

Übung im Öffentlichen Recht

Sommersemester 2024

1. Besprechungsfall

11.04.2024

Sachverhalt

A ist Betreiber eines eingeschossigen Waschsalons im südlichen Stadtteil der nordrhein-westfälischen kreisfreien Stadt S. In diesem kleinen Stadtteil befinden sich überwiegend Wohnhäuser, ein bescheidenes Lebensmittelgeschäft, einige Restaurants und Cafés sowie kleinere unauffällige Handwerksbetriebe. Hauptsächlich werden die ansässigen Läden von den dortigen Bewohnern genutzt. Das Gebiet in dem gesamten Stadtteil ist zusammenhängend bebaut. Ein Bebauungsplan existiert nicht. Seinen Betrieb hat A ordnungsgemäß beim zuständigen Gewerbeaufsichtsamt angezeigt.

A hatte für den Betrieb des Waschsalons im Jahr 2000 eine unbefristete Genehmigung von der zuständigen Bauaufsichtsbehörde erlangt. Mit den Jahren wurde der Waschsalon aber nicht nur zum Waschen benutzt, sondern entwickelte sich zu einem kulturellen Treffpunkt von jungen Erwachsenen. Dies war besonders einem Klavier geschuldet, welches in dem Waschsalon stand und schon von so manchem aufstrebenden Musiker zum Üben genutzt wurde. Des Öfteren wurden am Abend die Stühle zusammengerückt und der Waschsalon als Konzertraum genutzt. Unterhalten wurde das Publikum in der Pause zusätzlich durch kleine Tanz- und Kunststückvorführungen junger Künstler. Für den Einlass zu diesen Veranstaltungen wurde von A ein Entgelt erhoben. Im Laufe der Jahre erhöhte sich die Gästeanzahl erheblich, da Menschen aus dem gesamten Stadtgebiet die Konzerte in der eigenartigen Atmosphäre des Waschsalons besuchten. Dies nahm A zum Anlass, den Waschsalon im Jahre 2014 zu vergrößern. Durch den Umbau einiger, zuvor als Wohnräume genutzter Räumlichkeiten, gelang es ihm, Platz für ca. 200 Gäste zu schaffen. Dies zeigte A bei der Bauaufsichtsbehörde nicht an.

Auf derselben Straße, auf welcher sich auch der Waschsalon befindet, liegen unter anderem zwei Grundstücke, die im Eigentum der Stadt S stehen. S verpachtet diese seit 2013 langfristig an B und C. Auf den Grundstücken betreibt B eine Diskothek und C ein Casino. Nach Größe und Erscheinungsbild sind die Einrichtungen mit der des A vergleichbar. Eine Genehmigung zum Betrieb dieser Etablissements haben B und C nicht.

Alle drei Einrichtungen sind einigen Anwohnern des südlichen Stadtteils der Stadt S schon lange ein Dorn im Auge. Schon oft gingen beim zuständigen Ordnungsamt Beschwerden aufgrund von betrunkenen Jugendlichen, aggressiven Spielsüchtigen, Lärmbelästigungen oder zugeparkten Anwohnerparkplätzen ein.

Am 8. Mai 2023 erhielt A nach erfolgter Anhörung ein mit einer ordnungsgemäßen Rechtsbehelfsbelehrung versehenes Schreiben von der zuständigen Bauaufsichtsbehörde. Darin wird ihm die weitere Nutzung des Waschsalons als Konzertstätte untersagt und zugleich die sofortige Vollziehung der Untersagungsverfügung angeordnet. Zur Begründung des Bescheids führt die Behörde an, dass der Zu- und Abgangsverkehr sowie die Lärmbelästigung mit baurechtlichen Vorschriften unvereinbar seien. Der von A betriebene Konzertraum sei nicht gebietsverträglich und schon allein wegen der Tanz- und Kunststückvorführungen als Vergnügungsstätte zu qualifizieren und in dem Gebiet nicht zugelassen.

Auch hätten die Konzerte im Waschsalon des A – was zutrifft – in der Musikszene einen Bekanntheitsgrad erlangt und seien daher geeignet, eine Vorbildfunktion zu entfalten, die es zu verhindern gelte. Aus diesem Grunde sei auch die Anordnung der sofortigen Vollziehung erforderlich, damit eine weitere Verfestigung vermieden werde.

