

GERD PFEFFER  
ORR BEIM REGIERUNGSPRÄSIDIUM TÜBINGEN  
- REFERAT BAURECHT -

# WIDERSPRUCHSVERFAHREN

---

RECHTSSCHUTZ DURCH DIE  
(BAU-)VERWALTUNG

© 2003 Gerd Pfeffer  
Ulrichweg 16  
72119 Ammerbuch

dienstlich:

Regierungspräsidium Tübingen  
Konrad-Adenauer-Str. 20  
72072 Tübingen  
 07071/757-3211

# INHALTSVERZEICHNIS

Seite

Einführung	5
§ 1: Zulässigkeitsfragen unter besonderer Berücksichtigung von Nachbarwidersprüchen	7
A. Der Bauwiderspruch	7
B. Der Widerspruch des Bauherrn	8
1. Die Anfechtung einer belastenden Verfügung	8
2. Die Verpflichtung zur Genehmigungserteilung	8
C. Der Widerspruch des Nachbarn	9
I. Anfechtungsrechtsbehelfe	9
1. Allgemeines	9
2. Ablauf des Verfahrens	9
a. Beginn	9
b. Ablauf	10
c. Abschluß	10
II. Verpflichtungsrechtsbehelfe	10
III. Zulässigkeit	10
1. Form	11
2. Frist- und Zustellungsprobleme	11
2.1 Fristgerechte Widerspruchserhebung	11
2.1.1 Bekanntgabe bzw. Zustellung des Ausgangsbescheids	11
a. Zustellung an den Bauantragsteller	12
b. Zustellung an Angrenzer und Nachbarn	12
c. Zustellung an Personenmehrheiten	13
c.a) Zustellung an Ehegatten	13
c.b) Zustellung an Wohnungseigentümergeinschaften (WEG)	13
2.1.2 Folgen fehlerhafter Zustellung	13
2.2 Verfristung	14
2.2.1 Fristversäumung durch den Bauherrn	14
2.2.2 Fristversäumung durch den Baunachbarn	14
3. Die Widerspruchsbefugnis (Beschwer)	14
3.1 Möglichkeit einer Rechtsverletzung	14
3.2 Unmöglichkeit einer Rechtsverletzung	15
3.2.1 Angrenzerbenachrichtigung	15
3.2.2 materielle Präklusion	15
4. Sachbescheidungs- / Widerspruchsinteresse	17
4.1 Unzulässige Ausübung von Verfahrensrechten	17
4.2 Rechtsverzicht	18
4.3 Rücknahme oder Widerruf einer baurechtlichen Gestattung außerhalb des Vorverfahrens	18
4.4 Widerspruchsrücknahme	18
4.5 Rechtsbehelfsverzicht	18
§ 2: Die Entscheidung über die Abhilfe	19
1. Abhilfe nach Widerspruchsvorlage	19
2. Teilabhilfe und Kostenentscheidung	19
3. Abhilfeentscheidung und Rücknahme (Widerruf) „außerhalb des Vorverfahrens“	20
4. Erstmalige Beschwerde durch den Abhilfebescheid	21
§ 3: Die Begründetheit des Widerspruchs	22
I. Subjektive Rechtsverletzung als Prüfungsmaßstab	22

1. Allgemeines	22
2. Der Nachbarbegriff im Baurecht	23
a. Zivilrechtliche Eigentümer	23
b. In eigentumsähnlicher Weise Berechtigte	24
c. Nur obligatorisch Berechtigte	24
d. Wohnungseigentümer i.S.d. WEG	24
e. Der Erbe des Widerspruchsführers	25
f. Der Nachbarschaftsbegriff im Sinne des anlagenbezogenen Immissionsschutzrechtes	26
g. Der Nachbar im Sinne des Bauordnungsrechtes	26
3.1 Kriterien zum nachbarschützenden Charakter öffentlich-rechtlicher Vorschriften	26
3.2 Nachbarschützende Normen im Überblick	27
II. Maßgebende Sach- und Rechtslage	29
1. Nachträgliche Rechtsänderungen zu Lasten des Bauherrn	29
2. Nachträgliche Rechtsänderungen zugunsten des Bauherrn	29
III. Verweigerung des gemeindlichen Einvernehmens	30
§ 4: Rücknahme des Widerspruchs und andere erledigende Ereignisse	31
I. Die Widerspruchsrücknahme	31
II. Erledigung	32
1. Durch spätere Rechtsakte	32
2. Durch spätere rechtserhebliche Änderung der Sachlage	33
3. Der Sonderfall des Vollzuges	33
§ 5: Fachaufsichtliche Weisung statt Widerspruchsbescheid - Bedenkenerlaß -	34
§ 6: Die reformatio in peius	35
1. Begriff	35
2. Zulässigkeit	36
§ 7: Verpflichtungswiderspruch	37
I. Allgemeines	37
II. Zulässigkeit	37
III. Begründetheit	37
1. Erfordernis einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage	37
2. Tatbestandliche Voraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage	38
3. Rechtsfolge der Ermächtigungsgrundlage	38
a. Ermessen	38
b. Ermessensreduktion auf Null	38
c. Folgenbeseitigung nach Aufhebung einer baurechtlichen Gestattung	39
d. Rechtsschutz bei Vorhaben im Kenntnisgabeverfahren und verfahrensfreien Vorhaben	39
IV. Verpflichtungsrechtsbehelfe wegen versagter oder unterlassener Rücknahme einer baurechtlichen Gestattung	39
1. Baubehördliche Zusicherung	39
2. Unanfechtbarkeit der baurechtlichen Gestattung	39

# WIDERSPRUCHSVERFAHREN

## RECHTSSCHUTZ DURCH DIE (BAU-)VERWALTUNG

---

### EINFÜHRUNG

---

#### A. AUFGABEN UND FUNKTION DES BAURECHT

##### 1. ALLGEMEINES

Der Bau eines Hauses entspreche der Natur des Menschen, lautet eine bekannte Werbebotschaft. In einem so dicht besiedelten Gebiet wie der Bundesrepublik kann dieses Grundbedürfnis aber nicht schrankenlos und vor allem nicht ohne Rücksicht auf die jeweilige Nachbarschaft verwirklicht werden. Es kann daher nicht jeder bauen wie er will und wo er will, vielmehr muß gewährleistet sein, daß hinreichend unbebauter Raum für Erholungszwecke, Verkehrsanlagen, Wasser- und Landschaftsschutzgebiete usw. vorhanden ist und bleibt. Auch die gebotene Rücksicht auf vorhandene oder künftige Nachbarbebauung muß im Bauwesen ihren Niederschlag finden. Dieser Interessenausgleich setzt unter der Geltung des Rechts zwingend eine gesetzliche Regelung des Bauens voraus; eine unbeschränkte Baufreiheit würde innerhalb kürzester Zeit zu unerträglichen Mißständen führen.

##### 2. DER BEGRIFF DES BAURECHTS

Die bauliche Nutzung eines Grundstücks kann also nicht nur mit den Belangen des Allgemeinwohls, sondern auch - in der Praxis vielfach sogar in erster Linie - mit den Interessen des jeweiligen Grundstücksnachbarn kollidieren. Notwendig ist also ein Ausgleich zwischen der durch Art. 14 GG geschützten Baufreiheit des Grundstückseigentümers einerseits (BVerfGE 35, 263; BVerwGE 42, 115), dem häufig anders gelagerten Interesse der Allgemeinheit an einer vorausschauenden und nachhaltigen Nutzung des im Bundesgebiet nur beschränkt vorhandenen Baugeländes andererseits sowie dem möglicherweise dem Bauwunsch sogar vollständig gegenläufigen Interesse des jeweiligen Nachbarn. Diese soziale Bedeutung des Baurechts entspricht dem Sozialstaatsgebot des Art. 20 GG. Der Dualismus von Eigentumsrechten (Art. 14 Abs. 1 und 2 GG) einerseits und der Sozialstaatlichkeit andererseits erzeugt insoweit ein Spannungsverhältnis, welches das gesamte Baurecht durchzieht. Das Baurecht regelt damit zentrale Aspekte der Lebensbedingungen und der Entfaltungsmöglichkeiten jedes Einzelnen und trifft in dieser Aufgabenstellung einen Lebensnerv der Gesellschaft.

Das Baurecht im weiteren Sinne umfaßt somit alle Regelungen des Privat- und Verwaltungsrechts, die sich auf die bauliche Nutzung von Grund und Boden insgesamt beziehen, insbesondere auf Art und Ausmaß der baulichen Anlagen eines Grundstücks sowie deren Nutzung, die Ordnung und Förderung der Bebauung sowie die Rechtsbeziehungen der an der Errichtung eines Bauwerks Beteiligten.

Das öffentliche Baurecht enthält dabei die Regeln und Beschränkungen, denen die bauliche Nutzung der Grundstücke im öffentlichen Interesse unterworfen ist. Es faßt damit die Gesamtheit der rechtlichen Regelungen zusammen, welche die Planung und Ordnung des Bauwesens, die Nutzung des zu bebauenden und des bebauten Bodens und damit die Zulässigkeit und Grenzen, Ordnung und Förderung der Nutzung von Grund und Boden durch bauliche Anlagen sowie die Anforderungen an schon bestehende Bauwerke unter Berücksichtigung öffentlicher, d.h. die Allgemeinheit angehender Interessen betreffen. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf die Errichtung, bestimmungsgemäße Nutzung, wesentliche Veränderung und Beseitigung der baulichen Anlagen. Das öffentliche Baurecht begründet und regelt dabei insbesondere Rechte und Pflichten im Verhältnis zum Gemeinwesen. In diesem Sinne ist das öffentliche Baurecht Teil des besonderen Verwaltungsrechts.

Das private Baurecht dient demgegenüber vor allem dem Interessenausgleich zwischen Privaten. Beherrscht wird es von dem sich aus § 903 BGB ergebenden Grundsatz der bürgerlich-rechtlichen Baufreiheit. Es behandelt die zivilrechtlichen Rechtsbeziehungen insbesondere hinsichtlich des Baugeschehens, der Nutzung des Eigentums an Grund und Boden sowie der Frage, ob und in welchen Grenzen die daraus abgeleiteten Befugnisse privaten Dritten gegenüber durchgesetzt werden können. Zum privaten Baurecht gehört damit auch das Bauvertragsrecht. Darunter fällt u.a. auch die Regelung von Bauschäden, die Haftung bei Baumängeln oder auch die Vergabe von Bauvorhaben. Das private Baurecht ist im wesentlichen im BGB (Sachen- und Schuldrecht), in den Nachbarrechtsgesetzen der Länder (Art. 124 EGBGB) und der VOB (Verdingungsordnung für Bauleistungen) geregelt.

### 3. ABGRENZUNG DES ÖFFENTLICHEN BAURECHTS VOM PRIVATEN BAURECHT

Öffentliches und privates Baurecht stehen damit weitgehend selbständig nebeneinander. Das öffentliche Baurecht ist daher vom privaten Baurecht abzugrenzen. Eine klare Trennung zwischen beiden Rechtsbereichen ist schon wegen der unterschiedlichen Rechtswege erforderlich. Hierzu kennt die Rechtswissenschaft einige mehr oder weniger überzeugende Theorien, wovon die modifizierte Subjektstheorie die gängigste ist. Danach ist eine Streitigkeit dann öffentlich-rechtlicher Natur, wenn der Berechtigte oder Verpflichtete einer Norm ein Träger öffentlicher hoheitlicher Verwaltung ist.

#### 3.1 DAS PRIVATE BAURECHT

Zum privaten Baurecht gehören insbesondere die Vorschriften, die eine Bebauung oder die Unterhaltung eines Bauwerks nur im Hinblick auf bestimmte Einzelpersonen, z.B. der Nachbarn, regeln, wie insbesondere die §§ 903 ff BGB, aber auch z.B. Art. 62 ff. AGBGB. Diese Vorschriften gehören dem Privatrecht an, auf das die Behörde bei Erlass von baurechtlichen Verwaltungsakten grundsätzlich keine Rücksicht zu nehmen hat, vgl. §§ 47 Abs. 1 S. 1, 58 Abs. 1 S.1 und Abs. 3 LBO. Einige Gesichtspunkte des privaten Baurechts sind jedoch für das Verständnis des öffentlichen Baurechts von Bedeutung. Dies gilt vor allem, weil in der Praxis Abgrenzungsprobleme vor allem dann entstehen, wenn Abwehransprüche z.B. gegen den Nachbar geltend gemacht werden.

#### 3.2 BÜRGERLICH-RECHTLICHE BAUFREIHEIT UND BESCHRÄNKUNGEN

Das private Baurecht ist vom Grundsatz der bürgerlich-rechtlichen Baufreiheit geprägt. Der insoweit grundlegende § 903 BGB räumt dem Eigentümer einer Sache die grundsätzliche Befugnis ein, soweit nicht Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, mit ihr nach Belieben zu verfahren und andere von jeder Einwirkung auszuschließen. Damit ist der Eigentümer eines Grundstücks, das nach bürgerlichem Recht eine Sache ist, anderen Privatrechtssubjekten gegenüber berechtigt, sein Grundstück seinen Vorstellungen gemäß zu nutzen - also bebauen wie er will, wann er will oder es auch brachliegen lassen - soweit eben nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen. Die zivilrechtliche Baufreiheit wird nun aber bereits durch das bürgerliche Recht selbst begrenzt. Diese Schranken, die das bürgerliche Recht der privaten Baufreiheit zieht, müssen aber bei einer Beeinträchtigungen von Besitz oder Eigentum (§ 1004 BGB i.V.m. § 906 BGB) durch den Berechtigten jeweils erst geltend gemacht und notfalls auch durchgesetzt werden. Den materiell-rechtlichen Beschränkungen der Baufreiheit stehen daher (nachbarliche) Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche gegenüber.

##### Beispiel:

§ 907 BGB verbietet die Errichtung gefährlicher Anlagen auf einem Grundstück.

Gemäß § 909 BGB darf ein Grundstück nicht in der Weise vertieft werden, daß der Boden des Nachbargrundstückes seine Stütze verliert.

§ 1004 BGB kann die Rechtsgrundlage für die Geltendmachung von Unterlassungsansprüchen des Nachbarn etwa gegen die Beeinträchtigung durch ein Bauvorhaben, wie z.B. ein Schweinestall o.ä., vor dem Zivilgericht sein.

In diesem Zusammenhang sind auch die Schranken des Landesprivatrechts zu beachten. Entsprechend Art. 124 EGBGB haben nämlich alle Bundesländer Nachbarrechtsgesetze erlassen. Diese regeln u.a. Fenster-, Licht- und Traufrechte, Hammerschlags- und Leiterrechte, die Duldung von Antennen, Grenzabstände von Bäumen, die Errichtung von Grenzwänden, Einfriedungen oder von Bodenerhöhungen sowie nachbarliches Wasserrecht.

In Baden-Württemberg gilt hierfür das Nachbarrechtsgesetz vom 08.01.1996 (GBl. 1996, S. 53 ff).

Beispiel:

Nach § 1 Nachbarrechtsgesetz BW hat der Eigentümer eines Gebäudes das Niederschlagwasser so auf das eigene Grundstück abzuleiten, daß der Nachbar nicht belästigt wird.

Wenn also ein Berechtigter seine Ansprüche durchsetzen will, muß er diese im Zivilrechtsweg einklagen und ggf. das erstrittene Urteil gemäß §§ 887, 890 ZPO vollstrecken. Er kann aber auch von der Wahrnehmung seiner Rechte absehen und die privatrechtswidrigen Beeinträchtigungen hinnehmen. Insoweit ist die private Baurechtsordnung eine nur relative Ordnung.

### 3. 3 VERHÄLTNIS ZUM ÖFFENTLICHEN BAURECHT

Zu unterscheiden hiervon ist das öffentlich-rechtliche Baunachbarrecht, das immer dann einschlägig ist, wenn durch öffentlich-rechtliche Vorschriften neben der Allgemeinheit oder im Interesse der Allgemeinheit auch der Nachbar geschützt werden soll. Wie schon erwähnt, sind privates und öffentliches Baurecht weitgehend selbständige Rechtsmaterien und im wesentlichen ohne gemeinsame Berührungspunkte. So wäre es völlig abwegig, wollte die Bauaufsichtsbehörde durch Verwaltungsakt die Einhaltung des privaten Baurechts erzwingen. Ebenso wenig darf sie eine Baugenehmigung wegen entgegenstehender privater Rechte versagen, denn die Baugenehmigung ergeht gerade „unbeschadet privater Rechte Dritter“ (§ 58 Abs. 1 S.1 und Abs. 3 LBO). Geprüft wird insofern also nur die Vereinbarkeit des Vorhabens mit dem öffentlichen Recht. Auch die für die zuständigen Baurechtsbehörden einschlägigen Eingriffsbefugnisse stellen insgesamt darauf ab, ob das Vorhaben mit öffentlich-rechtlichen Vorschriften im Einklang steht. Nur ausnahmsweise ist die Baugenehmigungsbehörde berechtigt, die Baugenehmigung aus zivilrechtlichen Gründen zu versagen, z.B. wenn feststeht, daß das Vorhaben definitiv nicht ausgeführt werden kann (BVerwGE 42, 115) und daher das sog. Bescheidungsinteresse fehlt.

Beispiel:

Für ein Bauvorhaben wird ein Bauantrag eingereicht. Eine rechtskräftige privatrechtliche Entscheidung untersagt aber das Bauen auf dem fraglichen Grundstück (vgl. BGH NJW 65, 551).

In gleicher Weise sind die Vorschriften des öffentlichen Baurechts im privaten Baurecht weitgehend bedeutungslos. Die öffentlich-rechtliche Zulässigkeit eines Bauvorhabens, insbesondere die Erteilung der Baugenehmigung, hindert demzufolge den davon betroffenen Nachbarn nicht, das Vorhaben auf dem Zivilrechtsweg zu Fall zu bringen.

Anknüpfungspunkte zwischen öffentlichem Baurecht und bürgerlichem Schadensersatzrecht ergeben sich aber beispielsweise dort, wo einzelne Vorschriften des öffentlichen Rechts nicht nur der Allgemeinheit, sondern auch dem Schutz einzelner zu dienen bestimmt und deshalb Schutzgesetze i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB sind. Außerdem gibt es Rechtslagen, in denen sich das öffentliche Baurecht des Zivilrechts bedient. So wird etwa das gemeindliche Vorkaufsrecht gemäß §§ 24 ff BauGB zwar durch Verwaltungsakt ausgeübt, aber mit den Mitteln des Zivilrechts umgesetzt. Die Enteignung gemäß §§ 85 ff BauGB setzt voraus, daß sich der Antragsteller zuvor ernsthaft um den freihändigen Erwerb des zu enteignenden Grundstücks zu angemessenen Bedingungen bemüht hat (§ 87 Abs. 2 BauGB). Außerdem gibt es zahlreiche weitere gegenseitige Wechselwirkungen zwischen diesen Rechtsgebieten.

Beispiel:

So knüpft etwa § 906 Abs. 1 BGB zur Bestimmung der Wesentlichkeit von Beeinträchtigungen an die Grenz- oder Richtwerte der technischen Regelwerke an, die im öffentlichen Baunachbarrecht bereits seit längerem als Orientierungshilfe zur Beurteilung der Erheblichkeit von Belästigungen dienen.

Damit erhebt sich die Frage nach dem Verhältnis zwischen den öffentlichen und privaten baurechtlichen Nachbaransprüchen. Ausgangspunkt der Überlegungen hierbei ist, daß die Gesetzeslage in beiden Rechtsmaterien diesen Nachbarschutz anbietet. Die h.M. geht deshalb auch folgerichtig von einem Nebeneinander der zivil- und der öffentlich-rechtlichen Ansprüche und damit von einer Zweispurigkeit des

Rechtsschutzes aus. Der Nachbar kann also nacheinander oder gleichzeitig seine privaten und öffentlich-rechtlichen Abwehransprüche geltend machen, sich aber auch auf die Verfolgung nur der privaten oder der öffentlichen Rechte beschränken. Die Möglichkeit der zivilgerichtlichen Klage läßt deshalb das Rechtsschutzbedürfnis für den Verwaltungsrechtsweg, also letztlich die verwaltungsgerichtliche Klage (§§ 40, 113 VwGO) nicht entfallen.

Beispiel:

Wendet sich ein Nachbar gegen die Lärmeinwirkungen eines Biergartens, steht es ihm frei, Abwehransprüche neben- oder nacheinander sowohl gegen den privaten Inhaber der Gaststätte als auch gegen die Bauaufsichtsbehörde geltend zu machen.

### 3. 4 DAS ÖFFENTLICHE BAURECHT

Das öffentliche Baurecht umfaßt damit die Gesamtheit der Rechtsnormen, welche die Planung und Ordnung des Bauwesens, die Nutzung des zu bebauenden und des bebauten Bodens und damit die Zulässigkeit und Grenzen, Ordnung und Förderung der Nutzung von Grund und Boden durch bauliche Anlagen sowie die Anforderungen an schon bestehende Bauwerke unter Berücksichtigung öffentlicher, d.h. die Allgemeinheit angehender Interessen betreffen, und zwar vornehmlich im Hinblick auf deren Errichtung, bestimmungsgemäße Nutzung, wesentliche Veränderung und Beseitigung. Es realisiert somit das öffentliche Interesse an der Ordnung und Lenkung der Grundstücksnutzung und des Baugeschehens.

Das öffentliche Baurecht selbst umfasst wiederum eine ganze Reihe unterschiedlicher Regelungskomplexe. Diese werden herkömmlicherweise in drei Hauptbereiche, nämlich das Bauplanungs-, das Bauordnungs- und das Recht der Bodenordnung untergliedert. Dazu kommen ergänzend noch die sonstigen baurechtsrelevanten Vorschriften.

- a. Zum Bauplanungsrecht gehören dabei die Normen, die in überörtlicher und örtlicher Hinsicht eine für ein größeres Gelände und für eine Mehrzahl von Grundstücken geordnete Bebauung gewährleisten und sichern sollen. Es legt gemäß § 1 Abs. 1 BauGB die rechtliche Qualität des Bodens und seine Nutzbarkeit fest. Das Bauplanungsrecht regelt somit die Vorbereitung und Leitung der baulichen und sonstigen Nutzung der Grundstücke und ermächtigt insoweit bestimmte Planungsträger zur Aufstellung von Bauleitplänen, welche die Rechtsqualität des Bodens bestimmen. Begrifflich wird insoweit auch von Städtebau- bzw. Stadtplanungsrecht gesprochen.
- b. Das Bauordnungs- oder Bauaufsichtsrecht befaßt sich mit dem einzelnen Baugrundstück und seiner sicherheitstechnisch unbedenklichen Bebauung. Es stellt dazu Anforderungen baukonstruktiver, baugestalterischer und bauwirtschaftlicher Art an Bauwerk und Baustoffe, regelt das Baugenehmigungsverfahren, die Ordnung des Bauvorgangs und die dazugehörigen Verantwortlichkeiten, die Unterhaltung und Instandsetzung baulicher Anlagen und die Bekämpfung der von ihnen ausgehenden Gefahren. Das Bauordnungsrecht enthält damit Vorschriften über die konkrete Ausführung der baulichen Anlagen auf dem Grundstück.  
Das materielle Bauordnungsrecht umfaßt dabei die Vorschriften über die Errichtung, Erhaltung, Änderung, Nutzung und den Abbruch baulicher Anlagen. Demgegenüber schafft das formelle Bauordnungsrecht vor allem die Grundlagen für das Baugenehmigungs- sowie das übrige bauaufsichtliche Verwaltungsverfahren. Der bauordnungsrechtliche Genehmigungstatbestand bewirkt hierbei die notwendige Verklammerung der Normwerke miteinander, denn zu den von der Bauaufsichtsbehörde im Baugenehmigungsverfahren zu prüfenden Vorschriften des öffentlichen Rechts (vgl. § 78 Abs. 1 LBO) gehören auch die bauplanungsrechtlichen Maßgaben des BauGB über die Zulässigkeit von Vorhaben gemäß §§ 29 ff BauGB.
- c. Dem Bodenordnungsrecht kommt im Gefüge des gesamten Baurechts vor allem eine Hilfsfunktion zu. Es dient nämlich in erster Linie der Umsetzung der bauleitplanerischen Zielvorgaben. Dazu bestimmt es z.B. Genehmigungspflichten für den Bodenverkehr, regelt das Umliegungsverfahren oder die Erschließung der Baugrundstücke sowie Wertermittlung von Grundstücken.

Nicht zum Kern des öffentlichen Baurecht gehören dagegen Vorschriften, die keinen Normcharakter tragen, wie z. B. Runderlasse oder sonstige Richtlinien. Diese internen behördlichen Anweisungen sind für den Bauherrn und für die Gerichte unverbindlich, auch wenn sie für die Auslegung von Rechtsvorschriften und für die Handhabung des Verwaltungsermessens eine gewisse Bedeutung haben können.

### 3. 5 GESETZGEBUNGSZUSTÄNDIGKEIT

Gemäß Art. 74 Nr. 18 GG gehört zu den Gegenständen der konkurrierenden Gesetzgebung u.a. der Grundstücksverkehr und das Bodenrecht, während gemäß Art. 75 Nr. 4 GG die Frage der Bodenverteilung und der Raumordnung unter die Rahmengesetzgebung des Bundes fallen. Das BVerfG hat dazu am 16. 6. 1954, BVerfGE 3, 407, entschieden, daß zum Bodenrecht i.S.v. Art. 74 Nr. 18 GG das Recht der städtebaulichen Planung, der Baulandumlegung, der Zusammenlegung von Grundstücken, des Bodenverkehrs, der Erschließung sowie der Bodenbewertung gehört.

