

# Übungen im Öffentlichen Recht

Wintersemester 2024/2025

2. Besprechungsfall

17.10.2024

## Fanatische Fußballfans

A wohnt seit vielen Jahren als Nießbraucherin mit einem lebenslangen Nießbrauchrecht in einem freistehenden Einfamilienhaus in der kreisfreien Stadt B in NRW. Im Umfeld des von A bewohnten Hauses befinden sich überwiegend Ein- und Mehrfamilienhäuser. Zudem gibt es einen Bäcker, einen Metzger und einen Kindergarten. Ein Bebauungsplan für das Gebiet liegt nicht vor. Das Grundstück, auf welchem sich das von A bewohnte Haus befindet, liegt an der nur wenig befahrenen C-Straße am Rande der Gemeinde B in der Nähe zu einem Wald und Ackerfeldern.

Seit D in das Nachbarhaus eingezogen ist, deren Grundstück sich ebenfalls an der C-Straße befindet und unmittelbar an jenes von A angrenzt, empfindet A die vormals harmonische Wohnatmosphäre als zerstört. D ist nämlich leidenschaftlicher Fan des Fußballvereins K, den A abgrundtief verabscheut. A stört es besonders, dass D nahezu ihre gesamte Garteneinrichtung in den Farben des K-Vereins gestaltet hat. Als D Anfang Februar 2019 – ohne vorherige Beantragung einer Baugenehmigung – in ihrem Garten in zehn Meter Abstand zu dem Grundstück der A einen etwa vier Meter hohen Fahnenmast installiert und

eine zwei Quadratmeter große Fahne des Fußballvereins K hisst, wird es A zu bunt. Sie fühlt sich durch den Fahnenmast mit der großen Fahne gestört. Dies sei kein in einem Wohngebiet zu akzeptierender Ausdruck des Zugehörigkeitsgefühls zu einem Fußballverein mehr. D weigert sich jedoch auch nach mehreren Gesprächen mit A, den Fahnenmast mit der Fahne zu entfernen. Den Fahnenmast hat D nämlich mit einer einbetonierten Bodenhülse fest mit dem Boden verbunden. Sie ist der Ansicht, dass sie keine Baugenehmigung für das Aufstellen eines Fahnenmastes mit Fahne benötige.

Durch die ganze Aufregung erschöpft, entschließt sich A Anfang Mai 2019, erst einmal für vier Monate in Kur zu fahren. Als sie aus dieser Anfang August 2019 zurückkommt, muss sie feststellen, dass D den Fahnenmast mit der Fahne weiterhin in ihrem Garten stehen hat.

A setzt daher ein Schreiben an die zuständige Baubehörde auf, welches dieser Mitte August 2019 zugeht. In dem Schreiben fordert sie die Behörde auf, D zu verpflichten, den Fahnenmast mit der Fahne des K-Vereins zu beseitigen. Bei dem Fahnenmast mit der Fahne des K-Vereins handele es sich um eine unzulässigerweise errichtete Werbeanlage im Sinne des § 10 Abs. 1 BauO NRW, die nicht der Nutzung des Wohngrundstücks diene und daher in einem Wohngebiet einen unzulässigen Störfaktor darstelle.

Die Fahne diene der Anpreisung des K-Fußballvereins statt der Nutzung des Wohngrundstücks, bei dem es sich – was zutrifft – um ein börsennotiertes Unternehmen handelt. Der K-Verein verwende seine Fahne auf seiner Webseite, die auch einen Fanshop habe, sodass es sich bei ihr nicht nur um eine einfache Vereinsfahne, sondern um ein Werbelogo eines Wirtschaftsunternehmens handele. Die Fahne sei auch – was zutrifft – von öffentlichen Verkehrsflächen, mithin der C-Straße, aus sichtbar. Die Fahne auf dem Grundstück der D weise daher auf den K-Verein als Gewerbebetrieb hin, unabhängig davon, ob D selbst gewerbliche Zwecke verfolge.

Auch handele es sich bei dem Fahnenmast mit der Fahne nicht um eine Nebenanlage im Sinne des § 14 Abs. 1 BauNVO, weil sie keine Eigenwerbung darstelle, bei der ausnahmsweise von einer Nebenanlage ausgegangen werden könne.

