

## Anfängerklausur – Baurecht: Problematische Massage

Prof. Dr. Klaus Joachim Grigoleit, Ass. iur. Moritz Klanten, Dortmund\*

Der vorliegende Fall ist an ein Urteil des VG Köln<sup>1</sup> angelehnt. Er befasst sich mit der Prüfung einer Nutzungsuntersagung und greift einige typische Problemstellungen auf. Vom Schwierigkeitsgrad entspricht er einer baurechtlichen Anfängerklausur, die innerhalb einer Bearbeitungszeit von 90 Minuten gelöst werden kann.

### Sachverhalt

F betreibt freiberuflich eine Praxis für Physiotherapie in einem großen Gebäude in der Stadt Y. In der für diese Nutzung erteilten Baugenehmigung heißt es bezüglich der angebotenen Dienstleistungen: „Physiotherapie, insbes. Massage“. Da die Praxis nur schleppend läuft, entschließt sich F, seinen Mitarbeiterstab umzustrukturieren und das Dienstleistungsangebot zu erweitern. Fortan bietet er in seinen Räumlichkeiten neben physiotherapeutischen Massagen auch erotische Ganzkörpermassagen mit sexueller Stimulation an. Dieses „neue“ Massageangebot weist keinerlei kurativen, also heilenden, physiotherapeutischen Bezug auf.

Seither „boomt“ das Geschäft. Als die zuständige Behörde der Stadt Y hiervon erfährt, teilt sie F mit, dass durch die neuerdings zusätzlich angebotenen erotischen Massagen eine zumindest teilweise Umnutzung vorliege, welche nicht mehr von der ursprünglichen Baugenehmigung gedeckt sei. Die Nutzung der Praxis für derartige sexuelle Massagen sei formell illegal, er benötige für diesen bordellartigen Gewerbebetrieb eine neue Genehmigung. Angesichts der schwierigen Rechtslage könne nach einem entsprechenden Antrag im Genehmigungsverfahren geklärt werden, ob diese erteilt wird. F will sich aber durch solche „Lappalien“ nicht aufhalten lassen und weigert sich, einen Antrag auf Erteilung einer Baugenehmigung zu stellen. Die Behörde spricht daraufhin unter Einhaltung aller Verfahrens- und Formvorschriften eine Nutzungsuntersagung aus. F wird aufgegeben, in den von ihm als Physiotherapiepraxis genutzten Räumen den „Erotik-Betrieb“ einzustellen.

F will dies nicht hinnehmen. Die Nutzungsuntersagung sei materiell nicht rechtmäßig. Erstens sei die Nutzungsuntersagung nicht hinreichend bestimmt. Auch die bisher angebotenen „normalen“, physiotherapeutischen Massagen hätten sinnliche und damit im weitesten Sinne erotische Elemente. Durch die Verwendung des Begriffs „Erotik-Betrieb“ sei nicht eindeutig, was nun untersagt sei. Zweitens fehle es an der formellen Baurechtswidrigkeit. Die ihm erteilte Baugenehmigung umfasse schließlich auch Massagen – welches Körperteil nun konkret massiert werde, könne doch wahrlich keinen Unterschied machen. Drittens habe die Behörde ihr Ermessen fehlerhaft ausgeübt, die Verfügung sei insgesamt unverhältnismäßig. Die Behörde stütze sich nur auf die formelle Illegalität – also das Fehlen einer entsprechenden Baugenehmigung –, für eine Nutzungsuntersagung müsse aber immer auch die materielle Illegalität gegeben sein, ansonsten sei sie unverhältnismäßig.

---

\* Der Autor *Grigoleit* ist Leiter des Fachgebiets Raumplanungs- und Umweltrecht der Fakultät Raumplanung an der TU Dortmund. Der Autor *Klanten* ist Wiss. Mitarbeiter ebenda.

