Oberverwaltungsgericht NRW, 10 A 2100/22

Datum:	26.07.2024
Gericht:	Oberverwaltungsgericht NRW
Spruchkörper:	10. Senat
Entscheidungsart:	Urteil
Aktenzeichen:	10 A 2100/22
ECLI:	ECLI:DE:OVGNRW:2024:0726.10A2100.22.00

Vorinstanz:	Verwaltungsgericht Köln, 8 K 1454/20
Schlagworte:	Wochenendhaus Wochenendhausgebiet materieller Bestandsschutz aktive Duldung Überschwemmungsgebiet illegale Wohnnutzung
Normen:	WHG § 78 Abs. 4 Satz 1; WHG § 78 Abs. 5; BauGB § 34 Abs. 1 Satz 1; BauNVO § 10 Abs. 1; BauNVO § 10 Abs. 3

Leitsätze:

1.
Bezugspunkt für Bestandsschutz ist stets eine bauliche Anlage in ihrer jeweiligen Nutzung, nicht aber die Bausubstanz als solche unabhängig von etwaigen Nutzungsänderungen.

2.
Bei der vergangenheitsbezogenen Prüfung materiellen Bestandsschutzes kann illegale Bebauung in der näheren Umgebung nur dann im Rahmen des § 34 Abs. 1 Satz 1 BauGB berücksichtigt werden, wenn die zuständige Behörde damals zweifelsfrei ? im Sinne einer aktiven Duldung ? zu erkennen gegeben hatte, sich damit dauerhaft abzufinden.

3.
Auskünfte der Meldebehörde begründen keine Duldungszusage der Bauaufsichtsbehörde. Sie sind auch nicht geeignet, verbindliche Aussagen zu einer materiellen

Baurechtskonformität zu treffen.

4.
Gemeindliche Tätigkeit im Zusammenhang mit der Erhebung einer Zweitwohnungssteuer lässt nicht auf eine aktive Duldung einer Wohnnutzung schließen.

Tenor:

Das angefochtene Urteil wird geändert.

Die Klage wird abgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Verfahrens in beiden Rechtszügen.

Das Urteil ist hinsichtlich der Kosten vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des auf Grund des Urteils vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrags leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand: 1

Die Klägerin wendet sich gegen eine Beseitigungsverfügung betreffend Gebäude, welche auf ihrem Grundstück Gemarkung G., Flur 0, Flurstück 40 (B.-straße 00) in P.-K. errichtet wurden. 2

K. liegt in einer Schleife der I. im Stadtgebiet der Beklagten. Nördlich des historischen Ortskerns von K. verläuft zunächst die Z.- Straße (L 000) und sodann eine S-Bahn-Strecke. Zwischen der Z.- Straße und der S-Bahn-Strecke stehen nur wenige Gebäude. Die Flächen nördlich der Bahntrasse bis zur I. bzw. bis zu dem an ihr errichteten Deich sind im Wesentlichen unbebaut. Bebaut ist lediglich der Teil nördlich der Querung der Bahntrasse. Hier steht zunächst das mit einem Wohnhaus bebaute Grundstück B.-straße 1; allein bezüglich dieses Grundstücks wurde eine Baugenehmigung für die Errichtung eines Wohngebäudes erteilt. Das Gelände senkt sich sodann stark ab. Im weiteren Verlauf der Straße B.-straße bzw. der abzweigenden Straße I. liegen zahlreiche Gebäude und Nebenanlagen, teils auf separaten Grundstücken, teils bestehen mehrere Gebäude auf demselben Grundstück. Teils handelt es sich bei den (Haupt-) Gebäuden um einfache Hütten, die vereinzelt sogar schon verfallen sind, teils um, auch großzügig, ausgebaute Häuser. 3

Die Bebauung am Deich geht auf die 1950er bis 1960er Jahre zurück. Ein Bebauungsplan existierte und existiert bis heute nicht. Der Flächennutzungsplan stellte diesen Bereich in der Vergangenheit als Sonderbaufläche „Wochenendhausgebiet“ dar. Im Jahr 1992 wurde diese 4

Fläche im Flächennutzungsplan auf den bebauten Teil des Wochenendhausgebietes reduziert. Diese Darstellung wurde bei der Neubekanntmachung des Flächennutzungsplans im Jahr 2011 beibehalten. Die Beklagte bzw. zuvor der Siegkreis / später Rhein-Sieg-Kreis erteilten über die Jahrzehnte zahlreiche Baugenehmigungen für Wochenendhäuser bzw. Nebenanlagen. Baugenehmigungen für Wohnhäuser nördlich der Bahnstrecke wurden ? abgesehen von dem Grundstück B.-straße 1 ? bis heute nicht erteilt.

Nachdem der Bereich zunächst weder über Trink- noch Abwasserleitungen verfügt hatte, bestehen solche mittlerweile. Er wird von der Müllabfuhr angefahren. Die Wege sind weiterhin nicht asphaltiert oder gepflastert, sondern lediglich geschottert; an einzelnen Stellen sind sie überwachsen, eine Straßenbeleuchtung besteht nicht, ebenso wenig eine ausreichende Niederschlagsentwässerung. 5

Die Klägerin erwarb das streitgegenständliche Grundstück im Jahr 2000 gemeinsam mit ihrem im Jahr 2019 verstorbenen Ehemann, dessen Alleinerbin sie ist. Seit dem Erwerb bis zum Jahr 2019 war dies ihr alleiniger Wohnsitz. Ihrem Rechtsvorgänger war am 16. April 1970 eine Baugenehmigung einschließlich wasserrechtlicher Erlaubnis für die Errichtung eines eingeschossigen Wochenendhauses mit Trockenabort erteilt worden (Bauschein Nr. 000/1969). Genehmigt war ein Gebäude mit einer Grundfläche von 10 m x 7 m sowie einem nach Osten rückgelagerten „überdachten Sitzplatz“ (3,50 m x 4,60 m) und einer hieran anschließenden „Freiterrasse“. Dem Ehemann der Klägerin wurde im Jahr 2005 auf der Grundlage von § 35 Abs. 2 BauGB eine Baugenehmigung für die Errichtung eines Carports erteilt. 6

Tatsächlich besteht auf dem Grundstück der Klägerin ein Gebäude, welches in seine Grundfläche zumindest größtenteils auch diejenige Fläche einbezieht, welche lediglich als „überdachter Sitzplatz“ genehmigt worden war. An das bestehende Gebäude schließt eine (nicht genehmigte) „Überdachung“ von ca. 3 m x 2,10 m an. Zudem bestehen neben dem (genehmigten) Carport ein (ungenehmigter) Abstellraum sowie ein (ungenehmigtes) Gartenhaus. 7

Das „Wochenendhausgebiet“ lag zunächst außerhalb eines festgesetzten Überschwemmungsgebietes. Am 18. Juni 2013 erließ die Bezirksregierung Köln als Obere Wasserbehörde die Ordnungsbehördliche Verordnung zur Festsetzung des Überschwemmungsgebietes der I. im Bereich der Städte Niederkassel, Troisdorf, Sankt Augustin, Bonn, Siegburg, Hennef und den Gemeinden Eitorf und Windeck (Überschwemmungsgebietsverordnung „I.“), welche im Amtsblatt für den Regierungsbezirk Köln vom 8. Juli 2013 verkündet wurde und gemäß ihres § 6 Abs. 1 Satz 1 eine Woche hiernach in Kraft trat. Das festgesetzte Überschwemmungsgebiet der I. erfasst seitdem wesentliche Teile des „Wochenendhausgebietes“, insbesondere auch das Grundstück der Klägerin. 8

Erstmals im März 2016 wurden die Klägerin und ihr Ehemann zu bauaufsichtlichen Maßnahmen angehört. Die Beklagte verwies auf die Überschwemmungsgebietsverordnung „I.“ und Beschwerden von Dritten und erläuterte, nunmehr ? zur Gewährleistung der Gleichbehandlung ? schrittweise gegen alle Eigentümer von nicht genehmigten baulichen Anlagen sowie Mieter und Eigentümer mit Dauerwohnsitz ordnungsbehördliche Verfahren einzuleiten. Sie monierte die „Überdachung“, das Gartenhaus sowie den Abstellraum und kündigte diesbezüglich den Erlass einer Abbruchverfügung an. Die ausgeübte Dauerwohnnutzung in einem Wochenendhaus sei unzulässig, die hierin liegende Nutzungsänderung sei weder genehmigt noch genehmigungsfähig, sie müsse aufgegeben werden. Dies sei durch Vorlage einer entsprechenden Meldebescheinigung des 9

Einwohnermeldeamtes nachzuweisen. Andernfalls müsse damit gerechnet werden, dass die Nutzung des Wochenendhauses zum Zweck des Dauerwohnens untersagt werde.

