

Beispielsfall 4

A betreibt eine Schweinemästerei mit 1.500 Mastplätzen im Außenbereich. Das Grundstück des A grenzt im Osten an ein unbeplantes Gebiet, das im Zusammenhang mit verschiedenen Gewerbebetrieben bebaut wurde. B besitzt hier noch ein noch unbebautes Grundstück. Die Stadt Bonn genehmigt dem B auf diesem Grundstück den Bau eines Wohnhauses.

Der A hat gegen die Baugenehmigung des B Klage erhoben. Zugleich beantragt er beim zuständigen VG einstweiligen Rechtsschutz.

Wie wird das Gericht in dem Eilverfahren entscheiden?

Abwandlung 1

Die Stadt Bonn erlässt einen Bauvorbescheid, der die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit der Wohnbebauung feststellt.

Besprechungsfall 5

In Betracht kommt ein Antrag nach §§ 80a Abs. 3, Abs. 1 Nr. 2 i. V. m. 80 Abs. 5 VwGO

A. Rechtsweg und Zuständigkeit

I. Verwaltungsweg

1. Keine Sonderzuweisungen
2. Öffentlich-rechtliche Streitigkeit
3. Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art

II. Zuständigkeit

Zuständig ist gemäß § 80 Abs. 5 S. 1 VwGO das Gericht der Hauptsache, d.h. das Gericht, bei dem die Hauptsache bereits anhängig ist.

Anmerkung: Ob das Verweisungsverfahren des § 17a Abs. 2 GVG (i. V. m. § 83 VwGO) im Rahmen des Eilverfahrens nach § 80 Abs. 5 VwGO Anwendung findet, ist umstritten. Folgt man der Gegenansicht, die ein Verweisungsverfahren mit dem Charakter des Eilverfahrens unvereinbar hält, sind, Rechtsweg und Zuständigkeit im Rahmen der Zulässigkeit zu prüfen.

B. Sachentscheidungsvoraussetzungen

I. Statthafter Antrag

► **Abgrenzung** zwischen §§ 80a Abs. 3, Abs. 1 Nr. 2, 80 Abs. 5 VwGO und § 123 VwGO anhand des § 123 Abs. 5 VwGO:

Die Frage nach der Zulässigkeit eines Antrages nach § 80 VwGO oder eines solchen nach § 123 VwGO richtet sich nach dem **Rechtsschutz in der Hauptsache**. Wenn in der Hauptsache eine Anfechtungsklage oder ein Anfechtungswiderspruch statthaft ist, muss der A Rechtsschutz nach § 80 VwGO begehren. In sämtlichen anderen Fällen richtet sich der einstweilige Rechtsschutz nach § 123 VwGO.

Hier wendet sich der A gegen die dem B erteilte Baugenehmigung. In der Hauptsache kommt daher eine Anfechtungsklage gegen diese Genehmigung in Betracht, so dass einstweiliger Rechtsschutz über §§ 80a Abs. 3, Abs. 1 Nr. 2, 80 Abs. 5 VwGO zu erfolgen hat (*drittbegünstigender VA*).

Die Statthaftigkeit des Antrages nach § 80 VwGO setzt aber weiter voraus, dass ein Fall des § 80 Abs. 2 VwGO gegeben ist, also die aW entweder kraft Gesetzes entfällt oder die sofortige Vollziehung angeordnet wurde.

► Hier ist § 80 Abs. 2 Nr. 3 VwGO i.V.m. **§ 212a Abs. 1 BauGB** einschlägig.

► **Vorherige Klageerhebung:** Für § 80a VwGO ergibt sich die Notwendigkeit eines bereits eingelegten Rechtsbehelfes an sich bereits aus dem Wortlaut der Norm (vgl. § 80a Abs. 1 S. 1 VwGO: „*Legt ...*“). Ob jedoch aus der Verweisung in § 80a Abs. 3 Satz 2 auf § 80 Abs. 5 Satz 2 VwGO ergibt, dass die Antragstellung bereits vor Klageerhebung zulässig ist, ist umstritten (siehe *Schenke*, Rn. 992), wird aber von der hM bejaht. Dies kann hier jedoch offen bleiben: Denn vorliegend hat der A Klage erhoben (statthafter Rechtsbehelf, da Widerspruch nach § 110 Abs. 1 Satz 1 JustG NW ausgeschlossen).