<sup>1</sup> VG Köln, Urt. v. 7.1.2014 – 2 K 3358/13 = BeckRS 2014, 46581; nachfolgend OVG Münster, Beschl. v. 1.7.2014 – 7 A 181/14 = BeckRS 2014, 53485.

**Fallfrage**

Ist die gegenüber F ausgesprochene Nutzungsuntersagung rechtmäßig?

**Bearbeitungsvermerk**

Hinsichtlich der BauO sind die abgedruckten Vorschriften zugrunde zu legen. Gehen Sie davon aus, dass Ausnahmen nach den §§ 61–63, 78,79 BauO nicht einschlägig sind. Die Vorschriften des ProstG sowie des ProstSchG sind nicht zu prüfen. Das Landesverwaltungsverfahrensgesetz entspricht dem Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes.

§ 2 BauO

Bauliche Anlagen sind mit dem Erdboden verbundene, aus Bauprodukten hergestellte Anlagen.

§ 60 BauO

Die Errichtung, Änderung und Nutzungsänderung bedürfen der Baugenehmigung, soweit in den §§ 61 bis 63, 78 und 79 nichts anderes bestimmt ist.

§ 82 BauO

<sup>1</sup>Werden Anlagen im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften errichtet oder geändert, kann die Bauaufsichtsbehörde die teilweise oder vollständige Beseitigung der Anlagen anordnen, wenn nicht auf andere Weise rechtmäßige Zustände hergestellt werden können. <sup>2</sup>Werden Anlagen im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften genutzt, kann diese Nutzung untersagt werden.

**Lösungsvorschlag**

<b>I. Ermächtigungsgrundlage .....</b>	<b>1300</b>
<b>II. Formelle Rechtmäßigkeit .....</b>	<b>1300</b>
<b>III. Materielle Rechtmäßigkeit .....</b>	<b>1300</b>
1. Hinreichende Bestimmtheit .....	1300
2. Tatbestandsvoraussetzungen .....	1301
a) Formelle Illegalität .....	1301
b) Materielle Illegalität .....	1302
c) Zwischenergebnis .....	1303
3. Tauglicher Adressat .....	1303
4. Ermessen .....	1303
a) Legitimer Zweck .....	1303
b) Geeignetheit .....	1304
c) Erforderlichkeit .....	1304
d) Angemessenheit .....	1304
5. Zwischenergebnis .....	1305
<b>IV. Ergebnis .....</b>	<b>1305</b>

Die gegenüber F ausgesprochene Nutzungsuntersagung könnte rechtmäßig sein. Hierzu müsste sie auf einer geeigneten Ermächtigungsgrundlage beruhen (I.), von der formell (II.) und materiell (III.) rechtmäßig Gebrauch gemacht worden ist.

### I. Ermächtigungsgrundlage

Zunächst müsste die Nutzungsuntersagung auf einer geeigneten Ermächtigungsgrundlage beruhen. Nach § 82 S. 2 BauO können Nutzungen untersagt werden, wenn Anlagen im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften genutzt werden. § 82 S. 2 BauO kommt damit als Ermächtigungsgrundlage in Betracht.

### II. Formelle Rechtmäßigkeit

Die Nutzungsuntersagung müsste auch formell rechtmäßig sein. Die Vorschriften über die Zuständigkeit, das Verfahren und die Form müssten eingehalten worden sein. Ausweislich des Sachverhalts sprach die zuständige Behörde der Stadt Y die Nutzungsuntersagung unter Einhaltung aller Verfahrens- und Formvorschriften aus. Die Nutzungsuntersagung ist damit formell rechtmäßig.

### III. Materielle Rechtmäßigkeit

Die Nutzungsuntersagung müsste auch materiell rechtmäßig sein. Dazu müsste die Nutzungsuntersagung zunächst hinreichend bestimmt sein (1.). Zudem müssten die Tatbestandsvoraussetzungen vorgelegen haben (2.), die Verfügung an einen tauglichen Adressaten gerichtet (3.) und das Ermessen fehlerfrei ausgeübt (4.) worden sein.

