

Fortgeschrittenenhausarbeit: Unfrieden am Friedberger Weiher – Teil 2*

Von Wiss. Mitarbeiterin Dr. Renate Penßel, Erlangen**

Lösungsvorschlag

Frage b): Erfolgsaussichten einer Klage des F gegen den Bescheid des LRA

A. Entscheidungskompetenz

Siehe Teil 1, A.: VG Regensburg.

B. Zulässigkeit

I. Statthafte Klageart

Da die Baugenehmigung einen Verwaltungsakt darstellt (siehe Teil 1 B. I.), ist zu ihrer Beseitigung die Anfechtungsklage gem. § 42 Abs. 1 S. 1. Alt. 1 VwGO statthaft.

Wenn man davon ausgeht, dass die Ersetzung des Einvernehmens einen Verwaltungsakt darstellt (näher siehe Teil 1 B. I.), dessen Anfechtung nicht durch § 44a S. 1 VwGO ausgeschlossen ist (näher siehe Teil 1 B. I.), muss geklärt werden, ob F neben der Baugenehmigung auch die Ersetzung des Einvernehmens anfechten muss bzw. anfechten kann. Dass die Ersetzung des Einvernehmens nur gegenüber der Gemeinde, aber nicht gegenüber dem Bauherrn oder Nachbarn unmittelbare Rechtswirkung hat, schließt die Statthaftheit einer Anfechtungsklage des F gegen sie nicht aus.¹

II. Klagebefugnis, § 42 Abs. 2 VwGO

Gem. § 42 Abs. 2 VwGO ist die Anfechtungsklage nur zulässig, wenn der Kläger geltend machen kann, durch den Verwaltungsakt in eigenen Rechten verletzt zu sein. Dies ist hier nicht gem. Art. 66 Abs. 1 S. 2 BayBO durch „Zustimmung“ zum Bauantrag ausgeschlossen, weil F die Bauvorlagen nicht unterschrieben hat.

1. Gegen die Baugenehmigung

Auf eine Verletzung von § 36 Abs. 2 S. 3 BauGB, Art. 67 BayBO kann F seine Klagebefugnis nicht stützen, weil diese Vorschriften die Gemeinde als Inhaberin der Planungshoheit, aber nicht Interessen bzw. Rechte von Nachbarn schützen.

Daher muss geklärt werden, ob der möglicherweise verletzte § 31 Abs. 2 BauGB F subjektive Rechte vermittelt:

Dabei ist eine gerade im Baurecht zentrale Unterscheidung zu berücksichtigen: Die Unterscheidung zwischen 1. Normen, die generell drittschützend sind, weil ihr Schutz-

zweck auf einen von der Allgemeinheit abgrenzbaren Personenkreis gerichtet ist, und 2. Normen, die generell Allgemeininteressen schützen, aber dennoch das Gebot der Rücksichtnahme (auf im Einzelfall besonders betroffene Rechtssubjekte) enthalten und damit „nach Maßgabe des Rücksichtnahmegebots“ drittschützend sind.² Ein Verstoß gegen eine generell drittschützende Norm verletzt alle von ihr geschützten Personen in eigenen Rechten, unabhängig davon, ob diese im konkreten Fall Nachteile erleiden oder nicht. Ein Verstoß gegen eine Norm, die nicht generell drittschützend ist, sondern nur das Rücksichtnahmegebot enthält, verletzt nur denjenigen in eigenen Rechten, der im konkreten Fall unter Missachtung dieses Gebots „rücksichtslos“ behandelt wird.³

Obwohl § 31 Abs. 2 BauGB der Genehmigungsbehörde aufgibt, nachbarliche Interessen zu würdigen, wird er von h.M. und Rspr. nicht als generell drittschützende Norm verstanden, sondern der drittschützende Charakter von § 31 Abs. 2 BauGB je nach Fallgestaltung unterschiedlich klassifiziert:⁴

Wird von generell nachbarschützenden Festsetzung eines Bebauungsplans befreit, erstreckt sich deren Schutzwirkung auch auf § 31 Abs. 2 BauGB mit der Konsequenz, dass jeder Verstoß gegen die Vorgaben des § 31 Abs. 2 BauGB die durch die jeweilige Festsetzung geschützten Nachbarn in eigenen Rechten verletzt (unabhängig davon, ob bzw. wie schwerwiegend das Vorhaben sie im Einzelfall beeinträchtigt).⁵ Wird dagegen von nicht-nachbarschützenden Vorschriften befreit, werden Rechte von Nachbarn nur verletzt, wenn im konkreten Fall nachbarliche Interessen nicht ordnungsgemäß gewürdigt wurden. Dies ist durch eine umfassende Abwägung der betroffenen Interessen festzustellen und (nach analoger Heranziehung des Rechtsgedankens aus § 15 Abs. 1 S. 2 BauNVO) nur der Fall, wenn das Vorhaben im Einzelfall das „Gebot der Rücksichtnahme“ verletzt.⁶ Bei einer Befreiung von nicht-nachbarschützenden Festsetzungen ist § 31 Abs. 2 BauGB somit nur nach Maßgabe des Rücksichtnahmegebots drittschützend.

² Zu diesen unterschiedlichen Ausprägungen des „Drittschutzes“ durch Normen des Baurechts BVerwG NVwZ 1987, 409; *Vofskuhle/Kaufhold*, JuS 2018, 764 (765).

³ Näher zum „Rücksichtnahmegebot“ im öffentlichen Baurecht (auch zur – fragwürdigen – Unterscheidung eines nur objektiv-rechtlich wirkenden von einem auch subjektiv-rechtlich flankierten Rücksichtnahmegebot) *Vofskuhle/Kaufhold*, JuS 2010, 497.

⁴ Siehe nur BVerwG NVwZ 1987, 409; *Söfker*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, 133. Lfg., Stand: Mai 2019, § 31 Rn. 69; *König*, Baurecht Bayern, 5. Aufl. 2015, Rn. 950; *Reidt*, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 13. Aufl. 2016, Vor. §§ 29–38 Rn. 63; *Rosin*, Öffentliches Baunachbarrecht, 2016, S. 139.

⁵ Vgl. nur BVerwG BauR 2013, 2011.