→ **Der Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung nach §§ 80a, 80 Abs. 5 VwGO ist statthaft.**

Hinweis: Bitte beachten Sie die Terminologie: „Anordnung“ der aW bedeutet die *erstmalige* Herstellung einer *schon gesetzlich entfallenden* aW; „Wiederherstellung“ bezieht sich auf die Fälle des § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO, betrifft also Fälle, in denen eigentlich eine aW bestehen würde, durch die Verwaltung aber im Einzelfall durch Anordnung der sofortigen Vollziehung überwunden wurde.

II. Antragsbefugnis

§ 42 Abs. 2 VwGO findet im Rahmen des Verfahrens nach § 80 Abs. 5 VwGO entsprechende Anwendung.

Vorliegend findet die **Adressatendoktrin** keine Anwendung, da die Baugenehmigung des B nicht an den A adressiert gewesen ist.

Der Kläger müsste sich daher auf eine Norm berufen können, die auch dem Schutz seiner Rechte zu dienen bestimmt ist („**Schutznormtheorie**“). Eine rein faktische

Betroffenheit genügt nach ganz hM demgegenüber nicht. Eine Schutznorm liegt dann vor, wenn die Norm *zumindest auch*

- dem **Schutz von Individualinteressen** eines von der Allgemeinheit abgrenzbaren Personenkreises zu dienen bestimmt ist und
- dem Träger der Individualinteressen auch die **Rechts- und Willensmacht** eingeräumt werden sollte, die Einhaltung des Rechtssatzes selbst zu verlangen und ggf. durchzusetzen.

Zwar kommt hier zunächst auch **§ 35 Abs. 3 Nr. 3 BauGB** in Betracht, der hinsichtlich der Abwehr schädlicher Umwelteinwirkungen (Legaldefinition: § 3 Abs. 1 BImSchG) ebenfalls drittschützend ist. Hiernach kann sich der Nachbar eines störenden Vorhabens gegen dessen Errichtung wehren. Vorliegend liegt das genehmigte Vorhaben jedoch im **Innenbereich**, für das § 35 BauGB nicht einschlägig ist. Will sich der privilegierte Grundstückseigentümer im Außenbereich gegen eine heranrückende Bebauung im unbeplanten Innenbereich wehren, richtet sich dies richtigerweise daher allein nach § 34 BauGB.

Eine **andere Ansicht** wäre hier mit der Begründung vertretbar, dass § 35 Abs. 3 Nr. 3 BauGB einen Interessenausgleich regele, der auch die Grundstücke der Nachbarn erfasse, selbst wenn diese nicht im Außenbereich liegen.

In Betracht kommt ein Verstoß gegen das **Gebot der Rücksichtnahme nach § 34 Abs. 2 BauGB i. V. m. § 15 Abs. 1 BauNVO**. Dieses ist zwar zunächst **objektiv-rechtlich**, kann aber im Einzelfall drittschützend sein, soweit „*in qualifizierter Weise auf schutzwürdige Interessen eines erkennbar abgegrenzten Kreises Dritter Rücksicht zu nehmen ist*“ (BVerwGE 67, 339 [344]). Dies ist im Rahmen des § 15 Abs. 1 2 BauNVO hinsichtlich der betroffenen **Nachbarn** der Fall.

Daraus ergibt sich für den vorliegenden Fall Folgendes: Der im Außenbereich Privilegierte kann sich auch gegen **heranrückende Wohnbebauung** im Innenbereich wehren. Hier ist A qualifiziert betroffener Grundstücksnachbar.

Ob darüber hinaus auch auf Grundrechte zurückzugreifen ist, kann somit dahinstehen. Ein Rückgriff auf **Art. 14 GG** scheidet aber aus, da die einfach-gesetzlichen Regelungen des BauGB zulässige Inhalts- und Schrankenbestimmungen darstellen und somit eine mögliche Verletzung nachbarlicher Rechte durch einfach-gesetzliche Vorschriften abschließend aufgefangen werden kann.

