

Freudenhaus Lösungsvorschlag

© [Klaus Grupp \(Universität des Saarlandes\)](#) und [Ulrich Stelkens \(Deutsche Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer\)](#)

Bearbeitung für [Hauptstadtfälle](#): Dominik Steiger
Stand der Bearbeitung: Oktober 2013

Die Klage *Stefan Schandowskys* vor dem Verwaltungsgericht wird Erfolg haben, wenn sie zulässig und begründet ist.

A) Zulässigkeit

Die Klage ist zulässig, wenn die Sachurteilsvoraussetzungen der §§ 40 ff. VwGO erfüllt sind.

Anmerkung: Für die Prüfung der Sachentscheidungsvoraussetzungen im Verwaltungsprozess siehe [diesen Hinweis](#).

I. Verwaltungsrechtsweg (§ 40 VwGO)

Der Verwaltungsrechtsweg ist eröffnet, wenn eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit i.S.d. § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO vorliegt. Eine Streitigkeit ist öffentlich-rechtlich, wenn die für die Streitentscheidung maßgebliche Norm dem öffentlichen Recht angehört. 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.

II. Statthafte Klageart

Die statthafte Klageart richtet sich nach dem Begehren des Klägers, wie es sich bei verständiger Würdigung der Sach- und Rechtslage darstellt (vgl. § 88 VwGO). *Schandowsky* will gegen die vom **Bezirksstadtrat** Bauwesen erlassene Beseitigungsverfügung vorgehen. Diesem Begehren wird die Anfechtungsklage gemäß § 42 Abs. 1 Alt. 1 VwGO gerecht, weil es sich bei der angegriffenen Beseitigungsverfügung (§ 79 S. 1 BauO Bln) um einen Verwaltungsakt i.S.d. Legaldefinition des § 35 VwVfG des § 31 SGB X, des § 118 AO und der entsprechenden Bestimmungen der Verwaltungsverfahrensgesetze der Länder handelt, welche als Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes auch für die Auslegung der VwGO maßgeblich ist.¹ Die Anfechtungsklage ist somit die statthafte Klageart.

III. Klagebefugnis (§ 42 Abs. 2 VwGO)

¹ U. Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 35 Rn. 12 und 15.

Die Anfechtungsklage ist nach § 42 Abs. 2 VwGO nur zulässig, wenn *Schandowsky* geltend machen kann, durch die Beseitigungsverfügung möglicherweise in seinen Rechten verletzt zu sein. *Schandowsky* wendet sich gegen einen ihn belastenden Verwaltungsakt. Eine belastende Maßnahme greift stets in Grundrechte des Adressaten, zumindest in Art. 2 Abs. 1 GG, ein.

Anmerkung: Siehe zu dieser Adressatentheorie [diesen Hinweis](#).

Rechte *Schandowskys* sind somit verletzt, wenn der Bescheid rechtswidrig ist. Da dies nicht von vornherein ausgeschlossen ist, ist er klagebefugt.

IV. Vorverfahren (§ 68 VwGO)

Das Vorverfahren nach § 68 Abs. 2 VwGO wurde form- und fristgerecht durchgeführt.

V. Passive Prozessführungsbefugnis (§ 78 VwGO)

Die Klage ist nach § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO gegen das Land Berlin als den Behördenträger zu richten.

VI. Beteiligtenfähigkeit (§ 61 VwGO)

Der Kläger ist als natürliche Person nach § 61 Nr. 1 VwGO beteiligtenfähig. Die Beteiligtenfähigkeit des Landes Berlin ergibt sich aus § 61 Nr. 1 VwGO.

VII. Prozessfähigkeit (§ 62 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3 VwGO)

Schandowsky ist gemäß § 62 Abs. 1 Nr. 1 VwGO prozessfähig. Für das Land Berlin handelt gemäß § 62 Abs. 3 VwGO ein Vertreter.

VIII. Ergebnis zu A

Da auch die für **Form** und **Frist** einer **Klage** geltenden Vorschriften (§ 81, § 82 Abs. 1 und § 74 Abs. 1 Satz 1 VwGO) eingehalten wurden, ist die Klage insgesamt zulässig.

B) Begründetheit

Die Anfechtungsklage ist begründet, soweit der Bescheid rechtswidrig ist und *Schandowsky* dadurch in seinen Rechten verletzt ist (§ 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO). Da sich *Schandowsky* gegen einen an ihn gerichteten, ihn belastenden Verwaltungsakt wendet, ergäbe sich die Rechtsverletzung, sollte der Verwaltungsakt rechtswidrig sein, zumindest aus Art. 2 Abs. 1 GG. Daher ist hier nur die Rechtmäßigkeit der Beseitigungsverfügung zu untersuchen. Als **Rechtsgrundlage** für die Beseitigungsverfügung kommt hier allein § 79 S. 1 BauO Bln in Betracht.