⁶ St. Rspr., vgl. nur BVerwG NVwZ 1987, 409; *Reidt* (Fn. 4), Vor. §§ 29–38 Rn. 63; *Vofskuhle/Kaufhold*, JuS 2018, 764 (766).

* Fortsetzung von ZJS 2019, 492.

** Die Autorin ist Wiss. Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Kirchenrecht, Staats- und Verwaltungsrecht von Herrn Prof. Dr. Heinrich de Wall an der Universität Erlangen-Nürnberg.

¹ Die Einvernehmensersetzung ist kein „relativer“ Verwaltungsakt, der nur gegenüber der Gemeinde, aber nicht gegenüber Anderen diese Rechtsnatur hat (nach *Seidel/Reimer/Möstl*, Besonderes Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 2009, S. 18 löst dies die h.M. i.E. anders). Eine Anfechtungsklage des Nachbarn gegen die Einvernehmensersetzung oder eine Verpflichtungsklage des Bauherrn auf Einvernehmensersetzung scheitern nicht am fehlenden Verwaltungsakts-Charakter derselben, sondern an der fehlenden Klagebefugnis.

Hier ist fraglich, ob von nachbarschützenden Vorschriften befreit wurde: Ob Festsetzungen über das Maß der baulichen Nutzung drittschützend sind, ist der Rspr. zufolge im Einzelfall durch Auslegung der konkreten Festsetzung nach dem Willen des Plangebers zu ermitteln.⁷

Doch auch wenn die Maßfestsetzungen vorliegend nicht drittschützend wären, ist eine nicht ordnungsgemäße Würdigung nachbarlicher Interessen in Gestalt einer Verletzung des Rücksichtnahmegebots nicht von vorneherein auszuschließen: F ist Eigentümer eines unmittelbar benachbarten Grundstücks mit Wohnnutzung, dessen Aussicht und Besonnung (also Faktoren, die für die Wohnqualität wichtig sind) durch das Vorhaben nachteilig betroffen sind. Eine Rücksichtslosigkeit zu seinen Lasten ist damit zumindest möglich, was für die Begründung der „Zulässigkeit“ der Klage ausreicht.

2. Gegen die Ersetzung des Einvernehmens

Die Vorgaben für die Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens aus § 36 Abs. 2 BauGB und Art. 67 BayBO dienen dem Schutz der Gemeinde vor einer schrankenlosen Aushebelung ihrer Planungsentscheidungen. Den Interessen von Nachbarn dienen sie nicht (s. oben). Gegen die Ersetzung des Einvernehmens ist F daher nicht klagebefugt.⁸

III. Vorverfahren

Ein Vorverfahren ist gem. § 68 Abs. 1 S. 2, 1. Alt. VwGO i.V.m. Art. 15 Abs. 2 AGVwGO nicht statthaft, und daher nicht Zulässigkeitsvoraussetzung.

IV. Klagefrist

Die Klagefrist aus § 74 Abs. 1 S. 2 VwGO ist hier genauso wie in Teil 1 B. IV. zu berechnen, weil die Zweitausfertigung des Bescheids dem F zwar einen Tag später als der Gemeinde G, aber noch innerhalb des 3-Tages-Zeitraums gem. Art. 4 Abs. 2 S. 2 BayVwZVG zugegangen ist.

V. Beteiligten- und Prozessfähigkeit

F ist als natürliche Person gem. § 61 Nr. 1, 1. Alt. VwGO beteiligtenfähig und gem. § 62 Abs. 1 Nr. 1 VwGO prozessfähig.

Zum Freistaat Bayern (als richtiger Beklagter gem. § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO): siehe Teil 1 B. V.

VI. Zwischenergebnis

Die Klage des F ist zulässig.

C. Beiladung

E ist gem. § 65 Abs. 2 VwGO notwendig beizuladen.

D. Begründetheit

Die Klage des F ist begründet, wenn sie gegen den richtigen Beklagten gerichtet ist (§ 78 Abs. 1 VwGO), die Baugenehmigung rechtswidrig ist und den F in eigenen Rechten verletzt, § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO.

I. Passivlegitimation, § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO

Siehe Teil 1 E. I.: Freistaat Bayern als richtiger Beklagter.

II. Rechtswidrigkeit der Baugenehmigung

Die Baugenehmigung ist formell und materiell rechtswidrig (siehe Teil 1 E. II.).

III. Verletzung des F in eigenen Rechten

1. *Durch Verstoß gegen Art. 67 Abs. 1, Abs. 4 BayBO, § 36 Abs. 2 S. 3 BauGB*

Der Verstoß gegen Art. 67 Abs. 1, Abs. 4 BayBO, § 36 Abs. 2 S. 3 BauGB verletzt F nicht in eigenen Rechten, weil diese Normen nicht seinem Schutz dienen (siehe oben B. II. 2.).

2. *Durch Verstoß gegen § 31 Abs. 2 BauGB*

Jedoch könnte der Verstoß gegen § 31 Abs. 2 BauGB F in eigenen Rechten verletzen.

Dabei muss berücksichtigt werden, dass § 31 Abs. 2 BauGB nach st. Rspr. und h.M. keine generell drittschützende Norm ist.⁹

Allerdings verletzt eine Befreiung den Nachbarn dann in eigenen Rechten, wenn sie rechtswidrig von einer *nachbarschützenden Festsetzung* des Bebauungsplans abweicht.¹⁰

Außerdem ist ein Abwehrrecht des Nachbarn verletzt, wenn sich durch entsprechende Anwendung des in § 15 Abs. 1 S. 2 BauNVO normierten „Rücksichtnahmegebots“ ergibt, dass bei der Befreiung nachbarliche Interessen nicht hinreichend gewürdigt wurden.¹¹

a) *Nachbarschützender Charakter der Maßfestsetzungen*

Demnach wäre F in seinen Rechten verletzt, wenn es sich bei den Festsetzungen über das Maß der baulichen Nutzung um nachbarschützende Vorschriften handeln würde.

Der Rspr. zufolge hängt es vom Willen der planenden Gemeinde ab, ob Maßfestsetzungen nachbarschützend sind oder maßgeblich Allgemeininteressen dienen.¹²

Dabei ging sie bisher von einem Regel-Ausnahme-Verhältnis aus: Maßfestsetzungen seien im Regelfall nicht nachbarschützend, denn sie dienten typischerweise öffentlichen Zwecken wie z.B. der Harmonisierung der Bebauung, der Auflockerung der Bebauung zur Verbesserung des Stadtklimas usw. Im Einzelfall könne aber aufgrund einer erkenn-

⁷ St. Rspr., vgl. nur BVerwG NVwZ 2018, 1808; BVerwG NVwZ 1996, 888; König (Fn. 4), Rn. 946.

