

# Entwicklungslinien im baurechtlichen Nachbarschutz\*

Von RiVG Dr. Ingo Kraft, Ansbach,  
z. Z. wissenschaftlicher Mitarbeiter am BVerwG, Berlin

I. Entwicklung des Nachbarschutzes .....	264
II. Präventiver Nachbarschutz .....	268
1. Ausgangspunkt .....	268
a) Nachbarschutz im Planbereich .....	268
b) Unbeplanter Innenbereich .....	270
c) Außenbereich .....	270
d) Art. 14 GG .....	271
2. Die Wende: Das Gebot der Rücksichtnahme .....	272
3. Bewertung .....	275
a) Rücksichtnahmegebot .....	275
aa) Dogmatische Defizite .....	275
bb) Bedürfnis für ein drittschützendes Rücksichtnahmegebot? .....	277
b) Die Bedeutung des Art. 14 GG für den Nachbarschutz .....	278
aa) Nachbarschutz unmittelbar aus Art. 14 GG .....	278
bb) Grundrechtsorientierte Auslegung des einfachen Rechts .....	280
4. Neuere Entwicklungen zum Nachbarschutz nach der BauNVO .....	281
III. Repressiver Nachbarschutz .....	284
1. Materiell baurechtswidriger Zustand nach kassierter Baugenehmigung .....	285
2. Materiell baurechtswidriger Zustand ohne vorausgegangenes Genehmigungsverfahren .....	286
IV. Ausblick .....	288

## I. Entwicklung des Nachbarschutzes

Die Entwicklung des autonomen öffentlich-rechtlichen Nachbarrechts steht in einem größeren Gesamtzusammenhang, dem durch das Zusammentreffen von fortschreitender Verrechtlichung und zunehmender Individualisierung gekennzeichneten Prozeß. Die eine Ursache, die permanente staatliche Aufgabenmehrung, scheint durch die gegenwärtige Privatisierungsdiskussion allenfalls gemindert, nicht aber im Sinne einer Trendwende umgepolt. Sie gründet sich auf ein aus dem Rechts- und Sozialstaatsprinzip abgeleitetes (Fehl-?)Verständnis des Staates als umfassendem Verantwortungsgaranten und führte zu einem sich zunehmend verdichtenden öffentlich-rechtlichen Regelungsgeflecht. Gleichzeitig setzte unter dem Grundgesetz – durch die unmittelbare Erfahrung des Dritten Reichs ausgelöst – die von *Ossenbühl*<sup>1</sup> als »kopernikanische Wende im Verwaltungsrechtssystem« bezeichnete Subjektivierung des Verwaltungsrechts ein. Der vom Parlamentarischen Rat ganz bewußt, quasi als Verfassungsovertüre, an den Beginn des Grundgesetzes gestellte Grundrechtskatalog wurde zum Motor dieser

\* Dem Beitrag liegt ein Vortrag zugrunde, den der Verfasser auf einer Tagung der Deutschen Richterakademie im Dezember 1996 in Wustrau gehalten hat. Die Weiterentwicklung der Verwaltungswissenschaft in: Jeserich/Pohl/v. Unruh (Hrsg.), Deutsche Verwaltungsgeschichte, Band V, 1987, S. 1143 (1146).

Entwicklung, so daß sich das Öffentliche Recht von einem System objektiv verankerter Rechtsgrundsätze mit nur mediatisiert geltenden Grundrechten in der Weimarer Reichsverfassung zu einer subjektivierten Rechtsschutzordnung mit nahezu omnipräsentem Grundrechtsschutz unter dem Grundgesetz wandelte<sup>2</sup>.

Diese Entwicklung über den status negativus zum status positivus blieb aber nicht auf die klassischen bipolaren Rechtsverhältnisse beschränkt, sondern weitete sich personell aus. Dritte wurden in Rechtsverhältnissen integriert, anstatt sie nur als reflexartig und faktisch Betroffene anzusehen. Die Rolle des Nachbarn änderte sich vom bloßen Zuschauer zum Akteur im Entscheidungsverfahren und Verwaltungsprozeß. Interessant ist, daß das Verwaltungsrecht hier dem Verfassungsrecht vorauseilte, denn das BVerfG überwand die rein staatsgerichtete Abwehrfunktion<sup>3</sup> der Grundrechte mit der Entwicklung der Schutzpflichten erst sehr viel später<sup>4</sup>. Die das Nachbarrecht kennzeichnenden mehrpoligen Rechtsverhältnisse wurden auf der verfassungsrechtlichen Ebene grundrechtsdogmatisch rezipiert, in der umweltrechtlichen Ausprägung der verfassungsrechtlichen Schutzpflichten unter Betonung des Grundrechtsschutzes durch Verfahren weiterentwickelt und an die Verwaltungsgerichte zurückgespielt.

Nachbarschutz ist eine Domäne des Richterrechts. Der Richter nimmt aber bei der Bestimmung der subjektiven Abwehrrechte des Nachbarn nur eine Ersatzfunktion für den Gesetzgeber wahr, dessen im Bereich des Eigentumsgrundrechts durch Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG besonders hervorgehobene Gestaltungsaufgabe auch die Definition subjektiver Rechte umfaßt<sup>5</sup>; darauf ist später zurückzukommen. Indes herrscht insoweit ein legislatorisches Regelungsvakuum<sup>6</sup>, und dem Gesetzgeber ist hier wirklich nicht der Vorwurf der Überregulierung zu machen. Andererseits sollte man die gesetzgeberischen Möglichkeiten auch nicht überschätzen, da die abstrakt-generelle »Regelungskeule« keine differenzierten und flexiblen Ergebnisse hervorbringt<sup>7</sup>, und man darf die Enthaltensamkeit der Legisla-

<sup>2</sup> *Di Fabio*, Risikoentscheidungen im Rechtsstaat, 1994, S. 17 ff.

<sup>3</sup> Darauf beschränkt noch BVerfG, Beschluß vom 19. 12. 1951 – 1 BvR 220/51 –, BVerfGE 1, 97 (104 f.).

<sup>4</sup> BVerfG, Urteil vom 25. 2. 1975 – 1 BvF 1-6/74 –, BVerfGE 39, 1 (42); Urteil vom 16. 10. 1977 – 1 BvQ 5/77 –, BVerfGE 46, 160 (164); Beschluß vom 8. 8. 1978 – 2 BvL 8/77 –, BVerfGE 49, 89 (140); Beschluß vom 20. 12. 1979 – 1 BvR 385/77 –, BVerfGE 53, 30 (57); Beschluß vom 14. 1. 1981 – 1 BvR 612/72 –, BVerfGE 56, 54 (73).

<sup>5</sup> Kritisch gegenüber der richterrechtlichen Rechtsfortbildung zum Nachbarschutz unter dem Aspekt des Parlamentsvorbehaltes deshalb *Schwerdtfeger*, Baurechtlicher Drittschutz und Parlamentsvorbehalt, NVwZ 1983, 199 (201).

<sup>6</sup> Ausdrückliche Regelungen zur Reichweite des Drittschutzes finden sich beispielsweise in § 5 Abs. 7 Satz 3 LBO Bad.-Württ. (Landesbauordnung für Baden-Württemberg vom 8. 8. 1995, GBl. S. 617), § 6 Abs. 5 Satz 4, Abs. 7 Satz 4 BauO Bln. (Bauordnung für Berlin vom 28. 2. 1985, GVBl. S. 522 i. d. F. der Bekanntmachung vom 1. 1. 1996, GVBl. I S. 30), § 6 Abs. 14 Satz 2 HBO (Hessische Bauordnung vom 20. 12. 1993, GVBl. I S. 655), § 72 Abs. 2 Satz 1 NdsBauO (Niedersächsische Bauordnung i. d. F. vom 13. 7. 1995, GVBl. S. 199).

<sup>7</sup> *Sendler*, Ist das Umweltrecht normierbar?, UPR 1981, 1 (4 ff.); *Martens*, Der verwaltungsrechtliche Nachbarschutz – eine unendliche Geschichte?, NJW 1985, 2302 (2306); *Gaentzsch*, Ausbau des Individualschutzes gegen Umweltbelastungen als Aufgabe des bürgerlichen und öffentlichen Rechts, NVwZ 1986, 601 (602, 604).

tive wohl auch als Zufriedenheit mit den richterrechtlichen Entwicklungen interpretieren.

Der Begriff »Richterrecht« eröffnet im Zusammenhang mit Nachbarschutz neben dieser klassischen Bedeutung der Rechtsquellenlehre aber auch noch eine funktionale Perspektive: Richterrecht i. S. einer Zugangsvoraussetzung zum Richter, als Vorbedingung eines qualifizierten, zu einer Sachentscheidung führenden Prozeßrechtsverhältnisses. Die Frage nach dem über den rein objektivrechtlichen Inhalt einer Vorschrift hinausgehenden subjektivrechtlichen Gehalt betrifft eben nicht nur das Verhältnis Individuum – Verwaltung, sondern darüber hinaus auch die Ebene Kläger – Gericht. Drittschutz ist keine materiellrechtliche Schranke für die Verwaltung in der Dichotomie rechtmäßig – rechtswidrig, sondern entscheidet auf einer ganz anderen Ebene über den Zugang zu einem eigenständigen Kontrollforum, der gerichtlichen Überprüfung. Norminhalt (als an die Exekutive adressiertes Steuerungsprogramm) und Normqualität (objektiv- oder subjektivrechtlich) sind unterschiedliche Kategorien, auch wenn die erstere die letztere prägt. Das Bild des nachbarrechtlichen Dreiecks<sup>8</sup> läßt sich zu einer dreidimensionalen Pyramide mit dem Gericht an der Spitze ergänzen. Das soll keine hypertrophe Überschätzung des richterlichen Berufsstandes sein, sondern bildlich verdeutlichen, daß subjektiv-öffentliche Rechte nicht nur die Eckpunkte des Dreiecks Bauherr – Verwaltung – Nachbar betreffen, sondern gleichzeitig für die Linien zwischen Individuum und Gericht relevant sind, ohne zum Prozeßrecht zu gehören.

Das Baurecht ist für diese durch Verrechtlichung und richterrechtliche Subjektivierung geprägte Entwicklung geradezu paradigmatisch: Die Bauleitplanung entwickelte sich konzeptionell immer stärker zur städtischen Gesamt- oder Totalplanung, die nahezu alle Ordnungsfaktoren in den Prozeß der Gebietsgestaltung einstellt und die Raumnutzung im Mikrobereich abschließend regelt<sup>9</sup>. Gleichzeitig fiel dem Baurecht im Hinblick auf die Ausbildung subjektiv-öffentlicher Rechte die Vorreiterfunktion für die heute gemeinhin unter dem Sammelbegriff »Umweltrecht« zusammengefaßten Materien zu. *Bartlsperger*<sup>10</sup> hat deshalb die Entwicklung des öffentlichen Nachbarrechts als wesentliches Stück der Geschichte des subjektiv-öffentlichen Rechts bezeichnet, da hier sämtliche dogmatischen Probleme offen zutage treten und der Bewältigung harren. Oder aus der Perspektive der Handlungsformen: »Das Baurecht ist gewissermaßen die Wiege des Verwaltungsaktes mit Doppelwirkung«<sup>11</sup>, des formellen Pendants des subjektiv-öffentlichen Rechts des Nachbarn.

8 Kraft, Streit um den »Gesang der Sirenen« – BVerwGE 79, 254, JuS 1990, 278 (280).

9 Vgl. Breuer, Die hoheitliche raumgestaltende Planung, 1968, S. 42 f., 180; ders., Baurechtlicher Nachbarschutz, DVBl. 1983, 431 (435); Götz, Bauleitplanung und Eigentum, 1969, S. 11 ff.; Schmidt-Aßmann, Grundfragen des Städtebaurechts, 1972, S. 63; Pietzcker, Mitverantwortung des Staates, Verantwortung des Bürgers, JZ 1985, 209 (211 f.); Gaentzsch (Fußn. 7), S. 604 f.

10 Das Dilemma des baulichen Nachbarrechts, VerwArch. 60 (1969), 35 (36).

11 Laubinger, Der Verwaltungsakt mit Doppelwirkung, 1967, S. 34.

Das BVerwG gewährte – entgegen der Judikatur des PrOVG<sup>12</sup> und anderer Oberverwaltungsgerichte und Verwaltungsgerichtshöfe, derzufolge die verwaltungsgerichtliche Nachbarklage mangels Existenz eines subjektiv-öffentlichen Rechts als unzulässig abgelehnt und der Nachbar auf einen Zivilprozeß gegen den Bauherrn verwiesen worden war – von Beginn seiner Rechtsprechung an öffentlich-rechtlichen Nachbarschutz<sup>13</sup>. Mit Urteil vom 5. 10. 1965<sup>14</sup> wurde der präventive Nachbarschutz durch Anfechtungsklage gegen eine Baugenehmigung aus der Taufe gehoben, wobei der Senat mit der als nicht mehr zeitgerecht empfundenen Linie des PrOVG brach, da diese auf einer anderen verfassungsrechtlichen Grundlage mit einem differierenden Eigentumsbegriff und einer fehlenden Rechtswegverbürgung (Art. 19 Abs. 4 GG) beruht habe<sup>15</sup>. Ganz bewußt wurde der Rechtsschutz vom Zeitpunkt tatsächlicher Betroffenheit, auf den das Zivilrecht abstellt, vorverlagert und der Genehmigung ein eigener nachbarrelevanter Regelungsgehalt zugemessen, der nur durch die verwaltungsgerichtliche Aufhebungsklage beseitigt werden konnte. Zuvor waren im sog. »Bandsägenurteil«<sup>16</sup> für den Fall der Verletzung nachbarschützender Vorschriften auch die repressiven baupolizeilichen Befugnisse durch die Pflicht zur Berücksichtigung nachbarlicher Belange bei der Ermessensausübung instrumentalisiert worden.

