

**Verfassungs- und Verwaltungsrecht anhand ausgewählter  
Materien des Besonderen Verwaltungsrechts**

Donnerstag, den 4. Juni 2004

**I. Einführung in das öffentliche Baurecht**

**1. Definition des Begriffs "Öffentliches Baurecht"**

**Öffentliches Baurecht** ist die Gesamtheit der Regelungen des öffentlichen Rechts, die sich auf die Ordnung und die Förderung der Errichtung von baulichen Anlagen sowie auf die bestimmungsgemäße Nutzung dieser Anlagen beziehen. Diese Definition ist weit gefasst. In einer Hinsicht ist sie aber für die Erfassung des tatsächlichen Phänomens Bauen nicht weit genug. Sie thematisiert nur die Einwirkung des Staates auf die Errichtung und Nutzung baulicher Anlagen, erfasst das Baurecht also nur, soweit es öffentliches Recht ist.

**2. Die Unterscheidung von öffentlichem und privatem Baurecht**

Die Definition gilt nicht dem Baurecht insgesamt, sondern dem öffentlichen Baurecht oder, was dasselbe ist, dem Bauverwaltungsrecht. Sie blendet das private Baurecht aus. Das private Baurecht besteht aus der Gesamtheit der Regelungen, die die privatrechtlichen Beziehungen der an der Errichtung baulicher Anlagen Beteiligten regelt, also insbesondere die Interessen des Bauherrn, des Bauunternehmers und des Architekten zu einem Ausgleich bringt. Die Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Baurecht folgt den Regeln, die allgemein der Abgrenzung von öffentlichem und privatem Recht dienen.

### **3. Die innere Systematik des öffentlichen Baurechts**

#### **a) Die Unterscheidung von Bauplanungs-, Bauordnungs- und Raumordnungsrecht**

Das öffentliche Baurecht wird üblicherweise in zwei Teilgebiete untergliedert: das Bauplanungsrecht und das Bauordnungsrecht. Hinzu kommt das Raumordnungsrecht, das zwar nicht Teil des öffentlichen Baurechts ist, aber in einem Zusammenhang zu ihm steht, so dass sich eine gemeinsame Behandlung empfiehlt. Dementsprechend ist der baurechtliche Teil dieser Vorlesung in drei Teile untergliedert: Bauordnungsrecht, Bauplanungsrecht und Raumordnungsrecht. Die Reihenfolge der Darstellung folgt didaktischen, nicht sachlichen Erwägungen.

In einer definitorischen Annäherung kann man sagen, Bauordnungsrecht sei alles, was in der Berliner Bauordnung und in dem auf ihrer Grundlage ergangenen exekutiven Recht stehe, Bauplanungsrecht sei alles, was im Baugesetzbuch, seinen Begleitgesetzen und dem auf seiner Grundlage ergangenen exekutiven Recht stehe, und das Raumordnungsrecht stehe im Wesentlichen im Raumordnungsgesetz des Bundes. Damit sind die wesentlichen Rechtsquellen benannt, ohne dass inhaltlich etwas über die drei Rechtsgebiete gesagt wäre.

Die inhaltliche Charakterisierung und die gegenseitige Abgrenzung der drei Rechtsgebiete wird erleichtert, wenn man sich durchgehend an zwei Kriterien orientiert: einmal an der räumlichen Bezugsgröße und dem räumlichen Bezugsrahmen des jeweiligen Rechtsgebiets und sodann an dem ihm zugrunde liegenden Regelungszweck.

#### **aa) Bezug im Raum**

Das Bauordnungsrecht ist auf einzelne Grundstücke und einzelne bauliche Anlagen bezogen und betrachtet diese im Wesentlichen von ihrer Umgebung isoliert. Auch im Bauplanungsrecht geht es um

einzelne Grundstücke und die rechtliche Bewertung von deren Bebauung. Im Unterschied zum Bauordnungsrecht betrachtet aber das Bauplanungsrecht die bauliche Nutzung von Grundstücken regelmäßig im Kontext ihrer Umgebung, in welche die Bebauung sich einfügen soll. Eine typisch bauordnungsrechtliche Frage ist die, ob in einem Hotelbau ausreichende Fluchtwege für den Brandfall vorgesehen sind. Typisch bauplanungsrechtlich ist dagegen die Frage, ob das Hotel in einem Gebiet zulässig ist, dessen sonstige Gebäude überwiegend dem privaten Wohnen dienen. Seiner räumlichen Ausdehnung nach ist dabei im Bauplanungsrecht das, was zur Umgebung gerechnet wird, im äußersten Fall mit dem jeweiligen Gemeinde- oder Stadtgebiet identisch.

