

Himmelsstrahler Lösungsvorschlag

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

Bearbeitung für Hauptstadtfälle: Dominik Steiger, Anna-Sophie Porschenrieder, Jannik Bach

Stand der Bearbeitung: Mai 2018

Die Klage *Heins* wird Erfolg haben, wenn sie zulässig und begründet ist.

A) Zulässigkeit

Die Klage *Heins* ist zulässig, wenn die Sachentscheidungsvoraussetzungen der §§ 40 ff. VwGO vorliegen.

Anmerkung: Für die Prüfung der Sachentscheidungsvoraussetzungen 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 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 somit 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 (§ 88 VwGO). Es ist also

das Rechtsschutzziel des Klägers zu ermitteln.¹ *Hein* will gegen die durch das Bezirksamt Reinickendorf 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 handelt, welche als Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes auch für die Auslegung der VwGO maßgeblich ist.²

Die Anfechtungsklage ist somit die statthafte Klageart.

III. Klagebefugnis (§ 42 Abs. 2 VwGO)

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

Anmerkung: Siehe zu dieser Adressatentheorie [diesen Hinweis](#) bei den Saarheimer Fällen.

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

IV. Vorverfahren (§ 68 VwGO)

Widerspruchsbehörde ist nach § 67 S. 2 ASOG das Bezirksamt. Das Vorverfahren nach § 68 Abs. 1 S. 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 Behördenträger zu richten.

Anmerkung: Siehe zur Bedeutung des § 78 VwGO und zur Verortung der Norm in der rechtlichen Prüfung [diesen Hinweis](#) bei den Saarheimer Fällen.

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

² U. Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 35 Rn. 12 u. 15.

VI. Beteiligtenfähigkeit (§ 61 VwGO)

Der Kläger ist als natürliche Person nach § 61 Nr. 1 Var. 1 VwGO beteiligtenfähig. Die Beteiligtenfähigkeit des Landes Berlin ergibt sich aus § 61 Nr. 1 Var. 2 VwGO.

VII. Prozessfähigkeit (§ 62 VwGO)

Hein ist gemäß § 62 Abs. 1 Nr. 1 VwGO prozessfähig. Für das Land Berlin handelt gemäß § 62 Abs. 3 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 *Hein* dadurch in seinen Rechten verletzt ist (§ 113 Abs. 1 S. 1 VwGO). Da sich *Hein* 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.³ Daher ist hier letztlich nur die Rechtmäßigkeit der Beseitigungsverfügung zu untersuchen. Als **Rechtsgrundlage** für die Beseitigungsverfügung kommt hier allein § 80 S. 1 BauO Bln in Betracht.

I. Formelle Rechtmäßigkeit

Das Bezirksamt Reinickendorf war als Bauaufsichtsbehörde für den Erlass der Beseitigungsverfügung nach § 80 S. 1 BauO Bln gemäß **§ 58 Abs. 1 BauO Bln, § 4 Abs. 2 S. 1 AZG, § 2 Abs. 4 S. 1 ASOG, Nr. 15 Abs. 1 ZustKat Ord** und für den **Erlass des Widerspruchsbescheids nach § 67 S. 2 ASOG zuständig**. Auch das **Verwaltungsverfahren** ist ordnungsgemäß durchgeführt, insbesondere ist die nach § 28 Abs. 1 VwVfG i. V. m. § 1 Abs. 1 VwVfG Bln⁴ notwendige Anhörung vorgenommen und der Bescheid entsprechend den Vorgaben des **§ 39 Abs. 1 VwVfG (i. V. m. § 79 VwVfG, § 73 Abs. 3 S. 1 VwGO)** hinreichend begründet worden.

Anmerkung: Zur Begründungspflicht bei Abriss- bzw. Beseitigungsverfügungen siehe den Fall „[Freudenhaus](#)“.

³ BVerwG, Urteil v. 05. August 2015 – 6 C 8/14, Abs. 21 f. = BVerwGE 152, 355 Abs. 21 f.

⁴ Im Folgenden wird auf den Verweis auf das Berliner Landesrecht verzichtet.

Die Beseitigungsverfügung ist somit formell ordnungsgemäß erlassen worden.

II. Tatbestandsvoraussetzungen des § 80 S. 1 BauO Bln

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

Dann müssten die „Himmelsstrahler“ „Anlagen“ sein (1), die in Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften errichtet worden sind (2) und es müssten auf andere Weise als durch eine vollständige Beseitigung der Himmelsstrahler rechtmäßige Zustände nicht wieder hergestellt werden können (3).

Anmerkung: Es wird dringend empfohlen, bei der Prüfung der Tatbestandsvoraussetzungen einer Abrissverfügung strikt vom Wortlaut der einschlägigen Ermächtigungsgrundlage auszugehen und hierunter zu subsumieren, ohne vorschnell auf die Begriffe „formelle“ und „materielle Illegalität“ zu rekurrieren.⁵

1. 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“.

a) Himmelsstrahler als bauliche Anlage?

Der Begriff der baulichen Anlage wird von § 2 Abs. 1 S. 2 und 3 BauO Bln definiert. Hiernach sind bauliche Anlagen mit dem Erdboden verbundene, aus Bauprodukten hergestellte Anlagen.

Die Himmelsstrahler sind auf dem Dach des bestehenden Gebäudes installiert und somit nicht unmittelbar mit dem Erdboden verbunden. Jedoch reicht – wie auch bei § 29 BauGB – eine über eine andere Anlage vermittelte Verbindung mit dem Erdboden aus, jedenfalls dann, wenn diese eine gewisse Festigkeit aufweist.⁶ Durch die Montage am Gebäude liegt somit eine Verbindung mit dem Erdboden i. S. d. § 2 Abs. 1 S. 2 BauO Bln vor.

⁵ Siehe hierzu ausführlich *Fischer*, NVwZ 2004, 1057 ff.; *Lindner*, 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.

⁶ OVG Hamburg, Urteil v. 31. Mai 2001 – 2 Bf 323/98 = NVwZ-RR 2002, 562 ff.; *Dirnberger*, in: Simon/Busse, Bayerische Bauordnung, 128. EL 2017, Art. 2 Rn. 39.

Die Scheinwerfer sind jedoch nicht aus Bauprodukten hergestellt und mithin keine baulichen Anlagen.⁷

Anmerkung: Bauprodukte sind nach § 2 Abs. 10 Nr. 1 BauO Bln vor allem Baustoffe, Bauteile und Anlagen, die hergestellt werden, um dauerhaft in bauliche Anlagen eingebaut zu werden. Es scheint sich hierbei um einen Zirkelschluss zu handeln, denn mit dem Begriff der Bauprodukte sollen schließlich bauliche Anlagen definiert werden, wobei dieser Begriff wiederum für die Definition des Bauprodukts benötigt wird.

