

HAMBURGISCHES OBERVERWALTUNGSGERICHT

2 Bs 41/23
9 E 466/23

2. Senat

Beschluss vom 9. Mai 2023

VwGO § 80 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 Nr. 4
HBauO §§ 59 Abs. 1 Satz 1, 71 Abs. 2
BGB § 130 Abs. 1 Sätze 1 und 2, Abs. 3

1. Eine genehmigungsbedürftige bauliche Anlage ist nicht nur dann formell illegal, wenn sie ohne die nach § 59 Abs. 1 Satz 1 HBauO erforderliche Baugenehmigung errichtet wird, sondern auch dann, wenn bei der Bauausführung so erheblich von den genehmigten Plänen abgewichen wird, dass nicht das genehmigte, sondern ein anderes Bauvorhaben, nämlich ein Aliud, erstellt wird.
2. Für die Beurteilung der Frage, wann ein Bauherr bei der Bauausführung so erheblich von der erteilten Genehmigung abweicht, dass er nicht das genehmigte, sondern ein anderes Bauvorhaben errichtet, kommt es darauf an, ob durch die Abweichung Belange, die bei der Baugenehmigung zu berücksichtigen waren, erneut oder andere Belange erstmals so erheblich berührt werden, dass sich die Zulässigkeitsfrage des Bauvorhabens neu stellt.
3. Bei der Zustimmungserklärung nach § 71 Abs. 2 HBauO handelt es sich um eine gegenüber der Bauaufsichtsbehörde abzugebende empfangsbedürftige öffentlich-rechtliche Erklärung. Als solche wird sie entsprechend § 130 Abs. 1 Sätze 1 und 2, Abs. 3 BGB nicht wirksam, wenn der Bauaufsichtsbehörde gleichzeitig ein Widerruf zugeht.
4. Steht das Grundstückseigentum mehreren Personen als Miteigentümern zu, erfordert § 71 Abs. 2 HBauO die Zustimmung eines jeden Mitberechtigten. Soll eine Zustimmungserklärung (auch) für einen anderen Miteigentümer abgegeben werden, muss dies in der Erklärung, die zudem der Schriftform bedarf, hinreichend deutlich zum Ausdruck kommen.
5. Der Umstand, dass eine Dachterrasse formell und materiell illegal errichtet worden ist, begründet kein besonderes Vollzugsinteresse i.S.d. § 80

Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO, weil gemäß § 80 Abs. 1 VwGO das Aussetzungsinteresse grundsätzlich auch dann Vorrang genießt, wenn sich die Beseitigungsanordnung als rechtmäßig erweist.

6. Von einer Halbierung des Streitwerts in Anlehnung an Nr. 1.5 des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit ist abzusehen, wenn die sofortige Vollziehung der Beseitigungsanordnung angesichts der hiermit verbundenen Substanzbeeinträchtigung der baulichen Anlage und der entstehenden Beseitigungskosten einer Vorwegnahme der Hauptsache zumindest nahe kommt.



Hamburgisches Oberverwaltungsgericht

2 Bs 41/23
9 E 466/23

Beschluss

In der Verwaltungsrechtssache

hat das Hamburgische Oberverwaltungsgericht, 2. Senat, am 9. Mai 2023 durch

...,
...,
...

beschlossen:

Auf die Beschwerde der Antragstellerin wird der Beschluss des Verwaltungsgerichts Hamburg vom 8. März 2023 geändert. Die aufschiebende Wirkung der Klage vom 1. Dezember 2022 (9 K 4867/22) gegen den Bescheid der Antragsgegnerin vom 3. November 2021 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 21. November 2022 wird hinsichtlich der darin enthaltenen Beseitigungsanordnung wiederhergestellt und hinsichtlich der darin enthaltenen Zwangsgeldfestsetzung angeordnet.

Die Kosten des gesamten Verfahrens trägt die Antragsgegnerin mit Ausnahme der außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen, die diese selbst tragen.

Der Streitwert wird für das Beschwerdeverfahren auf 5.000,- Euro festgesetzt.

Gründe:

I.

Die Antragstellerin wendet sich im vorläufigen Rechtsschutz gegen eine von der Antragsgegnerin für sofort vollziehbar erklärte Anordnung zum Teilrückbau einer Dachterrasse und die damit verbundene Festsetzung eines (bedingten) Zwangsgelds.

Die Antragstellerin – bis zum Juli 2021 noch firmierend unter ... – ist (jedenfalls Mit-) Eigentümerin des Grundstücks ... (Flurstück ... der Gemarkung Harvestehude). Dieses ist mit einem sechsgeschossigen Wohnhaus bebaut, welches in geschlossener Bauweise an die südwestlich bzw. nordöstlich gelegenen Wohnhäuser auf den Nachbargrundstücken ... (Flurstücke ... und ... der Gemarkung Harvestehude) angrenzt. Die Häuser verfügen allesamt über auf annähernd gleicher Höhe liegende Flachdächer.

Die Beigeladenen sind Eigentümer der an das Grundstück der Antragstellerin angrenzenden Dachgeschosswohnung des Gebäudes auf dem Grundstück ... Diese Wohnung verfügt über eine auf dem Flachdach befindliche Dachterrasse. Deren Errichtung geht auf eine Baugenehmigung vom 1. März 2005 zurück. In der Bauvorlage 24/4 zu dieser Baugenehmigung wird die Größe der Dachterrasse mit 15,77 m² angegeben; an ihre südwestliche Seite angrenzend, d.h. zum Grundstück der Antragstellerin hin, ist auf ihrer gesamten Länge ein Oberlicht mit den Maßen 3,00 m x 0,40 m eingezeichnet. Der Abstand zwischen dem Oberlicht und der Brandwand an der Grenze zum Grundstück der Antragstellerin, deren Breite mit 0,30 m angegeben wird, wird mit 1,30 m beziffert.

Mit Bescheid vom 29. Mai 2017 erteilte die Antragsgegnerin der ... als (vormaliger) Bauherrin eine Baugenehmigung für den Umbau und die Modernisierung dreier bestehender Dachgeschosswohnungen in dem Wohnhaus ... einschließlich der Errichtung einer auf dem Flachdach über dem Dachgeschoss befindlichen, zwischen 6,50 m und 8,10 m tiefen Dachterrasse in einem Abstand von 1,25 m zu den Grenzen der Grundstücke ... In der Folgezeit ist – wohl durch die Antragstellerin und die ..., die sich am 16. Oktober 2018 gegenüber der Antragsgegnerin als neue Bauherren zu erkennen gegeben haben – eine Dachterrasse über die gesamte Breite des Gebäudes bis an die jeweiligen Brandwände errichtet worden.

Mit Schreiben vom 6. Oktober 2020 beantragten die Beigeladenen bei der Antragsgegnerin den Erlass einer bauordnungsrechtlichen Beseitigungsanordnung gegenüber der Antragstellerin bezüglich der Dachterrasse. Die tatsächliche bauliche Ausführung der Dachterrasse weiche gravierend von den genehmigten Bauvorlagen ab.

Auf ein Anhörungsschreiben der Antragsgegnerin hin beantragte die Antragstellerin mit zwei separaten Anträgen vom 18. und 28. Januar 2021 bei der Antragsgegnerin jeweils die Erteilung einer Baugenehmigung zur Errichtung einer Dachterrasse auf ihrem Gebäude. Der erste Antrag sah eine Errichtung der Dachterrasse in einem Abstand von 1,25 m zu den Grundstücksgrenzen vor. Der zweite Antrag sah eine grenzständige Dachterrasse vor, wie sie tatsächlich errichtet worden war. Die Antragsgegnerin lehnte die Anträge mit Bescheiden vom 26. und 30. August 2021 ab. Die hiergegen gerichteten Widersprüche der Antragstellerin wies sie mit Widerspruchsbescheiden vom 16. November 2022 zurück. Über die dagegen gerichteten Klagen (9 K 4799/22 und 9 K 4830/22) ist noch nicht entschieden worden.

Mit an die Beigeladenen gerichtetem Bescheid vom 18. Februar 2021 lehnte die Antragsgegnerin zunächst ein bauaufsichtliches Einschreiten gegenüber der Antragstellerin ab, da die – zu diesem Zeitpunkt noch – anhängigen Bauanträge geprüft würden und die Dachterrasse der Beigeladenen gegebenenfalls ebenfalls die Mindestabstandsflächen nicht einhalten würde.

Auf einen erneuten Antrag der Beigeladenen auf bauaufsichtsrechtliches Einschreiten vom 7. April 2021 ordnete die Antragsgegnerin mit Bescheid vom 3. November 2021 gegenüber der Antragstellerin an, die Dachterrasse im Bereich des Mindestabstands von 2,50 m zur Grenze des Grundstücks der Beigeladenen bis zum 10. Februar 2022 zu beseitigen. Die Dachterrasse sei abweichend von der Baugenehmigung vom 29. Mai 2017 in Bezug auf die Dachhaut in einer höheren Lage gebaut und innerhalb des Mindestabstands von 2,50 m zum Grundstück der Beigeladenen errichtet worden, ohne dass eine entsprechende Nachbarzustimmung nach § 71 Abs. 2 HBauO durch die Beigeladenen vorliege. Zum Nachbargrundstück ... sei die Dachterrasse ebenfalls nicht entsprechend der Genehmigung errichtet worden, da sie hier bis an die Brandwand heranreiche, obwohl ein Abstand von 1,25 m genehmigt worden sei. Die Dachterrasse widerspreche damit öffentlich-rechtlichen Vorschriften in formeller und materieller Hinsicht. Die Erteilung einer nachträglichen Genehmigung sei nicht möglich. Für den Fall der nicht fristgerechten Beseitigung setzte die Antragsgegnerin ein Zwangsgeld in Höhe von 4.000,- Euro fest.