⁸ Außerdem fehlt einer Klage gegen die Einvernehmensersetzung das Rechtsschutzbedürfnis, da F sein Klageziel umfassend durch eine Klage gegen die Baugenehmigung erreichen kann.

⁹ Siehe oben B. II. 1., insbes. die Nachweise in Fn. 4.

¹⁰ St. Rspr., siehe nur BVerwG NVwZ 1987, 409; Söfker (Fn. 4), § 31 Rn. 69 m.w.N.

¹¹ St. Rspr., siehe nur BVerwG NVwZ 1987, 409; Söfker (Fn. 4), § 31 Rn. 69 m.w.N.

¹² St. Rspr., siehe nur BVerwG NVwZ 1996, 888; BVerwG NVwZ 2018, 1808.

bar nachbarlichen Interessen dienenden Planung anderes gelten.¹³

Im vorliegenden Fall ergäbe die Anwendung dieser Regel, dass die Maßfestsetzungen nicht drittschützend sind: Denn die Planbegründung rechtfertigt sie mit verschiedenen öffentlichen bzw. Allgemeininteressen wie dem Erhalt des Erholungswertes der Landschaft oder dem Schutz des ortsansässigen Tourismusgewerbes. Selbst wenn man in Letzterem einen von der Allgemeinheit unterscheidbaren, individualisierbaren Personenkreis sähe, würde F nicht zu diesem Personenkreis gehören. Dass die Maßfestsetzungen gerade dem Interesse angrenzender Grundstücksnachbarn dienen, geht aus der Planbegründung nicht hervor.

In seinem Urt. v. 9.8.2018¹⁴ hat das BVerwG nun allerdings angenommen, dass Maßfestsetzungen auch dann drittschützend sind, wenn der Plangeber die Planbetroffenen mit ihnen in ein wechselseitiges nachbarliches Austauschverhältnis einbinden wollte (LS 2). Dies soll auch gelten, wenn der Plangeber die nachbarschützende Wirkung im Zeitpunkt der Planaufstellung nicht in seinen Willen aufgenommen hatte: Stünden Festsetzungen „nach der Konzeption des Plangebers in einem wechselseitigen, die Planbetroffenen zu einer rechtlichen Schicksalsgemeinschaft verbindenden Austauschverhältnis“, komme ihnen „nach ihrem objektiven Gehalt Schutzfunktion zugunsten der an dem Austauschverhältnis beteiligten Grundstückseigentümer zu“.¹⁵ Nach dieser neuen Leitlinie könnten die Maßfestsetzungen auch hier drittschützend sein: Da sie (u.a.) für die Grundstücke von E und F in gleicher Weise gelten, könnten sie „in einem wechselseitigen Austauschverhältnis“ stehen und E, F und die weiteren Planunterworfenen insofern zu einer „rechtlichen Schicksalsgemeinschaft“ verbinden.

Allerdings wirft diese neuere Entscheidung Verständnis- und Auslegungsprobleme auf.¹⁶ Bei ihrer Diskussion wurde zu Recht gefragt, ob die beiden in dem Urteil festgehaltenen Grundsätze – nämlich (1.) dass Maßfestsetzungen nur im Einzelfall drittschützendes Charakter haben, und (2.) sie dann drittschützendes Charakter haben, wenn ein wechselseitiges Austauschverhältnis begründet wird, – gleichzeitig gelten können.¹⁷ Da Maßfestsetzungen immer insofern ein Austauschverhältnis unter den Planunterworfenen in ihrem Geltungsbereich begründen, als sie von allen Planunterworfenen zu befolgen sind, wären sie immer und nicht nur im Einzelfall drittschützend, wenn dies alleine genügen würde. Beide

Grundsätze können damit nur dann nebeneinander bestehen, wenn zu dieser objektiven Begründung eines „Austauschverhältnisses“ noch etwas Weiteres hinzutritt. Dem Urteil ist dazu nichts mit hinreichender Deutlichkeit zu entnehmen: Zwar spricht es davon, dass die Maßfestsetzungen nicht nur überhaupt, sondern gerade nach der „Konzeption des Plangebers“ in einem „wechselseitigen, die Planbetroffenen zu einer rechtlichen Schicksalsgemeinschaft verbindenden Austauschverhältnis“ stehen müssen. Es bleibt aber unklar, was dafür über die wechselseitige Geltung der Festsetzungen hinaus erforderlich ist.¹⁸

Um die neue Rechtsprechung richtig zu handhaben, muss also etwas Hinzutretendes identifiziert werden. Ist dies nicht möglich, muss entweder (entgegen der bisherigen Rechtsprechung) davon ausgegangen werden, dass Maßfestsetzungen generell drittschützend sind oder (entsprechend der älteren Rechtsprechung) nur drittschützend sind, wenn sich dies im konkreten Fall aus dem Plan ergibt, da ohne etwas Hinzutretendes beide in dem Urteil festgehaltenen Grundsätze nicht gleichzeitig gelten können und eine Entscheidung für einen von beiden fallen muss.

Das Urteil des BVerwG vom 9.8.2018 überträgt auf Maßfestsetzungen die für Festsetzungen über die Art der baulichen Nutzung entwickelte Argumentation, dass sich eine individuelle, von der Allgemeinheit unterscheidbare Beeinträchtigung auch daraus ergeben kann, dass man selbst zur Einhaltung einer nur bestimmte Personen adressierenden Norm verpflichtet ist, deren Geltung sich ein anderer Normadressat rechtswidrig entzieht.¹⁹ Tatsächlich greift diese Argumentation im Geltungsbereich eines Bebauungsplans nicht nur für Festsetzungen über die Art der baulichen Nutzung, sondern auch für alle anderen Festsetzungen, die mehr als nur einen Adressaten betreffen. Stützte man sich jedoch ausschließlich auf diese Argumentation, zöge dies eine extreme Ausweitung des Kreises der „subjektiv Berechtigten“ nach sich, die die Aufhebung eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes herbeiführen können: Konsequenterweise folgt aus ihr, dass hinsichtlich aller Normen, die für einen von „der Allgemeinheit“ unterscheidbaren Personenkreis gelten, alle Normunterworfenen einen Normverstoß als Verletzung eigener Rechte geltend machen können. Das wiederum hätte zur Folge, dass Normen mit einem nur partiellen Anwendungs-

¹³ St. Rspr. und h.M., vgl. nur BVerwG NVwZ 1996, 170; *Becker/Heckmann/Kempfen/Manssen*, Öffentliches Recht in Bayern, 7. Aufl. 2017, Teil 4: Öffentliches Baurecht, Rn. 586, 639; *König* (Fn. 4), Rn. 946; *Reidt* (Fn. 4), Vor. §§ 29–38 Rn. 42.