I. Formelle Rechtmäßigkeit der Beseitigungsverfügung

Damit ist zunächst fraglich, ob die Beseitigungsverfügung formell ordnungsgemäß erlassen worden ist. Das Bezirksamt war als Bauaufsichtsbehörde für den Erlass der Beseitigungsverfügung nach § 79 S. 1 BauO Bln gemäß § 58 Abs. 1 Satz 1, § 4 Abs. 2 S. 2 AZG, § 2 Abs. 4 S. 1 ASOG, Nr. 15 Abs. 1 ZustKat ASOG jedenfalls **zuständig**.² Auch das **Verwaltungsverfahren** ist ordnungsgemäß durchgeführt,

² Für das Bezirksamt handelt nach § 38 Abs. 2 S. 1 BezVwG der Bezirksstadtrat.

insbesondere ist auch die nach § 28 Abs. 1 VwVfG i.V.m. § 1 Abs. 1 VwVfG Bln³ notwendige Anhörung vorgenommen worden.

Fraglich ist jedoch, ob die Beseitigungsverfügung entsprechend den Vorgaben des § 39 Abs. 1 VwVfG hinreichend begründet worden ist. Insoweit rügt *Schandowsky*, dass sich der Begründung nicht entnehmen lasse, weshalb die Behörde nicht auf den Erlass einer Beseitigungsverfügung verzichtet habe. Tatsächlich räumt § 79 S. 1 BauO Bln der Bauaufsichtsbehörde **bezüglich der Rechtsfolge** in unterschiedlicher Weise Ermessen ein, nämlich sowohl hinsichtlich des "Ob" des Tätigwerdens (Entschließungsermessen) als auch hinsichtlich des Inhalts - des "Wie" - der Maßnahme (Auswahlermessen hinsichtlich des Mittels). Für die Begründungspflicht nach § 39 Abs. 1 Satz 3 VwVfG bedeutet dies, dass an sich in der Begründung die Gesichtspunkte anzugeben sind, von denen die Behörde bei der Ausübung ihres Ermessens ausgegangen ist. Nach dem Wortlaut des § 39 Abs. 1 Satz 3 VwVfG hätte die Behörde hier folglich insbesondere angeben müssen, aus welchen Gründen sie nicht vom Erlass einer Beseitigungsverfügung abgesehen hat. Solche Ausführungen fehlen allerdings in dem Bescheid.

Jedoch handelt es sich bei § 39 Abs. 1 Satz 3 VwVfG nur um eine "Soll-Vorschrift". Dies bedeutet nach wohl herrschender Meinung insbesondere, dass von der Begründung der Ermessenserwägungen abgesehen werden kann, wenn es einer solchen Begründung letztlich nicht bedarf, weil die getroffene Entscheidung für den Betroffenen **selbstverständlich** ist (vgl. insoweit auch § 39 Abs. 2 Nr. 2 VwVfG). Denn nach Auffassung des BVerwG⁴ ist eine Begründung der "Abwägung des Für und Wider" dann nicht nötig, wenn es nach dem einschlägigen materiellen Recht einer solchen Abwägung nicht wirklich bedarf. Dies sei regelmäßig dann der Fall, wenn es um die Entscheidung über das "Ob" des Einschreitens gegenüber rechtswidrigen Zuständen gehe. Denn in diesen Fällen stünden sich nicht ein "Für und Wider" in dem Sinne gegenüber, dass der zuständigen Behörde völlig freigegeben wäre, zwischen dem Einschreiten oder Nichteinschreiten zu wählen. Vielmehr gehe es darum, dass die zuständige Behörde in die Lage versetzt werden solle, von dem sich aus der Natur der Sache her gebotenen Einschreiten (ausnahmsweise) absehen zu dürfen, wenn sie dies nach den gegebenen Umständen für opportun halte. Angesichts dessen müsse die Abwägung des "Für und Wider" nur dann näher begründet werden, wenn der Fall so geartet sei, dass konkrete Anhaltspunkte die Angemessenheit einer Ausnahme - also eine Duldung eines rechtswidrigen Zustandes - rechtfertigen würden. Fehlt es hieran, soll es für eine ordnungsgemäße Begründung i.S.d. § 39 Abs. 1 Satz 3 VwVfG ausreichen, dass die Behörde zu erkennen gibt, es gehe ihr um die Beseitigung eines rechtswidrigen Zustands.⁵

Hier gibt es keinen Anlass für die Annahme, dass die Bauaufsichtsbehörde vom Vorliegen eines solchen Sonderfalls ausging, der eine Duldung des Hauses rechtfertigte, so dass sie nach diesen Grundsätzen (die oft als Grundsätze über das "**intendierte Ermessen**" bezeichnet werden) auch nicht verpflichtet war, das (aus ihrer Sicht) Selbstverständliche in dem Bescheid näher darzulegen. Hieran ändert sich auch dann nichts, wenn die Behörde - wie *Schandowsky* meint - zu Unrecht vom Vorliegen eines solchen Regelfalls ausgeht. Denn § 39 Abs. 1 VwVfG gibt keinen

³ Im Folgenden wird auf den Verweis auf das Berliner Landesrecht verzichtet.