Auf den hiergegen von der Antragstellerin eingelegten Widerspruch änderte die Antragsgegnerin den Bescheid vom 3. November 2021 mit Widerspruchsbescheid vom 21. November 2022 dahingehend ab, dass die Dachterrasse der Antragstellerin im Bereich der Dachterrasse auf dem Grundstück der Beigeladenen nur in einem Abstand von 2,10 m bis zur Grundstücksgrenze zu beseitigen sei. Im Übrigen wies sie den Widerspruch zurück. Die Änderung begründete sie damit, dass eine Beseitigung der Dachterrasse im gesamten Bereich des Mindestabstands zur Grundstücksgrenze der Beigeladenen nicht in Betracht komme. Aus der Bauvorlage 24/4 zur Baugenehmigung vom 1. März 2005 ergebe sich ein genehmigter Abstand der Dachterrasse der Beigeladenen zur Grundstücksgrenze von 2,10 m, wobei die Dachterrasse eine Tiefe von 4,10 m aufweise. Nach Aussage der Beigeladenen sei die Dachterrasse entsprechend der Genehmigung errichtet worden. Für den Teilbereich, in dem den Beigeladenen ein vergleichbarer oder gleichwertiger Verstoß gegen das Abstandsflächenrecht zur Last falle, verstoße eine Verweigerung der Zustimmung gegen Treu und Glauben, so dass die erforderliche Zustimmung in diesem Bereich als vorhanden angenommen werden könne. Darüber hinaus ordnete die Antragsgegnerin die sofortige Vollziehung des Bescheids vom 3. November 2021 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids an. Dies begründete sie damit, dass die Antragstellerin die Dachterrasse entgegen der Baugenehmigung vom 29. Mai 2017 sowie in Kenntnis der fehlenden Nachbarzustimmung bis an die Grenze zum Grundstück der Beigeladenen errichtet habe. Angesichts der formellen und materiellen Illegalität der Dachterrasse könne ein ggf. mehrjähriges gerichtliches Verfahren nicht abgewartet werden. Es müsse verhindert werden, dass die Antragstellerin über einen längeren Zeitraum nicht gerechtfertigte Vorteile aus der unerlaubten Nutzung der Dachterrasse im Bereich des Mindestabstands zur Grundstücksgrenze ziehe. Es könne nicht hingenommen werden, dass Grundstückseigentümer entgegen gesetzlicher Genehmigungserfordernisse und entgegen der bauordnungsrechtlichen Vorgaben bauliche Anlagen nutzten, die zudem nachbarliche Belange unmittelbar beeinträchtigten.

Am 1. Dezember 2022 hat die Antragstellerin beim Verwaltungsgericht Klage gegen die Bescheide vom 3. November 2021 und 21. November 2022 erhoben (9 K 4867/22). Zur Begründung führt sie im Wesentlichen aus: Die Dachterrasse der Beigeladenen sei bis auf 24 cm an die Grundstücksgrenze herangebaut und die Terrassendielen seien ohne Abstand bis an die Brandwand hergestellt worden. Der Umstand, dass die Beigeladenen zwischen Oberlicht und Brandwand Pflanzkübel aufgestellt hätten und vor der Brandwand im Winter auch Sommermöbel lagerten, ändere nichts daran, dass diese Flächen Teil der Terrasse

seien. Unter den Pflanzkübeln und den Sommermöbeln befänden sich Terrassendielen. Bei der Bewertung, ob eine vergleichbare gegenseitige Abstandsflächenverletzung vorliege, müsse zudem berücksichtigt werden, dass auf der Dachterrasse der Beigeladenen eine Pergola errichtet worden sei. Die Stahlpfosten der Pergola befänden sich ca. 2,30 m von der Grundstücksgrenze entfernt und lägen damit in der Mindestabstandsfläche. Darüber hinaus sei zu berücksichtigen, dass sich in einer Entfernung von ca. 1,12 m von der Grundstücksgrenze auf dem Dach der Beigeladenen ein Oberlicht befinde, welches eine Höhe von 90 cm aufweise und parallel zur Grundstücksgrenze auf einer Länge von ca. 3,20 m verlaufe. Das Oberlicht liege damit vollständig in der Mindestabstandsfläche. Bei einer wertenden Gesamtbetrachtung sei daher von einer Unbeachtlichkeit des Zustimmungserfordernisses nach § 71 Abs. 2 Nr. 1 HBauO auszugehen.

Den am 3. Februar 2023 gestellten Antrag der Antragstellerin auf einstweiligen Rechtsschutz hat das Verwaltungsgericht mit Beschluss vom 8. März 2023 abgelehnt. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt: Die Anordnung der sofortigen Vollziehung hinsichtlich der Beseitigungsanordnung genüge den formellen Begründungsanforderungen aus § 80 Abs. 3 Satz 1 VwGO. Zudem überwiege das öffentliche Interesse an der sofortigen Vollziehung der Beseitigungsanordnung das Interesse der Antragstellerin, von deren Vollzug einstweilig verschont zu bleiben. Die Beseitigungsanordnung erweise sich bei summarischer Prüfung als rechtmäßig. Die Dachterrasse sei formell illegal errichtet worden, da für sie in der vorliegenden Ausführung keine Baugenehmigung bestehe. Sie sei auch materiell illegal, da sie innerhalb der Mindestabstandsfläche von 2,50 m gemäß § 6 Abs. 5 HBauO zur Grundstücksgrenze der Beigeladenen errichtet worden sei. Die für ein Unterschreiten der Mindestabstandsfläche erforderliche Zustimmung der Beigeladenen gemäß § 71 Abs. 2 Nr. 1 HBauO liege nicht vor. Soweit die Antragstellerin vortrage, das Zustimmungserfordernis sei unbeachtlich, weil auf dem Grundstück der Beigeladenen eine vergleichbare Unterschreitung des Mindestabstands vorliege, könne ein nachbarlicher Anspruch auf bauordnungsrechtliches Einschreiten bei einem gleichwertigen Verstoß gegen das Mindestabstandsgebot zwar ausgeschlossen sein, nicht jedoch die Befugnis der Bauaufsichtsbehörde, die Herstellung rechtmäßiger Zustände herzustellen. Auf andere Weise könnten rechtmäßige Zustände nicht hergestellt werden. Denn ohne die nachbarliche Zustimmung könne unabhängig vom Vorliegen der Voraussetzungen des § 69 HBauO eine Abweichung rechtmäßiger Weise nicht erteilt werden. Die Beseitigungsanordnung sei zudem ermessensfehlerfrei ergangen. Bei bauordnungswidrigen Zuständen sei das Einschreiten gegen

die rechtswidrigen Umstände gesetzlich intendiert. Zudem sei nicht ersichtlich, dass die Antragsgegnerin ihr Ermessen vor dem Hintergrund einer Duldung vergleichbarer Anlagen in der Umgebung fehlerhaft ausgeübt habe. Ein willkürliches Vorgehen sei nicht erkennbar, da sich aus den Sachakten zum Verwaltungsverfahren ergebe, dass die Antragstellerin bemüht sei, eine Unterschreitung des Mindestabstands auf dem Grundstück der Beigeladenen, die über die genehmigte Unterschreitung hinausgehe, aufzuklären. Schließlich bestehe ein öffentliches Interesse an der sofortigen Vollziehung der Beseitigungsanordnung. Dieses ergebe sich aus dem Interesse an der Autorität der bauaufsichtlichen Verfahrensvorschriften, da die Dachterrasse ohne die erforderliche Genehmigung errichtet worden sei. Die Zwangsgeldfestsetzung begegne keinen rechtlichen Bedenken.

Gegen diesen – ihr am 13. März 2023 zugestellten – Beschluss wendet sich die Antragstellerin mit der vorliegenden – am 24. März 2023 bei Gericht eingegangenen und am 5. April 2023 begründeten – Beschwerde.

II.

Die gemäß §§ 146 Abs. 4, 147 Abs. 1 VwGO zulässige Beschwerde ist begründet.

1. Die mit der Beschwerde dargelegten Gründe, auf deren Prüfung der Senat gemäß § 146 Abs. 4 Satz 3 und 6 VwGO zunächst beschränkt ist, erschüttern die entscheidungstragende Feststellung des Verwaltungsgerichts, dass ein besonderes Interesse an der sofortigen Vollziehung der Anordnung zum Teilrückbau der Dachterrasse besteht. Das Verwaltungsgericht hat dieses Interesse unter Verweis darauf, dass die Dachterrasse ohne die erforderliche Baugenehmigung errichtet worden sei, mit der Sicherstellung der Autorität der bauaufsichtlichen Verfahrensvorschriften begründet. Die Beschwerde hält dem zu Recht entgegen, dass nach der Rechtsprechung des Beschwerdegerichts die Anordnung der sofortigen Vollziehung einer baurechtlichen Beseitigungsanordnung aufgrund der mit ihr verbundenen schwerwiegenden Folgen für den Betroffenen regelmäßig nicht in Betracht kommt und die Fälle, in denen das Beschwerdegericht bereits das Interesse an der Sicherstellung der Autorität der das bauaufsichtliche Verfahren betreffenden Vorschriften als ausreichenden Grund für die Anordnung der sofortigen Vollziehung einer Beseitigungsanordnung angesehen hat, eine hier nicht vorliegende Sonderkonstellation betreffen, nämlich bei Anlagen der Außenwerbung (im Einzelnen siehe nachfolgend unter 2.a)bb)(2)).

