

## Freudenhaus – Lösungsvorschlag

© Klaus Grupp (Universität des Saarlandes) und Ulrich Stelkens (Deutsche Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer)

Bearbeitung für Hauptstadtfälle: Dominik Steiger, Jannik Bach  
Stand der Bearbeitung: März 2018

Die Klage *Stefan Schandowskys* vor dem Verwaltungsgericht hat Aussicht auf Erfolg, 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 Sachentscheidungs Voraussetzungen im Verwaltungsprozess siehe [diesen Hinweis](#) bei den Saarheimer Fällen.

### I. Verwaltungsrechtsweg (§ 40 VwGO)

Der Verwaltungsrechtsweg ist eröffnet, wenn eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art i. S. d. § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO vorliegt. Eine Streitigkeit ist öffentlich-rechtlich, wenn die für die Streitentscheidung maßgebliche Norm dem öffentlichen Recht angehört. Bei der Beseitigungsverfügung nach § 80 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, sodass eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vorliegt. Der Rechtsstreit ist darüber hinaus auch nicht entscheidend durch das Verfassungsrecht geprägt, sodass die öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art ist.

Der Verwaltungsrechtsweg ist eröffnet. Eine abdrängende Sonderzuweisung ist nicht ersichtlich.

### 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), so dass das Rechtsschutzziel des Klägers zu ermitteln ist.<sup>1</sup> *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 (§ 80 S. 1 BauO Bln) um einen Verwaltungsakt i. S. d. Legaldefinition des § 35 VwVfG und der entsprechenden Bestimmungen der Verwaltungsverfahrensgesetze der Länder handelt; diese Legaldefinition ist als Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes auch für die Auslegung der VwGO maßgeblich.<sup>2</sup> Die Anfechtungsklage ist somit die statthafte Klageart.

<sup>1</sup> BVerfG [K], Beschluss v. 29. Oktober 2015, 2 BvR 1493/11, Abs. 37 = NVwZ 2016, 238, Abs. 37.

<sup>2</sup> U. Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 35 Rn. 12 und 15.

*Hinweis:* Eine andere Sichtweise ergibt sich auch nicht aufgrund der Mitgliedschaft des *Schandowsky* in der Bezirksverordnetenversammlung. Er ist hier als Privatperson und Bürger betroffen. Das für einen Verwaltungsakt charakteristische Über-/Unterordnungsverhältnis liegt vor.

### III. Klagebefugnis (§ 42 Abs. 2 VwGO)

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](#) bei den Saarheimer Fällen.

Rechte *Schandowskys* sind somit bereits dann 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. 1 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 Behörden-träger zu richten.

*Anmerkung:* Siehe zur Bedeutung des § 78 Abs. 1 VwGO und zu dessen Verortung in der Prüfung [diesen Hinweis](#) bei den Saarheimer Fällen.

### VI. Beteiligtenfähigkeit (§ 61 VwGO)

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

### VIII. Ergebnis zu A

Da auch die für Form und Frist einer Klage geltenden Vorschriften (§ 81, § 82 Abs. 1 und § 74 Abs. 1 S. 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 S. 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 einer rechtswidrigen Beeinträchtigung des Art. 2 Abs. 1 GG.<sup>3</sup> Daher ist die Rechtmäßigkeit der Beseitigungsverfügung maßgeblich. Als **Rechtsgrundlage** für die Beseitigungsverfügung kommt hier allein § 80 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 § 80 S. 1 BauO Bln gemäß § 58 Abs. 1 S. 1 BauO Bln, § 4 Abs. 2 S. 1 AZG, § 2 Abs. 4 S. 1 ASOG, Nr. 15 Abs. 1 ZustKat ASOG **zuständig**.<sup>4</sup> Auch das **Verwaltungsverfahren** wurde ordnungsgemäß durchgeführt, insbesondere ist die nach § 28 Abs. 1 VwVfG i. V. m. § 1 Abs. 1 VwVfG Bln<sup>5</sup> 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 § 80 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 S. 3 VwVfG bedeutet dies, dass 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 S. 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 S. 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 Bundesverwaltungsgerichts<sup>6</sup> 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

<sup>3</sup> BVerwG, Urteil v. 05. August 2015, Abs. 21 = BVerwGE 152, 355, Abs. 21.

<sup>4</sup> Für das Bezirksamt handelt nach § 38 Abs. 2 S. 1 BezVwG der Bezirksstadtrat.

