

## **Dritt widersprüche gegen Bauvorbescheide hat aufschiebende Wirkung**

*(Beschluss des Verwaltungsgerichts Mainz vom 02.03.2007, Aktenzeichen. 3 L 8/07.MZ)*

In dem Verwaltungsverfahren

wegen Baunachbarrechts hier: Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO

hat die 3. Kammer des Verwaltungsgerichts Mainz aufgrund der Beratung vom 2. März 2007, an der teilgenommen haben Vorsitzender Richter am Verwaltungsgericht Dany, Richter am Verwaltungsgericht Meyer-Grünow, Richter am Verwaltungsgericht Ermlich beschlossen:

Der Antrag wird abgelehnt. Die Antragsteller tragen die Kosten des Verfahrens einschließlich der außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen. Der Wert des Verfahrensgegenstandes wird auf 3.750,00 € festgesetzt.

### **Gründe**

Der Antrag der Antragsteller hat keinen Erfolg. Soweit er darauf gerichtet ist, die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs der Antragsteller vom 4. Dezember 2006 gegen den den Beigeladenen erteilten Bauvorbescheid vom 4. September 2006 anzuordnen, ist der Antrag bereits unzulässig, denn insoweit fehlt es dem Antrag am allgemeinen Rechtsschutzinteresse (1). Soweit sie hingegen mit ihrem Hilfsantrag die Feststellung begehren, dass der Widerspruch aufschiebende Wirkung entfaltet, ist der Antrag zwar zulässig, jedoch in der Sache ohne Erfolg (2). Soweit die Antragsteller schließlich noch die Verpflichtung der Antragsgegnerin begehren, die Bauarbeiten auf dem Grundstück der Beigeladenen vorläufig einzustellen, ist dieses Begehren als Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 123 Abs. 1 VwGO statthaft und auch ansonsten zulässig, jedoch in der Sache unbegründet (3).

Soweit die Antragsteller zunächst die Anordnung der aufschiebenden Wirkung ihres Widerspruchs gegen den den Beigeladenen erteilten Bauvorbescheid begehren, ist dieser Antrag zwar nach § 80 a Abs. 3 Satz 2 i.Vm. § 80 Abs. 5 VwGO statthaft. Ihm fehlt jedoch das in jedem Stadium des Verfahrens von Amts wegen zu prüfende Rechtsschutzinteresse. Dieses fehlt u.a. dann, wenn das Rechtsschutzbegehren des Antragstellers bzw. Klägers ins Leere geht, etwa weil er nicht das erreichen kann, was er mit seinem Rechtsbehelf begehrt. So liegt es hier, denn der vorliegend gestellte Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung geht ins Leere, weil dem Widerspruch der Antragsteller bereits nach § 80 Abs. 1 Satz 1 und 2 VwGO aufschiebende Wirkung zukommt. Entgegen der Auffassung der Antragsteller entfällt bei einem Bauvorbescheid die aufschiebende Wirkung eines Rechtsbehelfs gerade nicht nach § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 VwGO, § 212 a BauGB. Denn die Vorschrift des § 212 a BauGB ist auf den Bauvorbescheid nicht anwendbar (vgl. BayVGh, Beschluss vom 1. April 1999 – 2

