

Die Konzeption des subjektiven öffentlichen Rechts nach deutschem Recht

von Ingo Kraft

I. Einleitung

Die Diskussion um das subjektiv öffentliche Recht bereichert die deutsche Verwaltungsrechtsdogmatik seit dem ausgehenden 19. Jahrhundert.¹ Der Begriff gründet sich auf die klassische Formulierung *Ottmar Büblers* aus dem Jahr 1914:²

»Subjektives öffentliches Recht ist diejenige rechtliche Stellung des Untertanen zum Staat, in der er auf Grund eines Rechtsgeschäfts oder eines zwingenden, zum Schutz seiner Individualinteressen erlassenen Rechtssatzes, auf den er sich der Verwaltung gegenüber soll berufen können, vom Staat etwas verlangen kann oder ihm gegenüber etwas tun darf.«

Die Definition enthält bereits die heute noch wesentlichen Elemente von Rechtssatz, Individualschutz(norm) und Einräumung von Rechtsmacht. Konstruktiv ist das subjektiv-öffentliche Recht eine Anleihe aus dem Zivilrecht. In dieser älteren und wesentlich früher dogmatisch ausdifferenzierten Teilrechtsordnung wurden zwei für die Entwicklung des subjektiven Rechts notwendige gedankliche Abschichtungen vollzogen:

- Zum einen die Unterscheidung zwischen objektivem Recht als der Gesamtheit aller Rechtssätze und dem subjektivem Recht als dem einer Person zugeordneten Anspruch. Diese Entwicklung geht zurück auf *Friedrich-Carl v. Savigny*, der das subjektive Recht als der einzelnen Person zustehende Willensmacht definierte.³ Anders als der anglo-amerikanische Rechtskreis kennt die deutsche Fachterminologie dafür keine getrennten Termini wie *law* und *right*.
- Zum anderen die *Bernhard Windscheid* zugeschriebene Differenzierung zwischen materiellem Anspruch (*ius*) und prozessrechtlicher Durchsetzung (*actio*). Erst die Überwindung des römisch-rechtlich geprägten Actionen-Denkens, in

aus:

Winfried Kluth/Klaus Rennert (Hrsg.)

Entwicklungen im Verwaltungsprozessrecht

Hallesche Schriften zum Öffentlichen Recht Bd. 9

Halle 2008

1 Grundlegend C.-F. v. Gerber, Ueber öffentliche Rechte, 1852; G. Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl. 1905. Zur Entwicklung ausführlich: H. Bauer, Geschichtliche Grundlagen der Lehre vom subjektiven öffentlichen Rechte, 1986.

2 O. Bühler, Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungssprechung, 1914, S. 21, 224; ders., Altes und Neues über Begriff und Bedeutung der subjektiven öffentlichen Rechte, in: Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, hrsgg. v. O. Bachof u.a., 1955, S. 269 (274).

dem materielles Recht und Klagbarkeit zusammenfielen, eröffnete die Unterscheidung zwischen materiellem Recht und Prozessrecht.⁴

Danach wurde das im Zivilrecht anerkannte Rechtsinstitut des subjektiven Rechts auf das Verhältnis zwischen Staat und Untertan übertragen.⁵ Spezifische Entstehungsvoraussetzungen des subjektiv öffentlichen Rechts sind:

- die Trennung zwischen Öffentlichem und Privatem Recht und die damit einhergehende Spaltung des Rechtswegs,
- die Vorstellung des Staates als juristische Person und damit möglichem Bezugspunkt von Rechtsbeziehungen⁶ sowie
- die Emanzipation des Individuums vom rechtlosen Untertan zum potentiellen Rechtsträger und damit vom reinen Objekt staatlichen Handelns zu einem dem Staat gegenüber tretenden Subjekt.

Die zivilrechtliche Provenienz des subjektiv öffentlichen Rechts darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass sich die für das subjektive Recht bedeutsamen Ausgangsbedingungen in den beiden Teilrechtsordnungen wesentlich unterscheiden:⁷ Während im Zivilrecht mit der Pflicht des einen Teils grundsätzlich auch ein Recht des Begünstigten korrespondiert (Anspruch gem. § 194 Abs. 1 BGB),⁸ besteht diese Reziprozität von Pflicht und Anspruch im Öffentlichen Recht nicht durchgehend. Grund dafür ist die unterschiedliche Reichweite der Regelungszwecke der Teilrechtsordnungen: Das Zivilrecht beschränkt sich auf den individuellen Interessenausgleich und gewährt deshalb nahezu durchgehend den Beteiligten subjektive Rechte. Demgegenüber steht im Öffentlichen Recht das öffentliche Interesse im Vordergrund; das schließt die Berücksichtigung parallel laufender Individualinteressen nicht aus. Die potentielle Überlagerung von öffentlicher und (ggf. zusätzlicher) individueller Schutzrichtung einer öffentlich-rechtlichen Norm stellt das subjektive Recht in der öffentlich-rechtlichen Teilrechtsordnung in einen Zusammenhang, der im Zivilrecht (abgesehen von § 823 Abs. 2 BGB) unbekannt ist: Die Abgrenzung

3 E.-C. *u.Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, Bd. I, 1840, S. 7. Demgegenüber stellte *Rudolf v.Jhering*, Geist des römischen Rechts, 3. Teil, 8. Aufl. 1954, S. 327 ff. den in der Verwirklichung der individuellen Interessen liegenden Zweck in den Vordergrund und sah als subjektives Recht das »rechtlich geschützte Interesse« an. Zur Kontroverse zwischen Willens- und Interessentheorie im 19. Jahrhundert und der Kombinationstheorie als Synthese: O. *Bachof*, Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung, 1951, S. 63 ff.; H. *Bauer* (Fn. 1), S. 75 f.

4 B. *Windscheid*, Die Actio des römischen Civilrechts vom Standpunkt des heutigen Rechts, 1856, S. 2 ff.; ders., Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. I, 8. Aufl. 1900, S. 155 f.

5 So O. *Bühler* (Fn. 2), S. 9.

6 Dazu H. *Bauer* (Fn. 1), S. 43, 48 ff.

7 O. *Bachof*, Reflexwirkungen und subjektive Rechte im öffentlichen Recht, in: Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, hrsgg. v. O. *Bachof* u.a., 1955, S. 287 (290 f.).

8 Ausnahmen: Unechter Vertrag zugunsten Dritter (§ 328 Abs. 2 BGB), Testamentarische Auflage (§ 1940 BGB).

von normativ intendiertem Schutz des Begünstigten gegenüber bloßem (faktischen) Rechtsreflex.

II. Funktion und Bedeutung des subjektiv-öffentlichen Rechts

1. Initiativberechtigung für den Verwaltungsprozess

Nach der Systemscheidung des deutschen Prozessgesetzgebers für den Individualrechtsschutz, wie er in Art. 19 Abs. 4 GG als (Mindest-)Garantie festgeschrieben und in § 42 Abs. 2 sowie § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO einfachgesetzlich ausgestaltet ist, knüpft die Eröffnung der gerichtlichen Sachprüfung sowie der Erfolg einer Klage an (die Möglichkeit) eine(r) Verletzung eines subjektiv-öffentlichen Rechts des Klägers an. Die auf *Otto v.Sarwey*⁹ zurückzuführende, als sog. »süd-deutsche Lösung« überzeichnete¹⁰ Grundentscheidung für einen verwaltungsexternen Schutz subjektiver Rechte durch unabhängige Gerichte als Gegenpol zum preußischen Modell verwaltungsinterner objektiver Rechtskontrolle hat Konsequenzen im Hinblick auf die Kontrolldichte sowie Rückwirkungen auf das Verhältnis von zweiter und dritter Gewalt, denen hier nicht nachzugehen ist. Festzuhalten bleibt an dieser Stelle, dass das im Prozess verfolgte subjektiv-öffentliche Recht von Art. 19 Abs. 4 GG und dem Prozessrecht vorausgesetzt und nicht erst geschaffen wird. Es gehört zum materiellen Recht und ist kein prozessrechtlicher Begriff; vielmehr dient der verwaltungsgerichtliche Rechtsschutz als Instrument der Durchsetzung des subjektiv-öffentlichen Rechts.

2. Weitergehende Funktion?

Das subjektive Recht hat im Zivilrecht über die gerichtliche Initiativberechtigung hinausreichende Funktionen auch im materiellen Recht: Gestaltungsrechte (z.B. Abtretung, Übertragung) und andere Rechtsinstitute (z.B. Sicherungsrecht wie die Hypothek) knüpfen an das Bestehen eines Anspruchs an. Demgegenüber erschöpfen sich die Funktionen des subjektiven Rechts in der Teilrechtsordnung des Öffentlichen Rechts in der prozessrechtlichen Initiativberechtigung und der Beschreibung ihrer Reichweite.

