

2. Nutzungsuntersagung

2.1 Eingriffsvoraussetzungen

Voraussetzung für den Erlass einer Nutzungsuntersagung ist nach ganz herrschender, aber nicht gänzlich unumstrittener Auffassung allein die **formelle**⁵⁶³ **Illegalität** der ausgeübten Nutzung.⁵⁶⁴ Die insoweit bestehenden

264

⁵⁶³ Als öffentlich-rechtliche Vorschrift, welche – wird gegen sie verstoßen – den Erlass einer Nutzungsuntersagung rechtfertigen kann, sieht VGH BW, Beschl. v. 13.6.1996 – 5 S 1211/96, NVwZ 1997, 601 = BRS 58 Nr. 207 auch eine solche des Strafrechts an.

⁵⁶⁴ OVG Lüneburg, Beschl. v. 11.5.1970 – I B 11/70, BRS 23 Nr. 206; HessVGH, Beschl. v. 14.1.1972 – IV TH 53/71, HessVGRspr. 1972, 65 = BRS 25 Nr. 207; BayVGH, Beschl. v. 29.9.1981 – 69 II 78, BayVBl. 1982, 51 = BRS 38 Nr. 208; OVG Saar, Urt. v. 9.3.1984 – 2 R 175/82, AS 19, 25 = BauR 1984, 616 = DÖV 1985, 247 = NVwZ 1985, 122; BayVGH, Beschl. v. 24.10.1986 – 20 CS 86.02260, BayVBl. 1987, 753 = UPR 1988, 109; OVG NRW, Beschl. v. 27.2.1987 – 11 B 2903/86, BRS 47 Nr. 202; OVG Lüneburg, Beschl. v. 8.5.1987 – 6 B 10/87, BauR 1988, 72 = NdsRpfl. 1987, 264 = NVwZ 1989, 170 = BRS 47 Nr. 199; BayVGH, Beschl. v. 10.2.1988 – 2 CS 88.00208, BayVBl. 1988, 436; ThürOVG, Beschl. v. 4.11.1993 – 1 B 113/92, ThürVBl. 1994, 111; SächsOVG, Urt. v. 28.3.1996 – 1 S 139/95, BRS 58 Nr. 203; OVG Saar, Urt. v. 10.2.1989 – 2 R 193/86, BRS 49 Nr. 217; HessVGH, Beschl. v. 26.7.1994 – 4 TH 1779/93, HessVGRspr. 1995, 60 = NVwZ 1995, 922 = BRS 56 Nr. 212; v. 30.10.1995 – 3 TG 3115/95, HessVGRspr. 1996, 54 = MDR 1996, 259 = BRS 57 Nr. 255 (mit ausführlicher Begründung); OVG RP, Urt. v. 22.5.1996 – 8 A 11880/95, AS 25, 313 = BauR 1997, 103 = BRS 58 Nr. 202 (unter Aufgabe der bisherigen ständigen und gefestigten Rechtsprechung); OVG LSA, Beschl. v. 27.8.1997 – B 2 S 84/97, NuR 1999, 230; ThürOVG, Beschl. v. 24.10.2000 – EO 212/00, ZfBR 2001, 137 (zugleich zur Bedeutung des Ablaufs der 5-Jahresfrist in § 11 Abs. 3 der Verordnung der DDR über Bevölkerungsbauwerke v. 8.11.1984 [GBl. DDR I S. 433]); OVG NRW, Beschl. v. 12.7.2007 – 7 E 664/07, ZfBR 2007, 702 = BauR 2007, 1870; BayVGH, Beschl. v. 29.4.2008 – 15 CS 08.455; v. 16.5.2008 – 9 ZB 07.3221, FStBay 2009/66; v. 28.10.2008 – 2 B 05.3342: Wohnnutzung; OVG Saar, Beschl. v. 24.4.2009 – 2 B 265/09, BauR 2010, 449 = BRS 74 Nr. 202: auch keine materiell legalisierende Umplanung im Aussetzungsverfahren; VGH BW, Urt. v. 28.6.2010 – 8 S 708/10, BRS 76 Nr. 202 für auf die formelle bauaufsichtliche Generalklausel (vgl. § 58 Abs. 2 Satz 2 MBO) gestützte vorbeugende Nutzungsuntersagung; OVG Nds, Beschl. v. 22.7.2010 – 1 ME 62/10, BRS 76 Nr. 203; BayVGH, Beschl. v. 2.9.2010 – 14 ZB 10.1461; OVG Saar, Beschl. v. 8.12.2010 – 2 B 277/10, NVwZ-RR 5/2011, V (LS); SächsOVG, Beschl. v. 2.3.2011 – 1 B 30/11, BauR 2011, 1699 (LS); BayVGH, Beschl. v. 14.3.2011 – 2 CS 11.229: vorbeugende Nutzungsuntersagung; BayVGH, Beschl. v. 9.11.2011 – 15 CS 11.867; v. 12.12.2011 – 2 ZB 11.873; OVG Saar, Beschl. v. 6.1.2012 – 2 B 398/11, BauR 2012, 686 (LS); einschränkend: VGH BW, Urt. v. 22.9.1989 – 5 S 3086/88, NVwZ 1990, 480 = MDR 1990, 171 = UPR 1990, 275 = BRS 49 Nr. 228 (Nutzungsuntersagung allein wegen formeller Rechtswidrigkeit möglich, wenn die Beurteilung der Zulässigkeit der Nutzung weitere Ermittlungen voraussetzt und die neue Nutzung für die städtebauliche Ordnung oder die Nachbarschaft erhebliche Nachteile zur Folge haben kann); SächsOVG, Beschl. v. 15.2.1993 – 1 S 321/92, LKV 1993, 428 = SächsVBl. 1993, 160; v. 11.10.1993 – 1 S 202/93,

