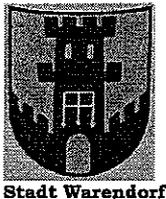


KV-Nr.: 220

**Die Aufgabe besteht (ohne Deckblatt) aus
9 Blatt und ist vollständig durchnummeriert.
Beigefügt sind 2 Blatt Gesetzestext (I-II).**

**Der Aufgabentext ist zu Beginn auf
Vollständigkeit zu überprüfen.**



Stadt Warendorf
Der Bürgermeister

SG 30
Recht und Liegenschaften

Herrn Rechtsreferendar Dr. Marschke
- im Hause -

Verf.:

Anliegende Verfahrensakte z.K. mit der Bitte um umfassende rechtliche Begutachtung der Erfolgsaussichten des Antrages. Ihr Gutachten soll der Vorbereitung der Antragsrwiderrung dienen. Bitte prüfen Sie, ob beantragt werden soll, den Antrag abzulehnen oder ob Veranlassung besteht, die streitgegenständliche Verfügung aufzuheben.

02.11.2007


(Loddenkemper,
Städtischer Rechtsrat)

§§ Dr. jur. Ernst Ludewig
- Rechtsanwalt -

Dr. jur. Ludewig

An das
 Verwaltungsgericht Münster
 Piusallee 38
 48147 Münster

Hansaring 90
 48155 Münster
 Telefon: 0221 / 57 84 19
 Telefax: 0221 / 57 84 20

Münster, den 26.09.2007

Mein Zeichen: 498/07 - eplus



Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz

der E-Plus Service GmbH & Co. KG, vertreten durch die E-Plus Mobilfunk
 Geschäftsführungs-GmbH, d. vertr. d. die Geschäftsführer Hilmar Schneider, Dr.
 Bernd Fallenberg und Christof Wolff, Edison-Allee 1, 14473 Potsdam,

- Antragstellerin -,

Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. Ludewig, Hansaring 90, 48155 Münster,

gegen

den Bürgermeister der Stadt Warendorf, Lange Kesselstraße 4-6, 48231 Warendorf,

- Antragsgegner -,

wegen baurechtlicher Ordnungsverfügung

Namens und in - beigefügter - Vollmacht der Antragstellerin beantrage ich,

1. die aufschiebende Wirkung der am 25.09.2007 erhobenen Klage gegen den
 Bescheid des Antragsgegners vom 29.08.2007 wiederherzustellen und
2. die Kosten des Verfahrens dem Antragsgegner aufzuerlegen.

12 L 387107

Begründung:**I.**

Die Antragstellerin ist Betreiberin eines Mobilfunknetzes. Zur Schließung von Versorgungslücken in ihrem Netz beabsichtigt sie, in der Stadt Warendorf auf dem Grundstück Oststraße 23 in 48231 Warendorf (Gemarkung Warendorf-Ost, Flur 13, Flurstück 113) eine Mobilfunkantenne auf der dort bereits vorhandenen Scheune zu errichten. Die Höhe der Mobilfunkantenne soll 9,95 m betragen. Die Scheune ist 6,00 m hoch. Das Grundstück liegt innerhalb der für diesen Bereich geltenden Gestaltungssatzung der Stadt Warendorf, die ich im Auszug als **Anlage 1** beifüge.

Mit den entsprechenden Bauarbeiten hat die Antragstellerin bereits am 21.08.2007 begonnen.

Mit Schreiben vom 22.08.2007 teilte der Antragsgegner der Antragstellerin mit, dass eine Prüfung der Baugenehmigungspflicht der in der Oststraße 23 in Warendorf geplanten Mobilfunkantenne ergeben habe, dass die Höhe der Antenne selbst zwar unter 10,00 m liege. Jedoch sei zu berücksichtigen, dass die Antenne auf einer 6 m hohen Scheune errichtet werden soll. Damit sei die nach § 65 Abs. 1 Nr. 18 BauO NRW genehmigungsfreie Höhe überschritten. Aber selbst wenn die Errichtung der Antenne nach der BauO NRW genehmigungsfrei sein sollte, sei jedenfalls die Gestaltungssatzung der Stadt Warendorf zu beachten. Nach § 2 Abs. 2 der Gestaltungssatzung seien die nach § 65 BauO NRW genehmigungsfreie Vorhaben genehmigungspflichtig. Die Errichtung der Anlage bedürfe somit der Baugenehmigung, die weder erteilt noch beantragt sei.

