

# Für Sie gelesen!

Quelle: [http://www.sh-kommunen.de/publ\\_shgt/dg\\_text\\_02.htm](http://www.sh-kommunen.de/publ_shgt/dg_text_02.htm)

Recht



Der nachfolgende Artikel beleuchtet eindringlich die hohen »Risiken und Nebenwirkungen« einer falsch verstandenen »Deregulierung«, die im Bauordnungsrecht aus im Grunde rein finanziellen Gründen (Abbau von Personal, so einfach stellt sich die Konsequenz dar) forciert wird.

Der Beitrag ist für einen juristischen Laien teilweise schwer verständlich geschrieben, dennoch beleuchtet er eindrucksvoll die Risiken, die mit dieser »Deregulierung« verbunden sind. Dieser Beitrag ist auch auf die rechtlichen Feinheiten des Landes Schleswig-Holstein abgestellt, dennoch ist das Resümee auch auf alle anderen Bundesländer übertragbar, in denen diese »Deregulierung« bereits eingesetzt hat.

## „Schlankes“ Baurecht gleich „abgemagerte“ Bauaufsicht?

*Roland Weiß-Ludwig, Richter, Verwaltungsgericht Schleswig*

### Zu den Risiken der Deregulierung im Baugenehmigungsverfahren

Die unter den Leitmotiven »schlanker Staat« und »Sicherung des Wirtschaftsstandortes Deutschland« in den letzten Jahren heranrollende Novellierungswelle der Landesbauordnungen hat bislang in erster Linie eine völlige Umgestaltung des Baugenehmigungsverfahrens bewirkt<sup>1)</sup>. Unter der gleichen Zielsetzung wurde zum 1. Januar 1998 das Bauplanungsrecht im Baugesetzbuch geändert. Dabei sind zahlreiche Regelungen ins Dauerrecht übernommen worden, die zuvor im Wege einer experimentellen und daher befristeten Gesetzgebung im BauGB-Maßnahmegesetz zur Förderung des Wohnungsbaus erprobt worden sind<sup>2)</sup>. Auch wenn die Novellierung der Landesbauordnungen noch keinen nennenswerten Niederschlag in neuen verwaltungsgerichtlichen Streitigkeiten gefunden hat und Befürworter der Deregulierung dies bereits als Bestätigung ihres Erfolges ansehen, sind neue Probleme sowohl mit ihr als auch mit der BauGB-Novelle verbunden. Auf einige davon soll im Folgenden hingewiesen werden.

### Abbau präventiver Bauaufsicht

Kennzeichnend für beide Reformvorhaben ist der Abbau präventiver Bauaufsicht. Allerdings erschöpft sich der Reformwille bereits darin, während das Aufsatteln im Bereich der materiellen Anforderungen an die Bauleitplanung und die Realisierung von Bauvorhaben fortschreitet. Von Bauherrn und Gemeinden wird die Beachtung von immer mehr Vorschriften erwartet, während die Möglichkeiten, frühzeitig zu erkennen, ob sie diese auch einhalten, deutlich verringert werden. Im Bereich der Bauleitplanung zeigt sich dies am weitgehenden Verzicht auf eine bauaufsichtliche Überprüfung von Bauleitplänen (§ 8 BauGB) bei gleichzeitig erhöhten Anforderungen an den Satzungsgeber etwa in Form des neuen § 1a BauGB. Als wäre sich der Gesetzgeber dieser Überforderung bewusst gewesen, hat er in den §§214, 215 u. 215a BauGB die Instrumente zur Heilung und Erhaltung von Bauleitplänen erweitert.

### Faktische Privatisierung der Bauaufsicht

Untrennbar mit der Deregulierung im Bereich des Baugenehmigungsverfahrens ist der Abschied von der Baugenehmigung als einer umfassenden öffentlich-rechtlichen Unbedenklichkeitsbescheinigung i. S. d. Schlusspunkttheorie verbunden. Die Baugenehmigung ist für den Großteil der Bauvorhaben, soweit sie überhaupt noch gefordert wird, im Wesentlichen auf eine bloße Baufreigabevoraussetzung geschrumpft.

## „Schlankes“ Baurecht gleich „abgemagerte“ Bauaufsicht? von Roland Weiß-Ludwig, Richter am Verwaltungsgericht Schleswig



