



## KOMMUNALINFO No. 10

Sehr geehrte Damen und Herren,

mit dieser **KOMMUNALINFO No. 10** informiere ich Sie über eine brandneue Entscheidung des VG Frankfurt zum Dauerbrenner Mobilfunk, die gerade erst am 20. Mai 2003 bekannt gegeben wurde.

### ZUR ERRICHTUNG EINER MOBILFUNKANLAGE AUF EINEM WOHNGEBÄUDE IM REINEN WOHNGBIET

1. Mit der Errichtung der Mobilfunkanlage auf dem Wohngebäude ist gleichzeitig eine Nutzungsänderung des Gebäudes verbunden. Der bisherigen Wohnnutzung wird durch die Antennenanlage eine gewerbliche Nutzung hinzugefügt.
2. Eine die Genehmigungspflicht auslösende Nutzungsänderung liegt vor, wenn sich die neue Nutzung von der bisherigen dergestalt unterscheidet, dass sie anderen oder weitergehenden Anforderungen bauordnungs- oder bauplanungsrechtlicher Art unterworfen sein kann. Dies ist bei der Aufnahme einer gewerblichen Nutzung zusätzlich zu der bestehenden Wohnnutzung der Fall.
3. Auch nach der Hessischen Bauordnung vom 18.6.2002 ist für die von der Antragstellerin betriebene Mobilfunksendeanlage eine Baugenehmigung erforderlich.
4. Allein die formelle Baurechtswidrigkeit der Mobilfunksendeanlage rechtfertigt das verfügte Nutzungsverbot. In Fällen formeller Illegalität der Herstellung oder Nutzung baugenehmigungspflichtiger baulicher Anlagen ist der Erlass eines (vorläufigen) Nutzungsverbotes rechtmäßig. Nur durch die Möglichkeit, formell illegale Nutzungen zu verbieten, ist die Bauaufsicht in der Lage, das System des präventiven Bau- und Nutzungsverbotes in Verbindung mit der Genehmigungspflicht von Bauvorhaben zu sichern.
5. Zur Anordnung der sofortigen Vollziehung: Eine illegale Nutzung begründet in der Regel ein besonderes öffentliches Interesse an der Durchsetzung eines Nutzungsverbotes vor Abschluss des Rechtsbehelfsverfahrens. Nur

so kann die Wirksamkeit des mit der Baugenehmigungspflicht verbundenen präventiven Nutzungsverbotes gesichert werden.

VG Frankfurt, Beschluss vom 29.04.2003  
– 6 G 1171/03 (2) –

### AUS DEN GRÜNDEN:

Der Antrag der Antragstellerin,

die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs der Antragstellerin vom 12.03.2003 und einer eventuell nachfolgenden Anfechtungsklage gegen das Nutzungsverbot der bauaufsichtlichen Verfügung der Antragsgegnerin vom 11.03.2003 wiederherzustellen,

ist zulässig gemäß § 80 Abs. 5 i. V. m. § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO, er ist in der Sache jedoch nicht begründet.

Nach der im Eilverfahren allein gebotenen summarischen Überprüfung der Sach- und Rechtslage erweist sich die Grundverfügung als offensichtlich rechtmäßig und die ordnungsgemäß nach § 80 Abs. 3 VwGO schriftlich begründete Anordnung der sofortigen Vollziehung als im öffentlichen Interesse liegend geboten.

Rechtsgrundlage des behördlichen Einschreitens ist § 53 Abs. 2 i. V. m. § 72 Abs. 1 Satz 2 der Hessischen Bauordnung (HBO) in der Fassung vom 18. Juni 2002 (GVBl. I, S. 274). Nach diesen Vorschriften hat die Bauaufsichtsbehörde bei baulichen Anlagen sowie anderen Anlagen sowie anderen Anlagen und Einrichtungen nach § 1 Abs. 1 Satz 2 HBO für die Einhaltung der öffentlich-rechtlichen Vorschriften und der aufgrund dieser Vorschriften erlassenen Anordnung zu sorgen und bei Wahrnehmung dieser Aufgabe die nach pflichtgemäßem Ermessen erforderlichen Maßnahmen zu treffen. In diesem Rahmen ist die



Bauaufsichtsbehörde befugt, die Benutzung einer Anlage oder Einrichtung, die im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften benutzt wird, zu untersagen.

Die Nutzung der von der Antragstellerin errichteten Mobilfunkanlage steht seit ihrer Errichtung im Januar 1998 im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften. Denn die Anbringung und spätere Nutzung der Anlage verstieß bereits unter Geltung der HBO a.F. und verstößt auch derzeit unter Geltung der HBO 2002 gegen formelles Baurecht.

