

Baurechtsvereinfachung und Nachbarschutz*

A. Die bauordnungsrechtlichen Deregulierungsregelungen der Länder im Überblick

Alle Bundesländer haben ihre Bauordnungen seit 1993 grundlegend novelliert. Wesentlicher Bestandteil der Änderungen ist die Ausweitung der Genehmigungsfreistellung. In fast allen Bundesländern benötigen bestimmte Wohngebäude keine Baugenehmigung mehr. Das herkömmliche Verständnis vom bauordnungsrechtlichen Verfahren als umfassendes staatliches Betreuungskonzept wurde aufgegeben. Eingeläutet ist der „Abschied von der Baugenehmigung“¹ als Voraussetzung für die Durchführung von Bauvorhaben.

Die landesrechtlichen Reformvorschriften reihen sich ein in die übergreifenden Bemühungen auf Bundesebene, den Wirtschaftsstandort Deutschland durch Beschleunigung und Vereinfachung der Planungs- und Genehmigungsverfahren zu sichern. Ihnen liegt die gesetzgeberische Erwägung zugrunde, dass durch die investitionshemmende Dauer der Baugenehmigungsverfahren und die Vielzahl von Nachbarklagen der Wirtschaftsstandort Deutschland bedroht sei².

Die unterschiedlichen Deregulierungsansätze der Länder lassen sich holzschnittartig drei Modellen zuordnen, die nunmehr neben die Baugenehmigung als umfassende öffentlich-rechtliche Unbedenklichkeitsbescheinigung treten, nämlich:

- die Genehmigungsfreistellung,
- das Anzeigeverfahren,
- das vereinfachte Genehmigungsverfahren.

I. Genehmigungsfreistellung

Bei Vorhaben, die von einer Genehmigung freigestellt sind, findet überhaupt kein präventives bauaufsichtliches Verfahren statt. Auf die Erteilung einer Baugenehmigung wird verzichtet. Der Bauherr hat lediglich bei der Gemeinde Bauunterlagen einzureichen. Nach den meisten Bauordnungen haben die Gemeinden aber das Recht, innerhalb einer Frist zu erklären, dass ein Genehmigungsverfahren durchgeführt werden soll, weil das Vorhaben ihren Planvorstellungen widerspricht oder weil die Freistellungsvoraussetzungen nicht erfüllt sind. Die fehlende Erklärung ist dann Tatbestandsvoraussetzung der Genehmigungsfreiheit, die Erklärung Voraussetzung dafür, dass es bei der Genehmigungspflichtigkeit des Vorhabens bleibt³. Welchen Rechtscharakter die Erklärung hat, ob es sich um einen feststellenden VA handelt, ist str⁴. Von einer Genehmigung freigestellt sind insbesondere die Errichtung von Wohngebäuden, wenn Sie mit den Festsetzungen des Bebauungsplans übereinstimmen und die Erschließung gesichert ist⁵.

Wenn das beabsichtigte Vorhaben von Planfestlegungen abweicht, entfällt in den meisten Ländern die Freistellungsmöglichkeit und ist das Bauvorhaben einem Genehmigungsverfahren zu unterwerfen. In manchen Ländern wird über erforderliche Ausnahmen und Befreiungen in einem gesonderten Verfahren entscheiden, das mit einer auf diese Frage beschränkten Genehmigung abschließt⁶.

II. Anzeigeverfahren (Bauanzeigeverfahren)

Bei dem Anzeigeverfahren holt der Bauherr ebenfalls keine Baugenehmigung ein. Er muss sein Vorhaben lediglich der Bauaufsichtsbehörde schriftlich unter Einreichung der Bauunterlagen und Erklärungen des Entwurfsverfassers und der anderen Sachverständigen anzeigen⁷. Die Bauaufsichtsbehörde kann das Vorhaben dann aber bauaufsichtlich prüfen und ggf. den Baubeginn untersagen. Tut die Bauaufsichtsbehörde dies nicht, so kann der Bauherr nach Ablauf einer Karenzfrist anfangen zu bauen. Durch Zeitablauf entfällt dann die formelle Schranke für das Bauen. Das Bauanzeigeverfahren findet den fraglichen Ländern vor allem bei der Errichtung von Wohngebäuden geringer Höhe in Bauplangebieten Anwendung.

III. Vereinfachtes Genehmigungsverfahren⁸

Beim vereinfachten Genehmigungsverfahren ist das Bauvorhaben zwar genehmigungspflichtig. Der Prüfungsumfang der Bauaufsichtsbehörde ist jedoch eingeschränkt: In den meisten Ländern hat die Bauaufsichtsbehörde lediglich das Bauplanungsrecht, die Kernmaterien des Bauordnungsrechts, z.B. die Einhaltung der Abstandsflächen, die Erfüllung der Stellplatzpflicht und die sonstigen öffentlich-rechtlichen Vorschriften zu prüfen. Das gesamte technische Baurecht wird hingegen nicht geprüft. In Rheinland-Pfalz wird sogar das gesamte Bauordnungsrecht nicht geprüft (§ 66 Abs. 2 rpLBauO). Das kann dazu führen, dass eine Baugenehmigung für ein Vorhaben erteilt wird, obwohl es mit den bauordnungsrechtlichen Vorschriften nicht im Einklang steht⁹. Es steht allerdings im Ermessen der Behörde, die Genehmigung wegen fehlenden *Sachbescheidungsinteresses* zu versagen, wenn sie in den Bauunterlagen Rechtsverstöße ausserhalb des obligatorischen Prüfprogramms erkennt.

Um das Ziel der Beschleunigung baurechtlicher Genehmigungsverfahren zu erreichen, statuieren viele Bauordnungen Fristen, innerhalb derer die Genehmigungsbehörden über den Antrag zu entscheiden haben. Nach dem Verstreichen einer Regelentscheidungsfrist gilt die Genehmigung als erteilt¹⁰. Auch diese *fingierte Baugenehmigung*¹¹ ist ein VA.

* Der Aufsatz beruht auf einem Seminar, an dem der Autor an der Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer im SS 2000 teilgenommen hat. Herrn PD Dr. Matthias Niedobitek gebührt für die fachliche Betreuung herzlicher Dank.

¹ Vgl. *Ortloff*, Abschied von der Baugenehmigung – Beginn beschleunigten Bauens?, NVwZ 1996 S. 144 ff., 146.

² Vgl. dazu *Schulte*, BauR 1995, S. 174 ff.

³ An die Erklärung sind hohe Anforderungen zu stellen. Es reicht nicht aus, wenn die Gemeinde irgendwie zum Ausdruck bringt, dass sie (derzeit) mit dem Vorhaben nicht einverstanden ist; vielmehr muss der Äußerung eindeutig zu entnehmen sein, dass die Rechtsfolge der Durchführung des Genehmigungsverfahrens gewollt ist (BayVG, BauR 2000 S. 705 ff., 706 f.)

⁴ Vgl. *Preschel*, DÖV 1998 S. 45 ff., 49.

⁵ Vgl. z.B. § 67 Abs. 1 rpLBauO: „Vorhaben nach § 66 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 LBauO (Wohngebäude der Gebäudeklassen 1 bis 3 einschließlich ihrer Nebengebäude und Nebenanlagen) im Geltungsbereich eines Bebauungsplans im Sinne des § 12 oder des § 30 Abs. 1 BauGB bedürfen einschließlich ihrer Nebengebäude und Nebenanlagen keiner Baugenehmigung, wenn 1. Sie den Festsetzungen des Bebauungsplans entsprechen und 2. Die Erschließung gesichert ist. Dies gilt nicht, wenn die Gemein-

de erklärt, dass ein Genehmigungsverfahren durchgeführt werden soll.“ Ähnlich Art. 70 BayBauO, § 69a NdsBauO; § 67 nrwBauO.

⁶ Diese stellt einen Verwaltungsakt dar, gegen den sich der Nachbar im Wege des Widerspruchs bzw. der Anfechtungsklage zur Wehr setzen kann. Die Rechtmäßigkeit des Vorhabens insgesamt wird dadurch nicht festgestellt. Vgl. dazu *Preschel*, DÖV 1998 S. 48 ff.; *Uechtritz*, NVwZ 1996 S. 640 ff., 646.

⁷ § 68 BbgBauO; § 62a SächsBauO; § 74 SchlHBauO; § 62b ThürBauO.

⁸ Art. 80 bayBauO; § 60a BlnBauO; § 69 Abs. 8 Bbg. BauO; § 67 BremBauO; §§ 1 ff. HambWoBauErlG; § 67 HessBauO; § 63 MVBauO; § 68 nrwBauO; § 66 rpBauO; § 67 saarl. BauO; § 62a SächsBauO; § 66 BauO LSA; § 75shbBauO; § 62aThürBauO.

⁹ Vgl. § 67 Abs. 4 S. 2 Hs. 1 BlnBauO; *Jäde/Weinl/Dirnberger*, BayVBl. 1994 S. 321 ff., 323; *Jäde*, UPR 1995 S. 81 ff., 84; vgl. auch BVerwGE 48, 242 ff., 247; 61, 124 ff., 130 f.; BVerwG, GewArch. 1994, S. 209.

¹⁰ § 67 Abs. 4 S. 2 Hs. 1 BremBauO; § 5 Abs. 3 HmbWoBauErlB; § 67 Abs. 5 HessBauO; § 63 Abs. 7 MVBauO; § 65 Abs. 4 rpLBauO; § 67 Abs. 5 S. 2 i.V.m. § 82 Abs. 1 saarl.BauO; § 62a Abs. 3 sächsBauO; § 66 Abs. 9 BauO LSA; § 75 Abs. 11 shBauO.