⁴ BVerwG, 4 B 67.80 v. 28.8.1980 = BRS 36 Nr. 93.

⁵ Deutlich insoweit BVerwG, NJW 1986, 393, 394.

Anspruch auf eine materiellrechtlich richtige - also rechtlich zutreffende - Begründung, sondern nur auf eine Nennung der - u. U. eben auch rechtlich unzutreffenden - Gründe, die die Behörde zu ihrer Entscheidung bewogen haben (§ 39 Abs. 1 Satz 2 VwVfG).⁶ Nach ständiger Rechtsprechung des BVerwG über das sog. "intendierte Ermessen" wäre somit der Begründungspflicht im vorliegenden Fall Genüge getan. In der Literatur werden diese Grundsätze allerdings heftig angegriffen, da sie in materiellrechtlicher Hinsicht die Gefahr bergen, dass "echte" Ermessensvorschriften in "Soll-Vorschriften" umgedeutet werden und deshalb im Widerspruch zur gesetzlichen Intention eine Einzelfallprüfung unterbleibt.⁷ Zudem wird darauf hingewiesen, dass das, was für die Behörde selbstverständlich ist, für den Betroffenen noch lange nicht selbstverständlich sein muss und dass es durchaus den Funktionen der Begründungspflicht entspricht, den Laien auch auf rechtlich Selbstverständliches hinzuweisen.⁸

Trotz dieser Bedenken soll hier jedoch der Rechtsprechung des BVerwG gefolgt werden, die sich in der Praxis durchgesetzt hat. Damit wird der Bescheid auch der Begründungspflicht nach § 39 Abs. 1 VwVfG gerecht, so dass er insgesamt formell rechtmäßig ist.

Anmerkung: In der Praxis spielt das sog. "intendierte Ermessen" neben den Fällen des Entschließungsermessens beim Einschreiten gegenüber rechtswidrigen Zuständen insbesondere noch eine Rolle, wenn Ermessen bei der Bewilligung einer Ausnahme/Befreiung von einer gesetzlich festgelegten Regel/Pflicht und bei der Durchsetzung von Zahlungspflichten gegenüber der öffentlichen Hand eingeräumt wird.⁹

II. Materielle Rechtmäßigkeit der Beseitigungsverfügung

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

1. Tatbestandsvoraussetzungen des § 79 S. 1 BauO Bln

Dann müsste das "Freudenhaus" (eine bauliche Anlage i.S.d. der Legaldefinition des § 2 Abs. 1 BauO Bln) in Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften errichtet worden sein und es müssten auf andere Weise als durch eine vollständige Beseitigung des "Freudenhauses" rechtmäßige Zustände nicht wieder hergestellt werden können.

a) Errichtung in Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften

Eine Errichtung in Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften liegt bereits vor, wenn für die Errichtung des "Freudenhauses" nach § 60 Abs. 1 BauO Bln eine Baugenehmigung erforderlich gewesen wäre, da dann das "Freudenhaus" ohne die erforderliche Baugenehmigung errichtet worden wäre (vgl. § 71 Abs. 7 BauO Bln). Da *Schadowsky* eine bauliche Anlage errichtet hat, wäre hierfür nach dem Grundsatz des § 60 Abs. 1 BauO Bln eine Baugenehmigung erforderlich gewesen, soweit sich aus §§ 62 und 63 BauO Bln nichts anderes ergibt. Eine Genehmigungsfreiheit nach

⁶ Vgl. U. Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 39 Rn. 30.

⁷ Maurer, § 7 Rn. 12.

⁸ U. Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 39 Rn. 71.

⁹ U. Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 39 Rn. 69 m.w.N.; sehr gut verständlich und (deshalb) sehr lesenswert zur Rechtsfigur des intendierten Ermessens: *Borowski*, DVBl. 2000, 149 ff.

§ 62 BauO Bln kommt nicht in Betracht. Auch befindet sich das Gebäude nach dem Sachverhalt im unbeplanten Außenbereich nach § 35 BauGB, so dass auch eine Genehmigungsfreistellung nach § 63 BauO Bln ausgeschlossen ist. Das "Freudenhaus" bedurfte folglich einer Baugenehmigung, wenn auch nur im vereinfachten Verfahren nach § 64 LBO. Da eine solche fehlt, wurde das "Freudenhaus" in Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften errichtet.

Anmerkung: Beim vereinfachten Baugenehmigungsverfahren wird die Zulässigkeit des Bauvorhabens nicht mehr umfassend, sondern nur am Maßstab der abschließend aufgezählten Vorschriften geprüft. Daher ist eine solche Baugenehmigung nicht rechtswidrig (und kann deshalb auch nicht nach § 48 VwVfG zurück genommen werden), wenn das Bauvorhaben mit Vorschriften unvereinbar ist, die im vereinfachten Verfahren nicht zu prüfen sind.¹⁰ Wenn das Bauvorhaben gegen baurechtliche Regelungen verstößt, die im vereinfachten Verfahren nicht zu prüfen sind, kann dementsprechend eine erteilte Baugenehmigung Abrissverfügungen und sonstigen bauordnungsrechtlichen Maßnahmen aber auch nicht entgegengehalten werden.¹¹ Die durch die Genehmigung vermittelte Legalisierungswirkung ist also auf den Umfang des gesetzlichen Prüfprogramms beschränkt. § 60 Abs. 2 BauO Bln formuliert dies letztlich unmissverständlich: "Die [...] Beschränkung der bauaufsichtlichen Prüfung nach [...] § 64 entbinde[t] nicht von der Verpflichtung zur Einhaltung der Anforderungen, die durch öffentlich-rechtliche Vorschriften an Anlagen gestellt werden und lassen die bauaufsichtlichen Eingriffsbefugnisse unberührt."