.../2

CS 98.2646 -, NvWZ 1999, 1363; VG Dessau, Beschluss vom 26. Mai 2000 – 1 A 157/00 -, BRS 63 Nr. 100; VG Gießen, Beschluss vom 17. Mai 2004 – 1 G 2027/04 -, NvWZ-RR 2005, 232, 233; Jeromin in: Jeromin/Schmidt/Lang, LBauO, Band 1, Stand: Dezember 2004, § 72 Rdnr. 39; a. A.: OVG Niedersachsen, Beschlüsse vom 30. März 1999 – 1 M 897/99 – und vom 8. Juli 2004 – 1 ME 164/04 -, jeweils bei JURIS; Kalb in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, BauGB, Band 4, Stand: 1 Juni 2006, § 212 a Rdnr. 27). Einer Erstreckung von § 212 a BauGB auf Bauvorbescheide steht nämlich bereits der eindeutige Wortlaut dieser Vorschrift entgegen. Nach § 212 a BauGB haben Widerspruch und Anfechtungsklage eines Dritten gegen die bauaufsichtliche Zulassung eines Vorhabens keine aufschiebende Wirkung. Der Bauvorbescheid ist jedoch keine bauaufsichtliche Zulassung des Vorhabens im Sinne von § 212 a BauGB. Diese Vorschrift will zwar Investitionshemmnisse und Verzögerungen beseitigen (vgl. BT-DrS 13/7589 Seite 30), umfasst als Ausnahmeregelung zu der grundsätzlichen Regelung des § 80 Abs. 1 Satz 1 und 2 VwGO jedoch nur solche Entscheidungen, die unmittelbar die Realisierung des Vorhabens gestatten. Dies ist u.a. die Baugenehmigung nach § 70 LBauO aufgrund ihrer feststellenden und verfügenden Wirkung. Bei dem Bauvorbescheid, der zwar ein vorweggenommener Teil der Baugenehmigung ist, der jedoch nur eine feststellende und keine verfügende Wirkung hat, ist dies nicht der Fall. Denn der Bauvorbescheid ist die verbindliche, aber befristete schriftliche Erklärung 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 ist vorweggenommener Teil aus dem feststellenden Teil und nicht, da er das Bauen nicht gestattet, d.h. keine Gestattungswirkung hat, aus dem verfügenden Teil der Baugenehmigung. Aus diesem Grund fehlt es an der besonderen Eilbedürftigkeit, die mittels § 212 a BauGB gesichert werden soll.

Dem steht auch nicht entgegen, dass der Bauvorbescheid nach § 72 Satz 2 LBauO eine zunächst auf zwei Jahre befristete und nach § 72 Satz 3 i.V.m. § 74 Abs. 2 LBauO verlängerbare Bindungswirkung hinsichtlich der in ihm getroffenen Feststellungen für die Bauaufsichtsbehörde, die Bauherrschaft, die Gemeinde und die Nachbarn entfaltet. Denn Bindungswirkung ist nicht dahingehend zu verstehen, dass die Bauaufsichtsbehörde bei der Erteilung der späteren Baugenehmigung an den Inhalt des Bauvorbescheids gebunden ist, sondern bedeutet vielmehr, dass entsprechend der Rechtsnatur des Bauvorbescheids als vorweggenommenem Teil der Baugenehmigung bereits eine abschließende Entscheidung über das Vorhaben vorliegt mit der Folge, 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 mehr prüft und auch nicht mehr entscheidet. In der Baugenehmigung wird deshalb der Bauvorbescheid bloß redaktionell übernommen oder es wird auf ihn bloß ein Hinweis ohne eigenen Regelungsgehalt gegeben. Dies gilt unstrittig für den Fall, dass der Bauvorbescheid zum Zeitpunkt der Erteilung der Baugenehmigung bereits bestandskräftig geworden ist. Für den Fall, dass der Bauvorbescheid zum Zeitpunkt der

.../3

Erteilung einer Baugenehmigung noch nicht bestandskräftig ist, wird der Bauvorbescheid durch die Baugenehmigung mangels einer gesetzlichen Regelung jedenfalls nicht konsumiert. Da aber im Falle des noch nicht bestandskräftigen Bauvorbescheids in die Baugenehmigung nur sein Inhalt ohne erneute Sachprüfung übernommen wird, ist die in dem Bauvorbescheid getroffene Regelung erneut für den Dritten anfechtbar, denn es erfolgt nur die Übernahme des Regelungsinhalts, nicht aber die Wiederholung des Regelungsvorgangs. Der Eintritt der aufschiebenden Wirkung von Widerspruch und Anfechtungsklage beseitigt zwar nicht die Bindungswirkung der Bauaufsichtsbehörde an den Bauvorbescheid, sondern es wird der Eintritt der Bindungswirkung gegenüber dem Anfechtenden verhindert und es dürfen aus den in dem Bauvorbescheid getroffenen Feststellungen keine rechtlichen und tatsächlichen Folgerungen gezogen werden (vgl. zu alledem VG Gießen, a.a.O.). Auch von daher besteht für die Antragsteller infolge der aufschiebenden Wirkung ihres Widerspruchs gegen den Bauvorbescheid kein rechtlich schützenswertes Interesse auf Eilrechtsschutz in Gestalt der Anordnung der aufschiebenden Wirkung, da ihnen gegenüber die in dem Bauvorbescheid getroffenen Feststellungen mangels Bestandskraft in einem ggf. später folgenden Baugenehmigungsverfahren keine bindenden Wirkungen erzeugen.