Die heutige Definition der Bauprodukte in der Musterbauordnung (die sich der jeweilige Landesgesetzgeber durch deren Verwendung zu eigen gemacht hat) geht maßgeblich auf die Richtlinie 89/106/EWG des Rates vom 21. Dezember 1988 (Bauproduktenrichtlinie) zurück, die inzwischen durch die Verordnung (EU) Nr. 305/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 09. März 2011 (EU-Bauproduktenverordnung) ersetzt worden ist. In Art. 2 Nr. 1 der Verordnung wird ein „Bauprodukt“ definiert als jedes Produkt oder jeder Bausatz, das bzw. der hergestellt und in Verkehr gebracht wird, um dauerhaft in Bauwerke oder Teile davon eingebaut zu werden, und dessen Leistung sich auf die Leistung des Bauwerks im Hinblick auf die Grundanforderungen an Bauwerke auswirkt. Nach Art. 3 Abs. 1 sind diese Grundanforderungen in Anhang I der Verordnung dargestellt. Sie sind in die Kategorien

- Mechanische Festigkeit und Standsicherheit,
- Brandschutz,
- Hygiene, Gesundheit und Umweltschutz,
- Sicherheit und Barrierefreiheit bei der Nutzung [des Bauwerks],
- Schallschutz,
- Energieeinsparung und Wärmeschutz,
- nachhaltige Nutzung der natürlichen Ressourcen

unterteilt. „Bauwerke“ sind nach Art. 2 Nr. 3 Bauten sowohl des Hochbaus als auch des Tiefbaus. Es liegt daher nahe, diese Definitionen zu übertragen und (unter Ersetzung von „Bauwerk“ durch „Anlage“) entsprechend auf die Landesbauordnungen anzuwenden. Dies zeigt auch § 3 S. 1 Hs. 2 BauO Bln, der explizit darauf verweist, dass bei der Anordnung, Errichtung, Änderung und Instandhaltung von Anlagen die Grundanforderungen an Bauwerke gem. Anhang I der Verordnung (EU) Nr. 305/2011 zu beachten sind. Dann kann jedoch von Bauprodukten nur dann die Rede sein, wenn diese in eine hoch- oder tiefbaulich relevante Anlage (ein „Bauwerk“) eingefügt werden sollen.

Dem Himmelsstrahler fehlt eine solche Relevanz, er ist keine bauliche Anlage. Er ist darüber hinaus wohl nicht einmal Bauprodukt, jedenfalls nicht bei der konkreten Verwendung außerhalb des Gebäudes, weil in Bezug auf das Gesamtgebäude die im Anhang I der Verordnung dargestellten Punkte durch die Montage nicht ernsthaft berührt werden.

⁷ Vgl. VG Stuttgart, Beschluss v. 09. Juli 1999 – 13 K 673/99 = NVwZ-RR 2000, 14, 15; Dietlein, BauR 2000, 1682 ff., 1683; Hildebrandt, VBIBW 1999, 250, 251; Sydow, Jura 2002, 196, 198 f.

b) Himmelsstrahler als Werbeanlage?

Die Scheinwerfer könnten jedoch Anlagen der Außenwerbung (Werbeanlagen) i. S. v. § 10 Abs. 1 S. 1 BauO Bln sein, die – unabhängig davon, ob sie bauliche Anlagen sind (§ 10 Abs. 2 S. 1 BauO Bln) – als andere Anlagen i. S. d. § 1 Abs. 1 S. 2 BauO Bln anzusehen sind.

Werbeanlagen sind alle ortsfesten Einrichtungen, die der Ankündigung oder Anpreisung oder als Hinweis auf Gewerbe oder Beruf dienen und vom öffentlichen Verkehrsraum aus sichtbar sind. Hierzu zählen gemäß **§ 10 Abs. 1 S. 2 BauO Bln** insbesondere auch für Lichtwerbung bestimmte Säulen, Tafeln und Flächen.

Hier sind die Himmelsstrahler zwar auf dem Dach, also ortsfest, angebracht, aber nicht selbst von außen sichtbar. Sichtbar sind jedoch die von diesen ausgehenden Strahlen. Gerade diese sollen auch sichtbar sein. Aus ihnen erschließt sich zwar nicht allein, wofür geworben wird. Jedoch werden auch für sich aussagelose Einrichtungen als Werbeanlagen angesehen, wenn sie nur den Zweck erfüllen, auf den Ort, von dem sie ausgehen, hinzuweisen.⁸ Die Lichtstrahlen sollen anzeigen, dass an ihrem Ursprung eine Gaststätte liegt, um potenzielle Besucher auf das „Loretta Babetta“ aufmerksam zu machen. Die Himmelsstrahler entsprechen daher in ihrer Funktion herkömmlichen Schildern oder Lichtwerbeanlagen, indem sie auf ein Gewerbe hinweisen, selbst wenn sich aus den Lichtstrahlen allein nicht erschließt, wofür geworben wird.

Sie stellen (mindestens) eine Werbeanlage nach § 10 Abs. 1 S. 1 BauO Bln dar.

c) Ergebnis zu 1.

Bei den Himmelsstrahlern handelt es sich somit um „Anlagen“ i. S. d. § 80 S. 1 BauO Bln.

2. Errichtung der Himmelsstrahler in Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften

Eine Errichtung in Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften liegt bereits vor, wenn für die Errichtung der Himmelsstrahler nach § 59 Abs. 1 BauO Bln eine Baugenehmigung erforderlich gewesen wäre, da sie dann ohne die erforderliche Baugenehmigung errichtet worden wären (vgl. § 72 Abs. 2 BauO Bln). Fraglich ist somit, ob eine genehmigungsbedürftige Errichtung vorlag. Dass es sich bei den Himmelsstrahlern um mindestens eine „Anlage“ i. S. d. der BauO Bln handelt, wurde bereits gezeigt. Die Montage derselben zur Inbetriebnahme stellt eine Errichtung (mindestens)