Das Raumordnungsrecht ist demgegenüber abstrakt raumbezogen und nicht konkret grundstücksbezogen, oder, anders formuliert, es ist nicht parzellenscharf. Weiterhin ist das Raumordnungsrecht überörtlich in dem Sinne, dass es im Rahmen des Gesamtstaates, im Rahmen eines Bundeslandes oder im Rahmen einer Region innerhalb eines Bundeslandes eine bestimmte Ordnung der Raumnutzung anstrebt. Das Raumordnungsrecht ist abstrakter als das Bauordnungs- und das Bauplanungsrecht; so wird ein einzelnes Hotel für das Raumordnungsrecht in aller Regel kein Thema sein. Typisch raumordnungsrechtlich ist z.B. die Frage, ob innerhalb eines Bundeslandes die Stadt A oder die Nachbarstadt B als sogenanntes Oberzentrum ausgewiesen werden soll, was dann unter anderem Konsequenzen für die Ansiedlung öffentlicher Einrichtungen hätte.

In Berlin besteht die Besonderheit, dass es sich zugleich um eine Stadt und um ein Bundesland handelt. Dieser Besonderheit wird dadurch Rechnung getragen, dass ein Instrument der Bauplanung, der Flächennutzungsplan, zugleich die Funktion eines Planes nach dem ROG erfüllt. Wegen der Kleinräumigkeit der Verhältnisse in den Stadtstadt Berlin fallen hier Raumordnung (= Landesplanung) und Flächennutzungsplan (= kommunale Bauleitplanung) in eines (§ 8 I 2 BROG).

**bb) Regelungszweck**

Das zweite Charakterisierungs- und Unterscheidungsmerkmal, das ich genannt habe, ist der Regelungszweck. Bauordnungsrecht ist Gefahrenabwehrrecht, Gefahr dabei im polizeirechtlichen Sinne verstanden. Der Wortbestandteil "Ordnung" in Bauordnungsrecht, nicht jedoch in Raumordnungsrecht, bedeutet dasselbe wie in dem Wort "Ordnungsbehörde" oder in der Bezeichnung "Allgemeines Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung in Berlin." Dieser Zweck kommt besonders deutlich in der bauordnungsrechtlichen Generalklausel zum Ausdruck, die in § 3 I BauO steht und die dort, im Unterschied zum ASOG, weder als Aufgaben- noch als Befugnisnorm für Behörden, sondern als Verhaltensanweisung an den Bürger formuliert ist. Zusätzlich zu dem Zweck, Gefahren abzuwehren, die durch die Beschaffenheit einzelner baulicher Anlagen hervorgerufen werden, z.B. durch das Fehlen ausreichender Fluchtwege in einem Hotel, dient das Bauordnungsrecht noch drei weiteren, allerdings weniger dominanten Zwecken. Dies ist erstens die Verhinderung verunstaltender baulicher Anlagen (§ 10 BauO); man spricht insoweit von einem Baugestaltungsrecht als Untergebiet des Bauordnungsrechts; es dient ästhetischen Zwecken. Der zweite zusätzliche Regelungszweck des Bauordnungsrechts ist die Sicherung sozialer Mindeststandards; so schreiben die Bauordnungen aller Bundesländer vor, dass jede Wohnung ein Bad mit Badewanne oder Dusche haben muss (§ 47 BauO). Der dritte zusätzliche Regelungszweck der BauO ist ökologischer Natur; dieser Regelungszweck kommt insbesondere im Recht der Bauprodukte (§§ 18 ff. BauO) zum Ausdruck, die bestimmten ökologischen Mindeststandards genügen müssen.

Bauplanungsrecht und Raumordnungsrecht dienen anderen Zwecken als das Bauordnungsrecht, ohne dass zwischen den Zwecken der beiden zuerst genannten Gebiete streng unterschieden werden könnte. Beide sind Planungsrecht und werden wegen der Überein-

stimmung in ihrer Zielsetzung unter dem Oberbegriff des Raumplanungsrechts zusammengefasst. Sie dienen der staatlichen Koordinierung und Steuerung der Boden- und Raumnutzung. So erstrebt das Bauplanungsrecht z.B. eine räumliche Trennung verschiedener Nutzungsformen wie Wohn- und Industriegebiete und das Raumordnungsrecht ein möglichst flächendeckendes Angebot von Sportanlagen für die Bevölkerung.

Bei dem Merkmal Bezugsgröße und Bezugsrahmen sind Bauordnungs- und Bauplanungsrecht nahe beieinander, denn sie sind beide grundstücksbezogen, im Unterschied zum überörtlichen, nicht parzellen-, sondern in der Regel nur gemeindescharfen Raumordnungsrecht. Bei dem Merkmal Regelungsziel steht dagegen das Bauordnungsrecht als Gefahrenabwehrrecht isoliert. Bauplanungs- und Raumordnungsrecht vereint insoweit, dass sie beide Planungsrecht sind. Historisch gesehen ist das Bauordnungsrecht die älteste Materie. Gefahrenabwehr wurde auch in der Epoche des liberalen Minimalstaats als legitime Staatsaufgabe angesehen. Das Bauordnungsrecht hat sich aus dem Polizeirecht entwickelt. Die heutige BauO, ein förmliches Gesetz, ist aus Gefahrenabwehrverordnungen im Sinne von § 55 ASOG hervorgegangen. Die Verselbstständigung des Bauordnungsrechts und der Bauverwaltung sind Beispiele für das, was ich Ihnen im polizeirechtlichen Teil der Vorlesung als "Entpolizeilichung" vorgestellt habe.