b) Fehlen einer Möglichkeit, auf andere Weise als durch eine Beseitigung rechtmäßige Zustände wieder herzustellen

Eine Beseitigungsverfügung kommt jedoch trotz dieser formellen Baurechtswidrigkeit nur dann in Betracht, wenn nicht nachträglich eine Baugenehmigung erteilt werden kann (und die bauliche Anlage nicht gegen solche bauordnungsrechtlichen Vorschriften verstößt, die im Baugenehmigungsverfahren (ggf. in Form des vereinfachten Verfahrens) nicht (mehr) geprüft werden. Es ist also zu untersuchen, ob das "Freudenhaus" in materieller Hinsicht baurechtskonform errichtet worden ist. Im hier einschlägigen vereinfachten Verfahren – das „Freudenhaus“ stellt keinen Sonderbau dar – ist nach § 64 S. 1 BauO Bln die Zulässigkeit des Vorhabens insbesondere nach den Vorschriften der §§ 29 bis 38 BauGB und den §§ 4 bis 6, 68 Abs. 1 und 2 S. 2 BauO Bln zu prüfen.¹²

aa) Vereinbarkeit mit Bauordnungsrecht

Ein Verstoß gegen Bauordnungsrecht kommt nicht in Betracht.

Anmerkung: Es ist zu differenzieren: Im Rahmen der Erteilung einer Baugenehmigung sind nur die §§ 4 bis 6, 68 Abs. 1 und 2 S. 2 BauO Bln zu prüfen. Im Rahmen einer Prüfung des Verstoßes gegen öffentliche Vorschriften ist hingegen das gesamte Bauordnungsrecht zu prüfen. Der Sinn liegt darin, dass das

¹⁰ OVG Hamburg, NordÖR 2011, 338 ff.

¹¹ Deutlich OVG Berlin-Brandenburg, NVwZ-RR 2010, 794, 795.

¹² VGH Mannheim, 3 S 2436/02 v. 16.6.2003 = NuR 2004, 383, 385; VGH München, 20 CS 05.1732 v. 14.7.2005 = BayVBl. 2006, 220, 221; Finkelnburg/Ortloff/Otto, § 13 III, S. 2 BauO Bln zu prüfen. [10]172 ff.; Fischer, NVwZ 2004, 1057, 1059; Linder, JuS 2014, 118, 120 f.

Baugenehmigungsverfahren im Sinn einer schlanken und schnellen Verwaltung entschlackt werden soll, aber dennoch die Behörde einer Handhabe bedarf, um Verstöße gegen das Bauordnungsrecht zu sanktionieren. Ein Verstoß gegen andere Normen der BauO Bln wäre dementsprechend nicht hier anzusprechen gewesen, sondern unter a).

bb) Vereinbarkeit mit Bauplanungsrecht (§§ 29 ff. BauGB)

Das "Freudenhaus" könnte lediglich den Vorschriften des Bauplanungsrechts der §§ 29 ff. BauGB widersprechen.

(1) Anwendungsbereich der §§ 29 ff. BauGB

Dies setzt voraus, dass die §§ 29 ff. BauGB insoweit überhaupt anwendbar sind. Dann müsste es sich bei dem "Freudenhaus" um eine bauliche Anlage i.S.d. § 29 Abs. 1 BauGB handeln. Hierbei wird nicht allein auf die Voraussetzungen des § 2 BauO Bln abgestellt. Außerdem muss das Gebäude eine gewisse "bodenrechtliche" bzw. "städtebauliche" Relevanz aufweisen. Es muss also die in § 1 Abs. 6 BauGB genannten Belange in einer Weise berühren können, die geeignet ist, das Bedürfnis nach einer seine Zulässigkeit regelnden verbindlichen Bauleitplanung hervorzurufen.¹³ Dies ist bei einem Gebäude von 70 qm Grundfläche in der von Bauten freien Landschaft der Fall.

Anmerkung: Keine bauliche Anlage i.S.d. § 29 BauGB, wohl aber i.S.d. Bauordnungsrechts, soll nach OVG Hamburg¹⁴ etwa eine "klassische" Litfasssäule auf einem öffentlichen Weg sein.