¹⁴ BVerwG NVwZ 2018, 1808.

¹⁵ BVerwG NVwZ 2018, 1808 (1810).

¹⁶ Zur durch das Urteil entstehenden Rechtsunsicherheit siehe nur *Hufen*, JuS 2019, 509 (510); *Schroer/Kümmel*, NVwZ 2018, 1775 (1777).

¹⁷ *Schroer/Kümmel*, NVwZ 2018, 1775 (1777); ähnlich auch *Heinemann*, NVwZ 2018, 1811, Anm. zu BVerwG, Urt. v. 9.8.2018 – 4 C 7/17.

¹⁸ Dazu, dass das Urteil den Abgrenzungsmaßstab nicht bestimmt genug formuliert siehe auch *Hufen*, JuS 2019, 509 (510). Eine denkbare Lösung ist, ein solches subjektiv-rechtlich verstärktes Austauschverhältnis nur bei Maßfestsetzungen zu bejahen, die im konkreten Fall zu den Grundzügen der Planung gehören. Allerdings lässt sich dem Wortlaut des Urteils diese Einschränkung nicht entnehmen. Und obwohl sich mit dieser Einschränkung u.U. eine sinnvolle Differenzierung erreichen ließe, stellt sich die Frage, ob und wie sie sich konsistent begründen lässt.

¹⁹ Zum generell (d.h. unabhängig vom konkreten Willen des Plangebers) drittschützendes Charakter von Festsetzungen über die Art der baulichen Nutzung gestützt auf das Argument der hier begründeten „rechtlichen Schicksalsgemeinschaft“ BVerwGE 94, 151–163.

bereich (z.B. Satzungen) wehrfähiger wären als allgemein geltende Normen, bei denen diese Argumentation nicht möglich ist, ohne die Differenzierung zwischen dem Schutz individueller Rechte und dem Schutz von Allgemeininteressen aufzugeben. Für eine solche abgestufte Wehrfähigkeit partiell und allgemein geltender Normen gibt es jedoch kein überzeugendes Argument. Folglich kann sich die Begründung einer Verletzung subjektiver Rechte nicht allein auf die beiderseitige Geltung der Norm stützen, sondern es bedarf einer Präzisierung, wann ein Normunterwerfener die Einhaltung der betreffenden Norm von einem anderen Normunterworfenen verlangen kann. Tatsächlich hat das BVerwG den drittschützenden Charakter von Festsetzungen der Art der baulichen Nutzung nicht isoliert damit begründet, dass auch die Nachbarn diesen Vorgaben unterworfen sind, sondern ergänzt, dass eine schleichende Veränderung der Nutzungsart das Potential hat, auch die Rechtslage der anderen Grundstücke im Plangebiet zu ändern (so dass auch insofern ein „Austauschverhältnis“ bzw. eine „rechtliche Schicksalsgemeinschaft“ besteht).²⁰ Gleichzeitig hat es betont, dass dies von Maßfestsetzungen generell nicht zu befürchten sei, denn diese hätten nur in der unmittelbaren Umgebung des Grundstücks nachteilige Wirkung, so dass das „Rücksichtnahmegebot“ als Konfliktbewältigungsinstrument ausreiche.²¹ Entsprechend klingt im Urteil des BVerwG vom 9.8.2018 an, dass die Maßfestsetzungen im vorliegenden Fall v.a. deshalb als drittschützend eingeordnet wurden, weil sie in engem Zusammenhang mit der Bestimmung des Gebietscharakters (im entschiedenen Fall: als Sondergebiet für den Wassersport) stünden und ihre Missachtung diesen Gebietscharakter zu verändern droht.²² Wendet man die Rspr. des BVerwG unter Beachtung dieser Einschränkung an, ist es hier überzeugender, den drittschützenden Charakter der Maßfestsetzungen zu vereinen, weil nicht ersichtlich ist, dass die Befreiung (und sei es bei wiederholter Gewährung) die Zulässigkeit des plankonformen Bauens auf den übrigen Grundstücken in Frage zu stellen geeignet ist. Die entscheidende Begründung für das Bestehen einer „rechtlichen Schicksalsgemeinschaft“ zwischen den Planunterworfenen hinsichtlich der zulässigen Art der baulichen Nutzung ist nicht übertragbar.

Hinweis: mit Blick auf BVerwG NVwZ 2018, 1808 ist gut vertretbar, die Maßfeststellungen als drittschützend anzusehen; es ist schwer absehbar, wie die Rspr. die in dieser Entscheidung formulierten, tendenziell widersprüchlichen Grundsätze in weiteren Fällen anwenden bzw. präzisieren wird.

b) Keine hinreichende Berücksichtigung der nachbarlichen Interessen des F

Allerdings kann ein Verstoß gegen § 31 Abs. 2 BauGB auch dann eine Verletzung nachbarlicher Rechte bedeuten, wenn von einer nicht-nachbarschützenden Festsetzung abgewichen wird.

²⁰ BVerwG NVwZ 1996, 170.

²¹ BVerwG NVwZ 1996, 170.

²² BVerwG NVwZ 2018, 1808 (1810).

