

---

**Datum:** 07.05.2021  
**Gericht:** Oberverwaltungsgericht NRW  
**Spruchkörper:** 2. Senat  
**Entscheidungsart:** Beschluss  
**Aktenzeichen:** 2 A 468/21  
**ECLI:** ECLI:DE:OVGNRW:2021:0507.2A468.21.00

---

**Vorinstanz:** Verwaltungsgericht Düsseldorf, 28 K 6199/18

---

**Tenor:**

Der Antrag wird abgelehnt.

Der Beigeladene trägt die Kosten des Zulassungsverfahrens.

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

---

## Gründe:

- Der Antrag des Beigeladenen auf Zulassung der Berufung hat keinen Erfolg. 1
- Hinsichtlich der eingangs des Begründungsschriftsatzes vom 19. März 2021 genannten Zulassungsgründe nach § 124 Abs. 2 Nr. 2 und 3 VwGO ist der Antrag bereits unzulässig. Es fehlt es an jeglichen Ausführungen, warum diese aus Sicht des Beigeladenen vorliegen könnten. Das Vorbringen verfehlt damit das Darlegungserfordernis nach § 124a Abs. 4 Satz 4 VwGO schon im Ansatz. 2
- Die vom Beigeladenen in der Sache allein ausgeführten ernstlichen Zweifel an der Richtigkeit des angefochtenen Urteils (Zulassungsgrund nach § 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO) ergeben sich aus dem insoweit maßgeblichen (§ 124a Abs. 4 Satz 4 VwGO) Zulassungsvorbringen nicht. 3
- Zur Darlegung des Zulassungsgrunds der ernstlichen Zweifel im Sinne des § 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO bedarf es einer hinreichenden Auseinandersetzung mit den entscheidungstragenden Erwägungen des Verwaltungsgerichts. Dabei ist in substantiiertes Weise an der 4

Gedankenführung des Verwaltungsgerichts orientiert aufzuzeigen, dass und warum das vom Verwaltungsgericht gefundene Ergebnis ernstlich zweifelhaft sein soll. In der Sache liegen ernstliche Zweifel vor, wenn erhebliche Gründe dafür sprechen, dass die verwaltungsgerichtliche Entscheidung einer rechtlichen Prüfung wahrscheinlich nicht standhalten wird. Sie sind (nur) begründet, wenn zumindest ein einzelner tragender Rechtssatz der angefochtenen Entscheidung oder eine erhebliche Tatsachenfeststellung mit schlüssigen Gegenargumenten in Frage gestellt wird und sich die Frage, ob die Entscheidung etwa aus anderen Gründen im Ergebnis richtig ist, nicht ohne weitergehende Prüfung der Sach- und Rechtslage beantworten lässt.

Derartige Zweifel weckt das Antragsvorbringen nicht.

5

Das Verwaltungsgericht hat die Klage mit dem Antrag,

6

die Beklagte zu verpflichten, dem Beigeladenen ordnungsbehördlich aufzugeben, die Bodenaufschüttungen auf dessen Grundstück Gemarkung I. , Flur 3, Flurstück 110, R.-----weg 28, 46539 E. unter Beachtung der baurechtlichen Abstandsflächen abzutragen und auf mindestens drei Meter, gerechnet von der Grundstücksgrenze zurückzuverlegen,

