

Erste Juristische Staatsprüfung 2020/1

A u f g a b e 5

(Arbeitszeit: 5 Stunden)

Einige unverbindliche Hinweise zur Lösung:

Die nachfolgenden unverbindlichen Hinweise zur Lösung behandeln die nach Auffassung des Erstellers maßgeblichen Probleme der Aufgabe. Sie stellen keine "Musterlösung" dar und schließen andere vertretbare, folgerichtig begründete Ansichten selbstverständlich nicht aus. Der Inhalt und der Umfang der Lösungshinweise, die Ausführlichkeit und die Detailgenauigkeit der Darlegungen sowie die wiedergegebene Rechtsprechung und Literatur enthalten insbesondere keinen vom Prüfungsausschuss vorgegebenen Maßstab für die Leistungsanforderung und -bewertung.

§ 16 JAPO Zweck und Bedeutung der Prüfung:

...

"Die Bewerber sollen in der Prüfung zeigen, dass sie das Recht mit Verständnis erfassen und anwenden können und über die hierzu erforderlichen Kenntnisse in den Prüfungsfächern verfügen."

...

"Überblick über das Recht, juristisches Verständnis und Fähigkeit zu methodischem Arbeiten sollen im Vordergrund von Aufgabenstellung und Leistungsbewertung stehen."

Erfolgsaussichten des Antrags der Ramona Roth (R) auf einstweiligen Rechtsschutz gegen die Anordnung vom 2. März 2020

Der Antrag der R auf einstweiligen Rechtsschutz gegen die Anordnung vom 2. März 2020 hat Aussicht auf Erfolg, wenn die Sachentscheidungsvoraussetzungen gegeben sind und er begründet ist.

A. Sachentscheidungsvoraussetzungen

I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

Da keine aufdrängende Sonderzuweisung existiert, richtet sich die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs nach der Generalklausel des § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO.¹ Demnach müsste eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nicht verfassungsrechtlicher Art gegeben sein und es dürfte keine abdrängende Sonderzuweisung vorliegen. Im vorliegenden Fall ergeben sich die streitentscheidenden Normen aus der BayBO und dem BauGB, die lediglich Hoheitsträger berechtigen und verpflichten und somit dem öffentlichen Recht zuzurechnen sind (modifizierte Subjekts- bzw. Sonderrechtstheorie²). Die Streitigkeit ist auch nicht verfassungsrechtlicher Art, da keine Verfassungsorgane über Verfassungsrecht streiten und somit keine doppelte Verfassungsunmittelbarkeit besteht.³ Ebenso existiert keine abdrängende Sonderzuweisung. Der Verwaltungsrechtsweg ist somit eröffnet.

II. Statthafte Antragsart

Im einstweiligen Rechtsschutzverfahren ist der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 123 VwGO von einem Antrag auf Anordnung beziehungsweise Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung nach § 80 Abs. 5 Satz 1 VwGO abzugrenzen. Aus § 123 Abs. 5 VwGO folgt, dass ein Antrag nach § 123 Abs. 1 VwGO subsidiär gegenüber einem Antrag nach § 80 Abs. 5 Satz 1 VwGO ist.⁴

1. Abgrenzung § 123 Abs. 1 und 80 Abs. 5 Satz 1 VwGO

a. Die Abgrenzung erfolgt nach der statthafte Klageart im Hauptsacheverfahren. Wendet sich der Antragsteller gegen die Vollziehbarkeit eines Verwaltungsaktes,⁵ ist also die statthafte Klageart in der Hauptsache eine Anfechtungsklage, finden die §§ 80 ff. VwGO Anwendung.⁶ Bei allen übrigen Klagearten ist § 123 VwGO einschlägig.⁷

b. Fraglich ist daher, welche Klageart in der Hauptsache statthaft wäre. Bei der Anordnung, aus dem Gartenhaus auszuziehen und somit dessen Wohnnutzung zu beenden, handelt es sich um einen Verwaltungsakt im Sinne des Art. 35 Satz 1

¹ Lindner, Öffentliches Recht, Rn. 1017.

² Kopp/Schenke, VwGO, § 40 Rn. 11 ff.

³ Kopp/Schenke, VwGO, § 40 Rn. 32.

⁴ Vgl. auch Kopp/Schenke, VwGO, § 123 Rn. 4.

⁵ Vgl. auch Kopp/Schenke, VwGO, § 123 Rn. 4.

⁶ Wolff/Decker, Studienkommentar VwGO/VwVfG, § 80 VwGO Rn. 51.

⁷ Würtenberger/Heckmann, Verwaltungsprozessrecht, § 28 Rn. 501.

BayVwVfG.⁸ Statthaft ist daher die Anfechtungsklage gemäß § 42 Abs. 1, 1. Alt. VwGO.

2. Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung

Da die Anfechtungsklage gegen den Bescheid der Großen Kreisstadt Traunstein grundsätzlich gemäß § 80 Abs. 1 Satz 1 VwGO aufschiebende Wirkung entfaltet, jedoch die sofortige Vollziehung gemäß § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO angeordnet wurde, ist der Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung zu richten, § 80 Abs. 5 Satz 1, 2. Alt VwGO.

III. Antragsbefugnis

Auch im Verfahren nach § 80 Abs. 5 Satz 1 VwGO muss der Antragsteller analog § 42 Abs. 2 VwGO antragsbefugt sein,⁹ da nur derjenige einstweiligen Rechtsschutz erhalten kann, der auch in der Hauptsache klagebefugt wäre. R müsste möglicherweise in eigenen Rechten verletzt sein.

R ist Mieterin und damit berechnigte Besitzerin der Wohnung in dem Gartenhaus. Dieses Besitzrecht an der Wohnung wird durch Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG geschützt. Zu beachten ist, dass der verfassungsrechtliche Eigentumsbegriff des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG nicht mit dem zivilrechtlichen Eigentumsbegriff übereinstimmt, sondern darüber hinausgeht.¹⁰ Entscheidend ist, dass ein vermögenswertes Recht dem Berechnigten ebenso ausschließlich wie Sacheigentum zur privaten Nutzung und zur eigenen Verfügung zugeordnet ist.¹¹ Daher fällt auch das Besitzrecht des Mieters unter den Eigentumsbegriff des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG.¹² Hingegen ist Art. 13 Abs. 1 GG nicht berührt, da diese Vorschrift nur die Privatheit der Wohnung gegen unberechnigtes Eindringen schützt, nicht aber ein Mietverhältnis gegen seine Beendigung¹³ bzw. die Nutzung einer Wohnung als Wohnraum.¹⁴ Im Übrigen könnte R als Adressatin eines sie belastenden Verwaltungsakts zumindest in ihrer grundrechtlich verbürgten allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG verletzt sein (Adressatentheorie).¹⁵

Hinweis: Da der Sachverhalt Grundrechtsfragen nicht thematisiert, ist auch die Berufung auf die Adressatentheorie ausreichend.

⁸ Nach anderer Ansicht ist im Rahmen der Bestimmung der statthaften Klageart für die Auslegung des Begriffs des Verwaltungsaktes dagegen § 35 VwVfG heranzuziehen, da die Begriffsbestimmung im Rahmen der bundesrechtlichen Regelung des § 42 VwGO nicht auf der Grundlage einer landesrechtlichen Regelung erfolgen könne (vgl. Kopp/Schenke, VwGO, Anh. § 42 Rn. 2). Ausführungen der Bearbeiter zu dieser Problematik sind nicht zu erwarten, zumal sich in der Sache wegen der inhaltlichen Übereinstimmung der Vorschriften keine Unterschiede ergeben (vgl. zum Ganzen Jakel, JuS 2016, 410). Es ist deshalb gleichermaßen zu akzeptieren, wenn für die Auslegung entweder Art. 35 BayVwVfG oder § 35 VwVfG herangezogen wird.

⁹ Kopp/Schenke, VwGO, § 80 Rn. 134; Wolff/Decker, Studienkommentar VwGO/VwVfG, § 80 VwGO Rn. 54.

¹⁰ Kingreen/Poscher, Grundrechte - Staatsrecht II, Rn. 1036.

¹¹ Kingreen/Poscher, Grundrechte - Staatsrecht II, Rn. 1037.

¹² Kingreen/Poscher, Grundrechte - Staatsrecht II, Rn. 1037.

¹³ BVerfG, Beschluss vom 26. Mai 1993, Az.: 1 BvR 208/93, abgedruckt in NJW 1993, 2035.

¹⁴ Kingreen/Poscher, Grundrechte - Staatsrecht II, Rn. 1015.

¹⁵ Kopp/Schenke, VwGO, § 42 Rn. 69.

IV. Erhebung der Klage in der Hauptsache

Da R zeitgleich Hauptsacheklage erhoben hat, kommt es nicht auf die Streitfrage an, ob zum Zeitpunkt der Entscheidung über den Antrag auch die Hauptsacheklage anhängig sein muss.¹⁶

V. Rechtsschutzbedürfnis

Fraglich ist, ob ein Rechtsschutzbedürfnis für den Antrag besteht.

1. Keine vorherige Antragstellung bei der Behörde

Das Rechtsschutzbedürfnis für den Antrag nach § 80 Abs. 5 Satz 1 VwGO könnte fehlen, da R sich mit ihrem Aussetzungsbegehren nicht zuvor gemäß § 80 Abs. 4 VwGO an die Große Kreisstadt selbst gewandt hat. Nach § 80 Abs. 6 Satz 1 VwGO ist ein entsprechender Antrag allerdings nur in den Fällen des § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 VwGO erforderlich.¹⁷ Ein solcher liegt hier nicht vor.

