

aus: BayVBl. 1992, 456 - 462

Folgenbeseitigung in dreipoligen Rechtsverhältnissen

Von Dr. Ingo Kraft, Richter am Bayer. Verwaltungsgericht Ansbach

I. Problemstellung

Der maßgeblich von *Bachof*¹ dogmatisch entwickelte (Vollzugs-)Folgenbeseitigungsanspruch ist mittlerweile in der Rechtspraxis fest etabliert und hat sich geradezu zu einem thematischen „Dauerbrenner“ des Öffentlichen Rechts entwickelt. Die rechtswissenschaftliche Diskussion um das – verkürzt gesagt – auf unmittlere Restitution gerichtete subjektiv öffentliche Recht als Teil des Systems der öffentlich-rechtlichen Ersatzleistungen reißt nicht ab². Während der Folgenbeseitigungsanspruch im bipolaren Rechtsverhältnis Individuum – Staat mittlerweile in Rechtsprechung und Lehre Konturen erhalten hat³, sind neuerdings dogmatische Vorstöße zu verzeichnen, ihn auch in dreipoligen Konstellationen, insbesondere im Öffentlichen Nachbarrecht, fruchtbar zu machen⁴. Ganz konkret ist der Fall gemeint, daß aufgrund sofort vollziehbarer Baugenehmigung ein Vorhaben (überwiegend) errichtet ist und der Nachbar nach erfolgreicher Anfechtungs-

klage z.B. wegen Verletzung von Abstandsflächenvorschriften die Kassation der Baugenehmigung erwirkt hat. Aus der Einsicht der Notwendigkeit, diesen Erfolg nicht zu einem Pyrrhussieg werden zu lassen, stellt sich die Frage, wie der Nachbar die (Teil-)Beseitigung des aufgrund der kassierten rechtswidrigen Baugenehmigung errichteten Bauwerks verlangen kann. Inwieweit das in Art. 82 Satz 1 BayBO und den vergleichbaren bauordnungsrechtlichen Befugnisnormen der anderen Bundesländer niedergelegte Ermessen und das dadurch zum Ausdruck kommende sicherheitsrechtliche Opportunitätsprinzip durch Topoi wie den Folgenbeseitigungsanspruch (FBA) und die Folgenbeseitigungslast (FBL) begrenzt wird und wie dieser öffentlich-rechtliche Anspruch auf administratives Einschreiten mit der zivilrechtlichen Anspruchsgrundlage des § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. Art. 6 BayBO als Schutzgesetz konkurriert, ist umstritten. Zur Klärung dieser Fragen soll auf die Rechtsgrundlage des FBA eingegangen werden (sub II.) und sodann auf der Grundlage des dabei gewonnenen Ergebnisses zur Erstreckung von FBA und FBL auf tripolare Rechtsverhältnisse nach Aufhebung von gestattenden Verwaltungsakten Stellung bezogen werden (sub III.). Unter IV. werden die Konsequenzen der hier vertretenen Ansicht auch im Hinblick auf den vorläufigen Rechtsschutz erläutert.

II. Die Rechtsgrundlage des FBA

Neben der positivrechtlichen Kodifikation in Art. 28 Abs. 1 Satz 1 und Art. 39 BayVwZVG für den Spezialfall der Beseitigung von Vollstreckungsfolgen werden für den allgemeinen FBA mehrere Rechtsgrundlagen diskutiert.

Auszuschließen ist die Annahme, § 113 Abs. 1 Satz 2 VwGO (evtl. in Verbindung mit Art. 19 Abs. 4 GG) komme als materiellrechtliche Grundlage in Betracht⁵, da diese pro-

1 Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung – zugleich eine Untersuchung über den öffentlich-rechtlichen Folgenbeseitigungsanspruch nach Aufhebung eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes, 1951; 2. Aufl. 1968. Vgl. aber auch schon *ProVGE* 92, 108/111; 92, 113/115.

2 Aus der neueren Zeit: *Rösslein*, Der Folgenbeseitigungsanspruch, 1968; *Hauelsen*, DVBl. 1973, 739; v. *Mangoldt*, DVBl. 1974, 825; *Broß*, *VerwArch.* 76 (1985), S. 217; *Bender*, *VBIBW* 1985, 201; *Fiedler*, *NVwZ* 1986, 969; *M. Redeker*, *DÖV* 1987, 194; *Wallerath*, *DÖV* 1987, 505; *Maaß*, *BayVBl.* 1987, 520; *Knemeyer*, *JuS* 1988, 696; *Köckerbauer*, *JuS* 1988, 782; umfassend *Schoch*, *VerwArch.* 79 (1988), S. 1. Instruktiv auch *Ossenbühl*, *Staatshaftungsrecht*, 3. Aufl. 1983, S. 192 ff.

3 In diesem Zusammenhang ist insbesondere die wegweisende Ausarbeitung von *Weyreuther*, Empfohlen es sich, die Folgen rechtswidrigen hoheitlichen Verwaltungshandelns gesetzlich zu regeln? (Folgenbeseitigung, Folgenentschädigung) – Gutachten für den 47. Deutschen Juristentag, 1968, zu erwähnen. Speziell zum Baurecht (Veränderungssperre) vgl. *BVerwG*, B. v. 14. 5. 1968 – IV C 56.65, *NJW* 1968, 2350; B. v. 17. 5. 1989 – 4 CB 6.89, *NVwZ* 1990, 58. *U. v. 20. 4. 1992 – 4 CB 4/92*, *BayVBl.* 1992, 123.

4 *Horn*, *DÖV* 1989, 976; *Schenke*, *DVBl.* 1990, 328. Problemaufriß bei *Ossenbühl* (Fußn. 2), S. 209.

5 So aber noch *BVerwGE* 28, 155/164 f.; 35, 268/272; *Rüfner*, *DVBl.* 1967, 186/189.

zessuale Vorschrift lediglich die Geltendmachung des FBA vor Rechtskraft des positiven Anfechtungsurteils ermöglicht⁶.

Auch die verfassungsrechtliche Fundierung im Rechtsstaatsprinzip⁷ vermag angesichts der Qualifizierung des Art. 20 Abs. 3 GG als *lex imperfecta*, also Norm ohne Rechtsfolgenregelung⁸, und deren Zugehörigkeit zum objektiven Recht⁹ nicht zu überzeugen. Demgegenüber ist die Verortung in den jeweils im konkreten Fall betroffenen Grundrechten als primär gegen den Staat gerichteten Abwehrrechten einsichtig¹⁰. Zwar sind, wie *Schoch*¹¹ im Anschluß an *Martens*¹² ausgeführt hat, Rechtsverletzung und Restitutionsanspruch rechtslogisch angesichts verschiedenster Regelungsmöglichkeiten im Staatshaftungsrecht nicht zwingend miteinander verknüpft. Der Schutzzweck der Freiheitsrechte im status negativus gebietet aber aus Effizienzgründen, von einem grundrechtlich verankerten Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch auszugehen, den der Gesetzgeber dann zur Ausgestaltung differenzierter Reaktionen auf staatliches Unrecht seinerseits in verfassungskonformer Weise beschränken und modifizieren kann.

Infolge der überzeugenden Fundierung des FBA in den Freiheitsrechten erübrigt sich ein Eingehen auf weitere Ansätze wie zivilrechtliche (§§ 1004, 862, 12 BGB)¹³ und zivilprozessuale (§ 302 Abs. 4 Satz 3, § 600 Abs. 2, § 717 Abs. 2, § 945 ZPO)¹⁴ Anleihen aus der Zeit vor der Emanzipation des Öffentlichen Rechts vom Zivilrecht. Für diese Analogien fehlt es ungeachtet aller Zweifel an der Vergleichbarkeit der Regelungszustände bereits an der einen Analogieschluß rechtfertigenden Lücke¹⁵.