Ein subjektives Recht als Grundlage der Gewährung von Nachbarschutz setzte nach der vom BVerwG vertretenen strengen Schutznormtheorie voraus, daß die inmitten stehende Norm einen bestimmten, abgrenzbaren und überschaubaren Personenkreis von Berechtigten klar erkennen läßt. Eine bereits seitens des Gesetzgebers vorgenommene personelle Eingrenzung hielt das Gericht aus Gründen des Vertrauensschutzes für den Bauherrn für erforderlich, da dieser ansonsten einer jahrelangen Ungewißheit über den Bestand der Genehmigung ausgesetzt sei<sup>17</sup>. Zwar verkannte der Senat nicht die prinzipiell fehlende Schutzwürdigkeit

12 PrOVG, Urteil vom 30. 4. 1877 – C 83/77 –, PrOVGE 2, 351 (354 f.); Urteil vom 11. 2. 1887 – Rep. II. A. 39/86 –, PrOVGE 14, 378 (381 ff.); Urteil vom 15. 10. 1900 – Rep. IV. C. 145/99 –, PrOVGE 38, 359; Urteil vom 17. 12. 1900 – Rep. IV. C. 118/00 –, PrOVGE 38, 376 (378 f.); Urteil vom 10. 5. 1912 – I. A. 159/11 –, PrOVGE 61, 175 (177 ff.); Urteil vom 15. 2. 1916 – IX. A. 41/15 –, PrOVGE 70, 377 (378 ff.); Urteil vom 26. 4. 1923 – I. A. 91/22 –, PrOVGE 78, 257 (260 f.); Entscheidung vom 20. 6. 1929 – IV. A. 1/29 –, RuPrVBl. 50 (1929), 796.

13 Zur Entwicklung: Laubinger (Fußn. 11), S. 34 ff.; Sellmann, Entwicklung und Problematik der öffentlich-rechtlichen Nachbarklage im Baurecht, DVBl. 1963, 273 (273 ff.); Prenz, Die historische Genese der öffentlich-rechtlichen Bau- und Gewerbenachbarklage, 1990, passim; Marburger, Ausbau des Individualschutzes gegen Umweltbelastungen als Aufgabe des bürgerlichen und öffentlichen Rechts, Gutachten C zum 56. DJT, 1986, S. 17 ff.; zur zivilrechtlichen Provenienz vgl. BVerwG, Beschluß vom 28. 8. 1987 – 4 N 3.86 –, BVerwGE 78, 85 (89): »Der Drittschutz im Baurecht wurzelt im nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnis«.

14 IV C 3.65 –, BVerwGE 22, 130 (131).

15 Bereits im Beschluß vom 25. 2. 1954 – I B 196.53 –, BVerwGE 1, 83, hatte das BVerwG die Zulässigkeit einer Anfechtungsklage gegen die dem Nachbarn erteilte Baugenehmigung problematisiert, sah sich aber mangels »dem Schutz der Interessen Dritter dienenden Zweckbestimmung« der Vorschriften über die Hofraumgrößen in der Münchner Bauordnung, die nur tatsächliche Nebenwirkungen äußerten, an einer Grundsatzentscheidung gehindert.

16 Urteil vom 18. 8. 1960 – I C 42.59 –, BVerwGE 11, 95 (97).

17 BVerwG, Urteil vom 28. 4. 1967 – IV C 10.65 –, BVerwGE 27, 29 (32 f.); vgl. auch BVerwG; Urteil vom 13. 6. 1969 – IV C 234.65 –, BVerwGE 32, 173 (175).

des Bauherrn im Falle einer rechtswidrigen Genehmigung, aber er löste das aus der mangelnden Präzision objektiver materiellrechtlicher Maßstäbe (hier: § 34 BBauG) resultierende Unschärfeproblem dadurch zugunsten des Bauherrn auf, daß er den Weg zu einer gerichtlichen Sachentscheidung versperrte.

Das Motiv, der Dispositionsschutz des Bauherrn, ist sachlich gerechtfertigt, denn mehrpolige Rechtsverhältnisse verschaffen, anders als die klassischen zweipoligen Beziehungen Staat – Individuum, nicht *mehr* individuelle Freiheit, sondern die zu verteilende »Baufreiheit« ist innerhalb des Mikrobereichs der Nachbarschaft eine nicht vermehrbare Nullsumme<sup>18</sup>. Allein der Prozeß stellt sich hier bereits als Belastung für den investitionswilligen Bauherrn dar, der wirtschaftlich die Verzögerungskosten einer präventiven Konstruktion wie der Kontrollerlaubnis trägt. Dieses Verteilungsproblem hätte aber schon damals angemessener gelöst werden können: verwaltungsverfahrensrechtlich über die Einbeziehung Dritter in das Baugenehmigungsverfahren zur Erzielung von Bestandskraft und prozeßrechtlich durch den vorläufigen Rechtsschutz angesichts der Rigidität des § 80 Abs. 1 VwGO<sup>19</sup>. Der berechtigte Dispositionsschutz des Bauherrn legitimierte nicht die weitreichende Versagung jeglichen verwaltungsgerichtlichen Nachbarschutzes.

## II. Präventiver Nachbarschutz<sup>20</sup>

### 1. Ausgangspunkt

Im Bauplanungsrecht führte die Anwendung der strengen Schutznormtheorie zu folgendem System des öffentlichen Nachbarrechts:

#### a) Nachbarschutz im Planbereich

Im Bereich des § 30 BBauG wurde in planerisch ausgewiesenen »besonders geschützten Gebieten« den darin rechtlich verbundenen Grundeigentümern ein

18 Vgl. *Blankenagel*, Klagefähige Rechtspositionen im Umweltrecht – Vom subjektiven Recht eines Individuums zum Recht eines individualisierten Subjekts, *Die Verwaltung* 26 (1993), 1 (8).

19 Vgl. dazu BVerwG, Beschluß vom 21. 10. 1968 – IV C 33.68 –, DVBl. 1969, 269 (270). Heute weht ein anderer Wind: Vgl. Art. 2 § 10 Abs. 2 WoBauErlG vom 17. 5. 1990, BGBl. I S. 926, geändert durch Art. 2 Nr. 2 lit. j bb des Investitionserleichterungs- und Wohnbaulandgesetzes vom 23. 4. 1993, BGBl. I S. 466, i. d. F. der Bekanntmachung der Neufassung des Maßnahmegesetzes zum Baugesetzbuch vom 28. 4. 1993, BGBl. I S. 622, abgelöst durch § 212a Abs. 1 BauGB 1998 (Art. 1 Nr. 82 des Gesetzes zur Änderung des Baugesetzbuchs und zur Neuregelung des Rechts der Raumordnung [Bau- und Raumordnungsgesetz 1998 – BauROG] vom 18. 8. 1997, BGBl. I S. 2081). Der generelle Entfall der aufschiebenden Wirkung von Rechtsbehelfen gegen bauaufsichtliche Zulassungsakte entstammt der Beschlußempfehlung des Bundestagsausschusses für Raumordnung, Bauwesen und Städtebau (18. Ausschuß), BT-Drucks. 13/7588, S. 49. Die Begründung (BT-Drucks. 13/7589, S. 30) stellt (angesichts des lex posterior-Grundsatzes erstaunlicherweise) auf § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 VwGO i. d. F. des 6. VwGO-ÄndG vom 1. 11. 1996, BGBl. I S. 1626, ab.

20 Überblick bei *Berger*, Grundfragen umweltrechtlicher Nachbarklagen, 1982, S. 94 ff.; zur praktischen Umsetzung: *Bender/Doble*, Nachbarschutz im Zivil- und Verwaltungsrecht, 1972, passim; *Mampel*, Nachbarschutz im öffentlichen Baurecht, 1994, passim.

Abwehrensanspruch gegen erhebliche Verletzungen des Gebietscharakters als Ausgleich für die planungsbedingten Nutzungsbeschränkungen – abhängig von der Erkennbarkeit aus der Norm – für möglich gehalten<sup>21</sup>. Diese strikt auf den konkreten, durch individuelle Auslegung zu ermittelnden Planinhalt abstellende Auffassung führte zu einer sehr restriktiven Zubilligung subjektiv-öffentlicher Rechte, da der Normgeber – Planungs- wie Gesetzgeber – sich nur in den seltensten Fällen Gedanken über eventuelle subjektivrechtliche Gehalte der geschaffenen Vorschrift macht und die herkömmlichen Auslegungsmethoden deshalb kaum weiterhelfen.

*Sendler* versuchte, durch eine generalisierende Analyse der gegenseitigen Interessenlagen von planbetroffenen Grundeigentümern den Ansatz des BVerwG dogmatisch zu untermauern und gleichzeitig durch Abhebung auf eine typisierende Betrachtungsebene auszuweiten. Der einzelne Eigentümer werde durch Gebietsfestsetzungen in der Variationsbreite potentieller Nutzungsvorstellungen beschränkt, erhalte dafür aber den Vorteil, sein eigenes Grundstück entsprechend dem Gebietscharakter nutzen zu dürfen. Immissionsempfindliche Wohnhäuser und emissionsintensive Betriebe seien über die jeweiligen Grundstücksgrenzen hinaus abhängig von benachbarten Nutzungen und dieser Konnex von Interdependenzen stelle ein planerisches Austauschverhältnis zwischen den Planbetroffenen her, das durch Ausbruch eines Bauherrn ohne Berechtigungszuwachs bei den übrigen gestört werden könne. Aus dieser Interessenlage sei gegenüber dem Plangeber bei der bauleitplanerischen Abwägung die Forderung abzuleiten, den Festsetzungen hinsichtlich der *Art* der baulichen Nutzung gegenüber der Zulassung gebietsfremder Nutzungsarten Nachbarschutz zu verleihen<sup>22</sup>. Bemerkenswert erscheint, daß *Sendler* bereits damals dieses subjektiv-öffentliche Recht konsequent nicht auf den unmittelbaren Nachbarn des störenden Vorhabens beschränkt hat<sup>23</sup>, so daß man statt »Nachbarschutz« in diesem Fall treffender von »planerischem Gebietsschutz« sprechen sollte. Während *Sendler* der Festlegung der offenen Bauweise ein auf die unmittelbaren Nachbarn beschränktes Austauschverhältnis entnahm und deshalb hier Nachbarschutz vollumfänglich gewährte, lehnte er dies typischerweise für Festsetzungen betreffend die überbaubare Grundstücksfläche und das Maß der baulichen Nutzung ab; bei letzteren hielt er allerdings in Fällen von Abweichungen außerordentlicher Größenordnung eine Gebietsbeeinträchtigung und damit einen Sprung von der Quantität zur Qualität für möglich, so daß insoweit partieller Nachbar- bzw. Gebietsschutz zu gewähren sei<sup>24</sup>.

*Sendlers* Ansatz einer Vermutungslösung für Festsetzungen der Nutzungsart schlug sich vor allem in der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte erster und

21 BVerwG, Urteil vom 28. 4. 1967 – IV C 10.65 –, BVerwGE 27, 29 (33); vgl. auch BVerwG, Urteil vom 13. 6. 1969 – IV C 234.65 –, BVerwGE 32, 173 (176 f.).

22 *Sendler*, Der Nachbarschutz im Städtebaurecht, *BauR* 1970, 4 (5 ff.).

23 AaO, S. 11.

24 AaO, S. 10.

zweiter Instanz nieder<sup>25</sup>, das BVerwG kam selbst für lange Zeit – angesichts seines beschränkten revisiblen Zugriffs nicht überraschend – kaum zu Wort, bestätigte aber seine bisherige Linie der kommunalen Dispositionsfreiheit zur Gewährung planerischer Abwehrrechte<sup>26</sup>. Die Vorschriften des § 31 Abs. 2 BBauG<sup>27</sup> und § 15 BauNVO<sup>28</sup> wurden von der Rechtsprechung nicht als drittbeschützend angesehen, da sie keinen abgrenzbaren Kreis Betroffener bezeichneten; insoweit sei auf die durch den Dispens bzw. die planerische Restriktion betroffene Vorschrift und deren nachbarschützenden Gehalt abzustellen, die auch den in § 31 Abs. 2 BBauG enthaltenen Begriff »nachbarlicher Interessen« inhaltlich bestimme.

#### b) Unbeplanter Innenbereich

§ 34 BBauG 1961 gewährleistete in der Judikatur des BVerwG wegen seiner »dehnbaren und nicht personenbezogenen Formulierung« (Unbedenklichkeit des Vorhabens nach der vorhandenen Bebauung) keine praktikable Abgrenzung eines berechtigten Personenkreises. Auf einen Nachbarschutz in Anlehnung an inhaltsgleiche Festsetzungen eines hypothetischen Bebauungsplanes ließ der Senat sich nicht ein, da einem Vergleich des Planersatztatbestandes mit einer konkreten örtlichen Planung die Basis fehle und ein Planungsverbund gerade nicht existiere<sup>29</sup>. Auch die Neuformulierung durch die BBauG-Novelle 1976 (Einfügen in die Eigenart der näheren Umgebung) brachte insoweit keine Änderung; der Senat konstatierte für die gegenteilige Auffassung einen Wertungswiderspruch, da dann der Planersatztatbestand in wesentlich größerem Umfang Nachbarschutz vermitteln würde als die konkret zu hinterfragenden Festsetzungen eines Bebauungsplanes<sup>30</sup>. Auch § 34 Abs. 3 BBauG, der Vorläufer des heute geltenden § 34 Abs. 2 BauGB, vermittelte mit den rezipierten Baugebietsvorschriften der BauNVO in der Rechtsprechung des BVerwG keinen Nachbarschutz<sup>31</sup>.