2. Keine Bestandskraft des antragsgegenständlichen Verwaltungsakts

Das Rechtsschutzbedürfnis für eine Entscheidung im Verfahren nach § 80 Abs. 5 Satz 1 VwGO besteht nur, solange der Bescheid nicht bestandskräftig ist. Auch wenn für den Antrag nach § 80 Abs. 5 Satz 1 VwGO selbst kein Fristerfordernis besteht,¹⁸ darf jedenfalls die Klagefrist in der Hauptsache nicht abgelaufen sein.¹⁹ Andernfalls kommt wegen der Bestandskraft des angegriffenen Verwaltungsaktes eine vorläufige Sicherung nicht mehr in Frage.²⁰

Die Klagefrist berechnet sich, da dem Bescheid eine ordnungsgemäße Rechtsbehelfsbelehrung im Sinne des § 58 Abs. 1 VwGO beigefügt wurde, nach §§ 74 Abs. 1 Satz 2, 57 Abs. 1, Abs. 2 VwGO i. V. m. § 222 Abs. 1 ZPO i. V. m. §§ 187 Abs. 1, 188 Abs. 2 BGB.²¹ Im vorliegenden Fall wurde R der Verwaltungsakt mit am 2. März 2020 zur Post aufgegebenem Brief übersandt, so dass unabhängig vom früheren tatsächlichen Zugang dieser nach der Dreitagesfiktion des Art. 41 Abs. 2 Satz 1 BayVwVfG am 5. März 2020 als bekanntgegeben gilt.

Hinweis: Auch eine Antragstellung bei Gericht vor dem fingierten Bekanntgabzeitpunkt ist nach herrschender Auffassung zulässig, sofern der Verwaltungsakt jedenfalls schon existiert.²²

Die Klagefrist beginnt daher am 6. März 2020 um 0.00 Uhr zu laufen und endet grundsätzlich am 5. April 2020. Da dieser Tag ein Sonntag ist, verschiebt sich das

¹⁶ Vgl. zum Streitstand Schoch/Schneider/Bier, VwGO, § 80 Rn. 460 f. und BeckOK/Gersdorf, VwGO, § 80 Rn. 164.

¹⁷ Kopp/Schenke, VwGO, § 80 Rn. 138; Würtenberger/Heckmann, Verwaltungsprozessrecht, Rn. 529d; Lindner, Öffentliches Recht, Rn. 1017.

¹⁸ Kopp/Schenke, VwGO, § 80 Rn. 141.

¹⁹ Hufen, Verwaltungsprozessrecht, § 32 Rn. 35; Würtenberger/Heckmann, Verwaltungsprozessrecht, Rn. 529c; Lindner, Öffentliches Recht, Rn. 1017.

²⁰ Würtenberger/Heckmann, Verwaltungsprozessrecht, Rn. 529d.

²¹ Kopp/Schenke, VwGO, § 57 Rn. 10a.

²² Vgl. Kopp/Schenke, VwGO, § 74 Rn. 4a; BVerwG, Urteil vom 31. August 1966, Az.: V C 4265, abgedruckt in BVerwGE 25, 20.

Fristende auf den 6. April 2020 um 24.00 Uhr, vgl. § 57 Abs. 2 VwGO i. V. m. § 222 Abs. 2 ZPO. Die Klage der R ist bereits am 5. März 2020 bei Gericht eingegangen. Im Zeitpunkt der Klageerhebung war der Bescheid daher noch nicht bestandskräftig.

VI. Antragsfrist

Eine Antragsfrist analog § 74 VwGO besteht beim Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung nicht.²³

VII. Beteiligten- und Prozessfähigkeit

R ist als natürliche Person gemäß § 61 Nr. 1, 1. Alt. VwGO i. V. m. § 1 BGB beteiligten- und gemäß § 62 Abs. 1 Nr. 1 VwGO i. V. m. §§ 2, 104 ff. BGB prozessfähig. Die Große Kreisstadt Traunstein ist als juristische Person des öffentlichen Rechts gemäß § 61 Nr. 1, 2. Alt. VwGO i. V. m. Art. 1 Satz 1 GO beteiligtenfähig. Im Prozess muss sie sich gemäß § 62 Abs. 3 VwGO i. V. m. Art. 38 Abs. 1, 34 Abs. 1 Satz 2 GO von ihrer Oberbürgermeisterin bzw. ihrem Oberbürgermeister vertreten lassen.

VIII. Form

Der Antrag wurde formgerecht gestellt, vgl. §§ 81, 82 VwGO analog.²⁴

IX. Zuständiges Gericht

Nach § 80 Abs. 5 Satz 1 VwGO ist das Gericht der Hauptsache zuständig.²⁵ Sachlich zuständig für die Anfechtungsklage ist nach § 45 VwGO das Verwaltungsgericht. Örtlich zuständig ist, da Traunstein in Oberbayern liegt, nach § 52 Nr. 1 (oder Nr. 3) VwGO i. V. m. Art. 1 Abs. 2 Nr. 1 AGVwGO das Bayerische Verwaltungsgericht München.

X. Zwischenergebnis

Die Sachentscheidungsvoraussetzungen des Antrags der R auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Hauptsacheklage gegen die Anordnung der Großen Kreisstadt Traunstein vom 2. März 2020 liegen vor.

B. Begründetheit

Der Antrag nach § 80 Abs. 5 Satz 1, 2. Alt. VwGO ist bei der Fallgestaltung des § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO dann begründet, wenn er sich gegen den richtigen Antragsgegner richtet und die Anordnung des Sofortvollzugs formell fehlerhaft²⁶ ist oder die Interessenabwägung ergibt, dass das Aussetzungsinteresse der R das öffentliche Vollzugsinteresse überwiegt.²⁷

²³ Kopp/Schenke, VwGO, § 80 Rn. 141.

²⁴ Vgl. Kopp/Schenke, VwGO, § 81 Rn. 1, § 82 Rn. 1.

²⁵ Lindner, Öffentliches Recht, Rn. 1017.

²⁶ Wolff/Decker, Studienkommentar VwGO/VwVfG, § 80 VwGO Rn. 63.

²⁷ Lindner, Öffentliches Recht, Rn. 1017.

I. Passivlegitimation, § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO analog

Im vorliegenden Fall handelte die Große Kreisstadt Traunstein in ihrer Eigenschaft als untere Bauaufsichtsbehörde nach Art. 53 Abs. 1, 54 Abs. 1 Halbsatz 2, Absatz 2 Satz 1 BayBO i. V. m. Art. 9 Abs. 2 Satz 1 GO i. V. m. § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrKrV. Demnach ist die Große Kreisstadt Traunstein richtige Antragsgegnerin, § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO analog.

II. Formelle Rechtmäßigkeit der Sofortvollzugsanordnung²⁸

1. Zuständigkeit

Gemäß § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO ist die Behörde zuständig, die den Verwaltungsakt erlassen hat.²⁹ Das ist hier die Große Kreisstadt Traunstein.

2. Keine Anhörung

R wurde nicht zum Erlass der Sofortvollzugsanordnung angehört. Ob es einer vorherigen Anhörung vor Erlass der Vollzugsanordnung bedarf, ist umstritten.³⁰ Bei der Sofortvollzugsanordnung handelt es sich nach h. M. nicht um einen Verwaltungsakt im Sinne des Art. 35 Satz 1 BayVwVfG, sondern lediglich um einen unselbständigen Annex zu einem solchen, da andernfalls diese selbst mit Hilfe der Anfechtungsklage angefochten werden müsste und eine eigenständige materielle Bestandskraft möglich wäre.³¹ Somit kommt Art. 28 Abs. 1 BayVwVfG nicht zur Anwendung.

Denkbar wäre jedoch eine analoge Anwendung dieser Vorschrift. Allerdings liegt hier keine planwidrige Regelungslücke vor, da insoweit § 80 Abs. 3 VwGO eine abschließende Regelung der formalen Erfordernisse der Sofortvollzugsanordnung trifft.³²

Hinweis: Eine andere Ansicht ist mit überzeugender Begründung, insbesondere unter Hinweis auf das Rechtsstaatsprinzip,³³ vertretbar.³⁴ Für diesen Fall ist zu beachten, dass nach e. A. ein Anhörungsfehler nach Art. 45 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 BayVwVfG noch geheilt werden kann.³⁵ Sollte ein Bearbeiter einen formellen Mangel der Vollzugsanordnung bejahen, stellt sich die Frage, welche Rechtsfolge dies zeitigt. In Betracht kommt, dass das Gericht die aufschiebende Wirkung der Klage wiederherstellt, oder "nur" die Vollzugsanordnung aufhebt.³⁶ Nach der zwischenzeitlich wohl herrschenden Ansicht wird lediglich die

²⁸ Nicht zutreffend wäre es, die "materielle Rechtmäßigkeit" der Vollzugsanordnung zu prüfen, da es sich hierbei nach h. M. um einen unselbständigen Annex zum zugrundeliegenden Verwaltungsakt handelt vgl., Kopp/Schenke, VwGO, § 80 Rn. 78 f.

²⁹ Lindner, Öffentliches Recht, Rn. 1017.

