

Sonderdruck aus:

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 1196

Staat, Verwaltung und Rechtsschutz

Festschrift für Wolf-Rüdiger Schenke
zum 70. Geburtstag

Herausgegeben von
Peter Baumeister, Wolfgang Roth
und Josef Ruthig



Duncker & Humblot · Berlin 2011

Verwaltungsrechtsschutz des Baunachbarn unmittelbar aus Art. 14 GG versus „Anwendungsvorrang des einfachen Rechts“

Von *Martin Ibler*

I. Ein konkreter Ausgangspunkt

Das OVG Münster entschied kürzlich über die Klage eines Nachbarn gegen eine Verfügung, mit der die zuständige Behörde einem Landwirt bekannt gegeben hatte, sie werde die formell und materiell baurechtswidrige Nutzungsänderung seines Hofes in einen Gartenbaubetrieb dauerhaft dulden. Der Nachbar, über dessen Grundstück der einzige Weg zu diesem Betrieb führte, befürchtete, der Verkehr auf seinem Privatweg werde überhandnehmen. Die Behörde bestritt die Klagebefugnis des Nachbarn, weil die Duldung kein nachbarschützendes öffentliches Recht verletze. Ob ihr Verwaltungsakt möglicherweise objektiv rechtswidrig sei, habe das Gericht bei einer Nachbarklage nicht zu beurteilen. VG¹ und OVG² aber gaben der Klage statt: Der Nachbar sei unmittelbar aus Art. 14 Abs. 1 GG klagebefugt, denn die ausdrückliche und dauerhafte („aktive“³) Duldung des Gartenbaus habe zur Folge, dass das Grundstück des Nachbarn künftig mit LKW überquert werde. Das durch Art. 14 Abs. 1 GG geschützte Eigentum des Nachbarn sei auch verletzt, weil dem Landwirt kein entsprechendes Notwegerecht zustehe.

Der Fall gibt Anlass, erneut über einen alten Streit nachzudenken: Lassen sich die Klagebefugnis des benachbarten Grundeigentümers und der Erfolg seiner Drittklage gegen die von der Behörde dem Bauherrn (der Nutzungsänderung) gewährte Begünstigung unmittelbar aus Art. 14 GG herleiten,⁴ oder ist beides anhand des einfachen Rechts zu ermitteln, das ggf. verfassungskonform ausgelegt werden muss?⁵

¹ VG Düsseldorf, U. v. 16.7.2008–9 K 2284/07 – www.justiz.nrw.de/nrwe.

² OVG Münster, B. v. 29.1.2010–10 A 2430/08 – juris = BauR 2010, 1213.

³ Vgl. OVG Münster, B. v. 24.1.2006–10 B 2159/05 – juris Rn. 12: „... dass die Baubehörde in Kenntnis der formellen und ggf. materiellen Illegalität eines Vorhabens zu erkennen gibt, dass sie sich auf Dauer mit dessen Existenz abzufinden gedenkt (sog. aktive Duldung)“.

⁴ Dezidiert dafür z.B. *Schenke*, Baurechtlicher Nachbarschutz, NuR 1983, 81 (86 ff.); *ders.*, Verwaltungsprozessrecht, 12. Aufl. 2009, Rn. 517; vgl. auch *Dürr*, Hat Art. 14 GG für das öffentliche Baurecht noch Bedeutung?, VBIBW 2000, 457 (460 f.); vgl. in diesem Sinne auch BVerwG, U. v. 21.4.2009–4 C 3.08 – BVerwGE 133, 347 (354).

⁵ Dafür z.B. *Bönker*, Baurechtlicher Nachbarschutz aus Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG?, DVBl. 1994, 506 (508 ff.); *Kraft*, Entwicklungslinien im baurechtlichen Nachbarschutz,

II. Zum Verhältnis von Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG zu Art. 1 Abs. 3 GG

Dass überhaupt über diese Frage gestritten wird, scheint erstaunlich, bindet doch Art. 1 Abs. 3 GG jede Staatsgewalt an die Grundrechte „als unmittelbar geltendes Recht“, also auch die Baurechtsbehörde und das Verwaltungsgericht unmittelbar an Art. 14 Abs. 1 GG. Dazu garantiert Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG den verwaltungsgewaltigen Schutz gegen jede mögliche Verletzung eines subjektiven öffentlichen Rechts, auch gegen die Verletzung von Grundrechten. Der erwähnte Streit überrascht aus verschiedenen Gründen dann doch weniger: Die in Art. 1 Abs. 3 GG angeordnete unmittelbare Grundrechtsbindung wird durch andere Verfassungsnormen ergänzt, begrenzt oder sonst modifiziert. Ergänzt wird sie etwa, indem Art. 20 Abs. 3 GG die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung zusätzlich „an Gesetz und Recht“ bindet,⁶ begrenzt durch in Grundrechten ausdrücklich genannte Schranken und sonst modifiziert, z. B., indem Art. 100 Abs. 1 GG dem Richter verbietet, entscheidungserhebliche, aber verfassungswidrige Gesetze ohne Vorlage an das BVerfG zu verwerfen.⁷ Eine besondere Spannung – der auch der Jubilar schon mehrfach nachgespürt hat –⁸ herrscht zwischen Art. 1 Abs. 3 GG und Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG, nach dem Inhalt und Schranken des Eigentums durch die Gesetze bestimmt werden.⁹ Gemeint sind hier Gesetze im materiellen Sinn, neben Gesetzen des Parlaments auch Rechtsverordnungen und Satzungen der Exekutive.¹⁰ Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG begründet keinen Parlamentsvorbehalt zur Bestimmung des Eigentumsinhalts – dies übergehen viele Stellungnahmen zu Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG, die die Gestaltungsmacht des demokratisch legitimierten Parlaments bei dieser Inhaltsbestimmung hervorheben.¹¹ Der im Baurecht häufigste Fall exekutiver Eigentumsinhalts- und Schrankenbestimmung durch Satzung ist der Bebauungsplan. Als Inhalt und Schranken des Eigentums bestimmende Rechtsverordnung ist im Baurecht vor allem die Baunutzungsverordnung zu nennen. Grundlegende parlamentsgesetzliche Inhalts- und Schrankenbestimmungen des Eigentums enthalten (u. a.) die Bauordnungen der Länder und das