Damit ergeben sich folgende Zuständigkeiten:

- Die überörtliche Planung fällt in die Rahmengesetzgebung des Bundes gem. Art. 75 Nr. 4 GG. Hier hat der Bund das Raumordnungsgesetz (ROG) vom 18. 8. 1997 und Baden-Württemberg hierzu das Landesplanungsgesetz erlassen.
- Die örtliche Planung und ihre Sicherung untersteht gemäß Art. 74 Nr. 18 GG der konkurrierenden Gesetzgebung. Seine insoweit gegebene Kompetenz hat der Bund insbesondere durch das BauGB ausgeschöpft.
- Das Bauordnungs- oder Bauaufsichtsrecht ist nach Art. 30, 70 GG Angelegenheit der Länder. In Baden-Württemberg ist dieses Recht vor allem in der Landesbauordnung (LBO) enthalten.

Als baurechtliche Regelungen finden sich also u.a. im Bereich des

1. Bundesrechts:
  - a. Raumordnungsgesetz
  - b. Baugesetzbuch
  - c. Baunutzungsverordnung
  - d. Planzeichenverordnung
  - e. Wertermittlungsverordnung
2. Landesrechts:
  - a. Landesplanungsgesetz
  - b. Landesbauordnung
  - c. Allgemeine Ausführungsverordnung zur LBO (LBOAVO),
  - d. Verfahrensverordnung zur LBO (LBOVVO),
  - e. Feuerungsverordnung (FeuVO),
  - f. Garagenverordnung (GaVO).

Daneben können aber auch noch weitere Rechtsgebiete das Bauvorhaben beeinflussen, z.B. Immissionsschutzrecht, Wasserrecht, Bundesfernstraßengesetz, Luftverkehrsrecht, Waldrecht, Gaststättenrecht, Tierschutzrecht oder das Wohnungsbauförderungsrecht.

## **B. RECHTSSCHUTZ IM ÖFFENTLICHEN BAURECHT**

### **1. ALLGEMEINES**

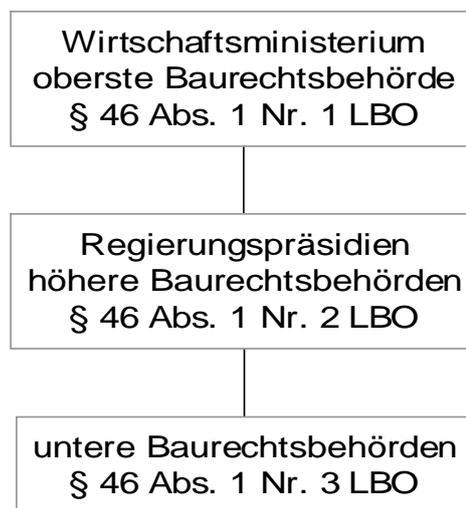
Die Verwaltung ist nach Art. 20 Abs. 3 GG gehalten, dafür zu sorgen, daß die von ihr gesetzten Akte mit dem geltenden Recht übereinstimmen. Sie hat also nicht nur während des eigentlichen Verwaltungsverfahrens Recht und Gesetz zu wahren, sondern auch nach Erlaß einer Maßnahme zu prüfen, ob sie rechtmäßig ist und eine als rechtswidrig erkannte Maßnahme ggf. nach den besonderen oder allgemeinen Regeln des Verwaltungsrechts rückgängig zu machen.

Darüber hinaus steht den Aufsichtsbehörden ein Kontrollrecht in Form der Rechts- oder auch Fachaufsicht zu. Die Aufsichtsbehörde kann somit Weisungen erteilen, und zwar im Rahmen der Fachaufsicht auch Weisungen im Hinblick auf Handlungen, bei denen der nachgeordneten Behörde ein Ermessen eingeräumt ist. Besteht dagegen nur Rechtsaufsicht, wie das z.B. gegenüber Selbstverwaltungskörperschaften der Fall ist, sind solche Weisungen nur in Rechtmäßigkeitsfragen zulässig. Fragen der Zweckmäßigkeit bleiben insofern regelmäßig außer Betracht.

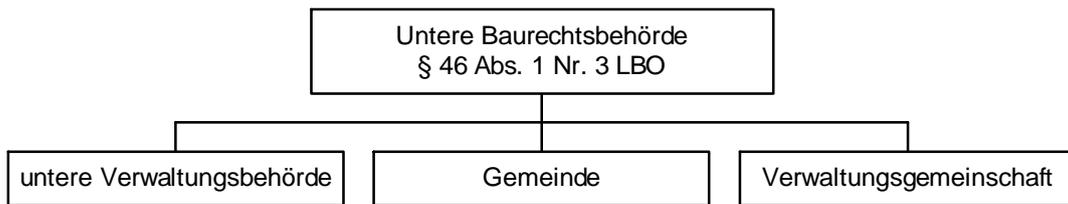
### **2. AUFBAU DER BAURECHTSBEHÖRDEN**

Für den Vollzug des Bauordnungsrechts als Landesrecht sind nach Art. 30 GG die Länder zuständig. Darüberhinaus wird auch das BauGB als Bundesrecht gemäß Art. 83 GG von den Ländern als eigene Angelegenheit ausgeführt. Dabei regeln nach Art. 84 Abs. 1 GG die Länder die Einrichtung der dazu erforderlichen Behörden und des Verwaltungsverfahrens. Das hat zur Folge, dass auf dem gesamten Gebiet des öffentlichen Baurechts die Verwaltungskompetenz ausschließlich bei den einzelnen Bundesländern liegt.

In Baden-Württemberg ist diese Regelung durch Erlaß der Landesbauordnung (LBO) erfolgt, wobei für deren Vollzug die in § 46 LBO bezeichneten Behörden zuständig sind. Somit ergibt sich für den Baubehördenaufbau folgende dreistufige Gliederung:



Untere Baurechtsbehörden können nach § 46 LBO sein:



Untere Verwaltungsbehörden sind gem. § 13 LVG die Landratsämter, die Großen Kreisstädte, die Stadtkreise und die Verwaltungsgemeinschaften nach § 14 LVG.

Untere Baurechtsbehörden können darüber hinaus gem. § 46 Abs. 2 Satz 1 LBO auf Antrag aller Gemeinden und Verwaltungsgemeinschaften i.S.v. §§ 59 - 62 GemO werden, wenn mindestens ein Bauverständiger angestellt ist (abgeschlossenes Studium - FH oder Universität - der Fachrichtung Architektur). Die Feststellung der Voraussetzung erfolgt durch höhere Baurechtsbehörden.

Im Rahmen dieser Behördenstruktur obliegt der jeweils höher angesiedelten Hierarchieebene die Fachaufsicht über die darunter liegenden Behörden, § 22 LVG. Diesen ist also insoweit ein umfassendes Kontroll- und Weisungsrecht eingeräumt.

### 3. NICHTFÖRMLICHE RECHTSBEHELFE

Die Selbstkontrolle kann aber auch durch Initiative eines Bürgers ausgelöst werden. Eine formlose Eingabe kann jedermann im Rahmen des ihm zukommenden Petitionsrechts vorbringen. Wir haben es dann mit den sog. nichtförmlichen Rechtsbehelfen zu tun. Diese kann jeder einlegen, sogar der, welcher durch die fragliche Maßnahme selbst gar nicht beschwert ist.

Nichtförmliche Rechtsbehelfe sind:

- a. **Gegenvorstellung**  
Sie wendet sich an die erlassende Ausgangsbehörde und begehrt i.d.R. die Änderung, Aufhebung oder den Erlass einer Verwaltungsmaßnahme. Sie ist nicht an Form oder Frist gebunden.
- b. **Fachaufsichtsbeschwerde**  
Deren vorrangiger Zweck ist es, die Fachaufsichtsbehörde zu veranlassen, gegenüber einer nachgeordneten Behörde Weisungen im Hinblick auf eine erlassene bzw. begehrte Verwaltungsmaßnahme zu erteilen. Sie wendet sich daher an die Aufsichtsbehörde. Auch die Fachaufsichtsbeschwerde ist form- und fristlos zulässig.
- c. **Dienstaufsichtsbeschwerde**  
Sie wendet sich primär nicht gegen den Inhalt einer Verwaltungsmaßnahme, sondern gegen die Art und Weise des Handelns des einzelnen Amtsinhabers. Sie ist daher an die insoweit zur Dienstaufsicht berufenen Stelle zu richten. Auch die Dienstaufsichtsbeschwerde bedarf keiner Form- und Fristwahrung.

### 4. FÖRMLICHE RECHTSBEHELFE

Ebenfalls noch der Selbstkontrolle der Verwaltung, aber auch schon dem individuellen Rechtsschutz, dient der Widerspruch als förmlicher Rechtsbehelf (vgl. *Menger*, *VerwArch* 57 (1966), S. 280 ff). Der Unterschied zu den vgl. nichtförmlichen Rechtsbehelfen besteht im wesentlichen darin, daß der Widerspruch

- an Form und Frist gebunden ist (§ 70 VwGO),
- nur dann zulässig ist, wenn der Widersprechende durch einen Verwaltungsakt selbst beschwert ist,
- sich nur gegen den materiellen Inhalt eines Verwaltungsaktes richten kann, wobei das Ziel dessen Aufhebung oder Abänderung sein muß,

- einen Anspruch auf eine mit Begründung versehene Verbescheidung gibt (§ 73 Abs. 3 VwGO),
- regelmäßig Voraussetzung für die verwaltungsgerichtliche Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage ist und
- i.d.R. gemäß § 80 Abs. 1 VwGO aufschiebende Wirkung hat - Suspensiveffekt -.

Das Widerspruchsverfahren ist trotz seiner Stellung als in der VwGO geregelter Vorverfahren für Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen (§ 68 VwGO) ein außergerichtliches Verfahren, der Widerspruch also ein außergerichtlicher Rechtsbehelf. Es ist vielmehr Teil des Verwaltungsverfahrens, in dem die bereits ergangene Entscheidung der Verwaltungsbehörde auf ihre Recht- und Zweckmäßigkeit überprüft wird, bevor der Betroffene verwaltungsgerichtliche Klage erheben kann. Gegenstand der Klage ist dementsprechend der ursprüngliche Verwaltungsakt in der Gestalt, die er durch den Widerspruchsbescheid gefunden hat (vgl. § 79 Abs. 1 VwGO). Da das Widerspruchsverfahren eine umfassende Nachprüfung der Ausgangsentscheidung ermöglicht, führt es oftmals zu einer dem Widersprechenden günstigen Entscheidung, so daß sich ein verwaltungsgerichtliches Verfahren erübrigt. Vor allem aber kann durch das Widerspruchsverfahren in rund 70 % aller Fälle erreicht werden, daß der Widersprechende, sei es durch eigene Einsicht, durch Überzeugung durch die Behörden, die überzeugende Begründung des Widerspruchsbescheids oder auch einfach, weil er das Risiko eines Verwaltungsprozesses scheut, seinen Widerspruch zurück nimmt, das Verfahren auf sonstige Weise erledigt wird oder aber das Verfahren nach Zustellung des Widerspruchsbescheids endet. Dies ist zumindest der Erfahrungswert beim Referat Baurecht des Regierungspräsidiums Tübingen aus den letzten Jahren.

Wegen dieser Filterwirkung kann das Widerspruchsverfahren, abgesehen von der rechtspolitisch notwendigen und auch sinnvollen Möglichkeit zur Selbstkontrolle der Verwaltung und des damit einhergehenden effektiven Rechtsschutzes der betroffenen Bürger, meiner Ansicht nach im Hinblick auf die nicht unerhebliche Entlastung der Verwaltungsgerichte trotz immer wieder von der Politik angestellter gegenteiliger Überlegungen nicht entbehrt werden.

---

§ 1:  
ZULÄSSIGKEITSFRAGEN  
UNTER BESONDERER BERÜCKSICHTIGUNG VON NACHBARWIDERSPRÜCHEN

---

## A. DER BAUWIDERSPRUCH

Genehmigungs- oder sonstige Entscheidungen der Baurechtsbehörde können im Einzelfall positiv oder negativ ausfallen. Ergeht eine nachteilige baurechtliche Entscheidung, wird also z.B. eine beantragte Baugenehmigung versagt oder mit unerwünschten Nebenbestimmungen versehen, kann der Bauherr auf dem Rechtsweg dagegen vorgehen.

Das gilt auch für die von einer baurechtlichen Entscheidung nachteilig betroffenen Nachbarn. Wird eine Genehmigung erteilt oder eine beantragte bauaufsichtliche Anordnung gegen ein Vorhaben nicht erlassen, können die betroffenen Nachbarn Rechtsschutz suchen. Immer muß aber gegen die baurechtliche Entscheidung zunächst Widerspruch erhoben werden. Erst nach dem Erlaß des Widerspruchsbescheids liegen die formellen Voraussetzungen für das Klageverfahren vor.

<b>Sachbescheidungsvoraussetzungen im (Bau-)Widerspruchsverfahren nach der VwGO</b>
1. Zuständigkeit der Widerspruchsbehörde (§ 73 VwGO)
2. Ordnungsgemäße Widerspruchserhebung (§ 70 VwGO) a) schriftlich oder zur Niederschrift b) Fristwahrung
3. Fehlender Rechtsverlust a) materielle Präklusion (§ 55 Abs. 2 S. 2 LBO) b) Rechtsbehelfsverzicht c) Zurücknahme des Widerspruchs
4. Zulässigkeit des Verwaltungsrechtswegs (§ 40 VwGO)
5. Statthaftigkeit des Widerspruchs (§ 68 VwGO) a) Vorliegen eines Verwaltungsakts (VA) / Erstreben eines VA aa) Anfechtungswiderspruch (§ 68 Abs. 1 S. 1 VwGO) bb) Verpflichtungswiderspruch (§ 68 Abs. 2 VwGO) cc) Fortsetzungsfeststellungswiderspruch analog § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO (str.) b) Fehlen spezialgesetzlicher Ausschlußnormen (§ 68 Abs. 1 S. 2 VwGO i.V.m. § 6 a AGVwGO Baden-Württemberg i.d.F. des G zur Entlastung der Regierungspräsidien, GBl. 1999, 173 - Ausschluß d. Vorverfahrens, wenn das RP Ausgangsbehörde ist -) c) VA unterhalb oberster Bundes- oder Landesbehörden (§ 68 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 VwGO) d) keine erstmalige Beschwerde durch Abhilfe- / Widerspruchsbescheid (§ 68 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 VwGO) e) kein Untätigkeitswiderspruch (§§ 68 Abs. 2, 75 VwGO)
6. Beteiligtenfähigkeit (§ 79 i.V.m. § 11 VwVfG)
7. Handlungsfähigkeit (§ 79 i.V.m. § 12 VwVfG)
8. Vorliegen der Vertretungsmacht (§ 79 i.V.m. § 14 VwVfG)
9. Widerspruchsbefugnis (§§ 70 Abs.1 S. 1, 68, 42 Abs. 2 VwGO)
10. Widerspruchs-(Sachbescheidungs-)Interesse

*Schaubild*

Die grundlegenden Zulässigkeitsvoraussetzungen des Widerspruchsverfahrens sind in der VwGO nur bruchstückhaft (§ 68: „... Verwaltungsakt ...“; § 70: Frist und Form) benannt. Es sind aber sinngemäß dieselben, wie die der Anfechtungs- bzw. Verpflichtungsklage. Demgemäß gelten die §§ 40, 61, 62, 42 Abs. 2 VwGO entsprechend. Das Vorverfahren i.S.v. § 68 VwGO (Widerspruchsverfahren) beginnt daher mit der Erhebung des Widerspruchs, § 69 VwGO. Der Widerspruch wird bei der den anzufechtenden Verwaltungsakt erlassenden Behörde eingelegt, die damit zugleich Gelegenheit zur Abhilfe nach § 72 VwGO erhält. Erhoben ist der Widerspruch zu dem Zeitpunkt, in dem er bei der zur Entgegennahme zuständigen Behörde eingeht. Die Widerspruchsfrist ist aber auch gewahrt, wenn der Widerspruch rechtzeitig bei der in § 73 VwGO genannten Widerspruchsbehörde eingelegt wird, § 70 Abs. 1 S. 2 VwGO. Der Widerspruch ist somit, wie aus § 70 VwGO hervorgeht, an Form und Frist gebunden. Hilft die Ausgangsbehörde dem Widerspruch nicht ab, ergeht gemäß § 73 Abs. 1 Satz 1 VwGO ein Widerspruchsbescheid. Diesen erlässt nach § 73 Abs. 1 Nr. 1 VwGO regelmäßig die nächsthöhere Behörde. Wie oben dargestellt ist dies in Baden-Württemberg i.d.R. das Regierungspräsidium, das damit sowohl Fachaufsichts- als auch Widerspruchsbehörde ist. Der Widerspruchsbescheid ist schriftlich zu erlassen, zu begründen, mit einer Rechtsbehelfsbelehrung zu versehen und zuzustellen, § 73 Abs. 3 VwGO.

Die weiteren eher allgemeinen Einzelheiten werden insoweit als bekannt vorausgesetzt. Ergänzend darf auf die einschlägige Literatur (z.B. Pietzner/Ronellenfisch, Das Assessorexamen im Öffentlichen Recht - Widerspruchsverfahren und Verwaltungsprozeß -, 10. Aufl.; Weides, Verwaltungsverfahren und Widerspruchsverfahren, 3. Aufl.) und das obige Schaubild verwiesen werden.

Der Exkurs ins Allgemeine zur abrißhaften Darstellung von Struktur und Ablauf des Vorverfahrens soll damit sein Bewenden haben. Die in der Praxis regelmäßig auftauchenden Detailfragen sollen nun konkret anhand des Verfahrens bei Bauwidersprüchen behandelt werden.

## **B. DER WIDERSPRUCH DES BAUHERRN**

Widerspruch gegen Entscheidungen der Baurechtsbehörde können der Bauherr, Nachbarn oder auch betroffene Gemeinden erheben. Letzteres soll aber mangels Relevanz in der täglichen Praxis nicht Gegenstand der Behandlung sein. Auch der Widerspruch des Bauherrn soll nur cursorisch behandelt werden. Alle wesentlichen Fragen des Bauherrenwiderspruchs werden aber im Zusammenhang mit dem Nachbarwiderspruch aufgezeigt und dargestellt.

Beim Bauherrn hängen die Erfolgsaussichten des Widerspruchs davon ab, auf welches Ziel das Rechtschutzbegehren gerichtet ist. Der Bauherr erstrebt dabei i.d.R.

- die Anfechtung einer ihn belastenden Entscheidung (z.B. Abbruchsanordnung) oder
- die Verpflichtung der Baurechtsbehörde zu einer für ihn günstigen Regelung (z.B. Erteilung einer Baugenehmigung).

### **1. DIE ANFECHTUNG EINER BELASTENDEN VERFÜGUNG**

Geht es um die Anfechtung einer den Bauherrn belastenden bauaufsichtlichen Entscheidung, liegt ein sog. Anfechtungswiderspruch i.S.v. § 68 Abs. 1 S. 1 VwGO vor. Ergibt sich im Rahmen der Nachprüfung durch die Abhilfe- oder Widerspruchsbehörde, daß z.B. die gesetzlichen Voraussetzungen der Eingriffsnorm, auf die sich die Verfügung stützt, nicht vorliegen, wird im Rahmen der Abhilfeentscheidung durch die Ausgangsbehörde diese Verfügung aufgehoben, also gemäß § 48 LVwVfG zurück genommen. Seitens der Widerspruchsbehörde, also des Regierungspräsidiums, wird in diesem Fall regelmäßig ein sog. Bedenkenerlaß ergehen, in dem die untere Baurechtsbehörde gebeten wird, dem Widerspruch unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Präsidiums in eigener Zuständigkeit abzuhefen.

Dieses Thema der „fachaufsichtlichen Weisung im Widerspruchsverfahren“ wird später unter § 5 eingehender behandelt.

## 2. DIE VERPFLICHTUNG ZUR GENEHMIGUNGSErTEILUNG

Hat die Baurechtsbehörde eine Genehmigung versagt, handelt es sich verfahrensrechtlich um einen Verpflichtungswiderspruch i.S.v. § 68 Abs. 2 VwGO. Dieser kann nur dann uneingeschränkt Erfolg haben, wenn dem Bauherrn ein dementsprechender Rechtsanspruch auf Erteilung der Genehmigung zusteht (vgl. § 113 Abs. 5 S. 1 VwGO). Einen solchen Anspruch hat der Bauherr etwa bei Genehmigungsentscheidungen nach den §§ 30, 34 Abs. 1 und 2 sowie 35 Abs. 1 BauGB. Auf Vorabgenehmigungen nach § 33 Abs. 2 BauGB oder eine Befreiung nach § 31 BauGB hat der Bauherr dagegen keinen Anspruch.

Ist der Behörde Ermessen eingeräumt, wie bei der Befreiung nach § 31 BauGB, verpflichtet das Verwaltungsgericht die Behörde nur dann zur Erteilung der Genehmigung, wenn das Ermessen aufgrund der Umstände des Einzelfalls ausnahmsweise so weit reduziert ist, daß jede andere Entscheidung fehlerhaft wäre. Im anderen Fall wird ein sog. Bescheidungsurteil ergehen, welches die Behörde verpflichtet, unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut über die Sache zu entscheiden. und dabei selbst das erforderliche Ermessen auszuüben.

## C. DER WIDERSPRUCH DES NACHBARN

Der Rechtsschutz des Nachbarn gestaltet sich weitaus komplizierter. Dieser kann einmal daran interessiert sein, eine dem Bauherrn erteilte Gestattung anzugreifen, weil sie ihn in seinen Belangen beeinträchtigt. Zum anderen kann er auch die Untätigkeit der Behörde gegenüber ihm belastenden Vorhaben rügen. In beiden Fällen hat der Nachbar keineswegs automatisch ein subjektives Abwehrrecht. Leitgedanke ist im Gegenteil, daß das öffentliche Baurecht den Nachbarn nur ausnahmsweise begünstigt. Die ganz überwiegende Zahl der Nachbarwidersprüche bleibt aufgrund dessen in der Praxis erfolglos.

### VERPFLICHTUNGSRECHTSBEHELFE

Der Nachbar kann auch ein Interesse daran haben, die zuständige Baurechtsbehörde zu zwingen, gegen ein ihn belastendes Bauvorhaben, etwa einen Schwarzbau, einzuschreiten. Ob die Behörde eine bauaufsichtliche Verfügung erläßt, steht grundsätzlich in ihrem pflichtgemäßen Ermessen (§ 40 LVwVfG; vgl. OVG NW BauR 1996, 237). Soweit die entsprechenden Eingriffsnormen der LBO nachbarschützenden Charakter haben, hat der Nachbar gegen die Behörde stets einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über sein Eingriffsbegehren.

Das Thema „Verpflichtungswiderspruch“ wird eingehend in § 7 behandelt.

### ANFECHTUNGSRECHTSBEHELFE

#### 1. ALLGEMEINES

Anfechtungsrechtsbehelfe sind auch für den Baunachbarn die Anfechtungsklage und der vorausgehende Anfechtungswiderspruch (§ 68 Abs. 1 VwGO). Der Anfechtungswiderspruch ist an sich statthaft, wenn der Baunachbar die Aufhebung eines ihn belastenden Verwaltungsakts (§ 35 LVwVfG) begehrt (§§ 42 Abs. 1, 113 Abs. 1 S. 1 VwGO). Anfechtungsgegenstand können insofern alle baurechtlichen Gestattungen sein, insbesondere

- (Teil-)Baugenehmigungen (§§ 58 Abs. 1 S. 1, 61 Abs. 1 LBO) oder Zustimmungen (§ 70 Abs. 1 LBO),
- Bauvorbescheide (§ 57 Abs. 1 LBO),
- Teilungsgenehmigungen (§ 19 BauGB) oder die

- Zulassung von Abweichungen, Ausnahmen und Befreiungen (§ 56 LBO, § 31 BauGB).

Diese Entscheidungen sind zwar für sich allein betrachtet begünstigende Verwaltungsakte (§ 48 Abs. 1 S. 2 LVwVfG), können aber auch drittbelastende Wirkungen haben. Sie begünstigen nämlich einerseits den eigentlichen Adressaten, wie z.B. den Bauherrn, können jedoch zugleich den Nachbarn beschweren. Insoweit handelt es sich um einen „janusköpfigen“ Verwaltungsakt, d.h. um einen Verwaltungsakt mit Doppel- bzw. Drittwirkung. Wegen dieser drittbelastenden Wirkungen sind diese an sich begünstigenden Gestattungen aus der Sicht des Bauachbarn als belastende Verwaltungsakte anzusehen (§ 42 Abs. 1 VwGO; § 35 Satz 1 LVwVfG) und dementsprechend anzufechten.