III. Voraussetzung: behördliches Aussetzungsverfahren?

Fraglich ist, ob der A einen vorherigen Antrag bei der Behörde nach § 80 Abs. 6 VwGO stellen muss.

Streitig ist dies in den Fällen des § 80a VwGO, da dieser (§ 80a Abs. 3 S. 2 VwGO) vollumfänglich auf § 80 Abs. 6 VwGO verweist. **Problem:** Es gibt grundsätzlich keine „öffentlichen Abgaben und Kosten“ mit Drittwirkung. Daher ist streitig, wie die Verweisung auszulegen ist:

- Nach einer Ansicht folgt aus dem Verweis nicht, dass der Drittbetroffene die Aussetzung der sofortigen Vollziehung bei der Behörde erfolglos beantragen muss, bevor den Aussetzungsantrag nach § 80 Abs. 5 VwGO bei Gericht stellt. § 80 Abs. 3 S. 2 VwGO sei lediglich ein *Redaktionsversehen*. Die Verweisung sei eine **Rechtsgrundverweisung**.
- Nach anderer Ansicht ist der Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO erst nach erfolgloser Antragstellung bei der Behörde möglich. § 80 Abs. 3 S. 2 VwGO stelle insofern eine **Rechtsfolgenverweisung** dar. Begründet wird diese Ansicht mit dem Wortlaut des § 80a Abs. 3 S. 1 VwGO und damit, dass das Vorverfahren der verstärkten *Selbstkontrolle der Verwaltung* diene. Dagegen spricht jedoch, dass dem Erfordernis der Selbstkontrolle der Verwaltung durch die §§ 68 ff. VwGO in dem Widerspruchsverfahren ausreichend Rechnung getragen werden kann.

IV. **Richtiger Beklagter = passive Prozessführungsbefugnis**

§ 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO (Rechtsträgerprinzip): Die Stadt Bonn ist als Trägerin der unteren Bauaufsichtsbehörde nach § 57 Abs. 1 Nr. 3a BauO NRW für die Erteilung der Baugenehmigung zuständig.

V. **Beteiligtenfähigkeit**

A ist als natürliche Person nach § 61 Nr. 1 VwGO beteiligtenfähig. Die beklagte Stadt Bonn ist als juristische Person des öffentlichen Rechts gem. § 61 Nr. 1 VwGO beteiligtenfähig.

VI. **Prozessfähigkeit**

Die Stadt kann als juristische Person nicht selbst Verfahrenshandlungen vornehmen und muss daher gem. § 62 Abs. 3 VwGO i.V.m. Abs. 1 § 63 Abs. 1 GO durch den Oberbürgermeister vertreten werden.

VII. **Antragsform nach §§ 81, 82 VwGO analog**

Allerdings sind die Voraussetzungen wegen der Eilbedürftigkeit nicht ganz so streng wie im Hauptsacheverfahren. Wegen Art. 19 Abs. 4 GG kann daher z.B. auch eine telefonische Antragstellung genügen.

→ Der Antrag ist zulässig.

C. **Beiladung des B im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes**

Trotz des beschleunigten Charakters eines Eilverfahrens ist eine Beiladung sonstiger unmittelbar Betroffener ist daher aus rechtsstaatlichen Gründen grundsätzlich geboten (Art. 19 Abs. 4 GG), weil gegen diese materielle Rechtskraftwirkung nach § 121 VwGO notwendig ist, damit aber eine Verfahrensbeteiligung vorausgesetzt wird.

Hier: **notwendige Beiladung** (§ 65 Abs. 2 VwGO), da ein Erfolg des Rechtsbehelfs die Vollziehbarkeit der Genehmigung unmittelbar berührt.

D. Begründetheit

Der Antrag nach §§ 80a Abs. 3, Abs. 1 Nr. 2, 80 Abs. 5 VwGO ist begründet, wenn eine **Interessenabwägung** ergibt, dass das private Interesse des Antragstellers A am einstweiligen Nichtvollzug (**Suspensivinteresse**) das private Interesse des B an dem Vollzug (**Vollzugsinteresse**) überwiegt.