Kurz darauf kündigte die Beklagte an, alle Verfahren erst zu einem späteren Zeitpunkt fortzuführen, um die rechtskräftige Entscheidung über ihr vorgelegte Bauanträge Dritter für eine Wohnnutzung abzuwarten. 10

Die Eheleute wandten derweil ein, die Siedlung habe sich immer weiter entwickelt, die ursprünglichen Wochenendhäuser hätten sich immer mehr normalen Wohnhäusern angeglichen. Im Laufe der Jahre seien immer mehr Häuser zu Dauerwohnungen geworden, seit mindestens ca. 20 Jahren werde der größere Teil der Häuser als Dauerwohnung genutzt. Das Gebiet sei nach § 34 BauGB zu bewerten, der Flächennutzungsplan sei überholt. Es handele sich nicht mehr um ein Wochenendhausgebiet, sondern um ein Wohngebiet. Darauf, dass formal die Baugenehmigung zur Änderung der Nutzung in Dauerwohnen fehle, könne sich die Beklagte nicht berufen, da sie jahrzehntelang Erweiterungen genehmigt habe, die aus den ursprünglichen Wochenendhäusern Wohnhäuser hätten entstehen lassen. Bei Schlussabnahmen sei über die Umnutzung hinweggesehen worden. Es seien neue Bauten genehmigt worden, welche alle Voraussetzungen für die Nutzung als Wohnhäuser erfüllten. Noch um das Jahr 2005 seien Anwohner gebeten worden, sich mit den hiesigen Anschriften als Hauptwohnung anzumelden. Auch sei das Wachsen des Gebietes gefördert worden. 11

Mit einer am 19. März 2018 beschlossenen Neuaufstellung des Flächennutzungsplans wurde die Sonderbaufläche „Wochenendhausgebiet“ nunmehr als „Fläche für die Landwirtschaft“ dargestellt. Die Planbegründung verweist auf das neu festgesetzte Überschwemmungsgebiet und die Hochwassergefahren in dem „Wochenendhausgebiet“. 12

Im Juli 2018 informierte die Beklagte die Eheleute darüber, dass ein Gerichtsverfahren, dessen Ergebnis abgewartet werden solle, noch nicht abgeschlossen sei, man aber alsbald mit der Bekanntgabe des neuen Flächennutzungsplans rechne. Für das Wochenendhausgebiet ergäben sich voraussichtlich durch den neuen Plan und die geänderte Darstellung (Fläche für die Landwirtschaft) Änderungen. Zu dem Zeitpunkt war eine Klage einer Dritten anhängig (Verwaltungsgericht Köln ? 8 K 9850/17 ?), die Fragestellungen um einen (nachträglichen) Bauantrag für die Errichtung eines Wochenendhauses zum Gegenstand hatte. Die Klage hatte keinen Erfolg. 13

Seit dem Tod ihres Ehemannes im Jahr 2019 beabsichtigt die Klägerin, das Grundstück zu veräußern. Im Oktober 2019 teilte sie der Beklagten mit, sie wohne nunmehr dauerhaft unter einer anderen Anschrift. Kaufinteressenten wollten das Grundstück künftig nicht als Dauer-, sondern als Zweitwohnsitz nutzen. Dies bestätigten diese auch in einem Gespräch mit der Beklagten. 14

Unter dem 7. November 2019 gab die Beklagte der Klägerin Gelegenheit zur Stellungnahme zu dem beabsichtigten Erlass einer Abbruchverfügung. 15

Mit Bescheid vom 26. Februar 2020, den Prozessbevollmächtigten der Klägerin zugestellt am 3. März 2020, gab die Beklagte der Klägerin auf, innerhalb einer Frist von acht Monaten nach Eintritt der Bestandskraft der Ordnungsverfügung die im Betreff genannten baulichen Anlagen ? das Wochenend- bzw. Wohnhaus, den Anbau eines Überdaches, das Abstellgebäude sowie das Gartenhaus ? auf dem streitgegenständlichen Grundstück abzubrechen (Ziffer I. a.). Der anfallende Bauschutt und die Abbruchmaterialien seien innerhalb der unter I. a.) genannten Frist entsprechend den Abfallgesetzen zu entsorgen bzw. vom Grundstück zu entfernen (Ziffer I. b.). Für den Fall, dass die Klägerin diesen Verfügungen nicht nachkomme, 16

drohte sie zudem Zwangsgelder in Höhe von jeweils 2.000 Euro an (Ziffer II.). Zur Begründung führte die Beklagte im Wesentlichen aus, dass das Wohngebäude und alle Nebenanlagen formell und materiell illegal seien. Die Anlagen hätten spätestens seit der ausgeübten Dauerwohnnutzung öffentlichem Baurecht widersprochen und widersprächen ihm durch den Verlust des Bestandsschutzes aus der Baugenehmigung auch heute noch. Eine nachträgliche Baugenehmigung, auch lediglich für eine künftige Wochenendnutzung, könne nicht erteilt werden. Das nicht privilegierte Vorhaben im Außenbereich widerspreche der Darstellung des Flächennutzungsplans („Fläche für die Landwirtschaft“) sowie derjenigen der Überschwemmungsgebietsverordnung „I.“. Seine ? aufgrund fehlender Baugenehmigung als solche zu wertende - Errichtung im Überschwemmungsgebiet sei untersagt. Die Voraussetzungen für eine Genehmigung im Einzelfall lägen nicht vor, insbesondere sei dazu, dass die baulichen Anlagen hochwasserangepasst ausgeführt worden seien, nichts vorgetragen worden; dies sei auch unwahrscheinlich. Weiter könne der Verlust von verloren gegangenem Rückhalteraum weder auf den jeweiligen Grundstücken noch im Wochenendhausgebiet zeitgleich ausgeglichen werden. Selbst für die nur Wochenendzwecken dienende Nutzung könnten eine Gefährdung von Leben und erhebliche Gesundheits- und / oder Sachschäden, mindestens durch den zu erwartenden Hochwasserfall HQ 100, nicht ausgeschlossen werden. Dann läge die Wasserstandprognose auf dem Grundstück bei einer Höhe von ca. 2,00 bis 2,50 m, so dass die bewohnbaren Teile des Hauses komplett unter Wasser stünden. In ihrer ersten Anhörung sei sie noch davon ausgegangen, dass eine Rückführung der Nutzung ausreichend sein würde, es sei jedoch später auf den Verlust jedweden Bestandsschutzes hingewiesen worden. Die Maßnahmen seien insbesondere auch angemessen. Die Ordnungsverfügung werde an die Klägerin als Eigentümerin gerichtet. Die derzeitigen Nutzer der baulichen Anlage werde sie über den Erlass der Ordnungsverfügung unterrichten und ihnen Gelegenheit zur Stellungnahme geben. Sollte ihr das Einverständnis nicht schriftlich vorgelegt werden, beabsichtige sie, ihnen gegenüber die Duldung des Abbruchs zu verfügen.

