne des § 68 Absatz 1 und 2 Satz 2 BauO Bln) widersprechen.

#### (a) Vereinbarkeit mit § 10 Abs. 5 S. 1 BauO Bln

Nach dem Sachverhalt befindet sich der Standort, an dem die Himmelsstrahler errichtet wurden, in einem dörflich geprägten Gebiet.

*Anmerkung:* § 10 Abs. 4 Nr. 1 BauO Bln ist vorliegend nicht anwendbar, auch wenn die Lichtstrahlen auf den Außenbereich einwirken,<sup>15</sup> siehe oben B I 3 a cc.

Nach § 10 Abs. 5 S. 1 BauO Bln sind in diesen Gebieten Anlagen der Wirtschaftswerbung nur **an der Stätte der Leistung** zulässig. Der notwendige enge örtliche Zusammenhang zwischen der Leistungsstätte und den Himmelsstrahlern ist vorliegend an sich gegeben, weil die Himmelsstrahler an dem "Loretta Babetta" selbst befestigt werden und auch auf diese hinweisen sollen; denn der Werbeanlagencharakter des Himmelsstrahlers ergibt sich gerade aus dem Umstand, dass der Lichtstrahl potenzielle Interessenten auf einen Gewerbebetrieb am Standort des Geräts hinweist.<sup>16</sup>

<sup>14</sup> So in einem vergleichbaren Fall OVG Koblenz UPR 2003, 237.

<sup>15</sup> Vgl. BVerwGE 91, 234, 239.

<sup>16</sup> Vgl. *Dietlein*, BauR 2000, 1682, 1686 m. w. N.

Allerdings könnte auch eine **restriktive Auslegung** des Ausnahmetatbestandes des § 10 Abs. 5 S. 1 BauO Bln geboten sein, um der gesetzgeberischen Entscheidung, Dorfgebiete grundsätzlich von Wirtschaftswerbung frei zu halten, Rechnung zu tragen. Gedacht war bei dem Ausnahmetatbestand sicherlich nur an solche Werbeanlagen, die nicht über den räumlichen Bereich der Betriebsstätte hinauswirken. Gerade dies erscheint jedoch angesichts der funktionellen Einheit von Maschine und Lichtstrahl, der "fernab von der Stätte der Leistung seine Bilder an die Wolkendecke malt", nicht gegeben.<sup>17</sup>

Aufgrund der gebotenen restriktiven Handhabung des § 10 Abs. 5 S. 1 BauO Bln verstößt das Vorhaben *Heins* damit auch gegen diese Bestimmung.

### **(b) Vereinbarkeit mit § 10 Abs. 2 S. 2 Alt. 1 BauO Bln**

Die geplanten Himmelsstrahler könnten, wie die Bauaufsichtsbehörde in ihrem ablehnenden Bescheid geschrieben hat, das Orts- und Landschaftsbild verunstalten und damit gegen § 10 Abs. 2 S. 2 BauO Bln verstoßen. Für die Bestimmung des Begriffs des **Verunstaltens** ist auf das Empfinden jedes für ästhetische Eindrücke offenen Betrachters abzustellen, des so genannten gebildeten Durchschnittsmenschen.<sup>18</sup> Eine Verunstaltung setzt somit voraus, dass die bauliche Anlage über das Unschöne hinaus das Gesamtbild ihrer Umgebung in solcher Weise stört, dass der sog. gebildete Durchschnittsbetrachter in seinem ästhetischen Empfinden nicht bloß beeinträchtigt, sondern verletzt wird und die bauliche Anlage somit als hässlich empfindet.

Ob die – von den nicht sichtbaren Scheinwerfern ausgehenden – Lichtstrahlen das ästhetische Empfinden derart beeinträchtigen, ist nach dem Sachverhalt nicht eindeutig festzustellen. Bedenken könnten wegen der Lieblichkeit der Landschaft bestehen, deren Erscheinungsbild durch die "künstlichen" Lichtstrahlen gestört wird.<sup>19</sup> Jedoch werden die Lichteffekte ohnehin nur bei Dunkelheit erzeugt, so dass es schon deshalb zu einem Kontrast zwischen dem Landschaftsbild und den Himmelsstrahlern nicht kommen kann.<sup>20</sup>

### **(c) Vereinbarkeit mit § 10 Abs. 2 S. 2 Alt. 2 BauO Bln**

Die von den vorgesehenen Scheinwerfern ausgehenden Lichtstrahlen könnten indes zu einer – durch § 10 Abs. 2 S. 2 2. Alt. BauO Bln – verbotenen Gefährdung der Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs führen. Insoweit ist jedoch zu berücksichtigen, dass für die Anwendung des § 10 Abs. 2 S. 2 2. Alt. BauO Bln kein Raum ist, soweit **bundesrechtlich**

<sup>17</sup> *Hildebrandt*, VBIBW 1999, 252, 253.