<sup>5</sup> Im Folgenden wird auf den Verweis auf das Berliner Landesrecht verzichtet.

<sup>6</sup> BVerwG, Beschluss v. 28. August 1980, 4 B 67.80 = BRS 36 Nr. 93.

hieran, soll es für eine ordnungsgemäße Begründung i. S. d. § 39 Abs. 1 S. 3 VwVfG ausreichen, dass die Behörde zu erkennen gibt, es gehe ihr um die Beseitigung eines rechtswidrigen Zustands.<sup>7</sup>

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 *Schadowsky* meint – zu Unrecht vom Vorliegen eines solchen Regelfalls ausging. Denn § 39 Abs. 1 VwVfG gibt keinen 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 S. 2 VwVfG).<sup>8</sup>

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zum sog. „intendierten 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.<sup>9</sup> 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.<sup>10</sup>

Trotz dieser Bedenken soll hier jedoch der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts 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 dann 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.<sup>11</sup>

## II. Materielle Rechtmäßigkeit der Beseitigungsverfügung

Fraglich ist jedoch, ob die Beseitigungsverfügung auch materiell rechtmäßig ist, ob sie also von § 80 S. 1 BauO Bln gedeckt wird.

### 1. Tatbestandsvoraussetzungen des § 80 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

<sup>7</sup> Deutlich insoweit BVerwG, Urteil v. 30. August 1985, 4 C 50.82 = NJW 1986, 393, 394.

<sup>8</sup> Vgl. U. Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 39 Rn. 30.

<sup>9</sup> *Maurer/Waldhoff*, § 7 Rn. 12.

<sup>10</sup> U. Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 39 Rn. 71.

<sup>11</sup> 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.

Beseitigung des „Freudenhauses“ rechtmäßige Zustände nicht wieder hergestellt werden können.

*Anmerkung:* Es wird dringend empfohlen, bei der Prüfung der Tatbestandsvoraussetzungen einer Beseitigungsanordnung strikt vom Wortlaut der einschlägigen Ermächtigungsgrundlage auszugehen und hierunter zu subsumieren, ohne vorschnell auf die Begriffe „formelle und materielle Illegalität“ zu rekurrieren.<sup>12</sup>

### 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 § 59 Abs. 1 BauO Bln eine Baugenehmigung erforderlich gewesen wäre. Denn dann wäre das „Freudenhaus“ ohne die erforderliche Baugenehmigung errichtet worden (vgl. § 72 Abs. 2 BauO Bln). Da *Schadowsky* eine bauliche Anlage errichtet hat, wäre hierfür nach dem Grundsatz des § 59 Abs. 1 BauO Bln eine Baugenehmigung erforderlich gewesen, soweit sich aus den §§ 60 bis 62, 76 und 77 BauO Bln nichts anderes ergibt. Eine Genehmigungsfreiheit nach § 60 BauO Bln kommt nicht in Betracht. Auch befindet sich das Gebäude nach dem Sachverhalt im unbeplanten Außenbereich nach § 35 BauGB, so dass mangels planungsrechtlichen Bescheids nach § 75 Abs. 2 BauO Bln auch eine Genehmigungsfreistellung nach § 62 BauO Bln ausgeschlossen ist. Es handelt sich auch nicht um einen Fliegenden Bau i. S. v. § 76 BauO Bln, und ein Fall des § 77 BauO Bln liegt nicht vor. Aufgrund seiner Größe und des Umstandes, dass es keine jedermann zugängliche Schutzhütte für Wanderinnen oder Wanderer ohne Aufenthaltsraum ist, darüber hinaus jedenfalls auch nicht auf einem Wochenendplatz errichtet wurde, unterfällt das „Freudenhaus“ nicht dem Anwendungsbereich des § 61 BauO Bln. Das „Freudenhaus“ bedurfte folglich einer Baugenehmigung, wenn auch nur im vereinfachten Verfahren nach § 63 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 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.<sup>13</sup> Soweit 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.<sup>14</sup> Die durch die Genehmigung vermittelte Legalisierungswirkung ist also auf den Umfang des gesetzlichen Prüfprogramms beschränkt.<sup>15</sup> § 59 Abs. 2 BauO Bln formuliert dies

<sup>12</sup> Siehe hierzu ausführlich *Fischer*, NVwZ 2004, 1057 ff.; *Linder*, JuS 2014, 118 ff.; aus der Rechtsprechung z.B. VGH Mannheim, Urteil v. 16. Juni 2003, 3 S 2436/02, Abs. 31 = NuR 2004, 383, 385; VGH München, Beschluss v. 14. Juli 2005, 20 CS 05.1732, Abs. 6 f. = BayVBl. 2006, 220, 221.