Andererseits besteht auch weiterhin die kaum zu widerlegende Vermutung, dass der Mensch auch im Baurecht - wie es ein hochrangiger Mitarbeiter der bayerischen Baubehörde kürzlich so nett bezeichnete - ein »fehsamer« ist. **Es war schon in der Vergangenheit eine "bauaufsichtliche Lebenslüge" zu glauben, alle erteilten Baugenehmigungen seien ohne Abweichungen realisiert worden.** Typisch dürfte vielmehr schon bisher eine gewisse Differenz zwischen der genehmigten und der gebauten baurechtlichen Realität sein. Durch das Fehlen einer wirksamen präventiven Bauaufsicht ist ein weiterer Missbrauch der neuen Baufreiheit zu erwarten, so dass eigentlich das Bedürfnis nach einer Stärkung der repressiven Bauaufsicht besteht. Allerdings ist zu befürchten, dass gerade die Aufgaben der repressiven Bauaufsicht faktisch privatisiert werden. In Zeiten, in denen allein Personalabbau in der Verwaltung zählt, ist selbstverständlich die Versuchung groß, den Abbau präventiver bauaufsichtlicher Aufgaben durch für einen entsprechenden Abbau von Planstellen fruchtbar zu machen. Folge einer solchen Schwächung der Personalstärke der Bauaufsicht wird sein, dass die repressive Bauaufsicht noch mehr als bisher ihr Einschreiten auf solche Fälle beschränkt, in denen der Nachbar quasi als privater Baukontrolleur auftritt. Aufgrund der eingeschränkten Rechte des Nachbarn, ein Einschreiten verlangen zu können, ist gleichzeitig eine weitere Verlagerung der Fälle repressiver Bauaufsicht in Nachbarrechtsstreite vor dem Verwaltungsgericht zu erwarten, Ähnliches gilt für den Abbau präventiver Bauaufsicht bei der Bauleitplanung. Auch dort droht eine Verlagerung in das gerichtliche Normenkontrollverfahren. Die Verringerung der präventiven Bauaufsicht für eine Vielzahl von Bauvorhaben ist zudem in ihren faktischen Auswirkungen nicht zu unterschätzen. Wahrscheinlich ist es schon ein Trugschluss, überhaupt zu glauben, einen Verzicht auf präventive Kontrolle durch die Stärkung der nachträglichen Kontrolle im Wege der repressiven Bauaufsicht kompensieren zu können. **Eher beschreibt die Redewendung »Was steht, steht und was weg ist, ist weg« die bauaufsichtliche Realität.** Vielfach kommt die repressive Bauaufsicht einfach zu spät, um baurechtmäßige Zustände herzustellen. **Auch wenn man sich sträubt, zu behaupten, "Schwarzbauen" lohne sich, kann gerade im Baurecht die normative Kraft des Faktischen nicht geleugnet werden.**

### Neue Risiken für lieb gewonnene Methoden

Erschwerend kommt hinzu, dass die Modelle der Deregulierung auch noch zu Einschränkungen altbewährter Vorgehensweisen der repressiven Bauaufsicht führen. Dies mag folgendes Beispiel verdeutlichen.

Die Bauaufsicht erfährt - sei es durch eine eigene Kontrolle vor Ort oder über die Anzeige eines Nachbarn - von einer Bautätigkeit, für die bislang weder eine Baugenehmigung beantragt, geschweige denn erteilt worden ist. Im Rahmen ihrer Befugnisse aus § 66 Abs. 1 LBo<sup>3)</sup> forderte die Bauaufsicht in der Vergangenheit regelmäßig zur weiteren Überprüfung des Vorhabens von dem Bauherrn Bauvorlagen an, wie sie für einen Bauantrag erforderlich sind. Die Bauaufsicht wurde dadurch in die Lage versetzt, festzustellen, ob gegen öffentlich-rechtliche Vorschriften verstoßen wurde. Für den Fall eines Verstoßes etwa gegen bauordnungsrechtliche Vorschriften konnte eine Bauordnungsverfügung etwa in Gestalt einer Baustillegungsverfügung, einer Beseitigungsanordnung oder einer Nutzungsuntersagung erlassen werden. Allerdings scheute sich die Bauaufsicht bislang häufig, unmittelbar von diesen Instrumenten Gebrauch zu machen. Sie forderte den Bauherrn vielmehr nicht nur auf, Bauvorlagen einzureichen, sondern hielt ihn dazu an, nachträglich einen Bauantrag zu stellen. Im Rahmen des dadurch eingeleiteten Baugenehmigungsverfahrens entschied die Bauaufsicht, ob eine Baugenehmigung erteilt werden konnte, etwa ein genehmigungsfreies oder ein vom Baugenehmigungsverfahren freigestelltes Vorhaben vorlag. Wurde eine erforderliche Baugenehmigung versagt, so landete die Angelegenheit nach erfolglos verlaufenem Widerspruchsverfahren vor dem Verwaltungsgericht. Erst nachdem - möglicherweise unter Ausschöpfung aller Rechtsmittel - rechtskräftig geklärt war, dass dem Bauherrn kein Anspruch auf Erteilung einer Baugenehmigung für das Vorhaben zustand, begann die Bauaufsicht im eigentlichen Sinne einzuschreiten und erließ eine Ordnungsverfügung.

In diesem umständlichen und langwierigen Weg sah die Bauaufsicht den Vorteil, bei Erlass der Ordnungsverfügung auf der geklärten Rechtslage aufbauen zu können, dass die Tatbestandsvoraussetzungen für ein Einschreiten - die formelle *und* materielle Baurechtswidrigkeit -

## „Schlankes“ Baurecht gleich „abgemagerte“ Bauaufsicht? von Roland Weiß-Ludwig, Richter am Verwaltungsgericht Schleswig