Die Interessenabwägung beurteilt sich vornehmlich nach den **Erfolgsaussichten in der Hauptsache**. Die Erfolgsaussichten des in der Hauptsache erhobenen Rechtsbehelfs sind summarisch (d.h. ohne langwierige Ausschöpfung sämtlicher Erkenntnismöglichkeiten wie z.B. Sachverständigengutachten u.ä.) zu überprüfen.

I. Abwägungsmaßstab

Ist der angegriffene VA **offensichtlich rechtswidrig**, ist wegen der Vermutung eines positiven Abwägungsergebnisses zugunsten des Belasteten eine konkrete Interessenabwägung zwischen dem Vollzugs- und dem Aussetzungsinteresse nicht erforderlich. Der Antrag hat Erfolg, weil an der Vollziehung eines offensichtlich rechtswidrigen VAs kein privates Interesse des B bestehen kann.

Ist der VA **offensichtlich rechtmäßig**, kann der Antragsteller kein schutzwürdiges privates Interesse haben, von der Vollziehung verschont zu werden. Der Antrag wird abgelehnt, denn an der sofortigen Vollziehung eines offenbar zu Unrecht angefochtenen VA besteht regelmäßig ein besonderes Interesse.

Bei **offener Hauptsache** erfolgt eine konkrete gerichtliche Interessenabwägung. Abzuwägen sind das private Vollzugsinteresse des B und das private Aussetzungsinteresse des A. Kriterien der Abwägung sind hierbei:

- Die Verteilung des Risikos einer Fehlentscheidung im Eilverfahren nach Zumutbarkeitsgesichtspunkten (z.B. Irreversibilität für den Betroffenen)
- der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

Fraglich ist aber, ob § 212a Abs. 1 BauGB in diesem Fall eine Wertung dahingehend enthält, dass das öffentliche Interesse am Baubeginn überwiegt. Nach richtiger Ansicht ist diese Frage zu verneinen. § 212a Abs. 1 BauGB hat keine materielle Bewertung der Interessen vorgenommen, sondern lediglich die Verfahrenslast anders als bisher verteilt. Vielmehr ist bei offenen Erfolgsaussichten regelmäßig die aW erstmals herzustellen, um die **Schaffung vollendeter Tatsachen zu verhindern**.¹

II. Erfolgsaussichten

Fraglich ist also, ob der Widerspruch in der Hauptsache Erfolg gehabt hätte. Dann müssten die Baugenehmigung an den B rechtswidrig gewesen und der A dadurch in seinen Rechten verletzt worden sein (§ 113 Abs. 1 S. 1 VwGO analog).

¹ Zur Vertiefung *Huber*, NVwZ 2004, 915 ff.

Gegen die formelle Rechtmäßigkeit der erteilten Baugenehmigung bestehen keine Bedenken. Sie könnte aber materiell rechtswidrig sein, weil öffentlich-rechtliche Vorschriften der Genehmigung des (hier nach §§ 62 ff BauO NRW genehmigungsbedürftigen) Vorhabens entgegenstehen (§ 74 Abs. 1 Satz 1 BauO NRW).

Dies ist vorliegend der Fall, wenn das **Rücksichtnahmegebot** verletzt ist. Dies richtet sich hier nach § 34 Abs. 2 BauGB iVm BauNVO, da das Gebiet, in dem das Vorhaben genehmigt wurde, den Charakter eines Gewerbegebiets aufweist (vgl. § 8 BauNVO).

Das Gebot der Rücksichtnahme soll einen **angemessenen Interessenausgleich** gewährleisten. Die dabei vorzunehmende Abwägung hat sich daran zu orientieren, was dem Rücksichtnahmebegünstigten und dem Rücksichtnahmeverpflichteten jeweils nach Lage der Dinge zuzumuten ist. Je empfindlicher und schutzwürdiger die Stellung des Rücksichtnahmebegünstigten ist, desto mehr kann an Rücksichtnahme verlangt werden. Je verständlicher und unabweisbarer die mit dem Vorhaben verfolgten Interessen sind, um so weniger braucht derjenige, der das Vorhaben verwirklichen will, Rücksicht zu nehmen. Berechtigte Belange muss er nicht zurückstellen, um gleichwertige fremde Belange zu schonen. Dagegen muss er es hinnehmen, dass Beeinträchtigungen, die von einem legal genutzten vorhandenen Bestand ausgehen, bei der Interessenabwägung als Vorbelastungen berücksichtigt werden, die seine Schutzwürdigkeit mindern.²