#### c) Außenbereich

Die einem Vorhaben potentiell entgegenstehenden öffentlichen Belange verloren diesen Charakter nach der Rechtsprechung des BVerwG auch dann nicht, wenn sie sich nicht auf den Schutz des Außenbereichs vor Zweckentfremdung bezogen,

25 Vgl. aber BVerwG, Urteil vom 11. 5. 1981 – 4 C 1.88 –, BVerwGE 82, 61 (75) zum Grundstücksbezug des bauplanungsrechtlichen Nachbarschutzes: »... Demgemäß beruht bauplanungsrechtlicher Nachbarschutz auf dem Gedanken des wechselseitigen Austauschverhältnisses; ...«.

26 Zur Festsetzung der Geschößzahl: BVerwG, Urteil vom 13. 3. 1981 – 4 C 1.78 –, DVBl. 1981, 928; zur Zwei-Wohnungs-Klausel nach § 4 Abs. 4 BauNVO 1962/1968/1977: BVerwG, Beschluß vom 9. 10. 1991 – 4 B 137.91 –, Buchholz 406.19 Nachbarschutz Nr. 104.

27 BVerwG, Urteil vom 4. 2. 1966 – 4 C 77.65 –, Buchholz 406.11 § 31 BBauG Nr. 3; Urteil vom 12. 1. 1968 – 4 C 10.66 –, Buchholz 406.11 § 31 BBauG Nr. 4.

28 BVerwG, Urteil vom 14. 12. 1973 – 4 C 71.71 –, DVBl. 1974, 358 (361) (insoweit in BVerwGE 44, 244 nicht abgedruckt).

29 BVerwG, Urteil vom 13. 6. 1969 – IV C 234.65 –, BVerwGE 32, 173 (176 f.).

30 BVerwG, Beschluß vom 13. 2. 1981 – 4 B 14.81 –, NJW 1981, 1973.

31 BVerwG, Urteil vom 18. 10. 1985 – 4 C 19.82, UPR 1986, 140 (141).

sondern z. B. der Rücksichtnahme gegenüber in der Nähe liegenden Baugebieten oder Bauwerken dienten. Der Senat verkannte hier nicht die gegenläufigen privaten Interessen, maß ihnen aber nur unselbständige dienende Funktion innerhalb des Begriffs der Vereinbarkeit mit öffentlichen Belangen zu<sup>32</sup>. Eine Ausnahme galt nur für einen bereits im Außenbereich ansässigen, eine privilegierte Nutzung ausübenden Grundeigentümer, dem § 35 Abs. 1 BBauG einen Anspruch auf Ausnützung des privilegierten Bestandes vermittelte. Er vermochte sich auf die ihn schützenden öffentlichen Belange zu berufen, deren Nichtbeachtung durch die Zulassung eines neuen Vorhabens – ungeachtet dessen evtl. Privilegierung – seine eigene Nutzung in Frage stellen oder gewichtig beeinträchtigen würde; es galt insoweit der Grundsatz der Priorität<sup>33</sup>.

#### d) Art. 14 GG

Daß es mit diesen nur sehr punktuellen Abwehrmöglichkeiten kein Bewenden haben konnte, lag auf der Hand. Deshalb wurde noch die Notbremse gegen »grobe Mißgriffe« der Genehmigungsbehörde installiert: Nachbarschutz qua Eigentumsverletzung unmittelbar aus Art. 14 GG. Auf der Folie der für die Abgrenzung zwischen Sozialbindung und Enteignung verwendeten Schweretheorie wurde eine Verletzung des durch die Situationsberechtigung geprägten Nachbarbegriffs durch eine objektiv rechtswidrige Baugenehmigung für möglich gehalten, wenn die Genehmigung bzw. ihre Ausnützung die vorgegebene Grundstückssituation nachhaltig verändere und dadurch den Nachbarn schwer und unerträglich treffe<sup>34</sup>.

Die ansonsten über die strenge Schutznormtheorie abstrakt-generell geforderte Individualisierung eines Kreises geschützter Dritter wurde hier konkret-individuell durch das letztlich faktische Kriterium der Betroffenheit bewirkt (». . . für einen kleinen übersehbaren Kreis von Klägern dann angreifbar, wenn sie . . .«). Gleichzeitig erfolgte die Bestimmung des Kreises der Abwehrberechtigten nicht mehr ex ante durch den Gesetzgeber, sondern erst ex post bei der Rechtsanwendung. Das starre System des öffentlichen Nachbarrechts bedurfte eines flexiblen Korrektivs für den Einzelfall, nur lag die Latte im Innenbereich bzw. für die nicht-privilegierten Nachbarn im Außenbereich sehr hoch und dieses Intensitätserfordernis war mit dem auch das Rechtsgefühl prägenden Zeitgeist des fortschreitenden Individualismus nicht länger zu vereinbaren.

Darüber hinaus traten Brüche im Rechtsschutz auf, wenn der Nachbar im Vertrauen auf ihn schützende Festsetzungen eines Bebauungsplans das Verwaltungsgericht anrief, dieses aber im Prozeß die Nichtigkeit des Plans feststellte, was bei der damals gehandhabten Kontrolldichte ohne Heilungsvorschriften nicht

32 BVerwG, Urteil vom 6. 12. 1967 – IV C 94.66 –, BVerwGE 28, 268 (275).

33 BVerwG, Urteil vom 21. 10. 1968 – IV C 13.68 –, DVBl. 1969, 263 (264); vgl. auch Urteil vom 16. 4. 1971 – IV C 66.67 –, DVBl. 1971, 746 (748).

34 BVerwG, Urteil vom 13. 6. 1969 – IV C 234.65 –, BVerwGE 32, 173 (178 f.); Urteil vom 14. 12. 1973 – IV C 71.71 –, DVBl. 1974, 358 ff. Vgl. auch BVerwG, Urteil vom 26. 3. 1976 – IV C 7.74 –, BVerwGE 50, 282 (286 f.).

gerade selten vorkam. Prüfungsmaßstab war dann zumeist § 34 BBauG und jetzt schützte den Kläger nur noch das Feigenblatt des Art. 14 GG – ein unbefriedigendes Ergebnis<sup>35</sup>.

## 2. Die Wende: Das Gebot der Rücksichtnahme

Dieser vom Gesetzgeber nicht *expressis verbis* benannte öffentliche Belang, den die Rechtsprechung schon länger in dem nicht als abschließend verstandenen Katalog des § 35 Abs. 3 BBauG – unter ausdrücklicher Aberkennung eines damit korrespondierenden Abwehrrechts – verortet hatte<sup>36</sup>, wurde in der Leitentscheidung des BVerwG vom 25. 2. 1977<sup>37</sup> partiell subjektivrechtlich aufgeladen<sup>38</sup>. Der Fall ließ nach dem bisherigen Raster keinen Nachbarschutz zu, da die im Außenbereich ohne Privilegierung wohnenden Kläger die Genehmigung eines privilegiert zulässigen, in 25 m Entfernung von ihren Wohnhäusern errichteten Schweinemaststalles für 300–350 Schweine angriffen und das Berufungsgericht Nachbarschutz aus Art. 14 GG verneint hatte.

Objektivrechtlich wurde das Rücksichtnahmegebot durch eine sehr allgemein gehaltene »Je – um so«-Formel im Sinne einer Einzelfallabwägung gesteuert, die die Maßstäbe der Empfindlichkeit und Schutzwürdigkeit auf der Seite des Nachbarn denen der Interessenberechtigung und evtl. Privilegierung auf der Seite des Bauherrn gegenüberstellte<sup>39</sup>.

Trotz des auf die Interessen anderer abstellenden Gehaltes wurde das Gebot der Rücksichtnahme unter der strengen Schutznormtheorie nicht *a priori* als drittsschützend angesehen, weil das Individualisierungsproblem sich nach wie vor stellte<sup>40</sup>. Der Kunstgriff bestand, wie beim Nachbarschutz aus Art. 14 GG – allerdings auf einer anderen Intensitätsschwelle – vorerzählt, in der Individualisierung erst bei Normanwendung durch Abstellen auf das »Hinzutreten besonderer . . . qualifizierender und damit zugleich individualisierender Umstände . . .«<sup>41</sup>. Die methodische Parallele zur Nachbarklage aus Art. 14 GG wurde ausdrücklich aufgegriffen, aber während dort die Eingriffsintensität als Individualisierungsmoment wirkte, sollte es jetzt die tatsächliche räumliche Konstellation sein, da die Kläger » . . . nach Lage der Dinge als praktisch einzig Betroffene mit ihren Bauwerken sozusagen vor der Tür des Genehmigungsempfängers liegen und deshalb für diesen nicht ernstlich zweifelhaft sein kann, auf wen er (objektivrechtlich)

35 *Schlichter*, Das baurechtliche Gebot der Rücksichtnahme (II), DVBl. 1984, 875 (877); *Dürr*, Das Gebot der Rücksichtnahme – eine Generalklausel des Nachbarschutzes im öffentlichen Baurecht, NVwZ 1985, 719 (720); *Schlichter/Roeser*, in: Berliner Kommentar zum Baugesetzbuch, 2. Auflage 1995, Vorbemerkung zu den §§ 29–38, Rdnr. 27; *Mampel* (Fußn. 20), Rdnrn. 759, 1071.

36 Vgl. BVerwG, Urteil vom 6. 12. 1967 – IV C 94.66 –, BVerwGE 28, 268 (274 f.).

37 IV C 22.75 –, BVerwGE 52, 122. Vgl. aus neuerer Zeit: BVerwG, Beschluß vom 3. 4. 1995 – 4 B 47.95 –, Buchholz 406.19 Nachbarschutz Nr. 126.

38 Wegbereitend: *Weyreuther*, Das bebauungsrechtliche Gebot der Rücksichtnahme und seine Bedeutung für den Nachbarschutz, BauR 1975, 1 (7 ff.).

39 Vgl. BVerwG, Urteil vom 25. 2. 1977 – IV C 22.75 –, BVerwGE 52, 122 (126).

40 BVerwG, aaO, S. 128 f.

41 BVerwG, aaO, S. 129 f.

Rücksicht zu nehmen hat«<sup>42</sup>. Später wurde oft mißverstanden, daß die Frage des Drittschutzes als zweiter Prüfungsschritt keine höhere graduelle Beeinträchtigungintensität gegenüber dem objektiven Rücksichtnahmegebot erfordert<sup>43</sup>, sondern ihr angesichts des Zwecks der strengen Schutznormtheorie, aus der Perspektive des Bauherrn die Erkennbarkeit des Kreises Drittberechtigter zu gewährleisten, eine ganz andere Blickrichtung immanent ist. Damit war ein neues, dem einfachen Bundesrecht angehörendes subjektiv-öffentliches Recht aus der Wurzel eines grundsätzlich objektivrechtlichen Belangs kreiert worden, auf das der Senat den Ansatz des Nachbarschutzes aus § 35 Abs. 1 BBauG im Sinne einer dogmatischen Harmonisierung seiner Judikatur zurückführte. Neben die dort geforderte normative stellte er jetzt auch die faktische Individualisierbarkeit.

Das Gebot der Rücksichtnahme mit potentiellem Drittschutz entfaltete ein ungeahntes Eigenleben, indem es sich von § 35 BBauG emanzipierte und auf § 34 Abs. 1 BBauG übersprang<sup>44</sup>. Hier wurde es im Begriff des »Einfügens« verankert<sup>45</sup> und für den Fall gebietsübergreifenden Nachbarschutzes (Bauvorhaben im

42 BVerwG, aaO, S. 131.

43 So ausdrücklich BVerwG, aaO, S. 131.

44 BVerwG, Beschluß vom 31. 10. 1977 – IV B 185.77 –, Buchholz 406.19 Nr. 33 (nur LS). Trotz der Verselbständigung durch Abkoppelung vom Begriff der in § 35 Abs. 3 BBauG enthaltenen öffentlichen Belange hatte der Beschwerdeführer mit der Grundsatzrüge keinen Erfolg: »Daß das, was der Senat . . . für den Außenbereich entschieden hat, im Grundsatz auch für den Innenbereich gelten kann, liegt auf der Hand und bedarf nicht erst der Klärung in einem Revisionsverfahren.« Vgl. auch Beschluß vom 13. 2. 1981 – 4 B 14.81 –, NJW 1981, 1973.

45 BVerwG, Urteil vom 13. 3. 1981 – 4 C 1.78 –, DVBl. 1981, 928 (929) = DÖV 1981, 672 (673 f.); Urteil vom 23. 5. 1986 – 4 C 34.85 –, NVwZ 1987, 128 (129); Beschluß vom 19. 10. 1995 – 4 B 215.95 –, UPR 1996, 73; Beschluß vom 6. 12. 1996 – 4 B 215.96 –, Buchholz 406.19 Nachbarschutz Nr. 140 S. 49 (50). Typische Sentenz im Beschluß vom 5. 11. 1997 – 4 B 192.97 –:

»In der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist geklärt, daß § 34 Abs. 1 BauGB nachbarschützende Wirkung entfaltet, sofern das im Tatbestandsmerkmal des Einfügens verankerte Rücksichtnahmegebot verletzt ist (vgl. Urteile vom 13. März 1981 – 4 C 1.78 – Buchholz 406.19 Nachbarschutz Nr. 44 und vom 23. Mai 1986 – 4 C 34.85 – Buchholz 406.11 § 34 BauGB Nr. 114). Für eine solche Verletzung reicht es indes nicht aus, daß ein Vorhaben sich nicht in jeder Hinsicht innerhalb des Rahmens hält, der durch die Bebauung der Umgebung gebildet wird (vgl. Urteil vom 26. Mai 1978 – 4 C 9.77 – BVerwGE 55, 369). Hinzu kommen muß objektivrechtlich, daß es im Verhältnis zu seiner Umgebung bewältigungsbedürftige Spannungen erzeugt, die potentiell ein Planungsbedürfnis nach sich ziehen, und subjektivrechtlich, daß es die gebotene Rücksichtnahme speziell auf die in seiner unmittelbaren Nähe vorhandene Bebauung vermissen läßt. Nach diesen Grundsätzen ist auch zu beurteilen, ob sich ein Vorhaben nach dem Maß der baulichen Nutzung in die Eigenart der näheren Umgebung einfügt.