(2) Zulässigkeit nach § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB

Da sich das "Freudenhaus" nach dem Sachverhalt im unbeplanten Außenbereich befindet, bestimmt sich dessen bauplanungsrechtliche Zulässigkeit nach § 35 BauGB. Insoweit könnte es sich zunächst um ein **privilegiertes Vorhaben** i.S.d. § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB handeln (die anderen Tatbestände des § 35 Abs. 1 BauGB kommen ersichtlich nicht in Betracht). Dann müsste das "Freudenhaus" ein Vorhaben sein, das wegen seiner besonderen Anforderungen an die Umgebung, wegen seiner nachteiligen Wirkung auf die Umgebung oder wegen seiner besonderen Zweckbestimmung nur im Außenbereich ausgeführt werden soll.

(a) Privilegierung wegen Geräuschemissionen?

Schadowsky begründet dies zunächst damit, dass die von dem Haus (bzw. den dort abgehaltenen Festen) ausgehenden Geräuschemissionen im Innenbereich nicht tragbar wäre, wohingegen im weiten Umkreis des "Freudenhauses" niemand gestört werden könne. Allerdings setzt § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB eben voraus, dass die bauliche Anlage wegen ihrer besonderen Zweckbestimmung nur im Außenbereich errichtet werden **"soll"**. Die Bestimmung stellt einen **Auffangtatbestand** für solche Vorhaben dar, die von den Regelungen in § 35 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 und Nr. 5 bis 7 BauGB nicht erfasst werden, im Hinblick auf die städtebauliche Ordnung - wenn überhaupt - sinnvoll aber nur im Außenbereich ausgeführt werden können, weil sie

¹³ vgl. [Muckel/Ogorek](#), § 7 Rn. 14 ff.

¹⁴ NVwZ-RR 1998, 616 ff.

zur Erreichung des mit ihnen verfolgten Zwecks auf einen Standort außerhalb der im Zusammenhang bebauten Ortsteile angewiesen sind. Dabei muss die tatbestandliche Weite dieser Vorschrift durch erhöhte Anforderungen an die im Gesetz umschriebenen Privilegierungsvoraussetzungen ausgeglichen werden. Nicht jegliche Betätigung, die dem Außenbereich angemessen ist oder sogar sinnvoll nur im Außenbereich ausgeübt werden kann, ist dort auch mit einer entsprechenden baulichen Verfestigung bevorrechtigt zulässig. Etwas anderes könnte allenfalls dann gelten, wenn an den mit dem Vorhaben verbundenen Zielsetzungen ein überwiegendes Allgemeininteresse bestünde, das die Anerkennung einer Privilegierung im Sinne einer Bevorzugung gegenüber anderen ebenfalls auf die Verwirklichung von Freizeitgestaltungswünschen abzielenden Interessen auch mit Blick auf den Gleichheitssatz rechtfertigen.¹⁵

Die Privilegierung setzt daher voraus, dass die Verwirklichung des Vorhabens im Außenbereich gerade durch die besondere Eigenart des Vorhabens erfordert wird. "**Erforderlich**" in diesem Sinne ist mithin das, was getan werden muss, damit die privilegierte Tätigkeit ausgeübt werden kann. Diese Voraussetzungen sind vorliegend nicht gegeben. Die Belästigungen, die von dem "Freudenhaus" durch die diversen Veranstaltungen ausgehen, sind nicht so gravierend, als dass eine Einrichtung nur im Außenbereich in Betracht käme; denn jeder Festsaal innerhalb einer Ortschaft ist gleichermaßen von derartigen Emissionen geprägt wie vorliegend das "Freudenhaus" im Außenbereich. In den meisten Gemeinden befinden sich vergleichbare Festräume im Innenbereich, vielfach sogar im Ortskern. Die Tatsache allein, dass im Innenbereich von Lübars kein Festsaal zur Verfügung steht, vermag eine Festhalle im Außenbereich noch nicht erforderlich zu machen. Es wäre vielmehr den Einwohnern Lübars auch zuzumuten, ihre verschiedenen Feierlichkeiten in anderen Räumlichkeiten (z. B. in Gaststätten) oder in anderen Ortsteilen Reinickendorfs abzuhalten.¹⁶

(b) Privilegierung wegen Unterstandsmöglichkeiten für Spaziergänger?

Schadowsky macht freilich auch eine Privilegierung nach § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB mit der Begründung geltend, das "Freudenhaus" diene bei Unwetter als Schutz für Spaziergänger. Es handelt sich bei dem "Freudenhaus" jedoch tatsächlich nicht um eine Schutzhütte, die dazu dient, Spaziergängern Schutz vor dem Wetter zu bieten und deshalb im Außenbereich privilegiert sein könnte: Aus dem Sachverhalt geht deutlich hervor, dass der Schutz für Spaziergänger nur durch das vorstehende Dach gewährt würde, dies also nicht der Hauptzweck des Hauses ist, sondern nur eine "Randnutzung" im eigentlichen Wortsinne; der tatsächliche Nutzungszweck - das Abhalten von Festen - ist ein anderer und mit diesem "**soll**" das "Freudenhaus" nicht im Außenbereich errichtet werden.

(c) Privilegierung wegen Nutzung als öffentliche Einrichtung durch den Bezirk?