Mit Bescheid vom 29.08.2007 - der Antragstellerin zugestellt am 30.08.2007 - erließ der Antragsgegner daraufhin unter Androhung eines Zwangsgeldes in Höhe von 500,00 € eine Stilllegungsverfügung und ordnete zugleich die sofortige Vollziehung an. Den Bescheid vom 29.08.2007 füge ich in Kopie als **Anlage 2** bei.

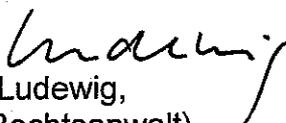
Gegen den Bescheid vom 29.08.2007 habe ich am 25.09.2007 Klage erhoben.

II.

Da die Antenne selbst keine Höhe von 10,00 m erreicht, ist ihre Aufstellung genehmigungsfrei nach § 65 Abs. 1 Nr. 18 BauO NRW. Entgegen der Auffassung des Antragsgegners ist die Höhe der Scheune insoweit nicht mitzuberoücksichtigen.

Auch wird die Genehmigungsfreiheit aus § 65 Abs. 1 Nr. 18 BauO NRW durch die Gestaltungssatzung der Stadt Warendorf nicht berührt. Die Stadt Warendorf hat gar nicht die rechtliche Möglichkeit, um entgegen der in der BauO NRW niedergelegten Genehmigungsfreiheit eine anderslautende Satzungsbestimmung zu erlassen.

Da die Errichtung der Mobilfunkantenne somit nicht genehmigungsbedürftig ist, ist die Ordnungsverfügung vom 29.08.2007 rechtswidrig.


(Ludewig,
Rechtsanwalt)

Auf den Abdruck der ordnungsgemäßen Vollmacht hat das LJPA verzichtet.

- Kopie -

Anlage 1

SATZUNG

über besondere Anforderungen an die Baugestaltung zur Pflege und zum Schutz der baulichen Eigenart des Ortsbildes vom Stadtkern Warendorf, das von besonderer geschichtlicher, künstlerischer und städtebaulicher Bedeutung ist, sowie über die Unterschreitung der Abstandsflächen zur Wahrung der bauhistorischen Bedeutung (Gestaltungssatzung der Stadt Warendorf)

Aufgrund des § 7 der Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen und des § 86 der Bauordnung für das Land Nordrhein-Westfalen in der jeweils gültigen Fassung hat der Rat der Stadt Warendorf am 25.04.2006 folgende Satzung beschlossen:

§ 1

Örtlicher Geltungsbereich

Der örtliche Geltungsbereich dieser Satzung umfasst folgende Straßen mit deren Gebäuden, Nebengebäuden und Grundstücken:

Oststraße 2 und 1 bis 72 und 47 (außer 6 und 8); Paul-Spiegel-Platz 1 bis 5a; Gartenstraße 1 bis 23 und 8 bis 18; Oberer Hagen 2, 2a bis 24 und 1 bis 17; Elisabethstraße 4 bis 14 und 1 bis 5; Unterer Hagen 1 bis 13; Hackwiese 2 bis 8 und 1 bis 5; Münsterstraße 2, 2a, 2 b und 4a; Schützenplatz 1 bis 5; Synagogenstraße 1; Wimereuxstraße 1; Kirchplatz 2 bis 8 und 1 bis 7; Südstraße 2 bis 8 und 1 und 3; Selbend 2 bis 6b und 7; Auf der Mauer 2 bis 8, 12 bis 22 und 1, 1a, 3, 3a; Wasserpforte 1 bis 5 und 2; Mühlengasse 1, 3 und 2; Zehnthofweg 1 bis 5 und 2 bis 4; Unterm Werth 1 bis 3; Unter der Stadtmauer 1, 2 und 4.

§ 2

Sachlicher Geltungsbereich

(1) Diese Satzung gilt für die Errichtung, Renovierung (Fassadenrenovierung), Modernisierung, Umbauten, Erweiterungen und Änderung aller baulichen Anlagen und Vorhaben einschließlich Garagen und Nebenanlagen, Einfriedungen von Grundstücken und Freiräumen sowie die Errichtung, Aufstellung, Anbringung und Änderung von Werbeanlagen, Warenautomaten und Antennen und für die Gestaltung der Wege-, Straßen- und Platzräume, die nach der Bauordnung für das Land Nordrhein-Westfalen (BauO NRW) und den aufgrund der BauO NRW erlassenen Rechtsvorschriften in den jeweils geltenden Fassungen baugenehmigungspflichtig sowie baugenehmigungsfrei sind und für alle anderen Anlagen, an die aufgrund der BauO NRW und den hierzu ergangenen Rechtsvorschriften Anforderungen gestellt werden.