¹¹ Vgl. dazu *Ortloff*, in: FS für Gelzer 1991, S. 223; *Jäde*, UPR 1995 S. 81 ff., 84.

Übersicht I

B. Auswirkungen der Deregulierung auf den Rechtsschutz des Nachbarn

I. Rechtsschutz bei genehmigungsfreien Vorhaben

Die Einschränkung der präventiven Kontrolle durch die Bauaufsichtsbehörde hat tiefgreifende Auswirkungen auf den Rechtsschutz der von dem Vorhaben betroffenen Nachbarn.

▪ *Bisher* konnte der Nachbar, der von einem genehmigten Bauvorhaben Kenntnis erlangt, gegen die Baugenehmigung Anfechtungswiderspruch und anschließend Anfechtungsklage erheben. War die Baugenehmigung rechtswidrig und verletzte sie nachbarschützende Vorschriften, wurde die Baugenehmigung aufgehoben. Bis zur Rechtskraft der Entscheidung durfte der Bauherr zwar weiter bauen; denn Widerspruch und Anfechtungsklage gegen die Baugenehmigung haben nach § 212a BauGB keine aufschiebende Wirkung. Der Nachbar konnte aber gem. § 80a I Nr. 2 VwGO bei der Behörde bzw. dem Gericht unter vergleichsweise leichten Voraussetzungen vorläufigen Rechtsschutz erlangen.

▪ *Nunmehr* kann sich der Nachbar gegen ein entsprechendes Vorhaben nicht mehr durch Einlegen eines Anfechtungswiderspruchs zur Wehr setzen. Ein derartiger Widerspruch ginge ins Leere, da keine Baugenehmigung mehr vorhanden ist. Auch ein Vorgehen nach § 80a VwGO kommt dementsprechend nicht mehr in Betracht.

Der Rechtsschutz des Nachbarn scheint dadurch entscheidend verkürzt zu werden. Es besteht die Gefahr, dass mit der Baugenehmigung faktisch auch der Nachbarschutz entfällt und durch die Deregulierung das System des baurechtlichen Nachbarschutzes in eine dogmatische Schiefelage gerät.

1. Rechtsschutz in der Hauptsache

Wie der Gefahr der Rechtsschutzverkürzung begegnet werden kann, wird zur Zeit lebhaft diskutiert. Über drei Lösungswege wird nachgedacht:

a) Verwaltungsrechtsschutz zwischen Privaten - öffentlich-rechtlicher Unterlassungsanspruch

Ortloff schlägt vor, eine Unterlassungsklage des Nachbarn gegen den Bauherrn vor dem Verwaltungsgericht zuzulassen¹². Der Nachbar soll den Bauherrn unmittelbar vor dem Verwaltungsgericht mit dem Ziel mit der Baueinstellung bzw. Baubeseitigung verklagen können. Der Interessenkonflikt könnte dann zwischen den unmittelbar Sachbetroffenen ausgetragen werden, ohne dass es einer Einschaltung der Behörde bedürfte. Der Privatisierung und

Deregulierung des bauordnungsrechtlichen Verfahrens würde dann eine Privatisierung des Rechtsschutzes folgen.

Dies entspricht nach Ansicht *Ortloffs* am ehesten der gesetzgeberischen Zielvorstellung. Mit der Freistellung von der Genehmigungspflicht habe der Gesetzgeber eine Neubewertung des Dreiecksverhältnisses von Nachbarn, Bauherrn und Behörde vorgenommen: Er habe die Präventivkontrolle nicht entfallen lassen. Vielmehr habe er sie auf den Bauherrn im Sinne einer verfahrensgewundenen Selbstkontrolle verlagert.

Durch die Verlagerung werde im Dreiecksverhältnis Bauherr-Behörde-Nachbar das Verhältnis Bauherr-Nachbar im Umfang des Ausfalls der Behörde gestärkt. Der Bauherr habe die Pflicht zur Beachtung des öffentlichen Baurechts gegenüber der Behörde und zusätzlich (im Umfange der Schutznormen) auch gegenüber dem Nachbarn. Der Pflicht des Bauherrn zur Beachtung des öffentlichen Baurechts korrespondiere der Anspruch des Nachbarn gegen den Bauherrn auf Beachtung der drittschützenden Normen. Die Hypothese Bauherr-Nachbar erstarke und mache den Bauherrn und den Nachbarn zu unmittelbaren Anspruchsgegnern.

Der Nachbar könne daher im Weg der öffentlich-rechtlichen Unterlassungs- oder Leistungsklage unmittelbar gegen den Bauherrn vorgehen. Dieser Lösungsansatz übt *prima facie* eine gewisse Faszination aus, ist jedoch rechtsdogmatisch nicht tragfähig. Es fehlt an einer Grundprämisse des von *Ortloff* konstruierten öffentlich-rechtlichen Unterlassungsanspruchs: nämlich der öffentlich-rechtlichen Natur der Streitigkeit. Das Verhältnis Bauherr-Nachbar ist nicht öffentlich-rechtlicher Natur. Öffentlich-rechtlicher Natur ist ein Anspruch nur dann, wenn er auf Rechtsnormen gestützt ist, die dem öffentlichen Recht zugehören. Ein öffentlich-rechtlicher Unterlassungsanspruch besteht danach nur dann, wenn der Kläger sich gegen die drohende Beeinträchtigung eines subjektiv-öffentlichen Rechts durch *hoheitliches* Handeln richtet¹³.

Das von dem Bauherrn ausgehende Verhalten ist jedoch nicht dem öffentlichen Recht zuzuordnen. Dem Bauherrn steht im Verhältnis zum Nachbarn kein Sonderrecht zu, das ihm als Hoheitsträger eingeräumt ist; er steht zu dem Nachbar auch nicht in einem Über-Unterverhältnis.

Zwar ist der Interessenkonflikt zwischen dem Nachbarn und dem Bauherrn durch öffentlich-rechtliche Normen, nämlich die nachbarschützenden Vorschriften des öffentlichen Baurechts geregelt. Das bedeutet jedoch nicht, dass der Nachbar als Privater die Geltung dieser Normen auf dem Verwaltungsrechtsweg gegen den Bauherrn durchsetzen kann. Er kann vielmehr kraft der nachbarschützenden Normen *von der Behörde* ein Einschreiten verlangen. Die öffentlich-rechtlichen Instrumente zur Durchsetzung der öffentlich-rechtlichen Vorschriften geben die Bauordnungen ausschließlich den Bauaufsichtsbehörden, nicht dem Nachbarn an die Hand. Nur sie können die Einhaltung der Vorschriften durchsetzen.

¹² Vgl. *Ortloff*, NVwZ 1998 S. 932 ff.; der Vorschlag geht auf einen Vortrag vor dem 12. Deutschen Verwaltungsrichtertag in Mainz zurück; ähnlich auch bereits *Finkelnburg* nach *Kleiner*, NVwZ 1982 S. 670 ff., 670.

¹³ Vgl. dazu *Martini*, VerwProzR, 2. Aufl. 1999, S. 21 und S. 119.

Der gegen die Verwaltung gerichtete Anspruch schlägt auch nicht infolge des Wegfalls der präventiven bauaufsichtlichen Kontrolle in einen Anspruch gegen den Bauherrn um. Veränderungen des bauordnungsrechtlichen Verfahrensrechts schlagen nicht als solche auf das unveränderte materielle Recht durch.

Liebe man eine verwaltungsgerichtliche Klage des Nachbarn gegen den Bauherrn zu, würde dies überdies dazu führen, dass der Bauherr sich zwei Anspruchstellern gegenüber sähe. Zu dem anspruchstellenden Nachbarn würde sich die Bauaufsichtsbehörde mit ihrem Anspruch auf Beachtung des inhaltsgleichen objektiven Rechts hinzugesellen. Aus der Sicht des Bürgers fände dann kein Wechsel, sondern eine Verdopplung des Anspruchsgegners statt¹⁴. Mit dem Wesen der nachbarschützenden Vorschriften ist dies nicht zu vereinbaren. Inhalt des Nachbarschutzes ist nicht eine selbständige rechtliche Durchsetzungsmacht gegen Dritte, sondern das subjektiv-öffentliche Recht, von einem *Hoheitsträger* ein Tun, Dulden oder Unterlassen, hier ein Einschreiten, zu verlangen¹⁵.

b) Zivilrechtlicher Nachbarschutz

Ist das zwischen dem Nachbarn und dem Bauherrn bestehende Rechtsverhältnis nicht öffentlich-rechtlicher, sondern privatrechtlicher Natur, so bleibt dem Nachbarn freilich die Möglichkeit, auf dem Zivilrechtsweg gegen den Bauherrn vorzugehen. Der Nachbar kann gegen den Bauherrn im Wege der zivilgerichtlichen Unterlassungs- bzw. Beseitigungsklage Rechtsschutz erlangen. Die nachbarschützenden Vorschriften des öffentlichen Baurechts sind zugleich Schutzgesetze im Sinne des § 823 II BGB. Aus ihrer Verletzung folgt grundsätzlich ein verschuldensunabhängiger Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch. Insoweit können die öffentlich-rechtlichen Normen als Schutzgesetze im Rahmen des § 823 Abs. 2 BGB bzw. im Rahmen der Wesentlichkeit der Beeinträchtigung nach §§ 906, 1004 BGB¹⁶ herangezogen werden. Das ist in der Rechtsprechung auch anerkannt¹⁷.

c) Klage gegen die Bauaufsichtsbehörde

Neben einer zivilrechtlichen Klage gegen den Bauherrn kommt auch eine Klage des Nachbarn gegen die Bauaufsichtsbehörde mit dem Ziel in Betracht, die Bauaufsichtsbehörde zu repressivem Einschreiten, namentlich zum Erlass einer Baueinstellungs- oder Beseitigungsverfügung, zu zwingen.

aa) Zulässigkeit

Fraglich ist, in welchem Verhältnis die zivilrechtliche Klage zu der verwaltungsgerichtlichen Klage steht. Das ist str.