Welche Anforderungen das Gebot der Rücksichtnahme im einzelnen begründet, hängt wesentlich von den jeweiligen Umständen ab. Abzustellen ist darauf, was einerseits dem Rücksichtnahmebegünstigten und andererseits dem Rücksichtnahmepflichtigen nach Lage der Dinge zuzumuten ist (vgl. Urteil vom 25. Februar 1977 – 4 C 22.75 – BVerwGE 52, 122; Beschluß vom 6. Dezember 1996 – 4 B 215.96 – Buchholz 406.19 Nachbarschutz Nr. 140 m. w. N.). Bei der Interessengewichtung können je nach den konkreten Umständen zugunsten des Nachbarn Gesichtspunkte einer ausreichenden Belichtung, Besonnung und Luftzufuhr sowie sonstige reale Beeinträchtigungen wie eine erdrückende Wirkung des umstrittenen Bauvorhabens eine maßgebende Rolle spielen. Ein darüber hinausgehender, von einer realen Beeinträchtigung unabhängiger Anspruch des Nachbarn auf Einhaltung des die Eigenart der

Innenbereich und Nachbar im Außenbereich) im Bereich der – allerdings mit dem Baugesetzbuch in § 34 BauGB entfallenen – öffentlichen Belange verortet<sup>46</sup>. Über die Ausnahmeregelung des § 31 Abs. 1 BBauG im Falle der Abweichung von nicht nachbarschützenden Festsetzungen eines Bebauungsplanes ging sein Siegeszug weiter zu § 15 BauNVO<sup>47</sup> in direkter wie analoger Anwendung<sup>48</sup>, um schließlich auch zum Befreiungstatbestand des § 31 Abs. 2 BauGB durchzudringen<sup>49</sup>.

Die Eigendynamik dieses neuen Topos war in der Rechtsprechung der Instanzgerichte überhaupt nicht überschätzbar. Zwar wies das BVerwG wiederholt auf die Gesetzesgebundenheit des Gebots der Rücksichtnahme hin<sup>50</sup>, setzte aber selbst im Hinblick auf subsumtive Filigranarbeit z. B. im Kölner Hochhausfall<sup>51</sup> nicht gerade Maßstäbe, wenn die gesetzlichen Parameter des Einfügens in § 34 Abs. 1 BBauG nicht detailliert geprüft wurden, sondern das Rücksichtnahmegebot als soft law eine präzise Subsumtion geradezu konterkarierte. So verwundert es nicht, daß praeterlegale Maßstäbe wie die »erdrückende Wirkung« in der Instanzrechtsprechung ein Eigenleben entfalteten, bis der Senat wieder zur Engführung am Gesetzeswortlaut zurückfand<sup>52</sup>. Auch wenn betont wurde, daß nicht jede Norm des materiellen öffentlichen Baurechts potentiell nachbarschützend sei<sup>53</sup>, wirkte das BVerwG mit derartigen Rufen wie der Zauberlehrling, dem die Dinge aus den Händen geglitten sind. Parallelen zum »Gebot der Konfliktbewältigung«<sup>54</sup> drängen sich geradezu auf.

näheren Umgebung prägenden Maßes der baulichen Nutzung kann § 34 Abs. 1 Satz 1 BauGB dagegen nicht entnommen werden. Es verletzt weder Art. 3 Abs. 1 noch Art. 14 Abs. 1 GG, dem Nachbarn ein Abwehrrecht vorzuenthalten, wenn ein Bauvorhaben im unbeplanten Innenbereich zwar im Hinblick auf die überbaubare Grundstücksfläche und das Maß der baulichen Nutzung den Rahmen überschreitet, der durch die Umgebungsbebauung gebildet wird, gleichwohl aber den Anforderungen gerecht wird, die sich aus dem Rücksichtnahmegebot in § 34 Abs. 1 Satz 1 BauGB ergeben (vgl. Senatsbeschuß vom 19. 10. 1995 – 4 B 215.95 – Buchholz 406.19 Nachbarschutz Nr. 131).«

46 BVerwG, Urteil vom 10. 10. 1982 – 4 C 28.81 –, DVBl. 1983, 349 (350).

47 BVerwG, Urteil vom 10. 10. 1982 – 4 C 49.79 –, NJW 1983, 1574; Urteil vom 5. 8. 1983 – 4 C 96.79 –, BVerwGE 67, 334 (337 ff.), unter Modifikation seiner früheren Rechtsprechung (vgl. oben Fußn. 28). Zu den Verschiebungen in der dogmatischen Konstruktion durch das letztgenannte Urteil: *Schmidt-Preuß*, Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht, 1992, S. 90 f.

48 BVerwG, Urteil vom 6. 10. 1989 – 4 C 14.87 –, BVerwGE 82, 343 (345 f.) = DVBl. 1990, 364 (365 f.).

49 BVerwG, Urteil vom 19. 9. 1986 – 4 C 8.84 –, DVBl. 1987, 476 (477 f.), unter Aufgabe der früheren Rechtsprechung (vgl. oben Fußn. 27).

50 So z. B. im Urteil vom 19. 9. 1986 – 4 C 8.84 –, DVBl. 1987, 476 (477).

51 BVerwG, Urteil vom 13. 3. 1981 – 4 C 1.78 –, DVBl. 1981, 928 (929 f.).

52 BVerwG, Urteil vom 23. 5. 1986 – 4 C 34.85 –, NVwZ 1987, 128 (129). Vgl. auch Urteil vom 26. 9. 1991 – 4 C 5.87 –, DVBl. 1992, 564 (567).

53 BVerwG, Beschluß vom 16. 8. 1983 – 4 B 94.83 –, NVwZ 1984, 38, gegen OVG Münster, Urteil vom 10. 9. 1982 – 10 A 2296/79 –, NVwZ 1983, 414.

54 Dazu treffend *Sendler*, Zum Schlagwort von der Konfliktbewältigung im Planungsrecht, WiVerw. 1985, 211.

### 3. Bewertung

#### a) Rücksichtnahmegebot

##### aa) Dogmatische Defizite

Die Rechtsprechung zum Gebot der Rücksichtnahme ist in der Literatur weniger wegen ihrer Ergebnisse, als wegen dogmatischer Defizite auf Kritik gestoßen<sup>55</sup>. Neben dem nicht ganz zu Unrecht gegenüber dem BVerwG erhobenen Vorwurf mangelnder gesetzlicher Anbindung wurde die fatale Offenheit dieses Topos kritisiert, der keine Vorhersehbarkeit unter dem rechtsstaatlichen Aspekt der Rechtssicherheit gewährleiste, sondern schwankende Kasuistik produziere<sup>56</sup>. Der Kernpunkt der Kritik betrifft den rein in der Faktizität wurzelnden Umschlag der objektivrechtlichen Rücksichtnahmepflicht in ein subjektives Recht: »Wenn das Gebot der Rücksichtnahme . . . an sich keinen nachbarschützenden Charakter hat, kann ein subjektives Abwehrrecht nicht im konkreten Einzelfall aus der faktischen, vor der Enteignungsschwelle liegenden Betroffenheit des Nachbarn erwachsen.«<sup>57</sup> Factum non facit ius.

Aber was hatte die Literatur anzubieten? Abgesehen von Extremauffassungen, die das subjektiv-öffentliche Recht gesetzessunabhängig ausgestalten wollten<sup>58</sup>, forderten insbesondere *Breuer* und *Wahl*, die von der Rechtsprechung vinkulierten Fragen nach der legislatorisch vorgezeichneten objektiven Nachbarrelevanz einer Vorschrift und der erst der Rechtsanwendung vorbehaltenen Bestimmung der Größe des betroffenen Personenkreises voneinander zu trennen. Während Differenzierungskriterium für den ersten Schritt der Regelungsgegenstand der Norm sein soll, indem abstrakt gefragt wird, ob der nachbarliche Interessenkonflikt durch die Ausgleichsmodi der Zuordnung, Verträglichkeit und Abstimmung gesteuert wird, setze die Zubilligung eines Abwehrenspruchs eine erst in der Anwendungssituation feststellbare konkrete Beeinträchtigung des Nachbarn voraus<sup>59</sup>.

55 *Blankenagel* (Fußn. 18), S. 6 f., 16, kritisiert bereits die zugrundeliegende Prämisse, daß die für bipolare Staat-Bürger-Verhältnisse konzipierte »klassische« Schutznormdoktrin ungeprüft auf Dreieckskonstellationen übertragen wurde. Zur Schutznormtheorie: *Bauer*, Altes und Neues zur Schutznormtheorie, AÖR 113 (1988), 582.

56 *Breuer*, Das baurechtliche Gebot der Rücksichtnahme – ein Irrgarten des Richterrechts, DVBl. 1982, 1065 (1070 f.); *ders.*, Baurechtlicher Nachbarschutz, DVBl. 1983, 431 (432); *Schenke*, Baurechtlicher Nachbarschutz, NuR 1983, 81; *Wahl*, Der Nachbarschutz im Baurecht, JuS 1984, 577 (585); kritisch gegenüber der auch heute noch tatbestandsübergreifenden Handhabung des Rücksichtnahmegebotes: *Schmidt-Preuß* (Fußn. 47), S. 47 f., 225. Die ketzerische Bemerkung von *Bauer* (Fußn. 55), S. 607, daß die Elastizität des Schutznormdenkens und die relative Offenheit der damit begründeten Ergebnisse die Schwäche und zugleich die Stärke der Schutznormtheorie sei, trifft für deren Bastard, das Gebot der Rücksichtnahme, nicht minder zu.

57 So pointiert *Breuer*, Das baurechtliche Gebot der Rücksichtnahme – ein Irrgarten des Richterrechts, DVBl. 1982, 1065 (1072).

58 Für eine faktische Orientierung: *Henke*, Das subjektive öffentliche Recht, 1968, S. 57 ff., 86 ff.; *Bartlsperger* (Fußn. 10), S. 47 ff. Nicht faktisch, sondern rein verfassungsrechtlich orientiert argumentiert *Zuleeg*, Hat das subjektive öffentliche Recht noch eine Daseinsberechtigung?, DVBl. 1976, 509 (514).

59 *Breuer*, Baurechtlicher Nachbarschutz, DVBl. 1983, 431 (437); *Wahl* (Fußn. 56), S. 585 f.

Mit dem zu § 31 Abs. 2 BBauG ergangenen Urteil vom 19. 9. 1986<sup>60</sup> hat das BVerwG dieser Kritik insoweit Rechnung getragen, als die strenge Schutznormtheorie aufgegeben und auf die Benennung eines bereits vom Gesetzgeber fest abgrenzbaren Kreises von Betroffenen verzichtet wurde. Von Bedeutung ist jetzt nur noch, »daß sich aus individualisierenden Tatbestandsmerkmalen der Norm ein Personenkreis entnehmen läßt, der sich von der Allgemeinheit unterscheidet<sup>61</sup>«. Damit erfolgte eine Annäherung an die Rechtsprechung des 7. Senats zum Nachbarschutz im Immissionschutzrecht<sup>62</sup>. Dort wird die räumliche Eingrenzung der Nachbarschaft bei Vorliegen einer abstrakt nachbarschützenden Norm in der Rechtsanwendung für jeden Einzelfall anhand des Einwirkungsgebietes der Anlage vorgenommen<sup>63</sup>. Der 4. Senat hob ausdrücklich hervor, daß eine eindeutige räumliche Abgrenzung durch den Gesetzgeber gerade bei Immissionsbelastungen nicht normierbar sei<sup>64</sup>. Für den zweiten Prüfungsschritt, der einzelfallbezogenen Individualisierung in der Phase der Normanwendung, hatte die Rechtswissenschaft im Baurecht keine prägnanten Kriterien für die Ausfüllung des Postulats der »konkreten Nachbarbeeinträchtigung« benennen können, so daß das BVerwG die Rechtsverletzung des Nachbarn durch eine rechtswidrige Befreiung (von einer nicht nachbarschützenden Vorschrift) an die bereits bekannten Rücksichtnahmekriterien anband.

Damit war zwar ein gewisser dogmatischer Fortschritt zu verzeichnen, aber über den grundsätzlichen Kurzschluß der Erzeugung subjektiver Rechte durch Faktizität war man nicht hinweggekommen. Zwar kann man die Problemstellung vom Topos des Rücksichtnahmegebotes abkoppeln, indem man sich vergegenwärtigt, daß neben den abstrakt und vollumfänglich nachbarschützenden auch partiell nachbarschützende Normen existieren<sup>65</sup>, aber die Fragestellung hat sich damit nur verschoben: Welche *normativen* Maßstäbe gibt es bei einer partiell nachbarschützenden Vorschrift für den Quantensprung vom objektiven zum subjektiven Recht?

Mangels ersichtlicher Patentlösung wäre zu diskutieren, ob gewisse normative Anhaltspunkte nicht durch eine vergleichende Betrachtung mit einer hypothetischen Bauleitplanung gewonnen werden könnten: Wenn sich z. B. ein Vorhaben wegen Überschreitung des in der Umgebung vorgefundenen Maßes der baulichen Nutzung nicht i. S. des § 34 Abs. 1 BauGB einfügt, die erteilte Baugenehmigung demzufolge objektiv rechtswidrig ist, könnte man dann zur Beantwortung der Frage nach der subjektiven Rechtsverletzung nicht darauf abstellen, ob ein ent-

60 4 C 8.84 –, DVBl. 1987, 476 (477).

