
Datum: 01.12.2016
Gericht: Verwaltungsgericht Köln
Spruchkörper: 2. Kammer
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 2 K 1908/16
ECLI: ECLI:DE:VGK:2016:1201.2K1908.16.00

Nachinstanz: Oberverwaltungsgericht NRW, 7 A 383/17
Rechtskraft: rechtskräftig

Tenor:

Das Verfahren wird eingestellt, soweit die Beteiligten es
übereinstimmend für erledigt erklärt haben.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Kosten des Verfahrens trägt die Klägerin.

Tatbestand:

- Die Klägerin ist Eigentümerin des Grundstücks Gemarkung M. , Flur 0, Flurstück 0000/000 in P. – V. . 1 2
- Das Grundstück, gelegen nahe des östlichen Ufers der Sülz, liegt nicht im Geltungsbereich eines Bebauungsplans. Der Flächennutzungsplan der Stadt P. trifft die Festsetzung „Fläche für die Landwirtschaft“. 3
- Das Grundstück wird erschlossen durch einen unbefestigten Weg, der von der Straße „V. “ abzweigt und - in südwestlicher Richtung verlaufend – circa 90 Meter hinter dem Grundstück in der freien Landschaft endet. Dass Grundstück ist bebaut mit einer als Wochenendhaus genutzten Hütte in Holzbauweise (circa 15 x 7 Meter Grundfläche) „Hütte 3“, Schuppen mit kleineren Nebenanlagen. 4
- Eine Baugenehmigung für Wochenendhaus, Schuppen und Nebenanlagen ist zu keiner Zeit erteilt worden. 5

Zur Umgebungsbebauung:

- Nordöstlich findet sich in circa 120 Meter Entfernung die von der Straße „V. “ 7
erschlossene Wohnbebauung, zu der hin das Gelände deutlich ansteigt. Die nach Westen,
zur T1. hin gelegenen Flurstücke entlang des besagten, unbefestigten Weges sind bis auf
die Parzellen 000, 000 die ebenfalls mit einer nicht genehmigten, als Wochenendhaus
genutzten Hütte bebaut sind (l. , „Hütte 6 – Klageverfahren 2 K 3901/15) unbebaut. Die
Nachbargrundstücke östlich des Weges sind wie folgt bebaut:
- Flurstück 000/000: Als Wochenendhaus genutzte Holzhütte „Hütte 1“ (L. , früher N. , 8
Klageverfahren 2 K 1619/16); Flurstücke 0000/000 und 0000/000: Als Wochenendhaus
genutzte Holzhütte „Hütte 2“ (B. , früher H. /H1. , Klageverfahren 2 K 1447/16);
Flurstück 000/000: Als Wochenendhaus genutzte Holzhütte „Hütte 7“ (l1. , Klageverfahren
2 K 1750/16); Flurstück 0000/000: Als Wochenendhaus genutzte Holzhütte „Hütte 4“
(L. , früher Q. , Klageverfahren 2 K 1620/16.)
- Für die genannten Baulichkeiten ist ebenfalls zu keiner Zeit eine Baugenehmigung erteilt 9
worden.
- Die am Ende des Weges gelegene Parzelle 000 ist mit einem Wochenendhaus („Hütte 5/5a“) 10
bebaut, welches im Rahmen eines gerichtlichen Vergleichs vom 3. Oktober 1966 (C.)
seither geduldet wird.
- Das Flurstück 000/000 ist in seinem rückwärtigen Teil mit der unbewohnbaren Ruine eines im 11
Jahre 2006 abgebrannten kleinen Wohnhauses („P1. “, V. 00, jetzt „P2. “)
bestanden. Im zum Weg hin gelegenen Bereich hat der frühere Pächter und später
zeitweilige Eigentümer P2. ohne Baugenehmigung ein eingeschossiges Bauwerk errichtet,
das zu Dauerwohnzwecken genutzt wird. Die Beklagte geht hiergegen seit geraumer Zeit
bauordnungsrechtlich vor (derzeit im Stadium der Verwaltungsvollstreckung).
- Erstmals aktenkundig wurde das Bauwerk auf dem hier streitbefangenen Grundstück durch 12
einen vor dem Verwaltungsgericht Köln am 21. Oktober 1975 geschlossenen Vergleich in
dem Verfahren 2 K 2040/74, das seinerzeit auch für die „Hütten“ 1, 2, 6, 7 und 4 zustande
kam.
- Hierin verpflichtete sich der seinerzeit als Bauaufsichtsbehörde zuständige Oberkreisdirektor 13
des S. – C1. - Kreises, aus den ergangenen Ordnungsverfügungen
(Beseitigungsverfügungen) jeweils nicht zu vollstrecken, bis eine Entscheidung in einem
Verfahren betreffend das Grundstück 000/000 („P1. “), damals anhängig beim OVG NRW
ergangen sei. Die Klage „P1. “ gegen eine Abrissverfügung wurde später rechtskräftig
abgewiesen (zuletzt BVerwG, Beschluss vom 16. September 1976 – NB 105.76 -).
Gleichwohl erteilte der Oberkreisdirektor des S. – C1. – Kreises am 1. Oktober
1986 eine Baugenehmigung für das Vorhaben „P1. “.
- Im Zuge von umfangreichen Ermittlungen und der Vorbereitung bauordnungsrechtlichen 14
Vorgehens gegen unerlaubt errichtete Wochenendhäuser und Wohngebäude, vornehmlich
entlang der Agger und der T1. , hörte die Beklagte die Klägerin am 7. August 2015 und am
14. September 2015 zum Erlass einer Nutzungsuntersagungs – und Beseitigungsverfügung
an.
- Mit Ordnungsverfügung vom 12. Februar 2016 – zugestellt am 16. Februar 2016 – gab die 15
Beklagte der Klägerin unter Berufung auf § 61 Abs. 1 BauO NRW und die formelle und