<sup>13</sup> OVG Hamburg, Urteil v. 30. März 2011, Abs. 39 ff. = NordÖR 2011, 338 ff.

<sup>14</sup> Deutlich OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss v. 23. Juni 2010, OVG 2 S 99.09 = NVwZ-RR 2010, 794, 795; VG Neustadt (Weinstraße), Urteil v. 04. Juli 2002, 4 K 646/02.NW, Abs. 21.

<sup>15</sup> Siehe hierzu (sehr lesenswert) *Sauthoff*, BauR 2013, 415 ff.

letztlich unmissverständlich: „Die [...] Beschränkung der bauaufsichtlichen Prüfung nach [...] § 63 [...] entbinden nicht von der Verpflichtung zur Einhaltung der Anforderungen, die durch öffentlich-rechtliche Vorschriften an Anlagen gestellt werden, und lassen die bauaufsichtlichen Eingriffsbefugnisse unberührt.“

Erwähnenswert erscheint an dieser Stelle gleichwohl, dass in Fällen, in denen die Behörde einen grundsätzlich nicht zu prüfenden Verstoß sieht, dieser bereits früher verschiedentlich die Kompetenz eingeräumt wurde, die Erteilung einer Baugenehmigung unter Berufung auf ein fehlendes Sachbescheidungsinteresse zu verwehren. Denn die Bauaufsichtsbehörde hätte ohnehin aufgrund der materiellen Baurechtswidrigkeit gegen den Verstoß nachfolgend einschreiten müssen, bzw. jedenfalls können. Durch die nunmehr bestehende explizite Ermächtigung in § 71 Abs. 1 S. 3 BauO Bln dürfte sich diese Streitfrage jedoch erledigt haben. Danach darf der Bauantrag auch abgelehnt werden, wenn das Bauvorhaben gegen sonstige öffentlich-rechtliche Vorschriften verstößt. Wichtig ist, dass – insbesondere um Kompetenzprobleme zu vermeiden – die Auslegung des § 71 Abs. 1 S. 3 BauO Bln einer teleologischen Reduktion bedarf. So kann es grundsätzlich nur um Verstöße gegen diejenigen öffentlich-rechtlichen Vorschriften gehen, deren Einhaltung die Bauaufsichtsbehörde im Anschluss an die Baugenehmigung überwacht, die also in ihren Zuständigkeitsbereich fallen – demnach insbesondere das Bauordnungsrecht. Diese Problematik ist im Fall „[Glashaus](#)“ ausführlicher und mit Nachweisen dargestellt.

### **b) Fehlen einer Möglichkeit, auf andere Weise als durch eine Beseitigung rechtmäßige Zustände wiederherzustellen**

Eine Beseitigungsverfügung kommt jedoch trotz dieser formellen Baurechtswidrigkeit nur dann in Betracht, wenn nicht auf andere Weise als durch eine Beseitigung rechtmäßige Zustände wiederherzustellen wären. Diese Anforderung entspringt letztlich aus der Intensität der Beseitigungsanordnung, die vollendete Zustände schafft. Sie muss demnach ausscheiden, wenn nachträglich eine Baugenehmigung erteilt werden kann **und** die bauliche Anlage auch mit den bauordnungsrechtlichen Vorschriften konform ist, die im Baugenehmigungsverfahren (ggf. in Form des vereinfachten Verfahrens) nicht (mehr) geprüft werden.<sup>16</sup> Denn obwohl bei Verstößen gegen im Prüfverfahren nicht zu prüfende Normen eine Baugenehmigung hätte erteilt werden müssen, hätten diese Verstöße später gleichwohl zur Anordnung der Beseitigung führen können, da der Baugenehmigung insoweit keine Legalisierungswirkung zukommt.<sup>17</sup> Es ist also zu untersuchen, ob das „Freudenhaus“ in materieller Hinsicht baurechtskonform errichtet worden ist, also sowohl bauplanungs- als auch bauordnungsrechtlich bis auf das Fehlen der Genehmigung rechtmäßig ist.