## 2 ABLAUF DES VERFAHRENS

### (a) Beginn

Will ein Nachbar als belasteter Dritter die an den Bauherrn ergangene Gestattung angreifen, muß vor der Erhebung einer Anfechtungsklage (§ 42 Abs. 1 VwGO; § 35 LVwVfG) das Vorverfahren durchlaufen werden (§ 68 Abs. 1 S. 1 VwGO). Das Vorverfahren ist ein Verwaltungsverfahren (§ 9 LVwVfG), in dem die §§ 68 ff. VwGO und ergänzend die Vorschriften des LVwVfG gelten (§ 79 LVwVfG). Es beginnt mit der Erhebung des Anfechtungswiderspruchs (§ 69 VwGO). Der Nachbar kann damit die ihn beschwerende baurechtliche Gestattung auf die Verletzung seiner subjektiven öffentlichen Rechte oder rechtlich geschützter Eigeninteressen überprüfen lassen und so ggf. deren Aufhebung sowie die damit einhergehende Feststellung der Rechtswidrigkeit der angefochtenen Gestattung erreichen (§ 68 Abs. 1 S. 1 VwGO). Der Nachbar obsiegt im Widerspruchsverfahren aber nur, wenn diese rechtswidrig ist und ihn gerade dadurch in seinen Rechten verletzt. Maßgeblich hierfür ist grundsätzlich die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der Genehmigungserteilung. Spätere Änderungen zu Lasten des Bauherrn bleiben außer Betracht, nachträgliche Änderungen zu dessen Gunsten sind dagegen zu berücksichtigen (BVerwG NVwZ 1998, 1179).

### (b) Ablauf

Die Überprüfung erfolgt zunächst in einem Abhilfeverfahren durch die untere Baurechtsbehörde als Ausgangsbehörde; § 72 VwGO und, falls diese dem Widerspruch nicht abhilft, wegen der in Baden-Württemberg regelmäßigen Verschiedenheit von Ausgangs- bzw. Abhilfebehörde einerseits und Widerspruchsbehörde andererseits (Ausnahme § 48 Abs. 2 S. 1 LBO), in dem sich anschließenden Widerspruchsverfahren durch die zuständige Widerspruchsbehörde, also das Regierungspräsidium (§ 73 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 VwGO; § 46 Abs. 1 Nr. 2 LBO). Dem Widerspruch kommt damit im Falle der Nichtabhilfe ein Devolutiveffekt zu, er bringt nämlich die Sache in die nächsthöhere Verwaltungsebene zur höheren Baurechtsbehörde. Abhilfe- und Widerspruchsverfahren bilden zusammen das Vorverfahren.

### (c) Abschluß

Das Vorverfahren kann bereits dadurch enden, daß die untere Baurechtsbehörde dem Nachbarwiderspruch, wenn dieser zulässig und begründet ist, in eigener Zuständigkeit abhilft und die angefochtene Gestattung aufhebt. Andernfalls legt sie ihn zusammen mit einem Vorlagebericht der zuständigen Widerspruchsbehörde, vorliegend also dem Regierungspräsidium, zur Entscheidung vor. Dieses wird dann bei Unzulässigkeit oder Unbegründetheit den Anfechtungswiderspruch im Widerspruchsbescheid zurückweisen (zum Sonderfall der Untätigkeit vgl. § 75 VwGO). Bei Zulässigkeit und Begründetheit des Widerspruchs wird das Regierungspräsidium die angefochtene Entscheidung regelmäßig nicht selbst durch den Widerspruchsbescheid aufheben. Vielmehr wird in der Praxis ein sog. Bedenkenerlaß ergehen, in dem die untere Baurechtsbehörde fachaufsichtlich angewiesen wird, dem Widerspruch unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Präsidiums in eigener Zuständigkeit abzuwehren. Dieses Thema der „fachaufsichtlichen Weisung im Widerspruchsverfahren“ wird später in § 5 eingehender behandelt.

Das Widerspruchsverfahren kann außerdem auch durch Verfahrenseinstellung enden, was u.a. zu erfolgen hat, wenn das Vorverfahren, aus welchen Gründen auch immer, erledigt ist. Ein Abhilfe- oder Widerspruchsbescheid wäre dann unzulässig und deshalb rechtswidrig (BVerwG DVBl 1989, 873).

### 3 ZULÄSSIGKEIT

Zu den Voraussetzungen für die Zulässigkeit eines an sich statthaften Anfechtungswiderspruches gehört u.a. die form- und fristgerechte Erhebung des Widerspruches (vgl. §§ 69, 70 VwGO), die Beschwer des Widerspruchsführers (§ 42 Abs. 2 VwGO analog) und gemäß § 79 LVwVfG das Vorliegen der sich aus dem LVwVfG ergebenden weiteren Zulässigkeitsanforderungen, wie z.B. die Beteiligungsfähigkeit (§ 11 LVwVfG), die Handlungsfähigkeit (§ 12 LVwVfG), die Bevollmächtigung (§ 14 LVwVfG) oder das Sachbescheidungsinteresse als allgemeines Rechtsschutzinteresse.

Insoweit darf ergänzend auf das eingangs dargestellte Schaubild und die dort genannten weiterführenden Literaturhinweise verwiesen werden

#### 3.1 Form

Der Widerspruch ist formgebunden. Er kann bei der Ausgangs- bzw. Abhilfebehörde entweder schriftlich, d.h. durch ein eigenhändig unterschriebenes Widerspruchsschreiben oder zur Niederschrift, d.h. bei gleichzeitiger Anwesenheit des Widerspruchsführers und des mit der Niederschrift Beauftragten, erhoben werden (§ 70 Abs. 1 S. 1 VwGO). Grundsätzlich wird das Erfordernis der Schriftform bei der Einlegung von Rechtsbehelfen auch dann erfüllt, wenn diese durch Telefax erfolgt (VGHBW VBIBW 1990, 335). Fristwährend kann der Widerspruch in derselben Form auch bei der Widerspruchsbehörde eingelegt werden (§ 70 Abs. 1 S. 2 VwGO). Nicht formgerecht erhobene Anfechtungswidersprüche sind unzulässig und daher bereits aus diesem Grund zurückzuweisen.

Beispiel:

Eine nur (fern-)mündliche Widerspruchserhebung genügt dem Formerfordernis nicht und führt selbst dann zur Unzulässigkeit, wenn über die (fern-)mündliche Widerspruchserhebung ein amtliches Protokoll gefertigt würde.

#### 4.1 Frist- und Zustellungsprobleme

##### a. *Fristgerechte Widerspruchserhebung*

Der Widerspruch ist auch fristgebunden. Er muß deshalb innerhalb einer Frist von einem Monat (zur Berechnung vgl. § 57 VwGO) erhoben werden, und zwar formgerecht entweder bei der Ausgangs- (§ 70 Abs. 1 S. 1 VwGO) oder fristwährend auch bei der Widerspruchsbehörde (§ 70 Abs. 1 S. 2 VwGO). Die Monatsfrist beginnt für den Baunachbarn erst mit der ordnungsgemäßen Bekanntgabe (§ 41 LVwVfG; zum Zustellungserfordernis vgl. § 58 Abs. 1 S. 5 u. 6 LBO und unten) der baurechtlichen Gestattung an ihn zu laufen (zum Erfordernis des Bekanntgabewillens vgl. VGHBW VBIBW 1998, 217; BFH NVwZ 1987, 632 = JuS 1988, 162 Nr. 14). Ein schon vor dem Erlaß und damit dem grundsätzlichen Wirksamwerden der Gestattung eingelegter Widerspruch ist und bleibt dagegen unzulässig und kann somit auch nicht gleichsam in die Zulässigkeit „hineinwachsen“ (OVGNW BRS 57 Nr. 241).

Notwendig für die Ingangsetzung der Widerspruchsfrist ist außerdem, daß der Gestattung eine ordnungsgemäße, d.h. den Mindestanforderungen des § 58 Abs. 1 VwGO genügende Rechtsbehelfsbelehrung beigelegt worden ist.

Beispiel:

Gegen diese(n) (Bescheid, Entscheidung, baurechtliche Gestattung) kann innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe Widerspruch erhoben werden Der Widerspruch ist bei ... (Name und Anschrift der erlassenden Behörde) schriftlich oder zur Niederschrift einzulegen."

Ist diese Belehrung dagegen unterblieben oder fehlerhaft, läuft für die Erhebung des Widerspruches eine Jahresfrist (§ 58 Abs. 2 VwGO). Ein Widerspruch, der nicht fristgerecht erhoben wurde, also verfristet ist, ist unzulässig und damit u.U. bereits aus diesem Grund zurückzuweisen..

##### b. *Bekanntgabe bzw. Zustellung des Ausgangsbescheids*

Dem Bauantragsteller und ggf. den Angrenzern ist die Baugenehmigung gem. § 58 Abs. 1 S. 5 u. 6 LBO zuzustellen. Hieraus ergeben sich eine Reihe unterschiedlicher Rechtsfragen.

Die Zustellung richtet sich nach dem Verwaltungszustellungsgesetz für Baden-Württemberg (LVwZG). Gemäß § 1 Abs. 2 LVwZG wird zugestellt, soweit dies durch Rechtsvorschrift, hier § 58 Abs. 1 S. 5 LBO, bestimmt ist. Die Zustellung ist daher im Grunde nur eine besondere Form der Bekanntgabe, wie aus § 41 Abs. 1 und 5 LVwVfG hervorgeht. Die Bekanntgabe eines Verwaltungsakts mittels Zustellung richtet sich somit nach den hierfür bestehenden Vorschriften, in diesem Fall den §§ 3 ff LVwZG.

Das LVwZG kennt verschiedene Arten der Zustellung, nämlich die Zustellung durch die Post (§§ 3, 4 LVwZG), durch die Behörde (§§ 5, 6 LVwZG) und die in §§ 14 bis 17 LVwZG geregelten Sonderarten der Zustellung. Entscheidend für alle Arten der Zustellung ist nach dem Grundsatz des § 2 Abs. 1 LVwZG die Aushändigung, d.h. die Übergabe des Schriftstücks an den Adressaten in Person oder dessen Empfangsbevollmächtigten. Mangels Aushändigung entspricht übrigens das sogenannte „Einwurf-Einschreiben“ der Deutschen Post AG eben nicht den Zustellungsanforderungen des § 4 LVwZG, wohl aber das „Übergabe-Einschreiben“.

Auch für die Bekanntgabe durch Zustellung gilt die allgemeine Regelung des § 43 Abs. 1 LVwVfG, wonach ein Verwaltungsakt gegenüber demjenigen, für den er bestimmt ist oder der von ihm betroffen wird, in dem Zeitpunkt wirksam wird, in dem er ihm bekanntgegeben, im Fall der Baugenehmigung also zugestellt wird. Die Baugenehmigung kann deshalb im Verhältnis zu den einzelnen Adressaten (Bauherr, Nachbar) durchaus zu unterschiedlichen Zeitpunkten wirksam werden. Maßgebend ist nämlich bei unterschiedlichen Adressaten für jeden einzelnen der Zeitpunkt, in dem die Zustellung an ihn bewirkt wurde. Eine Baugenehmigung wird also nicht etwa erst mit der Zustellung beim letzten Betroffenen wirksam (BVerwG NJW 1970, 263).

#### *1.) Zustellung an den Bauantragsteller*

Wie gesehen, ist dem Bauantragsteller nach § 58 Abs. 1 S. 5 LBO sowohl die Baugenehmigung als auch eine Ausfertigung der mit Genehmigungsvermerk versehenen Bauvorlagen zuzustellen. Ist die baurechtliche Entscheidung dem Bauherrn, nicht jedoch dem drittbelasteten Baunachbarn ordnungsgemäß zugestellt worden, dann ist der Bescheid zwar rechtswirksam geworden, gegen den Baunachbarn läuft aber weder die Monats- noch die Jahresfrist, denn die Gestattung ist gegenüber dem Baunachbarn erst gar nicht wirksam geworden (vgl. § 43 Abs. 1 S. 1 LVwVfG). Ist hingegen im umgekehrten Fall z.B. die Baugenehmigung zwar dem Baunachbarn ordnungsgemäß bekanntgegeben worden, deren Zustellung an den Bauherrn aber unterblieben (§ 58 Abs. 1 S. 4 LBO), fehlt es schon an der äußeren Wirksamkeit der Baugenehmigung gegenüber dem Bauherrn (VGHBW Beschl. v. 29.10.1980 - 3 S 1549/80 -). Davon unberührt bleibt in diesem Fall die Wirksamkeit gegenüber dem Baunachbarn

#### *Beispiel:*

Wird die Baugenehmigung lediglich an den Nachbarn zugestellt, dem Bauherrn aber auch nicht auf andere Weise bekanntgegeben, so ist sie diesem gegenüber nicht wirksam geworden. Im Falle eines Baubeginns begeht der Bauherr deshalb sogar eine Ordnungswidrigkeit nach § 75 Abs. 1 Nr. 8 LBO.

Die Zustellung des Bescheids ist nicht erforderlich, wenn z.B. der Bauantrag abgelehnt wird. Es genügt hier, wie auch z.B. bei einer Abbruchsanordnung nach § 65 LBO, eine formlose Bekanntgabe (VGHBW BWGZ 1994, 158).

#### *2.) Zustellung an Angrenzer und Nachbarn*

Gemäß § 58 Abs. 1 S. 6 LBO ist eine Ausfertigung der Baugenehmigung auch den Angrenzern und Nachbarn förmlich zuzustellen, deren Einwendungen gegen das Vorhaben die Baurechtsbehörde nicht oder nur teilweise stattgegeben hat. Falls den Einwendungen in vollem Umfang entsprochen wurde, entfällt die Zustellung. Auch diesen Adressaten gegenüber wird die Baugenehmigung jeweils erst mit der Zustellung an sie wirksam.

Mit der Zustellung der Baugenehmigung beginnt für den jeweiligen Angrenzer oder Nachbar die Widerspruchsfrist zu laufen, vorausgesetzt, die Baugenehmigung ist mit einer Rechtsmittelbelehrung nach § 58 Abs. 1 VwGO versehen (§ 70 Abs. 2 VwGO). Ist die Belehrung unterblieben oder unrichtig erteilt, so gilt § 58 Abs. 2 VwGO. Hierzu darf im einzelnen auf die Darstellung oben in § 1 C. III. 2.1 verwiesen werden

Widerspruchs- und klagebefugt i.S.d. § 42 Abs. 2 VwGO sind jedoch nicht nur die Angrenzer und Nachbarn, denen eine Ausfertigung der Baugenehmigung zugestellt wurde, sondern auch sonstige Nachbarn, sofern sie geltend machen können, durch die erteilte Baugenehmigung in ihren Rechten verletzt zu sein. Ist einem solchen Betroffenen die Baugenehmigung weder zugestellt noch sonst amtlich bekanntgegeben worden, so läuft für ihn die Widerspruchsfrist weder in unmittelbarer noch in analoger Anwendung der §§ 70 und 58 Abs. 2 VwGO. Hat er jedoch trotzdem nachweislich Kenntnis von der Baugenehmigung erlangt oder hätte er sie erlangen müssen, so kann ihm nach Treu und Glauben die Berufung darauf versagt sein, daß sie ihn nicht amtlich mitgeteilt worden sei (BVerwGE 44, 294). Er hat in diesem Fall sein Widerspruchsrecht verwirkt.

Zur Verwirkung siehe unten §1 C. III. 3.2.2.

#### c. Zustellung an Personenmehrheiten

Wie schon dargestellt, besteht nach § 2 Abs. 1 Satz 1 LVwZG die Zustellung eines Schriftstücks in dessen Übergabe an den Empfangsberechtigten. Übergabe bedeutet, daß das zuzustellende Schriftstück in den ausschließlichen Verfügungsbereich und alleinigen Besitz des Empfangsberechtigten gelangt (BVerwG DÖV 1958, 715; DÖV 1976, 353; VGHBW NVwZ-RR 1989, 593; BWVPr 1991, 233). Für die Zustellung an eine nicht rechtsfähige Personenmehrheit heißt das, daß jeder Adressat eine eigene Ausfertigung des Bescheides erhalten muß.

##### c.a) Zustellung an Ehegatten

Dies gilt insbesondere auch bei einer Zustellung an Ehegatten, so daß jedem Ehegatten eine für ihn bestimmte Ausfertigung oder Abschrift des zuzustellenden Bescheides zu übergeben ist. Wird dagegen lediglich einem der beiden Ehegatten eine Bescheidausfertigung ausgehändigt, so ist die Zustellung nicht ordnungsgemäß bewirkt (VGHBW BWVPr 1989, 226). Handelt es sich insoweit um einen zusammengefassten Bescheid, reicht nach § 8a LVwZG die Zustellung einer Ausfertigung unter der gemeinsamen Anschrift aus, wenn nicht Einzelzustellung beantragt worden ist. Dies gilt in gleicher Weise für die Zustellung an Ehegatten oder Alleinstehende mit ihren Kindern. Im Einzelfall kann aber auch eine gegenseitige Vollmachterteilung vorliegen, so daß die Übergabe an eine der mehreren Personen tatsächlich genügt, da nach § 8 Abs. 1 S. 1 LVwZG Zustellungen auch an den jeweiligen Vertreter gerichtet werden können. Eine gegenseitige Bevollmächtigung kann gerade bei Ehegatten oftmals vorliegen, wobei die Vollmacht nicht ausdrücklich erteilt sein muß. Es können vielmehr die bekannten zivilrechtlichen Grundsätze über die Anscheins- und die Duldungsvollmacht herangezogen werden (Hess-VGH NVwZ 1987, 898; VGHBW VBIBW 1989, 257). In diesem Fall ist es aber notwendig, daß die Baurechtsbehörde durch die Adressierung deutlich zum Ausdruck bringt, daß sie eine Zustellung an den Bevollmächtigten vornehmen will. Damit wird für den Zustellungsempfänger erkennbar, die Zustellung in seiner Eigenschaft als Vertreter entgegenzunehmen.

##### c.b) Zustellung an Wohnungseigentümergeinschaften (WEG)

Bei Eigentümergeinschaften nach dem Wohnungseigentumsgesetz (WEG) sind alle Wohnungseigentümer als Angrenzer bzw. Baunachbarn anzusehen. Deshalb sieht der mit der Novelle 1995 eingefügte § 55 Abs. 1 S. 3 LBO vor, daß die Gemeinde dann statt der einzelnen Sondereigentümer den Verwalter benachrichtigen kann. Der Verwalter von Wohnungseigentümergeinschaften ist insoweit Empfangsbevollmächtigter für die Entgegennahme der Angrenzerbenachrichtigung, so dass die Zustellung an ihn mit Wirkung für und gegen alle Wohnungseigentümer erfolgen kann. Nach den für die Zustellung geltenden Formvorschriften der §§ 3 ff. LVwZG reicht es dabei an sich aus, daß dem Verwalter als Vertreter der Wohnungseigentümer nur eine Ausfertigung oder Abschrift des Schriftstücks übergeben wird (vgl. BGH NJW 1981, 282, und OVG Bremen Urt. v. 9.10.1984 - 1 BA 43/84 - für die Zustellung an den Verwalter nach § 189 Abs. 1 ZPO bzw. § 8 Abs. 1 LVwZG). Dies hat zur Folge, dass die Zustellung auch bei Übergabe nur einer Ausfertigung mit Wirkung für und gegen die Wohnungseigentümer wirksam erfolgt ist, so dass die Einwendungsfrist - mit allen Folgen, einschließlich der Präklusion - ab diesem Zeitpunkt zu laufen beginnt. Unberührt von den Formerfordernissen und den Wirk-

samkeitsvoraussetzungen der Zustellung ist die Gemeinde nach § 55 Abs. 1 Satz 3 LBO aber verpflichtet, Mehrfertigungen für die Eigentümergemeinschaft beizufügen.

## 2.1.2 Folgen fehlerhafter Zustellung

Entspricht die Zustellung diesen Anforderungen nicht oder werden die Vorschriften des LVwZG nicht beachtet (eigentliche Zustellungsmängel), so ist die Zustellung nicht ordnungsgemäß bewirkt. Zustellungsmängel führen jedoch nicht zur Fehlerhaftigkeit des zuzustellenden Verwaltungsaktes (VGHBW BWVPr 1991, 233). Fehlerhaft ist nur die Zustellung. Fehler bei der eigentlichen Zustellung, wie z.B. die fehlende Angabe der Geschäftsnummer auf der Postzustellungsurkunde oder die Unvollständigkeit eines Empfangsbekennnisses, können jedoch nach § 9 Abs. 1 LVwZG geheilt werden. Mit der Heilung gilt der Verwaltungsakt als in dem Zeitpunkt zugestellt, in dem ihn der Empfangsberechtigte tatsächlich erhalten hat, so daß der Verwaltungsakt in diesem Zeitpunkt wirksam wird. Liegt der Mangel aber in der Zustellung nur einer Ausfertigung an Eheleute oder eine andere nicht rechtsfähige Personenmehrheit (Zustellungsmangel im weiteren Sinne), kann dieser nach h.M. nicht nach § 9 Abs. 1 LVwZG geheilt werden (VGHBW BWVPr 1991, 233; BayVGH NVwZ 1987, 900). Diese Auffassung hätte daher zur Folge, daß der Verwaltungsakt mangels ordnungsgemäßer Zustellung nicht gemäß § 43 Abs. 1 LVwVfG wirksam geworden wäre.

In einem solchen Fall ist das BVerwG jedoch in seinem Urteil vom 24.1.1992, NVwZ 1992, 565, trotzdem zur Wirksamkeit des Verwaltungsaktes gekommen. Für die Bekanntgabe im Sinne des § 41 Abs. 1 LVwVfG reiche es aus, daß die Behörde jedem Adressaten vom Inhalt des Verwaltungsaktes Kenntnis verschaffe. Nach diesem Urteil kommt es somit für die Wirksamkeit des Verwaltungsaktes allein darauf an, daß die (mehreren) Adressaten mit Wissen und Wollen der Behörde vom Inhalt des Verwaltungsaktes rein tatsächlich Kenntnis erlangt haben. Selbst eine fehlerhafte oder unwirksame Zustellung kann deshalb eine wirksame Bekanntgabe enthalten, auf die § 43 Abs. 1 S. 1 LVwVfG für das Wirksamwerden des Verwaltungsaktes seinem Wortlaut nach allein abstellt. Die Behörde bleibt aber für die tatsächliche Kenntnisnahme sowie den Zeitpunkt der Kenntnisnahme beweispflichtig.

## 2.2 Verfristung

### 2.2.1 Fristversäumung durch den Bauherrn

Hat der Bauherr Widerspruch erhoben, ist ausschließlich das Verhältnis zwischen der Behörde und dem Bauherrn berührt. Deshalb darf sie im Abhilfe- bzw. Widerspruchsverfahren auch über einen unzulässigen, weil verfristeten Widerspruch sachlich entscheiden und damit den Weg zur verwaltungsgerichtlichen Sachprüfung eröffnen. Die Widerspruchsfrist dient nämlich in derartigen Fällen, abgesehen vom Rechtssicherheitsinteresse des Bauherrn, in besonderer Weise auch dem Schutz der Baurechtsbehörde selbst. Der Behörde steht es deswegen frei, den Widerspruch wegen der Fristversäumung als unzulässig zurückzuweisen oder aber trotz der Verfristung zur Sache selbst zu entscheiden. Die Behörde kann sich dann aber in einem späteren gerichtlichen Verfahren nicht mehr auf die Fristversäumung berufen.

### 2.2.2 Fristversäumung durch den Baunachbarn

Völlig anders ist die Rechtslage, wenn die Behörde über einen unzulässigen, insbesondere verspäteten Widerspruch eines Baunachbarn zu entscheiden hat. Baurechtliche Gestattungen mit drittbelastender Wirkung, wie etwa Baugenehmigungen, werden, wenn sie nicht fristgerecht durch den Baunachbarn angefochten sind, unanfechtbar und erlangen damit Bestandskraft. Diese vermittelt dem Begünstigten, also dem Bauherrn, eine gesicherte Rechtsposition, nämlich verfassungsrechtlich geschütztes Eigentum (BVerwGE 49, 244 [249]). Dem Bauherrn darf diese gesicherte Rechtsposition nur entzogen werden, wenn eine besondere Ermächtigungsgrundlage das zuläßt. Das in den §§ 68 ff VwGO geregelte Vorverfahren gibt hierfür nichts her. Dagegen kann die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (§§ 70 Abs. 2, 60 VwGO) die Möglichkeit eröffnen, auch über einen an sich verfristeten (Anfechtungs-)Widerspruch des Baunachbarn zu entscheiden.

Ein verfristeter Widerspruch des Baunachbarn kann aber Anlaß geben, sozusagen außerhalb des Vorverfahrens, von Amts wegen die Möglichkeiten für die Rücknahme oder den Widerruf der baurechtlichen Gestattung zu prüfen (vgl. §§ 48 ff LVwVfG). In diesem Zusammenhang ist aber zu beachten, daß § 50 LVwVfG nämlich gerade voraussetzt, daß der Widerspruch zulässig ist (vgl. VGHBW BWVP 1987, 89).

Dürfen somit die Abhilfe- und auch die Widerspruchsbehörde über einen verfristeten Widerspruch des Baunachbarn gerade wegen der durch die Bestandskraft gesicherten Rechtsposition des Bauherrn sachlich nicht entscheiden, kommt einer trotzdem ergangenen (rechtswidrigen) Sachentscheidung keine die Verfristung heilende Wirkung zu (BVerwG NVwZ 1983, 285). Das bedeutet, daß auch dem Verwaltungsgericht künftig eine Sachentscheidung verwehrt ist und eine evtl. Anfechtungsklage des Baunachbarn als unzulässig abgewiesen werden muß (BVerwG Buchholz 451.171 Nr. 6 m.w.N.).