materielle Illegalität des Wochenendhauses und des Schuppens auf, die Gebäude ab Rechtskraft der Ordnungsverfügung nicht mehr zu nutzen und sie binnen sechs Monaten nach Rechtskraft zu beseitigen darin vor Beginn der Abrissarbeiten eine artenschutzrechtliche Voruntersuchung durchführen zu lassen. Für den Fall der Zuwiderhandlung wurde jeweils ein Zwangsgeld in Höhe von 3.000,- € festgesetzt. Auf die Begründung der Ordnungsverfügung wird Bezug genommen.

Die Klägerin hat am 16. März 2016 Klage erhoben, zu deren Begründung i.W. vorgetragen wird: 16

Die Beklagte gehe zu Unrecht von einer Außenbereichslage aus. Das Vorhaben nehme – obgleich nur ein Wochenendhaus - an dem in der Umgebung vorhandenen Bebauungszusammenhang teil, für den noch in jüngster Zeit Baugenehmigungen für Wohngebäude erteilt worden seien. Gehe man von einer Außenbereichslage aus, sei die Ordnungsverfügung jedenfalls ermessensfehlerhaft. Es sei kein nachweisbares Konzept erkennbar, nach dem die Beklagte unter Beachtung von Art 3 GG gegen vermeintliche Schwarzbauten vorgehe. Darüber hinaus verkenne die Ordnungsverfügung, dass vom seinerzeit zuständigen Oberkreisdirektor des S. - C1. - Kreises die dortigen Wochenendhausbebauung nicht nur über Jahrzehnte wissentlich hingenommen, sondern aktiv geduldet worden sei. Mit der Erteilung einer Baugenehmigung, für das Vorhaben V. 00 – „P1.“ – im Jahre 1986 habe die Beklagte selbst einen Berufungsfall geschaffen und sich gebunden. Die Ordnungsverfügung sei zudem ermessungsfehlerhaft, weil die Beklagte keine sog. „Stichtagsregelung“ in Betracht gezogen habe, die beispielsweise im Zuständigkeitsbereich des S. - C1. - Kreises nunmehr regelmäßig Anwendung finde. Schließlich liege ein Ermessensfehler darin, dass die Beklagte – gleichsam als milderer Mittel – nicht die Schaffung eines Außenbereichs – oder einer Ortslagensatzung in Betracht gezogen habe. 17

Die Klägerin beantragt, 18

die Ordnungsverfügung der Beklagten und den Gebührenbescheid vom 12. Februar 2016 aufzuheben. 19

Die Beklagte beantragt, 20

die Klage abzuweisen. 21

Die Beklagte hält die angefochtene Ordnungsverfügung für rechtmäßig. Die in den Akten einiger benachbarter Verfahren befindlichen Vermerke des seinerzeit zuständigen S. - C1. - Kreises aus dem Jahre 1995 seien rein verwaltungsintern erfolgt. Ihr Aussagewert beschränke sich auf die damalige Einschätzung der Bauaufsichtsbehörde. Für eine Qualifizierung als aktive Duldung fehlten sämtliche Anhaltspunkte. 22

Hinsichtlich der Anwendung einer sog. Stichtagsregelung ergänze die Beklagte ihre Ermessungserwägungen dahingehend, dass bis zu einem Inkrafttreten der ausstehenden Novelle der BauO NRW ein Absehen von bauordnungsrechtlichem Einschreiten in Form der Abrißverfügung unter folgenden Voraussetzungen in Betracht komme 23

