



© 2007 Google™

Image © 2008 AeroWest

© 2008 Tele Atlas

Zeiger 53°38'56.47" N 9°54'56.45" O Höhe 11 m Übertragung ||||| 100% Sichthöhe 101 m

### **Frist zur Einlegung einer Anschlussberufung; bauaufsichtliches Einschreiten gegen illegales Vorhaben**

**1. Wird die Berufungsbegründung des Rechtsmittelführers dem Rechtsmittelgegner nicht förmlich gemäß § 57 Abs. 1 VwGO zugestellt, ist eine Anschlussberufung des Rechtsmittelgegners auch zulässig, wenn bei deren Einlegung die Monatsfrist des § 127 Abs. 2 Satz 2 VwGO nicht gewahrt ist.**

**2. Beim Erlass einer bauaufsichtlichen Beseitigungsanordnung ist es grundsätzlich nicht Sache der einschreitenden Behörde, eingehende Überlegungen darüber anzustellen, ob dem rechtswidrigen Zustand vielleicht durch den Betroffenen minder belastende Änderungsmöglichkeiten abgeholfen werden kann. Zur Wahrung der Interessen des Betroffenen reicht es aus, dass die Behörde am Erlass einer Beseitigungsanordnung nicht festhalten darf, wenn dieser ein von ihm als milder empfundenenes, zur Beseitigung des rechtswidrigen Zustands ebenfalls geeignetes Mittel konkret anbietet.**

**3. Werden bauliche Anlagen im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften errichtet und scheidet eine Legalisierung durch die Erteilung einer Befreiung aus, folgt aus dem Zweck des der Bauaufsichtsbehörde durch § 76 Abs. 1 Satz 1 HBauO eröffneten Ermessens, dass diese in der Regel einzuschreiten hat. Dies gilt insbesondere, wenn eine Verletzung bundesrechtlicher Regelungen vorliegt.**

**4. Bei einer Verletzung des nachbarrechtlichen Gebietserhaltungsanspruchs rechtfertigt es der Umstand, dass Eigentümer benachbarter Grundstücke in der Nutzung ihres Grundstücks tatsächlich nicht beeinträchtigt werden, grundsätzlich nicht, von einem bauaufsichtlichen Einschreiten abzusehen und lediglich weitere, nach ihrer Art unzulässige Nutzungen im Baugebiet zukünftig nicht (mehr) zuzulassen.**

Hamburgisches Oberverwaltungsgericht 2. Senat, Urteil vom 11.11.2009, 2 Bf 201/06

§ 76 Abs 1 BauO HA, § 127 Abs 2 VwGO

#### **Tenor**

Auf die Berufungen der Beklagten und der Beigeladenen sowie auf die Anschlussberufung des Klägers wird das aufgrund mündlicher Verhandlung vom 17. Mai 2006 ergangene Urteil des Verwaltungsgerichts Hamburg geändert:

Die Beklagte wird unter Aufhebung ihres Bescheides vom 30. September 2004 und des Widerspruchsbescheides vom 29. Dezember 2005 verpflichtet, eine Beseitigungsanordnung zu erlassen, in der der vollständige Abriss der Schwimmhalle einschließlich des Schwimmbeckens und der übrigen Einrichtungen auf dem Grundstück G.-Weg 31a/b und 33a (Flurstück 1 ) angeordnet wird.

Die Beklagte und die Beigeladenen tragen die Kosten des gesamten Verfahrens.

Das Urteil ist hinsichtlich der Kosten des gesamten Verfahrens vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte und die Beigeladenen dürfen die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe der aufgrund des Urteils vollstreckbaren Kosten abwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe der zu vollstreckenden Kosten leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

**Tatbestand**

- 1 Der Kläger begehrt als Nachbar die Verpflichtung der Beklagten zum Erlass einer Beseitigungsanordnung gerichtet auf den Abriss einer Schwimmhalle, die den Beigeladenen gehört (e) bzw. von ihnen genutzt worden ist.
- 2 Der Kläger ist Eigentümer des mit einem Wohnhaus bebauten Grundstücks G.-Weg 36. Der Beigeladene zu 3. war ursprünglich Eigentümer des schräg gegenüberliegenden Grundstücks G.-Weg 31a/b (Flurstück 1 ) und 33a (Flurstück 2 ), das insgesamt 2.330 m<sup>2</sup> groß ist. Das Flurstück 2 ist mit einem älteren Einfamilienhaus bebaut, das eine Grundfläche von ca. 145 m<sup>2</sup> hat (nebst Geräte- und Garagenhaus). Die Beklagte genehmigte dem Beigeladenen zu 3. mit Baugenehmigungsbescheid vom 26. März 1996 zusätzlich die Errichtung eines Doppelhauses und der im Hintergarten gelegenen streitgegenständlichen Schwimmhalle. Das auf dem Flurstück 1 errichtete Doppelhaus hat eine Grundfläche von ca. 200 m<sup>2</sup>. Die auf beiden Flurstücken errichtete Schwimmhalle hat eine Grundfläche von 171 m<sup>2</sup>. Sie ist 16 m lang und 13 m breit, weist eine Außenwandhöhe von 3,20 m und eine Gesamthöhe von 5,15 m auf. Sie ist mit einem 50 m<sup>2</sup> großen Schwimmbecken, einem Whirlpool, einer Sauna und einer Dusch- und Umkleidekabine ausgestattet. Der Beigeladene zu 3. teilte mit notarieller Urkunde vom 11. Februar 1997 das Eigentum an dem Grundstück in drei Miteigentumsanteile in der Weise auf, dass mit jedem Grundstücksanteil das Sondereigentum an bestimmten Raumeinheiten verbunden ist. Dabei wurden dem Miteigentumsanteil von  $\frac{3}{4}$  das Einfamilienhaus und die Schwimmhalle als Sondereigentum mit Sondernutzungsrecht zugeordnet. Diesen Miteigentumsanteil erwarb der Beigeladene zu 2. am 17. Juli 1997 durch Eintragung in das Grundbuch. Im Mai bzw. Dezember 2002 verlor der Beigeladene zu 3. auch die beiden Miteigentumsanteile an dem Doppelhaus. Die Beigeladene zu 4. ist seit September 2003 Mieterin des Einfamilienhauses G.-Weg 33a. Der Beigeladene zu 1. ist der Ehemann der Beigeladenen zu 4., der mit ihr dieses Haus bewohnt. Die streitbefangenen Grundstücke liegen im Geltungsbereich des Baustufenplans Niendorf/Lokstedt/Schnelsen vom 11. Juni 1951 (Amtl. Anz. S. 893), geändert am 16. Dezember 1952 (Amtl. Anz. S. 1080), erneut festgestellt durch Verordnung vom 14. Januar 1955 (Amtl. Anz. S. 62), der sie als Kleinsiedlungsgebiet i.S.v. § 10 Abs. 4 der Baupolizeiverordnung vom 8. Juni 1938 ausweist. Die am G.-Weg gelegenen Grundstücke sind mit ihren Schmalseiten zur Straße gerichtet und im vorderen Teil mit Wohnhäusern bebaut. Die Wohngebäude dienen sämtlich dem Wohnen; teilweise werden sie daneben für freiberufliche Tätigkeiten genutzt. Die hinteren Grundstücksteile beiderseits der Straße sind bis auf einige Nebengebäude frei von Bebauung.
- 3 Gegen die Baugenehmigung vom 26. März 1996 legte der Kläger insgesamt Widerspruch ein und beantragte zudem den Erlass einer Beseitigungsanordnung. Nach der Zurückweisung des Widerspruchs erhob er am 18. Oktober 1996 beim Verwaltungsgericht Anfechtungsklage (12 VG 6246/96). Nachdem das Berufungsgericht im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes mit Beschluss vom 13. Juni 1997 (Bs II 12/97) die Rechtsauffassung geäußert hatte, die genehmigte Schwimmhalle stelle eine Anlage für sportliche Zwecke dar, erteilte die Beklagte dem Beigeladenen zu 3. unter dem 18. September 1997 eine weitere Baugenehmigung für die Errichtung der seinerzeit im Bau schon weit fortgeschrittenen Schwimmhalle. Die Beklagte legte dabei zugrunde, dass die Ausweisung als Kleinsiedlungsgebiet obsolet geworden sei, und erteilte nach § 31 Abs. 1 BauGB eine Ausnahme für die Schwimmhalle als Anlage für sportliche Zwecke im unbeplanten Innenbereich. Im Übrigen enthielt der Bescheid den Hinweis, dass er in Bezug auf die Schwimmhalle den Baugenehmigungsbescheid vom 26. März 1996 ersetze. Gegen diesen Bescheid erhob der Kläger am 15. Oktober 1998 beim Verwaltungsgericht Untätigkeitsklage (12 VG 5429/98), die er nach Zurückweisung seines Widerspruchs aufrecht erhielt. Das Verwaltungsgericht verband das Klageverfahren durch Beschluss mit dem Verfahren zur ursprünglichen Klage vom 18. Oktober 1996. Mit Urteil vom 29. August 2000 hob es den Baugenehmigungsbescheid vom 26. März 1996 - soweit er die Schwimmhalle betrifft - und den Baugenehmigungsbescheid für die Schwimmhalle vom 18. September 1997 auf. Außerdem verpflichtete es die Beklagte, den Antrag des Klägers auf Erlass einer Anordnung zur Beseitigung erneut zu bescheiden. Der Baustufenplan

sei für die betroffenen Grundstücke funktionslos geworden, so dass sich die Zulässigkeit des Vorhabens nach § 34 Abs. 2 BauGB i.V.m. § 3 Abs. 3 Nr. 2 BauNVO richte. Die Schwimmhalle sei nicht als Anlage für sportliche Zwecke genehmigungsfähig.