Die Fahne sei – was zutrifft – nicht nur von der Terrasse der A, sondern auch aus ihrem Wohnzimmer heraus dauerhaft sichtbar. Aufgrund der Größe der Fahne und den auffälligen Farben steche sie bei jedem Blick aus dem Wohnzimmerfenster und von der Terrasse direkt ins Auge und zerstöre den vormals schönen Ausblick. Dies sei absolut unzumutbar.

Nachdem die Behörde vier Monate lang nicht auf das Schreiben der A reagiert, reicht es ihr. Sie möchte gerichtlich durchsetzen, dass D verpflichtet wird, den Fahnenmast mit der Fahne zu beseitigen.

**Aufgabe:** Prüfen Sie die Erfolgsaussichten einer verwaltungsgerichtlichen Klage der A.

**Hinweis:** Es ist auf alle im Sachverhalt aufgeworfenen Rechtsfragen – ggf. auch hilfsgutachterlich – einzugehen. Es ist davon auszugehen, dass die Rechtsform des K-Vereins eine Aktiengesellschaft i. S. d. AktG ist.

## Schwerpunkte

- Untätigkeitsklage
  - Beseitigungsverfügung
    - Gebietsgewährleistungsanspruch
- Anspruch auf behördliches Einschreiten

## Anmerkung

Der Sachverhalt und die Lösung beruhen auf VG Arnsberg, Urteil vom 15. Juli 2013 – 8 K 1679/12, nachgehend Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 08. Juli 2014 – 10 A 1787/13, in der es um das Errichten eines Fahnenmasts mit der Fahne der Borussia Dortmund ging.

Siehe zur Vertiefung Stefan Muckel, JA 2014, 76-78 (Entscheidungsbesprechung).

Die Klage der A hat Erfolg, wenn sie zulässig und soweit begründet ist.

## A. Zulässigkeit

### I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

- **Mangels aufdrängender Sonderzuweisung** richtet sich die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs nach **§ 40 I 1 VwGO**. Hierfür müsste eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art vorliegen.
- Eine **öffentlich-rechtliche Streitigkeit** liegt nach der modifizierten Subjektstheorie vor, wenn die streitentscheidende Norm ausschließlich einen Träger hoheitlicher Gewalt befugt oder verpflichtet. → Streitentscheidende Normen sind jene des BauGB und der BauO NRW, insbesondere § 82 S. 1 BauO NRW. Die Norm befugt und verpflichtet ausschließlich Träger öffentlicher Gewalt, sodass es sich um eine öffentlich-rechtliche Vorschrift handelt. → **öffentlich-rechtliche Streitigkeit (+)**

- Die Streitigkeit ist mangels doppelter Verfassungsunmittelbarkeit **nicht-verfassungsrechtlicher Art.**
- Eine **abdrängende Sonderzuweisung** liegt nicht vor.
- **Ergebnis:** Der Verwaltungsrechtsweg ist gem. § 40 I 1 VwGO eröffnet.

## II. Statthafte Klageart

- Die statthafte Klageart richtet sich nach dem Klagebegehren, §§ 88, 86 III VwGO.
- D soll verpflichtet werden, den Fahnenmast zu beseitigen. Dies ist nur durch eine Beseitigungsanordnung der Behörde umzusetzen. Die Behörde hat auf das Schreiben der A nicht reagiert.
- **Das Klagebegehren ist daher darauf gerichtet, dass das Gericht die Behörde dazu verpflichten soll, eine Anordnung gegen D gerichtet auf die Beseitigung des Fahnenmasts mit Fahne zu erlassen.**
- Eine solche Beseitigungsanordnung ist ein VA i.S.v. § 35 S. 1 VwVfG NRW.
- **Die statthafte Klageart ist daher die Verpflichtungsklage gem. § 42 I Alt. 2, VwGO in Form der Untätigkeitsklage, § 75 S. 1 Alt. 2 VwGO.**

### III. Klagebefugnis, § 42 II VwGO

- Die Klagebefugnis gem. § 42 II VwGO setzt die Möglichkeit einer Verletzung in eigenen Rechten voraus.
- A könnte in ihren subjektiven Rechten durch das Unterlassen der Baubehörde, eine Beseitigungsanordnung gegen D zu erlassen, verletzt sein. Dies ist der Fall, wenn nicht von vorneherein ausgeschlossen ist, dass A einen Anspruch darauf hat, dass die Behörde der D gegenüber die Beseitigung des Fahnenmastes mit der Fahne anordnet.