Bauplanungsrecht und erst recht Raumordnungsrecht haben dagegen mit Gefahrenabwehr und Eingriffsverwaltung wenig zu tun. Sie sind Hervorbringungen des daseinsvorsorgenden Sozialstaates.

## **b) Die Binnendifferenzierungen von Raumordnungs-, Bauordnungs- und Bauplanungsrecht**

Nachdem Raumordnungs-, Bauordnungs- und Bauplanungsrecht als Teilrechtsgebiete definiert sind, ist als nächstes deren Binnenstruktur zu klären.

**aa) Raumordnungsrecht**

Am einfachsten ist es beim Raumordnungsrecht. Je nach Planungsebene und Größe des Planungsgebietes unterscheidet man die Raumordnungsplanung des Bundes, die Landesplanung der einzelnen Bundesländer und innerhalb der einzelnen Bundesländer, mit Besonderheiten bei den drei Stadtstaaten Berlin, Bremen und Hamburg, die Regionalplanung. Regionen sind von Bundesland zu Bundesland verschieden definierte Teile des Landesgebietes, die regelmäßig größer sind als einzelne Landkreise, Städte oder Gemeinden. Das Bauplanungsrecht fügt sich in diese Reihe als nächstes Glied insoweit ein, als Bauleitpläne, nämlich Flächennutzungs- und Bebauungspläne, für das Gebiet einzelner Gemeinden oder Teile davon gelten. Am Ende dieser Konkretisierungsreihe vom gesamten Staatsgebiet bis hinunter zur einzelnen baulichen Anlage steht das Bauordnungsrecht, soweit es die Beschaffenheit einzelner baulicher Anlagen, isoliert von deren Umgebung, zum Gegenstand hat. Die Konkretisierungskette lautet: Bundesgebiet - Landesgebiet (Landesplanung) - Region (Regionalplanung) - Stadt, Gemeinde (Flächennutzungsplan) - Stadt- bzw. Gemeindeteil (Bebauungsplan) - Grundstück (Baugenehmigung nach Maßgabe der BauO und der §§ 29 ff. BauGB).

Diese Differenzierungen sind auf den "Normalfall" eines Flächenbundeslandes zugeschnitten. Berlin dagegen ist ein Stadtstaat. Die Berliner Besonderheit besteht darin, dass zwischen Landesgebiet, Region und Stadt nicht unterschieden werden kann und wegen der Kleinräumigkeit der Verhältnisse nicht unterschieden werden muss.

**bb) Bauordnungsrecht**

Das Bauordnungsrecht wird untergliedert in das formelle und das materielle Bauordnungsrecht. Formelles Bauordnungsrecht sind die Regeln über die Aufgaben und Befugnisse der Bauaufsichtsbehörden; mit "Befugnisse" sind die Handlungsformen der Bauaufsichtsbehörden gemeint, vor allem das

Baugenehmigungsverfahren. Materielles Bauordnungsrecht sind die Anforderungen, die zum Zweck der Gefahrenabwehr, zur Verhinderung von Verunstaltungen und zur Sicherung sozialer und ökologischer Standards an bauliche Anlagen gestellt werden. Entsprechend diesen vier Zwecken wird das materielle Bauordnungsrecht untergliedert in das Baupolizeirecht, das Baugestaltungsrecht, welches ästhetische Mindeststandards sichern soll, das soziale Bauordnungsrecht und das ökologische Baurecht. Das materielle Bauordnungsrecht und die bauplanungsrechtlichen Vorschriften über die Zulässigkeit einzelner Bauvorhaben (§§ 29 - 38 BauGB) sind Entscheidungsmaßstab, wenn die Bauaufsichtsbehörde über die Erteilung einer Baugenehmigung zu entscheiden hat.

### **cc) Bauplanungsrecht**

Komplizierter ist die innere Gliederung des Bauplanungsrechts oder, was das gleiche ist, des Städtebaurechts. Dies zeigt bereits ein kurzer Blick in die Gliederung des Baugesetzbuches. Bei Vernachlässigung weiterer Einzelheiten möchte ich die zwei Teilgebiete des Allgemeinen Bauplanungsrechts herausgreifen, die in dieser Vorlesung behandelt werden. Die §§ 1 - 13 BauGB regeln die Bauleitplanung, also die Aufstellung von Flächennutzungsplänen und Bebauungsplänen durch die Gemeinden, indem sie inhaltliche Vorgaben machen und das Planaufstellungsverfahren festlegen. Die §§ 29 - 38 BauGB regeln die planungsrechtliche Zulässigkeit einzelner Bauvorhaben; maßgebend sind die Bauleitpläne und, soweit solche nicht bestehen, unmittelbar das Gesetz. Beide Bereiche werden durch ein Berliner Ausführungsgesetz zum Baugesetzbuch ergänzt (zuletzt geändert am 7. November.1999, GVBl. 1999, S. 578).