- 4 Auf die zugelassenen Berufungen der Beklagten und des Beigeladenen zu 3. wies das Berufungsgericht die Klage mit Urteil vom 30. Juli 2003 (HmbJVBl. 2005, 9 ff.) in vollem Umfang ab und stellte im Ergebnis darauf ab, dass die Schwimmhalle nicht alle objektivrechtlichen Voraussetzungen des § 14 BauNVO erfülle. Zwar sei sie ihrer Funktion nach als untergeordnete Nebenanlage eines Wohngebäudes anzusehen, von ihrer Größe her fehle es ihr aber an der räumlich-gegenständlichen Unterordnung im Verhältnis zur Wohnnutzung. Allein wegen der zu großen Dimensionierung stünden dem Kläger die Abwehrrechte aus § 34 BauGB i.V.m. § 14 BauNVO indes nicht zu. Baugebietsfestsetzungen beträfen nach der Systematik der Baunutzungsverordnung nur die Art der baulichen Nutzung. Die Dimensionierung von Gebäuden werde hingegen von den - regelmäßig nicht nachbarschützenden - Vorschriften zum Maß der baulichen Nutzung erfasst. Dies gelte auch bei Nebenanlagen.
- 5 Auf die vom Berufungsgericht zugelassene Revision des Klägers hob das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil vom 28. April 2004 (Buchholz 406.12 § 3 BauNVO Nr. 15) das Urteil des Berufungsgerichts vom 30. Juli 2003 auf und wies die Berufungen der Beklagten und des Beigeladenen zu 3. gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts vom 29. August 2000 zurück: Das Verwaltungsgericht habe der Nachbarklage zu Recht stattgegeben, denn die für die Schwimmhalle erteilten Baugenehmigungen seien rechtswidrig und verletzen den Kläger in seinen Rechten. Auf der Grundlage der Feststellungen des Berufungsgerichts, wonach die Festsetzung „Kleinsiedlungsgebiet“ funktionslos geworden ist und die Eigenart der näheren Umgebung einem reinen Wohngebiet entspricht, beurteilte das Revisionsgericht die Zulässigkeit des Bauvorhabens nach § 34 Abs. 2 BauGB. Dabei stellte es fest, dass es sich bei der Schwimmhalle nicht um eine Anlage für sportliche Zwecke nach § 3 Abs. 3 Nr. 2 BauNVO handele. Die Halle sei auch nicht als Wohngebäude i.S.v. § 3 Abs. 2 BauNVO genehmigungsfähig. Sie sei vielmehr als Zubehör zum eigentlichen Wohnhaus einzuordnen, so dass sich ihre Zulässigkeit als Nebenanlage i.S.v. § 14 BauNVO beurteile. Danach sei die Schwimmhalle ihrer Art nach unzulässig, da sie das Merkmal der Unterordnung nicht einhalte. Hierzu gehöre insbesondere, dass sie nicht nur in ihrer Funktion, sondern auch räumlich-gegenständlich dem primären Nutzungszweck der in dem Baugebiet gelegenen Grundstücke sowie der diesem Nutzungszweck entsprechenden Bebauung dienend zugeordnet und untergeordnet sei. Ein Nebengebäude, das nach Größe und äußerer Erscheinungsform eher einem weiteren Wohngebäude gleiche, erfülle unter dem Gesichtspunkt des Gesamteindrucks nicht das Merkmal der Unterordnung. Dasselbe gelte, wenn man als Maßzahlen die jeweiligen Grundflächen miteinander vergleiche. Die 16 m lange und 13 m breite Schwimmhalle habe eine Grundfläche von  $171 \text{ m}^2$  und erreiche somit nahezu die Größenordnung des 16 m langen und 11 m breiten Wohnhauses, das eine Grundfläche von  $200 \text{ m}^2$  aufweise. Dem Kläger stehe auch ein subjektives nachbarliches Abwehrrecht zu, da die Vorschrift des § 14 BauNVO allein die Art der zulässigen Nutzung betreffe. Als Vorschrift zur Art der baulichen Nutzung gewähre § 14 BauNVO dem Nachbarn unabhängig von tatsächlichen Beeinträchtigungen ein Abwehrrecht in Gestalt eines Gebietserhaltungsanspruchs. An diesem Nachbarschutz nehme der Kläger teil, dessen Grundstück schräg gegenüber auf der anderen Seite des G.-Wegs liege. Folgerichtig habe das Verwaltungsgericht die Beklagte ferner verpflichtet, über den Antrag des Klägers auf Erlass einer Anordnung zur Beseitigung der Schwimmhalle erneut zu entscheiden.
- 6 Auf der Grundlage dieses Revisionsurteils lehnte die Beklagte mit Bescheid vom 30. September 2004 den Antrag des Klägers auf Erlass einer Beseitigungsanordnung ab. Hiergegen erhob er mit Schreiben vom 12. Oktober 2004 Widerspruch, der von ihm mit Schreiben vom 4. Februar 2005 begründet wurde. Dabei berief er sich darauf, dass die Beklagte aufgrund ihrer Mitverantwortung für die Herbeiführung des baurechtswidrigen Zustandes nun das ihr Mögliche für dessen Beseitigung zu veranlassen habe. Von daher sei ihr Ermessen auf Null reduziert. Nachdem der Kläger erfolglos den Erlass eines Widerspruchsbescheides angemahnt hatte, hat er am 19. Mai 2005 beim

Verwaltungsgericht Untätigkeitsklage erhoben.