⁸ Vgl. [OVG Koblenz, Urteil v. 22. Januar 2003 – 8 A 11286/02](#) = BauR 2003, 868; [VGH München, Beschluss v. 18. Dezember 1995 – 14 CS 95.3588](#) = NVwZ 1997, 201, 202; [OVG Münster, Beschluss v. 22. Juni 1994 – 11 B 1466/94](#) = NVwZ 1995, 718; [VG Neustadt \(Weinstraße\), Urteil v. 04. Juli 2002 – 4 K 646/02.NW, Abs. 14](#); [Dietlein](#), BauR 2000, 1682.

einer Werbeanlage dar. Einer Genehmigung hierfür hätte es indes nur dann bedurft, wenn das Vorhaben nicht nach den §§ 60 bis 62, 76 oder 77 BauO Bln genehmigungsfrei gewesen wäre. § 60 S. 1 Nr. 3 BauO Bln ist mangels Erfordernis einer Erlaubnis nach Landesstraßenrecht ausgeschlossen. Eine Freistellung nach § 62 BauO Bln scheidet jedenfalls an § 62 Abs. 1 S. 2 BauO Bln. Demnach käme eine Genehmigungsfreiheit hier allein nach § 61 Abs. 1 Nr. 12 lit. a) BauO Bln in Betracht.

Hiernach sind Werbeanlagen mit einer Ansichtsfläche von bis zu 1 m², an der Stätte der Leistung sogar von bis zu 2,50 m², verfahrensfrei. Da die Scheinwerfer auf dem Dach der Gaststätte, also an der Stätte der Leistung, montiert sind und die Gesamtoberfläche der Scheinwerfer nicht über 2,50 m² liegt, braucht nicht entschieden zu werden, ob die Scheinwerfer in dieser Hinsicht als einheitliche Werbeanlage anzusehen oder einzeln zu betrachten sind.

Jedoch bezieht sich § 61 Abs. 1 Nr. 12 lit. a) BauO Bln zum einen ausdrücklich auf die „Ansichtsfläche“ und ist damit auf zweidimensionale Werbeflächen zugeschnitten, nicht aber auf dreidimensionale Werbeobjekte. Im Übrigen ist eine gesonderte Betrachtung der Scheinwerfer selbst einerseits und der von ihnen erzeugten, je nach den Verhältnissen vor Ort sich über mehrere hundert Meter erstreckenden Lichtstrahlen andererseits verfehlt, weil beide eine funktionale Einheit bilden.⁹

Sie sind daher nicht von § 61 Abs. 1 Nr. 12 lit. a) BauO Bln erfasst.

Für die Errichtung der Himmelsstrahler war somit keine Genehmigungsfreiheit gegeben, sodass ihre Errichtung genehmigungsbedürftig war, wenn auch nur im vereinfachten Verfahren nach § 63a BauO Bln.

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 zurückgenommen werden), wenn das Bauvorhaben mit Vorschriften unvereinbar ist, die im vereinfachten Verfahren nicht zu prüfen sind.¹⁰ 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.¹¹ Die durch die Genehmigung vermittelte Legalisierungswirkung ist also auf den Umfang des gesetzlichen Prüfprogramms beschränkt.¹² § 59 Abs. 2 BauO Bln formuliert dies 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.**“

⁹ Vgl. [OVG Koblenz, Urteil v. 22. Januar 2003 – 8 A 11286/02](#) = BauR 2003, 868; [VG Stuttgart, Beschluss v. 09. Juli 1999 – 13 K 673/99](#) = NVwZ-RR 2000, 14, 15.

¹⁰ [OVG Hamburg, Urteil v. 30. März 2011 – 2 Bf 405/05, Abs. 39 ff.](#) = NordÖR 2011, 338 ff.

¹¹ Deutlich [OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss v. 23. Juni 2010 – 2 S 99/09, Abs. 4 ff.](#) = NVwZ-RR 2010, 794, 795; [VG Neustadt \(Weinstraße\), Urteil v. 04. Juli 2002 – 4 K 646/02.NW, Abs. 21.](#)

¹² S. hierzu (sehr lesenswert) [Sauthoff](#), BauR 2013, 415 ff.

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.

Hein hätte damit die Himmelsstrahler nicht ohne Baugenehmigung montieren dürfen, sodass sie schon deshalb i. S. d. § 80 S. 1 BauO Bln „in Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften“ errichtet worden sind.

3. Fehlen einer Möglichkeit, auf andere Weise als durch eine Beseitigung rechtmäßige Zustände wiederherzustellen

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

Anmerkung: Eine Beseitigungsverfügung kann bei formeller Illegalität 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. Es gibt dann nämlich eine Möglichkeit „auf andere Weise rechtmäßige Zustände“ wiederherzustellen. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gebietet es, diesen Weg als milderer Mittel zu wählen.

Eine Baugenehmigung kann erteilt werden, wenn die Voraussetzungen hierfür vorliegen. Diese sind im Folgenden zu prüfen.

a) Möglichkeit der Erteilung einer Baugenehmigung

Eine Beseitigungsverfügung kommt trotz der formellen Baurechtswidrigkeit dann nicht in Betracht, wenn nachträglich eine Baugenehmigung erteilt werden kann **und** die bauliche Anlage nicht gegen solche bauordnungsrechtlichen Vorschriften ver-

stößt, die zwar im Baugenehmigungsverfahren (ggf. in Form des vereinfachten Verfahrens) nicht (mehr) geprüft werden, aber von der Bauaufsichtsbehörde zur Grundlage ihres Eingreifens gemacht werden können, also nicht in den ausschließlichen Zuständigkeitsbereich anderer Behörden fallen. Damit ist umfassend zu untersuchen, ob die Himmelsstrahler in materieller Hinsicht baurechtskonform errichtet worden sind oder ob die materielle Rechtmäßigkeit durch Befreiungen oder Ausnahmen herbeigeführt werden kann.¹³

Zu prüfen sind nach § 63a BauO Bln die Übereinstimmung mit den Vorschriften über die Zulässigkeit der baulichen Anlagen nach den §§ 29 - 38 BauGB (aa), die Übereinstimmung mit den Anforderungen gemäß den §§ 6, 9 Abs. 1 und 2, §§ 10 und 16 Abs. 2 BauO Bln sowie beantragte Abweichungen im Sinne des § 67 Abs. 1 und 2 S. 2 BauO Bln (bb) und die Einhaltung anderer öffentlich-rechtlicher Anforderungen, soweit wegen der Baugenehmigung eine Entscheidung nach anderen öffentlich-rechtlichen Vorschriften entfällt oder ersetzt wird (cc).

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

Fraglich ist demnach zunächst die Vereinbarkeit mit den Vorgaben der §§ 29 ff. BauGB.