³⁰ Wolff/Decker, Studienkommentar VwGO/VwVfG, § 80 VwGO Rn. 68.

³¹ Str., vgl. Kopp/Schenke, VwGO, § 80 Rn. 82; Wolff/Decker, Studienkommentar VwGO/VwVfG, § 80 VwGO Rn. 68; Lindner, Öffentliches Recht, Rn. 1017; OVG Berlin, Beschluss vom 13. Juli 1992, Az.: 6 S 72/92, abgedruckt in NVwZ 1993, 198.

³² Kopp/Schenke, VwGO, § 80 Rn. 82; OVG Berlin, Beschluss vom 13.07.1992, Az.: 6 S 72/92; Schoch/Schneider/Bier, VwGO, § 80 Rn. 258.

³³ Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 19 Rn. 28.

³⁴ Vgl. OVG Lüneburg, Beschluss vom 10.06.1992, Az.: 7 M 3839/91, abgedruckt in NVwZ-RR 1993, 585.

³⁵ Lindner, Öffentliches Recht, Rn. 1017; Wolff/Decker, Studienkommentar VwGO/VwVfG, § 80 VwGO Rn. 68.

³⁶ Schoch/Schneider/Bier, VwGO, § 80 Rn. 253.

Vollzugsanordnung aufgehoben. Die Behörde kann in diesen Fällen nach entsprechender Anhörung die sofortige Vollziehbarkeit erneut anordnen, ohne dass es einer Abänderung nach § 80 Abs. 7 VwGO bedarf.³⁷

3. Ordnungsgemäße Begründung

Das besondere Interesse an der Vollzugsanordnung ist grundsätzlich nach § 80 Abs. 3 Satz 1 VwGO einzelfallbezogen und gesondert zu begründen.³⁸ Dabei genügen formelhafte, allgemeine oder pauschale Formulierungen oder die bloße Wiederholung des Gesetzestexts nicht.³⁹ Die Begründung darf sich nicht auf das bei jedem Verwaltungsakt grundsätzlich bestehende Vollzugsinteresse beschränken.⁴⁰ Eine fehlende Begründung kann nicht nachgeholt werden, da sie dann ihren gesetzgeberischen Zweck verfehlen würde.⁴¹ Die Behörde soll sich selbst vor Anordnung des Sofortvollzugs Rechenschaft ablegen müssen, ob dieses Mittel im konkreten Fall erforderlich und angemessen ist.⁴²

An die Begründung der Anordnung sind allerdings keine übermäßig hohen Anforderungen zu stellen.⁴³ Im vorliegenden Fall wurde die Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit konkret und auf den Einzelfall abstellend begründet. Zudem wurde ergänzend zur Begründung des Verwaltungsakts selbst inhaltlich als zusätzlicher Gesichtspunkt die Nachahmungsgefahr angeführt. Inwieweit die genannten Gesichtspunkte in der Sache tragend sind, spielt bei der hier vorzunehmenden rein formellen Prüfung keine Rolle.

Somit liegt auch eine ordnungsgemäße Begründung vor.

Hinweis: Auch aus dem Gesichtspunkt, dass sich die Begründung des Verwaltungsakts, insbesondere der Fristsetzung, und der Vollziehbarkeitsanordnung in gewisser Weise ähnlich sind, lassen sich hier keine Bedenken gegen die Begründung herleiten. Es ist ausnahmsweise sogar zulässig, auf die Begründung des zu vollziehenden Verwaltungsakts Bezug zu nehmen, wenn aus diesem bereits die besondere Dringlichkeit der Anordnung hervorgeht und die von der Behörde vorgenommene Interessenabwägung dies zum Ausdruck bringt.⁴⁴ Auch in der Sache ist die Begründung jedenfalls nach herrschender Rechtsprechung nicht zu beanstanden, in der anerkannt wird, dass die sofortige Vollziehung einer Nutzungsuntersagung regelmäßig im besonderen öffentlichen Interesse liegt, weil bei einer illegalen Nutzung die Vorbildwirkung dieser

³⁷ Schoch/Schneider/Bier, VwGO, § 80 Rn. 442; BVerwG, Beschluss vom 18. September 2001, Az.: 1 DB 26/01; BayVGH, Beschluss vom 9. Dezember 2013, Az.: 10 CS 13.1782; Lindner, Öffentliches Recht, Rn. 1017 Fn. 1406; Würtenberger/Heckmann, Verwaltungsprozessrecht, Rn. 531.

³⁸ Wolff/Decker, Studienkommentar VwGO/VwVfG, § 80 VwGO Rn. 29 ff.; Kopp/Schenke, VwGO, § 80 Rn. 84 ff.

³⁹ Schoch/Schneider/Bier, VwGO, § 80 Rn. 247; Würtenberger/Heckmann, Verwaltungsprozessrecht, Rn. 531.

⁴⁰ Kopp/Schenke, VwGO, § 80, Rn. 84 ff.

⁴¹ Kopp/Schenke, VwGO, § 80 Rn. 87; Möglich ist allerdings, dass die Behörde eine neue Vollzugsanordnung, die den Anforderungen des § 80 Abs. 3 VwGO genügt, erlässt, vgl. Kopp/Schenke, VwGO, § 80 Rn. 87 m. w. N.

⁴² Kopp/Schenke, VwGO, § 80 Rn. 84.

⁴³ Kopp/Schenke, VwGO, § 80 Rn. 85; OVG Schleswig, Beschluss vom 02.03.2005, Az.: 2 MB 1/05, abgedruckt in NVwZ-RR 2007, 187.

⁴⁴ Kopp/Schenke, VwGO, § 80 Rn. 86; Wolff/Decker, Studienkommentar VwGO/VwVfG, § 80 VwGO Rn. 30.

Maßnahme jedenfalls bei Erkennbarkeit für Außenstehende eine Nachahmung vor dem rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens und damit eine Verfestigung baurechtswidriger Zustände befürchten lässt.⁴⁵

4. Zwischenergebnis

Die Sofortvollzugsanordnung ist formell rechtmäßig.

III. Interessenabwägung durch das Gericht

Zentraler Punkt bei der Begründetheitsprüfung ist eine Interessenabwägung zwischen dem öffentlichen Vollzugsinteresse und dem privaten Aussetzungsinteresse (Suspensivinteresse), wobei regelmäßig die Erfolgsaussichten in der Hauptsache das maßgebliche Entscheidungskriterium sind.⁴⁶ Das Gericht trifft aufgrund summarischer Prüfung eine eigene, originäre Ermessensentscheidung.⁴⁷

Ergibt die summarische Prüfung der Erfolgsaussichten der Hauptsache, hier also der Anfechtungsklage gegen die Anordnung vom 2. März 2020, dass der Verwaltungsakt rechtswidrig ist und die Klägerin in ihren subjektiven Rechten verletzt, besteht kein überwiegendes öffentliches Interesse, den behördlich angeordneten Sofortvollzug aufrecht zu erhalten.⁴⁸ Ist der Verwaltungsakt hingegen rechtmäßig, tritt das Aussetzungsinteresse hinter das Vollzugsinteresse zurück, wenn zur Überzeugung des Gerichts ein besonderes Vollzugsinteresse besteht.⁴⁹

1. Zulässigkeit der Hauptsacheklage

Die Sachentscheidungsvoraussetzungen für die Anfechtungsklage als Rechtsbehelf in der Hauptsache liegen vor, auf die entsprechenden obigen Ausführungen unter Abschnitt A. kann inhaltlich verwiesen werden.

2. Begründetheit der Klage (§§ 78 Abs. 1 und 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO)

Die Klage ist begründet, wenn sie gegen den richtigen Beklagten gerichtet ist (§ 78 VwGO) und der Verwaltungsakt rechtswidrig und R dadurch in einem subjektiven Recht verletzt ist (§ 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO).⁵⁰

a. Passivlegitimation, § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO

Richtige Beklagte ist die Große Kreisstadt Traunstein, vgl. § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO (s. o.).

⁴⁵ Simon/Busse, BayBO, Art. 76 Rn. 348; BayVGH, Beschluss vom 18.02.2003, Az.: 1 Cs 02.2750; OVG Berlin, Beschluss vom 15.03.2000, Az.: 2 S 2/00, abgedruckt in NVwZ-RR 2001, 229.

⁴⁶ Lindner, Öffentliches Recht, Rn. 1017.

⁴⁷ Kopp/Schenke, VwGO, § 80 Rn. 146.

⁴⁸ Posser/Wolff, VwGO, § 80 Rn. 187 ff.; Lindner, Öffentliches Recht, Rn. 1017.

⁴⁹ Lindner, Öffentliches Recht, Rn. 1017.