- der Bestand sei nachweislich vor dem Ende des 2. Weltkrieges errichtet, 24

- der Bestand sei seither unverändert geblieben, 25

- die Nutzung sei seither unverändert geblieben. 26

Diese Kriterien träfen auf das streitige Vorhaben nicht zu.	27
Wegen der weiteren Einzelheiten zum Sach – und Streitstand wird ergänzend Bezug genommen und den Inhalt der Gerichtsakten und der beigezogenen Verwaltungsvorgänge.	28
<u>Entscheidungsgründe:</u>	29
Soweit die Beteiligten in der mündlichen Verhandlung vom 1. Dezember 2016 hinsichtlich Ziffer 3 der angefochtenen Ordnungsverfügung nebst diesbezüglicher Zwangsmittelandrohung das Verfahren übereinstimmend in der Hauptsache für erledigt erklärt haben, war es entsprechend § 92 Abs. 3 Satz 1 VwGO einzustellen.	30
Im Übrigen ist die Klage unbegründet.	31
Die Ordnungsverfügung der Beklagten vom 12. Februar 2016 betreffend die Nutzungsuntersagung und Beseitigung der auf dem streitbefangenen Grundstück befindlichen baulichen Anlagen ist einschließlich der Gebührenentscheidung rechtmäßig und verletzt die Klägerin nicht in ihren Rechten, § 113 Abs. 1 VwGO.	32
Die Ordnungsverfügung findet ihre Rechtsgrundlage in § 61 Abs. 1 Satz 2 BauO NRW. Danach haben die Bauaufsichtsbehörden nach pflichtgemäßem Ermessen die erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen, um Verstößen gegen öffentlich rechtliche Vorschriften zu begegnen.	33
Die Beklagte hat die Nutzungsuntersagung und die Beseitigungsanordnung darauf gestützt, dass die baulichen Anlagen formell und materiell illegal sind.	34
Dies ist zutreffend.	35
Zur formellen Illegalität: Die Beklagte ist zu Recht davon ausgegangen, dass für das Wochenendhaus und die sonstigen Grundstücksaufbauten eine nach § 63 BauO NRW erforderliche Baugenehmigung nicht vorliegt. Dies wird von der Klägerin im Übrigen nicht bestritten. Das Wochenendhaus war – nicht anders als die Nebenanlagen – jedenfalls auch im Zeitpunkt seines Entstehens und seiner Erweiterung genehmigungspflichtig, wovon die seinerzeit Beteiligten bereits bei dem Abschluss des gerichtlichen Vergleichs im Verfahren 2 K 2040/74 am 21. Oktober 1975 ausgegangen sind. Soweit sinngemäß Zweifel an der formellen Illegalität geäußert werden, weil das Vorhaben ausreichend erschlossen und an die örtlichen Versorgungsleitungen und die Abwasserentsorgung angeschlossen sei, ist darauf hinzuweisen, dass dieser Umstand – als zutreffend unterstellt – nicht die notwendige, aber fehlende Baugenehmigung ersetzt.	36
Zur materiellen Illegalität: Wochenendhaus und Nebengebäude auf dem Flurstück 0000/000 sind auch nicht genehmigungsfähig. Das streitbefangene Grundstück ist, was spätestens nach dem Ergebnis der Ortsbesichtigung durch das Gericht im Verfahren 2 K 3901/15 außer Zweifel steht, Bestandteil des Außenbereiches im Sinne von § 35 BauGB. Es besteht kein Zusammenhang mit der nordöstlich gelegenen, zur Straße V. erschlossenen Wohnbebauung. Die baulichen Anlagen auf den Flurstücken 000/000(I. , 2 K 1750/16), 739/579 (L. , 2 K 1619/16), 0000 und 0000 (B. , 2 K 1447/16), 000 und 000 (I. , 2 K 3901/16) und 0000/000(L. , 2 K 1620/16) vermitteln schon deshalb keinen Bebauungszusammenhang, weil auch sie jeweils ohne Baugenehmigung errichtet worden sind und die Beklagte mit entsprechenden Bauordnungsverfügungen jeweils gegen sie vorgeht,	37

vgl. hierzu: BVerwG, Urteil vom 6. Mai 1968 – 4 C 31.66 – BVerwGE 31,222; Beschluss vom 23. November 1998 – 4 B 29.98 -, NWZRR 1999, 364 und m.w.N. Söfker in Ernst/Zinkhahn/Bielen BauGB, Stand Juni 2011, § 34 Rdnr. 19.	38
Nichts anderes gilt hinsichtlich der Baulichkeiten auf dem Flurstück 000/000 (ehemals „P1.“). Das frühere Wohngebäude Nr. 00 ist seit 2006 abgebrannt und nur noch als Ruine ohne Nutzung vorhanden. Die seinerzeit vom Oberkreisdirektor des S. – C1. – Kreises am 1. Oktober 1986 – offensichtlich rechtswidrig – zum Zwecke der nachträglichen Legalisierung des Schwarzbaus „P1.“ erteilte Baugenehmigung ist erloschen. Ein Antrag i.R. von § 35 Abs. 4 Nr. 3 BauGB zur Neuerrichtung ist zu keiner Zeit gestellt worden und wäre – da nicht „alsbald“ im Sinne der Vorschrift erfolgt – auch aussichtslos. Das vom früheren Pächter, zeitweisen Eigentümer und jetzigen Nutzer des Grundstücks im vorderen, zum Weg hin errichtete Wohngebäude ist formell und materiell illegal (vgl. u.a. rechtskräftiges Urteil des Verwaltungsgerichts Köln vom 20. September 2013 – 11 K 890/13 – und rechtskräftigen Gerichtsbescheid des VG Köln vom 13. November 2014 – 11 K 4020/14 -). Die Beklagte geht gegen die baurechtswidrigen Zustände auf diesem Grundstück – wie gerichtsbekannt ist – seit langem bauordnungsrechtlich, derzeit im Stadium der Verwaltungsvollstreckung, vor.	39
Ausgehend hiervon liegt das streitbefangene Grundstück entgegen der Darstellung der Klägerin – von der Wohnbebauung der Straße V. sowohl von der Entfernung her als auch topographisch deutlich abgesetzt – im Außenbereich. Dieser erstreckt sich hier östlich der T1. von der Brücke in P3. im Norden nach Süden entlang der T1. bis zur Ortslage O. . Wegen der trennenden Wirkung der T1. ändert die Bebauung westlich des Flusses nichts an der Außenbereichsqualität des beschriebenen Gebiets. Zur Begründung kann im Übrigen – da sich die maßgeblichen tatsächlichen Verhältnisse seither nicht wesentlich verändert haben – auf die Entscheidungsgründe der rechtskräftigen Urteile des Verwaltungsgerichts Köln vom 29. Oktober 1974 im Verfahren 2 K 1169/73, des OVG NRW vom 6. April 1976 im Berufungsverfahren VII A 226/75, den Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts vom 16. September 1976 im Zulassungsverfahren IV B 105.76 sowie des schon zitierten rechtskräftigen Urteil des Verwaltungsgerichts Köln betreffend das Flurstück 000/000 vom 20. September 2013 im Verfahren 11 K 890/13 Bezug genommen werden.	40
Da die Voraussetzungen für eine Privilegierung im Rahmen von § 35 Abs. 1 BauGB ersichtlich nicht vorliegen, handelt es sich um ein sonstiges Vorhaben nach § 35 Abs. 2 BauGB, das nicht genehmigt werden kann, da jedenfalls öffentliche Belange im Sinne von § 35 Abs. 3 Nr. 1,5 und 7 BauGB beeinträchtigt werden und eine Ausnahme nach § 35 Abs. 4 i.V. mit § 246 Abs. 9 BauGB nicht vorliegt.	41
Die Anordnung von Nutzungsuntersagung und Beseitigungsverfügung ist nicht aus anderen Gründen ausgeschlossen.	42
Das Vorhaben ist nicht etwa bestandsgeschützt.	43
Der aus Art. 14 Abs. 1 GG herzuleitende Bestandsschutz gewährleistet, dass sich eine rechtmäßige Nutzung auch gegen neues entgegenstehendes Recht durchsetzt. Er greift nur, wenn die jeweilige Anlage zu irgendeinem Zeitpunkt ausdrücklich genehmigt worden oder jedenfalls materiell zulässig gewesen und der so bewirkte Bestandsschutz nicht nachträglich entfallen ist, und erstreckt sich lediglich auf den genehmigten bzw. materiell zulässig gewesenen Bestand der baulichen Anlage und ihre diesbezügliche Funktion. Er erfasst grundsätzlich nicht Bestands – und Funktionsänderungen, weil dies über den genehmigten	44