(2) Die nach § 65 BauO NRW genehmigungsfreien Vorhaben sind genehmigungspflichtig, soweit dies nach der BauO NRW durch Satzung bestimmt werden kann.

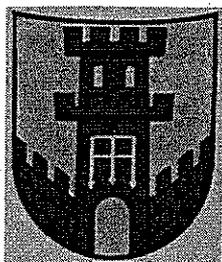
(3) Festsetzungen von Bebauungsplänen werden durch die Gestaltungssatzung nicht berührt.

(4) Die gemäß § 9 des Denkmalschutzgesetz Nordrhein-Westfalen erlaubnispflichtigen Maßnahmen für Baudenkmäler bleiben von dieser Satzung unberührt.

(...)

Auf den Abdruck der Satzung im Übrigen hat das LJPA verzichtet.

Aus den nicht abgedruckten Bestimmungen ergeben sich keine für die Lösung des Falles erheblichen Gesichtspunkte.



Stadt Warendorf

Anlage 2

- Kopie -

Gegen Postzustellungsurkunde

An die E-Plus Service GmbH & Co. KG,
vertreten durch die E-Plus Mobilfunk
Geschäftsführungs-GmbH, d. vertr. d. die
Geschäftsführer Hilmar Schneider,
Dr. Bernd Fallenberg und Christof Wolff,
Edison-Allee 1
14473 Potsdam

**Stadt Warendorf
Der Bürgermeister**

Lange Kesselstraße 4-6
48231 Warendorf

Sachgebiet 61
Bauordnung und Stadtplanung

Auskunft erteilt: Herr Heykamps
Zimmer: 8
Telefon: 02581/541320
Telefax: 02581/542905
E-Mail: heykamps@stadt-warendorf.de

Datum: 29.08.2007
Aktenzeichen: 32-33/07-mob

**Errichtung einer Mobilfunkantenne auf dem Grundstück Oststraße 23
in 48231 Warendorf (Gemarkung Warendorf-Ost, Flur 13, Flurstück 113)**
Bauaufsicht

Sehr geehrter Herr Schneider,
sehr geehrter Herr Dr. Fallenberg,
sehr geehrter Herr Wolff,

hiermit erlasse ich Ihnen gegenüber folgenden

Bescheid:

1. Die Bauarbeiten zur Errichtung einer Mobilfunkantenne auf dem Grundstück Oststraße 23 in 48231 Warendorf (Gemarkung Warendorf-Ost, Flur 13, Flurstück 113) sind ab sofort einzustellen.
2. Für den Fall der Zuwiderhandlung drohe ich Ihnen zugleich ein Zwangsgeld in Höhe von 500,00 € an.
3. Die sofortige Vollziehung der Ziffer 1 dieses Bescheides wird angeordnet.

Rechtsgrundlagen:

Vom LJPA zu Prüfungszwecken entfernt.

Begründung:

Im Rahmen einer Ortsbesichtigung habe ich festgestellt, dass mit der Ausführung des vorbezeichneten Bauvorhabens begonnen wurde.

Das Bauvorhaben unterliegt der Baugenehmigungspflicht. Die erforderliche Baugenehmigung ist bisher jedoch nicht erteilt worden. Einen Bauantrag haben Sie nicht gestellt.

Die Genehmigungspflicht ergibt sich aus § 65 Abs. 1 Nr. 18 der Bauordnung Nordrhein-Westfalen (BauO NRW). Die Antenne selbst hat eine Höhe von 9,95 m und die Scheune, auf der die Antenne errichtet werden soll, hat ihrerseits eine Höhe von 6,00 m. Daraus ergibt sich eine Gesamthöhe von 15,95 m. Diese Gesamthöhe übersteigt die gemäß § 65 Abs. 1 Nr. 18 BauO NRW genehmigungsfreie Maximalhöhe von 10,00 m deutlich.