A will die Verfügungen der Behörde nicht hinnehmen. Er erhebt am 23. Mai 2023 beim örtlich zuständigen Verwaltungsgericht fristgemäß Klage und beantragt die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes. Zur Begründung führt A an, sein „Konzert-Waschsalon“ sei schon aufgrund der langen Betriebszeit in seinem Bestand geschützt. Zudem sei nicht nachvollziehbar, warum die Behörde nicht auch gegen B und C vorgehen würde. Außerdem habe sich die Stadtverwaltung – was zutrifft – in den vergangenen Jahren nie an den Konzerten gestört, obwohl sie von deren Existenz gewusst habe. Einmal habe ihm sogar ein Sachbearbeiter, welcher zu den Stammgästen gehöre, nach einem Konzert in seiner Euphorie versichert, A solle sich über die baurechtliche Zulässigkeit seiner speziellen Veranstaltungen keine Sorgen machen.

Der Oberbürgermeister vertritt dagegen die Auffassung, dass der Fall von B und C aufgrund des Pachtvertrages mit der Stadt S vollkommen anders gelagert sei. Hier komme ein Einschreiten schon aufgrund der vertraglichen Vereinbarung nicht in Betracht. Ebenfalls könne A aus dem Umstand, dass das Bauamt gegen die ursprüngliche Nutzung nicht vorgegangen sei, nichts für sich herleiten. Auch binde die private Äußerung des Sachbearbeiters die Behörde nicht.

Aufgabe: Wie wird das Gericht entscheiden?

Problemschwerpunkte

- Vorläufiger Rechtsschutz, § 80 V VwGO
- Formelle und materielle Illegalität eines Vorhabens im Innenbereich
- Voraussetzungen einer Nutzungsuntersagung, § 82 I 2 BauO NRW
- Bestandsschutz und Vertrauensschutz aufgrund staatlicher Duldung eines rechtswidrigen Vorhabens
- Art. 3 I GG – Reichweite des Grundsatzes „keine Gleichheit im Unrecht“ – Gesetzesbindung der Verwaltung

Aufgabe: Wie wird das Gericht entscheiden?

Der verwaltungsgerichtliche Rechtsbehelf des A hat Aussicht auf Erfolg, wenn er zulässig und soweit er begründet ist.

A. Zulässigkeit

I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

- 1. Keine aufdrängende Sonderzuweisung (+)**
- 2. Rückgriff auf die Generalklausel des § 40 I 1 VwGO**

▪ Öffentlich-rechtliche Streitigkeit

Als öffentlich-rechtlich ist eine Streitigkeit zu bewerten, wenn die streitentscheidende Norm eine des öffentlichen Rechts ist →

Vorliegend stützt sich die Maßnahme des Oberbürgermeisters auf § 82 I 2 BauO NRW, welcher ausschließlich einen Träger der hoheitlichen Gewalt berechtigt oder verpflichtet (mod. Subjektstheorie)

→ Öffentlich-rechtliche Streitigkeit (+)

- **Nichtverfassungsrechtlicher Art (+)**, da keine doppelte Verfassungsunmittelbarkeit vorliegt. → Verfassungsorgane streiten nicht um unmittelbares Verfassungsrecht.
 - 3. **Keine abdrängende Sonderzuweisung (+)**
 - 4. **Ergebnis:** Der Verwaltungsrechtsweg ist gem. § 40 I 1 VwGO eröffnet.
- II. **Statthaftigkeit des Antrags**
- Welcher Antrag statthaft ist, richtet sich nach dem **Begehren** des Antragstellers, vgl. §§ 88, 122 I VwGO.
 - A beantragt die Gewährung **vorläufigen Rechtsschutzes**: Hierfür gibt es zwei Wege → den Erlass einer einstweiligen Anordnung (§ 123 I VwGO) oder die Anordnung bzw. Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung (§ 80 V VwGO).
 - Das Verhältnis dieser Formen untereinander ergibt sich aus § 123 V VwGO, wonach der einstweilige Rechtsschutz nach §§ 80, 80a VwGO grundsätzlich Vorrang hat.
 - § 80 V VwGO ist statthaft, wenn das Begehren auf Anordnung oder Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung gerichtet ist. Nach § 80 I VwGO geht dies grundsätzlich nur, wenn die Hauptsache eine Anfechtungsklage (§ 42 I Alt. 1 VwGO) ist.