#### 1. Hinreichende Bestimmtheit

Die Verfügung müsste zunächst hinreichend bestimmt sein (vgl. § 37 Abs. 1 VwVfG). Hierfür muss der Inhalt der Ordnungsverfügung für den Adressaten vollständig, klar und eindeutig sein, sodass er sein Verhalten danach ausrichten kann. Maßgeblich ist der objektive Erklärungswert des Mitgeteilten, wie er sich für den Betroffenen darstellt und nach Treu und Glauben verstanden werden muss. Zur Interpretation können auch sonstige bekannte oder ohne weiteres erkennbare Umstände herangezogen werden.<sup>2</sup>

Vorliegend wird F aufgegeben, in den von ihm als Physiotherapiepraxis genutzten Räumen den „Erotik-Betrieb“ einzustellen. Aus dem Begriffsteil „Betrieb“ wird dabei deutlich, dass es um die Untersagung einer gewerblichen Tätigkeit geht. Durch den Zusammenhang mit dem Wort „Erotik“ wird erkennbar, dass erotische bzw. sexuelle Dienstleistungen untersagt werden sollen.<sup>3</sup> Die zuständige Behörde hat F zudem zuvor darauf hingewiesen, dass sie in dem neuen Dienstleistungsspektrum eine genehmigungsbedürftige Änderung sieht, also die im Rahmen herkömmlicher physiotherapeutischer Behandlungen durchgeführten Massagen noch als von der ursprünglichen Genehmigung umfasst ansieht. Aus der ausgesprochenen Nutzungsuntersagung und den Umständen des Falls wird damit eindeutig erkennbar, dass zwar die Durchführung der „neuen“ sexuellen und bordellartigen Dienstleistungen untersagt werden, die bisherigen physiotherapeutischen Massagen aber weiterhin

---

<sup>2</sup> Siehe zur gesamten Definition VG Köln, Urt. v. 7.1.2014 – 2 K 3358/13 = BeckRS 2014, 46581.

<sup>3</sup> VG Köln, Urt. v. 7.1.2014 – 2 K 3358/13 = BeckRS 2014, 46581.

möglich sein sollen.<sup>4</sup> Diese Erkennbarkeit wird auch dadurch unterstrichen, dass dem Einwand des F, auch „normale“ Massagen könnten erotische Elemente haben, schon eine Unterscheidung zwischen den bisherig angebotenen „normalen“, also im Schwerpunkt physiotherapeutischen Massagen, und den „neuen“ erotischen Massagen zugrunde liegt. Dem Adressaten der Verfügung war also klar, welches Verhalten untersagt werden soll.

Vor diesem Hintergrund greift der Einwand der fehlenden Bestimmtheit nicht durch. Die Nutzungsuntersagung ist hinreichend bestimmt.

## 2. Tatbestandsvoraussetzungen

Die Tatbestandsvoraussetzungen müssten vorgelegen haben. Nach § 82 S. 2 BauO kann die Nutzung von Anlagen untersagt werden, wenn diese im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften genutzt werden. Es ist zwischen formeller und materieller Illegalität zu unterscheiden.

### a) Formelle Illegalität

Es könnte formellen Illegalität gegeben sein. Dies ist dann der Fall, wenn die Errichtung, Änderung oder Nutzung einer bauordnungsrechtlich relevanten Anlage genehmigungsbedürftig ist, eine wirksame (nicht notwendigerweise rechtmäßige) Baugenehmigung jedoch nicht vorliegt.<sup>5</sup>

Nach § 60 BauO bedarf es bei Nutzungsänderungen der Baugenehmigung (Ausnahmen nach §§ 61 bis 63, 78 und 79 BauO liegen im vorliegenden Fall nicht vor). Zu den bauordnungsrechtlich relevanten Anlagen gehören bauliche Anlagen i.S.d. § 2 BauO. Hierbei handelt es sich um mit dem Erdboden verbundene, aus Bauprodukten hergestellte Anlagen. Das Gebäude, in dem sich die Praxis des F befindet, lässt sich bei lebensnaher Sachverhaltsinterpretation hierunter subsumieren. Dieses Gebäude wird für den Betrieb der Physiotherapiepraxis genutzt. Eine Nutzung einer bauordnungsrechtlich relevanten Anlage ist damit gegeben.