⁵⁰ Lindner, Öffentliches Recht, Rn. 1017.

b. Rechtmäßigkeit des Bescheids vom 2. März 2020

Der Bescheid vom 2. März 2020 ist rechtmäßig, wenn er sich auf eine wirksame Rechtsgrundlage stützt sowie formell und materiell rechtmäßig ist.

aa. Rechtsgrundlage

Nach dem aus Art. 20 Abs. 3 GG folgenden Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes bedarf jede Verwaltungstätigkeit, die in die Rechte anderer eingreift, einer gesetzlichen Ermächtigung.⁵¹ Als Rechtsgrundlage für den Bescheid kommt Art. 76 Satz 2 BayBO in Betracht, der als speziellere Norm vorrangig gegenüber der Generalklausel des Art. 54 Abs. 2 Satz 2 BayBO ist.⁵² Nach Art. 76 Satz 2 BayBO kann die Bauaufsichtsbehörde die Nutzung baulicher Anlagen untersagen, soweit diese im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften steht. Hierauf beruft sich die Stadt, da für das Gebäude keine Baugenehmigung existiert und es auch außerhalb der durch den Bebauungsplan festgesetzten Baugrenzen liegt.

bb. Formelle Rechtmäßigkeit

(1). Zuständigkeit

Die Große Kreisstadt Traunstein war gemäß Art. 53 Abs. 1, 54 Abs. 1 Halbsatz 2, Absatz 2 Satz 1 BayBO i. V. m. Art. 9 Abs. 2 Satz 1 GO i. V. m. § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrKrV als untere Bauaufsichtsbehörde sachlich zuständig. Ihre örtliche Zuständigkeit ergibt sich aus Art. 3 Abs. 1 Nr. 1 BayVwVfG.⁵³

(2). Verfahren

Gemäß Art. 28 Abs. 1 BayVwVfG musste R vor Erlass des Verwaltungsakts angehört werden.

Im vorliegenden Fall haben die Mitarbeiter der Großen Kreisstadt Traunstein der R am 2. März 2020 mündlich mitgeteilt, dass sich das Gartenhaus außerhalb der durch den Bebauungsplan festgesetzten Baugrenzen befinde und für das Gartenhaus keine Baugenehmigung bestehe. Es ist davon auszugehen, dass R in diesem Gespräch auch Gelegenheit hatte, sich zu ihren Belangen zu äußern. Damit der Betroffene sich zu den für die Entscheidung erheblichen Tatsachen ausreichend äußern kann, muss allerdings nach herrschender Meinung die Behörde ihm gegenüber auch ankündigen, dass sie den Erlass eines bestimmten Verwaltungsakts beabsichtigt.⁵⁴ Gegenüber R wurde der Erlass einer bauaufsichtlichen Maßnahme jedoch nicht angekündigt. Danach hat keine ordnungsgemäße Anhörung im Sinne des Art. 28 Abs. 1 BayVwVfG stattgefunden.

⁵¹ Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 6 Rn. 3 ff.

⁵² Lindner, Öffentliches Recht, Rn. 987 Fn. 1360.

⁵³ Lindner, Öffentliches Recht, Rn. 979.

⁵⁴ Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 28 Rn. 9a; BVerwG, NJW 2012, 2823; BeckOK/Herrmann, VwVfG, § 28 Rn. 15; für bauaufsichtliche Eingriffsbefugnisse OVG Bautzen, NVwZ-RR 1994, 551.

Die Anhörung könnte allerdings gemäß Art. 28 Abs. 2 Nr. 1 BayVwVfG entbehrlich gewesen sein, wenn eine sofortige Entscheidung wegen Gefahr im Verzug oder im öffentlichen Interesse aus der ex-ante-Sicht der Behörde als notwendig erschien.⁵⁵

Im vorliegenden Fall hat die Behörde auch die sofortige Vollziehbarkeit des am 2. März 2020 erlassenen Bescheids angeordnet, so dass hier Gründe vorliegen könnten, die das Abwarten einer Anhörung der R - der ja für eine Äußerung ausreichend Zeit einzuräumen ist⁵⁶ - nicht erlauben. Ob solche Gründe vorliegen, ist gerichtlich voll nachprüfbar; die Behörde hat insoweit keinen Beurteilungsspielraum.⁵⁷ Gefahr im Verzug liegt vor, wenn der mit der beabsichtigten Maßnahme bezweckte Erfolg durch die mit einer vorherigen Anhörung verbundene Unterrichtung des Betroffenen über den bevorstehenden Eingriff gefährdet würde oder wenn der durch die Anhörung bedingte Zeitverlust auch bei Gewährung kürzester Anhörungsfristen mit hoher Wahrscheinlichkeit zur Folge hätte, dass die durch den Verwaltungsakt zu treffende Regelung zu spät käme, um ihren Zweck noch zu erreichen.⁵⁸ Die von der Behörde vorgebrachte Begründung für den Sofortvollzug kann nicht nachvollziehbar rechtfertigen, dass der R nicht zumindest Gelegenheit zur Äußerung gegeben werden konnte. Die Gefahr einer potentiellen Nachahmung der baulichen Nutzung würde durch den Zeitraum, welcher für eine Anhörung erforderlich ist, nicht wesentlich erhöht. Auch sonst ist kein öffentliches Interesse erkennbar, welches eine sofortige Entscheidung notwendig bzw. die Anhörung als nicht geboten erscheinen lässt. Somit war die Anhörung auch nicht nach Art. 28 Abs. 2 Nr. 1 BayVwVfG entbehrlich.

Der Verstoß gegen Art. 28 Abs. 1 BayVwVfG könnte aber nach Art. 45 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 BayVwVfG unbeachtlich sein, wenn die Anhörung nachgeholt wurde. Dies ist gemäß Art. 45 Abs. 2 BayVwVfG noch bis zum Abschluss der letzten Tatsacheninstanz eines verwaltungsgerichtlichen Verfahrens möglich. Eine ordnungsgemäße Nachholung der Anhörung setzt voraus, dass dem Betroffenen nachträglich die Gelegenheit gegeben wird, sich schriftlich oder mündlich zu den für die Entscheidung wesentlichen Tatsachen zu äußern.⁵⁹ Die Behörde muss das Ergebnis der nachträglichen Anhörung nicht nur zur Kenntnis nehmen, sondern nochmals unvoreingenommen prüfen, ob ihre Entscheidung aufrechtzuerhalten oder abzuändern ist.⁶⁰ Nicht ausreichend sind bloße Stellungnahmen von Beteiligten im Rahmen eines gerichtlichen Verfahrens.⁶¹ Vorliegend hat sich R lediglich im Rahmen ihres gerichtlichen Antrags zur Nutzungsuntersagung äußern können. Dass die Behörde nochmals den Erlass einer Nutzungsuntersagung überdacht hat, ist nicht ersichtlich. Somit ist die Nutzungsuntersagung formell rechtswidrig.

Hinweis: Art. 46 BayVwVfG ist im vorliegenden Fall nicht einschlägig, da es sich bei der Entscheidung nach Art. 76 Satz 2 BayBO um eine Ermessensentscheidung handelt, so dass nicht von vornherein ausgeschlossen erscheint,

⁵⁵ Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 28 Rn. 53.

⁵⁶ Simon/Busse, BayBO, Art. 76 Rn. 65; Wolff/Decker, Studienkommentar VwGO/VwVfG, § 28 VwVfG Rn. 13.

⁵⁷ Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 28 Rn. 49; Wolff/Decker, Studienkommentar VwGO/VwVfG, § 28 VwVfG Rn. 16.

⁵⁸ Wolff/Decker, Studienkommentar VwGO/VwVfG, § 28 VwVfG Rn. 16.

⁵⁹ Guckelberger, JuS 2011, 577, 579.

⁶⁰ Guckelberger, JuS 2011, 577, 579; vgl. auch Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 45 Rn. 45; Wolff/Decker, Studienkommentar VwGO/VwVfG, § 45 VwVfG Rn. 25.

⁶¹ Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 45 Rn. 26 f.; BVerwG, Urteil vom 24.06.2010, Az.: 3 C 14/09, abgedruckt in NVwZ 2011, 115.

dass bei Durchführung der erforderlichen Anhörung die Entscheidung der Behörde hätte anders ausfallen können.⁶²

(3). Form

Anhaltspunkte für einen Verstoß gegen die Formvorschriften des Art. 37 Abs. 2 Satz 1 und Abs. 3 Satz 1, Art. 39 Abs. 1 Satz 1 BayVwVfG sind nicht ersichtlich.

(4). Zwischenergebnis

Der Bescheid vom 2. März 2020 ist formell rechtswidrig, da R entgegen Art. 28 Abs. 1 BayVwVfG vor seinem Erlass nicht angehört wurde und dieses Versäumnis auch nicht geheilt wurde.

cc. Materielle Rechtmäßigkeit

Hinweis: Es ist ebenso vertretbar die Frage der materiellen Rechtmäßigkeit in einem Hilfspgutachten zu erörtern, da der Bescheid formell rechtswidrig und der Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung bereits aus diesem Grund begründet ist.

Fraglich ist, ob der Bescheid vom 2. März 2020 materiell rechtmäßig ist.

(1). Bestimmtheit, Art. 37 Abs. 1 BayVwVfG

Die Anordnung ist, auch was die Fristsetzung betrifft, ausreichend bestimmt im Sinne des Art. 37 Abs. 1 BayVwVfG.

(2). Tatbestandsvoraussetzungen der Rechtsgrundlage

Die Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 76 Satz 2 BayBO müssten vorliegen. Eine Nutzungsuntersagung nach Art. 76 Satz 2 BayBO kann ausgesprochen werden, wenn eine Anlage im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften genutzt wird.

(a). Anlage

Anlagen sind nach Art. 2 Abs. 1 Satz 4 BayBO zum einen bauliche Anlagen (Art. 2 Abs. 1 Satz 1 BayBO) sowie andere Anlagen und Einrichtungen im Sinn des Art. 1 Abs. 1 Satz 2 BayBO. Gebäude sind nach Art. 2 Abs. 2 BayBO stets bauliche Anlagen. Da das Gartenhaus selbständig benutzbar und überdeckt ist sowie von Menschen betreten werden kann, ist es ein Gebäude und damit eine Anlage, vgl. Art. 2 Abs. 2 BayBO.