- 7 Mit Bescheid vom 29. Dezember 2005 wies die Beklagte den Widerspruch zurück. Zur Begründung heißt es in dem Widerspruchsbescheid, der Kläger habe gemäß § 76 Abs. 1 HBauO keinen Anspruch auf Erlass einer Beseitigungsanordnung. Das ihr eingeräumte Entschließungsermessen sei nicht auf Null reduziert. Selbst ein Verstoß gegen nachbarschützendes Baurecht und die Aufhebung der dem Bauvorhaben zugrundeliegenden Baugenehmigung habe nicht die Verpflichtung der Bauaufsichtsbehörde zur Folge, unabhängig von Ausmaß und Schwere des Rechtsverstoßes und der wirtschaftlichen Folgewirkungen in jedem Fall einzuschreiten. Vielmehr verbleibe auch in diesen Fällen ein Spielraum bei der Ausübung des Ermessens, in dem die Besonderheiten des Einzelfalles zu berücksichtigen und die auftretenden Belange gegen- und miteinander abzuwägen seien. Zwar könne im Einzelfall das grundsätzlich bestehende Ermessen so reduziert sein, dass nur die Entscheidung für ein Einschreiten rechtmäßig sei. Eine solche Ermessensreduzierung ergebe sich vor allem bei hoher Intensität der Störung oder Gefährdung von Rechtsgütern, die unter Nachbarschutz stünden (unter Hinweis auf BVerwG, Urt. v. 18.8.1960, BVerwGE 11, 95 ff.), oder in besonders schweren Gefahrenfällen. Unter diese besonders schwerwiegenden Fälle seien auch unzumutbare Beeinträchtigungen zu subsumieren. Es sei jedoch anerkannt, dass ein Einschreiten ermessensfehlerfrei abgelehnt werden dürfe, wenn der baurechtswidrige Zustand die „Schädlichkeitsgrenze“ nicht erreiche. Dies sei hier anzunehmen: Von der Schwimmhalle gingen weder Gefahren für Leib und Leben des Klägers aus, noch sei ein sonstiger besonders schwerer Gefahrenfall bzw. die Gefährdung von nachbarschützenden Rechtsgütern ersichtlich. Das Eigentum des Klägers werde durch die Existenz der Schwimmhalle nicht gefährdet. Die erteilten Baugenehmigungen verletzten ihn vielmehr in seinem nachbarlichen Gebietserhaltungsanspruch. Darüber hinaus sei keine besonders hohe Störintensität der Schwimmhalle in Bezug auf das Grundstück des Klägers und dessen Nutzung erkennbar. Von der Schwimmhalle oder ihrer Nutzung als solche gingen keine Lärmbeeinträchtigungen aus. Das auf dem rückwärtigen Grundstücksteil befindliche Schwimmhallegebäude sei für den Kläger von seinem Grundstück aus nicht bzw. kaum sichtbar. Im Zusammenhang mit dem Grundsatz der Effektivität des Nachbarrechtsschutzes sei zwar zu Gunsten des Klägers die sie treffende Folgenbeseitigungslast zu berücksichtigen. Im Gegenzug sei aber zu Gunsten der Beigeladenen zu 2. und 3. einzustellen, dass das Bauvorhaben auf der Grundlage von zwei Baugenehmigungen errichtet worden und somit mehr Vertrauensschutz gegeben sei als bei einem „Schwarzbau“. Allerdings ergebe sich eine Beschränkung des Vertrauensschutzes aufgrund des vom Kläger bereits frühzeitig erhobenen Widerspruchs und der seinerzeit durchgeführten gerichtlichen Eilverfahren. Andererseits sei zu berücksichtigen, dass spürbare Beeinträchtigungen des Klägers durch das Bauvorhaben tatsächlich nicht gegeben seien. Zwar bestehe der verletzte Gebietserhaltungsanspruch unabhängig von tatsächlichen Beeinträchtigungen. Im Rahmen der Ausübung des Ermessens bezüglich der Beseitigungsanordnung sei aber durchaus zu beachten, ob tatsächliche Beeinträchtigungen für den Nachbarn von dem Vorhaben ausgingen. Im Übrigen sei zu berücksichtigen, dass der Gebietserhaltungsanspruch des Klägers dadurch sichergestellt werde, dass das Bezirksamt E. keine weiteren Gebäude dieser Größe, die nicht zu Wohnzwecken genutzt werden sollen, genehmigen werde, so dass aufgrund der Selbstbindung der Verwaltung eine Veränderung des Gebietscharakters ausgeschlossen sei. Damit sei eine wesentliche Beeinträchtigung des Klägers in seinem Eigentum ausgeschlossen. Auch ein Teilabriss der Schwimmhalle sei erwogen worden. Dieser komme aber aus statischen Gründen nicht in Betracht. Das Dach der Halle ruhe auf den Außenwänden. Eine weitere Abstützung des Hallendachs durch einen Stützpfeiler oder Ähnliches sei nicht vorhanden. Das Dach laufe über der Mitte der Halle zeltartig zu. Ein Teilabriss der Halle käme damit einer vollständigen Beseitigung gleich. Zudem sei erwogen worden, ob bei vollständiger Beseitigung der Halle ein Belassen bloß des Schwimmbeckens angemessen erscheine. Ein offenes Becken würde jedoch zu größeren Lärmimmissionen führen als eine Halle. Nach Abwägung der verschiedenen Interessen erscheine es ermessensgerecht, die Beseitigung nicht anzuordnen.
- 8 Sodann hat der Kläger seine Klage als Verpflichtungsklage fortgeführt.

Der Kläger hat beantragt,

10 den Bescheid vom 30. September 2004 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 29. Dezember 2005 aufzuheben und die Beklagte zu verpflichten, eine sofort vollziehbare Beseitigungsanordnung für die Schwimmhalle einschließlich des Schwimmbeckens und der übrigen Einrichtungen auf dem hinteren Teil der Grundstücke G.-Weg Nr. 31a/b und 33a in Hamburg zu erlassen.

11 Die Beklagte und die Beigeladenen haben jeweils beantragt,

12 die Klage abzuweisen.

13 Das Verwaltungsgericht hat die Beklagte mit Urteil aufgrund mündlicher Verhandlung vom 17. Mai 2006 verpflichtet, gegen die bauliche Anlage auf dem hinteren Teil der Grundstücke G.-Weg Nr. 31a/b und 33a dadurch einzuschreiten, dass sie gegenüber dem Verfügungsberechtigten des Grundstücks G.-Weg Nr. 33a sofort vollziehbar anordnet, die bestehende bauliche Anlage - sofern sie nicht vollständig oder bis auf das Schwimmbecken abgerissen wird - dahin umzugestalten, dass eine verbleibende Halle hinsichtlich ihrer Außenmaße eine Grundfläche von max. 80 m<sup>2</sup> und eine Höhe von max. 3,40 m nicht überschreiten darf. Im Übrigen hat das Verwaltungsgericht die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat das Gericht im Wesentlichen ausgeführt: Die Entscheidung stehe gemäß § 76 Abs. 1 Satz 1 HBauO im pflichtgemäßen Ermessen der Beklagten. Hierbei handele es sich aber um ein sog. intendiertes Ermessen, das nach Sinn und Zweck der Vorschrift in der Regel ein Einschreiten gegen baurechtswidrige Zustände erfordere und zugleich rechtfertige. Etwas anderes komme nur dann in Betracht, wenn ganz bestimmte konkrete Anhaltspunkte für ein Absehen von dieser Regel vorlägen. Handele es sich - wie hier - um einen baurechtswidrigen Zustand, den die Beklagte selbst durch die Erteilung einer rechtswidrigen Baugenehmigung mit herbeigeführt habe, werde dieses Regel-Ausnahme-Verhältnis noch weiter verengt und nähere sich einem Anspruch auf Einschreiten an. Diese Begrenzungen ihres Ermessens habe die Beklagte nicht erkannt. Schwerpunkt ihrer Überlegungen sei es gewesen, den Beigeladenen Vertrauensschutz zu gewähren, weil es sich nicht um einen „Schwarzbau“, sondern um einen genehmigten Bau gehandelt habe und dass der Kläger keine tatsächlichen Nachteile erleide, wenn der Abriss der Schwimmhalle nicht verfügt werde. Damit habe die Beklagte das Regel-Ausnahme-Verhältnis praktisch umgekehrt. Anhaltspunkte, die die Annahme eines Ausnahmefalles rechtfertigten, fehlten jedoch. Die eingetretene Rechtsverletzung habe ganz erhebliches Gewicht: Der Gebietserhaltungsanspruch sei eines der aus Art. 14 GG hergeleiteten grundlegenden Nachbarrechte. Anders als beim Rücksichtnahmegebot sei das Bestehen eines Abwehranspruchs nicht an das Vorliegen tatsächlicher Beeinträchtigungen geknüpft. Eine Ausnahme könne deshalb nicht aus dem bloßen Umstand hergeleitet werden, dass von der Schwimmhalle Störungen tatsächlicher Art für den Kläger nicht ausgingen. Die Absicht der Beklagten, weitere Verstöße gegen den Gebietserhaltungsanspruch nicht mehr zuzulassen, rechtfertige die Annahme eines Ausnahmefalles schon deshalb nicht, weil die bereits eingetretene Verletzung dieses Anspruchs von ihr in keiner Weise gewichtet werde. Der Anspruch des Klägers auf Einschreiten ende allerdings dort, wo die Schwimmhalle als untergeordnete Nebenanlage gemäß § 14 Abs. 1 BauNVO zulässig sei. Dass die vorhandene Anlage bautechnisch ohne weiteres teilbar sei, ergebe sich daraus, dass sie sich aus einzelnen Teilen zusammensetze, die sich zwar gegenseitig ergänzten, die aber nicht unbedingt vorhanden sein müssten, um die wesentliche Funktion, die der Bauherr mit der Errichtung dieser Anlage habe sicherstellen wollen, zu gewährleisten. Mit der im Urteil ausgesprochenen Begrenzung des Beseitigungsanspruchs werde diesem Gesichtspunkt Rechnung getragen.

14 Am 7. Juli 2006 haben die Beklagte und die Beigeladenen die Zulassung der Berufung beantragt. Mit Beschluss vom 25. April 2008, der Beklagten und den Beigeladenen jeweils am 2. Mai 2008 zugestellt, hat der Senat die Berufungen zugelassen.