bzw. materiell zulässig gewesenenen Zustand hinausgreifen würden und ein solches Hinausgreifen von den die Eigentümerstellung regelnden Bauvorschriften nicht gedeckt wäre.	
Vgl. OVG NRW, Urteil vom 16. März 2012 – 2 A 760/10 -, juris, m.w.N.	45
Danach sind Anhaltspunkte für einen Bestandsschutz nicht gegeben. Es ist nicht ersichtlich, dass das Gebäude in der Vergangenheit materiell legal gewesen sein könnte.	46
Dem Erlass von Nutzungsuntersagung und Beseitigungsanordnung steht nicht das Vorliegen einer aktiven Duldung des Gebäudes entgegen.	47
Nach der Rechtsprechung der Bausenate des OVG NRW ist im Bauordnungsrecht zwischen faktischer (passiver) und aktiver Duldung zu unterscheiden. Unter einer faktischen Duldung versteht man, dass die Behörde einen illegalen Zustand über einen längeren Zeitraum hinnimmt. Die faktische Duldung vermag grundsätzlich keinen Vertrauenstatbestand des Ordnungspflichtigen zu begründen, der illegale Zustand werde auch künftig hingenommen werden. Bei einer faktischen Duldung ist ein späteres bauaufsichtliches Einschreiten daher zulässig. Bei einer so genannten aktiven Duldung kann sich hingegen ein – einem bauaufsichtlichen Einschreiten entgegenstehender – Vertrauenstatbestand ergeben. Angesichts des Ausnahmecharakters und der weit reichenden Folgen einer solchen aktiven Duldung, bei der die Behörde die Beseitigung rechtswidriger Zustände gehindert ist, muss den entsprechenden Erklärungen der Behörde mit hinreichender Deutlichkeit zu entnehmen sein, ob, in welchem Umfang und gegebenenfalls über welchen Zeitraum die Duldung des illegalen Zustands erfolgen soll.	48
Vgl. OVG NRW, Urteile vom 24. Februar 2016 – 7 A 1623/14 -, juris, m.w.N. und vom 20. April 2016 – 7 A 1367/14.	49
Im Übrigen spricht Vieles dafür, dass eine länger andauernder Duldung oder Duldungszusage, soll sie Vertrauensschutz vermitteln, schriftlich erfolgen muss,	50
vgl.: OVG NRW, Beschlüsse vom 3. Juli 2012 – 7 A 596/11 -, und vom 28. April 2014 – 7 A 524/14 – m.w.N.	51
Ausgehend von diesen Anforderungen liegt eine aktive Duldung hier nicht vor.	52
Eine aktive Duldung liegt nicht – wie die Klägerin meint – schon darin, dass die im Klageverfahren 2 K 2040/74 streitige Beseitigungsverfügung des Oberkreisdirektors des S. – C1. – Kreises auch dann nicht vollstreckt wurde, als die Klage des damaligen Eigentümers der Parzelle 000/000 („P1.“) durch Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts vom 16. September 1976 endgültig rechtskräftig abgewiesen worden war, mithin die Voraussetzungen für ein weiteres Absehen von der Vollziehung, die der gerichtliche Vergleich vom 21. Oktober 1975 vorsah, gerade nicht eingetreten waren. Das Verhalten des seinerzeit zuständigen Oberkreisdirektors des S. – C1. – Kreises und der später zuständig gewordenen Stadt P. erschöpfte sich vielmehr in Untätigkeit oder – wenn man den Bekundungen des in der mündlichen Verhandlung gehörten Zeugen H1. (früherer Eigentümer der Flurstücke 0000/000 und 1175/612 „Hütte 2“) folgt - in rechtlich und tatsächlich unbestimmten mündlichen Äußerungen einzelner Bediensteter gleichsam zur Beruhigung der Betroffenen.	53
Auch aus der späteren rechtswidrigen Erteilung einer inzwischen erloschenen Baugenehmigung für das Vorhaben „P1.“ am 1. Oktober 1986 durch den	54

Oberkreisdirektor des S. – C1. – Kreises –, der offenbar eine Änderung des Flächennutzungsplans für dieses Grundstück vorausging, die allein den Zweck hatte, den Schwarzbau „P1.“ nachträglich trotz entgegenstehender rechtskräftiger Urteile der Verwaltungsgerichte zu legalisieren – lässt sich keine aktive Duldung des streitigen Vorhabens ableiten.