#### 1. Möglichkeit eines Anspruchs

##### a. Rechtsträgerschaft der A

- Aufgrund der Grundstücksbezogenheit des Baurechts kommen grundsätzlich nur Eigentümer als Inhaber subjektiv-öffentlicher Rechte in Betracht.
- Allerdings werden dinglich Berechtigte Eigentümern grundsätzlich gleichgestellt, sodass A als Inhaberin eines Nießbrauchsrechts auch Inhaberin subjektiv-öffentlicher Rechte sein kann.

## **b. Möglicher Anspruch der A auf Einschreiten der Behörde gem. § 82 S. 1 BauO NRW**

**aa. Der Fahnenmast mit Fahne stellt eine Anlage i. S. v. § 1 I 2 BauO NRW dar. (+)**

**bb. Ein Verstoß gegen öffentlich-rechtliche Vorschriften, die zumindest auch A schützen, müsste möglich sein.**

**(1) Der Gebietsgewährleistungsanspruch der A aus § 34 I BauGB könnte verletzt sein.**

**(a) Hierfür müsste die Fahne eine bauliche Anlage i. S. v. § 29 BauGB darstellen.**

→ Eine bauliche Anlage ist nach der Rechtsprechung des BVerwG gekennzeichnet durch das Merkmal des „Bauens“ und der „bodenrechtlichen Relevanz“.

→ „**Bauen**“: Hierunter versteht man Anlagen, „die in einer auf Dauer gedachten Weise künstlich mit dem Erdboden verbunden sind“. (+)

→ „**Bodenrechtliche Relevanz**“ liegt vor, wenn die in § 1 VI BauGB genannten Belange in einer Weise berührt werden oder berührt werden können, die geeignet ist, das Bedürfnis nach einer ihre Zulässigkeit regelnden verbindlichen Bauleitplanung hervorzurufen.

→ Hier sind die Wohnbedürfnisse der A als Teil der Bevölkerung und damit Belange § 1 VI Nr. 2 Var. 1 BauGB betroffen. (+)

→ Die Fahne stellt eine bauliche Anlage i. S. v. § 29 BauGB dar. (+)

**(b) Es ist zwischen § 30 I BauGB und § 34 I BauGB zu differenzieren.**

→ Hier hat die Stadt B keinen Bebauungsplan aufgestellt. Ein im Zusammenhang bebauter Ortsteil liegt vor. Damit ist § 34 I BauGB einschlägig.

**(c) Es ist weiterhin zwischen § 34 I und II BauGB zu differenzieren.**

→ Hinsichtlich der Frage des Einfügens in die nähere Umgebung hat § 34 II BauGB i. V. m. BauNVO Vorrang vor § 34 I BauGB, wenn die Eigenart der näheren Umgebung einem Baugebiet der BauNVO entspricht.

→ Hier liegt ein faktisches allgemeines Wohngebiet vor, § 4 I BauNVO.

→ Der Gebietsgewährleistungsanspruch gilt auch bei faktischen Wohngebieten.

→ Es ist nicht ausgeschlossen, dass der Fahnenmast mit Fahne gem. § 34 II BauGB i. V. m. § 4 I BauNVO materiell illegal und daher unzulässig ist.