α) Privatisierung des Nachbarschutzes

Manche sind der Auffassung, die Möglichkeit der privaten Interessenwahrnehmung in Gestalt der zivilrechtlichen Klage auf Unterlassung und Beseitigung schließe eine Klage gegen die Bauaufsichtsbehörde mit dem Ziel bauaufsichtlichen Einschreitens aus. Einer Nachbarverpflichtungsklage auf Einschreiten der Bauaufsichtsbehörde fehle nach der Änderung der Landesbauordnungen nunmehr das *Rechtsschutzbedürfnis*. Der Nachbar könne auf die Verfolgung seiner privatrechtlichen Abwehrensprüche verwiesen werden¹⁸.

Diese Auffassung kann für sich das gesetzliche Ziel der Genehmigungsfreistellung ins Feld führen. Erklärtes Ziel der Genehmigungsfreistellung ist die Beschleunigung baurechtlicher Genehmigungsverfahren. Das Bauvorhaben soll ohne Einmischung der Bauaufsichtsbehörde verwirklicht werden können. Geht man davon aus, dass der Gesetzgeber die Verwaltung aus der präventiven Konfliktschlichtung ausgeschaltet hat, um die Eigenverantwortung

der am Bau Beteiligten zu erhöhen, dann kann in dem Abbau präventiver Kontrolle eine Grundsatzentscheidung des Gesetzgebers gesehen werden, die Bauaufsichtsbehörde aus ihrer Funktion als Schlichter des Nachbarschaftskonflikts zu entlassen. Der verordnete Rückzug aus der präventiven Konfliktschlichtung könnte dann Anlass eines Rückzuges auch auf der repressiven Ebene sein. Viele meinen, dass es gar nicht bedauerlich sei, wenn das öffentliche Nachbarrecht nach seinem Siegeszug nun den Rückzug antritt.

β) Zweigleisigkeit von öffentlich-rechtlichem und zivilrechtlichem Nachbarschutz

Diese Argumentation verliert jedoch die grundsätzlichen Unterschiede zwischen öffentlichem und privatem Nachbarrecht und die Funktion der staatlichen Bauaufsicht aus den Augen.

Der Staat hat sich nur aus der präventiven Kontrolle verabschiedet, aber nicht die Bauaufsichtsbehörde von der Aufgabe der repressiven Bauaufsicht entbunden, eine Übereinstimmung mit den Anforderungen des Baurechts herzustellen. Am materiellen Normbestand hat sich durch die Deregulierung nichts geändert. Die Genehmigungsfreistellung bedeutet keine Suspendierung von den Anforderungen des materiellen Baurechts¹⁹. Einige Bauordnungen stellen dies ausdrücklich klar, z.B. Art. 51 IV BadWürttBauO, Art. 70 i.V.m. Art. 69 Bay.BauO, § 67 V i.V.m. § 65 IV NWNauO.

Insbesondere sind die den Bauaufsichtsbehörden zugewiesenen Überwachungsaufgaben unverändert geblieben und ist die öffentlich-rechtliche Qualität der Schutznormen unberührt. Der Staat behält die Verantwortung, für die Wahrung und Einhaltung des öffentlichen Baunachbarrechts Sorge zu tragen. Er kann sich aus dieser Verantwortung nicht herausstellen. Vielmehr ist ein Rückzug aus der präventiven Kontrolle nur insoweit zulässig, als dem Staat auf der repressiven Ebene alle Eingriffsbefugnisse erhalten bleiben und lässt sich eine Verkürzung des präventiven Nachbarschutzes nur dann mit der Pflicht des Staates zum Schutz der Nachbarrechte vereinbaren, wenn im Rahmen der allgemeinen Bauaufsicht ein effektiver Nachbarschutz möglich bleibt. Öffentlich-rechtlicher und zivilrechtlicher Nachbarschutz stehen im Baurecht grundsätzlich gleichberechtigt nebeneinander. (*Grundsatz der Doppelgleisigkeit des Rechtsschutzes*)²⁰. Die bauordnungsrechtlichen Deregulierungsregelungen ändern daran nichts.

Insbesondere reduziert keine der Novellen der Landesbauordnungen den Nachbarschutz ausdrücklich. Sie deregulieren das Verhältnis zwischen Bauherr und Bauaufsichtsbehörde; eine gleichzeitige stärkere Inpflichtnahme des Nachbarn bzw. eine Abschwächung seiner Rechte ist nicht auszumachen. Der *Normtext und die Materialien* geben für eine derartige Verschiebung der Gewichte auch nichts her²¹. Der Nachbar behält seine Rechte aus den nachbarschützenden Vorschriften.

Es ist auch fraglich, ob die Länder eine solche Verschiebung überhaupt vornehmen dürften. Bedenklich ist dies zum einen im Hinblick auf die beschränkte Gesetzgebungskompetenz der Länder und zum anderen im Hinblick auf die verfassungsrechtliche Fundierung des öffentlich-rechtlichen Nachbarschutzes:

- Wenn der Bundesgesetzgeber subjektiv-öffentliche Rechte, wie z.B. den Anspruch auf Beibehaltung des Charakters eines Baugebiets schafft, darf der Landesgesetzgeber nicht deren Durchsetzbarkeit durch Änderung seiner Verfahrensordnung ausschließen, sondern muss sie gewährleisten.
- Zum anderen ist zweifelhaft, ob ein rein zivilrechtlicher Nachbarschutz noch als Erfüllung der staatlichen Schutzpflicht zum Schutz der Eigentumspositionen des Nachbarn angesehen werden kann. Auch wenn schwerlich behauptet werden kann, der

¹⁴ Mampel, NVwZ 1999 S. 385 ff., 386.

¹⁵ Vgl. dazu Martini, VerwProzR, S. 41.

¹⁶ Vgl. dazu auch Fritz, NJW 1996 S. 573 ff.

¹⁷ Vgl. BGH, NJW 2000, 537 f.; BGHZ 122, 1 ff.; NVwZ 1997 = MDR 1996 S. 1236 f.; BGHZ 62, 265 (266).

¹⁸ In diesem Sinne Schmaltz, NdsVBl. 1995 S. 241 ff., 247; Manssen, NVwZ 1996 S. 144 ff., 146; damit sympatisierend Muckel, JuS 2000 S. 132 ff., 136.

¹⁹ Borges, DÖV 1997 S. 900 ff., 901; Uechnitz, NVwZ 1996 S. 640 ff., 641.

²⁰ Vgl. dazu Blümel, FS Boujong, 1996, S. 521 ff., 528; Dürr, DÖV 1994, 841 ff.; Löhr, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, § 31 Rdnr. 51; Mampel, Nachbarschutz im öffentlichen Baurecht, S. 19 ff.; ders., UPR 1997 S. 267 ff., 270; Manssen, NVwZ 1996 S. 144 ff., 146; Simon, BayVBl. 1994 S. 332 ff., 336.

²¹ Vgl. z.B. LT-Drucks. BW 11/5337, S. 111: „Eine Verlagerung der Rechtsstreitigkeiten auf die Zivilgerichte findet (...) nicht statt.“ Kraft, VerwArch 1998, S. 264 ff., 287; Uechnitz, NVwZ 1996 S. 640 ff., 643.

Staat sei aufgrund seiner Schutzpflichten gezwungen, für Wohnbauvorhaben das präventive Prüfverfahren beizubehalten, so begegnet die weitergehende Annahme, der Staat könne die repressive Bauaufsicht zum Schutz des Nachbarn ohne weiteres abschaffen, Bedenken²².

Die zivilrechtliche Klage gewährleistet im Verhältnis zur verwaltungsrechtlichen Klage auch keine einfachere Rechtsdurchsetzung²³. Vielmehr geht es bei beiden Klagen um unterschiedliche Ansprüche und Zielsetzungen. Das Beschreiten des Zivilrechtswegs ist für den Nachbarn überdies mit einem erheblichen Risiko verbunden: Wird eine vom Nachbarn erwirkte einstweilige Verfügung in der Hauptsache wieder aufgehoben, dann ist der Nachbar gegenüber dem Bauherrn nach § 945 ZPO schadensersatzpflichtig. Das erhebliche Kostenrisiko im Zivilprozess bewirkt eine zumindest faktische Verkürzung des Nachbarnschutzes gegenüber dem verwaltungsrechtlichen Nachbarnschutz.