- A möchte gegen die Verfügung der Behörde vorgehen. → Die Nutzungsuntersagung hinsichtlich seines Waschsalons als Konzertstätte ist ein VA i.S.d. § 35 S. 1 VwVfG NRW.
→ Anfechtungsklage in der Hauptsache (+) → Der einstweilige Rechtsschutz richtet sich nach § 80 V VwGO.
- Oberbürgermeister hat die sofortige Vollziehung gemäß § 80 II 1 Nr. 4 VwGO angeordnet, sodass einer Anfechtungsklage keine aufschiebende Wirkung zukommt.
- Zur Durchsetzung des Begehrens des A ist ein **Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung** gem. § 80 V 1 Alt. 2 VwGO statthaft.

III. Antragsbefugnis analog § 42 II VwGO

A ist als Adressat der Anordnung möglicherweise in seinem Recht auf allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 2 I GG verletzt (Adressatentheorie).

IV. Antragsgegner

→ Ist analog § 78 I Nr. 1 VwGO der Rechtsträger der Behörde, die den beantragten VA erlassen hat (Rechtsträgerprinzip). → Hier die Stadt S.

V. Antragsfrist

→ Fristen sind für den Antrag im Eilrechtsschutz nicht einzuhalten.

VI. Beteiligten-/ Prozessfähigkeit

- Bzgl. A: §§ 61 Nr. 1 Alt. 1, 62 I Nr. 1 VwGO
- Bzgl. der Stadt S: §§ 61 Nr. 1 Alt. 2, 62 III VwGO i.V.m. § 63 I 1 GO NRW, vertreten durch den Oberbürgermeister.

VII. Rechtsschutzbedürfnis

1. Rechtsbehelf des Antragstellers

→ Der Antrag nach § 80 V VwGO ist grds. schon vor Erhebung der Anfechtungsklage zulässig. → Dies steht ausdrücklich in § 80 V 2 VwGO – Hier hat A aber trotzdem Anfechtungsklage erhoben.

2. Rechtsbehelf nicht offensichtlich unzulässig

- Praktisch geht es hier immer um die Verfristung des Rechtsbehelfs in der Hauptsache, denn dann kann die Anfechtungsklage ohnehin keine aufschiebende Wirkung entfalten. → Hier (-)
- Zudem ist das behördliche Vorverfahren gem. §§ 68 I 2 Alt. 1 VwGO i.V.m. 110 I 1 JustG NRW entbehrlich.

3. Vorheriger Antrag bei der Behörde

→ Muss sich der Antragsteller vor Stellung des gerichtlichen Eilantrags an die Behörde wenden? → § 80 VI 1 VwGO sieht ein behördliches Aussetzungsverfahren ausdrücklich vor.

- Im Umkehrschluss zu § 80 VI 1 VwGO – wonach der Antrag nach § 80 V 1 VwGO in den Fällen des § 80 II 1 Nr. 1 VwGO nur nach erfolgter Durchführung eines behördlichen Aussetzungsverfahrens zulässig ist – folgt jedoch, dass dies in dem Fall des § 80 II 1 Nr. 4 VwGO gerade nicht erforderlich ist.
- Die Pflicht, sich auf jeden Fall an die Behörde zu wenden, überdehnt den Wortlaut.
- Auch eine analoge Anwendung scheidet aus. Im einstweiligen Rechtsschutz steht die Eilfunktion im Vordergrund. Es ist wenig aussichtsreich, dass die Verwaltungsgerichte entlastet werden könnten, da sich die Erlassbehörde im Rahmen der Anordnung schon mit dem Sofortvollzug beschäftigt hat.

4. Rechtsschutzbedürfnis (+)

VII. Zwischenergebnis

Der Antrag des A gem. § 80 V 1 Alt. 2 VwGO auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ist **zulässig**.

B. Begründetheit

Der Antrag des A nach § 80 V 1 Alt. 2 VwGO ist begründet, wenn die Anordnung der sofortigen Vollziehung formell rechtswidrig war oder wenn eine Interessenabwägung ergibt, dass das Aussetzungsinteresse des A gegenüber dem öffentlichen Interesse an der sofortigen Vollziehung überwiegt.

Letzteres ist vor allem dann der Fall, wenn sich der angegriffene Verwaltungsakt bei summarischer Prüfung als offensichtlich rechtswidrig erweist, da am Vollzug eines rechtswidrigen Verwaltungsakts kein öffentliches Interesse bestehen kann.

I. Formell ordnungsgemäße Anordnung der sofortigen Vollziehung

1. Zuständigkeit

Zuständig für die Anordnung der sofortigen Vollziehung ist gem. § 80 II 1 Nr. 4 VwGO die Behörde, die den Verwaltungsakt erlassen hat.

→ Zuständig war insoweit der Oberbürgermeister als untere Bauaufsichtsbehörde der Stadt S.