### **c) Zusammenfassung**

Das öffentliche Baurecht präsentiert sich als eine vielschichtige Materie. Den "harten Kern" bilden das Baugesetzbuch des Bundes und die Bauordnungen der einzelnen

Bundesländer. Diese Landesbauordnungen unterscheiden sich inhaltlich nicht allzu sehr, weil sie sich alle an einer von allen Bundesländern als unverbindliches Modell gemeinsam beschlossenen Musterbauordnung (neueste Fassung vom Juni 1996; Text in: Böckenförde / Temme / Krebs, Musterbauordnung für die Länder der Bundesrepublik Deutschland, 5. Aufl., 1996) orientieren. Um diesen Kern herum gruppieren sich einige weitere Gesetze und zahlreiche Rechtsverordnungen, die auf der Grundlage des Baugesetzbuches und der jeweiligen Landesbauordnung ergangen sind. Als dritte Regelungsebene unter dem Bund und den Ländern sind die Gemeinden zu nennen, die auf der Grundlage des Baugesetzbuches Flächennutzungspläne, Bebauungspläne und einige weitere Vorschriften erlassen, überwiegend in der Rechtsform der Satzung, und denen die Landesbauordnungen die Kompetenz zum Erlass örtlicher Bauvorschriften geben, ebenfalls kommunale Satzungen. In Berlin gelten wegen der Stadtstaatssituation insoweit wiederum Besonderheiten, deren Grundlage die Stadtstaatenklausel in § 246 BauGB und das BerLAGBauGB sind (Trojahn Nr. 16). Eine wichtige Besonderheit besteht darin, dass ein Bebauungsplan in Berlin keine kommunale Satzung ist, sondern eine Rechtsverordnung, die von den Bezirken erlassen wird (§ 4 BerLAGBauGB).

Angesichts dieser Regelungsvielfalt könnte man sich fragen, ob es nicht einfacher wäre, das gesamte öffentliche Baurecht in nur einem Gesetz, tunlichst einem Bundesgesetz, zusammenzufassen. Eine solche Lösung scheidet jedoch am Grundgesetz, das die Regelungskompetenzen der Länder und Gemeinden schützt. Die Rechtsetzungsbefugnisse der Kommunen werden als wesentlicher Ausdruck der sogenannten Planungshoheit von Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG institutionell garantiert. Und die Aufteilung der Gesetzgebungszuständigkeiten zwischen Bund und Ländern ergibt sich aus den Art. 70 ff. GG.

## **5. Die bundesstaatliche Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen auf dem Gebiet des Baurechts**

Die Art. 70 ff. GG weisen das Bauplanungsrecht dem Bund und das Bauordnungsrecht den Ländern zu. Bauplanungs- und Bauordnungsrecht sind also mehr als bloße Systematisierungsbegriffe, die dem Zweck dienen, den Rechtsstoff übersichtlich zu gliedern. Beide Begriffe haben verfassungsrechtliche Relevanz. Allerdings kommen sie beide im Grundgesetz nicht vor. Der einschlägige Art. 74 I Nr. 18 operiert mit anderen Begriffen: "Grundstücksverkehr", "Bodenrecht", "landwirtschaftliches Pachtwesen", "Wohnungswesen" und "Siedlungs- und Heimstättenwesen". Fraglich ist deshalb, wie die Begriffe Bauplanungs- und Bauordnungsrecht dem Tatbestand des Art. 74 I Nr. 18 GG zugeordnet werden können. Die Antwort enthält das Baurechtsgutachten des BVerfG (E 3, 407).

Das Gericht prüft im ersten Teil seines Gutachtens, ob das Baurecht als Gesamtmaterie unter Art. 74 I Nr. 18 GG subsumiert werden könne, und verneint diese Frage, nachdem es drei verschiedene Begründungsansätze erfolglos durchgespielt hat. Es gehe erstens nicht an, das Begriffsmerkmal "Bodenrecht" in Nr. 18 als so dominant anzusehen, dass es durch die anderen Merkmale nur ergänzt werde; vielmehr seien alle Materien, die Art. 74 I Nr. 18 GG aufführe, gleichgewichtig nebeneinander gestellt und könnten nur als selbstständige Sondermaterien gemeint sein. Zweitens ergebe sich auch aus den einzelnen Titeln in ihrer Zusammenschau keine Gesamtkompetenz für das Baurecht insgesamt, weil eine Regelung der Einzelmaterien ohne Regelung des gesamten Baurechts sinnvoll möglich ist, die Voraussetzungen für eine Kompetenz kraft Sachzusammenhangs also nicht vorliegen (**Eine dem Bund ausdrücklich zugewiesene Materie darf verständigerweise nicht geregelt werden können, ohne dass zugleich eine nicht ausdrücklich zugewiesene andere Materie mitgeregelt wird.**) Drittens liege eine Kompetenz kraft Natur der Sache nicht vor, weil es nicht zwingend sei, dass der Bund das Baurecht insgesamt regele; die Unzweckmäßigkeit eines von Land zu Land verschiedenen Baurechts reiche nicht aus.