Dies ergibt sich daraus, dass nach § 31 Abs. 2 BauGB bei jeder Befreiung, auch bei einer Befreiung von nicht-nachbarschützenden Vorschriften, nachbarliche Interessen zu würdigen sind. Der Rspr. zufolge verletzt eine Befreiung von nicht-nachbarschützenden Vorschriften dann subjektive Rechte des Nachbarn, wenn bei der Entscheidung die nachbarlichen Interessen nicht hinreichend gewürdigt wurden. Um zu klären, wann dies der Fall ist, zieht die Rspr. die Grundsätze des Rücksichtnahmegebots heran: danach werden Interessen eines Nachbarn dann nicht hinreichend gewürdigt, wenn er bei umfassender Abwägung aller relevanten Interessen durch die Befreiung „unzumutbar“ beeinträchtigt wird.²³ Dabei kann der Nachbar umso mehr an Rücksichtnahme verlangen, je empfindlicher seine Stellung durch eine an die Stelle der im Bebauungsplan festgesetzten Nutzung tretende andersartige Nutzung berührt werden kann. Umgekehrt braucht derjenige, der die Befreiung in Anspruch nehmen will, umso weniger Rücksicht zu nehmen, je verständlicher und unabweisbarer die von ihm verfolgten Interessen sind.²⁴

Nach diesen Abwägungsleitlinien liegt hier keine „unzumutbare Beeinträchtigung“ vor.²⁵ Angesichts des im Gebiet der Gemeinde und auch ihrer Umgebung herrschenden Wohnungsmangels sprechen verständliche, gewichtige Gründe für das Vorhaben des E. Demgegenüber wird das Grundstück des F zwar stärker beschattet als zuvor: allerdings betrifft dies nur Teile des Gartens, nicht das Wohnhaus selbst.²⁶ Einen Rechtsanspruch auf Erhalt einer bisherigen Aussicht gibt es nicht.²⁷ Mangels „unzumutbarer Beeinträchtigung“ kann sich F daher nicht auf eine Verletzung in eigenen Rechten berufen.

IV. Ergebnis Begründetheit

Die Klage ist unbegründet.

E. Gesamtergebnis

Die Klage des F ist zwar zulässig, aber unbegründet und hat deshalb keine Aussicht auf Erfolg (*A.A. vertretbar*).

²³ *Söfker* (Fn. 4), § 31 Rn. 69.

²⁴ St. Rspr., vgl. nur BVerwG NVwZ 1987, 409 (410).

²⁵ Zu der Frage, wann eine Verdichtung der Bebauung das Rücksichtnahmegebot gegenüber einem Nachbarn verletzt siehe z.B. OVG Bremen, Beschl. v. 3.7.2013 – 1 B 62/13: Grds. ist das nicht der Fall, wenn Abstandsflächenvorschriften eingehalten sind, es sei denn, es liegt im Einzelfall eine „erdrückende Wirkung“ vor.

²⁶ Überblick über die Rechtsprechung zur Unzumutbarkeit eines Vorhabens wegen „Verschattung“ des Nachbargrundstücks bei Rosin, *Öffentliches Baunachbarrecht*, 2016, S. 144 ff. Selbst bei einer „Verschattung“ des Wohnhauses selbst hängt es danach von den Umständen des Einzelfalles ab, ob die Schwelle der „Unzumutbarkeit“ überschritten wird.

²⁷ Siehe nur OVG für das Land Schleswig-Holstein, Urt. v. 30.9.1991 – 1 L 22/91 (juris). Überblick über die einschlägige Rechtsprechung bei Rosin, *Öffentliches Baunachbarrecht*, 2016, S. 143.

Frage c): Erfolgsaussichten einer Klage der Nachbargemeinde N

Die Klage der Gemeinde N hat Erfolg, wenn sie nach den vor dem zuständigen Gericht geltenden Regeln zulässig und begründet ist.

A. Entscheidungskompetenz

Siehe Teil 1 A.: VG Regensburg.

B. Zulässigkeit

I. Statthafte Klageart

Der Bescheid des Landratsamtes enthält zwei Verwaltungsakte: Die Baugenehmigung für E und die Ersetzung des Einvernehmens der Gemeinde G (*zweites str., A.A. vertretbar; siehe Teil 1 B. I.*). Wird eine Klage gegen die Ersetzung des Einvernehmens nicht durch § 44a S. 1 VwGO ausgeschlossen (siehe dazu Teil 1 B. I.), ist grds. eine Anfechtungsklage gegen beide Verwaltungsakte statthaft.

II. Klagebefugnis

Um klagebefugt zu sein, müsste die Gemeinde N geltend machen können, durch (1.) die Genehmigung und (2.) durch die Ersetzung des Einvernehmens der G in eigenen Rechten verletzt zu sein, § 42 Abs. 2 VwGO.

1. Klagebefugnis gegen die Genehmigung:

Eine Klagebefugnis der Gemeinde N ist nur zu bejahen, wenn die Genehmigung zumindest möglicherweise gegen Normen verstößt, die gerade zugunsten der Nachbargemeinde N drittschützend sind (sog. „Schutznormtheorie“). Als solche kommt hier nur § 31 Abs. 2 BauGB in Betracht, denn der unzweifelhaft zugunsten von Nachbargemeinden drittschützende § 2 Abs. 2 BauGB ist nicht unmittelbar anwendbar, weil er nicht für die Erteilung von Einzelgenehmigungen, sondern für die Aufstellung von Bauleitplänen gilt (für die Erteilung von Einzelgenehmigungen spielt seine Wertung nur insoweit eine Rolle, als die im konkreten Fall anwendbaren Zulassungsnormen, z.B. § 34 oder § 35 BauGB, die Zulässigkeit des Vorhabens von einer Wahrung der Belange der Nachbargemeinde abhängig machen)²⁸.

Ein Verstoß gegen § 31 Abs. 2 BauGB würde die Nachbargemeinde dann in eigenen Rechten verletzen, wenn die Festsetzung, von der rechtswidrig befreit wurde, gerade zugunsten der Nachbargemeinde drittschützend ist.²⁹ Zu klären

²⁸ VGH Kassel NVwZ-RR 2010, 47 (48). Darüber hinausgehend geht z.B. der BayVGh davon aus, dass § 2 Abs. 2 BauGB auch dann einschlägig ist, wenn ein „Einzelvorhaben auf der Grundlage eines nicht abgestimmten Bauleitplans zugelassen wird oder wenn die Standortgemeinde dem Bauinteressenten [...] eine Zulassung unter Missachtung bzw. Umgehung des § 2 Abs. 2 BauGB verschafft hat“ (BayVGh, Beschl. v. 28.1.2019 – 15 ZB 17.1831 = BeckRS 1019, Rn. 21). Ob dem zu folgen ist, kann hier dahinstehen, da eindeutig keine dieser beiden Fallgestaltungen einschlägig ist.