Nach dem Vorgesagten erweist sich somit der als Hauptantrag gestellte Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs gegen den den Beigeladenen erteilten Bauvorbescheid mangels Rechtsschutzinteresse als unzulässig.

Soweit die Antragsteller mit ihrem Hilfsantrag die Feststellung begehren, dass ihr Widerspruch aufschiebende Wirkung entfaltet, ist dieses Rechtsschutzbegehren zwar zulässig, in der Sache jedoch unbegründet. Insbesondere scheidet eine Zulässigkeit dieses Antrags nicht daran, dass § 80 Abs. 5 VwGO nur die Anordnung bzw. Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung und nicht deren Feststellung ausdrücklich benennt. Denn in den Fällen der so genannten „faktischen“ Vollziehung, d.h. einer Vollziehung, die unter Missachtung der aufschiebenden Wirkung eines Rechtsbehelfs erfolgt, kann das Verwaltungsgericht nicht in analoger Anwendung von § 80 Abs. 5 VwGO feststellen, dass der eingelegte Rechtsbehelf aufschiebende Wirkung hat (vgl. Kopp/Schenke, VwGO, 13. Auflage 2003, § 80 Rdnr. 181 m.w.N.).

Der Antrag kann in der Sache jedoch keinen Erfolg haben, denn es sind keinerlei nachvollziehbare Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass sich Antragsgegnerin bzw. Beigeladene über die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs der Antragsteller hinwegsetzen werden. Insbesondere vermag die Kammer nicht der Argumentation der Antragsteller zu folgen, eine Gefahr der Missachtung der aufschiebenden Wirkung folge insbesondere daraus, dass die Antragsgegnerin über den mit dem eingelegten Widerspruch verbundenen Antrag auf Erlass einer Einstellungsverfügung hinsichtlich der Baumaßnahmen zunächst keine Entscheidung getroffen habe (vgl. Seite 3 des Schriftsatzes der Prozessbevollmächtigten der Antragsteller vom 15. Februar 2007, Blatt 102 a der Gerichtsakten). Denn abgesehen davon, dass die Antragsgegnerin in ihrem Ablehnungsschreiben vom 6. Februar 2007 (vgl. Blatt 88, 89 der Ge-

.../4

richtsakten) im Einzelnen nachvollziehbar dargelegt hat, warum sie dem Begehren der Antragsteller auf baupolizeiliches Einschreiten nicht entsprochen hat, fehlt es auch in tatsächlicher Hinsicht an Maßnahmen, die berechtigterweise bei den Antragstellern den Eindruck erwecken durften, Antragsgegnerin oder Beigeladene setzten sich über die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs hinweg. Insbesondere kann entgegen der Auffassung der Antragsteller aus dem Umstand, dass die sich auf dem Dach des Wohnhauses der Beigeladenen befindlichen Steine nahezu vollständig entfernt sein sollen (vgl. insoweit Seite 4 der Antragschrift vom 3. Januar 2007, Blatt 4 der Gerichtsakten) nicht ernsthaft geschlossen werden, dass die Beigeladenen mit Bauarbeiten begonnen hätten, die im Zusammenhang mit einer Aufstockung des Gebäudes W. xxx stehen, die ihrerseits Gegenstand der verfahrensgegenständlichen Bauvoranfrage war. Denn allein das Entfernen von Kieselsteinen von einem Flachdach – und mehr haben die Antragsteller auch selbst nicht dargetan – stellt keinen baugenehmigungspflichtigen Vorgang dar, was die Antragsteller im Ergebnis auch selbst konstatieren (vgl. insoweit Seite 5 des Schriftsatzes vom 15. Februar 2007, a.a.O. Blatt 104 der Gerichtsakten). Soweit sie aus dieser Maßnahme jedoch den Schluss ziehen wollen, dass eine Entfernung der Kieselsteine von dem Flachdach zwangsläufig erfolgen müsse, um die Aufstockung des Wohngebäudes umsetzen zu können, weshalb diese Maßnahme den Beginn von Baumaßnahmen darstelle (vgl. Seite 5 des Schriftsatzes vom 15. Februar 2007, a.a.O.), lässt dies in objektiver Hinsicht nicht den Schluss zu, dass die Beigeladenen bereits mit Maßnahmen zur Aufstockung des Wohngebäudes begonnen haben bzw. beginnen wollten. Dafür, dass die Beigeladenen mit der Entfernung der Steine vom Flachdach ihres Hauses nicht mit Bauarbeiten zur Aufstockung desselben beginnen wollten, zeigt auch der Umstand, dass diese unter dem 29. Januar 2007 eine Baugenehmigung für eben dieses Vorhaben bei der Antragsgegnerin beantragt haben (vgl. insoweit den Baugenehmigungsantrag vom 27. Januar 2007, Blatt 77 ff. der Gerichtsakten).