Im zweiten Teil des Gutachtens prüft das Gericht, inwieweit

einzelne Teile des öffentlichen Baurechts von Art. 74 I Nr. 18 GG erfasst werden. Dies bejaht es für die städtebauliche Planung, die Baulandumlegung, die Zusammenlegung von Grundstücken, den Bodenverkehr, die Erschließung und die Bodenbewertung, also die Materien, die unter dem Oberbegriff des Bauplanungsrechts zusammengefasst werden. Der Bund hat also die Gesetzgebungskompetenz für das Bauplanungsrecht, weil und soweit die einzelnen Teile dieses Rechtsgebietes unter Art. 74 I Nr. 18 GG fallen.

Einschlägig sei insbesondere das "Bodenrecht", das alle Vorschriften umfasse, die Grund und Boden unmittelbar zum Gegenstand rechtlicher Ordnung haben. Das Recht der Bauleitplanung sei wegen seiner Grundstücksbezogenheit Bodenrecht, Raumordnung und Landesplanung seien dies dagegen wegen ihrer Überörtlichkeit nicht; sie würden von der Rahmenkompetenz in Art. 75 Nr. 4 GG erfasst, soweit nicht eine Bundeskompetenz kraft Natur der Sache für die Raumordnung im Gesamtstaat bestehe.

Baupolizeirecht sei dagegen Landesrecht. Es handele sich um den Teil des aus der Weimarer Republik überkommenen Baurechts, der nicht als Planungsrecht dem Bund ausdrücklich zugewiesen sei. Der Verfassungsgeber habe nicht zuletzt deshalb auf die Verwendung des Begriffes "Bauwesen" in Art. 74 I Nr. 18 GG verzichtet, um diesen Bereich den Ländern zu belassen.

## **6. Der Grundsatz der materiellen Baufreiheit**

Neben den Regeln über die Verteilung der Gesetzgebungszuständigkeiten haben zwei weitere Aussagen des Grundgesetzes für das öffentliche Baurecht eine erhebliche Bedeutung. Dies ist einmal die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung in Art. 28 II 1, die allerdings in Berlin wegen der Stadtstaatsituation nicht gilt, und dies ist sodann die Eigentumsgarantie des Art. 14 I / II, die dem Bauherrn und auch dem Nachbarn zugute kommt.

Das Eigentumsgrundrecht erfährt auf allen drei Stufen der Grundrechtsprüfung, also auf den Stufen Schutzbereich, Eingriff, Eingriffsrechtfertigung, durch das öffentliche Baurecht eine spezifische Prägung. Es gibt baurechtstypische Fallgestaltungen, zu deren Lösung auf allen drei Ebenen besondere Begriffe und Regeln entwickelt worden sind. In dem einführenden Teil beschränke ich mich auf das, was zum Schutzbereich zu sagen ist.

Nach herrschender Meinung gehört die Freiheit des Eigentümers, sein Grundstück nach seinen Vorstellungen baulich zu nutzen, zum Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG. Man spricht von der materiellen Baufreiheit. Die umfangreichen Einschränkungen, welche die Baufreiheit durch das öffentliche Baurecht erleidet, stellen sich demgemäß als Inhalts- und Schrankenbestimmungen im Sinne von Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG dar, welche sich nach allgemeinen verfassungsrechtlichen Regeln, insbesondere dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, vor der Baufreiheit zu rechtfertigen haben. So ist das aus § 35 BauGB hervorgehende grundsätzliche Verbot des Bauens im Außenbereich, also außerhalb von Baugebieten, eine zulässige Schrankenbestimmung, weil das Verbot legitime Ziele verfolgt, nämlich u.a. die Verhinderung von Splittersiedlungen und die Schonung von Natur und Landschaft, und weil das Verbot zur Erreichung dieser Ziele geeignet, erforderlich und nicht übermäßig ist.

Die Beschränkungen der Baufreiheit können im Extremfall so weit gehen, dass dem Bauherrn nur die Entscheidung, ob er baut, bleibt, während das Wie des Bauens durch staatliches Recht vorprogrammiert ist. Aus diesem Grund wurde die Ansicht vertreten, die Baufreiheit falle aus dem Schutz der Eigentumsgarantie als Gewährleistung einer vorstaatlichen Freiheit heraus. Diese Auffassung hat sich zu Recht nicht durchgesetzt, weil sie grundrechtssystematisch nicht einleuchtet und weil gerade angesichts der Intensität staatlicher Reglementierung privaten Bauens nicht einzusehen ist, warum dem Staat die Rechtfertigungslast hierfür genommen sein soll. Vgl. dazu Brohm,

Öffentliches Baurecht, 3. Aufl., 2002, § 1 Rdnr. 21 ff.