#### **aa) Vereinbarkeit mit Bauordnungsrecht**

Das „Freudenhaus“ könnte zunächst dem Bauordnungsrecht widersprechen. Insoweit könnte – mangels ausführlicher Angaben im Sachverhalt zu weiteren Eigenschaften – jedoch allenfalls erwogen werden, ob das Haus § 9 Abs. 2 BauO Bln widerspricht.

<sup>16</sup> VGH Mannheim, Urteil v. 16. Juni 2003, 3 S 2436/02, Abs. 19 = NuR 2004, 383, 385; Finkelnburg/Ortloff/Otto, § 13 Rn. 11 ff.; Fischer, NVwZ 2004, 1057, 1059; Linder, JuS 2014, 118, 120 f.

<sup>17</sup> Siehe insoweit vorstehende Anmerkung und (sehr instruktiv) VGH München, Beschluss v. 14. Juli 2005, 20 CS 05.1732, Abs. 9. = BayVBl. 2006, 220, 221.

Danach dürfen bauliche Anlagen das Straßen-, Orts- oder Landschaftsbild nicht verunstalten. Für die Bestimmung des Begriffs des **Verunstaltens** ist auf das Empfinden eines für ästhetische Eindrücke offenen Betrachters abzustellen, des sogenannten gebildeten Durchschnittsbetrachters.<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.<sup>19</sup>

*Anmerkung:* Es ist zu differenzieren: Im Rahmen der Erteilung einer Baugenehmigung ist nur die in der vorstehenden Anmerkung dargestellte Prüfung durchzuführen. Im Rahmen der Prüfung einer Beseitigungsverfügung ist hingegen das gesamte Bauordnungsrecht zu prüfen. Der Sinn liegt darin, dass das 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.

*Anmerkung:* Der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg beschreibt dies in einer jüngeren Entscheidung wie folgt:<sup>20</sup> Eine Verunstaltung im bauordnungsrechtlichen Sinne liege vor, wenn ein hässlicher, das ästhetische Empfinden des Beschauers nicht nur beeinträchtigender, sondern verletzender Zustand geschaffen werde. Dies sei dann der Fall, wenn die Störung erheblich, d. h. wesentlich ist. Maßgebend sei dabei das Empfinden des gebildeten Durchschnittsbetrachters, also eines für ästhetische Eindrücke offenen, jedoch nicht besonders empfindsamen und geschulten Betrachters. Die bauliche Anlage müsse zu einem Zustand führen, der als grob unangemessen empfunden werde, das Gefühl des Missfallens wecke, sowie Kritik und den Wunsch nach Abhilfe herausfordere. Dabei seien die zuletzt genannten Aspekte nur als Umschreibung des erstgenannten (also der Schaffung eines hässlichen, das ästhetische Empfinden des Beschauers verletzenden Zustands) in einer bildhaften Sprache zu verstehen. Insbesondere sei über das Vorliegen dieses Zustands hinaus nicht die Feststellung eines besonderen Abhilfebedürfnisses erforderlich. Die genannten Fälle, in denen ein solcher Zustand geschaffen werde, seien nicht voneinander zu trennen, sondern gingen ineinander über, da das Empfinden eines grob unangemessenen Zustands nicht nur das Gefühl des Missfallens sondern auch – zumindest in der Regel – den Wunsch nach Abhilfe einschließe.

Insoweit kommt es also auf die optische Wahrnehmung an. Indes kann aufgrund des Sachverhaltes nicht davon ausgegangen werden, dass das „Freudenhaus“ so hässlich ist, dass es Unlustgefühle hervorruft und bei in durchschnittlichem Maße für gestalterische Eindrücke aufgeschlossenen Personen anhaltenden Protest auslösen würde. Daher ist ein Verstoß gegen § 9 Abs. 2 BauO Bln zu verneinen.

<sup>18</sup> BVerwG, Urteil v. 28. Juni 1955, I C 146.53, Abs. 15 = BVerwGE 2, 172, 177.

<sup>19</sup> So auch Bitz/Schwarz/Seiler-Dürr/Dürr, Rn. IV 22; Guckelberger, in: Gröpl/Guckelberger/Wohlfarth, § 5 Rn. 114.

<sup>20</sup> VGH Mannheim, Beschluss v. 24. Januar 2017, 3 S 1992/16, Abs. 10 f.