7

im Wesentlichen mit der Begründung stattgegeben, die Kläger hätten gegen die Beklagte einen Anspruch auf ein bauordnungsrechtliches Einschreiten gegen die vom Beigeladenen vorgenommene Aufschüttung entlang der gemeinsamen Grundstücksgrenze, weil diese gegen öffentlich-rechtliche Vorschriften verstoße, die dem Schutz der Kläger als Nachbarn dienen, und das der Beklagten zustehende Ermessen auf Null reduziert sei. Die Aufschüttung sei nicht von der dem Beigeladenen mit Bescheid vom 30. Mai 2017 erteilten Baugenehmigung umfasst. Dies ergebe sich bereits daraus, dass die Aufschüttung keiner Genehmigung bedürfe und zudem auch nicht Teil des Prüfprogramms der im vereinfachten Baugenehmigungsverfahren nach § 68 BauO NRW a. F. erteilten Baugenehmigung gewesen sei. Des Weiteren habe die Aufschüttung auch eine eigene Funktion und eine eigene Zweckbestimmung und sei nicht im räumlichen und funktionalen Zusammenhang mit der von der Baugenehmigung umfassten Erweiterung des Wohnhauses des Beigeladenen errichtet worden. Vielmehr sei sie Teil einer großflächigen landschaftsgärtnerischen Umgestaltung des gesamten Grundstücks. Auch bei genehmigungsfreien Vorhaben seien jedoch nach § 65 Abs. 4 BauO NRW a. F. die relevanten öffentlich-rechtlichen Vorschriften einzuhalten. Eine materielle Rechtswidrigkeit der Aufschüttung und damit der Verstoß gegen öffentlich-rechtliche Vorschriften ergäben sich hier daraus, dass diese gegen die Vorschriften über die Abstandsflächen gemäß § 6 BauO NRW verstoße. Auch bauliche Anlagen, die nicht Gebäude seien, aber höher als zwei Meter über der Geländeoberfläche lägen oder bei einer Höhe von mehr als einem Meter über der Geländeoberfläche, wenn sie dazu geeignet seien, von Menschen betreten zu werden, müssten nach § 6 BauO NRW Abstandsflächen einhalten. Als für die Beurteilung relevante Geländeoberfläche sei dabei hier diejenige natürliche Geländeoberfläche zugrunde zu legen, die vor der Durchführung der streitigen Baumaßnahme bestanden habe. Die von dem Beigeladenen durchgeführte Aufschüttung sei als einheitliche Aufschüttung zu betrachten, da sie funktional, baulich-konstruktiv und optisch eine Einheit bilde und somit auch einheitlich zu bewerten sei. Insbesondere bestehe der Zweck der Abböschung zur Grundstücksgrenze ausschließlich darin, die Aufschüttung zu stützen und die verschiedenen Geländeeniveaus zu verbinden. Darüber hinaus habe sie keine selbstständige Funktion. Folglich seien hinsichtlich der notwendigen Abstandsflächen alle Bestandteile der Aufschüttung zu berücksichtigen und die Abstandsfläche somit vom Böschungsfuß aus zu messen. Da die von dem Beigeladenen vorgenommene Aufschüttung

8

eine Höhe von mehr als einem Meter aufweise und zum Betreten von Menschen geeignet sei, löse sie Abstandsflächen aus. Diese seien nicht eingehalten, weil der Böschungsfuß hier nur ca. 80 cm von der Grundstücksgrenze entfernt beginne. Es liege des Weiteren auch kein Fall einer grundstücksbezogenen Atypik vor, der eine Abweichung von den Abstandsvorgaben oder eine Abweichung nach § 69 Abs. 1 Satz 1 BauO NRW 2018 / § 73 Abs. 1 BauO NRW a. F. rechtfertige. Weder die bauliche Ausnutzung des Grundstücks noch eine sinnvolle und angemessene Gartenanlage seien durch den zuvor vorhandenen Höhenunterschied im Gelände verhindert worden. Vielmehr seien Dimensionierung und Ausdehnung der Aufschüttung vor allem dem Wunsch des Beigeladenen entsprungen, den Gartenbereich auf möglichst großer Fläche als großzügige Gartenlandschaft pflegeleicht und attraktiv zu gestalten und optimal ausnutzen zu können. Das Ermessen der Beklagten, ob gegen den baurechtswidrigen Zustand eingeschritten werde, sei hier - wie regelmäßig - wegen des Abstandsflächenverstoßes auf Null reduziert. Ein besonders gelagerter Einzelfall, der eine andere Entscheidung rechtfertigen könnte, sei nicht ersichtlich.