## **II. (Formelles) Bauordnungsrecht**

Zum Bauordnungsrecht haben wir bis jetzt festgestellt: Es handelt sich um Gefahrenabwehrrecht der baulichen Anlagen, und es handelt sich um Landesrecht. Grundlage in Berlin ist die Berliner Bauordnung. Der Hauptzweck der BerlBauO besteht nach ihrem § 3 I darin zu verhindern, dass von baulichen Anlagen Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung ausgehen. Zu diesem Zweck richtet die BerlBauO an bauliche Anlagen Anforderungen (materielles Bauordnungsrecht) und gibt sie den Bauaufsichtsbehörden Befugnisse, um deren Einhaltung zu überwachen (formelles Bauordnungsrecht). Die Bauaufsichtsbehörden sind Ordnungsbehörden. Zuständig sind gemäß Nr. 15 I ZustKat Ord grundsätzlich die Bezirksämter.

### **I. Die Befugnisse der Bauaufsichtsbehörden**

Die Befugnisse der Bauaufsichtsbehörden, das formelle Bauordnungsrecht, kann man in derselben Weise strukturieren wie die Befugnisse der Ordnungsbehörden. Zu unterscheiden sind Verfügungen, Verordnungen und Erlaubnisse. Diese Befugnisse werden in der BerlBauO nicht systematisiert. Einleitend möchte ich hier darum einen Überblick geben.

#### **1. Verfügungen**

Verfügungen, d.h. belastende Verwaltungsakte mit einem befehlenden Inhalt, kann die Bauaufsichtsbehörde nach den §§ 69 ff. BauO erlassen. Dort sind geregelt: die Baueinstellung, die Beseitigung baulicher Anlagen (Abrissverfügung) und die Bauüberwachung. Hinzu kommen Befugnisse zu Realakten, insbesondere die Betretungsrechte nach § 54 BauO und die Bauzustandsbesichtigung nach § 72 BauO.

#### **2. Verordnungen**

In Parallele zu den Gefahrenabwehrverordnungen nach den §§ 55 ff. ASOG erteilt § 76 BerlBauO in elf Absätzen Ermächtigungen an die für das Bauwesen zuständige Senatsverwaltung zum Erlass von Rechtsverordnungen und Verwaltungsvorschriften. Nach § 76 I Nr. 1 BauO dürfen nähere Bestimmungen im Bereich des materiellen Bauordnungsrechts erlassen werden. Darin erschöpft die Verordnungsermächtigung sich aber nicht. Nach § 76 IV Nr. 1 BauO kann z.B. eine Verordnung zum Zweck der Entbürokratisierung weitere und weitergehende Freistellungen von der Genehmigungsbedürftigkeit vorsehen.

### **3. Erlaubnisse**

Im Allgemeinen Verwaltungsrecht unterscheidet man präventive Verbote mit Erlaubnisvorbehalt und repressive Verbote mit Befreiungsvorbehalt. Diese Unterscheidung ist für das Verständnis verwaltungsrechtlicher Handlungsinstrumente grundlegend. Es lässt sich am Bauordnungsrecht gut demonstrieren, weil hier beide Formen vorkommen.

Von einem präventiven Verbot mit Erlaubnisvorbehalt spricht man, wenn ein Vorhaben, das grundsätzlich erwünscht ist, gleichwohl zunächst verboten wird. Das Verbot hat vorläufigen Charakter. Es soll sicherstellen, dass eine Behörde in einem Erlaubnisverfahren die Gelegenheit erhält, zu überprüfen, ob das Vorhaben den gesetzlichen Anforderungen entspricht. Ist dies der Fall, wird das gesetzliche, d.h. generelle Verbot im Einzelfall durch eine Erlaubnis aufgehoben. Auf diese Erlaubnis besteht ein Rechtsanspruch. Wird die Erlaubnis versagt, so ist richtige Klageart die Verpflichtungsklage in der Unterform der Vornahmeklage.

Von einem repressiven Verbot mit Befreiungsvorbehalt spricht man, wenn ein Vorhaben grundsätzlich unerwünscht und deshalb gesetzlich verboten ist. Dieses Verbot hat nicht nur vorläufige Natur. Es soll nicht nur sicherstellen, dass eine Behörde die

Einhaltung gesetzlicher Voraussetzungen überprüfen kann. Es soll vielmehr das Vorhaben dauerhaft verhindern. Auch bei einem repressiven Verbot kann jedoch aufgrund besonderer Umstände des Einzelfalles eine Ausnahme angezeigt sein. Diese wird durch den gesetzlichen Befreiungsvorbehalt ermöglicht. Auf die Befreiung besteht dabei grundsätzlich kein Rechtsanspruch; sie steht im Ermessen der Behörde, die im Einzelfall die dafür und dagegen streitenden Gesichtspunkte abzuwägen hat. Wird die Befreiung versagt, so ist richtige Klageart die Verpflichtungsklage in der Unterform der Bescheidungsklage.