Soweit sich die Kläger auf Aktenvermerke von Bediensteten des seinerzeit zuständigen Oberkreisdirektors des S. -C1. -Kreises vom 21. Februar 1995 betreffend die Hütten auf dem Grundstücken Flurstück 000/000 – „Hütte 7“ (I2.) und 0000/000, 0000/000– „Hütte 2“ (B. , früherer H1.) berufen (vgl. Bl. 47 Bauakte 2 zu 2K 1447/16 und Bl. 39 Beiakte 5 zu 11 K 830/13, u.a.: „... keine Genehmigung, jedoch Duldung (eingefrorener Bestand) ...“), kann dahinstehen, ob derartige interne Vermerke eines Sachbearbeiters die vorgenannten Anforderungen einer aktiven Duldung überhaupt erfüllen. Denn diese Vermerke beziehen sich eindeutig nicht auf das hier streitige Vorhaben.

Soweit die Klägerin eine aktive Duldung in der Form einer „mündlichen und unbefristeten Allgemeinverfügung“ aus Äußerungen des früheren Regierungspräsidenten Dr. I3. ableiten will, die dieser laut Bergischer Landeszeitung vom 3. Juni 1971 am Vortrag anlässlich eines Besuchs in P. getätigt haben soll, ist dies schlicht abwegig. Sollte der damals amtierende Regierungspräsident gesagt haben: „Fürchten Sie nicht, dass plötzlich ein Bagger kommt und ihre mit viel Liebe und viel Geld errichteten Wochenendhäuser abreißt ...“ und weiter: „... den Campern stehe ein gleicher Schutz zu wie jenen Leuten, die sich dank der nötigen Geldmittel auf dem Lande einen großzügigen Bungalow leisten können ...“ wäre dies – abgesehen davon, dass sich diese Äußerungen laut dem vorgelegten Zeitungsbericht ausdrücklich auf „Campingsiedlungen längs der Agger bei Klef“ und nicht auf ungenehmigte Wochenendhäuser in V. an der T1. bezog – unter keinem denkbarem Gesichtspunkt die Zusicherung einer Duldung, sondern - mit Verlaub – bestenfalls die Kundgabe rechtsferner, populistischer Floskeln gewesen. Diese Einschätzung wird dadurch eindrucksvoll bestätigt, dass eben dieser Regierungspräsident als seinerzeit zuständige Widerspruchsbehörde kurz darauf alle Widersprüche gegen die dann ergangenen Abrißverfügungen des Oberkreisdirektors des S. -C1. -Kreises betreffend die „Hütten“ 1 bis 4 und 6 in V. zurück wies, denn sonst wäre es nicht zu den bereits erwähnten Klageverfahren 2 K 2039/74, 2 K 2040, 2 K 2053/74, 2 K 2054/74, 2 K 2056/74 und 2 K 2055/74 (Vergleich vom 21. Oktober 1975) gekommen.

Das der Beklagten hier nach gemäß § 61 Abs. 1 Satz 2 BauO NRW eröffnete Ermessen zum Einschreiten hat die Beklagte erkannt und ohne Ermessensfehler ausgeübt.

Bei Vorliegen formeller und materieller Illegalität des Vorhabens ist das Ermessen der Behörde im Sinne des Erlasses einer Nutzungsuntersagung- und Beseitigungsandrohung regelmäßig intendiert,

vgl. Maske in: Schönenbroicher/Kamp BauO NRW, § 61 Radnr. 30 m.W.N.

Ungeachtet der Frage, ob, seit wann und in welchem Umfang der Beklagten bzw. ihrem Rechtsvorgänger die Gegebenheiten auf dem streitbefangenen Grundstück bekannt waren, hindert alleine eine, auch langjährige Untätigkeit der Behörde diese nicht daran, nunmehr gegen die festgestellten Rechtsverstöße vorzugehen. Die Befugnis und Verpflichtung der für die Gefahrenabwehr zuständigen Behörde, Verwaltungsakte zur Sicherung der Einhaltung öffentlich – rechtlicher Vorschriften zu erlassen, kann nicht verjähren und auch nicht durch reine Untätigkeit verwirkt werden,

55

56

57

58

59

60

Vgl.: Gädke/Temme/Heintz/Czepuck, BauO NRW, 11. Aufl. § 61 Rdnr. 40,75 m.w.N.; OVG NRW, Beschlüsse vom 18. November 2008 – 7 A 103/08 -, NVwZRR 2009, 364; 25. September 1990 – 11 A 1938/87 -, NWVBL 1991, 193 jeweils m.w.N.