2. Verfahren

- Verfahrensrechtlich ist problematisch, ob vor Erlass der Anordnung sofortiger Vollziehung eine besondere Anhörung erfolgen muss.
- Die Anordnung sofortiger Vollziehung ist nach h.M. kein VA, da sie keine eigenständige Regelung i.S.d. § 35 S. 1 VwVfG NRW beinhaltet.
- Diskutiert wird aber eine analoge Anwendbarkeit des § 28 VwVfG NRW.
- Hier wurde die Anordnung sofortiger Vollziehung aber mit der Verfügung in der Hauptsache verbunden, so dass eine Anhörung erfolgt ist.
- Ein Streitentscheid ist somit entbehrlich.

3. Form

Nach § 80 III 1 VwGO ist das besondere Interesse an der sofortigen Vollziehung des VA schriftlich zu begründen. → Es sei denn, es handelt sich um eine sog. Notstandsmaßnahme i.S.d. § 80 III 2 VwGO.

- Die Begründung darf nicht nur formelhaft sein, sondern muss den konkreten Fall betreffen und das besondere Vollzugsinteresse benennen.
- Die Behörde muss sich des Ausnahmecharakters des Sofortvollzugs bewusst sein.
- Die Ausführungen der Behörde: Zu- und Abgangsverkehr, Lärmbelästigung, negative Vorbildfunktion sowie Vermeidung einer Verfestigung im Gebiet sind als Begründung ausreichend. → Ziel der Anordnung ist es somit, die bestehende Beeinträchtigung zum Schutz der Anwohner sofort zu unterbinden.
- Dem Erfordernis einer besonderen Begründung ist Genüge getan. (*a.A. nur mit sehr guter Begründung vertretbar*)

4. Zwischenergebnis: Die Anordnung der sofortigen Vollziehung ist formell rechtmäßig.

II. Interessenabwägung

Maßgeblich sind hierfür die Erfolgsaussichten des Rechtsbehelfs in der Hauptsache, wobei die Besonderheit hinzukommt, dass selbst bei Rechtmäßigkeit des VA ein besonderes öffentliches Interesse an der sofortigen Vollziehung gegeben sein muss.

1. Ermächtigungsgrundlage

➤ Als Ermächtigungsgrundlage kommt **§ 82 I 2 BauO NRW** in Betracht.

2. Formelle Rechtmäßigkeit (+)

- a. **Der Oberbürgermeister** ist als untere Bauaufsichtsbehörde gemäß **§ 57 I 2, I 1 Nr. 3a) BauO NRW** i.V.m. § 63 I 1 GO NRW sachlich und gemäß §§ 57 I, 58 I 1 BauO NRW i.V.m. §§ 4 I, 12 II OBG NRW örtlich für den Erlass der Bauordnungsmaßnahme zuständig.
- b. **Form und Verfahren:** Anhörung i.S.d. § 28 I VwVfG NRW hat stattgefunden.
→ An die Begründung des VA (§ 39 I 3 VwVfG NRW) sind keine besonderen Anforderungen zu stellen. → Auch das Schriftformerfordernis i.S.d. §§ 20 I 1, 12 II OBG NRW wurde eingehalten.

3. Materielle Rechtmäßigkeit

a. Tatbestandsvoraussetzungen des § 82 I 2 BauO NRW

(1) Bauliche Anlage i.S.v. § 2 I BauO NRW → Alle Anlagen, die mit dem Boden verbunden sind und aus Bauprodukten hergestellt wurden.

(2) Nutzung im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften

➤ Zu unterscheiden sind dabei die formelle und materielle Baurechtswidrigkeit eines Vorhabens.

i. Formelle Illegalität

- Ein Vorhaben ist formell illegal, wenn es trotz Genehmigungsbedürftigkeit nicht genehmigt wurde.
- Gem. **§ 60 I BauO NRW** bedarf *„die Errichtung, die Änderung, die Nutzungsänderung und die Beseitigung von Anlagen der Baugenehmigung, soweit in den §§ 61 bis 63, 78 und 79 nichts anderes bestimmt ist.“*