(b). Nutzung im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften

Die Anlage müsste im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften genutzt werden.

⁶² Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 46 Rn. 27.

(aa). Dies wäre etwa dann der Fall, wenn eine Baugenehmigung nach Art. 55 Abs. 1 BayBO erforderlich ist, jedoch nicht vorliegt (sog. formelle Illegalität).⁶³ Nach Art. 55 Abs. 1 BayBO bedürfen die Errichtung, Änderung und Nutzungsänderung von Anlagen einer Baugenehmigung, soweit in Art. 56 bis 58, 72 und 73 BayBO nichts anderes bestimmt ist. Eine Anlage liegt vor (s. o.). Eine Genehmigungsfreiheit nach Art. 56, 72 und 73 BayBO scheidet aus. Da das Gartenhaus einen Brutto-Rauminhalt von 176 m³ besitzt und damit Art. 57 Abs. 1 Nr. 1 lit. a) BayBO nicht einschlägig ist und andere Ziffern der Vorschrift nicht in Betracht kommen, fällt das Gartenhaus auf Grund seiner Größe auch nicht unter den Katalog der verfahrensfreien Bauvorhaben nach Art. 57 BayBO. Eine Genehmigungsfreistellung nach Art. 58 BayBO scheidet ebenfalls aus. Das Gartenhaus befindet sich zwar gemäß Art. 58 Abs. 2 Nr. 1 BayBO im Geltungsbereich eines Bebauungsplans im Sinn des § 30 Abs. 1 BauGB. Es entspricht jedoch nicht, wie in Art. 58 Abs. 2 Nr. 2 BayBO gefordert, den Festsetzungen dieses Bebauungsplans, sondern befindet sich außerhalb der durch den Bebauungsplan festgesetzten überbaubaren Grundstücksflächen. Im Übrigen liegen auch die Voraussetzungen des Art. 58 Abs. 2 Nr. 5 BayBO nicht vor, da die erforderlichen Unterlagen nicht nach Art. 58 Abs. 3 Satz 1 BayBO vorgelegt wurden.

Da keine Baugenehmigung vorliegt, ist das Gartenhaus formell illegal errichtet worden und wird formell illegal genutzt.

Hinweis: Falls die Vermutung des V zutrifft, dass das Gebäude und seine Wohnnutzung Bestandsschutz genießen, kann man dennoch nicht von einem Entfall des Genehmigungserfordernisses ausgehen, da bei der Frage der Genehmigung grundsätzlich auf die zum Zeitpunkt der Entscheidung geltende Sach- und Rechtslage abzustellen ist. Zudem führt der Bestandsschutz nicht zum Anspruch auf Erteilung einer Baugenehmigung, er gibt lediglich einen Anspruch auf Duldung der baulichen Anlage und ihrer Nutzung gegenüber bauaufsichtlichen Eingriffen.⁶⁴ Ein anderer Prüfungsaufbau - insbesondere ein Anspruch auf Genehmigungserteilung bei Vorliegen von Bestandsschutz im Hinblick auf das Eigentumsgrundrecht des Art. 14 Abs. 1 GG - kann mit entsprechend überzeugender Argumentation vertreten werden.

(bb). Fraglich ist, ob für den Erlass einer Nutzungsuntersagung nach Art. 76 Satz 2 BayBO über die **formelle Illegalität** hinaus auch die **materielle Illegalität** der Nutzung zu fordern ist, ob es also notwendig ist, dass diese mit öffentlich-rechtlichen Vorschriften nicht vereinbar, also nicht genehmigungsfähig ist. Nach überwiegender Meinung und nach dem Wortlaut des Art. 76 Satz 2 BayBO ist die formelle Illegalität, die als solche bereits einen Verstoß gegen öffentlich-rechtliche Vorschriften darstellt, für den Erlass einer Nutzungsuntersagung ausreichend.⁶⁵ Auf die materielle Illegalität kommt es nicht an.

Hinweis: Mit entsprechenden Argumenten wäre aber auch vertretbar, angesichts der Intensität des Eingriffs entgegen der h. M. die materielle Illegalität zu fordern. Dann müsste die Genehmigungsfähigkeit der Nutzungsänderung be-

⁶³ Vgl. Lindner, Öffentliches Recht, Rn. 993; Becker/Heckmann/Kempfen/Manssen, Öffentliches Recht in Bayern, 4. Teil Rn. 548.

⁶⁴ Simon/Busse, Bayerische Bauordnung, Art. 68 Rn. 146 f.; BVerwG, Urteil vom 24.10.1980, Az.: 4 C 81/77, abgedruckt in NJW 1981, 2140.

⁶⁵ Vgl. hierzu Becker/Heckmann/Kempfen/Manssen, Öffentliches Recht in Bayern, 4. Teil Rn. 538, 539; Lindner, Öffentliches Recht, Rn. 993.

reits an dieser Stelle geprüft werden. Nach a. A. ist auf Tatbestandsseite überhaupt nicht zwischen formeller und materieller Illegalität zu differenzieren, da auf Tatbestandsseite jeder Verstoß gegen öffentlich-rechtliche Vorschriften ausreicht. Erst auf der Ermessenseite ist sodann die Frage des Erfordernisses von formeller und/oder materieller Illegalität zu diskutieren.⁶⁶

Für welchen Aufbau sich die Bearbeiter entscheiden, ist für die Bewertung nicht relevant.

(c). Keine Duldungspflicht der baulichen Anlage auf Grund Bestandsschutzes

Der Erlass einer Nutzungsuntersagungsverfügung könnte jedoch ausgeschlossen sein, wenn die Behörde die bauliche Anlage und ihre Nutzung auf Grund Bestandsschutzes zu dulden hätte. Der Bestandsschutz, der ursprünglich aus Art. 14 Abs. 1 GG hergeleitet wurde, ist mittlerweile als eigenes Rechtsinstitut anerkannt.⁶⁷

(aa). Nach herkömmlicher Auffassung besitzen eine bauliche Anlage sowie deren Nutzung⁶⁸ Bestandsschutz, wenn der bauliche Bestand und seine Nutzung zu irgendeinem namhaften Zeitraum - hierbei kann in Anlehnung an § 75 Satz 2 VwGO von einem Zeitraum von drei Monaten ausgegangen werden - formell oder materiell rechtmäßig war,⁶⁹ also zu irgendeinem Zeitpunkt genehmigt worden oder jedenfalls genehmigungsfähig gewesen ist.⁷⁰ An dieser Auffassung ist zu kritisieren, dass damit auch die rechtswidrige Umgehung eines an sich erforderlichen Baugenehmigungsverfahrens durch die Wohltat des Bestandsschutzes belohnt werden könnte.⁷¹ Nach neuerer Auffassung ist ein Bestandsschutz daher nur anzuerkennen, wenn das Vorhaben formell und materiell rechtmäßig ist bzw. war.⁷² Die rein materielle Legalität kann daher nur noch bei verfahrensfreien Anlagen ausreichen.⁷³ Die illegale Errichtung und anschließend lange - nicht genehmigte, aber genehmigungspflichtige - Nutzung begründet keinen Bestandsschutz.⁷⁴ Auch ein Unterlassen bauaufsichtlicher Maßnahmen vermittelt keinen Bestandsschutz.⁷⁵

(bb). Der Bestandsschutz hat rechtlich die Stellung eines Gegenrechts, für das der vom bauaufsichtlichen Eingriff Betroffene die Beweislast trägt.⁷⁶ Eine frühere formell und materiell rechtmäßige Errichtung und Nutzung des Gartenhauses ist laut Sachverhalt jedoch nicht feststellbar.

(cc). Zudem müsste vom Bestandsschutz nicht nur der bauliche Bestand des Gartenhäuschens, sondern auch dessen Wohnnutzung umfasst sein, was nicht der Fall

⁶⁶ Becker/Heckmann/Kempfen/Manssen, Öffentliches Recht in Bayern, 4. Teil Rn. 548 f.

⁶⁷ Vgl. Decker/Konrad, Bayerisches Baurecht, Kapitel I. Rn. 23.

⁶⁸ Decker/Konrad, Bayerisches Baurecht, Kapitel I. Rn. 32.

⁶⁹ Simon/Busse, BayBO, Art. 76 Rn. 116; BVerwG, Urteil vom 13.06.1980, Az.: 4 C 98/77, abgedruckt in NJW 1981, 473.

⁷⁰ Decker/Konrad, Bayerisches Baurecht, Kapitel I. Rn. 24.

⁷¹ Simon/Busse, BayBO, Art. 76 Rn. 118.

⁷² Simon/Busse, BayBO, Art. 76 Rn. 117; BVerwG, NVwZ 1998, 842; Decker/Konrad, Bayerisches Baurecht, Kapitel I. Rn. 24.

⁷³ Simon/Busse, BayBO, Art. 76 Rn. 117; BVerwG, NVwZ 1998, 842; Decker/Konrad, Bayerisches Baurecht, Kapitel I. Rn. 24.

⁷⁴ Decker/Konrad, Bayerisches Baurecht, Kapitel I. Rn. 24.

⁷⁵ Vgl. Simon/Busse, BayBO, Art. 76 Rn. 216 ff.