<sup>18</sup> A. A. in einem vergleichbaren Fall OVG Koblenz UPR 2003, 237.

<sup>19</sup> *Hildebrandt*, VBIBW 1999, 250, 251

<sup>20</sup> So VG Neustadt a.d.W., 4 K 646/02 vom 4. Juli 2002 [Juris]; *Dietlein*, BauR 2000, 1682, 1683

die Frage der Zulässigkeit der Werbung im Hinblick auf Fragen der Verkehrssicherheit **abschließend** geregelt ist. Eine solche abschließende Regelung findet sich nach herrschender Auffassung in § 33 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 StVO, nach dem **außerhalb geschlossener Ortschaften** jede Werbung (insbesondere auch durch Licht) verboten ist, wenn dadurch Verkehrsteilnehmer in einer den Verkehr gefährdenden oder erschwerenden Weise abgelenkt oder belästigt werden können. Hieraus wird geschlossen, dass die Regelungen in den Landesbauordnungen über die Verkehrssicherheit - entgegen ihrem Wortlaut - nur auf die Auswirkungen von Bauvorhaben **innerhalb geschlossener Ortschaften** Anwendung finden.<sup>21</sup>

Hinsichtlich der innerörtlichen Auswirkungen der Himmelsstrahler trifft zwar zu, dass – wie *Hein* argumentiert – Verkehrsteilnehmer innerhalb geschlossener Ortschaften ständig der Werbung ausgesetzt sind und daher eine Verkehrsgefährdung nur bei überaus auffälligen Werbeanlagen in besonders schwierigen Verkehrssituationen anzunehmen ist, aber im vorliegenden Fall bleibt zu berücksichtigen, dass die Werbung in einer Umgebung stattfindet, die nach dem Sachverhalt kaum Werbeanlagen aufweisen dürfte, sich vielmehr durch ihre natürliche Schönheit auszeichnet. Deshalb ist eine Verkehrsgefährdung durch die Lichtstrahlen nicht auszuschließen, vor allem weil es sich um bewegliche Lichterscheinungen handelt, auf die Betrachter regelmäßig sehr empfindlich reagieren,<sup>22</sup> im Ergebnis indes wohl zu verneinen, weil keine Anhaltspunkte für eine komplexe Verkehrssituation vorliegen, so dass eine Verkehrsgefährdung gemäß § 10 Abs. 2 S. 2 2. Alt. BauO Bln innerhalb der geschlossenen Ortschaft abzulehnen ist.<sup>23</sup>

#### **(d) Ergebnis zu (2)**

Damit verstößt das Vorhaben *Heins* gegen § 10 Abs. 5 S. 1 BauO Bln und somit auch gegen bauordnungsrechtliche Bestimmungen.

#### **(3) Vereinbarkeit mit sonstigen öffentlich-rechtlichen Vorschriften**

Zu den öffentlich-rechtlichen Vorschriften im Sinne § 79 S. 1 BauO Bln gehören nicht nur solche des Baurechts, sondern auch die Vorschriften des sonstigen öffentlichen Rechts. Dies gilt auch, wenn die Vorschriften nicht in einem Baugenehmigungsverfahren zu prüfen sind. Nach dem eindeutigen Hinweis im Sachverhalt bestehen gegen das Vorhaben *Heins* insoweit keine straßenrechtlichen und **immissionsschutzrechtlichen** Bedenken. Jedoch könnte das Vorhaben gegen das Straßenverkehrsrecht verstoßen, während Anhaltspunkte für einen Verstoß gegen naturschutzrechtliche und denkmalschutzrechtliche Bestimmungen nicht bestehen.

---

<sup>21</sup> BVerwGE 2, 172, 177.