61 BVerwG, aaO.

62 Auf diese unterschiedlichen Ansätze hatte bereits *Dürr* (Fußn. 35), S. 721, aufmerksam gemacht.

63 BVerwG, Urteil vom 22. 10. 1982 – 7 C 50.78 –, NJW 1983, 1507 (1508); vgl. auch Urteil vom 17. 2. 1978 – 1 C 102.76 –, BVerwGE 55, 250 (267 f.); OVG Lüneburg, Urteil vom 8. 9. 1980 – 7 A 42/78 –, GewArch. 1981, 341.

64 AaO (Fußn. 60), S. 477.

65 Zur Terminologie *Wahl* (Fußn. 56), S. 584; *Alexy*, Das Gebot der Rücksichtnahme im baurechtlichen Nachbarschutz, DÖV 1984, 953 (962); *Mampel* (Fußn. 20), Rdnrn. 236 ff.; *Schmidt-Preuß* (Fußn. 47), S. 180 ff. m. w. N.

sprechender Bebauungsplan im Abwägungsergebnis infolge der Fehlgewichtung der Belange des Nachbarn (zwingend) zu einem Abwägungsfehler führen würde<sup>66</sup>? Die Unzulänglichkeiten dieses Hilfsmaßstabes und die Weite des erforderlichen Analogieschlusses sollen gar nicht geleugnet werden, aber immerhin skizziert das Abwägungsgebot eine durch den Gesetzgeber im Wege des Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG konkretisierte Abwehrposition und im Planfeststellungsrecht hat das BVerwG entschieden, daß das Abwägungsgebot dem Nachbarn hinsichtlich seiner Belange ein subjektiv-öffentliches Recht einräumt<sup>67</sup>. Die Frage nach dem subjektivrechtlichen Gehalt des § 1 Abs. 6 BauGB war für das Bauplanungsrecht wegen der bisher über § 42 Abs. 2 VwGO hinausgehenden Antragsbefugnis des § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO irrelevant<sup>68</sup>, ist aber wegen des verallgemeinerungsfähigen Charakters der Abwägung als Rechtsetzungsmodell im Planfeststellungsrecht wie im Baurecht jedenfalls dann zu bejahen, wenn der Betroffene sich auf eine Rechtsposition wie das Grundeigentum zu berufen vermag. Deshalb kann der Nachbar ein Abwehrrecht im Falle einer grob disproportionalen oder seine Belange fehlgleichend nutzungsentscheidend durch Bebauungsplan aktivieren. Wenn also über das Instrument des Bebauungsplanes ein derartiges Vorhaben wegen der Belange des Nachbarn von diesem abwehrbar wäre, da es gegen die Anforderungen des Abwägungsgebotes an ein gerechtes Abwägungsergebnis verstieße, könnte dann diese hypothetische Betrachtung nicht auch für die Extraktion subjektivrechtlicher Gehalte der nur partiell nachbarschützenden Planersatztatbestände fruchtbar gemacht werden?

#### bb) Bedürfnis für ein drittschützendes Rücksichtnahmegebot?

Die dogmatischen Fragen verlieren an Bedeutung, wenn man sich vergegenwärtigt, daß es eines Rückgriffs auf das Gebot der Rücksichtnahme zur Gewährung von Nachbarschutz in den meisten der bisher diskutierten Fälle überhaupt nicht

66 Nota bene: Hier wird nicht eine unmittelbare Anwendung des § 1 Abs. 6 BauGB als Quelle subjektiver Rechte für den Fall postuliert, daß die Gemeinde gegen ihre objektive Planungspflicht aus § 1 Abs. 3 BauGB verstößt: Vgl. dazu BVerwG, Beschluß vom 3. 8. 1982 – 4 B 145.82 –, NVwZ 1983, 92 f.; Beschluß vom 24. 4. 1997 – 4 B 65.97 –, UPR 1997, 462.

67 BVerwG, Urteil vom 14. 2. 1975 – IV C 21.74 –, BVerwGE 48, 56 (66). Vgl. dazu *Schmidt-Preuß* (Fußn. 47), S. 188, 322 ff.

68 Mit der Neufassung des § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO durch Art. 1 Nr. 2a des 6. VwGO-Änderungsgesetzes vom 1. 11. 1996, BGBl. I S. 1626 hat der Gesetzgeber die Antragsbefugnis an § 42 Abs. 2 VwGO sprachlich angebunden; was sich dadurch für die Antragsbefugnis bei der Normenkontrolle von Bebauungsplänen geändert hat, ist umstritten: Vgl. dazu *Dürr*, Die Entwicklung der Rechtsprechung zur Antragsbefugnis bei der Normenkontrolle von Bebauungsplänen, NVwZ 1996, 105 (109); *Redeker*, Neue Experimente mit der VwGO?, NVwZ 1996, 521; *Lotz*, Sechstes Gesetz zur Änderung der Verwaltungsgerichtsordnung – Intentionen des Gesetzgebers und Fragen der Praxis, BayVBl. 1997, 257 (257 f.); *Numberger/Schönfeld*, Neuregelungen in der VwGO, UPR 1997, 89 (89 f.); *Hüttenbrink*, Das Recht auf fehlerfreie Abwägung als subjektiv-öffentliches Recht i. S. der Antragsbefugnis gemäß § 47 Abs. 2 VwGO n. F., DVBl. 1997, 1253; *Gerhardt*, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO-Kommentar, § 47 Rdnrn. 39 ff. Das BVerwG hat zu erkennen gegeben, daß planbetroffene Grundeigentümer auch nach § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO n. F. stets als antragsbefugt anzusehen sind: BVerwG, Beschluß vom 7. 7. 1997 – 4 BN 11.97 –, ZfBR 1997, 314.

bedarf. Die Immissionsproblematik, die Anlaß zur Leitentscheidung im Schweinemästereifall gab, läßt sich immissionsrechtlich über den im Baugenehmigungsverfahren anzuwendenden § 22 BImSchG<sup>69</sup> bzw. im immissionsrechtlichen Genehmigungsverfahren<sup>70</sup> über § 5 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG lösen. Eine spezielle Verbindung zwischen Bau- und Immissionschutzrecht bildet § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 BauGB, der den Begriff der schädlichen Umwelteinwirkung im Baurecht rezipiert. Diese im Rahmen der BBauG-Novelle 1976 geschaffene Brückenvorschrift<sup>71</sup> stand bereits im Zeitpunkt der Leitentscheidung zum Rücksichtnahmegebot am 25. 2. 1977 zur Verfügung und wurde vom BVerwG auch objektivrechtlich als Maßstabnorm herangezogen<sup>72</sup>; indes hatte sich der Senat die subjektivrechtliche Aktivierung angesichts der in § 3 Abs. 1 BImSchG genannten »Nachbarschaft« durch die damals noch geltende strenge Schutznormdoktrin verbaut.

Heute ist die Identität der materiellrechtlichen Maßstäbe von Bau- und Immissionschutzrecht angesichts der situativen Offenheit des immissionsrechtlichen Erheblichkeitsbegriffes eine Selbstverständlichkeit<sup>73</sup> und der nachbarschützende Charakter des § 5 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG ist ebenfalls anerkannt<sup>74</sup>. Damit erübrigt sich aber eine Heranziehung des Gebots der Rücksichtnahme für die Bestimmung subjektiver Rechte bei im Anwendungsbereich des BImSchG liegenden Fällen<sup>75</sup>, aber die Frage nach der Subjektivierungsschwelle partiell drittschützender Normen bleibt z. B. für das Maß der baulichen Nutzung von Bedeutung.

## b) Die Bedeutung des Art. 14 GG für den Nachbarschutz

### aa) Nachbarschutz unmittelbar aus Art. 14 GG

Diese Rechtsfigur mit Auffangfunktion für »grobe Mißgriffe«<sup>76</sup> war jedenfalls für die Fälle der nicht unmittelbaren Inanspruchnahme des Nachbargrundstücks<sup>77</sup>

69 BVerwG, Urteil vom 3. 4. 1987 – 4 C 41.84 –, DVBl. 1987, 903.

70 § 4 Abs. 1 Satz 3 BImSchG i. V. mit § 1 Abs. 1 Satz 1, Anhang 7.1 der 4. BImSchV.

71 Vgl. den Gesetzentwurf der Bundesregierung BT-Drucks. 7/2496 Art. 1 Nr. 29 lit b [... schädliche Umwelteinwirkungen hervorrufen kann ...] (S. 12) und die Begründung (S. 49). Der Bundesrat erweiterte in seiner Stellungnahme die vorgeschlagene Formulierung auf störungspräventive Konfliktsituationen der heranrückenden Wohnbebauung [... oder ihnen ausgesetzt wird ...] (Nr. 53, S. 75); die Bundesregierung erhob in ihrer Gegenäußerung keine Einwände (sub A. Nr. 53, S. 83). Im weiteren Gesetzgebungsverfahren blieb der Text unverändert.

72 BVerwG, Urteil vom 25. 2. 1977 – IV C 22.75 –, BVerwGE 52, 122 (126).

73 Kraft, Immissionschutz und Bauleitplanung, 1988, S. 82; BVerwG, Urteil vom 14. 4. 1989 – 4 C 52.87 –, DVBl. 1989, 1050 = NVwZ 1990, 257, zur gemeindlichen Steuerung des Erheblichkeitsbegriffes durch die Bauleitplanung; zur Maßstabkongruenz des Bebauungs- mit dem Immissionschutzrecht: Beschluß vom 6. 8. 1982 – 7 B 67.82 –, NVwZ 1983, 155 = DÖV 1982, 906; Urteil vom 30. 9. 1983 – 4 C 74.78 –, BVerwGE 68, 58 (59 f.); Urteil vom 4. 7. 1986 – 4 C 31.84 –, BVerwGE 74, 315 (326); Urteil vom 24. 9. 1992 – 7 C 7.92 –, DVBl. 1993, 111 (113).

74 So ausdrücklich BVerwG, Urteil vom 30. 9. 1983 – 4 C 74.78 –, BVerwGE 68, 58 (59).

75 Schenke (Fußn. 56), S. 89 ff.

76 Vgl. oben bei Fußn. 34.

seit der Kreation des drittschützenden Rücksichtnahmegebotes überflüssig geworden, denn der Sinn dieses einfachgesetzlichen Abwehrrechts war ja gerade die Absenkung der intensitätsmäßigen Abwehrschwelle auf die Maßstäbe des einfachen Rechts<sup>78</sup>. Zudem war für eine Konstruktion, die noch den Geist des gleitenden Übergangs von Sozialbindung zu Enteignung atmete, spätestens seit der Naßauskiesungsentscheidung<sup>79</sup> kein Platz mehr<sup>80</sup>, und immer stärker setzt sich die Erkenntnis durch, daß die Zubilligung unmittelbar verfassungsrechtlicher Abwehrensprüche durch die Gerichte den Ausgestaltungsvorbehalt des Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG aushebelt<sup>81</sup>. Nachdem die Vorschriften des öffentlichen Baurechts auch in den nachbarrelevanten Bereichen Inhalts- und Schrankenbestimmungen i. S. des Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG sind, tritt an dieser Stelle ein Kompetenzproblem zutage: Die Judikative droht in den durch die Verfassung ausdrücklich dem Gesetzgeber zugewiesenen Regelungsauftrag einzubrechen und steht damit in der Gefahr, den legislatorischen Gestaltungsspielraum als Ausfluß der unmittelbaren demokratischen Legitimation des Gesetzgebers zu usurpieren. Das Eigentumsgrundrecht verliert deshalb keineswegs seine Bedeutung auch gegenüber Verwaltung und Gerichten, aber in der Diktion von *Schmidt-Preuß* hat der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung eine Konfliktschlichtungsprärogative<sup>82</sup>.

Der Gesetzgeber ist bei der Wahrnehmung seines Gestaltungsauftrags nicht völlig frei, sondern er hat zwischen den verfassungsimmanenten Polen der Institutsgarantie (Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG) und dem Sozialgebot (Art. 14 Abs. 2 GG) eine Eigentumsordnung zu schaffen, die den Interessen des Individuums und der Allgemeinheit gerecht wird<sup>83</sup>. Dazu sind die schutzwürdigen Interessen aller Beteiligten in einen gerechten Ausgleich und in ein ausgewogenes Verhältnis zu bringen; eine einseitige Bevorzugung oder Benachteiligung steht mit der verfassungsrechtlichen Idee eines sozialgebundenen Privateigentums nicht in Einklang<sup>84</sup>. Zu dem legislatorischen Gestaltungsauftrag gehört deshalb auch der Ausgleich der gegenläufigen Privatinteressen. Teil dieser Ausgestaltung ist neben

77 BVerwG, Urteil vom 26. 3. 1976 – 4 C 7.74 –, BVerwGE 50, 282 (Notwegrecht). Die in diesem Zusammenhang immer wieder genannten Entscheidungen BVerwG, Urteil vom 2. 11. 1973 – 4 C 36.72 –, DVBl. 1974, 239 (Gemeindliche Kläranlage); Urteil vom 14. 12. 1973 – 4 C 50.71 –, BVerwGE 44, 235 (Grundstücksversumpfung), betreffen öffentlich-rechtliche Unterlassungs- oder Folgenbeseitigungsansprüche im bipolaren Verhältnis und sind für die hier zu diskutierende Problemstellung wenig ergiebig.

78 Wilke, Vom Abbau des Verwaltungsrechtsschutzes und von der Resistenz des Drittschutzes, in: GdS Grabitz, 1995, S. 905 (918 ff.).

79 BVerfG, Beschluß vom 15. 7. 1981 – 1 BvL 77/78 –, BVerfGE 58, 300 (330 f.).

80 So auch *Schlichter/Roeser* (Fußn. 35), Rdnr. 21; *Gaentzsch*, Rezension, DÖV 1988, 891 (892), grundsätzlich *Koch/Rubel*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 1992, VIII Rdnr. 43.