2. Haben die Darlegungen der Antragstellerin damit die die Begründung des angefochtenen Beschlusses tragende Feststellung erschüttert, dass ein besonderes Interesse an der sofortigen Vollziehung der Beseitigungsanordnung besteht, ist das Beschwerdegericht berechtigt und verpflichtet, ohne die Beschränkung des § 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO über die Beschwerde zu entscheiden. Die dem Beschwerdegericht damit eröffnete eigene Prüfung in der Sache führt zur Änderung des verwaltungsgerichtlichen Beschlusses dahingehend, dass die aufschiebende Wirkung der Klage der Antragstellerin gegen den Bescheid vom 3. November 2021 in der Gestalt, die er durch den Widerspruchsbescheid vom 21. November 2022 erhalten hat, in Bezug auf die Anordnung zum Teilrückbau der Dachterrasse wiederhergestellt (hierzu a)) und in Bezug auf die bedingte Festsetzung eines Zwangsgeldes angeordnet wird (hierzu b)).

a) Der Antrag der Antragstellerin, den Beschluss des Verwaltungsgerichts vom 8. März 2023 zu ändern und die aufschiebende Wirkung ihrer Klage in Bezug auf die Anordnung zum Teilrückbau der Dachterrasse wiederherzustellen, ist nach § 80 Abs. 5 Satz 1 Alt. 2 VwGO begründet. Zwar genügt die Anordnung der sofortigen Vollziehung der Beseitigungsanordnung dem formellen Begründungserfordernis gemäß § 80 Abs. 3 Satz 1 VwGO (hierzu aa)). Das Aussetzungsinteresse der Antragstellerin überwiegt jedoch das öffentliche Interesse sowie das Interesse der Beigeladenen am sofortigen Vollzug der Beseitigungsanordnung (hierzu bb)).

aa) Die Anordnung der sofortigen Vollziehung der Beseitigungsanordnung genügt dem formellen Begründungserfordernis gemäß § 80 Abs. 3 Satz 1 VwGO. Danach ist das besondere Interesse an der sofortigen Vollziehung des Verwaltungsakts in den Fällen des § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO schriftlich zu begründen. Dem hat die Antragsgegnerin genügt, indem sie bezogen auf den konkreten Einzelfall insbesondere ausgeführt hat, dass verhindert werden müsse, dass die Antragstellerin über einen längeren Zeitraum nicht gerechtfertigte Vorteile aus der unerlaubten Nutzung der Dachterrasse im Bereich des Mindestabstands zur Grundstücksgrenze ziehe. Es könne nicht hingenommen werden, dass Grundstückseigentümer entgegen gesetzlicher Genehmigungserfordernisse und entgegen der bauordnungsrechtlichen Vorgaben bauliche Anlagen nutzten, die zudem nachbarliche Belange unmittelbar beeinträchtigten.

Ob das von der Antragsgegnerin dargelegte besondere Vollzugsinteresse inhaltlich tragfähig ist, spielt für das Begründungserfordernis nach § 80 Abs. 3 Satz 1 VwGO keine Rolle, weil es insoweit nur darauf ankommt, dass der Betroffene die Erfolgsaussichten eines Rechtsbehelfs abzuschätzen vermag und die anordnende Behörde veranlasst ist, mit besonderer Sorgfalt die rechtlichen Voraussetzungen für die Anordnung des Sofortvollzugs zu prüfen (vgl. OVG Hamburg, Beschl. v. 20.2.2012, 2 Bs 14/12, BRS 79 Nr. 186 (2012), juris Rn. 10).

bb) Das Aussetzungsinteresse der Antragstellerin überwiegt das öffentliche Interesse sowie das Interesse der Beigeladenen am sofortigen Vollzug der Anordnung zum Teilrückbau der Dachterrasse.

Im einstweiligen Rechtsschutzverfahren nach § 80 Abs. 5 VwGO nimmt das Gericht eine eigene Abwägung der widerstreitenden Vollzugs- und Aussetzungsinteressen der Beteiligten vor. Dem Charakter des Eilverfahrens nach § 80 Abs. 5 VwGO entsprechend kann das Gericht seine vorläufige Entscheidung im Regelfall nur auf der Grundlage einer summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage als wesentliches Element der Interessensabwägung für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit des angeordneten Sofortvollzugs treffen (vgl. OVG Hamburg, Beschl. v. 8.1.2020, 2 Bs 183/19, BauR 2020, 781, juris Rn. 39). An der Vollziehung eines rechtswidrigen Verwaltungsakts kann kein überwiegendes öffentliches Interesse bestehen. Dagegen überwiegt das öffentliche Interesse an der Vollziehung, wenn der Verwaltungsakt rechtmäßig ist und – in Fällen der Anordnung des Sofortvollzugs – ein besonderes Vollzugsinteresse vorliegt (vgl. OVG Bautzen, Beschl. v. 21.9.2021, 6 B 360/21, NVwZ 2021, 1717, juris Rn. 10).

Gemessen daran überwiegt das Interesse der Antragstellerin vom Vollzug der angefochtenen Beseitigungsanordnung einstweilen verschont zu bleiben. Zwar dürfte die Anordnung zum Teilrückbau der Dachterrasse nach der im vorliegenden Verfahren allein möglichen und gebotenen summarischen Prüfung rechtmäßig sein (hierzu (1)). Ein besonderes öffentliches Interesse oder überwiegendes privates Interesse der Beigeladenen an der sofortigen Vollziehung dieser Anordnung liegt indes nicht vor (hierzu (2)).

(1) Die Beseitigungsanordnung der Antragsgegnerin stellt sich bei summarischer Prüfung als rechtmäßig dar.

Rechtsgrundlage für die Anordnung zum Teilrückbau der Dachterrasse ist § 76 Abs. 1 Satz 1 HBauO. Danach kann die Bauaufsichtsbehörde die teilweise oder vollständige Beseitigung einer Anlage anordnen, die im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften errichtet wurde, wenn nicht auf andere Weise rechtmäßige Zustände hergestellt werden können. Die Errichtung der Dachterrasse der Antragstellerin steht im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften, da sie sowohl formell (hierzu (a)) als auch materiell (hierzu (b)) illegal ist. Auf andere Weise dürften rechtmäßige Zustände voraussichtlich nicht hergestellt werden können (hierzu (c)). Die angefochtene Anordnung zum Teilrückbau der Dachterrasse dürfte sich zudem bei summarischer Prüfung als ermessensfehlerfrei erweisen (hierzu (d)).

(a) Die gemäß § 59 Abs. 1 Satz 1 HBauO genehmigungsbedürftige Dachterrasse ist formell illegal. Ihre Ausführung weicht erheblich von der durch die Baugenehmigung vom 29. Mai 2017 genehmigten Ausführung ab. Sie stellt sich damit gegenüber der genehmigten Dachterrasse als ein Aliud dar, welches von der Legalisierungswirkung der Baugenehmigung vom 29. Mai 2017 nicht erfasst wird.

Eine genehmigungsbedürftige bauliche Anlage ist nicht nur dann formell illegal, wenn sie ohne die nach § 59 Abs. 1 Satz 1 HBauO erforderliche Baugenehmigung errichtet wird, sondern auch dann, wenn bei der Bauausführung so erheblich von den genehmigten Plänen abgewichen wird, dass nicht das genehmigte, sondern ein anderes Bauvorhaben, nämlich ein Aliud, erstellt wird (vgl. VGH München, Beschl. v. 14.12.2020, 1 ZB 18.1164, juris Rn. 7 m.w.N.; Beschl. v. 26.7.1991, 20 CS 89.1224, BRS 52 Nr. 147, juris Rn. 14; VGH Kassel, Beschl. v. 10.3.2022, 4 A 1958/20.Z, NuR 2022, 642, juris Rn.23; OVG Lüneburg, Beschl. v. 3.3.2022, 1 LA 70/21, NVwZ-RR 2022, 410, juris Rn. 14; OVG Münster, Beschl. v. 20.5.2014, 2 A 1690/13, juris Rn. 40; OVG Saarlouis, Urte. v. 27.9.1994, 2 R 46/93, juris Rn. 54; Beschl. v. 20.11.2017, 2 A 614/16, juris Rn. 16 ff.).