Eine weitergehende Abwägung des „Für und Wider“ einer Nutzungsuntersagung und/oder Beseitigungsanordnung ist nur dann geboten, wenn konkrete Anhaltspunkte ausnahmsweise für die Angemessenheit einer vorübergehenden oder dauerhaften Duldung eines rechtswidrigen oder ordnungswidrigen Zustands sprechen, 62

vgl. etwa: BVerwG, Beschluss vom 28. August 1980 – 4 B 67.80 -, BRS 36 Nr. 93. 63

Solche Anhaltspunkte sind hier nicht ersichtlich. 64

Dies gilt zunächst hinsichtlich der Rechtsprechung des OVG NRW zur Bedeutung sog. Stichtagsregelungen für die Ausübung des Ermessens bei der Entscheidung über baurechtliche Beseitigungsanordnungen, 65

vgl. hierzu OVG NRW, Urteile vom 24. Februar 2016 – 7 A 1623/14 – und vom 20. April 2016 – 7 A 1367/14. 66

Die Bauaufsichtsbehörden sind danach nicht ausnahmslos verpflichtet, die Beseitigung von formell und materiell illegalen baulichen Anlagen ungeachtet der Frage zu betreiben, wann und unter welchen Umständen diese Anlagen errichtet und wie lange sie beanstandungsfrei genutzt worden sind. Es ist in der Rechtsprechung vielmehr anerkannt, dass die Bauaufsichtsbehörden bei der Bekämpfung von Schwarzbauten im Rahmen ihrer Ermessensbestätigung sog. „Stichtagsregelungen“ zugrundelegen dürfen. Bei der Ermessensausübung ist den zu beachtenden Vorgaben des Art. 3 Abs. 1 GG auch dann genügt, wenn die Behörde nur gegen Schwarzbauten vorgeht, die nach einem bestimmten Zeitpunkt errichtet oder verändert worden sind, um so die Verschlechterung einer vorgefundenen Situation zu verhindern. Nach Art. 3 Abs. 1 GG ist die Festlegung eines Zeitpunkt als Stichtag für das zukünftige Einschreiten jedenfalls dann zulässig, wenn er nach sachlichen Kriterien bestimmt ist. Die Frage, ob das Vorgehen durch eine solche Regelung begrenzt werden soll, stellt sich der Bauaufsichtsbehörde mit besonderem Gewicht im Hinblick auf solche Schwarzbauten, die vor dem Ende des Zweiten Weltkrieges errichtet worden sind. Denn für solche baulichen Anlagen ist in der heutigen Zeit nicht nur in Rechnung zu stellen, dass sie inzwischen seit vielen Jahrzehnten existieren und die Bauaufsichtshörde in diesem langen Zeitraum nicht gegen sie eingeschritten ist. Es ist auch zu berücksichtigen, dass vielfach Aktenbestände – sei es bei den Behörden, sei es in der Hand der hinsichtlich einer Baugenehmigung beweiselasteten privaten Eigentümer oder ihrer Rechtsvorgänger – durch die Kriegsverhältnisse unvollständig geworden oder ganz verloren gegangen sind und es die bis heute verstrichene Zeit regelmäßig ausschließt, sich durch die Vernehmung von Zeugen Gewissheit über die Umstände der Errichtung einer Gebäudes zu schaffen. Diese Gesichtspunkte muss die Bauaufsichtsbehörde im Rahmen ihrer Ermessensbetätigung prüfen und in ihre Entscheidung mit angemessenem Gewicht einstellen. 67

Ausgehend von diesen Grundsätzen liegt hier kein Ermessensfehler vor. 68

Aus den vorliegenden Bauakten, für deren Unvollständigkeit nichts spricht, ergeben sich keinerlei Anzeichen dafür, dass das streitige Vorhaben in seiner jetzigen Ausgestaltung bereits vor dem Ende des 2. Weltkrieges errichtet worden sein könnte. Karten oder Lagepläne aus dieser Zeit, auf denen das streitige Gebäude verzeichnet ist, liegen nicht vor. 69

Eine dauerhafte Nutzung zu Wohnzwecken fand zu keiner Zeit statt. Auch kann keine Rede davon sein, dass die Bauaufsichtsbehörde seit Entstehen der Bebauung nicht gegen sie eingeschritten sei. Insoweit kann auf die oben näher bezeichneten Klageverfahren verwiesen werden, die sämtlich gegen Beseitigungsanordnungen des damals zuständigen Oberkreisdirektors des S. -C1. -Kreises gerichtet waren.

Unter diesen Umständen musste die Beklagte sich im Rahmen des Ermessens mit der Entscheidungsoption „Stichtagsregelung“ nicht ausdrücklich auseinandersetzen. 70

Die Rechtsauffassung der Klägerin, die angefochtene Ordnungsverfügung sei schon deshalb rechtswidrig, weil die Beklagte die Anwendung einer sog. Stichtagsregelung ausschließe, ist unzutreffend. Die Beklagte ist zur Herbeiführung einer ermessensfehlerfreien Entscheidung nicht verpflichtet, eine Stichtagsregelung anzuwenden; ebenso wenig ist sie verpflichtet, eine bestimmte Stichtagsregelung (hier: die durch Dienstanweisung vom 1. August 2016 vom Landrat des S. -C1. -Kreises für seinen Zuständigkeitsbereich angeordnete Regelung) zu übernehmen. Eine solche Verpflichtung ergibt sich insbesondere nicht aus der von den Klägern zur Begründung wiedergegebenen Rechtsprechung des OVG NRW (hier: Urteil vom 24. Februar 2016 – 7 A 19/14 -). 71