*Anmerkung: Es kann auch von einem reinen Wohngebiet i. S. v. § 3 BauNVO ausgegangen werden.*

**(d) Der Gebietsgewährleistungsanspruch erzeugt für A als Bewohnerin des faktischen Wohngebiets Drittschutz. (+)**

→ **Damit erscheint ein Verstoß gegen den Gebietsgewährleistungsanspruch der A möglich. (+)**

**(2) Das Gebot der Rücksichtnahme, § 15 I 2 BauNVO, könnte zulasten der A verletzt sein.**

→ Es besteht die Möglichkeit, dass die Fahne mit dem Fahnenmast der Eigenart des Baugebiets widerspricht und davon unzumutbare Belästigungen bzw. Störungen ausgehen. (+)

→ A ist als unmittelbar angrenzende Nachbarin qualifiziert und individualisiert betroffen. → Damit erzeugt das Gebot der Rücksichtnahme für sie Drittschutz. (+)

## 2. Ergebnis

Es ist zumindest nicht von vorneherein ausgeschlossen, dass A einen Anspruch gegen die Baubehörde aus § 82 S. 1 BauO NRW auf Erlass einer Beseitigungsanordnung gegen die D aufgrund eines Verstoßes gegen § 34 II BauGB i. V. m. § 4 BauNVO und/oder dem Gebot der Rücksichtnahme aus § 15 I 2 BauNVO hat.

## IV. Vorverfahren

Gem. §§ 68 I 2, II i. V. m. 75 1 VwGO ist ein Vorverfahren nicht erforderlich, wenn ohne zureichenden Grund in angemessener Frist sachlich nicht entschieden worden ist. Ein zureichender Grund ist nicht ersichtlich. Zudem ist ein Vorverfahren gem. § 68 I 2, II VwGO i. V. m. § 110 I 1, 2, III 2 Nr. 7 JustG NRW in NRW ohnehin entbehrlich.

## V. Frist

Gem. § 75 2 VwGO kann die Klage erst nach Ablauf von drei Monaten nach Antragstellung gestellt werden. Diese Frist hat A eingehalten. (+)

**(P) Die Klage könnte verwirkt sein, weil A den Antrag erst 6 Monate nach Errichtung des Fahnenmasts mit der Fahne gestellt und danach noch 4 Monate auf eine Antwort der Behörde gewartet hat.**

- Das Institut der Verwirkung wird aus dem zivilrechtlichen Grundsatz von Treu und Glauben, § 242 BGB, hergeleitet.
- Das Verbot des *venire contra factum proprium*, des widersprüchlichen Verhaltens, wird so konkretisiert, dass ein Recht nicht mehr ausgeübt werden darf, wenn seit der Möglichkeit der Geltendmachung längere Zeit verstrichen ist (**Zeitmoment**) und besondere Umstände hinzutreten, die eine verspätete Geltendmachung treuwidrig erscheinen lassen (**Umstandsmoment**).

### Zeitmoment:

In entsprechender Anwendung des § 58 II VwGO liegt nach allgemeiner Ansicht das Zeitmoment nach einem Jahr ab Kenntnis oder Kennenmüssen vor.

- Hier gibt es keine Baugenehmigung, von der A hätte Kenntnis erlangen können oder müssen. Daher ist auf das Aufstellen des Fahnenmastes mit der Fahne selbst abzustellen.
- Sechs Monate nach Kenntniserlangung schickt A ihr Schreiben an die Behörde; nach 10 Monaten erhebt sie Klage. Damit ist das Zeitmoment nicht überschritten. (-)

### **Umstandsmoment:**

Es gibt keine Anhaltspunkte, dass der mögliche Anspruch verwirkt sein könnte. Insbesondere hat A der D ausdrücklich mitgeteilt, dass sie mit dem Aufstellen der Fahne nicht einverstanden ist. → Die D konnte daher nicht auf das Ausbleiben einer Klage vertrauen.

→ **Die Klage ist nicht verwirkt. (-)**

*Anmerkung: Die Verwirkung kann auch im Rahmen des Rechtsschutzbedürfnisses geprüft werden.*

## **VI. Klagegegner, § 78 I VwGO**

Die Klage ist gegen den Rechtsträger der Behörde zu richten, von der der Erlass des Verwaltungsakts begehrt wird (Rechtsträgerprinzip). Demnach ist richtiger Klagegegner die kreisfreie Stadt B als Rechtsträgerin der Baubehörde.