Die Klägerin hat am 19. März 2020 Klage erhoben, zu deren Begründung sie im Wesentlichen vorgetragen hat, sie und ihr Ehemann hätten vor dem Erwerb der Immobilie beim Einwohnermeldeamt die Auskunft erhalten, dass das Haus dauerhaft bewohnt werden könne. Sie sei bereit, die nicht genehmigten Baumaßnahmen (Überdachung, Gartenhaus, Abstellraum) rückgängig zu machen, und beabsichtige, das Gebäude in dem genehmigten räumlichen Umfang als Wochenendhaus zu nutzen bzw. nutzen zu lassen. Darüber hinaus habe das Vorhaben über einen angemessenen Zeitraum dem materiellen Recht entsprochen. In dem nach § 34 Abs. 1 Satz 1 BauGB zu bewertenden „Wochenendhausgebiet“ habe sich das Gebäude als Wochenend- wie auch als (dauerhaftes) Wohnhaus in die Eigenart der näheren Umgebung eingefügt: Es habe eine aus (dauerhafter) Wohnnutzung und Wochenendnutzung zusammengesetzte Gemengelage bestanden. Mit den dort genehmigten Baumaßnahmen habe sich der Charakter des Gebietes verändert. So gehörten z. B. Garagen oder Carports nicht zu einem Wochenendhaus. Es existierten Gebäude mit Wohnflächen von ca. 90 bis 190 m², die über die Größe eines Wochenendhauses hinausgingen. In einem Aktenvermerk der Beklagten aus dem Jahr 1991 sei von „Fehlentscheidungen“ die Rede und dass man weitere „Berufungsfälle“ vermeiden wolle. Mit der Ordnungsverfügung werde das Ziel, im bauplanungsrechtlichen Sinne rechtmäßige Zustände herzustellen, nicht erreicht, weil nur in einigen Fällen Beseitigungsverfügungen erlassen bzw. angekündigt worden seien und in den meisten anderen Fällen bestandskräftige Genehmigungen vorlägen. 17

In der mündlichen Verhandlung hat die Beklagte klargestellt, dass sich die Ordnungsverfügung nicht auf den genehmigten Carport beziehe. Der Sohn der Klägerin hat für diese erklärt, die Mieter, die das Haus kaufen wollten, nutzten das Haus als 18

Wochenendhaus und wollten es auch weiter als Wochenendhaus nutzen.

Die Klägerin hat beantragt, 19

die Ordnungsverfügung der Beklagten vom 26. Februar 2020 aufzuheben. 20

Die Beklagte hat beantragt, 21

die Klage abzuweisen. 22

Sie hat betont, dass es sich nicht um einen im Zusammenhang bebauten Ortsteil handele, sich aber jedenfalls die ausgeübte Dauerwohnnutzung zahlenmäßig so unterordne, dass das Gebiet auch faktisch ein Wochenendhausgebiet bleibe. Sie gehe davon aus, dass der Großteil der Gebäude abgebrochen werden müsse. Die von der Klägerin in Bezug genommenen melderechtlichen Möglichkeiten seien von baurechtlichen Zulässigkeitsvoraussetzungen zu trennen, eine Prüfung der baurechtlichen Zulässigkeit erfolge nicht. 23

Das Verwaltungsgericht hat der Klage stattgegeben. Die Ordnungsverfügung sei rechtswidrig und verletze die Klägerin in ihren Rechten, in der Folge seien auch die weiteren Regelungen aufzuheben. Zwar sei das Gebäude im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften geändert worden und eine Herstellung rechtmäßiger Zustände auf andere Weise nicht möglich. Auch bestehe kein formeller Bestandsschutz. Die Ordnungsverfügung sei jedoch ermessensfehlerhaft, weil die zu dem Zeitpunkt der Neufestsetzung des Überschwemmungsgebietes ausgeübte Nutzung als Wohnhaus materiell legal gewesen und der hieraus folgende materielle Bestandsschutz zwischenzeitlich nicht erloschen sei. Es handele sich um einen im Zusammenhang bebauten Ortsteil. Die ungenehmigten Dauerwohnnutzungen seien zu berücksichtigen, denn sie seien in einer Weise geduldet worden, die keine Zweifel daran gelassen habe, dass die zuständigen Behörden sich mit ihrem Vorhandensein abgefunden gehabt hätten. Denn für den maßgeblichen Zeitraum fehle jeder Anhaltspunkt dafür, dass die zuständigen Behörden beabsichtigt hätten, sich des Sachverhalts anzunehmen und Änderungen herbeizuführen. Zudem hätten die Umnutzungen angesichts der melderechtlichen Gegebenheiten nicht geheim stattgefunden. 24

Zur Begründung der auf ihren Antrag zugelassenen Berufung wiederholt die Beklagte, die dauerhafte Wohnnutzung sei zu keinem Zeitpunkt planungsrechtlich zulässig gewesen. Die Auffassung des Verwaltungsgerichts widerspreche den Grundsätzen zur Unterscheidung zwischen der faktischen und der aktiven Duldung. Die jeweils materiell nicht rechtmäßigen Dauerwohnnutzungen könnten nicht wechselseitig füreinander Vorbild sein. Es könne nicht geschlussfolgert werden, dass sie sich mit der Dauerwohnnutzung abgefunden habe. Aus dem Vermerk vom 28. Oktober 1991 ergebe sich vielmehr das Gegenteil. Die Anmeldungen beim Einwohnermeldeamt hätten keinerlei baurechtlichen Bezug. Das Wochenendhausgebiet sei auch nur notdürftig erschlossen. Die Klägerin habe überdies ausdrücklich erklärt, dass ihre Mieter und potentiellen Käufer das Gebäude nur als Wochenendhaus nutzten und nutzen wollten. 25

Die Beklagte beantragt, 26

das angefochtene Urteil zu ändern und die Klage abzuweisen. 27

Die Klägerin beantragt, 28

die Berufung zurückzuweisen. 29

Sie trägt im Wesentlichen vor, das Verwaltungsgericht habe zutreffend auf der Grundlage von § 34 Abs. 1 Satz 1 BauGB zu ihren Gunsten wirkenden Bestandsschutz angenommen. Die vorhandenen ungenehmigten Wohnnutzungen hätten die nähere Umgebung geprägt, weil sie in einer Weise geduldet worden seien, die keinen Zweifel daran gelassen habe, dass sich die Beklagte mit ihrem Vorhandensein abgefunden habe. Entscheidend sei der von dem Verwaltungsgericht in Ansatz gebrachte Vermerk vom 28. Oktober 1991: Aus dem darin verwandten Begriff der „Fehlentwicklungen“ im Gebiet müsse der Rückschluss gezogen werden, dass die zuständige Behörde positive Kenntnis von zahlreichen Dauerwohnnutzungen gehabt habe. Soweit gleichwohl über ein Jahrzehnt ein ordnungsbehördliches Einschreiten nicht erfolgt sei, lasse dies nur den Rückschluss zu, dass ein Einschreiten nicht zu erwarten gewesen sei. Vor diesem Hintergrund sei das Wohngebäude B.-straße 1 kein sogenannter „Ausreißer“ und damit auch als Vorbild zu berücksichtigen. 30

Die Berichterstatterin des Senats hat am 7. Mai 2024 die Örtlichkeit in Augenschein genommen. Auf den Inhalt des hierüber gefertigten Protokolls und die gefertigten Lichtbilder wird verwiesen. 31

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf den Inhalt der Gerichtsakte und der beigezogenen Verwaltungsvorgänge der Beklagten Bezug genommen. 32

Entscheidungsgründe: 33

Die zulässige Berufung hat Erfolg. Das Verwaltungsgericht hat der Klage zu Unrecht stattgegeben. Die zulässige Anfechtungsklage ist unbegründet. Sowohl die Beseitigungsverfügung (hierzu I.) als auch die Anordnung, anfallenden Bauschutt zu entsorgen bzw. zu entfernen (hierzu II.), und die Zwangsgeldandrohungen (hierzu III.) halten einer rechtlichen Überprüfung stand. 34