15 Mit ihrer am 20. Mai 2008 eingegangenen Berufungsbegründung trägt die Beklagte vor, das Verwaltungsgericht habe seine Entscheidungskompetenz überschritten. Obwohl es in den Gründen

angenommen habe, dass die Entscheidung über das Einschreiten in ihrem Ermessen liege, also kein Fall einer Ermessensreduzierung auf Null vorliege, habe es sie dennoch zum Erlass eines konkreten Verwaltungsaktes verpflichtet. Bei unterstellter Annahme eines Ermessensfehlers sei aber nur ein Bescheidungsurteil zulässig. Das Verwaltungsgericht habe auch zu Unrecht angenommen, dass die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 76 Abs. 1 Satz 1 HBauO erfüllt seien. Denn es fehle an der formellen Rechtswidrigkeit des Vorhabens, da die erteilte Baugenehmigung vom 18. September 1997 weiterhin bestehe. Das sie aufhebende Urteil sei unwirksam, weil seinerzeit die notwendige Beiladung des Beigeladenen zu 2. unterblieben sei. Durch Eintragung in das Grundbuch sei dieser am 17. Juli 1997 zu einem Anteil von  $\frac{3}{4}$  Miteigentümer nach dem Wohnungseigentumsgesetz geworden. Der Eigentümerwechsel sei somit vor Erlass der Baugenehmigung und vor Erhebung der gegen sie gerichteten Klage erfolgt. Der Beigeladene zu 2. sei mithin nicht Rechtsnachfolger während der Rechtshängigkeit des Klageverfahrens geworden, so dass hierauf eine Rechtskrafterstreckung des Urteils zu seinen Lasten nicht gestützt werden könne. Daran ändere die vom Verwaltungsgericht dargelegte „dingliche Wirkung“ der Aufhebung einer Baugenehmigung nichts. Des Weiteren handle es sich bei dem ihr gemäß § 76 Abs. 1 Satz 1 HBauO eingeräumten Ermessen nicht um ein sog. intendiertes Ermessen. Dies ergebe sich bereits aus dem Wortlaut der Vorschrift. Wie im Allgemeinen Ordnungsrecht solle der Verwaltung auch im Bauordnungsrecht ein flexibles Reagieren im Einzelfall ermöglicht werden. Von einem freien Ermessen werde auch in der obergerichtlichen Rechtsprechung ausgegangen (unter Hinweis auf OVG Lüneburg, Beschl. v. 10.2.2003, 1 LA 52/02, juris). Dieses freie Ermessen habe sie fehlerfrei ausgeübt. Sie habe nicht verkannt, dass grundsätzlich die Herstellung rechtmäßiger Zustände im Mittelpunkt der Überlegungen zu stehen habe. Die zu berücksichtigenden gegenläufigen Interessen habe sie umfassend erörtert. Das Verlangen des Klägers, die Schwimmhalle zu beseitigen, betreffe einen atypischen Fall, bei dem es allein um die Durchsetzung eines abstrakten Rechtsprinzips, aber nicht um die Abwehr von konkreten Beeinträchtigungen gehe. Diese seien zwar für den Gebietserhaltsanspruch nicht erforderlich, aber vorauszusetzen für einen Anspruch des Nachbarn auf Erlass einer baurechtlichen Beseitigungsanordnung. Außerdem liege nicht ein „klassischer Fall“ der Verletzung des Gebietserhaltsanspruchs vor, bei dem bereits die Nutzung bzw. die Funktion der Anlage zu einer Rechtsverletzung führe. Die Unzulässigkeit der Halle als Nebenanlage ergebe sich vielmehr erst aus einer räumlich-gegenständlichen Betrachtung. Gegen ein Wohnhaus in der streitigen Größe könnte sich der Kläger selbst dann nicht mit Erfolg wehren, wenn darin ein entsprechendes Schwimmbecken integriert wäre. Selbst bei der Annahme intendierten Ermessens liege ein Ausnahmefall vor, der es rechtfertige, von einer Beseitigungsanordnung abzusehen. Das Verwaltungsgericht habe des Weiteren außer Acht gelassen, dass die Beigeladenen insoweit Vertrauensschutz genießen, als es sich bei der Schwimmhalle nicht um einen Schwarzbau handle, sondern sie auf der Grundlage von Baugenehmigungen errichtet worden sei, die sogar durch obergerichtliche Entscheidungen gestützt worden seien. Der tenorierte Verpflichtungsausspruch verstoße daher gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Bei der Beurteilung der räumlich-gegenständlichen Unterordnung der Schwimmhalle sei das Verwaltungsgericht von einem unzutreffenden Maßstab ausgegangen. Heranzuziehen sei nicht lediglich das Grundstück G.-Weg 33a und das dortige Einfamilienhaus, sondern auch das Grundstück G.-Weg 31a/b mit dem dortigen Doppelhaus. Hingegen seien die Möglichkeiten für eine Verkleinerung des Baukörpers in dem angefochtenen Bescheid ausreichend erörtert worden. Die Umwandlung in einen Flachbau werde ausscheiden, da das Bundesverwaltungsgericht bereits in seinem Urteil vom 28. April 2004 deutlich gemacht habe, dass die Schwimmhalle in der Grundfläche zu reduzieren sei. Eine Reduzierung der Grundfläche mache aber eine vollständig neue Dachkonstruktion erforderlich, da das bisherige zeltartige Dach auf den Außenwänden des fünfeckigen Baukörpers ruhe. Die Reduzierung der Außenwände und der Ab- bzw. Neubau des Daches komme einem vollständigen Abriss gleich oder doch jedenfalls nahe.

16 Die Beklagte und die Beigeladenen beantragen,

17 das Urteil des Verwaltungsgerichts Hamburg aufgrund mündlicher Verhandlung vom 17.

Mai 2006 zu ändern, soweit das Verwaltungsgericht eine Verpflichtung der Beklagten zum Erlass einer Beseitigungsanordnung ausgesprochen hat, und die Klage insgesamt abzuweisen.

18 Der Kläger beantragt,

19 die Berufungen der Beklagten und der Beigeladenen zurückzuweisen,

20 und für den Fall eines Erfolgs der Berufungen,

21 eine Beseitigungsanordnung für die Schwimmhalle einschließlich des Schwimmbeckens und der übrigen Einrichtungen auf dem hinteren Teil des Grundstücks G.-Weg Nr. 31 a/b und 33a zu erlassen.

22 Er trägt mit der am 25. August 2008 ergangenen Berufungserwiderung vor, das Verwaltungsgericht habe zu Recht festgestellt, dass § 76 Abs. 1 Satz 1 HBauO der Behörde ein sog. intendiertes Ermessen einräume. In den Fällen, in denen bauliche Anlagen im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften, insbesondere unter Verletzung eines (bauplanungsrechtlichen) nachbarschützenden Abwehranspruchs, errichtet worden seien und auch nachträglich nicht legalisiert werden könnten, sei das bauaufsichtliche Einschreiten die Regel, es sei denn, es handle sich um eine atypische Fallkonstellation. Aus Gründen der Effektivität des Nachbarrechtsschutzes liege grundsätzlich eine Ermessensreduzierung auf Null vor. Diesen Grundsätzen sei das Berufungsgericht in seinem in dieser Sache bereits ergangenen Beschluss vom 20. April 2005 (2 Bs 42/05) zur einstweiligen Nutzungsuntersagung gefolgt. Zwischenzeitlich sei auch geklärt, dass auf andere Weise keine rechtmäßigen Zustände herbeigeführt werden könnten, weil weder ein Umbau der Schwimmhalle in ein Wohnhaus noch eine Duldung in Betracht kämen. Seine Nachbarrechte seien verletzt, da er unabhängig von tatsächlichen Beeinträchtigungen einen Anspruch auf Bewahrung der festgesetzten Gebietsart habe. Die Schwimmhalle störe das nachbarliche Austauschverhältnis und mit ihr werde eine Verfremdung des Gebietes eingeleitet. Das Verwaltungsgericht habe richtig erkannt, dass die bei einem Abbruch oder Rückbau der Halle zu erwartenden finanziellen Verluste der Beigeladenen grundsätzlich nicht geeignet seien, einen Ausnahmefall darzutun. Den Beigeladenen komme insoweit schon deshalb kein Vertrauensschutz zu, da der Beigeladene zu 3. das Investitionsrisiko trotz der laufenden Rechtsstreitigkeiten um die Rechtmäßigkeit der erteilten Baugenehmigungen bewusst eingegangen sei. Ebenso wenig komme es auf die Frage an, ob er - der Kläger - durch die Schwimmhalle mehr oder weniger beeinträchtigt werde. Auf die fehlende Beiladung des Beigeladenen zu 2. könne es nicht ankommen, da der Beigeladene zu 3. der Bauaufsichtsbehörde den Eigentümerwechsel gemäß § 54 Abs. 1 HBauO hätte anzeigen müssen. Konsequenterweise hätte das Verwaltungsgericht aber den gesamten Abriss der Schwimmhalle anordnen müssen. Die Art der baulichen Nutzung bleibe auch bei einem teilweisen Rückbau unzulässig, weil der optische Gesamteindruck als separate Schwimmhalle bestehen bleibe und sie in jedem Fall eine unzulässige bauliche Nutzung sei. Wenn ihr Rückbau bautechnisch unmöglich sei, so sei auch aus diesem Grunde der Gesamtabriss anzuordnen.