81 *Steinberg*, Grundfragen des öffentlichen Nachbarrechts, NJW 1984, 457 (459 f.); *Blankenagel* (Fußn. 18), S. 9 ff.; *Ehlers*, Eigentumsschutz, Sozialbindung und Enteignung bei der Nutzung von Boden und Umwelt, VVDStRL 51, 211 (222 f.); *Wahl*, Abschied von den »Ansprüchen aus Art. 14 GG«, in: FS Redeker, 1993, S. 245 (264 ff.); *ders.*, Die doppelte Abhängigkeit des subjektiven öffentlichen Rechts, DVBl. 1996, 641 (644 ff.).

82 *Schmidt-Preuß* (Fußn. 47), S. 37 ff. (41).

83 Exemplarisch BVerfG, Beschluß vom 15. 7. 1981 – 1 BvL 77/78 –, BVerfGE 58, 300 (335, 338 f.).

84 BVerfG, Beschluß vom 12. 3. 1986 – 1 BvL 81/79 –, BVerfGE 72, 66 (77 f.).



den modalen materiellrechtlichen Regelungen auch die konstitutive Zubilligung subjektiver Abwehrrechte, zu deren Gewährung der Gesetzgeber nicht grundsätzlich verpflichtet ist; allerdings wäre eine jeden Nachbarschutz ausschließende Regelung ihrerseits nicht verfassungsgemäß<sup>85</sup>.

Aus der konstitutionellen Zuweisung dieser Gestaltungsaufgabe an den einfachen Gesetzgeber folgt, daß Art. 14 Abs. 1 GG selbst keine unmittelbaren Abwehransprüche im Nachbarrecht begründet, sondern Nachbarschutz grundsätzlich nur besteht, soweit ihn der Gesetzgeber normiert hat<sup>86</sup>. Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG fungiert nur als Maßstabnorm für einfachgesetzliche (Nicht-)Regelungen. Mit dem Urteil vom 23. 8. 1996 zum Drittschutz der übergeleiteten Hamburger Baustufenpläne dürfte der Abschied vom Nachbarschutz unmittelbar aus Art. 14 GG vollzogen sein.

#### bb) Grundrechtsorientierte Auslegung des einfachen Rechts

Der Senat hat aber in der genannten Entscheidung, deren Komplexität prozeßrechtlich durch die Bestimmung des revisiblen Zugriffs und materiellrechtlich durch die intertemporale Überleitungsproblematik zusätzlich angereichert ist, ausdrücklich die norminterne Wirkung<sup>87</sup> des Art. 14 GG bei der Auslegung der Vorschriften des einfachen Rechts hervorgehoben. Konkret für die präkonstitutionelle Ermächtigungsgrundlage der §§ 1 und 2 BauRegVO 1936 ist nachzulesen, daß Inhalts- und Schrankenbestimmungen neben dem Postulat der Grundrechtskonformität auch grundrechtsfreundlich auszulegen sind<sup>88</sup>; dies erinnert stark an die aus dem Bereich des Art. 5 GG bekannte Wechselwirkungslehre<sup>89</sup>.

Zusammenfassend läßt sich festhalten: Unmittelbar aus Art. 14 GG abgeleiteter Nachbarschutz ist »out«; »in« ist wieder das subtile Abklopfen des einfachen Gesetzesrechts auf subjektive Gehalte unter Einschluß der verfassungs- oder besser grundrechtskonformen Auslegung. Wenn diesem procedere einmal wegen des eindeutigen, Drittschutz ausdrücklich negierenden Wortlauts der Norm der Weg versperrt sein sollte, das Gericht aber *Drittschutz* ipso iure constitutionis für erforderlich hält, stellt sich die Frage nach der Fehlerfolge<sup>90</sup>: Bei nachkonstitutionellem Gesetzesrecht besteht nur die Möglichkeit der Vorgehensweise nach Art. 100 GG; im übrigen stünde die Annahme der Nichtigkeit der Vorschrift dem Sinn der Subjektivierung als Wirkungsverstärker diametral entgegen, denn dann

85 Steinberg (Fußn. 81), S. 460; BVerwG, Urteil vom 23. 8. 1996 – 4 C 13.94 –, BVerwGE 101, 364 (372) = DVBl. 1997, 61 m. Anm. von Niere.

86 So jetzt BVerwG, Urteil vom 23. 8. 1996 – 4 C 13.94 –, BVerwGE 101, 364 (373); offen noch Urteil vom 26. 9. 1991 – 4 C 5.87 –, BVerwGE 89, 69 (78); dazu Bönker, Baurechtlicher Nachbarschutz aus Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG?, DVBl. 1994, 506. Vgl. auch BVerwG, Beschluß vom 19. 10. 1995 – 4 B 215.95 –, UPR 1996, 73; Beschluß vom 6. 12. 1996 – 4 B 215.96 –.

87 Vgl. dazu Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, Art. 19 Abs. 4 GG Rdnr. 123.

88 BVerwGE 101, 364 (371).

89 Grundlegend BVerfG, Urteil vom 15. 1. 1958 – 1 BvR 400/51 –, BVerfGE 7, 198 (212).

90 Vgl. dazu Schmidt-Preuß (Fußn. 47), S. 50; Wahl, Die doppelte Abhängigkeit des subjektiven öffentlichen Rechts, DVBl. 1996, 641 (647 ff.).

entfiele auch der Norminhalt als das materiellrechtliche Ausgleichs- und Entscheidungsprogramm. Statt dessen ist im Wege verfassungskonformer Auslegung und lückenfüllender Ergänzung die objektivrechtliche Vorschrift subjektivrechtlich aufzuladen<sup>91</sup>. Methodisch wird dafür die oben dargelegte Trennung von Norminhalt und Normqualität<sup>92</sup> fruchtbar gemacht: Die sich selbst in der Auslegung nur als objektivrechtlicher Rechtssatz qualifizierende Vorschrift ist insoweit teilnichtig. Der Richter vermag sie aber selbst durch Zuerkennung der Qualität eines subjektiv-öffentlichen Rechts im Wege verfassungskonformer Auslegung zu reparieren. Das ist kein dem Gesetzgeber vorbehalten Akt der Rechtssetzung unter Verstoß gegen den Gewaltenteilungsgrundsatz<sup>93</sup>, da keine Variationsbreite verschiedener (inhaltlicher) Regelungsmöglichkeiten besteht, sondern die rechtliche Qualität der Norm nur objektiv- oder subjektivrechtlicher Natur sein kann. Die gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit wird nicht verletzt. Bemerkenswert ist, daß sich das BVerwG im Rahmen dieser richterrechtlichen Reparatur für befugt hält, bei dieser Anreicherung über das verfassungsrechtlich unabdingbare Minimum hinauszugehen und eine derartige Vorschrift aus Gründen der Rechtsgleichheit in das allgemeine System des (bauplanungsrechtlichen) Nachbarschutzes einzuordnen<sup>94</sup>.

#### 4. Neuere Entwicklungen zum Nachbarschutz nach der BauNVO

Die mehrfach zitierte Entscheidung vom 23. 8. 1996 hat auch die Rechtsprechung zum Nachbarschutz der Vorschriften über die Baugebietstypen in der Baunutzungsverordnung leicht modifiziert. Das Urteil vom 16. 9. 1993<sup>95</sup>, dessen Begründungstiefe nicht ganz der Bedeutung seines Ergebnisses entsprach, hatte die alte Linie zum Nachbarschutz im Planbereich ausgehend von der vollen kommunalen Dispositionsfreiheit über die Typisierung bei *Sendler*<sup>96</sup> zum Typenzwang fortentwickelt. Die Entscheidung über die Zubilligung von Nachbar- oder besser absolutem Gebietsschutz<sup>97</sup> wurde bei Festsetzungen der Art der baulichen Nutzung unter Aufgreifen der bereits bekannten Argumente des wechselseitigen Austauschverhältnisses sowie der rechtlichen Schicksalsgemeinschaft der Ge-

91 BVerwG, Urteil vom 23. 8. 1996 – 4 C 13.94 –, BVerwGE 101, 364 (372, 376).

92 Vgl. oben bei Fußn. 8.

93 Vgl. BVerfG, Urteil vom 1. 7. 1953 – 1 BvL 23/51 –, BVerfGE 2, 380 (405 f.); Beschluß vom 23. 7. 1963 – 2 BvL 11/61, BVerfGE 16, 306 (329). Zu der Grenze zwischen legislatorischer und richterlicher Kompetenz nur Sachs, Teilnichtigkeitsklärung: Von der Kassation zur Gesetzesneugestaltung durch das Bundesverfassungsgericht, DVBl. 1979, 389; Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht, 3. Aufl. 1994, Rdnrn. 414 ff.

94 BVerwG, Urteil vom 23. 8. 1996 – 4 C 13.94 –, BVerwGE 101, 364 (376). Vgl. zum Problem Wahl (Fußn. 90), S. 649 Fußn. 75.

95 4 C 28.91 –, BVerwGE 94, 151 = DVBl. 1994, 285 m. Anm. von Schmidt-Preuß.

96 Vgl. dazu oben bei Fußn. 22 ff.

97 Das Baugebiet ist die Untereinheit im Verhältnis zum Plangebiet (vgl. § 1 Abs. 3 Satz 1 BauNVO). Bei der Festsetzung mehrerer unterschiedlicher Baugebiete in einem Bebauungsplan besteht Drittschutz aus der Festsetzungsermächtigung der Baunutzungsverordnung nur innerhalb des jeweiligen Baugebiets: VGH Mannheim, Beschluß vom 23. 8. 1996 – 10 S 1492/96 –, VBIBW 1997, 62 (63).

meinde aus der Hand genommen und durch die Ermächtigungsnorm der BauNVO bereits als positiv geregelt angesehen. Gleichzeitig wurde wegen der in § 34 Abs. 2 BauGB angeordneten Gleichstellung geplanter und faktischer Baugebiete der Gebietsschutz auf die letztgenannte Kategorie übertragen.

Das Urteil enthielt zwei dogmatische Schwächen:

- Erstens wurde, was in der Literatur als inkonsistent kritisiert worden war<sup>98</sup>, die rechtliche Bindung der Gemeinde am Abwägungsgebot des § 1 Abs. 6 BauGB festgemacht, und
- zweitens ging der Senat von der Fehlerfolge der Nichtigkeit aus.

Die dogmatische Verortung im Abwägungsgebot als gerade den konkreten, örtlich situativen Gegebenheiten Rechnung tragendem Rechtsfindungsmodell widersprach der jetzt bejahten abstrakten Bindung der Gemeinde. *Mampel* sah deshalb den richtigen Aufhänger einen Schritt vorher, in der durch § 2 Abs. 5 BauGB und § 1 Abs. 3 BauNVO beschränkten kommunalen Rechtsetzungsbefugnis<sup>99</sup>. Nachdem der bundesrechtlich vorgegebene Katalog potentieller Festsetzungen abschließend ist und den Gemeinden kein Festsetzungsfindungsrecht zusteht<sup>100</sup>, zwingt der Vorrang des Gesetzes die Kommunen zu nachbarschützenden Gebietsfestsetzungen<sup>101</sup>. Zur Fehlerfolge kann auf das oben ausgeführte verwiesen werden: Die Annahme der Nichtigkeit einer Baugebietsfestsetzung wäre mit dem Sinn der Subjektivierung als Effizienzverstärker nicht zu vereinbaren, denn dann entfielen auch das materiellrechtliche Ausgleichs- und Entscheidungsprogramm (z. B. differenzierte Festsetzungen nach § 1 Abs. 4–10 BauNVO). Statt dessen ist im Wege bundesrechtskonformer Auslegung die objektivrechtliche Vorschrift subjektivrechtlich aufzuladen.

Beide Schwächen hat das Urteil vom 23. 8. 1996 ausgeglichen, indem zum einen hinsichtlich des Drittschutzes eindeutig auf die Ermächtigungsgrundlage abgestellt und die das Abwägungsgebot betreffende Sentenz zurückgenommen wurde. Zum anderen wurde vor die Fehlerfolge der Nichtigkeit die subjektivrechtliche Ergänzung einer zu Unrecht rein objektivrechtlich ausgestalteten Vorschrift gestellt<sup>102</sup>.

Hinsichtlich des *Maßes* der baulichen Nutzung und der *überbaubaren Grundstücksfläche* ist indes nach der Rechtsprechung des BVerwG alles beim alten geblieben. Versuchen, den Nachbarschutz aus Bundesrecht auch auf diese Festsetzungen zu übertragen, hat sich der Senat verweigert: Auch hier beruhe der Nachbarschutz auf dem Gedanken des wechselseitigen Austauschverhältnisses,

aber die Planbetroffenen würden durch die *Maßfestsetzungen* nicht in gleicher Weise zu einer »Schicksalsgemeinschaft« verbunden, wie dies für Festsetzungen der Nutzungsart typisch sei. Baugebietsfremde Nutzungen leiteten eine schlechende Verfremdung des Gebiets ein und derartige, später kaum korrigierbare Entwicklungen solle der seinerseits den Planfestsetzungen unterworfenen Nachbar rechtzeitig verhindern können, so daß es einer spürbaren realen Beeinträchtigung im Einzelfall nicht bedürfe. Abweichungen von *Maßfestsetzungen* seien damit nicht vergleichbar, denn sie ließen in der Regel den Gebietscharakter unberührt und hätten nur Auswirkungen auf das Baugrundstück und die unmittelbar angrenzenden Nachbargrundstücke, so daß hier das drittschützende Rücksichtnahmegebot des § 31 Abs. 2 BauGB ausreiche<sup>103</sup>. Insoweit hänge der Nachbarschutz nach wie vor vom Willen der Gemeinde als Plangeber ab<sup>104</sup>.