Diesen eingehenden und ohne Weiteres nachvollziehbaren Ausführungen des Verwaltungsgerichts setzt das Zulassungsvorbringen nichts Erhebliches entgegen, das zu ernstlichen Zweifeln an der Richtigkeit der Entscheidung führen könnte. 9

Der Beigeladene macht zunächst ohne Erfolg geltend, dass sich die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit bereits aus der Baugenehmigung der Beklagten vom 30. Mai 2017 ergebe. Abgesehen davon, dass hier mit einem Abstandsflächenverstoß allein die bauordnungsrechtliche Zulässigkeit in Rede steht, lässt sich eine die Aufschüttung betreffende Regelung der dem Beigeladenen erteilten Baugenehmigung nicht entnehmen. Ihm wurde zwar eine Baugenehmigung für den Neu- und Umbau des Gebäudes R.-----weg 28 in E1. gemeinsam mit einem Befreiungsbescheid gemäß § 31 Abs. 2 BauGB und einem Abweichungsbescheid hinsichtlich des zu geringen Grenzabstands zu den Flurstücken 370 und 404 erteilt. Zur hier allein betroffenen Aufschüttung entlang der Grundstücksgrenze zu dem Flurstück 376 verhält sich der Abweichungsbescheid demgegenüber nicht. Auch im Übrigen ist die Aufschüttung nicht von der Baugenehmigung vom 30. Mai 2017 umfasst. Es handelt sich, wie bereits das Verwaltungsgericht zutreffend ausgeführt hat, vielmehr um ein selbstständiges bauliches Vorhaben, das unabhängig von dem genehmigten Neu- und Umbau des Wohnhauses R.-----weg 28 zu betrachten ist. Eine Aufschüttung ist dann selbstständig, wenn sie nicht im Zusammenhang mit einer anderen baulichen Anlage errichtet wurde, sondern eine eigene Funktion und eine eigene Zweckbestimmung haben, also nicht im räumlichen oder funktionalen Zusammenhang mit einer anderen baulichen Anlage durchgeführt werden, wie z. B. Aufschüttungen für Terrassen oder Abgrabungen für die Belichtung eines Kellers. 10

St. Rspr., etwa OVG NRW, Beschluss vom 18. Dezember 2017 – 2 B 1369/17 -, juris Rn. 9 ff.; zusammenfassend Boeddinghaus/Hahn/Schulte, BauO NRW 2018, § 2 Rn. 9 m. w. N. 11

Dass dies hier der Fall ist, hat das Verwaltungsgericht eingehend dargelegt. Dem setzt der Beigeladene letztlich lediglich seine abweichende Auffassung entgegen, ohne sich mit den Ausführungen des Verwaltungsgerichts auseinanderzusetzen. Eine andere Beurteilung ergibt sich namentlich nicht aus der Baugenehmigung vom 30. Mai 2017. Dass sich die Auflage Nr. 4 der Baugenehmigung, die die Erhaltung von Bäumen auf dem Grundstück des Beigeladenen zum Inhalt hat, auch mit der hier in Rede stehenden Aufschüttung befassen soll, ist nicht ersichtlich. Darüber hinaus wird auch in den in den Bauakten vorhandenen Planzeichnungen, die Bestandteil der Baugenehmigung geworden sind, keinerlei Bezug auf die Aufschüttung genommen, diese ist dort auch nicht verzeichnet. Das erklärt sich, wie 12

schon das Verwaltungsgericht zutreffend ausgeführt hat, ohne weiteres daraus, dass die Aufschüttung selbst eine genehmigungsfreie bauliche Anlage i. S. v. § 65 Abs. 1 Nr. 42 BauO NRW a. F. (§ 62 Abs. 1 Nr. 9 BauO NRW 2018) ist. Eine Prüfung im (vereinfachten) Baugenehmigungsverfahren war daher weder angezeigt noch nach dem eingeschränkten Prüfprogramm möglich. Dass das gesamte Grundstück auf den Planzeichnungen aufgezeichnet wurde, lässt ebenfalls keine Rückschlüsse auf eine Verbindung der Aufschüttung mit dem Aus- und Umbau des Gebäudes des Beigeladenen zu.