Die Diskussion um die Anspruchsgrundlage des FBA ist nicht rein akademischer Natur, da die Einordnung z.B. in eine der aufgezeigten verfassungsrechtlichen Alternativen u.a. über die Aktivlegitimation zur Geltendmachung des FBA von juristischen Personen des Öffentlichen Rechts bzw. Eigengesellschaften bei der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben entscheidet, da diesen – abgesehen von den Verfahrensgrundrechten der Art. 101 Abs. 1 Satz 2 und Art. 103 Abs. 1 GG – die Grundrechtsfähigkeit abgesprochen wird¹⁶. Zudem hat die

grundrechtliche Verortung des FBA auch erhebliche Konsequenzen für die Frage des Anspruchsumfangs auf der Rechtsfolgeseite.

III. Folgenbeseitigung in dreipoligen Rechtsverhältnissen

1. Folgenbeseitigungsanspruch und Folgenbeseitigungslast

Während der FBA im bipolaren Rechtsverhältnis Individuum – Staat als Grundlage für die den Betroffenen begünstigende Rechtsfolge der unmittelbaren Naturalrestitution ausreicht, ist es ein Typikum der tripolaren Rechtsverhältnisse, daß die Verwaltung für die Erfüllung der Folgenbeseitigungsverpflichtung aus dem Verhältnis FB-Berechtigter – Staat gegenüber Dritten wegen des mit der Erfüllung von *actu ihm* gegenüber bewirkten Eingriffs einer Ermächtigungsgrundlage bedarf. Dafür reicht der FBA als relatives, nur das Verhältnis Berechtigter – Staat betreffendes Rechtsverhältnis nicht aus, so daß gesetzliche Eingriffsbefugnisse notwendig sind. *Weyreuther*¹⁷ hat das Institut der Folgenbeseitigung herangezogen, um die üblicherweise dem Opportunitätsprinzip entsprechenden Befugnisnormen im Wege der Ermessensverdichtung zur Erfüllung der Folgenbeseitigungsverpflichtung heranziehen zu können. Ob man diese in der Folgenbeseitigung wurzelnden ermessenssteuernden Faktoren nun FBL nennt¹⁸ oder unmittelbar auf den FBA zurückführt¹⁹, erscheint zweitrangig und für die hier zu untersuchende Fragestellung unerheblich²⁰.

2. Bestandsaufnahme

Das der Bauordnungsbehörde in Art. 82 Satz 1 BayBO und vergleichbaren landesrechtlichen Befugnissen zur Beseitigung baulicher Anlagen eingeräumte Ermessen ist gemäß Art. 40 BayVwVfG an den Ermächtigungszweck gebunden und dient demzufolge primär der Berücksichtigung öffentlicher bauordnungsrechtlicher und sicherheitsrechtlicher Interessen (vgl. die Aufgabenzuweisung in Art. 63 Abs. 2 Satz 1 BayBO).

a) Im Fall des ohne Genehmigung errichteten „Schwarzbau“ bzw. der genehmigungsfreien Errichtung einer baulichen Anlage, die gemäß Art. 66 Abs. 6 BayBO nicht von der Einhaltung materiellrechtlicher Anforderungen eximiert ist, wird durch die Verletzung nachbarschützender Vorschriften, die zwar an die Exekutive adressiert und primär auf deren Beachtung im Baugenehmigungsverfahren angelegt sind, der Rahmen der berücksichtigungsbedürftigen Belange durch die Interessen des Nachbarn erweitert. Korrespondierend dazu steht dem Nachbarn nach Errichtung einer ihn in seinen Rechten beeinträchtigenden nicht genehmigten bzw. nicht genehmigungsbedürftigen baulichen Anlage ein formeller Anspruch auf fehlerfreie Ausübung des Ermessens zur Seite. Die Ermessensausübung wird determiniert durch Ausmaß und Schwere der Störung oder Gefährdung, so daß bei hoher Intensität der Rechtsbeeinträchtigung des Nachbarn eine Schrumpfung des

6 *Schleeh*, AÖR 92 (1967), S. 58/60; *Köckerbauer*, JuS 1988, 782; *Schoch*, VerwArch. 79 (1988), S. 1/33 Fußn. 184 m.w.N.; *Redeker/v. Oertzen*, VwGO, 9. Aufl. 1988, § 113 RdNr. 7; *Eyermann/Fröhler*, VwGO, 9. Aufl. 1988, § 80 RdNr. 57; *BVerwG*, U. v. 25. 8. 1971 – IV C 23.69, DVBl. 1971, 858/860.

7 *Bachof* (Fußn. 1), S. 128; *Obermayer*, JuS 1963, 110/113; *Fiedler*, NVwZ 1986, 969/971; *Wallerath*, DÖV 1987, 505/512; *BVerwG*, U. v. 19. 7. 1984 – 3 C 81.82, DVBl. 1984, 1178/1179.

8 So schon *Bettermann*, DÖV 1955, 528/531; *Weyreuther* (Fußn. 3), S. B 28 f.; *M. Redeker*, DÖV 1987, 194/195 f.

9 Treffend *M. Redeker*, DÖV 1987, 194/196: „Der FBA ist keine Oase in der Wüste des objektiven Rechts“.

10 Grundlegend *Weyreuther* (Fußn. 3), S. 78 ff. und insbesondere S. 85. Quasi auf einer dogmatischen Vorstufe zur Position *Weyreuthers* befinden sich *Rösslein* (Fußn. 2), S. 75 ff. und *Rupp*, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, 1965, S. 258 ff. durch die von ihnen vertretene Fundierung des FBA im status negativus. Kritisch *Spanner*, DVBl. 1968, 618/620.

11 VerwArch. 79 (1988), S. 1/34 f.

12 In: Festschrift für Schack, 1966, S. 85/95.

13 *Bettermann*, DÖV 1955, 528/534 f.; *Schleeh*, AÖR 92 (1967), S. 58/72.

14 *Bachof* (Fußn. 1), S. 128.

15 Sozu Recht *M. Redeker*, DÖV 1987, 194/195.

16 BVerfGE 21, 362/369 = BayVBl. 1967, 308; 61, 82/100 ff.; 68, 193/205 = BayVBl. 1985, 271; 70, 1/15; 75, 192/200 = BayVBl. 1987, 590; zuletzt B. v. 16. 5. 1989 – 1 BvR 705/88, NJW 1990, 1783. A.A. für die gemeindliche Berufung auf die landesverfassungsrechtliche Eigentumsgarantie des Art. 103 BV: *BayVerfGH*, B. v. 13. 7. 1984 Vf. 29-VI-82, BayVBl. 1984, 655. Kritisch dazu *Bambey*, NVwZ 1985, 248.

17 (Fußn. 3), S. B 106 ff.; dem folgend *BVerwG*, B. v. 8. 7. 1981 – 4 B 90.81, Buchholz 406.19 Nachbarschutz Nr. 46. A.A. *Obermayer*, JuS 1963, 110/116; ebenfalls, aber unter Betonung der geringen praktischen Relevanz des Meinungsunterschieds *Wolff/Bachof*, Verwaltungsrecht I, 9. Aufl. 1974, § 54 II h, S. 480.

18 So *Weyreuther* (Fußn. 3), a.a.O.

19 So *Schenke*, DVBl. 1990, 328/332.

20 Der Frage, inwieweit die Voraussetzungen von FBA und FBL divergieren können, und ob die FBL über den durch die Grundrechte als Abwehrrechte begrenzten Eingriffs-Anwendungsbereich des FBA hinaus in überzeugender Weise auch auf die Versagung von Leistungsansprüchen aktiviert werden kann (so *Weyreuther* [Fußn. 3], S. B 117 ff.), braucht hier nicht weiter nachgegangen zu werden.