Fraglich erscheint, ob für die Nutzung eine wirksame (nicht notwendigerweise rechtmäßige) Baugenehmigung vorliegt. F wurde eine Baugenehmigung zur Nutzung der Räumlichkeiten als Physiotherapiepraxis erteilt, zu den angebotenen Dienstleistungen heißt es dort: „Physiotherapie, insbes. Massage“. Auch das neue Dienstleistungsangebot könnte hiervon noch umfasst sein. Damit würde es an der formellen Illegalität fehlen. Klärungsbedürftig ist damit, ob eine (genehmigungsbedürftige) Nutzungsänderung vorliegt.

Eine Nutzungsänderung ist nach der Rechtsprechung dann gegeben, wenn sich die neue Nutzung von der bisherigen (und genehmigten) dergestalt unterscheidet, dass sie anderen oder weitergehenden Anforderungen bauordnungs- oder bauplanungsrechtlicher Art unterworfen ist oder unterworfen werden kann, d.h. schon dann, wenn die Möglichkeit besteht, dass die Zulässigkeit des geänderten Vorhabens nach den Bauvorschriften anders beurteilt werden kann.<sup>6</sup> Mit anderen Worten liegt eine Nutzungsänderung demnach vor, sobald die der genehmigten Nutzung innewohnende Variationsbreite überschritten wird und der neuen Nutzung unter städtebaulichen Gesichtspunkten eine andere Qualität zukommt.<sup>7</sup>

Für die Ermittlung des Regelungsgehalts der (erteilten) Baugenehmigung kommt es auf deren objektiven Erklärungsgehalt an, wobei hinsichtlich der Art der Nutzung eine typisierende Betrachtung

<sup>4</sup> Vgl. VG Köln, Urt. v. 7.1.2014 – 2 K 3358/13 = BeckRS 2014, 46581.

<sup>5</sup> So Lindner, JuS 2014, 118 (119).

<sup>6</sup> So OVG Münster, Beschl. v. 13.11.1995 – 11 B 2161/95 = BeckRS 1996, 20112.

<sup>7</sup> So VGH Kassel, Beschl. v. 14.10.2002 – 4 TG 2028/02 = NVwZ-RR 2003, 720 (721).

tungsweise maßgeblich ist.<sup>8</sup> Vorliegend heißt es in der Baugenehmigung bezüglich der umfassten Dienstleistungen: „Physiotherapie, insbes. Massage“. Entscheidend kommt es also darauf an, ob die angebotenen Leistungen unter die genehmigte Nutzung fallen. Im allgemeinen Sprachgebrauch versteht man unter Physiotherapie die „Behandlung bestimmter Krankheiten mit Wärme, Wasser, Strom usw. sowie Krankengymnastik und Massagen“<sup>9</sup>. Demnach ist für die Physiotherapie die Behandlung von pathologischen Zuständen kennzeichnend. Auch die diesbezügliche Rechtsprechung des BVerwG weist in diese Richtung. Hiernach zielen physiotherapeutische Maßnahmen auf Prävention, kurative Medizin, Rehabilitation und das Kurwesen. Sie soll Hilfen zur Entwicklung, zum Erhalt oder zur Wiederherstellung aller Funktionen im somatischen und physischen Bereich geben und bei nichtrückbildungsfähigen Körperbehinderungen Ersatzfunktionen schulen.<sup>10</sup> Dieses Begriffsverständnis zugrunde gelegt kann aus dem Inhalt der erteilten Baugenehmigung („Physiotherapie, insbes. Massage“) folglich nach objektiver Betrachtung kein Erklärungsgehalt abgeleitet werden, der erotische oder sexuelle Dienstleistungen umfassen würde. Es wird hingegen deutlich, dass sich die Genehmigung auf physiotherapeutische Tätigkeiten und die in diesem Rahmen („insbes.“) durchgeführten Massagen bezieht, also auf Handlungen, die durch ihre medizinische Natur gekennzeichnet sind.