I. Die Beseitigungsverfügung der Beklagten vom 26. Februar 2020 ist rechtmäßig und verletzt die Klägerin nicht in ihren Rechten (§ 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO). Sie ist von der Ermächtigungsgrundlage des § 82 Satz 1 BauO NRW in der Fassung vom 21. Juli 2018 (BauO NRW a. F.) gedeckt. Danach kann die Bauaufsichtsbehörde die teilweise oder vollständige Beseitigung der Anlagen, die im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften errichtet oder geändert werden, anordnen, wenn nicht auf andere Weise rechtmäßige Zustände hergestellt werden können. Diese Anforderungen wahrt die angefochtene Beseitigungsverfügung sowohl hinsichtlich des Hauptgebäudes (hierzu 1.) als auch der von ihr erfassten „Nebenanlagen“ (hierzu 2.). 35

1. Die Entscheidung der Beklagten, die Beseitigung des Hauptgebäudes zu verlangen, ist rechtlich nicht zu beanstanden. Das Hauptgebäude ist formell (dazu a.) und materiell (dazu b.) illegal, die Klägerin kann sich nicht auf Bestandsschutz berufen (dazu c.) und auf andere Weise können rechtmäßige Zustände nicht hergestellt werden (dazu d.); Ermessensfehler liegen nicht vor (dazu e.). 36

a. Eine wirksame Baugenehmigung für das Hauptgebäude besteht nicht. Die am 16. April 1970 erteilte Baugenehmigung für die Errichtung eines eingeschossigen Wochenendhauses (Bauschein Nr. 000/1969) ist jedenfalls erloschen. Denn von ihr war ? von der Klägerin auch unbestritten ? lediglich die Nutzung als Wochenendhaus erfasst, welche allerdings (spätestens) nach dem Erwerb durch die Klägerin und ihren Ehemann im Jahr 2000 zugunsten einer ? ungenehmigten ? Nutzung als Wohnhaus aufgegeben wurde, die die Klägerin bis zum Jahr 2019 fortsetzte. Mit der Aufnahme dieser wesensverschiedenen 37

Nutzung hat die Klägerin die von der Baugenehmigung Nr. 000/1969 gedeckte Nutzung als Wochenendhaus verlassen und eine genehmigungspflichtige Nutzungsänderung vollzogen.

Vgl. dazu OVG NRW, Urteile vom 23. Oktober 2006 ? 7 A 4947/05 ?, juris Rn. 40 ff., m. w. N., und vom 26. Juni 2006 ? 7 A 3730/04 ?, juris Rn. 81. 38

b. Sowohl die Errichtung eines solchen Wohngebäudes als auch eines Wochenendhauses erweisen sich nunmehr als materiell illegal. Mit der überarbeiteten Festsetzung des Überschwemmungsgebietes durch die Überschwemmungsgebietsverordnung „I.“ der Bezirksregierung Köln vom 18. Juni 2013, in dem das Grundstück der Klägerin nunmehr vollumfänglich liegt, steht einem solchen Vorhaben das Verbot nach § 78 Abs. 4 Satz 1 WHG entgegen, das die Errichtung oder Erweiterung baulicher Anlagen nach den §§ 30, 33, 34 und 35 BauGB in festgesetzten Überschwemmungsgebieten untersagt. 39

Die Erteilung einer Genehmigung im Einzelfall nach § 78 Abs. 5 WHG kommt vorliegend nicht in Betracht. Die Klägerin hat nicht entsprechend der ihr obliegenden Darlegungslast, 40

vgl. OVG NRW, Beschluss vom 7. November 2019 ? 10 A 3859/18 ?, juris Rn. 7, unter Verweis auf OVG NRW, Urteil vom 30. Oktober 2009 ? 10 A 1074/08 ?, juris Rn. 76; siehe auch BVerwG, Urteil vom 22. Juli 2004 ? 7 CN 1.04 ?, juris Rn. 22, 41

dargetan, dass die Voraussetzungen insbesondere nach § 78 Abs. 5 Satz 1 WHG vorliegen. Vielmehr ist sie gegenteiligen Erwägungen der Beklagten nicht ansatzweise entgegengetreten. 42

c. Auf formellen Bestandsschutz in Gestalt einer (wirksamen) Baugenehmigung kann sich die Klägerin nicht berufen, da es an einer solchen ? wie dargestellt ? fehlt. Auch einen zu ihren Gunsten wirkenden materiellen Bestandsschutz kann sie der Beseitigungsanordnung nicht entgegenhalten. 43

Der Bestandsschutz sichert bauliche Anlagen gegenüber etwaigen späteren Änderungen des Baurechts und beschränkt sich dabei aus der verfassungsrechtlichen Sicht des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG auf ihre genehmigte Bausubstanz und ihre genehmigte Funktion. Bestandsschutz genießt eine bauliche Anlage auch bei formeller Illegalität, wenn sie mit dem materiellen Baurecht für einen nennenswerten Zeitraum übereingestimmt hat. Eine (nicht nur unwesentliche) Nutzungsänderung führt grundsätzlich zur Beendigung des Bestandsschutzes für die in einem Gebäude ausgeübte frühere Nutzung. Entsprechendes gilt für bauliche Änderungen. 44

Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 22. August 2016 ? 10 A 601/16 ?, juris Rn. 8 ff., m. w. N., sowie Urteil vom 16. März 2012 ? 2 A 7600 ?, juris Rn. 39 m. w. N. 45

Bezugspunkt für den Bestandsschutz gegenüber Rechtsänderungen ist stets eine bauliche Anlage in ihrer jeweiligen Nutzung, nicht aber die Bausubstanz als solche unabhängig von etwaigen Nutzungsänderungen. 46

Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 15. April 2009 ? 10 B 186/09 ?, juris Rn. 3. 47

Ausgehend von diesen Grundsätzen kommt auch materieller Bestandschutz nicht in Betracht. 48

aa. Als Wochenendhaus wurde das Gebäude zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der Überschwemmungsgebietsverordnung „I.“ im Jahr 2013 schon seit vielen Jahren nicht mehr genutzt, mithin konnte ein diesbezüglicher materieller Bestandsschutz nicht entstehen bzw. 49

war jedenfalls seit langem erloschen.

bb. Materieller Bestandsschutz für eine Nutzung als Wohnhaus ist nie entstanden. Eine solche Nutzung war zu keinem Zeitpunkt materiell legal, und zwar nach jeglicher bauplanungsrechtlichen Betrachtungsweise. Es kann daher offen bleiben, ob das „Wochenendhausgebiet K.“ dem unbeplanten Innen- oder dem Außenbereich zuzuordnen war. 50

(1) Wäre das „Wochenendhausgebiet K.“ dem Außenbereich zuzurechnen gewesen, weil es keinen im Zusammenhang bebauten Ortsteil darstellte, so hätte sich, da es sich bei dem Wohnhaus der Klägerin nicht um ein privilegiertes Vorhaben im Sinne des § 35 Abs. 1 BauGB (in den Fassungen bis zu derjenigen vom 22. Juli 2011) handelte, seine bauplanungsrechtliche Zulässigkeit nach § 35 Abs. 2 und 3 BauGB (a. F.) beurteilt. Dann wäre ihm jedoch der öffentliche Belang nach § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 BauGB (a. F.) entgegenzuhalten gewesen, dass es Darstellungen des Flächennutzungsplans widersprochen hätte. Bis zum Jahr 2013 (und noch bis in das Jahr 2018) stellte der Flächennutzungsplan diesen Bereich als Sondergebiet „Wochenendhausgebiet“ dar, in dem die Nutzung der Gebäude auf Freizeiten beschränkt und eine dauerhafte Wohnnutzung ausgeschlossen war. 51