Für die Beurteilung der Frage, wann ein Bauherr bei der Bauausführung so erheblich von der erteilten Genehmigung abweicht, dass er nicht das genehmigte, sondern ein anderes Bauvorhaben errichtet, kommt es darauf an, ob durch die Abweichung Belange, die bei der Baugenehmigung zu berücksichtigen waren, erneut oder andere Belange erstmals so erheblich berührt werden, dass sich die Zulässigkeitsfrage des Bauvorhabens neu stellt (VGH München, Beschl. v. 14.12.2020, 1 ZB 18.1164, juris Rn. 7; OVG Saarlouis, Urte. v. 27.9.1994, 2 R 46/93, juris Rn. 54). Dabei kommt es nicht entscheidend darauf an, ob sich

das planabweichend ausgeführte Vorhaben im Gegensatz zu dem genehmigten als nicht (mehr) genehmigungsfähig darstellt, wengleich die fehlende Genehmigungsfähigkeit im Einzelfall ein Indiz für die Notwendigkeit einer neuen baurechtlichen Beurteilung bilden kann (vgl. OVG Saarlouis, ebenda; VGH München, Beschl. v. 26.7.1991, 20 CS 89.1224, BRS 52 Nr. 147, juris Rn. 15; siehe auch OVG Lüneburg, Beschl. v. 3.3.2022, 1 LA 70/21, NVwZ-RR 2022, 410 juris Rn. 14). Ebenso wird eine bereits von Anfang an gegebene und sich durch die Planabweichung intensivierende Unzulässigkeit vielfach das Erfordernis einer neuen baurechtlichen Prüfung anzeigen (VGH München, ebenda). Auf ein Aliud kann schließlich hinweisen, dass ein Vorhaben ohne Zerstörung seiner Substanz oder wesentlicher Teile mit der ursprünglich erteilten Genehmigung nicht in Übereinstimmung gebracht werden kann (VGH München, ebenda; OVG Saarlouis, ebenda). Im Übrigen dürfte es sich für die Beurteilung der Frage der Erheblichkeit der Abweichung anbieten, sich an der Rechtsprechung zum Entfallen des Bestandsschutzes bei baulichen Änderungen zu orientieren, wonach der Bestandsschutz entfällt, wenn eine bauliche Anlage derart geändert wird, dass es sich gegenüber dem früheren Zustand als etwas anderes, nämlich ein Aliud, darstellt (vgl. hierzu BVerwG, Beschl. v. 27.7.1994, 4 B 48.94, BauR 1994, 738, juris Rn. 6).

Nach diesen Maßgaben stellt sich die tatsächlich errichtete Dachterrasse im Verhältnis zu der durch die Baugenehmigung vom 29. Mai 2017 genehmigten Dachterrasse als ein Aliud dar. Durch die vorgenannte Baugenehmigung wurde eine Dachterrasse in einem Abstand von 1,25 m zu den seitlichen Grundstücksgrenzen genehmigt. Tatsächlich ist demgegenüber eine Dachterrasse errichtet worden, die bis an die Brandwände zu den Nachbargebäuden ... reicht. Durch die zusätzliche nicht unerhebliche Unterschreitung des Mindestabstands von 2,50 m wird die Frage nach der Zulässigkeit der Dachterrasse neu aufgeworfen, da hierdurch insbesondere der mit dem Abstandsflächenrecht verfolgte Schutzzweck der Sicherung eines angemessenen Sozialabstands im Interesse des Wohnfriedens (vgl. hierzu OVG Hamburg, Beschl. v. 8.10.2021, 2 Bs 192/21, BauR 2022, 626, juris Rn. 31) erneut und nachhaltig berührt wird. Darüber hinaus ist es durch die weitere Unterschreitung des Mindestabstands zu einer nicht unerheblichen Vergrößerung der Grundfläche der Dachterrasse gekommen, so dass die Dachterrasse nur Beseitigung wesentlicher Bestandteile mit der ursprünglich erteilten Genehmigung in Übereinstimmung gebracht werden kann.

Vorsorglich weist der Senat darauf hin, dass als Folge der fehlenden Identität der errichteten Dachterrasse mit der genehmigten Dachterrasse die Baugenehmigung vom 29. Mai 2017 entgegen der insoweit missverständlichen Formulierung im verwaltungsgerichtlichen Beschluss nicht gemäß § 73 Abs. 1 HBauO insgesamt erloschen sein dürfte. Sie dürfte nur in Bezug auf die darin genehmigte Dachterrasse erloschen sein, nicht aber in Bezug auf die darin auch (und vor allem) genehmigten Umbau- und Modernisierungsmaßnahmen in Bezug auf die drei bestehenden Dachgeschosswohnungen. Die Genehmigung der Dachterrasse dürfte eine selbstständige Teilregelung darstellen. Eine solche liegt vor, wenn der abtrennbare Teil räumlich-gegenständlich klar abgrenzbar ist und für den verbleibenden Teil der Baugenehmigung ein sinnvoll nutzbares Vorhaben zurückbleibt, das keine größeren Umplanungen notwendig macht (vgl. OVG Hamburg, Urt. v. 14.7.2008, 2 Bf 277/03, NordÖR 2008, 533, juris Rn. 35; siehe auch, konkret zu Dachterrassen, Urt. v. 11.3.2008, 4 Bf 106/05, juris Rn. 32 f.; Beschl. v. 17.11.2011, 2 Bs 177/11, juris Rn. 46; Beschl. v. 18.6.2015, 2 Bs 99/15, n.v.). Dies dürfte bei der hier gegenständlichen Dachterrasse der Fall sein, da die darunterliegenden Dachgeschosswohnungen auch im Falle ihrer vollständigen Beseitigung weiterhin funktionsgerecht genutzt werden können, ohne dass sie baulich umgestaltet werden müssten.

(b) Die Dachterrasse ist materiell illegal, da sie die Mindestabstandsfläche von 2,50 m gemäß § 6 Abs. 1 Satz 1, Abs. 5 HBauO zu den Nachbargrundstücken nicht einhält.

Nach der Rechtsprechung des Beschwerdegerichts ist grundsätzlich auch vor Dachterrassen nach § 6 Abs. 1 Satz 1, Abs. 5 HBauO ein Grenzabstand zum Nachbarn von mindestens 2,50 m freizuhalten (vgl. hierzu und zum Folgenden: OVG Hamburg, Beschl. v. 8.10.2021, 2 Bs 192/21, BauR 2022, 626, juris Rn. 20; Beschl. v. 19.5.2015, 2 Bs 255/14, NordÖR 2016, 21, juris Rn. 22; Beschl. v. 14.6.2013, 2 Bs 126/13, NordÖR 2013, 478, juris Rn. 11; Beschl. v. 17.11.2011, 2 Bs 177/11, BauR 2012, 542, juris Rn. 42). Die abstandsflächenrechtliche Relevanz von Dachterrassen ergibt sich daraus, dass von ihnen – in ähnlicher Weise wie von Balkonen und insofern nicht mit ebenerdigen Terrassen vergleichbar – wesentliche Beeinträchtigungen der Schutzgüter des Abstandsflächenrechts zum Nachteil des Nachbarn ausgehen können.

Die Ausnahmevorschrift des § 6 Abs. 1 Satz 3 HBauO, wonach Abstandsflächen nicht erforderlich sind vor Außenwänden, die an Grundstücksgrenzen errichtet werden, wenn nach

planungsrechtlichen oder bauordnungsrechtlichen Vorschriften an die Grenze gebaut werden muss oder darf, ist für die Dachterrasse nicht einschlägig. Die Privilegierung des § 6 Abs. 1 Satz 3 HBauO erfasst nach ihrem Wortlaut ebenso wie nach ihrer Zielrichtung allein die grenzständig errichtete Außenwand eines Gebäudes, an die der Nachbar ggf. anbauen kann (OVG Hamburg, Beschl. v. 19.5.2015, 2 Bs 255/14, NordÖR 2016, 21, juris Rn. 22). Sie gilt damit nicht für Vorbauten (vgl. OVG Hamburg, ebenda), aber auch nicht für die hier in Frage stehende Dachterrasse, die auf dem obersten Gebäudegeschoss liegt (vgl. OVG Hamburg, Beschl. v. 16.4.2018, 2 Bs 32/18, n.v.).

Eine Abweichungsentscheidung der Antragsgegnerin nach § 69 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 HBauO, welche die Errichtung der Dachterrasse (unter Unterschreitung des Mindestabstands von 2,50 m) bis an die Grundstücksgrenzen gestatten würde, liegt nicht vor.

(c) In Bezug auf die von der angefochtenen Beseitigungsanordnung betroffene Teilfläche der Dachterrasse dürften rechtmäßige Zustände voraussichtlich nicht auf andere Weise als durch den angeordneten Rückbau hergestellt werden können. Die Erteilung einer Baugenehmigung für eine Dachterrasse, die diese Teilfläche einbezieht, würde angesichts der Unterschreitung des Mindestabstands von 2,50 m zu der Grundstücksgrenze der Beigeladenen eine Abweichungsentscheidung der Antragsgegnerin nach § 69 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 HBauO erfordern. Mit einer solchen ist angesichts der nach § 71 Abs. 2 Nr. 1 HBauO erforderlichen Zustimmung (jedenfalls) der Beigeladenen (als insoweit betroffene Wohnungseigentümer, vgl. Niere, in: Alexejew, HBauO, 27. Lfg. Januar 2012, § 71 Rn. 51) nach derzeitigem Erkenntnisstand nicht zu rechnen. Ohne die Zustimmung der Beigeladenen kann unabhängig vom Vorliegen der Voraussetzungen des § 69 HBauO eine Abweichung rechtmäßiger Weise nicht erteilt werden (vgl. Niere, in: Alexejew, HBauO, 26. Lfg. August 2010, § 71 Rn. 56).