Die Baugenehmigung bezieht sich demnach auf physiotherapeutische (heilende) Massagen. Die in der Praxis von F angebotenen erotischen Ganzkörpermassagen einschließlich sexueller Stimulation weisen jedoch keinerlei kurativen physiotherapeutischen Bezug auf, sie sind vielmehr als sexuelle Handlungen einzuordnen.<sup>11</sup> Das vormalig auf physiotherapeutische Leistungen beschränkte Dienstleistungsangebot der Praxis wird damit durch das Angebot der „neuen“ Massagen um bordellartige Dienstleistungen erweitert. Mit dieser Erweiterung können Begleitumstände einhergehen, durch die das geänderte Vorhaben nach den Bauvorschriften anders zu beurteilen wäre. Insbesondere bordellartige Betriebe können mit einer für sie typischen milieubedingten Unruhe einhergehen. Die Belange des § 1 Abs. 5 und 6 BauGB können hierdurch anders als bisher berührt werden.<sup>12</sup> Zudem könnte eine solche Änderung nicht mehr unter dem Begriff der freiberuflichen Nutzung fallen, sondern als gewerbliche Tätigkeit<sup>13</sup> zu werten sein (vgl. § 13 BauNVO).

Vor diesem Hintergrund wird deutlich, dass der Charakter der bisherigen Nutzung als Physiotherapiepraxis verändert wird. Die Änderung ist dabei geeignet, zu neuen, die Genehmigungsfrage erneut aufwerfenden, bodenrechtlichen Spannungen zu führen. Damit ist die neue Nutzung der Räumlichkeiten nicht mehr von der Variationsbreite der ursprünglichen Genehmigung umfasst. Hierfür ist vielmehr eine erneute Genehmigung erforderlich. Diese wurde im vorliegenden Fall nicht erteilt.

Formelle Illegalität liegt damit vor.

## b) Materielle Illegalität

Es könnte auch materielle Illegalität gegeben sein. Hierunter fällt jeder Verstoß gegen die jeweils

---

<sup>8</sup> VG Köln, Urt. v. 7.1.2014 – 2 K 3358/13 = BeckRS 2014, 46581.

<sup>9</sup> Dudenredaktion, Duden – Deutsches Universalwörterbuch, Physiotherapie, 9. Aufl. 2019.

<sup>10</sup> Unter Bezug auf BVerwG, Urt. v. 26. 8. 2009 – 3 C 19/08 = NVwZ-RR 2010, 111 (112) siehe *Bährle/Kazemi/Goebel*, in: Clausen/Schroeder-Printzen, Münchener Anwaltshandbuch Medizinrecht, 3. Aufl. 2020, § 15 Rn. 166.

<sup>11</sup> Vgl. zur Einordnung einer Massage als sexuelle Handlung ausführlich VG Berlin, Beschl. v. 17.11.2022 – VG 4 L 460/22 = BeckRS 2022, 34913, Rn. 6 ff.

<sup>12</sup> Vgl. hierzu insgesamt VG Köln, Urt. v. 7.1.2014 – 2 K 3358/13 = BeckRS 2014, 46581.