Der Flächennutzungsplan erwies sich auch nicht als funktionslos. 52

Darstellungen im Sinne des § 5 BauGB entfalten gegenüber einem nichtprivilegierten Vorhaben nur dann keine Sperrwirkung nach § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 BauGB, wenn sie infolge Funktionslosigkeit unwirksam geworden sind. Der Flächennutzungsplan kann dort nicht mehr maßgeblich sein, wo seine Darstellungen den besonderen örtlichen Verhältnissen nicht mehr gerecht werden, diese also etwa durch die zwischenzeitliche Entwicklung überholt sind. Sie vermögen eine Sperrwirkung (nur) dann nicht zu erzeugen, wenn die Entwicklung des Baugeschehens ihnen in einem sowohl qualitativ wie quantitativ so erheblichen Maße zuwiderläuft, dass die Verwirklichung der ihnen zugrundeliegenden Planungsabsichten entscheidend beeinträchtigt ist. 53

Vgl. BVerwG, Beschluss vom 31. Oktober 1997 ? 4 B 185.97 ?, juris Rn. 7; OVG NRW, Beschlüs-se vom 14. März 2014 ? 2 A 2276/13 ?, juris Rn. 10, und vom 22. August 2005 ? 10 A 4694/03 ?, juris Rn. 57, jeweils m. w. N. 54

Für das Vorliegen dieser Voraussetzungen ist hier nichts ersichtlich. Zu Wohnzwecken genehmigt wurde lediglich ein Gebäude auf dem Grundstück B.-straße 1. Dabei kann offen bleiben, ob das bestehende Gebäude (noch) der seinerzeit erteilten Baugenehmigung entspricht bzw. in der Vergangenheit entsprochen hat. Denn dieses einzelne Gebäude auf dem Grundstück B.-straße 1, das sich gegenüber dem eigentlichen „Wochenendhausgebiet“ nicht nur abgesetzt in südlicher Randlage befindet, sondern auch deutlich höher ? unmittelbar nach der Querung der Bahntrasse ? liegt, wäre in seiner Singularität nicht geeignet gewesen, die Wirksamkeit der gesamten Plandarstellung in Zweifel zu ziehen. Dass der Flächennutzungsplan keine Ordnungsfunktion mehr entfaltete, kann auch angesichts der von der Klägerin angeführten (ungenehmigten) Wohnnutzungen nicht angenommen werden. Hierfür spricht schon, dass eine erhebliche Anzahl von Gebäuden jedenfalls in ihrer äußeren Gestaltung den Charakter als Wochenendhaus nicht vollends aufgegeben hat. Auch hat die Beklagte in Baugenehmigungsverfahren stets auf eine Nutzung nur entsprechend der Darstellung im Flächennutzungsplan hingewirkt. Diesbezüglich wird ergänzend auf nachstehende Ausführungen verwiesen. 55

56

Auf die Privilegierungen nach § 35 Abs. 4 BauGB (a. F.) hätte sich die Klägerin in Ermangelung der entsprechenden Voraussetzungen nicht berufen können.

Vgl. im Zusammenhang mit Ferien- oder Wochenendhäusern BVerwG, Beschluss vom 13. September 1988 ? 4 B 155.88 ?, juris, sowie Urteil vom 12. März 1982 ? 4 C 59.78 ?, juris. 57

(2) Bei einer Zuordnung zum unbeplanten Innenbereich nach § 34 Abs. 1 Satz 1 BauGB ergäbe sich ebenfalls nicht, dass ein Wohngebäude auf dem Grundstück der Klägerin für einen nennenswerten Zeitraum genehmigungsfähig gewesen wäre. 58

(a) Dass ein faktisches (reines) Wohngebiet im Sinne des § 34 Abs. 2 BauGB i. V. m. § 3 BauNVO bestand, hat ? zu Recht ? nicht einmal die Klägerin substantiiert geltend gemacht. 59

(b) In einem faktischen Wochenendhausgebiet im Sinne des § 34 Abs. 2 BauGB i. V. m § 10 Abs. 1 BauNVO wäre ein Wohngebäude materiell illegal gewesen, da in einem Wochenendhausgebiet Wochenendhäuser, nicht aber Wohnhäuser zulässig sind (vgl. § 10 Abs. 3 Satz 1 BauNVO). 60

(c) Es bestand auch keine Gemengelage aus Wohn- und Wochenendhäusern im Sinne des § 34 Abs. 1 Satz 1 BauGB mit der Folge, dass eine Wohnnutzung auf dem Grundstück der Klägerin materiell legal gewesen wäre. 61

Nach § 34 Abs. 1 Satz 1 BauGB ist ein Vorhaben innerhalb der im Zusammenhang bebauten Ortsteile zulässig, wenn es sich nach Art und Maß der baulichen Nutzung, der Bauweise und der Grundstücksfläche, die überbaut werden soll, in die Eigenart der näheren Umgebung einfügt und die Erschließung gesichert ist. 62

Die Eigenart der näheren Umgebung wurde nicht durch Wohnnutzungen geprägt. 63

(aa) Maßgeblich in den Blick zu nehmen ist hierfür nach den Eindrücken der Berichterstatterin aus dem Ortstermin, die sie dem Senat vermittelt hat, lediglich seinerzeit vorhandene Bebauung nördlich der Bahntrasse bis zum Deich. Jene bzw. der deutliche Geländeanstieg (Wall) samt Querung der Bahntrasse trennt den Bereich des „Wochenendhausgebietes“ eindrücklich von den südlich gelegenen Grundstücken einschließlich des Ortskerns von K.. Nicht zur maßgeblichen näheren Umgebung zu zählen ist das Grundstück Im B.-straße 1, auf dem bis heute ein Wohngebäude existiert und zu dem ? allein ? eine Baugenehmigung für ein Wohnvorhaben erteilt worden war. Gegen die Annahme einer wechselseitigen Prägung spricht, dass das Gebäude B.-straße 1 selbst gegenüber der Bebauung an der Straße I. nochmals deutlich höher liegt ? man passiert es unmittelbar nach Querung der Bahntrasse ? und zudem von dieser auch seitlich abgesetzt steht. 64

In der so bestimmten maßgeblichen näheren Umgebung sind die von der Klägerin angeführten ungenehmigten Wohnnutzungen als solche nicht zu berücksichtigen. 65

Bei der vergangenheitsbezogenen Prüfung materiellen Bestandsschutzes kann illegale Bebauung in der näheren Umgebung nur dann im Rahmen des § 34 Abs. 1 Satz 1 BauGB berücksichtigt werden, wenn die zuständige Behörde damals zweifelsfrei - im Sinne einer aktiven Duldung - zu erkennen gegeben hatte, sich damit dauerhaft abzufinden. 66

Für die Beurteilung der planungsrechtlichen Zulässigkeit von Vorhaben nach § 34 Abs. 1 oder Abs. 2 BauGB kommt es entscheidend auf die tatsächliche städtebauliche Situation an. Demgemäß sind alle vorhandenen baulichen Nutzungen ungeachtet ihrer materiellen 67

Zulässigkeit zu berücksichtigen, solange die zuständigen Behörden den Zustand dulden oder wegen formeller Legalität dulden müssen. Maßgeblich für die bauplanungsrechtliche Beurteilung nach § 34 BauGB ist mithin nicht zwingend die Legalität des Vorhandenen, sondern sein auf Dauer absehbarer Bestand, von dem auch dann ausgegangen werden kann, wenn die vorhandene bauliche Nutzung in einer Weise von den zuständigen Behörden geduldet wird, die keinen Zweifel daran lässt, dass sie sich damit abgefunden haben.