VerwArch 89 (1998), 264 (278 ff.); vgl. zum Streit auch *Schwerdtfeger*, Grundrechtlicher Drittschutz im Baurecht, NVwZ 1982, 5 ff.

⁶ Dazu *Bethge*, Der Anwendungsvorrang des einfachen Rechts, GS Tettinger, 2007, 369 (371, 394).

⁷ Dazu *Bethge* (Fußn. 6), GS Tettinger, 2007, 369 (375).

⁸ *Schenke* (Fußn. 4), NuR 1983, 81 (87 und passim); *ders.*, Besteuerung und Eigentums-garantie, FS Armbruster, 1976, 177 f., 183, 191 (zu Art. 1 Abs. 3 und 14 Abs. 1 GG).

⁹ Vgl. dazu z. B. *Wahl*, Der Vorrang der Verfassung und die Selbständigkeit des Gesetzes-rechts, NVwZ 1984, 401 (404); Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG als „Herausforderung des Verfas-sungstextes an die Interpreten“.

¹⁰ Vgl. z. B. *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, Kommentar, 11. Aufl. 2011, Art. 14 Rn. 37 m. w. N.; *Seidel*, Art. 14 Abs. 1 GG als Maßstab legislativer Ausgestaltungsbefugnis und be-standsschutzorientierter Rechtsanwendung, ZG 2002, 131 (133).

¹¹ Z. B. bei *Wahl* (Fußn. 9), NVwZ 1984, 401 (406, 407); *H. Dreier*, Grundrechtseingriff contra Gesetzesbindung, Die Verwaltung 36 (2003), 105 (121); *Kraft*, Entwicklungslinien im baurechtlichen Nachbarschutz, VerwArch 89 (1998), 264 (279).

Baugesetzbuch des Bundes. Also kann prinzipiell jede einfachrechtliche Norm be-stimmen, was als Eigentum grundrechtsgeschützt sein soll und wo Schranken lie-gen.¹² Die in Art. 1 Abs. 3 GG angeordnete Bindung des Gesetzgebers und der Exe-kutive ist jedoch relativiert, wenn Inhalt und Schranken eines Grundrechts, auf das die Anordnung zielt, von den Gebundenen selbst (mit)bestimmt werden. Immerhin redu-ziert Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG die Bedeutung des Art. 1 Abs. 3 GG für das Eigentums-grundrecht nicht auf Null.¹³ Dies widerspricht nicht nur dem Wortlaut des Art. 1 Abs. 3 GG, der sich ohne Einschränkung auf „die nachfolgenden Grundrechte“ be-zieht, sondern auch seinem Zweck, den Grundrechten einen Vorrang vor einfachem Recht einzuräumen.¹⁴ Das Grundgesetz stärkt dieses Ziel planvoll, z. B.¹⁵ ermöglicht es die Grundrechtsverfassungsbeschwerde (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG) und die Rich-tervorlage an das BVerfG (Art. 100 Abs. 1 S. 1 GG) und erschwert die Änderung der Verfassung (Art. 79 GG). Auch die Entstehung des Art. 1 Abs. 3 GG stützt diesen Be-fund: Gewollt war eine Abkehr von der Weimarer Verfassung, deren Grundrechte oft nur als Programmsätze verstanden wurden.¹⁶ Immerhin versuchte damals die Grund-rechtsdogmatik gleichwohl, mithilfe der Lehre von den Einrichtungsgarantien, auch den Gesetzgeber an das Eigentumsgrundrecht des Art. 153 Abs. 1 WRV zu binden.¹⁷ Art. 1 Abs. 3 GG erteilt nunmehr einem Verständnis der Grundrechte als bloße Pro-grammsätze eine noch deutlichere Absage.¹⁸ Wenn vor diesem Hintergrund Parla-ment und Exekutive Inhalt und Schranken des Eigentums i. S. von Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG bestimmen, kann es sich im Ergebnis nur um eine Mitbestimmung beim Ei-gentumsschutz handeln. Diese muss nicht nur sonstige Vorgaben der Verfassung ach-ten (z. B. Zuständigkeits- und Verfahrensregeln, Bestimmtheits- und Verhältnismä-ßigkeitsgrundsatz), sondern auch in Art. 14 GG selbst enthaltene.¹⁹ Dazu zählen neben der Pflicht zum Bewahren der Einrichtung Eigentum (Institutsgarantie) und der Sozialbindung des Eigentums (Art. 14 Abs. 2 GG) vor allem der Erhalt der Pri-vatnützigkeit, der grundsätzlichen Verfügungsbefugnis und des Innehabens konkret

¹² *Isensee*, in: Isensee/Kirchhof, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, 2000, § 111 Rn. 51; einschränkend *Schwerdtfeger* (Fußn. 5), NVwZ 1982, 5 (8).