23 Die Beklagte und die Beigeladenen beantragen übereinstimmend ergänzend,

24 die Anschlussberufung des Klägers zurückzuweisen.

25 Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die gewechselten Schriftsätze und den Inhalt der Sachakte der Beklagten für das Grundstück G.-Weg 31 a/b und 33a Bezug genommen, die Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen ist.

### **Entscheidungsgründe**

26 Die Berufungen der Beklagten und der Beigeladenen (dazu I.) haben ebenso Erfolg, wie die bedingte Anschlussberufung des Klägers (dazu II.), so dass der Kläger im Ergebnis mit seinem Verpflichtungsbegehren gegen die Beklagte auf Erlass einer bauaufsichtlichen



Beseitigungsanordnung gemäß § 113 Abs. 5 Satz 1 VwGO durchdringt.

I.

- 27 Die zulässigen Berufungen der Beklagten und der Beigeladenen haben Erfolg, weil das Verwaltungsgericht zu Unrecht angenommen hat, dass der Kläger gegen die Beklagte einen Anspruch auf den Teilabriss der Schwimmhalle hat.
- 28 Die Beklagte darf die über die Schwimmhalle Verfügungsberechtigten nicht dazu verpflichten, diese bauliche Anlage teilweise zu beseitigen, indem sie diese auf die von dem Verwaltungsgericht festgelegten Höchstmaße verkleinern. Im Ausgangspunkt ist es zwar zutreffend, dass gemäß § 76 Abs. 1 Satz 1 HBauO eine Beseitigungsanordnung nur ergehen darf, „wenn nicht auf andere Weise rechtmäßige Zustände hergestellt werden können“. Dies kann ausdrücklich auch in der Weise geschehen, dass eine bauliche Anlage nur teilweise beseitigt werden muss. Mit diesen Voraussetzungen nimmt die Hamburgische Bauordnung eine Forderung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes auf, den die Bauaufsichtsbehörde im Rahmen des ihr eingeräumten Ermessens bei der Entscheidung über das Einschreiten zu beachten hat (Grotefels, in: Hoppe/Bönker/Grotefels, Öffentliches Baurecht, 2. Aufl. 2002, § 16 Rn. 92; Großmann/Niere, in: Alexejew/Haase/Großmann, HBauO, Stand Dezember 2008, § 76 Rn. 25). Das Bundesverwaltungsgericht hat insoweit allerdings schon mehrfach ausgesprochen, dass es bei Beseitigungsanordnungen grundsätzlich nicht Sache der einschreitenden Behörde ist, in eingehendere Überlegungen darüber einzutreten, ob dem rechtswidrigen Zustand nicht vielleicht durch den Betroffenen minder belastende Änderungsmöglichkeiten - namentlich durch eine Umgestaltung der Anlage - abgeholfen werden könnte. Derartige Überlegungen anzustellen, ist vielmehr Sache des jeweils Betroffenen. Zur Wahrung seiner Interessen reicht es aus, dass die Behörde am Erlass einer Beseitigungsanordnung nicht festhalten darf, wenn der Betroffene ein von ihm als milder empfundenenes, zur Beseitigung des rechtswidrigen Zustandes ebenfalls geeignetes Mittel konkret anbietet (so BVerwG, Beschl. v. 30.8.1996, BRS 58 Nr. 90; Beschl. v. 12.6.1973, BayVBl. 1973, 412; Beschl. v. 29.9.1965, BRS 16 Nr. 126; Beschl. v. 8.12.1964, BRS 15 Nr. 118; ebenso Jäde, Bauaufsichtliche Maßnahmen, 3. Aufl. 2009, Rn. 84 ff.). Das Berufungsgericht teilt diese Rechtsauffassung (OVG Hamburg, Urt. v. 6.4.1995, Bf II 29/93, n.v.; vgl. ferner Großmann/Niere, a.a.O., § 76 Rn. 44). Der Betroffene selbst hat seine Interessenlage einzuschätzen und dabei zu bestimmen, welche der Möglichkeiten für die Herstellung rechtmäßiger Zustände ihn am wenigsten belastet. Dies gilt gerade bei einem Teilabriss von Gebäuden, der häufiger schwierige bautechnische bzw. statische Fragen aufwerfen kann und damit nicht unerhebliche finanzielle Risiken birgt. Hieraus ergibt sich, dass nur dann, wenn von vornherein erkennbar ist, dass ein für sich allein ohne weiteres lebensfähiger, dem materiellen Baurecht entsprechender Restbaukörper stehen bleiben kann, die Bauaufsichtsbehörde nach dem in § 76 Abs. 1 Satz 1 HBauO normierten Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gehalten ist, die Beseitigungsanordnung auf den materiell baurechtswidrigen Teil des Gebäudes zu beschränken (vgl. OVG Hamburg, Urt. v. 6.4.1995, Bf II 29/93; OVG Münster, Urt. v. 4.9.1970, OVGE 26, 59, 62 ff.).
- 29 Das Verwaltungsgericht hat deshalb die Beklagte zu Unrecht verpflichtet, einen Teilabriss der Schwimmhalle anzuordnen. Da die Beigeladenen selbst keine Vorschläge gemacht haben, auf welche Weise die Schwimmhalle umgestaltet werden soll, damit sie in Einklang zu den maßgeblichen öffentlich-rechtlichen Vorschriften steht, genügt die Beklagte dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bereits dadurch, dass sie im Widerspruchsbescheid vom 29. Dezember 2005 auf Seite 21 ausdrücklich einen Teilabriss der Schwimmhalle erwogen und aus nachvollziehbaren Gründen verworfen hat. Dass ein Teilabriss aus bautechnischen bzw. statischen Gründen erhebliche Probleme aufwirft, ergibt sich aus dem fünfeckigen Grundriss der Schwimmhalle, der zeltartigen Dachkonstruktion und dem Umstand, dass das Dach lediglich auf den Außenwänden des Gebäudes ruht. Hinzu kommt, dass ein solcher Umbau einen großen Aufwand mit erheblichen Kosten verursachen würde, den die Beklagte den Beigeladenen nicht ohne

weiteres auferlegen darf. Diese Einschätzung wird auch dadurch bestätigt, dass sich die Beigeladenen zu 1. bis 3. der Sichtweise der Beklagten bereits mit Schriftsatz vom 22. März 2006 angeschlossen hatten und alle Beigeladenen im Berufungsverfahren geltend machen, dass die Schwimmhalle nicht ohne einen vollständigen Abriss verkleinert werden könne.