Diese Differenzierung zwischen Festsetzungen der Gebietsart auf der einen und des Maßes bzw. der überbaubaren Fläche auf der anderen Seite ist mit den daraus abgeleiteten Folgen für den Nachbarschutz in ihrer Schärfe nicht unproblematisch und wird deshalb immer wieder hinterfragt. Der Kritik ist entgegenzuhalten, daß die Gebietsart die Qualität, das *Maß* jedoch nur die Intensität der Bebauung betrifft und keine a priori *normativ* geschützten Untergebietsarten existieren (z. B. innerhalb des § 3 BauNVO: Villengebiet – Hochhauswohngebiet). Zudem wird der Nachbar durch die Zulassung gebietsfremder Nutzungen typischerweise stärker in der Nutzung seines Grundstücks beeinträchtigt, während er durch die qualitativ gleiche, aber intensivere Ausnutzung des Nachbargrundstücks – bis zum Sprung von Quantität zu Qualität – keinen Schaden nimmt. Ihm wird zwar der gleiche Ausnutzungsgrad im Sinne einer Erweiterung seiner Befugnisse evtl. verweigert, aber die planüberschreitende Bebauung des Nachbargrundstücks nimmt ihm nichts. Der planerische Mikroausgleich, für den die Gemeinde die einzelnen Grundstücke in der horizontalen Perspektive einem miteinander verträglichen Ausnutzungsgrad zuzuführen hat, gerät typischerweise nur durch die einseitige Aufhebung bei der Nutzungsart automatisch aus der Balance.

Dennoch wirft der Ansatz des absoluten Gebietsschutzes für die Art der baulichen Nutzung auch neue Probleme auf: Wie weit reicht das wechselseitige Austauschverhältnis in räumlicher Hinsicht; in welcher Entfernung stehen sich Planbetroffene noch wie Nachbarn gegenüber<sup>105</sup>? Setzt ein aus dem Gebietsschutz abgeleitetes Abwehrrecht eigene »bauplanungsrechtliche Rechtstreue« voraus<sup>106</sup>? Ist der absolute Gebietsschutz teleologisch zu reduzieren auf die Abwehr von

103 BVerwG, Beschluß vom 23. 6. 1995 – 4 B 52.95 –, Buchholz 406.19 Nachbarschutz Nr. 128 S. 9 (10 f.).

104 BVerwG, Beschluß vom 19. 10. 1995 – 4 B 215.95 –, UPR 1996, 73.

105 Vgl. die Formulierung des BVerwG im Urteil vom 23. 8. 1996 – 4 C 13.94 –, BVerwGE 101, 364 (375): »Jeder Grundeigentümer muß sich – indem er gegenüber dem anderen als Nachbar erscheint – davor schützen können, daß er über die normierte Beschränkung seiner Baufreiheit hinaus nochmals durch eine nicht zulässige Nutzung eines anderen Grundeigentümers belastet wird . . .«

106 Vgl. OVG Weimar, Beschluß vom 18. 10. 1996 – 1 EO 262/96 –, UPR 1997, 156 f.

98 *Mampel*, Aktuelle Entwicklungen im öffentlichen Baunachbarrecht, DVBl. 1994, 1053 (1056 f.); *Schmaltz*, Zur drittschützenden Wirkung von Festsetzungen eines Bebauungsplans, in: FS Schlichter, 1995, S. 583 (586 f.), mit Hinweis auf die dann fehlende Erklärbarkeit des Drittschutzes in faktischen Baugebieten.

99 AaO, S. 1057.

100 BVerwG, Urteil vom 11. 2. 1993 – 4 C 18.91 –, BVerwGE 92, 56 (62); Beschluß vom 31. 1. 1995 – 4 NB 48.93 –, DVBl. 1995, 520 (521 m. w. N.).

101 Vgl. zuvor BVerwG, Beschluß vom 7. 9. 1988 – 4 N 1.87 –, BVerwGE 80, 184 (189), zum gesetzlich zwingend vorgegebenen Drittschutz einer immissionsschutzbezogenen Festsetzung nach § 9 Abs. 1 Nr. 24 BauGB, der der Disposition des Plangebers entzogen ist.

102 BVerwG, Urteil vom 23. 8. 1996 – 4 C 13.94 –, BVerwGE 101, 364 (370 und 376).

Vorhaben, die den Nutzungszweck des Baugebiets in Frage stellen<sup>107</sup>? Last not least: Erstreckt sich der bundesrechtlich vorgegebene Nachbarschutz auch auf Festsetzungen nach § 1 Abs. 4 ff. BauNVO<sup>108</sup>? Der präventive bauplanungsrechtliche Nachbarschutz läßt genügend Fragen ungelöst.

### III. Repressiver Nachbarschutz

Neben dem bisher erörterten »Genehmigungsabwehranspruch«<sup>109</sup>, der auf dem verwaltungsrechtlichen Institut des präventiven Verbotes mit Erlaubnisvorbehalt (Kontrollierlaubnis) aufbaut, wird u. a. als Problem des effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG) die Frage diskutiert, inwieweit das repressive Instrumentarium bauordnungsrechtlicher Befugnisse der Verwaltung im Dienste des Nachbarn aktiviert werden kann. Konkret: Inwieweit sind das in allen Bauordnungen der Länder niedergelegte Ermessen und das dadurch zum Ausdruck kommende sicherheitsrechtliche Opportunitätsprinzip durch die Position des Nachbarn verdrängt bzw. gebunden? Dies ist eine Frage des Inhalts der subjektiv-öffentlichen Nachbarrechte und hier treten unterschiedliche Konzeptionen des Verhältnisses von öffentlich-rechtlichem und zivilrechtlichem Nachbarschutz zutage.

Durch den tatsächlichen Verstoß gegen materiellrechtliche nachbarschützende Vorschriften wird der Rahmen der von der Behörde zu berücksichtigenden Ermessensgesichtspunkte um die Belange des Nachbarn erweitert. Die Verletzung nachbarschützender Vorschriften verschafft dem Nachbarn ein formell subjektiv

107 So OVG Lüneburg, Beschluß vom 29. 3. 1996 – 1 M 6354/95 –, NVwZ 1997, 1012 (1013), unter Berufung auf *Schmaltz* (Fußn. 98), S. 592. Im Gewerbegebiet wurde einem Nachbarn ein Abwehranspruch gegen die (rechtswidrige) Zulassung eines großflächigen Einzelhandelsbetriebs i. S. des § 11 Abs. 3 BauNVO verweigert, da die Genehmigung nicht zu einer Einschränkung der gewerblichen Nutzbarkeit der benachbarten Grundstücke im Plangebiet führe. Diese konkrete Prüfung erscheint dem generalisierenden Gedanken des planerischen Austauschverhältnisses und der typisierenden Baugebietsregelung in der Baunutzungsverordnung eher fremd. Vgl. auch BVerwG, Urteil vom 16. 9. 1993 – 4 C 28.91 –, BVerwGE 94, 151 (161) zur Reichweite des absoluten Gebietsschutzes, der gerade nicht das konkrete Betroffensein des Nachbarn voraussetzt.

108 Verneinend VGH Mannheim, Beschluß vom 5. 3. 1996 – 10 S 2830/95 –, DVBl. 1996, 687 (687 f.), und Urteil vom 11. 3. 1997 – 10 S 2815/96 –, VBIBW 1997, 384 (386); Urteil vom 7. 5. 1997 – 3 S 288/96 – (Volltext nur in juris). Das Gericht reduziert den absoluten Gebietsschutz auf den (nicht modifizierten) Grundtyp des jeweiligen Baugebiets der Baunutzungsverordnung. M. E. vermengt die Begründung des VGH die unterschiedliche Dichte der bundesrechtlichen Vorgaben für den Plangeber hinsichtlich des *Norminhalts* auf der einen und der *Normqualität* (objektiv- oder subjektivrechtlich) auf der anderen Seite (vgl. oben bei Fußn. 8 und 92). Die der Gemeinde eingeräumte Ausgestaltungsbefugnis zur planerischen Feinjustierung betrifft nur den Festsetzungsinhalt, ändert jedoch nichts an dem zwingend vorgegebenen subjektivrechtlichen Gehalt einer modal modifizierten Festsetzung.

109 Den Begriff hat *Breuer*, Grundrechte als Anspruchsnormen, in: Festgabe BVerwG, 1978, S. 89 (108), geprägt. Das subjektiv-öffentliche Baunachbarrecht ist aber auch im Bereich des präventiven Nachbarschutzes nicht auf eine Kassation der Genehmigung fixiert, sondern die Behörde kann dem Anspruch des Nachbarn ggf. auch durch Auflagen Rechnung tragen: Der Betroffene kann die Beachtung seiner Belange verlangen, nicht aber, daß die Behörde sich dazu der von ihm bevorzugten Rechtsform bedient (BVerwG, Beschluß vom 3. 1. 1997 – 4 B 230.96 –, Buchholz 406.19 Nachbarschutz Nr. 141 S. 52 f., im Anschluß an BVerwG, Beschluß vom 7. 3. 1995 – 4 B 254.96 –, NVwZ 1996, 906 zum Planfeststellungsrecht).

öffentliches Recht auf fehlerfreie Ermessensausübung; das Entschließungsermessen wird determiniert durch Ausmaß und Schwere der Störung resp. Gefährdung, so daß bei hoher Intensität der Rechtsbeeinträchtigung des Nachbarn eine Ermessensschumpfung bis hin zum Einschreiten als einzig rechtmäßiger Entscheidung und einem damit einhergehenden materiellen Anspruch denkbar ist<sup>110</sup>.

Ob allein die Verletzung nachbarschützender Vorschriften eine nicht nur notwendige, sondern gleichzeitig auch hinreichende Bedingung für die Ermessensreduzierung darstellt, ist umstritten. Für die Beantwortung dieser Frage ist nach dem Grad der behördlichen Mitverantwortung an dem baurechtlichen Zustand zwischen

- genehmigten Zuständen bei anschließend kassierter Genehmigung bzw.
- ohne Genehmigung (genehmigungsfrei oder formell illegal) verwirklichten Vorhaben zu unterscheiden.

#### 1. Materiell baurechtswidriger Zustand nach kassierter Baugenehmigung

Wenn der Nachbar im Widerspruchsverfahren oder Verwaltungsprozeß die Kassation einer sofort vollziehbaren Baugenehmigung wegen der Verletzung nachbarschützender Normen erwirkt hat, das Vorhaben mittlerweile aber (teilweise) verwirklicht worden ist, stellt sich die Frage, ob hinsichtlich des sich daran anschließenden Beseitigungsverlangens das Ermessen der Behörde verdrängt oder gar gebunden ist. Spontan ist man geneigt, positiv zu antworten, um den Erfolg des Nachbarn nicht zu einem Pyrrhussieg werden zu lassen, so daß in dieser Fallkonstellation folgende Argumente zur Ermessensverdichtung behandelt werden:

- Aspekte der Folgenbeseitigung<sup>111</sup>,
- Überwindung des defizitären Sanktionsrechts im Hinblick auf den materiellrechtlichen Bedeutungszuwachs des öffentlichen Baurechts für den Nachbarausgleich<sup>112</sup>,
- Neubestimmung des Inhalts der Nachbarrechte durch Ergänzung des Genehmigungsabwehranspruches durch einen Vorhabenabwehranspruch<sup>113</sup>.

110 BVerwG, Urteil vom 18. 8. 1960 – I C 42.59 –, BVerwGE 11, 95 (97). Vgl. dazu *Dietlein*, Der Anspruch auf polizei- oder ordnungsbehördliches Einschreiten, DVBl. 1991, 685; *Sar-ninghausen*, Zum Nachbaranspruch auf baubehördliches Einschreiten, NJW 1993, 1623; *Di Fabio*, Die Ermessensreduzierung – Fallgruppen, Systemüberlegungen und Prüfprogramm, VerwArch. 86 (1995), 214 (216 ff.).

111 *Laubinger* (Fußn. 11), S. 135 ff., insbesondere 137; *Schenke*, Der Folgenbeseitigungsanspruch bei Verwaltungsakten mit Drittwirkung, DVBl. 1990, 328; *Horn*, Folgenbeseitigung bei aufgehobenem Verwaltungsakt mit Drittwirkung, DÖV 1989, 976. In diese Richtung scheint auch das BVerwG in seinem Beschluß vom 13. 7. 1994 – 4 B 129.94 –, BauR 1994, 740, zu tendieren.

112 *Berkemann*, Grundkurs Öffentliches Baurecht – Kurs 14: Der Nachbarschutz im Öffentlichen Recht, Deutsches Volksheimstättenwerk e. V., Manuskript 1996, S. 11 f.; *ders.*, Grundkurs Öffentliches Baurecht – Kurs 15: Die Beseitigung baurechtswidriger Zustände, Deutsches Volksheimstättenwerk e. V., Manuskript 1996, S. 148 ff.

113 *Mampel* (Fußn. 20), Rdrrn. 331 ff., insbesondere Rdrrn. 388; *ders.*, Baurechtlicher Drittschutz nach der Deregulierung, UPR 1997, 267 (269).