Die nach § 114 Satz 2 VwGO zulässigerweise von der Beklagten nachgeholten Erwägungen, bis zum Inkrafttreten der anstehenden Novelle der BauO NRW (hier: § 61 Abs. 7 des Gesetzentwurfs vom 31. Mai 2016, Landtagsdrucksache 16/12119) im Ermessenswege von bauordnungsrechtlichem Einschreiten abzusehen, wenn der Bestand nachweislich vor dem Ende des 2. Weltkriegs errichtet worden ist und sich seither weder der Gebäudebestand, noch die Nutzung geändert haben, sind nicht zu beanstanden. 72

Ein Ermessensfehler ergibt sich des Weiteren nicht etwa daraus, dass die Beklagte sich unzureichend damit befasst hätte, dass das streitbefangene Grundstück an das städtische Abwasserbeseitigungssystem angeschlossen wurde und die Eigentümer zu Kanalanschlusskosten und Kanalanschlussbeiträgen herangezogen wurden. Die Verpflichtung der Kommune zur Abwasserbeseitigung besteht grundsätzlich für das gesamte Gemeindegebiet (§ 53 Abs. 1 Satz 1 LWG NRW), ohne, dass zwischen planungsrechtlich bebaubaren und im Außenbereich gelegene Grundstücken unterschieden wird. Der Kanalanschluss dient alleine der Abwasserentsorgung und die Beitragspflicht entsteht durch den tatsächlichen Anschluss an die Abwasseranlage der Kommune. Kanalanschluss und Beitragspflicht haben keine Auswirkung auf die Frage, ob ein Grundstück in bauplanungsrechtlicher Hinsicht zulässigerweise bebaut ist oder ob, in bauordnungsrechtlicher Hinsicht, ein ohne Baugenehmigung errichtetes, nicht genehmigungsfähiges Vorhaben geduldet wird. 73

Ein Ermessensfehler ergibt sich schließlich nicht etwa aus einer Ungleichbehandlung vergleichbarer Sachverhalte. Im Rahmen der Entscheidung über bauordnungsrechtliches Einschreiten ist der verfassungsrechtliche Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG bei der Ermessenbestätigung zu berücksichtigen. Die Behörde darf wesentlich gleichartige Sachverhalte nicht ungleich behandeln, 74

vgl.: OVG NRW, Urteile vom 19. Dezember 1974 – VII A 179/74 -, BRS 28 Nr. 166 und vom 20. April 2006 – 7 A 1367/14 -. 75

Eine solche Ungleichbehandlung ist hier nicht erkennbar. Der dahingehende Vortrag, die Beklagte handele willkürlich, weil dem bauordnungsbehördlichen Vorgehen gegen das streitige Vorhaben kein nachvollziehbares Handlungskonzept zugrundeliege, ist nicht 76

zutreffend. Die Beklagte hat im Gegenteil, wie in der mündlichen Verhandlung erläutert und erörtert worden ist, ein nach Schwerpunkten illegaler Bebauung vornehmlich entlang der Flüsse B1. und T1. abgestuftes Handlungskonzept entwickelt und dies in großen Bereichen bereits konsequent durchgeführt. Dies ist im Übrigen gerichtsbekannt: So sind bereits bei der früheren 11. Kammer des Verwaltungsgerichts Köln in den vergangenen Jahren zahlreiche Verfahren betreffend die Beseitigung illegaler Wohn- oder Wochenendhäuser vornehmlich entlang der B1. , aber auch am Oberlauf der T1. (C2.) und im Schlingenbachtal anhängig gewesen und entschieden worden, denen Ordnungsverfügungen zugrundelagen, die besagtem Handlungskonzept entsprechen. Auch im hier betroffenen Bereich V. („T1. I“) bestehen keinerlei Anzeichen für eine Ungleichbehandlung, da die Beklagte gegen sämtliche vergleichbaren unerlaubt errichteten Wochenendhäuser in der dortigen T2. gleichermaßen vorgeht. Eine gebotene Ausnahme besteht lediglich hinsichtlich des Gebäudes auf der Parzelle 000 („Hütte 5, 5a“), weil dieses – wie ausgeführt – aufgrund eines gerichtlichen Vergleichs vom 3. Oktober 1966 förmlich geduldet wird. Die Behauptung, die Beklagte lasse die bauordnungswidrigen Zustände auf dem Grundstück V. 00 (früherer P1. , jetzt P2.) unbeachtet, ist – wie ausgeführt – unzutreffend.

Somit die Klägerin letztlich einen Ermessensfehler darin sieht, dass die Beklagte vor Erlass einer Ordnungsverfügung nicht die Schaffung einer Satzung gemäß § 34 Abs. 4 oder § 35 Abs. 6 BauGB in Erwägung gezogen habe, ist darauf hinzuweisen, dass auf die Schaffung von Planungsrecht, die alleine durch den Rat der Stadt P. – nicht durch die Bauaufsichtsbehörde – erfolgen könnte, kein Rechtsanspruch besteht, so dass der Beschluss derartigen Satzungen durch den Rat nicht etwa – wie die Klägerin offenbar meint – als vermeintlich „milderes Mittel“ in die Ermessenserwägung der Behörden hätte eingestellt werden müssen. 77

Anhaltspunkte für Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Zwangsgeldandrohung, sind weder dargelegt, wohl noch ersichtlich. 78