Nach alledem war auch der auf die Feststellung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs der Antragsteller gerichtete Antrag abzulehnen.

Soweit die Antragsteller des Weiteren beantragen, den Antragsgegner zu verpflichten die Bauarbeiten auf dem Grundstück der Beigeladenen vorläufig einzustellen, ist dieser Antrag als Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 123 Abs. 1 VwGO statthaft und auch ansonsten zulässig. Er hat jedoch in der Sache keinen Erfolg, denn die Antragsteller haben keinen Anspruch darauf, dass die Antragsgegnerin den Beigeladenen gegenüber Bauarbeiten (vorläufig) einstellt, bzw. dass sie über den Antrag der Antragsteller ermessensfehlerfrei entscheiden wird. Denn es fehlt bereits an den tatbestandlichen Voraussetzungen für eine Baueinstellung.

Nach § 80 Abs. 1 LBauO kann die Bauaufsichtsbehörde, wenn Bauarbeiten im Widerspruch zu baurechtlichen oder sonstigen öffentlich-rechtlichen Vorschriften ausgeführt werden, die Einstellung dieser Arbeiten anordnen. Vorliegend fehlt es bereits daran, dass Bauarbeiten im Widerspruch zu baurechtlichen oder sonstigen öffentlich-rechtlichen Vorschriften ausgeführt

.../5

werden. Hinsichtlich der von den Antragstellern angeführten Entfernung der Steine von dem Flachdach des Wohnhauses der Beigeladenen kann dabei auf die vorgehenden Ausführungen verwiesen werden. Aber auch der Umstand, dass die Beigeladenen zwischenzeitlich einen Schornstein hochgezogen haben, rechtfertigt ebenfalls nicht die Einstellung der Bauarbeiten, denn der Errichtung dieses Schornsteins liegt eine Baugenehmigung der Antragsgegnerin zugrunde, die im Zusammenhang mit der Erneuerung der Heizungsanlage in dem Wohnhaus der Beigeladenen steht (vgl. insoweit die unbestrittenen Angaben der Antragsgegnerin in ihrer Antragserwiderung vom 2. Februar 2007, Blatt 72 der Gerichtsakten); die der Errichtung des Schornsteins zugrunde liegende Baugenehmigung ist im Übrigen von den Antragstellern auch nicht angegriffen worden.

Nach alledem war der Antrag der Antragsteller mit der Kostenfolge aus §§ 154 Abs. 1 und 3, 162 Abs. 3 VwGO anzulehnen.

Die Festsetzung des Wertes des Verfahrensgegenstandes beruht auf §§ 52 Abs. 1, 53 Abs. 3 Nr. 2 GKG i.V.m. Ziffer 9.7.1 des Streitwertkatalogs der Verwaltungsgerichtsbarkeit (NvWZ 2004, 1327 ff.).

/