Die Möglichkeit des Nachbarn, im Wege der zivilgerichtlichen Klage gegen den Bauherrn Rechtsschutz gegen rechtswidriges Bauen zu erlangen, schließt danach das Rechtsschutzbedürfnis für eine Klage gegen die Bauaufsichtsbehörde nicht aus.

bb) Begründetheit - Absenkung der Anforderungen an den Anspruch auf bauaufsichtliches Einschreiten

Eine gegen die Bauaufsichtsbehörde gerichtete Klage ist für den Nachbarn freilich nur insofern sinnvoll, als er damit die Behörde zu einer konkreten Maßnahme verpflichten kann. Das ist nur dann der Fall, wenn ihm ein materiell-subjektives Recht auf Einschreiten zusteht, nicht nur ein formell-subjektives Recht auf fehlerfreie Ermessensausübung. Mit einer Neubescheidung ist dem Nachbarn i.d.R. wenig geholfen.

Grundsätzlich steht der Behörde nach dem Wortlaut der bauaufsichtlichen Eingriffsermächtigungen aber ein Ermessensspielraum zu. Mehrere rechtmäßige Entscheidungen sind denkbar. Die Gefahr, dass die Behörde untätig bleiben darf, ist groß.

Um dem Nachbarn effektiven Rechtsschutz zu gewährleisten und ihm aus dem Wegfall der präventiven Bauaufsicht keine Nachteile erwachsen zu lassen, wird daher zusehends darüber nachgedacht, die bauaufsichtliche Eingriffsschwelle zu senken und beim Genehmigungsverfahren die normalerweise relativ hohen Anforderungen an eine Pflicht der Behörde zum Einschreiten nicht anzuwenden. Vorgeschlagen wird, das behördliche Eingriffsermessen bei Verletzung nachbarschützender Vorschriften in aller Regel zu der Verpflichtung zu verdichten, bauaufsichtlich tätig zu werden, wenn das materielle Recht des Dritten bedroht oder verletzt ist. Einen Anspruch des Nachbarn auf Einschreiten bejaht die neuere Rechtsprechung grundsätzlich dann, wenn das Bauvorhaben nachbarschützende öffentlich-rechtliche Vorschriften verletzt und die nachbarlichen Belange durch das Vorhaben mehr als nur geringfügig berührt werden²⁴. Die drittschützenden Vorschriften des einfachen Rechts sind dann als Recht auf Erhalt bzw. Wiederherstellung nachbarrechtskonformer tatsächlicher Zustände zu verstehen.

Es erscheint in der Tat naheliegend, die Schwächung der nachbarlichen Abwehrposition infolge des Wegfalls der präventiven Kontrolle durch eine Absenkung der behördlichen Eingriffsschwelle zu kompensieren. Zieht der Staat sich aus der präventiven Kontrolle der Bautätigkeit zurück und nimmt er dem Nachbarn daher die Möglichkeit der Anfechtungsklage, spricht viel dafür, das Weniger an präventiver Kontrolle durch ein Mehr an repressiver Überwachung aufzufangen. Es gibt keinen Grund, den Nachbarn bei ge-

nehmigungsfreien Vorhaben schlechter zu stellen als den Nachbarn im Genehmigungsverfahren²⁵.

Gegen eine Schlechterstellung des Nachbarn spricht auch der verfassungsrechtliche Auftrag des Art. 14 I 2 und II GG. Art. 14 GG gibt dem Gesetzgeber auf, ein System des baurechtlichen Drittschutzes zu etablieren, in dem die konkurrierenden Interessen der im Grundsatz gleichberechtigten Nachbarn angemessen und ausgewogen ausgeglichen werden²⁶. Es gebietet ein ausgewogenes Schutzniveau. Aus Art. 14 GG sind Ansprüche geschuldet, die ermöglichen, Bedrohungen und Verletzungen von dem als Eigentum geschützten Recht des Nachbarn abzuwehren. Im Konflikt verschiedener Grundrechtsträger muss die an die zuständige Behörde normative Konfliktschlichtung in der drittschützenden Vorschrift des öffentlichen Baurechts sowohl als Anspruchsnormen als auch als Ermächtigung begriffen werden, mittels Verwaltungsakts den gesollten Zustand gegenüber dem Bauherrn wiederherzustellen. Der eigentumsrechtlich gebotene Mindestschutz darf sich nicht in der Begründung eines formellen subjektiv-öffentlichen Rechts auf ermessensfehlerfreie Entscheidung erschöpfen. Hinzukommen muss ein strikter Anspruch auf Erhaltung des tatsächlichen Zustands, der dem materiellen Recht entspricht.

Dagegen wird häufig eingewandt, auch ausserhalb des Freistellungsverfahrens komme es vor, dass ein Bauvorhaben gegen nachbarschützende Normen verstoße, ohne dass der Nachbar gegen eine Baugenehmigung vorgehen könne, nämlich beim Schwarzbau sowie bei Abweichung des Bauherrn von der erteilten Baugenehmigung²⁷. Hier billige die wohl überwiegende Meinung der Behörde einen Ermessensspielraum hinsichtlich des Einschreitens zu. Senke man bei genehmigungsfreien Vorhaben die Eingriffsschwelle ab, komme man damit zu dem kuriosen Ergebnis, dass der Nachbar sich gegen einen Schwarzbau schlechter zur Wehr setzen kann als gegen ein im Freistellungsverfahren errichtetes Bauwerk. Es gebe keinen vernünftigen Grund für eine Ungleichbehandlung dieser vergleichbar schutzwürdigen Fälle.

Zu einer solchen Ungleichbehandlung kommt es jedoch nicht, wenn man dem Nachbarn *in beiden Fällen* einen Anspruch auf bauaufsichtliches Einschreiten zuerkennt. Die drohende Ungleichbehandlung zwischen ungenehmigtem und genehmigungsfreiem Bauen kann dadurch behoben werden, dass - entgegen der h.M. - in beiden Fällen regelmäßig ein Anspruch auf Einschreiten der Behörde besteht und auch in den Fällen des ungenehmigten Bauens das Ermessen der Behörde sich in der Regel bei jedem Verstoß gegen nachbarschützende Vorschriften auf Null reduziert²⁸. Wer sich gegen ein ungenehmigtes Vorhaben wehrt, das nachbarschützende Vorschriften verletzt, darf ebensowenig faktisch rechtsschutzlos bleiben wie der Nachbar eines genehmigungsfreien Vorhabens. Auf diese Weise wird am ehesten dem Auftrag der bauaufsichtlichen Eingriffsermächtigungen sowie der nachbarschützenden Normen Rechnung getragen, das Entstehen baurechtswidriger Zustände zu verhindern.

Zu einer Verkürzung des Entscheidungsspielraums der Behörde muss es jedenfalls dann kommen, wenn das genehmigungsfrei errichtete Vorhaben gegen nachbarschützende Vorschriften *des Bundesrechts* verstößt. Geht es um die Wahrung von nach Bundesrecht zu beurteilenden bauplanungsrechtlichen Zuständen, fehlt es für einen Entscheidungsspielraum der Landesbehörden, einen Vollzug nach Opportunitätsgesichtspunkten, regelmäßig an einer tragfähigen Grundlage. Die Landesbehörden, die das Bundesrecht vollziehen, sind zur Durchsetzung der bundesrechtlichen Vorgaben, wie z.B. den bundesrechtlich gewährleisteten Gebietsgewährleistungsanspruch, berufen und verpflichtet.

²² Uechtritz, NVwZ 1996 S. 640 ff., 643; a.A. Konrad, BayVBl. 1984 S. 70 ff., 72.

²³ Uechtritz, NVwZ 1996 S. 640 ff., 644.

²⁴ VGH BW, BauR 1995 S. 219 ff. (224); BayVGH, NVwZ 1997 S. 923; OVG NRW, Beschl. v. 23.9.1996 – 11 B – 2017/96 –; SächsOVG, NVwZ 1997 S. 922; VG München, NVwZ 1997 S. 928 (929); VG Meiningen, NVwZ 1997 S. 926 (928); Blümel, FS Boujong, 1996, S. 521 ff., 528; Degenhart, NJW 1996 S. 1433 (1438); Dürr, DÖV 1994 S. 841 ff., 853; Kraft, VerwArch. 1998 S. 264 ff., 285 f.; Mampel, NVwZ 1999 S. 385 ff., 387; Uechtritz, NVwZ 1996 S. 640 ff., 643.

²⁵ SächsOVG NVwZ 1997 S. 922 ff., 922.

²⁶ Mampel, NVwZ 1999 S. 385 ff., 387; ders. UPR 1997, S. 267 ff., 269.

²⁷ Borges, DÖV 1997 S. 900 ff., 901; Kruhl, Nachbarschutz und Rechtssicherheit im baurechtlichen Anzeigeverfahren, S. 114 f.; Preschel, DÖV 1998 S. 45 ff., 53; Sacksofsky, DÖV 1999 S. 946 ff., 953.

²⁸ Jäde, Bauaufsichtliche Maßnahmen, Rdnr. 204; Finkelnburg/Ortloff, Öffentliches Baurecht, S. 215; OVG NRW, BauR 1990 S. 341 ff., 342; BauR 1993 S. 713 ff., 717; BauR 1994 S. 746 ff., 749; OVG Saarland, NVwZ 1983 S. 685; OVG RP, Beschl. v. 7.8.1989 – 8 B 15/89 –.

Könnten sie sich über es hinwegsetzen, wäre der Vollzug zwingenden Bundesrechts gefährdet²⁹. Das Opportunitätsprinzip ist daher bei Verstoß gegen bauplanungsrechtliche Vorschriften einzuschränken.