Mit einigen Aspekten dieses Problems habe ich mich an anderer Stelle auseinandergesetzt<sup>114</sup> und möchte deshalb hier nur kurz Stellung nehmen: Auszugehen ist von dem in den Landesbauordnungen niedergelegten Opportunitätsprinzip. M. E. führt die vorangegangene Erteilung einer Baugenehmigung nicht aus Folgebeseitigungserwägungen zu einer Ermessensverdichtung im repressiven Bereich. Der Folgebeseitigungsanspruch ist der klassische, aus den Grundrechten als Freiheitsrechten abgeleitete negatorische Beseitigungsanspruch. Demgegenüber markiert die grundrechtsfunktionale Differenzierung zwischen Abwehrrecht auf der einen und Schutzpflicht auf der anderen Seite die Grenze staatlicher Zurechnung von »Grundrechtsbeeinträchtigungen« bei der Beteiligung Dritter. Wenn aber die Errichtung des nachbarrechtswidrigen Bauwerks durch einen Privaten der öffentlichen Hand *nicht* als Grundrechtseingriff zuzurechnen ist und eben nicht die Abwehrrechts-, sondern die Schutzpflichtenfunktion aktiviert wird, ist an den weiten Gestaltungsspielraum der Schutzpflichtenadressaten hinsichtlich der Erfüllungsmodalitäten zu erinnern<sup>115</sup>: Neben der Einräumung öffentlich-rechtlicher Ansprüche kann der Nachbar auch prozedural auf den Zivilrechtsweg verwiesen werden, da das Bürgerliche Recht ihm unmittelbar gegen den Bauherrn gerichtete deliktische Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche gewährt (§ 823 Abs. 2 BGB i. V. mit den öffentlich-rechtlichen nachbarschützenden Vorschriften als Schutzgesetzen)<sup>116</sup>. Erst die Synopse *aller* dem Betroffenen rechtlich zur Verfügung stehenden Abwehrmittel erlaubt eine Bewertung, ob der Staat seiner Schutzpflicht hinreichend nachgekommen ist, da bei der Bestimmung des Eigentums bürgerliches Recht und öffentlich-rechtliche Vorschriften gleichrangig zusammenwirken<sup>117</sup>. Ob diese de lege lata vorgegebene Komplementärfunktion zivilrechtlicher Abwehransprüche gegenüber dem Postulat nach einer abschließenden Lösung im öffentlichen Nachbarrecht befriedigt, ist eine andere, nämlich rechtspolitische Frage de lege ferenda. Jedenfalls erweist sich – an verfassungsrechtlichen Maßstäben gemessen – das System des Nachbarrechtsschutzes nicht als defizitär.

## 2. Materiell baurechtswidriger Zustand ohne vorausgegangenes Genehmigungsverfahren

Während in der unter 1. behandelten Fallkonstellation Beseitigungsansprüche, also peremptorische, in die Bausubstanz eingreifende Maßnahmen zu untersuchen waren, sind hier primär dilatorische Maßnahmen (Baueinstellung) Gegenstand

114 Kraft, Folgenbeseitigung in dreipoligen Verwaltungsrechtsverhältnissen, BayVBl. 1992, 456 m. w. N.

115 BVerfG, Urteil vom 25. 2. 1975 – 1 BvF 1-6/74 –, BVerfGE 39, 1 (44); Urteil vom 16. 10. 1977 – 1 BvQ 5/77 –, BVerfGE 46, 160 (164 f.).

116 So auch Schmidt-Aßmann, Öffentlich-rechtlicher Grundeigentumsschutz und Richterrecht, in: Richterliche Rechtsfortbildung – FS der Juristischen Fakultät der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, 1986, S. 107 (133).

117 BVerfG, Beschluß vom 15. 7. 1981 – 1 BvL 77/78 –, BVerfGE 58, 300 (335 f.).

der Betrachtung<sup>118</sup>. Für diese Fallgruppe hat die Diskussion frischen Wind durch die formelle Deregulierung im Baurecht mittels Genehmigungsfreistellung etc. erhalten. Da der »Abschied von der Baugenehmigung«<sup>119</sup> dem präventiven Nachbarschutz das Austragungsforum weitgehend nimmt, stellt sich die Frage nach den Konsequenzen dieser Entwicklung für den repressiven Nachbarschutz. Konkret: Bedarf es einer Kompensation für den Wegfall des präventiven Rechtsschutzes durch Absenkung der Schwelle für einen Nachbaranspruch auf administratives Einschreiten?

Der VGH Mannheim hat in diesem Sinne entschieden, daß die relativ hohen Anforderungen für eine Pflicht zum Einschreiten vor dem genannten Hintergrund nicht mehr aufrechtzuerhalten sind. Die Baueinstellung bzw. Untersagung des Baubeginns müsse als Ausgleich für das fehlende Baugenehmigungsverfahren verstanden werden. Der Ordnungsgeber habe mit dem Anzeigeverfahren für die davon betroffenen Vorhaben nicht deren fehlende boden- und nachbarrechtliche Relevanz zum Ausdruck gebracht, wie dies bei den herkömmlichen Fällen genehmigungsfreier (Bagatell-)Vorhaben angenommen werden könne; diese Sichtweise werde auch durch das der Behörde offenstehende fakultative Genehmigungsverfahren belegt<sup>120</sup>. Unter Ausblendung der zivilrechtlichen Möglichkeiten wird also eine Kompensation allein im öffentlichen Baurecht für notwendig erachtet.

Demgegenüber wird in der Literatur auch die gegenteilige Schlußfolgerung gezogen: Weil der Gesetzgeber die Verwaltung aus der präventiven Konfliktschlichtung ausgeschaltet habe, um die Eigenverantwortung der am Bau Beteiligten zu stärken, und der Nachbar durch das zivilrechtliche *procedere* nicht rechtsschutzlos gestellt werde, sei es vertretbar, die Schwelle für eine Pflicht zum Einschreiten anzuheben<sup>121</sup>.

Dieser Auffassung ist mit Uechtritz entgegenzutreten, da die mit den Genehmigungsfreistellungen verfolgten legislatorischen Ziele von »Privatisierung«, »Liberalisierung« und »Deregulierung« sich allein auf das Verhältnis zwischen Bauherr und Bauaufsichtsbehörde beziehen; eine gleichzeitige stärkere Inpflichtnahme des Nachbarn ist nicht auszumachen. Der Normtext und die Materialien geben für eine derartige Verschiebung der Gewichte zumindest nichts her<sup>122</sup>.

118 Vgl. aber auch die Fälle der planabweichenden Realisierung eines genehmigten Vorhabens unter Verletzung nachbarschützender Vorschriften, in denen bei der Ausübung des in der (landesrechtlichen) Befugnisnorm verankerten (Beseitigungs-)Ermessens auch die Möglichkeit der zivilrechtlichen Geltendmachung der Nachbarrechte ein beachtlicher Ermessensgesichtspunkt sein kann (zuletzt BVerwG, Beschluß vom 10. 12. 1997 – 4 B 204.97 –).

119 Vgl. Ortloff, Abschied von der Baugenehmigung – Beginn beschleunigten Bauens?, NVwZ 1995, 112.

120 VGH Mannheim, Beschluß vom 26. 10. 1994 – 8 S 2763/94 –, BauR 1995, 219 (220). Dem folgend OVG Bautzen, Beschluß vom 22. 8. 1996 – 1 S 473/96 –, NVwZ 1997, 922.

121 Schmaltz, Die Freistellung von Wohngebäuden vom Genehmigungsvorbehalt nach § 69 a NBauO, NdsVBl. 1995, 241 (246 f.); vgl. auch Manssen, Die Genehmigungsfreistellung für Wohngebäude in der Landesbauordnung Mecklenburg-Vorpommern, NVwZ 1996, 144 (146).

122 Uechtritz, Nachbarrechtsschutz bei der Errichtung von Wohngebäuden im Freistellungs-, Anzeig- und vereinfachten Verfahren, NVwZ 1996, 640 (643).

Damit steht aber noch nicht fest, ob der Ansicht des VGH Mannheim zu folgen ist. Dafür spricht m. E. die schwächere Ausgestaltung der Rechtsstellung des Nachbarn im Freistellungsverfahren im Vergleich zum Baugenehmigungsverfahren. Es fehlt die *vor* die tatsächliche Umsetzung des Vorhabens gezogene präventive Prüfung auch auf nachbarrelevante Verstöße durch eine unbeteiligte Instanz, die Behörde. Dadurch entfällt auch der Rechtsschutz gegen das »virtuelle Vorhaben«, wie es selbst bei Sofortvollzug einer Baugenehmigung (jetzt: § 212a Abs. 1 BauGB) durch §§ 80 a, 80 Abs. 5 VwGO ermöglicht wird. Die Zeit läuft gegen den Nachbarn, da die Realisierung des Vorhabens nicht durch das Rechtsschutzersuchen aufgeschoben wird, sondern die (potentielle) Rechtsbeeinträchtigung unmittelbar droht. Angesichts der Gefahren des faktischen Bestandsschutzes ist Rechtsschutz höchster Effizienz geboten. Dann liegt es aber nahe, die nach wie vor zur Bauüberwachung verpflichtete Behörde zum Schutz des Nachbarn zu instrumentalisieren und die Schwelle des obligatorischen Einschreitens unter diesem Aspekt abzusenken<sup>123</sup>.

#### IV. Ausblick

Die Diskussion um den Nachbarschutz könnte aus der fortschreitenden landesrechtlichen Deregulierung im Bereich des Genehmigungsverfahrens<sup>124</sup> über den zuletzt beschriebenen unmittelbaren Bedeutungszuwachs des repressiven Nachbarschutzes hinaus neue Impulse erhalten. Es ist nicht zu verkennen, daß die Durchsetzung des materiellen Bau- und insbesondere des bundesrechtlichen Bauplanungsrechts in der Rechtspraxis durch den Wegfall der präventiven bauaufsichtlichen Prüfung eines Vorhabens gelitten hat. Insoweit ließe sich – weniger um des Schutzes des Nachbarn willen als überwiegend im öffentlichen Interesse – an eine Mobilisierung des Bürgers zur verstärkten Implementation der bundesrechtlichen Vorgaben über das landesrechtliche Scharnier der repressiven bauordnungsrechtlichen Befugnisnormen denken. Dogmatischer Ansatzpunkt wäre eine Anreicherung der bauplanungsrechtlichen Regelungen dahin gehend, daß diese als Bundesrecht im Falle der Verletzung zwingende Sanktionen vom Landesgesetzgeber fordern. Folglich würde bei bauplanungsrechtswidrigen Vorhaben, die von der Genehmigungspflicht freigestellt sind, das in dem repressiven Befugnisinstrumentarium des Bauordnungsrechts verankerte Opportunitätsprinzip zumindest stark eingeschränkt. Von dieser dem objektiven und subjektivrechtlichen

123 So auch *Degenhart*, Genehmigungsfreies Bauen und Rechtsschutz des Nachbarn, NJW 1996, 1433 (1437 ff.); *Blümel*, Vereinfachung des Baugenehmigungsverfahrens und Nachbarschutz, in: FS Boujong, 1996, S. 521 (528 f.); VG München, Beschluß vom 24. 5. 1996 – M 1 E 96.2516 –, BayVBl. 1997, 54; bestätigt durch BayVGH, Beschluß vom 26. 7. 1996 – 1 CE 96.2081 –, NVwZ 1997, 923; OVG Bautzen, Beschluß vom 22. 8. 1996 – 1 S 473/96 –, NVwZ 1997, 922.

124 Exemplarisch die »zweite Stufe« der bayerischen Bauordnungsreform (Freistellungsverfahren u. a. für Wohngebäude mittlerer Höhe): Art. 64 Abs. 1 BayBO 1998 (Bayerische Bauordnung i. d. F. der Bekanntmachung vom 4. 8. 1997, GVBl. S. 433). Dazu *Jäde/Weiß*, Das Zweite Gesetz zur Vereinfachung und Beschleunigung baurechtlicher Verfahren, BayVBl. 1998, 7, m. umfangr. Nachw. zur bauaufsichtlichen Deregulierungsdiskussion.

Bauplanungsrecht gleichermaßen entspringenden Ermessensverdichtung bis hin zu einer Instrumentalisierung Dritter ist es nicht mehr weit. Das Modell ist nicht neu, sondern wird durch den Europäischen Gerichtshof zur Beseitigung von Vollzugsdefiziten des Gemeinschaftsrechts praktiziert<sup>125</sup>. Damit wären wir bei einer weiteren Quelle für Veränderungen der gegenwärtigen Dogmatik des Nachbarschutzes: dem Europarecht. Das vor allem durch die französische Tradition beeinflusste europarechtliche Verständnis des Verwaltungsprozesses tendiert zu einer im Ansatz objektivrechtlichen Kontrollfunktion der Verwaltungsgerichte<sup>126</sup>, und diese Konzeption läßt sich mit dem System des subjektiven Rechtsschutzes süd(west)deutscher liberalistischer Provenienz nicht vereinbaren. Die durch das Gemeinschaftsrecht vorgezeichnete Neuinterpretation des subjektiv-öffentlichen Rechts<sup>127</sup> wird auf Dauer nicht ohne Rückwirkungen auf das vom Europarecht weitgehend exemte Baurecht und damit den Nachbarschutz bleiben.

125 Vgl. EuGH, Urteil vom 30. 5. 1991 – Rs. C-361/88 –, DVBl. 1991, 869 (870 Tz. 16). Dazu *Masing*, Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts – Europäische Impulse für eine Revision der Lehre vom subjektiv-öffentlichen Recht, 1997, passim; kritisch *Classen*, Der einzelne als Instrument zur Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts? – Zum Problem der subjektiv-öffentlichen Rechte kraft Gemeinschaftsrechts, VerwArch. 88 (1997), 645.

126 Freilich mit einer wesentlich geringeren Kontrolldichte!

127 Dazu *Masing* (Fußn. 125), S. 175 ff. und passim; *Ruffert*, Subjektive Rechte im Umweltrecht der Europäischen Gemeinschaft, 1996, S. 291 ff.; *ders.*, Dogmatik und Praxis des subjektiv-öffentlichen Rechts unter dem Einfluß des Gemeinschaftsrechts, DVBl. 1998, 69; *Frenz*, Subjektiv-öffentliche Rechte aus Gemeinschaftsrecht vor deutschen Verwaltungsgerichten, DVBl. 1995, 408; *v. Danwitz*, Zur Grundlegung einer Theorie der subjektiv-öffentlichen Gemeinschaftsrechte, DÖV 1996, 481; *Ruthig*, Transformiertes Gemeinschaftsrecht und die Klagebefugnis des § 42 Abs. 2 VwGO, BayVBl. 1997, 289; *Triantafyllou*, Zur Europäisierung des subjektiven öffentlichen Rechts, DÖV 1997, 192.