## II.

- 30 1. Da die Berufungen Erfolg haben, wird die Anschlussberufung des Klägers wirksam. Obgleich sie von ihm nur bedingt eingelegt worden ist, bestehen insoweit keine Zulässigkeitsbedenken. Da die Anschlussberufung lediglich einen Antrag innerhalb des von den Berufungsklägern eingelegten Rechtsmittels darstellt, ist im Unterschied zur normalen Berufung auch eine bedingte Anschlussberufung zulässig, z.B. für den Fall, dass die Berufung Erfolg hat (OVG Koblenz, Beschl. v. 15.10.2002, NVwZ-RR 2003, 317 m.w.N.).
- 31 Der Zulässigkeit der Anschlussberufung steht auch nicht die Monatsfrist des § 127 Abs. 2 Satz 2 VwGO entgegen. Denn der Lauf der Frist für die Einlegung der Anschlussberufung beginnt gemäß § 57 Abs. 1 VwGO erst mit der Zustellung der Berufungsbegründungsschrift, wenn diese - wie in § 127 Abs. 2 Satz 2 VwGO - vorgeschrieben ist. Da die Zustellung der Berufungsbegründungsschriften an den Kläger versehentlich unterblieben ist, ist der Lauf der Monatsfrist (noch) nicht in Gang gesetzt worden. Der Umstand, dass dem Kläger die Berufungsbegründungsschriften mit einfacher Post zugegangen sind, heilt diesen Zustellungsmangel - mit der Folge des Beginns des Fristenlaufs - gemäß § 56 Abs. 2 VwGO i.V.m. § 189 ZPO nicht (so aber VGH München, Beschl. v. 13.12.2005, 12 B 03.1957, juris Rn. 6; zustimmend Kimmel, in: Posser/Wolff, VwGO, 2008, § 56 Rn. 77). Denn nach § 189 ZPO kann die unwirksame Zustellung nur dann als wirksam angesehen werden, wenn das Gericht überhaupt mit Zustellungswillen gehandelt hat (so BGH, Beschl. v. 26.11.2002, NJW 2003, 1192, 1193; Wolst, in: Musielak, ZPO, 6. Aufl. 2008, § 189 Rn. 2; Stöber, in: Zöller, ZPO, 27. Aufl. 2009, § 189 Rn. 2 m.w.N.; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 67. Aufl. 2009, § 189 Rn. 9; früher bereits BVerwG, Urt. v. 19.6.1963, BVerwGE 16, 165, 166 f.; OVG Hamburg, Beschl. v. 8.1.1997, NVwZ-RR 1997, 576). Daran fehlt es hier aber, weil die Zustellung der Berufungsbegründungsschriften weder richterlich verfügt worden ist noch im Übrigen Anhaltspunkte dafür bestehen, dass eine Zustellung erfolgen sollte. Das Fehlen des Willens, eine Zustellungshandlung vorzunehmen, ist kein Zustellungsmangel, wie ihn § 189 ZPO voraussetzt, sondern das Vorhandensein dieses Willens ist unabdingbare Voraussetzung der Zustellung. Die Zustellung ist eine Rechtshandlung und keine Tathandlung (BVerwG, Urt. v. 19.6.1963, a.a.O.). Für den Zustellungswillen kann es deshalb nicht ausreichen, wenn das Gericht das zuzustellende Dokument dem Empfänger lediglich zuleitet (so noch VGH Mannheim, Urt. v. 7.11.1997, VBIBW 1998, 217, 218). Dies folgt bereits aus dem Wortlaut des § 2 Abs. 1 VwZG (siehe auch § 166 Abs. 1 ZPO), der Zustellung als die Bekanntgabe eines schriftlichen oder elektronischen Dokuments „in der in diesem Gesetz bestimmten Form“ definiert. Der Zustellungswille ist im Interesse der Rechtssicherheit notwendig, damit die zuverlässige Bestimmung des Beginns prozessualer Fristen - auch im Interesse des Prozessgegners - regelhaft gewährleistet ist.
- 32 Die von dem Kläger ohne vorherige Zustellung der Berufungsbegründungsschriften eingelegte Anschlussberufung ist statthaft, weil bereits die Hauptberufungen zugelassen bzw. begründet worden sind. Sie ist auch im Übrigen zulässig, insbesondere ist sie gemäß § 127 Abs. 3 VwGO ordnungsgemäß begründet worden.
- 33 2. Die Anschlussberufung ist begründet, da der Kläger gemäß § 76 Abs. 1 Satz 1 HBauO gegen die Beklagte einen Anspruch auf Erlass einer Beseitigungsanordnung hinsichtlich der gesamten Schwimmhalle hat. Werden bauliche Anlagen im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften errichtet, so kann die Bauaufsichtsbehörde nach dieser Vorschrift die vollständige Beseitigung der baulichen Anlage anordnen, wenn nicht auf andere Weise rechtmäßige Zustände hergestellt werden können. Die Errichtung der Schwimmhalle steht im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften, da sie sowohl formell (dazu unter a) als auch materiell illegal (dazu unter b) ist. Es

können auch nicht auf andere Weise rechtmäßige Zustände hergestellt werden, da die Erteilung einer Befreiung von der zulässigen Art der baulichen Nutzung gemäß § 34 Abs. 2 Halbs. 2 i.V.m. § 31 Abs. 2 BauGB ausscheidet (dazu unter c). Schließlich ist das Entschließungsermessen der Beklagten, ob sie gegen die baugebietswidrige Schwimmhalle einschreitet, auf Null reduziert, so dass jede andere Entscheidung als zu Gunsten des Klägers einzuschreiten, ermessensfehlerhaft wäre (dazu unter d).

- 34 a) Die gemäß §§ 59 Abs. 1 Satz 1, 2 Abs. 1 Satz 1 HBauO genehmigungsbedürftige Schwimmhalle ist formell illegal, weil für sie keine Baugenehmigung vorliegt. Die für die Schwimmhalle erteilten beiden Baugenehmigungen der Beklagten vom 26. März 1996 und 18. September 1997 sind durch das rechtskräftige Urteil des Verwaltungsgerichts Hamburg vom 29. August 2000 aufgehoben worden. Der Beklagten und den Beigeladenen ist nicht darin zu folgen, dass dieses Urteil unwirksam ist, weil eine damals notwendige Beiladung des heutigen Beigeladenen zu 2. als neuem Grundstücksmiteigentümer unterblieben sei. Zwar mag die unterlassene, gemäß § 65 Abs. 2 VwGO aber notwendige Beiladung einen schwerwiegenden Verfahrensmangel darstellen, der bei Anfechtungsklagen zur Unwirksamkeit des Urteils führen kann, wenn ansonsten die mit ihm beabsichtigte Gestaltungswirkung verfehlt wird (vgl. Czybulka, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 2. Aufl. 2006, § 65 Rn. 186; Kopp/Schenke, VwGO, 15. Aufl. 2007, § 65 Rn. 43). Davon kann aber bei der Aufhebung einer Baugenehmigung nicht die Rede sein, weil Genehmigungen dieser Art schon gemäß § 69 Abs. 2 Satz 2 HBauO 1986 - der Ende April 2004, als das Aufhebungsurteil des Verwaltungsgerichts Rechtskraft erlangte, geltendes Recht war - für und gegen den Rechnachfolger des Bauherrn und alle über die Bauanlage Verfügungsberechtigten gelten (sog. dingliche Wirkung der Baugenehmigung); dies gilt gleichermaßen für die Erteilung wie für die Aufhebung einer Baugenehmigung. Kraft Gesetzes entfaltete die Aufhebung der Baugenehmigung damit auch gegen den Beigeladenen zu 2., der als Sondereigentümer über die Schwimmhalle Verfügungsberechtigt ist, Geltung, ohne dass hierfür seine Beiladung notwendig gewesen wäre (vgl. BVerwG, Beschl. v. 11.1.2001, 9 B 40.01, juris Rn. 6). Auf eine Rechtskrafterstreckung des Urteils nach Maßgabe des § 121 Nr. 1 VwGO, wie sie von der Beklagten und den Beigeladenen bestritten wird, kommt es hier daher nicht an.
- 35 b) Die Schwimmhalle ist materiell illegal, weil sie § 34 Abs. 2 Halbs. 1 BauGB i.V.m. § 14 Abs. 1 Satz 1 BauNVO widerspricht. Das Berufungsgericht nimmt insoweit Bezug auf die Feststellungen des Bundesverwaltungsgerichts in seinem Revisionsurteil vom 28. April 2004 (Buchholz 406.12 § 3 BauNVO Nr. 15): Die Schwimmhalle ist danach als Zubehör des ihr flurstückmäßig zugeordneten Wohnhauses G.-Weg 31a/b einzuordnen, so dass sich ihre bauplanungsrechtliche Zulässigkeit nach § 14 BauNVO richtet, der allein die Art der baulichen Nutzung betrifft. Dessen Anforderungen genügt die Schwimmhalle nicht, weil sie das Merkmal der Unterordnung sowohl nach dem Gesamteindruck als auch bei einem Vergleich der Maßzahlen der jeweiligen Grundflächen nicht einhält.
- 36 c) Eine materielle Legalisierung der Schwimmhalle durch die Erteilung einer Befreiung ist nicht möglich. Nach § 34 Abs. 2 Halbs. 2 BauGB ist zwar auf ein unzulässiges Vorhaben, das in einem sog. faktischen Baugebiet belegen ist, § 31 Abs. 2 BauGB entsprechend anzuwenden, jedoch scheidet die Erteilung einer Befreiung von der Art der baulichen Nutzung für die Schwimmhalle aus, weil sich diese Entscheidung jedenfalls so auswirken würde, als ob die Grundzüge der Planung berührt würden. Das Erfordernis, dass die Grundzüge der Planung nicht berührt werden dürfen, beansprucht für alle drei Befreiungsfälle des § 31 Abs. 2 BauGB Geltung (BVerwG, Beschl. v. 5.3.1999, Buchholz 406.11 § 31 BauGB Nr. 39; Beschl. v. 24.9.2009, 4 B 29/09, juris Rn. 5). Ob die Grundzüge der Planung berührt werden, hängt von der jeweiligen Planungssituation ab. Entscheidend ist, ob die Abweichung dem planerischen Grundkonzept zuwider läuft. Je tiefer die Befreiung in das Interessengeflecht der Planung eingreift, desto eher liegt der Schluss auf eine Änderung in der Planungskonzeption nahe, die nur im Wege der (Um-)Planung möglich ist (BVerwG, Beschl. v. 19.5.2004, BRS 67 Nr. 83). Die Befreiung darf - jedenfalls von Festsetzungen, die für die Planung tragend sind - nicht aus Gründen erteilt werden, die sich in einer Vielzahl