¹³ Vgl. *Brohm*, Öffentliches Baurecht, 3. Aufl. 2002, § 18 Rn. 35; *Ibler*, in: Friauf/Höfling, Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 19 Abs. 4 (2002), Rn. 123; *Seidel* (Fußn. 10), ZG 2002, 131 (133).

¹⁴ Vgl. z. B. *Herdegen*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, Art. 1 Abs. 3 Rn. 1 (2005).

¹⁵ Weitere Beispiele bei *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundge-setz, Bd. 1, 6. Aufl. 2010, Art. 1 Rn. 152 f.

¹⁶ Vgl. z. B. auch *Jarass* (Fußn. 10), Art. 1 Rn. 31.

¹⁷ Zu diesen Ansätzen vgl. *Anschtitz*, Die Verfassung des Deutschen Reiches v. 11. August 1919, Kommentar, 14. Aufl. 1933, Nachdruck 1965, Art. 153 Anm. 5 m. w. N. Zur heutigen Bedeutung der Einrichtungsgarantien neben Art. 1 Abs. 3 GG vgl. auch *Ibler* (Fußn. 13), Art. 19 IV (2002), Rn. 34 ff.

¹⁸ Vgl. *Maurer*, Staatsrecht I, 6. Aufl. 2010, § 6 Rn. 21.

¹⁹ Näher z. B. *Ibler*, Die Eigentumsdogmatik und die Inhalts- und Schrankenbestimmungen i. S. v. Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG im Mietrecht, AcP 197 (1997), 565 (567 ff.).

vorhandener Gegenstände in der Hand ihres Eigentümers.²⁰ Ein Objekt, das jemand aufgrund einer Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums (z. B. im Einklang mit einem Bebauungsplan oder mit § 34 oder mit § 35 BauGB) erworben oder errichtet hat, innehat und/oder nutzt, wird kraft Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG als Eigentum geschützt. Ein vollständiger oder teilweiser Entzug dieser Rechtsposition ist an Art. 14 Abs. 3 GG zu messen,²¹ ihre Belastung an Art. 14 Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 GG sowie an den genannten sonstigen Vorgaben der Verfassung. Das Eigentumsgrundrecht hat folglich auch einen originär verfassungsrechtlichen Gehalt, der nicht erst durch einfaches Recht bestimmt werden muss. An ihn sind Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung i. S. von Art. 1 Abs. 3 GG unmittelbar gebunden.

Festgehalten werden kann bis hierhin zweierlei. Einerseits bestimmt nicht das einfache Recht allein den von Art. 14 Abs. 1 GG garantierten Eigentumsschutz. Andererseits erlangt das einfache Recht für den Eigentumsschutz von Verfassung wegen, genauer: kraft Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG, ein Gewicht, wie es bei anderen Grundrechten nicht ähnlich klar zum Ausdruck kommt (sieht man von dem auch in Art. 14 Abs. 1 GG geschützten, uns hier nicht interessierenden Erbrecht ab).

III. Art. 14 GG als Abwehrrecht oder als Schutzpflicht im Baunachbarrecht?

Für das in unserem Beispiel einschlägige Baunachbarrecht treten Aspekte hinzu, die das hier bestehende Verhältnis von Grundrecht und einfachem Recht weiter aufhellen könnten. In der Literatur wird für Nachbarklagen oft gesagt, bei ihnen sei das Eigentumsgrundrecht des Nachbarn nicht als Abwehrrecht gegen staatliche Eingriffe einschlägig, es gehe vielmehr um eine aus dem objektiven Wertgehalt des Art. 14 Abs. 1 GG folgende staatliche Schutzpflicht. Sie verpflichte den Staat, den benachbarten Eigentümer vor Übergriffen privater Dritter zu schützen;²² dazu werde sie vom Gesetzgeber ausgestaltet. Häufig heißt es sogar, ohne diese Ausformung durch Gesetz, d. h. ohne einfachrechtliche Schutznorm, gebe es keinen Nachbarschutz.²³ Art. 14 GG gebiete den Nachbarschutz, sei aber nicht selbst die Grundlage von Abwehrrechten des Nachbarn.²⁴ Gegen diese spezielle Sicht der Schutzpflichtthese

²⁰ Z. B. BVerfG, B. v. 16.2.2000 – 1 BvR 242/91, 315/99 – BVerfGE 102, 1 (15) m. w. N.; *Schwerdtfeger* (Fußn. 5), NVwZ 1982, 5 (8).

²¹ Vgl. z. B. BVerfG, B. v. 12. 6. 1979 – 1 BvL 19/76 – BVerfGE 52, 1 (27 f.).

²² Vgl. z. B. *Calliess*, Die grundrechtliche Schutzpflicht im mehrpoligen Verfassungsrechtsverhältnis, JZ 2006, 321 (321).

²³ Z. B. *Wahl*, Abschied von den Ansprüchen aus Art. 14 GG, FS Redeker, 1993, 245 (267); *Deppenheuer*, in v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 1, 6. Aufl. 2010, Art. 14 Rn. 123.

²⁴ *Wahl* (Fußn. 23), FS Redeker, 1993, 245 (267); auch ohne ausdrückliche Bezugnahme auf die Schutzpflichtdimension der Grundrechte vertreten z. B. von *Seidel* (Fußn. 10), ZG 2002, 131 (134 m. w. N.).

spricht indes wiederum Art. 1 Abs. 3 GG: Sofern es in Baunachbarfällen überhaupt um eine Schutzpflichtdimension des Eigentumsgrundrechts geht, umfasst die von Art. 1 Abs. 3 GG angeordnete unmittelbare Bindung aller Staatsgewalt auch den Schutzpflichtgehalt des Grundrechts.²⁵ Art. 14 Abs. 1 GG ist also so oder so nicht nur Programmsatz, kein bloßer Auftrag an den Gesetzgeber.