Sein Hinweis darauf, die Umgestaltung des gesamten Grundstücks sei in einem Zug erfolgt, ändert an diesem Befund ebenfalls nichts. Damit wird lediglich im Tatsächlichen ein zeitlicher Bezug aufgezeigt, nicht aber ein – erforderlicher – funktionaler Zusammenhang zu den Baumaßnahmen, namentlich am Wohnhaus selbst, im Übrigen. Es handelt sich bei dem durchgeführten Vorhaben des Beigeladenen gerade um ein solches, das genehmigungsbedürftige und genehmigungsfreie Elemente enthält, welche rechtlich jeweils einer eigenständigen Wertung unterliegen. 13

Weiter geht der Beigeladene mit seinem Einwand fehl, die Aufschüttung verstoße nicht gegen die Abstandsflächenvorgaben aus § 6 Abs. 1 Satz 2 BauO NRW 2018 bzw. § 6 Abs. 10 Satz 2 BauO NRW a. F. Dass, wie vom Beigeladenen vorgetragen, das Gericht die Höhe der Aufschüttung nicht gemessen hat, ist für die Beurteilung insoweit unerheblich, als sie jedenfalls eine Höhe von etwa 1,40 Meter erreicht und auch im Übrigen die Voraussetzungen des § 6 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BauO NRW erfüllt. Vor diesem Hintergrund hat das Verwaltungsgericht, entgegen dem irrtümlichen Verständnis des Beigeladenen, zu Recht offen gelassen, ob die Aufschüttung zumindest in Teilen eine Höhe von mehr als 2 m erreicht und damit (auch) § 6 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 BauO NRW unterfällt. 14

Insoweit ist zunächst nicht (ernstlich) zweifelhaft, dass es sich um eine einheitliche Aufschüttung handelt. Dem Vortrag des Beigeladenen, dass es sich bei der Abböschung zur Grundstücksgrenze hin nicht um einen Teil der einheitlichen Aufschüttung, sondern um ein selbstständiges Element mit somit eigener abstandsflächenrechtlicher Beurteilung handeln würde, kann insoweit nicht gefolgt werden. Grundsätzlich ist die Unterteilung einer Aufschüttung in einer abstandsflächenirrelevante Böschung und einen sonstigen Teil unzulässig. Eine gedankliche Aufteilung einer Aufschüttung, welche eine baulich-konstruktive und funktionale und optische Einheit bildet, ist nicht statthaft, es ist stets die gesamte Aufschüttung in die rechtliche Bewertung einzubeziehen. 15

OVG NRW, Beschlüsse vom 10. Juni 1999 - 7 B 827/99 -, vom 10. Februar 2010 – 7 B 1368/09 -, juris Rn. 22, und vom 17. Februar 2011 – 7 B 1803/10 -, BRS 78 Nr. 188 = juris Rn. 33 ff.; VG Gelsenkirchen, Beschluss vom 16. August 2012 - 5 L 653/12 -, juris Rn. 12 f.; VG Minden, Urteil vom 17. Oktober 2013 – 1 K 991/10 -, juris Rn. 21. 16

Hier liegt indes aus den schon vom Verwaltungsgericht dargelegten Gründen auf der Hand, dass es sich auch bei der Böschung um einen Teil der Aufschüttung handelt, welcher mit dieser eine baulich-konstruktive, funktionale und optische Einheit bildet. Die Böschung schließt nahtlos an die Spitze der Aufschüttung an und ist durch keinerlei optisch sichtbare Abgrenzungen, wie etwa eine Heckenbepflanzung, von der eigentlichen Aufschüttung getrennt. Auch eine funktionale und baulich-konstruktive Einheit ist hier ohne weiteres anzunehmen. Den insoweit völlig nachvollziehbaren Feststellungen des Verwaltungsgerichts, dass die Böschung die Aufgabe habe, die Aufschüttung zu stützen und das neu geschaffene Geländeniveau mit dem ursprünglichen Niveau zu verbinden, vermag der Beigeladene in seinem Zulassungsvorbringen nichts Erhebliches entgegenzusetzen. Sie ist nach den hier nicht angegriffenen Feststellungen des Verwaltungsgerichts Düsseldorf auch zum Betreten 17

von Menschen geeignet und löst somit entsprechend des § 6 Abs. 1 Nr. 2 BauO NRW Abstandsflächen aus. Dass die Böschung selbst nicht zum Betreten von Menschen geeignet sein mag, ist angesichts der bestehenden baulich-konstruktiven und funktionalen Einheit der Aufschüttung ohne Belang.