Insoweit kann der Rechtsschutz des Bürgers - ähnlich wie im Europarecht im Verhältnis EG-Mitgliedstaaten - als Vehikel zur Durchsetzung eines effektiven Vollzugs des Bundesrechts durch die Länder über das Scharnier der landesrechtlichen Befugnisnormen instrumentalisiert werden. Der Nachbar kann sich auf die ihm kraft Bundesrechts gewährten Rechte berufen.

Dem Nachbarn muss demnach die Möglichkeit eröffnet werden, die Verwirklichung eines Vorhabens, das wegen Verstoßes gegen nachbarschützende Rechtsvorschriften nicht genehmigungsfähig wäre, so frühzeitig abzuwehren, dass er nicht schlechter gestellt ist, als wäre ein Baugenehmigungsverfahren durchgeführt worden³⁰. Er hat im Regelfall einen Anspruch auf bauaufsichtliches

Einschreiten, wenn das Vorhaben gegen nachbarschützende Vorschriften verstößt. Daneben ist ein Verstoß gegen ein wesentliches Rechtsgut oder eine wesentliche Rechtsverletzung grundsätzlich nicht erforderlich.

Der Anspruch auf bauaufsichtliches Einschreiten ist jedoch nicht grenzenlos gewährleistet. Er besteht nur im Regelfall.

Ein bauaufsichtliches Einschreiten kann insbesondere dort nicht verlangt werden, wo die Behörde mit einer Einstellungs- oder Beseitigungsverfügung gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip verstoßen würde. Wenn das genehmigungsfreie Wohngebäude bspw. den erforderlichen Grenzabstand um wenige Zentimeter unterschreitet, kann die Bauaufsichtsbehörde nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ein Einschreiten ablehnen, wenn und soweit der Bauherr einen unverhältnismäßig hohen Schaden erleiden würde. Insoweit gilt etwas anderes als bei genehmigungspflichtigen Vorhaben, wo die Baugenehmigung, die eine Unterschreitung des erforderlichen Grenzabstands um wenige Zentimeter erlaubt, auf die Klage des Nachbarn zwingend aufgehoben werden muss³¹.

Übersicht 2

²⁹ In diese Richtung *Kraft*, *VerwArch.* 1998, S. 264 ff., 288. Auch das BVerwG scheint dieser Auffassung zuzuneigen; vgl. das obiter dictum des BVerwG in einem Beschl. v. 17.4.1998, UPR 1998 S. 355.

³⁰ *Jüde*, *ZfBR* 1997 S. 171 ff., 174.

³¹ Vgl. OVG Nds, Urt. v. 17.11.1970, BRS 23 Nr. 198; OVG Nds, Urt. v. 31.3.1995 – 1 L 1223/93 - .

d) Zeitliche Grenze des Abwehrrechts - Verwirkung

Grenzen unterliegt der Anspruch auf bauaufsichtliches Einschreiten auch in zeitlicher Hinsicht. Der Anspruch ist zwar nicht an eine feste Frist gebunden. Der Nachbar muss nicht - wie bei genehmigungspflichtigen Vorhaben - innerhalb eines Monats nach Baubeginn gegen das Vorhaben vorgehen. Das genehmigungsfreie Vorhaben wird nicht bestandskräftig. Grundsätzlich ist dem Nachbarn daher eine unbegrenzte Geltendmachung seiner Abwehrrechte möglich. Dem Beschleunigungseffekt des schnellen Baubeginns korrespondiert damit eine möglicherweise lange Zeit der Ungewißheit³².

So wie der Nachbar aber durch den Wegfall der präventiven Kontrolle nicht unzumutbar benachteiligt werden darf, so darf andererseits der Nachbar keine ungerechtfertigten Vorteile daraus ziehen, dass der Bauherr keinen Bestandsschutz genießt. Andernfalls würde der Bauherr eines genehmigungsfreien Vorhabens nie Investitionssicherheit erlangen, sondern müsste auch Jahrzehnte nach Errichtung des Bauwerks mit bauaufsichtlichen Maßnahmen rechnen. Der Anspruch auf bauaufsichtliches Einschreiten muss daher seine Grenze in dem Verbot schikanöser Rechtsausübung und dem Institut der Verwirkung finden.

Eine Verwirkung der materiellen Abwehrrechte tritt ein, wenn seit der Möglichkeit der Geltendmachung des nachbarlichen Abwehrrechts längere Zeit verstrichen ist (*Zeitmoment*) und besondere Umstände hinzutreten, die die verspätete Geltendmachung als Verstoß gegen Treu und Glauben erscheinen lassen (*Umstandsmoment*)³³. Die bloße Information über das Vorhaben wird insoweit regelmäßig nicht ausreichen; ebensowenig der Beginn der Bauausführung. Denn diese Zeitpunkte markieren den frühest möglichen Zeitpunkt der Rechtsausübung³⁴. In der Regel wird die Verwirkungsgrenze erst nach Errichtung des Vorhabens einsetzen. Nach Errichtung des Vorhabens stellt sich freilich die Frage, inwieweit eine Untätigkeit des Nachbarn dann noch das Verdikt der Treuwidrigkeit verdient. Treuwidrig ist eine verzögerte Geltendmachung des Berechtigten nur dann, wenn sie den anderen Teil zu bestimmten Reaktionen veranlasst, insbesondere das Vertrauen begründet, das Recht werde nicht mehr ausgeübt werden³⁵. Nach Errichtung des Vorhabens fügt eine weitere Untätigkeit des Nachbarn dem Bauherrn aber i.d.R. keinen erheblichen zusätzlichen Schaden zu³⁶. Denn der Bauherr hat seine wichtigsten Vermögensdispositionen bereits getroffen. Das schließt m.E. die Möglichkeit einer Verwirkung gleichwohl nicht aus. Die Anforderungen an die für eine Verwirkung erforderliche kausale Verknüpfung des Verhaltens des Berechtigten mit bestimmten Maßnahmen des Verpflichteten sind vielmehr im Interesse eines gerechten Interessenausgleichs hier besonders niedrig anzusetzen. Es genügt insoweit jedwede Form der Vertrauensbetätigung des Bauherrn, z.B. Investitionen für die Einrichtung oder Unterhaltung des Gebäudes. Der Nachbar handelt treuwidrig, wenn er in sicherer Kenntnis seiner Rechtsbeeinträchtigung die Vornahme weiterer Investitionen durch den Bauherrn widerspruchslos hinnimmt.

e) Anspruch der Gemeinde auf bauaufsichtliches Einschreiten?

Weicht ein Vorhaben von den planerischen Vorgaben der Gemeinde ab, nimmt die Baugenehmigungsbehörde aber rechtsirrig die Genehmigungsfreiheit des Vorhabens an, so hat auch die Gemeinde ein Interesse an der Beseitigung des baurechtswidrigen Zustands. Es stellt sich dann die Frage, ob auch die Gemeinde einen

Anspruch gegen die Bauaufsichtsbehörde auf Erlass bauaufsichtlicher Maßnahmen hat.

Ein solcher könnte sich aus Art. 28 GG ergeben. Ein ohne das Einvernehmen der Gemeinde errichtetes genehmigungsbedürftiges, nicht plankonformes, insbesondere nicht genehmigungsfähiges Vorhaben verletzt die Gemeinde in ihrem aus Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG herrührenden gemeindlichen Selbstverwaltungsrecht. Daraus resultiert ein Anspruch der Gemeinde gegen die Bauaufsichtsbehörde auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über ein bauaufsichtliches Einschreiten³⁷. Bei nicht unerheblichen Abweichungen von den gemeindlichen Planungsvorstellungen führen die verfassungsrechtlichen Vorgaben zur einer Ermessensreduzierung auf Null.

2. Vorläufiger Rechtsschutz - Erfolgsaussichten eines Antrags nach § 123 VwGO

Erkennt der Nachbar eines genehmigungsfrei errichteten Vorhabens, dass von einem Vorhaben eine Beeinträchtigung seiner nachbarlichen Rechte ausgeht, so ist für ihn zeitnahe Rechtsschutz von besonderer Bedeutung.

Die Zeit läuft gegen den Nachbarn, da die Realisierung des Vorhabens durch den Rechtsbehelf in der Hauptsache nicht aufgeschoben wird und mit zunehmendem Baufortschritt der Erlass einer Abrißverfügung sich dem Verdikt des Übermaßverbots nähert. Ist das Vorhaben bis zur Entscheidung in der Hauptsache bereits errichtet, so ist der Zustand nur schwer wieder rückgängig zu machen. Es droht eine Entwertung seines Rechtsschutzes durch Zeitablauf. Der Nachbar ist daher auf effektiven vorläufigen Rechtsschutz angewiesen.

Auf die §§ 80, 80a VwGO kann der Nachbar sein Begehren auf vorläufigen Rechtsschutz nicht stützen. Denn er wendet sich nicht gegen einen belastenden Verwaltungsakt, sondern kann nur ein aufsichtliches Einschreiten der Behörde, nämlich den Erlass einer Einstellungs- oder Beseitigungsverfügung begehren. Vorläufigen Rechtsschutz kann er nur über § 123 VwGO erreichen. Er kann den Erlass einer einstweiligen Anordnung, einer Regelungsanordnung³⁸, gegen die Bauaufsichtsbehörde³⁹ beantragen⁴⁰.