Im Vergleich zum Zivilrecht ist das subjektiv-öffentliche Recht als von der Klagbarkeit verschiedene materielle Rechtsposition – jedenfalls in seiner Ausprägung als Abwehrrecht – nur schwer vermittelbar.¹¹ Das liegt wohl in erster Linie daran,

9 O. *v.Sarwey*, Das öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege, 1880, S. 73 ff.

10 R. *Wahl* in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, Verwaltungsgerichtsordnung, Vorb § 42 Abs. 2 Rn. 11 ff. m.w.N. weist darauf hin, dass in der historischen Wirklichkeit die Systeme nicht so weit auseinander lagen; so bereits W. *Henke*, Das subjektive öffentliche Recht, 1968, S. 31.

dass bei der das Öffentlichen Recht typischen Konstellation der Abwehr eines eingreifenden Verwaltungsakts Initiative und Inhaberstellung des subjektiv-öffentlichen Rechts auseinanderfallen: Aufgrund der ihr in der Befugnisnorm eingeräumten Titulierungsbefugnis erlässt die Verwaltung den Verwaltungsakt und »greift an«; das subjektive Recht ist ein aus der Verletzung hervorgegangener Beseitigungsanspruch des Betroffenen.¹² Die in der gerichtlichen Sachprüfung relevanten Beurteilungsmaßstäbe fokussieren auf die Handlungsmöglichkeiten der Behörde (= Befugnisnorm und Erfüllung der Voraussetzungen), während das subjektiv-öffentliche Recht des Betroffenen aus deren bloßer Negation als Abwehrrecht konstruiert wird. Es ist aber auch nicht identisch mit dem gegenüber dem Gericht bestehenden Kassations- oder Verpflichtungsanspruch (§ 113 Abs. 1 S. 1 bzw. Abs. 5 S. 1 VwGO), sondern diesem vorgelagert.¹³

In der zeitlichen Abfolge eines Falles kommt es auf das Bestehen eines subjektiv-öffentlichen Rechts immer erst dann an, wenn der Verwaltungsakt bekannt gegeben ist und wegen drohender Bestandskraft nur noch mit gerichtlicher Hilfe aus der Welt geschafft werden kann. Daher besteht die Gefahr einer Gleichsetzung des subjektiv-öffentlichen Rechts mit der Klagbarkeit und damit des Rückfalls in actionenrechtliches Denken.¹⁴

Demgegenüber viel einfacher die Leistungskonstellation: Hier ist das subjektiv-öffentliche Recht – parallel zum Zivilrecht – identisch mit dem materiellen Anspruch (z.B. § 1 BAföG).¹⁵ Die Anspruchsvoraussetzungen zentrieren positiv auf die Sphäre des Berechtigten und ergeben sich nicht negativ aus der Negation von Handlungsbefugnissen der Verwaltung. Zudem wird der Inhaber des subjektiven Rechts initiativ und nicht dessen Verpflichteter; er verfolgt seinen auf zukünftige Leistung gerichteten Anspruch (Identität von Initiative und Inhaberstellung).

3. Differenzierung Norminhalt – Normqualität

Für das Verständnis wesentlich ist die Erkenntnis, dass die Unterscheidung zwischen objektivem öffentlichen Recht und subjektivem öffentlichen Recht *nicht* den Norminhalt als Maßstab für das Verhalten der Verwaltung betrifft. Das Verwaltungshandeln (bzw. dessen retrospektive gerichtliche Beurteilung) bestimmt

11 Den unvollendeten Übergang von der formellen (= prozessrechtlichen) zur materiellen Gestalt des subjektiven öffentlichen Rechts, d.h. von der Klagebefugnis zum Anspruch, beklagt auch *W. Henke* (Fn. 10), S. 8.

12 *F. Weyreuther*, Die Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsakts und die »dadurch« bewirkte Verletzung »in ... Rechten« (§ 113 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 4 Satz 1 VwGO), in: FS Menger, 1985, S. 681 (687).

13 *A. Scherzberg*, Grundlagen und Typologie des subjektiv-öffentlichen Rechts, DVBl. 1988, 129 (133).

14 Nicht unterschätzen sollte man auch die Auswirkungen des Umstandes, dass an den Universitäten im Öffentlichen Recht materielles Recht und Prozessrecht zusammen vermittelt werden. Die Trennung von ius und actio wird daher von Studenten nicht in gleicher Schärfe wie im Zivil- und Strafrecht erfahren.

15 *F. Weyreuther* (Fn. 12), S. 681 (685 f.).

sich allein nach dem (objektivrechtlichen) Norminhalt und führt zu der Dichotomie rechtmäßig – rechtswidrig. Nur der Norminhalt ist von Bedeutung z.B. für die Prüfung einer Maßnahme durch eine vorgesetzte Behörde im Rahmen der Binnenkontrolle der Verwaltung durch Rechts-, Fach oder allgemeine Aufsicht.

Demgegenüber ist die Verwaltungskontrolle durch die Gerichte in dem die Verwaltungsgerichtsordnung durchziehenden System des subjektiven Rechtsschutzes enger angelegt: Vor Gericht ist ein (objektiver) Rechtsverstoß nur eine notwendige, nicht bereits hinreichende Voraussetzung für die gerichtliche Kassation eines Verwaltungsakts. Vielmehr muss, wie in § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO zum Ausdruck gebracht, für den Erfolg des Klägers mit dem objektiven Rechtsverstoß zugleich die Verletzung eines subjektiven Rechts verbunden sein.

Betrachtet man die Masse öffentlich-rechtlicher Vorschriften – das objektive Öffentliche Recht – als Gesamtmenge, so dient dem unmittelbaren Schutz des Individuums nur eine Teilmenge daraus. Dazu gehören nach der Schutznormtheorie nur die Rechtssätze, aus deren individualisierenden Tatbestandsmerkmalen sich ein Personenkreis entnehmen lässt, der sich von der Allgemeinheit unterscheidet. Die Abgrenzung von Vorschriften nach ihrer Normqualität dient der Beantwortung der Frage, ob sich das Individuum auf die Einhaltung der Norm zu berufen vermag.¹⁶

Die oft aus der Verwaltungspraxis zu hörenden Klage, die »Erfindung« neuer subjektiver Rechte durch die Gerichte schränke die Verwaltung immer mehr ein, ist falsch und richtig zugleich: *Dogmatisch* gesehen trifft sie nicht zu; denn sie betrifft *nicht* die erste Voraussetzung des § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO, die Differenzierung rechtmäßig – rechtswidrig. Die gesetzlichen Beurteilungsmaßstäbe für das Verhalten der Verwaltung und damit der ihr vom Gesetz eröffnete Handlungsbereich bleiben unberührt.¹⁷ *Praktisch* gesehen ist sie richtig; denn wo kein subjektives Recht, dort keine zulässige Klage und demzufolge kein Kläger mit Aussichten auf eine richterliche Sachentscheidung. Das objektive Recht wird von der Verwaltung oft als ihr zustehende Manövriermasse verstanden, die z.B. eine Versagung einer Baugenehmigung im Außenbereich rechtfertigt, eine gegen § 35 BauGB verstoßende rechtswidrige Genehmigung aber für Dritte unangreifbar lässt. In der administrativen Praxis hat rein objektives Recht oftmals nur geringere Durchsetzungschancen: Strafrecht, Presse, Haftung und subjektive Rechte – das sind die Realfaktoren für die Rechtsdurchsetzung insbesondere gegenüber gewählten Verwaltungsorganen mit einem psychologischen Legitimationsüberschuss.

16 Zur Unterscheidung von Norminhalt und Normqualität *Verf.*, Entwicklungslinien im baurechtlichen Nachbarschutz, *VerwArch.* 89 (1998), 264 (266).

17 *BVerwG*, U.v. 23.8.1996 – 4 C 13.94, *BVerwGE* 101, 364 (375 f.) »Der nachbarliche Drittschutz führt zu keiner Veränderung der Grundlagen und Maßstäbe für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit von Vorhaben. Er erlaubt nur, dass der Nachbar eine Verletzung objektiven Rechts geltend machen darf.«

Nochmals zur Klarstellung: Das Abklopfen einer Vorschrift auf einen über ihre objektivrechtliche Qualität hinausgehenden subjektivrechtlichen Gehalt betrifft nicht die Beurteilungsmaßstäbe des Verwaltungshandelns in der Dichotomie rechtmäßig – rechtswidrig, sondern entscheidet auf einer ganz anderen Ebene über den Zugang zu einem verwaltungsextern Kontrollforum, der gerichtlichen Überprüfung. *Norminhalt* (= an die Exekutive adressiertes Steuerungsprogramm) und *Normqualität* (= objektiv- oder subjektivrechtlich) sind unterschiedliche Kategorien, auch wenn die erstere durch die Benennung individualisierender Tatbestandsmerkmale die letztere prägt.

III. Geschichtliche Entwicklung

In der geschichtlichen Entwicklung des subjektiv öffentlichen Rechts spiegelt sich die Veränderung des Menschenbilds in der Moderne wieder. Wie ein Seismograph gibt die Rezeption der Idee des subjektiv-öffentlichen Rechts Auskunft über die Wertschätzung des Individuums aus der Sicht der staatlichen Gemeinschaft.

1. Spätkonstitutionalismus

Ausgangspunkt bei der Bestimmung des Verhältnisses des Einzelnen zum Staat war der status *subjectionis*.¹⁸ Gleichsam einer Nachwehe des Absolutismus wurde aus der staatlichen Herrschaftsmacht die allumfassende Gehorsamspflicht des Untertans abgeleitet. Als Gewaltunterworfenener war sein Verhältnis zum Staat nur durch Pflichten geprägt, es hatte reinen subordinativen Charakter. Die Extremposition selbst im ausgehenden 19. Jahrhundert gipfelte in der Annahme, dass subjektive Rechte des Individuums gegen den Staat begrifflich undenkbar seien, weil der Landesherr als Souverän und damit Quelle der Rechtsordnung über dem Recht stehe und diesem nicht unterworfen sei.¹⁹ Den »sog. Grund- oder Freiheitsrechten« in den Landesverfassungen wurde daher nur programmatische Bedeutung zugemessen; zudem waren sie auf Ausfüllung durch den Gesetzgeber angewiesen.

Selbst wenn in den Landesverfassungen enthaltene Grundrechte über ihren objektivrechtlichen Gehalt hinaus überhaupt als subjektive öffentliche Rechte angesehen wurden,²⁰ dann als vom Staat verliehene Selbstbeschränkung zur Gewährung einer staatsfreien Sphäre. Mangels Vorrangs der Verfassung konnten sie nicht gegen den Gesetzgeber, sondern nur gegen die Verwaltung gewendet werden, um einen

18 Vgl. G. Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 1892, Neudruck der 2. Aufl. Tübingen 1919 (Aalen 1964) S. 86 und S. 94 ff. zu der darauf aufbauenden Statuslehre.

19 So noch C. Bornhak, *Preussisches Staatsrecht*, Bd. I, 1888, S. 68 f.; F. Giese, *Die Grundrechte*, 1905, S. 57; zur Entwicklung W. Henke (Fn. 11), S. 9 ff. und H. Bauer (Fn. 1), S. 66 f.

20 Zum Streit über den subjektiv-rechtlichen Charakter der Grundrechte in der Staatsrechtslehre des Spätkonstitutionalismus H. Bauer (Fn. 1), S. 65 ff.