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

Das „Freudenhaus“ könnte weiterhin 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, also um ein Gebäude, das unabhängig davon, ob die Voraussetzungen des § 2 BauO Bln erfüllt sind, eine gewisse „bodenrechtliche“ bzw. „städtebauliche“ Relevanz aufweist. Eine solche weist das Vorhaben auf, wenn es 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>21</sup> 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 Hamburg<sup>22</sup> 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 diese 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 wären, 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 8 BauGB nicht erfasst werden, im Hinblick auf die städtebauliche Ordnung – wenn überhaupt – sinnvoll aber nur im Außenbereich ausgeführt werden können, weil sie 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

<sup>21</sup> Vgl. Muckel/Ogorek, § 7 Rn. 14 ff; ausführlich *Scheidler*, ZfBR 2016, 116, 117 ff.

<sup>22</sup> OVG Hamburg, Urteil v. 20. Februar 1997, Bf II 13/96, Abs. 10 ff. = NVwZ-RR 1998, 616 ff.



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 rechtfertigt.<sup>23</sup>

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. Die Belästigungen, die von dem „Freudenhaus“ durch die diversen Veranstaltungen ausgehen, sind nicht so gravierend, als dass eine Errichtung nur im Außenbereich in Betracht käme. 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 die Erforderlichkeit einer Festhalle im Außenbereich noch nicht zu begründen. Es wäre vielmehr den Einwohnern Lübars‘ auch zuzumuten, ihre verschiedenen Feierlichkeiten in anderen Räumlichkeiten (z. B. in Gaststätten) oder in anderen Ortsteilen Reinickendorfs abzuhalten.<sup>24</sup>

Die Verwirklichung des Vorhabens im Außenbereich ist nicht aufgrund der Lärmbelästigung erforderlich.

#### **(b) Privilegierung wegen Unterstandsmöglichkeiten für Spaziergänger?**

*Schandowsky* 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. Aus dem Sachverhalt geht deutlich hervor, dass der Schutz für Spaziergänger nur durch das vorstehende Dach gewährt wird, dies also nicht der Hauptzweck des Hauses ist, sondern nur eine „Randnutzung“ im eigentlichen Wortsinne. Es handelt sich bei dem „Freudenhaus“ demnach tatsächlich nicht um eine Schutzhütte, die dazu dient, Spaziergängern Schutz vor dem Wetter zu bieten und deshalb im Außenbereich privilegiert wäre. Der tatsächliche Nutzungszweck – das Abhalten von Festen – ist ein anderer. 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 *Schandowsky* es nicht selbst nutzt, sondern dem Bezirk Reinickendorf gegen einen symbolischen Mietzins dauerhaft vermietet, damit der Bezirk es den Einwohnern von Lübars zur Verfügung stellen kann. Grundsätzlich mag die Nutzung eines Gebäudes zu 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.

<sup>23</sup> Vgl. VGH Mannheim, Urteil v. 16. Juni 2003, 3 S 2436/02, Abs. 26 f. = NuR 2004, 383, 384.

<sup>24</sup> VGH Mannheim, Urteil v. 16. Juni 2003, 3 S 2436/02, Abs. 36 = NuR 2004, 383, 385.

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,<sup>25</sup> zumal den Bewohnern Lübars' 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.

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

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 natürlichen **Eigenart der Landschaft und deren Erholungswert** sowie des Landschaftsbildes entgegenstehen. Dies ist nicht bereits aufgrund des Umstandes ausgeschlossen, dass – wie *Schandowsky* meint – das Haus mit einer Giebelhöhe von 3,5 Metern keine herausragende Stellung im Landschaftsbild beanspruche. 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. Von Bedeutung ist gerade **nicht die optische, sondern die funktionelle Abweichung des Vorhabens** von seiner Umgebung.<sup>26</sup> 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 vorliege. Hiernach soll verhindert werden, dass der Außenbereich planlos zersiedelt wird.<sup>27</sup> Daher stellt eine Bebauung des Außenbereichs mit Wohngebäuden in der Regel eine Zersiedelung des Außenbereichs dar und beeinträchtigt die öffentlichen Belange, weil zu befürchten ist, dass ein solches Vorhaben weitere gleichartige Bauwünsche nach sich zieht und damit „**Vorbildwirkung**“ entfaltet.<sup>28</sup> Dafür ist es unerheblich, dass *Schandowskys* „Freudenhaus“ nicht zu Wohnzwecken genutzt wird, weil es

<sup>25</sup> VGH Mannheim, Urteil v. 16. Juni 2003, 3 S 2436/02, Abs. 36 = NuR 2004, 383, 386.