(1) Anwendbarkeit der §§ 29 ff. BauGB

Diese können jedoch nur dann maßgeblich sein, wenn sie 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 handelt, 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.¹⁴ Dies könnte bei kleineren Werbeanlagen generell fraglich sein, da jede einzelne Werbeanlage ein Bedürfnis nach städtebaulicher Planung kaum hervorzurufen geeignet ist. Gerade in Zusammenhang mit Werbeanlagen weist das Bundesverwaltungsgericht 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.¹⁵ Entscheidend sei im Sinne des Grundsatzes der Gleichbehandlung, dass kein Vorhaben von der Geltung der §§ 29 ff. BauGB freige-

¹³ VGH München, Beschluss v. 14. Juli 2005 – 20 CS 05.1732 = BayVBl. 2006, 220, 221; [VGH Mannheim, Urteil v. 16. Juni 2003 – 3 S 2436/02, Abs. 31](#) = NuR 2004, 383, 385; Finkelnburg/Ortloff/Otto, § 13 Rn. 11 ff.; Fischer, NVwZ 2004, 1057, 1059; Lindner, JuS 2014, 118, 120 f.

¹⁴ Vgl. Muckel/Ogorek, § 7 Rn. 14 ff.; ausführlich Scheidler, ZfBR 2016, 116, 117 ff.

¹⁵ [BVerwG, Urteil v. 03. Dezember 1992 – 4 C 27.91, Abs. 17 ff.](#) = BVerwGE 91, 234, 236 ff.

stellt sein könne, sofern dieses Vorhaben ein Bedürfnis nach städtebaulicher Planung auslösen würde, wenn es in vergleichbarer Lage auch von den Nachbarn beabsichtigt wäre. Es wird also gerade darauf abgestellt, ob das Vorhaben in seiner gedachten Häufung ein Bedürfnis nach einer seine Zulässigkeit regelnden verbindlichen Planung hervorruft.¹⁶ 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 S. 2 Hs. 2 BauGB) beeinflussen können.

Ein Himmelsstrahler und die von ihm bestimmungsgemäß ausgehende Lichtsäule sind als einheitliches Ganzes anzusehen, das – insbesondere in einer gedachten Häufung (jedenfalls in der Dunkelheit) die **Ortssilhouette** und damit das Ortsbild entscheidend prägt.¹⁷ Damit liegt die geforderte Beeinflussung des Ortsbildes vor.

Unter planungsrechtlichen Aspekten ist unerheblich, ob eine Werbeanlage mit dem Erdboden verbunden oder an bzw. auf einem Gebäude installiert ist.¹⁸ Der Anwendbarkeit der §§ 29 ff. BauGB steht somit auch nicht entgegen, dass die Himmelsstrahler **auf dem Dach** installiert wurden, also keine unmittelbare Verbindung mit dem Boden aufweisen.

Das Vorhaben *Heins* muss daher bauplanungsrechtlichen Vorgaben genügen.

(2) 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** (der mindestens Art und Maß der baulichen Nutzung bestimmt), innerhalb dessen Geltungsbereich sich die Zulässigkeit eines Vorhabens ausschließlich nach § 30 Abs. 1 BauGB (und insbesondere den Festsetzungen des Bebauungsplans) 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 bestimmt. Der einfache Bebauungsplan wird damit – soweit er keine Regelungen enthält – durch § 34 oder § 35 BauGB ergänzt.

Hier lässt sich dem Sachverhalt nicht entnehmen, welche Vorgaben der Bebauungsplan über das Maß der baulichen Nutzung (vgl. §§ 16 ff. BauNVO), die Bauweise (vgl. § 22 BauNVO) oder die überbaubare Grundstücksfläche (vgl. § 23 BauNVO) enthält. 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 bzw. § 35 BauGB ergänzend heranzuziehen.

¹⁶ [BVerwG, Urteil v. 07. Mai 2001 – 6 C 18.00, Abs. 18](#) = BVerwGE 114, 206, 209 f.

¹⁷ *Dietlein*, BauR 2002, 1682, 1686; *Hildebrandt*, VBIBW. 1999, 250, 253; *Sydow*, Jura 2002, 196, 199.

¹⁸ [BVerwG, Urteil v. 16. März 1995 – 4 C 3.94, Abs. 10](#) = BVerwG NVwZ 1995, 899.

(3) Vereinbarkeit mit § 34 BauGB

Fraglich ist daher zunächst, ob sich die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit des Vorhabens nach § 34 oder § 35 BauGB richtet. Für die Anwendbarkeit des § 34 BauGB 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 wurden, sodass sich das Grundstück gerade nicht mehr im Außenbereich befindet.

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

Aufgrund der Rotation der Strahler ragen jedoch die Lichtkegel auch in den Außenbereich hinein, sodass deshalb angenommen werden könnte, dass die Anlage insofern am Maßstab des § 35 BauGB zu messen wäre.¹⁹ Dabei würde jedoch übersehen, dass viele Vorhaben optische Auswirkungen auf den Außenbereich haben können und diese allein 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**.

Anmerkung: Die Auswirkungen auf den Außenbereich werden jedoch im weiteren Verlauf der Prüfung noch zu berücksichtigen sein.

Die Zulässigkeit des Vorhabens richtet sich jedenfalls nach § 34 BauGB.

Gemäß § 34 Abs. 1 S. 1 BauGB darf es verwirklicht werden, wenn es sich in die Eigenart der näheren Umgebung einfügt, wobei aufgrund von § 34 Abs. 2 S. 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 S. 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.²⁰ Die Unselbständigkeit des Nutzungszwecks liegt vor, wenn die Werbeanlage mit der Hauptnutzung in einem Funktionszusammenhang steht.²¹ Die von *Hein* installierten Scheinwerfer **dienen ohne eigenen Nutzungszweck lediglich der Werbung für eine zulässige Schankwirtschaft**. Sie sind auch wegen ihrer geringen Größe dem zweigeschossigen Gebäude, der Haupt-

¹⁹ So in einem vergleichbaren Fall [OVG Koblenz, Urteil v. 22. Januar 2003 – 8 A 11286/02](#) = BauR 2003, 868.

²⁰ Vgl. [BVerwG, Urteil v. 03. Dezember 1992 – 4 C 27/91, Abs. 20 f.](#) = BVerwGE 91, 234, 239.

²¹ Vgl. [Dietlein](#), BauR 2000, 1682, 1686 m.w.N.

anlage, optisch untergeordnet. In diesem Zusammenhang kommt es auf die Größe der von den Strahlern erzeugten Lichtkegel nicht an. Sie stellen somit untergeordnete Nebenanlagen dar.