Meinungsverschiedenheiten haben ihre Ursache in der **Doppelnatur** der Nutzungsuntersagung.⁵⁶⁵ Die Nutzungsuntersagung steht in der Systematik der typischen bauaufsichtlichen Eingriffsmaßnahmen zwischen Beseitigungsanordnung und der Einstellung von Arbeiten. Mit ihr können – bezogen nicht auf eine Anlage insgesamt, sondern lediglich auf deren Nutzung – sowohl Zwecke verfolgt werden, wie sie ansonsten durch den Erlass einer Beseitigungsanordnung verwirklicht werden, als auch solche, zu deren Erreichung bei der Errichtung einer Anlage eine Einstellung von Arbeiten erlassen würde. Das bauaufsichtliche Instrument der Nutzungsuntersagung kann also zum einen eingesetzt werden, um die gegen formelles Recht verstoßende Aufnahme einer Nutzung zu unterbinden, aber auch dazu, eine bereits aufgenommene und möglicherweise schon länger ausgeübte Nutzung wieder rückgängig zu machen und zu beseitigen.⁵⁶⁶ Aus diesen jeweils verschiedenen Funktionen der Nutzungsuntersagung könnte abgeleitet werden, dass die Eingriffsvoraussetzungen je nachdem unterschiedlich zu beurteilen sind, auf welche Zielsetzung die Beseitigungsanordnung im Einzelfall gerichtet ist. Dient die Nutzungsuntersagung im Einzelfall einstellungsähnlichen Zwecken, würde von diesem Blickwinkel aus tatbestandlich die (nur) formelle Illegalität der Nutzung für den Erlass ausreichen; dient sie hingegen beseitigungsanordnungsähnlichen Zwecken, müsste das Vorliegen sowohl formeller als auch materieller Rechtswidrigkeit der Nutzung gefordert werden.

- 265** Während die herrschende Auffassung vornehmlich mit der systematischen Nähe der Nutzungsuntersagung zur Einstellung von Arbeiten argumentiert, beruft sich die Mindermeinung auf den zur Beseitigungsanordnung entwickelten Grundsatz der nachrangigen Bedeutung der formellen Illegalität bei vorliegender materieller Rechtmäßigkeit des Bauvorhabens. Eine Parallele

SächsVBl. 1994, 59 (nur, wenn ungenehmigte Nutzung in konfliktauslösender Weise nach außen in Erscheinung tritt und an der Genehmigungsfähigkeit ernsthafte Zweifel bestehen); a. A. OVG RP, Beschl. v. 31.1.1967 – 1 B 52/66, AS 10, 113 = BRS 18 Nr. 145; OVG NRW, Beschl. v. 6.2.1970 – VII B 935/69, BRS 23 Nr. 205; VGH BW, Beschl. v. 22.1.1996 – 8 S 2964/95, BRS 58 Nr. 201 (für auf Dauer angelegte Nutzungsuntersagung sowie für Nutzungsuntersagungen gegenüber dem [nur] obligatorisch Berechtigten); Rinke, Sofort vollziehbares Nutzungsverbot für obligatorisch Berechtigte bei formeller Legalität?, NVwZ 1989, 639; BayVGH, Urt. v. 5.12.2005 – 1 B 03.2608, BauR 2006, 1882 = BayVBl. 2006, 702 = FStBay 2007/58 = BRS 70 Nr. 189, Beschl. v. 16.5.2008 – 9 ZB 07.3221, FStBay 2009/66 und v. 10.6.2010 – 1 ZB 09.1971 für Wohnnutzungen wegen deren grundrechtlichen Schutzes durch Art. 13 GG (was wenig überzeugt, weil auch andere Nutzungen grundrechtlich geschützt sein können, der Grundrechtsschutz aber nur im Rahmen der Gesetze rechtmäßige Nutzungen umfassen kann).

