



## Hessischer Verwaltungsgerichtshof

### Beschluss

In dem Verwaltungsstreitverfahren

Antragstellerin und Beschwerdegegnerin,

bevollmächtigt: Rechtsanwälte Dr. Hubert W. van Bühren und Kollegen,  
Bochumer Straße 6, 51145 Köln,

gegen

den Wetteraukreis,  
vertreten durch den Kreisausschuss - Rechtsamt -,  
Europaplatz, 61169 Friedberg,

Antragsgegner und Beschwerdeführer,

wegen Baurechts

hier: sofort vollziehbares Nutzungsverbot für eine Mobilfunkanlage

hat der Hessische Verwaltungsgerichtshof - 4. Senat - durch

Vorsitzenden Richter am Hess. VGH Koch,  
Richter am Hess. VGH Schröder,  
Richter am Hess. VGH Dr. Dittmann,

am 14. Februar 2003 beschlossen:

Auf die Beschwerde des Antragsgegners wird der Beschluss des Verwaltungsgerichts Gießen vom 11. Dezember 2002 abgeändert. Der Antrag der Antragstellerin wird abgelehnt.

Die Antragstellerin hat die Kosten des Verfahrens zu tragen.

Der Wert des Streitgegenstandes wird unter Abänderung der erstinstanzlichen Wertfestsetzung für beide Rechtszüge auf 4.000,00 € festgesetzt.

## Gründe:

### I.

Die Antragstellerin wendet sich gegen eine Verfügung des Antragsgegners, mit der ihr die Nutzung einer ohne Baugenehmigung errichteten und betriebenen Basisstation mit Antennenmast für den Mobilfunk wegen formeller Illegalität mit Sofortvollzug untersagt worden ist. Das Verwaltungsgericht hat mit Beschluss vom 11.12.2002 die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs der Antragstellerin wieder hergestellt. Hiergegen wendet sich die Antragsgegnerin mit ihrer am 23.12.2002 eingegangenen Beschwerde.

### II.

Die zulässige Beschwerde hat auch in der Sache Erfolg, denn das Verwaltungsgericht hat dem Antrag der Antragstellerin zu Unrecht stattgegeben.

Das allein auf die formelle Illegalität gestützte Nutzungsverbot erweist sich aufgrund der im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes vorzunehmenden summarischen Überprüfung der Sach- und Rechtslage als offensichtlich rechtmäßig. In einem derartigen Fall überwiegt das Vollzugsinteresse das Aussetzungsinteresse der Antragstellerin.

Für die Nutzungsuntersagung gelten im Wesentlichen die Grundsätze wie für die Beseitigungsanordnung. Bei der Beurteilung der Rechtswidrigkeit einer baulichen Anlage ist daher nicht nur der Zeitpunkt ihrer Errichtung, sondern wegen der Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG auch neues, für den Bauherrn günstigeres Recht zu berücksichtigen, wenn die Rechtsvorschrift die betroffene bauliche Anlage erfasst. Das bedeutet, dass eine allein auf die formelle Illegalität der Anlage gestützte Nutzungsuntersagung nur dann rechtmäßig ist, wenn die Anlage seit ihrer Errichtung bis zur gerichtlichen Entscheidung fortdauernd formell illegal war. Dies ist hier der Fall. Die Mobilfunkanlage der Antragstellerin war formell rechtswidrig und ist es auch nach Inkrafttreten der Freistel-