<sup>13</sup> Zur Einordnung als Gewerbebetrieb vgl. *Stock*, in: Ernst u. a., BauGB, Kommentar, 146. Lfg., April 2022, BauNVO § 4 Rn. 120.

anwendbaren materiellen öffentlich-rechtlichen Vorschriften.<sup>14</sup> Mangels Sachverhaltsangaben sind keine Anhaltspunkte für materielle Illegalität erkennbar, die Behörde hat diesbezüglich lediglich auf eine schwierige Rechtslage verwiesen.

### c) Zwischenergebnis

Mit der Erweiterung des angebotenen Leistungsspektrums liegt eine Nutzungsänderung vor, die von der Baugenehmigung nicht mehr umfasst ist. Eine entsprechende Baugenehmigung wurde nicht erteilt. Die Anlage wird demnach im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften genutzt.

*Hinweis:* Ob und inwieweit für den Erlass einer Nutzungsuntersagung sowohl die formelle als auch die materielle Illegalität vorliegen müssen, ist – anders als nach einigen „klassischen“ Aufbauschemata – nach der hier vertretenen Auffassung keine Frage des Tatbestandes, sondern der Ermessensausübung. Die Problematik wird dementsprechend dort behandelt. Ein anderer Aufbau ist vertretbar.

## 3. Tauglicher Adressat

Die Nutzungsuntersagung müsste auch an einen tauglichen Adressaten gerichtet sein. F ist der Betreiber der Physiotherapiepraxis und verantwortlich für die Erweiterung des Dienstleistungsangebots. Als Verhaltensstörer ist er damit nach allgemeinen polizeirechtlichen Grundsätzen tauglicher Adressat der Ordnungsverfügung.

## 4. Ermessen

§ 82 S. 2 BauO räumt der Behörde ein Ermessen ein („kann diese Nutzung untersagt werden“). Dieses müsste fehlerfrei ausgeübt worden sein. Das Ermessen kann sich dabei zum einen darauf beziehen, ob die Verwaltung eingreift (Entschließungsermessen), zum anderen die Wahl der für den konkreten Fall möglichen und zulässigen Maßnahme betreffen (Auswahlermessen).<sup>15</sup> Bezüglich der Ermessensfehler kann zwischen Ermessensunterschreitung, Ermessensüberschreitung und Ermessensfehlergebrauch unterschieden werden.<sup>16</sup> Vorliegend kommt ein Ermessensfehlergebrauch hinsichtlich des Auswahlermessens in Betracht. Die ausgesprochene Nutzungsuntersagung könnte unverhältnismäßig sein. Nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit<sup>17</sup> müsste das staatliche Handeln einem legitimen Zweck dienen und die Maßnahme geeignet, erforderlich und insgesamt angemessen sein.

### a) Legitimer Zweck

Es müsste zunächst ein legitimer Zweck für die Nutzungsuntersagung vorliegen. Durch die Nutzungsuntersagung soll eine Nutzung untersagt werden, die im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften steht. Mit der Beseitigung dieses baurechtswidrigen Zustands liegt ein legitimer Zweck vor.

---

<sup>14</sup> So Lindner, JuS 2014, 118 (119).

<sup>15</sup> Vgl. Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl. 2020, § 7 Rn. 7.

<sup>16</sup> Vgl. Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl. 2020, § 7 Rn. 20 ff.

<sup>17</sup> Vgl. hierzu etwa BVerfG, Beschl. v. 23.5.2018 – 1 BvR 97/14 = NJW 2018, 3007 (3009 ff.); Epping, Grundrechte, 9. Aufl. 2021, Rn. 91 ff.

### b) Geeignetheit

Die Nutzungsuntersagung müsste hierzu auch geeignet sein. Dies ist dann der Fall, wenn mit ihr der gewünschte Erfolg gefördert werden kann.<sup>18</sup> Mit der Nutzungsuntersagung wird angeordnet, dass die baurechtswidrige Nutzung nicht mehr durchgeführt werden darf. Hiermit wird der baurechtswidrige Zustand unterbunden. Die Nutzungsuntersagung fördert damit die Zweckerreichung und ist folglich geeignet.