Das Gericht erläßt eine einstweilige Anordnung, wenn der Antrag zulässig und begründet ist.

a) Zulässigkeit

Die Zulässigkeit des Antrags, insbesondere das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis, kann nicht bereits damit in Zweifel gezogen werden, dass der Nachbar auch anderweit, nämlich nach §§ 823 II, 1004 BGB i.V.m. den nachbarschützenden Vorschriften des öffentlichen Baurechts im Wege der einstweiligen Verfügung zivilrechtlich vorläufigen Rechtsschutz Nachbarschutz erlangen kann. Die gegenteilige Auffassung⁴¹ verkennt die Zweigleisigkeit von öffentlich-rechtlichem und privatrechtlichem Nachbarschutz⁴². In dem Verfahren nach § 123 VwGO geht es um öffentlich-rechtlich geschützte Rechte des Nachbarn gegen die Bauaufsichtsbehörde, nämlich um den Anspruch auf Einschreiten. Diese kann der Nach-

³² Ortloff, NVwZ 1995 S. 112 ff., 118.

³³ Vgl. z.B. BVerwG, NVwZ 1991, 1182; OVG NRW, BauR 2000 S. 381 f.; BayVGh, BauR 1990 S. 593 ff., 594.

³⁴ Insbesondere kann der Nachbar zu diesem Zeitpunkt eine Verletzung seiner eigenen Rechte meist nicht mit hinreichender Sicherheit erkennen. Etwas anderes mag ausnahmsweise dann gelten, wenn der Nachbar sich durch die Art der beabsichtigten Wohnnutzung in seinen Rechten verletzt sieht, z.B. durch die Errichtung einer Discothek in einem reinen Wohngebiet.

³⁵ Vgl. BVerwG, NVwZ 1991, 1182 (1184 f.); OVG NRW, BauR 2000, 381 f.; BVerwG, NVwZ 1988, 730 f.

³⁶ Ähnlich ist es beim Schwarzbau; vgl. dazu OVG NRW, BauR 2000 S. 381 f.;

³⁷ BVerwG, NVwZ 1992 S. 878 f.; Söfker, in: Ernst/Zinkhahn/Bielenberg, BauGB, § 36 Rdnr. 36.

³⁸ Der Nachbar begehrt die Veränderung eines bestehenden Zustands, mithin eine Regelung. A.A. Schoch, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, § 123 Rdnr. 54; OVG Berlin, UPR 1990, 195: Es gehe darum vorläufig zu verhindern, dass der Bauherr durch die Bauausführung den bestehenden Zustand so verändere, dass die Verwirklichung des auf Erhalt des status quo ante gerichteten Rechts des Nachbarn vereitelt oder wesentlich erschwert werde. Wie hier aber VGh BW, NVwZ-RR 1995, 490.

³⁹ Nach der Ortloffschen Konstruktion eines Verwaltungsrechtsschutzes zwischen Privaten wäre die einstweilige Anordnung unmittelbar gegen den Bauherrn zu richten. Aus den o.a. Gründen ist dies jedoch abzulehnen.

⁴⁰ Das gilt auch dann, wenn die Baubehörde das Vorhaben zu Unrecht als von der Genehmigungspflicht freigestellt behandelt, d.h. wenn eigentlich ein Genehmigungsverfahren hätte durchgeführt werden müssen. Vgl. OVG NRW, Beschl. v. 8.12.1998, BauR 1999, 628.

⁴¹ Schmaltz, NdsVBl. 1995 S. 241 ff., 247; Manßen, NVwZ 1996 S. 144 ff., 146.

⁴² Ebenso z.B. BayVGh, NVwZ 1997, 923.

bar im zivilrechtlichen Verfahren *gegen den Bauherrn* nicht durchsetzen. Beiden Begehren liegt zwar letztlich dasselbe tatsächliche Ziel, nämlich die Beseitigung baurechtswidriger Zustände, zugrunde. Das ändert aber nichts daran, dass das Gesetz dem Nachbarn beide Wege zur Erreichung dieses Ziels nebeneinander einräumt. Insoweit kann im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes nichts anderes gelten als in der Hauptsache (vgl. dazu oben S. 3 ff.)

b) Begründetheit

Begründet ist der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung, wenn der Antragsteller einen Anordnungsanspruch (unten a) und einen Anordnungsgrund (unten b) glaubhaft macht und die Hauptsache durch die gerichtliche Entscheidung nicht vorweggenommen wird.

aa) Anordnungsanspruch

Ein *Anordnungsanspruch* besteht, wenn dem Ast. in der Hauptsache ein materielles Recht, hier ein Anspruch auf Einschreiten, aus einem streitigen Rechtsverhältnis zusteht.

Glaubhaft gemacht ist ein solcher Anspruch nach *traditioneller Dogmatik*, wenn überwiegende Erfolgsaussichten in der Hauptsache bestehen, d.h. wenn das Gericht von der Rechtmäßigkeit des Begehrens überzeugt ist. Der Erlass einer einstweiligen Anordnung kommt danach nur in Betracht, wenn kein behördlicher Ermessensspielraum besteht oder das behördliche Ermessen sich zur Verpflichtung zum Einschreiten verdicke hat. Ein formeller Anspruch auf fehlerfreie Ermessensbetätigung ist danach nicht sicherungsfähig. Andernfalls werde im Verfahren nach § 123 weitergehender Schutz gewährt als im Hauptsacheverfahren.

Solange das Ermessen der Behörde nicht auf Null reduziert ist, kann daher nach dieser Meinung die Behörde nicht zum Erlass einer Stilllegungsverfügung verpflichtet werden. Mit der Deregulierung droht dann aber faktisch auch der Nachbarnschutz zu entfallen: Der Nachbar von Bauvorhaben kann sich zwar gegen ein genehmigtes Vorhaben gem. § 80a VwGO wenden, muss aber der Errichtung eines genehmigungsfreien Wohnvorhabens möglicherweise tatenlos zusehen.

- Vorgesprochen wird daher, bei offenen Erfolgsaussichten in der Hauptsache – entsprechend § 80 VwGO – eine Abwägung der betroffenen Interessen anzustellen⁴³. Für den Fall der Nachbarklage sei der niedrigere Maßstab des § 80 VwGO zugrunde zu legen⁴⁴. Insoweit sei bei der Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes nach § 123 Abs. 1 VwGO eine Angleichung an das Verfahren nach §§ 80, 80a VwGO geboten⁴⁵. Ein Anspruch auf Erlass einer einstweiligen Anordnung besteht danach bereits dann, wenn gewichtige und ernstzunehmende Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit in nachbarrechtlicher Hinsicht in einer Weise glaubhaft gemacht werden, dass der Ausgang des Hauptsacheverfahrens zumindest als offen angesehen werden muss und das Vorhaben nachbarrechtliche Belange mehr als nur geringfügig berühren würde⁴⁶.

- Eines solchen Eingriffs in die verwaltungsprozessuale Dogmatik bedarf es m.E. jedoch nicht. Mehr spricht dafür, das Übel an der Wurzel zu packen, nämlich die bauaufsichtliche Eingriffsschwelle zu senken (vgl. oben B.I.1.c.bb). Dann bestehen in der Hauptsache überwiegende Erfolgsaussichten, so dass auch nach traditioneller Dogmatik ein Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht ist. Das Problem effektiver Rechtsschutzgewährleistung löst sich dann von selbst. Dieser Lösung lässt sich auch nicht entgegenhalten, *Sinn und Zweck des Freistellungsverfahrens* sei es gerade gewesen, den Rechtsschutz des Nachbarn zu schmälern. Der Ge-

setzgeber habe die Auswirkungen des Freistellungsverfahrens auf den Nachbarrechtsschutz bewußt in Kauf genommen. Könne der Nachbar unter besonders geringen Voraussetzungen eine einstweilige Anordnung erreichen, würde dieser Zweck des Freistellungsverfahrens beeinträchtigt⁴⁷.

Denn weder dem Wortlaut noch dem Zweck oder den Materialien der Deregulierungsbestimmungen läßt sich entnehmen, dass der Beschneidung des präventiven bauaufsichtlichen Verfahrens auch eine Beschneidung des Nachbarrechtsschutzes folgen sollte. Vielmehr verlangt der Wegfall der präventiven Kontrolle nach einem Mehr an repressivem Rechtsschutz (vgl. oben B.I.1.c.bb). Es gibt keinen Grund dafür, den vorläufigen Rechtsschutz für den Nachbarn im Freistellungsverfahren schwieriger zu gestalten als im Genehmigungsverfahren⁴⁸. Es ist nicht einzusehen, warum die Veränderung im Verfahrensrecht unmittelbar auf die materielle Rechtsstellung des Nachbarn durchschlägt. Die drittschützenden Normen des öffentlichen Baurechts greifen unabhängig von den ihrer Durchsetzung dienenden Verfahrensbestimmungen ein⁴⁹.

bb) Anordnungsgrund

Ein Anordnungsgrund für den Erlass einer einstweiligen Anordnung besteht dann, wenn es dem Antragsteller nicht zuzumuten ist, eine rechtskräftige Entscheidung in der Hauptsache abzuwarten.