²⁹ Hier greift die gleiche Argumentation bei der der Klage eines Nachbarn, der sich gegen die Befreiung von einer ihn

ist daher, ob dies hier für die Maßfestsetzungen gilt. Nach der (für die Feststellung des drittschützenden Charakters von Normen von der g.h.M. herangezogenen) „Schutznormtheorie“ ist eine Norm dann zugunsten bestimmter Personen drittschützend, wenn sie nicht nur dem öffentlichen Interesse bzw. Allgemeininteresse, sondern zumindest auch von Allgemeininteressen unterscheidbare (Individual-)Interessen derart zu schützen bestimmt ist, dass den Geschützten die Rechtsmacht vermittelt werden soll, die Einhaltung des Rechtssatzes zu verlangen.³⁰ Die Planungshoheit der Nachbargemeinde ist zwar kein dem „öffentlichen Interesse“ gegenüberübretendes Privatinteresse, sondern ebenfalls ein öffentlicher Belang. Allerdings ist die Planungshoheit von Gemeinden, auch die u.a. durch § 2 Abs. 2 BauGB geschützte Planungshoheit von Nachbargemeinden,³¹ als subjektives, d.h. wehrfähiges Recht ausgestaltet und insofern den Grundrechten vergleichbar.³² Die Planungshoheit der Nachbargemeinde muss daher als ein von den Interessen der Allgemeinheit unterscheidbares Individualinteresse anerkennungsfähig sein. Außerdem kann man aus der Tatsache, dass die Planungshoheit Teil des – sogar verfassungsrechtlich verbürgten – Selbstverwaltungsrechtes der Gemeinde ist,³³ folgern, dass eine Norm, die gerade dem Schutz des Interesses an der Verwirklichung der kommunalen Planungshoheit dient, der Nachbargemeinde auch ein subjektives Recht, d.h. eine wehrfähige Rechtsstellung vermittelt.³⁴ Die Maßfestsetzungen wären deshalb dann zugunsten von N drittschützend, wenn sich durch Auslegung des konkreten Plans ergäbe, dass sie nach dem Willen des Plangebers zumindest auch der Planungshoheit der Nachbargemeinde zu dienen bestimmt sind.³⁵ Dafür ließe sich hier anführen, dass sie laut Sachverhalt aus einem Abstimmungsprozess mit der Nachbargemeinde hervorgegangen sind. Allerdings hat es die Rechtsprechung für

schützenden Festsetzung im Bebauungsplan zur Wehr setzt, siehe oben Frage b) B. II. 1.: Der Nachbarschutz aus der missachteten Bebauungsplanfestsetzung hat zur Folge, dass jede rechtswidrige Abweichung von ihr subjektive Rechte der Geschützten verletzt. Siehe auch *Hug*, *Gemeindenachbarklagen im öffentlichen Baurecht*, 2008, S. 562 Fn. 751.

³⁰ Vgl. nur BVerwGE 92, 313 (317); *Wolff/Decker*, *Studienkommentar VwGO/VwVfG*, 3. Aufl. 2012, § 42 VwGO Rn. 94; genauer dazu *Schenke*, *Verwaltungsprozessrecht*, 15. Aufl. 2017, Rn. 496.

³¹ Zu § 2 Abs. 2 BauGB als Ausgestaltung der Planungshoheit der Nachbargemeinde siehe nur *Uechtritz*, in: *Spannowsky/Uechtritz*, *Beck'scher Online Kommentar zum BauGB*, 45. Ed., Stand: 1.5.2019, § 2 Rn. 20 f.; *Uechtritz*, *NVwZ* 2003, 176 (177).

³² Siehe nur *Schenke* (Fn. 30), Rn. 498a.

³³ Vgl. nur BVerwGE 40, 323 (329).

³⁴ Dazu, dass der Schutz des Interesses von Rechtssubjekten des Privatrechts immer mit der Vermittlung subjektiver Rechte für diese einhergeht, weil nur dies ihrer Subjektstellung dem Staat gegenüber hinreichend Rechnung trägt, *Schenke* (Fn. 30), Rn. 496.

³⁵ BayVGh, Beschl. v. 28.1.2019 – 15 ZB 17.1831 = BeckRS 1019, Rn. 25.

die Bejahung von Drittschutz zugunsten einer Nachbargemeinde bisher nicht ausreichen lassen, dass eine Bebauungsplanfestsetzung durch den Abstimmungsprozess mit der Nachbargemeinde beeinflusst wurde.³⁶ Sie hat darüber hinaus verlangt, dass der Wille der planenden Gemeinde erkennbar wird, mit der aus dem Abstimmungsprozess hervorgegangenen Bestimmung gerade die Rechte der Nachbargemeinde als solcher, nämlich eben deren Planungshoheit, zu schützen.³⁷ Damit trägt die Rechtsprechung dem Umstand Rechnung, dass der Schutz der Nachbargemeinde durch einzelne Bebauungsplanfestsetzungen – jenseits der Schwelle eines Verstoßes gegen § 31 Abs. 2 BauGB i.V.m. § 2 Abs. 2 BauGB, siehe dazu sogleich – zur Disposition der planenden Gemeinde steht, und eine solche Disposition nicht schon bei jeder Berücksichtigung von Anliegen vorliegt, die eine Nachbargemeinde in den Abstimmungsprozess eingebracht hat (da eine solche Berücksichtigung z.B. auch im Interesse einzelner Einwohner im Gebiet der Nachbargemeinde erfolgen kann). Folgt man dem, reicht das bloße Einfließen nachbargemeindlicher Interessen in eine Festsetzung nicht aus, um diese als Schutznorm zugunsten der Nachbargemeinde zu werten. Darüber hinaus muss sich aus der konkreten Planung ergeben, dass die Festsetzung gerade auch zum Schutz der Planungshoheit der Nachbargemeinde getroffen wurde. Da sich hier der Planbegründung nicht explizit entnehmen lässt, dass die Maßfestsetzungen neben dem eigenen Interesse der Gemeinde G (an der Erhaltung der naturnahen Umgebung des Weihers) auch der Planungshoheit der Nachbargemeinde N (und nicht etwa z.B. nur den Interessen der Angehörigen des Tourismusgewerbes in der Nachbargemeinde N) zu dienen bestimmt sind, wären sie damit als nicht unmittelbar zugunsten von N drittschützend zu werten. (*A.A. bei entsprechender Deutung der Planbegründung gut vertretbar*).