Das wichtigste baurechtliche Beispiel für ein präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt ist das Erfordernis einer Baugenehmigung. Gemäß § 55 I BauO bedürfen die Errichtung, die Änderung, die Nutzungsänderung und sogar der Abbruch baulicher Anlagen einer Genehmigung. Ohne Genehmigung sind diese Vorhaben unzulässig. Das Verbot soll diese Vorhaben aber nicht verhindern; schließlich sind Bauvorhaben grundsätzlich erwünscht und werden vom Staat in vielfältiger Weise gefördert. Das Genehmigungserfordernis dient allein dem Zweck, ein Überprüfungsverfahren zu erzwingen, in welchem die zuständige Behörde vorab prüfen kann, ob das Vorhaben mit den gesetzlichen Vorgaben übereinstimmt. Wegen der zeitlichen Reihenfolge - erst behördliche Prüfung, dann Beginn mit dem Vorhaben - spricht man von einem präventiven Verbot oder einer Eröffnungskontrolle. Wenn das Vorhaben den öffentlich-rechtlichen Vorschriften entspricht, muss die Genehmigung erteilt werden. Dies ergibt sich aus § 62 I 1 BauO. Aus der Sicht des Bauherrn ist diese Norm Anspruchsgrundlage.

Ein wichtiges baurechtliches Beispiel für ein repressives Verbot mit Befreiungsvorbehalt findet man in § 61 BauO. Dort ist von Ausnahmen und Befreiungen die Rede, die beide im Ermessen der Bauaufsichtsbehörde stehen. Eine ähnliche Vorschrift ist § 31 BauGB. Der Unterschied zwischen Ausnahmen und Befreiungen liegt darin, dass es bei Ausnahmen um Abweichungen von solchen baurechtlichen Vorschriften geht, die nicht zwingend sind, bei

Befreiungen dagegen um Abweichungen von zwingenden baurechtlichen Vorschriften. Der Unterschied zwischen § 61 BauO und § 31 BauGB liegt darin, dass § 61 BauO Ausnahmen und Befreiungen vom Bauordnungsrecht, § 31 BauGB dagegen Ausnahmen und Befreiungen vom Bauplanungsrecht regelt. Ausnahme und Befreiung sind Instrumente zur Erzielung von Einzelfallgerechtigkeit. Sie kommen zur Anwendung, wenn ein gesetzliches Verbot, das in der Mehrzahl der Anwendungsfälle des Gesetzes angemessen ist, im Einzelfall unangemessen ist, sei es, weil öffentliche Belange die Abweichung fordern oder ihr nicht entgegenstehen, sei es, weil das Verbot zu einer nicht beabsichtigten Härte im Einzelfall führt. Statt von Befreiungen kann man auch von Dispensen sprechen.

## **II. Die bauliche Anlage**

Ein weiterer Schlüsselbegriff des Bauordnungsrechts, überhaupt des öffentlichen Baurechts, lautet "bauliche Anlage". Das Genehmigungserfordernis setzt nach § 55 I BauO eine bauliche Anlage voraus. Die Eingriffsermächtigung des § 70 I BauO zielt auf bauliche Anlagen. Gleiches gilt für § 29 BauGB, der die Anwendbarkeit der §§ 30 ff. BauGB über die planungsrechtliche Zulässigkeit einzelner Vorhaben steuert.

**Fall:** Naturfreund X stellt mit Zustimmung des Grundstückseigentümers Y auf einem schön gelegenen Außenbereichs-Grundstück in freier Natur seinen Wohnwagen auf, den er für Freizeit Zwecke nutzt. X ist der Meinung, dieser Vorgang gehe die Bauaufsichtsbehörde nichts an, und beantragt darum keine Genehmigung. Als die zuständige Bauaufsichtsbehörde trotzdem hiervon erfährt, ordnet sie an, dass X den Wohnwagen unverzüglich zu entfernen habe. Als Rechtsgrundlage wird § 70 BerlBauO angegeben. Ist die Verfügung auf dieser Grundlage rechtmäßig?

**Lösung:** Die Subsumtion unter § 70 BerlBauO ist als erstes festzustellen, dass hier von Tatbestand und Rechtsfolge her nur Satz 1 in Betracht kommt. Die Subsumtion unter diese Vorschrift

gliedert sich, ebenso wie die Subsumtion unter § 17 I ASOG, in drei Teile. Erstens ist zu klären, ob der Tatbestand erfüllt ist. Zweitens sind Ermessensfehler, darin eingeschlossen mögliche Verstöße gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, zu prüfen. Drittens ist zu fragen, ob X der richtige Adressat der Verfügung ist.