erfüllt sind, Das mit dem unmittelbarem Einschreiten verbundene zweifache Risiko, Fehler sowohl bei der Beurteilung der Genehmigungsfähigkeit des Vorhabens zu begehen, als auch etwa unzutreffende Ermessenserwägungen anzustellen, sollte so reduziert werden. Allerdings durften sich die Verwaltungsgerichte entgegen dem Grundsatz der Verfahrensökonomie häufig zweimal - in Form der Verpflichtungsklage auf Erteilung einer Baugenehmigung und der auf ein Einschreiten folgenden Anfechtungsklage - mit der Angelegenheit beschäftigen. Nicht selten traten während der Dauer des Verwaltungsverfahrens seit dem rechtskräftigen Abschluss des ersten Verwaltungsprozesses noch Veränderungen der Sach- und/oder Rechtslage ein, die es nicht erlaubten, die Erkenntnisse des vorangegangenen Klageverfahrens bei der Prüfung der Anfechtungsklage gegen das Einschreiten ohne weiteres zugrunde zu legen. Schon dadurch war der Nutzen dieser verbreiteten Vorgehensweise fragwürdig. Zudem birgt die Neuregelung des Baugenehmigungsverfahrens Risiken, die die Vorteile dieser Praxis der Bauaufsicht ins Gegenteil zu verkehren drohen. Als kleinere Alternative zum so genannten »Freistellungsverfahren« (§ 74 LBO) hat der Landesgesetzgeber für bestimmte Vorhaben, die die Voraussetzungen für eine Freistellung nicht erfüllen, ein so genanntes »vereinfachtes« Baugenehmigungsverfahren geschaffen (§ 75 LBO). Kern dieses vereinfachten Verfahrens ist eine eingeschränkte Überprüfungsbefugnis der Bauaufsicht. Bis auf einige wenige, aber für besonders bedeutsam gehaltene Regelungen sind bauordnungsrechtliche Vorschriften von der Bauaufsicht nicht mehr zu prüfen. Da eine Baugenehmigung zu erteilen ist, wenn dem zur Genehmigung gestellten Vorhaben keine öffentlich-rechtlichen Vorschriften entgegenstehen (§ 78 Abs. 1 LBO), kann aufgrund der beschränkten Prüfungskompetenz der Bauaufsicht im vereinfachten Verfahren eine auf den ersten Blick paradoxe Konstellation entstehen: Vorausgesetzt ein Vorhaben weicht nur von solchen Vorschriften ab, die nicht zum Prüfungsumfang im vereinfachten Verfahren gehören, wäre an sich eine Baugenehmigung zu erteilen, obwohl sie bei ihrer Ausnutzung zur Errichtung eines Gebäudes führen würde, das gegen bauordnungsrechtliche Vorschriften verstößt<sup>4)</sup>. Zweifellos wäre die Bauaufsicht, wenn sie von diesen Verstößen erfahren würde, berechtigt, gegen die Bauausführung wegen Verletzung bauordnungsrechtlicher Vorschriften einzuschreiten<sup>5)</sup>.

Folgerichtig erscheint es, wenn sich die Bauaufsicht trotz beschränkten Prüfungsumfanges weigert, sehenden Auges eine Baugenehmigung für ein materiell rechtswidriges Vorhaben zu erteilen. Der Bauherr könnte allerdings seinerseits wegen des beschränkten Prüfungsumfanges im vereinfachten Baugenehmigungsverfahren auf Erteilung einer Baugenehmigung ohne Berücksichtigung der nicht vom Prüfungsumfang erfassten bauordnungsrechtlichen Vorschriften Verpflichtungsklage erheben. Die Konsequenzen für die aus der Sicht der Bauaufsicht bisher "risikoarme" Vorgehensweise gegenüber Schwarzbauten liegen auf der Hand. Das eingeleitete Baugenehmigungsverfahren ist nicht mehr geeignet, die erhoffte Klärung der tatbestandlichen Voraussetzungen des Einschreitens herbeizuführen. Anstatt das Einschreiten unter Vermeidung eines größeren Prozessrisikos vorbereitet zu haben, wäre die Bauaufsicht genauso schlau wie zuvor, mit dem Unterschied, dass der Bauherr sich nun auch noch mit einer Baugenehmigung "schmücken" könnte und die Bauaufsicht die Kosten des Verfahrens zu tragen hätte. Allerdings stellt dies nicht nur ein kurioses Ergebnis dar, sondern dürfte auch nicht der Rechtslage entsprechen. Ausgangspunkt für die Beurteilung muss dabei die Tatsache sein, dass die Bauaufsicht trotz der rein förmlich aufgrund des beschränkten Prüfungsumfanges zu erteilenden Baugenehmigung nicht gehindert wäre, einzuschreiten, wenn sie außerhalb des beschränkten Prüfungsrahmens in den Bauvorlagen Verstöße gegen bauordnungsrechtliche Vorschriften erkennen sollte. Soweit es sich um eine Verletzung von Brandschutzvorschriften handelt - die i. ü. nicht zum Prüfungsumfang gehören -, besteht sogar eine Pflicht der Bauaufsicht, einzuschreiten. Andernfalls würde die Bauaufsicht gegebenenfalls eine Amtspflichtverletzung begehen.

Der zu erteilenden Baugenehmigung steht dann ein gleichzeitig auszusprechendes Bau- oder Nutzungsverbot gegenüber, das den Bauherrn an der Ausnutzung seiner Baugenehmigung hindert. Unter diesen Voraussetzungen kann dem Bauherrn kein Anspruch auf Erteilung der Baugenehmigung im vereinfachten Verfahren zugesprochen werden. Es fehlt vielmehr im Verwaltungsverfahren an dem erforderlichen Sachbescheidungsinteresse und im verwaltungsgerichtlichen Verfahren am Rechtsschutzbedürfnis für eine entsprechende Verpflichtungsklage<sup>6)</sup>. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts besteht kein schutzwürdiges Sachbescheidungs- bzw. Rechtsschutzinteresse, wenn klar ist, dass der

## **„Schlankes“ Baurecht gleich „abgemagerte“ Bauaufsicht? von Roland Weiß-Ludwig, Richter am Verwaltungsgericht Schleswig**