⁷⁶ Simon/Busse, BayBO, Art. 76 Rn. 130; BVerwG, Beschluss vom 19.02.1988, Az.: 4 B 33.88; Decker/Konrad, Bayerisches Baurecht, Kapitel I. Rn. 35.

ist. Selbst wenn insoweit ein Bestandsschutz bestanden hätte, könnte dieser entfallen sein. Mit der endgültigen Aufgabe einer Nutzung endet auch der Bestandsschutz für diese.⁷⁷ Hingegen kann eine bloße Unterbrechung der Nutzung, wie der schlichte Leerstand von Wohnungen, nicht zu einem Wegfall des Bestandsschutzes führen, da das geltende Bauordnungsrecht keine Verpflichtung zur Nutzung baulicher Anlagen entsprechend einer erteilten Genehmigung kennt.⁷⁸ Vorliegend ist von einer Nutzungsaufgabe nach dem Auszug des Sohnes des V im Jahre 2008 auszugehen, da V das Gartenhaus eigentlich abreißen wollte.

Fraglich ist, ab welchem Zeitpunkt der Bestandsschutz für eine aufgegebenen Nutzung entfällt. Hierzu existieren in Rechtsprechung und Literatur unterschiedliche Zeitmodelle. Eine absolute Obergrenze wird unter Heranziehung des Rechtsgedankens des § 42 Abs. 2, Abs. 3 BauGB bei sieben Jahren gezogen.⁷⁹ Im vorliegenden Fall wurde die Wohnnutzung schon rund elf Jahre nicht mehr ausgeübt, so dass wegen der Aufgabe der Wohnnutzung auch kein Bestandsschutz für diese mehr existieren kann.

Somit ist die Große Kreisstadt Traunstein auch nicht verpflichtet, die Wohnnutzung des Gartenhauses auf Grund Bestandsschutzes zu dulden.

(d). Zwischenergebnis

Die Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 76 Satz 2 BayBO für den Erlass einer Nutzungsuntersagung liegen damit vor.

(3). Maßnahmerichtung⁸⁰

Für die Richtung der Maßnahme ist mangels entsprechender Regelung im Baurecht auf Art. 9 LStVG zurückzugreifen.⁸¹ R ist als Bewohnerin sowohl Handlungsstörerin im Sinne des Rechtsgedankens des Art. 9 Abs. 1 Satz 1 LStVG als auch als unmittelbare Besitzerin im Sinne des § 854 Abs. 1 BGB Zustandsstörerin gemäß Art. 9 Abs. 2 Satz 1 LStVG.⁸² Somit durfte sie als Adressatin des Bescheids ausgewählt werden.

(4). Ermessen, Art. 40 BayVwVfG

Allerdings steht der Erlass einer Nutzungsuntersagung im Ermessen der Behörde ("kann"). Daher müsste der Erlass der Nutzungsuntersagung das Ergebnis ordnungsgemäßer Ermessensausübung (Art. 40 BayVwVfG) sein. Der Erlass der Nutzungsuntersagung dürfte nicht ermessensfehlerhaft sein.⁸³ Nach § 114 Satz 1

⁷⁷ Simon/Busse, BayBO, Art. 76 Rn. 122; BVerwG, Beschluss vom 21.11.2000, Az.: 4 B 36/00; Decker/Konrad, Bayerisches Baurecht, Kapitel I. Rn. 34b.

⁷⁸ Simon/Busse, BayBO, Art. 76 Rn. 123; BayVGh, Urteil vom 01.02.2007, Az.: 2 B 05.2470, abgedruckt in BayVBl. 2008, 667.

⁷⁹ Simon/Busse, BayBO, Art. 67 Rn. 123 f.; VG München, Beschluss vom 16.12.2002, Az.: M 1 S 02.4503; Decker/Konrad, Bayerisches Baurecht, Kapitel I. Rn. 34b.

⁸⁰ Dies kann auch im Rahmen der Ermessensprüfung erläutert werden, vgl. Decker/Heckmann/Kempfen/Manssen, Öffentliches Recht in Bayern, 4. Teil Rn. 550.

⁸¹ Decker/Konrad, Bayerisches Baurecht, Kapitel II. Teil 8 Rn. 69; Lindner, Öffentliches Recht, Rn. 993.

⁸² Simon/Busse, BayBO, Art. 76 Rn. 163 ff.

⁸³ Zu den Ermessensfehlern vgl. Lindner, Öffentliches Recht, Rn. 979.

VwGO, der insoweit mit Art. 40 BayVwVfG korrespondiert, prüfen die Verwaltungsgerichte jedoch die Ermessensausübung nur im Hinblick auf die dort umschriebenen Ermessensfehler. Da § 114 Satz 1 VwGO keinen vollständigen und abschließenden Katalog der justiziablen Ermessensfehler enthält, hat sich in Rechtsprechung und Literatur eine Ermessensfehlerlehre entwickelt, nach der die Ermessensfehler überwiegend in zunächst drei Kategorien eingeteilt werden, nämlich in Ermessensnichtgebrauch, Ermessensfehlgebrauch und Ermessensüberschreitung.⁸⁴ Vorliegend kommt ein Ermessensfehlgebrauch in Betracht.

(a). Keine offensichtliche Genehmigungsfähigkeit

Die Ermessensausübung wäre jedenfalls dann fehlerhaft, wenn die Nutzung, die untersagt werden soll, **offensichtlich genehmigungsfähig** wäre. Denn in diesem Fall wäre die Nutzungsuntersagung unverhältnismäßig.⁸⁵ Als gleich geeignetes, aber milderes Mittel zur Herstellung rechtmäßiger Verhältnisse müsste die Bauaufsichtsbehörde - wie Art. 76 Satz 3 BayBO zeigt - von R bzw. V verlangen, einen Bauantrag zu stellen. Erwiese sich die genehmigungspflichtige Nutzung als offensichtlich genehmigungsfähig, müsste der Erlass einer Nutzungsuntersagung gegen R zunächst unterbleiben.

(aa). Problematisch ist, dass der Eigentümer des Grundstücks V selbst keinen Bauantrag stellen will. Allerdings kommt auch eine Beantragung durch R in Betracht. Aus Art. 64 Abs. 4 Satz 2 BayBO geht hervor, dass ein Bauantrag nicht zwingend vom Grundstückseigentümer zu stellen ist.⁸⁶ Gesetzliche Einschränkungen betreffend die Person des Bauantragstellers finden sich in der BayBO nicht. R möchte von der Baugenehmigung Gebrauch machen, so dass keine Bedenken bestehen, wenn sie als Bauherrin im Sinne des Art. 50 BayBO auftritt.⁸⁷ V ist laut Sachverhalt mit der Antragstellung durch R einverstanden und hat auch ein Interesse daran, dass diese die Baugenehmigung erhält und als Mieterin auf seinem Grundstück wohnen bleibt. Somit ist auch ein Sachbescheidungsinteresse der R zu bejahen.⁸⁸

(bb). Damit ist zu prüfen, ob das Gartenhaus sowie die Nutzung als Wohngebäude genehmigungsfähig wären. Dies richtet sich nach Art. 68 Abs. 1 Satz 1, 1. Halbsatz BayBO.⁸⁹ Nach Art. 68 Abs. 1 Satz 1 BayBO ist eine Baugenehmigung zu erteilen, wenn dem Bauvorhaben keine Vorschriften entgegenstehen, die im bauaufsichtlichen Genehmigungsverfahren zu prüfen sind; es besteht in diesem Fall ein Rechts-

⁸⁴ Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 40 Rn. 85 ff. Die Einteilung wird allerdings nicht einheitlich gehandhabt. So wird teilweise in folgende Ermessensfehler unterteilt: Ermessensüberschreitung, Ermessensnichtgebrauch, Ermessensdefizit und Ermessensdisproportionalität, vgl. Lindner, Öffentliches Recht, Rn. 979.

⁸⁵ Decker/Konrad, Bayerisches Baurecht, Kapitel II. Teil 8 Rn. 66; Becker/Heckmann/Kempen/Manssen, Öffentliches Recht in Bayern, 4. Teil Rn. 549.

⁸⁶ So auch im Ergebnis Decker/Konrad, Bayerisches Baurecht, Kapitel II. Teil 2 Rn. 44 und Kapitel I. Rn. 21.

⁸⁷ Vgl. Simon/Busse, BayBO, Art. 50 Rn. 9.

⁸⁸ Anderenfalls wäre eine Genehmigungsfähigkeit wegen offensichtlich fehlenden Sachbescheidungsinteresses ausgeschlossen, vgl. Simon/Busse, BayBO, Art. 64 Rn. 18; BayVGh, Entscheidung vom 12.05.1986, Az.: 14 B 85 A.588, abgedruckt in BayVBI 1986, 595.

⁸⁹ Im Rahmen der Ermessensentscheidung könnte die Behörde auch einbeziehen, ob eine Genehmigungsfähigkeit i. S. d. Art. 68 Abs. 1 Satz 1, 2. Halbsatz BayBO an sonstigen öffentlich-rechtlichen Vorschriften scheitert, vgl. VG Ansbach, Beschluss vom 31. August 2016 - AN 3 S 16.01618. Vorliegend ist ein Verstoß gegen sonstige öffentlich-rechtliche Vorschriften allerdings nicht ersichtlich.

anspruch auf ihre Erteilung.⁹⁰ Da es sich bei dem Gartenhaus nicht um einen Sonderbau nach Art. 2 Abs. 4 BayBO handelt, richtet sich die Genehmigungsfähigkeit nach dem vereinfachten Baugenehmigungsverfahren gemäß Art. 59 BayBO. Nach Art. 59 Satz 1 Nr. 1 lit. a) BayBO müsste die geänderte Nutzung zunächst in Übereinstimmung mit den Vorschriften über die Zulässigkeit der baulichen Anlagen nach den §§ 29 ff. BauGB erfolgen (**bauplanungsrechtliche Zulässigkeit**).