- Hier könnte eine **Nutzungsänderung bzgl. einer baulichen Anlage** vorliegen.
→ Eine Nutzungsänderung i.S.d. § 60 I BauO NRW ist eine Änderung der Nutzung derart, dass der Anlage eine von der bisherigen Nutzung abweichende Zweckbestimmung gegeben wird, d.h. die ihr bisher zugewiesene Funktion wird in rechtserheblicher Weise geändert.
- Ursprünglich betrieb A nur einen Waschsalon, für dessen Betrieb auch die erforderliche baurechtliche Genehmigung eingeholt wurde.
- Der Betrieb einer Konzerthalle könnte eine erneute Genehmigung erforderlich machen.
- Durch den Umbau des Waschsalons, sodass dieser auch als Konzertraum für 200 Gäste genutzt werden kann, wurde er in seiner Zweckbestimmung geändert.
- Der Betrieb einer Konzerthalle unterliegt anderen Anforderungen bauordnungs- und bauplanungsrechtlicher Art als ein Waschsalon.
- Damit liegt eine relevante Nutzungsänderung und somit ein genehmigungspflichtiges Vorhaben i.S.d. § 60 I BauO NRW vor. Eine Ausnahme von der Genehmigungsbedürftigkeit ist nicht ersichtlich.
- Da A den Betrieb der Bauaufsichtsbehörde nicht angezeigt hat, handelt es sich um ein **formell illegales Vorhaben**.

ii. Materielle Illegalität

- Stehen dem Vorhaben materiell-rechtliche Vorschriften entgegen, ist es materiell illegal. → Einschlägig sind insbesondere die Vorschriften des Bauordnungs- und des Bauplanungsrechts.
- Ob die materielle Illegalität **notwendige Rechtmäßigkeitsvoraussetzung** ist, hängt von der Art der Verfügung ab.
 - ❖ Im Rahmen einer Beseitigungsverfügung wird sowohl die formelle als auch die materielle Illegalität des Vorhabens gefordert. Eine Stilllegungsverfügung kann hingegen allein auf die formelle Illegalität gestützt werden. Begründet werden kann dies damit, dass eine Stilllegungsverfügung nur vorübergehend das Vorhaben stoppt und in der Regel nicht substanzverletzend ist.
 - ❖ Hinsichtlich der **Nutzungsuntersagung** ist es **umstritten**, ob es zu ihrer Rechtmäßigkeit zusätzlich der materiellen Illegalität bedarf, da sie den Betroffenen ähnlich hart treffen kann wie eine Beseitigungsverfügung.

- ❖ Dagegen spricht, dass die Nutzungsuntersagung im Vergleich zur Beseitigungsverfügung den Adressaten nur in die formellen Schranken des Baurechts verweist, aber nicht mit einem zusätzlichen Vermögensverlust einhergeht.
- ❖ *Andererseits wird der Betroffene in der Art der Nutzung der baulichen Anlage wesentlich eingeschränkt, weswegen auch im Hinblick auf Art. 14 GG die formelle Illegalität nicht als ausreichend angesehen werden könnte.*
- ❖ *Sachgerecht erscheint es deshalb, diese **Frage im Einzelfall** zu entscheiden. Dabei ist darauf abzustellen, ob die konkrete Verfügung einer Stilllegungsverfügung oder einer dauerhaften Beseitigungsverfügung in ihrer Wirkung gleichkommt.*
- ❖ *→ Eine Streitentscheidung kann hier letztlich ausbleiben, wenn die Nutzung des Waschsalons als Konzertstätte ohnehin nicht genehmigungsfähig ist, sodass die materielle Illegalität zu prüfen ist.*

→ (Anmerkung: a.A. mit entsprechender Begründung vertretbar. Die materielle Illegalität sollte jedoch auf jeden Fall aufgrund von Vollständigkeitsgesichtspunkten geprüft werden)

Verstoß gegen Bauplanungsrecht (§§ 29 ff. BauGB)?

❖ Anwendbarkeit

→ Begriff der baulichen Anlage: Das BauGB enthält keine Legaldefinition der baulichen Anlage. → § 2 I BauO NRW ist nicht übertragbar. Für den Begriff der baulichen Anlage i.S.v. § 29 BauGB sind zwei Merkmale entscheidend: das **Merkmal des Bauens** und das der **bodenrechtlichen Relevanz**. Das Begriffselement der bodenrechtlichen Relevanz soll gegeben sein, wenn Belange des § 1 VI BauGB in einer Weise berührt werden, die geeignet sind, ein Bedürfnis nach einer die Zulässigkeit eines derartigen Vorhabens regelnden verbindlichen Bauleitplanung hervorzurufen.

→ Bei dem Waschsalon handelt es sich um eine bauliche Anlage, da er auf Dauer mit dem Erdboden verbunden ist. Auch sind aufgrund der Geräuschemissionen Belange i.S.d. § 1 VI Nr. 1 BauGB berührt.