## **VII. Beteiligtenfähigkeit, § 61 VwGO (+)**

- A ist als natürliche Person gem. § 61 Nr. 1 Alt. 1 VwGO beteiligtenfähig. (+)
- B ist als juristische Person des öffentlichen Rechts gem. § 61 Nr. 1 Alt. 2 VwGO beteiligtenfähig. (+)

## **VIII. Prozessfähigkeit, § 62 VwGO**

- A ist gem. § 62 I Nr. 1 VwGO als geschäftsfähige Person prozessfähig. (+)
- Juristische Personen sind streng genommen selbst nicht prozessfähig. Vielmehr sind sie bloß durch ihre gesetzlichen Vertreter handlungsfähig. Für B muss gem. § 62 III VwGO ihr gesetzlicher Vertreter vor Gericht auftreten. Dies ist gem. §§ 63 I 1, 40 II 3 a. E. GO NRW der OB der Stadt B.<sup>17</sup>

## VIII. Zwischenergebnis

Die Verpflichtungsklage der A ist zulässig.

### B. Beiladung

D ist gemäß § 65 II VwGO notwendig beizuladen. D ist als natürliche Person gem. § 61 Nr. 1 Alt. 1 VwGO beteiligtenfähig und nach Maßgabe des § 62 I Nr. 1 VwGO prozessfähig.

### C. Begründetheit

Die Verpflichtungsklage der A ist begründet, soweit die fehlende Anordnung der Beseitigung der Fahnenstange mit Fahne gegen D rechtswidrig war, A dadurch in ihren Rechten verletzt ist und die Sache spruchreif ist, § 113 V 1 VwGO. Dies ist der Fall, wenn A einen Anspruch aus § 82 S. 1 BauO NRW gegen B hat.

## I. **Anspruchsgrundlage: § 82 1 BauO NRW**

- B hat mit der Fahne mit Fahnenmast eine bauliche Anlage i. S. v. § 1 | 2 BauO errichtet. (+)
- Diese müsste **im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften** stehen.

**(P) Fraglich ist, welche Anforderungen an die Illegalität von baulichen Anlagen zu stellen sind.**

- Differenziert wird zwischen folgenden Begriffen:
  - Formelle Illegalität liegt vor, wenn die Errichtung, Änderung oder Nutzung trotz Genehmigungsbedürftigkeit nicht genehmigt wurde.
  - Materielle Illegalität liegt vor, wenn die Errichtung, Änderung oder Nutzung nie genehmigungsfähig war.

- Dies richtet sich zunächst nach der Genehmigungsbedürftigkeit des Bauvorhabens.
  - Sofern die Anlage nicht genehmigungsbedürftig ist, ist allein die materielle Illegalität maßgeblich, denn es bedarf gerade keiner formellen Genehmigung.
  - Sofern die Anlage genehmigungsbedürftig ist, richtet sich der Prüfungsumfang nach der Art der bauordnungsrechtlichen Maßnahme.
  - Bei Beseitigungsanordnungen reicht in der Regel die formelle Illegalität nicht aus!

**Anmerkung:** Eine Ausnahme gilt dann, wenn durch die Beseitigung keine endgültigen Vermögenswerte zerstört werden. Bei der Einstellung von Arbeiten wird die formelle Baurechtswidrigkeit in der Regel für ausreichend erachtet. Bei Nutzungsuntersagung wird dies unterschiedlich beurteilt. Die herrschende Meinung hält aber ebenfalls die formelle Baurechtswidrigkeit in der Regel für ausreichend für ein Einschreiten der Baubehörde.

→ Hierfür spricht:

- Durch die Beseitigungsanordnung werden endgültig Vermögenswerte zerstört, sie muss daher ultima-ratio sein.
- Wenn die Einholung der Genehmigung aufgrund evidenter Genehmigungsfähigkeit eine reine Formsache darstellt, ist es nicht mit dem Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung zu vereinbaren, wenn die Behörde dennoch die Beseitigung der Anlage anordnet.
- Wortlaut des § 82 S. 1 Bau NRW: *„wenn nicht auf andere Weise rechtmäßige Zustände hergestellt werden können“*.