Entschließungsmessens bis hin zum Einschreiten als einzig rechtmäßiger Entscheidung und einem damit einhergehenden materiellrechtlichen Anspruch denkbar ist²¹.

b) Für den Fall einer vom Nachbarn begehrten Baubeseitigung nach durch ihn bewirkter Aufhebung der Baugenehmigung werden FBA und FBL als ermessensverdichtende Topoi in unterschiedlicher Weise gehandhabt. Während einerseits eine quasi automatische Ermessensreduktion angenommen bzw. für möglich gehalten wird²², gesteht man andererseits FBA und FBL allenfalls die Rolle eines legitimen Gesichtspunktes unter anderen in der Ermessensausübung zu²³. Das OVG Münster hat mit seinem Urteil vom 17. 5. 1983²⁴ Folgenbeseitigungserwägungen völlig aus den berücksichtigungsfähigen Ermessensgründen herausgehalten, da eine Differenzierung zwischen dem Einschreiten gegen einen „Schwarzbau“ und gegen eine aufgrund kassierter Baugenehmigung errichtete bauliche Anlage sowohl aus der Sicht des Nachbarn als

auch aus der des Bauherrn nicht gerechtfertigt sei²⁵. Eine Privilegierung des Schwarzbauers gegenüber dem ordnungsgemäß das Baugenehmigungsverfahren betreibenden Bauherrn, der sich mit der erteilten Baugenehmigung auf einen Vertrauensbestand berufen könne, verstoße gegen Art. 3 Abs. 1 GG²⁶. Auch wenn aus Art. 50 BayVwVfG zu entnehmen ist, daß bei Gebrauchmachen von einer noch anfechtbaren Baugenehmigung Vertrauensschutz gerade nicht gegeben ist, und der ordnungsgemäß vorgehende Bauherr immerhin noch die Möglichkeit der Geltendmachung von Amtshaftungsansprüchen gegen den Träger der Genehmigungsbehörde hat²⁷, sind die Überlegungen des OVG Münster nicht von der Hand zu weisen.

3. Eigener Ansatz

a) Voraussetzungen und Rechtsfolge des FBA

(1) Üblicherweise wird auf der Tatbestandsseite des FBA ein in subjektives Recht eingreifendes (rechtswidriges) Verhalten der Verwaltung (Tun oder Unterlassen) gefordert, durch das ein noch andauernder rechtswidriger Zustand geschaffen wurde²⁸. Infolge der unter II. herausgearbeiteten grundrechtlichen Fundierung des FBA bietet sich für die Auslegung des Eingriffsbegriffes ein Rückgriff auf den Grundrechtseingriff an. Dieser setzte in der Vergangenheit unter der klassischen handlungsbezogenen Sichtweise einen unmittelbaren finalen Rechtsakt im Subordinationsverhältnis voraus. Im Gegensatz dazu wird er bei der heute geltenden erfolgsbezogenen Auslegung als Konsequenz der Entwicklung vom liberalen zum sozialen Rechtsstaat bei jeder der öffentlichen Gewalt zurechenbaren Verhinderung schutzbereichskonformen Verhaltens bejaht²⁹.

Die Erteilung der rechtswidrigen und den Nachbarn in seinen Rechten verletzenden Baugenehmigung erfüllt sicherlich diesem gegenüber den Eingriffsbegriff. Durch die Ausnutzung der (für sofort vollziehbar erklärten) Baugenehmigung wurde gegenüber dem Nachbarn auch ein noch andauernder Zustand geschaffen, für den das administrative Handeln kausal war. Infolge erfüllter Tatbestandsvoraussetzungen ist der Blick der Rechtsfolgeseite zuzuwenden.

(2) Angesichts der sehr weiten Tatbestandsvoraussetzungen erfolgt zur Vermeidung uferloser staatlicher Haftung für schuldlose rechtswidrige Eingriffe die Haftungsbegrenzung des

21 Grundlegend BVerwGE 11, 95/97 = BayVBl. 1961, 53. Vgl. auch BVerwG, B. v. 21. 11. 1967 – I B 91.67 = BayVBl. 1968, 434 = DVBl. 1968, 154; U. v. 22. 1. 1971 – VII C 48.69, BayVBl. 1971, 269 = DVBl. 1971, 268; B. v. 24. 5. 1988 – 4 B 93.88, NVwZ 1988, 824; BayVGh, B. v. 14. 4. 1967 Nr. 13 VIII 67, BayVBl. 1967, 283; U. v. 6. 3. 1974 Nr. 174 II 71, BRS 28 Nr. 161; U. v. 15. 4. 1975 Nr. 91 I 71, BayVBl. 1976, 175; U. v. 6. 10. 1983 Nr. 125 II 78, BRS 40 Nr. 237; U. v. 12. 11. 1987 Nr. 2 B 86.01596, BRS 48 Nr. 175; B. v. 12. 2. 1988 Nr. 2 CE 88.0071, BRS 48 Nr. 184; VGH Mannheim, U. v. 26. 6. 1972 – I 787/71, BRS 25 Nr. 1; U. v. 27. 1. 1978 – III 1891/75, BRS 33 Nr. 178; OVG Bremen, U. v. 4. 6. 1973 – II BA 104/73, BRS 27 Nr. 192; OVG Berlin, U. v. 14. 5. 1982 – 2 B57/79, NJW 1983, 777/778.

Großzügiger demgegenüber OVG Saarlouis, U. v. 22. 10. 1982 – 2 R 209/81, NVwZ 1983, 685; U. v. 29. 6. 1984 – 2 R 15/83, BRS 42 Nr. 216; OVG Münster, U. v. 23. 3. 1972 – X A 214/71, DÖV 1972, 863; U. v. 19. 5. 1983 – 11 A 1128/82, BRS 40 Nr. 122; U. v. 27. 11. 1989 – 11 A 195/89, BauR 90, 341; OVG Lüneburg, U. v. 4. 10. 1985 – 1 A 34/85, BRS 44 Nr. 195; vgl. auch Wilke in: Festschrift für Scupin, 1983, S. 831/835 ff. m. w. N.

Zur Entwicklung der Rechtsprechung der Ermessensverdichtung, die durch die Amtshaftungsjudikatur der Zivilgerichte anlässlich von Fällen behördlichen Unterlassens auf der Ebene der Sekundäransprüche begründet wurde, statt vieler: Drews/Wackel/Vogel/Martens, Gefahrenabwehr, 9. Aufl. 1986, S. 396 ff.

22 OVG Lüneburg, U. v. 22. 3. 1962 – I OVG A 96/61, OVGE 18, 341/349; OVG Münster, U. v. 15. 12. 1972 – XI A 764/71, BRS 25 Nr. 194 = DÖV 1973, 722 (nur Ls.); U. v. 23. 4. 1982 – 10 A 645/80, BRS 39 Nr. 178 mit dem Hinweis auf die gebotene Effektivität des Nachbarrechtsschutzes; BayVGh, B. v. 24. 3. 1977 Nr. 277 II 75, BayVBl. 1977, 340 m. w. N.; B. v. 30. 8. 1979 Nr. 14 CS 817/79, BayVBl. 1980, 117/118; OVG Bremen, B. v. 12. 2. 1991 – 1 B 78/90, BauR 1991, 324/326; Drews/Wackel/Vogel/Martens (Fußn. 21), S. 625; Hoppe in: Ernst/Hoppe, Das öffentliche Bau- und Bodenrecht, Raumplanungsrecht, 2. Aufl. 1981, RdNr. 461; Horn, DÖV 1989, 976 ff.; Schenke, DVBl. 1990, 328 ff. Schon an dieser Stelle ist anzumerken, daß diese Ansicht konsequenterweise von einer doppelten Ermessensreduktion durch den FBA ausgehen muß: Zum einen auf der Ebene des Grundverwaltungsaktes (Art. 82 BayBO) und zum anderen, was nicht immer von ihren Vertretern realisiert wird, auf der Vollstreckungsebene. Zur Reduktion des Entschließungsmessens hinsichtlich der Vollstreckung vgl. BayVGh, B. v. 14. 4. 1967 Nr. 13 VIII 67, BayVBl. 1967, 283 (bejahend) einerseits und OVG Saarlouis, B. v. 22. 3. 1985 – 2 W 419/85, BRS 44 Nr. 199 (verneinend) andererseits. Diese Notwendigkeit des Postulats einer doppelten Ermessensreduktion auf Null zeigt, wie wenig diese Ansicht mit dem seitens des Gesetzgebers vorgegebenen Opportunitätsprinzip harmonisiert.