Die grundsätzlichere Frage, ob in Baunachbarfällen Art. 14 Abs. 1 GG als Abwehrrecht des Nachbarn einschlägig ist oder als von Gesetzgebung, ausführender Gewalt und Rechtsprechung zu erfüllende Schutzpflicht, ist komplizierter. Die Dogmatik grundrechtlicher Schutzpflichten, obwohl viel und eingehend diskutiert, ist noch längst nicht so erschlossen wie der Charakter jedes Grundrechts als Abwehrrecht gegen den Staat.²⁶ Wer die Schutzpflicht als Grundrechtsgehalt prinzipiell anerkennt, erstreckt sie zumeist auch auf Art. 14 Abs. 1 GG.²⁷ In unserem Beispiel spricht indes manches dafür, dass nicht eine Schutzpflicht des Staates gegenüber dem Nachbarn im Mittelpunkt steht, sondern das Bestreben des Nachbarn, einen staatlichen Eingriff abzuwehren. Der Nachbar wendet sich mit der Anfechtungsklage gegen einen Verwaltungsakt, von dem er sich belastet fühlt und dessen Bestandskraft er verhindern will. Entsprechend gingen VG²⁸ und OVG²⁹ sowie für vergleichbare Fälle das BVerfG³⁰ davon aus, dass ein Eingriff in das Eigentum des Nachbarn abzuwehren sei. Andererseits ist nicht einmal zweifelsfrei, ob die Belastung des Nachbarn wirklich vom Staat ausgeht, der die baurechtswidrige Gartenbaunutzung duldet. Duldung ist weder Genehmigung noch sonst Freigabe; sie ist nicht einmal per se rechtswidrig; immerhin stellt die Bauordnung ein Einschreiten der Baurechtsbehörde in deren Ermessen (vgl. z. B. § 65 S. 2 LBO BW, § 61 Abs. 1 S. 2 BauO NRW). Baurechtswidrig genutzt wird hier das Grundstück des (ehemaligen) Landwirts, er und seine Lieferanten und Kunden fahren dazu auch über das Nachbargrundstück. Verlangt der Nachbar also in Wahrheit staatlichen Schutz vor den Übergriffen dieser Privaten?

Diese angedeuteten Unsicherheiten veranlassen mich, einem klugen Ratschlag zu folgen. Weil die Schutzpflichtdogmatik Lücken im Grundrechtsschutz schließen soll, gilt als dogmatische Faustregel: im Zweifel an der Abwehrfunktion des Grundrechts ansetzen.³¹ Deren Maßstäbe sind im Ausgangspunkt klar: Schutzbereich, Eingriff, Eingriffsrechtfertigung.

²⁵ Vgl. z. B. *Isensee* (Fußn. 12), § 111 Rn. 90.

²⁶ s. z. B. *Isensee* (Fußn. 12), § 111 Rn. 12, 86 f.

²⁷ Vgl. z. B. *Calliess* (Fußn. 22), JZ 2006, 321 (322); *Isensee* (Fußn. 12), § 111 Rn. 86; *Steinberg*, Grundfragen des öffentlichen Nachbarrechts, NJW 1984, 457 (458 f.).

²⁸ VG Düsseldorf, U. v. 16.7.2008 – 9 K 2284/07 – www.justiz.nrw.de/nrwe, Rn. 27.

²⁹ OVG Münster, B. v. 29.1.2010 – 10 A 2430/08 – juris, Rn. 13.

³⁰ BVerfG, B. v. 11.5.1998 – 4 B 45/98 – NJW-RR 1999, 165 (165 f.).

³¹ Vgl. *Isensee* (Fußn. 12), § 111 Rn. 117.

IV. Zur Bedeutung eines Verwaltungsakts, der die baurechtswidrige Nutzung eines Grundstücks ausdrücklich duldet, für das Eigentumsgrundrecht des Nachbarn