Nach Aktenlage hat der Beigeladene zu 2) zwar gegenüber der ... und ... am 8. November 2018 eine Zustimmungserklärung i.S.v. § 71 Abs. 2 Nr. 1 HBauO für eine Dachterrasse erteilt, die bis an die Brandwand herangeführt wird, wohl unter der (irrtümlichen) Annahme, dass diese Dachterrasse deutlich niedriger liegen würde als die eigene Dachterrasse. Diese Zustimmungserklärung ist der Antragsgegnerin in einem aus den vom Verwaltungsgericht beigezogenen Verwaltungsakten ersichtlichen Baugenehmigungsverfahren zur Vergrößerung der Dachterrasse jedoch nicht vorgelegt worden; vielmehr hat die Antragsgegnerin

dieses Verfahren bereits unter dem 23. August 2018 (nach § 70 Abs. 3 Satz 2 HBauO) eingestellt, nachdem bis zu diesem Zeitpunkt die nachgeforderte Nachbarzustimmung zur Unterschreitung der Mindestabstandsflächen nicht beigebracht worden war. Soweit aus den beigezogenen Verwaltungsvorgängen ersichtlich, ist die Zustimmungserklärung der Antragsgegnerin erstmals von den Beigeladenen selbst mit einem Schreiben vom 11. Juni 2020 vorgelegt worden, dem indes zugleich ein gegenüber den Erklärungsempfängern erklärter Widerruf dieser Zustimmungserklärung vom 16. April 2020 beigelegt war. Die Zustimmungserklärung dürfte damit nie wirksam geworden sein. Denn es handelt sich bei ihr um eine gegenüber der Bauaufsichtsbehörde abzugebende empfangsbedürftige öffentlich-rechtliche Erklärung (vgl. OVG Hamburg, Beschl. v. 17.11.2011, 2 Bs 177/11, juris Rn. 43). Als solche wird sie entsprechend § 130 Abs. 1 Sätze 1 und 2, Abs. 3 BGB nicht wirksam, wenn der Bauaufsichtsbehörde – wie hier – gleichzeitig ein Widerruf zugeht (vgl. Niere, in: Alexejew, HBauO, 27. Lfg. Januar 2012, § 71 Rn. 52; siehe auch VGH München, Beschl. v. 3.11.2005, 2 BV 04.1756, DÖV 2006, 303, juris Rn. 12 ff.; OVG Lüneburg, Beschl. v. 28.8.2013, 1 LA 235/11, NVwZ-RR 2013, 947, juris Rn. 12).

Im Übrigen ergibt sich aus der Zustimmungserklärung vom 8. November 2018 auch nur die Zustimmung des Beigeladenen zu 2). Steht das Eigentum – wie hier – mehreren Personen als Miteigentümern zu, so ist indes die Zustimmung eines jeden Mitberechtigten erforderlich (vgl. Niere, in: Alexejew, HBauO, 27. Lfg. Januar 2012, § 71 Rn. 51). Dabei kann sich ein Miteigentümer zwar auch von dem anderen Miteigentümer vertreten lassen (vgl. Niere, ebenda). Für eine Vertretung der Beigeladenen zu 1) durch den Beigeladenen zu 2) ist der Zustimmungserklärung jedoch nichts zu entnehmen. Da die Zustimmungserklärung selbst der Schriftform bedarf (vgl. hierzu OVG Hamburg, Beschl. v. 17.11.2011, 2 Bs 177/11, juris Rn. 43), wäre dies jedoch erforderlich gewesen. Das sich aus § 1 Abs. 5 und Abs. 1 der Hamburgischen Bauvorlagenverordnung i.V.m. § 70 Abs. 2 HBauO ergebende Schriftformerfordernis ist angesichts der Bedeutung der Zustimmungserklärung aus Gründen der Rechtssicherheit geboten, da mit ihr – auch für den Rechtsnachfolger – nicht nur in der privatrechtlichen Rechtsbeziehung, sondern auch im öffentlich-rechtlichen Dreiecksverhältnis zwischen dem Staat, dem beigeordneten Bauherrn und dem Nachbarn auf Rechte verzichtet wird (vgl. OVG Hamburg, ebenda). Soll eine Zustimmungserklärung (auch) für eine andere Person abgegeben werden, muss dies deshalb in der Zustimmungserklärung hinreichend deutlich, z.B. durch einen das Vertretungsverhältnis anzeigenden Zusatz, zum Ausdruck kommen (vgl. entsprechend für bürgerlich-rechtliche, der Schriftform bedürftige

Willenserklärungen BGH, Urt. v. 11.9.2002, XII ZR 187/00, NJW 2002, 3389, juris Rn. 21; Urt. v. 22.2.1994, LwZR 4/93, NJW 1994, 1224, juris Rn. 16; BAG, Urt. v. 28.11.2007, 6 AZR 1108/06, NZA 2008, 348, juris Rn. 18 f.).

Die Zustimmung der Beigeladenen dürfte zudem nicht ausnahmsweise entbehrlich sein, weil, wie die Antragstellerin vorträgt, die Dachterrasse der Beigeladenen in vergleichbarer Weise gegen das Mindestabstandsflächengebot verstößt. Zwar kann sich die Geltendmachung eines Abwehrrechts durch den Nachbarn als unzulässige Rechtsausübung und damit als Verstoß gegen den auch im öffentlichen Recht geltenden Grundsatz von Treu und Glauben darstellen, wenn der Nachbar selbst in vergleichbarer Weise das Mindestabstandsgebot nicht einhält (vgl. OVG Magdeburg, Beschl. v. 28.11.2016, 2 L 124/15, juris Rn. 13; VGH München, Beschl. v. 1.9.2016, 2 ZB 14.2605, juris Rn. 15 ff.; OVG Münster, Urt. v. 26.6.2014, 7 A 2057/12, BauR 2014, 1924, juris Rn. 39; OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 19.12.2012, OVG 2 S 44.12, NVwZ-RR 2013, 400, juris Rn. 11; VGH Kassel, Urt. v. 17.3.2010, 3 B 201/10, juris Rn. 5; VGH Mannheim, Beschl. v. 4.1.2007, 8 S 1802/06, BRS 71 Nr. 181 (2007), juris Rn. 4; OVG Greifswald, Beschl. v. 14.7.2005, 3 M 69/05, Nord-ÖR 2005, 424, juris Rn. 34; OVG Weimar, Beschl. v. 5.10.1999, 1 EO 698/99, BauR 2000, 869, juris Rn. 11; OVG Lüneburg, Beschl. v. 30.3.1999, 1 M 897/99, BauR 1999, 1163, juris Rn. 43; OVG Schleswig, Urt. v. 15.12.1992, 1 L 118/91, juris Rn. 37; siehe entsprechend für den Fall der wechselseitigen Nichteinhaltung bauplanungsrechtlicher Vorschriften OVG Hamburg, Beschl. v. 7.6.2021, 2 Bs 84/21, BauR 2021, 1801, juris Rn. 33; Beschl. v. 13.9.2020, 2 Bs 138/20, n.v.; Beschl. v. 3.4.2014, 2 Bs 53/14, n.v.). Hieraus dürfte die Antragstellerin für sich jedoch nichts herleiten können. Dabei kann dahinstehen, ob auch die bloße Nichterteilung der nach § 71 Abs. 2 Nr. 1 HBauO erforderlichen Nachbarzustimmung eine unzulässige Rechtsausübung darstellen bzw. ihr gleichgestellt werden und ihre Erteilung aus diesem Grund ausnahmsweise – trotz der Tatsache, dass sie gesetzlich zwingend vorgesehen ist – entbehrlich sein kann. Denn jedenfalls liegt schon kein vergleichbarer Verstoß der Beigeladenen gegen das Mindestabstandsgebot vor, der die Versagung der Nachbarzustimmung als treuwidrig erscheinen ließe. Für die Vergleichbarkeit wechselseitiger Abstandsflächenüberschreitungen kommt es nicht auf eine rein mathematische, sondern eine wertende Betrachtung an. Für die Bewertung des Gewichts der Abstandsflächenüberschreitungen sind in erster Linie die Beeinträchtigungen der durch die Abstandsflächenvorschriften geschützten nachbarlichen Belange in den Blick zu nehmen (OVG Magdeburg, Beschl. v. 28.11.2016, 2 L 124/15, juris Rn. 13).