23 So vor allem BVerwG, B. v. 8. 7. 1981 – 4 B 90.81, Buchholz 406.19 Nachbarschutz Nr. 46; VGH Mannheim, U. v. 1. 6. 1978 – III 2190/77, BRS 33 Nr. 159; OVG Lüneburg, U. v. 27. 3. 1981 – 1 A 213/80, BRS 38 Nr. 181; U. v. 16. 5. 1988 – 1 A 23/87, BRS 48 Nr. 191; Weyreuther (Fußn. 3), S. B 114, 128, 132; Finkelnburg/Orloff, Öffentliches Baurecht, Bd. II, 2. Aufl. 1990, S. 201 f.; Friauf in: v. Münch, Besonderes Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 1988, S. 597 f.; Gelzer, Bauplanungsrecht, 4. Aufl. 984, RdNm. 885 f.; offen Wolff/Bachof (Fußn. 17), § 54 II h, S. 480; Gern, DVBl. 1987, 1194/1196; widersprüchlich Simon, BayBO, Art. 82 RdNr. 7.

24 7 A 330/81, BRS 40 Nr. 191 = NJW 1984, 883.

25 Interessant ist, daß diese Ausführungen als klassische obiter dicta in keiner Weise veranlaßt waren, da der zu entscheidende Sachverhalt die Frage einer Pflicht zum Einschreiten gegen einen Schwarzbau betraf. Dies wird vom Senat sogar noch ausdrücklich hervorgehoben (BRS 40 Nr. 191 S. 425/428)!

26 So OVG Münster, a. a. O.; aufgegriffen vom BayVGh, U. v. 12. 11. 1987 Nr. 2 B 86.01342, BRS 48 Nr. 174; Steinberg, NJW 1984, 457/463. A. A. demgegenüber Bachof, DVBl. 1961, 128/129.

27 Daraufweist Schenke, DVBl. 1990, 328/336 hin.

28 Vgl. die Formulierungen des BVerwG in BVerwGE 28, 155/165; U. v. 25. 8. 1971 – IV C 23. 69, BayVBl. 1972, 162 = DVBl. 1971, 858/860 zur Irrelevanz des VA als eingreifender Handlungsform der Verwaltung; BVerwGE 38, 337/346; 59, 319/326; 69, 366/369 = BayVBl. 1985, 54; U. v. 6. 9. 1988 – 4 C 26.88, NJW 1989, 118; Maaf, BayVBl. 1987, 520/524 f.; Köckerbauer, JuS 1988, 782/784 f. Zum Anknüpfungspunkt des Rechtswidrigkeitsverdichtes, also der Frage nach Handlungs- oder Erfolgsunrecht, vgl. Ossenbühl (Fußn. 2), S. 202; Köckerbauer, a. a. O., S. 785; VG Ansbach, B. v. 28. 6. 1991 AN 3 E 91.33852, BayVBl. 1991, 667.

29 Gallwas, Faktische Beeinträchtigungen im Bereich der Grundrechte, 1970, passim; Ramsauer, Die faktischen Beeinträchtigungen des Eigentums, 1980, passim; Pieroth/Schlink, Grundrechte – Staatsrecht II, 3. Aufl. 1987, RdNr. 271 ff.; Hermes, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, 1987, S. 79 ff.; BVerwGE 71, 183/191 ff. = BayVBl. 1985, 725.

FBA auf der Rechtsfolgeseite. Schon *Bachof*³⁰ hatte für den Entschädigungsanspruch eine Anspruchsbegrenzung auf die unmittelbaren Schäden gefordert. *Bettermann* charakterisierte den FBA in Konsequenz seiner Anspruchsverortung aufgrund der zivilrechtlichen Analogie zu §§ 12, 862, 1004 BGB als quasinegatorischen Wiederherstellungsanspruch mit Richtung auf den status quo ante³¹. Die h.M. ist dem gefolgt³², und weitergehende Ansätze³³ konnten sich zumindest im Allgemeinen Verwaltungsrecht nicht durchsetzen. Demzufolge umfaßt der FBA einen Ausgleich in natura für die unmittelbar durch die Amtshandlung hervorgerufenen, jedenfalls die damit final intendierten Folgen³⁴. Vom BVerwG wurden in seinem zuletzt zitierten, eine bipolare Konstellation betreffenden Urteil expressis verbis die Folgen vom FBA ausgeschlossen, die „durch ein Verhalten des Betroffenen – oder eines Dritten – (mit)verursacht wurden, das auf dessen eigener Entschließung beruht“. Diese Folgen seien der handelnden Behörde nicht mehr zuzurechnen³⁵. An diesem Punkt stellt sich die Frage, was bei der Anwendung des FBA auf dreipolige Rechtsverhältnisse angesichts des Unmittelbarkeitskriteriums noch übrig bleibt.

b) Die Zurechnungsgrenze im Dreiecksverhältnis

(1) Dreipolige Rechtsverhältnisse sind keine dogmatische Kategorie, da sie bei völlig verschiedenen Verwaltungsaktstypen auftreten. Der von *Bachof* seinen Überlegungen zugrundegelegte Fall der Obdachloseneinweisung beinhaltet z.B. mit der Auferlegung einer Duldungsverpflichtung eine gebietende und damit vollstreckbare Regelung, während unseren Überlegungen eine materiellrechtlich feststellende und verfahrensrechtlich gestaltende (Art. 74 Abs. 8 BayBO) Baugenehmigung zugrundeliegt. Insoweit zeugt *Schenkes* Verwunderung über die „Zurückdrängung des FBA, der doch gerade für die Fälle mit Drittwirkung entwickelt worden sei“³⁶, von einer nicht genügend differenzierten Sichtweise.

Bei gebietenden Regelungsakten hat das Faktum, daß der Bürger dem Gebot freiwillig nachkommt, im Hinblick auf die Vollstreckungsmöglichkeit der Anordnung mit Sicherheit keine anspruchsausschließende Wirkung i.S. der vom BVerwG aufgestellten Fallgruppe des Handelns auf eigene Entschließung³⁷. Insoweit läßt sich die staatliche Zurechnung im Hinblick auf die Erfüllungshandlungen des Betroffenen wegen des der Verwaltung zur Verfügung stehenden Kanons von Zwangsmitteln nicht verneinen. Demgegenüber läßt sich dieser Schluß nicht auf den nicht vollstreckbaren feststellenden

VA ohne intendierte Folgen übertragen. Die Ausnutzung von Genehmigungen steht im Belieben des Bürgers, weshalb es auch möglich ist, mehrere alternative Baugenehmigungen für ein Grundstück zu beantragen³⁸. In einem derartigen Fall bestünde dann eine alternative staatliche Zurechnung, obwohl es im Belieben des Bürgers steht, ob und von welcher Genehmigung er Gebrauch macht. Eine administrative Zurechnung der durch das Gebrauchmachen einer Baugenehmigung eingetretenen Folgen läßt sich demzufolge wohl erst begründen, wenn Baugenehmigungsverfahren und Bauerrichtung ein Baugesamt zugrundelag³⁹.