Im Detail birgt Art. 14 Abs. 1 GG aber auch dann dogmatische Schwierigkeiten, wenn ein Baunachbar ihn als Abwehrrecht gegen den Staat geltend macht. In unserem Beispiel wird das Grundstück des Nachbarn benutzt, damit ist dessen Eigentumsgrundrecht immerhin thematisch einschlägig. Ein klassischer Grundrechtseingriff ist die bekämpfte Duldungsverfügung aber nicht. Sie begünstigt ihren Adressaten, den Bauherrn (der Nutzungsänderung); den Nachbar belastet, was nach ihr geschieht: Der Begünstigte kann nunmehr ohne Furcht vor einer Nutzungsuntersagung, insoweit risikofrei, Gartenbau betreiben; er, seine Kunden und Lieferanten befahren dazu das Nachbargrundstück. Ist diese Wirkung der Duldungsverfügung ein staatlicher Eingriff in das Eigentumsgrundrecht des Nachbarn? Immerhin: Ohne die ausdrückliche Duldung durch die Behörde hätte ein vernünftiger, wirtschaftlich handelnder Landwirt die Gartenbaunutzung nicht fortgeführt. Mangels eigener Zufahrt des Betriebsgrundstücks war für jeden absehbar, dass künftig auch Kunden und Lieferanten des Gartenbaubetriebs über das Grundstück des Nachbarn fahren. Diese Folge als Eingriff dem Staat zuzurechnen, könnte noch zu verneinen sein, falls der Nachbar den privaten Nutzern die Benutzung seines Grundstücks verwehren könnte. Auf ein eigenmächtiges Sperren seines Privatwegs ist der Nachbar nicht zu verweisen; das wäre auch nicht zielführend, weil in einem Fall wie diesem droht, dass der Bauherr sich auf ein Notwegerecht beruft. Aber auch eine zivilrechtliche Unterlassungsklage des Nachbarn gegen den Bauherrn (§§ 985, 1004 BGB) bliebe erfolglos, falls dieser sich auf ein Notwegerecht stützen kann (§ 917 Abs. 1 S. 1 BGB: „Fehlt einem Grundstück die zur ordnungsmäßigen Benutzung notwendige Verbindung mit einem öffentlichen Wege, so kann der Eigentümer von den Nachbarn verlangen, dass sie bis zur Hebung des Mangels die Benutzung ihrer Grundstücke zur Herstellung der erforderlichen Verbindung dulden.“). Gegen eine „ordnungsmäßige Benutzung“ des Vorhabengrundstücks spricht hier, dass der Gartenbaubetrieb formell und nach Feststellung der Gerichte auch materiell illegal war. Für eine „ordnungsmäßige Benutzung“ könnte allerdings sprechen, dass die Baurechtsbehörde diese Nutzung duldet und nach dem Wortlaut der Ermächtigung in der Bauordnung (z. B. § 65 S. 2 LBO BW, § 61 Abs. 1 S. 2 BauO NRW) auch dulden darf. Tatsächlich stimmen Verwaltungs- und Zivilrechtsprechung darin überein, dass auch eine baurechtswidrige Grundstücksbenutzung „ordnungsmäßig“ i. S. des § 917 Abs. 1 S. 1 BGB mit der Folge eines Notwegerechts über Nachbargrundstücke ist, wenn sie von der Baurechtsbehörde genehmigt oder ausdrücklich geduldet ist.³² So bewirkt die behördliche Duldungsverfügung zugunsten des Bauherrn hier am Schluss eine Duldungspflicht des Nachbarn, die diesen

³² Z. B. BGH, U. v. 7. 7. 2006 – V ZR 159/05 – NJW 2006, 3426 (3427) – Baugenehmigung; BVerwG, U. v. 26. 3. 1976 – IV C 7. 74 – BVerwGE 50, 282 (290 f.) – Baugenehmigung; VG Düsseldorf, U. v. 16. 7. 2008 – 9 K 2284/07 – www.justiz.nrw.de/nrwe, Rn. 33 – aktive Duldung; OVG Münster, B. v. 29. 1. 2010 – 10 A 2430/08 – juris Rn. 17 ff. = BauR 2010, 1213 (1214 f.) – aktive Duldung.

partiell von der Nutzung seines Grundstücks ausschließt und die er nur durch eine Anfechtungsklage abwehren kann. Es handelt sich um einen staatlichen Eingriff in das Eigentumsgrundrecht des Nachbarn.³³

Dieser Eingriff ist verfassungswidrig, sofern keine Schranke des Art. 14 GG ihn deckt. Aber weder das Eigentumsgrundrecht des Bauherrn noch dessen Berufsfreiheitsgrundrecht schützen eine baurechtswidrige Nutzung. Auch kein einfaches Recht – hier käme allenfalls die Norm der Bauordnung in Betracht, die das Einschreiten gegen eine baurechtswidrige Nutzung in das Ermessen der Behörde stellt – schützt hier den Bauherrn. Folglich verletzt die angefochtene Duldungsverfügung den Nachbarn in seinem Eigentumsgrundrecht; sie ist aufzuheben.

V. Der sog. Anwendungsvorrang des einfachen Rechts

VG und OVG haben den Verstoß gegen Art. 14 Abs. 1 GG mit vertretbarem Arbeitsaufwand bejaht, ohne dass sie den angedeuteten dogmatischen Streitfragen nachspüren mussten. Aber gelänge ihnen dies ähnlich leicht in anderen Baunachbarfällen? Wie lautet die unmittelbar auf Art. 14 Abs. 1 GG gestützte Lösung, wenn kein Notwegerecht in Rede steht, dessen Folgen für den Nachbarschutz in der Zivil- und in der Verwaltungsrechtsprechung übereinstimmend (vgl. oben IV.) als geklärt gelten? Wie wäre es, wenn das Grundstück des Nachbarn nicht körperlich durch Fahrzeugverkehr, sondern unkörperlich durch Immissionen beeinträchtigt wird? Wie wäre es, wenn die Behörde nicht ausdrücklich durch Verwaltungsakt die („aktive“) Duldung erklärt, sondern die baurechtswidrige Nutzung des Vorhabengrundstücks („passiv“) duldet, indem sie nicht dagegen vorgeht? Genügt dann noch die Abwehrrechtsdogmatik, vielleicht mit Hilfe der Figur eines Eingriffs durch Unterlassen?³⁴ Lassen sich solche Fragen etwa nur richtig beantworten, wenn man statt der Abwehrrechts- die Schutzpflichtdogmatik bemüht? Gibt es dazu verlässliche Prüfungsmaßstäbe oder verliert sich der Rechtsschutz in einem *case-law*, dessen Ergebnisse nicht mehr voraussehbar sind?