### c) Erforderlichkeit

Die Maßnahme müsste auch erforderlich sein. Ein anderes, gleich wirksames, aber weniger fühlbar einschränkendes Mittel dürfte nicht gewählt werden können.<sup>19</sup> Ein gleich wirksames, aber weniger fühlbar einschränkendes Mittel zur sofortigen Unterbindung des baurechtswidrigen Zustands ist im vorliegenden Fall nicht ersichtlich. Die Maßnahme war damit auch erforderlich.

### d) Angemessenheit

Die Nutzungsuntersagung müsste auch angemessen sein. Im Rahmen einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht sowie der Dringlichkeit der ihn rechtfertigenden Gründe muss die Grenze der Zumutbarkeit gewahrt werden.<sup>20</sup> Im Rahmen der Angemessenheitsprüfung könnte vorliegend problematisch sein, dass die Behörde die Nutzungsuntersagung lediglich auf die formelle Illegalität gestützt hat und die materielle Illegalität noch ungeklärt ist.

Nach einer Auffassung bedarf es für eine Nutzungsuntersagung auch der materiellen Illegalität.<sup>21</sup> Hiernach wäre die Nutzungsuntersagung ermessensfehlerhaft.

Nach anderer Auffassung genügt formelle Illegalität, eines materiell baurechtswidrigen Zustandes bedürfe es nicht.<sup>22</sup> Dies soll dann nicht gelten, wenn die Anlage offensichtlich genehmigungsfähig ist.<sup>23</sup> Im vorliegenden Fall liegt formelle Illegalität vor. Für eine offensichtliche Genehmigungsfähigkeit spricht hier nichts, vielmehr gibt die Behörde an, die Genehmigungsfähigkeit bedürfe einer genaueren Überprüfung im Rahmen des Genehmigungsverfahrens. Nach dieser Auffassung könnte aus der unklaren materiell-rechtlichen Beurteilung der Nutzung nicht auf die Unverhältnismäßigkeit der Verfügung geschlossen werden.

Die Auffassungen kommen zu unterschiedlichen Ergebnissen. Damit ist ein Streitentscheid erforderlich.<sup>24</sup> Für das Erfordernis der materiellen Illegalität spreche, dass mit einer Nutzungsuntersagung erhebliche Beeinträchtigungen grundrechtlicher Freiheiten verbunden sein können. Zwar sei die Eingriffsintensität nicht so hoch wie bei einer Beseitigungsverfügung, doch eine Nutzungsuntersagung könne – gerade im gewerblichen Bereich – mit erheblichen finanziellen Nachteilen für den Betroffenen verbunden sein.<sup>25</sup> Dem ist entgegenzuhalten, dass es an dem Adressaten der Nutzungsuntersa-

<sup>18</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. v. 10.5.1972 – 1 BvR 286, 293 u. 295/65 = NJW 1972, 1509 (1511).

<sup>19</sup> BVerfG, Beschl. v. 10.5.1972 – 1 BvR 286, 293, 295/65 = NJW 1972, 1509 (1511).

<sup>20</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. v. 12.4.2005 – 2 BvR 1027/02 = NJW 2005, 1917 (1921).

<sup>21</sup> VGH Mannheim, Beschl. v. 13.6.1996 – 5 S 1211/96 = NVwZ 1997, 601 (602); vgl. Decker, in: Busse/Kraus, Bayerische Bauordnung, Kommentar, 98. EL, Oktober 2009, Art. 76 Rn. 283 m.w.N.

<sup>22</sup> Decker, in: Busse/Kraus, Bayerische Bauordnung, Kommentar, 98. EL, Oktober 2009, Art. 76 Rn. 282, 284 m.w.N.