Auch die von den Vertretern der Gegenansicht zuweilen angeführte prozeßrechtliche Parallele unter Verweis auf § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO a.F. verfährt nicht. Wenn aus Gründen effektiven (vorläufigen) Rechtsschutzes der Begriff der „Vollziehung“ in § 80 VwGO a.F. erweiternd so ausgelegt wurde, daß er auch das Gebrauchmachen von einer Genehmigung erfaßt⁴⁰, wird selbst bei Einbeziehung der Regelungen der § 80 Abs. 5 Satz 3 und § 113 Abs. 1 Satz 2 VwGO nichts über die materiellrechtlichen Anspruchsvoraussetzungen und die Reichweite des FBA gesagt⁴¹. Der Rückschluß von der actio auf das ius ist nur insoweit zulässig und tragend, als daß nach der Auslegung für die genannten prozessualen Vorschriften überhaupt ein sinnvoller Anwendungsbereich verbleibt, was angesichts der typischen Fälle der Vollziehung belastender gebietender Verwaltungsakte im bipolaren Verhältnis nicht in Frage stehen kann. Darüber hinaus vermag die erweiternde Auslegung des Begriffes „Vollziehung“ in der prozeßrechtlichen Regelung des § 80 VwGO keine Antwort auf die materiellrechtliche Fragestellung zu geben, was auf der Rechtsfolgeseite des FBA zu den unmittelbaren, der Exekutive zurechenbaren Folgen der Amtshandlung gehört⁴².

(2) Daß der Verwaltung der Gebrauch der Baugenehmigung durch den Bürger im Hinblick auf den FBA nicht zuzurechnen ist, ergibt sich auch aus spezifisch grundrechtlichen Wertungen. Dazu ist an die unter II. herausgearbeitete Fun-

30 (Fußn. 1), S. 132. Die Charakterisierung als Entschädigungsanspruch gab er im Vorwort der 2. Aufl. (S. XIV) auf.

31 DÖV 1955, 528/534 f.

32 *Weyreuther* (Fußn. 3), S. B 101 und B 20 Fußn. 27 m.w.N.; *Rösslein* (Fußn. 2), S. 37; *Spanner*, DVBl. 1968, 618/624; *Schoch*, VerwArch. 79 (1988), S. 1/23 Fußn. 134 m.w.N.; *Köckerbauer*, JuS 1988, 782/785; BVerwGE 28, 155/165 m.w.N.; 38, 337/346; 69, 366/372 f.; *VGH Mannheim*, U. v. 17. 8. 1989 – 5 S 1517/89, NVwZ-RR 1990, 449 zum Anspruchsentfall bei Unmöglichkeit der Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes; *BayVGH*, U. v. 16. 5. 1991 Az. 4 B 90.2483, BayVBl. 1992, 147.

33 Vgl. die Nachweise bei *Schoch*, VerwArch. 79 (1988), S. 1/17 ff.; *M. Re-deker*, DÖV 1987, 194/198; *Papier*, DÖV 1972, 845 ff.

34 So BVerwGE 69, 366/373 = BayVBl. 1985, 54. Kritisch gegenüber der Verwendung derartiger Verlegenheitsbegriffe *Ossenbühl* (Fußn. 2), S. 199; *Schoch*, VerwArch. 79 (1988), S. 1/49 f.

35 BVerwGE 69, 366/372 f. = BayVBl. 1985, 54.

36 DVBl. 1990, 328/329. Dies ist insoweit verwunderlich, als *Schenke* selbst später zwischen gebietenden und gestaltenden Verwaltungsakten differenziert (a.a.O., S. 335 f.).

37 *Drews/Wackel/Vogel/Martens* (Fußn. 21), S. 625; *Horn*, DÖV 1989, 976/977 f.; *Schenke*, DVBl. 1990, 328/335; *BayVGH*, U. v. 15. 4. 1965 Nr. 85 II 64, BayVBl. 1965, 246.

38 *OVG Münster*, U. v. 22. 10. 1987 – 21 A 330/87, NVwZ 1988, 854.

39 Zum Baugebot vgl. *BVerwG*, B. v. 3. 8. 1989 – 4 B 70.89, NVwZ 1990, 60; U. v. 15. 2. 1990 – 4 C 41.87, DVBl. 1990, 576; U. v. 15. 2. 1990 – 4 C 45.87, DVBl. 1990, 583.

40 *Brewer*, DVBl. 1983, 431/439 f.; *Schenke*, DVBl. 1986, 9/14 m.w.N.; *Pietzner/Ronellenfisch*, Das Assessorexamen im Öffentlichen Recht, 6. Aufl. 1987, § 50 Rdnr. 45; *Finkelnburg/Jank*, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren, 3. Aufl. 1986, Rdnrn. 499 f.; *BayVGH*, B. v. 28. 7. 1982 Nr. 20 AS 82 D.34, DÖV 1983, 38 mit ausführlicher Begründung.

AA. *Bender*, NJW 1966, 1989/1992 f.; *Gelzer*, NJW 1970, 1352/1356; *Kopp*, JuS 1983, 673/677 m.w.N.; *BayVGH*, B. v. 24. 3. 1977 Nr. 277 II 75, BayVBl. 1977, 340; B. v. 12. 2. 1988 Nr. 2 CE 88.00071, BayVBl. 1988, 276.

41 Vgl. auch *OVG Saarlouis*, U. v. 22. 10. 1982 – 2 R 209/81, NVwZ 1983, 685.

42 A.A. *Schenke*, DVBl. 1986, 9/15; *ders.*, DVBl. 1990, 328/335; *Horn*, DÖV 1989, 976/978. Der darüber hinaus von *Horn* (a.a.O., S. 979) vorgetragene Einwand, die eigene Entschließung des Bauherrn zur Ausnutzung der Baugenehmigung unterbreche nicht die Zurechnung, da eben nicht der Anspruchsinhaber sua sponte aktiv geworden sei, läßt sich schon aus der Entscheidung des *BVerwG* (BVerwGE 69, 366/372 f. = BayVBl. 1985, 54) selbst zurückweisen. Dort wird zurechnungsunterbrechend ausdrücklich auch das „auf eigener Entschließung beruhende Verhalten eines Dritten“ genannt. In der von *Horn* vorgetragenen Argumentation klingt der Ausschluss analog § 254 BGB an, den sich der Berechtigte nur bei Zurechnung des Mitverschuldens eines Dritten entgegenhalten lassen muß. Dazu ist zu sagen, daß die Mitverantwortungsproblematik als Ausschlussbestand (vgl. dazu *BVerwG*, U. v. 25. 8. 1971 – IV C 23.69, BayVBl. 1972, 162 = DVBl. 1971, 858/860 f.; U. v. 14. 4. 1989 – 4 C 34.88, UPR 1989, 350) und die Zurechnung der Amtshandlungsfolgen als Anspruchsvoraussetzung unterschiedliche Kategorien bilden, die nicht miteinander vermengt werden dürfen.

dierung des FBA in den Freiheitsrechten zu erinnern. Als Abwehrrechte im Verhältnis Individuum – Staat⁴³ setzen sie für ihre Aktivierung einen staatlichen Eingriff voraus. Neben die Grundrechtsfunktion der Sicherung des status negativus ist aber in neuerer Zeit wegen der immer bedrohlicher empfundenen Lücke zwischen der rein staatsgerichteten Abwehrfunktion der Grundrechte und gewichtigen Gefährdungsmöglichkeiten der grundrechtlich abgesicherten Werte durch Dritte eine neue Grundrechtsfunktion getreten: die staatliche Schutzpflicht⁴⁴. Die aus der unmittelbar historischen Erfahrung herührende Ausrichtung des Grundgesetzes auf das Spannungsfeld Staat – Individuum mit den Grundrechten als Sicherungen des status negativus vermochte den neuen Gefährdungen des Individuums durch das Individuum nicht gerecht zu werden⁴⁵. Dogmatischer Ansatzpunkt für die Herleitung der Schutzpflichten durch das BVerfG ist die in den Grundrechten zum Ausdruck kommende objektive Werteordnung, die als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Rechtsbereiche Geltung beansprucht. In der Literatur wird darüber hinaus noch die grundlegende Staatsfunktion der Friedens- und Sicherheitsgewährleistung als Korrelat für die Verdrängung der Selbsthilfe durch Schaffung des staatlichen Gewaltmonopols angeführt⁴⁶. Somit ist der Schutz des Individuums durch die Grundrechte umfassend; zum einen gegen Eingriffe der öffentlichen Gewalt im status negativus und zum anderen gegen Gefährdungen u.a. durch private Dritte mittels der Schutzpflichtfunktion.