»Anspruch auf Unterlassung oder Aufhebung derjenigen obrigkeitlichen Befehle zu begründen, welche mit der gesetzlich festgestellten Freiheit in Widerspruch stehen.«²¹

2. Weimarer Zeit

Die in der Weimarer Reichsverfassung niedergelegten »Grundrechte und Grundpflichten der Deutschen« vermochten keinen wesentlichen Impuls auf eine Weiterentwicklung des subjektiv öffentlichen Rechts zu geben. Allerdings wurden nach und nach auch die Grundrechte als subjektiv-öffentliche Rechte verstanden, ja sogar als ihr Prototyp gedeutet.²² Das hatte zur Folge, dass der von der Verwaltungsrechtsprechung judizierte Anspruch auf Unterlassung gesetzwidriger Eingriffe²³ als Freiheitsrecht aufgefasst wurde und damit das bisher rein objektiv verstandene Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung subjektivierte.²⁴

Unterhalb der Verfassung herrschte auf der Ebene des Verwaltungsrechts erst einmal Kontinuität. Symptomatisch für eine weitgehend befürwortete Immunisierung des Verwaltungs- gegenüber dem Verfassungsrecht war Otto Mayers Bemerkung: »Verfassungsrecht vergeht, Verwaltungsrecht besteht.«²⁵ Aber immerhin: Das subjektive öffentliche Recht war dogmatisch etabliert und wurde nun in der verwaltungsgerichtlichen Alltagsarbeit in den sich ausdifferenzierenden Bereichen des Verwaltungsrechts durch die Richter durchdekliniert.²⁶ Ein feedback aus der gerichtlichen Praxis in die Lehre liegt in der Aufweichung des Erfordernisses eines »zwingenden Rechtssatzes«; denn mit Blick auf die sich entwickelnden Standards gerichtlicher Ermessenskontrolle wurde auch die Ermessensnorm als Quelle subjektiver Rechte anerkannt.²⁷

3. Nationalsozialismus

Es liegt auf der Hand, dass das subjektiv öffentliche Recht im Nationalsozialismus nicht weiter-, sondern zurückentwickelt wurde. Die als liberale Fehlentwicklung gebrandmarkte Vorstellung galt es abzuschaffen²⁸ oder zumindest im Sinne einer

21 G. Meyer, *Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts*, 4. Aufl. 1895, S. 687.

22 O. Bühler, *Reichsverfassung*, 3. Aufl. 1929, S. 121 f.

23 W. Jellinek, *Verwaltungsrecht*, 2. Aufl. 1929, S. 197.

24 H. Bauer (Fn. 1), S. 100.

25 O. Mayer, *Verwaltungsrecht*, Bd. I, 3. Aufl. 1924, S. VI. Das Gegenstück dazu unter der Geltung des Grundgesetzes bildet der Ausspruch von F. Werner: »Verwaltungsrecht ist konkretisiertes Verfassungsrecht.« in DVBl 1959, 527.

26 H. Bauer (Fn. 1), S. 95; M. Stolleis, *Geschichte des Öffentlichen Rechts in Deutschland*, Bd. 2, 1992, S. 376.

27 W. Jellinek, *Verwaltungsrecht*, 2. Aufl. 1929, S. 200. Zur Entwicklung vgl. T. Schmidt, *Die Subjektivierung des Verwaltungsrechts*, 2006, S. 66 ff., S. 100 f., S. 140 ff.

28 Programmatisch der Beitrag von T. Maunz, *Das Ende des subjektiven öffentlichen Rechts*, ZStW 96 (1936), 71 ff.

»volksgenössischen Rechtsstellung« umzuwerten.²⁹ Die Anerkennung des Volkes »als oberster Wert« und »tragende Grundlage auch für das Leben eines jeden Volksgenossen« enthielt zugleich die Absage an das »isolierte Individuum, das frei von völkischer Bindung nur seinen eigenen Interessen lebt.«³⁰ Konsequenterweise wurde eine Vermutung postuliert, nach der »dem Einzelwillen *kein* Rechtsanspruch gegeben ist.«³¹ Und die Grundrechte? Sie gehörten nach Auffassung der nationalsozialistischen Rechtserneuerer der Geschichte an.³²

4. Entwicklung in der DDR

In der DDR wurden die Grundrechte als subjektive Rechte anerkannt, wenn auch nicht im Sinn der »bürgerlichen Lehre«, wonach mit den Bürgerrechten »angeblich« eine staatsfreie Sphäre gesichert werden sollte.³³ Unter sozialistischen Gesellschaftsbedingungen wurde diese Konzeption von den Vordenkern der Partei als Anachronismus angesehen, denn nach deren Vorstellung war der sozialistische Staat das Machtinstrument der Werktätigen, die nicht vor der Macht abgeschirmt und geschützt werden mussten, die sie selbst revolutionär geschaffen hatten und ausübten. Grundrechten als subjektiven Rechten zwischen an der Grundrechtsrealisierung beteiligten Partnern wurde eine Harmonisierungsfunktion zugeschrieben, indem sie für die Interessenübereinstimmung zwischen Individuum und Gesellschaft wirken sollten.³⁴ Prozessrechtlich korrespondierte mit der fehlenden Einklagbarkeit, dass eine allgemeine Befugnis der Gerichte der DDR – gesonderte Verwaltungsgerichte bestanden nicht – Inhalt und Folgen staatlicher Entscheidungen in Ausübung vollziehend-verfügender Tätigkeit im Zuge der Rechtsprechung auf ihre Gesetzlichkeit hin zu überprüfen, nach der Rechtsordnung der DDR nicht existierte.³⁵

29 U. Scheuner, Die Rechtsstellung der Persönlichkeit in: Deutsches Verwaltungsrecht, 1937, S. 82 (83, 85, 90); E.R. Huber, Die Rechtsstellung des Volksgenossen, ZStW 96 (1936), 438 (446 f.).

30 U. Scheuner (Fn. 29), S. 82; vgl. auch K. Larenz, Rechts- und Staatsphilosophie, 1935, S. 165 f.

31 W. Laforet, Deutsches Verwaltungsrecht, 1937, S. 60.

32 So E. Forsthoff, Die Verwaltung als Leistungsträger, 1938, S. 1.

33 Aus Sicht der damaligen sowjetischen Besatzungszone polemisierend gegen das von den subjektiven öffentlichen Rechten des Einzelnen ausgehende »bürgerlich-rechtsstaatliche Denken«: K. Schultes, Rechtsschutz und Rechtssicherheit in der realen Demokratie, in: Demokratisierung der Justiz, hrsgg. v. M. Fechner, 1948, S. 81 (87).

34 E. Poppe, Grundrechte und Grundpflichten der Bürger der DDR, in: Staatsrecht der DDR, 2. Aufl. 1984, Kap. 6, S. 176 (181). Kritisch gegenüber der sozialistischen Konzeption der Grundrechte, die keine Rechte des Bürgers gegen den Staat gewährten, und damit keine Freiheit »vom« sondern »zum« Staat: G. Brunner, Einführung in das Recht der DDR, 2. Aufl. 1979, S. 86 ff.

35 Prophetisch auch insoweit K. Schultes (Fn. 33), S. 81 (90): »Ebensowenig wie der Justiz die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze übertragen werden kann, kann ihr die Prüfung der Gesetzmäßigkeit (Rechtmäßigkeit) der Verwaltung anvertraut werden.« Vgl. aber auch später W. Berner, Die Gewährleistung der Rechte der Bürger durch das Verwaltungsrecht, in: Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 1988, Kap. 7.5, S. 183 (184 ff.) mit dem vorsichtigen Appell in Richtung auf eine »Erweiterung« der gerichtlichen Nachprüfung von Verwaltungsentscheidungen.

5. Entwicklung unter dem Grundgesetz

Unter dem Grundgesetz kam das subjektiv-öffentliche Recht zur Blüte; erst jetzt wurde es auf eine tragfähige Basis gestellt.³⁶ Mit der Positionierung der Grundrechte – als unmittelbar geltendes Recht – und dem Bekenntnis zur Menschenwürde in Art. 1 GG als vor die Staatsstrukturprinzipien platzierte Verfassungsovertüre hatte der Parlamentarische Rat in Reaktion auf die NS-Zeit deutliche Vorgaben für das Verhältnis Individuum – Staat gesetzt: Jetzt steht die unmittelbar verfassungsrechtlich garantierte Freiheit des Einzelnen im Vordergrund; von diesem abwehrrechtlich verstandenen Freiheitsstatus aus bestimmt sich das Grundverhältnis des Bürgers zum Staat.³⁷ Die Freiheit ist der Ausgangspunkt, ihre Einschränkung die begründungsbedürftige Ausnahme;³⁸ damit trägt der Staat die Last der Legitimation für Grundrechtseingriffe. Aber auch bisher rein objektivrechtlich verstandene Handlungs- und Schutzpflichten des Staates wurden unter Berufung auf das durch das Grundgesetz gewandelte Verhältnis des Einzelnen zum Staat zu Rechtsansprüchen subjektiviert:

»Der Einzelne ist zwar der öffentlichen Gewalt unterworfen, aber nicht Untertan, sondern Bürger. ... Mit dem Gedanken des demokratischen Staates (Art. 20) wäre es unvereinbar, daß zahlreiche Bürger, die als Wähler die Staatsgewalt mitgestalten, ihr gleichzeitig hinsichtlich ihrer Existenz ohne eigenes Recht gegenüberstünden. Auch der Gemeinschaftsgedanke, der in den Grundsätzen des sozialen Rechtsstaats (Art. 20 und 28) und der Sozialgebundenheit des Eigentums (Art. 14 Abs. 2) Ausdruck gefunden hat, erschöpft sich nicht in der Gewährung von materiellen Leistungen, sondern verlangt, daß die Teilnehmer der Gemeinschaft als Träger eigener Rechte anerkannt werden, die grundsätzlich einander mit gleichen Rechten gegenüberstehen (vgl. auch Art. 3), und daß nicht ein wesentlicher Teil des Volkes in dieser Gemeinschaft hinsichtlich seiner Existenz ohne Rechte dasteht.«³⁹

a) Bipolares Verhältnis Staat – Individuum

Das konstruktive Verständnis des Öffentlichen Rechts aus der Idee individueller Freiheit lässt die Anerkennung des Einzelnen als Rechtssubjekt und Träger von gegen den Staat gerichteten Rechten geradezu als zwingend erscheinen. Infolge der Sub-

36 R. Wahl in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, Verwaltungsgerichtsordnung, Vorb § 42 Abs. 2 Rn. 44. Für O. Bühler (Fn. 2), S. 269 (286) wurde das subjektive öffentliche Recht durch Art. 19 Abs. 4 GG zum Eckstein der rechtsstaatlichen Grundbegriffe und des Rechtssystems, dessen Ära eigentlich erst jetzt gekommen ist.