Danach fällt bei der gebotenen wertenden Betrachtung die durch die Errichtung der Dachterrasse der Antragstellerin verursachte Unterschreitung der Abstandsflächen deutlich stärker ins Gewicht als die Unterschreitung der Abstandsflächen durch die Dachterrasse der Beigeladenen. Dabei unterstellt der Senat an dieser Stelle zunächst zugunsten der Antragstellerin, dass die Dachterrasse der Beigeladenen entgegen der Baugenehmigung vom 1. März 2005 bis unmittelbar an die Brandwand zum Grundstück der Antragstellerin errichtet worden ist. Die von der Antragstellerin im Klageverfahren 9 K 4867/22 als Anlage K5 zum Schriftsatz vom 23. Februar 2023 vorgelegten Lichtbilder legen jedenfalls nahe, dass die Dachterrasse auf drei Seiten – im rückwärtigen Bereich schließt sie auf gleicher Höhe wie das Oberlicht ab – um das Oberlicht herum errichtet worden ist und damit bis an die Brandwand reicht. Soweit die Beigeladenen in ihrer Beschwerdeerwiderung vortragen, es handle sich bei der Fläche zwischen Oberlicht und Brandwand nicht um einen Teil der Dachterrasse, sondern um eine „mit der übrigen Dachterrasse nicht für Begehbarkeit verbundene nach unten für Wasser durchlässige „Wanne“ mit Abfluss und aufliegender Holzkonstruktion“, spricht dies bei der hier allein möglichen summarischen Prüfung und vorbehaltlich weiterer Sachverhaltsaufklärung im Hauptsacheverfahren nicht zwangsläufig dagegen, diese Fläche als Teil der Dachterrasse anzusehen. Angesichts der dort aufgestellten Pflanzkübel dürfte diese Fläche grundsätzlich geeignet sein, auch das Gewicht von Menschen zu tragen und damit, insbesondere angesichts des „fließenden“ Übergangs zur (übrigen) Dachterrassenfläche, dem Aufenthalt von Menschen zu dienen. Allein die rein tatsächliche Nutzung als Aufstellort für Pflanzkübel würde ihr jedenfalls nicht die Eigenschaft als Terrassenfläche nehmen, zumal diese auch jederzeit wieder entfernt werden könnten.

Die (an dieser Stelle unterstellte) ebenfalls grenzständige Errichtung der Dachterrasse der Beigeladenen reicht angesichts der weiteren Gegebenheiten jedoch nicht aus, um die Annahme eines gleichwertigen Verstoßes gegen das Mindestabstandsgebot zu rechtfertigen. Im Hinblick auf den mit dem Abstandsflächenrecht verfolgten Schutzzweck der Sicherung eines angemessenen Sozialabstands gehen mit der Dachterrasse der Antragstellerin größere Beeinträchtigungen einher als mit der Dachterrasse der Beigeladenen. Es ist nämlich zu berücksichtigen, dass die Fläche zwischen dem Oberlicht und der Grenz wand beengt ist. In der Bauvorlage 24/4 zur Baugenehmigung vom 24. März 2005 wird die Breite dieser Fläche mit 1,30 m angegeben. Tatsächlich dürfte sie jedoch – wohl aufgrund des Umstands,

dass das Oberlicht ausweislich des von den Beigeladenen als Anlage 3B zur Beschwerdeerwidernng vorgelegten Lichtbilds erheblich breiter ausgeführt worden sein dürfte als in der Bauvorlage 24/4 genehmigt – deutlich geringer sein. So geht auch die Antragstellerin selbst davon aus, dass die Breite dieser Fläche lediglich ca. 0,88 m beträgt, da die Dachterrasse der Beigeladenen nach ihren Angaben bis auf 0,24 m an die Grundstücksgrenze heranreichen und das Oberlicht von der Grundstücksgrenze ca. 1,12 m entfernt sein soll. Aufgrund ihrer geringen Breite und der Tatsache, dass sie nur über eine enge Stelle an der zur Straßenseite gelegenen Schmalseite des Oberlichts betreten werden kann, eignet sich diese Fläche jedenfalls nicht in gleicher Weise zum Aufenthalt von Menschen wie die an der Grundstücksgrenze befindliche Dachterrassenfläche der Antragstellerin. Dies belegt auch das von den Beigeladenen mit der Beschwerdeerwidernng als Anlage 3A vorgelegte Lichtbild. Danach erscheint diese abseits der „eigentlichen“ Terrassenfläche auf der anderen Seite des Oberlichts gelegene schmale Fläche auch unter Hinwegdenken der Pflanzkübel für einen dauerhaften Aufenthalt, insbesondere mehrerer Personen, eher ungeeignet. Anders verhält es sich hingegen mit der unmittelbar an der Grenz wand befindlichen Dachterrassenfläche der Antragstellerin. Auf dem Lichtbild sind dort in geringem Abstand zur Brandwand und jeweils parallel zu dieser zwei längliche Tische einschließlich jeweils zweier Bänke erkennbar (vgl. insoweit auch die von den Beigeladenen im Widerspruchsverfahren als Anlagen 1 und 2 zum Schreiben vom 16. August 2022 vorgelegten Lichtbilder). Dies unterstreicht, dass diese Fläche für einen dauerhaften Aufenthalt mehrerer Personen zweifellos geeignet ist.

Die Ansicht der Antragstellerin, für die Frage der Vergleichbarkeit bzw. Gleichwertigkeit der Verstöße gegen das Mindestabstandsgebot sei auch die auf der Dachterrasse der Beigeladenen (nach Aktenlage ohne die erforderliche Baugenehmigung und damit jedenfalls formell illegal) errichtete Pergola von maßgeblicher Bedeutung, vermag nicht zu überzeugen. Ungeachtet der Frage, ob man diese, wohl dem Sonnenschutz dienende Konstruktion aus vier im Quadrat angeordneten Stützpfählen, die an ihrem oberen Ende wiederum im Quadrat durch Balken verbunden sind, als Pergola oder, in der Wortwahl der Beigeladenen, als „Konstruktion, an der im Bedarfsfall ein Tuch elektrisch ausfahrbar ist“ bezeichnet, gehen von ihr schon in Anbetracht ihres Abstands von ca. 2,30 m zur Grundstücksgrenze im Hinblick auf den mit dem Abstandsflächenrecht verfolgten Schutzzweck der Sicherung eines angemessenen Sozialabstands keine vergleichbaren Beeinträchtigungen aus wie von der unmittelbar an der Grundstücksgrenze liegenden Dachterrassenfläche der Antragstellerin.

Angesichts ihrer nordöstlichen Lage zum Grundstück der Antragstellerin und ihrer offenen Konstruktion dürfte sie im Übrigen auch die Belichtung, Besonnung und Belüftung der Dachterrasse der Antragstellerin nicht beeinträchtigen.

Eine Vergleichbarkeit bzw. Gleichwertigkeit der wechselseitigen Abstandsflächenunterschreitungen ergibt sich auch nicht aus dem von der Antragstellerin angeführten Umstand, dass sich das Oberlicht auf dem Dach der Beigeladenen innerhalb der Abstandsflächen befindet. Ungeachtet der Frage, ob das Oberlicht überhaupt Abstandsflächen einzuhalten hat, stellt es jedenfalls keinen Bestandteil der Dachterrasse dar und beeinträchtigt weder den mit dem Abstandsflächenrecht verfolgten Schutzzweck der Sicherung eines angemessenen Sozialabstands noch die Belichtung, Besonnung oder Belüftung der Dachterrasse der Antragstellerin.

(d) Die Antragsgegnerin hat das ihr nach § 76 Abs. 1 Satz 1 HBauO eingeräumte Ermessen nach dem (begrenzten) Erkenntnisstand des Eilverfahrens voraussichtlich in nicht zu beanstandender Weise ausgeübt.

Die Ermächtigungsgrundlage des § 76 Abs. 1 Satz 1 HBauO sieht vor, dass die Bauaufsichtsbehörde die (vollständige oder teilweise) Beseitigung der Anlage anordnen kann. Aus dem Ermessenszweck der Vorschrift, der auf die Herstellung rechtmäßiger Zustände gerichtet ist, folgt, dass das bauaufsichtliche Einschreiten die Regel ist, wenn bauliche Anlagen im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften errichtet worden sind. Rechtmäßige Zustände können nämlich, wenn eine nachträgliche Legalisierung der Anlage nicht in Betracht kommt, regelhaft nur durch ein bauaufsichtliches Einschreiten hergestellt werden (vgl. OVG Hamburg, Urt. v. 11.11.2009, 2 Bf 201/06, NordÖR 2010, 29, juris Rn. .40).

Es dürften nach dem Erkenntnisstand des Eilverfahrens keine Besonderheiten vorliegen, die es ausnahmsweise rechtfertigen könnten, von einem Einschreiten (in der hier durch die Antragsgegnerin vorgenommenen Form) abzusehen. Das Vorbringen der Antragstellerin, die Beigeladenen verstießen in vergleichbarer Weise gegen das Mindestabstandsgebot, verfängt nicht. Wie bereits ausgeführt, kann nicht die Rede davon sein, dass ein vergleichbarer bzw. gleichwertiger Verstoß vorliegt.

(2) Für die sofortige Vollziehung der Anordnung zum Teilrückbau der Dachterrasse fehlt – ungeachtet der voraussichtlichen Rechtmäßigkeit der Anordnung – ein besonderes Vollzugsinteresse.

(a) Nach § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO ist für die Anordnung der sofortigen Vollziehung ein besonderes Vollzugsinteresse erforderlich. Die Vollziehung des Verwaltungsakts muss wegen öffentlicher oder überwiegender privater Interessen besonders dringlich sein und keinen Aufschub bis zum rechtskräftigen Abschluss des Hauptsacheverfahrens dulden.