Auch wenn diese Fragen hier nicht alle beantwortet werden können, nähren sie doch Zweifel, ob der unvermittelte Rückgriff auf Grundrechte zulässig und geboten ist. Ein wichtiger Gegenvorschlag ist der sog. Anwendungsvorrang des einfachen Rechts. Begriff, Inhalt, Reichweite und Rechtfertigung dieser Figur sind aber noch umstritten und unscharf, auch im Baunachbarrecht. Die strengste Sicht schließt für den Schutz des Baunachbarn jeden unmittelbaren Rückgriff auf dessen Eigentumsgrundrecht aus; dieses sei nur ein Auslegungsmaßstab. Führe die Auslegung des einfachen Gesetzes gleichwohl nicht zum Nachbarschutz, bleibe der Nachbar schutz-

³³ Vgl. BVerwG, U. v. 26. 3. 1976 – IV C 7. 74 – BVerwGE 50, 282 (292); VG Düsseldorf, U. v. 16. 7. 2008 – 9 K 2284/07 – www.justiz.nrw.de/nrwe, Rn. 33; OVG Münster, B. v. 29. 1. 2010 – 10 A 2430/08 – juris Rn. 23 = BauR 2010, 1213 (1214). Vgl. ferner BayVG, U. v. 7. 12. 2010 – 14 B 09.2292 – juris Rn. 17.

³⁴ Vgl. dazu z. B. *Isensee* (Fußn. 12), § 111 Rn. 118 f.

los.³⁵ Die Argumente für diese These vom „Nachbarschutz nur nach Maßgabe einfachen Rechts“ sind aber zu abstrakt und zu unscharf: Der Anwendungsvorrang folge aus dem Bedürfnis nach Selbständigkeit des einfachen Rechts gegenüber Verfassungsrecht,³⁶ er gründe im rechtsstaatlichen Vorrang des Gesetzes (Art. 20 Abs. 3 GG) und sei deshalb selbst ein Verfassungsgebot.³⁷ Aber daraus ergibt sich nicht, dass die Selbständigkeit des einfachen Rechts und der Vorrang des Gesetzes die in Art. 1 Abs. 3 GG angeordnete unmittelbare Grundrechtsbindung auch der ausführenden Gewalt und der Rechtsprechung verdrängen können.³⁸ Die strenge Sicht des Anwendungsvorrangs des einfachen Rechts ist – trotz Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG (vgl. o. II.) – mit Art. 1 Abs. 3 GG unvereinbar. Sie kann den Vorrang der Verfassung vor einfachem Recht, der außer aus Art. 1 Abs. 3 GG auch aus Art. 20 Abs. 3 GG³⁹ und Art. 79 GG folgt, nicht in sein Gegenteil verkehren.

Nach einer weniger strengen Sicht bedeutet „Anwendungsvorrang des einfachen Rechts“, dass Verwalter und Richter für ihre Entscheidung zuerst die förmlichen einfachen Gesetze und die Rechtsverordnungen und Satzungen heranziehen müssen, statt sogleich und nur im Grundgesetz nach einer Lösung zu suchen.⁴⁰ Nur wenn die einfachrechtliche Regelung Lücken aufweist, sei direkt auf das einschlägige Grundrecht zuzugreifen.⁴¹ Anders als die nicht haltbare These vom „Nachbarschutz nur nach Maßgabe einfachen Rechts“ höhlt diese weniger strenge Sicht die unmittelbare Bindungsanordnung des Art. 1 Abs. 3 GG nicht aus. Die von ihr ins Feld geführten Gründe sind zudem konkreter und schärfer: Aus Art. 20 Abs. 3 GG folgt, dass Verwaltung und Rechtsprechung – auch – kein einfaches Recht verletzen dürfen. Dies wird in Baunachbarklagen vornehmlich wichtig, wenn das (verfassungskonform auszulegende) einfache Recht den Baunachbarn besser schützt, als dies durch Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG von Verfassung wegen gefordert ist. So soll das (dem BVerwG zufolge in den §§ 31, 34, 35 BauGB und § 15 BauNVO enthaltene)⁴² baurechtliche Rücksichtnahmegebot den Nachbarn einfachrechtlich auch schon im Vorfeld dessen schützen, was ihm als Eigentümer zusteht,⁴³ etwa vor Maßnahmen auf einem anderen Grundstück, welche die Grundstücksnutzung des Nachbarn noch nicht schwer und unerträglich stören. Hinzu kommt, dass die Voraussetzungen eines (verfassungskonformen) einfachgesetzlichen Nachbarrechts meist viel präziser sind als die des Eigentums-

³⁵ Wahl (Fußn. 23), FS Redeker, 1993, 245 (267); Depenheuer (Fußn. 23), Art. 14 Rn. 123.

³⁶ Wahl (Fußn. 9), NVwZ 1984, 401 (408); Bethge (Fußn. 6), GS Tettinger, 2007, 369 (388).

³⁷ Bethge (Fußn. 6), GS Tettinger, 2007, 369 (394).

³⁸ Vgl. dazu auch H. Dreier, Grundrechtseingriff contra Gesetzesbindung, Die Verwaltung 36 (2003), 105 (105).

³⁹ Vgl. z. B. Jarass (Fußn. 10), Art. 20 Rn. 32.

⁴⁰ Vgl. H. Dreier (Fußn. 38), Die Verwaltung 36 (2003), 105 (105).

⁴¹ Vgl. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Aufl. 2009, § 8 Rn. 11 ff.; Muckel, Der Nachbarschutz im öffentlichen Baurecht – Grundlagen und aktuelle Entwicklungen, JuS 2000, 132 (136).

⁴² Z. B. BVerwG, U. v. 26.9.1991–4 C 5.87 – BVerwGE 89, 69 (78).