### 3. DIE WIDERSPRUCHSBEFUGNIS (BESCHWER)

#### 3.1 Möglichkeit einer Rechtsverletzung

Die Zulässigkeit des Anfechtungswiderspruchs eines Baunachbarn hängt weiter davon ab, ob der widerspruchsführende Dritte entsprechend § 42 Abs. 2 VwGO geltend machen kann, durch die dem Bauherrn erteilte Gestattung in eigenen Rechten oder rechtlich geschützten Eigeninteressen verletzt zu sein. Maßgebend dafür, ob ihm eine Widerspruchsbefugnis oder Beschwer zukommt, ist die baurechtliche Gestattung, z.B. die konkrete Baugenehmigung, und nicht eine wie auch immer geartete tatsächliche (etwa von der Baugenehmigung abweichende) Bauausführung. Nur wer in diesem Sinne geltend machen kann, in seinen Rechten oder rechtlich geschützten Interessen verletzt zu sein, kann im öffentlich Baurecht die Rechtsstellung eines Baunachbarn beanspruchen.

Für die Zulässigkeit des Widerspruchs kommt es nur auf die Geltendmachung einer Rechtsverletzung an, d.h. auf die substantiierte Rechtsbehauptung. Die geltend gemachte Rechtsverletzung muß also nach dem vom Widerspruchsführer vorgetragene Geschehensablauf möglich sein (sog. Möglichkeitstheorie). Die Frage, ob die behauptete Rechtsverletzung tatsächlich vorliegt, ist dagegen im Rahmen der Begründetheitsprüfung zu beantworten (vgl. § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO).

#### 3.2 Unmöglichkeit einer Rechtsverletzung

Umgekehrt folgt daraus, daß die erforderliche Beschwer jedenfalls dann nicht vorliegt, wenn die behauptete Verletzung von Rechten oder subjektiv-rechtlich geschützten Interessen des widerspruchsführenden Baunachbarn durch die angefochtene baurechtliche Gestattung offensichtlich und eindeutig nach jeder denkbaren, aber nicht zu überspannenden Betrachtungsweise unmöglich erscheint, wenn also offensichtlich und eindeutig die vom Widerspruchsführer behaupteten Rechte oder rechtlich geschützten Eigeninteressen entweder nicht bestehen oder jedenfalls ihm nicht zustehen können (BVerwG NVwZ 1994, 682 im Anschluß an BVerwG NJW 1987, 856; BVerwGE 75, 285; zum Drittschutz im öffentlichen Baurecht vgl. *Pecher* JuS 1996, 887).

Entscheidende Weichenstellungen können hier bereits bei der Angrenzerbenachrichtigung bzw. im Zusammenhang damit erfolgen.

Deshalb folgender Einschub zur

##### 3.2.1 Angrenzerbenachrichtigung

Gemäß § 55 Abs. 1 S. 1 LBO hat die Gemeinde (nicht die Baurechtsbehörde) die Angrenzer von dem Bauantrag zu benachrichtigen. Angrenzer sind diejenigen Eigentümer und dinglich Berechtigten (nicht Mieter und Pächter von Grundstücken; dazu unten mehr), die mit dem Baugrund-

stück eine gemeinsame Grenze haben. Die Angrenzerbenachrichtigung verdrängt insoweit die Anhörungspflicht aus § 28 LVwVfG.

In drei Fällen sieht § 55 Abs. 1 S. 1 LBO eine Ausnahme von der Benachrichtigungspflicht vor:

#### 1. Unterschrift unter die Bauvorlagen

Die Unterschrift wirkt sich auf die späteren Rechtsschutzmöglichkeiten gegen die Baugenehmigung nicht aus. Sie entfaltet nur die Wirkung des § 58 Abs. 1 S. 5 LBO (Wegfall der Benachrichtigungspflicht).

#### 2. Schriftliche Zustimmung

Mit der Zustimmungserklärung verzichtet der Angrenzer auf seine subjektiven öffentlich-rechtlichen Abwehrrechte (vgl. VGHBW VBIBW 1991, 218). Ist die Zustimmung eindeutig, entfällt bereits die Widerspruchsbefugnis (§ 42 Abs. 2 VwGO analog), so daß der Widerspruch unzulässig wird.

#### 3. Fehlende Betroffenheit

Wer von dem Vorhaben offensichtlich nicht berührt wird (z.B. bei Maßnahmen im grenzfernen Bereich), braucht nicht benachrichtigt zu werden. Um Rechtssicherheit herbeizuführen, kann es sich aber auch hier empfehlen, dem Angrenzer zumindest die Baugenehmigung zuzustellen.

Ist die Angrenzerbenachrichtigung zu Unrecht unterblieben, kann der Fehler gem. § 45 Abs. 1 Nr. 3 LVwVfG geheilt werden.

### 3.2.2 materielle Präklusion

Die Angrenzer können innerhalb von zwei Wochen nach Zustellung der Benachrichtigung ihre Einwendungen schriftlich oder zur Niederschrift bei der Gemeinde vorbringen (§ 55 Abs. 2 S. 1 LBO). Gehen die Einwendungen verspätet ein oder lassen sie nicht erkennen, „was“ der Angrenzer gegen das Vorhaben einzuwenden hat (unsubstantiierte Einwendungen), verliert er gemäß § 55 Abs. 2 S. 2 LBO seine subjektiven Abwehrrechte gegen das Vorhaben (materielle Präklusion). Die bloße Mitteilung des Angrenzers, er erhebe „Einspruch“ gegen das Bauvorhaben, reicht also nicht aus. Vielmehr muß das Vorbringen erkennen lassen, in welcher Hinsicht Bedenken gegen das Vorhaben bestehen. Das erfordert die Bezeichnung des verletzten Rechtsguts und eine zumindest grobe Darlegung der im einzelnen befürchteten Beeinträchtigungen (VGHBW VBIBW 1998, 464 = NVwZ 1998, 986). Dazu ist wiederum erforderlich, daß die vom Bauherrn eingereichten Bauvorlagen eine mögliche Betroffenheit des Angrenzers hinreichend deutlich erkennen lassen (VGHBW VBIBW 1998, 380). Voraussetzung für den Eintritt der Präklusionswirkung ist außerdem, daß der Angrenzer in der Benachrichtigung hinreichend deutlich schriftlich belehrt, auf die Folgen nicht fristgemäß erhobener Einwendungen hingewiesen und ihm die Benachrichtigung zugestellt worden ist (§ 55 Abs. 2 S. 2 und 3 LBO; VGHBW Beschl. v. 14.07.99 - 3 S 1358/99).

Die Präklusionswirkung kann im übrigen nur gegenüber Angrenzern herbeigeführt werden, nicht aber gegenüber sonstigen Nachbarn. Als Ausnahmevorschrift ist § 55 Abs. 2 S. 2 LBO einer erweiternden Auslegung oder gar Analogie nicht zugänglich. Durch die materielle Präklusion kann auch die Widerspruchs- bzw. Klagebefugnis (vgl. § 42 Abs. 2 VwGO) entfallen.

Damit sind im Rahmen der Prüfung der Widerspruchsbefugnis drei Fallgestaltungen des Rechtsverzichts und der materiellen Verwirkung zu beachten:

#### 1. Unmöglichkeit infolge Rechtsverzichtes

Eine Beschwerde (§ 42 Abs. 2 VwGO) scheidet von vorneherein aus, wenn der Baunachbar umfassend und rechtswirksam auf seine materiellen Abwehrrechte verzichtet hat (vgl. VGHBW BRS 46 Nr.

161; VGHBW VBIBW 1988, 20; *Büchner/Schlotterbeck* Verwaltungsprozeßrecht [VwPR] Rz. 345 ff., 478). Der Rechtsverzicht hat insoweit rechtsvernichtende Wirkung.

## 2. Unmöglichkeit infolge Verwirkung materieller Abwehrrechte

Eine Beschwer (§ 42 Abs. 2 VwGO) scheidet außerdem aus, wenn der Baunachbar seine Abwehrrechte materiell verwirkt hat. Auch die materielle Verwirkung hat rechtsvernichtende Wirkung (BVerwG BRS 48 Nr. 179 und BRS 50 Nr. 196; vgl. auch BVerwG Buchholz 406.19 Nr. 77 [Untergang materieller Abwehrrechte bei nachbarlichem Einverständnis]; VGHBW VBIBW 1991, 218; BayVGh BRS 49 Nr. 206; BayVGh BRS 50 Nr. 197 und BVerwGE 72, 15; zur Verwirkung durch den Rechtsvorgänger vgl. VGHBW VBIBW 1992, 103; zur rechtsvernichtenden Wirkung der Verwirkung BVerwG NVwZ 1991, 1182; BVerwG NVwZ-RR 1997, 522 [Erlöschen nachbarlicher Abwehrrechte]).

### Beispiel:

Ein Angrenzer (oder auch ein anderer Nachbar) hat seine subjektiven öffentlichen Abwehrrechte gegen eine Baugenehmigung verwirkt, wenn er im Baugenehmigungsverfahren den Bauvorlagen ausdrücklich zugestimmt hat (vgl. dazu § 55 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 LBO und oben Nr. 2).

## 3. Unmöglichkeit infolge materieller Präklusion

Die Annahme einer Beschwer (§ 42 Abs. 2 VwGO) scheidet zudem von vornherein dann aus, wenn der Widerspruchsführer aufgrund von § 55 Abs. 2 LBO (im Baugenehmigungsverfahren) umfassend materiell präkludiert ist (materielle Präklusion; vgl. dazu BVerwG NVwZ 1997, 171 und VGHBW VBIBW 1998,464). Nur fristgerecht und substantiiert vorgetragene Einwendungen können im Rechtsbehelfsverfahren gegen die Baugenehmigung weiterverfolgt werden. Anders kann es allenfalls sein, wenn die Voraussetzungen der materiellen Präklusion oder deren Umfang umstritten sind.

### Beispiel:

Angrenzer, die form- und inhaltsgerecht von einem Bauantrag durch die Gemeinde benachrichtigt worden sind, und Einwendungen nicht oder nicht fristgerecht vorgebracht haben, sind mit subjektiven öffentlichen Abwehrrechten nicht nur im laufenden Baugenehmigungsverfahren, sondern auch in einem etwaigen Widerspruchs- und Klageverfahren ausgeschlossen, d.h. materiell präkludiert (§ 55 Abs. 2 LBO). Sie sind eindeutig und nach jeder Betrachtungsweise nicht beschwert.

## 4. SACHBESCHIEDUNGS- / WIDERSPRUCHSINTERESSE

Das in § 10 S. 2 LVwVfG normierte Gebot der einfachen und zweckmäßigen Durchführung des Verwaltungsverfahrens gilt gemäß § 79 a.E. LVwVfG auch im Widerspruchsverfahren (*Pietzner/Ronellenfitsch*, aaO. § 35 II) und zwingt die Widerspruchsbehörde zur Prüfung, ob der Widerspruch überhaupt dazu taugt, die konkret in Anspruch genommenen rechtlichen Belange zu fördern. Dies soll verhindern, daß Sachentscheidungen getroffen werden, welche weder für den Widerspruchsführer noch für die Verwaltung von rechtlichem Nutzen sind.

### Beispiel:

Baugenehmigung, für ein verfahrensfreies Vorhaben

Das Fehlen des Sachbescheidungsinteresses stellt jedoch die große Ausnahme dar, die von der Verwaltung zu beweisen ist (vgl. *Giehr*, DVBI 1967, 849; *Obermayer*, Festschrift Boorberg-Verlag 1977, S. 125).

Im Einzelfall kann das Widerspruchsinteresse in folgenden Fallgestaltungen fehlen:

#### 4.1 Unzulässige Ausübung von Verfahrensrechten

Hat der Baunachbar von der baurechtlichen Gestattung, obwohl sie ihm nicht amtlich bekanntgegeben worden ist, auf andere Weise zuverlässig Kenntnis erlangt, so muß er sich in der Regel nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) bezüglich der Widerspruchseinlegung so behandeln lassen, als sei ihm die Gestattung im Zeitpunkt der Kenntniserlangung amtlich bekanntgegeben worden. Denn im Hinblick auf das Nachbarschaftsverhältnis muß ihn diese Kenntniserlangung nach Treu und Glauben in gleicher Weise wie eine amtliche Bekanntgabe der Gestattung zur Geltendmachung seiner Einwendungen veranlassen. Die Frist zur Einlegung des Widerspruchs richtet sich deshalb für ihn vom Zeitpunkt der Kenntniserlangung an nach den Fristvorschriften des §§ 70 Abs. 1 und 58 Abs. 2 VwGO. Mangels Rechtsbehelfsbelehrung wird regelmäßig die Jahresfrist des § 58 Abs. 2 VwGO Platz greifen, ein später eingelegter Widerspruch ist daher unzulässig (zur Verwirkung von Verfahrensrechten vgl. BVerwG BauR 1973, 295; BVerwG BRS 47 Nr. 185; BVerwG BRS 48 Nr. 180; BVerwG BRS 50 Nr. 196; BVerwG NVwZ 1991, 1182; BVerwG BayVBI 1994, 373; BVerfGE 32, 305 [308]; VGHBW BRS 46 Nr. 161; VGHBW BRS 46 Nr. 169; VGHBW BRS 47 Nr. 186).

Gleiches gilt nach Treu und Glauben auch für den Fall, daß der Baunachbar von der baurechtlichen Gestattung zuverlässige Kenntnis hätte haben müssen, weil sich ihm das Vorliegen der Entscheidung hat aufdrängen müssen und weil es ihm möglich und zumutbar gewesen wäre, sich hierüber - etwa durch Anfrage bei dem Bauherrn, der Baurechtsbehörde oder Gemeinde - Gewißheit zu verschaffen. Dann läuft für ihn die Frist des § 70 Abs. 1 VwGO i.V.m. § 58 Abs. 2 VwGO für die Einlegung des Widerspruches ab dem Zeitpunkt, in dem er zuverlässige Kenntnis von der Gestattung hätte erlangen müssen und können.

Diese zeitliche Beschränkung des Widerspruchsrechtes nach Treu und Glauben gilt nicht stets, sondern nur in der Regel, welche durchbrochen werden kann, wenn besondere, von der Regel abweichende Umstände dies wiederum nach Treu und Glauben gebieten. Diese besonderen Umstände muß der Baunachbar nachweisen, wofür er die materielle Beweislast trägt (BVerwGE 44, 294).

#### 4.2 Rechtsverzicht

Die Gestattung erlischt - außer im Falle des § 62 LBO (Erlöschen der Baugenehmigungen kraft Zeitablaufes) - auch bei einem ausdrücklichen Verzicht des Begünstigten. Einer dementsprechenden Aufhebungsverfügung der Baurechtsbehörde bedarf es nicht. Verzichtet z.B. der Bauherr auf die Rechte aus der ihm erteilten Baugenehmigung, ist für den Anfechtungswiderspruch des Baunachbarn das Rechtsschutzinteresse entfallen (vgl. BVerwG BRS 50 Nr. 193; BVerwG NVwZ 1995, 894). Das Vorverfahren hat sich dann erledigt und ist einzustellen. Eine Abhilfe- oder Widerspruchsentscheidung in der Sache wäre unzulässig (BVerwG DVBI 1989, 873). Die entsprechende Anwendung der insoweit für das Gerichtsverfahren geltenden Kostenvorschriften ist nicht möglich (BVerwG NJW 1982, 1827; VGHBW VBIBW 1984, 375; vgl. allerdings § 80 Abs. 1 S. 5 LVwVfG).

Andererseits bleibt eine Baugenehmigung aber auch dann wirksam, wenn die genehmigte Nutzung ohne einen dauernden Verzichtswillen für die Dauer von über zwei Jahren nicht ausgeübt und durch keine auf Dauer bestimmte neue Nutzung ersetzt wird. Die weitere Geltung der Baugenehmigung richtet sich dann nicht nach § 62 Abs. 1 LBO in entspr. Anwendung, sondern nach § 43 Abs. 2 LVwVfG (VGHBW BWVPr 1990, 87).

Beispiel:

Während des Anfechtungsvorverfahrens des Baunachbarn wegen einer Baugenehmigung erteilt die zuständige Baurechtsbehörde auf erneuten Bauantrag des Bauherrn eine zweite Baugenehmigung für ein "Alternativvorhaben" des Bauherrn. Die zweite Baugenehmigung kann mit einem Verzicht auf die Rechte aus der ersten Baugenehmigung verbunden sein. Ist dies der Fall, hat sich das Vorverfahren erledigt und muß eingestellt werden.

Neben dem Bauherrn kann auch der Baunachbar auf seine Abwehrrechte verzichten. Ein solcher Rechtsverzicht läßt das subjektiv-öffentliche Abwehrrecht untergehen und entzieht einem späteren Widerspruch die materiell-rechtliche Grundlage (VGHBW BRS 32 Nr. 164). Im Gegensatz zum Rechts-

behelfsverzicht (siehe unten) ist er schon vor Erlass des Verwaltungsakts zulässig, muß sich aber auf ein hinreichend bestimmtes Vorhaben beziehen, da ein genereller Verzicht auf öffentliche Nachbarrechte unwirksam wäre (vgl. HessVGH NVwZ-RR 1995, 495). Er unterliegt außerdem den Formvorschriften des einschlägigen Verwaltungsverfahrenrechts (VGHBW ESVGH 19, 42) und führt regelmäßig zur Unbegründetheit des Widerspruchs.

Der Verzicht wird mit Zugang bei der Baurechtsbehörde wirksam und wirkt auch zu Lasten des Rechtsnachfolgers. Da die Abwehrrechte nur ein Annex der dinglichen Berechtigung sind, kann der Rechtsnachfolger nur noch in die geschmälerte Rechtsposition eintreten (VGHBW BRS 33 Nr. 176).

#### **4.3 Rücknahme oder Widerruf einer baurechtlichen Gestattung außerhalb des Vorverfahrens**

Eine baurechtliche Gestattung wird außerdem mit ihrer Rücknahme oder ihrem Widerruf außerhalb des Vorverfahrens (§§ 48 ff. LVwVfG; BVerwG BayVBl 1994, 374) unwirksam (§ 43 Abs. 2 LVwVfG; zur Rücknahme einer Rücknahmeentscheidung vgl. VGHBW NVwZ 1992, 184). Ebenso wie beim Genehmigungsverzicht entfällt dann für den Anfechtungswiderspruch das Sachbescheidungs- oder Rechtsschutzinteresse (vgl. zur Kostenentscheidung BVerwG NVwZ 1997, 272).

#### **4.4 Widerspruchsrücknahme**

Der Widerspruch kann bis zum Abschluß des Vorverfahrens jederzeit schriftlich bzw. zur Niederschrift bei der Erlaß- bzw. Abhilfebehörde oder der Widerspruchsbehörde zurückgenommen werden (BVerwGE 44, 64; vgl. auch BGH NJW 1981, 811). Durch die Widerspruchsrücknahme erledigt sich das Vorverfahren und muß eingestellt werden. Eine Widerspruchsrücknahme nach dem Erlass des Abhilfe- oder Widerspruchsbescheides ist grundsätzlich nicht zulässig und deshalb unbeachtlich.

#### **4.5 Rechtsbehelfsverzicht**

Entsprechend dem allgemeinen Rechtsgedanken, wonach es dem Beteiligten überlassen bleiben muß, von einem Widerspruchsrecht Gebrauch zu machen und sich hierüber vor Ablauf der Einlegungsfrist zu erklären, ist auch im Verwaltungsverfahren ein Verzicht auf Rechtsbehelfe zulässig (BVerwGE 26, 50). Der Verzicht muß unzweideutig und vorbehaltlos erklärt werden. Für die Form gilt § 70 VwGO entsprechend. Der Verzicht kann nicht vor Bekanntgabe der Entscheidung, bei vorgeschriebener Zustellung wie z.B. bei der Baugenehmigung nicht vor deren Zustellung rechtswirksam abgegeben werden, da erst dann eine vernünftige, die Tragweite des Verzichts übersehende Entscheidung möglich ist. Ein wirksam erklärter Rechtsbehelfsverzicht nimmt dem Widerspruch die Zulässigkeit, weshalb Bestandskraft eintritt. Zur Widerruflichkeit vgl. VGHBW NVwZ 1983, 229 ff.

Bei Nachbarwidersprüchen kann in der Praxis auch der Fall angetroffen werden, daß sich der Baunachbar gegenüber dem Bauherrn gegen Zahlung eines Schadensbetrags verpflichtet, gegen eine Baugenehmigung keinen Widerspruch einzulegen oder einen bereits erhobenen Widerspruch wieder zurückzunehmen. Derartige Verträge sind grundsätzlich mit den §§ 134, 138 BGB vereinbar (vgl. BGHZ 79, 131 ff (Bürgerinitiative gegen Kohlekraftwerk - StEAG-Fall; BGH NJW 1999, 3113). Es muß aber auch geprüft werden, ob etwa die Baurechtsbehörde in unzulässiger Weise auf den Widerspruchsverzicht hingewirkt hat (§ 134 BGB i.V.m. Art. 19 Abs. 4 GG), der Widersprechende eine Zwangslage des Bauherrn ausbeutet, auffällig überhöhte Schadensbeträge ausgehandelt wurden (§ 138 Abs. 2 BGB) oder ob der Verzicht sich aus anderem Grund als sittenwidrig erweist.

DIE ENTSCHEIDUNG ÜBER DIE ABHILFE

---

Das Vorverfahren endet im Regelfall mit dem Zugang des Abhilfebescheids, wenn dem Widerspruch in vollem Umfang stattgegeben wird, ansonsten mit der Zustellung des Widerspruchsbescheids. Da in Baden-Württemberg zwei Behörden unterschiedlicher Verwaltungsebenen als Instanzen im Vorverfahren auftreten, muß ihre Verhältnis zueinander, d.h. ihre Zuständigkeiten gegeneinander abgegrenzt werden. Die VwGO regelt das Verhältnis der Ausgangs- bzw. Abhilfebehörde zur Widerspruchsbehörde durch den Devolutiveffekt (§§ 72, 73 Abs. 1 S. 1 VwGO). Der Devolutiveffekt des Widerspruchs ist bis zur Abhilfeverweigerung seitens der Ausgangsbehörde gehemmt bzw. aufgeschoben. Deswegen ist zunächst ausschließlich die Ausgangsbehörde zur Entscheidung über den Widerspruch zuständig. Sie prüft dabei die Zulässigkeit des Widerspruchs (§ 70 VwGO) und sodann erneut die Recht- und Zweckmäßigkeit des Bescheids in vollem Umfang nach (§ 68 Abs. 1 S. 1 VwGO). Die nächsthöhere Behörde wird erst zur Entscheidung über den Widerspruch zuständig, wenn zuvor die Ausgangsbehörde ausdrücklich oder konkludent, etwa durch Übersendung der Verfahrensakten, die Abhilfe verweigert hat (*Pietzner/Ronellenfitsch*, aaO. § 25 RNr. 4).

Im Fall der Einlegung des Widerspruchs bei der Widerspruchsbehörde (§ 70 Abs.1 S. 2 VwGO) hat diese deshalb der Ausgangsbehörde zunächst Gelegenheit zur Abhilfe zu geben, was formlos, üblicherweise aber durch Übersendung der Widerspruchsschrift erfolgen wird. Eine Mißachtung dieser Pflicht stellt einen wesentlichen Verfahrensmangel dar, der zur isolierten Anfechtung des Widerspruchsbescheides berechtigt (§ 79 Abs. 2 S. 2 VwGO). § 70 Abs. 1 S. 2 VwGO stellt nämlich nur eine Erleichterung hinsichtlich des Ortes der Widerspruchseinlegung und der Fristwahrung dar, enthält aber keine Änderung der in den §§ 72, 73 VwGO abschließend geregelten und zwingenden Zuständigkeiten.

#### 1. ABHILFE NACH WIDERSPRUCHSVORLAGE

Der Devolutiveffekt bewirkt kein Ende der Zuständigkeit der Abhilfebehörde, sondern führt zu einer Zuständigkeitskonkurrenz zwischen Abhilfe- und Widerspruchsbehörde. Während der konkurrierenden Zuständigkeit richtet sich die Verfahrensbeendigung nach dem Prioritätsprinzip: Die zuerst ergehende Entscheidung beendet das Vorverfahren auch gegenüber der anderen Behörde. Die Ausgangsbehörde kann daher dem Widerspruch auch dann noch abhelfen, wenn sie dies zunächst verweigert und ihn der Widerspruchsbehörde vorgelegt hat (BVerwGE 82, 336 ff; VGHBW VBIBW 1989, 53 f).