→ In beiden Fällen ist ein Verstoß gegen eine Vorschrift, die zumindest auch den rechtsschutzsuchenden Nachbarn schützt, erforderlich.

- Der Verstoß gegen drittschützende Norm ist Voraussetzung für die subjektive Rechtsverletzung.

## II. Genehmigungsbedürftigkeit (Formelle Illegalität)

Gem. § 60 I BauO NRW ist grundsätzlich für alle baulichen Anlagen i. S. v. § 1 I 2 BauO NRW eine Genehmigung erforderlich. (+)

Ausnahmen stellen die §§ 61 - 63, 78, 79 BauO NRW dar.

- Hier ist § 62 I 1 Nr. 5 lit. c Alt. 6 BauO NRW einschlägig.
- Der Fahnenmast ist daher nicht genehmigungsbedürftig.
- Da ein Fahnenmast zum Anbringen von Fahnen bestimmt ist, ist auch das Hissen einer Fahne grundsätzlich von der Genehmigungsfreiheit erfasst.
- Daher kommt es für die Zulässigkeit des Fahnenmastes mit der Fahne **allein auf die materielle Illegalität an.**

## III. Materielle Illegalität

Erforderlich ist, dass sich die materielle Illegalität des Fahnenmastes mit Fahne aus einem Verstoß gegen eine zumindest auch dem Schutz der A dienende Vorschrift ergibt (drittschützende Norm).

## 1. Verletzung des Gebietserhaltungsanspruchs der A?

- Der Schutzanspruch des Nachbarn ist gerichtet auf die Wahrung der Gebietsart nach der BauNVO.
- Dies gilt auch bei einem faktischen Wohngebiet. Hier liegt ein allgemeines Wohngebiet gem. § 34 II BauGB i. V. m. § 4 BauNVO vor.
- a. **Der Fahnenmast könnte aufgrund von § 4 II, III BauNVO zulässig sein.**
  - Es handelt sich um keine gem. § 4 II BauNVO zulässige Nutzung.
  - Gem. § 4 III Nr. 2 BauNVO ist die Nutzung ausnahmsweise zulässig, wenn es sich bei dem Fahnenmast um einen nicht störenden Gewerbebetrieb handelt:
    - „*„Gewerbebetrieb“ im Sinne des § 8 BauNVO ist ein gerichtlich in vollem Umfang überprüfbarer unbestimmter Rechtsbegriff. Ein solches Gewerbe ist jede selbständige, auf Dauer und auf Gewinnerzielung angelegte Tätigkeit. [...] Die Beigeladenen betreiben jedoch mit der am Fahnenmast gehissten Fahne von Borussia Dortmund ganz erkennbar keine selbstständige, auf Dauer und auf Gewinnerzielung angelegte Tätigkeit.“* (VG Arnsberg, Urt. v. 15.07.2013 – 8 K 1679/12, Rn. 30, 32)

## **b. Der Fahnenmast könnte aufgrund von § 14 I 1 BauNVO zulässig sein.**

Der Fahnenmast mit Fahne müsste eine untergeordnete Nebenanlage oder Einrichtung sein, die dem Wohnzweck dient und diesem seiner Eigenart nach nicht widerspricht.

*„Der Fahnenmast mit aufgezogener Fahne in diesem Sinne stellt eine im reinen Wohngebiet zulässige Nebenanlage im Sinne des § 14 BauNVO dar. [...] [Er] stellt sich seiner Dimension nach gegenüber dem Wohngebäude als untergeordnet dar. **Er dient dem Nutzungszweck des Wohnens, weil er eine nach außen dokumentierte Verbundenheit der Bewohner des Grundstücks mit bestimmten Ereignissen, Hobbys oder ähnlichem dokumentiert.** Als solcher ist er auch nur dort sinnvoll, wo sich die Personen regelmäßig aufhält, um hier den nach außen sichtbaren gewünschten Bezug zu erreichen. An einer anderen Stelle aufgebaut und aufgezogen kann dieser Zweck nicht erreicht werden, weil dann der nötige Bezug der gemäß Art. 5 Abs. 1 des Grundgesetzes geschützten Meinungsfreiheit sinngemäß dergestalt "Der Fußballverein BVB ist derjenige, dem meine sportliche Verbundenheit und Unterstützung gilt" nicht hergestellt werden kann. Das ist aber typischerweise beim Wohnhaus der Fall, weil hier ein ersichtlicher Bezug zwischen dem persönlichen Lebensbereich des Vereinsfans und seiner äußeren Meinungsbekundung besteht.“ (VG Arnsberg, Urt. v. 15.07.2013 – 8 K 1679/12, Rn. 37)*