Darüber hinaus liegt das Grundstück Oststraße 23 im örtlichen Geltungsbereich der Gestaltungssatzung der Stadt Warendorf. Auch wenn die Errichtung der Mobilfunkantenne nach § 65 BauO NRW genehmigungsfrei wäre, wäre das Bauvorhaben jedenfalls nach § 2 Abs. 2 der Gestaltungssatzung genehmigungspflichtig. Nach § 2 Abs. 1 der Gestaltungssatzung gilt die Satzung u.a. für die Errichtung und Aufstellung von Antennen, die nach der BauO NRW genehmigungspflichtig sowie genehmigungsfrei sind. Nach § 2 Abs. 2 der Gestaltungssatzung sind auch die nach § 65 BauO NRW genehmigungsfreien Vorhaben genehmigungspflichtig, soweit dies nach der BauO NRW durch Satzung bestimmt werden kann. Die BauO NRW erlaubt den Gemeinden, örtliche Bauvorschriften über die äußere Gestaltung baulicher Anlagen als Satzung zu erlassen. Die Errichtung einer Mobilfunkantenne an einem bestehenden Gebäude zählt zur äußeren Gestaltung baulicher Anlagen. Somit wird die Anlage - sofern sie überhaupt als genehmigungsfrei nach § 65 BauO NRW anzusehen sein sollte - jedenfalls durch § 2 Abs. 2 der Gestaltungssatzung der Stadt Warendorf der Genehmigungspflicht unterworfen.

Es entspricht pflichtgemäßem Ermessen, ungenehmigten Bauarbeiten mit einer Stilllegungsverfügung Einhalt zu bieten. Der Baustopp ist geeignet, erforderlich und auch verhältnismäßig.

Die Androhung eines Zwangsmittels ist geboten, um die Fortführung der Bauarbeiten zu verhindern. Das Zwangsgeld ist das am wenigsten belastende Zwangsmittel. Die Höhe von 500,00 € ist angemessen.

Mit Schreiben vom 22.08.2007 wurden Sie zu der beabsichtigten Stilllegungsverfügung gehört. Eine Stellungnahme von Ihrer Seite ist nicht erfolgt.

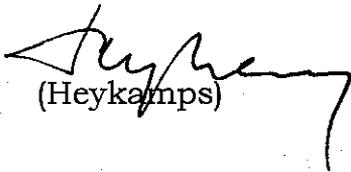
Anordnung der sofortigen Vollziehung:

Gemäß § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO wird die sofortige Vollziehung der Ziffer 1 dieses Bescheides angeordnet. Die Anordnung der sofortigen Vollziehung ist vorliegend geboten. Der Bescheid ist offensichtlich rechtmäßig. Das besondere öffentliche Interesse an der sofortigen Vollziehung überwiegt daher Ihr privates Interesse an der Fortsetzung der Bauarbeiten.

Rechtsbehelfsbelehrung:

Auf den Abdruck der ordnungsgemäßen Rechtsbehelfsbelehrung hat das LJPA verzichtet.

Im Auftrag



(Heykamp)

Vermerk für die Bearbeitung

Die Angelegenheit ist unter Berücksichtigung der Verfügung vom 02.11.2007 zu bearbeiten. Dabei sollen auch Überlegungen zur Zweckmäßigkeit des Vorgehens angestellt werden. Bearbeitungszeitpunkt ist der **02.11.2007**.

Auf die von den Beteiligten angesprochenen rechtlichen Aspekte ist in gutachterlicher Form auch dann einzugehen, wenn diese für die letztlich vorgeschlagene Entscheidung nicht sämtlich tragende Bedeutung haben sollten.

Sollte eine Frage für beweisrelevant gehalten werden, so ist eine Prognose zu der Beweislage (z. B. Beweislast, Qualität der Beweismittel etc.) zu erstellen.

Die Formalien (Ladungen, Zustellungen, Unterschriften, Vollmachten) sind in Ordnung, soweit sich nicht aus dem Sachverhalt etwas anderes ergibt.

Nicht abgedruckte Schriftstücke haben den wiedergegebenen Inhalt.

Die Stadt Warendorf ist eine mittlere kreisangehörige Gemeinde im Kreis Warendorf.

Es ist davon auszugehen, dass die Gestaltungssatzung der Stadt Warendorf formell ordnungsgemäß zustande gekommen ist und das Bauvorhaben materiell legal ist.

Die Vorschriften des Zweiten Gesetzes zum Bürokratieabbau (Bürokratieabbaugesetz II) vom 19.09.2007 finden **keine** Anwendung.

|

**Erstes Gesetz zum Bürokratieabbau
(Bürokratieabbaugesetz I)**

Vom 13. März 2007

Der Landtag hat das folgende Gesetz beschlossen, das hiermit verkündet wird:

**Erstes Gesetz
zum Bürokratieabbau (Bürokratieabbaugesetz I)**

§ 1

Zum Abbau von Bürokratie werden Vorschriften - Gesetze, Verordnungen und Erlasse - außer Kraft gesetzt oder modifiziert, um zu erproben, ob damit unternehmerisches Handeln erleichtert, Existenzgründungen gefördert und die wirtschaftliche Entwicklung voran getrieben werden kann. Die in der Modellregion Ostwestfalen-Lippe entstandenen Innovationsvorschläge zur Entbürokratisierung und Deregulierung sollen, soweit sie erfolgreich sind, nach Abschluss der Modellphase landesweit in Dauerrecht übernommen werden.

§ 2

Im Lande Nordrhein-Westfalen gelten die folgenden Vorschriften mit folgender Maßgabe:

1. (...)

2. (...)

3. Gesetz zur Ausführung der Verwaltungsgerichtsordnung (AG VwGO) vom 26. März 1960 (GV. NRW. S. 47, ber. S. 68), zuletzt geändert durch Artikel I des Gesetzes vom 7. März 2006 (GV. NRW. S. 107):

Abweichend von § 6 Abs. 1 bedarf es einer Nachprüfung in einem Vorverfahren nach § 68 der Verwaltungsgerichtsordnung auch in folgenden Fällen nicht:

1. bei Entscheidungen nach dem Arbeitsschutzgesetz und den dazu ergangenen Rechtsverordnungen,

2. bei Entscheidungen nach der Gewerbeordnung und den dazu ergangenen Rechtsverordnungen,

3. bei Entscheidungen nach dem Geräte- und Produktsicherheitsgesetz und den dazu ergangenen Rechtsverordnungen,

4. bei Entscheidungen nach dem Arbeitszeitgesetz und den dazu ergangenen Rechtsverordnungen,

5. bei Entscheidungen nach dem Gesetz über Betriebsärzte, Sicherheitsingenieure und andere Fachkräfte für Arbeitssicherheit,

6. bei Entscheidungen der Bauaufsichtsbehörden und der Baugenehmigungsbehörden,

7. bei Entscheidungen nach dem Gaststättengesetz und der dazu ergangenen Rechtsverordnung.

Dies gilt nicht

- soweit Bundesrecht die Durchführung eines Vorverfahrens vorschreibt,
- für die Bewertung einer Leistung im Rahmen einer berufsbezogenen Prüfung,
- für Verwaltungsakte, die vor dem 15. April 2007 dem jeweiligen Adressaten bekannt gegeben worden sind.

(....)

§ 5

(1) Dieses Gesetz tritt am 15. April 2007 in Kraft.

(...)

Düsseldorf, den 13. März 2007

**Auf den Abdruck des Gesetzes im Übrigen hat das LJPA verzichtet.
Aus den nicht abgedruckten Bestimmungen ergeben sich keine für die Lösung
des Falles erheblichen Gesichtspunkte.**

Dem Vortrag liegt das Verfahren VG Arnsberg 4 L 1005/05 zugrunde. Dieser Vermerk erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Er soll lediglich auf die Probleme hinweisen, die das Prüfungsamt veranlasst haben, die Aufgabe für einen Aktenvortrag auszugeben.
Textkontrolle: BauO NRW, VwGO sowie - im Anhang abgedruckt - Bürokratieabbaugesetz I

A. Zulässigkeit des Antrages

Der Antrag dürfte zulässig sein. Er ist gemäß §§ 122 Abs. 1, 88, 80 Abs. 5 S. 1 VwGO dahingehend auszulegen, dass die Antragstellerin hinsichtlich Ziff. 1 der Verfügung die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung, hinsichtlich Ziff. 2 die Anordnung der aufschiebenden Wirkung ihrer Klage begehrt. Denn hinsichtlich Ziff. 1 entfällt die aufschiebende Wirkung des Rechtsmittels, weil die Behörde die sofortige Vollziehung angeordnet hat (§ 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO); hinsichtlich Ziff. 2 entfällt die aufschiebende Wirkung gemäß § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 VwGO i.V.m. § 8 S. 1 AG VwGO NRW kraft Gesetzes. Das Verfahren nach § 80 Abs. 5 S. 1 VwGO ist statthaft, da die Verfügung vom 29.08.2007 zwei belastende Maßnahmen enthält, gegen die in der Hauptsache Anfechtungsklage zu erheben ist. Die Antragstellerin dürfte als Adressatin der Ordnungsverfügung analog § 42 Abs. 2 VwGO antragsbefugt sein. Der Antragstellerin fehlt auch nicht das erforderliche Rechtsschutzbedürfnis. Der Rechtsbehelf in der Hauptsache ist nicht offensichtlich unzulässig. Die Antragstellerin hat gegen den Bescheid vom 29.08.2007 am 25.09.2007 zutreffend Klage - und nicht Widerspruch - erhoben. Denn nach § 2 Ziff. 3 S. 1 Nr. 6 1. Alt. und S. 2 des Ersten Gesetzes zum Bürokratieabbau vom 13.03.2007 bedarf es bei Entscheidungen der Bauaufsichtsbehörden keiner Nachprüfung mehr in einem Vorverfahren nach § 68 VwGO, es sei denn, dass der Verwaltungsakt vor dem 15.04.2007 dem jeweiligen Adressaten bekannt gegeben worden ist. Da die Verfügung der Antragstellerin am 30.08.2007 zugestellt wurde, ist statthafter Rechtsbehelf in der Hauptsache - ohne vorherige Durchführung eines Widerspruchsverfahrens - somit die Anfechtungsklage.

B. Begründetheit

Der Antrag dürfte auch begründet sein.

I. Die Anordnung der sofortigen Vollziehung dürfte in formeller Hinsicht dem in § 80 Abs. 3 S. 1 VwGO aufgestellten besonderen Begründungserfordernis nicht genügen. § 80 Abs. 3 S. 1 VwGO fordert eine auf den konkreten Einzelfall abstellende, nicht lediglich formelhafte Begründung. Der Hinweis auf die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes genügt nicht (Kopp/Schenke, VwGO 14. Aufl., § 80 Rn. 85) Die Begründung für die Anordnung der sofortigen Vollziehung der Ziffer 1 der Verfügung vom 29.08.2007 beinhaltet keine Gründe für das Überwiegen des öffentlichen Interesses an der sofortigen Vollziehung und reicht somit nicht aus.

II. Des weiteren dürfte auch die im Verfahren nach § 80 Abs. 5 VwGO vorzunehmende Abwägung des privaten Aussetzungs- mit dem öffentlichen Vollzugsinteresse zum Vorteil der Antragstellerin ausfallen. Nach der im Eilverfahren allein möglichen summarischen Prüfung dürften nämlich ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Bescheides vom 29.08.2007 bestehen.

1. Die Stilllegungsverfügung dürfte rechtswidrig sein.

a) Die Verfügung ist formell rechtmäßig. Die Zuständigkeit des Antragsgegners folgt aus § 60 Abs. 1 Nr. 3 a) BauO NRW, weil Warendorf nach dem Bearbeitervermerk eine mittlere kreisangehörige Stadt. Die erforderliche Anhörung (§ 28 Abs. 1 VwVfG NRW) ist erfolgt.

b) Die Stilllegungsverfügung dürfte jedoch materiell rechtswidrig sein. Nach § 61 Abs. 1 S. 1 BauO NRW haben die Bauaufsichtsbehörden bei der Errichtung, der Änderung, dem Abbruch, der Nutzung, der Nutzungsänderung sowie der Instandhaltung baulicher Anlagen darüber zu wachen, dass die öffentlich-rechtlichen Vorschriften eingehalten werden. In Wahrung dieser Aufgaben haben sie gemäß S. 2 nach pflichtgemäßem Ermessen die erforderlichen Maßnahmen zu treffen.

Das Bauvorhaben dürfte - entgegen den Ausführungen im Bescheid vom 29.08.2007 - nicht formell illegal sein. Denn es dürfte nicht der Genehmigungspflicht (§ 63 Abs. 1 S.1 BauO NRW) unterliegen.