Allerdings kann man aus § 2 Abs. 2 BauGB – zumindest – folgern, dass Befreiungen von den Festsetzungen eines Bebauungsplans die durch diese Festsetzungen verwirklichte Abstimmung benachbarter Planungen nicht so stark unterlaufen dürfen, dass ein Verstoß gegen § 2 Abs. 2 BauGB vorläge, wenn die Einzelfallzulassung durch entsprechende Planung der Gemeinde ermöglicht worden wäre. § 2 Abs. 2 BauGB ist damit im Rahmen von § 31 Abs. 2 BauGB anwendbar. Verortet lässt sich diese Relevanz bei der Prüfung, ob die Abweichung „mit den öffentlichen Belangen vereinbar ist“, denn die Wahrung der Planungshoheit der Nachbargemeinde ist ein „öffentlicher Belang“ (auch wenn sie gleichzeitig subjektiv-rechtlich verstärkt ist). Will man dem nicht folgen, weil man unter „öffentlichen Belangen“ nur gerade nicht subjektiv-rechtlich aufgeladene Belange versteht,³⁸

³⁶ Vgl. BayVGh, Beschl. v. 28.1.2019 – 15 ZB 17.1831 = BeckRS 1019, Rn. 26.

³⁷ Siehe ebd. Dies sei nicht der Fall, wenn die aus dem Abstimmungsprozess hervorgegangene Festsetzung lediglich Interessen einzelner Einwohner im Gebiet der Nachbargemeinde (im konkreten Fall: vor Lärmbelästigung), nicht aber die Nachbargemeinde als solche schützen soll.

³⁸ So wohl Hug, *Gemeindenachbarklagen im öffentlichen Baurecht*, 2008, S. 564 f.

wird die Wertung des § 2 Abs. 2 BauGB jedenfalls bei der Ausübung des durch § 31 Abs. 2 BauGB eingeräumten „Ermessens“ relevant.³⁹ (Zumindest) eine Ermessensentscheidung, die für die Nachbargemeinde i.S.v. § 2 Abs. 2 BauGB „unzumutbar“ wäre, müsste als „Ermessensüberschreitung“ gewertet werden, die die Nachbargemeinde in ihrem subjektiven Recht auf ermessensfehlerfreie Entscheidung verletzt.

§ 31 Abs. 2 BauGB ist insofern, d.h. i.V.m. § 2 Abs. 2 BauGB, zugunsten der Nachbargemeinde drittschützend (*a.A. vertretbar*). Da § 31 Abs. 2 BauGB allerdings im Übrigen und generell nicht explizit den Schutz von Nachbargemeinden bezweckt, ist nach der oben unter Frage b) B. II. 1. dargestellten Klassifikation von „drittschützenden Normen“ nicht anzunehmen, dass § 31 Abs. 2 BauGB generell zugunsten von Nachbargemeinden drittschützend ist. Stimmiger ist es, ihn als Norm einzuordnen, die das Gebot der „interkommunalen“ bzw. „gemeindenachbarlichen Rücksichtnahme“ mitenthält⁴⁰ und nur nach Maßgabe dieses „interkommunalen“ bzw. „gemeindenachbarlichen Rücksichtnahmegebots“ drittschützend ist, mit der Folge, dass eine Nachbargemeinde nicht bei jedem Verstoß gegen § 31 Abs. 2 BauGB in eigenen Rechten verletzt ist, sondern nur, wenn die Befreiung die nach § 2 Abs. 2 BauGB erforderliche Rücksichtnahme auf die Nachbargemeinde vermissen lässt, z.B. weil sie im konkreten Fall ihr gegenüber „unzumutbar“ ist (*a.A. vertretbar*). Da N hier vorträgt, dass die Befreiung gerade Festsetzungen betrifft, die Gegenstand einer Abstimmung zwischen den Nachbargemeinden gem. § 2 Abs. 2 BauGB waren, weil sie Interessen der Nachbargemeinde berühren, erscheint eine Verletzung eines solchen aus § 31 Abs. 2 BauGB i.V.m. § 2 Abs. 2 BauGB ableitbaren „interkommunalen Rücksichtnahmegebots“ zumindest möglich.

Die Nachbargemeinde N ist damit gegen die Baugenehmigung klagebefugt (*a.A. vertretbar*).

2. Klagebefugnis gegen die Ersetzung des Einvernehmens:

Die Bestimmungen, die die Ersetzung des Einvernehmens der Gemeinde regeln, sichern den Zweck, dem das Einvernehmensefordernis dient. Sie haben keine eigene, über das Einvernehmensefordernis selbst hinausgehende Schutzwirkung. Das Einvernehmensefordernis gilt jedoch nur für die planende Gemeinde und dient damit nur zum Schutz von deren Planungshoheit, nicht zum Schutz der Planungshoheit von Nachbargemeinden. Die Gemeinde N ist damit gegen die Ersetzung des Einvernehmens nicht klagebefugt.

III. Vorverfahren

Gem. § 68 Abs. 1 S. 2 1. Alt. VwGO i.V.m. Art. 15 Abs. 2 AGVwGO nicht statthaft und damit nicht Zulässigkeitsvoraussetzungen der Klage.

³⁹ So wohl so *Söfker* (Fn. 4), § 2 Rn. 103: „Zumindest aber wird davon auszugehen sein, dass im Rahmen der nach § 31 Abs. 2 und § 34 Abs. 3a zu treffenden Ermessenentscheidung § 2 Abs. 2 zu beachten wäre.“

⁴⁰ So auch BayVGh, Beschl. v. 28.1.2019 – 15 ZB 17.1831 = BeckRS 1019, Rn. 21, 22.

IV. Klagefrist

Da die Baugenehmigung der Nachbargemeinde N nicht bekanntgegeben wurde, hat die Klagefrist aus § 74 Abs. 1 S. 2 VwGO nicht zu laufen begonnen. Ihr Klagerecht kann daher nicht durch Verfristung gem. § 74 VwGO, sondern nur unter dem Gesichtspunkt der Verwirkung entfallen. Dafür, dass ihr Klagerecht verwirkt sein könnte, ist aus dem SV nichts ersichtlich.