### c. Der Fahnenmast könnte aufgrund von § 10 I BauO NRW unzulässig sein.

- Trotz möglicher Subsumtion unter den Begriff der Nebenanlage i. S. v. § 14 I 1 BauNVO, liegt keine solche vor, wenn es sich bei dem Fahnenmast mit Fahne um eine **Werbeanlage** handelt, da eine solche grundsätzlich als eigenständige Hauptnutzung gem. §§ 2 ff. BauNVO zu betrachten ist.
  
- Werbeanlagen sind in § 10 I 1 BauO NRW legaldefiniert:
- *„Anlagen der Außenwerbung (Werbeanlagen) sind alle ortsfesten Einrichtungen, die der Ankündigung oder Anpreisung oder als Hinweis auf Gewerbe oder Beruf dienen und vom öffentlichen Verkehrsraum aus sichtbar sind.“*

„[...] Die Annahme, die Beigeladenen wollten mit der Aufstellung des Fahnenmastes [...] für die börsennotierte Borussia Dortmund GmbH & Co. KGaA Werbung im oben beschriebenen Sinne betreiben, ist fernliegend. [...] Über die Erscheinung des Fahnenmastes nach außen und die ohnehin nur einem **begrenzten Betrachterkreis bekannten gesellschaftsrechtlichen Hintergründe** des Vereins Borussia Dortmund hinaus tragen die Kläger nichts gegen diese Wertung des Verwaltungsgerichts vor. [...] Der hier in Rede stehende **Standort des Fahnenmastes im Privatgarten** eines an einer kleinen Wohnstraße an der Grenze zum Außenbereich gelegenen Wohnhauses mit **eingeschränkter Wahrnehmbarkeit vom öffentlichen Verkehrsraum** aus belegt dagegen gerade seine ausschließliche Wohnbezogenheit. **Die Begeisterung für den Fußball als solchen und für die einzelnen Fußballvereine ist in der Bevölkerung weit verbreitet und wird landesweit von einer Vielzahl von Anhängern typischerweise durch die Verwendung von Fanartikeln jedweder Art auch in der Öffentlichkeit kundgetan.** Sofern dies - wie hier - im privaten Bereich **ohne erkennbares gewerbliches Interesse und mit einem klaren Bezug zu den Bewohnern des Grundstücks geschieht**, hält sich das durch das Aufziehen einer Fahne sichtbar gemachte Bekenntnis zu einem Fußballverein als eine private Lebensäußerung im eigenen Wohnbereich innerhalb der Variationsbreite bauplanungsrechtlich zulässiger Wohnnutzung [...].

*[...] Soweit die Kläger meinen, das Zeigen der Vereinsfahne eines börsennotierten Fußballvereins habe ohne weiteres gewerblichen Charakter, verkennen sie den rechtlichen Prüfungsmaßstab. **Nicht allein das Erscheinungsbild der Anlage, um die es geht, sondern insbesondere die konkreten Umstände ihrer Verwendung und ihre Zweckbestimmung bestimmen in der Zusammenschau, ob sie den Charakter einer Werbeanlage und damit den Charakter einer gewerblichen Nutzung hat.***“

(OVG Münster, Beschl. v. 08.07.2014 – 10 A 1787/13, Rn. 11 f., eigene Hervorhebung)

- Bei dem Fahnenmast und der daran angebrachten Fahne des K-Vereins handelt es sich daher nicht um eine Werbeanlage i. S. v. § 10 I BauO NRW.
- Der Fahnenmast stellt vielmehr eine in einem allgemeinen Wohngebiet zulässige Nebenanlage i. S. v. § 14 I BauNVO dar.