Vgl. BVerwG, Urteil vom 23. November 2016 ? 4 CN 2.16 ?, juris Rn. 8, sowie Beschlüsse vom 11. Februar 2000 ? 4 B 1.00 ?, juris Rn. 14, und vom 23. November 1998 ? 4 B 29.98 ?, juris Rn. 6, dieser verweisend auf die ständige Rechtsprechung seit dem Urteil vom 6. November 1968 ? 4 C 31.66 ?, juris Rn. 22; OVG NRW, Beschlüsse vom 22. April 2022 ? 10 A 676/21 ?, juris Rn. 8, vom 25. Oktober 2021 ? 10 A 3199/20 ?, juris Rn. 11, und vom 23. November 2020 ? 10 A 2316/20 ?, juris Rn. 21, sowie grundlegend Urteil vom 23. Oktober 2006 ? 7 A 4947/05 ?, juris Rn. 76. 68

Zugleich hindert die schlichte Hinnahme eines baurechtlich illegalen Geschehens für eine längere Zeit die Bauaufsichtsbehörde nicht, ihre bisherige Praxis zu beenden und auf die Herstellung baurechtmäßiger Zustände hinzuwirken. Von der bloßen faktischen Hinnahme ist die aktive Duldung der baulichen Anlagen zu unterscheiden. Von einer Duldung einer illegalen baulichen Nutzung in diesem Sinne ist im Regelfall erst dann auszugehen, wenn die Bauaufsichtsbehörde in Kenntnis der Umstände zu erkennen gibt, dass sie sich auf Dauer oder für einen zum Zeitpunkt des Einschreitens noch nicht abgelaufenen Zeitraum mit der Existenz dieser Nutzung abzufinden gedenkt. Angesichts des Ausnahmecharakters und der weitreichenden Folgen einer solchen Duldung, als deren Folge die Behörde an der Beseitigung rechtswidriger Zustände gehindert wäre, muss den entsprechenden behördlichen Erklärungen mit hinreichender Deutlichkeit zu entnehmen sein, ob, in welchem Umfang und gegebenenfalls über welchen Zeitraum die illegale bauliche Nutzung geduldet werden soll. 69

Vgl. OVG NRW, Beschlüsse vom 22. April 2022 ? 10 A 676/21 ?, juris Rn. 10, vom 25. Oktober 2021 ? 10 A 3199/20 ?, juris Rn. 13, m. w. N., und vom 30. März 2020 ? 10 A 1699/19 ?, juris Rn. 6, m. w. N., und Urteil vom 24. Februar 2016 ? 7 A 1623/14 ?, juris Rn. 50. 70

Soll - wie hier - gegen eine formell illegale Nutzung eingeschritten werden und steht in Frage, ob in der Vergangenheit materieller Bestandsschutz entstanden ist, ist bei der Prüfung des § 34 Abs. 1 Satz 1 BauGB eine Beurteilung der damals vorhandenen baulichen Nutzungen geboten. Dabei kann nur solche tatsächlich vorhandene Bebauung in der näheren Umgebung eines Vorhabens Berücksichtigung finden, von der rückblickend sicher angenommen werden kann, dass die zuständige Behörde nicht gegen sie eingeschritten wäre, wenn sie sich zu ihr verbindlich ? insbesondere im Rahmen eines Baugenehmigungsverfahrens ? hätte verhalten müssen. Denn (spätestens) dann hätte sie dafür Sorge tragen müssen, dass sie die tatsächlich vorhandene Bebauung ? regelmäßig durch den Erlass von Bauordnungsverfügungen ? auf den aus ihrer Sicht legalen Bestand begrenzt. In der vorliegenden Fallkonstellation, die eine vergangenheitsbezogene Betrachtung erfordert, wurden illegale bauliche Nutzungen also nur dann in einer Weise von der zuständigen Behörde geduldet, die keinen Zweifel daran lässt, dass sie sich damit abgefunden hatte, wenn sie diese seinerzeit dauerhaft (aktiv) geduldet hatte. 71

Dem von der Klägerin angeführten Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 6. November 1968 ? 4 C 31.66 - lag hingegen ein anderer Sachverhalt zugrunde. Dort ging es um einen „Bauwerber“, zu dessen Lasten es im Baugenehmigungsverfahren, so das Bundesverwaltungsgericht, nicht gehen könne, wenn die zuständigen Behörden es 72

pflichtwidrig unterließen, gegen eine formell und materiell baurechtswidrige Bebauung einzuschreiten.

Es widerspräche demgegenüber der Ordnungsfunktion des öffentlichen Baurechts, wenn sich ein Bauherr dadurch einen Vorteil verschaffen könnte, dass er ? anstatt eine formellen Bestandsschutz schaffende Baugenehmigung zu beantragen ? sein genehmigungsbedürftiges Vorhaben formell und materiell illegal errichtet, und darauf hoffen könnte, möglichst Nachahmer zu finden, um sich später gegenüber einem bauaufsichtlichen Einschreiten auf materiellen Bestandsschutz berufen zu können. 73

Für eine dauerhafte aktive Duldung von tatsächlich vorhandenen, ungenehmigten Wohnnutzungen im „Wochenendhausgebiet K.“ bis zur Neufestsetzung des Überschwemmungsgebietes im Jahr 2013 ist nichts ersichtlich. 74

Eine schriftliche Duldung oder Duldungszusage haben weder die Klägerin noch andere von ordnungsbehördlichen Maßnahmen der Beklagten betroffene Bewohner vorgelegt. Sie ist auch den beigezogenen Verwaltungsvorgängen nicht zu entnehmen. 75

Vgl. zum Kriterium der Verschriftlichung OVG NRW, Urteile vom 24. Februar 2016 ? 7 A 1623/14 ?, juris Rn. 61, und vom 16. März 2012 ? 2 A 760/10 ?, juris Rn. 52 m. w. N., sowie Beschluss vom 25. April 2023 ? 10 A 1450/22 ?, juris Rn. 19. 76

Ungeachtet der Frage, ob eine aktive Duldung jedenfalls regelmäßig schriftlich erfolgen muss, liegen auch keine anderweitigen Erkenntnisse vor, dass die Beklagte tatsächlich vorhandene Wohnnutzungen dauerhaft aktiv geduldet hatte. Im Gegenteil hat sie in den von der Klägerin angeführten Genehmigungsverfahren darauf hingewirkt, dass die seinerzeitige Vorgabe des Flächennutzungsplans ? Sondergebiet Wochenendhausgebiet ? gewahrt bleibt. Diese Absicht hat sie in dem Vermerk vom 28. Oktober 1991, betreffend ein Vorhaben des seinerzeitigen Eigentümers des Grundstücks B.-straße 11, ausdrücklich formuliert. Sie hatte dementsprechend dem beantragten Vorhaben aufgrund seiner Größe nicht zugestimmt, sondern eine Baugenehmigung lediglich für ein geändertes Vorhaben ? bei Absenkung der beantragten Giebelhöhe um 0,98 m auf max. 1,50 m und mithin unter Wegfall eines Dachgeschosses, in dem ein Mensch hätte aufrecht stehen können ? erteilt. Diese Anpassung ist in den Schnittzeichnungen eingetragen und als Auflage Nr. 18 („Gemäß Grüneintragung in den Bauzeichnungen ist die Giebelhöhe um 0,98 m zu reduzieren.“) zur Baugenehmigung Nr. E 001/91 vom 6. Januar 1992 textlich festgehalten worden. Dass sich (wohl) der Bauherr später über diese Vorgaben hinweggesetzt hat und das Dachgeschoss tatsächlich mit der ursprünglich beantragten Giebelhöhe errichtet wurde, ist ungeachtet der Frage, ob die Beklagte dies zur Kenntnis genommen hat oder hätte zur Kenntnis nehmen können, jedenfalls kein Hinweis auf eine (aktive) Duldung. 77