<sup>23</sup> Vgl. OVG Münster, Beschl. v. 11.7.2011 – 7 B 634/11 = BeckRS 2014, 47067; Decker, in: Busse/Kraus, Bayerische Bauordnung, Kommentar, 98. EL, Oktober 2009, Art. 76 Rn. 282, 284 m.w.N.

<sup>24</sup> Vgl. zum nachfolgenden Streitentscheid sowie den genannten Argumenten, soweit nicht anders nachgewiesen, Decker, in: Busse/Kraus, Bayerische Bauordnung, Kommentar, 98. EL, Oktober 2009, Art. 76 Rn. 284.

<sup>25</sup> Vgl. VGH Mannheim, Urt. v. 22.9.1989 – 5 S 3086/88 = NVwZ 1990, 480.



gung ist, durch die Beantragung einer Baugenehmigung den baurechtswidrigen Zustand zu beseitigen. Ist das Vorhaben materiell legal, kann er den in der Genehmigungspflicht begründeten Schaden dadurch minimieren, alsbald dem Genehmigungserfordernis nachzukommen. Insofern gilt es auch zu berücksichtigen, dass die Beantragung einer Baugenehmigung in der Sphäre des Nutzers liegt, dieser also durch eigenes Versäumnis gegebenenfalls finanzielle Verluste erfährt. Zudem wird (anders als bei der Beseitigungsverfügung) durch die behördliche Anordnung kein Zustand herbeigeführt, der nicht mehr rückgängig gemacht werden könnte, denn die Substanz des Baubestands wird nicht berührt. Für die Beseitigungsanordnung wird gem. § 82 S. 1 BauO zudem explizit angeordnet, dass diese nur ausgesprochen werden kann, „wenn nicht auf andere Weise rechtmäßige Zustände hergestellt werden können“. Dieser Zusatz, der für die Beseitigungsanordnung das Erfordernis der materiellen Illegalität tatbestandlich festlegt, fehlt in § 82 S. 2 BauO für die Nutzungsuntersagung. Zuletzt sprechen auch Gleichheitsaspekte für ein Verständnis im Sinne der letztgenannten Auffassung. Forderte man für die Nutzungsuntersagung auch die materielle Illegalität, wäre die Rechtsstellung des gesetzesuntreuen Bürgers dem des gesetzestreuen Bürgers, der das Baugenehmigungsverfahren durchlaufen hat (und gegebenenfalls sogar kostspielige Sachverständigengutachten einholen musste), nahezu gleichgestellt.<sup>26</sup> Dies erscheint nicht gerechtfertigt.

Vor diesem Hintergrund ist der Auffassung, nach der die formelle Illegalität für die Aussprache einer Nutzungsuntersagung genügen kann, beizupflichten. Der Umstand, dass die Behörde sich im vorliegenden Fall lediglich auf diese berufen hat, hat demnach nicht zur Folge, dass die an F gerichtete Nutzungsuntersagung unverhältnismäßig ist. Anhaltspunkte dafür, dass die Ordnungsverfügung aus anderen Gründen nicht angemessen sein könnte, sind nicht ersichtlich.

Vor diesem Hintergrund war die Nutzungsuntersagung auch angemessen.

## 5. Zwischenergebnis

Nach all dem ist die Nutzungsuntersagung hinreichend bestimmt, zudem lagen die Tatbestandsvoraussetzungen für ihren Erlass vor. Sie wurde an einen tauglichen Adressaten gerichtet und ermessensfehlerfrei ausgesprochen.

## IV. Ergebnis

Die an F gerichtete Nutzungsuntersagung beruht auf einer geeigneten Ermächtigungsgrundlage, von der formell und materiell rechtmäßig Gebrauch gemacht worden ist. Die Nutzungsuntersagung ist damit rechtmäßig.

---

<sup>26</sup> Vgl. Decker, in: Busse/Kraus, Bayerische Bauordnung, Kommentar, 98. EL, Oktober 2009, Art. 76 Rn. 284.