Antragsteller aus Gründen, die jenseits des Verfahrensgegenstandes liegen, an einer Verwerfung der begehrten Genehmigung gehindert und deshalb die Genehmigung ersichtlich nutzlos wäre<sup>71</sup>. Das soll dann der Fall sein, wenn sich das Hindernis schlechthin nicht ausräumen lässt. Jedenfalls in den Fällen, in denen Verstöße gegen nicht vom Prüfungsumfang des § 75 LBO erfasste bauordnungsrechtliche Vorschriften eine Baustillegung oder Nutzungsuntersagung rechtfertigen würden, bestünde in Anwendung dieser Grundsätze des Bundesverwaltungsgerichts kein Anspruch auf Erteilung einer Baugenehmigung. Sie wäre für den Bauherrn nutzlos. Das Hindernis in Form der entsprechenden Baueinstellung - bei noch nicht fertig gestelltem Vorhaben - oder einer Nutzungsuntersagung - bei schon errichtetem Vorhaben - ließe sich nicht ausräumen, ohne das Vorhaben in bauordnungsrechtlich-mäßiger Weise zu ändern bzw. umzubauen. Dann aber würde es nicht mehr dasselbe Bauvorhaben, für das die Baugenehmigung begehrt wurde. Dem zur Genehmigung gestellten ursprünglichen Vorhaben stünde das o. g. Hindernis vielmehr i. S. d. Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts "dauerhaft" entgegen. Im Ergebnis darf die Regelung des § 75 LBO nicht dazu führen, dass - obwohl eine Baueinstellung oder Nutzungsuntersagung von der Bauaufsicht ausgesprochen werden kann - ein Anspruch auf Erteilung einer Baugenehmigung für ein solches Vorhaben besteht. Allerdings wäre es hilfreich gewesen, wenn der Gesetzgeber eine entsprechende Klarstellung in die LBO aufgenommen hätte, so dass es eines Rückgriffs auf den Anwendern der Landesbauordnung nicht unbedingt bekannte allgemeine Rechtsgrundsätze nicht bedürfte. So besteht im Einzelfall regelmäßig die Unsicherheit, ob es tatsächlich an dem Sachbescheidungs- bzw. Rechtsschutzinteresse mangelt. Anders dürften bereits solche Fälle zu beurteilen sein, in denen eine Baueinstellung oder Nutzungsuntersagung nicht erlassen werden könnte; etwa bei Verstößen gegen Vorschriften, die nicht im vereinfachten Verfahren zu prüfen und ohne Stilllegung oder Nutzungsuntersagung zu beheben wären<sup>81</sup>. Jedenfalls kann seit Einführung des vereinfachten Baugenehmigungsverfahrens und noch viel mehr des Freistellungsverfahrens die dargestellte "bewährte" risikoarme Praxis der Bauaufsicht nicht mehr Erfolg versprechend fortgeführt werden. Es erscheint daher zweckmäßig - so wie schon von einigen Bauaufsichtsbehörden gehandhabt - gleichzeitig mit der Versagung einer Baugenehmigung über ein Einschreiten zu entscheiden. Die auf der Seite der präventiven Bauaufsicht beabsichtigte und durchgeführte Vereinfachung durch Deregulierung erschwert als Kehrseite die repressive Bauaufsicht auch in weiteren Fällen.

### **Missachtung des Freistellungsverfahrens folgenlos?**

Schwierigkeiten bereitet insbesondere die Regelung der Freistellungsverfahren, wenn der Bauherr sich entschließt, über den gem. § 74 Abs. 6 LBO angezeigten Umfang hinaus etwa zusätzliche Anbauten oder Nebengebäude zu errichten, die ebenfalls den Festsetzungen des Bebauungsplans entsprechen. Für den Zeitraum der Bauphase selbst steht der Bauaufsicht in § 74 Abs. 9 S. 2 LBO zwar eine Ermächtigung für einen Baustopp zur Verfügung, die allerdings mangels tatsächlicher Kontrolle vor Ort kaum wirksam eingesetzt werden kann. Unklar bleibt, was der Bauherr nach Fertigstellung des materiell zulässigen aber in Abweichung von § 74 Abs. 6 LBO nicht angezeigten Vorhabens außer einem Bußgeld überhaupt zu befürchten hat. Faktisch dürfte in solchen Fällen eine Verfahrenssituation entstehen, wie sie in Mecklenburg-Vorpommern bereits Gesetz geworden ist: Der Bauherr legt die erforderlichen Bauvorlagen erst *nach* Fertigstellung vor. Dadurch entsteht die unbefriedigende Situation, dass selbst die geringen Reste von präventiver Bauaufsicht unwirksam bleiben und die Verantwortung vollständig auf die repressive Bauaufsicht verschoben wird.

### **Folgen für die Durchsetzung von Nachbarrechten**

Selbstverständlich bleibt dieser Abbau präventiver Bauaufsicht auch nicht ohne Auswirkungen auf den Rechtsschutz des Nachbarn. Wenn der Bauherr faktisch keine Veranlassung mehr hat, vor Baubeginn bei der Bauaufsicht prüffähige Bauunterlagen einzureichen, ist auch der Nachbar zunehmend auf sich allein gestellt, wenn er prüfen will, ob er durch das Bauvorhaben in seinen Rechten verletzt wird. Da der Nachbar bei einem Neubauvorhaben regelmäßig nicht über sämtliche Details der geplanten und angezeigten Ausführung informiert ist, wird es ihm selten gelingen, Abweichungen von der angezeigten Ausführung zu bemerken. Angesichts der heute üblichen

## **„Schlankes“ Baurecht gleich „abgemagerte“ Bauaufsicht? von Roland Weiß-Ludwig, Richter am Verwaltungsgericht Schleswig**



kurzen Bauzeiten von wenigen Monaten, hat der Nachbar in derartigen Fällen nur noch die Möglichkeit gegen schon bestehende bauliche Anlagen vorzugehen. Dann aber bestehen für einen Anspruch auf Einschreiten zumindest faktisch geringere Erfolgsaussichten als während der Bauphase<sup>9)</sup>.