→ Nutzungsänderung: Leitender Gesichtspunkt ist auch hier wieder die bodenrechtliche Relevanz. Eine relevante Nutzungsänderung liegt nur dann vor, wenn die Funktion der Anlage in einer Weise geändert wird, die zu einer anderen planungsrechtlichen Beurteilung führt, sodass sich die Genehmigungsfrage erneut stellt. → S.o.

❖ **Bauplanungsrechtliche Anforderungen, §§ 30 ff. BauGB**

- Das BauGB unterteilt das Gemeindegebiet in vier verschiedene Bereiche: 1. qualifizierter Bebauungsplanung (§ 30 I, II BauGB)/ 2. einfache Bebauungsplanung (§ 30 III BauGB)/ 3. Innenbereich (§ 34 BauGB)/ 4. Außenbereich (§ 35 BauGB).
- Solange ein i.S.v. § 30 I, II BauGB qualifizierter Bebauungsplan nicht aufgestellt ist, fungiert § 34 BauGB für den sog. Innenbereich als gesetzlicher Planersatz. Die Bestimmung begründet zwar wegen der unscharfen normativen Maßstäbe noch keinen „Ersatzplan“, aber doch eine Art Auffangplanung, indem sie im Wesentlichen an die faktischen örtlichen Gegebenheiten anknüpft.
- **Anwendungsbereich:** Kein qualifizierter Bebauungsplan i.S.v. § 30 I BauGB (+)/ Im Zusammenhang bebauter Ortsteil (+) → gegebene Bebauung, die nach der Zahl der vorhandenen Bauten ein gewisses Gewicht hat und Ausdruck einer organischen Siedlungsstruktur ist (+); im Zusammenhang bebaut ist jede tatsächlich aufeinander folgende Bebauung, die den Eindruck der Geschlossenheit vermittelt (+)

➤ Zulässigkeitsvoraussetzungen:

- ➔ Vorrangig zu beachtende Vorgaben eines einfachen Bebauungsplans (vgl. § 30 III BauGB) oder ggf. Festsetzungen einer Innenbereichssatzung (§ 34 IV 1 Nr. 2, 3 BauGB) sind nicht einschlägig.
- ➔ Einfügen in die Eigenart der näheren Umgebung (§ 34 I 1, II BauGB):
 - Der Begriff der näheren Umgebung meint nicht nur die unmittelbare Nachbarschaft, sondern den Einwirkungsbereich des jeweiligen Vorhabens, d.h. den Bereich der Umgebung, auf den sich das Vorhaben auswirken kann und der andererseits selbst das Baugrundstück prägt.
 - Maßgeblich für die Beurteilung des Vorhabens ist die Eigenart dieser näheren Umgebung. Sie wird bestimmt, indem zunächst die tatsächlich vorhandene Bebauung erfasst wird. Ausschlaggebend sind die prägenden Bauten. Nicht prägende bzw. singuläre Fremdkörper werden ausgeschlossen.
 - Vorrangig zu prüfen ist die auf die Art der baulichen Nutzung verweisende Sonderregelung des § 34 II BauGB. Das Merkmal des „Einfügens“ muss und darf insoweit nicht mehr gesondert nach § 34 I 1 BauGB geprüft werden, wohl aber hinsichtlich der übrigen Merkmale.

- **Verstoß gegen § 34 BauGB i.V.m. § 4 BauNVO?**
- Gemäß § 34 II Hs. 1 BauGB beurteilt sich die Zulässigkeit eines Vorhabens im Hinblick auf seine Art nach der aufgrund von § 9a BauGB erlassenen BauNVO, wenn die Eigenart der näheren Umgebung einem der in der in der BauNVO aufgelisteten Baugebiete entspricht.
- Die nähere Umgebung des Waschsalons entspricht den Vorgaben des § 4 BauNVO über das allgemeine Wohngebiet.
- Zulässig sind dort gem. § 4 II BauNVO: Wohnhäuser, nicht störende Betriebe, Anlagen für kirchliche und kulturelle Zwecke etc.
- **Fällt der „Konzert-Waschsalon“ unter den Begriff der „Anlage für kulturelle Zwecke“ i.S.d. § 4 II Nr. 3 BauNVO?**
- Grundsätzlich fallen Theater- und Opernhäuser, Konzerthallen und ähnliche Räumlichkeiten für musikalische Darbietungen, Kleinkunsth Bühnen, politische Kabarets, Balletts unter § 4 II Nr. 3 BauNVO.