Fraglich ist vorliegend indes, ob das "Freudenhaus" deswegen als privilegierte bauliche Anlage im Sinne des **§ 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB** einzustufen ist, weil *Schadowsky* es nicht selbst nutzt, sondern dem Bezirk Reinickendorf gegen einen symbolischen Mietzins dauerhaft vermietet, damit sie es den Einwohnern von Lübars zur Verfügung stellen kann. Grundsätzlich mag die Nutzung eines Gebäudes zu

¹⁵ vgl. VGH Mannheim, 3 S 2436/02 v. 16.6.2003, Abs. 26 f. = NuR 2004, 383, 384.

¹⁶ VGH Mannheim, 3 S 2436/02 v. 16.6.2003, Abs. 36 = NuR 2004, 383, 385.

öffentlichen Zwecken tatsächlich dazu führen können, dass dem erheblichen öffentlichen Interesse an dieser Nutzungsmöglichkeit ein gleich großes Gewicht zukommt wie den sonstigen von § 35 BauGB geschützten Belangen. Allerdings würden auch in diesem Fall dieselben Anforderungen gelten wie für andere nach § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB privilegierte Vorhaben, d. h. insbesondere müsste die Schaffung der Einrichtung **gerade im Außenbereich** erforderlich sein, damit die privilegierte Tätigkeit ausgeübt werden kann. Dies ist hier jedoch nicht der Fall, eben weil die von Versammlungen, Feiern u. ä. ausgehenden Geräuschemissionen nicht so außergewöhnlich sind, dass es gerechtfertigt wäre, das grundsätzliche Bauverbot im Außenbereich zu durchbrechen, zumal da den Bewohnern die Nutzung anderer Räumlichkeiten für ihre Feiern durchaus zumutbar ist. Allein der Umstand, dass das "Freudenhaus" als Festsaal gerade wegen seiner ruhigen und naturnahen Umgebung attraktiv ist, reicht jedenfalls für eine Privilegierung nach § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB nicht aus.¹⁷

(d) Ergebnis zu (1)

Nach alledem kann festgestellt werden, dass das "Freudenhaus" keine privilegierte bauliche Anlage gemäß § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB ist.

(3) Zulässigkeit als "sonstiges Vorhaben" nach § 35 Abs. 2 BauGB

Daher kommt allenfalls eine Zulässigkeit des "Freudenhauses" als sonstiges Vorhaben nach § 35 Abs. 2 BauGB in Betracht. Dann dürften öffentliche Belange durch das Vorhaben nicht beeinträchtigt werden. Eine Beeinträchtigung öffentlicher Belange liegt insbesondere in den Fällen des § 35 Abs. 3 S. 1 BauGB vor.

· Insoweit könnten dem "Freudenhaus" zunächst die in **§ 35 Abs. 3 S. 1 Nr. 5 BauGB** genannten Belange der "Unberührtheit" der natürlichen **Eigenart der Landschaft und deren Erholungswert** sowie der "Unversehrtheit" des Landschaftsbildes entgegenstehen. Dem widerspricht nicht bereits, dass - wie *Schadowsky* meint - das Haus mit einer Giebelhöhe von 3,5 Metern keine herausragende Stellung im Landschaftsbild beansprucht. Denn eine Beeinträchtigung der natürlichen Eigenart der Landschaft ist schon dann gegeben, wenn eine bauliche Anlage der vorgegebenen Bodennutzung der Außenbereichslandschaft widerspricht und deshalb einen Fremdkörper in der Landschaft bildet, ohne dass es darauf ankommt, ob das Vorhaben verdeckt ist oder auffällig sichtbar in Erscheinung tritt. Es kommt gerade **nicht auf die optische, sondern auf die funktionelle Abweichung des Vorhabens** von seiner Umgebung an.¹⁸ Insofern spielt es also keine entscheidende Rolle, dass das "Freudenhaus" lediglich eine Giebelhöhe von 3,5 Metern aufweist. Da es nicht dem Erholungswert der Außenbereichslandschaft zuträglich ist, liegt eine Beeinträchtigung öffentlicher Belange gemäß § 35 Abs. 3 S. 1 Nr. 5 BauGB vor.

· Darüber hinaus wird die Beseitigungsverfügung damit begründet, dass die Existenz des "Freudenhauses" an dieser Stelle im Außenbereich die **Entstehung einer Splittersiedlung** befürchten lasse, d. h. eine Beeinträchtigung öffentlicher Belange im Sinne des in **§ 35 Abs. 3 S. 1 Nr. 7 BauGB** genannten Regelbeispiels vorliegt. Hiernach soll verhindert werden, dass der Außenbereich planlos zersiedelt wird.¹⁹

¹⁷ VGH Mannheim, 3 S 2436/02 v. 16.6.2003, Abs. 36 = NuR 2004, 383, 386.

¹⁸ BVerwG BRS 44, Nr. 83.

¹⁹ BVerwGE 27, 137, 139.