#### 2. TEILABHILFE UND KOSTENENTSCHEIDUNG

Hält die untere Baurechtsbehörde als Ausgangsbehörde den Widerspruch für zulässig und begründet, so hilft sie ihm ab und entscheidet über die Kosten (§ 72 VwGO). Ein Ermessen steht ihr insofern nicht zu (vgl. VGHBW VBIBW 1989, 53 f). Die Abhilfebefugnis ist dabei auf die positive Entscheidung zugunsten des Widersprechenden beschränkt. Die Abhilfebehörde kann also den angefochtenen Verwaltungsakt nur ganz oder teilweise aufheben - nicht aber den Widerspruch als unzulässig oder unbegründet zurückweisen oder gar den ursprünglichen Bescheid zum Nachteil des Widerspruchsführers verbösern. Eine *Reformatio in peius* ist daher der Abhilfebehörde verwehrt (vgl. OVBremen BauR 1989, 191 ff). Eine Verwerfungsbefugnis i.d.S. besitzt nur die Widerspruchsbehörde. Hilft die Ausgangsbehörde nicht ab, muß sie den Widerspruch unverzüglich der Widerspruchsbehörde vorlegen, die einen schriftlichen, mit Rechtsbehelfsbelehrung und Kostenentscheidung versehenen Widerspruchsbescheid erläßt (§ 73 VwGO).

Strittig ist die Frage, ob die Ausgangsbehörde, wenn sie den Widerspruch nur teilweise für begründet hält, zum Erlaß eines Teilabhilfebescheids verpflichtet ist (vgl. *Pietzner*, VerwArch 1982, 236). Im Grunde erscheint der Streit in Literatur und Rechtsprechung praxisfern. Auch wenn man die Frage bejahen wollte, würde eine Teilabhilfe den Widerspruch nicht verbrauchen, denn der Widersprechende

hätte damit schließlich sein Ziel noch nicht erreicht. Zudem wäre die Widerspruchsbehörde an die Teilabhilfe sowenig gebunden, wie an den ursprünglichen Bescheid. Vielmehr würde auch im Fall der Teilabhilfe der gesamte Verfahrensgegenstand bei der Widerspruchsbehörde anhängig, so daß diese den Teilabhilfebescheid auch wieder aufheben und durch Zurückweisung des Widerspruchs die ursprüngliche baurechtliche Entscheidung wieder herstellen könnte.

In der Praxis erscheint es daher i.d.R. untunlich, derartige Teilabhilfen vorzunehmen. Stattdessen bietet es sich an, den gesamten Vorgang der Widerspruchsbehörde vorzulegen. Das gilt um so mehr, als auch die Kostenentscheidung erst im Widerspruchsbescheid getroffen werden kann, da erst dieser das Vorverfahren endgültig beendet und somit erst zu diesem Zeitpunkt feststeht, wer im Endergebnis (ggf. mit welcher Quote) unterliegt (BVerwGE 88, 41 [46]; a.A. VGHBW ESVGH 31, 224 f; VGHBW NVwZ-RR 1992, 54). Über die Kosten des Widerspruchsverfahrens darf deshalb die Abhilfebehörde nur entscheiden, wenn sie dem Widerspruch voll abhilft. Bei einer Teilabhilfe könnte sie von vornherein nur über die Kostenquote entscheiden, die dem Umfang des Obsiegens des Widerspruchsführers entspricht, denn eine Verwerfungsbefugnis im übrigen Teil steht der Abhilfebehörde nicht zu. Hielt man demzufolge eine Kostenentscheidung im Fall der Teilabhilfe für geboten (vgl. VGHBW ESVGH 31, 225), müßte dies zwangsläufig zu Kostentrennung und Teilkostenentscheidungen im Rahmen von Abhilfe- und Widerspruchsbescheid führen - ein Ergebnis, das nicht nur unpraktikabel erscheint, sondern auch gegen das den §§ 72, 73 Abs. 3 S. 2 VwGO, 80 LVwVfG zugrundeliegende Prinzip der Einheitlichkeit der Kostenentscheidung verstieße (vgl. *Pietzner*, VerwArch 1982, 233 f). Auch die mit der Entscheidung über die Kosten zu treffende Entscheidung über die Notwendigkeit der Beiziehung eines Bevollmächtigten (§ 80 Abs. 3 S. 2 LVwVfG) kann nur für das gesamte Widerspruchsverfahren einheitlich getroffen werden.

### 3. ABHILFEENTSCHEIDUNG UND RÜCKNAHME (WIDERRUF) „AUßERHALB DES VORVERFAHRENS“

Keine Abhilfe, sondern eine Rücknahme außerhalb des Vorverfahrens liegt vor, wenn die Ausgangsbehörde aus eigener Erkenntnis oder auf Weisung der Aufsichtsbehörde, eine als rechtswidrig erkannte baurechtliche Entscheidung ausschließlich aus nicht widerspruchsbezogenen Erwägungen aufhebt oder ändert (BVerwG DÖV 1969, 142 f; NVwZ 1986, 475; VGHBW AnwBI 1981, 245).

Beispiel:

Erweist sich die vom Nachbarn angefochtene Baugenehmigung als objektiv rechtswidrig, sind aber nachbarschützende Normen nicht verletzt, kommt lediglich eine Rücknahme nach § 48 LVwVfG, nicht aber eine Abhilfe nach § 72 VwGO in Betracht. Denn die §§ 68 ff. VwGO ermöglichen der Abhilfe- bzw. Widerspruchsbehörde auf den Widerspruch des Nachbarn nur die Aufhebung oder Änderung der Baugenehmigung, soweit der Widerspruch zulässig und begründet ist.

Von einem Aufhebungs- oder Änderungsbescheid außerhalb des Widerspruchsverfahrens unterscheidet sich der Abhilfebescheid durch seinen Charakter als Rechtsbehelfsbescheid. Seine Eigenart besteht darin, daß er über einen Rechtsbehelf und den mit diesem verfolgten materiellen Anspruch entscheidet.

Hieraus ergeben sich in Voraussetzungen und Rechtsfolgen folgende Unterschiede:

a. Aufhebung oder Änderung nach §§ 48 ff. LVwVfG dienen grundsätzlich nicht dem Rechtsschutz des Bürgers, sondern allein der Wahrung der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung sowie der zweckmäßigen Gestaltung des Verwaltungsverfahrens (vgl. § 10 LVwVfG). Auf die Erhebung eines Widerspruchs kommt es in beiden Fällen deshalb nicht an. Voraussetzung ist allein die objektive Rechts- oder Zweckwidrigkeit. § 72 VwGO bindet dagegen die Abhilfe an den Erfolg des Rechtsbehelfs, also daran, daß der Widerspruch zulässig und begründet ist, fordert also zusätzlich subjektive Rechts- oder Zweckwidrigkeit (BVerwGE 65, 318; BVerwG, Urt. v. 1.7.1999 - 4 C 23.97).

b. Anders als §§ 48 ff LVwVfG gewährt § 72 VwGO weder Ermessen noch Vertrauensschutz, sondern verpflichtet ggf. die Ausgangsbehörde zur Abhilfe (VGHBW VBIBW 1989, 53 f; vgl. auch

oben). Diese Gebundenheit resultiert aus dem Rechtsschutzzweck der Abhilfe und dem vom Widerspruchsführer mit seinem Rechtsschutzbegehren verfolgten Anspruch. Deshalb stellt § 50 LVwVfG die Behörde von den Vertrauensschutzeinschränkungen der §§ 48, 49 LVwVfG frei, wenn eine begünstigende baurechtliche Entscheidung wie z.B. die Baugenehmigung auf den Widerspruch eines Nachbarn hin aufgehoben wird, soweit dadurch dem Widerspruch abgeholfen wird.

c. Der Abhilfebescheid ist nach § 72 VwGO auf die Entscheidung zugunsten des Widersprechenden beschränkt. Will die Ausgangsbehörde ihre angefochtene baurechtliche Entscheidung zu Lasten des Widersprechenden verschärfen, ändern oder ersetzen, kann sie dies nur nach §§ 48 ff LVwVfG oder diesen entsprechenden Spezialregelungen (vgl. BayVGH BayVBI 1982, 439 f; BVerwGE 65, 313 ff). Ein solcher Änderungsbescheid führt, da er eben keine Teilabhilfe darstellt, weder zu einer Beendigung noch zu einer Erledigung des Vorverfahrens, sondern allein zu einer Änderung des Verfahrensgegenstandes: Die geänderte baurechtliche Entscheidung wird entsprechend § 79 Abs. 1 Nr. 1 VwGO Gegenstand des Widerspruchsverfahrens (BVerwGE 62, 80).

d. Der Abhilfebescheid beendet i.d.R. das Widerspruchsverfahren, während Rücknahme oder Widerruf außerhalb des Vorverfahrens lediglich zur Erledigung der Hauptsache führen. Das Widerspruchsverfahren wird in diesem Fall durch Verfahrenseinstellung wegen Erledigung abgeschlossen (zur Kostenfolge vgl. § 80 Abs. 1 S. 5 LVwVfG).

e. Der Abhilfebescheid ist mit einer Kostenlastentscheidung über den Erstattungsanspruch des Widersprechenden zu versehen (§ 72 VwGO i.V.m. § 80 LVwVfG).

f. Der Abhilfebescheid wird immer von der Ausgangsbehörde erlassen. Zuständig für die Aufhebung eines Verwaltungsakts außerhalb des Vorverfahrens ist dagegen die im Zeitpunkt der Aufhebung nach § 3 LVwVfG zuständige Behörde, nach Unanfechtbarkeit sogar unabhängig davon, ob sie die aufzuhebenden Verfügung erlassen hat oder nicht (§§ 48 Abs. 5, 49 Abs. 4 LVwVfG).

g. Die übergeordnete Behörde ist zur Aufhebung oder Änderung eines Verwaltungsakts grundsätzlich nur im Vorverfahrens kraft des Devolutiveffekts zuständig. Voraussetzung ist auch insoweit, daß der Widerspruch zulässig und begründet ist. Die Umdeutung eines wegen fehlender Widerspruchsbefugnis des Nachbarn rechtswidrigen Abhilfebescheides in eine Rücknahme durch die Widerspruchsbehörde scheidet wegen der unterschiedlichen Voraussetzungen aus (vgl. BVerwG v. 1. 7. 1999 - BVerwG 4 C 23.97). Daneben ist die nächsthöhere Behörde auf die Inanspruchnahme ihrer Aufsichtsmittel beschränkt. Sie kann daher die Ausgangsbehörde zwar zur Aufhebung anweisen, regelmäßig aber nicht selbst den Verwaltungsakt aufheben oder ändern.

#### 4. ERSTMALIGE BESCHWER DURCH DEN ABHILFEBESCHEID

Ist die Aufhebung oder Änderung eines Verwaltungsakts im Vorverfahren erstmalig mit einer Beschwerde verbunden, so soll der Betroffene vor Erlass des Abhilfe- oder Widerspruchsbescheides gehört werden (§ 71 VwGO i.d.F. des 6. VwGOÄndG). Ein nochmaliger Widerspruch ist in diesem Fall unzulässig (§ 68 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 VwGO i.d.F. des 6. VwGOÄndG), weil Filter- und Selbstkontrollfunktion des Widerspruchsverfahrens bereits zum Tragen gekommen sind und auch dem Rechtsschutzinteresse des Betroffenen durch die vg. Anhörungspflicht nach § 71 VwGO bereits Genüge getan ist.

Beispiel:

„Normalfall“ ist der Verwaltungsakt mit Drittwirkung: Die zunächst erteilte, auf Widerspruch des Nachbarn versagte Baugenehmigung beschwert erstmalig den Bauherrn oder die zunächst mit Auflagen zum Schutz des Angrenzers versehene, von der Widerspruchsbehörde von Auflagen befreite baurechtliche Gestattung beschwert erstmalig den Angrenzer (vgl. BVerwG DVBI 1965, 26; NVwZ-RR 1995, 613).

Seinem Zweck entsprechend ist § 68 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 VwGO auch dann anzuwenden, wenn nicht ein Dritter, sondern ein Beteiligter des Vorverfahrens durch den Widerspruchsbescheid erstmals be-

schwert wird (vgl. BVerwGE 40, 25 [27]; BVerwG NVwZ-RR 1995, 614). Das hat das 6. VwGOÄndG durch die Neufassung der Vorschrift ausdrücklich klargestellt.

Beispiel:

Ein Widerspruchsbescheid, der dem von der Gemeinde durch Versagung des Einvernehmens abgelehnten Antrag auf Befreiung stattgibt, beschwert die Gemeinde, weil er sie in ihrem Selbstverwaltungsrecht beeinträchtigen kann.

Dasselbe gilt, was ebenfalls vom 6. VwGOÄndG klargestellt wird, wenn der Widerspruchsbescheid den Widersprechenden selbst zusätzlich beschwert (arg. § 79 Abs. 2 VwGO; vgl. VGHBW BRS 28 Nr. 124).

Beispiel:

Verböserung; Kostenentscheidung; Verletzung einer wesentlichen, dem Schutz des WF dienenden Verfahrensvorschrift.

Die früher zu § 68 1 S. 2 Nr. 2 VwGO a.F. vertretene Auffassung, die Vorschrift sei nicht anwendbar, wenn nicht die Widerspruchsbehörde, sondern bereits die Ausgangsbehörde durch den Abhilfebescheid (§ 72) den Dritten erstmalig beschwert, da nach dem Sprachgebrauch der VwGO der Abhilfebescheid kein Widerspruchsbescheid sei, ist mit der Änderung durch das 6. VwGOÄndG hinfällig und zugleich klargestellt, daß auch der Abhilfebescheid dem § 68 1 S. 2 Nr. 2 VwGO unterfällt.

---

### § 3:

## DIE BEGRÜNDETHEIT DES WIDERSPRUCHS

---

### I. SUBJEKTIVE RECHTSVERLETZUNG ALS PRÜFUNGSMAßSTAB

#### 1. Allgemeines

Der Anfechtungswiderspruch des Baunachbarn ist begründet, soweit die dem Begünstigten erteilte baurechtliche Gestattung rechtswidrig ist und der Baunachbar dadurch in seinen Rechten verletzt ist (entspr. § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO; zum Erfordernis der subjektiven Rechtsverletzung vgl. BVerwG BRS 28 Nr. 127; BVerwGE 77, 102 [105]; BVerwG BRS 50 Nr. 183). Dieses „und“ wird häufig übersehen. Fehlt es z.B. an einer Rechtsverletzung des Widersprechenden, muß der Widerspruch trotz (objektiver) Rechtswidrigkeit der Baugenehmigung als unbegründet zurückgewiesen werden (BVerwG DÖV 1969, 142; VGHBW AnwBl 1981, 245; Weides, aaO. S. 286 f). Eine solche Rechtsverletzung liegt nur vor, wenn die Gestattung unter Verstoß gegen von der Baurechtsbehörde zu prüfende nachbarschützende öffentlich-rechtliche Vorschriften bzw. nachbarschützenden Tatbestandselementen einer Bebauungsplanfestsetzung erteilt worden (vgl. § 58 Abs. 1 S. 1 LBO) und sie gerade deshalb rechtswidrig ist (zum Nachbarschutz beim Überbau vgl. VGHBW NJW 1996, 3429). Es findet also keine umfassende Rechtmäßigkeitskontrolle durch die Erlaß- bzw. Abhilfebehörde oder die Widerspruchsbehörde statt, sondern es werden nur diejenigen öffentlich-rechtlichen Vorschriften (BVerwG BauR 1999, 378) geprüft, die zumindest auch dem Schutz des konkreten Baunachbarn ganz oder teilweise (mit einzelnen

Tatbestandsmerkmalen) zu dienen bestimmt sind (vgl. dazu BVerwG NJW 1984, 2174; VGHBW BRS 44 Nr. 189).

Insofern ist zu beachten, daß öffentlich-rechtliche Vorschriften, welche nicht der materiellen Prüfung durch die Baurechtsbehörde unterliegen (§ 58 Abs. 1 S. 1 LBO), auch nicht zu einer darauf beruhende Verletzung von Nachbarrechten führen können. Macht der Baunachbar trotzdem eine Verletzung nachbarschützender Vorschriften geltend, kommt nur eine Rechtsverletzung durch das Vorhaben selbst, nicht aber eine Verletzung durch die gerade diese Rechtsvorschriften ausklammernde baurechtliche Gestattung in Betracht. In diesem Falle kann Rechtsschutz nur mit einem Antrag auf Verpflichtung der (Körperschaft der) Baurechtsbehörde zum baurechtlichen Einschreiten gegen den Bauherrn begehrt werden (BVerwG NVwZ 1998, 58).

## 2. Der Nachbarbegriff im Baurecht

Eine Rechtsbeeinträchtigung des Nachbarn liegt außerdem nur dann vor, wenn dessen rechtlich geschützte Interessen geschmälert sind. Rechtlich geschützt ist ein Interesse, wenn eine Rechtsnorm nicht nur dem öffentliche Interesse (= Allgemeininteresse), sondern allein oder zumindest auch dem beeinträchtigten Individualinteresse dienen will (vgl. dazu BVerwGE 6, 167 ff). Diese Rechtsnormen müssen also mit nachbarschützender Funktion zugunsten eines bestimmten Personenkreises ausgestattet sein (sog. Schutznormtheorie). Deshalb genügt es nicht, wenn dem Widerspruchsführer nur Reflexwirkungen objektiven Rechts zugute kommen.

Die Schutznormtheorie wirft deshalb zunächst einmal die Frage nach dem personellen Schutzbereich der bei der Erteilung der baurechtlichen Gestattung zu beachtenden Rechtsvorschriften sowie der Tatbestandsmerkmale auf, die als „nachbarschützend“ in Frage kommen. Zu klären ist also, welchem Personenkreis die nachbarschützende Rechtsvorschrift bzw. Festsetzung eine subjektive öffentliche Rechtsposition einräumen will. Dies führt zur weiteren Frage nach dem sachlichen Schutzbereich der bei der Erteilung baurechtlicher Gestattungen von der Baurechtsbehörde zu prüfenden öffentlich-rechtlichen Vorschriften (§ 58 Abs. 1 S.1 LBO). Hierbei geht es allein darum, ob einer Rechtsvorschrift über ihre objektiv-rechtliche, dem Schutz der Allgemeinheit dienende Zielsetzung hinaus überhaupt nachbarschützende Wirkung zukommt.

Zur Beantwortung dieser Frage nach der nachbarschützenden Wirkung eines bestimmten Rechtsnorm bedarf es gegebenenfalls innerhalb des Rechtssatzes einer Differenzierung von Tatbestandsmerkmal zu Tatbestandsmerkmal (BVerwG BRS 32 Nr. 155). Wegen weiterer Einzelheiten darf hierzu auf die späteren Ausführungen in § 3 I. 2 und 3 verwiesen werden.

### a. Zivilrechtliche Eigentümer

Schutzgut in personeller Hinsicht ist in erster Linie das Grundeigentum in allen Rechtsformen. Geschützt sind daher nur dinglich Berechtigte, also Eigentümer und Inhaber eigentumsähnlicher Rechtspositionen, nicht dagegen Mieter, Pächter oder Käufer (zuletzt BVerwG NVwZ 1998, 956). Diese Berechtigten müssen nicht Angrenzer sein. Der Schutzbereich der in Betracht kommenden Regelungen wird vielmehr durch die räumlichen Auswirkungen des Bauvorhabens bestimmt. Gleichwohl zählen zum Kreis der Baunachbarn nur solche (i.d.R. dinglich) Berechtigte, die sich deutlich von der Allgemeinheit unterscheiden, da ansonsten der Popularklage ein breites Einfallstor geöffnet würde

Baunachbar im Sinne des Bebauungsrechtes (§§ 29 ff BauGB) können daher grundsätzlich nur die zivilrechtlichen Eigentümer von - angrenzenden oder benachbarten - Grundstücken sein. Bei einer Mehrheit von Berechtigten ist das bürgerliche Recht maßgebend. Zum Kreis dieser sog. dinglich Berechtigten zählen damit auch die Miteigentümer (§ 744 BGB), die Mitglieder einer Erbengemeinschaft (§ 2038 BGB; der einzelne Miterbe ist aber regelmäßig nicht befugt, Rechtsbehelfe als Baunachbar einzulegen, vgl. VGHBW BauR 1992, 60; BRS 52, 431) und bei Eigentümergemeinschaften nach dem Wohnungseigentumsgesetz (WEG) alle Wohnungseigentümer (dazu unten Nr. 4.4). Zur Gütergemeinschaft vgl. §§ 1421, 1422, 1450 BGB. Für die Rechtsstellung des Eigentümers ist es dabei unerheblich, ob

dieser selbst oder ein anderer das betroffene Grundstück nutzt, denn das Bebauungsrecht regelt allein die bauliche und die sonstige Nutzung der Grundstücke, ist also grundstücks- und nicht personenbezogen (BVerwG BRS 39 Nr. 176; BVerwG NVwZ 1983, 672; BVerwG BRS 49 Nr. 184; BVerwG BRS 50 Nr. 179; weitere Nachweise bei *Ziekow* NVwZ 1989, 231 f; *Sarnighausen* NVwZ 1996, 110 f). Baunachbar kann definitionsgemäß also nicht derjenige sein, der selbst (Teil-) bzw. Miteigentümer des Baugrundstückes ist.

Baunachbarn können entgegen einer weit verbreiteten Ansicht (vgl. etwa *Jarass* NJW 1983, 2844 [2849]) auch die Gemeinden in ihrer Eigenschaft als Eigentümer von Nachbargrundstücken sein und insofern Schutz vor unzumutbaren Beeinträchtigungen verlangen. Die dem scheinbar widersprechende Entscheidung des BVerfG (BVerfGE 61, 82 = NJW 1982, 2173f; vgl. BVerwG NVwZ 1989, 247), auf die in diesem Zusammenhang regelmäßig verwiesen wird, bezieht sich jedoch zunächst nur auf die Geltendmachung des gemeindlichen Eigentums im Wege der Verfassungsbeschwerde. Wenn das BVerfG den Gemeinden insoweit die Grundrechtsträgerschaft abspricht, heißt das im hier interessierenden Zusammenhang nicht automatisch, daß ihnen deshalb auch die Widerspruchs- und die Klagebefugnis fehlen müßte. Ausgeschlossen ist damit zwar der Grundrechtsdurchgriff, richtigerweise aber nicht zugleich die Geltendmachung von eigentumserschützenden Rechtsvorschriften des einfachen Gesetzesrechtes (vgl. BVerfGE 69, 256 [261]; BVerwG NVwZ 1989, 987; BVerwG NVwZ-RR 1991, 601; HessVGH NVwZ 1989,484; *Klopfer* Umweltrecht 1989, 268; *Bambay* DVBl 1983, 936 ff.).

#### **b. In eigentumsähnlicher Weise Berechtigte**

Den Eigentümern sind diejenigen gleichgestellt, die in eigentumsähnlicher Weise an einem Grundstück berechtigt sind. Zu diesem Kreis gehören die ebenfalls den Schutz des Art. 14 Abs. 1 GG genießenden Erbbauberechtigten (BVerwG Buchholz 406.19 Nr. 75; BVerfG NJW 1989, 1271), die Nießbraucher (BVerfGE 82, 61 = BRS 49 Nr. 184; OVG NW NVwZ 1994, 696) und diejenigen, die eine dem Grundeigentum so angenäherte Rechtsposition erlangt haben, daß es gerechtfertigt ist, sie als Baunachbarn anzusehen. Zu den letzteren zählen insbesondere die Käufer von Grundstücken, auf die Besitz, Nutzungen und Lasten schon übergegangen und zu deren Gunsten bereits Auflassungsvormerkungen eingetragen sind (BVerwG NJW 1983, 1626 = BRS 39 Nr. 176; BVerwG NJW 1988, 1228). Allgemein ist der Kreis der insoweit Berechtigten dadurch gekennzeichnet, daß deren Rechtsposition nach außen erkennbar ist.

#### **c. Nur obligatorisch Berechtigte**

Aus der grundsätzlichen Beschränkung des Kreises der Baunachbarn auf die Grundeigentümer und die in ähnlicher Weise dinglich Berechtigten folgt, daß damit alle diejenigen Personen vom baurechtlichen Nachbarbegriff ausgeschlossen sind, welche lediglich ein obligatorisches Recht vom Grundeigentümer ableiten, wie z.B. Mieter und Pächter (OVG Berlin NVwZ 1989, 267; *Mampel* UPR 1994, 8). Diesen steht daher kein eigenes, subjektives öffentliches Abwehrrecht zu. Vielmehr sind sie darauf angewiesen, ihre Rechtsposition gegenüber dem Eigentümer mit Hilfe der einschlägigen zivilrechtlichen Rechtsinstitute durchzusetzen. Dementsprechend können Mieter oder Pächter nur auf dem Weg über das Zivilrecht vom Eigentümer verlangen, daß dieser seine Abwehrrechte geltend macht oder ggf. den Miet- oder Pachtzins herabzusetzen (BVerfGE 82, 61; BVerwG ZfBR 1998, 256). Ein eigenes Abwehrrecht des Mieters oder Pächters besteht selbst dann nicht, wenn die Miet- oder Pachtsache zum eigentumsrechtlich geschützten Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb gehört (BVerwG BRS 49 Nr. 185; weitergehend ist allerdings § 22 BImSchG).

Den zivilrechtlichen Eigentümern ebenfalls nicht gleichgestellt sind übrigens auch die (sogar dinglich) Vorkaufsberechtigten (VGHBW VBIBW 1995, 107) und die Nacherben (OVGNW NWVBl. 1998, 27; BVerwG BauR 1998, 289).