⁴³ Vgl. z. B. BVerwG, U. v. 5.8.1983–4 C 96.79 – BVerwGE 67, 334 (337).

grundrechts; um dessen verfassungseigenen Gehalt (vgl. o. II.) festzustellen, müssen oft schwierige Fragen der Grundrechtsdogmatik, der Auslegung und der Abwägung beantwortet werden. Verwaltung und Gericht können ihre Entscheidung zugunsten des Nachbarn in diesem Fall in der Regel leichter und schneller einfachrechtlich begründen. Steht dem Nachbarn (verfassungskonform) ein einfaches Recht zu, ist der auf dieses gestützte Rechtsschutz i. S. des Art. 19 Abs. 4 GG effektiv. Zulasten des Nachbarn darf nur entschieden werden, wenn weder einfaches Nachbarrecht noch ein Grundrecht entgegensteht.

VI. Der Anwendungsvorrang des einfachen (Baunachbar)Rechts im Licht der Rechtsschutzgarantie

Bis hierhin lautet das Ergebnis: Im Baunachbarrecht heißt „Anwendungsvorrang des einfachen Rechts“, dass Baurechtsbehörde und Verwaltungsgericht für die Entscheidung zuerst die förmlichen einfachen Gesetze, Rechtsverordnungen und Satzungen heranziehen müssen, statt sogleich und nur im Grundgesetz nach der Lösung zu suchen. Von den Gründen dafür – 1. Das einfache Recht weitet den Nachbarschutz häufig über den unmittelbar durch Art. 14 GG erzielbaren hinaus aus; 2. das einfache Recht nennt regelmäßig präzisere Voraussetzungen als das sehr knapp formulierte und schwierige Auslegung und Abwägung erfordernde Grundrecht; und 3. die Effektivität des Rechtsschutzes – möchte ich aus Anlass des eingangs genannten Beispiels die Effektivität des Rechtsschutzes noch einmal beleuchten.

VG und OVG haben nicht näher erörtert, ob hier nachbarschützendes einfaches Baurecht verletzt sein könnte: „Ungeachtet des Fehlens einer zugunsten Dritter wirkenden Schutznorm des einfachen Rechts können Nachbarn öffentlich-rechtliche Abwehrrechte nämlich auch dann zustehen, wenn die rechtswidrige Entscheidung der Behörde oder die Ausnutzung dieser Entscheidung durch den Begünstigten den Nachbarn in seinem durch Art. 14 Abs. 1 GG geschützten Eigentum verletzen.“⁴⁴ Der Sache nach beschränken sich die Entscheidungsgründe darauf, dass die angefochtene Verfügung das Eigentumsgrundrecht des Nachbarn verletzt. Beide Gerichte haben sich also – zu Recht – nicht an die strenge Sicht vom Anwendungsvorrang des einfachen Rechts (s. o. V.) gehalten. Aber auch die Vertreter der weniger strengen Sicht würden hier wohl vermissen, dass die Richter nicht zuvor gezeigt haben, dass keine Nachbarschutznorm des einfachen Rechts verletzt wurde, etwa das baurechtliche Rücksichtnahmegebot, und dass das einfache Recht damit lückenhaft ist.⁴⁵ Das Rücksichtnahmegebot, das den Rückgriff auf das Eigentumsgrundrecht des Nachbarn erübrigen soll,⁴⁶ besagt (in einer Formulierung des BVerwG): „Je emp-

⁴⁴ OVG Münster, B. v. 29.1.2010–10 A 2430/08 – juris, Rn. 13 = BauR 2010, 1213 (1214); vgl. auch VG Düsseldorf, U. v. 16.7.2008–9 K 2284/07 – www.justiz.nrw.de/nrwe, Rn. 27 ff.

⁴⁵ Vgl. z. B. Maurer (Fußn. 41), § 8 Rn. 11 ff.; Muckel (Fußn. 41), JuS 2000, 132 (136).

⁴⁶ Vgl. z. B. BVerwG, U. v. 26.9.1991–4 C 5.87 – BVerwGE 89, 69 (78); Brohm (Fußn. 13), § 18 Rn. 29.

findlicher und schutzwürdiger die Stellung derer ist, denen die Rücksichtnahme im gegebenen Zusammenhang zugutekommt, um so mehr kann an Rücksichtnahme verlangt werden. Je verständlicher und unabweisbarer die mit dem Vorhaben verfolgten Interessen sind, um so weniger braucht derjenige, der das Vorhaben verwirklichen will, Rücksicht zu nehmen.⁴⁷ Das Gebot verlangt, nach einer anderen Formulierung des BVerwG: „Es sind die Schutzwürdigkeit des Betroffenen, die Intensität der Beeinträchtigung, die Interessen des Bauherrn und das, was beiden Seiten billigerweise zumutbar oder unzumutbar ist, gegeneinander abzuwägen. Feste Regeln lassen sich dabei nicht aufstellen; erforderlich ist vielmehr eine Gesamtschau der von dem Vorhaben ausgehenden Beeinträchtigungen.“⁴⁸