- gleichgelagerter Fälle oder gar für alle von einer bestimmten Festsetzung betroffenen Grundstücke anführen ließen (BVerwG, Beschl. v. 5.3.1999, a.a.O.). Da es in einem faktischen Baugebiet keine Planungskonzeption gibt, deren Grundzüge durch die Zulassung des Vorhabens berührt sein könnten, kommt es im Anwendungsbereich des § 34 Abs. 2 Halbs. 2 BauGB darauf an, ob durch das zu beurteilende Vorhaben der sich aus der tatsächlich vorhandenen Bebauung ergebende Gebietscharakter verändert wird (Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, Stand April 2009, § 34 Rn. 82; Hofherr, in: Berliner Kommentar zum BauGB, Stand Mai 2009, § 34 Rn. 71).
- 37 Gemessen an diesen Grundsätzen ist anzunehmen, dass die konkrete städtebauliche Situation in der näheren Umgebung der Schwimmhalle die Erteilung einer Befreiung ausschließt. Das Berufungsgericht hat bereits in seinem Urteil vom 30. Juli 2003 (HmbJVBl. 2005, 9, 12) hierzu festgestellt, dass die am G.-Weg belegenen Gebäude sämtlich dem Wohnen dienen. Es handelt sich um Wohngebäude, die teilweise auch für freiberufliche Tätigkeiten genutzt werden, sowie Garagen und untergeordnete Nebenanlagen wie Geräteschuppen. Die Wohngebäude sind ausgerichtet zum G.-Weg, während die langgezogenen Hintergärten bis auf einige untergeordnete Nebenanlagen bebauungsfrei sind. Die Schwimmhalle stellt in dieser Umgebungsbebauung ein Solitär dar, der wegen seiner dominanten Größe nachhaltig stört. Ihre Zulassung im Befreiungswege würde keinen Einzelfall betreffen, sondern eine neue bauliche Nutzungskategorie, die Nebenanlage in Größe und Gewand einer Hauptanlage, begründen, die sich auf fast jedem Grundstück in der Umgebung verwirklichen ließe. Dadurch würde sich der Gebietscharakter verändern, da eine wesentliche Intensivierung der baulichen Nutzung der Grundstücke möglich würde. Eine derartige Veränderung wäre planungsbedürftig und kann nicht durch die Erteilung einer Befreiung befördert werden.
- 38 d) Der Kläger hat gegen die Beklagte einen Anspruch auf Einschreiten gegen die baugebietswidrige Schwimmhalle, da das Entschließungsermessen der Beklagten im vorliegenden Fall auf Null reduziert ist.
- 39 Die Ermächtigungsgrundlage des § 76 Abs. 1 Satz 1 HBauO sieht vor, dass die Bauaufsichtsbehörde die (vollständige oder teilweise) Beseitigung der Anlage anordnen kann. Der der Beklagten damit grundsätzlich eingeräumte Ermessensspielraum bezieht sich sowohl darauf, ob und wann die Behörde einschreitet (sog. Entschließungsermessen), als auch darauf, wie und wem gegenüber sie handelt (sog. Auswahlermessen). Soweit eine bauliche Anlage oder deren Nutzung subjektiv-öffentliche Rechte eines Nachbarn verletzt, ist bei der Ermessensausübung zugleich dessen Rechtsanspruch auf fehlerfreie Ermessensausübung einzubeziehen. Dabei hat die Behörde die Anforderungen des § 40 HmbVwVfG zu beachten. Ein Anspruch des Nachbarn auf Einschreiten besteht dann, wenn jede andere Entscheidung als die, zu seinen Gunsten einzuschreiten, ermessensfehlerhaft wäre. Dies ist hier der Fall.
- 40 aa) Das Berufungsgericht hält an seiner Auffassung fest (Urt. v. 11.12.1996, OVG Bf II 18/85, n.v.; zustimmend Großmann/Niere, in: Alexejew/Haase/Großmann, a.a.O., § 76 Rn. 29; vgl. außerdem BVerwG, Beschl. v. 28.8.1980, Buchholz 406.11 § 35 BBauG Nr. 168), dass in Fällen, in denen bauliche Anlagen im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften errichtet worden sind, das bauaufsichtliche Einschreiten die Regel ist, dass also normalerweise keine gleichwertigen Gründe für die Beseitigung und für die Belassung der fraglichen rechtswidrigen baulichen Anlage vorhanden sind, zwischen denen die Bauaufsichtsbehörde mehr oder weniger frei zu wählen hätte. Hierfür spricht der Ermessenszweck des § 76 Abs. 1 Satz 1 HBauO, der auf die Herstellung rechtmäßiger Zustände gerichtet ist. Rechtmäßige Zustände können aber, wenn eine nachträgliche Legalisierung der Anlage nicht in Betracht kommt, regelhaft nur durch ein bauaufsichtliches Einschreiten hergestellt werden. In diesem Sinne mag von einem intendierten Ermessen gesprochen werden (ebenso: OVG Münster, Urt. v. 28.5.2009, BauR 2009, 1716, 1717; FinkelInburg/Ortloff, Öffentliches Baurecht, Bd. 2, 5. Aufl. 2005, S. 308; Ramsauer, Nord-ÖR 2006, 282, 285; Jäde, a.a.O., Rn.95; unklar OVG Lüneburg, Beschl. v. 10.2.2003, 1 LA 52/02, juris Rn. 9 ff.). Dies gilt erst recht, wenn es