565 Dazu BayVGH, Beschl. v. 6.2.1980 – 14.Cs-1776/79, BayVBl. 1980, 246 = BRS 36 Nr. 213.

566 Dazu ebenfalls BayVGH (o. Fußn. 565).

zur Einstellung von Arbeiten könne nur insoweit gezogen werden, als die Baugenehmigung die Funktion habe, die Ausführung der Bauarbeiten zu gestatten; diese Funktion habe sie aber nicht (mehr), wenn die bauliche Anlage fertiggestellt sei.⁵⁶⁷ Bei dieser Gedankenführung wird allerdings übersehen, dass die Baugenehmigung nicht nur für die formell rechtmäßige Errichtung der Bausubstanz, sondern auch für die formell legale (erstmalige) Nutzungsaufnahme erforderlich ist, ferner, dass grundsätzlich auch die Nutzungsänderung bauaufsichtlich genehmigungsbedürftig ist und die Aufnahme einer nicht genehmigten Nutzung folglich dem Beginn von Bauarbeiten gleichsteht, die nicht durch die erforderliche Genehmigung gedeckt sind. Auf die Wirkungen einer für die Anlage mit einer anderen als der nunmehr ins Werk gesetzten Nutzung erteilten Baugenehmigung kann es daher in diesem Zusammenhang nicht mehr ankommen.

Der herrschenden Meinung ist auch aus weiteren Gründen zu folgen: Richtiger Ansatz für die Beantwortung der Frage, ob für den Erlass einer Nutzungsuntersagung stets die formelle Rechtswidrigkeit der Nutzung als tatbestandliche Voraussetzung ausreicht, ist nämlich nicht die systematische Zwitterrolle der Nutzungsuntersagung zwischen Beseitigungsanordnung und Einstellung von Arbeiten. Dass bei der Beseitigungsanordnung zugleich formelle und materielle Illegalität der betroffenen Anlage als Eingriffsvoraussetzungen auf der Tatbestandsseite gefordert werden, hat seine Ursache darin, dass die Beseitigungsanordnung einen Substanzeingriff darstellt, der sich nicht ohne Weiteres rückgängig machen lässt. Demgegenüber gebietet die Nutzungsuntersagung regelmäßig ein bloßes Unterlassen; sie verbietet nur, zerstört aber nichts. Deshalb kann der Ordnungsfunktion des formellen Baurechts hier eine größere Bedeutung eingeräumt werden als bei der Beseitigungsanordnung. Hinzu kommt, dass sich die beiden möglichen Zweckrichtungen der Nutzungsuntersagung nicht ohne Weiteres trennen lassen. Vielmehr wird ein etwaiger beseitigungsähnlicher Zweck immer durch einen einstellungsähnlichen gleichsam überlagert: Stellt sich etwa heraus, dass die Bauaufsichtsbehörde in Verkennung der materiellen Rechtslage unzutreffend von der materiellen Illegalität der Nutzung ausgegangen ist, wird dies regelmäßig nichts daran ändern, dass sie die Nutzungsuntersagung auch erlassen hätte, wenn sie die materielle Rechtmäßigkeit der Nutzung zuvor nicht geprüft hätte. Sowohl die Bedeutung der materiellen Legalität als vermeintliche Eingriffsvoraussetzung als auch als zusätzliches Kriterium für die Entscheidung der Bauaufsichtsbehörde im konkreten Einzelfall sind daher Fragen der rechtmäßigen Ermessensausübung. 266

⁵⁶⁷ So OVG RP, Beschl. v. 31.1.1967 – 1 B 52/66, AS 10, 113 = BRS 18 Nr. 145.

- 267** Dass als tatbestandliche Voraussetzung der Nutzungsuntersagung allein die formelle Rechtswidrigkeit ausreicht, räumt inzwischen auch die für die auch auf die materielle Illegalität abstellende Auffassung repräsentative Rechtsprechung des VGH BW ein, wenn sie ausführt⁵⁶⁸, wegen ausschließlich formeller Baurechtswidrigkeit könne eine Nutzung nur dann untersagt werden, wenn die Beurteilung der Zulässigkeit der Nutzung weitere Ermittlungen voraussetze⁵⁶⁹ und die neue Nutzung für die städtebauliche Ordnung oder die Nachbarschaft erhebliche Nachteile zur Folge haben könne. Damit scheiden aber – trotz der anders akzentuierten Formulierung – nur jene Fälle für den Erlass einer Nutzungsuntersagung allein aufgrund formeller Rechtswidrigkeit aus, in welchen die Nutzung entweder evident materiell rechtmäßig ist oder – was zusammenfallen kann – nicht konkret stört. Beides aber sind einzelfallbezogene und abwägungsbedürftige Kriterien, die nicht auf der (starren) Tatbestandsseite der Befugnisnorm anzusiedeln, sondern die unter dem Gesichtspunkt der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit in die Ermessensausübung einzustellen sind.⁵⁷⁰ Die Meinungsverschiedenheit reduziert sich damit auf eine unterschiedliche Schwerpunktsetzung im Rahmen der Ermessensbetätigung, ist aber nicht mehr prinzipieller Natur.
- 268** Voraussetzung für den Erlass einer Nutzungsuntersagung ist nicht, dass die rechtswidrige Nutzung bereits aufgenommen worden ist. Vielmehr genügt es, dass die Nutzungsaufnahme unmittelbar – und damit in ihrer rechtlich erheblichen Ausgestaltung hinreichend beurteilungsfähig konkretisiert – bevorsteht.⁵⁷¹ Unter dieser Voraussetzung kann auch dem Eigentümer eines Gebäudes untersagt werden, dieses künftig zu Wohnzwecken zu vermieten⁵⁷² oder eine bordellartige Nutzung einer Wohnung wieder aufzunehmen.⁵⁷³

568 VGH BW, Urt. v. 22.9.1989 – 5 S 3086/88, NVwZ 1990, 480 = UPR 1990, 275 = BRS 49 Nr. 228; daran anschließend, aber wohl unter noch etwas stärkerer Betonung der formellen Illegalität SächsOVG, Beschl. v. 15.2.1993 – 1 S 321/92, SächsVBl. 1993, 160; v. 13.7.1993 – 1 S 556/92, SächsVBl. 1994, 12.