Entgegen der Ansicht des Beigeladenen ist auch nicht unklar, von welchem Punkt aus der Grenzabstand zu messen ist. Bereits das Verwaltungsgericht hat in dem angegriffenen Urteil – wie auch schon im Ortstermin - in einer jedes Fehl-, Miss- oder Nichtverständnis an sich ausschließenden Weise auf Seite 9 klargestellt, dass „die Abstandsfläche vom Böschungsfuß aus zu messen“ ist. Warum der Beigeladene die Frage für vom Verwaltungsgericht ungeklärt hält, erschließt sich damit nicht ansatzweise. Zugleich entspricht diese Annahme des Verwaltungsgerichts der ständigen Rechtsprechung der Bausenate des Oberverwaltungsgerichts Nordrhein-Westfalen, dass für die Frage der bauordnungsrechtlichen Zulässigkeit von einheitlichen Aufschüttungen als Geländemodulationen jeweils die Einhaltung der Abstandsflächen bereits ab dem Böschungsfuß, also dem tiefsten Punkt der Aufschüttung gegeben sein muss. Dabei kommt es nicht darauf an, ob der Böschungsfuß nicht die Höhe von 1,40 m über der natürlichen Geländeoberfläche erreicht. Die gesamte Aufschüttung muss die erforderlichen Abstandsflächen zu den Nachbargrundstücken einhalten. 18

Vgl. OVG NRW, Beschlüsse vom 22. Januar 2001 -7 E 547/99 -, BRS 64 Nr. 126 = juris Rn. 5, vom 10. Februar 2010 – 7 B 1368/09 -, juris Rn. 22, und vom 17. Februar 2011 – 7 B 1803/10 -, BRS 78 Nr. 188 = juris Rn. 33 ff.; VG Gelsenkirchen, Beschluss vom 16. August 2012 - 5 L 653/12 -, juris Rn. 12 f.; VG Minden, Urteil vom 17. Oktober 2013 – 1 K 991/10 -, juris Rn. 21. 19

Soweit der Beigeladene in seinem Zulassungsvorbringen darauf abstellt, die Feststellung des Verwaltungsgerichts, die Böschung diene auch dazu, die Aufschüttung zu stützen, sei nicht bewiesen, fehlt diesem Vortrag jedenfalls die Substanz; im Übrigen sei auf § 108 Abs. 1 Satz 1 VwGO verwiesen. Unbeschadet dessen geht es in diesem Zusammenhang entgegen der Annahme des Beigeladenen auch nicht darum, ob die natürliche Geländeoberfläche auch ohne Böschung standgehalten hätte, sondern um die „unnatürliche“ Aufschüttung. Bei lebensnaher Betrachtung kann die Böschung aber keine andere Funktion haben, als diese zu stützen – auch der Beigeladene unternimmt nicht einmal den Versuch, eine Alternative aufzuzeigen. 20

Entgegen der Auffassung des Klägers bestehen auch keine Anhaltspunkte dafür, dass der Abstandsflächenverstoß wegen einer grundstücksbezogenen Atypik unbeachtlich sein könnte. Mit der nach Aktenlage zutreffenden und durch den durchgeführten Ortstermin abgesicherten Einschätzung des Verwaltungsgerichts, weder die bauliche Ausnutzung des Grundstücks noch eine sinnvolle und angemessene Gartenanlage seien durch den zuvor vorhandenen Höhenunterschied im Gelände verhindert worden, vielmehr seien Dimensionierung und Ausdehnung der Aufschüttung dem Wunsch des Beigeladenen entsprungen, den Gartenbereich auf möglichst großer Fläche als großzügige Gartenlandschaft pflegeleicht und attraktiv zu gestalten und optimal ausnutzen zu können, setzt sich das Zulassungsvorbringen schon mit keinem Wort auseinander. Im Übrigen ist die Norm des § 6 BauO NRW als ein in sich geschlossener Regelungskomplex anzusehen, der bereits abschließende Regelungen für die Abweichung von den grundsätzlich angenommenen Abstandsflächen enthält. Eine Abweichung kommt deshalb von vornherein nur in eng umgrenzten Ausnahmefällen in Betracht, wenn die Grundstückssituation von dem Normalfall, welche der gesetzlichen Regelung der Abstandsflächen zugrunde liegt, in so 21