<sup>26</sup> BVerwG, Urteil v. 18. Oktober 1985, 4 C 56/82, Abs. 11 ff. = BRS 44, Nr. 83.

<sup>27</sup> BVerwG, Urteil v. 26. Mai 1967, IV C 25.66, Abs. 15 = BVerwGE 27, 137, 139.

<sup>28</sup> BVerwG, Urteil v. 19. April 2012, 4 C 10/11, Abs. 22 = NVwZ 2012, 1631, Abs. 22.

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 somit auch materiell-rechtlich baurechtswidrig, so dass hierfür eine Baugenehmigung nach § 71 Abs. 1 S. 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 § 80 S. 1 BauO Bln ausdrücklich genannten Tatbestandsvoraussetzungen für eine Beseitigungsverfügung vor.

### **2. Inanspruchnahme des richtigen Adressaten für die Beseitigungsverfügung?**

Ungeschriebene Tatbestandsvoraussetzung einer Beseitigungsverfügung nach § 80 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 weiteren Frage verwechselt werden, ob die Auswahl zwischen mehreren Pflichtigen ohne Ermessensfehler getroffen wurde. Auch stellt sich diese weitere 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 Fall „Baumfällig“.

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.<sup>29</sup> Grundsätzlich ist daher gemäß § 14 Abs. 3 S. 1 ASOG nicht zu beanstanden, dass *Schandowsky* als Eigentümer des „Freudenhauses“ zu dessen Beseitigung herangezogen wird.

Dem steht auch nicht entgegen, dass *Schandowsky* das „Freudenhaus“ an den Bezirk Reinickendorf vermietet hat, und dem Land, vertreten durch das Bezirksamt, deshalb aus dem Mietvertrag und §§ 859 ff. BGB Besitzschutzrechte gegenüber *Schandowsky* zustehen. Insoweit ist es *Schandowsky* zwar zurzeit rechtlich unmöglich, die

<sup>29</sup> Bitz/Schwarz/Seiler-Dürr/Dürr, Rn. IX 66; *Guckelberger*, in: Gröpl/Guckelberger/Wohlfarth, § 5 Rn. 158.

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 § 80 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.<sup>30</sup>

### 3. Ordnungsgemäße Ermessensausübung (§ 40 VwVfG)

Die Beseitigungsverfügung könnte jedoch – wie *Schandowsky* meint –, deshalb rechtswidrig sein, weil die Behörde ihr Ermessen nicht ordnungsgemäß ausgeübt haben könnte. § 80 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.

Gegen die Pflicht zur korrekten Ermessensausübung nach § 40 VwVfG kann auf drei Arten verstoßen werden. Zunächst ist es möglich, das Ermessen gar nicht auszuüben (Ermessensausfall, bzw. -nichtgebrauch oder -unterschreitung). Es können aber auch die Grenzen des Erlaubten überschritten werden (Ermessensüberschreitung). In Betracht kommt zudem eine zweckwidrige Ermessensausübung (Ermessensfehlgebrauch).

#### a) Verstoß gegen die Pflicht zur Ermessensausübung (§ 40 Var. 1 VwVfG)?

Ein Verstoß gegen die Pflicht zur Ermessensausübung 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** liegen. Dies wäre der Fall, 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 Ermessenspielraums nicht bewusst gewesen. Denn eine Begründung war insoweit nicht erforderlich (siehe oben B.I). Vielmehr hat die Behörde aufgezeigt, warum aus ihrer Sicht der Abriss geboten sei. Teil dessen waren auch alternative Handlungsmöglichkeiten, wie insbesondere eine mögliche Legalisierung durch eine Baugenehmigung. Wenn auch nicht ersichtlich ist, dass die Behörde explizit darauf hinweist, dass sie von einem Handeln auch hätte absehen können, so ist umgekehrt jedoch ebenfalls nicht ersichtlich, dass die Behörde sich zum Eingreifen verpflichtet sah. Dieses schien ihr vielmehr aus den genannten Gründen opportun.

<sup>30</sup> BVerwG, Urteil v. 28. April 1972, IV C 42/69, Abs. 27 = BVerwGE 40, 101, 102 f.