Diese unterschiedlichen Grundrechtsfunktionen mit ihren exklusiv gegeneinander abgegrenzten Anwendungsbereichen markieren die Grenze staatlicher Zurechnung von Grundrechtsbeeinträchtigungen, denn der Begriff des Grundrechtseingriffs⁴⁷ für die Aktivierung als Abwehrrecht verlangt ein „ursächliches und zurechenbares Verhalten der öffentlichen Gewalt“⁴⁸. Wenn diese Voraussetzungen bei einer – wertfrei ausgedrückt – Grundrechtsbeeinträchtigung nicht vorliegen, bleibt als Prüfungsmaßstab nur noch die Schutzpflicht. Die Grundrechtsfunktionen von Abwehrrecht und Schutzpflicht schließen sich also gegenseitig aus. Wie aber die Anwendung der Schutzpflicht als Maßstab bei der Prüfung der gesetzlichen Grundlagen atomrechtlicher Genehmigungen durch das BVerfG zeigt⁴⁹, wird generell bei staatlicherseits erteilten Genehmigungen und der dadurch ausgelösten Dreieckskonstellation von Rechtsverhältnissen (Staat – Genehmigungsempfänger – Nachbar) ein Grundrechtseingriff gerade nicht zugrundegelegt⁵⁰. Durch die Negation der grundrechtlichen Abwehrrechtsfunktion wird konkludent zum Ausdruck gebracht, daß das durch die Exekutive eben nur abgesegnete

und nicht verpflichtend eingeforderte Verhalten Privater dem Staat *nicht* zugerechnet werden kann⁵¹.

Die demgegenüber von *Murswiek*⁵² – speziell zum Immissionschutzrecht – entwickelte Ansicht, daß der Staat sich das Verhalten des Genehmigungsempfängers infolge der Erlaubniserteilung und der damit dem Nachbarn auferlegten Duldungspflicht als eigenen Eingriff zurechnen lassen müsse, ist aus zwei Gründen abzulehnen. Zum einen vermag die Konzeption *Murswicks* der Stützung positiver Schutzpflichten auf die Abwehrrechte die Gleichsetzung von unterlassenen staatlichen Schutzaktivitäten und aktivem Eingriff nicht zu erklären, weil sie allenfalls Folge, nicht aber causa des aus einer Schutzpflicht folgenden Wächteramtes des Staates sein kann⁵³. Zum anderen ist diese insbesondere mit Blick auf § 14 BImSchG entwickelte Ansicht jedenfalls für das Baurecht wegen der Genehmigungserteilung unbeschadet der privaten Rechte Dritter (Art. 74 Abs. 6 BayBO) unanwendbar.

Zusammenfassend ist festzuhalten, daß aus der grundrechtsfunktionalen Unterscheidung von staatsgerichteter Abwehrfunktion und positiver Schutzpflicht und der Anwendung letzterer als verfassungsrechtlichem Prüfungsmaßstab in dreipoligen, durch Genehmigungserteilung ausgelösten Rechtsverhältnissen folgt, daß das Gebrauchmachen von der Baugenehmigung durch einen Privaten ein der öffentlichen Gewalt nicht zurechenbares Verhalten darstellt, für das sie demzufolge auch nicht mittels des FBA zu haften braucht.

c) Bedürfnis- und Zweckmäßigkeitserüberlegungen

Diese kritischen Ausführungen gegenüber der Folgenbeseitigung in durch die Erteilung von Kontrollerlaubnissen begründeten tripolaren Rechtsverhältnissen wären in Frage gestellt, wenn sich ohne die insbesondere von *Horn* und *Schenke* vertretene Konstruktion eine Rechtsschutzlücke für den im Widerspruchsverfahren oder Anfechtungsprozeß obsiegenden Nachbarn aufträte, denn schon in der Einleitung wurde festgestellt, daß sich die von ihm erwirkte Kassation der Baugenehmigung nicht als Pyrrhussieg erweisen darf. Aber auch unter diesem Aspekt ist eine Ausdehnung der Folgenbeseitigung auf die genannte Fallkonstellation nicht geboten, da nach Aufhebung der Baugenehmigung ein unmittelbarer deliktischer Beseitigungsanspruch im Verhältnis Nachbar – Bauherr aus § 823 BGB i.V.m. (z.B.) Art. 6 BayBO besteht, der vor den Zivilgerichten geltend zu machen ist⁵⁴. Demzufolge wird der Nachbar nicht rechtsschutzlos gestellt⁵⁵ und auch die vorhergehende Kassation der Baugenehmigung macht Sinn, denn erst dadurch ist für den Zivilrichter im Nachbarstreit die Prüfungsmöglichkeit der Verletzung von nachbarschützenden Normen des Öffentlichen Rechts eröffnet⁵⁶. Deswegen ist die Verwei-

43 Darauf noch beschränkt BVerfGE 1, 97/104 f.

44 Vgl. dazu *Isensee*, Das Grundrecht auf Sicherheit, 1983; *Hermes* (Fußn. 29), passim; *Robbers*, Sicherheit als Menschenrecht, 1987; *Klein*, NJW 1989, 1633; BVerfGE 39, 1/42; 46, 160/164; 49, 89/140 ff.; 53, 30; 56, 54.

45 *Isensee* (Fußn. 44), S. 31 ff.

46 *Herzog*, JZ 1969, 441/443; *Isensee*, (Fußn. 44), S. 3 ff. und 56 ff.; *Hermes* (Fußn. 29), S. 148 ff.; *Robbers* (Fußn. 44), S. 27 ff.

47 Vgl. dazu oben bei Fußn. 29.

48 BVerfGE 66, 39/60 = BayVBl. 1984, 177.

49 BVerfGE 49, 89/140 ff. = BayVBl. 1979, 174; 53, 30/57 ff. Die Tragfähigkeit dieses Ansatzes des BVerfG, dem allgemein zuzustimmen ist, muß aber ganz speziell für den Bereich des Atomrechts mit weitgehend öffentlichen Unternehmen in Form von Eigengesellschaften als Kraftwerksbetreibern bezweifelt werden. Vgl. dazu *Hofmann*, Rechtsfragen der atomaren Entsorgung, 1981, S. 325 f.; *ders.*, BayVBl. 1983, 33/34 f.

50 Vgl. *Kloepfer*, Umweltrecht, 1989, S. 42 f.; *Hoppel/Beckmann*, Umweltrecht, 1989, S. 58 f.; *J. Ipsen*, AÖR 107 (1982), S. 259/270 f. und 284.

51 Zur Abgrenzung der Verantwortungsbereiche Staat – Bürger durch Genehmigungserteilung auch *Pietzcker*, JZ 1985, 209/211.

52 Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, 1985, S. 88 ff.; *ders.*, WuV 1986, 182; *ders.*, NVwZ 1986, 611.

53 So treffend *Hermes* (Fußn. 29), S. 97; *Robbers* (Fußn. 44), S. 125 f. und 190 f.; *Stern*, Staatsrecht, Bd. III/1, 1988, S. 947 f. m.w.N.; vgl. auch die Auseinandersetzung auf S. 729 ff. mit der Position von *Murswiek*.

54 BGHZ 40, 306; U. v. 24. 4. 1970 – V ZR 97/67, NJW 1970, 1180; U. v. 21. 12. 1973 – V ZR 107/72, LM Nr. 132 zu § 1004 BGB; U. v. 30. 4. 1976 – V ZR 188/74, NJW 1976, 1888; *OLG München*, U. v. 6. 10. 1958 – 3 U 1575/57, NJW 1959, 341.