- wie hier - um die Durchsetzung von Bauplanungsrecht geht, weil die Geltungskraft des Bundesrechts nicht zur Disposition der Bauaufsichtsbehörden der Länder steht (BVerwG, Beschl. v. 17.4.1988, BRS 60 Nr. 169; OVG Münster, Ur. v. 28.5.2009, a.a.O., 1717; ferner Kraft, VerwArch. 89 (1998), 264, 288 f.; Jäde, UPR 1998, 326, 328; offen gelassen von OVG Greifswald, Ur. v. 2.7.2003, NordÖR 2004, 25, 26). Das schließt nicht aus, dass die Behörde in solchen Fällen, in denen - ausnahmsweise - besondere vom Normalfall abweichende Umstände vorhanden sind, diese auch zur Kenntnis nimmt und bei ihrer Entscheidung im Rahmen der zu treffenden Abwägung entsprechend berücksichtigt. Etwas anderes gilt auch dann nicht, wenn nachbarschützendes Recht verletzt ist. Ein Verstoß gegen nachbarschützendes Baurecht hat nicht zur Folge, dass die Bauaufsichtsbehörde verpflichtet ist, unabhängig von Ausmaß und Schwere des Rechtsverstoßes in jedem Fall gegen einen baurechtswidrigen Zustand einzuschreiten. Die Behörde hat zwar in diesen Fällen neben den öffentlichen Belangen auch diejenigen des Nachbarn zu wahren, das ändert aber nichts daran, dass ihr ein Mindestmaß von Ermessensspielraum verbleibt, der es ihr ermöglicht, die Besonderheiten des Einzelfalles zu berücksichtigen.
- 41 bb) Entgegen der Rechtsansicht der Beklagten und der Beigeladenen liegen keine Besonderheiten des Einzelfalles vor, die es in diesem Rahmen ausnahmsweise rechtfertigen, von einem Einschreiten gegen die baugebietswidrige Schwimmhalle abzusehen.
- 42 Eine solche Besonderheit liegt nicht in dem Umstand begründet, dass von der Schwimmhalle für die Nutzung des Grundstücks des Klägers keine tatsächlichen Beeinträchtigungen ausgehen. Auf tatsächliche Beeinträchtigungen und deren Intensität kommt es für den durchzusetzenden Gebietserhaltungsanspruch des Klägers gerade nicht an. Auf die Bewahrung der Art des Baugebiets hat der Nachbar vielmehr auch dann einen Anspruch, wenn das baugebietswidrige Vorhaben im jeweiligen Einzelfall noch nicht zu seiner tatsächlich spürbaren und nachweisbaren Beeinträchtigung führt. Der Abwehranspruch wird grundsätzlich bereits durch die Zulassung eines mit der Gebietsart unvereinbaren Vorhabens ausgelöst, weil hierdurch das nachbarliche Austauschverhältnis gestört und eine Verfremdung des Gebiets eingeleitet wird (BVerwG, Ur. v. 16.9.1993, BVerwGE 94, 151, 161). Die bereits eingetretene Störung des nachbarlichen Austauschverhältnisses vermag die Beklagte nicht dadurch auszugleichen, dass sie verspricht, zukünftig derartige baugebietswidrige Baugenehmigungen nicht mehr zu erteilen. Das verletzte Vertrauen des Klägers darauf, dass er bei der Ausnutzung seines Grundstücks hinsichtlich der zulässigen Art der baulichen Nutzung denselben Beschränkungen wie der Bauherr der Schwimmhalle unterliegt, kann grundsätzlich nur dadurch wiederhergestellt werden, dass ihre Beseitigung angeordnet wird. Da es bei dem durchzusetzenden Abwehranspruch nicht um ein einzelnes Grundstück, sondern um die Erhaltung der Gebietsart insgesamt geht, ist der Gebietserhaltungsanspruch nicht erst geschützt, wenn der (faktische) Gebietscharakter „umzukippen“ droht, sondern bereits dann, wenn seine Verfremdung durch die Zulassung eines einzelnen gebietsfremden Vorhabens eingeleitet wird. Angesichts des abstrakten Schutzbereichs des Gebietserhaltungsanspruchs, wäre es mit der gebotenen Effektivität des Nachbarschutzes unvereinbar, wollte man seine Durchsetzung dennoch maßgeblich von tatsächlichen Beeinträchtigungen des Nachbarn abhängig machen. Dies wäre mit Sinn und Zweck des Gebietserhaltungsanspruchs unvereinbar.
- 43 Die Beklagte würde im Übrigen auch das öffentliche Interesse an einer geordneten städtebaulichen Entwicklung in dem faktischen reinen Baugebiet am G.-Weg nicht hinter das Interesse der Beigeladenen an der Erhaltung Schwimmhalle zurückstellen können. Denn zumindest wegen der dominanten Größe der Schwimmhalle im rückwärtigen Grundstücksbereich geht von ihr, gemessen an dem Maßstab des § 34 Abs. 1 Satz 1 BauGB eine negative Vorbildwirkung für die nähere Umgebung aus. Aus diesem Grunde ist die Erwägung der Beklagten, der Kläger könnte einen Abriss der Schwimmhalle auch dann nicht verlangen, wenn sie Bestandteil eines Wohnhauses (zumindest) gleicher Größe wäre, ungeeignet, ihre Ermessensausübung zu stützen. Denn ein an gleicher Stelle errichtetes Wohnhaus, das im Baukörper über eine derartige Schwimmhalle verfügt, würde zwar den Gebietserhaltungsanspruch des Klägers nicht verletzen, wäre jedoch mit den

Anforderungen des § 34 Abs. 1 BauGB hinsichtlich seiner Lage auf dem Grundstück nicht vereinbar.

- 44 Die Ermessenserwägungen der Beklagten beruhen außerdem auf einer fehlerhaften rechtlichen Basis, wenn sie im Widerspruchsbescheid maßgeblich darauf abstellt, die Beigeladenen genossen im Vergleich zu einem Schwarzbau deshalb einen gewissen Vertrauensschutz, weil für die Schwimmhalle immerhin zwei Baugenehmigungen erteilt worden seien. Denn dieser Gesichtspunkt lässt außer Acht, dass das unterlassene Einschreiten aus der Sicht des betroffenen Nachbarn gegen den baugebietswidrigen Zustand besonders unangemessen erscheint, wenn es die Behörde selbst war, die die nachbarliche Störung durch die wiederholte Erteilung einer rechtswidrigen Baugenehmigung ermöglicht hat. Anders ausgedrückt gilt: Das noch nicht rechtlich geschützte, aber bis zur Aufhebung der Baugenehmigung faktisch bestehende Vertrauen des Bauherrn in die Rechtmäßigkeit der Genehmigung wird regelmäßig durch die die Behörde treffende Folgenbeseitigungslast als Belang des betroffenen Nachbarn ausgeglichen (OVG Lüneburg, Beschl. v. 10.2.2003, 1 LA 52/02, juris Rn. 14; Finkelburg/Ortloff, a.a.O., S. 308).
- 45 Auch andere als die von der Beklagten angestellten Ermessenserwägungen vermögen das Absehen von einem Beseitigungsverlangen nicht rechtfertigen:
- 46 Was den wirtschaftlichen Verlust anbelangt, der sich durch einen Abriss der Schwimmhalle ergibt, ist das Vertrauen der Beigeladenen, insbesondere des Beigeladenen zu 3., auf den rechtlichen Fortbestand der Baugenehmigung vom 26. März 1996 nicht schutzwürdig, weil der Kläger insoweit bereits am 18. April 1996 Anfechtungswiderspruch erhoben hat. Zwar ist es zutreffend, wenn der Beigeladene zu 3. sich daran erinnert, dass die Schwimmhalle im Zeitpunkt der Anordnung der Beklagten zur Einstellung der Bauarbeiten Mitte April 1997 bis auf Restarbeiten bereits fertig gestellt war. Jedoch hat er nicht erst zu diesem Zeitpunkt, wie von ihm behauptet, von dem Widerspruch des Klägers erfahren, sondern spätestens durch seine Beiladung zum Widerspruchsverfahren, die durch die Beklagte bereits unter dem 7. August 1996 erfolgt war. Der Beigeladene zu 3. hat deshalb durch die Fortführung der Bauarbeiten während des Widerspruchsverfahrens und des gerichtlichen Eilverfahrens das Investitionsrisiko bewusst selbst übernommen. Soweit er tatsächlich erst im August 1996 vom Widerspruch Kenntnis erlangt haben sollte, ist außerdem nicht ersichtlich, dass er von der Fortführung der Bauarbeiten abgesehen hätte. Der von den Beigeladenen geltend gemachte hohe Wert der fertig gestellten Schwimmhalle, der bei einer Beseitigung verloren wäre, sowie die Kosten der Beseitigung sind vorliegend ebenfalls kein Gesichtspunkt, um ein Einschreiten abzulehnen (vgl. Großmann/Niere in: Alexejew/Haase/Großmann, a.a.O., § 76 Rn. 35).
- 47 Angesichts der speziellen baulichen Gestaltung als Schwimmhalle kommt auch eine Beschränkung des Anspruchs des Klägers auf eine bloße Nutzungsuntersagung nicht ernstlich in Betracht. Ungeachtet der weiteren städtebaulichen Gesichtspunkte, denen durch eine Nutzungsuntersagung nicht Rechnung getragen würde, würde diese stets der Gefahr einer Missachtung ausgesetzt sein, wenn das Gebäude ohne jede zulässige Nutzung erhalten bliebe. Denn das Gebäude ist nach seiner Konstruktion, wie die Beigeladenen letztlich selbst geltend machen, nicht für eine andere gebietskonforme Nutzung geeignet.
- 48 Dem Verpflichtungsbegehren des Klägers kann schließlich nicht dadurch begegnet werden, dass er von der Beklagten auf den Zivilrechtsweg verwiesen werden dürfte. Bei der Geltendmachung des Gebietserhaltungsanspruchs handelt sich nicht um nachbarrechtliche Bagatellstreitigkeiten (vgl. OVG Hamburg, Ur. v. 11.12.1986, Bf II 18/85), sondern um die Einhaltung gewichtiger planungsrechtlicher Anforderungen des Städtebaurechts, deren Durchsetzung sich die Beklagte nicht enthalten kann.

### III.

- 49 Die Kostenentscheidung ergibt sich aus §§ 154 Abs. 1 und 3, 159 Satz 1 VwGO, § 100 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit des Urteils folgt aus § 167 VwGO i.V.m. §§

708 Nr. 10, 711 Satz 1 und 2 ZPO. Die Revision war gemäß § 132 Abs. 2 VwGO nicht zuzulassen, da die Auslegung und Anwendung von § 76 Abs. 1 Satz 1 HBauO irrevisibles Landesrecht betrifft. Ob gegen baurechtswidrige Zustände einzuschreiten ist, ist zudem von den Umständen des Einzelfalles abhängig, so dass die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat.