

Fälle zum öffentlichen Baurecht

Bearbeitet von

Begründet von Dr. Manfred Gubelt, Stadtdirektor a.D., Fortgeführt von Prof. Dr. iur. Stefan Muckel, und Dr. Thomas Stemmler, Rechtsanwalt

8. Auflage 2019. Buch. Rund 160 S. Softcover

ISBN 978 3 406 71130 5

Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

[Recht > Öffentliches Recht > Öffentliches Baurecht](#)

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

**beck-shop.de**
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

3. Ergebnis

49

Da die Verfügung der Bauaufsichtsbehörde nach allem formell und materiell rechtmäßig ist, hat die Anfechtungsklage der *T* keine Aussicht auf Erfolg.

Fall 13. Der ungenehmigte Anbau**Stilllegungsverfügung – Abbruchverfügung – formelle und materielle Baurechtswidrigkeit – Abstandsflächen – Ausnahmen** 50

Auf Betreiben der Mieter will die *T* im Hinterhof einen längeren zweigeschossigen Anbau mit einer Außenwand von 6m Höhe an dem Hochhaus mit einem Durchgang errichten, in dem Gemeinschaftshobbräume untergebracht werden sollen. Sie beantragt eine entsprechende Baugenehmigung. Als diese nach einiger Zeit noch nicht erteilt ist, beginnt die *T* mit der Ausführung des Vorhabens. Der Anbau reicht mit seiner fensterlosen Rückfront bis auf 5m an die mit Fenstern versehene Hinterfront eines gegenüberliegenden Nachbarhauses, dessen Abstandfläche von 3m sich mit 2m auf dem eigenen Grundstück und mit 1m – durch eine Baulast gesichert – auf dem Grundstück der *T* befindet. Kurz vor der Fertigstellung erhält der Oberbürgermeister als Bauaufsichtsbehörde Kenntnis von dem Anbau. Nach erfolgter Anhörung erlässt er daraufhin eine Verfügung, mit der er der *T* aufgibt, 1) jegliche Bautätigkeit sofort einzustellen, 2) den Anbau binnen sechs Wochen zu beseitigen. Er begründet das damit, dass die *T* nicht im Besitz einer entsprechenden Baugenehmigung sei und diese auch nicht erteilt werde, da der Anbau wegen Verstoßes gegen die Normen über Gebäudeabstandsflächen nicht zulässig sei. Die *T* möchte insbesondere den Abriss verhindern. Sie meint, dass die Baugenehmigung erteilt werden müsste, da eine geringere Tiefe der Abstandsflächen gestattet werden könne. Sie trägt hierzu vor, dass das Vorhaben in einem überwiegend bebauten Gebiet und nicht im Geltungsbereich eines Bebauungsplans liegt. Die Belichtung des Nachbarhauses werde nicht beeinträchtigt und der Nachbar habe dem Anbau zugestimmt (was zutrifft).

Hätte eine Klage der *T* Aussicht auf Erfolg?

Gliederung

- I. Zulässigkeit einer Klage
- II. Begründetheit der Klage
 1. Die Stilllegungsverfügung/Baueinstellungsanordnung
 - a) Ermächtigungsgrundlage
 - b) Formelle Baurechtswidrigkeit
 - c) Ergebnis
 2. Die Abrissverfügung/Beseitigungsanordnung
 - a) Formelle Illegalität des Anbaus
 - b) Materielle Illegalität des Anbaus
 - c) Übermaßverbot: Keine Möglichkeit zur Herstellung des rechtmäßigen Zustands auf andere Weise
 - d) Ergebnis

51

Lösung

52 I. Zulässigkeit einer Klage

Die Stilllegungs- und Abrissverfügungen stellen für die *T* belastende Verwaltungsakte dar. Statthafte Klageart gegen beide Verfügungen ist daher die Anfechtungsklage nach § 42 I Alt. 1 VwGO, die *T* fristgerecht nach § 74 I 2 VwGO innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe beim zuständigen Verwaltungsgericht erheben müsste. Insoweit ergibt sich keine Änderung gegenüber Fall 12. Zu beachten ist nur, dass es sich sachlich um zwei unterschiedliche Anordnungen handelt, nämlich eine Stilllegungs- und eine Abrissverfügung. Die *T* kann gegen beide Anordnungen im Wege der objektiven Klagehäufung gem. § 44 VwGO gemeinsam klagen. Klagegegner ist nach dem in NRW geltenden Rechtsträgerprinzip gem. § 78 I Nr. 1 VwGO die Körperschaft, deren Behörde den angefochtenen Verwaltungsakt erlassen hat, also die Stadt *S* (vgl. auch hierzu Fall 12, → § 3 Rn. 36).

53 II. Begründetheit der Klage

Die Anfechtungsklage ist gem. § 113 I 1 VwGO begründet, wenn die Anordnungen rechtswidrig sind und die *T* in ihren Rechten verletzt.

Beide Anordnungen sind *getrennt* auf ihre Rechtmäßigkeit zu untersuchen.

54 1. Die Stilllegungsverfügung/Baueinstellungsanordnung

55 a) Als *Ermächtigungsgrundlage* für die Stilllegungsverfügung kommt § 81 I 1 BauO NRW in Betracht. Danach kann die Bauaufsichtsbehörde die Einstellung der Arbeiten anordnen, wenn die (baulichen) Anlagen im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften errichtet, geändert oder beseitigt werden. Damit gibt es nunmehr auch in NRW eine spezielle Ermächtigungsgrundlage für eine Baueinstellungsverfügung.

56 **Hinweis:** Die typischen bauaufsichtsrechtlichen Maßnahmen, wie die Stilllegungsverfügung, Nutzungsuntersagung und Abrissverfügung, wurden in NRW nach bisherigem Recht auf die bauordnungsrechtliche Generalklausel (§ 61 I 2 BauO NRW 2000, jetzt: § 58 II BauO NRW) gestützt. Der Landesgesetzgeber hat im Zuge der Neugestaltung der BauO NRW nunmehr – wie bereits andere Bundesländer zuvor – differenzierende Regelungen zu diesen Ordnungsmaßnahmen aufgenommen (zur Beseitigungsverfügung und Nutzungsuntersagung nach § 82 BauO NRW → § 3 Rn. 59 ff.). Der Wortlaut und die systematische Stellung der Normen (4. Teil, 4. Abschnitt: „Bauaufsichtliche Maßnahmen“) sprechen einerseits dafür, die Regelungen der §§ 80–82 BauO NRW als spezielle Eingriffsbefugnisnormen zu behandeln, die der bauordnungsrechtlichen Generalklausel vorgehen. Andererseits schweigt die Begründung des Gesetzesentwurfs zu der Frage, in welchem Verhältnis § 58 II 2 BauO NRW, der der bisher geltenden Regelung in § 61 I 2 BauO NRW 2000 entspricht⁸¹, und die Regelungen der §§ 80–82 BauO NRW zueinander stehen,⁸² was die Schlussfolgerung zuließe, dass der Gesetzgeber keine neuen Ermächtigungsgrundlagen schaffen wollte. Es wäre daher durchaus vertretbar, für die Stilllegungsverfügung und andere bauaufsichtliche Maßnahmen weiterhin die bauordnungsrechtliche Generalklausel (jetzt: § 58 II BauO NRW) heranzuziehen. Da sich zu dieser Frage noch keine Verwaltungspraxis oder Rechtsprechung herausgebildet hat, sollte sie weiterhin beobachtet werden. Die hier vertretene Auffassung folgt der wenigen Literatur, die bereits die BauO NRW 2018 berücksichtigt.⁸³

⁸¹ NRWLT-Drs. 17/2166, 156.

⁸² NRWLT-Drs. 17/2166, 197.

⁸³ Will Rn. 713 mit Fn. 325, Rn. 728 mit Fn. 347, Rn. 734 mit Fn. 354 zieht mit Selbstverständlichkeit die neuen Regelungen der §§ 81, 82 BauO NRW als Ermächtigungsgrundlagen für die Baueinstellungs-, Beseitigungs- und Nutzungsuntersagungsverfügung heran.

b) Bei der Überprüfung der *formellen Rechtmäßigkeit* bestehen nach dem Sachverhalt aus Form- und Verfahrensgründen keine Bedenken. In Fall 12 wurde bereits dargelegt,⁸⁴ dass der Oberbürgermeister der Stadt S als Bauaufsichtsbehörde für derartige Maßnahmen *zuständig* ist. 57

Die Bauaufsichtsbehörde kann nach § 81 I 1 BauO NRW die Einstellung der Arbeiten anordnen, wenn das Vorhaben öffentlich-rechtlichen Vorschriften widerspricht. Das gilt ua auch, wenn die Ausführung eines Vorhabens entgegen den Vorschriften des § 74 VII–IX BauO NRW begonnen wurde (§ 81 I 2 Nr. 1 BauO NRW) oder gem. § 81 I 2 Nr. 2 bei der Ausführung a) eines genehmigungsbedürftigen Vorhabens von den genehmigten Bauvorlagen bzw. b) eines genehmigungsfreigestellten Bauvorhabens von den eingereichten Unterlagen abgewichen wird.

Der Gesetzgeber bringt damit nunmehr deutlich zum Ausdruck, was von der hM schon immer vertreten wurde: Bei *formeller Baurechtswidrigkeit* ist die Behörde *grundsätzlich* berechtigt, die sofortige Einstellung der Bauarbeiten anzuordnen, weil andernfalls die Genehmigungspflicht oder die Freistellungsvoraussetzungen (insbesondere die Einreichung der erforderlichen Bauunterlagen) und damit auch die Autorität der Bauaufsichtsbehörde fast beliebig umgangen werden könnte.⁸⁵

Durch die Errichtung eines sog. „Schwarzbaus“ würde die T öffentlich-rechtliche Vorschriften verletzen, nämlich §§ 60 I, 74 VII 86 BauO NRW, wonach die Errichtung baulicher Anlagen grundsätzlich einer Genehmigung bedarf und vor deren Zugang nicht mit der Bauausführung begonnen werden darf. Die Errichtung einer Anlage ohne erforderliche Baugenehmigung ist nach § 86 I Nr. 13, III BauO NRW eine Ordnungswidrigkeit, die mit Geldbuße bis zu 500.000 EUR geahndet werden kann. Ein Verstoß gegen diese öffentlich-rechtlichen Vorschriften wäre aber nur gegeben, wenn der für Hobbyräume gedachte Anbau an das Hochhaus nicht genehmigungsfrei ist. Es handelt sich hierbei jedoch nicht um ein Vorhaben, das sich dem umfangreichen Katalog der genehmigungsfreien Bauvorhaben nach § 62 I BauO NRW zuordnen lässt. Nach seiner Größe könnte der Anbau der Genehmigungsfreistellung iSd § 63 I BauO NRW unterliegen. Das Vorhaben liegt nach dem Sachverhalt aber nicht in dem Geltungsbereich eines Bebauungsplans, so dass es aufgrund § 63 II 1 Nr. 1 BauO NRW nicht genehmigungsfrei gestellt ist. Der Anbau ist also genehmigungspflichtig. Ein Vorhaben, das ohne die erforderliche Baugenehmigung errichtet wird, ist – unabhängig davon, ob es materiell-rechtlich mit den baurechtlichen Vorschriften vereinbar ist – immer *formell baurechtswidrig*. Bei formeller Baurechtswidrigkeit ist die Behörde grundsätzlich berechtigt, die sofortige Einstellung der Bauarbeiten gem. § 81 I BauO NRW anzuordnen, weil andernfalls die Genehmigungspflicht fast beliebig umgangen werden und „vollendete Tatsachen“ geschaffen werden könnten.⁸⁶ Die T als Bauherrin ist gem. §§ 52, 53 BauO NRW richtige Adressatin der Verfügung. Ermessenfehler, insbesondere ein Verstoß gegen rechtsstaatliche Grundsätze, etwa das Übermaßverbot, sind nicht ersichtlich.⁸⁷ Die Stilllegungsverfügung war demnach rechtmäßig.

⁸⁴ Vgl. → § 2 Rn. 39.

⁸⁵ Muckel/Ogorek ÖffBauR § 9 Rn. 40; SchlHOVG BRS 16 Nr. 130; OVG NRW BRS 47 Nr. 197; PrOVGE 105, 215; HBG ÖffBauR/Grotefels § 16 Rn. 87; Mampel BauR 2000, 996 (999). Werden die Arbeiten trotzdem fortgesetzt, kann die Baustelle versiegelt werden (dazu OVG NRW BRS 16 Nr. 130), Baumaterialien oder Gerätschaften in amtlichen Gewahrsam gebracht werden, vgl. § 81 II BauO NRW. Ist das Bauwerk fertiggestellt, kann seine Inbetriebnahme verhindert werden (BHGZ 8, 97; OVG NRW BRS 28 Nr. 172).

⁸⁶ Will Rn. 734 f.

⁸⁷ Eine Stilllegungsverfügung ist jedoch dann unverhältnismäßig und ermessensfehlerhaft, wenn bereits ein Bauantrag gestellt ist, das Vorhaben aus Sicht der Genehmigungsbehörde

58 c) **Ergebnis.** Hinsichtlich der Stilllegungsverfügung hätte eine Klage der *T* somit keine Aussicht auf Erfolg.

59 2. Die Abrissverfügung/Beseitigungsanordnung

a) Es ist zu prüfen, ob auch die Verfügung, den Anbau zu beseitigen, unter dem Gesichtspunkt gerechtfertigt ist, dass der Anbau wegen Verstoßes gegen §§ 60 I, 74 VII, 84 I Nr. 13 BauO NRW *formell baurechtswidrig* ist. Werden Anlagen im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften errichtet oder geändert, kann die Bauaufsichtsbehörde nach § 82 S. 1 BauO NRW⁸⁸ die teilweise oder vollständige Beseitigung der Anlage anordnen, wenn nicht auf andere Weise rechtmäßige Zustände hergestellt werden können. Zwar liegt insoweit – wie oben ausgeführt – ein Verstoß gegen öffentlich-rechtliche Vorschriften vor, doch kann eine sofortige Beseitigung des Bauwerks trotzdem nicht verlangt werden, weil dem Bauherrn bei Übereinstimmung des Bauvorhabens mit materiellem Baurecht zur Herstellung rechtmäßiger Zustände ein Anspruch auf Erteilung der Genehmigung (und damit auf Beseitigung der formell-rechtlichen Schranke) zusteht.⁸⁹ Eine Beseitigungsanordnung ist grundsätzlich so lange unzulässig, bis über die Erteilung oder Versagung der Bauerlaubnis endgültig Klarheit geschaffen worden ist.⁹⁰ Steht die Entscheidung über den Bauantrag endgültig fest, dann darf der Abriss nur verlangt werden, wenn außer der fehlenden Baugenehmigung (*formelle Illegalität*) das Bauvorhaben auch gegen Bestimmungen des materiellen Baurechts verstößt (*materielle Illegalität*).⁹¹ Lediglich in Ausnahmefällen, wenn bspw. die Beseitigung den ohne die erforderliche Baugenehmigung Bauenden nicht wesentlich härter trifft als ein Nutzungsverbot oder – wie bei Werbeanlagen – das Nutzungsverbot einer Beseitigung gleichkommt, darf die Behörde die sofortige Entfernung des Baukörpers allein wegen der formellen Illegalität verlangen. In diesen Fällen muss die Beseitigung der baulichen Anlage jedoch ohne erheblichen Substanzverlust und andere – absolut und im Wert zur baulichen Anlage gesehen – hohe Kosten für Entfernung und Lagerung möglich sein.⁹² Selbstverständlich ist die formelle Illegalität keine Voraussetzung für eine Beseitigungsanordnung, wenn ein Vorhaben keiner Baugenehmigung bedarf, es also genehmigungsfrei oder -freigestellt ist. Konsequenterweise kann eine Beseitigungsanordnung ggf. alleine mit der materiellen Illegalität der baulichen Anlage begründet werden.⁹³

genehmigungsfähig ist und der Erteilung einer Baugenehmigung auch sonst nichts im Wege steht, vgl. *OVG NRW NVwZ-RR* 2002, 564. Aus Gründen der Verhältnismäßigkeit wird es auch nicht als zulässig angesehen, die Räumung einer Wohnung in einem bloß formell illegal errichteten Haus anzuordnen, vgl. *OVG RbPf BRS* 18 Nr. 145.

⁸⁸ Wie die übrigen Landesbauordnungen beinhaltet nunmehr auch das nordrhein-westfälische Landesrecht im Anschluss an § 80 S. 1 MBO für die Beseitigung eine spezielle Ermächtigungsgrundlage.

⁸⁹ So schon *PrOVGE* 13, 393; 30, 286; 195, 300; *BVerwG DÖV* 1958, 80; *BauR* 2002, 1520 (1523); *Stollmann/Beaucamp ÖffBauR* § 19 Rn. 23.

⁹⁰ *OVG Bln JR* 1972, 171; *BGHZ* 8, 104; vgl. auch Schoch *BesVerwR/Krebs*, 4. Kapitel, Rn. 231.

⁹¹ Ganz hM, vgl. *BVerwGE* 19, 162 f.; *OVG NRW BauR* 2015, 1963; *Lindner JuS* 2014, 118 ff.; *SchlHOVG DÖV* 1960, 142; *OVG NRW NWVBl.* 1997, 469; *Battis ÖffBauR* Rn. 599; aA *Mampel BauR* 1996, 13 (19 f.); *ders. BauR* 2000, 1001 f., der nur das Vorliegen der materiellen Illegalität verlangt; *Koch/Hendler* § 26 Rn. 25 wollen für eine Beseitigungsanordnung die formelle Illegalität genügen lassen. Auf diese Gegenauffassungen näher eingehend *Muckel/Ogorek ÖffBauR* § 9 Rn. 33 ff.

⁹² *OVG NRW BauR* 2006, 369; *Jäde ZfBR* 2015, 19 (27).

⁹³ *Will* Rn. 717

b) Der Anbau der *T* müsste daher *auch materiell illegal* sein. Nach Ansicht der Bauaufsichtsbehörde sind die Vorschriften über die Gebäudeabstandflächen nicht eingehalten. Einschlägige Vorschrift ist § 6 BauO NRW. Unter Berücksichtigung der Außenwandhöhe des zweigeschossigen Anbaus von 6m beträgt die Tiefe der Abstandfläche nach § 6 V 1, IV BauO NRW rechnerisch 2,4m ($6m \times 0,4 H^{94}$). Diese Abstandfläche liegt auch auf dem Grundstück der *T* selbst, so dass § 6 II 1 BauO NRW erfüllt ist. In Betracht kommt ein Verstoß gegen § 6 III BauO NRW. Nach dieser Norm dürfen sich die Abstandflächen grundsätzlich nicht überdecken. Das Nachbarhaus hat eine Abstandfläche von 3m, die sich mit 2m auf dem eigenen Grundstück und mit 1m auf dem Grundstück der *T* befindet.

Eine Ausnahme von der Regel des § 6 II 1 BauO NRW (hier für das Nachbarhaus) enthält § 6 II 3 BauO NRW: Es ist zulässig, dass sich Abstandflächen auch auf andere Grundstücke erstrecken, wenn durch eine Baulast gesichert ist, dass sie nur mit in der Abstandfläche zulässigen baulichen Anlagen überbaut und auf die auf diesen Grundstücken erforderlichen Abstandflächen nicht angerechnet werden. Im vorliegenden Fall ist aufgrund der Sicherung durch die Baulast anzunehmen, dass die Voraussetzungen des § 6 II 3 BauO NRW erfüllt waren, bevor die *T* den Anbau ohne Baugenehmigung errichtete.

Da der Anbau 5m von dem Nachbarhaus entfernt ist, die beiden Abstandflächen aber 5,4m ($3m + 2,4m$) betragen, überdecken sie sich um 0,4 m. Gem. § 6 III Nr. 3 BauO NRW gilt das Überdeckungsverbot nicht, wenn das Bauvorhaben der *T* in den Abstandflächen zulässig ist oder gestattet wird. Eine Zulässigkeit des Vorhabens in den Abstandflächen ist nicht ersichtlich; eine behördliche Gestattung liegt nicht vor. Damit wäre das Vorhaben der *T* auch materiell illegal. Im Regelfall kann dann die *Beseitigung des Bauwerks* verlangt werden. Denn wenn ein „Schwarzbauer“ erwarten könnte, dass die in baurechtswidriger Weise geschaffenen vollendeten Tatsachen aufrechterhalten bleiben, dann wäre das geradezu ein Anreiz, einen nicht genehmigungsfähigen Bau ohne Kenntnis der Behörde zu errichten.

c) Dieser Grundsatz gilt indes nur mit einer weiteren, als Ausfluss des *Übermaßverbotes* normierten Einschränkung: Die Beseitigung darf nach § 82 S. 1 BauO NRW nur verlangt werden, wenn nicht *auf andere Weise rechtmäßige Zustände hergestellt* werden können. Es muss also ausgeschlossen sein, den rechtswidrigen Zustand durch Anordnung von Bedingungen oder Auflagen, durch Gestattungen oder durch die nachträgliche Zulassung von Abweichungen zu beseitigen. Eine Möglichkeit der Gestattung, die im vorliegenden Fall in Betracht kommt, ist in § 6 XII BauO NRW normiert: In überwiegend bebauten Gebieten können geringere Tiefen der Abstandflächen gestattet oder verlangt werden, wenn die Gestaltung des Straßenbildes oder besondere städtebauliche Verhältnisse dies auch unter Würdigung nachbarlicher Belange rechtfertigen, und wenn Gründe des Brandschutzes nicht entgegenstehen.

Nach dem Sachverhalt befinden sich das Hochhaus und der Anbau in einem überwiegend bebauten Gebiet. Die Überdeckung der Abstandflächen beträgt lediglich 0,4m; sie ist also geringfügig. Der Eigentümer des Nachbarhauses hat dem Anbau der *T* zugestimmt. An der Rückfront befinden sich keine Fenster. Außerdem wird die Belichtung des Nachbarhauses nicht beeinträchtigt. Mangels anderer Angaben

⁹⁴ Mit der BauO NRW 2018 hat der Landesgesetzgeber das bisherige abstandsflächenrechtliche Anforderungsniveau in NRW vermindert. Der neu gefasste § 6 V BauO NRW behandelt die Tiefe der Abstandflächen und wird weitgehend an die MBO angepasst. Die Verringerung der Abstandsflächentiefe von 0,8 H auf 0,4 H – unter Beibehaltung der bisherigen Mindestabstandsflächentiefe von 3m – entspricht den geringsten in anderen Länderbauordnungen vorgefundenen Werten und den Orientierungswerten in der MBO.

kann mithin davon ausgegangen werden, dass die Gestaltung des Straßenbildes oder besondere städtebauliche Verhältnisse eine um 0,4m geringere Tiefe der Abstandfläche rechtfertigen. Da die Außenwände der Häuser einen Abstand von 5m haben, stehen Gründe des Brandschutzes der geringeren Tiefe auch nicht entgegen.

Die Voraussetzungen für eine Gestattung der geringeren Tiefe der Abstandflächen sind demnach erfüllt. Es kann also auf andere Weise ein rechtmäßiger Zustand hergestellt werden, so dass die Voraussetzungen für eine Beseitigungsanordnung nach § 82 S. 1 BauO NRW nicht vorliegen. Die Verfügung des Oberbürgermeisters ist rechtswidrig.

- 62 **d) Ergebnis.** Bezüglich der Abrissverfügung/Beseitigungsanordnung hätte eine Klage der T Aussicht auf Erfolg.
- 63 **Exkurs:** Eine weitere wichtige Bauordnungsverfügung neben der Stilllegungs-/Baueinstellungsverfügung und der Abriss-/Beseitigungsverfügung ist die *Nutzungsuntersagung*. Eine Nutzungsuntersagung erfolgt, wenn nicht die Anlage als solche, sondern nur ihre konkrete Nutzung im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften steht. Wie die Bauordnungen der anderen Bundesländer findet sich nunmehr in § 82 S. 2 BauO NRW eine ausdrückliche Ermächtigungsgrundlage für die Nutzungsuntersagung. Danach kann die Nutzung einer Anlage untersagt werden, wenn sie im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften genutzt wird. Bei genehmigungspflichtigen Nutzungen ohne Baugenehmigung ist umstritten, ob – wie bei der Stilllegungsverfügung – bereits die formelle Illegalität ausreicht oder ob – wie bei der Beseitigungsanordnung – zusätzlich materielle Illegalität vorliegen muss. Nach einer vornehmlich in der Rechtsprechung vertretenen, als herrschend anzusehenden Ansicht genügt grundsätzlich bereits die formelle Illegalität der Nutzung für die Anordnung der Verfügung.⁹⁵ Denn durch die Nutzungsuntersagung werde das Eigentum in seiner Substanz nicht berührt. Die geschaffene Bausubstanz werde nicht irreparabel oder endgültig zerstört. Die Stärke und das Ausmaß des Eingriffs seien daher mit der Stilllegungsanordnung vergleichbar. Die Gegenansicht verlangt dagegen auch materielle Illegalität.⁹⁶ Denn durch ein Nutzungsverbot, insbesondere bei gewerblicher Nutzung, könne das Eigentum genauso entwertet werden wie bei einer Beseitigungsanordnung. Beide Ansichten gelangen in der Regel zu demselben Ergebnis. Denn auch die herrschende Auffassung berücksichtigt eine offensichtliche materielle Legalität im Rahmen der Verhältnismäßigkeit.⁹⁷ Die Nutzungsuntersagung ist immer dann unverhältnismäßig, wenn die beanstandete Nutzung in dem Sinne offensichtlich genehmigungsfähig ist, dass der erforderliche Bauantrag gestellt ist, dieser nach der Rechtsauffassung der Behörde genehmigungsfähig ist und der Erteilung der Baugenehmigung auch sonst nichts im Wege steht.

Fall 14. Fitness-Studio ohne Aufzug

- 64 **Anfechtungsklage gegen Aufhebung baurechtlicher Nebenbestimmungen – statthafte Klageart – Art der Nebenbestimmung – Rechtmäßigkeit der Anordnung des Einbaus eines Aufzuges in ein Fitness-Studio – Brandschutznachweis – einstweiliger Rechtsschutz gegen Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit einer Nutzungsuntersagung**

A ist Eigentümer eines Grundstücks in der kreisfreien Stadt X (NRW). Auf seinen Antrag wurde ihm am 15.1.2019 vom zuständigen Bauamt im Rahmen eines ordnungsgemäßen Verfahrens eine Baugenehmigung zur Errichtung eines Fitness-Studios erteilt. Das Studio

⁹⁵ *SchlHOVG NVwZ-RR* 2002, 822; *HessVGH NVwZ-RR* 2002, 823; *OVG RhPf BauR* 1997, 103; *OVG NRW NVwZ-RR*, 1989, 344, s. zum Meinungsstreit *Schoch JURA* 2005, 178 (180), *Stollmann/Beaucamp ÖffBauR* § 19 Rn. 19 f.

⁹⁶ *VGH BW NVwZ* 1997, 601; nach der Eingriffsintensität differenzierend *Muckel/Ogorek ÖffBauR* § 9 Rn. 40 f.

⁹⁷ *S. Stollmann/Beaucamp ÖffBauR* § 19 Rn. 20.

verfügt über zwei Geschosse und weist eine Nutzungsfläche von 540m² auf. Im Erdgeschoss befinden sich neben dem Trainingsbereich auch die Umkleide- und Duschräume sowie ein Sauna- und Solariumbereich mit Ruheraum. Im Obergeschoss, das durch eine Treppe vom Erdgeschoss aus erreicht werden kann, befinden sich eine Galerie, die ebenfalls zu Trainingszwecken genutzt wird, sowie ein Büroraum. Die Baugenehmigung der Stadt X enthält zwei Nebenbestimmungen. Zum einen wird A aufgegeben, bis zur Nutzungsaufnahme einen Aufzug in das Gebäude einzubauen, um die Anlage insgesamt barrierefrei iSd § 49 II BauO NRW zu gestalten. Zum anderen soll A mit der Fertigstellungsanzeige die Bescheinigung eines staatlich anerkannten Sachverständigen für Brandschutz vorlegen. Die Rechtsbehelfsbelehrung des Bescheides enthält den Hinweis, dass eine Klage innerhalb eines Monats einzulegen und zu begründen ist. Gegen die Nebenbestimmungen hat A zunächst nichts unternommen, vielmehr seine Zeit in die schnellstmögliche Errichtung des Studios gesteckt, um zur Existenzsicherung und Finanzierung des Studios zeitnah Einnahmen erzielen zu können. Eine Aufzugsanlage hat er nicht einbauen lassen. Ihm waren die voraussichtlichen Kosten von ca. 30.000 EUR zu hoch. Er hält sie für unangemessen, zumal sich die übrigen Baukosten schon auf ca. 600.000 EUR belaufen haben. Erst nachdem das Fitness-Studio Ende März 2019 eröffnet und sich von Anfang an eines großen Andrangs erfreute, hat A am 15.4.2019 gegen die Nebenbestimmung „Aufzugseinbau“ beim zuständigen Verwaltungsgericht Klage erhoben, ohne sie bisher näher begründet und einen bestimmten Antrag gestellt zu haben. Kurz darauf erhielt A am 2.5.2019 ein Anhörungsschreiben des Bauamtes der Stadt X, in dem ihm mitgeteilt wurde, dass beabsichtigt sei, ihm die Nutzung des Fitness-Studios zu untersagen. Zur Begründung werden der fehlende Aufzugseinbau und die noch nicht vorgelegte Bescheinigung des Sachverständigen für Brandschutz angeführt. Daraufhin nahm A mit Schreiben vom 15.5.2019 Stellung und wies darauf hin, dass er eine ordnungsgemäße Brandmeldeanlage hat einbauen lassen und lediglich die Abnahme durch einen Sachverständigen versäumt habe. Die Bescheinigung, dass das Vorhaben den Anforderungen an den Brandschutz entspricht, könne er innerhalb von zwei Wochen einreichen. Es handele sich hierbei um eine reine Formalie, die die angedrohte Nutzungsuntersagung nicht rechtfertige. Unter Hinweis auf seine Klage gegen die Nebenbestimmung „Aufzugseinbau“ hält er an seiner Auffassung fest, dass diese Auflage rechtswidrig sei. Die Regelung über die Barrierefreiheit gelte nicht für sein Fitness-Studio. Es handele sich nämlich nicht – entgegen der von der Behörde geäußerten Auffassung – um eine öffentliche Sportanlage, weil nur Mitglieder Zutritt haben, die einen monatlichen Mitgliedsbeitrag leisten. Das sei nicht vergleichbar mit zB Fußballstadien oder Schwimmbädern, also größeren Anlagen mit einer gewissen Bedeutung für die Allgemeinheit und die gesellschaftliche Kommunikation, an denen auch Behinderte ungehindert teilnehmen können sollen. Seit der Eröffnung hätten sich Behinderte nicht in seinem Studio angemeldet, nicht einmal probeweise. Er verfüge auch über keine speziellen Trainingsgeräte für Behinderte. Die von Behinderten nutzbaren Geräte, wie Freihanteln, befänden sich im Erdgeschoss, das barrierefrei zugänglich ist. Auf der Galerie im Obergeschoss sind nur Laufbänder und Fahrradergometer aufgestellt. Das erfordere eine Beweglichkeit, die körperlich voraussetzt, auch eine Treppe benutzen zu können. Nach seiner Auffassung sei es daher nicht erforderlich, das Fitness-Studio in seinem gesamten Bereich barrierefrei zu bauen.

Mit Ordnungsverfügung vom 30.5.2019 erließ das Bauamt der Stadt X eine Nutzungsuntersagung, mit der A aufgegeben wird, ab dem 17.6.2019 die Nutzung des Fitness-Studios bis zur Vorlage der Bescheinigung des Sachverständigen für Brandschutz, die A zwischenzeitlich nicht beigebracht hatte, und bis zum Nachweis über die barrierefreie Bauausführung entsprechend den Nebenbestimmungen der erteilten Baugenehmigung einzustellen. Die Untersagung wird für sofort vollziehbar erklärt, wobei ua auf die be-

sondere Dringlichkeit mit Blick auf den Brandschutz hingewiesen wird. A wendet sich an die mit ihm befreundete Rechtsreferendarin R und bittet sie um Einschätzung und Rat, ob seine Klage gegen die Nebenbestimmung „Aufzugseinbau“ Aussicht auf Erfolg hat und welche Maßnahmen er treffen soll, um die Einstellung des Betriebes des Fitness-Studios zu verhindern, zumindest aber so lange wie möglich hinauszuzögern. Was wird R empfehlen?

Gliederung

- 65
- A. Verfahrenssituation
 - B. Klage des A gegen die Auflage des Aufzugseinbaus zur Baugenehmigung vom 15.1.2019
 - I. Zulässigkeit der Klage
 - 1. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs
 - 2. Statthafte Klageart
 - 3. Klagebefugnis
 - 4. Vorverfahren
 - 5. Klagegegner
 - 6. Klagefrist
 - 7. Zuständiges Gericht/Sonstige Zulässigkeitsvoraussetzungen
 - II. Begründetheit der Klage
 - 1. Ermächtigungsgrundlage für die Auflage
 - 2. Formelle Rechtmäßigkeit der Auflage
 - 3. Materielle Rechtmäßigkeit der Auflage
 - a) Anwendungsbereich von § 49 BauO NRW
 - b) Überprüfung der Auslegung aufgrund verfassungsrechtlicher Normen und Grundsätze
 - c) Kein Anspruch auf Abweichung gem. § 49 III BauO NRW
 - d) Ergebnis
 - C. Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz gegen die Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit der Nutzungsuntersagung
 - I. Zulässigkeit eines Antrages nach § 80 V VwGO
 - II. Begründetheit des Antrages
 - 1. Vollziehungsinteresse bei einem rechtmäßigen VA
 - a) Formelle Rechtmäßigkeit der Vollziehungsanordnung
 - b) Materielle Rechtmäßigkeit der Vollziehungsanordnung
 - aa) Ermächtigungsgrundlage für die Nutzungsuntersagung
 - bb) Formelle Rechtmäßigkeit der Nutzungsuntersagung
 - cc) Materielle Rechtmäßigkeit der Nutzungsuntersagung
 - (1) bzgl. der Auflage des Aufzugseinbaus
 - (2) bzgl. der Auflage der Vorlage einer Brandschutzbescheinigung
 - c) Überwiegendes Vollziehungsinteresse
 - 2. Ergebnis
 - D. Prozessuale Erwägungen zur Aufrechterhaltung des Betriebes