*Anmerkung:* Einen Ausnahmefall, der eine umfassende Abwägung des „Für und Wider“ (und eine Darstellung dieser Abwägung in der Begründung) verlangt hätte, sieht das Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen etwa in der Befassung mit Schwarzbauten, die vor dem Ende des Zweiten Weltkriegs errichtet wurden, weil hier in Rechnung zu stellen sei, dass sie inzwischen seit vielen Jahren existierten und die Bauaufsichtsbehörde in diesem langen Zeitraum nicht gegen sie eingeschritten sei. Es sei auch zu berücksichtigen, dass vielfach Aktenbestände – sowohl solche der Behörden als auch die der hinsichtlich einer Baugenehmigung beweibelasteten privaten Eigentümer oder ihrer Rechtsvorgänger – durch die Kriegsverhältnisse unvollständig geworden oder ganz verloren gegangen seien und es die bis heute verstrichene Zeit regelmäßig ausschließe, sich durch die Vernehmung von Zeugen Gewissheit über die Umstände der Errichtung eines Gebäudes zu verschaffen.<sup>31</sup>

Eine Ermessensunterschreitung liegt nicht vor.

*Anmerkung:* Insofern ist anzumerken, dass ein Fehler an dieser Stelle im gerichtlichen Verfahren nicht ohne Weiteres – soweit spezialgesetzlich nicht ein anderes bestimmt ist – geheilt werden kann. Denn die (Widerspruchs-)Behörde kann zwar im gerichtlichen Verfahren Ermessenserwägungen nach § 114 S. 2 VwGO ergänzen (auch „nachschieben“ genannt), das erstmalige Erwägen oder der komplette Austausch der Erwägungen sind jedoch nicht möglich.<sup>32</sup>

### **b) Verstoß gegen die gesetzlichen Grenzen des Ermessens (§ 40 Var. 2 VwVfG)?**

Daher könnte allenfalls ein Ermessensfehler wegen einer Nichtbeachtung der **gesetzlichen Grenzen** des Ermessens in Betracht kommen.

Zunächst hätte das Ermessen vorliegend soweit reduziert sein können, dass die Behörde gar nicht hätte eingreifen dürfen.

Es ist jedoch nicht grundsätzlich ermessensfehlerhaft, wenn die Bauaufsichtsbehörde zur Wiederherstellung eines rechtmäßigen Zustandes eine Beseitigungsverfügung erlässt. 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.<sup>33</sup>

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. 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

<sup>31</sup> OVG Münster, Urteil v. 24. Februar 2016, 7 A 18/14, Abs. 29 ff. = NVwZ-RR 2016, 529, Abs. 24 ff.

<sup>32</sup> *Gerhardt*, in: Schoch/Schneider/Bier, Verwaltungsgerichtsordnung, 33. EL Juni 2017, § 114 Rn. 12d f.

<sup>33</sup> BVerwG, Urteil v. 11. April 2001, 4 C 4/01, Abs. 25 = NVwZ 2002, 1250, 1252.

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.

Weitere Grenzen des Ermessens setzen insbesondere die Grundsätze des Vertrauensschutzes und des Verhältnismäßigkeitsprinzips.<sup>34</sup>

*Anmerkung:* Zum Verhältnismäßigkeitsprinzip als Ermessensgrenze i. S. d. § 40 Var. 2 VwVfG, § 114 S. 1 Var. 1 VwGO: BVerfG [K], Beschluss v. 24. Juli 2017, 2 BvR 1487/17, Abs. 41 = NVwZ 2017, 1526, Abs. 41; BVerwG, Urteil v. 13. Juli 2017, 1 VR 3.17, Abs. 11 = NVwZ 2017, 1531, Abs. 11; allgemein zur Prüfung des Verhältnismäßigkeitsprinzips siehe diesen Hinweis bei den Saarheimer Fällen.

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, so dass sich auch aus diesen Grundsätzen keine Ermessensüberschreitung der Handlung der Behörde ergibt.

### c) Ergebnis zu 3

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 zur Vertiefung:* VGH Mannheim, Urteil v. 16. Juni 2003 - 3 S 2436/02 = NuR 2004, 383 ff. = VBIBW. 2004, 263 ff. (reales Vorbild des Falles); VGH München, Beschluss v. 14. Juli 2005 – 20 CS 05.1732 = NuR 2006, 711 ff. = BayVBl. 2006, 220, ff. (zur Reichweite der Legalisierungswirkung einer Baugenehmigung); *Fischer*, NVwZ 2004, 1057 ff. (zu den Begriffen der „formellen und materiellen Illegalität“).

<sup>34</sup> *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 40 Rn. 83 ff.