### **Auswirkungen auf den verwaltungsgerichtlichen Nachbarrechtsschutz**

Schon während der Bauphase befindet sich der Nachbar im Vergleich zu einem herkömmlichen Baugenehmigungsverfahren bei Anwendung der §§ 74 u. 75 LBO in einer deutlich anderen Situation. Es ist zwar noch nicht abschließend geklärt, ob der Nachbar in Fällen des Freistellungsverfahrens ausschließlich auf den Zivilrechtsweg zu verweisen ist<sup>9)</sup>. Hierfür spricht neben dem Umstand, dass es an einer anfechtbaren Verfügung der Bauaufsicht fehlt, auch die mit der Deregulierung beabsichtigte Privatisierung. Dennoch wird von der überwiegenden Meinung in der allerdings noch jungen Rechtsprechung und Literatur ein Ausschluss des öffentlichrechtlichen Nachbarrechtsschutzes nicht befürwortet<sup>10)</sup>.

Unabhängig davon fehlt es beim Freistellungsverfahren an einem anfechtbaren Verwaltungsakt, so dass öffentlich-rechtlicher Rechtsschutz allein über § 123 VwGO im Eilverfahren erlangt werden kann<sup>11)</sup>. Neben der ebenfalls noch ungeklärten Frage, ob sich der Nachbar im Gegensatz zum Verfahren nach § 80 Abs. 5 VwGO einem Schadensersatzrisiko über § 945 ZPO aussetzt<sup>12)</sup>, bleibt abzuwarten, ob für einen Anordnungsanspruch aus § 123 VwGO höhere Anforderungen als im Verfahren nach § 80 Abs. 5 VwGO zu stellen sind. Die bislang veröffentlichten Entscheidungen tendieren durchweg zu einer Gleichbehandlung<sup>13)</sup>, wobei allerdings zum Teil schon die bisherigen Anforderungen im Verfahren nach § 80 Abs. 5 VwGO unterschiedlich sind. Während einerseits für den Erfolg eines Antrags nach § 80 Abs. 5 VwGO bereits der prognostiziert offene Ausgang des Hauptsacheverfahrens genügen soll, wird andererseits in solchen Fällen im Rahmen einer Interessenabwägung das Interesse des Bauherrn als vorrangig angesehen. Für die vereinfachten Verfahren empfiehlt sich eine zweigleisige Vorgehensweise, je nach dem, ob die geltend gemachten Nachbarrechtsverletzungen Vorschriften betreffen, die zum eingeschränkten Prüfungsumfang des § 75 LBO gehören - dann gemäß § 80a Abs. 3 S. 2 i. V. m. § 80 Abs. 5 VwGO - oder nicht - dann gemäß § 123 VwGO. Immerhin ist die durch die Freistellungsverfahren eingetretene rechtliche Situation nicht neu, da bereits bis zur Klärung durch den Gesetzgeber mit der Einführung des § 80a VwGO im 4. VwGO-ÄndG, dass Nachbarrechtsschutz gegen eine Baugenehmigung im Eilverfahren nur nach § 80 Abs. 5 VwGO zu gewähren ist, vielfach die Auffassung vertreten wurde, solcher Rechtsschutz sei ausschließlich über § 123 VwGO zu erlangen. In diesem Zusammenhang ist erwähnenswert, dass durch die Neuregelung in § 212a VwGO zwar ein wesentlicher Teil des § 10 Abs. 2 BauGB-MaßnahmenG unabhängig von der Art des Bauvorhabens in das Dauerrecht übernommen worden ist. Durch den Wegfall der aufschiebenden Wirkung von Widerspruch und Anfechtungsklage gegen die bauaufsichtliche Zulassung entfällt insbesondere die Problematik unzureichend begründeter Sofortvollzugsanordnungen. Dennoch verwundert es, dass nicht auch die Regelung des § 10 Abs. 2 S. 2-5 BauGB-MaßnahmenG ins Dauerrecht übernommen wurde, wonach ein Antrag nach § 80a Abs. 3 S. 2 i. V. m. § 80 Abs. 5 VwGO nur innerhalb eines Monats nach Zustellung der Baugenehmigung an den Nachbarn gestellt werden konnte. Gerade diese Regelung ermöglichte es, Tatbestände der Verwirkung von Nachbarrechten<sup>14)</sup> durch zu langes Abwarten ohne die Schwierigkeiten hinsichtlich des so genannten "Umstandsmoments"<sup>15)</sup> angemessen zu berücksichtigen.