569 Allein darauf und auf die Sicherung der präventiven Kontrolle abstellend jetzt VGH BW, Beschl. v. 1.2.2007 – 8 S 2606/06, NVwZ-RR 2007, 308 = DÖV 2007, 569 = BauR 2007, 1217.

570 In diesem Sinn auch König, Rdnr. 405.

571 BayVGh, Urt. v. 25.2.1976 – 139 II 73, BayVBl. 1976, 402; ThürOVG, Beschl. v. 4.11.1993 – 1 B 113/92, ThürVBl. 1994, 111; BayVGh, Beschl. v. 14.3.2011 – 2 CS 11.229; ebenso bei nur vorübergehender Unterbrechung der Nutzung OVG RP, Beschl. v. 13.7.2010 – 8 A 10559/10, NVwZ-RR 2010, 757 = ZfBR 2010, 807 = BRS 76 Nr. 204.

572 VGH BW, Urt. v. 19.9.1990 – 5 S 3103/89, BauR 1991, 300 = VBlBW 1991, 220; BayVGh, Beschl. v. 15.4.2011 – 1 ZB 09.2323; für vorbeugende Nutzungsuntersagung gegen Wohnnutzung genügen für die Bauaufsichtsbehörde erkennbare Bemühungen des Pflichtigen, die Räume als Wohnung zu vermieten.

573 OVG RP, Beschl. v. 9.2.2007 – 8 B 10019/07, BRS 71 Nr. 191.

Soweit die Nutzungsuntersagung (allein) wegen fehlender formeller Legalität erfolgt und sie damit „einstellungsartige“ Funktion hat, ist nicht erforderlich, dass zugleich die Stellung eines Bauantrags verlangt wird.⁵⁷⁴ Im Übrigen – bei einer Nutzungsuntersagung (auch) wegen materieller Rechtswidrigkeit der Nutzung – gelten die gleichen Grundsätze wie für das Bauantragsverlangen bei einer Beseitigungsanordnung. **269**

Bedeutung kommt der formellen Legalität der Nutzung allerdings nur bei genehmigungspflichtigen Nutzungsänderungen zu. Bei **verfahrensfreien** Nutzungsänderungen kommt es hingegen allein auf die **materielle** Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit an. Dann gelten natürlich auch im Übrigen diejenigen Regeln, die für die Beseitigungsanordnung entwickelt worden sind. **270**

2.2 Ermessen

Geht man in den Fällen genehmigungspflichtiger Nutzungsänderungen – wie hier vertreten – mit der herrschenden Meinung davon aus, dass die formelle Rechtswidrigkeit der Nutzung als Tatbestandsvoraussetzung für den Erlass der Nutzungsuntersagung ausreicht, ist der Erlass einer Nutzungsuntersagung bei Vorliegen dieser Voraussetzung die **Regel**.⁵⁷⁵ An die Ermessensausübung sind in solchen Regelfällen daher keine hohen Anforderungen zu stellen.⁵⁷⁶ Nur mit Besonderheiten des Einzelfalles muss sich die Ermessensbetätigung – und entsprechend ihre Begründung – ggf. näher auseinandersetzen. Allerdings setzt die fehlerfreie Ermessensausübung – wie stets, so auch hier – voraus, dass die tatbestandlichen Voraussetzungen der bauaufsichtlichen Maßnahme sorgfältig ermittelt werden.⁵⁷⁷ **271**

⁵⁷⁴ BayVGh, Beschl. v. 24.1.1996 – 15 B 93.1602.

⁵⁷⁵ OVG Lüneburg, Beschl. v. 14.9.1984 – 6 B 77/84, BRS 42 Nr. 226; v. 8.5.1987 – 6 B 10/87, BauR 1988, 72 = NdsRPfl. 1987, 264 = NVwZ 1989, 170 = BRS 47 Nr. 189; ThürOVg, Beschl. v. 27.6.1996 – 1 EO 425/95, BRS 58 Nr. 208; VGh BW, Urt. v. 22.4.2002 – 8 S 177/02, BauR 2003, 81 = BRS 65 Nr. 145; einhellige Meinung; zur Zulässigkeit standardisierter Begründungselemente OVG HB, Beschl. v. 7.4.1999 – 1 B 25/99, NordÖR 1999, 374.

⁵⁷⁶ So zuletzt OVG Saar, Beschl. v. 6.1.2012 – 2 B 398/11, BauR 2012, 686 (LS).

⁵⁷⁷ OVG NRW, Beschl. v. 29.11.2004 – 10 B 2076/04, BauR 2005, 851 = BRS 67 Nr. 206: konkrete Feststellungen zu den genehmigten und den tatsächlich ausgeübten Nutzungen.