Fraglich ist jedoch, ob die Himmelsstrahler der Eigenart eines Dorfgebiets widersprechen. Hier ist wiederum nicht nur auf die Scheinwerfer selbst, sondern auch auf die von diesen ausgehenden Lichtemissionen abzustellen. Gerade diese weit hinausstrahlenden Lichtkegel vertragen sich nicht mit der landwirtschaftlichen, nichtindustriellen und nichtgewerblichen Prägung dörflicher Gebiete.²²

Dementsprechend stehen die Himmelsstrahler im Widerspruch zur Eigenart des Baugebiets und das Vorhaben *Heins* ist nach § 34 BauGB unzulässig.

(4) Ergebnis zu aa)

Das Vorhaben *Heins* ist damit bereits bauplanungsrechtlich unzulässig.

bb) Vereinbarkeit mit (dem Prüfprogramm des § 63a BauO Bln unterfallendem) Bauordnungsrecht

Das Vorhaben könnte darüber hinaus auch bauordnungsrechtlichen Bestimmungen widersprechen, wobei, nicht zuletzt aufgrund des eingeschränkten Prüfungsumfangs des § 63a BauO Bln, insbesondere § 10 BauO Bln in Betracht kommt.

(1) Vereinbarkeit mit § 10 Abs. 4 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. 3 Nr. 1 BauO Bln ist vorliegend nicht anwendbar, auch wenn die Lichtstrahlen auf den Außenbereich einwirken.²³

Nach § 10 Abs. 4 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 am „Loretta Babetta“ selbst befestigt wurden und auch auf dieses hinweisen sollen. Der Werbeanlagencharakter eines Him-

²² Vgl. *Hildebrandt*, VBIBW. 1999, 252, 253.

²³ A.A. in einem vergleichbaren Fall [OVG Koblenz, Urteil v. 22. Januar 2003 – 8 A 11286/02.OVG](#) = UPR 2003, 237.

melsstrahlers ergibt sich gerade aus dem Umstand, dass der Lichtstrahl potenzielle Interessenten auf einen Gewerbebetrieb am Standort des Geräts hinweist.²⁴

Allerdings könnte auch eine **restriktive Auslegung** des Ausnahmetatbestandes des § 10 Abs. 4 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.²⁵

Aufgrund der gebotenen restriktiven Handhabung des § 10 Abs. 4 S. 1 BauO Bln verstößt das Vorhaben *Heins* damit auch gegen diese Bestimmung.

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

Die geplanten Himmelsstrahler könnten, wie die Bauaufsichtsbehörde in ihrem ablehnenden Bescheid geschrieben hat, bauliche Anlagen bzw. das Orts- und Landschaftsbild verunstalten und damit gegen § 10 Abs. 2 S. 2 Alt. 1 BauO Bln verstoßen.

Für die Bestimmung des Begriffs des **Verunstaltens** ist auf das Empfinden jedes für ästhetische Eindrücke offenen Betrachters abzustellen, des sogenannten gebildeten Durchschnittsmenschen.²⁶ Eine Verunstaltung setzt voraus, dass die bauliche Anlage über das Unschöne hinaus das Gesamtbild ihrer Umgebung in solcher Weise stört, dass dieser gebildete Durchschnittsbetrachter in seinem ästhetischen Empfinden nicht bloß beeinträchtigt, sondern verletzt wird und die bauliche Anlage somit als hässlich empfindet.²⁷

Anmerkung: Der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg beschreibt dies in einer jüngeren Entscheidung wie folgt:²⁸ 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 ei-

²⁴ Hildebrandt, VBIBW. 1999, 250, 251.

²⁵ So [VG Neustadt \(Weinstraße\), Urteil v. 04. Juli 2002 – 4 K 646/02.NW, Abs. 16](#); Dietlein, BauR 2000, 1682, 1683.

²⁶ [BVerwG, Urteil v. 28. Juni 1955 – I C 146.53, Abs. 15](#) = BVerwGE 2, 172, 177.

²⁷ So auch Bitz/Schwarz/Seiler-Dürr/Dürr, Rn. IV 22; Guckelberger, in: Gröpl/Guckelberger/Wohlfahrt, § 5 Rn. 114.

²⁸ [VGH Mannheim, Beschluss v. 24. Januar 2017 – 3 S 1992/16, Abs. 10 f.](#) = BauR 2017, 872 f.

nes 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.

Bedenken könnten wegen der Lieblichkeit der Landschaft bestehen, deren Erscheinungsbild durch die „künstlichen“ Lichtstrahlen gestört wird.²⁹ Jedoch werden die Lichteffekte nur bei Dunkelheit erzeugt, sodass deshalb ein Kontrast zwischen dem Landschaftsbild und den Himmelsstrahlern fragwürdig erscheint.³⁰ Andererseits zeichnet sich ein dörfliches Landschaftsbild bei Nacht gerade durch die weitestgehende Abwesenheit elektrischer Lichtquellen aus, das bei Tag vorherrschende Bild muss dazu nicht optisch wahrnehmbar sein. Daher liegt eine Verunstaltung vor.

Anmerkung: Letztlich gibt der Sachverhalt doch recht wenige Informationen. Beide Ansichten sind hier gut vertretbar.

(3) Vereinbarkeit mit § 10 Abs. 2 S. 2 Alt. 2 BauO Bln

Die von den vorgesehenen Scheinwerfern ausgehenden Lichtstrahlen könnten darüber hinaus zu einer – durch § 10 Abs. 2 S. 2 Alt. 2 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 Alt. 2 BauO Bln kein Raum ist, soweit **bundesrechtlich** 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 S. 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.³¹

Hinsichtlich der Auswirkungen der Himmelsstrahler, die ein innerörtliches Vorhaben darstellen, 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. Im vorliegenden Fall bleibt aber zu berücksichtigen, dass die Werbung in einer Umgebung stattfindet, die nach dem Sachverhalt kaum Werbeanlagen aufweisen dürfte, sich vielmehr durch ihre natürli-

²⁹ In diese Richtung wohl *Sydow*, Jura 2002, 196, 200.

³⁰ Daher im Ergebnis eine Verunstaltung verneinend *Dietlein*, BauR 2002, 1682, 1685.