V. Beteiligten- und Prozessfähigkeit

Die Gemeinde N ist als juristische Person des öffentlichen Rechts beteiligtenfähig gem. § 61 Nr. 1 2. Alt. VwGO; sie selbst ist prozessunfähig und wird im Prozess durch den ersten Bürgermeister gem. § 62 Abs. 3 VwGO i.V.m. Art. 38 Abs. 1 GO vertreten.

Zum Freistaat Bayern (als richtiger Beklagter gem. § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO): siehe Teil 1 B. V.

VI. Zwischenergebnis

Die Klage der Nachbargemeinde N ist zulässig.

C. Beiladung

E ist gem. § 65 Abs. 2 VwGO notwendig beizuladen.

D. Begründetheit

Die Klage der Gemeinde N ist begründet, wenn sie gegen den richtigen Beklagten gerichtet ist (§ 78 Abs. 1 VwGO), die Baugenehmigung rechtswidrig ist und die Gemeinde N in ihren Rechten verletzt, § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO.

I. Passivlegitimation, § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO

Freistaat Bayern (siehe Teil 1 E. I.).

II. Rechtmäßigkeit der Baugenehmigung

Siehe Teil 1 E. II.

III. Verletzung der N in eigenen Rechten

1. *Wegen Verstoß gegen Art. 67 Abs. 1, Abs. 4 BayBO, § 36 Abs. 2 S. 3 BauGB*

Der Verstoß gegen diese Normen begründet keine Verletzung der Gemeinde N in eigenen Rechten, weil sie nicht zugunsten von Nachbargemeinden drittschützend sind (s.o. B. II. 2.).

2. *Wegen Verstoßes gegen § 31 Abs. 2 BauGB*

Der Verstoß gegen § 31 Abs. 2 BauGB verletzt die Nachbargemeinde nicht bereits deshalb in eigenen Rechten, weil die von der Befreiung betroffenen Maßfestsetzungen zugunsten der Nachbargemeinde drittschützend sind, da sich der konkreten Planung nicht der Wille zur Begründung solchen Drittschutzes entnehmen lässt (s.o. B. II. 1.) (*a.A. vertretbar*).

Die subjektiven Rechte der Nachbargemeinde N könnten aber verletzt sein, weil § 31 Abs. 2 BauGB (i.V.m. § 2 Abs. 2 BauGB) auch unabhängig von dem drittschützenden Charakter der von der Befreiung betroffenen Festsetzung den Schutz der Interessen der Nachbargemeinde verbürgt (entweder, weil

diese als „öffentlicher Belang“ i.S.v. § 31 Abs. 2 BauGB einzuordnen sind, oder zumindest im Rahmen der Ermessensausübung Berücksichtigung finden müssen, siehe oben B. II. 1.).

Dabei wird man davon ausgehen müssen, dass § 31 Abs. 2 BauGB nicht generell, sondern nur i.V.m. § 2 Abs. 2 BauGB, d.h. nach Maßgabe eines „interkommunalen“ bzw. „gemeindenachbarlichen Rücksichtnahmegebots“ zugunsten von Nachbargemeinden drittschützend ist (s.o. B. II. 1.). Deshalb bedeutet nicht jeder Verstoß gegen § 31 Abs. 2 BauGB eine Verletzung der Nachbargemeinde in eigenen Rechten, sondern nur eine Einzelfallzulassung, die § 2 Abs. 2 BauGB verletzen würde. Dabei ist die Frage, ob die Berücksichtigung von § 2 Abs. 2 BauGB einer Befreiung bereits dann entgegensteht, wenn das Vorhaben „unmittelbare Auswirkungen gewichtiger Art“ auf die Nachbargemeinde hat, weil dies ein Planungsbedürfnis (d.h. das Bedürfnis nach einem komplexen Ausgleich widerstreitender Belange) auslöst,⁴¹ dem durch eine Einzelfallgenehmigung nicht Rechnung getragen werden kann,⁴² oder erst dann, wenn die Auswirkungen einer Planung auf die benachbarte Gemeinde „unzumutbar“ sind, d.h. nach § 2 Abs. 2 BauGB auch nicht zum Inhalt einer Planung gemacht werden könnten.⁴³ Letztlich kann eine Beantwortung dieser Frage hier dahinstehen, weil sich bereits „unmittelbare Auswirkungen gewichtiger Art“ nicht feststellen lassen: Es liegt nicht auf der Hand, dass durch die Zulassung eines 5-stöckigen Gebäudes in der zum Gemeindegebiet von G gehörenden Umgebung des Friedberger Weihers der Tourismus auch in der Nachbargemeinde N (die den naturnahen Charakter der Landschaft durch eigenes Planungsrecht schützt) leiden würde. Denn selbst ein 5-stöckiges Haus von 18 m Höhe überschreitet die Wipfelhöhe ausgewachsener Bäume nur minimal und ist insofern nicht per se geeignet, den Charakter des laut SV ohnehin bebauten, also nicht völlig naturbelassenen Charakter des Weiherumfelds grundlegend zu verändern. Gleichzeitig hat ein Gebäude von dieser Höhe noch keine massive Fernwirkung. N wird damit nicht in ihrem subjektiven Recht aus § 31 Abs. 2 i.V.m. § 2 Abs. 2 BauGB verletzt (*a.A. nicht gänzlich unvertretbar; allerdings fehlen dafür gute Argumente im SV*).

IV. Ergebnis Begründetheit

Die Klage ist unbegründet.

E. Gesamtergebnis

Die Klage der Gemeinde N ist zwar zulässig, aber unbegründet und hat deshalb keine Aussicht auf Erfolg (*a.A. vertretbar*).

⁴¹ Vgl. nur BVerwGE 117, 25 (32 f.) = BVerwG NVwZ 2003, 86 (87); BayVGH, Beschl. v. 1.12.2009 – 15 ZB 09.1169, Rn. 11 (juris).

⁴² Dafür Hoffmann, NVwZ 2010, 738 (740).

⁴³ Vgl. nur König (Fn. 4), Rn. 152; Uechtritz (Fn. 31), § 2 Rn. 31 m.w.N.