- 272 Fehlerhaft kann die Ermessensausübung sein, wenn die Nutzung **offensichtlich materiell legal** ist oder unter Bestandsschutz steht;⁵⁷⁸ bloße Zweifel an der materiellen Rechtswidrigkeit genügen insoweit allerdings nicht.⁵⁷⁹ Das gilt namentlich dann, wenn die Nutzung zwar (noch) formell rechtswidrig, ein Genehmigungsverfahren aber bereits eingeleitet ist und kurz vor einem positiven Abschluss steht⁵⁸⁰ oder neben einer Baugenehmigung erforderliche Gestattungen nach anderen Rechtsvorschriften erteilt worden sind, ein bereits bei Aufnahme der Nutzung gestellter Bauantrag jedoch – unter gleichzeitiger Duldung der der Bauaufsichtsbehörde bekannten Nutzung – jahrelang unbeschieden geblieben ist.⁵⁸¹ Auch eine jahrelange Duldung der Nutzung für sich allein genommen kann es – weil dann kein Raum mehr für die typische „einstellungsartige“ Funktion der Nutzungsuntersagung ist – ausschließen, ermessensfehlerfrei allein auf die formelle Illegalität gestützt

578 BayVGh, Beschl. v. 6.2.1980 – 14.Cs-1776/79, BayVbl. 1980, 246 = BRS 36 Nr. 212; OVG Saar, Urt. v. 9.3.1984 – 2 R 175/82, AS 19, 25 = BauR 1984, 616 = DÖV 1985, 247 = NVwZ 1985, 122; OVG NRW, Beschl. v. 27.2.1987 – 11 B 2903/86, BRS 47 Nr. 202; BayVGh, Beschl. v. 26.11.1990 – 26 CS 89.3362; v. 23.7.1991 – 15 CS 91.1942; v. 19.11.1993 – 26 B 91.1886; v. 4.2.1994 – 20 CS 93.1861; v. 23.9.1994 – 15 B 94.3722; v. 2.6.1995 – 26 CS 95.473; v. 21.7.1995 – 26 CS 95.1316; v. 21.8.1996 – 26 CS 96.1812; v. 21.8.1998 – 27 CS 96.4155; Urt. v. 19.2.1999 – 14 B 98.296; v. 18.2.2003 – 1 CS 02.2750; v. 9.12.2005 – 2 ZB 05.2040; aber nicht, wenn zur Legalisierung noch die Zulassung einer Abweichung erforderlich ist; v. 30.8.2007 – 1 CS 07.1253; OVG LSA, Beschl. v. 12.9.2007 – 2 M 165/07, ZfBR 2008, 192; BayVGh, Beschl. v. 16.5.2008 – 9 ZB 07.3221, FStBay 2009/66; OVG Saar, Beschl. v. 16.5.2009 – 2 B 367/09, NVwZ-RR 2009, 727 (LS) = BauR 2009, 1627 (LS); BayVGh, Beschl. v. 10.6.2010 – 1 ZB 09.1971; OVG Nds, Beschl. v. 22.7.2010 – 1 ME 62/10, BRS 76 Nr. 203; setzt in der Regel Vorliegen des Bauantrags voraus, nicht bei Nutzung mit umfangreichem Publikumsverkehr; BayVGh, Beschl. v. 2.9.2010 – 14 ZB 10.1461; SächsOVG, Beschl. v. 2.5.2011 – 1 B 30/11, BauR 2011, 1699 (LS); BayVGh, Beschl. v. 12.12.2011 – 2 ZB 11.873; OVG Saar, Beschl. v. 6.1.2012 – 2 B 398/11, BauR 2012, 685 (LS). Auf dieser Grundlage lassen sich auch zwanglos diejenigen Fälle lösen, in denen eine formelle Legalisierung der Nutzung nicht mehr in Betracht kommt, weil sie zwar früher einmal materiell rechtmäßig gewesen ist mit der Folge, dass sie Bestandsschutz genießt, nunmehr aber wegen einer Änderung der materiellen Rechtslage nicht mehr genehmigt werden kann, ohne dass es dazu der Entwicklung eines – auch von der verfahrensrechtlichen Ausgestaltung her – genehmigungsartigen Instituts eines Anspruchs auf Erlass eines Duldungsverwaltungsakts bedürfte (so aber HessVGh, Beschl. v. 10.11.1994 – 4 TH 1864/94, BauR 1995, 679 = BRS 57 Nr. 259).

579 BayVGh, Beschl. v. 3.8.1998 – 26 CS 98.1621.

580 OVG NRW, Beschl. v. 29.3.1974 – VII B 791/73, BRS 28 Nr. 172.

581 OVG Nds, Beschl. v. 18.2.1994 – 1 M 5097/93, BauR 1994, 613 = BRS 56 Nr. 210; vgl. auch BayVGh, Beschl. v. 25.2.1988 – 21 CS 87.02414, GewArch 1988, 234 (keine sofortige Schließung eines Bordells, wenn ein Verstoß gegen § 180a Abs. 1 Nr. 2 StGB zweifelhaft ist und eine baugenehmigungspflichtige Nutzungsänderung eines Gebäudes zwar vorliegt, die Behörde in der Vergangenheit aber in Kenntnis dieses Umstandes nur „baupolizeiliche“ Mängel gerügt hat).

eine Nutzung zu untersagen.⁵⁸² Jedenfalls bedarf es dann besonderer Gründe und Erwägungen, die Nutzungsuntersagung gleichwohl allein auf die formelle Rechtswidrigkeit der Nutzung zu stützen.