Es hätte sich im Eingangsfall wahrscheinlich begründen lassen, dass die Gartenbaunutzung nicht aktiv hätte geduldet werden dürfen, weil sie die gebotene Rücksicht auf den Nachbarn vermissen lasse, so dass das einfachrechtliche nachbarschützende Rücksichtnahmegebot verletzt sei. Allerdings birgt das Rücksichtnahmegebot im Baunachbarrecht ähnlich große dogmatische Unsicherheiten wie die erwähnten grundrechtlichen Schutzpflichten und wie der Anwendungsvorrang des einfachen Rechts. Inhalt, Grundlage und Reichweite dieser Rechtsfigur sind noch nicht in jeder Hinsicht und für jede denkbare Fallkonstellation geklärt.⁴⁹ Selbst Grundfragen werden nicht einmütig beantwortet: Wer ist eigentlich Adressat der Rücksichtnahmepflicht – der Bauherr?, die Baurechtsbehörde?, beide?⁵⁰ Ist auch der Nachbar seinerseits zur Rücksichtnahme auf den Bauherrn verpflichtet? Schützt das baurechtliche Rücksichtnahmegebot typischerweise vor baurechtswidrigen Bauten und Nutzungen oder sind auch außerbaurechtliche Auswirkungen (z. B. eine Erhöhung der Gefahr von Terroranschlägen)⁵¹ eines im Übrigen baurechtmäßigen Vorhabens einzubeziehen? Der Vorwurf, das baurechtliche Rücksichtnahmegebot sei ein „Irrgarten des Richterrechts“⁵², steht deshalb bis heute im Raum.⁵³ Das Gebot sei zu kompliziert; stattdessen wäre ein direkter Rückgriff auf Art. 14 Abs. 1 GG dogmatisch einfacher und einleuchtender.⁵⁴ Auch der Jubilar hält deshalb an der Möglichkeit des Rückgriffs auf Art. 14 GG fest.⁵⁵

⁴⁷ BVerwG, U. v. 25. 2. 1977 – IV C 22.75 – BVerwGE 52, 122 (126).

⁴⁸ BVerwG, U. v. 25.1.2007 – 4 C 1.06 – BVerwGE 128, 118 (124).

⁴⁹ Zu Entwicklung und Entwicklungsstand des baurechtlichen Rücksichtnahmegebots vgl. z. B. *Gaentzsch*, Das Gebot der Rücksichtnahme bei der Zulassung von Bauvorhaben, ZfBR 2009, 321; *Brohm* (Fußn. 13), § 18 Rn. 27 ff.; *Stühler*, Das Gebot der Rücksichtnahme als allgemeines Rechtsprinzip im öffentlichen Nachbarrecht, BauR 2009, 1076 ff.

⁵⁰ So z. B. *Seibel*, Das Rücksichtnahmegebot im öffentlichen Baurecht, BauR 2007, 1831 (1831 f.).

⁵¹ Vgl. BVerwG, U. v. 25.1.2007 – 4 C 1.06 – BVerwGE 128, 118 = juris.

⁵² *Breuer*, Das baurechtliche Gebot der Rücksichtnahme – ein Irrgarten des Richterrechts, DVBl. 1982, 1065.

⁵³ Vgl. *Gaentzsch* (Fußn. 49), ZfBR 2009, 321 (322, 324); *Seibel* (Fußn. 50), BauR 2007, 1831 (1832).

⁵⁴ Vgl. *Schenke*, Verwaltungsprozessrecht, 12. Aufl. 2009, Rn. 516 f.; *Brohm* (Fußn. 13), § 18 Rn. 35.

Wenn das Gericht sich hier nur auf Art. 14 Abs. 1 GG stützt, knüpft es an eine ständige Rechtsprechung zum Baunachbarrecht in den sog. Notwegfällen an und verzichtet dadurch auf komplizierte Ausführungen zur Dogmatik grundrechtlicher Schutzpflichten, zum Anwendungsvorrang des einfachen Rechts und zum Rücksichtnahmegebot.⁵⁶ Die gefestigte Notwegrechtsprechung im Baunachbarrecht macht auch die Entscheidung im Eingangsfall vorhersehbar, und das Anknüpfen an diese Rechtsprechung erlaubt ein Ergebnis in angemessener Zeit, ein wichtiges Merkmal effektiven Rechtsschutzes. Auch die Entwicklung einer gefestigten (nicht: unabänderlichen) Rechtsprechung selbst fördert Rechtssicherheit und Rechtsschutz. Diese Rechtspflegeaufgabe der Fachgerichte⁵⁷ erstreckt sich wegen Art. 1 Abs. 3 GG und Art. 19 Abs. 4 GG auch auf das Eigentumsgrundrecht. Im Licht der Rechtsschutzgarantie (Art. 19 Abs. 4 GG) ist dazu selbst die weniger strenge Sicht vom Anwendungsvorrang des einfachen Rechts weiter zu lockern.

VII. Ergebnis

„Anwendungsvorrang des einfachen Rechts“ heißt: Die Verwaltungsbeamten und -richter sollen für ihre Entscheidung zuerst die einfachen Parlamentsgesetze, Rechtsverordnungen und Satzungen heranziehen, statt sogleich und nur in der Verfassung nach einer Lösung zu suchen. Sie müssen auf das einschlägige Grundrecht zurückgreifen, wenn die einfachrechtliche Regelung Lücken hat. Sie dürfen sogleich auf das Grundrecht abstellen, wenn ein Verfassungsverstoß überzeugend und einfacher zu begründen ist.

⁵⁵ Z. B. in Verwaltungsprozessrecht, 12. Aufl. 2009, Rn. 517.

⁵⁶ OVG Münster, B. v. 29.1.2010 – 10 A 2430/08 – juris = BauR 2010, 1213 (1214) = juris Rn. 22 ff.; VG Düsseldorf, U. v. 16.7.2008 – 9 K 2284/07 – www.justiz.nrw.de/nrwe, Rn. 31 ff. Dementsprechend sieht der BayVGh, U. v. 7.12.2010 – 14 B 09.2292 – juris Rn. 17, 23 in einem Baunachbarklage-Notwegrechts-Fall Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG als verletzt und lässt ausdrücklich offen, ob auch gegen das Rücksichtnahmegebot verstoßen sei.

⁵⁷ Vgl. dazu *Ibler*, Rechtspflegender Rechtsschutz im Verwaltungsrecht, 1999, S. 70.