37 J. Masing, Der Rechtsstatus des Einzelnen im Verwaltungsrecht, in: Hoffmann-Riem u.a., Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2006, S. 391 ff. Rn. 2 ff.

38 In diesem Regel-Ausnahme-Verhältnis sieht A. v. Arnould die normtheoretische Begründung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes in seinem gleichnamigen Beitrag in JZ 2000, 276, 278 f. Zur Verortung der Grundsätze des Übermaßverbots in den Strukturen der Grundrechtsbeschränkungen bereits P. Lerche, Übermaßverbot und Verfassungsrecht, 1961, S. 98 ff., 134 ff.

39 Vgl. BVerwG, U.v. 24.6.1954 – V C 78.54, BVerwGE 1, 159 (161 f.) – Ansprüche im Fürsorge-recht.

jektivierung der Staat-Bürger-Beziehungen vermag das Individuum als Rechtsträger die Legitimation für Eingriffe in seine Grundrechte gegenüber dem Staat in Frage zu stellen. Das subjektiv-öffentliche Recht in der Facette des Beseitigungsanspruchs gibt ihm dazu den entsprechenden Schlüssel in die Hand.

Das Bundesverfassungsgericht knüpfte an die bereits in der Weimarer Zeit herrschende Auffassung an, nach der der Anspruch auf Unterlassung gesetzwidriger Eingriffe⁴⁰ als Freiheitsrecht verstanden und damit das bisher rein objektiv verstandene Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung im bipolaren Verhältnis Staat – Individuum subjektiviert worden war.⁴¹ Dieser Faden wurde in der Elfes-Entscheidung⁴² aufgenommen und der Prüfungsrahmen anlässlich einer Verfassungsbeschwerde gegen Einzelakte auf eine umfassende Inzidentkontrolle der Ermächtigungsgrundlage erstreckt. Die Untersuchung, ob die Norm zur verfassungsmäßigen Ordnung gehört, erstreckt sich auf materielles (Vorbehalt des Gesetzes, Verhältnismäßigkeit) und formelles Verfassungsrecht, insbesondere Kompetenzvorschriften der Verfassung.⁴³ Landesrecht wird im Hinblick auf Art. 31 GG zusätzlich darauf geprüft, ob es inhaltlich mit (seinerseits kompetenzgemäß erlassenen) Bundesrecht vereinbar ist.⁴⁴

Die nach diesem Ansatz – vorbehaltlich der Einschlägigkeit spezieller Grundrechte – jedenfalls in Art. 2 Abs. 1 GG notwendig enthaltene Freiheit vor unberechtigten staatlichen Eingriffen⁴⁵ gewährt dem Adressaten staatlicher Maßnahmen ein umfassendes subjektives öffentliches Recht in der Facette des Beseitigungsanspruchs für objektiv rechtswidrige Akte. Der von § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO geforderte Rechtswidrigkeitszusammenhang zwischen objektiver Rechtswidrigkeit und subjektiver Rechtsverletzung ist damit in der bipolaren Konstellation grundsätzlich gegeben; das vertikale Verhältnis Staat – Bürger ist umfassend subjektiviert. Davon werden grundsätzlich auch Zuständigkeits-⁴⁶ und Verfahrensregelungen erfasst, wenn diese dazu beitragen sollen, »die Ausübung von Staatsmacht gegenüber dem Kläger rechtsstaatlicher Rationalität zu unterwerfen.«⁴⁷

Es gibt aber auch Ausnahmen, die nach dem Gesagten allerdings begründungsbedürftig sind. Da zu zählen verfahrensrechtliche Anforderungen wie z.B. das Tatbestandsmerkmal »unverzüglich« beim Asylwiderruf (§ 73 Abs. 1 Satz 1 AsylVfG),

40 W. Jellinek, Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 1929, S. 197.

41 H. Bauer (Fn. 1), S. 100.

42 BVerfGE 6, 32 (36); seitdem st. Rspr.

43 BVerfGE 11, 105 (110); 29, 402 (408); 75, 108 (146, 149).

44 BVerfGE 51, 77 (89 f., 95, 96); 80, 137.

45 BVerfGE 9, 83 (88); 19, 253 (257); 29, 402 (408); 33, 44 (48); 42, 20 (27).

46 Vgl. BVerwG, U.v. 10.12.1996 – 1 C 19.94, InfAuslR 1997, 239 auf eine isolierte Anfechtungsklage gegen die Versagung der Aufenthaltserlaubnis und fehlende Verbandskompetenz infolge Umzugs der Klägerin in ein anderes Bundesland während des Widerspruchsverfahrens: »Dieser Verstoß gegen die Zuständigkeitsordnung verletzt die Klägerin in ihren Rechten. Es besteht kein Anhaltspunkt dafür, dass hier abweichend von allgemeinen Grundsätzen die Zuständigkeitsregeln nicht auch dem Schutz des Betroffenen dienen.«

47 M. Gerhardt in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, Vorb § 113 Rn. 4.

das allein dem öffentlichen Interesse an der alsbaldigen Beseitigung einer dem Ausländer nicht (mehr) zustehenden Rechtsposition dient.⁴⁸ Auch das nach § 72 Abs. 4 Satz 1 AufenthG erforderliche Einvernehmen der Staatsanwaltschaft bei der Ausweisung oder Abschiebung eines Ausländers, gegen den ein Ermittlungs- oder Strafverfahren läuft, dient nicht dem Schutz des Ausländers, sondern wahrt allein das staatliche Strafverfolgungsinteresse. Eine je nach Fallkonstellation denkbare günstige Wirkung der Entscheidung der Staatsanwaltschaft kommt dem Betroffenen nur reflexartig zugute.⁴⁹

Zur Abrundung ist darauf hinzuweisen, dass der Gesetzgeber den aus der Verletzung des subjektiven Rechts folgenden Kassationsanspruch (§ 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO) durch § 46 VwVfG beschränkt hat. Damit wird nicht das Bestehen des subjektiv-öffentlichen Rechts als solches in Frage gestellt, sondern dessen Rechtsinhalt oder -folge ausgestaltet. Diese Regelung und deren Handhabung muss sich aber am Gebot des effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG) messen lassen.

b) Drittkonstellationen

Die unter der Geltung des Grundgesetzes einsetzende Welle der Subjektivierung betraf nicht nur das bipolare Staat-Bürger-Verhältnis, sondern integrierte das Individuum auch als Dritten in Rechtsverhältnisse, anstatt es nur als faktisch Betroffenen anzusehen. Paradigmatisch wandelte sich die Rolle des Nachbarn im Baurecht vom bloßen Zuschauer zum Akteur im Entscheidungsverfahren und Verwaltungsprozess. Das Verwaltungsrecht eilte an dieser Stelle dem Verfassungsrecht voraus; denn das Bundesverfassungsgericht überwand die rein staatsgerichtete Abwehrfunktion⁵⁰ der Grundrechte erst sehr viel später mit der Entwicklung der Schutzpflichten.⁵¹ 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.

Nach der nahezu vollumfänglich subjektivierten Ausgestaltung des bipolaren Staat-Bürger-Verhältnisses bilden die Drittkonstellationen mehrpoliger Rechtsverhältnisse heute die Spielwiese des subjektiv-öffentlichen Rechts. In den Fallkonstellationen des Öffentlichen Rechts, die den Ausgleich des Horizontalverhältnisses zwischen zwei Privaten mit gegenläufigen Interessen ordnen, hat das subjektiv-öffentliche Recht in der Praxis seine größte Bedeutung. Denn es filtert den Teil des

48 BVerwG, B.v. 27.6.1997 – 9 B 280.97, BayVBl. 1998, 28; U.v. 1.11.2005 – 1 C 21.04, BVerwGE 124, 276 (291); U.v. 18.7.2006 – 1 C 15.05 – BVerwGE 126, 243 (246 Rn. 13).

49 BVerwG, U.v. 5.5.1998 – 1 C 17.97, BVerwGE 106, 351 (356) zu der Vorläufervorschrift des § 64 Abs. 3 AuslG 1990.

50 Darauf beschränkt noch BVerfGE 1, 97 (104 f.).

51 BVerfGE 39, 1 (42); 46, 160 (164); 49, 89 (140); 53, 30 (57); 56, 54 (73).

gerichtlichen Prüfprogramms heraus, auf den der Dritte sich überhaupt nur mit Erfolg berufen kann.⁵² Demzufolge beschäftigen sich Rechtsprechung und Literatur zu subjektiv-öffentlichen Rechten fast nur noch mit Drittkonstellationen; dort muss sich die Abgrenzung zwischen Rechtsmacht und Rechtsreflex bewähren.