Die in dem Vermerk vom 28. Oktober 1991 erwähnten „Fehlentscheidungen“ lassen sich ebenfalls nicht in eine (aktive) Duldung von Wohnhäusern ausdeuten. Festgehalten wurde lediglich, dass in der Vergangenheit teils Vorhaben ? unstreitig als Wochenendhaus ? genehmigt wurden, die über eine solch große Nutzfläche verfügten, dass eine Nutzung als Dauerwohnsitz möglich gewesen wäre. Um solchen ? illegalen ? Nutzungsänderungen von vornherein entgegen zu wirken, sollten entsprechende Vorhaben nicht (mehr) als Wochenendhäuser genehmigt werden. 78

Auch aus dem weiter vorgebrachten Umstand, dass Anbauten an Hauptgebäude sowie Garagen oder Carports genehmigt wurden, lässt sich keine verbindliche Aussage der Beklagten herleiten, sie habe sich mit tatsächlich vorhandenen Wohnnutzungen abgefunden 79

und werde dagegen nicht einschreiten. Das Gegenteil verdeutlicht im Übrigen ein Genehmigungsverfahren aus dem Jahr 2005 betreffend das Grundstück B.-straße 22, in dem die Beklagte einem zunächst als „Neubau eines Wohnhausanbaus“ beantragten Vorhaben entgegentrat und die Bauherrschaft unter Verweis darauf, dass sich der Architekt in der Bezeichnung des Vorhabens vertan habe, dieses in „Anbau an ein Wochenendhaus“ korrigierte.

Eine dauerhafte (aktive) Duldung lässt sich auch nicht daraus entnehmen, dass die Grundstücke von der Müllabfuhr angefahren werden, zwischenzeitlich Gebäude an die Trinkwasserversorgung angeschlossen wurden und eine Abwasserbeseitigung besteht. 80

Vgl. auch OVG NRW, Urteil vom 20. Februar 2015 ? 7 D 29/13.NE ?, juris Rn. 120. 81

Abgesehen davon deutet auf das Gegenteil, dass die Wege weiterhin kaum ausgebaut, nämlich lediglich geschottert sind und häufig Breiten von unter oder um 3 m aufweisen und sich mangels ausreichender Niederschlagsentwässerung große Pfützen bilden, wie sich im Ortstermin gezeigt hat. 82

Auskünfte der Meldebehörde begründen ebenfalls keine Duldungszusage der Bauaufsichtsbehörde und sind überdies nicht geeignet, verbindliche Aussagen zu einer materiellen Baurechtskonformität zu treffen. 83

Vgl. auch OVG NRW, Urteil vom 23. Oktober 2006 ? 7 A 4947/05 ?, juris Rn. 98. 84

Denn für die Meldebehörde ist unerheblich, ob der Betroffene aus baurechtlichen oder sonstigen Gründen an einem bestimmten Ort wohnen darf oder nicht. Für das Melderecht ist allein das tatsächliche Wohnen maßgeblich. 85

Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 23. Februar 2021 - 18 B 16/21 -, juris Rn. 21. 86

Ebenso wenig lässt sich aus der gemeindlichen Tätigkeit im Zusammenhang mit der Erhebung einer Zweitwohnungssteuer auf eine aktive Duldung schließen. Sie ist überdies baurechtlich nicht von Belang. 87

(bb) Selbst wenn man mit der Klägerin das Wohngebäude auf dem Grundstück B.-straße 1 zur maßgeblichen näheren Umgebung zählte, so könnte die Klägerin daraus für ihr Wohnhaus bis zum Inkrafttreten der Überschwemmungs-gebietsverordnung „I.“ nichts zu ihren Gunsten herleiten. Mit dem Vortrag der Beklagten in der Berufungsverhandlung, das vorhandene Gebäude sei von dieser Baugenehmigung nicht (mehr) gedeckt, muss sich der Senat nicht befassen. Selbst ein formell legal errichtetes Wohngebäude auf dem Grundstück B.-straße 1 wäre aus den bereits dargelegten Gründen jedenfalls als sogenannter „Ausreißer“ zu qualifizieren gewesen. 88

(d) Zu ihren Gunsten kann sich die Klägerin auch nicht auf § 34 Abs. 3a BauGB in den bis zum Inkrafttreten der Überschwemmungsgebietsverordnung „I.“ geltenden Fassungen berufen, dessen Voraussetzungen ersichtlich nicht gegeben waren. 89

d. Rechtmäßige Zustände können nicht auf andere Weise hergestellt werden. Wie die Beklagte zutreffend angenommen hat, ist die (nachträgliche) Erteilung einer Baugenehmigung, auch für die Errichtung eines Wochenendhauses, nicht (mehr) möglich, weil dem das Verbot des § 78 Abs. 4 WHG entgegensteht. 90

91

e. Die zutreffend gegen die Klägerin als Eigentümerin gerichtete Beseitigungsverfügung ist ermessensfehlerfrei ergangen und erweist sich insbesondere als verhältnismäßig.

Das Gericht prüft die der Beklagten obliegende Ermessensausübung nach Maßgabe von § 114 Satz 1 VwGO lediglich darauf, ob diese die angefochtene Ordnungsverfügung ermessensfehlerfrei erlassen hat. Das ist vorliegend der Fall. 92

Die Ermessensentscheidung, eine Beseitigungs- oder Rückbauverfügung zu erlassen, kann die Bauaufsichtsbehörde im Regelfall ordnungsgemäß damit begründen, dass die zu beseitigende Anlage formell und materiell illegal ist und dass ein öffentliches Interesse daran besteht, keinen Präzedenz- oder Berufungsfall zu schaffen. Eine weitergehende Abwägung des „Für und Wider“ einer Beseitigungsverfügung ist nur dann geboten, wenn konkrete Anhaltspunkte ausnahmsweise für die Angemessenheit einer vorübergehenden oder dauerhaften Duldung eines rechtswidrigen oder ordnungswidrigen Zustands sprechen. 93

Vgl. OVG NRW, Urteil vom 24. Februar 2016 ? 7 A 19/14 ?, juris Rn. 27 ff. m. w. N. 94

Ausgehend von diesen Grundsätzen ist es nicht zu beanstanden, dass die Beklagte wegen der fehlenden Baurechtskonformität die Beseitigung angeordnet hat. 95

Es führt auch nicht auf Ermessensfehler, dass sie ergänzend ausgeführt hat, aufgrund der Lage im Überschwemmungsgebiet drohten im Falle des Eintritts eines hundertjährlichen Hochwassers und Wasserständen von ca. 2,00 bis 2,50 m auf dem Grundstück der Klägerin schwerwiegende Gefahren für dessen Bewohner, aber auch für Dritte sowie für Sachwerte durch das Auftreiben und unkontrollierte Abtreiben von Anlagen (oder deren Bestandteile). Diesen plausiblen Annahmen, die sich zudem auf zum Jahr 2013 erhobene wissenschaftliche Erkenntnisse stützen lassen, welche der überarbeiteten Festsetzung des Überschwemmungsgebietes „I.“ zugrunde lagen, ist die Klägerin schon nicht substantiiert entgegengetreten. 96

Mit dem Einwand, das Einschreiten der Beklagten sei nicht geeignet, den Hochwasserschutz zweckmäßig durchzusetzen, weil sich zahlreiche Eigentümer auf (materiellen) Bestandsschutz berufen könnten, zeigt die Klägerin keine Ermessensfehlerhaftigkeit der an sie gerichteten Beseitigungsanordnung auf. Abgesehen davon sind schon mehrere Verfahren bei dem erkennenden Gericht anhängig, in denen ein solcher Bestandsschutz nicht besteht. Ferner hat die Beklagte schon in der erstinstanzlichen mündlichen Verhandlung am 1. September 2022 auf mehrere Ordnungsverfügungen verwiesen, welche teils bestandskräftig geworden seien; teils sei auch schon mit dem Rückbau begonnen worden. 97