Ermessensfehlerhaft – weil unverhältnismäßig – kann eine Nutzungsuntersagung auch sein, wenn die **Aufgabe der Nutzung unmittelbar bevorsteht**.⁵⁸³ 273

Führt eine Nutzungsuntersagung zu einem faktischen **Versammlungsverbot**, sind die Wertungen des Art. 8 GG in die Ermessenausübung einzustellen.⁵⁸⁴ 274

Fraglich ist, welche Auswirkungen es hat, wenn die Nutzungsuntersagung von der Bauaufsichtsbehörde sowohl auf die formelle als auch auf die materielle Rechtswidrigkeit der Nutzung gestützt worden ist, sich aber im verwaltungsgerichtlichen Verfahren erweist, dass die Nutzung lediglich formell illegal ist. Für diesen Fall ist angenommen worden, das Gericht könne die Nutzungsuntersagung wegen der sich aus § 114 Satz 1 VwGO ergebenden Beschränkungen nicht allein unter Berufung auf die formelle Rechtswidrigkeit der Nutzung aufrechterhalten.⁵⁸⁵ Dem wird aber zumindest in dieser Allgemeinheit nicht zu folgen sein, denn der Bauaufsichtsbehörde ist bekannt, dass für den Erlass der Nutzungsuntersagung die formelle Illegalität der Nutzung ausreicht und bei Vorliegen dieser Voraussetzung der Erlass einer Nutzungsuntersagung in der Regel ermessensgerecht ist. Zusätzliches Erwägungen zur materiellen Rechtswidrigkeit werden daher üblicherweise keine selbstständig die Ermessensentscheidung beeinflussenden Wirkungen zukommen (vgl. auch den Rechtsgedanken des § 46 VwVfG), sodass es auf eine unterschiedliche Beurteilung der materiellen Rechtslage durch Gericht und Verwaltungsbehörde im Ergebnis nicht ankommt. Anders liegen die Dinge dann, wenn sich aus der Begründung der Nutzungsuntersagung selbst ergibt, dass die Bauaufsichtsbehörde dem materiellen Rechtsverstoß eine 275

582 BayVGh, Beschl. v. 23.10.1996 – 14 AS 96.2563.

583 BayVGh, Beschl. v. 26.3.1992 – 15 CS 92.676; v. 23.9.1994 – 15 B 94.3722.

584 OVG M-V, Beschl. v. 2.2.2007 – 3 M 12/07, LKV 2008, 79.

585 OVG NRW, Beschl. v. 29.3.1974 – VII 791/73, BRS 28 Nr. 172; OVG HB, Beschl. v. 31.8.1987 – 1 B 66/87 –, BRS 47 Nr. 206; HessVGh, Beschl. v. 30.10.1995 – 3 TG 3115/95, HessVGRspr. 1996, 54 = MDR 1996, 259 = BRS 57 Nr. 255; OVG Saar, Beschl. v. 13.12.2005 – 2 Q 15/05, BauR 2006, 1112 = BRS 69 Nr. 140; OVG Nds, Beschl. v. 16.10.2006 – 1 ME 171/06, BauR 2007, 307 = BRS 70 Nr. 188, sofern die Ausführungen zur materiellen Rechtswidrigkeit nicht nur beiläufig sind oder von der Bauaufsichtsbehörde zurückgezogen werden; grundsätzlich wohl auch HessVGh, Beschl. v. 6.10.1988 – 4 TG 3126/88, HessVGRspr. 1989, 28 (zum Prüfungsmaßstab im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes); vgl. auch ebenso SächsOVG, Beschl. v. 24.4.1997 – 1 S 468/96, SächsVBl. 1997, 223 (zu einer auch mit materiell-rechtlichen Erwägungen begründeten Baueinstellung).

(auch) für den Erlass der Anordnung maßgebliche Bedeutung beizumessen, ihr also dafür die bloße formelle Rechtswidrigkeit der Nutzung nicht ausgereicht hätte.⁵⁸⁶