³¹ [VGH München, Urteil v. 18. Dezember 1995](#) = NVwZ 1997, 201, 202; *Dietlein*, BauR 2000, 1682, 1684 Fn. 26; *Hildebrandt*, VBIBW. 1999, 250, 251.

che Schönheit auszeichnet. Deshalb ist eine Verkehrsgefährdung durch die Lichtstrahlen nicht von vornherein auszuschließen, vor allem weil es sich um bewegliche Lichterscheinungen handelt, auf die Betrachter regelmäßig sehr empfindlich reagieren.³²

Weil aber keine Anhaltspunkte für eine komplexe Verkehrssituation und insbesondere eine Blendung der Verkehrsteilnehmer vorliegen, ist jedoch im Ergebnis eine Verkehrsgefährdung gemäß § 10 Abs. 2 S. 2 Alt. 2 BauO Bln zu verneinen.³³

(4) Ergebnis zu bb)

Damit verstößt das Vorhaben *Heins* gegen § 10 Abs. 4 S. 1 BauO Bln und somit auch gegen bauordnungsrechtliche Bestimmungen.

cc) Vereinbarkeit mit anderen öffentlich-rechtlichen Anforderungen i. S. d. § 63a BauO Bln

Ein Verstoß gegen sonstige öffentlich-rechtliche Anforderungen, deren Einhaltung durch die Erteilung einer Baugenehmigung „bescheinigt“ (also eine eigene Entscheidung ersetzt, vgl. z. B. § 12 Abs. 3 S. 2 DSchG Bln) würde, ist nicht ersichtlich.

b) Ergebnis zu 3.

Da das Vorhaben weder mit § 34 Abs. 1 und 2 BauGB i. V. m. § 5 BauNVO noch mit § 10 Abs. 4 S. 1 BauO Bln vereinbar ist, widerspricht es in mehrfacher Hinsicht auch im vereinfachten Verfahren zu prüfenden Vorschriften, sodass eine Baugenehmigung nicht erteilt werden könnte.

4. Verstoß gegen sonstige öffentlich-rechtliche Vorschriften

Neben dem Fehlen einer Genehmigung trotz Erfordernis einer solchen („formelle Illegalität“) und der Nichtbeachtung im Rahmen des einfachen Verfahrens nach § 63a BauO Bln zu prüfender Vorschriften könnten die Himmelsstrahler noch aus weiteren Gründen gegen öffentlich-rechtliche Vorschriften i. S. d. § 80 S. 1 BauO Bln verstoßen.

Anmerkung: Dieser Prüfungspunkt ist für das Ergebnis nicht notwendig, da die Illegalität und Nichtgenehmigungsfähigkeit bereits festgestellt wurden. Da aber gutacht-

³² Vgl. *Dietlein*, BauR 2000, 1682, 1684.

³³ Anderes gilt nach § 10 Abs. 3 BauO Bln außerhalb geschlossener Ortschaften.

lich geprüft werden soll, ist eine umfassende Untersuchung angezeigt. Sollte hinsichtlich der Genehmigungsfähigkeit eine abweichende Meinung vertreten werden, ist die nachfolgende Prüfung ohnehin zwingend.

Durch die Einfügung des § 71 Abs. 1 S. 3 BauO Bln („Die Bauaufsichtsbehörde darf den Bauantrag ablehnen, wenn das Bauvorhaben gegen sonstige öffentlich-rechtliche Vorschriften verstößt.“) kann diese Thematik wohl auch bereits im Rahmen des vorhergehenden Prüfungspunkts – Möglichkeit der Erteilung einer Baugenehmigung – abgehandelt werden. Gleichwohl gehört sie zum einen dogmatisch eher an diese Stelle und zum anderen wird der Behörde ein Ermessen zur Ablehnung eingeräumt. Dieses könnte sie grundsätzlich auch dahingehend ausüben, dass sie eine Baugenehmigung trotz der Verstöße erteilt.

Bedeutend sind in diesem Rahmen zwei Fragen:

Zum einen die der Reichweite des Prüfungsumfangs der Baubehörde. Soweit eine spezielle Zuständigkeit besonderer Fachbehörden besteht (etwa bezüglich genehmigungsbedürftiger Anlagen nach dem BImSchG zugunsten der Immissionsschutzbehörde), darf die Baubehörde auf dieser Grundlage nicht einschreiten.

Darüber hinaus wird es problematisch, wenn die Behörde eine Baugenehmigung erteilt und ihr Ablehnungsermessen dabei zu Gunsten einer Erteilung ausgeübt hat. Denn dieses könnte einer späteren Bauordnungsverfügung entgegenstehen, hat die Behörde doch möglicherweise ein schützenswertes Vertrauen begründet, das trotz des eingeschränkten Umfangs der Legalisierungswirkung der Baugenehmigung (die nur das Prüfprogramm i. e. S. umfasst, das durch die Ablehnungsbefugnis grundsätzlich nicht erweitert wird – s. B.II.2) einem Eingreifen im Wege stehen könnte.

Zu den öffentlich-rechtlichen Vorschriften im Sinne § 80 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, jedenfalls soweit sie nicht in den besonderen Zuständigkeitsbereich anderer Spezialbehörden fallen (§ 58 Abs. 1 S. 1 BauO Bln, s. z. B. § 20 Abs. 2 BImSchG für nach diesem Gesetz genehmigungsbedürftige Anlagen). Nach dem Bearbeitervermerk bestehen gegen das Vorhaben *Heins* insoweit keine straßenrechtlichen Bedenken. Während auch Anhaltspunkte für einen Verstoß gegen naturschutzrechtliche und denkmalschutzrechtliche Bestimmungen nicht bestehen, könnte das Vorhaben jedoch gegen das Straßenverkehrsrecht verstoßen.

a) § 33 Abs. 1 StVO

Das Vorhaben könnte gegen § 33 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StVO verstoßen.

Zwar scheidet aufgrund der Lage auf einem Grundstück innerhalb der geschlossenen Ortschaft ein unmittelbarer Verstoß aus. Jedoch darf nach § 33 Abs. 1 S. 2 StVO der außerörtliche Verkehr auch durch innerörtliche Werbung oder Propaganda nicht derart gestört werden, dass am Verkehr Teilnehmende in einer den Verkehr gefähr-

denden Weise abgelenkt oder belästigt werden können. Für die Gefährdung oder Erschwerung des Verkehrs durch eine Werbeanlage genügt somit das Vorliegen einer abstrakten Gefahr, wobei aufgrund der Bedeutung der Schutzgüter (Leib und Leben) an das Vorliegen der Gefährdung kein hoher Anspruch gestellt werden darf.³⁴ Dabei ist vorliegend 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 S. 1 Nr. 3, S. 2 StVO enthaltene Verbot,³⁵ das strengere Anforderungen stellt als § 10 Abs. 2 Alt. 2 BauO Bln.

b) § 22 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BImSchG

Ein auf einem gewerblichen Grundstück angebrachter Himmelsstrahler ist Teil der Betriebsstätte und stellt im Übrigen eine ortsfeste Einrichtung dar.³⁶ Jedenfalls kann man auf die Gaststätte als Betriebsstätte abstellen, sodass eine Anlage i. S. d. § 3 Abs. 5 Nr. 1 BImSchG vorliegt.