Daher stellt eine Bebauung des Außenbereichs mit Wohngebäuden in der Regel eine Zersiedelung des Außenbereichs dar und beeinträchtigt damit die öffentlichen Belange, weil zu befürchten ist, dass ein solches Vorhaben weitere gleichartige Bauwünsche nach sich zieht und damit "**Vorbildwirkung**" entfaltet.²⁰ Dafür ist es unerheblich, dass *Schandowskys* "Freudenhaus" nicht zu Wohnzwecken genutzt wird, weil es wohnähnlichen freizeitgestalterischen Zwecken dient und damit auch vorbildhaft wirken kann. Das "Freudenhaus" ist daher mit § 35 Abs. 3 S. 1 Nr. 7 BauGB nicht vereinbar.

Insgesamt werden somit öffentliche Belange durch das "Freudenhaus" beeinträchtigt, so dass dieses sonstige Vorhaben nicht gemäß § 35 Abs. 2 BauGB zugelassen werden kann.

(4) Ergebnis zu bb

Das "Freudenhaus" steht damit in Widerspruch zum Bauplanungsrecht der §§ 29 ff. BauGB.

cc) Ergebnis zu b

Das "Freudenhaus" ist damit auch materiell-rechtlich baurechtswidrig, so dass hierfür eine Baugenehmigung nach § 71 Abs. 1 Satz 1 BauO Bln nicht erteilt werden könnte und damit anders als durch eine Beseitigung des "Freudenhauses" rechtmäßige Zustände nicht wieder hergestellt werden können.

c) Ergebnis zu 1

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

2. Inanspruchnahme des richtigen Adressaten für die Beseitigungsverfügung?

Ungeschriebene Tatbestandsvoraussetzung einer Beseitigungsverfügung nach § 79 S. 1 BauO Bln ist jedoch auch, dass sie an den richtigen Adressaten gerichtet ist.

Anmerkung: Die Frage, ob der ordnungsrechtlich in Anspruch Genommene überhaupt in Anspruch genommen werden **darf**, ist keine Frage des Entschließungs- oder gar des Rechtsfolgeermessens und damit auch keine Frage der Verhältnismäßigkeit. Sie darf auf keinen Fall mit der Frage verwechselt werden, ob die Auswahl zwischen mehreren Pflichtigen ohne Ermessensfehler getroffen wurde. Auch stellt sich diese Frage nur, wenn mehrere Personen nach den §§ 13 ff. ASOG materiell verpflichtet sind, also überhaupt als Adressaten einer Gefahrenabwehrverfügung in Betracht kommen, siehe hierzu den Baumfällig-Fall.

Allerdings ist in der BauO Bln selbst - mit Ausnahme des hier nicht anwendbaren § 53 BauO Bln - nicht geregelt, an wen eine Beseitigungsverfügung zu richten ist. Jedoch sind insoweit entsprechend § 17 Abs. 2 S. 2 ASOG die allgemeinen Vorschriften der §§ 8 ff. ASOG heranzuziehen.²¹ Grundsätzlich ist daher gemäß § 14 Abs. 3 Satz 1 ASOG nicht zu beanstanden, dass *Schandowsky* als Eigentümer des "Freudenhauses" zu dessen Beseitigung herangezogen wird.

²⁰ BVerwGE 54, 73, 76 f.

²¹ Bitz/Schwarz/Seiler-Dürr/Dürr, Rn. IX 66; Guckelberger, in: Gröpl/Guckelberger/Wohlfarth, § 5 Rn. 151.

Dem steht auch nicht entgegen, dass *Schandowsky* das "Freudenhaus" an den Bezirk Reinickendorf vermietet hat, und der Stadt deshalb aus dem Mietvertrag und §§ 859 ff. BGB Besitzschutzrechte gegenüber *Schandowsky* zustehen. Insoweit ist es *Schandowsky* zwar zur Zeit rechtlich unmöglich, die Beseitigung durchzuführen. Dies ändert sich aber dann, wenn entweder das Mietverhältnis (z. B. durch Kündigung) beendet oder der Bezirk seinerseits von der Bauaufsichtsbehörde auf der Grundlage des § 79 S. 1 BauO Bln zur **Duldung** der Beseitigung durch *Schandowsky* verpflichtet wird. Dies bedeutet, dass dem Umstand der Vermietung des "Freudenhauses" an den Bezirk nicht bereits auf der Ebene der rechtlichen Zulässigkeit einer an *Schandowsky* gerichteten Beseitigungsverfügung, sondern erst auf der Ebene der Durchsetzung der Beseitigungsverfügung im Wege des Verwaltungszwangs Relevanz zukommt.²²

3. Ordnungsgemäße Ermessensausübung (§ 40 VwVfG)

Die Beseitigungsverfügung könnte jedoch - wie *Schandowsky* meint -, deshalb rechtswidrig sein, weil die Behörde ihr Ermessen nicht ordnungsgemäß ausgeübt hat. § 79 S. 1 BauO Bln räumt - wie bereits dargelegt (siehe oben B I) - der Bauaufsichtsbehörde **bezüglich der Rechtsfolge** sowohl hinsichtlich des "Ob" des Tätigwerdens (Entschließungsermessen) als auch hinsichtlich des Inhalts - des "Wie" - der Maßnahme (Auswahlermessen hinsichtlich des Mittels) Ermessen ein. Die Beseitigungsverfügung ist daher nur dann materiell rechtmäßig, wenn die Bauaufsichtsbehörde bei ihrem Erlass ermessensfehlerfrei gehandelt hat, also kein Verstoß gegen § 40 VwVfG vorliegt.