55 So aber unter Verkenennung der zivilrechtlichen Ansprüche *OVG Münster*, U. v. 23. 4. 1982 – 10 A 645/80, BRS 39 Nr. 178. Keinen sachlichen Grund bildet die Verweisung auf den Zivilrechtsweg nach *OVG Lüneburg*, U. v. 4. 10. 1985 – 1 A 34/85, BRS 44 Nr. 195 und *OVG Berlin*, U. v. 14. 5. 1982 – 2 B 57/79, NJW 1983, 777/779.

56 So zu Recht *BayVGH*, U. v. 12. 11. 1987 Nr. 2 B 86.01342, BRS 48 Nr. 174.

sung des Nachbarn auf den Zivilrechtsweg seitens der Behörde alles andere als sachwidrig⁵⁷.

Die Auflösung der Konkurrenzproblematik von Öffentlichem und privatem Nachbarrecht zugunsten der Priorität des Privatrechts ist bereits von *Konrad*⁵⁸ in vorzüglicher Weise vorexerziert worden. Die Subsidiarität öffentlich-rechtlicher Rechtsschutzgewährung in verschleierte Nachbarstreitigkeiten stützt er u.a. auf die systemgerechteren prozessualen Verfahrensgrundsätze der Zivilgerichtsbarkeit und stellt die Eigenverantwortung des Individuums in den Vordergrund⁵⁹. Zu ergänzen ist an dieser Stelle noch der Gedanke prozessual zweckmäßiger Gestaltung, der es gebietet, materielle Interessengegensätze auch formal in Parteirollen zum Ausdruck zu bringen. Für einen Verwaltungsrichter in Bausachen erscheint es immer wieder abstrus, wenn sich – überspitzt formuliert – in Nachbarstreitigkeiten Kläger und Beigeladener in Augenscheinsterminen und mündlichen Verhandlungen die wahren Gefechte liefern, während die/der Beklagte (oft) mehr oder weniger unbeteiligt zuschaut⁶⁰. Die Interessenspolarisation entspricht nicht (mehr) dem Rollenverständnis der Parteien, mit dem aber die kostenmäßigen Prozeßrisiken vinkuliert sind⁶¹. Nun ist das Auseinanderdriften der Linien von materiellen Interessengegensätzen und formalen Parteirollen bei Anfechtungsklagen gegen Gestattungsakte systemimmanent⁶², aber es ist nicht einzusehen, warum diese Entwicklung noch auf den Bereich öffentlich-nachbarrechtlicher Leistungsansprüche ausgedehnt werden mußte⁶³. Dies um so weniger, wenn doch mit dem Zivilprozeß eine Interessengegensätze und Parteirollen zur Kongruenz bringende Arena zur Verfügung steht. Somit sprechen über die von *Konrad* ausgeführten Gründe hinaus auch prozessuale Zweckmäßigkeitsüberlegungen gegen eine Ausdehnung der Folgenbeseitigung auf nachbarrechtliche dreipolige Konfliktlagen.

57 So das zuletzt zitierte Urteil des *BayVG*H und *OVG Lüneburg*, U. v. 10. 5. 1963 – I A 186/62, *DÖV* 1963, 769/770; *Simon* (Fußn. 23), Art. 82 RdNr. 7; vgl. auch unten Fußn. 66.

Über die hier zur Diskussion stehende Fallkonstellation aus dem Bau-recht hinaus haht sich auch im Immissionsschutzrecht eine Harmonisierung von öffentlich-rechtlichen (§ 3 Abs. 1 BImSchG) und privatrechtlichen Beurteilungsmaßstäben (§ 906 BGB) an, die die Effektivität des zivilrechtlichen Nachbarschutzes gewaltig aufwertet; vgl. dazu *BVerwG*, U. v. 29. 4. 1988 – 7 C 33.87, *NJW* 1988, 2396 mit Besprechung von *Kraft*, *JuS* 1990, 278; U. v. 19. 1. 1989 – 7 C 77.87, *NJW* 1989, 1291. Auf diese Linie scheint jetzt auch der *BGH* einzuschwenken; vgl. U. v. 23. 3. 1990 – V ZR 58/89, *DVB*l. 1990, 771/772; anders noch *BGHZ* 41, 264/270; 54, 384/389. Zu diesem Problemkreis *Hagen*, *UPR* 1985, 192/193; *Gaentzsch*, *UPR* 1985, 201/209 f.; *Marburger*, *Aushau* des Individualschutzes gegen Umweltbelastungen als Aufgabe des bürgerlichen und des öffentlichen Rechts, *Gutachten C* zum 56. DJT, 1986, S. 102 ff.; *Kleinlein*, *Das System des Nachbarrechts*, 1987, S. 118 ff. Trotz der materiellrechtlichen Konkordanz von öffentlichem und privatem Immissionsschutzrecht stehen allerdings die gerade auch durch die Nachbarschaftsgefährdung quasi als Qualifikation bedingten Ermessensverdichtungen bis hin zur gebundenen Entscheidung auf behördliches Einschreiten (§ 17 Abs. 1 Satz 1 und 2, § 20 Abs. 2, § 25 Abs. 1 und 2 BImSchG) einer pauschalen Übertragung der Subsidiaritätsthese des öffentlich-rechtlichen Nachbarschutzes auf das Immissionsschutzrecht entgegen. Diese hat nur Bedeutung bei Immissionen unterhalb der Gefahrenschwelle; vgl. *BVerwG*, B. v. 21. 10. 1988 – 7 B 154.88, *UPR* 1989, 224.

58 *BayVBl.* 1984, 33 ff. und 70 ff.

59 *BayVBl.* 1984, 33/70 ff. Dem weitgehend folgend: *Marburger* (Fußn. 57), S. C 38 ff. und 42 ff. mit Übersicht über den Meinungsstand.

60 *Kloepfer* (Fußn. 50), S. 42 spricht in diesem Zusammenhang treffend von „juristischen Stellvertreterkriegen“. Zu diesen aufgezeigten Friktionen zwischen materieller Rechtsposition und prozessualer Parteirolle auch *Schmidt-Aßmann*, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs-idee und System*, 1982, S. 22 f.; *Pietzcker*, *JZ* 1985, 209/213; *Gaentzsch*, *NVwZ* 1986, 601/603.

61 Vgl. § 154 Abs. 3 und § 162 Abs. 3 *VwGO*.

62 *Konrad*, *BayVBl.* 1984, 33/73 f.

63 *Schmidt-Aßmann*, *DVB*l. 1987, 216/221.

d) Exkurs: Anspruch auf behördliches Einschreiten auf der Grundlage staatlicher Schutzpflichten?

Nachdem oben (sub 3. b 2) geklärt wurde, daß die tatsächliche Erstellung des genehmigten Bauwerks kein dem Staat als Eingriff zurechenbares Verhalten darstellt, soll zur Abrundung der Untersuchung unabhängig von der Frage der Folgenbeseitigung kurz darauf eingegangen werden, ob die öffentliche Hand nach Aufhebung der Baugenehmigung aus dem Gedanken der grundrechtlichen Schutzpflicht zum Einschreiten verpflichtet sein könnte. Infolge des Postulats umfassenden Grundrechtsschutzes und mangels Einschlägigkeit der Grundrechte in ihrer Abwehrfunktion ist der Anwendungsbereich der Schutzpflichten eröffnet. Aber auch diese Spielart des Grundrechtsschutzes vermag selbst bei Anerkennung individueller subjektiver Schutzansprüche⁶⁴ in der unseren Überlegungen zugrundegelegten Fallkonstellation keinen Anspruch auf behördliches Einschreiten zu stützen, da der weite Gestaltungsspielraum der Schutzpflichtadressaten im Hinblick auf die Modalitäten der Schutzpflichtenerfüllung⁶⁵ zu beachten ist. Dieser den Staatsorganen bei der Umsetzung der Schutzpflichten eingeräumte Freiheitsbereich wahrt die aus dem Grundsatz der Gewaltenteilung herzuleitende Gestaltungsprärogative des Gesetzgebers, der alle Staatsgewalten und sämtliche Formen des Staatshandelns in den Dienst des Schutzes stellen kann. Deswegen vermag eine Schutzpflicht auch durch die Bereitstellung zivilrechtlicher Abwehrmöglichkeiten unter Eröffnung des zivilgerichtlichen Rechtsschutzes mit Zwangsvollstreckungsmöglichkeit erfüllt zu werden⁶⁶. Entscheidend sind die Kriterien der Eignung und Effizienz der dem Bürger eingeräumten Abwehrmöglichkeiten⁶⁷, die nach den Ausführungen zum zivilrechtlichen Nachbarschutz im Baurecht wohl außer Frage stehen. Demzufolge läßt sich eine Pflicht der Bauaufsichtsbehörde zum Einschreiten in der der Untersuchung zugrundeliegenden Fallkonstellation auch nicht auf den Gedanken der staatlichen Schutzpflicht stützen, die durch die Bereitstellung zivilrechtlicher deliktischer Beseitigungsansprüche erfüllt ist⁶⁸.