deutlichem Maße abweicht, dass die strikte Anwendung des Gesetzes zu Ergebnissen, die der Zielrichtung der Norm nicht entsprechen. Keineswegs soll die Abweichung zur Legalisierung ansonsten illegaler Vorhaben dienen.

Vgl. OVG NRW, Beschlüsse vom 2. März 2007 – 10 B 275/07 –, OVGE 50, 289 = juris Rn. 19 ff., und vom 5. März 2007 – 10 B 274/07 –, BauR 2007, 1031 = juris Rn. 16 ff.; Boeddinghaus/Hahn/Schulte, BauO NRW 2018, § 69 Rn. 16; Beck-OK BauO NRW 2018, 6. Edition, § 69 Rn. 25 f. 22

Ein solcher Sonderfall ist hier weder ersichtlich noch dargetan. Der Beigeladene hat in seinem Zulassungsvorbringen selbst nur auf die Hanglage des Grundstücks in Bezug auf die angrenzende Straße R.-----weg abgestellt. Höhenunterschiede eines Grundstücks zu verschiedenen Punkten der Straße stellen jedoch gerade im hängigen Gelände nichts Außergewöhnliches dar. Warum der Beigeladene in diesem Zusammenhang gleich den gesamten R.-----weg auch außerhalb seines eigenen Grundstücks als Bewertungsmaßstab für die Atypik heranziehen möchte, ist zudem nicht nachvollziehbar. 23

Schließlich ist das Verwaltungsgericht auch zu Recht davon ausgegangen, dass das Ermessen der Beklagten hier auf Null reduziert und diese somit zum Einschreiten verpflichtet war. Grundsätzlich ist im Falle einer Baurechtswidrigkeit einer Anlage aufgrund eines Verstoßes gegen nachbarschützende Vorschriften des öffentlichen Rechts die Bauordnungsbehörde gehalten, hiergegen einzuschreiten. 24

St. Rspr., vgl. etwa OVG NRW, Urteile vom 25. Oktober 2010 – 7 A 290/09 -, juris Rn. 28 ff., vom 22. August 2005 - 10 A 3611/03 -, BRS 69 Nr. 91 = juris Rn. 95 ff., und Beschluss vom 29. Dezember 2010 – 2 A 2404/09 -; zusammenfassend Maske, in: Schönenbroicher/Kamp, BauO NRW, 2012, § 61 Rn. 35. 25

Die nicht weiter begründete Vorstellung des Beigeladenen, eine solche Ermessensreduktion komme nur bei einer Gefährdung hochrangiger Rechtsgüter wie Leib und Leben in Betracht, findet – soweit ersichtlich – weder in der Rechtsprechung noch in der Literatur eine Stütze. Sonstige Anhaltspunkte für einen Sonderfall sind weder zu erkennen noch vorgetragen. 26

Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 2 VwGO. 27

Die Streitwertfestsetzung beruht auf §§ 47 Abs. 1 und 3, 52 Abs. 1 GKG. Zur weiteren Begründung wird Bezug genommen auf den Senatsbeschluss vom 28. April 2021 im Verfahren gleichen Rubrums 2 E 147/21. 28

Der Beschluss ist unanfechtbar, § 152 Abs. 1 VwGO. Mit der Ablehnung des Zulassungsantrags ist das angefochtene Urteil rechtskräftig, §124a Abs. 5 Satz 4 VwGO. 29