IV. Begriff und Voraussetzungen des subjektiv-öffentlichen Rechts

Greifen wir nochmals die klassische Begriffsbildung des subjektiv-öffentlichen Rechts von *Ottmar Bühler* aus dem Jahr 1914 auf.⁵³

»Subjektives öffentliches Recht ist diejenige rechtliche Stellung des Untertanen zum Staat, in der er auf Grund eines Rechtsgeschäfts oder eines zwingenden, zum Schutz seiner Individualinteressen erlassenen Rechtssatzes, auf den er sich der Verwaltung gegenüber soll berufen können, vom Staat etwas verlangen kann oder ihm gegenüber etwas tun darf.«

1. Rechtsmacht

Das Kriterium der Rechtsmacht, d.h. die Bestimmung des Rechtssatzes dazu, dass sich der Bürger gegenüber der Verwaltung auf ihn berufen kann, ist bis heute diffus geblieben.⁵⁴ Denn das subjektiv-öffentliche Recht besitzt über die Vermittlung des Zugangs zum Gericht keine hinausgehende Funktion. Die Klagbarkeit ist zwar keine Voraussetzung für die Anerkennung eines subjektiv-öffentlichen Rechts, aber in der Praxis dessen einzig relevanter Rechtsinhalt.⁵⁵ Machen wir den Test: Haben Sie schon einmal außerhalb des Zusammenhangs mit Art. 19 Abs. 4 GG, § 42 Abs. 2,

52 Die Rechtsprechung zu den von einem Planfeststellungsbeschluss enteignungsrechtlich betroffenen Grundeigentümern, die die Verletzung des Abwägungsgebots auch mit der Begründung geltend machen können, öffentliche Belange seien nicht hinreichend beachtet worden (BVerwG, U.v. 18.3.1983 – 4 C 80.79, BVerwGE 67, 74 [75 ff.], U.v. 6.3.1987 – 4 C 11.83, BVerwGE 77, 86 [91]; einschränkend demgegenüber U.v. 16.3.2006 – 4 A 1075.04, BVerwGE 125, 116 Rn. 508 ff.), bildet nur scheinbar eine Ausnahme. Der Erweiterung des Prüfprogramms liegt die Erwägung zugrunde, dass der Planfeststellungsbeschluss wegen der ihm vom Gesetzgeber zugemessenen Vorwirkung (z.B. § 19 Abs. 1 Satz 3 FStrG) die Entscheidung über die Zulässigkeit einer Enteignung mit umfasst. Deshalb wird die Gemeinwohlprüfung des Vorhabens an Art. 14 Abs. 3 GG vorverlagert und die Adressatenstellung im nachfolgenden Enteignungsverfahren lediglich vorgezogen.

53 O. Bühler, Die subjektiven öffentlichen Rechte, 1914, S. 21, 224.

54 Zu der sich im Öffentlichen Recht fortsetzenden Kontroverse zwischen Willens- und Interessentheorie: O. Bachof, (Fn. 3), S. 63 ff.; H. Bauer (Fn. 1), S. 75.

55 F. Kopp, Verfassungsrecht und Verwaltungsverfahren, 1971, S. 62: »Der Kern des subjektiv-öffentlichen Rechts liegt in dem Anspruch auf Verwirklichung.« Vgl. auch W. Henke (Fn. 10), S. 29: »Was das subjektive öffentliche Recht eigentlich war, blieb unbestimmt, und hierin liegt der Grund, weshalb es Probleme enthält, wie sie das Privatrecht nicht aufwirft.« Allerdings bleibt auch seine Konzeption, dass jede Verletzung individueller Freiheit in eigenen Angelegenheiten ein subjektiv-öffentliches Recht entstehen lässt (a.a.O. S. 53 ff., 60 f.), ohne Kontur und Gewinn. Vgl. W. Henke, Das subjektive Recht im System des öffentlichen Rechts – Ergänzungen und Korrekturen, DÖV 1980, 621 (623 Fn. 11), der von diesem Ansatz wieder abrückt und zur Rechtsverhältnislehre übergeht.

§ 47 Abs. 2 und § 113 Abs. 1 und Abs. 5 VwGO etwas vom subjektiv-öffentlichen Recht gehört?⁵⁶

Die Rechtsmacht liegt in der »für das subjektiv-öffentliche Recht konstitutiven Berechtigung, eine normative Konfliktentscheidung den verpflichteten Rechtssubjekten gegenüber geltend zu machen. Durch die Einräumung dieser Rechtsmacht wird die Wahrnehmung einer tatsächlichen Begünstigung zu einem dem Rechtssubjekt durch die Rechtsordnung gewährten Handeln-Dürfen, zu einem »rechtlichen Können« und damit zum subjektiven Recht.«⁵⁷ Sollte man dieses Kriterium als Voraussetzung eines subjektiv-öffentlichen Rechts verstehen wollen, erschiene das zirkulär. Denn ein Rechtssatz qualifiziert sich bereits dann als subjektiv-öffentliches Recht, wenn er zum Schutz des Begünstigten erlassen ist; die Einräumung von Rechtsmacht ist Inhalt und Folge, nicht aber Voraussetzung eines subjektiven öffentlichen Rechts.

Die Kritik, es sei rechtsstaatlich unbefriedigend, dass der Bestand subjektiver Rechte vom Willen des Gesetzgebers abhängig sei,⁵⁸ lässt sich nicht völlig von der Hand weisen. Nachdem das Grundgesetz die Grundrechte als unmittelbar geltende subjektiv öffentliche Rechte bereits installiert hat, wiegt der Einwand allerdings nicht so schwer. Auf der Ebene des einfachen Rechts entspricht es der Rechtsprechung z.B. zu Art. 14 GG, dass sich der Regelungsauftrag des Gesetzgebers zum Interessenausgleich nicht nur auf den zu schaffenden Norminhalt beschränkt, sondern auch die Schaffung eines ausbalancierten Systems subjektiver Rechte umfasst. Zwar muss nicht in jeder Hinsicht Drittschutz vorgesehen werden, aber ein subjektive Nachbarrechte völlig negierendes Bodenrecht wäre nicht verfassungsgemäß.⁵⁹

2. Zwingender Rechtssatz

a) Rechtssatz

Seit dem 19. Jahrhundert herrscht Einigkeit darüber, dass das subjektiv-öffentliche Recht strikt gesetzesabhängig ist und sich nicht etwa naturrechtlich begründen lässt.⁶⁰ Damit ist seine Existenz an die Rechtsquelle des positiven Rechts gebunden.

Umstritten ist demgegenüber, in welcher Weise die Grundrechte und das einfache Gesetzesrecht bei der Genese subjektiv-öffentlicher Rechte zusammenwirken.

56 Auf der Ebene der Sekundäransprüche hat das subjektiv-öffentliche Recht im Rahmen der Amtshaftung (§ 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG) bei der Prüfung des Bestehens einer drittbezogenen Amtspflicht Bedeutung.

57 So A. Scherzberg, Grundlagen und Typologie des subjektiv-öffentlichen Rechts, DVBl. 1988, 129 (132); dem folgend R. Wahl (Fn. 36), Rn. 46.

58 W. Henke (Fn. 10), S. 57 f.

59 Vgl. BVerwG, U.v. 23.8.1996 – 4 C 13.94, BVerwGE 101, 364 (372 und 375).

60 W. Henke (Fn. 10), S. 14 ff.

Reicht für die eine Auffassung bereits aus, dass eine gesetzliche Regelung den Schutzbereich eines Grundrechts berührt,⁶¹ wird es von anderen ausschließlich durch den einfachen Gesetzgeber vermittelt.⁶² Bedeutsam wird diese Kontroverse für die Frage, ob der einfache Gesetzgeber objektivrechtliche Regelungen zu schaffen vermag, die nicht zugleich potentiell drittschützend sind. Insbesondere *Rainer Wahl* hat beharrlich darauf hingewiesen, dass das subjektiv-öffentliche Recht (nur) aus der Hand des einfachen Gesetzgebers kommt, der aber bei der Entscheidung, eine rein objektivrechtliche Regelung auch subjektivrechtlich aufzuladen, an die prinzipienhaften Gehalte der Grundrechte gebunden sei.⁶³

Für die letztgenannte Auffassung lässt sich die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts jedenfalls zu Art. 14 GG heranziehen. In der Rechtsprechung wird seit der Sensibilisierung durch den Nassauskiesungs-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts⁶⁴ immer wieder betont, dass Art. 14 Abs. 1 GG selbst keinen unmittelbaren Abwehrensanspruch im Nachbarrecht begründe, sondern Nachbarschutz grundsätzlich nur bestehe, soweit ihn der (einfache) Gesetzgeber normiert habe.⁶⁵

Demgegenüber stellt das Bundesverfassungsgericht im Anwendungsbereich von Grundrechten, deren Schutzbereich nicht der Ausgestaltung des einfachen Gesetzgebers obliegt, zur Definition der Rechte i.S.d. Art. 19 Abs. 4 GG sowohl auf die Grundrechte als auch einfaches Recht ab:⁶⁶ »Welche Rechte der Einzelne hiernach geltend machen kann, bestimmt sich – abgesehen von Grundrechten und sonstigen verfassungsmäßigen Rechten – nach den Regelungen des einfachen Rechts. Der Gesetzgeber befindet darüber, unter welchen Voraussetzungen dem Bürger ein Recht zustehen und welchen Inhalt es haben soll.«

Von den Verwaltungsrichtern ist eine Entscheidung über diese Frage kaum zu erwarten. Das beruht darauf, dass der Gesetzgeber nur ganz selten explizite Aussagen zur subjektivrechtlichen Qualität einer Vorschrift trifft und das »Erkennen« über das objektive Recht hinausreichender Normgehalte Aufgabe der Richter ist. Diese lassen die Quelle ihrer »Erkenntnis« gerne im Unklaren und trennen bei der Extraktion subjektivrechtlicher Gehalte einer gesetzlichen Regelung nicht im Letzten zwischen norminterner und normexterner Wirkung der Grundrechte, d.h. zwi-

61 *W. Henke* (Fn. 10), S. 60 f.; *P.-M. Huber*, Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht. Schutzanspruch und Rechtsschutz bei Lenkungs- und Verteilungsentscheidungen der Verwaltung, 1991, S. 281 f.; dahin tendierend bereits *O. Bachof* (Fn. 7), S. 287 (299).

62 *M. Schmidt-Preuß*, Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht. Das subjektive öffentliche Recht im multipolaren Verwaltungsrechtsverhältnis, 2. Aufl. 2003, S. 37 ff. So bereits *W. Jellinek*, *VVDStRL* 12, S. 119.