Etwas anderes kann in den Einzelfällen gelten, in denen ein Bebauungsplan nach dem darin unzweifelhaft zum Ausdruck kommenden Willen der planenden Gemeinde Festsetzungen mit erkennbar personenbezogenen Elementen enthält, die dahingehend auszulegen sind, daß als Nachbar auch derjeni-

ge in Betracht kommt, der nur in obligatorischen Rechtsbeziehungen zum Nachbargrundstück steht (vgl. *Sendler BauR* 1970, 1 ff.; *Schlichter NVwZ* 1983, 642 ff).

#### d. Wohnungseigentümer i.S.d. WEG

Wie oben in § 1 C. III. 2.1.1 c.b) dargelegt, sind bei Eigentümergemeinschaften nach dem Wohnungseigentumsgesetz (WEG) alle Wohnungseigentümer als Angrenzer bzw. Baunachbarn anzusehen. Dies gilt aber nur gegenüber außenstehenden Bauherren.

Bei Streitigkeiten innerhalb der Eigentümergemeinschaft ist dagegen baurechtlicher Nachbarschutz weitgehend ausgeschlossen. Regelmäßig fehlt dem einzelnen Sondereigentümer die Widerspruchsbefugnis, wenn er sich gegen eine Baugenehmigung wendet, die für bauliche Maßnahmen an Teilen des Gebäudes einer Wohnanlage, die im gemeinschaftlichen Eigentum der Wohnungseigentümer stehen, erteilt worden ist. Auch insoweit ergeht die Baugenehmigung unbeschadet der privaten Rechte des Sondereigentümers (vgl. § 58 Abs. 3 LBO; vgl. auch BVerwG BauR 1999, 378) und kann daher ihm gegenüber keine öffentlich-rechtlichen Wirkungen entfalten (BVerwG BRS 48 Nr. 154; BVerwG BRS 50 Nr. 178; VGHBW BRS 42 Nr. 194).

Das gilt ebenso für den Widerspruch eines Sondereigentümers, mit dem gegen die Art der Nutzung der im Sondereigentum eines anderen Miteigentümers derselben Miteigentümergemeinschaft (zum Sondereigentum als Anhängsel des Miteigentums vgl. BGHZ 49, 250 und BVerwG NJW 1988, 3279 „Bindung des Sondereigentums an das Miteigentum“) stehenden Wohnung vorgegangen wird. Auch hier fehlt regelmäßig die Widerspruchsbefugnis nach § 42 Abs. 2 VwGO (BVerwG NVwZ 1989, 250 = BRS 48 Nr. 155; BVerwG ZfBR 1998, 254; vgl. dazu auch VGHBW BRS 57 Nr. 207).

Der regelmäßige Ausschluß öffentlich-rechtlicher Abwehrrechte innerhalb der Wohnungseigentümergemeinschaft beruht auf der besonderen Ausgestaltung des Wohnungseigentums durch das WEG. Die Rechtsverhältnisse unter den Miteigentümern richten sich daher allein nach bürgerlichem Recht (BVerwG NJW 1988, 2056). Etwas anderes könnte nur dann gelten, wenn nicht nur Eigentumsschutz geltend gemacht wird, sondern ein Anspruch auf baubehördliches Einschreiten wegen Gesundheitsgefahren, die von einer bestimmten Art der Nutzung eines anderen Sondereigentums ausgehen (offen gelassen in BVerwG NVwZ 1989, 250; vgl. allerdings BVerwG BRS 50 Nr. 179, wo angenommen wird, daß der Wohnsitz zur Abwehr gesundheitsschädlicher Umwelteinwirkungen einen geeigneten Anknüpfungspunkt für die Widerspruchs- und für die Klagebefugnis darstellen kann; VGHBW VBIBW 1994, 238).

#### e. Der Erbe des Widerspruchsführers

In diesem Zusammenhang wird oftmals auch die Frage erörtert, ob und ggf. inwieweit Erben oder Erbengemeinschaften im Widerspruchsverfahren auftreten können. Zu unrecht, wie sich bei näherer Betrachtung erweist, denn im Grunde ist dies keine Frage der Widerspruchsbefugnis, sondern schlicht eine Frage der Beteiligtenfähigkeit des Erben oder der Erbengemeinschaft (§ 2038 BGB).

Die Fähigkeit, Beteiligter eines Vorverfahrens zu sein, bemißt sich nach den Regeln, die für das ursprüngliche Verwaltungsverfahren gelten (vgl. § 79 i.V.m. § 11 VwVfG). Diese wiederum stimmen überein mit § 61 VwGO, denn nur derjenige, der fähig ist, am ursprünglichen Verwaltungsverfahren selbständig beteiligt zu sein, besitzt auch die Fähigkeit im Widerspruchsverfahren Verfahrenshandlungen vorzunehmen (vgl. § 12 VwVfG).

Zur Beteiligtenfähigkeit im Widerspruchsverfahren ergeben sich aber Fragen, wenn einer der Beteiligten verstirbt.

Beispiele:

1. Der Eigentümer E eines Grundstücks hat eine Bauerlaubnis beantragt, die durch die zuständige Behörde versagt worden ist. Nach Einlegung des Widerspruchs verstirbt E.
2. Gegen E ergeht als Handlungsstörer eine Nutzungsuntersagungsverfügung. E verstirbt nach Einlegung des Widerspruchs.

Ob in solchen Fällen das Widerspruchsverfahren in der Hauptsache beendet wird oder ob derjenige, der nach materiellem Recht Rechtsnachfolger des Widerspruchsführers ist, auf Antrag oder von Amts wegen in das laufende Verfahren eintritt, hängt davon ab, ob es sich um höchstpersönliche Rechte bzw. Pflichten handelt (vgl. *Eyermann-Fröhler*, Komm. z. VwGO 8. Aufl. § 61 RNr. 13; *Otto*, Die Nachfolge in öffentlich-rechtliche Positionen des Bürgers, 1971, S. 128 ff) oder ob eine „dingliche“ Haftung aus Grundeigentum vorliegt. Rechtsnachfolger sind insoweit sowohl Gesamtrechtsnachfolger, z.B. im Wege der Erbfolge, als auch Einzelrechtsnachfolger kraft Vertrags (OVGNW BRS 46, 452; vgl. auch VGHBW BWVPr 1980, 87).

Diese Frage der Rechtsnachfolge in Ordnungspflichten war lange Zeit umstritten (Zum Streitstand *Ossenbühl*, NJW 1968, 1992; *Ihmels*, DVBl. 1972, 481; BVerwG NJW 1971, 1624 (dazu *Martens*, JuS 1972, 190 f.); BayVGH BayVBl 1970, 328 (dazu *Wallerath*, JuS 1971, 460; v. *Mutius*, VerwArch 62 [1971], 83); OVG Münster DVBl 1973, 226; HessVGH NJW 1976, 1910 (dazu *Stober*, NJW 1977, 123f.). Überwiegend wird heute aber angenommen, daß die polizeiliche Zustandshaftung wegen ihrer „Dinglichkeit“ auch gegen den Rechtsnachfolger wirkt (BVerwG NJW 1971, 1624; vgl. ferner BVerwG NJW 1975, 403), während die Haftung des Handlungsstörers wegen ihres höchstpersönlichen Charakters nicht auf den Rechtsnachfolger übergeht. Bei höchstpersönlichen Rechten bzw. Pflichten tritt also keine Rechtsnachfolge ein, so daß das Verfahren durch den Tod des Widerspruchsführers beendet wird.

Bei der Verpflichtung zum Abbruch eines rechtswidrig errichteten Gebäudes handelt es sich also i.d.R. nicht um eine höchstpersönliche Pflicht des Erbauers, sondern regelmäßig um die dingliche Haftung des Zustandsstörers, d.h. des Grundstückseigentümers (vgl. VGHBW BauR 1979, 332; v. *Mutius*, VerwArch 71 (1980), 93f.). Im Verfahren gegen eine Abbruchsanordnung ist aber der neue Pächter eines Grundstücks nicht Rechtsnachfolger des früheren Pächters, da der Rechtsübergang insoweit nicht auf einem Rechtsgeschäft zwischen diesen, sondern zwischen dem neuen Mieter oder Pächter und dem Grundeigentümer beruht (VGHBW BRS 47, 478).

In den oben genannten Beispielfällen erfolgt daher nur im Fall (1) eine Fortführung des Widerspruchsverfahrens durch den Rechtsnachfolger, weil die Bauerlaubnis „dinglichen“ und nicht persönlichen Charakter hat. Wegen dieser grundstücksbezogenen, dinglichen Bindung rückt im Todesfall der Erbe im Wege der Vollrechtsnachfolge ggf. auch in die Position des Baunachbarn und wird damit Verfahrensbeteiligter (vgl. § 13 Abs. 2 VwVfG). Im Fall (2) wird das Verfahren dagegen durch den Tod des Widerspruchsführers beendet.

#### a. Der Nachbarschaftsbegriff im Sinne des anlagenbezogenen Immissionsschutzrechtes

Der personelle Schutzbereich der immissionsschutzrechtlichen Rechtsvorschriften ist gemäß deren Zielrichtung weiter als der des Bebauungsrechtes. Nachbarschaft im Sinne des auch im Baugenehmigungsverfahren zu beachtenden § 22 BImSchG mit dem darin enthaltenen Begriff der „schädlichen Umwelteinwirkungen“, der in § 3 Abs. 1 BImSchG definiert ist (vgl. BVerwG BRS 47 Nr. 63; BVerwG BRS 49 Nr. 201) erfaßt daher auch solche Personen, deren besondere Betroffenheit sie deutlich von den Auswirkungen unterscheidet, die den Einzelnen als Teil der Allgemeinheit treffen können.

Der Nachbarbegriff in diesem Sinne setzt damit eine enge räumliche oder zeitliche Beziehung zur immissionsträchtigen Anlage voraus. In räumlicher Hinsicht kann diese durch Rechte an einer Sache oder Sachgesamtheit, z.B. an einem Grundstück oder an einem Gewerbebetrieb, begründet sein, die sich derart im Einwirkungsbereich der Anlage befindet, daß sie in einer von § 22 BImSchG mißbilligten Weise betroffen wird. Zum anderen kann diese Beziehung in zeitlicher Hinsicht auch darin bestehen, daß sich eine Person den Auswirkungen nicht oder jedenfalls nicht nachhaltig entziehen kann, so daß sie ihnen auf eine solche Dauer ausgesetzt bleibt, die es rechtfertigt, ihr besonderen Schutz zuteil werden zu lassen. Gerade dieser dauernde Aufenthalt ist für den Begriff der immissionsschutzrechtlichen Nachbarschaft ein wichtiger Anknüpfungspunkt. Zur Nachbarschaft gehören damit nur solche Personen, die nach ihren Lebensumständen den Einwirkungen der Anlage in einer dem Wohnsitz vergleichbaren Weise ausgesetzt sind. Insoweit werden also insbesondere auch Dauermieter und Dauerpächter sowie die an dem bestimmten Ort dauernd Beschäftigten vom (immissionsschutzrechtlichen) Nachbarbegriff mit erfaßt.

Beispiel:

Im Baugenehmigungsverfahren kann sich nicht nur der nachbarliche Grundeigentümer, sondern auch ein nachbarlicher Dauermieter oder Dauerpächter auf die Verletzung des gemäß § 58 Abs. 1 S. 1 LBO auch von der Baurechtsbehörde zu prüfenden § 22 Abs. 1 BImSchG berufen (BVerwG NVwZ 1987, 884).

Nur gelegentliche Aufenthalte, etwa zur Freizeitgestaltung oder aus Anlaß der Berufsausübung, begründen dagegen kein derartiges Nachbarschaftsverhältnis (BVerwG DVBl 1983, 183).

#### a. Der Nachbar im Sinne des Bauordnungsrechtes

Das Bauordnungsrecht ist grundsätzlich in gleicher Weise grundstücksbezogen wie das Bebauungsrecht (dazu bereits oben Nr. 4.1; vgl. auch VGHBW BRS 30 Nr. 136). Falls allerdings nicht oder nicht nur Eigentumsschutz, sondern Schutz der Gesundheit beansprucht wird (vgl. etwa § 3 Abs. 1 S. 1 LBO: „Leben, Gesundheit“), kann im Einzelfall auch der Wohnsitz oder die Arbeitsstätte Anknüpfungspunkt für die Widerspruchsbefugnis sein. Insoweit können wie im Immissionsschutzrecht auch Dauermieter und Dauerpächter sowie Dauerbeschäftigte subjektive öffentliche Abwehransprüche geltend machen.

### 3.1 Kriterien zum nachbarschützenden Charakter öffentlich-rechtlicher Vorschriften

Nicht jede von der Baurechtsbehörde zu prüfende öffentlich-rechtliche Vorschrift und damit nicht jede Rechtsnorm des (materiellen) öffentlichen Baurechts ist zugleich auch nachbarschützend. Deshalb führt nicht jede Abweichung von diesen Vorschriften zu einem subjektiv-öffentlichen Abwehrrecht des Baunachbarn. In der überwiegenden Mehrzahl dienen nämlich Rechtsvorschriften des öffentlichen Baurechtes ausschließlich der Durchsetzung von Interessen der Allgemeinheit und bezwecken gerade nicht den Schutz individueller Interessen. Das gilt auch für rein objektiv-rechtliche Festsetzungen eines Bebauungsplanes (BVerwG NVwZ 1984, 38; BVerwG BauR 1987, 70). Auch das Grundgesetz gebietet nicht, sämtliche Rechtsnormen des öffentlichen Baurechtes und Festsetzungen eines Bebauungsplanes als mit nachbarschützender Funktion ausgestattet anzusehen und dadurch die verfassungsrechtliche Eigentumsposition (Art. 14 Abs. 1 GG) gleichsam einfach-gesetzlich anzureichern (BVerwG BRS 33 Nr. 158).

Ob einer Regelung des öffentlichen Baurechts nachbarschützender Charakter zukommt, ist, sofern diese Frage nicht schon der Wortlaut der Vorschrift beantwortet (vgl. BVerwG BRS 48 Nr. 15; BVerwG ZfBR 1994, 97), grundsätzlich im Wege der Auslegung anhand ihres Wortlauts, ihrer Entstehungsgeschichte und ihres Sinns zu ermitteln (zur teleologischen Auslegung vgl. *Drüen* JuS 1997, 81 ff.). Ob einer materiellen Vorschrift des öffentlichen Baurechtes bzw. der Festsetzung eines Bebauungsplanes nachbarschützende Wirkung zukommt, ist also jeweils nach Inhalt, Zweck und Wirkung des betreffenden Rechtssatzes zu beantworten.

Hierbei kommt es allein darauf an, daß sich aus individualisierenden Tatbestandsmerkmalen der Rechtsnorm ein Personenkreis bestimmen läßt, der sich von der Allgemeinheit unterscheidet (BVerwG ZfBR 1994, 97). Die Erwähnung des Begriffes der Nachbarschaft oder des Nachbarn oder das Ziel, aktive oder passive Umweltkonflikte nicht entstehen zu lassen, können wichtige Indizien dafür sein, daß eine Norm auch dem individuellen Schutz zu dienen bestimmt ist (BVerwG BRS 46 Nr. 173). Nach der von *Breuer* vorgeschlagenen Faustregel sind subjektive öffentliche Rechte solchen Rechtsvorschriften und Festsetzungen eines Bebauungsplanes zu entnehmen, die den nachbarlichen Interessenausgleich durch Postulate der Zuordnung, der Verträglichkeit und der Abstimmung aufeinander treffender Nutzungen und Einwirkungen regeln und zu einem Ausgleich bringen (*Breuer* DVBl 1986, 849 [854]; *ders.* DVBl 1983, 431 [437]). Baurechtlicher Nachbarrechtsschutz beruht also mit anderen Worten auf dem Gedanken des wechselseitigen Austauschverhältnisses (BVerwG ZfBR 1994, 93).

Welche Vorschriften in diesem Sinne nachbarschützend sind, ist damit noch nicht abschließend geklärt. In der Literatur werden generell, partiell und nicht nachbarschützende Normen unterschieden. Nach der Rechtsprechung kommt es für den nachbarschützenden Charakter einer Regelung darauf an,

ob die Regelung zumindest auch dem Schutz privater Belange dient (sog. Schutznormtheorie; s. oben § 3 I. 2).

### 3.2 Nachbarschützende Normen im Überblick

Wie schon erwähnt, sind vielfach nachbarlichen Belange tatbestandlich explizit als Prüfungskriterium angesprochen. Oft gibt auch die Intention der Regelung Aufschluß. Dennoch verdeutlicht der nachstehende exemplarische Überblick über die wichtigsten nachbarschützenden Normen des Baurechts, daß noch manches offen ist:

#### 2. Bauordnungsrechtliche Generalklausel (§ 3 Abs. 1 LBO)

Die grundlegende bauordnungsrechtliche Vorgabe, bauliche Anlagen so zu errichten und zu nutzen, daß Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung ausgeschlossen sind, kann Nachbarschutz begründen, soweit es um die Abwehr von Lebens-, Körper- oder Gesundheitsgefahren geht und keine speziellere Regelung eingreift (vgl. OVG Lüneburg NVwZ 1993, 398 f).

##### 1. Abstandflächen (§§ 5, 6 LBO)

Da die Pflicht zur Einhaltung der Abstandflächen auch der Wahrung von Anwohnerbelangen dient, sind die bauordnungsrechtlichen Vorschriften über Abstände nachbarschützend (vgl. OVG NW BauR 1985, 664). In Baden-Württemberg gilt dies gem. § 5 Abs. 7 S. 3 LBO nur für den dort näher bezeichneten Teil der Abstandstiefe.

##### 1. Stellplätze (§ 37 Abs. 7 LBO)

Ist der Bauherr verpflichtet, notwendiger Stellplätze zu errichten, hat aber zugleich die Möglichkeit der Stellplatzablösung durch Zahlung eines Ausgleichsbetrags, besteht diese Vorgabe ausschließlich im Allgemeininteresse und ist nicht nachbarschützend. Drittschutz kann jedoch zu gewähren sein, wenn es um die Nachbarschaftsverträglichkeit der Stellplatzanordnung geht, etwa um eine größere PKW-Parkfläche unmittelbar neben einem Wohngebäude auf dem Nachbargrundstück. Nachbarschützend sind insbesondere die Regelungen über Grenzgaragen und Grenzstellplätze (OVGNW NVwZ-RR 1996, 370 f).

##### 1. Verfahrensrecht

Verfahrensrechtliche Bestimmungen sind im allgemeinen nicht drittschützend. Ein Anspruch auf Bauleitplanung besteht wegen § 2 Abs. 3 BauGB nicht, so daß ein Nachbar die Verletzung eines evtl. Planungserfordernisses nicht mit Erfolg rügen kann (BVerwG NVwZ-RR 1997, 682).

##### 1. § 30 BauGB

Nachbarschützend sind regelmäßig Festsetzungen über die Art der baulichen Nutzung (BVerwGE 94, 151 = BRS 55 Nr. 110) sowie nach § 9 Abs. 1 Nr. 24 BauGB (BVerwG NJW 1989, 467 ff), prinzipiell nicht dagegen Festsetzungen zum Maß der baulichen Nutzung (BVerwG BauR 1995, 823 f), zur Bauweise (VGHBW VBIBW 1999, 270) und zu den überbaubaren Grundstücksflächen (BVerwG BauR 1996, 82; a.A. VGHBW BauR 1992, 65 „i.d.R. hinsichtlich der seitlichen Baugrenzen und Baulinien“). Ob eine Festsetzung im Einzelfall nachbarschützend ist, richtet sich im Zweifel nach der Zielsetzung der planenden Gemeinde (BVerwG DVBl 1994, 285).

##### 1. § 31 BauGB

§ 31 Abs. 2 BauGB soll als Ausdruck des Gebotes der Rücksichtnahme Drittschutz vermitteln, soweit die nachbarlichen Interessen in die Ausnahme- bzw. Befreiungsentscheidung einzubeziehen sind (BVerwG ZfBR 1987, 47 f).

## 1. § 33 BauGB

§ 33 BauGB kann ebenfalls Abwehrrechte für Nachbarn begründen, soweit die Vorabgenehmigung drittschützende Festsetzungen des künftigen Bebauungsplans betrifft (VGHBW BauR 1992, 494).

## 1. § 34 BauGB

§ 34 BauGB ist als solcher nicht nachbarschützend (BVerwGE 32, 173). § 34 Abs. 2 BauGB vermittelt Nachbarn jedoch einen Anspruch auf Wahrung des Gebietscharakters, der gebietsfremden Nutzungen entgegengehalten werden kann (BVerwGE 94, 151). Inwieweit § 34 Abs. 1 S. 1 BauGB nachbarschützend ist, wird unterschiedlich beurteilt. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts folgt aus der Regelung als solcher kein Nachbarschutz, ausnahmsweise kann allerdings das Gebot der Rücksichtnahme als Bestandteil des „Sichereinfügens“ Abwehrrechte für Nachbarn entstehen lassen (vgl. zuletzt BVerwG NVwZ 1996, 888).

## 1. § 35 BauGB

§ 35 Abs. 1 und 2 BauGB sind i.d.R. nicht nachbarschützend (vgl. BVerwG BauR 1997, 810). Das Gebot der Rücksichtnahme kann aber als (ungeschriebener) öffentlicher Belang im Sinne von § 35 Abs. 3 BauGB Abwehrrechte für den Baunachbarn vermitteln, sofern dieser tatsächlich nachhaltig in seinen geschützten Belangen berührt wird (BVerwGE 52, 122 ff; BVerwG BRS 40 Nr. 4). Bei Vorhaben nach § 35 Abs. 1 BauGB ist anerkannt, daß die Privilegierung ein Abwehrrecht begründet, heranrückende Nutzungen zu verhindern, die die weitere Ausnutzung der Privilegierung unmöglich machen oder erheblich beeinträchtigen (BVerwG NJW 1983, 2460 f). Der Baunachbar hat aber keinen Schutzanspruch auf Bewahrung des Außenbereichs (BVerwG BRS 57 Nr. 224) oder der Aussichtsfläche (BVerwG BRS 55 Nr. 168). Im übrigen läßt sich weder aus § 1 Abs. 6 BauGB noch aus § 3 BauGB ein Abwehrrecht ableiten (BVerwG NVwZ-RR 1997, 682).

## 1. § 15 BauNVO

§ 15 BauNVO wird z.T. als Auffangtatbestand für den Nachbarschutz in Fällen konkreter Unzumutbarkeit angesehen (OVGNW BauR 1997, 279). Die Vorschrift ist eine weitere Ausprägung des Gebotes der Rücksichtnahme und betrifft unter anderem „an sich“ in einem Baugebiet nach der BauNVO zulässige Vorhaben, die über Gebühr emittieren oder unverträglichen Immissionen durch andere Nutzungen ausgesetzt sind (BVerwG BauR 1995, 807 ff). Auf § 15 Abs. 1 BauNVO muß insbesondere auch im Hinblick auf einen baugebietsübergreifenden Nachbarschutz rekuriert werden (VGHBW VBIBW 1997, 62), also in Fällen, in denen Nutzungen in nebeneinanderliegenden unterschiedlichen Baugebieten kollidieren.

## 1. Grundgesetz

Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG und Art. 2 Abs. 2 GG begründen Drittschutz allenfalls insoweit, als einfachrechtliche Vorschriften keine abschließenden und vorrangigen Bestimmungen treffen (vgl. *Bönker*, DVBI 1994, 506 ff). Bei Bauvorhaben im unbeplanten Innenbereich und im Außenbereich gelten die §§ 34 und 35 BauGB in Verbindung mit dem Gebot der Rücksichtnahme (BVerwG ZfBR 1992, 79 ff und oben), so daß für eine direkte Anwendung von Verfassungsrecht in der Regel kein Raum ist. In Fällen drohender Gesundheitsbeeinträchtigung können nach einer teilweise vertretenen Auffassung indessen ausnahmsweise sogar Mieter eines Nachbarhauses oder Arbeitnehmer eines Betriebes direkt aufgrund von Art. 2 Abs. 2 GG gegen ein Bauvorhaben vorgehen (etwa OVG Lüneburg NVwZ 1996, 918 ff).

## II. MAßGEBENDE SACH- UND RECHTSLAGE

Die Frage, welche Sach- und Rechtslage für die Begründetheit von Anfechtungswidersprüchen in zeitlicher Hinsicht maßgebend ist, beantwortet sich grundsätzlich nach dem jeweils anzuwendenden

materiellen Recht (vgl. dazu allgemein BVerwG NVwZ 1990, 653). Während allgemein auf den Zeitpunkt des Erlasses des Widerspruchsbescheids abzustellen ist, hat die Baurechtsbehörde bei der Entscheidung über den Anfechtungswiderspruch des Baunachbarn gegen eine Baugenehmigung nach materiellem Baurecht grundsätzlich von der Sach- und Rechtslage auszugehen, die im Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Baugenehmigung gegenüber dem Bauherrn gegeben gewesen ist (zum Wirksamwerden eines Verwaltungsaktes allgemein vgl. § 43 Abs. 1 LVwVfG; BVerwG BRS 33 Nr. 158; BVerwG BauR 1999, 152 [158]; VGHBW BRS 33 Nr. 162; auch oben § 1 C. III. 2).