- Die Abgrenzung zu **Vergnügungsstätten** ist nach dem **Betriebskonzept** vorzunehmen, das von der Programmgestaltung bestimmt ist.
 - **Vergnügungsstätten** sind wirtschafts- und gewerberechtlich eine besondere Art von Gewerbebetrieben, die durch kommerzielle Freizeitgestaltung und einen Amüsierbetrieb gekennzeichnet sind.
 - Aufgrund der Tanz- und Kunststücke überwiegt das Element der Freizeitverbringung und der Unterhaltung.
 - Damit handelt es sich hier um eine Vergnügungsstätte, die in allgemeinen Wohngebieten nicht zulässig ist.
 - *a.A. mit guter Argumentation selbstverständlich vertretbar, dann muss allerdings hilfsgutachterlich weitergeprüft werden.*
- iii. **Zwischenergebnis:** Die Nutzungsänderung des Waschalons in der Form steht im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften.

(3) Richtiger Adressat

A ist als Betreiber des Waschsalons Zustandsstörer i.S.d. § 18 I OBG NRW.

→ Er ist richtiger Adressat der Nutzungsuntersagung, vgl. § 57 I 1 BauO NRW i.V.m. §§ 3 I, 12 II OBG NRW.

b) Ermessen

- Die Behörde muss das ihr eingeräumte Ermessen entsprechend dem Zweck der Ermächtigung ausüben und die gesetzlichen Grenzen des Ermessens (vgl. § 40 VwVfG NRW) einhalten.
- Beim Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen des § 82 I 2 BauO NRW ist nach h.M. die Bauaufsichtsbehörde grundsätzlich zum Einschreiten verpflichtet (sog. **intendiertes Ermessen**). (a.A. vertretbar)
- Unter einem intendiertem Ermessen wird eine **Ermessenslenkung** in einem bestimmten Sinne für den Regelfall verstanden, wenn nicht besondere Gründe vorliegen, die eine gegenteilige Entscheidung rechtfertigen.

- Das **behördliche Ermessen** wird nur in **Ausnahmefällen** eröffnet:
 - Hier unter drei Gesichtspunkten möglich: Bestandsschutz, Vertrauensschutz, Ungleichbehandlung.

(1) Materieller Bestandsschutz

- Einfachrechtliche Regelung (-)
- Verfassungsrechtliche Ableitung aus Art. 14 GG?
Ein durch Art. 14 Abs. 1 GG bewirkter Bestandsschutz liegt allerdings nur dann vor, wenn der Bestand zu irgendeinem Zeitpunkt genehmigt worden oder jedenfalls genehmigungsfähig gewesen ist.
 - A kann sich nicht auf Bestandsschutz berufen.

(2) Vertrauensschutz

- Der Grundsatz des Vertrauensschutzes (Art. 20 III GG) kann eine Selbstbindungswirkung entfalten.
- Die Bauaufsichtsbehörde ist über Jahre untätig geblieben (Duldung).
- Kann A daraus etwas für sich herleiten?
- Nein, da ein rechtswidriger Zustand nicht durch Zeitablauf rechtmäßig wird.
- Da das bloße Nichtstun bzw. Schweigen der Behörde kein VA sein kann, liegt darin weder ein Verzicht noch eine aktive Duldung.
→ Keine verbindliche Regelung dahingehend, von einer Nutzungsuntersagung keinen Gebrauch zu machen.
- Die bloße Untätigkeit der Bauaufsichtsbehörde ist somit nicht geeignet, ein für die Ausübung des Verwaltungsermessens beachtliches Vertrauen darin zu begründen, gegen eine baurechtswidrige Anlage werde auch künftig nicht eingeschritten.

- Vertrauensschutz aufgrund der Äußerung des Sachbearbeiters nach dem Konzert?
 - Handelt es sich hier um eine **Zusicherung**? → Eine Zusicherung ist die von der zuständigen Behörde schriftlich erteilte Zusage, einen bestimmten VA später zu erlassen oder zu unterlassen (§ 38 I 1 VwVfG NRW). → Gegenüber dem Adressaten muss der entsprechende Wille der Behörde unzweifelhaft zum Ausdruck kommen.
 - Der Sachbearbeiter äußert sich mündlich in Euphorie als Gast des Konzertes und nicht in amtlicher Eigenschaft. → § 38 VwVfG (-)
 - A hätte sich eine schriftliche Bestätigung von der Behörde einholen müssen.
 - Die Äußerung des Sachbearbeiters begründet keinen Vertrauensschutz.