Bei der Mobilfunkantenne dürfte es sich nämlich um eine "sonstige Antenne" (...) mit einer Höhe bis zu 10,0 m handeln, deren Errichtung nach § 65 Abs. 1 Nr. 18 BauO NRW genehmigungsfrei ist. Die Antenne selbst hat eine Höhe von 9,95 m und hält daher die Größenvorgabe von 10,0 m ein. Der Umstand, dass die Antenne auf einer Scheune errichtet werden soll und - zusammen mit diesem Gebäude - insgesamt eine Höhe von 10,0 m überschreitet, dürfte zu keiner abweichenden Beurteilung führen. Die weiteren Regelungen des § 65 Abs. 1 Nr. 18 BauO NRW betreffend die Genehmigungsfreiheit von Nutzungsänderungen bei Errichtung von Antennen- und Sendeanlagen auf bestehenden baulichen Anlagen sprechen nämlich dafür, dass bei der Prüfung der Höhe nur die Antenne selbst in den Blick zu nehmen ist und nicht etwa auch die bauliche Anlage, auf der sie errichtet wird (vgl. VG Arnsberg in der zugrunde liegenden Entscheidung). Zudem spricht für eine derartige Auslegung auch der Umkehrschluss aus § 65 Abs. 1 Nr. 23 BauO NRW, wo die Höhe der genehmigungsfreien Flutlichtanlagen auf bis zu 10,00 m über der Geländeoberfläche beschränkt ist.

Die aus § 65 Abs. 1 Nr. 18 BauO NRW resultierende Genehmigungsfreiheit dürfte durch die Regelungen der Gestaltungssatzung nicht berührt sein. Zwar unterfällt das Grundstück Oststraße 23, auf dem die Mobilfunkantenne errichtet werden soll, dem örtlichen Geltungsbereich der Gestaltungssatzung (GS) der Stadt Warendorf (§ 1 GS). § 2 Abs. 2 GS begründet eine Genehmigungspflicht für die nach § 65 BauO NRW genehmigungsfreien Vorhaben aber ausdrücklich nur insoweit, als "dies nach der BauO NRW durch Satzung bestimmt werden kann". Eine weitergehende Statuierung von Genehmigungspflichten für an sich genehmigungsfreie Vorhaben wäre auch unwirksam, da eine gemeindliche Satzung den landesgesetzlichen Vorschriften nicht vorgehen kann. Die rechtliche Handhabe, eine Genehmigungspflicht für genehmigungsfreie Vorhaben durch Satzung einzuführen, räumt die BauO NRW den Gemeinden nur - unter weiteren Voraussetzungen - in Bezug auf genehmigungsfreie Werbeanlagen und Warenautomaten ein (§ 86 Abs. 2 Nr. 1 BauO NRW). Soweit im Bescheid vom 29.08.2007 darauf verwiesen wird, dass § 86 Abs. 1 S. 1 BauO NRW den Gemeinden erlaube, örtliche Bauvorschriften über die äußere Gestaltung baulicher Anlagen als Satzung zu erlassen und somit auch Regelungen betreffend Mobilfunkantennen zu schaffen, hat dies mit der Frage der Genehmigungspflicht solcher Anlagen nichts zu tun. § 86 Abs. 1 Nr. 1 BauO NRW dürfte nach dem Wortlaut der Vorschrift - anders als § 86 Abs. 2 Nr. 1 BauO NRW - schon keine Grundlage dafür bieten dürfte, eine Genehmigungspflicht für bestimmte bauliche Anlagen einzuführen. Die GS dürfte des weiteren aber auch gar keine Regelung enthalten, die sich dahingehend interpretieren ließe, dass alle nach § 65 BauO NRW genehmigungsfreien Anlagen der Baugenehmigungspflicht unterliegen, sofern sie Gegenstand gestalterischer örtlicher Bauvorschriften sein können.

Entscheidend dürfte hier sein, dass die Bearb. zunächst die genaue Regelung der GS herausarbeiten und sodann an den Vorgaben aus §§ 65 Abs. 1, 86 Abs. 1 und 2 BauO NRW messen.

Da das Bauvorhaben nicht der Genehmigungspflicht unterliegt und nach dem Bearbeitervermerk materiell legal ist, dürften die Voraussetzungen für eine auf § 61 Abs. 1 S. 2 BauO NRW gestützte Stilllegungsverfügung somit nicht vorliegen.

2. Die **Zwangsgeldandrohung** dürfte gleichfalls rechtswidrig sein, da die Voraussetzungen des Verwaltungszwanges (§ 55 Abs. 1 VwVG NRW) mangels rechtmäßigen Grundverwaltungsaktes nicht vorliegen.

C. Zweckmäßigkeitserwägungen aus Sicht des Antragsgegners

Der Bescheid vom 29.08.2007 dürfte somit insgesamt aufzuheben sein.