63 *R. Wahl*, Die doppelte Abhängigkeit des subjektiven öffentlichen Rechts, *DVBl.* 1996, 641 (642).

64 BVerfG, B.v. 15.7.1981 – 1 BvL 77/78, BVerfGE 58, 300.

65 BVerwG, U.v. 26.9.1991 – 4 C 5.87, BVerwGE 89, 69 = DVBl. 1992, 564; U.v. 23.8.1996 – 4 C 13.94, BVerwGE 101, 364 (373).

66 BVerfG, U.v. 23.5.2006 – 1 BvR 2530/04, BVerfGE 116, 1 = DVBl. 2006, 1173 Rn. 29 mit Verweis auf BVerfGE 78, 214 (226).

schen »grundrechtsfreundlicher«⁶⁷ und »verfassungskonformer« Interpretation des einfachen Rechts.

b) *ius cogens*

Der Archetyp des subjektiv-öffentlichen Rechts knüpft an eine materiellrechtliche Vorschrift mit konditionaler Normstruktur und *gebundener* Normverknüpfung. Die Herleitung aus dem Zivilrecht mit Blick auf den Anspruch i.S.d. § 194 Abs. 1 BGB verengte die Perspektive auf einen *strikten* Rechtssatz als Quelle eines subjektiv-öffentlichen Rechts. Hatte die Verwaltung indes »freies Ermessen«, war sie nicht der »Willensmacht« des Individuums ausgesetzt.⁶⁸

Bei einer Ermessensnorm sind Tatbestand und Rechtsfolge *nicht zwingend* miteinander verknüpft, so dass man an dem Definitionsmerkmal des zwingenden Rechtssatzes zweifeln könnte. Aber abgesehen von den (zwingenden) Tatbestandsmerkmalen, deren Erfüllung Voraussetzung der Ermessensausübung ist, wurde bereits in der Weimarer Zeit anknüpfend an die gerichtliche Praxis der Ermessenskontrolle auch die fakultative Normverknüpfung selbst (»... kann ...«) als Quelle subjektiver Rechte anerkannt.⁶⁹ Man fand die Basis des subjektiven Rechts in dem auf die Ermessensausübung als Abwägungsvorgang bezogenen Teil der Norm, der Pflicht, das Ermessen ohne Willkür und rechtsirrigere Erwägungen (heute: gemäß § 40 VwVfG) auszuüben.⁷⁰ Das subjektive Recht bei diesem Normtyp ist der »Anspruch auf fehlerfreien Ermessensgebrauch«.⁷¹

Im Übrigen gelten für die Existenz subjektiver Rechte im Hinblick auf die Schutzfunktion der Vorschrift die gleichen Voraussetzungen wie bei Normen des zwingenden Rechts;⁷² ein allgemeines Recht auf fehlerfreien Ermessensgebrauch gibt es ebenso wenig wie einen allgemeinen Normvollzugsanspruch. Vorausgesetzt wird, dass das Entscheidungsprogramm des Gesetzes der Behörde aufgibt, bei der Ermessensausübung rechtlich geschützte Interessen des Betroffenen zu berücksichtigen.⁷³ Die Auslegung des Fachrechts kann auch dazu führen, dass die Norm keine recht-

67 So die Terminologie z.B. des BVerfG im B.v. 18.6.1997 – 2 BvR 483/95 u.a., BVerfGE 96, 100 (juris Rn. 86) und des BVerwG im U.v. 23.8.1996 – 4 C 13.94, BVerwGE 101, 364 (371).

68 *W. Jellinek*, Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 1929, S. 200. Zur Dichotomie von (justiziablen) Justiz- und (nicht justiziablen) Verwaltungssachen *W. Henke* (Fn. 10), S. 23 ff.

69 *W. Jellinek*, Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 1929, S. 200 unter Verweis auf SächsOVG vom 26.10.1916, *Jhrb.* 23 (1916), S. 332 ff. Zur Entwicklung *T. Schmidt* (Fn. 27), S. 66 ff. und *passim*.

70 *O. Bachof* (Fn. 3), S. 65 ff.; *ders.* (Fn. 7), S. 287 (295 f. m.w.N.); darauf Bezug nehmend *E. Schmidt-Aßmann* in: *Maunz-Dürig*, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 19 IV Rn. 135.

71 BVerwG, U.v. 18.8.1960 – I C 42.59, BVerwGE 11, 95 (97 f.); U.v. 22.1.1971 – VII C 48.69, BVerwGE 37, 112 (113 f.); U.v. 4.11.1976 – II C 40.74, BVerwGE 51, 264 (267).

72 BVerwG, U.v. 7.1.1972 – IV C 49.68, BVerwGE 39, 235 (237).

73 BVerfGE 96, 100 – Überstellung zur Strafvollstreckung in das Heimatland.

lichen Interessen des Betroffenen schützt; im bipolaren Rechtsverhältnis Staat – Individuum verdient die grundrechtsfreundliche Interpretation den Vorzug.⁷⁴

Darauf aufbauend war es nur noch ein kleiner Schritt bis zur Entdeckung des subjektiven Rechts auf gerechte Abwägung der eigenen Belange des Betroffenen im Planfeststellungsrecht⁷⁵ und später auch im Bauleitplanungsrecht.⁷⁶ Über den Kreis der Grundeigentümer im Plangebiet hinaus, deren Grundeigentum durch Festsetzungen des Bebauungsplans gemäß Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG ausgestaltet wird, vermittelt das bauplanungsrechtliche Abwägungsgebot auch den Anwohnern in der Umgebung des Plangebiets einen eigentumsrechtlichen Drittschutz, soweit die planbedingten Beeinträchtigungen in einem adäquat-kausalen Zusammenhang mit der Planung stehen und nicht von geringfügiger Art sind. § 1 Abs. 7 BauGB verleiht ihnen einen Rechtsanspruch auf Beachtung und gerechte Abwägung ihrer Eigentumspositionen.⁷⁷

Von der Voraussetzung der Beschränkung auf das *ius cogens* als Quelle subjektiv-öffentlicher Rechte nach der Definition *Bühlers* ist damit nicht viel übrig geblieben.

3. Zweck unmittelbaren Individualschutzes

Das Bundesverfassungsgericht folgt bei der Auslegung der Voraussetzung »in seinen Rechten verletzt« in Art. 19 Abs. 4 GG der Schutznormlehre. Nach seiner Rechtsprechung ist umfassender Rechtsschutz gegenüber der öffentlichen Gewalt nur zu dem Zweck des Schutzes subjektiver Rechte und daher auch nur unter der Voraussetzung garantiert, dass die Verletzung einer Rechtsposition geltend gemacht wird, die die Rechtsordnung im Interesse des Einzelnen gewährt. Hingegen genügt weder die Verletzung nur wirtschaftlicher Interessen noch die Verletzung von Rechtssätzen, die lediglich Reflexwirkungen haben, weil in ihnen der Einzelne allein aus Gründen des Interesses der Allgemeinheit begünstigt wird.⁷⁸ Welche Rechte der Einzelne hiernach geltend machen kann, bestimmt sich – abgesehen von Grundrechten und sonstigen verfassungsmäßigen Rechten – nach den Regelungen des einfachen Rechts. Der Gesetzgeber befindet darüber, unter welchen Voraussetzungen dem Bürger ein Recht zusteht und welchen Inhalt es haben soll.⁷⁹

74 So BVerfGE 96, 100 unter Verweis auf BVerfGE 15, 275 (281 f.); 27, 297 (305 ff.); 51, 176 (185 f.).

75 BVerwG, U.v. 14.2.1975 – 4 C 21.74, BVerwGE 48, 56; U.v. 18.3.1983 – 4 C 80.79, BVerwGE 67, 74 (75). Kritisch zur Begrenzung auf die eigenen Belange *H.-P. Schechinger*, Rechtsverletzung und Schutznorm im Anfechtungsprozess Privater gegen Straßenplanungen, DVBl. 1991, 1182.

76 BVerwG, U.v. 24.9.1998 – 4 CN 2.98, BVerwGE 107, 215 = DVBl. 1999, 100 (102 f.) mit Anm. *Schmidt-Preuß*; B.v. 6.12.2000 – 4 BN 59.00, NVwZ 2001, 431.

77 BVerwG, U.v. 21.3.2002 – 4 CN 14.00, BVerwGE 116, 144 (148 f.).

78 BVerfG, U.v. 23.5.2006 – 1 BvR 2530/04, BVerfGE 116, 1 Rn. 29 = DVBl. 2006, 1173 – Auswahl Insolvenzverwalter mit Hinweis auf BVerfGE 27, 297 (305); 83, 182 (194); 113, 273 (310).

79 BVerfG, U.v. 23.5.2006 – 1 BvR 2530/04, BVerfGE 116, 1 = DVBl. 2006, 1173.

a) Zuweisung einer Rechtsposition versus faktischer Reflex

Das Bundesverwaltungsgericht hat die *Schutznormtheorie* wie folgt formuliert:

»Subjektive Rechte ... sind gegeben, wenn der betreffende Rechtssatz nicht nur öffentlichen Interessen, sondern – zumindest auch – Individualinteressen zu dienen bestimmt ist. Insoweit bedarf es unter Umständen einer Differenzierung von Tatbestandsmerkmal zu Tatbestandsmerkmal.«⁸⁰

Gleichwertig die Formulierung:

»Drittschutz vermitteln nur solche Vorschriften, die nach dem in ihnen enthaltenen, durch Auslegung zu ermittelnden Entscheidungsprogramm für die Behörde auch der Rücksichtnahme auf Interessen eines individualisierbaren, d.h. sich von der Allgemeinheit unterscheidenden Personenkreises dienen (...).«⁸¹

Demgegenüber enthält eine ebenfalls gebräuchliche Wendung eine – m.E. zirkuläre – Floskel, die im überflüssigen letzten Halbsatz die Verleihung von Rechtsmacht als Voraussetzung statuiert:⁸²

»Auszugehen ist davon, dass ein subjektives öffentliches Recht dann vorliegt, wenn ein Rechtssatz des öffentlichen Rechts nicht nur öffentlichen Interessen, sondern – zumindest auch – Individualinteressen derart zu dienen bestimmt ist, dass die Träger der Individualinteressen die Einhaltung des Rechtssatzes sollen verlangen können.«

In der Abgrenzung zum bloßen Reflex aus einer rein objektivrechtlichen Norm muss die Schutzrichtung des Rechtssatzes über das mit der Wahrung des Gemeinwohls dienende öffentliche Interesse hinauszielen und einen gesonderten Personenkreis erkennen lassen.