Ebenso ist es nicht zu beanstanden, dass sich die Beklagte für eine Beseitigungsanordnung entschieden hat anstatt lediglich die Nutzung zu (Dauer-) Wohnzwecken zu untersagen. Denn eine ? mangels Bestandsschutzes neu zu bewertende - Errichtung eines Wochenendhauses wäre wegen der entgegenstehenden Festsetzung des Überschwemmungsgebietes nicht genehmigungsfähig. Sie widerspräche dem Verbot nach § 78 Abs. 4 Satz 1 WHG. 98

Konkrete Anhaltspunkte, die ausnahmsweise eine weitergehende Abwägung des „Für und Wider“ der Beseitigungsverfügung zugunsten einer vorübergehenden oder dauerhaften Duldung gebieten würden, folgen vorliegend nicht aus (wohl erheblichen) finanziellen Einbußen der Klägerin. Es ist nicht zu beanstanden, dass die Beklagte die Beseitigung des bauordnungswidrigen Zustands und die aufgrund der Lage im Überschwemmungsgebiet bestehenden Hochwassergefahren höher gewichtet hat als die Interessen der Klägerin, 99

nachdem diese durch die Aufnahme der illegalen Wohnnutzung ein Erlöschen der Baugenehmigung bewirkt hat und sich so selbst in einen (bestands-) schutzlosen Zustand versetzt hat.

2. Auch die von der Ordnungsverfügung einbezogenen „Nebenanlagen“ ? ein „Überdach“ im Anschluss an das Hauptgebäude (Dachfläche ca. 3 m x 2,10 m), ein Gartenhaus (Dachfläche ca. 3 m x 3 m) und ein „Abstellraum“ (Dachfläche ca. 7,60 m x 3,50 m) ? erweisen sich entsprechend vorstehender Erwägungen als materiell illegal und genießen ebenfalls keinen Bestandsschutz. Ob sie auch formell illegal sind, weil sie genehmigungsbedürftig sind, bedarf damit keiner Entscheidung. 100

Dass die angefochtene Beseitigungsverfügung im Anschluss an die Einordnung des Wohngebäudes als „sowohl formell als auch materiell illegal“ ausführt, dies gelte auch für die Nebenanlagen (S. 3 des Bescheids), bzw. erwähnt, die baulichen Anlagen seien „formell und materiell illegal“ (S. 4 des Bescheids), führt nicht auf Ermessensfehler. Die Ordnungsverfügung bietet schon keine Anhaltspunkte dafür, dass die Beklagte ? ggf. unzutreffend ? von der Genehmigungsbedürftigkeit einzelner Nebenanlagen ausgegangen wäre. Vielmehr legt die Beklagte erkennbar lediglich zugrunde, dass die baulichen Anlagen bauaufsichtlich nicht genehmigt seien und damit keine dem Einschreiten entgegenstehende Baugenehmigung vorliege. Auch im Weiteren wird lediglich das (Wohn-) Gebäude als „genehmigungspflichtige bauliche Anlage“ in Bezug genommen (S. 5 des Bescheids). 101

II. Des Weiteren erweist sich die unter Ziffer I. b. getroffene Anordnung, den aufgrund der Durchführung von Ziffer I. a. des Bescheids anfallenden Bauschutt und die Abbruchmaterialien entsprechend den Abfallgesetzen zu entsorgen bzw. vom Grundstück zu entfernen, ebenfalls als rechtmäßig. 102

Vgl. in diesem Zusammenhang OVG NRW, Urteil vom 3. Februar 1994 ? 10 A 1149/91 ? BauR 1994, S. 741, 744; Wenzel, in: Gädtke, BauO NRW, 14. Auflage 2023, § 82, Rn. 11. 103

III. Auch die Zwangsgeldandrohungen in Höhe von jeweils 2.000 Euro begegnen keinen rechtlichen Bedenken. Sie konnten in rechtmäßiger Weise auf die §§ 55 Abs. 1, 57 Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 2, 58, 60 und 63 VwVG NRW gestützt werden. 104

Insbesondere erweist sich die (jeweils) zur Erfüllung der Verpflichtungen bestimmte Frist von acht Monaten nach Eintritt der Bestandskraft als rechtmäßig. 105

Dass diese Frist sprachlich in die Ordnungsverfügungen zu I. a.) bzw. I. b.), also die zu vollstreckenden Anordnungen, aufgenommen wurde, ist unschädlich. Aus dem Bescheid ergibt sich ohne Weiteres, dass die Beklagte diese Frist auch im Hinblick auf die Androhung von Zwangsgeldern als maßgeblich erachtete. 106

Die Frist von acht Monaten nach Eintritt der Bestandskraft ist auch der Länge nach angemessen (§ 63 Abs. 1 Satz 2 VwVG NRW). 107

Es ist mit Blick auf die Größe der vorhandenen Gebäude nichts dafür erkennbar und auch von der Klägerin nicht geltend gemacht, dass die Umsetzung der Anordnungen in tatsächlicher Hinsicht, z. B. vor dem Hintergrund einer erforderlichen Beauftragung Dritter mit der Durchführung von Abrissarbeiten, einer längeren Fristsetzung bedürfte. Mit der Aufgabe des Gebäudes droht auch niemandem eine Wohnungslosigkeit: Die Klägerin selbst hat ihren Wohnsitz schon im Jahr 2019 in H. genommen, ihre Mieter nutzen es nach eigenem Bekunden lediglich in der Freizeit als Wochenendhaus. 108

Der Vollstreckung, die mit der Androhung des Zwangsmittels beginnt, steht auch kein Vollstreckungshindernis entgegen. Ein solches folgt nicht daraus, dass die Klägerin die streitgegenständlichen baulichen Anlagen vermietet hat, gegen die Mieter bisher aber keine Duldungsverfügung erlassen, sondern eine solche lediglich für den Fall angekündigt wurde, dass die Mieter ihr Einverständnis nicht erklärten. 109

Stehen Rechte Dritter der Vollstreckung einer Ordnungsverfügung entgegen, muss die Ordnungsbehörde den Erlass einer Duldungsverfügung gegen den Dritten erwägen, um die Ordnungspflicht durchsetzen zu können. Allerdings kann eine Duldungsverfügung unterbleiben, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Dritte gegen die Vollstreckung keine Einwände erheben wird. Eine Duldungsverfügung darf nicht rein vorsorglich ausgesprochen werden. Es bedarf ihrer erst dann, wenn das Vollstreckungshindernis in Wahrheit besteht. 110

Vgl. OVG NRW, Beschlüsse vom 26. Juli 2019 ? 7 B 505/19 ?, juris Rn. 12, und vom 22. November 2013 ? 2 A 923/13 ?, juris Rn. 17 ff., m. w. N., sowie Urteil vom 9. Juli 1992 ? 10 A 1478/89 ?, juris Rn. 21; OVG Rhld.-Pf., Beschluss vom 8. Dezember 2003 ? 8 B 11827/03 ?, juris Rn. 6; Kuznik, in: Brandt/Domgörgen, Handbuch Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, 5. Auflage 2023, Abschnitt E, Rn. 58. 111

Hier steht nicht zu erwarten, dass die Mieter die Durchsetzung insbesondere der Beseitigungsverfügung zu verhindern suchen werden, denn sie haben den zunächst beabsichtigten Erwerb des Grundstücks ? angesichts des anhängigen Verfahrens ? zurückgestellt und sich lediglich zur Miete entschlossen (vgl. schon Schriftsatz vom 9. Oktober 2019). Dem ist auch die Klägerin in der mündlichen Verhandlung nicht entgegengetreten. 112

Auch gegen die Höhe der angedrohten Zwangsgelder ist nichts zu erinnern. 113

Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 VwGO. 114

Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus § 167 VwGO in Verbindung mit den §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 115

Die Revision ist nicht zuzulassen, weil die Voraussetzungen des § 132 Abs. 2 VwGO nicht vorliegen. 116

Justiz NRW
Rechtsprechungsdatenbank ONLINE