Unter Geltung der alten Rechtslage war der Bauantrag der Antragstellerin vom 10.7.2002 mit Bescheid des Antragsgegners vom 13.12.2002 abgelehnt worden. Ausgehend von der Rechtsprechung des Hessischen Verwaltungsgerichtshofes (Hess. VGH, Beschl. v. 19.12.2000, Az.: 4 TG 3629/00) war - entgegen der Auffassung der Antragstellerin - für die von ihr betriebene Mobilfunkanlage auch eine Baugenehmigung erforderlich. Zwar bedurften gemäß § 63 Abs. 3 Nr. 2 a der bis zum 30. September 2002 geltenden Hessischen Bauordnung vom 20.12.1993 (GVBl. I S. 562) Antennenanlagen über 5 m bis 12 m Höhe bei einer Gesamtabstrahlungsleistung von mehr als 10 W (EIRP) keiner Baugenehmigung, wenn die gesundheitliche Unbedenklichkeit durch eine Genehmigung, Zulassung oder amtliche Bescheinigung festgestellt worden war, doch war die Antennenanlage der Antragstellerin trotz Erfüllung der Voraussetzungen dieser Vorschrift aus einem anderen Grunde nicht baugenehmigungsfrei. Denn mit der Errichtung der Anlage ist gleichzeitig eine Nutzungsänderung des Gebäudes verbunden. Der bisherigen Wohnnutzung wird durch die Antennenanlage eine gewerbliche Nutzung hinzugefügt. Eine die Genehmigungspflicht auslösende Nutzungsänderung liegt vor, wenn sich die neue Nutzung von der bisherigen Nutzung dergestalt unterscheidet, dass sie anderen oder weitergehenden Anforderungen bauordnungs- oder bauplanungsrechtlicher Art unterworfen ist oder unterworfen sein kann (Hess. VGH, Urte. v. 8.11.1979, IV OE 51/95, Baurecht 1980, 251). Dies ist bei der Aufnahme einer gewerblichen Nutzung zusätzlich zu der bestehenden Wohnnutzung der Fall (vgl. Hess. VGH, Beschl. v. 19.12.2000 a. a. O.; VGH Baden-Württemberg, Urte. v. 26.10.1998, 8 S 1848/98, DÖV 2000, 82; vgl. auch OVG Lüneburg, Beschl. v. 31.1.2002, 1 MA 4216/2001 in NVWZ-RR 2002, 822).

Soweit die Antragstellerin zur Begründung ihrer Auffassung, die Anbringung der Mobilfunksendeanlage stelle keine genehmigungspflichtige Nutzungsänderung dar, auf einen Beschluss des VG Gießen vom 18.6.2002 (1 G 1689/02) verweist, folgt die Kammer dieser Auffassung nicht. In jener Entscheidung wird auf den Wortlaut des § 62 Abs. 1 a. F. abgestellt und die Auffassung vertreten, die "Anbringung" sei als Unterfall der "Errichtung" von der "Nutzungsänderung" zu trennen. Eine solche Aufspaltung ist nach Auffassung der Kammer jedoch nicht möglich. Vorliegend wird nicht nur eine Mobilfunkanlage angebracht, es wird zugleich durch die Anbringung der Mobilfunksendeanlage eine Nutzungsänderung des Gebäudes herbeigeführt (OVG Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 2.7.2002, 7 B 924/02). Im Gegensatz zu dem in der Entscheidung des VG Gießen vom 18.6.2002 vertretenen Auffassung handelt es sich nicht lediglich um das Hinzutreten einer neuen Anlage, vergleichbar etwa der Errichtung eines zweiten Wohngebäudes auf einem Grundstück, welches keine Nutzungsänderung des vorhandenen ersten Wohngebäudes darstelle (so das VG Gießen). Vielmehr ist darauf abzustellen, dass die Mobilfunksendeanlage mit dem Wohngebäude eine funktional untrennbare Einheit bildet. Denn das Wohngebäude ist zugleich Träger des Antennenmastes, der seine Funktion nur deshalb erfüllen kann, weil er die Höhe des Gebäudes mitnutzt (vgl. OVG Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 2.7.2002 a. a. O.; s. auch VGH Baden-Württemberg, Beschl. v. 8.2.2002, 8 S 2748/01). Abzustellen ist entgegen der Auffassung des VG Gießen also darauf, dass im Falle der Änderung einer baulichen Anlage das Gesamtprojekt in seiner geänderten Gestalt den Gegenstand der behördlichen und gerichtlichen Prüfung bildet.

Aber auch nach der zur Zeit gültigen Hessischen Bauordnung vom 18.6.2002 ist für die von der Antragstellerin betriebene Mobilfunksendeanlage eine Baugenehmigung erforderlich. Zwar sind Antennenanlagen und die mit ihrer Errichtung einhergehende Nutzungsänderung von baulichen Anlagen und Räumen gemäß § 55 HBO i. V. m. Anlage 2 Abschnitt 1 Ziffer 5.1 und Anlage 2 Abschnitt III Ziffer 3 baugenehmigungsfrei, doch steht dies gemäß Abschnitt 1 Ziffer 5.1.1 unter dem Vorbehalt des Abschnitts V Ziffer 1, d.h. die Beteiligung der Gemeinde ist erforderlich. Diese kann binnen 14 Tagen, nachdem sie die erforderlichen Bauvorlagen erhalten hat, der Bauherrschaft schriftlich erklären, dass ein Baugenehmigungsverfahren durchgeführt werden soll, oder