»Worauf es ankommt ist, dass sich aus individualisierenden Tatbestandsmerkmalen der Norm ein Personenkreis entnehmen lässt, der sich von der Allgemeinheit unterscheidet.«⁸³

80 BVerwG, U.v. 25.2.1977 – IV C 22.75, BVerwGE 52, 122 (128) – Schweinemästerei unter Anführung von BVerfG, B.v. 17.12.1969 – 2 BvR 23/65, BVerfGE 27, 297 (307).

81 BVerwG, Urteil vom 16.3.1989 – 4 C 36.85, BVerwGE 81, 329 (334) – bergrechtliche Betriebsplanzulassung.

82 BVerwG, U.v. 15.11.1985 – 8 C 43.83, BVerwGE 72, 226 (229 f.); U.v. 17.6.1993 – 3 C 3.89, BVerwGE 92, 313 (317) = DVBl. 1994, 479; U.v. 24.9.1998 – 4 CN 2.98, BVerwGE 107, 215 (220).

83 BVerwG, U.v. 19.9.1986 – 4 C 8.84, DVBl. 1987, 476 (477) in Abkehr von der engeren Formel, dass die Norm einen bestimmten, abgrenzbaren und überschaubaren Personenkreis von Berechtigten klar erkennen lassen müsse (so noch BVerwG, U.v. 28.4.1967 – IV C 10.65, BVerwGE 27, 29 (32 f.)). Dem folgend U.v. 16.9.1993 – 4 C 28.91, BVerwGE 94, 151 (158); U.v. 10.10.2002 – 6 C 8.01, BVerwGE 117, 93 (99).

Als Beispiel möge § 5 Abs. 1 Nr. 3 GastG dienen (Auflagenbefugnis zum Schutz vor Belästigungen zugunsten der Bewohner des Betriebsgrundstücks, der Nachbargrundstücke sowie der Allgemeinheit). Diese Vorschrift enthält alle Elemente des subjektiv-öffentlichen Rechts. Der normative Schutzzweck geht über die objektivrechtliche Wahrung des Schutzes der Allgemeinheit hinaus und dient auch dem Individualschutz der betroffenen Nachbarn.⁸⁴

Fehlt – wie zumeist – eine ausdrückliche Regelung zur Qualität der Norm und der Reichweite des intendierten Schutzes,⁸⁵ kann die Normqualität nur durch Auslegung von Sinn und Zweck der Norm festgestellt werden.⁸⁶ Der Normgeber entscheidet – bewusst oder konkludent – auch über die Rechtsqualität der Vorschrift; der Richter hat die (subsidiäre) Auslegungskompetenz. Führen die gängigen Interpretationsregeln nicht weiter, kaschiert der Richter seine in Wahrheit rechtsgestaltende Entscheidung über die subjektivrechtliche Aufladung einer Norm hinter grundrechtlichen Erwägungen.⁸⁷

Für die Abgrenzung zwischen Rechtsreflex und normativ intendiertem Schutz wurden zuerst im Bodenrecht Kriterien entwickelt. *Sendler*⁸⁸ hat durch eine generalisierende Analyse der gegenseitigen Interessenlagen von Grundeigentümern in einem Plangebiet von der meist unergiebigsten Auslegung der einzelnen Festsetzung auf eine typisierende Betrachtung abgehoben. Die interdependenten und daher störungsanfälligen Nutzungsrechte benachbarter Grundstücke stellen ein planerisches Austauschverhältnis zwischen den Planbetroffenen Grundeigentümern her, das grundsätzlich Drittschutz für Festsetzungen der Art der baulichen Nutzung fordert. Nach *Breuer* sind subjektiv-öffentliche Nachbarechte »bei ... Vorschriften des Bodenrechts anzuerkennen, die den nachbarlichen Interessenkonflikt durch Postulate der Zuordnung, Verträglichkeit und Abstimmung benachbarter Nutzungen regeln und zu einem Ausgleich bringen.«⁸⁹ *Schmidt-Preuß* schließlich stellt darauf ab, ob »eine Ordnungsnorm die kollidierenden Privatinteressen in ihrer Gegensätzlichkeit und Verflochtenheit wertet, begrenzt, untereinander gewichtet und derart in ein normatives Konfliktschlichtungsprogramm einordnet, dass die Verwirklichung des Interesses des einen Privaten notwendig auf Kosten des anderen geht.«⁹⁰ Das ist in den Fällen kehrseitiger und wechselbezüglicher Interessenlagen der Fall.⁹¹

84 Zur Rezeption dieser Norm in das »öffentliche Bedürfnis« als Voraussetzung einer Sperrzeitverkürzung und der Gewährung von Nachbarschutz insoweit BVerwG, U.v. 7.5.1995 – 1 C 10.95, BVerwGE 101, 157 (161 ff.).

85 Anspruchsausschlüsse: § 2 Abs. 3 BauGB, § 3 Abs. 2 HGrG; Partielle Drittschutzgewährung: § 5 Abs. 7 S. 3 BaWüBauO; § 6 Abs. 14 HBO; § 72 Abs. 2 Satz 1 NdsBauO.

86 BVerwG, U.v. 19.9.1986 – 4 C 8.84, DVBl. 1987, 476 (477).

87 R. *Wahl*, Die doppelte Abhängigkeit des subjektiven öffentlichen Rechts, DVBl. 1996, 641 (648 f.).

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

89 R. *Breuer*, Baurechtlicher Nachbarschutz, DVBl. 1983, 431 (437).

90 M. *Schmidt-Preuß*, (Fn. 62), S. 247 f.

91 M. *Schmidt-Preuß* a.a.O. S. 31 ff. bzw. 34 ff.

Diese Kriterien finden sich auch in der Rechtsprechung wieder.⁹² Die Ableitung baurechtlichen Nachbarschutzes aus dem Gedanken des »wechselseitigen Austauschverhältnisses« der planbetroffenen Grundeigentümer und deren Verbindung zu einer »rechtlichen Schicksalsgemeinschaft«⁹³ und der Verweis auf das »nachbarliche Gemeinschaftsverhältnis«⁹⁴ belegen, dass für die Frage der Subjektivierung die Ausgestaltung des Horizontalverhältnisses (Hypotenuse des nachbarrechtlichen Dreiecks von Bauherr, Nachbar und Behörde) zwischen den Privaten von entscheidender Bedeutung ist.

Hinzuweisen ist noch darauf, dass zwischen der Schutznorm im Öffentlichen Recht und dem Schutzgesetz i.S. des § 823 Abs. 2 BGB sowie der drittgerichteten Amtspflicht i.S.d. § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG auf der Ebene der Sekundäransprüche ein inhaltlicher Zusammenhang besteht. Daher kann auch die Rechtsprechung der Zivilgerichte bei der Destillation subjektiv-öffentlicher Rechte von Bedeutung sein.⁹⁵

b) Die Entwicklung des Nachbarschutzes im Baurecht

Die Entwicklung des baurechtlichen Nachbarschutzes ist für den Prozess der Individualisierung und richterrechtlichen Subjektivierung paradigmatisch, denn dem Baurecht fiel die Vorreiterrolle bei der Ausbildung subjektiv-öffentlicher Rechte für die heute unter dem Oberbegriff »Umweltrecht« zusammengefassten Materien zu. Das rechtfertigt es, die Entwicklung des subjektiven Rechts dort kurz Revue passieren zu lassen.⁹⁶

aa) Strenge Schutznormtheorie im Baurecht

Nach der Rechtsprechung des für das Baurecht zuständigen 4. Senats des Bundesverwaltungsgerichts setzt ein subjektives Recht als Grundlage der Gewährung von baurechtlichem Nachbarschutz nach der anfangs vertretenen strengen Schutznormtheorie voraus, dass die inmitten stehende Norm einen bestimmten, abgrenzbaren und überschaubaren Personenkreis von Berechtigten klar erkennen lässt. Dafür reichten Tatbestandsmerkmale wie »Nachbarn« oder »Nachbarschaft« nicht aus. Die bereits seitens des Normgebers vorgenommene personelle Eingrenzung des Kreises der Berechtigten hielt das Gericht aus Gründen des Vertrauensschutzes für den Bauherrn für erforderlich, da dieser ansonsten einer jahrelangen Ungewissheit über

92 BVerwG, U.v. 23.8.1996 – 4 C 13.94, BVerwGE 101, 364 (371 f., 374 ff.).

93 BVerwG, U.v. 16.9.1993 – 4 C 28.91, BVerwGE 94, 151 (155).

94 BVerwG, B.v. 28.8.1987 – 4 N 3.86, BVerwGE 78, 85 (89); U.v. 23.8.1996 – 4 C 13.94, BVerwGE 101, 364 (374).

95 BGH, U.v. 27.1.1983 – III ZR 131/81, BGHZ 86, 356 (362); diesen Zusammenhang weicht das OVG Münster, B.v. 13.8.2003 – 15 B 1137/03, DVBl. 2004, 133 (135) (Drittschützender Charakter kommunalrechtlicher Regelungen zur wirtschaftlichen Betätigung von Gemeinden) auf.

96 Dazu umfassend *Verf.* (Fn. 16), *VerwArch.* 89 (1998), S. 264 ff.

den Bestand der Genehmigung ausgesetzt sei.⁹⁷ Zwar verkannte der Senat nicht dessen prinzipiell fehlende Schutzwürdigkeit im Falle einer rechtswidrigen Genehmigung, aber das aus der mangelnden Präzision objektiver materiellrechtlicher Maßstäbe (hier: § 34 BBauG) resultierende Unschärfeproblem wurde dadurch zugunsten des Bauherrn aufgelöst, dass dem Nachbarn der Weg zu einer gerichtlichen Sachentscheidung versperrt wurde.