- 276** Eine Verpflichtung zur Einbeziehung der materiellen Rechtslage in die Ermessensbetätigung – und damit eine mögliche Kausalität einer fehlerhaften Beurteilung dieser materiellen Rechtslage für die bauaufsichtliche Entscheidung – besteht auch stets dann, wenn eine formell rechtswidrige Nutzung über lange Zeit geduldet worden ist. Dann wird nämlich deutlich, dass die allein auf die formelle Rechtswidrigkeit gestützte Nutzungsuntersagung der Einstellung von Arbeiten vergleichbar ist, während in Fällen der beschriebenen Art für solche Sofortmaßnahmen kein Raum mehr ist, sondern sich die Nutzungsuntersagung in ihrer sachlichen Wirkung einer Beseitigungsanordnung zumindest weitgehend annähert.⁵⁸⁷
- 277** Ob die Bauaufsichtsbehörde – sofern nicht aus besonderen Gründen eine Berücksichtigung der materiellen Rechtslage ohnehin geboten ist – grundsätzlich allein auf die formelle oder auch auf die materielle Rechtswidrigkeit von Nutzungen abstellt, kann für das Entstehen einer **Selbstbindung** der Ermessensbetätigung maßgeblich sein. Jedenfalls bezüglich vergleichbarer Fälle wird die Bauaufsichtsbehörde – entsprechend den bei der Beseitigung einer Häufung formell und materiell illegaler baulicher Anlagen anzulegenden Kriterien – insoweit ein Konzept zu entwickeln haben.⁵⁸⁸
- 278** Da das Ermessen bei Erlass der Nutzungsuntersagung ebenso Regelermessen ist wie bei Erlass einer Beseitigungsanordnung,⁵⁸⁹ ist es für die Rechtmäßigkeit einer Nutzungsuntersagung auch unschädlich, wenn die Bauaufsichtsbehörde zur Begründung rechtsirrig nicht die **Befugnissnorm** für die Nutzungsuntersagung, sondern diejenige für die Beseitigungsanordnung herangezogen hat.⁵⁹⁰
- 279** Ermessensfehlerhaft kann demgegenüber die Nutzungsuntersagung – allein unter Berufung auf die formelle Rechtswidrigkeit der Nutzung – sein, wenn ein Fall der **Konkurrenz paralleler Anlagengenehmigungen** vorliegt und der sachliche Schwerpunkt der fraglichen Nutzung nicht im Baurecht, son-

586 Zustimmend ThürOVG, Urt. v. 11.12.1997 – 1 KO 674/95, ThürVBl. 1998, 137 = BRS 59 Nr. 213, das als möglicherweise kausal für die Ermessensentscheidung auch einen gänzlich neben der Sache liegenden materiell-rechtlichen Grund für die Nutzungsuntersagung ansieht.

587 BayVGh, Beschl. v. 24.10.1986 – 20 CS 86.02260, BayVBl. 1987, 753 = UPR 1988, 109.

588 BayVGh, Beschl. v. 14.11.1996 – 15 CS 96.3429.

589 ThürOVG, Urt. v. 11.12.1997 – 1 KO 674/95, ThürVBl. 1998, 137 = BRS 59 Nr. 213.

590 BayVGh, Beschl. v. 30.7.1985 – 2 CS 85 A. 1180, BayVBl. 1986, 50; a. A. Beschl. v. 26.6.1992 – 20 CS 92.1550.

dem im fachgesetzlichen Genehmigungsverfahren liegt, die zusätzlich zur Baugenehmigung erforderliche fachgesetzliche Gestattung aber bereits erteilt worden ist.⁵⁹¹

Auch bei der Entscheidung über den Erlass einer Nutzungsuntersagung ist der Grundsatz der **Verhältnismäßigkeit** zu beachten. Unverhältnismäßig kann unter diesem Blickwinkel die eine Nutzung insgesamt erfassende Untersagung sein, wenn eine teilweise Nutzungsuntersagung ausreichte, um den öffentlich-rechtlichen Anforderungen entsprechende Verhältnisse herzustellen.⁵⁹²

280

2.3 Inhalt

Soweit eine spezielle Ermächtigung zum Erlass von Nutzungsuntersagungen besteht, gestattet diese lediglich Anordnungen, die sich ausschließlich auf das **Unterlassen der Nutzung** richten. Unzulässig sind damit Nutzungsuntersagungen, die darüber hinausgehend die Beseitigung von Gegenständen fordern, welche der untersagten Nutzung dienen können (**Räumungsanordnung**)⁵⁹³, es sei denn, die unzulässige Nutzung bestünde z. B. gerade in der Lagerung dieser Gegenstände.⁵⁹⁴ Die Befugnisnorm für die Nutzungsuntersagung ermächtigt auch nicht zum weitergehenden Erlass von Anordnungen

281

591 OVG Lüneburg, Beschl. v. 21.12.1987 – 1 B 78/87, BRS 47 Nr. 136.

592 OVG Bln, Beschl. v. 21.11.1989 – 2 S 17.89, EOVB 18, 231 = UPR 1990, 449 = LKV 1991, 42 (Betriebsbeschränkung oder Festsetzung eines Lärmgrenzwerts anstelle gänzlicher Untersagung des Nachtbetriebs einer Tankstelle).

593 BayVGh, Urt. v. 23.1.1973 – 231 II 72, VGh n. F. 26, 37 = BRS 27 Nr. 203; v. 17.7.1974 – 78 II 72, BayVbl. 1974, 646 = BRS 28 Nr. 167; v. 25.2.1975 – 328 I 73, BRS 29 Nr. 181; zwischen der einen Bestandteil der Nutzung darstellenden Bereithaltung einer funktionstüchtigen Wohnungseinrichtung und einer bloßen Lagerung von Einrichtungsgegenständen differenzierend: Urt. v. 25.11.2007 – 25 B 05.12, ZfBR 2008, 595 = BauR 2008, 1598 = BayVbl. 2008, 629 = FStBay 2008/290 = BRS 71 Nr. 189; im Anschluss daran Beschl. v. 19.8.2010 – 1 CS 10.1430: Entfernen von einer unzulässigen gewerblichen Nutzung dienenden Gegenständen. Dabei sperrt die spezielle Ermächtigung zur Nutzungsuntersagung auch den Rückgriff auf die bauaufsichtliche Generalklausel (a. A. ThürOVG, Beschl. v. 27.2.1997 – 1 EO 233/96, BRS 59 Nr. 217).