Im Falle einer baurechtlichen Beseitigungsanordnung reicht das allgemeine öffentliche Interesse an der Herstellung rechtmäßiger Zustände regelmäßig nicht aus, ein besonderes öffentliches Interesse im Sinne von § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO zu begründen, weil dieses allgemeine Interesse seinen Ausdruck bereits im Erlass der baurechtlichen Verfügung selbst findet. Dies gilt auch dann, wenn die Anordnung sich – wie hier – bei summarischer Prüfung der Sach- und Rechtslage als rechtmäßig erweist, weil auch in diesem Fall gemäß § 80 Abs. 1 VwGO das Aussetzungsinteresse Vorrang genießt. Es müssen daher weitere, darüberhinausgehende und besondere Umstände vorliegen, um ausnahmsweise das besondere Interesse an der sofortigen, schon vor dem bestands- oder rechtskräftigen Abschluss der Hauptsache zulässigen Vollziehung zu bejahen (vgl. OVG Hamburg, Beschl. v. 2.12.2020, 2 Bs 207/20, NordÖR 2021, 176, juris Rn. 12). Dementsprechend hat das Beschwerdegericht bereits mehrfach entschieden, dass die Anordnung der sofortigen Vollziehung einer baurechtlichen Beseitigungsanordnung regelmäßig, d.h. ohne Vorliegen besonderer Umstände, nicht in Betracht kommt (vgl. OVG Hamburg, Beschl. v. 28.2.1997, Bs II 5/97, juris Rn. 3; Beschl. v. 31.7.2001, 2 Bs 135/01, juris Rn. 9; Beschl. v. 5.2.2008, 2 Bs 295/07, n.v.; ebenso OVG Greifswald, Beschl. v. 6.2.2008, 3 M 9/08, BauR 2009, 482, juris Rn. 4; OVG Münster, Beschl. v. 4.3.2013, 2 B 30/13, juris Rn. 7; OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 17.7.2015, OVG 10 S 14.15, KommJur 2015, 436, juris Rn. 19; VGH München, Beschl. v. 30.1.2019, 9 CS 18.2533, BayVBl. 2019, 391, juris Rn. 23). Eine baurechtliche Beseitigungsanordnung ist in aller Regel eine schwerwiegende Maßnahme, deren Vollzug dem Betroffenen erhebliche Kosten verursacht und nur schwer rückgängig zu machende Zustände schafft. Die mit der sofortigen Beseitigung der baulichen Anlage für den Betroffenen einhergehenden Nachteile wiegen regelmäßig schwerer als die Nachteile, die mit dem vorläufigen weiteren Bestand der baulichen Anlage verbunden sind. Es entspricht dem in

Art. 14 Abs. 1 GG gewährleisteten Eigentumsschutz, dass mit erheblichem Aufwand geschaffene Substanzwerte grundsätzlich nicht zerstört werden, so lange nicht sicher ist, ob sie erhalten bleiben dürfen. Ist diese Frage Gegenstand eines Rechtsstreits, ist es deshalb grundsätzlich geboten, mit der Vollziehung einer Verfügung, die eine solche Zerstörung vorschreibt, zu warten, bis rechtskräftig über die Genehmigungsfähigkeit einer mit erheblichem Aufwand geschaffenen Bausubstanz entschieden ist (OVG Hamburg, Beschl. v. 28.2.1997, Bs II 5/97, juris Rn. 3).

Besondere Umstände, die ausnahmsweise die Anordnung der sofortigen Vollziehung einer Beseitigungsanordnung rechtfertigen können, können beispielsweise vorliegen, wenn die von der baulichen Anlage selbst – und nicht erst von ihrer Nutzung – ausgehenden Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung ein sofortiges Einschreiten durch Beseitigung der baulichen Anlage erfordern, z.B. bei fehlender Standsicherheit (vgl. OVG Magdeburg, Beschl. v. 22.7.2013, 2 M 82/13, BauR 2014, 819, juris Rn. 23; OVG Greifswald, Beschl. v. 6.2.2008, 3 M 9/08, BauR 2009, 482, juris Rn. 9). Auch die Bekämpfung einer negativen Vorbildwirkung ist, wenn auch nur unter weiteren qualifizierten Anforderungen, dem Grunde nach geeignet, ausnahmsweise ein besonderes Interesse am Vollzug einer Beseitigungsanordnung zu begründen (vgl. hierzu statt aller OVG Hamburg, Beschl. v. 2.12.2020, 2 Bs 207/20, NordÖR 2021, 176, juris Rn. 15 ff. m.w.N.). Ferner kann die Anordnung der sofortigen Vollziehung einer Beseitigungsanordnung gerechtfertigt sein, wenn die bauliche Anlage ohne Substanzverlust beseitigt werden kann und keine erheblichen Aufwendungen für die Entfernung und Lagerung entstehen (vgl. OVG Münster, Beschl. v. 4.6.2007, 7 B 573/07, juris Rn. 17; OVG Greifswald, Beschl. v. 6.2.2008, 3 M 9/08, BauR 2009, 482, juris Rn. 11; OVG Magdeburg, Beschl. v. 17.6.2014, 2 M 46/14, NVwZ-RR 2014, 875, juris Rn. 7). Die mit der Beseitigungsanordnung einhergehenden Beeinträchtigungen für den Betroffenen gehen in diesen Fällen nicht wesentlich über die mit einer Nutzungsuntersagung einhergehenden Beeinträchtigungen hinaus, so dass sie einer solchen im Ergebnis gleichgestellt werden kann (vgl. OVG Greifswald, ebenda; OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 17.7.2015, OVG 10 S 14.15, KommJur 2015, 436, juris Rn. 19). Eine Nutzungsuntersagung wiederum kann nach ständiger Rechtsprechung des Beschwerdegerichts im Interesse der Autorität der das bauaufsichtliche Verfahren betreffenden Vorschriften regelmäßig, und zwar auch allein wegen der formellen Illegalität einer baulichen Anlage, für sofort vollziehbar erklärt werden (vgl. OVG Hamburg, Beschl. v. 22.5.2000, 2 Bs 55/00, juris Rn. 9; Beschl. v. 10.6.2005, 2 Bs 144/05, BauR 2005, 1911, juris Rn. 21; Beschl. v. 6.6.2007, 2 Bs 116/07,

n.v.; Beschl. v. 17.10.2008, 2 Bs 163/08, n.v.; Beschl. v. 2.3.2009, 2 Bs 3/09, n.v.; Beschl. v. 9.7.2012, 2 Bs 140/12, n.v.).

Die Gesichtspunkte, die ausnahmsweise die Anordnung der sofortigen Vollziehung einer Beseitigungsanordnung rechtfertigen können, stehen grundsätzlich selbstständig nebeneinander, können aber auch miteinander zum Tragen kommen und gerade durch ihr gleichzeitiges Vorliegen eine besondere Dringlichkeit begründen (vgl. OVG Greifswald, Beschl. v. 6.2.2008, BauR 2009, 482, juris Rn. 10). Ein typisches Beispiel für die letztgenannte Fallkonstellation stellen Anlagen der Außenwerbung dar. Diese können regelmäßig ohne Substanzverlust und erheblichen Kostenaufwand beseitigt werden und von ihnen geht ebenso regelmäßig eine erhebliche negative Vorbildwirkung aus. Zudem erfüllen sie jedenfalls in den Fällen, in denen Werbung und Werbeträger fest verbunden sind (z.B. Werbeschild) bereits allein durch ihr Vorhandensein den mit ihnen verfolgten Zweck mit der Folge, dass eine „reine“ Nutzungsuntersagung ins Leere laufen würde. Es entspricht daher ständiger Rechtsprechung des Beschwerdegerichts, dass in aller Regel ein besonderes öffentliches Interesse an der sofortigen Vollziehung einer Anordnung zur Beseitigung einer (auch nur) formell illegalen Anlage der Außenwerbung besteht (vgl. OVG Hamburg, Beschl. v. 27.10.1998, 2 Bs 353/98, juris Rn. 3; Beschl. v. 31.8.2000, 2 Bs 249/00, juris Rn. 3; Beschl. v. 3.9.2001, 2 Bs 254/01, juris Rn. 5; Beschl. v. 16.12.2005, 2 Bs 204/05, n.v.; Beschl. v. 2.12.2020, 2 Bs 207/20, NordÖR 2021, 176, juris Rn. 14; siehe auch OVG Münster, Beschl. v. 29.10.1979, XI B 1447/79, DÖV 1980, 527, juris Rn. 24 ff.; Beschl. v. 13.9.1996, 11 B 1083/96, BRS 58 Nr. 128 (1996), juris Rn. 10 ff.; OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 20.6.2012, OVG 10 S 3.12, juris Rn. 18; VGH München, Beschl. v. 27.4.2001, 26 ZS 01.677, juris Rn. 12; OVG Weimar, Beschl. v. 28.2.1995, 1 EO 238/94, juris Rn. 32 ff.; Finkelnburg/Dombert/Külpmann, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren, 7. Aufl. 2017, § 58 Baurecht Rn. 1301f). Aufgrund der mit einer Nutzungsuntersagung vergleichbaren (geringeren) Eingriffsintensität der Beseitigungsanordnung und der negativen Vorbildwirkung, die von Anlagen der Außenwerbung ausgeht, kann hier bereits das Interesse an der Autorität der das bauaufsichtliche Verfahren betreffenden Vorschriften, das im Falle der formellen Illegalität einer Werbeanlage betroffen ist, ausnahmsweise das besondere Vollzugsinteresse begründen.