eine vorläufige Untersagung nach § 15 Abs. 1 Satz 2 des Baugesetzbuches beantragen. Erst nach Ablauf dieser Frist wäre die Mobilfunkanlage nach derzeitiger Rechtslage baugenehmigungsfrei und damit formell legal. Sie ist daher zur Zeit - auch unter Geltung der neuen Rechtslage - weiterhin als formell illegal anzusehen. Im Übrigen ist davon auszugehen, dass die oben genannten Voraussetzungen für eine Baugenehmigungsfreiheit der Anlage nach derzeitig geltender Rechtslage nicht eintreten dürfte, da die Gemeinde bereits bei der ersten Antragstellung unter Geltung der HBO a.F. ihr Einvernehmen verweigert hatte.

Allein die formelle Baurechtswidrigkeit der Mobilfunksendeanlage rechtfertigt das von dem Antragsgegner verfügte Nutzungsverbot. Es entspricht ständiger Rechtsprechung des Hess. Verwaltungsgerichtshofes, der sich die erkennende Kammer angeschlossen hat, dass in Fällen formeller Illegalität der Herstellung oder Nutzung baugenehmigungspflichtiger baulicher Anlagen der Erlass eines (vorläufigen) Nutzungsverbotes rechtmäßig ist. Nur durch die Möglichkeit, formell illegale Nutzungen zu verbieten, und zwar ohne Rücksicht auf eine etwaige materielle Legalität, ist die Bauaufsicht in der Lage, das System des präventiven Bau- und Nutzungsverbotes in Verbindung mit der Genehmigungspflicht mit Bauvorhaben zu sichern (vgl. z. B. Hess. VGH, Beschl. v. 22.9.1994, 4 TH 1030/94). Dabei kann es - entgegen der von der Antragstellerin zitierten Auffassung des VG Gießen in dem Beschluss vom 19.12.2001 (1 G 2233/01) - nicht darauf ankommen, dass der Bauherr - wie vorliegend - in Übereinstimmung mit der Bauaufsichtsbehörde bei der Errichtung der Anlage von ihrer Baugenehmigungsfreiheit ausgegangen ist und die Behörde ihre Auffassung erst aufgrund einer verwaltungsgerichtlichen Entscheidung geändert hat. Diese Fallkonstellation hat nicht zur Folge, dass der Erlass eines Nutzungsverbotes weiterer Er-

wägungen bedarf, insbesondere im Hinblick auf die materielle Baurechtmäßigkeit. Denn es ist nicht Aufgabe des Gerichts, bei der auf die formelle

Illegalität der baulichen Anlage gestützten Nutzungsuntersagung die Genehmigungsfähigkeit der untersagten Nutzung oder die Auffassung der Behörde zu einem gestellten Bauantrag zu überprüfen. Vielmehr lässt sich der Hessischen Bauordnung ein Verbot des Bauens oder Nutzens ohne Baugenehmigung entnehmen, was den Bauherrn verpflichtet, selbst in Fällen der rechtswidrigen Versagung einer Baugenehmigung zunächst die Genehmigung im Rechtsweg zu erstreiten (vgl. Hess. VGH, Beschl. v. 2.4.2002, 4 TG 575/02 in NVwZ-RR 2002, 823).

Die in diesem Sinne begründeten Erwägungen des Antragsgegners in dem Bescheid vom 11.3.2003 hinsichtlich des ihm in § 72 Abs. 1 Satz 2 HBO eingeräumten Ermessens sind rechtlich nicht zu beanstanden.

Ebenso wenig begegnet die Anordnung der sofortigen Vollziehung des Nutzungsverbotes rechtlichen Bedenken. Nach der ständigen Rechtsprechung sowohl des Hessischen Verwaltungsgerichtshofes als auch der beschließenden Kammer begründet eine illegale Nutzung in der Regel ein besonderes öffentliches Interesse an der Durchsetzung eines Nutzungsverbotes vor Abschluss des Rechtsbehelfsverfahrens (vgl. z. B. Hess. VGH, Beschl. v. 6.10.1988, 4 TG 3126/88). Dies beruht auf der Überlegung, dass die Wirksamkeit des mit der Baugenehmigungspflicht verbundenen präventiven Nutzungsverbotes nur so gesichert werden kann und demjenigen, der sich über das formelle Baurecht hinwegsetzt, gegenüber dem gesetzestreuem Bauantragsteller auch kein zeitweiliger Vorteil verschafft und damit ein Anreiz zur Gesetzesverletzung geboten werden soll. Auf diese Begründung stellt auch der Antragsgegner mit seiner Verfügung ab.

*Liederbach a. Ts., den 22. Mai 2003*

*Mit freundlichen Grüßen*

*Ihr*

*Friedhelm FOERSTEMANN, Rechtsanwalt  
und Fachanwalt für Verwaltungsrecht*