### **Entprivilegierung von Altenteilern nach Wegfall der Teilungsgenehmigung**

Ein weiteres Problem ergibt sich für die repressive Bauaufsicht durch den Wegfall der Teilungsgenehmigung (§ 19 BauGB). Immer wieder müssen sich Bauaufsicht und Gerichte mit Fragen der Entprivilegierung von Altenteilerhäusern - auch Abnahme- oder Austragshäuser genannt - landwirtschaftlicher Betriebe im Außenbereich beschäftigen. Sowohl der Strukturwandel in der Landwirtschaft als auch das Bedürfnis nach einem Haus im Grünen haben zu einem steigenden Interesse daran geführt, eigentlich als Altenteilerhaus errichtete Wohngebäude im Außenbereich dauerhaft nichtprivilegiert zu nutzen. Dies scheiterte bisher vielfach daran, dass die für den Erwerb

## **„Schlankes“ Baurecht gleich „abgemagerte“ Bauaufsicht?** von Roland Weiß-Ludwig, Richter am Verwaltungsgericht Schleswig



des vom Hofgrundstück abzutrennenden neuen Hausgrundstücks erforderliche Teilungsgenehmigung versagt wurde. So waren die an einer Verwertung des Altenteilerhauses Interessierten darauf beschränkt, es an Dritte zu vermieten. Einem geplanten Ersatzbau für das vermietete Altenteilerhaus konnte dann von der Bauaufsicht aber weiterhin die mögliche Nutzung des noch im Hofeigentum bestehende Altenteilerhauses entgegengehalten werden<sup>16)</sup>. Mit dem Wegfall des Erfordernisses einer Teilungsgenehmigung für Grundstücksteilungen im Außenbereich könnten nun völlig neue Entwicklungsmöglichkeiten eröffnet worden sein. Bei der nun ohne Teilungsgenehmigung möglichen Veräußerung eines Altenteilerhauses getrennt vom Hofgrundstück stellt sich die Frage, was dem Begehren eines Landwirts, der auf diese Weise sein Altenteilerhaus "verloren" hat, nach einem Ersatzbau entgegengehalten werden kann. Sicherlich könnte in einem solchen Fall noch auf den Gesichtspunkt des Rechtsmissbrauchs zurückgegriffen werden. Anders dürfte sich die Lage jedoch darstellen, wenn ein landwirtschaftlicher Betrieb erst nach Veräußerung des Altenteilerhauses an einen anderen Landwirt übertragen worden ist. Diesem dürfte schwerlich ein Anspruch auf Errichtung eines eigenen Altenteilerhauses versagt werden können.

Die negativen Folgen für die Siedlungsstruktur im Außenbereich sind absehbar. Langfristig könnte bei mehrfacher Wiederholung des Vorgangs ein kleines Wohngebiet um den ursprünglichen landwirtschaftlichen Betrieb entstehen, ohne dass einer derartigen städtebaulich unerwünschten Zersiedelung mit den bisherigen Mitteln der Bauaufsicht begegnet werden könnte. Zudem erfährt die Bauaufsicht nicht mehr von Amts wegen von der Veräußerung abgetrennter Altenteilerhausgrundstücke, da im Gegensatz zur bisherigen Regelung nicht nur die Teilungsgenehmigung entfallen ist, sondern auch das weiterhin erforderliche Negativattest direkt von der Gemeinde erteilt wird. Ob aber die ländlichen Gemeinden, die, wie die gerichtliche Praxis zeigt, schon bisher einer Bebauung des Außenbereichs in begrenztem Rahmen eher positiv gegenüberstehen, ihr Wissen in jedem Fall an die Bauaufsicht weitergeben, erscheint fraglich. So bleibt als Instrument in Zukunft allenfalls die Eintragung einer Baulast oder Grunddienstbarkeit, die die Trennung von Hof- und Altenteilerhausgrundstück verbietet. Ob die Eintragung einer solchen Sicherung allerdings zur Voraussetzung einer Baugenehmigung für ein Altenteilerhaus gemacht werden kann, ist fraglich<sup>17)</sup>. Eine solche Sicherungsmöglichkeit ist ausdrücklich nur für die Fülle des § 35 Abs. 4 S. 1g BauGB in § 35 Abs. 5 BauGB geregelt. Die Baulast ist ohnehin nur zur Sicherung geeignet, wenn der Bauaufsicht die Abtrennung des Altenteilerhauses bekannt wird. Die Möglichkeit eines im tatsächlich wirksameren Genehmigungsvorbehalts wie zuvor in § 35 Abs. 6 BauGB für Fälle des § 35 Abs. 1 Nr. 2 BauGB ist dagegen bei der Novellierung zusammen mit den bisherigen § 35 Abs. 1 Nr. 2 u. 3 BauGB entfallen. Andererseits ist bereits die Frage, ob die Wohnnutzung des Altenteilerhauses durch Dritte - aufgrund von Vermietung<sup>18)</sup> oder Veräußerung - eine baugenehmigungspflichtige Nutzungsänderung darstellt, nicht eindeutig zu beantworten, da es sich sowohl bei der Nutzung als Altenteiler als auch durch Dritte um Wohnen i. S. v. §§ 3, 4 u.5 BauNVO handelt.

### **Freistellungsverfahren und Bestandsschutz**

Mit dem Abschied von der Baugenehmigung als einer umfassenden öffentlich-rechtlichen Unbedenklichkeitsbescheinigung im vereinfachten, aber noch mehr im Freistellungsverfahren, ist ganz im Sinne der Deregulierung und Privatisierung eine Verlagerung auch der Risiken auf den Bauherrn erfolgt. Während er sich bislang auf die Baugenehmigung noch als Grundlage für Ansprüche aus Bestandsschutz stützen konnte, ist der Bauherr nun im Freistellungsverfahren von der Gültigkeit des zugrunde liegenden Bebauungsplans abhängig. Wird die Nichtigkeit des B-Plans noch während der Bauphase rechtswirksam festgestellt und kommen Heilungs- und Planerhaltungsvorschriften nicht zur Anwendung, dürfte ein Baustopp unvermeidbar sein. Die hierzu vertretene Ansicht, die Nichtigkeit des B-Plans könne nach ordnungsgemäß durchgeführtem Baufreistellungsverfahren der Verwirklichung des Vorhabens nicht entgegengehalten werden<sup>19)</sup>, dient sicherlich der Schadensbegrenzung für die dem Bauherrn aus der Neuregelung erwachsenden Risiken. Sie stützt sich auf eine analoge Anwendung des § 47 Abs. 5 S. 3 i. V. m. § 183 VwGO, wonach die aufgrund eines B-Plans erteilte Baugenehmigung nicht unwirksam wird, wenn später die Nichtigkeit des Plans festgestellt wird.