<sup>22</sup> In diese Richtung wohl *Sydow*, Jura 2002, 196,200.

<sup>23</sup> So im Ergebnis auch *Dietlein*, BauR 2002, 1682, 1685.

Das Vorhaben könnte gegen § 33 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 StVO verstoßen. Zwar soll das Vorhaben auf einem Grundstück innerhalb der geschlossenen Ortslage verwirklicht werden, aber die Himmelsstrahler wirken sich wegen der Sichtbarkeit über weite Entfernungen ebenso auf den außerörtlichen Straßenverkehr aus, und nach § 33 Abs. 1 Satz 2 StVO darf der außerörtliche Verkehr auch durch innerörtliche Werbung oder Propaganda in solcher Weise nicht gestört werden. Für die Gefährdung oder Erschwerung des Verkehrs durch eine Werbeanlage genügt somit das Vorliegen einer abstrakten Gefahr, die sich aus der Situation des Ortes, an dem sich die Anlage befindet, und der näheren Umgebung ergibt. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Wirkung der Himmelsstrahler auch über größere Entfernung auftritt und der durchschnittliche Kraftfahrer durch bewegte Lichtstrahlen, die er nachts plötzlich – etwa nach einer Kurve oder hinter einem Hügel – erblickt, so abgelenkt werden kann, dass eine Gefährdung seiner selbst oder anderer Verkehrsteilnehmer in der Dunkelheit bei den außerorts zulässigen höheren Geschwindigkeiten nicht ausgeschlossen zu werden vermag. Deshalb verstößt die Errichtung der Himmelsstrahler gegen das in § 33 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 StVO enthaltene Verbot, das strengere Anforderungen stellt als § 10 Abs. 2, 2. Alt. BauO Bln.

#### **(4) Ergebnis**

Da das Vorhaben weder mit § 34 Abs. 1 und 2 BauGB i. V. m. § 5 BauNVO noch mit § 10 Abs. 5 S. 1 BauO Bln auch nicht mit § 33 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 StVO<sup>24</sup> vereinbar ist, widerspricht es in mehrerer Hinsicht öffentlich-rechtlichen Vorschriften, so dass die Errichtung des Himmelsstrahlers sowohl formell als auch materiell baurechtswidrig ist. Eine Baugenehmigung kann somit nicht erteilt und die formelle Illegalität nicht beseitigt werden.

#### **c) Nutzungsuntersagung**

Es könnten jedoch durch eine Nutzungsuntersagung rechtmäßige Zustände hergestellt werden. Vorliegend sind die Scheinwerfer, die auf dem Dach angebracht sind, nicht von außen sichtbar. Für eine Einordnung als Werbeanlage kommt es, wie bereits dargelegt, auf die Lichtstrahlen und nicht auf das Gerät an. Die Lichtstrahlen können bereits durch eine Nutzungsuntersagung beseitigt werden. Somit sind Nutzungsuntersagung und Beseitigungsverfügung gleich geeignet. Eine Nutzungsuntersagung schneidet weniger als eine Beseitigungsverfügung in den Rechtskreis des *Hein* ein, da die Beseitigung mit Kosten und Aufwand verbunden ist. Die Beseitigungsverfügung ist somit unverhältnismäßig. Durch die Nutzungsuntersagung kann ein rechtmäßiger Zustand geschaffen werden.

---

<sup>24</sup> VGH München NVwZ 1997, 201, 202; *Dietlein*, BauR 2000, 1682, 1684 Fn. 26; *Hildebrandt*, VBIBW 1999, 250, 251.



#### **4. Ergebnis zu I**

Damit liegen die in § 79 S. 1 BauO Bln ausdrücklich genannten Tatbestandsvoraussetzungen für eine Nutzungsuntersagung, jedoch nicht für eine Beseitigungsverfügung, vor.

#### **IV. Ergebnis zu B**

Nach alledem war die Beseitigungsverfügung aufgrund der Möglichkeit des Erlasses einer Nutzungsverfügung rechtswidrig und ist daher geeignet, *Hein* in seinen Rechten zu verletzen, so dass der Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung begründet ist.

#### **C) Gesamtergebnis**

Der Antrag *Heins* ist demzufolge zulässig und begründet, und hat deshalb Aussicht auf Erfolg.