Andererseits hat der während des Vorverfahrens mit der Veräußerung eines Nachbargrundstückes eintretende Eigentumsverlust keinen Einfluß auf den Baunachbarbegriff, weil der Baunachbar auf den Zeitpunkt der Erteilung der Gestattung gleichsam festgeschrieben ist. Der Veräußerer ist und bleibt Baunachbar, der Erwerber ist dessen Rechtsnachfolger. Es stellt sich dann aber die Frage, ob noch ein schutzwürdiges Interesse an der sachlichen Verbescheidung des Widerspruches (Sachbescheidungsinteresse; Rechtsschutzinteresse) gegeben ist (BVerwG Buchholz 406.19 Nr. 32 [Veräußerung des Nachbargrundstückes während des Klageverfahrens]). Diese Frage erledigt sich, wenn der Rechtsnachfolger des Baunachbarn in das Vorverfahren eintritt und dieses weiterführt, wozu er berechtigt ist (§ 173 VwGO, §§ 265, 266 ZPO; vgl. VGHBW BRS 33 Nr. 176; VGHBW NVwZ 1998, 975). Soweit Abwehrrechte dinglich, d.h. grundstücksgebunden sind, kann also der neue Eigentümer in die Rechtsstellung des früheren einrücken (BVerwG BRS 49 Nr. 37; BayVGh BRS 50 Nr. 197).

### 3. Nachträgliche Rechtsänderungen zu Lasten des Bauherrn

Im Anfechtungsverfahren des Baunachbarn dürfen Rechtsänderungen, die nach dem Wirksamwerden der Baugenehmigung (nachträglich) zu Lasten des Bauherrn eingetreten sind und die dem Baunachbarn subjektive öffentliche Abwehrrechte einräumen, die im Zeitpunkt der Entscheidung nach dem damals geltenden Recht noch nicht gegeben waren, grundsätzlich nicht berücksichtigt werden (BVerwG Buchholz 406.42 § 11 Nr. 10; BVerwG BRS 22 Nr. 174; BVerwG BRS 22 Nr. 184; BVerwG BRS 33 Nr. 158; VGHBW BRS 25 Nr. 195, Nr. 196 und Nr. 197; VGHBW VBIBW 1989, 343; VGHBW VBIBW 1995, 481; HessVGh BRS 47 Nr. 156; NdsOVG NVwZ 1995, 917).

Beispiel:

Ein Baunachbar kann sich nicht mit Erfolg darauf berufen, daß eine Baugenehmigung im Hinblick auf eine nachträgliche Veränderungssperre nicht hätte erteilt werden dürfen; dies gilt auch dann, wenn der spätere Bebauungsplan zu seinen Gunsten nachbarschützende Festsetzungen enthält (BVerwG BRS 48 Nr. 83).

### 4. Nachträgliche Rechtsänderungen zugunsten des Bauherrn

Nachträgliche Rechtsänderungen zugunsten des Bauherrn sind im Anfechtungsverfahren des Baunachbarn stets zu berücksichtigen (BVerwG Buchholz 406.19 Nr. 132). Es wäre mit der verfassungsmäßigen Ordnung nämlich nicht zu vereinbaren, wenn die Baugenehmigung auf den Widerspruch des Baunachbarn aufgehoben würde, obwohl sie nach ihrer Aufhebung wegen des nunmehr geltenden Bau-rechtes gemäß § 58 Abs. 1 S. 1 LBO sogleich wieder erteilt werden müßte (BVerwGE 22, 129 [133]; BVerwG NVwZ 1986, 205 im Anschluß an BVerwG Buchholz 406.11 § 31 Nr. 6; BVerwG NVwZ-RR 1996, 628; BVerwG ZfBR 1998, 256; vgl. die ähnliche Regelung in § 49 Abs. 1 LVwVfG).

Beispiel:

Wird nach Erteilung der Baugenehmigung während des laufenden Anfechtungsverfahrens des Baunachbarn der Bebauungsplan rechtsgültig geändert und entspricht das genehmigte Vorhaben nunmehr den Festsetzungen des geänderten Planes etwa über die nachbarschützende Nutzungsart, dann muß diese Rechtsänderung im laufenden Rechtsbehelfsverfahren zugunsten des Bauherrn berücksichtigt werden.

## III. VERWEIGERUNG DES GEMEINDLICHEN EINVERNEHMENS

Besondere Probleme ergeben sich, wenn die Versagung einer bauaufsichtlichen Genehmigung, die auf der Verweigerung des gemeindlichen Einvernehmens gem. § 36 Abs.1 BauGB beruht, im Vorver-

fahren zu überprüfen ist (Eingehend zu den Fragen des § 36 BauGB: *Lasotta*, Das Einvernehmen der Gemeinde nach § 36 BauGB, 1998).

Nach ständiger Rechtsprechung des BVerwG ist die Mitwirkung der Gemeinde ein Verwaltungsinternum, die Einvernehmensversagung als solche deshalb kein anfechtbarer Verwaltungsakt (vgl. BVerwGE 22, 342 ff; BVerwG NVwZ 1986, 556; BVerwG NVwZ-RR 1992, 529). Ohne das erforderliche Einvernehmen der Gemeinde darf weder die Baugenehmigungs- noch die Widerspruchsbehörde die baurechtliche Gestattung erteilen. Dies gilt grundsätzlich sogar dann, wenn das Einvernehmen rechtswidrig versagt wurde (BVerwGE 22, 347 ff; BVerwG NVwZ-RR 1992, 530). Haben Baugenehmigungs- und Widerspruchsbehörde das Einvernehmen nicht eingeholt oder sich über die Versagung hinweggesetzt, weil sie diese für rechtswidrig hielten, ist auf Klage der Gemeinde die Baugenehmigung allein wegen dieses Verfahrensfehlers aufzuheben, ohne daß es auf die materielle Rechtmäßigkeit der Baugenehmigung ankäme (BVerwGE 22, 347 f; BVerwG NVwZ-RR 1989, 6f). Die Anwendung des § 46 VwVfG ist ausgeschlossen, weil nach Ansicht des BVerwG die Beachtung des § 36 BauGB nicht nur verfahrensrechtliche Bedeutung hat, sondern auch und vor allem die Planungshoheit der Gemeinde sichern soll (BVerwGE 22, 347; BVerwG NVwZ 1992, 878).

Verweigert die Gemeinde rechtswidrig das erforderliche Einvernehmen, kann es nach dieser Ansicht nur von der Kommunalaufsichtsbehörde auf Antrag oder von Amts wegen (vgl. §§ 121 ff GemO) oder durch das Gericht im Rahmen einer vom Bauantragsteller gegen die Versagung der Baugenehmigung eingeleiteten Anfechtungsklage ersetzt werden.

Legt man diese Rechtsprechung zugrunde, kann die Widerspruchsbehörde lediglich die Ablehnungsgründe der Baugenehmigungsbehörde überprüfen, grundsätzlich aber nicht das verweigte Einvernehmen der Gemeinde ersetzen. Dies ist von ihr ebenso hinzunehmen wie von der Baugenehmigungsbehörde (BVerwG BauR 1988, 694; NVwZ-RR 1992, 529; VGHBW VBIBW 1995, 364), es sei denn, ihr wäre durch die Vorschriften des materiellen Rechts und seiner Zuständigkeitsvorschriften eine weitergehende Befugnis zur Entscheidung in der Sache eingeräumt als der Erstbehörde.

Neuerdings bestimmt insoweit § 36 Abs. 2 S. 3 BauGB, daß „die nach Landesrecht zuständige Behörde“ (eingefügt durch das BauROG 1998 und inkraft seit dem 1.1.1998) ein rechtswidrig versagtes Einvernehmen der Gemeinde ersetzen kann. Damit könnte durch Landesrecht festgelegt werden, daß die Baurechtsbehörde und/oder die Widerspruchsbehörde das Einvernehmen ersetzen können. Da aber derartige Zuständigkeitsregelungen in Baden-Württemberg fehlen, verbleibt es bei der alten Rechtslage, nämlich der Ersetzung des Einvernehmens durch die Kommunalaufsichtsbehörden (vgl. VGHBW NVwZ 1999, 442 [444]; *Jäde* ZfBR 1998, 129 [135 f]; *Lasotta* BayVBl 1998, 609).

Wird die Baugenehmigung wegen des fehlenden Einvernehmens verweigert, kann der Antragsteller lediglich Verpflichtungswiderspruch und anschließend Verpflichtungsklage auf Erteilung der Baugenehmigung erheben. Das Einvernehmen selbst kann nicht selbständig erstritten werden. Im Rahmen des Klageverfahrens wird inzident mitentschieden, ob die Verweigerung des Einvernehmens rechtmäßig ist. Deshalb ist der Rechtsträger der Behörde, die eine Mitwirkung verweigert hat, vorliegend also die Gemeinde in dem Prozeß notwendig beizuladen (§ 65 Abs. 2 VwGO), wenn er nicht identisch ist mit dem Rechtsträger der Baugenehmigungsbehörde.

Beispiel:

Das Landratsamt als Baurechtsbehörde lehnte die Erteilung einer Baugenehmigung ab, weil die Gemeinde das nach § 36 Abs. 1 BauGB erforderliche Einvernehmen verweigerte. Der gegen die Ablehnung eingelegte Widerspruch blieb erfolglos (mußte erfolglos bleiben, wenn das Einvernehmen nicht im Wege der Kommunalaufsicht ersetzt wurde). Erhebt der Antragsteller Verpflichtungsklage vor dem Verwaltungsgericht, wird die Gemeinde gern. § 65 Abs. 2 VwGO notwendig beigeladen. Das Verwaltungsgericht prüft, ob der Kläger einen Anspruch auf die Erteilung der Baugenehmigung hat. Wenn ja, verpflichtet es den Rechtsträger der Baurechtsbehörde (das Land Baden-Württemberg), die Baugenehmigung zu erteilen. Steht die Erteilung der Baugenehmigung im Ermessen der Baurechtsbehörde (§ 31 Abs. 1 oder Abs. 2 BauGB bzw. § 33 Abs. 2 BauGB), prüft das Verwaltungsgericht, ob die rechtlichen Schranken des Ermessens von der Gemeinde oder der Baurechtsbehörde eingehalten wurden. Ist eine der beiden Ermessensentscheidungen rechtmäßig, wird die Klage abgewiesen. Sind beide rechtswidrig, ergeht ein Bescheidungsurteil i.S.d. § 113 Abs. 5 S. 2 VwGO, es sei

denn, das Ermessen wäre auf Null reduziert. In diesem Fall würde der Rechtsträger der Baurechtsbehörde (das Land BadenWürttemberg) verpflichtet, die Baugenehmigung zu erteilen (§ 113 Abs. 5 Satz 1 VwGO).

---

§ 4:

---

## RÜCKNAHME DES WIDERSPRUCHS UND ANDERE ERLEDIGENDE EREIGNISSE

---

### II. DIE WIDERSPRUCHSRÜCKNAHME

Da die VwGO keine Vorschrift enthält, bis zu welchem Zeitpunkt der Widerspruch wirksam zurückgenommen werden kann, gilt, soweit keine abweichenden Sonderregelungen bestehen, der verfahrensrechtliche Grundsatz, daß ein Rechtsbehelf jedenfalls so lange zurückgenommen werden kann, als noch nicht über ihn entschieden worden ist (BVerwGE 44, 64 ff). Dies gilt entsprechend auch für die Rücknahme des Widerspruchs (§ 69 VwGO).

Umstritten ist, ob entsprechend der Regelungen für gerichtliche Rechtsbehelfe, nach denen die Rücknahme bis zur Rechtskraft der Entscheidung über den Rechtsbehelf zulässig ist, auch die Widerspruchsrücknahme noch nach Erlass des Widerspruchsbescheides bis zum Ablauf der Klagefrist zulässig sein soll. Für den Widersprechenden hätte dies den großen Vorteil, daß er einer *reformatio in peius* (s. nachstehend § 6) im Widerspruchsbescheid durch die Rücknahme des Widerspruchs nachträglich den Boden entziehen und so wenigstens den Status quo wahren könnte.

Mit der h.M. dürfte dies jedoch abzulehnen sein, weil mit dem Erlass des Widerspruchsbescheides das verfahrensrechtliche Ziel des Widerspruchs erreicht und damit der Widerspruch gleichsam „verbraucht“ ist, so daß eine Rücknahme nicht mehr in Betracht kommt (vgl. BVerwGE 44, 66 ff). Dies gilt auch für erfolgreiche Drittwidersprüche. Der erfolgreiche Baunachbar ist allerdings nach materiellem Recht nicht gehindert, auf sein Recht noch im Anfechtungsprozeß des Bauherrn gegen den Widerspruchsbescheid zu verzichten. Dadurch entfällt das rechtliche Substrat des Widerspruchsbescheides, er erledigt sich nach § 43 Abs. 2 LVwVfG „auf andere Weise“ (vgl. nachstehend Nr. § 4 II.).

Solange nicht besondere gesetzliche Regelungen etwas anderes bestimmen, kann die Zurücknahme des Widerspruchs nur ausdrücklich und auch nur in derselben Form erklärt werden, die für die Einlegung nach § 70 VwGO zu beachten ist (BayVGH BayVBI 1975, 21 f). In Ermangelung einer dem § 92 Abs. 1 S. 2 VwGO vergleichbaren Regelung bedarf es weder einer Einwilligung anderer Verfahrensbeteiligter noch der Ausgangsbehörde. Innerhalb der Widerspruchsfrist kann der Widersprechende folglich erneut Widerspruch einlegen (BVerwGE 44, 65 ff). Als Verfahrenshandlung ist die Rücknahme des Widerspruchs aber wegen ihrer prozeduralen Gestaltungswirkung und aus Gründen der Rechtssicherheit zur Vermeidung unsicherer Verfahrenslagen grundsätzlich bedingungsfeindlich, unwiderruflich und unanfechtbar (BVerwGE 57, 342 [346 ff]; VGHBW NVwZ 1995, 280 f).

Die Widerspruchsrücknahme beendet das Vorverfahren *ex nunc*. Sie stellt insofern einen Unterfall der Erledigung dar (s. nachstehend § 4 II. 1). Ein förmlicher Abschluß des Verfahrens durch Einstellung entsprechend § 92 Abs. 3 S. 1 VwGO ist nicht erforderlich, aus Gründen der Klarstellung und Rechtssicherheit in der Praxis gleichwohl zweckmäßig und üblich.

### III. ERLEDIGUNG

Eine Beendigung des Vorverfahrens durch Erledigung in der Hauptsache kann vor allem dadurch eintreten, daß es vor seinem förmlichen Abschluß durch Abhilfe- oder Widerspruchsbescheid auf andere Weise gegenstandslos wird. Eine derartige Erledigung kann durch Zurücknahme des Widerspruches, wie soeben dargestellt, oder „auf andere Weise“ (vgl. § 80 Abs.1 S. 5 LVwVfG) eintreten,

- a. bei Anfechtungswidersprüchen durch Erledigung des angefochtenen VA (§ 43 Abs. 2 LVwVfG), also dadurch, daß der Geltungsanspruch des angegriffenen VA anders als durch Abhilfe- oder Widerspruchsbescheid erlischt, sich inhaltlich erschöpft und alle seine in die Zukunft weisenden Rechtswirkungen fortfallen (vgl. BVerwGE 26, 161 [165]; BVerwGE 66, 75 ff; BVerwG NVwZ 1991, 570 f; BVerwG NVwZ 1998, 729),
- b. bei Verpflichtungswidersprüchen durch Gegenstandsloswerden des mit dem Antrag auf Erlaß eines bestimmten Verwaltungsakts verfolgten materiellen Anspruchs (BVerwGE 61, 128 [134 f]; BVerwG NVwZ 1989, 48).

Während die Rücknahme des Widerspruches das Vorverfahren automatisch beendet und die Abhilfe- oder Widerspruchsbehörde die Erledigung nur noch deklaratorisch in der Begründung des Einstellungsbescheides feststellt, führt die Erledigung des angegriffenen Verwaltungsakts nur dann zu einer Erledigung des Vorverfahrens, wenn der Widersprechende seinen Anfechtungs- oder Verpflichtungswiderspruch nicht auf einen Fortsetzungsfeststellungswiderspruch entsprechend § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO umstellt. Die Statthaftigkeit eines Fortsetzungsfeststellungswiderspruch ist allerdings umstritten. Die Behörde muß deshalb den Widersprechenden vor ihrer Entscheidung zu einer entsprechenden Erklärung auffordern. Legt er aber weiterhin Wert auf eine Entscheidung über die Recht- oder Zweckmäßigkeit des erledigten Verwaltungsakts, muß die Abhilfe- oder Widerspruchsbehörde die Zulässigkeit und Begründetheit des Feststellungswiderspruchs prüfen und ihn entweder als unzulässig oder unbegründet zurückweisen. Das Vorverfahren wird in diesen Fällen also durch einen förmlichen Bescheid in der geänderten Hauptsache und nicht durch deklaratorische Verfahrenseinstellung abgeschlossen.

Die Erledigung kann in folgenden Fallvarianten auftreten:

#### 2. Durch spätere Rechtsakte

- a. Aufhebung des angefochtenen Verwaltungsakts oder rückwirkende Vernichtung des geltend gemachten Anspruchs durch Gesetz (BVerwGE 60, 328 ff), Wegfall einer Erlaubnispflicht (BVerwG DÖV 1974, 677), Aufhebung des angefochtenen Verwaltungsakts außerhalb des Vorverfahrens (s. oben § 2 3.), inhaltliche Überholung durch einen späteren Bescheid (BVerwG NJW 1985, 876),

- b. Verzicht des Begünstigten auf den Verwaltungsakts (VGHBW NVwZ 1995, 280 f: -Verzicht auf Baugenehmigung -) bzw. Rücknahme des Antrags bei einem antragsbedingten Verwaltungsakt),

Beispiel:

Der Nachbar erhebt Widerspruch gegen die dem Bauherrn erteilte Bauerlaubnis, der Bauherr nimmt den Antrag zurück. Die Erlaubnis erlischt, das Widerspruchsverfahren hat sich erledigt durch Wegfall der Beschwer für den widersprechenden Baunachbarn (VGHBW NJW 1981, 1524).

Einem Verpflichtungswiderspruch auf Erteilung einer Baugenehmigung wird durch die Zurücknahme des Bauantrags der Boden entzogen (vgl. BVerwG NVwZ 1989, 860 f).

- a. Legalisierung eines von einem Dritten angegriffenen formell illegalen Vorhabens,

Beispiel:

Der Nachbar verlangt mit Verpflichtungswiderspruch bauaufsichtliches Einschreiten gegen einen Schwarzbau; die Baugenehmigung wird nachträglich erteilt (BVerwG NVwZ 1989, 48).

- b. Abschluß eines Vergleichs (§ 79 i.V.m.. § 55 LVwVfG).

### 3. Durch spätere rechtserhebliche Änderung der Sachlage

- a. Tod der berechtigten oder verpflichteten Person bei höchstpersönlichen Rechten oder Pflichten (s. oben § 3 I. 2. e.),

Ist die Hauptsache erledigt, tritt der Rechtsnachfolger, wenn er die Hauptsache für erledigt erklärt und keinen Fortsetzungsfeststellungsantrag stellt, nur noch hinsichtlich der Kosten in das Widerspruchsverfahren ein (Wallerath, JuS 1971, 461 f; Pietzner, VerwArch 1984, 79[87 ff]).

- b. Einzelrechtsnachfolge in die Verpflichtungswirkung eines „dinglichen“ Verwaltungsakts,

Die Einzelrechtsnachfolge in bauaufsichtliche Beseitigungsanordnungen wird von der ganz h.M. bejaht; vgl. BVerwG NJW 1971, 1624; VGHBW NVwZ 1992, 392 - naturschutzrechtliche Beseitigungsanordnung). Die materiell-rechtliche Rechtsnachfolge bewirkt verfahrensrechtlich einen Beteiligtenwechsel. Der Rechtsnachfolger übernimmt das Widerspruchsverfahren in dem Verfahrenszustand, in dem es sich bei Eintritt der Rechtsnachfolge befunden hat (Rechtsgedanke des § 49 BauGB). Der ursprüngliche Widersprechende verliert mit dem Verlust des Eigentums am sachlichen Substrat des Verwaltungsakts, im Bauwiderspruchsverfahren regelmäßig des fraglichen Grundstücks, seine Widerspruchsbefugnis. Die Widerspruchsbehörde darf deshalb den Widerspruchsbescheid nicht mehr gegen den Rechtsvorgänger richten, da sie damit eine Verpflichtung gegen einen Nichtmehrverpflichteten aufrechterhalten würde (vgl. OVG NW NVwZ-RR 1997, 12 f; s. auch oben § 3 I. 2. e.).

- c. Zeitablauf,

Beispiel:

Ablauf der Frist bei befristeter Erlaubnis, z.B. befristeter Behelfsbau; Duldungsverfügung zum Betreten des Grundstücks.

- d. Nichtgebrauch von Erlaubnissen,

Beispiel:

Die Baugenehmigung erlischt nach 3 Jahren (§ 62 Abs. 1 LBO).

- e. tatsächliches Unmöglichwerden und andere Fälle des Wegfalls des Regelungsobjekts.

Beispiel:

Der seuchenverdächtige Hund wird überfahren; Abbruchverfügung an Eigentümer, Duldungsverfügung an Besitzer zur Überwindung des sich aus seinen Besitzrechten ergebenden Vollstreckungshindernisses und Erledigung der Duldungsverfügung durch Eigentumserwerb des Besitzers (VGHBW NJW 1977, 861).

### 4. Der Sonderfall des Vollzuges

Die Vollziehung eines Verwaltungsakts bedeutet ebenso wie seine Erfüllung durch den Pflichtigen grundsätzlich nicht seine Erledigung (VGHBW BRS 25 Nr. 212). Eine Erledigung durch Vollzug kann nur ausnahmsweise angenommen werden, wenn sich der Verwaltungsakt durch den Vollzug inhaltlich derart erschöpft hat, daß aus ihm auch für die Zukunft nichts mehr abgeleitet werden kann.

Erledigung ist deshalb bei Verwaltungsakten ohne Dauerwirkung denkbar, bei denen durch Vollzug irreparable Tatsachen geschaffen worden sind.

Beispiel:

Tötung eines seuchenverdächtigen Tieres.

Keine Erledigung tritt jedoch ein, wenn der Verwaltungsakt als causa des durch den Vollzug geschaffenen, reparablen Zustandes fortwirkt.

Beispiel:

Gebrauchmachen einer Baugenehmigung erschöpft diese nur insoweit, als weitere Baumaßnahmen auf Grund der Genehmigung nicht gerechtfertigt sind. Sie wirkt aber weiter mit ihrem feststellenden Teil als causa des geschaffenen Baubestandes (formelle Baurechtmäßigkeit).

---

§ 5:  
FACHAUFSICHTLICHE WEISUNG STATT WIDERSPRUCHSBESCHEID  
- BEDENKENERLAß -

---

Ist die Widerspruchsbehörde als nächsthöhere Behörde zugleich auch die der Ausgangsbehörde übergeordnete Aufsichtsbehörde, wie das im Baurecht der Fall ist, zieht es das Regierungspräsidium in der Praxis regelmäßig vor, die untere Baurechtsbehörde durch fachaufsichtliche Weisung („Bedenkenerlaß“) zur Abhilfe anzuhalten, um so einen Abschluß des Widerspruchsverfahrens ohne förmlichen Widerspruchsbescheid zu erreichen.

Dies hat mehrere Gründe:

- Zurn einen bereitet die fachaufsichtliche Weisung weniger Arbeit, da sie nicht so ausführlich begründet zu werden braucht wie ein Widerspruchsbescheid.
- Zum anderen vermeidet sie, da sie dem Widerspruchsführer i.d.R. nicht bekannt wird, vor allem die Desavouierung der unteren Baurechtsbehörde durch das Regierungspräsidium.
- Schließlich - auch das mag im Einzelfall ein Grund sein - wird der Ausgangsbehörde die Prozeßführungslast zugeschoben, falls ein Dritter durch den Abhilfebescheid beschwert werden sollte.

Höchstrichterlich entschieden ist die Zulässigkeit dieser Verfahrensweise bisher noch nicht. Anerkannt ist aber, daß die Befugnis der Ausgangsbehörde, einem Widerspruch nach § 72 VwGO abzuwehren, diese nicht von fachaufsichtlichen Weisungen freistellt, da § 72 VwGO lediglich eine Einschränkung des sog. Devolutiveffekts, nicht aber - worauf die Freistellung von fachaufsichtlichen Weisungen im Ergebnis hinauslaufen würde - eine Ausweitung der Befugnisse der Ausgangsbehörde beinhaltet (BVerwG DÖV 1971, 355; VGHBW VBIBW 1993, 338 f). Damit ist zumindest klargestellt, daß die Widerspruchsbehörde, wenn sie von dem bei der Ausgangsbehörde anhängigen Widerspruch Kenntnis erhält - zumeist weil der Widerspruch bei ihr eingelegt wurde und sie ihn der Ausgangsbehörde zur Abhilfe weitergereicht hat -, auf deren Abhilfeentscheidung durch Fachweisungen Einfluß nehmen darf. Erst wenn die Ausgangsbehörde die Abhilfe verweigert und den Widerspruch der höheren Behörde zur Entscheidung vorgelegt hat, wird deren Zuständigkeit als Widerspruchsbehörde durch den Devolutiveffekt begründet (s. oben § 2).