Dispositionsschutz des Bauherrn ist ein legitimes Anliegen, 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.⁹⁸ Die Rechtsprechung löste das aus dem diffusen *Norminhalt* resultierende Unschärfeproblem kompensatorisch durch erhöhte Anforderungen an die *Normqualität*; ein dogmatischer Systembruch.

bb) Das Ventil: Subjektivrechtliches Gebot der Rücksichtnahme

Das enge Korsett, in das sich der 4. Senat mit der strengen Schutznormtheorie selbst gezwängt hatte, verlangte nach einem Ausweg. Dazu wurde an dem in der Rechtsprechung bereits bekannten *objektivrechtlichen* Gebot der Rücksichtnahme angeknüpft, das zur Konkretisierung des *Norminhalts* z.B. der §§ 34 und 35 BBauG eine Einzelfallabwägung gestattet. In dieser werden zur Beurteilung der Rechtswidrigkeit der Baugenehmigung die Maßstäbe der Empfindlichkeit und Schutzwürdigkeit auf der Seite des Nachbarn denen der Interessenberechtigung und evtl. Privilegierung auf der Seite des Bauherrn gegenüberstellt. Die Interessenabwägung auf der Ebene des *Norminhalts* wurde nunmehr partiell subjektivrechtlich aufgeladen, indem in der Phase der Rechtsanwendung auf die tatsächliche räumliche Umgebung des Vorhabens abgestellt wurde und dadurch dem Schutzbedürfnis des Bauherrn Rechnung getragen werden sollte. Die nach wie vor geforderte Individualisierbarkeit des Kreises der Berechtigten war danach auch dann gegeben, wenn

»... jedoch die tatsächlichen Umstände geradezu handgreiflich ergeben, welcher – enge – Kreis von Betroffenen als Adressaten der Rücksichtnahme in Betracht kommt.«⁹⁹

Der dogmatische Sündenfall lag in der Abkehr von der einhellig vertretenen Rechtsatzabhängigkeit des subjektiv-öffentlichen Rechts. Nicht mehr der Normgeber im Rahmen abstrakt-genereller Normsetzung, sondern erst der Richter in der Phase

der Rechtsanwendung entscheidet nach den tatsächlichen Einzelfallumständen, ob § 35 BBauG *in diesem Fall* Drittschutz vermittelt oder nicht. Kritisiert wurde der durch faktische Umstände ausgelöste Umschlag der objektivrechtlichen Rücksichtnahmepflicht in ein subjektives Recht u.a. von *Rüdiger Breuer*: »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.«¹⁰⁰ *Factum non facit ius*.¹⁰¹

cc) Weiche Schutznormtheorie

Mit dem zu § 31 Abs. 2 BBauG ergangenen Urteil vom 19. September 1986¹⁰² hat der 4. Senat des Bundesverwaltungsgerichts die strenge Schutznormtheorie aufgegeben und auf die Benennung eines bereits vom Gesetzgeber fest abgrenzbaren Kreises von Betroffenen verzichtet. Von Bedeutung ist jetzt nur noch, »dass sich aus individualisierenden Tatbestandsmerkmalen der Norm ein Personenkreis entnehmen lässt, der sich von der Allgemeinheit unterscheidet.« Damit hat er sich der Rechtsprechung des für das Immissionsschutzrecht zuständigen 7. Senats angenähert,¹⁰³ der für die räumliche Eingrenzung der Nachbarschaft bei der Rechtsanwendung im Einzelfall auf den Einwirkungsbereich der Anlage abstellt.¹⁰⁴

Mit dieser Lösung aus dem selbst geschnürten Korsett ist m.E. die Notwendigkeit für die Figur des drittschützenden Gebots der Rücksichtnahme entfallen; sie erscheint jetzt schlechterdings überflüssig.¹⁰⁵ Damit ist nicht zwingend gesagt, dass z.B. das »Einfügen« in § 34 Abs. 1 BauGB nunmehr vollständig drittschützend verstanden werden muss: Zum einen lässt die Vorschrift eine unterschiedliche Ausgestaltung des Nachbarschutzes bei den bodenrechtlichen Beurteilungsmaßstäbe zu (Art, Maß, Bauweise, überbaubare Grundstücksfläche). Jedenfalls mit Blick auf das Kriterium der Art der baulichen Nutzung ist m.E. nicht verständlich, warum in einem faktischen Baugebiet (§ 34 Abs. 2 BauGB i.V.m. §§ 2 ff. BauNVO) absoluter Gebietsschutz gewährt wird,¹⁰⁶ während in einem – in der Praxis oftmals nur schwer vom faktischen Baugebiet abgrenzbarem – diffusen Gebiet gem. § 34 Abs. 1 BauGB

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

101 Dazu *Verf.*, (Fn. 16), *VerwArch.* 89 (1998), S. 264 ff. (272 ff.).

102 4 C 8.84, DVBl. 1987, 476 (477).

103 Auf diese unterschiedlichen Ansätze hatte bereits *H.J. Dürr*, Das Gebot der Rücksichtnahme – eine Generalklausel des Nachbarschutzes im öffentlichen Baurecht, NVwZ 1985, 719 (720) aufmerksam gemacht.

104 BVerwG, U.v. 22.10.1982 – 7 C 50.78, NJW 1983, 1507 (1508); vgl. auch U.v. 17.2.1978 – 1 C 102.76, BVerwGE 55, 250 (267 f.); OVG Lüneburg, U.v. 8.9.1980 – 7 A 42/78, GewArch. 1981, 341.

105 *Verf.* (Fn. 16), *VerwArch.* 89 (1998), S. 264 ff. (277 f.).

106 BVerwG, U.v. 16.9.1993 – 4 C 28.91, BVerwGE 94, 151; U.v. 23.8.1996 – 4 C 13.94, BVerwGE 101, 364.

97 BVerwG, U.v. 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).

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

99 BVerwG, U.v. 25.2.1977 – IV C 22.75, BVerwGE 52, 122 (131). Wegbereitend *F. Weyreuther*, Das bebauungsrechtliche Gebot der Rücksichtnahme und seine Bedeutung für den Nachbarschutz, BauR 1975, 1 (7 ff.).

der Nachbarschutz so viel schwächer ausgestaltet ist. Zum anderen kann Bedenken gegenüber einer zu rigiden gerichtlichen Kontrolle über die Aufweichung der objektivrechtlichen Maßstäbe das Einfügen in § 34 Abs. 1 BauGB Rechnung getragen werden.¹⁰⁷ Die Möglichkeit situativer Feinabstimmung zur Gewährung eines angemessenen Interessenausgleichs zwischen Bauherr und Nachbar ist m.E. eine Forderung an die Maßstäbe des *Norminhalts*; denn der Interessenausgleich muss sowohl in der Konstellation des Anspruchs auf Baugenehmigung als auch des Abwehranspruchs des Nachbarn in gleicher Weise gewährleistet sein. Auf der Ebene der *Normqualität* ist – wenn nicht der Gesetzgeber selbst differenzierte Regelungen trifft¹⁰⁸ – kein Bedarf für eine »Schutznorm unter Situationsvorbehalt« zu erkennen.¹⁰⁹

V. Schluss

Die geschichtliche Entwicklung des subjektiv-öffentlichen Rechts in Deutschland ist Ausdruck gewandelter bzw. unterschiedlicher Vorstellungen über den Wert des Individuums im Verhältnis zur staatlichen Gemeinschaft. Infolge der durch fortschreitende Individualisierung und Verrechtlichung hervorgebrachten Subjektivierung als kopernikanische Wende im System des Verwaltungsrechts¹¹⁰ bildet der Begriff des subjektiv öffentlichen Rechts unter dem Grundgesetz kaum mehr als einen terminologischen Rahmen für die mittlerweile als selbstverständlich empfundenen verschiedenen Berechtigungen (nicht nur) des Individuums gegenüber der öffentlichen Hand (Beseitigungsansprüche, Leistungsansprüche, Statusrechte). Von Bedeutung ist er in der Praxis nur im Prozess bei der Bestimmung der Klagebefugnis als persönlicher Klageberechtigung (§ 42 Abs. 2 VwGO, § 113 Abs. 1 Satz 1 bzw. Abs. 5 VwGO) und insoweit nach der nahezu vollkommenen Subjektivierung des bipolaren Staat – Bürger – Verhältnisses nur noch in mehrpoligen Verwaltungsrechtsverhältnissen bei der Abgrenzung zur reflexartigen Begünstigung.¹¹¹

107 Vgl. für das Einfügen nach dem Maß der baulichen Nutzung: BVerwG, U.v. 23.3.1994 – 4 C 18.92, BVerwGE 95, 277 (280 ff.); B.v. 21.6.2007 – 4 B 8.07, BauR 2007, 1691.

108 Vgl. die Abstandsflächenvorschriften § 5 Abs. 7 S. 3 BaWüBauO; § 6 Abs. 14 HBO; § 72 Abs. 2 Satz 1 NdsBauO.

109 A.A. R. *Wahl* in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, Verwaltungsgerichtsordnung, Vorb § 42 Abs. 2 Rn. 104 ff.

110 So F. *Ossenbühl*, Die Weiterentwicklung der Verwaltungswissenschaft, in: Jeserich/Pohl/v.Unruh (Hrsgb.), Deutsche Verwaltungsgeschichte, Bd. V, 1987, S. 1143 (1146).

111 H. *Bauer* (Fn. 1), S. 174 unter Verweis auf G. *Ress*, Das subjektive öffentliche Recht, in: Allgemeines Verwaltungsrecht, 1979, S. 105 (118) und K. *Larenz*, Zur Struktur »subjektiver Rechte«, in: FG J. Sontis, 1977, S. 129 (146 ff.); A. *Scherzberg*, Grundlage und Typologie des subjektiv-öffentlichen Rechts, DVBl. 1988, 129 (132).