(aaa). Gemäß § 29 Abs. 1 BauGB gelten für Vorhaben, die die Errichtung oder Nutzungsänderung von baulichen Anlagen zum Gegenstand haben, die §§ 30 bis 37 BauGB.

Der Begriff der baulichen Anlage ist im BauGB nicht definiert. Die Begriffsbestimmung in den Bauordnungen der Länder kann nicht übernommen werden, da es sich um einen eigenständigen bundesrechtlichen Begriff handelt, der dem Regelungszweck der §§ 30 bis 37 BauGB Rechnung trägt, die städtebauliche Ordnung und Entwicklung zu steuern.⁹¹ Von § 29 Abs. 1 BauGB werden solche Anlagen erfasst, die in einer auf Dauer gedachten Weise künstlich mit dem Erdboden verbunden sind und städtebauliche Relevanz besitzen, was dann der Fall ist, wenn durch das Vorhaben städtebauliche Belange i. S. v. § 1 Abs. 6 BauGB in einer Weise berührt werden können, die geeignet ist, das Bedürfnis nach einer seine Zulässigkeit regelnden Bauleitplanung hervorzurufen.⁹² Das Gartenhaus mit einer Wohnfläche von 80 m² kann als bodenrechtlich relevant angesehen werden, da jedenfalls die Belange i. S. v. § 1 Abs. 6 Nr. 2 ("Wohnbedürfnisse der Bevölkerung") betroffen sind.

(bbb). Gemäß § 30 Abs. 1 BauGB ist im Geltungsbereich eines Bebauungsplans, der mindestens Festsetzungen über die Art und das Maß der baulichen Nutzung, die überbaubaren Grundstücksflächen und die örtlichen Verkehrsflächen enthält (sog. qualifizierter Bebauungsplan⁹³), ein Vorhaben zulässig, wenn es diesen Festsetzungen nicht widerspricht.

Im vorliegenden Fall liegt das Vorhaben jedoch außerhalb der festgesetzten überbaubaren Grundstücksflächen und widerspricht somit den Festsetzungen des Bebauungsplans.

(ccc). Zwar könnte die Große Kreisstadt Traunstein gemäß § 31 Abs. 2 BauGB i. V. m. Art. 63 Abs. 2 Satz 1 BayBO auf Antrag auch eine Befreiung von den Festsetzungen des Bebauungsplans gewähren. Ob die Tatbestandsvoraussetzungen des § 31 Abs. 2 BauGB hier vorliegen, insbesondere die Grundzüge der Planung bei einer Genehmigung des Gartenhauses nicht berührt würden, lässt sich dem Sachverhalt nicht entnehmen. Doch selbst wenn die Tatbestandsvoraussetzungen der Vorschrift vorliegen, kommt der Stadt ein Ermessen zu und es liegt keine offensichtliche Ermessensreduzierung auf Null vor. Da sie auf Grund ihrer eigenen Planungshoheit die überbaubaren Grundstücksflächen im Bebauungsplan festgesetzt hat, ist es zwar möglich, aber keineswegs gesichert, dass sie nunmehr genau hierfür eine Befreiung gewähren würde.

⁹⁰ Simon/Busse, Bayerische Bauordnung, Art. 68 Rn. 24.

⁹¹ Im Ergebnis Becker/Heckmann/Kempfen/Manssen, Öffentliches Recht in Bayern, 4. Teil Rn. 50.

⁹² BVerwGE 91, 234; 114, 206; Becker/Heckmann/Kempfen/Manssen, Öffentliches Recht in Bayern, 4. Teil Rn. 50; Decker/Konrad, Bayerisches Baurecht, Kapitel III. Teil 4 Rn. 3; Jäde/Dirnberger, BauGB/BauNVO, § 29 BauGB Rn. 14.

⁹³ Becker/Heckmann/Kempfen/Manssen, Öffentliches Recht in Bayern, 4. Teil Rn. 58.

(cc). Somit besteht keine offensichtliche Genehmigungsfähigkeit für das Gartenhaus und seine Wohnnutzung. Die Nutzungsuntersagung ist daher nicht vor dem Hintergrund einer offensichtlich genehmigungsfähigen Nutzung ermessensfehlerhaft.

(b). Intendiertes Ermessen

Allerdings könnte ein Ermessens Fehlgebrauch vorliegen, weil die Behörde im Rahmen der Begründung die privaten Belange der R nicht berücksichtigt hat.⁹⁴ Ein Ermessens Fehlgebrauch liegt vor, wenn die Ermessenserwägungen in wesentlicher Hinsicht unvollständig sind oder sachfremde Erwägungen eingeflossen sind.⁹⁵

Im vorliegenden Fall hat die Behörde in der Begründung zu ihrem Verwaltungsakt ausgeführt, dass sich das Gartenhaus außerhalb der durch Bebauungsplan festgesetzten überbaubaren Grundstücksflächen befinde und zudem keine Baugenehmigung existiere. Ein Eingehen auf private Belange der R ist nicht erfolgt. In seiner Erwiderung auf den Antrag der R hin führt der Leiter des Bauamtes vielmehr aus, dass die privaten Belange der R keine Rolle spielen.

Allerdings ist in diesem Zusammenhang zu beachten, dass das öffentliche Interesse grundsätzlich ein Einschreiten gegen baurechtswidrige Zustände im Wege der Nutzungsuntersagung gebietet,⁹⁶ weil nur so die Rechtsordnung gewahrt werden kann. Es liegt ein Fall des intendierten Ermessens vor.⁹⁷ Liegen die tatbestandlichen Voraussetzungen für den Erlass einer Nutzungsuntersagung vor, ist daher deren Erlass grundsätzlich eine ermessensgerechte Entscheidung, wenn nicht konkrete Umstände etwas anderes gebieten.⁹⁸ Daher genügt es für baurechtliche Verbote nach den Vorschriften des Bauordnungsrechts grundsätzlich, wenn die Behörde zum Ausdruck bringt, dass der beanstandete Zustand wegen seiner Rechtswidrigkeit beseitigt werden müsse.⁹⁹

Hinweis: Eine andere Auffassung ist vor dem Hintergrund vertretbar, dass hier eine wesentliche Lebensgrundlage der R betroffen ist, vgl. insoweit die nachfolgenden Ausführungen zur Angemessenheit der Maßnahme (S. 18/19).

Somit liegt kein Ermessens Fehlgebrauch vor.

Hinweis: Es musste auch nicht die Tatsache in das Ermessen eingestellt werden, dass die Bauaufsichtsbehörde seit der Errichtung des Gartenhauses vor 60 Jahren nicht gegen dieses eingeschritten ist. Das schlichte Unterlassen bauaufsichtlichen Einschreitens - passive Duldung - kann bauaufsichtliche

⁹⁴ Anhaltspunkt für den Umfang und Tiefgang der im Bescheid darzulegenden Ermessenserwägungen ist Art. 39 Abs. 1 Satz 3 BayVwVfG. Danach soll die Begründung die wesentlichen Gesichtspunkte, von denen die Behörde ausging, erkennen lassen. Es genügt hierbei, wenn die wesentlichen Ermessensüberlegungen in den Grundzügen benannt werden. Vgl. hierzu Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 39 Rn. 25 f.

⁹⁵ Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 40 Rn. 88 ff.; Lindner, Öffentliches Recht, Rn. 979.

⁹⁶ Decker/Konrad, Bayerisches Baurecht, Kapitel II. Teil 8 Rn. 65; Lindner, Öffentliches Recht, Rn. 993.

⁹⁷ Decker/Konrad, Bayerisches Baurecht, Kapitel II. Teil 8 Rn. 65; Lindner, Öffentliches Recht, Rn. 993.

⁹⁸ Decker/Konrad, Bayerisches Baurecht, Kapitel II. Teil 8 Rn. 65.

⁹⁹ Simon/Busse, BayBO, Art. 76 Rn. 301; BVerwG, Beschluss vom 28.08.1980, Az.: 4 B 67.80.

Eingriffe ohne Hinzutreten besonderer, einzelfallbedingter Umstände wie etwa die Schaffung eines positiven Vertrauenstatbestands nicht hindern.¹⁰⁰

(c). Verhältnismäßigkeit¹⁰¹

In diesem Zusammenhang ist weiter zu prüfen, ob die im Rahmen der Ermessensbetätigung gewählte Rechtsfolge nach den konkreten Umständen analog Art. 8 LStVG¹⁰² verhältnismäßig ist, also ein legitimes Ziel verfolgt und geeignet, erforderlich und angemessen ist.¹⁰³

Hinweis: Soweit von Bearbeitern eine Betroffenheit der R in ihrem Grundrecht aus Art. 14 Abs. 1 GG thematisiert wird, wäre hier zu ermitteln, ob es sich bei der Nutzungsuntersagung um eine Enteignung im Sinne des Art. 14 Abs. 3 GG oder um eine Inhalts- und Schrankenbestimmung gemäß Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG handelt.