#### **d. Zwischenergebnis**

Da es sich bei dem Fahnenmast mit der Fahne um eine gem. § 14 I BauNVO zulässige Nebenanlage handelt, ist der Gebietsgewährleistungsanspruch der A nicht verletzt.

## **2. Verletzung des Gebots der Rücksichtnahme, § 15 I 2, II BauNVO**

Im Einzelfall sind Anlagen nach §§ 2 bis 14 BauNVO unzulässig, falls von ihnen Belästigungen oder Störungen ausgehen, die nach der Eigenart des Baugebietes unzumutbar sind.

**(P) Die Wohnruhe könnte durch die ständige Konfrontation der A mit der Fahne des K-Vereins gestört sein.**

- Die Fahne zeichnet sich durch leuchtende Farben aus. Der Fahnenmast weist eine gewisse Höhe auf. (+)
- Nach der allgemeinen Lebenswahrscheinlichkeit gibt es in einem allgemeinen Wohngebiet auch andere Farbeinwirkungen (Straßenkunst, Kindergärten, Kirchen, geschmückte Hauseingänge, etc.). (-)
- Möglicherweise ist die Fußballliebe besonders sensibel, sodass niedrigere Anforderungen an eine Störung gestellt werden können? (-)
  - Die Zugehörigkeit zu einem bestimmten Fußballverein ist nicht Teil des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Es ist Teil des allgemeinen Lebensrisikos, eine Nachbarin zu haben, die nicht dieselbe Fußballmannschaft unterstützt.
- Es liegt keine Störung vor. (-)

*„Ebenso wenig bestehen Bedenken an der Richtigkeit des angefochtenen Urteils insoweit, als das Verwaltungsgericht in Bezug auf die Wohnruhe, die die Nachbarn der Beigeladenen für ihre in einem Wohngebiet liegenden Grundstücke beanspruchen können, einen Verstoß gegen das in § 34 Abs. 1 BauGB beziehungsweise in § 15 Abs. 1 Satz 2 BauNVO verankerte Rücksichtnahmegebot zu Lasten der Kläger verneint hat. [...] Bei einer solchen Entfernung [10 Meter] hält es der Senat mit dem Verwaltungsgericht für ausgeschlossen, dass die Grenze der Zumutbarkeit wegen akustischer und oder optischer Beeinträchtigungen durch die BVB-Fahne zu Lasten der Kläger überschritten wird [...]“ (OVG Münster, Beschl. v. 08.07.2014 – 10 A 1787/13, Rn. 14)*

### **3. Zwischenergebnis**

Der Fahnenmast mit der Fahne verstößt nicht gegen eine die A schützende Vorschrift, sodass keine Rechtsverletzung der A besteht.

A hat mithin keinen Anspruch auf behördliches Einschreiten nach § 82 1 BauO NRW.

## IV. Ergebnis

Die zulässige Klage der A ist unbegründet.

***Anmerkung:** Wer hier davon ausgeht, dass der Fahnenmast aufgrund eines Verstoßes gegen eine auch die A schützende Norm materiell illegal ist, muss im Folgenden prüfen, ob eine Ermessensreduzierung auf Null vorliegt, sodass A einen Anspruch darauf hat, dass die Behörde die Beseitigung anordnet, oder ob lediglich ein Anspruch der A gegen die Behörde auf Entscheidung in der Sache besteht.*

*Eine Ermessensreduzierung auf Null ist insbesondere für diejenigen Fälle anerkannt, in denen der Kläger plausibel eine erhebliche Gefährdung seiner körperlichen Unversehrtheit aus Art. 2 II GG darlegt (z.B. körperliche Auswirkungen aufgrund von erheblichen Schlafstörungen durch Überschreitung der zulässigen Lärmgrenzen).*

**Professor Dr. iur. Christian Koenig, LL.M. (LSE)**

Direktor

Zentrum für Europäische Integrationsforschung  
Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn  
Genscherallee 3  
53113 Bonn

Telefon: +49 228 73-1891

Fax: +49 228 73-1893

sekretariat.zeia@uni-bonn.de

<http://www.zei.de/>