- Die Vorschriften über die Art der baulichen Nutzung (§§ 2 – 14 BauNVO sind für die Grundstücke **im Plangebiet** nachbarschützend (**Gebietserhaltungsanspruch**): Gedanke der Gegenseitigkeit (Reziprozität): Wer die bauplanerischen Einschränkungen im Interesse aller Grundstücksnutzer hinzunehmen hat („bodenrechtliche Schicksalsgemeinschaft“), hat auch einen Anspruch darauf, dass sich die anderen Grundstücksinhaber im Plangebiet hieran halten. Dies gilt nicht nur im Rahmen eines qualifizierten Bebauungsplanes, sondern auch in faktischen Plangebieten nach § 34 Abs. 2 BauGB. Hier ist A aber *Gebietsnachbar*. Er kann sich daher nicht auf den *fremden* Gebietserhaltungsanspruch berufen.
- **§ 15 Abs. 1 BauNVO**: Bauliche Anlagen sind im Einzelfall unzulässig, wenn sie nach Anzahl, Lage, Umfang oder Zweckbestimmung der Eigenart des Baugebiets widersprechen. *Sie sind auch unzulässig, wenn von ihnen Belästigungen oder Störungen ausgehen können, die nach der Eigenart des Baugebiets im Baugebiet selbst oder in dessen Umgebung unzumutbar sind, oder wenn sie solchen Belästigungen oder Störungen ausgesetzt werden.*

Hier liegt eine unzumutbare Beeinträchtigung der Umgebung insoweit vor, dass die heranrückende Wohnbebauung voraussichtlich zusätzliche immissionsschutzrechtliche Auflagen für den Betrieb des A bedeuten dürfte, jedenfalls aber einen planungsrechtlich an sich zulässigen (vgl. § 35 Abs. 4 Nr. 6 BauGB) Erweiterung des Betriebs entgegensteht. In diesem Zusammenhang ist auch zu berücksichtigen, dass Grundstücke im (auch unbeplanten) Innenbereich einen tendenziell qualifizierten Schutz gegenüber Geruchs- und Lärmbelästigungen genießen als situationsgebunden Außenbereichsgrundstücke,³ was die Wahrscheinlichkeit erhöht, dass A künftig mit Nutzungsbeschränkungen bzw. -

² BVerwG, NVwZ 1993, 1184 (1185).

³ OVG Lüneburg, NVwZ 2007, 478 (479 f.).

auflagen im Interesse des Schutzes der Wohnbebauung zu rechnen hätte. Die Rücksichtnahme auf eine bereits vorhandene emissionsträchtige Nutzung kann gerade verlangen, eine andere als die beabsichtigte Wohnnutzung zu wählen.⁴

Hierbei handelt es sich auch nicht um Nachteile, die aufgrund der **Situationsgebundenheit des Grundeigentums** hinzunehmen wären. Vielmehr handelt es sich bei dem Wohngebäude um eine Nutzung, die in dem fraglichen Gebiet, das seiner Prägung nach ein Gewerbegebiet darstellt, ohnehin regulär nicht zulässig gewesen wäre (vgl. § 8 BauNVO). Zwar ist nicht auszuschließen, dass B sich ebenfalls die Situationsgebundenheit eines künftig errichteten Wohneigentums entgegenhalten lassen muss. Dies schließt jedoch weder die gerade durch eine geordnete Bebauung zu verhindernden Konflikte noch unter dem Gesichtspunkt der Rücksichtnahme nicht hinzunehmende Nachteile für A aus.

► Die Zulassung verstößt daher gegen § 15 Abs. 1 Satz 2 BauNVO.