Bei der Subsumtion unter den Tatbestand von § 70 I 1 BauO ist als erstes zu fragen, ob der Wohnwagen eine bauliche Anlage ist. Als nächstes stellt sich dann die Frage, ob der Wohnwagen im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften aufgestellt worden ist. Die erste Frage führt zu § 2 I BauO. Dort wird für den Bereich der BauO der Begriff der baulichen Anlage definiert. Ein Wohnwagen besteht aus Bauprodukten im Sinne von § 2 VII; Bauprodukte sind alle künstlichen Materialien, nicht nur Steine, sondern auch Metallteile. Weiterhin ist er mit dem Erdboden verbunden. Zwar ist er grundsätzlich beweglich. Im vorliegenden Fall soll er jedoch überwiegend ortsfest benutzt werden. Das reicht nach § 2 I 2 BauO aus.

**Hinweis:** Nach § 2 I 3 BauO wird bei bestimmten Anlagen fingiert, dass sie bauliche Anlagen sind. Dazu gehören auch Campingplätze. Hieraus darf man im Wege eines erst-recht-Schlusses folgern, dass auch Wohnwagen bauliche Anlagen sind. Wohnwagen sind möglicherweise sogar Gebäude, wenn sie die Anforderungen des § 2 II BauO erfüllen. Dies ist für § 70 I 1 BauO aber nicht erforderlich. Im vorliegenden Fall ist die Gebäudeeigenschaft abzulehnen, weil der Wohnwagen des X nicht dazu bestimmt ist, dem Schutz von Menschen zu dienen.

Weiterhin muss der Wohnwagen des X öffentlich-rechtlichen Vorschriften widersprechen. Hier kommen zwei Vorschriften in Betracht: das Genehmigungserfordernis in § 55 I BauO und das Verbot des Bauens im Außenbereich in § 35 BauGB.

Nach § 55 I BauO ist für die Errichtung einer baulichen Anlage grundsätzlich eine Baugenehmigung erforderlich. Liegt diese, wie

hier, nicht vor, ist sie aber erforderlich, so ist die Anlage formell illegal. Zu prüfen ist im vorliegenden Fall, ob eine Baugenehmigung ausnahmsweise nach § 56 BauO entbehrlich ist. Dies könnte nach § 56 I Nr. 1 lit. a) BauO der Fall sein, weil es sich bei dem Wohnwagen um ein Gebäude handelt, das weniger als 30 m<sup>3</sup> Brutto-Rauminhalt hat. Der Wohnwagen ist aber kein Gebäude. Selbst wenn man dies annähme, wäre § 56 I Nr. 7 lit. a) BauO spezieller. Danach sind Wohnwagen nur dann genehmigungsfrei, wenn sie auf Campingplätzen aufgestellt werden. Das ist hier nicht der Fall. Im Umkehrschluss ergibt sich, dass X eine Baugenehmigung benötigt. Da er diese nicht hat, liegt ein Verstoß gegen öffentlich-rechtliche Vorschriften im Sinne von § 70 I 1 BauO vor.

Weiterhin könnte der Wohnwagen gegen § 35 BauGB verstoßen. Dieser schränkt die Zulässigkeit baulicher Anlagen im Außenbereich stark ein. Neben privilegierten Vorhaben im Sinne von § 35 I BauGB, zu denen ein Wohnwagen aber nicht gehört, können Vorhaben nach § 35 II BauGB dort zugelassen werden, wenn ihnen öffentliche Belange nicht entgegenstehen. Die in Betracht kommenden Belange werden in § 35 III BauGB beispielhaft aufgezählt. Im vorliegenden Fall wird man sagen müssen, dass der Wohnwagen des X Belange des Naturschutzes und der Landschaftspflege und die natürliche Eigenart der Landschaft beeinträchtigt. Der Wohnwagen des X ist darum auch mit § 35 II / III BauGB vereinbar, der nach § 29 BauGB für bauliche Anlagen gilt.

Die tatbestandlichen Voraussetzungen von § 70 I 1 BauO liegen mithin vor.

Für einen Ermessensfehler, darin einbegriffen einen Verstoß gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, ist nichts ersichtlich.

Fraglich bleibt, warum die Verfügung an X gerichtet worden ist. Hier könnte man sagen, X sei Verhaltensverantwortlicher im Sinne

von § 13 I ASOG. Die Vorschriften des ASOG über die Verantwortlichkeit werden im Baurecht aber verdrängt durch die §§ 52 bis 53 BauO. Im Mittelpunkt steht hier der Bauherr. Bauherr ist derjenige, auf dessen Veranlassung und in dessen Interesse eine bauliche Anlage errichtet wird. Dies muss nicht der Grundstückseigentümer sein, wie auch aus § 57 IV 3 BauO hervorgeht. Baupolizeiliche Verfügungen sind an den Bauherrn zu richten. Dies ist hier X, nicht Y. Darum hat die Behörde sich richtigerweise an X gewandt.