(b) Nach den vorstehend beschriebenen Grundsätzen besteht ein besonderes öffentliches Interesse an der sofortigen Vollziehung der Anordnung zum Teilrückbau der Dachterrasse nicht.

Der von der Antragsgegnerin als Rechtfertigung für den Sofortvollzug angeführte Umstand, dass die Dachterrasse formell und materiell illegal errichtet worden sei, begründet kein besonderes Vollzugsinteresse, weil gemäß § 80 Abs. 1 VwGO das Aussetzungsinteresse grundsätzlich auch dann Vorrang genießt, wenn sich die Beseitigungsanordnung als rechtmäßig erweist (s.o. (a)). Etwas anderes gilt auch nicht deshalb, weil die Antragstellerin, wie die Antragsgegnerin geltend macht, die Dachterrasse in Kenntnis ihrer formellen und materiellen Illegalität errichtet hat. Diesem Gesichtspunkt kommt allenfalls bei beharrlichen und notorischen Schwarzbauern eine gesteigerte Bedeutung zu (vgl. OVG Greifswald, Beschl. v. 6.2.2008, 3 M 9/08, BauR 2009, 482, juris Rn. 8; Schoch, in: Schoch/Schneider, VwGO, 43. EL August 2022, § 80 Rn. 211b).

Auch der von der Antragsgegnerin angeführte Umstand, dass angesichts der formellen und materiellen Illegalität nicht ein ggf. mehrjähriges gerichtliches Verfahren abgewartet werden könne, vermag nach den unter (a) dargestellten Maßstäben ein besonderes öffentliches Vollzugsinteresse nicht zu begründen. Soweit die Antragsgegnerin in diesem Zusammenhang darauf verweist, dass verhindert werden müsse, dass die Antragstellerin bis zur endgültigen Entscheidung die gesetzeswidrigen Vorteile der unerlaubten Nutzung ziehe, bedarf es hierzu keiner für sofort vollziehbaren Beseitigungsanordnung. Vielmehr genügt es insoweit, und zwar auch im Hinblick auf die Interessen der Beigeladenen, gegenüber der Antragstellerin eine sofort vollziehbare Nutzungsuntersagung in Bezug auf die Dachterrasse auszusprechen. Eine solche kann, wie unter (a) ausgeführt, im Interesse der Autorität der das bauaufsichtliche Verfahren betreffenden Vorschriften regelmäßig bereits bei lediglich formeller Illegalität einer baulichen Anlage ausgesprochen werden. Dabei muss die Antragsgegnerin die Nutzungsuntersagung auch nicht auf den von der streitgegenständlichen Beseitigungsanordnung betroffenen Teil der Dachterrasse beschränken, da die Dachterrasse in ihrer Gesamtheit formell illegal ist und sich eine lediglich auf den von der Beseitigungsanordnung betroffenen Teil der Dachterrasse beschränkte Nutzungsuntersagung mangels jeglicher baulicher Abgrenzung dieses Teils vom Rest der Dachterrasse faktisch kaum durchsetzen ließe. Ein rechtlich schutzwürdiges Interesse der Antragstellerin an der Nutzung der (in ihrer derzeitigen Ausführung) formell und materiell illegalen Dachterrasse

besteht nicht. Es steht ihr frei, den rechtswidrigen Zustand durch einen Teilrückbau der Dachterrasse zu beseitigen und eine Baugenehmigung für eine den rechtlichen Vorgaben entsprechende Dachterrasse zu stellen.

Das vom Verwaltungsgericht angeführte Interesse an der Autorität der das bauaufsichtliche Verfahren betreffenden Vorschriften vermag die Anordnung der sofortigen Vollziehung nach den unter (a) dargestellten Grundsätzen ebenfalls nicht zu rechtfertigen. Die vorliegende Fallkonstellation ist nicht vergleichbar mit den Fällen der Anlagen der Außenwerbung, in denen das Beschwerdegericht ausnahmsweise bereits das Interesse an der Autorität der das bauaufsichtliche Verfahren betreffenden Vorschriften als ausreichend für die Anordnung der sofortigen Vollziehung einer Beseitigungsanordnung erachtet hat.

Nach dem Erkenntnisstand des Eilverfahrens ist davon auszugehen, dass ein Teilrückbau sowohl mit einem mehr als nur unerheblichen Eingriff in die Substanz der Dachterrasse als auch mit mehr als nur unerheblichen Kosten verbunden ist. So dürfte angesichts des Umstands, dass die Dachterrasse nicht auf der Dachhaut, sondern auf einer darüber liegenden Trägerkonstruktion errichtet worden ist, davon auszugehen sein, dass die Bodendielen der Dachterrasse sich nicht einfach an der erforderlichen Stelle gleichsam „durchschneiden“ lassen, zumal bei einer solchen „Einkürzung“ der Dachterrasse auch eine Absturzsicherung erforderlich werden dürfte, deren Funktion derzeit von den seitlichen Brandwänden erfüllt wird. Ferner dürften sich die abgetrennten Bodendielen(teile) später auch nicht ohne erheblichen Aufwand wieder verlegen lassen.

Auch die Gefahr der Nachahmung (negative Vorbildwirkung) ist vorliegend nicht hinreichend konkret genug (vgl. zu diesem Maßstab OVG Hamburg, Beschl. v. 2.12.2020, 2 Bs 207/20, NordÖR 2021, 176, juris Rn. 16 f.), um die sofortige Vollziehung der Anordnung zum teilweisen Rückbau der Dachterrasse zu rechtfertigen. Für eine Konkretisierung der Nachahmungsgefahr fehlt es an Anhaltspunkten, insbesondere hat die Antragsgegnerin hierzu nichts vorgetragen.

Schließlich sind sonstige Gesichtspunkte, die ein besonderes Vollzugsinteresse begründen könnten, nicht ersichtlich. Soweit die Beigeladenen im Verwaltungsverfahren Verstöße gegen brandschutzrechtliche Vorschriften im Zusammenhang mit der Errichtung der Dachter-

rasse gerügt haben, kann etwaigen Brandgefahren vorläufig durch den Erlass einer Nutzungsuntersagung hinreichend begegnet werden (vgl. OVG Magdeburg, Beschl. v. 17.6.2014, 2 M 46/14, NVwZ-RR 2014, 875, juris Rn. 7).

b) Die Beschwerde hat auch insoweit Erfolg, als sich die Antragstellerin gegen die Ablehnung ihres Antrags auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung ihrer Klage gegen die bedingte Festsetzung eines Zwangsgelds in Höhe von 4.000,- Euro wendet. Der gemäß § 80 Abs. 5 Satz 1 Alt. 1, Abs. 2 S. 1 Nr. 3 VwGO i.V.m. § 29 Abs. 1 HmbVwVG statthafte Antrag ist begründet. Denn mit der Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der gegen die Beseitigungsanordnung gerichteten Klage entfallen auch die Voraussetzungen für die Anwendung von Zwangsmitteln (vgl. § 3 Abs. 3 HmbVwVG).

III.

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 154 Abs. 1, 162 Abs. 3 VwGO. Es entspricht nicht der Billigkeit, der Antragsgegnerin, die für die Beigeladenen gestritten hat, auch die außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen aufzuerlegen (vgl. OVG Münster, Beschl. v. 4.11.2003, 22 B 1345/03, BauR 2004, 976, juris Rn. 20; OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 25.2.2015, OVG 10 B 6.10, juris Rn. 72).

Die Festsetzung des Streitwerts beruht auf §§ 47 Abs. 1 Satz 1, 52 Abs. 2, 53 Abs. 2 Nr. 2 GKG. In Ermangelung von genügenden Anhaltspunkten für den Zeitwert des zu beseitigenden Teils der Dachterrasse und der entstehenden Rückbaukosten (vgl. Nr. 9.5 des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit) legt das Beschwerdegericht gemäß § 52 Abs. 2 GKG den Auffangstreitwert in Höhe von 5.000 Euro zugrunde.

Von einer Halbierung dieses Werts nach Nr. 1.5 des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit sieht das Beschwerdegericht ab, da die sofortige Vollziehung der Beseitigungsanordnung angesichts der hiermit verbundenen Beeinträchtigung der Substanz der Dachterrasse und der entstehenden Beseitigungskosten einer Vorwegnahme der Hauptsache zumindest nahe kommt (vgl. auch OVG Bautzen, Beschl. v. 8.3.2010, 1 B 35/10, juris Rn. 16; OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 17.7.2015, OVG 10 S 14.15, KommJur 2015, 436, juris Rn. 21). In entsprechender Anwendung von Nr. 1.7.2 Satz 1 des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit bleibt die (bedingte) Zwangsgeldfestsetzung im

Sinne von § 20 Abs. 1 Satz 1 HmbVwVG bei der Festsetzung des Streitwerts unberücksichtigt. Sie entspricht in ihrer Funktion der Androhung eines Zwangsmittels nach § 13 des Verwaltungs-Vollstreckungsgesetzes des Bundes (VwVG) und den entsprechenden Regelungen in den anderen Bundesländern (OVG Hamburg, Beschl. v. 21.11.2022, 2 Bs 160/22, n.v.; Beschl. v. 9.1.2017, 2 Bs 209/16, n.v.; Beschl. v. 26.3.2012, 2 Bs 41/12, n.v.).