Weil weder Himmelsstrahler noch Gaststätten zu den in der (auf der Grundlage des § 4 Abs. 1 S. 3 BImSchG erlassenen) Anlage der 4. BImSchV aufgezählten genehmigungsbedürftigen Anlagen gehören, bedürfen die Errichtung und der Betrieb eines Himmelsstrahlers für sich allein zwar keiner Genehmigung nach § 4 Abs. 1 BImSchG.

Als nicht genehmigungsbedürftige Anlagen sind sie jedoch nach § 22 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BImSchG so zu betreiben, dass schädliche Umwelteinwirkungen verhindert werden, die nach dem Stand der Technik vermeidbar sind. Die Kontrolle der Einhaltung der Vorschriften für nicht genehmigungsbedürftige Anlagen fällt nicht allein in den Zuständigkeitsbereich der Immissionsschutzbehörde.

Schädliche Umwelteinwirkungen i. S. d. § 22 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG sind nach der Legaldefinition in § 3 Abs. 1 BImSchG Immissionen, die nach Art, Ausmaß oder Dauer geeignet sind, Gefahren, erhebliche Nachteile oder erhebliche Belästigungen für die Allgemeinheit oder die Nachbarschaft herbeizuführen. Zu den Immissionen zählt (u. a.) nach der Legaldefinition in § 3 Abs. 2 BImSchG auf Menschen und Tiere einwirkendes Licht.³⁷

³⁴ *Hühnermann*, in: *Burmann/Heß/Hühnermann/Jahnke*, Straßenverkehrsrecht, 25. Auflage 2018, § 33 StVO Rn. 1.

³⁵ Vgl. [VGH München, Beschluss v. 18. Dezember 1995 – 14 CS 95.3588](#) = NVwZ 1997, 201, 202; *Dietlein*, BauR 2002, 1682, 1688; *Hildebrandt*, VBIBW. 1999, 250, 253; *Sydow*, Jura 2002, 196, 201.

³⁶ *Hildebrandt*, VBIBW. 1999, 250, 254.

³⁷ *Dietlein*, BauR 2002, 1682, 1690; *Hildebrandt*, VBIBW. 1999, 250, 254.

Es bestehen jedoch keine Anhaltspunkte dafür, dass die Lichtimmissionen, die von den Himmelsstrahlern ausgehen, die Erheblichkeitsschwelle des § 3 Abs. 2 BImSchG überschreiten werden, insbesondere dafür, dass sie ihre Lichtstrahlen so aussenden, dass sie in benachbarte Häuser hineinstrahlen und wildlebende Tiere erschrecken.

Das Vorhaben *Heins* verstößt damit nicht gegen § 22 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG.

c) Ergebnis zu 4.

Das Vorhaben *Heins* verstößt gegen § 33 Abs. 1 S. 1 Nr. 2, S. 2 StVO.

5. Ergebnis zu II.

Damit liegen die in § 80 S. 1 BauO Bln ausdrücklich genannten Tatbestandsvoraussetzungen für eine Beseitigungsverfügung vor.

III. Inanspruchnahme des richtigen Adressaten?

Ungeschriebene Tatbestandsvoraussetzung einer Beseitigungsverfügung nach § 80 S. 1 BauO Bln ist jedoch, 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 des Rechtsfolgeermessens und damit auch keine Frage der Verhältnismäßigkeit. Sie darf auch nicht mit der Frage verwechselt werden, ob die Auswahl zwischen mehreren Pflichtigen ohne Ermessensfehler getroffen wurde. Diese Frage stellt sich 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](#)“.

Wie auch die §§ 13 Abs. 4, 14 Abs. 5, 16 Abs. 4 ASOG zeigen, sind die allgemeinen Vorschriften der §§ 13 ff. ASOG heranzuziehen, soweit speziellere Rechtsvorschriften keine eigene Regelung treffen.³⁸ In der BauO Bln selbst ist nicht geregelt, an wen eine Beseitigungsverfügung zu richten ist. Grundsätzlich ist daher nicht beanstanden, dass *Hein* als Nutzer und Besitzer des Grundstücks und der Himmelsstrahler nach § 14 Abs. 1 ASOG bzw. als Person, die deren Montage veranlasste, nach § 13 Abs. 1 ASOG zu ihrer Beseitigung herangezogen wird.

³⁸ Bitz/Schwarz/Seiler-Dürr/Dürr, Rn. IX 66; *Guckelberger*, in: Gröpl/Guckelberger/Wohlfarth, § 5 Rn. 158.

IV. Ordnungsgemäße Ermessensausübung

§ 80 S. 1 BauO Bln räumt jedoch der Bauaufsichtsbehörde bezüglich der Rechtsfolge sowohl hinsichtlich des „Ob“ des Tätigwerdens (Entschließungsermessen) als auch hinsichtlich des Inhalts – des „Wie“ – der Maßnahme (Auswahlermessen bezüglich des Mittels) Ermessen ein. Die Beseitigungsverfügung ist daher nur dann materiell rechtmäßig, wenn die Widerspruchsbehörde bei der Bescheidung 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, dass Ermessen gar nicht auszuüben (Ermessenausfall, bzw. -nichtgebrauch oder -unterschreitung). Es können aber auch die Grenzen des Erlaubten, also des Ermessens, überschritten werden (Ermessensüberschreitung). In Betracht kommt zudem eine zweckwidrige Ermessensausübung (Ermessensfehlgebrauch).

Auch wenn die Widerspruchsbehörde auf die Begründung des Ausgangsbescheids verwiesen hat, so heißt dies nicht, dass sie keine eigenen Ermessenserwägungen angestellt hat. Sie hat sich vielmehr die Gründe der Ausgangsbehörde zu eigen gemacht und insofern das ihr zustehende Ermessen ausgeübt. Ein Nichtgebrauch liegt nicht vor.