Teilweise wird vorgetragen, die Frage, ob die Widerspruchsbehörde auch noch in diesem Stadium von ihrem Weisungsrecht Gebrauch machen dürfe, sei nicht nach § 72 VwGO, sondern nach § 73 Abs. 1 VwGO zu beantworten. Angesichts der klaren Fassung des § 73 Abs. 1 VwGO („so ergeht ein Widerspruchsbescheid ... diesen erläßt ...“) spreche alles dafür, daß die VwGO die Widerspruchsbehörde zum Erlaß eines Widerspruchsbescheides verpflichten wolle. Die Widerspruchsbehörde dürfe sich, auch wenn und soweit sie gleichzeitig Fachaufsichtsbehörde sei, dieser Pflicht nicht durch den Erlaß einer fachaufsichtlichen Weisung entledigen. Diese Bedenken sollen nicht greifen, wenn die Wider-

spruchsbehörde eine fachaufsichtliche Weisung nicht statt des Widerspruchsbescheids erläßt, sondern in oder im Zusammenhang mit einem Widerspruchsbescheid etwa dergestalt, daß sie in einem stattgebenden Widerspruchsbescheid oder in Vollzug eines solchen die Ausgangsbehörde anweise, den angefochtenen Verwaltungsakt aufzuheben oder aber den begehrten Verwaltungsakt zu erlassen. Da die Ausgangsbehörde in diesem Fall gebunden ist und die Widerspruchsbehörde ihre Weisungshoheit im Außenverhältnis eingesetzt habe, liege somit die eigentliche Beschwerde etwaiger Dritter im Widerspruchsbescheid und nicht im Vollzugsakt der Ausgangsbehörde, so daß eine Klage ohne erneutes Vorverfahren gegen die Widerspruchsbehörde bzw. deren Rechtsträger zu richten wäre. Auch eine unzulässige Vermengung von Widerspruchs- und Aufsichtsverfahren liege hierin nicht, da Widerspruchsbescheide mit fachaufsichtlicher Weisung in diesen Fällen allein dem Regime der Vorschriften über das Widerspruchsverfahren und nicht dem der §§ 48 ff. LVwVfG unterliegen würden.

Die hiervon abweichende Ansicht der Rechtsprechung (a.A. BayVGH BayVBI 1965, 67; OVG NW NVVBI 1992, 249 f) verdient der Vorzug, da sie zum einen einem offenkundigen Bedürfnis der Praxis Rechnung trägt. Zum anderen spricht die Einfachheit und Zweckmäßigkeit des Verfahrens (vgl. § 10 LVwVfG) für diese Handhabung. Vor allem aber ist nicht zu sehen, daß die Rechtsschutzmöglichkeiten des Widerspruchsführers dadurch in irgendeiner Weise geschmälert werden. Für eine Änderung dieser in der täglichen Arbeit bewährten Verfahrensweise spricht damit eigentlich nichts.

---

## § 6:

### DIE REFORMATIO IN PEIUS

---

#### 1. BEGRIFF

Die Widerspruchsbehörde kann im Rahmen ihrer Begründetheitsprüfung auch zu dem Ergebnis kommen, dass der Widerspruchsführer durch die angefochtene Entscheidung weniger als rechtlich geboten oder zweckmäßig belastet bzw. ihm zuviel gewährt worden ist. Der Widerspruch ist dann auf jeden Fall unbegründet. Umstritten ist aber, ob die Widerspruchsbehörde in diesem Fall den angefochtenen Verwaltungsakt auch zum Nachteil des Widerspruchsführers abändern, d.h. verbösern darf (vgl. *Weides*, aaO. S. 294 ff; *Pietzner/Ronellenfitsch*, aaO. § 40).

Eine reformatio in peius (Verböserung, Verschlechterung) liegt grundsätzlich nur vor, wenn in einem Rechtsbehelfsverfahren wie dem Widerspruchsverfahren die angefochtene Entscheidung zum Nachteil des Widersprechenden geändert wird. Außerhalb des Vorverfahrens greifen dagegen allein die Regeln über die Rücknahme rechtswidriger Verwaltungsakte Platz.

Für die reformatio in peius ergeben sich daraus drei unterschiedliche Fallgestaltungen, nämlich

a. daß die Widerspruchsbehörde die angefochtene Belastung verschärft,

Beispiel:

Eine (Teil-)Abbruchsanordnung wird auf weitere Gebäudeteile oder das ganze Gebäude erstreckt (VGH BW BRS 28 Nr. 157 mit BVerwGE 51, 310 ff).

b. eine dem Widersprechenden bereits gewährte, aber von ihm als zu gering angegriffene Vergünstigung wird ganz oder teilweise wieder entzogen, sowie

Beispiel:

Eine unter Nebenbestimmungen erteilte Subventionsbescheinigung wird nunmehr ganz versagt (BVerwG NJW 1988, 276 f) oder eine Geldleistung wird nunmehr niedriger festgesetzt.

c. die einer Begünstigung beigegebene Einschränkung oder Auflage wird verschärft.

Beispiel:

Einer Baugenehmigung werden weitere Nebenbestimmungen beigelegt (vgl. BVerwG DÖV 1972, 789).

Kein Fall der *reformatio in peius* liegt dagegen vor, wenn die Widerspruchsbehörde der angefochtenen Entscheidung eine andere materiell-rechtliche Begründung gibt, also die Entscheidungsgründe insofern austauscht. Eine *reformatio in peius* liegt vielmehr nur und erst dann vor, wenn der eigentliche Entscheidungsausspruch, also der Tenor zulasten des Widerspruchsführers geändert wird (vgl. BVerwGE 38, 60 ff).

Ebenfalls kein Fall der *reformatio in peius* liegt vor, wenn nicht der Bauherr, sondern der Nachbar Widerspruch gegen die Baugenehmigung erhoben hat und die Widerspruchsbehörde nunmehr die Baugenehmigung aufhebt oder belastende Nebenbestimmung beifügt. Insofern muß der Bauherr ohnehin nach § 50 LVwVfG damit rechnen, daß ihm die Vergünstigung von der Ausgangs- bzw. Widerspruchsbehörde wieder genommen wird, um dem Widerspruch abhelfen zu können. Ist die erteilte Genehmigung nämlich rechtswidrig, ist die Widerspruchsbehörde wegen § 73 Abs. 1 S. 1 VwGO verpflichtet, diese aufzuheben. Anders als die erlassende Behörde gemäß § 48 Abs. 1 S. 1 LVwVfG kommt ihr insoweit im Widerspruchsverfahren kein Rücknahmeermessen zu. § 50 LVwVfG dispensiert in diesem Fall die Ausgangs- bzw. Widerspruchsbehörde von den sich insoweit außerhalb des Vorverfahrens geltenden Beschränkungen. Allerdings setzt § 50 LVwVfG stillschweigend voraus, daß der Dritte einen zulässigen Widerspruch eingelegt hat.

Eine nur scheinbare Ausnahme von der grundsätzlichen Zulässigkeit der *reformatio in peius* im Vorverfahren stellt der Fall der Teilanfechtung dar. Bei mehreren rechtlich selbständigen Verwaltungsakten kann der Widerspruch auf jeden selbständigen Teil beschränkt werden. Eine *reformatio in peius* zu Lasten des Widersprechenden hinsichtlich des nicht angefochtenen Teils der Entscheidung scheidet deshalb aus, weil insofern eine Entscheidungszuständigkeit der Widerspruchsbehörde infolge des fehlenden Devolutiveffekts gar nicht entstanden ist.

## 2. ZULÄSSIGKEIT

Die Diskussion über die Zulässigkeit der *reformatio in peius* im Widerspruchsverfahren hat ihre Wurzeln in dem für das gerichtliche Verfahrensrecht anerkannten Verbot der Verböserung. Das BVerwG hält die *reformatio in peius* im Vorverfahren aber jedenfalls dann für zulässig, wenn

b. die Widerspruchsbehörde mit der Ausgangsbehörde identisch oder mit denselben Zuständigkeiten ausgestattet ist wie diese (BVerwG DÖV 1957, 782; ebenso VGHBW NVwZ-RR 1990, 205) oder

c. zumindest als vorgesetzte Behörde der Ausgangsbehörde gegenüber weisungsbefugt ist (BVerwG NVwZ-RR 1997, 26 - Fachaufsichtsbehörde -; VGHBW BRS 28 Nr. 157 - Regierungspräsidium -).

Die *reformatio in peius* ist demnach in Bauwiderspruchsverfahren grundsätzlich zulässig. Dies gilt auch für Ermessensentscheidungen, da insofern weder mit Blick auf die Kontrollfunktion des Widerspruchsverfahrens noch unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes Abweichungen ersichtlich sind (VGHBW BRS 28 Nr. 157). Ermessensentscheidungen können daher ebenfalls sowohl aus Gründen der Rechts- wie der Zweckwidrigkeit zu Lasten des Widersprechenden abgeändert werden.

Der drohenden Verböserung kann der Widersprechende jedoch dadurch entgehen, daß er den Widerspruch noch vor dem Erlass des Widerspruchsbescheids zurücknimmt. Auf die Möglichkeit zur Verböserung ist der Widerspruchsführer gem. § 71 VwGO hinzuweisen. Diese Vorschrift erstreckt die Anhörungspflicht auf die erstmalige Beschwerde und damit auch auf die drohende Verböserung. Nach §§ 28, 79 LVwVfG besteht diese Pflicht zur Anhörung des Widerspruchsführers ansonsten nur bezüglich der entscheidungserheblichen Tatsachen, d.h. wenn die Verböserung auf neuen Tatsachen oder Tatsachen beruhen würde, die neu in das Verfahren eingeführt worden sind (vgl. VGHBW NVwZ 1995, 1220 f).

---

§ 7:  
VERPFLICHTUNGSWIDERSPRUCH

---

## I. ALLGEMEINES

Baurechtlicher Nachbarschutz ist auch als Verpflichtungswiderspruch möglich (§§ 42 Abs. 1, 68 ff. VwGO). Der gestörte Baunachbar kann damit ein baurechtliches Einschreiten der zuständigen Baurechtsbehörde gegenüber dem verantwortlichen Störer (Bauherr, Anlagenbetreiber, Eigentümer, Nutzer) durch den Erlass von bauaufsichtsrechtlichen Anordnungen, Verfügungen oder Auflagen, etwa Baueinstellungen, Nutzungsuntersagungen, Abbruchsanordnungen, Rücknahmen oder nachträgliche Auflagen, begehren und die Ablehnung oder Unterlassung des beantragten Einschreitens weiterverfolgen.

Der baurechtliche Nachbarschutz ist insofern, wie schon im Bereich des Anfechtungswiderspruchs, durch eine Dreiecksbeziehung gekennzeichnet, die aus dem gestörten Baunachbarn (zur Gemeinde als „Baunachbar“ vgl. BVerwG BRS 52 Nr. 136), der Baurechtsbehörde und dem verantwortlichen Störer gebildet wird. In dieser Dreiecksbeziehung steht der geltend gemachte Rechtsanspruch des Baunachbarn gegen die (Körperschaft der) zuständige(n) Baurechtsbehörde auf Einschreiten gegenüber dem Bauherrn bzw. auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über den gestellten Antrag im Mittelpunkt (zum Einschreiten gegen Miteigentümer vgl. BVerwG ZfBR 1999, 54). Unmittelbare öffentlich-rechtliche Beziehungen des Baunachbarn zum Störer (Bauherrn) gibt es in diesem Dreiecksverhältnis nicht (vgl. *Büchner/Schlotterbeck*, Baurecht 3. Aufl., RNr. 1207).

## II. ZULÄSSIGKEIT

Voraussetzung für den Erfolg des Verpflichtungswiderspruchs eines Baunachbarn ist zum einen dessen Zulässigkeit (zu den Zulässigkeitsvoraussetzungen im einzelnen, vgl. oben § 1 C. III.), insbesondere dessen Statthaftigkeit. Der Verpflichtungswiderspruch setzt einen unterlassenen oder abgelehnten Verwaltungsakt voraus (§ 42 Abs. 1 VwGO), der Baunachbar muß also zuvor ein entsprechendes Verwaltungsverfahren (§ 9 LVwVfG) mit dem Ziel des Erlasses der begehrten Anordnung bei der zuständigen Baurechtsbehörde beantragt haben (zur Gemeinde als Antragstellerin wegen Verletzung der Planungshoheit durch ein ohne ihr Einvernehmen errichtetes Bauvorhaben vgl. BVerwG BRS 52 Nr. 136). Ein solcher Antrag ist weder form- noch fristgebunden, kann aber verwirkt sein (zum letzteren vgl. BVerwG Buchholz 406.19 Nr. 139 und oben § 1 C. III. 3.2.2). Hat der Baunachbar keinen derartigen Antrag gestellt, fehlt ihm regelmäßig das Sachbescheidungs- oder Rechtsschutzinteresse.

### III. BEGRÜNDETHEIT

#### 1. Erfordernis einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage

Weitere Voraussetzung für das Obsiegen des Baunachbar ist die Begründetheit seines Verpflichtungswiderspruchs (vgl. § 113 Abs. 5 VwGO). Das beantragte Einschreiten der Baurechtsbehörde gegen den Störer erfordert unter dem rechtsstaatlichen Gesichtspunkt des Vorbehaltes des Gesetzes eine besondere gesetzliche Ermächtigungsgrundlage (Eingriffsnorm) für die begehrte baurechtliche Maßnahme. In Betracht kommen insoweit insbesondere die einschlägigen Vorschriften der LBO. Das Erfordernis einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage gilt selbst dann, wenn die baurechtliche Gestattung (Baugenehmigung) wegen Verstoßes gegen nachbarschützende Rechtsvorschriften, z.B. aufgrund eines Anfechtungsrechtsbehelfs des Baunachbarn, aufgehoben worden ist, und sich für ihn nunmehr die Frage nach der Pflicht der Baurechtsbehörde zur Folgenbeseitigung stellt (vgl. BVerwG Buchholz 406.19 Nr. 46; zur Problematik der Folgenbeseitigung bei aufgehobenen Verwaltungsakten mit Drittwirkung vgl. *Hom*, DÖV 1989, 976; *Schenke*, DVBl 1990, 328).

Als Ermächtigungsgrundlage kommen hier primär die speziellen Eingriffsnormen der LBO, insbesondere § 64 Abs. 1 LBO (Baueinstellung), § 65 LBO (Abbruchsanordnung, Nutzungsuntersagung), § 59 Abs. 4 Satz 1 LBO (Untersagungsanordnung) oder des § 58 Abs. 6 LBO (nachträgliche Anordnung bei genehmigten Vorhaben) in Betracht. Subsidiär kann letztlich auch § 47 Abs. 1 LBO als allgemeine Aufgabenzuweisungs- und Befugnisnorm herangezogen werden, falls kein Sachverhalt gegeben ist, der die Anwendung einer spezielleren Ermächtigungsgrundlage rechtfertigt. Auch die Vorschriften über die Rücknahme und den Widerruf von Verwaltungsakten (§§ 48 ff. LVwVfG) können als spezielle gesetzliche Eingriffsnormen dienen.

#### 2. Tatbestandliche Voraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage

Neben den tatbestandlichen Voraussetzungen muß der in Frage kommenden Ermächtigungsgrundlage außerdem noch nachbarschützende Wirkung zukommen (vgl. VGHBW ESVGH 23, 196 [198]; siehe auch oben § 3), d.h. der Baunachbar muß durch ein Vorhaben (eine Anlage oder Nutzung) in seinen subjektiven öffentlichen Rechten verletzt sein. Nur dann hat nämlich die zuständige Baurechtsbehörde auch die rechtlich geschützten Nachbarinteressen in ihre Ermessenserwägungen einzustellen (BVerwGE 11, 95 ff = NJW 1961, 793; BVerwG BRS 48 Nr. 161; BVerwG BRS 52 Nr. 217; BVerwG BauR 1996, 841; VGHBW BRS 28 Nr. 124; BayVGH BRS 48 Nr. 184).

Nachbarschützende Wirkung kommt den baurechtlichen Eingriffsnormen jedenfalls dann zu, wenn besonders hochwertige Rechtsgüter des Baunachbarn, wie z.B. Leben, Körper oder Gesundheit, durch ein Vorhaben gestört oder gefährdet sind (vgl. BVerwGE 54, 211 [221] = BRS 32 Nr. 17 im Anschluß an BVerwGE 32, 173 [179] = BRS 22 Nr. 181).

#### 3. Rechtsfolge der Ermächtigungsgrundlage

##### a. Ermessen

Allen Ermächtigungsgrundlagen der LBO für ein Einschreiten ist gemeinsam, daß sie die Baurechtsbehörden grundsätzlich nicht zum Einschreiten gegen den verantwortlichen Störer verpflichten, sondern nach dem Opportunitätsprinzip nur zum Einschreiten nach pflichtgemäßem Ermessen (§ 40 LVwVfG; vgl. BVerwG NVwZ 1992, 165) ermächtigen. Gleiches gilt auch für die Rücknahme und den Widerruf von Verwaltungsakten gemäß §§ 48 ff. LVwVfG, z.B. von Baugenehmigungen, baurechtlichen Zustimmungen, Bauvorbescheiden, Abweichungszulassungen oder Teilungsgenehmigungen. Allerdings räumen sie - wie dargelegt - dem Baunachbarn einen subjektiven öffentlichen Rechtsanspruch auf fehlerfreie Ermessensausübung nur ein, wenn die entsprechende Vorschrift nicht nur dem öffentlichen Interesse an der Wahrung und Wiederherstellung der baurechtlichen Ordnung dient, sondern zumindest auch den Schutz konkreter nachbarlicher Einzelinteressen bezweckt, sie also nachbarschützend ist.

Der Rechtsanspruch des Baunachbarn richtet sich also demgemäß nicht unmittelbar auf baurechtliches Einschreiten, sondern ist grundsätzlich auf die fehlerfreie Ausübung des Ermessens durch die Baurechtsbehörde beschränkt. Den Baurechtsbehörden sind also grundsätzlich keine strikten Verpflichtungen auferlegt, sondern ihre baurechtlichen Entscheidungen sind in das pflichtgemäße Ermessen gestellt. Darin liegt eine gewisse Schwäche des geltend gemachten Rechtsschutzanspruches des Baunachbarn.

Die für den Baunachbarn u.U. gegebene Möglichkeit, seine subjektiven Rechte unmittelbar gegenüber dem verantwortlichen Störer privatrechtlich (§§ 1004, 906, 823 Abs. 2 BGB) oder durch unmittelbare öffentlich-rechtliche Leistungsklage geltend zu machen, kann im Einzelfall ein beachtlicher Ermessens Gesichtspunkt sein (BVerwG BauR 1998, 319; BVerwG DVBl 1969, 586), der durchaus sachgerecht gegen den Erlaß einer bauaufsichtsrechtlichen Anordnung sprechen und damit zu einem Ablehnungsbescheid führen kann.

#### a. Ermessensreduktion auf Null

Der Rechtsanspruch des Baunachbarn auf fehlerfreie Ermessensausübung kann sich ausnahmsweise zu einem Anspruch auf Einschreiten gegen den Störer verdichten, wenn jede andere Entscheidung der Baurechtsbehörde ermessensfehlerhaft wäre (sog. Ermessensreduzierung auf Null; vgl. BVerwG BRS 48 Nr. 161; BVerwG ZfBR 1997, 48; VGHBW BauR 1995, 219).

Ob dem Baunachbarn ein sich aus der Ermessensreduzierung auf Null ergebender Rechtsanspruch auf baurechtliches Einschreiten zusteht, bestimmt grundsätzlich das Landesrecht (BVerwG ZfBR 1998, 106; BVerwG BRS 48 Nr. 161). Eine derartige Ermessensreduktion zugunsten des betroffenen Baunachbarn ergibt sich deshalb nach wohl überwiegender Auffassung nicht bereits aus einem bloßen baurechtswidrigen Zustand auf dem Nachbargrundstück. Der formell und/oder materiell illegale Zustand muß darüber hinaus auch eine tatsächliche Beeinträchtigung für den Nachbarn bedeuten, beispielsweise wenn besonders hochwertige Rechtsgüter, wie z.B. Leben, Körper oder Gesundheit, gestört oder gefährdet sind (BVerwGE 11, 95; BVerwG Buchholz 406.19 Nr. 46; BVerwG Buchholz 406.19 Nr. 80 BRS 48 Nr. 161; BVerwG BauR 1996, 841; VGHBW VBIBW 1992, 148), die Störung also bereits eine besondere Schädlichkeit angenommen hat. Dem Nachbarn müssen also schwerwiegende Nachteile drohen, die ein umgehendes Handeln der Behörde erfordern. Allerdings verbleibt der Baurechtsbehörden auch bei dieser Qualität der Störung oder Gefährdung zumeist noch ein ausnutzbarer Ermessensspielraum für das anzuwendende Mittel.

#### a. Folgenbeseitigung nach Aufhebung einer baurechtlichen Gestattung

Hatten Anfechtungsrechtsbehelfe des Baunachbarn Erfolg, stellt sich im Anschluß die Frage des sog. Folgenbeseitigungsanspruchs. Auch insoweit kommt dem Nachbarn nicht automatisch ein Anspruch auf ein Tätigwerden der Baurechtsbehörde zu. Vielmehr ist hier der Anspruch erneut auf fehlerfreie Ermessensausübung beschränkt. Das Problem der Ermessensreduzierung auf Null zugunsten des baunachbarlichen Rechtsanspruches auf ein Einschreiten ergibt sich daher auch insoweit, so daß auf die vorherigen Ausführungen verwiesen werden kann (vgl. *Horn* DÖV 1989, 976; *Liou* Individualrechtsschutz und öffentlich-rechtlicher Folgenbeseitigungsanspruch, 1994; *Pietzner/Müller* VerwArch 1994, 603; *Schneider* Folgenbeseitigung im Verwaltungsrecht, 1994, *Wallerath* DÖV 1994, 757; *Geislinger* BayVBl 1994, 72). Bei geringfügigen Verstößen wird in der Praxis allerdings der Rechtsanspruch verneint (BayVGH BRS 48 Nr. 174 und Nr. 175; OVG NW BauR 1990, 341; VGHBW VBIBW 1990, 102 m. Anm. *Bender* VBIBW 1990, 223; *Schenke* DVBl 1990, 328).

#### a. Rechtsschutz bei Vorhaben im Kenntnissgabeverfahren und verfahrensfreien Vorhaben

Die Frage der Ermessensreduktion auf Null stellt sich außerdem auch bei kenntnissgabepflichtigen und verfahrensfreien Vorhaben. In diesen Fällen ist gegen einen drohenden Baubeginn mangels eines Verwaltungsaktes einstweiliger Rechtsschutz nicht nach § 80 a Abs. 3 VwGO möglich. Anstelle der Vollziehungsaussetzung bietet sich daher ein Antrag auf die in ihren Wirkungen ähnliche vorläufige

Untersagung des Baubeginns oder Einstellung der Bauarbeiten durch die Baurechtsbehörde an. Im übrigen gelten die vorigen Ausführungen entsprechend.

#### **IV. VERPFLICHTUNGSRECHTSBEHELFE WEGEN VERSAGTER ODER UNTERLASSENER RÜCKNAHME EINER BAURECHTLICHEN GESTATTUNG**

##### **4. Baubehördliche Zusicherung**

Zu einem Verpflichtungsbegehren des Baunachbarn kann es auch kommen, wenn dem Baunachbarn eine Zusage bezüglich einer dem Bauherrn zu erteilenden baurechtlichen Gestattung, etwa eine Baugenehmigung, gemacht wurde und der Baunachbar diese Zusage nicht eingehalten sieht. Eine derartige Zusage ist bei Beachtung des für die Zusicherung geltenden § 38 LVwVfG rechtsverbindlich. Erteilt die Baurechtsbehörde unter Verletzung einer solchen Zusage z.B. eine Baugenehmigung, kann der Baunachbar diese deswegen zwar nicht anfechten. Allerdings kann er die Rücknahme der zusagewidrigen Baugenehmigung bei der Baurechtsbehörde zu beantragen. Ein ohne derartigen Antrag erhobener Verpflichtungswiderspruch wegen der zusagewidrigen Baugenehmigung wäre mangels Sachbescheidungs- oder Rechtsschutzinteresses unzulässig. Im Hinblick auf den dem Bauherrn zustehenden Vertrauensschutz (§ 48 Abs. 1 Satz 2 LVwVfG) werden derartige Verpflichtungsrechtsbehelfe gleichwohl oftmals erfolglos bleiben (BVerwG BRS 29 Nr. 146; BVerwG BRS 22 Nr. 186).

##### **5. Unanfechtbarkeit der baurechtlichen Gestattung**

Ein derartiges Verpflichtungsbegehren kann u.U. auch in Betracht kommen, wenn die baurechtliche Gestattung gegenüber dem Baunachbarn unanfechtbar geworden und sie damit ihm gegenüber an sich bestandskräftig geworden ist. Eine rechtswidrige baurechtliche Gestattung kann nämlich nach pflichtgemäßem Ermessen (§ 40 LVwVfG), auch wenn sie unanfechtbar geworden ist, ganz oder teilweise zurückgenommen werden (§ 48 Abs. 1 Satz 1 LVwVfG). Ein solcher Antrag ist aber, wie schon dargestellt, nur dann begründet, wenn die Rechtswidrigkeit die Folge eines Verstoßes gegen eine den Baunachbarn schützende Rechtsvorschrift ist und sich außerdem auch nicht die Frage nach dem Vorliegen der Widerspruchsbefugnis aus Gründen der Verwirkung stellt..