Da § 15 Abs. 1 Satz 2 BauNVO im Hinblick auf qualifiziert betroffene Grundstücksnachbarn drittschützend ist (siehe oben), verletzt die Baugenehmigung den A in seinen Rechten. Ein Hauptsacherechtsbehelf hätte daher Aussichten auf Erfolg. Insofern ist vorliegend die aW nach § 80 Abs. 5 VwGO wiederherzustellen.

Abwandlung

Zulässigkeit: Unterschiede ergeben sich hier insoweit, als fraglich ist, ob der Bauvorbescheid § 77 Abs. 1 Satz 1 BauO NRW eine **bauaufsichtliche Zulassung eines Vorhabens** im Sinne des § 212a Abs. 1 BauGB darstellt. Dies ist streitig:

- eA: Im Rahmen eines Vorbescheides nach § 77 Abs. 1 Satz 1 BauO NRW wird über ein Teil der Baugenehmigung abschließend und verbindlich entschieden. Eine Zulassung iSd § 212a BauGB wird daher bejaht, sodass die aW entfällt.
- hM: Vorbescheid nach § 77 Abs. 1 Satz 1 BauO NRW ist lediglich **feststellender VA**, dem es an der **Gestaltungswirkung** einer Zulassung iSd § 212a Abs. 1 BauGB fehlt. → Zulassung (-).

Für die hM spricht auch, dass § 212a Abs. 1 BauGB als Ausnahmebestimmung im Lichte des Art. 19 Abs. 4 GG eng auszulegen ist.

Anschaulich VG Köln, Beschluss v. 13. 1. 2012 – 8 L 1804/ 11 (bitte beachten Sie die zwischenzeitlich geänderten Bestimmungen der BauO!):

„Nach § 80 Abs. 1 Satz 1 VwGO entfalten Widerspruch und Anfechtungsklage im Regelfall aufschiebende Wirkung. Nach Satz 2 gilt dies auch für feststellende Verwaltungsakte sowie Verwaltungsakte mit Doppelwirkung. Dieser Suspensiveffekt entfällt ausnahmsweise unter anderem im Fall des § 80 Abs. 2 Nr. 3 VwGO in durch Bundesgesetz vorgeschriebenen Fällen. Für baurechtliche Nachbarstreitigkeiten ist dies in § 212a des Baugesetzbuches -BauGB- geschehen, der bestimmt, dass Widerspruch und Anfechtungsklage eines Dritten gegen die bauaufsichtliche Zulassung eines Vorhabens keine aufschiebende Wirkung haben. Bei einem Vorbescheid nach § 71 der Bauordnung für das Land Nordrhein-Westfalen -BauO NRW- handelt es sich jedoch ebenso wenig um

⁴ BVermG, NVwZ 1986, 469.

die bauaufsichtliche Zulassung eines Vorhabens wie bei einer Zustimmung im Sinne eines Vorbescheides im Sinne des § 80 BauO NRW.

Der Begriff der ‚bauaufsichtlichen Zulassung‘ bedarf der Auslegung. Dieser ist wie die Bestimmung des § 212a Abs. 1 BauGB insgesamt restriktiv zu verstehen. Denn bei der Regelung handelt es sich um eine Ausnahme vom Grundsatz der in § 80 Abs. 1 VwGO vorgeschriebenen aufschiebenden Wirkung eines eingelegten Rechtsbehelfs. Eine solche nach § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 VwGO zulässige Ausnahmenvorschrift ist tendenziell eng auszulegen; [...]. Sinn und Zweck des § 212a BauGB ist es, Investitionshemmnisse und Verzögerungen zu verhindern, er umfasst daher Ausnahmeregelung zu der grundsätzlichen Regelung des § 80 Abs. 1 Satz 2 VwGO nur solche Entscheidungen, die unmittelbar die Realisierung des Vorhabens gestatten. Dies ist unter anderem die Baugenehmigung nach § 75 BauO NRW aufgrund ihrer feststellenden und verfügenden Wirkung. Bei einem Bauvorbescheid, der zwar ein vorweggenommener Teil der Baugenehmigung ist, jedoch nur eine feststellende und keine verfügende Wirkung hat, ist dies nicht der Fall. Denn der Bauvorbescheid ist die verbindliche, aber befristete (§ 71 Abs. 1 Satz 2 BauO NRW) schriftliche Erklärung (§ 75 Abs. 1 Satz 2 BauO NRW) der Bauaufsichtsbehörde, dass einem Bauvorhaben in bestimmten, in der Bauvoranfrage genannten Einzelfragen nach dem zur Zeit der Entscheidung geltenden öffentlichen Recht keine materiellen öffentlich-rechtlichen, im Baugenehmigungsverfahren zu prüfende Vorschriften entgegenstehen. Der Bauvorbescheid ist somit ein vorweggenommener Ausschnitt aus der umfassenderen Baugenehmigung und keine Zusage; [...]. Er nimmt jedoch ausschließlich Bestandteile aus dem feststellenden nicht jedoch aus dem verfügenden Teil der Baugenehmigung vorweg, weil er selbst keine Baufreigabe beinhaltet. Das aber bedeutet, dass es gerade an der besonderen Eilbedürftigkeit fehlt, der die Anwendung des § 212a BauGB rechtfertigt.