Darüber hinaus entspricht es gerade dem Sinn des § 80 S. 1 BauO Bln, dass die Bauaufsichtsbehörde zur Wiederherstellung eines rechtmäßigen Zustands eine Beseitigungsverfügung erlässt. Die Duldung eines rechtswidrigen Zustands kann nur dann ausnahmsweise veranlasst sein, wenn ganz konkrete Anhaltspunkte dafürsprechen, ihn abweichend vom rechtlich Gewollten in Kauf zu nehmen.³⁹ Da solche Anhaltspunkte nicht ersichtlich sind, kommt sogar eine Ermessensreduzierung „auf Null“ bezüglich des Entschließungsermessens in Betracht, jedenfalls liegt keine zweckwidrige Ermessensausübung vor.

Daher kommt allein ein Ermessensfehler wegen einer Nichtbeachtung der gesetzlichen Grenzen des Ermessens in Betracht. Hierzu zählen insbesondere die Grundsätze des Vertrauensschutzes und der Verhältnismäßigkeit.⁴⁰

Anhaltspunkte für die Begründung eines schutzwürdigen Vertrauens *Heins* lassen sich dem Sachverhalt jedoch nicht entnehmen. Insbesondere können die Rechtsauskünfte Dritter – hier des Herstellers der Himmelsstrahler – kein die Behörde bindendes schutzwürdiges Vertrauen begründen.

Nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, der auch in § 11 ASOG seinen Niederschlag gefunden hat, müssen Maßnahmen ein legitimes Ziel verfolgen, zur Erreichung desselben geeignet und erforderlich und im Übrigen angemessen sein.

Anmerkung: Zur Ermessensausübung bei Abrissverfügungen siehe auch den Fall „[Freudenhaus](#)“.

³⁹ BVerwG, Urteil v. 11. April 2002 – 4 C 4/01, Abs. 25 = NVwZ 2002, 1250, 1252.

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

Die Beseitigungsverfügung verfolgt das legitime Ziel der Herstellung rechtmäßiger Zustände und ist zur Erreichung desselben geeignet.

Fraglich ist jedoch die Erforderlichkeit der Maßnahme. Hierbei geht es um die Frage, ob durch ein milderes Mittel gleich wirksam das Ziel verfolgt werden könnte. Es könnten auch durch eine Nutzungsuntersagung nach § 80 S. 2 BauO Bln rechtmäßige Zustände hergestellt werden. Vorliegend sind die Scheinwerfer, die auf dem Dach angebracht sind, nicht von außen sichtbar. Für eine Einordnung als Werbeanlage und somit für die Genehmigungsbedürftigkeit kommt es, wie bereits dargelegt, auf die Lichtstrahlen und nicht auf das diese aussendende Gerät an. Auch die Rechtswidrigkeit knüpft letztlich allein an die Lichtstrahlen an. Diese können aber bereits durch eine Nutzungsuntersagung beseitigt werden, die weniger als eine Beseitigungsverfügung in den Rechtskreis des *Hein* einschneiden würde, da die Beseitigung mit Kosten und Aufwand verbunden ist.

Jedoch erscheint die gleiche Wirksamkeit zweifelhaft. Insofern ist zu berücksichtigen, dass der vollständige Rückbau dazu führt, dass zur erneuten Inbetriebnahme besonderer Aufwand zu betreiben ist, während bei einer reinen Nutzungsuntersagung an der technischen Bereitstellung der Scheinwerfer keine Änderung eintritt, diese vielmehr durch das bloße Anschalten wieder in Betrieb genommen werden könnten.

Insofern sind die gleiche Eignung abzulehnen und die Erforderlichkeit zu bejahen.

Die besondere Eingriffstiefe einer Beseitigungsanordnung ist jedoch auch im Rahmen der Angemessenheit zu berücksichtigen, wie auch der Umstand, dass bei Zuwiderhandlung gegen eine Nutzungsuntersagung eine Beseitigungsanordnung immer noch erfolgen kann. Wenn auch die bedrohten Rechtsgüter (Leib und Leben) äußerst gewichtig sind, so ist die Gefahrenlage für dieselben nicht besonders akut, sodass die unmittelbare Beseitigungsanordnung im Hinblick auf die mögliche Nutzungsuntersagung, die gepaart mit der Anordnung der sofortigen Vollziehung erfolgen kann, unangemessen ist. Dies gilt umso mehr, als nicht ersichtlich ist, dass sich *Hein* widerrechtlich über eine solche hinwegsetzen würde.

Durch die angemessenere Nutzungsuntersagung kann ein rechtmäßiger Zustand geschaffen werden.

Die Beseitigungsverfügung ist somit unverhältnismäßig.

Anmerkung: Andere Ansicht – sowohl hinsichtlich der Bejahung der Erforderlichkeit als auch bezüglich des Gesamtergebnisses der Verhältnismäßigkeitsprüfung – bei entsprechender Argumentation vertretbar.

Damit sind die ergangene Beseitigungsanordnung und somit auch deren Bestätigung durch den Widerspruchsbescheid ermessensfehlerhaft.

V. Ergebnis zu B)

Die Beseitigungsverfügung und der Widerspruchsbescheid sind mithin rechtswidrig und daher geeignet, *Hein* in seinen Rechten zu verletzen, sodass die Klage begründet ist.

C) Gesamtergebnis

Die Klage *Heins* ist demzufolge zulässig und begründet, und hat deshalb Aussicht auf Erfolg.

Siehe zu diesem Fall

aus der Rechtsprechung: [OVG Koblenz, Urteil v. 22. Januar 2003 – 8 A 11286/02](#) = BauR 2003, 868 f.; [VGH München, Urteil v. 18. Dezember 1995 – 14 CS 95.3588](#) = NVwZ 1997, 201 f.; VGH München, Beschluss v. 14. Juli 2005 – 20 CS 05.1732 = BayVBl. 2006, 220 ff.; [OVG Münster, Beschluss v. 22. Juni 1994 – 11 B 1466/94](#) = NVwZ 1995, 718 f.; [VG Neustadt \(Weinstraße\), Urteil v. 4. Juli 2002 – 4 K 646/02.NW](#); [VG Stuttgart, Beschluss v. 09. Juli 1999 – 13 K 673/99](#) = NVwZ-RR 2000, 14 f.;

aus der Literatur: *Dietlein*, BauR 2000, 1682 ff.; *Hildebrandt*, VBIBW 1999, 250 ff.

siehe ferner die Fallbearbeitung von *Sydow*, Jura 2002, 196 ff.

Fragen und Anregungen zur Lösung? info@hauptstadtfaeelle.de