Ein Verstoß gegen den Zweck der Ermessenseinräumung könnte vor allem darin zu sehen sein, dass die Bauaufsichtsbehörde sich nicht näher mit der Möglichkeit auseinandergesetzt hat, von einer Beseitigungsverfügung auch abzusehen. Hierin könnte eine **Ermessensunterschreitung** zu sehen sein, nämlich dann, wenn angenommen werden könnte, dass die Bauaufsichtsbehörde sich für verpflichtet gehalten hat, beim Vorliegen baurechtswidriger Zustände eine Beseitigungsverfügung zu erlassen. Allein der Umstand, dass in der Begründung des Bescheides keine Gründe für die Abwägung des "Für und Wider" des Erlasses einer Beseitigungsverfügung enthalten sind, erlaubt aber nicht ohne weiteres den Rückschluss, die Behörde sei sich ihres Ermessensspielraums nicht bewusst gewesen. Denn eine Begründung war insoweit nicht erforderlich (siehe oben [B I](#)). Es ist auch nicht grundsätzlich ermessensfehlerhaft, wenn die Bauaufsichtsbehörde zur Wiederherstellung eines rechtmäßigen Zustandes eine Beseitigungsverfügung erlässt; denn die Duldung eines rechtswidrigen Zustandes kann nur dann ausnahmsweise veranlasst sein, wenn ganz konkrete Anhaltspunkte dafür sprechen, ihn abweichend von dem rechtlich Gewollten in Kauf zu nehmen.²³ Solche Anhaltspunkte sind jedoch im vorliegenden Fall nicht ersichtlich, so dass schon deshalb aus dem Umstand allein, dass die Bauaufsichtsbehörde eine Beseitigungsverfügung erlassen hat, nicht geschlossen werden kann, sie habe sich zu Unrecht zum Erlass einer Beseitigungsverfügung für verpflichtet gehalten.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem Umstand, dass die Bauaufsichtsbehörde nicht näher darauf eingegangen ist, dass *Schandowsky* mit der Überlassung des Hauses an den Bezirk lediglich dem Gemeinwohl dienen wollte.

²² BVerwG DÖV 1972, 829, 830.

²³ BVerwG, 4 C 4/01 v. 11.4.2002, Abs. 25 = NVwZ 2002, 1250, 1252.



Dies hätte u. U. eine Duldung des rechtswidrigen Zustandes rechtfertigen können (obgleich nicht zu verkennen ist, dass eine solche Duldung eine nicht ohne weiteres zu rechtfertigende Ungleichbehandlung gegenüber denjenigen wäre, die ähnliche "Freizeiteinrichtungen" im Außenbereich errichten wollen, denen dies aber im Hinblick auf § 35 BauGB untersagt wird). Jedoch führt dies keinesfalls zu einer Ermessensreduzierung dahingehend, dass deshalb zwingend von dem Erlass einer Beseitigungsverfügung hätte abgesehen werden müssen.

Daher könnte allenfalls ein Ermessensfehler wegen einer Nichtbeachtung der **gesetzlichen Grenzen** des Ermessens in Betracht kommen. Hierzu zählen insbesondere die Grundsätze des Vertrauensschutzes und des Verhältnismäßigkeitsprinzips.²⁴ Anhaltspunkte für die Begründung eines schutzwürdigen Vertrauens lassen sich dem Sachverhalt jedoch nicht entnehmen. Zudem ist die Beseitigungsverfügung geeignet und erforderlich, den baurechtswidrigen Zustand zu beseitigen, und im Hinblick auf den Verstoß gegen bauplanungsrechtliche Vorschriften auch nicht unangemessen.

Dementsprechend ist die Ermessensausübung ebenfalls nicht zu beanstanden, so dass die Beseitigungsverfügung auch ermessensgerecht erfolgt ist.

4. Ergebnis zu II

Die Beseitigungsverfügung war damit auch materiell rechtmäßig.

III. Ergebnis zu B

Nach alledem war die Beseitigungsverfügung rechtmäßig und ist daher nicht geeignet, *Schandowsky* in seinen Rechten zu verletzen, so dass die Klage unbegründet ist.

C) Gesamtergebnis

Die Klage des *Schandowsky* ist demzufolge zwar zulässig, aber unbegründet, und hat deshalb keine Aussicht auf Erfolg.

Siehe hierzu: VGH Mannheim NuR 2004, 383 ff.; VGH München BayVBl. 2006, 220, ff.; *Fischer*, NVwZ 2004, 1057 ff.

²⁴ Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 40 Rn. 83 ff.