Die früher für die Abgrenzung vertretene Schweretheorie sowie die Sonderopfertheorie haben zu Unsicherheiten bei der Abgrenzung geführt, da es im Einzelfall schwierig war festzustellen, ob der Eingriff für den Betroffenen so schwerwiegend war, dass er für eine Enteignung reichte. Aus diesem Grunde folgt die herrschende Lehre heute dem formalen Enteignungsbegriff, nach welchem eine Enteignung immer und nur dann vorliegt, wenn eine vollständige oder teilweise Entziehung vermögenswerter Rechtspositionen i.S. des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG durch einen gezielten hoheitlichen Rechtsakt zur Erfüllung bestimmter öffentlicher Aufgaben vorliegt,¹⁰⁴ was bei der Nutzungsuntersagung nach der BayBO nicht der Fall ist. Im vorliegenden Fall ist die Anordnung somit als Inhalts- und Schrankenbestimmung des Besitzrechts der R an ihrer gemieteten Wohnung aufzufassen. Eine solche ist gemäß Art. 14 Abs. 2 Satz 2 GG bereits zulässig, wenn sie dem Allgemeinwohl dient. Ausführungen hierzu sind von den Bearbeitern allerdings nicht zu erwarten.

(aa). Legitimes Ziel

Die Anordnung verfolgt das legitime Ziel der Beseitigung baurechtswidriger Zustände.

(bb). Geeignetheit

Sie müsste auch geeignet sein, dieses Ziel zu erreichen. Im vorliegenden Fall ist es insbesondere nicht notwendig, dass zusätzlich Anordnungen gegen den Vermieter, wie etwa auf Duldung des Auszugs oder Kündigung des Mietvertrags, erlassen werden, da die Aufgabe der Wohnnutzung zum jetzigen Zeitpunkt allein durch eine gegen die Mieterin als unmittelbare Besitzerin erlassene Nutzungsuntersagung bereits

¹⁰⁰ Simon/Busse, BayBO, Art. 76 Rn. 226, Rn. 305.

¹⁰¹ Zur Verhältnismäßigkeitsprüfung als Teil der Ermessensprüfung vgl. Lindner, Öffentliches Recht, Rn. 979 Fn. 1353 sowie Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 10 Rn. 50.

¹⁰² Decker/Konrad, Bayerisches Baurecht, Kapitel II. Teil 8 Rn. 67; Lindner, Öffentliches Recht, Rn. 993.

¹⁰³ Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 10 Rn. 51.

¹⁰⁴ Vgl. BVerfG, NJW 1982,745 ("Nassauskiesung"); Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 27 Rn. 27, 41.

wirksam erreicht werden kann.¹⁰⁵ Die zivilrechtlichen Verpflichtungen aus dem Mietvertrag spielen für die Wirksamkeit der öffentlich-rechtlichen Verfügung keine Rolle. Somit ist die Geeignetheit hier gegeben.¹⁰⁶

(cc). Erforderlichkeit

Die Erforderlichkeit ist zu bejahen, wenn kein gleich geeignetes milderes Mittel zur Verfügung steht. Die Bestimmung einer längeren Frist würde zu einem längeren Andauern des baurechtswidrigen Zustands führen und wäre somit weniger geeignet für dessen Beseitigung. Eine Aufforderung an R gemäß Art. 76 Satz 3 BayBO, einen Bauantrag zu stellen, würde zum einen für die Dauer des Genehmigungsverfahrens ebenfalls ein Andauern des baurechtswidrigen Zustands mit sich bringen. Zum anderen besteht, wie oben ausgeführt, jedenfalls kein offensichtlicher Anspruch der R auf Erteilung der Baugenehmigung. Somit ist auch die Erforderlichkeit hier zu bejahen.

(dd). Angemessenheit

Darüber hinaus müsste die Nutzungsuntersagung angemessen (verhältnismäßig im engeren Sinne) sein. Die Belastung der R darf nicht außer Verhältnis zu dem durch die Maßnahme erreichten Erfolg stehen, vgl. den Rechtsgedanken des Art. 8 Abs. 2 LStVG.

(aaa). Die Fristsetzung für die Beendigung der Nutzung bis zum 2. Juni 2020 ist nicht zu beanstanden. Ein Zeitraum von 3 Monaten ist in der Regel für die Suche nach einer Wohnung ausreichend. Hierfür spricht auch, dass R für die Suche nach ihrer derzeitigen Wohnung nur zwei Monate gebraucht hat.

Hinweis: Eine a. A. ist vertretbar.

(bbb). Im vorliegenden Fall könnte eine Unverhältnismäßigkeit daraus folgen, dass R keine finanziellen Mittel für einen Umzug hat und nichts von der fehlenden Baugenehmigung gewusst hat.

Fraglich ist, ob derartige persönliche Verhältnisse für eine bauaufsichtliche Maßnahme überhaupt zu berücksichtigen sind. Teilweise wird vertreten, dass das Baurecht ausschließlich grundstücksbezogen ist und damit solche persönlichen und wirtschaftlichen Umstände nicht zu einer Unverhältnismäßigkeit führen können, sondern lediglich im Rahmen einer späteren Vollstreckung zu berücksichtigen sind.¹⁰⁷

Nach anderer Auffassung ist, wenn die Nutzung von Wohnraum untersagt werden soll, der für den Betroffenen den alleinigen Mittelpunkt seiner privaten Existenz bildet, bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit die besondere Bedeutung der Wohnung zu berücksichtigen. Durch die Nutzung einer Wohnung werden elementare Lebensbedürfnisse ihrer Bewohner befriedigt. Eine erzwungene Aufgabe der Wohnung hat regelmäßig sogar dann weitreichende Folgen für die persönliche Lebensführung, wenn die Wohnung nur vorübergehend verlassen werden muss. Wegen dieser Be-

¹⁰⁵ Vgl. OVG Münster, Beschluss vom 13.01.1993, Az.: 7 B 4794/92

¹⁰⁶ Eine Anordnung gegen den Vermieter, nach Auszug der Mieterin eine Neuvermietung bzw. Neuaufnahme der Wohnnutzung zu unterlassen, wird erst in Zukunft möglicherweise zusätzlich erforderlich werden.

¹⁰⁷ Simon/Busse, BayBO, Art. 76 Rn. 246; BayVGH, Beschluss vom 21.09.1999, Az.: 15 ZB 98.1602.

deutung soll die Untersagung der Nutzung von Wohnraum, der für die Bewohner den alleinigen Mittelpunkt ihrer privaten Existenz bildet, ohne vorangegangene vergebliche Aufforderung, einen Bauantrag zu stellen, in der Regel nicht schon dann verhältnismäßig sein, wenn die Nutzung nicht offensichtlich genehmigungsfähig ist, sondern nur dann, wenn sie eindeutig materiell rechtswidrig ist.¹⁰⁸

Da die Wohnung eine wichtige Grundlage für die Sicherung der persönlichen Freiheit und die Entfaltung der Persönlichkeit der R ist, ist der letztgenannten Auffassung der Vorzug zu geben.

Im vorliegenden Fall erscheint es immerhin möglich, dass die Große Kreisstadt Traunstein gemäß § 31 Abs. 2 BauGB i. V. m. Art. 63 Abs. 2 Satz 1 BayBO auf Antrag eine Befreiung von den Festsetzungen ihres Bebauungsplans gewährt, so dass es unverhältnismäßig wäre, ohne vorheriges Abwarten der Entscheidung über einen von R zu stellenden Bauantrag die weitere Nutzung der Wohnung zu untersagen.

Hinweis: Ausführungen hierzu können allenfalls von herausragenden Bearbeitern erwartet werden. Ihr Fehlen sollte sich nicht negativ auswirken. Die oben dargestellte gegenteilige Auffassung ist ebenfalls ohne Weiteres vertretbar.

Die Nutzungsuntersagungsverfügung ist somit unverhältnismäßig und daher ermessensfehlerhaft ergangen.

c. Zwischenergebnis

Die Nutzungsuntersagung vom 2. März 2020 ist sowohl formell als auch materiell rechtswidrig. R wird durch die Nutzungsuntersagung in ihren Grundrechten aus Art. 14 Abs. 1 GG und Art. 2 Abs. 1 GG verletzt. Die Klage der R in der Hauptsache hätte somit Aussicht auf Erfolg, da sie zulässig und begründet wäre.

3. Interessenabwägung im Übrigen

Weitere besondere Gesichtspunkte, die bei der Interessenabwägung, trotz der nach summarischer Prüfung gegebenen Erfolgsaussichten der Hauptsacheklage hier dennoch für ein Überwiegen des Vollziehungsinteresses sprechen würden, sind nicht ersichtlich.

C. Ergebnis

Der Antrag der R auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung eines Rechtsbehelfs gegen die Anordnung der Großen Kreisstadt Traunstein vom 2. März 2020 ist somit begründet, weil die vom Gericht durchzuführende Interessenabwägung ergibt, dass das Aussetzungsinteresse der Antragstellerin das Sofortvollzugsinteresse überwiegt. Der Bescheid der Stadt ist sowohl formell als auch materiell rechtswidrig.

¹⁰⁸ Simon/Busse, BayBO, Art. 76 Rn. 282; BayVGh, Urteil vom 05.12.2005, Az.: 1 B 03.2608, abgedruckt in BayVBl. 2006, 702.