Das Bestehen eines Anordnungsgrundes kann dem Nachbarn nicht bereits insofern abgesprochen werden, als er auch nach §§ 823 II, 1004 BGB i.V.m. den nachbarschützenden Vorschriften des öffentlichen Baurechts im Wege der einstweiligen Verfügung zivilrechtlich vorläufigen Rechtsschutz Nachbarnschutz erlangen kann. Denn insoweit gilt der Grundsatz der Zweigleisigkeit von öffentlichem und privatem Nachbarnschutz (vgl. oben S. 3 ff. und S. 6)

Manche meinen, dem Nachbarn könne aber ein Zuwarten bis zum rechtskräftigen Abschluss des Hauptsacheverfahrens deshalb zugemutet werden, weil der Bauherr ohnehin auf eigenes Risiko baue, da er in jedem Fall nachträglich zur Beseitigung verpflichtet werden kann. Das Vorhaben genießt nicht den Schutz der Bestandskraft. Die in der Zwischenzeit damit verbundenen Nachteile seien für den Nachbarn jedenfalls auf Zeit hinnehmbar⁵⁰.

Dagegen spricht jedoch, dass eine Beseitigungspflicht um so schwieriger durchzusetzen ist, je weiter das Bauvorhaben fortgeschritten ist. Der Nachbar hätte dann das Risiko der Vermögenslosigkeit und Insolvenz des Bauherrn bis zur rechtskräftigen Entscheidung zu tragen. Dafür gibt es keinen Grund.

c) Verpflichtung zum Schadensersatz nach § 123 Abs. 3 VwGO i.V.m. § 945 ZPO?

Die Entscheidung des Nachbarn, ob er beim Verwaltungsgericht eine einstweilige Anordnung beantragt, wird maßgeblich davon abhängen, ob für ihn die Gefahr der Schadensersatzpflicht nach § 945 ZPO besteht, wenn sich die einstweilige Anordnung letztlich als ungerechtfertigt erweist.

Ein Schadensersatzrisiko könnte sich für den Nachbarn aus § 123 Abs. 3 VwGO ergeben. Diese Vorschrift verweist auf die Vorschriften der ZPO über einstweilige Verfügungen, insbesondere auf § 945 ZPO. § 945 ZPO erkennt dem im einstweiligen Rechtschutzverfahren Unterlegenen, der im Hauptsacheverfahren obsiegt, einen verschuldensunabhängigen Schadensersatzanspruch gegen den Verfahrensgegner zu. Aufgrund dieser Vorschrift kann der Bauherr, der aufgrund einer von dem Nachbarn erwirkten einstweiligen Anordnung seine Bauarbeiten einstellen oder einen Teilabriss vornehmen muss, sich daher möglicherweise bei dem Nachbarn schadlos halten, wenn sich die einstweilige Anordnung als ungerechtfertigt erweist.

Ein Anspruch steht nach § 945 ZPO jedoch nur dem Verfahrensgegner zu. Verfahrensgegner des Nachbarn im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes ist freilich die Behörde, nicht der Bau-

⁴³ Ortloff, NVwZ 1996 S. 647 ff., 654; Uechtritz, NVwZ 1996 S. 640 ff., 645.

⁴⁴ VGH BW, BauR 1995 S. 219 (220); VG München, NVwZ 1997 S. 928 (929); BayVGH, NVwZ 1997, 923.

⁴⁵ Dafür auch Mampel, UPR 1997 S. 267 (270); Degenhart, NJW 1996, 647; Ortloff, NVwZ 1996 S. 647 ff., 654; Blümel, FS Boujong, 1996, S. 521 ff., 528; Uechtritz, NVwZ 1996 S. 640 ff., 641 ff.; ders., BauR 1998, S. 719 (728 ff.), a.A. Borges, DÖV 1997 S. 900 ff., 902.

⁴⁶ VGH BW, BauR 1995 S. 219 (220); VG München, NVwZ 1997 S. 928 (929); zustimmend Blümel, FS Boujong, S. 511 ff., 528; Uechtritz, NVwZ 1996 S. 640 ff., 644.

⁴⁷ Borges, DÖV 1997 S. 900 ff., 902.

⁴⁸ Uechtritz, NVwZ 1996 S. 640 ff., 645

⁴⁹ Mampel, UPR 1997 S. 267 ff., 268.

⁵⁰ Schmalz, NdsVBl. 1995 S. 241 ff., 247 f.; vgl. auch OVG NRW, Beschl. v. 20.12.1990 – 10 B 3359/90.

herr⁵¹. Der Bauherr ist lediglich Beigeladener. Ob auch der notwendig Beigeladene unter den Begriff des Gegners i.S.d. § 945 ZPO fallen kann, ist fraglich.

Dafür spricht, dass es sich bei dem Verfahren zwischen Behörde und Nachbarn der Sache nach um einen Interessenkonflikt zwischen Privaten, nämlich Nachbar und Bauherr, handelt.

Die Bauaufsichtsbehörde nimmt keine präventive Prüfung des Vorhabens vor und übernimmt daher keine Verantwortlichkeit für das Bauvorhaben mehr⁵². Die Philosophie der neuen Verfahren „Deregulierung“ und „Privatisierung“ lassen Nachbarn und Bauherrn materiell als Gegner erscheinen.

aa) Teilweise wird daher ein Schadensersatzanspruch nach § 945 ZPO auch jedem Dritten zuerkannt, der aufgrund der einstweiligen Anordnung einen Schaden erleidet, jedenfalls dem notwendigen

Beigeladenen i.S.d. § 65 VwGO. Schließlich könne auch im Zivilprozess ein Dritter, gegen den sich fehlerhafterweise ein Gebot oder Verbot richtet, nach h.M. Gläubiger des Anspruchs aus § 945 ZPO sein.

bb) Die Rspr. des BGH⁵³ und die h.M.⁵⁴ sehen das anders. In einem Fall, in dem der Behörde durch einstweilige Anordnung aufgegeben wurde, dem Bauherrn die weitere Ausführung eines Vorhabens vorläufig zu untersagen, weil in der Hauptsache die Aufhebung der Baugenehmigung wahrscheinlich war, hat der BGH das Bestehen eines Schadensersatzanspruchs nach Aufhebung der einstweiligen Anordnung verneint.

Gegner im Sinne des § 945 ZPO sei nur der Verfahrensgegner, hier also die Behörde, nicht der beigeladene Bauherr. Dieser könne nur versuchen, Ansprüche auf Ersatz des Verzögerungsschadens etwa nach einer unberechtigten Baueinstellung gegenüber der Bauaufsichtsbehörde durchzusetzen.

▪ Sähe man den Beigeladenen als Schadensersatzberechtigten an, komme es – so der BGH - zu erheblicher Rechtsunsicherheit, weil der Antragsteller im einstweiligen Verfahren den Kreis möglicher Gegner und damit evt. Anspruchsteller nicht mehr überschauen könne. Der Antragsgegner müsse bei der Antragstellung einschätzen können, wer als Schadensersatzberechtigter in Betracht komme⁵⁵.

Übersicht 3

⁵¹ Etwas anderes gilt nach der *Ortloffschen* Konstruktion eines Verwaltungsrechtsschutzes zwischen Privaten sowie wenn der Nachbar auf dem Zivilrechtsweg gegen den Bauherrn Rechtsschutz sucht. Hier ist der Bauherr unmittelbar Verfahrensgegner und damit auch Anspruchsberechtigter.

⁵² *Uechtritz*, NVwZ 1996 S. 640 ff., 646.

⁵³ BGH, NJW 1981 S. 349 ff., 350; a.A. *Kopp*, VwGO, 9. Aufl. § 123, Rdnr. 44.

⁵⁴ BGH, NJW 1981 S. 349 ff., 350; *Borges*, DÖV 1997 S. 900 ff., 904; *Bothe*, JZ 1975 S. 399 ff., 405; *Konrad*, BayVBl. 1984 S. 33 ff, 70, 72 f; *Mampel*, UPR 1997 S. 267 ff., 271; *Preschel*, DÖV 1998 S. 45 ff., 53; *Schoch*, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, § 123 VwGO, Rdnr. 200; *Schmaltz*, NdsVBl. 1995 S. 241 ff., 248; *Uechtritz*, NVwZ 1996 S. 640 ff., 646

⁵⁵ BGH, NJW 1981 S. 349 ff., 350.

Das überzeugt freilich nicht. Im Baunachbarstreit gibt es nur *einen* notwendig Beigeladenen. Eine unübersehbare Ausdehnung möglicher Anspruchsteller ist daher nicht zu befürchten⁵⁶.

▪ Als zweites Argument trägt der BGH vor: Es entstehe *im Vergleich zu §§ 80, 80a VwGO ein Wertungswiderspruch*, wenn der Nachbar im Verfahren nach § 123 VwGO verschuldensunabhängig auf Schadensersatz haften⁵⁷: Die unterschiedliche Beurteilung des Charakters der nachbarschützenden Klage dürfe nicht zu Lasten des sich wendenden Nachbarn gehen. Die Stellung des Nachbarn gleiche derjenigen einer Partei, die sich gegen eine behördliche Maßnahme wendet und die den vorläufigen Vollzug abwenden will. Das Begehren auf Rechtsschutz gegen den Beginn von Bauarbeiten sei daher rechtssystematisch einem Vollstreckungsschutzbegehren gleichzusetzen, da der Nachbar nur die vorzeitige Vollziehung durch den Bauherrn verhindern, d.h. nur eine aufschiebende Wirkung hinsichtlich der Baugenehmigung erzielen wolle. Der Nachbar verfolge daher mit seinem Antrag das Interesse an der Erhaltung des Status quo.

Diese Erwägungen treffen zwar auf den vom BGH entschiedenen Fall, jedoch nicht auf die Konstellation im Freistellungsverfahren zu. Es handelt sich hier nicht um eine Vollstreckungsschutzbegehren gegen die Baugenehmigung.