(3) Ungleichbehandlung

- Die Behörde ist gegen die Etablissements von B und C nicht vorgegangen.
- Bedenken gegen eine korrekte Ermessensbetätigung bestehen unter dem Aspekt der Gleichbehandlung (Art. 3 I GG).
- *„Art. 3 I GG gebietet eine gleichmäßige Gesetzesanwendung und muss Maßstab sein im Verhältnis einer Ermessensentscheidung der Bauaufsichtsbehörde über eine Verfügung zu anderen Entscheidungen dieser Behörde. Da der Gleichheitssatz die gesetzgeberische Entscheidung, Ermessen einzuräumen und dadurch ein differenziertes Vorgehen zu ermöglichen, nicht gleichsam zu einer gebundenen Entscheidung verengen darf, ist der Gleichheitssatz nur dann verletzt, wenn sich bei am Gerechtigkeitsdenken orientierter Betrachtungsweise ein vernünftiger, sich aus der Natur der Sache ergebender oder sonst wie **sachlich einleuchtender Grund für eine Differenzierung oder Gleichbehandlung nicht finden lässt.**“ (vgl. VGH Kassel, Beschluss vom 12.7.1985 – 4 TH 530/85)*

- Die Behörde handelt daher rechtswidrig und verstößt gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz, **wenn sie dem Gesetz nur im Falle des A Geltung verschafft und lediglich ihm gegenüber eine hoheitliche Maßnahme erlässt**, während in anderen vergleichbaren Fällen ohne sachlichen Grund der behördliche Eingriff ausbleibt.
- Unter baurechtlichen Gesichtspunkten sind die **Fälle von A, B und C gleichgelagert**. → Unmittelbare räumliche Nähe, Größe und Art sind vergleichbar/ alle Vorhaben sind formell und materiell illegal. → Der Fall des A sticht in keiner Weise besonders hervor.
- **Lässt sich die Verschonung von B und C durch einen sachlichen Grund rechtfertigen?** → Die privatrechtliche Vereinbarung zwischen der Stadt und B und C darf sich auf die Ermessensentscheidung des Oberbürgermeisters nicht auswirken. → Die Einhaltung von privatrechtlichen Bindungen ist nicht Zweck der in der BauO NRW vorgesehenen Ermächtigung.

➤ Gleichheitsverstoß (+)

❖ **Steht dem der Grundsatz „keine Gleichheit im Unrecht“ entgegen?**

Nein, da hier keine rechtswidrige Begünstigung angestrebt wird, sondern nur eine gleichheitsgerechte Verschonung vor Eingriffsmaßnahmen. (a.A. vertretbar)

❖ **Die Behörde hat ihr Ermessen wegen des Verstoßes gegen Art. 3 I GG fehlerhaft ausgeübt. (a.A. vertretbar)**

(4) Zwischenergebnis

Die Nutzungsuntersagung ist wegen Verstoßes gegen § 40 VwVfG NRW materiell rechtswidrig.

➤ Die Nutzungsuntersagung als Grund-VA ist nicht rechtmäßig. (a.A. vertretbar)

III. Vollziehungsinteresse an der Nutzungsuntersagung

Anmerkung: Dies muss nur geprüft werden, wenn unter II. der Grundverwaltungsakt als rechtmäßig angesehen wurde.

- Im Rahmen der Anordnung der sofortigen Vollziehung gem. § 80 II 1 Nr. 4 VwGO reicht die Rechtmäßigkeit des VA zwar zur Darlegung des grundsätzlichen Erlassinteresses aus, erforderlich ist aber zudem die Darlegung eines besonderen, die Eilbedürftigkeit begründenden, Vollzugsinteresses.
- Ein besonderes Vollziehungsinteresse besteht schon deshalb, um eine negative Vorbildfunktion und eine Verfestigung zu vermeiden.

IV. Zwischenergebnis

Der angegriffene VA in Form der Nutzungsuntersagung erweist sich bei einer summarischen Prüfung als rechtswidrig. Da an dem Vollzug eines rechtswidrigen VA kein öffentliches Interesse besteht, überwiegt das private Interesse des A an der Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung gegenüber dem öffentlichen Vollzugsinteresse.

(a.A. vertretbar)

C. Ergebnis

Der Antrag des A auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung gem. § 80 V 1 Alt. 2 VwGO hat Aussicht auf Erfolg.

(a.A. vertretbar)

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

Direktor

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

Telefon: +49 228 73-1891

Fax: +49 228 73-1893

sekretariat.zeia@uni-bonn.de

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