Der ebenfalls angefochtene Gebührenbescheid ist rechtlich nicht zu beanstanden. Er findet seine Rechtsgrundlage in den im Bescheid genannten Vorschriften; hierauf kann Bezug genommen werden. Der Gebührenbescheid beruht entgegen der Ansicht der Klägerin auf einer rechtmäßigen Amtshandlung. 79

Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 in Verbindung mit §§ 161 Abs. 2 Satz 1, 155 Abs. 1 Satz 3 VwGO. Der von der Beklagten aufgehobenen Regelung in Ziffer 3 der Ordnungsverfügung kam keine besondere Bedeutung zu. 80

Rechtsmittelbelehrung 81

Gegen dieses Urteil steht den Beteiligten die Berufung an das Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen zu, wenn sie von diesem zugelassen wird. Die Berufung ist nur zuzulassen, wenn 82

- 1. ernstliche Zweifel an der Richtigkeit des Urteils bestehen, 83
- 2. die Rechtssache besondere tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeiten aufweist, 85
- 3. die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat, 86
- 87

4. das Urteil von einer Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts, des Bundesverwaltungsgerichts, des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes oder des Bundesverfassungsgerichts abweicht und auf dieser Abweichung beruht oder

- 5. ein der Beurteilung des Berufungsgerichts unterliegender Verfahrensmangel geltend gemacht wird und vorliegt, auf dem die Entscheidung beruhen kann. 88

Die Zulassung der Berufung ist innerhalb eines Monats nach Zustellung des Urteils bei dem Verwaltungsgericht Köln, Appellhofplatz, 50667 Köln, schriftlich oder in elektronischer Form nach Maßgabe der Verordnung über den elektronischen Rechtsverkehr bei den Verwaltungsgerichten und Finanzgerichten im Lande Nordrhein-Westfalen (Elektronische Rechtsverkehrsverordnung Verwaltungs- und Finanzgerichte - ERVVO VG/FG - vom 7. November 2012, GV. NRW. S. 548) zu beantragen. Der Antrag auf Zulassung der Berufung muss das angefochtene Urteil bezeichnen. Die Gründe, aus denen die Berufung zugelassen werden soll, sind innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung des vollständigen Urteils darzulegen. Die Begründung ist schriftlich oder in elektronischer Form nach Maßgabe der ERVVO VG/FG bei dem Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen, Aegidiikirchplatz 5, 48143 Münster, einzureichen, soweit sie nicht bereits mit dem Antrag vorgelegt worden ist. 89

Vor dem Oberverwaltungsgericht und bei Prozesshandlungen, durch die ein Verfahren vor dem Oberverwaltungsgericht eingeleitet wird, muss sich jeder Beteiligte durch einen Prozessbevollmächtigten vertreten lassen. Als Prozessbevollmächtigte sind Rechtsanwälte oder Rechtslehrer an einer staatlichen oder staatlich anerkannten Hochschule eines Mitgliedstaates der Europäischen Union, eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum oder der Schweiz, die die Befähigung zum Richteramt besitzen, für Behörden und juristische Personen des öffentlichen Rechts auch eigene Beschäftigte oder Beschäftigte anderer Behörden oder juristischer Personen des öffentlichen Rechts mit Befähigung zum Richteramt zugelassen. Darüber hinaus sind die in § 67 Abs. 4 der Verwaltungsgerichtsordnung im Übrigen bezeichneten ihnen kraft Gesetzes gleichgestellten Personen zugelassen. 90

Die Antragsschrift sollte dreifach eingereicht werden. Im Fall der elektronischen Einreichung nach Maßgabe der ERVVO VG/FG bedarf es keiner Abschriften. 91

Beschluss 92

Der Wert des Streitgegenstandes wird in Abänderung der vorläufigen Festsetzung auf 93

10.553,50 € 94

festgesetzt. 95

Gründe 96

Der festgesetzte Betrag entspricht der Bedeutung der Sache für die Klägerin, § 52 97

Abs. 1 GKG; insoweit wurden für Nutzungsuntersagung und Abriss jeweils 5.000,00 € angesetzt. Hinzu kommen die festgesetzten Gebühren. 98

Rechtsmittelbelehrung 99

- Gegen diesen Beschluss kann schriftlich, zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle oder in elektronischer Form nach Maßgabe der Verordnung über den elektronischen Rechtsverkehr bei den Verwaltungsgerichten und Finanzgerichten im Lande Nordrhein-Westfalen (Elektronische Rechtsverkehrsverordnung Verwaltungs- und Finanzgerichte - ERVVO VG/FG - vom 7. November 2012, GV. NRW. S. 548) bei dem Verwaltungsgericht Köln, Appellhofplatz, 50667 Köln, Beschwerde eingelegt werden. 100
- Die Beschwerde ist innerhalb von sechs Monaten, nachdem die Entscheidung in der Hauptsache Rechtskraft erlangt oder das Verfahren sich anderweitig erledigt hat, einzulegen. Ist der Streitwert später als einen Monat vor Ablauf dieser Frist festgesetzt worden, so kann sie noch innerhalb eines Monats nach Zustellung oder formloser Mitteilung des Festsetzungsbeschlusses eingelegt werden. 101
- Die Beschwerde ist nur zulässig, wenn der Wert des Beschwerdegegenstandes 200 Euro übersteigt. Die Beschwerdeschrift sollte dreifach eingereicht werden. Im Fall der elektronischen Einreichung nach Maßgabe der ERVVO VG/FG bedarf es keiner Abschriften. 102
-