IV. Zusammenfassung und prozessuale Konsequenzen für den vorläufigen Rechtsschutz

In dreipoligen Rechtsverhältnissen infolge behördlicher Gestattungsakte vermögen weder der Gedanke der Folgenbeseitigung noch die Grundrechtsfunktion staatlicher Schutzpflicht dem Nachbarn mit seinem an die Verwaltung gerichteten Beseitigungsbegehren nach erwirkter Kassation der (Bau-) Genehmigung zum Erfolg zu verhelfen. Die Errichtung der (baulichen) Anlage als Gebrauchmachen von der Genehmigung ist der Verwaltung nicht zurechenbar, so daß im Dreieck des Nachbarrechts der Nachbar unmittelbar gegen den Bauherrn vorgehen muß.

Dieses Ergebnis hat auch Konsequenzen für den vorläufigen Rechtsschutz im Baunachbarrecht. Der Nachbar muß nach

64 Dazu statt vieler *Stern* (Fußn. 53), S. 743, 984 f.

65 *BVerfGE* 39, 1/44; 46, 160/164 f.; 76, 1/50 f. = *BayVBl.* 1988, 141ff., 176ff.; *Stern* (Fußn. 53), S. 737 f. und 950 ff.

66 Zum Einfluß der Grundrechte auf die Ausgestaltung des Zivilrechts durch den Gesetzgeber *Stern* (Fußn. 53), S. 1576 ff. – Die Notwendigkeit einer Gesamtbetrachtung aller dem Betroffenen rechtlich zur Verfügung stehenden Abwehrmittel bei Prüfung der Erfüllung staatlicher Schutzpflichten wird von *Steinberg*, *NJW* 1984, 457/464 bei seiner Kritik an der behördlichen Verweisung des Bürgers auf den Zivilrechtsweg überschauen. *Steinbergs* Argumentation greift zu kurz, da er nur die Verwaltung als Schutzpflichtenadressatin im Blick hat.

67 Vgl. *BVerwGE* 37, 112/115 = *BayVBl.* 1971, 269.

68 So auch *R. Maunz*, *BayVBl.* 1977, 135/139; vgl. auch *Steinberg*, *NJW* 1984, 457/462.

Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit der Baugenehmigung (§ 80 a Abs. 1 Nr. 1 VwGO⁶⁹) bzw. qua lege entfallender aufschiebender Wirkung (§ 80 Abs. 2 Nr. 3 VwGO i.V.m. Art. 2 § 10 Abs. 2 WoBauErlG)⁷⁰ von Widerspruch und Anfechtungsklage primär den Antrag gemäß § 80 Abs. 5 VwGO stellen. Erst wenn das gegen die sofortige Vollziehbarkeit gerichtete Verfahren erfolgreich durchgeföhrt wurde⁷¹, ist die Gestattungswirkung der Baugenehmigung in Form der Baufreigabe (Art. 74 Abs. 8 BayBO) vorläufig gehemmt und dem Bauherrn fehlt bis zur rechtskräftigen Entscheidung in der Hauptsache das Recht zur Aufnahme bzw. Fortführung der Bauarbeiten. Respektiert der Bauherr diese Konsequenz der aufschiebenden Wirkung des Rechtsbehelfs des Nachbarn nicht, kann sich die Behörde der bauordnungsrechtlichen Befugnis des Art. 81 BayBO (Baueinstellung) bedienen. Für die immer wieder geäußerte Ansicht, sie müsse so verfahren⁷²,

ist keine stichhaltige Begründung ersichtlich und die Topoi des FBA und der FBL scheiden nach den oben angestellten Überlegungen als Argumentationsbasis aus. Die hier vertretene Auffassung läuft auch nicht auf eine Mißachtung der im vorläufigen Rechtsschutzverfahren getroffenen gerichtlichen Entscheidung hinaus, da die Frage nach dem Sofortvollzug der Baugenehmigung im Hinblick auf deren Rechtswidrigkeit sowie einer dadurch bewirkten Rechtsverletzung des Nachbarn einerseits und der Verpflichtung zum Einschreiten nach Art. 81 BayBO andererseits unterschiedliche Verfahrens- und Streitgegenstände bilden⁷³. Für die Annahme einer das bauordnungsrechtliche Entschließungsermessen derogierenden Verpflichtung zur Baueinstellung besteht in Fällen dieser Art auch im Anschluß an ein Verfahren nach § 80 Abs. 5 VwGO kein Raum, so daß dem Nachbarn grundsätzlich nur ein subjektiv-öffentliches Recht auf fehlerfreie Ermessensausübung zuzubilligen ist und der in der Praxis zuweilen beschrittene Weg des § 123 VwGO mit dem Ziel, den Träger der Bauaufsichtsbehörde zur Baueinstellung zu verpflichten, mangels Anordnungsanspruch wenig Aussicht auf Erfolg hat. Dem Nachbarn ist stattdessen zur Beschreitung des Zivilrechtswegs unter Beantragung einer gegen den Bauherrn gerichteten einstweiligen Verfügung gemäß § 935 ZPO zu raten⁷⁴, die auf einen deliktischen Unterlassungsanspruch⁷⁵ gestützt ist.

69 Verwaltungsgerichtsordnung i.d.F. des 4. VwGOÄndG vom 17. 12. 1990 (BGBl. I S. 2809).

70 Wohnungsbau-Erleichterungsgesetz vom 17. 5. 1990 (BGBl. I S. 926).

71 Vgl. zum erweiterten Prüfungsumfang und zur intensiveren gerichtlichen Kontrolldichte im einstweiligen Rechtsschutzverfahren in öffentlich-rechtlichen Nachbarrechtsstreitigkeiten *BayVGH*, B. v. 14. 1. 1991 Az. 14 CS 90.3166, BayVBl. 1991, 275/276. Nur durch erhöhte Prüfungsintensität kann dem in Art. 19 Abs. 4 GG fundierten Gebot effektiven Rechtsschutzes angesichts der Faktizitätsanfälligkeit des Baurechts begegnet werden. Zu allem *Schoch*, *VerwArch*. 82 (1991), S. 145/155, 161 ff.

72 Zuletzt *Schmaltz*, *DVBl.* 1992, 230/231; *Redeker*, *BauR* 91, 525 f.; *OVG Münster*, B. v. 14. 5. 1991 – 11 B 246/91, *NVwZ* 1991, 1001; B. v. 22. 7. 1991 – 7 B 1226/91, *NVwZ* 1990, 1003 (alle ohne nähere Begründung).

73 Zu den prozessualen Möglichkeiten des § 80 a Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3 Satz 1 VwGO vgl. *Schoch*, *NVwZ* 1991, 1121/1125.

74 *Konrad*, *BayVBl.* 1984, 33/72.

75 S.o. Fußn. 54.