Dem steht auch nicht entgegen, dass die Feststellungen des Bauvorbescheids, wie in § 72 Abs. 1 Satz 2 BauO NRW formuliert, ‚Geltung beanspruchen‘, also grundsätzlich verbindlich sind. Mit dem Bauvorbescheid werden nur einzelne klärungsbedürftige Fragen vor Stellung eines Bauantrages und vor Erteilung einer Baugenehmigung verbindlich entschieden. Diese Bindungswirkung bedeutet im Wesentlichen, dass die Bauaufsichtsbehörde die in dem Bauvorbescheid entschiedenen Fragen, solange der Bauvorbescheid wirksam ist, bei der Entscheidung über die mit dem Bauantrag beantragte Baugenehmigung nicht erneut prüft oder entscheidet. Dies gilt uneingeschränkt für den Fall, dass der Bauvorbescheid zum Zeitpunkt der Erteilung der Baugenehmigung bereits bestandskräftig geworden ist. Hat ein Nachbar Klage gegen den Vorbescheid erhoben, beseitigt der Eintritt der aufschiebenden Wirkung zwar nicht die Bindung der Bauaufsichtsbehörde an den Bauvorbescheid und hindert auch nicht den Erlass einer Baugenehmigung, es wird allerdings der Eintritt der Bindungswirkung gegenüber dem Anfechtenden verhindert und es dürfen aus den in dem Bauvorbescheid getroffenen Feststellungen ihm gegenüber keine rechtlichen und tatsächlichen Folgerungen gezogen werden. Da der Regelungsgehalt des Vorbescheides in eine später ergebende Baugenehmigung seitens der Genehmigungsbehörde ungeprüft übernommen wird, sind dem klagenden Nachbarn erneut auch insoweit sämtliche Anfechtungsmöglichkeiten eröffnet.

Das aber bedeutet, dass die in einem Vorbescheid getroffenen Feststellungen mangels Bestandskraft gegenüber dem klagenden Nachbarn auch in einem später folgenden Baugenehmigungsverfahren keine bindende Wirkung entfalten, die eine Anordnung der aufschiebenden Wirkung erforderlich machen könnten“.

► Widerspruch hat hier aufschiebende Wirkung.

An sich ist ein **Antrag** daher **entbehrlich**, da der Nachbar nicht bauen darf, zumal der Vorbescheid ohnehin keine Zulassungswirkung hat. Beginnt der Nachbar dennoch illegal mit dem Bau seines Vorhabens, ist streitig, wonach sich der Rechtsschutz richtet:

- eA: § 123 VwGO auf bauaufsichtsbehördliches Einschreiten, da der Vorbescheid von vornherein keine Zulassungswirkung entfaltet und daher ein Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO (analog) ins Leere geht.

- aA: § 80 Abs. 5 VwGO analog: Aus Gründen effektiven Rechtsschutzes wird der Fall ebenso behandelt wie der des „faktischen Vollzugs“, in dem *a maiore ad minus* ein Antrag auf Feststellung der aW möglich sei.

Nachlese: *OVG Lüneburg*, NVwZ 2007, 478 ff.