lungsverordnung vom 11. Juni 2002 (GVBl. I S. 247) und der Hessischen Bauordnung vom 18.06.2002 (GVBl. I S. 274) - HBO 2002 - geblieben. Die Errichtung einer Antennenanlage der vorliegenden Art bedurfte zwar nach § 63 Abs. 3 Nr. 2 a HBO 1993 unter den dort genannten Voraussetzungen keiner Baugenehmigung; sie war jedoch nach der Rechtsprechung des Senats baugenehmigungspflichtig, wenn mit ihr gleichzeitig die Nutzungsänderung eines Gebäudes verbunden war (Beschluss des Senats vom 19.12.2000 - 4 TG 3627/00 -, BauR 2001, 944). Im Zeitpunkt des Erlasses des Nutzungsverbots am 27.08.2002 galt die am 15.06.2002 in Kraft getretene Freistellungsverordnung (§ 7 FreistellVO), deren § 2 für die Nutzungsänderung durch Antennenanlage eine Freistellung von der Baugenehmigungspflicht unter Vorbehalt vorsah. Die Voraussetzungen für den Eintritt der Genehmigungsfreistellung sind vorliegend jedoch nicht erfüllt, weil die Vorbehaltsregelung des § 3 Abs. 5 Satz 1 FreistellVO eingreift. Danach war das beabsichtigte Vorhaben durch Einreichen der für die planungsrechtliche Beurteilung erforderlichen Bauvorlagen der Gemeinde schriftlich zur Kenntnis zu geben, soweit das Vorhaben nicht dem naturschutzrechtlichen Eingriffsgenehmigungsverfahren unterliegt. Mit dem Vorhaben durfte nach Satz 2 der vorgenannten Bestimmung 14 Tage nach Eingang der erforderlichen Bauvorlagen bei der Gemeinde begonnen werden, wenn die Gemeinde der Bauherrschaft nicht schriftlich erklärte, dass ein Baugenehmigungsverfahren durchgeführt werden soll oder eine vorläufige Untersagung nach § 15 Abs. 1 Satz 2 BauGB beantragt würde. Erfüllte ein Vorhaben diese Voraussetzungen, dann wurde ein gestellter oder aufrechterhaltener Bauantrag unzulässig und musste zurückgewiesen werden. Der Bauherr musste in den Fällen, in denen sein Vorhaben unter die Regelung des § 2 FreistellVO fiel, ein Freistellungsverfahren beginnen, in dem zu klären war, ob das Baugenehmigungsverfahren weiter durchgeführt werden soll. Das ist hier nicht geschehen und war auch deshalb nicht geboten, weil die Stadt Büdingen im Baugenehmigungsverfahren mit Schreiben vom 22.01.2002 dem Antragsgegner mitgeteilt hatte, dass sie am 15.09.2001 für den hier maßgeblichen Bereich eine Veränderungssperre gemäß §§ 14 und 16 BauGB beschlossen habe. Damit ist das Vorhaben nicht baugenehmigungsfrei geworden und formell illegal geblieben. Durch das Inkrafttreten der HBO 2002 hat sich ebenfalls nichts zugunsten der Antragstellerin geändert. Durch die Regelung in Abschnitt I Nr. 5.1 der Anlage zu § 55 HBO ist die Errichtung von Antennenanlagen bis 10 m Gesamthöhe und bei Parabolantennen mit Reflektordurchmesser bis 1,20 m unter dem Vorbehalt des Abschnitts V Nr. 1 baugenehmigungsfrei. Damit ist jetzt für die nach der HBO 1993 baugenehmigungsfreien Vorhaben ein Frei-

stellungsverfahren vorgesehen, das hier nicht durchgeführt worden ist. An der formellen Illegalität der Anlage hat sich auch dadurch nichts geändert, dass die Nutzungsänderungen von baulichen Anlagen durch Errichtung, An- und Einbringung von Antennenanlagen nach Abschnitt III Nr. 3 nicht unter den besonderen Freistellungsvorbehalt nach Abschnitt V Nr. 1 Anlage 2 zu § 55 HBO gestellt worden ist, denn der Vorbehalt erfasst bereits das Errichten, An- und Einbringen der Antennenanlage.

Der Antragsgegner hat von dem ihm in § 78 Abs. 1 HBO 1993 eingeräumten Ermessen in nicht zu beanstandender Weise Gebrauch gemacht. Der Senat vermag die vom Verwaltungsgericht vertretene Auffassung nicht zu teilen, es sei ermessensfehlerhaft, die Nutzungsuntersagung allein mit der formellen Illegalität der Anlage zu begründen, wenn die Behörde die Vorlage eines Bauantrags für eine im Vertrauen auf die Genehmigungsfreiheit errichtete und betriebene Anlage gefordert habe. Der Erlass eines sofort vollziehbaren Nutzungsverbots wegen formeller Illegalität scheidet in einem nachträglich anhängig gemachten Baugenehmigungsverfahren grundsätzlich nur dann aus, wenn der Bauantrag auch nach Auffassung der Baugenehmigungsbehörde genehmigungsfähig ist und der Erteilung der Baugenehmigung auch sonst nichts im Wege steht. Dies war hier nicht der Fall.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 VwGO, die Festsetzung des Streitwerts auf den §§ 20 Abs. 3, 14 Abs. 1, 13 Abs. 1 GKG.

Hinweis: Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§§ 152 Abs. 1 VwGO, 25 Abs. 3 Satz 2 GKG).

Koch

Schröder

Dr. Dittmann