Der Nachbar wendet sich auch nicht gegen eine behördliche Maßnahme, deren vorläufige Vollziehung er abwenden will. Er begehrt vielmehr ein repressives Einschreiten der Behörde gegen das Vorhaben eines Dritten, das bauaufsichtlich noch nicht geprüft worden ist. Dem läßt sich m.E. auch nicht entgegenhalten, ein vollstreckungsrechtlicher Zugriff liege hier zwar nicht in einem VA, aber im Gesetz selbst, das dem Bauherrn die sofortige Ausführung des Vorhabens gestattet und den Nachbarn damit in die Rolle desjenigen zwingt, der den dadurch ermöglichten Eingriff in seine Rechte abzuwehren hat⁵⁸. Der Baubeginn aufgrund einer Genehmigungsfreistellung stellt keinen vollstreckungsrechtlichen Zugriff dar und kann einem solchen auch nicht gleich gestellt werden.

Ein Wertungswiderspruch könnte bei Anwendung des § 945 ZPO auf genehmigungsfreie Vorhaben jedoch insofern eintreten, als es für den Nachbarn zu unterschiedlichen Schadensersatzpflichten käme, je nach dem, ob er sich gegen ein Wohnvorhaben im beplanten oder im unbeplanten Innenbereich wendet. Beim erstgenannten bestünde eine Schadensersatzpflicht, bei letztgenannten nicht. Die Absicht, eine Synchronisierung der im einstweiligen Rechtsschutz anwendbaren Maßstäbe für freigestellte und genehmigungsfreie Vorhaben zu erreichen, könnte insofern gegen die Anwendbarkeit des § 945 ZPO sprechen⁵⁹. Andererseits kann das Entstehen eines Schadensersatzrisikos des Nachbarn auch als konsequente Folge der Deregulierungs- und Privatisierungsbemühungen der Länder angesehen werden. Die verstärkte Verlagerung der Verantwortung auf die von dem Bauvorhaben betroffenen Privaten könnte dafür sprechen, Ihnen – wie im zivilprozessualen Verfahren – auch ein Schadensersatzrisiko zuzuweisen und insoweit eine Synchronisierung zwischen öffentlich-rechtlichem und zivilrechtlichem Nachbarschutz herbeizuführen. Es bleibt abzuwarten, ob der BGH für freigestellte Vorhaben an seiner bisherigen Rechtsprechung festhalten wird.

II. Rechtsschutz gegen im vereinfachten Genehmigungsverfahren zugelassene Vorhaben

Gegen eine im vereinfachten Verfahren erteilte Genehmigung ist grundsätzlich der Rechtsschutz gegeben, der gegen eine im normalen Verfahren erteilte Baugenehmigung gegeben ist. Der Nachbar kann also grundsätzlich Widerspruch bzw. Anfechtungsklage erheben und vorläufigen Rechtsschutz nach §§ 80, 80a VwGO erstreben.

Das gilt allerdings nur so weit, wie er sich gegen einen vom Inhalt der Genehmigung umfassten Vorhabenaspekt zur Wehr setzt. Zu beachten ist, dass die im vereinfachten Verfahren erteilte Baugenehmigung nur eine auf den Prüfungsumfang beschränkte Feststellungswirkung hat. Auch die Baufreigabe – der verfügende Teil der Baugenehmigung – ist insoweit eingeschränkt⁶⁰. Die nicht von der bauaufsichtlichen Prüfung umfassten materiellen Anforderungen – insbesondere die Standsicherheit, der Wärme-, Brand- und Schallschutz – sind nicht mehr Gegenstand des feststellenden Teils der Baugenehmigung.

Sieht sich der Nachbar hinsichtlich solcher in der bauaufsichtlichen Prüfung ausgeklammerten Anforderungen in seinen Rechten verletzt, so kann er hiergegen nicht im Wege der Anfechtungsklage bzw. nach §§ 80, 80a VwGO mit Aussicht auf Erfolg hiergegen vorgehen. Ein solcher Antrag ist unzulässig⁶¹. Vielmehr muss der Nachbar die Behörde ggf. im Wege der Verpflichtungsklage und des vorläufigen Rechtsschutzes nach § 123 VwGO zum Einschreiten veranlassen. Ein Anspruch auf Einschreiten besteht hier i.d.R. dann, wenn das Vorhaben gegen eine nachbarschützende Vorschrift verstößt (vgl. oben B.I.1.c.bb).

Fühlt sich ein Nachbar sowohl hinsichtlich der im vereinfachten Verfahren zu prüfenden Vorschriften als auch bezüglich der ausgeklammerten Vorschriften in seinen Rechten verletzt, so kommt es zu einer Verdopplung bzw. Zweigleisigkeit der öffentlich-rechtlichen Rechtsbehelfe: Der Nachbar kann einerseits (hinsichtlich der geprüften Teile) Anfechtungswiderspruch einlegen und andererseits (hinsichtlich der nicht geprüften Teile) Verpflichtungswiderspruch. Der Rechtsschutz wird dadurch sehr kompliziert.

Besonderheiten bestehen bei der fiktiven Baugenehmigung (vgl. oben A.III.). Auch die *fiktive Baugenehmigung* bezeugt lediglich die formelle Rechtmäßigkeit des Bauvorhabens bezüglich der von der Behörde geprüften Teile. Gegen sie ist zweigleisiger Rechtsschutz zulässig. Da das Vorliegen der fiktiven Baugenehmigung dem Nachbarn regelmäßig nicht förmlich bekanntgemacht wird, ist dessen Widerspruch grundsätzlich ohne zeitliche Grenzen zulässig. Schranken ergeben sich hier aus der Möglichkeit einer materiellen Verwirkung der nachbarlichen Abwehrposition⁶².

Für den Bauherrn können dadurch unkalkulierbare *Rücknahmrisiken* entstehen, wenn nachträglich die materielle Rechtswidrigkeit des Vorhabens festgestellt wird. Auch das Haftungsrisiko der Behörde ist erhöht. Denn die Bauaufsichtsbehörde ist nicht von der Verpflichtung freigestellt, hinsichtlich des vorgeschriebenen Prüfungs- und Feststellungsumfangs rechtmäßige Baugenehmigungen zu erteilen.

C. Fazit

Die neuen Verfahrensregelungen haben eine Vereinfachung jedenfalls für den Nachbarrechtsschutz nicht gebracht. Zwar bringt insbesondere die Genehmigungsfreistellung den entscheidenden Vorteil der Zeitersparnis. Der Bauherr braucht nicht auf eine Erklärung der Bauaufsichtsbehörde zu warten, um mit seinem Vorhaben zu beginnen. Erkauft wird dieser Zeitgewinn aber durch einen Verlust der Rechtssicherheit. Der Bauherr erhält keinen Verwaltungsakt, welcher sein Vorhaben öffentlich-rechtlich gegenüber einer Baueinstellungs- oder -beseitigungsverfügung absichert. Die Gefahr der Genehmigungsfreistellung liegt vor allem darin, dass Verstöße gegen das öffentliche Baurecht, die im Genehmigungsverfahren mit minimalem Aufwand hätten korrigiert werden können, nach Ausführung der Baumaßnahme nur mit hohem Aufwand beseitigt werden können. Die Effektivität und Stabilität des Systems nachbarlichen Rechtsschutzes ist in Frage gestellt. Die Handhabung nachbarrechtlicher Streitigkeiten durch Bauaufsichtsbehörden und Gerichte wird erschwert. Der Verwaltungsaufwand in den Bauaufsichtsbehörden wird vielfach lediglich verlagert statt reduziert.

Ob die Vorteile der Neuregelungen (Beschleunigung, Reduzierung der Tätigkeit der Bauaufsichtsbehörden im präventiven Bereich)

⁵⁶ Uechtritz, NVwZ 1996 S. 640 ff., 645.

⁵⁷ BGH, NJW 1981 S. 349 ff., 350.

⁵⁸ Mampel, UPR 1997 S. 267 ff., 271.

⁵⁹ Uechtritz, NVwZ 1996 S. 640 ff., 646.

⁶⁰ OVG RP, Urt. v. 18.11.1991, BauR 1992 S. 219.

⁶¹ Vgl. OVG RP, BauR 1992 S. 219 ff., 220; Simon, BayBauO, Art. 80 Rdnr. 15.

⁶² Vgl. OVG NRW, BauR 2000 S. 381 f.; Uechtritz, NVwZ 1996 S. 640 ff., 647.

stärker wiegen als die Nachteile (neu geschaffene Rechtsunsicherheiten und neue Zweifelsfragen), erscheint zumindest zweifelhaft. Zur Herstellung des verfassungsrechtlich gebotenen grundsätzlichen Gleichgewichts zwischen Bauherr und Nachbar muss der Anspruch des Nachbarn auf bauaufsichtliches Einschreiten aufgewertet werden. Die Bedrohung eines subjektiven Rechts des Nachbarn ist nicht nur als notwendige, sondern als hinreichende Voraussetzung für die Verdichtung des bauaufsichtlichen Ermessens zur Verpflichtung zum Eingreifen zu begreifen. Denn der Vorhabensabwehranspruch vermag als bloßer formeller Anspruch auf fehlerfreie Betätigung des behördlichen Eingriffsermessens das subjektive Recht des Nachbarn auf Erhalt eines nachbarrechtskonformen tatsächlichen Zustands nicht zu schützen. Der formelle Anspruch des Nachbarn erstarkt zum strikten Anspruch auf behördliches Einschreiten.