## **„Schlankes“ Baurecht gleich „abgemagerte“ Bauaufsicht? von Roland Weiß-Ludwig, Richter am Verwaltungsgericht Schleswig**



Gegen die Übertragung dieser bereits analogen Anwendung des § 47 Abs. 5 S. 3 i. V m. § 183 VwGO so auf das Baufreistellungsverfahren spricht jedoch gerade der grundlegende Unterschied des bloßen Verzichts auf einen Baustopp im Anzeigeverfahren gegenüber dem Charakter der »echten« Baugenehmigung als einer umfassenden öffentlich-rechtlichen Unbedenklichkeitsbescheinigung. Es ergeht durch ein ordnungsgemäß durchgeführtes Baufreistellungsverfahren gerade keine Entscheidung über die Zulässigkeit des Vorhabens. Daraus gleichwohl einen Bestandsschutz abzuleiten, stände im Wertungswiderspruch zu den unstreitigen Einschränkungen des Nachbarrechtsschutzes. So sehr auch das Bedürfnis des Bauherrn verständlich ist, in den Genuss eines Bestandsschutzes auch im Baufreistellungsverfahren zu gelangen, festzuhalten bleibt, dass der Gesetzgeber bewusst auch die Risiken »privatisieren« wollte. Anders verhält es sich übrigens für den Fall des Erlasses einer Veränderungssperre nach ordnungsgemäß durchgeführtem Baufreistellungsverfahren, da gemäß § 14 Abs. 3 BauGB ausdrücklich neben baurechtlich genehmigten Vorhaben auch solche von der Veränderungssperre nicht berührt werden, die auf Grund eines anderen baurechtlichen Verfahrens zulässig sind.<sup>20)</sup>

Allerdings ist in Ansätzen die bedenkliche Entwicklung zu beobachten, dass Gemeinden die für die Baufreistellung erforderliche Tatsachenerklärung<sup>21)</sup> über die gesicherte Erschließung (§ 74 Abs. 6 S. 2 Nr. 5 LBO) zu Unrecht vorübergehend verweigern, um mehr Zeit für den Erlass einer Veränderungssperre zu gewinnen, als dies angesichts der 3-Wochenfrist des § 74 Abs. 9 LBO der Fall wäre. Ausgehend davon, dass auch ein ordnungsgemäß durchgeführtes Baufreistellungsverfahren keinen mit der Erteilung einer Baugenehmigung verbundenen Bestandsschutz vermittelt, ergeben sich auch für die Zeit nach Fertigstellung eines Vorhabens weitere einschneidende Konsequenzen. Wird erst dann die Nichtigkeit des B-Plans festgestellt, so hat die Zulässigkeitsvoraussetzung im Nachhinein zu keinem Zeitpunkt für die Errichtung des Hauses bestanden. Im schlimmsten Fall kann die Nichtigkeit eines für Flächen im Außenbereich aufgestellten B-Plans dazu führen, dass ein Bauherr, der als erster und für die Zeit bis zur Feststellung der Nichtigkeit auch als einziger sein Vorhaben in zentraler Lage des Geltungsbereichs des B-Plans errichtet hat, "stolzer" Eigentümer eines Wohnhauses ohne Bestandsschutz im Außenbereich ist. Ein Rückgriff auf § 35 Abs. 4 Nr. 3 u. 5 BauGB für den Fall eines Wiederaufbaus nach Zerstörung oder dessen Erweiterung dürfte daran scheitern, dass es sich nicht um ein "zulässigerweise" errichtetes Gebäude handelt.

Angesichts dieser Risiken ist es nicht weiter verwunderlich, dass sich mancher Bauherr die herkömmliche Baugenehmigung wünscht. Anders als in Schleswig-Holstein, wo auch ein Umweg nicht zu diesem Ziel führt, besteht etwa in Niedersachsen noch eine Wahlmöglichkeit. In Bayern kann der Bauherr durch eine Abweichung von den B-Planfestsetzungen über das Befreiungserfordernis in ein herkömmliches Baugenehmigungsverfahren gelangen. Dieser Umweg ist den Bauherrn in Schleswig-Holstein dadurch verstellt, dass ein Befreiungsantrag ausschließlich ein Verfahren über die Zulassung der Abweichung, nicht aber ein herkömmliches Baugenehmigungsverfahren auslöst (§ 74 Abs. 8 LBO). Allerdings besteht für bestimmte Wohngebäude noch eine Möglichkeit, in den "Genuss" der herkömmlichen Baugenehmigung zu gelangen, wenn der Bauherr die Bauvorlagen nicht durch eine nach § 71 Abs. 3 LBO, sondern nur nach § 71 Abs. 4 LBO bauvorlageberechtigte Person erstellen lässt.