594 OVG Saar, Urt. v. 30.6.1983 – 2 R 26/82, AS 18, 215 (Lagerplatz); VGh BW, Urt. v. 6.3.1985 – 2 B 85 A. 1080, BayVbl. 1987, 150; HessVGh, Beschl. v. 13.8.1986 – 3 TH 2033/86, NuR 1987, 184 = BauR 1987, 192 = AgrarR 1987, 119 = BRS 46 Nr. 213 (Entfernen von Tieren aus unzulässigem Gehege); OVG Saar, Urt. v. 10.2.1989 – 2 R 193/86, BRS 49 Nr. 217 (Container auf Lagerplatz für Bauschutt); OVG HB, Beschl. v. 22.6.1994 – 1 B 61/94, BRS 56 Nr. 211 (Lagerplatz); OVG Saar, Beschl. v. 19.4.2005 – 1 W 3/05, BauR 2005, 1517 (LS; Lagerplatz).

gen, welche Maßnahmen zum Inhalt haben, die die Nutzungsuntersagung gewissermaßen flankierend stützen und sichern. Unstatthaft ist es daher, die Untersagung einer Wohnnutzung durch ein Verbot zum Einbau von für diese Wohnnutzung erforderlichen Treppen zu ergänzen.⁵⁹⁵

- 282** Hinreichend **bestimmt** ist eine Nutzungsuntersagung, mit der die Nutzung zu dauerhaften Wohnzwecken untersagt wird,⁵⁹⁶ ebenso, wenn dem Betreiber einer Einrichtung für alte Menschen untersagt wird, „keine Personen aufzunehmen bzw. zu belassen, die dauerhaft zur Führung eines eigenen Haushalts und zu einer eigenständigen Lebensplanung nicht mehr in der Lage sind“.⁵⁹⁷
- 283** Nicht unumstritten ist die **zeitliche Reichweite** einer Nutzungsuntersagung im Verhältnis zu einer nachfolgenden Genehmigung der zunächst untersagten Nutzung. Richtiger Ansicht nach wird die Nutzungsuntersagung durch eine nachfolgende Genehmigung gegenstandslos oder konkludent aufgehoben; einer – zusätzlichen – ausdrücklichen Aufhebung der Nutzungsuntersagung und einer in diesem Sinn expliziten Freigabe der zunächst verbotenen Nutzung bedarf es danach – ebenso wie bei der Einstellung von Arbeiten – nicht.⁵⁹⁸ Deshalb muss eine Nutzungsuntersagung auch nicht befristet oder mit einer auflösenden Bedingung versehen werden.⁵⁹⁹
- 284** Welche **Frist** für die Unterlassung der Nutzung gesetzt wird, ist – wie der Erlass der Nutzungsuntersagung selbst – eine Ermessensentscheidung. Unter der Voraussetzung, dass eine solche Ermessensentscheidung zugrunde liegt, ist auch eine Nutzungsuntersagung ohne Fristsetzung⁶⁰⁰ – d. h. ein sofortiges Nutzungsverbot – möglich.⁶⁰¹

595 OVG Lüneburg, Urt. v. 7.5.1974 – I A 169/73, BRS 28 Nr. 71.

596 OVG NRW, Urt. v. 23.10.2006 – 7 A 4947/05, BauR 2007, 1010 = BRS 70 Nr. 187.

597 BayVGh, Urt. v. 19.5.2011 – 2 B 11.353, BauR 2011, 1961 = BayVbl. 2012, 86.

598 BayVGh, Beschl. v. 29.9.1981 – 69 II 78, BayVbl. 1982, 51 = BRS 38 Nr. 208; Urt. v. 25.1.1988 – 14 B 86.02382, BayVbl. 1989, 534; BayObLG, Beschl. v. 29.3.1988 – 3 Ob OWi 52/87, BayVbl. 1988, 697; BayVGh, Beschl. v. 27.11.1992 – 14 B 89.2593 (Einstellung von Arbeiten); a. A. BayVGh, Beschl. v. 26.2.1987 – 15 CS 87.00142, BayVbl. 1987, 437 m. abl. Anm. Hausmann = BRS 47 Nr. 200.

599 Vgl. VGh BW, Beschl. v. 20.10.1992 – 8 S 2007/92, BRS 65 Nr. 210.

600 Dagegen ThürOVG, Beschl. v. 27.2.1997 – 1 EO 233/96, BRS 59 Nr. 217.

601 HessVGh, Beschl. v. 6.10.1988 – 4 TG 3126/88, HessVGRspr. 1989, 28.