**Die dargestellten Problemfälle zeigen, dass sowohl für die Bauaufsichtsbehörden selbst, aber noch vielmehr für den bauwilligen Bürger der Abbau präventiver Bauaufsicht beachtliche Nachteile mit sich bringt, die im Einzelfall die bestehenden großen Vorzüge der neuen Baufreiheit ins Gegenteil verkehren können.**

-----  
<sup>1)</sup> Gegenstand diverser Abhandlungen. Borges DÖV 97 900- Degenhart, NJW 96, 1433; Jade, ZfBR 97 171 ders. GewArch 95, 187, UPR 95, 81, NWVB 95 206- Mampel, NVwZ 96, 1160; Preschel, DOV 98' 45- Ritter, DVBI 96, 542; Schmaltz, NdsVBI 95, 241; Suttikus NordÖR 98, 372 Uechtritz, NVwZ 96,

<sup>2)</sup> s dazu- Fickert, BauR 97, 947; Finkelnburg, NJW 98 1- Groschupf, NJW 98, 418; Koch, Die Gemeinde'97 278 u.312; Battis/Krautzberger/Löhr, NVwZ 97 1145' Lüers WiVerw 98,57 (Beilage 1 zum GewArch); ders. ZfBR 97, 231 u. 275; Mainczyk u. Bonnmann, ZfBR, 97, 281; Mitschang, WiVerw 98, 20 (Beilage 1 zum

**„Schlankes“ Baurecht gleich „abgemagerte“ Bauaufsicht?  
von Roland Weiß-Ludwig, Richter am Verwaltungsgericht Schleswig**



GewArch); v. Nicolai, NordÖR 98,10; Spannowsky u. Krämer, UPR 98, 44; Stich WiVerw 98 1 (Beilage 1 zum GewArch); Stüer, DVBI 97, 1201; Wagner, J., BauR 97, 709; Wagner, K., Bay VBI 98, 161.

<sup>3)</sup> im folgenden wird jeweils von der in Schleswig-Holstein geltenden Gesetzeslage ausgegangen

<sup>4)</sup> Sirnon, BayBO 94 Art. 80 Rn 13

<sup>5)</sup> Jade UPR 95, 84; Preschel DÖV 98, 47; Suttkus NordÖR 98, 372/377; Simon BayBO 94 Art. 80 Rn 13

<sup>6)</sup> vgl. OVG Saarlouis, Urt. v. 29.9.77, DÖV 78, 215; OVG Koblenz Beschi, v. 18.11.91, NVwZ RR 92, 289; VGH Mannheim Urt. v. 17.11.94, NVwZ RR 95, 563; OVG Münster, Urt. v. 16.5.95, BRS 57 Nr. 195; OVG Münster, Urt. v. 25.9.96, BRS 58 Nr. 132; Foerster NUR 85, 58; Stelkens, VwVfG, 4. Aufl. zu S 9 Rn 98; Jade UPR 95, 84; Preschel DÖV 98, 47; Suttkus NordÖR 98, 372/377; Simon, BayBO 94 Art. 80 Rn 13

<sup>7)</sup> BVerwG 48, 242/247; 61, 128/130/131; GewArch 94, 209

<sup>8)</sup> Suttkus NordÖR 98, 372/377

<sup>9)</sup> s. dazu Schmaltz a. a. O.

<sup>10)</sup> OVG Bautzen, NVwZ 97, 922; OVG Koblenz, NVwZ RR 92, 289; VGH Mannheim, BauR 95, 219; VGH München, NVwZ 97, 923; VG Meiningen, BauR 97, 99 u. NVwZ 97, 926; VG München, NVwZ 97, 928; Borges, DÖV 97, 900; Degenhart, NJW 96, 1433; Jade, ZfBR 97, 171, ders. GewArch 95, 187, UPR 95, 81, NWVBI 95, 206; Mampel, NVwZ 96, 1160; Preschel, DÖV 98, 45; Ritter, DVBI 96, 542; Uechtritz, NVwZ 96, 640

<sup>11)</sup> Schmaltz a. a. O.

<sup>12)</sup> s. dazu eingehend Uechtritz a. a. O.

<sup>13)</sup> OVG Bautzen, NVwZ 97, 922; OVG Koblenz, NVwZ RR 92, 289; VGH Mannheim, BauR 95, 219; VGH München, NVwZ 97, 923; VG Meiningen, BauR 97, 99 u. NVwZ 97, 926; VG München, NVwZ 97, 928

<sup>14)</sup> s. dazu BVerwG, BauR 97, 281; OVG Lüneburg, NVwZ RR 96, 378

<sup>15)</sup> Der Bauherr mußte gerade wegen des Zuwartens des Nachbarn darauf vertraut haben, ohne Risiko investieren zu können.

<sup>16)</sup> vgl. OVG Münster, BRS 33 Nr. 61

<sup>17)</sup> Vgl. BVerwG DÖV 1972, 166, wonach eine Baulast bei Errichtung auf einem von der Hofstelle schon getrennten, selbständigen Grundstück verlangt werden kann.

<sup>18)</sup> zulässig nach Auffassung des BVerwG. DÖV 1972, 166

<sup>19)</sup> Suttkus, NordÖR 98, 372/375

<sup>20)</sup> Die genannten Vorschriften betreffen unmittelbar nur die nicht mehr anfechtbaren Entscheidungen der Verwaltungsgerichtsbarkeit.

<sup>21)</sup> s. hierzu Suttkus NordÖR 98, 372/374