

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 785

**Verfahrensliberalisierung
im Bauordnungsrecht
der Länder**

Von

Thomas Gnatzy



Duncker & Humblot · Berlin

THOMAS GNATZY

**Verfahrensliberalisierung
im Bauordnungsrecht der Länder**

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 785

Verfahrensliberalisierung im Bauordnungsrecht der Länder

Dogmengeschichtliche Entwicklung und Neuausrichtung
bauaufsichtlicher Präventivverfahren in Korrelation
zu der Risikoverteilung zwischen Staat
und privaten Rechtssubjekten

Von

Thomas Gnatzy



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Gnatzy, Thomas:

Verfahrensliberalisierung im Bauordnungsrecht der Länder :
dogmengeschichtliche Entwicklung und Neuausrichtung
bauaufsichtlicher Präventivverfahren in Korrelation zu der
Risikoverteilung zwischen Staat und privaten Rechtssubjekten /
von Thomas Gnatzy. – Berlin : Duncker und Humblot, 1999
(Schriften zum öffentlichen Recht ; Bd. 785)
Zugl.: Göttingen, Univ., Diss., 1998
ISBN 3-428-09658-4

Alle Rechte vorbehalten
© 1999 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fotoprint: Werner Hildebrand, Berlin
Printed in Germany

ISSN 0582-0200
ISBN 3-428-09658-4

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☉

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im WS 1997/98 durch den Juristischen Fachbereich der Georg-August-Universität Göttingen als Dissertation angenommen. Sie ist in Literatur, Rechtsprechung und Gesetzgebung auf dem Stand von Juni 1997; einbezogen werden konnte noch die im August 1997 erfolgte Bekanntmachung der Neufassung des BauGB.

Seither sind weitere Rechtsänderungen erfolgt: So wurde nun auch im Freistaat Bayern als zweitem Bundesland eine Sachverständigenverordnung erlassen (SVBau vom 28.7.1997, Bay. GVBl. S. 370), mit der die gesetzlich vorgesehene Möglichkeit zur variablen Abschichtung bauaufsichtlicher Prüfungen durch Vorlage von Sachverständigenbescheinigungen in Geltung gesetzt ist. Des weiteren haben auch die Gesetzgebungsaktivitäten in mehreren Ländern Fortsetzung gefunden. Bayern (BayBO i.d.F. der Bekanntmachung v. 4.8.1997, Bay. GVBl. S. 433) und Berlin (BauO Bln. i.d.F. der Bekanntmachung v. 3.9.1997, GVBl. Bln. S. 421) haben jeweils eine Neufassung ihrer Bauordnung bekanntgegeben, nachdem zuvor weitere Änderungen - insbesondere auch zum Verfahrensrecht - erfolgt sind. Eine dahingehende Novellierung der Bauordnung findet sich ebenso in Brandenburg (ÄndG v. 18.12.1997, GVBl. Bbg. S. 124). Ein abschließender Stand ist damit keinesfalls erreicht und auch nicht absehbar.

Mein besonderer Dank gilt Herrn Prof. Dr. Harald Bogs, der nicht nur den Anstoß zu dieser Arbeit gegeben, sondern die Arbeit auch über einen so langen Zeitraum, in der die Entwicklung der landesrechtlichen Reformbestrebungen unabsehbare Dimensionen erreichte, stets mit wissenschaftlicher Unterstützung und persönlicher Betreuung maßgeblich gefördert hat.

Für seine kritischen Anregungen und die Erstellung des Zweitgutachtens bin ich Herrn Privatdozenten Dr. Martin Ibler zu Dank verpflichtet. Danken möchte ich schließlich auch Herrn Prof. Dr. Norbert Simon für die Aufnahme der Arbeit in die Schriftenreihe zum Öffentlichen Recht.

Bonn, im September 1998

Thomas Gnatzy

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	33
I. Anlaß und Gegenstand der Untersuchung	33
II. Durchführung der Untersuchung.....	35

Erster Teil

Rechtshistorische Grundlagen	38
-------------------------------------	----

1. Abschnitt

Dogmengeschichtliche Entwicklung präventiv ausgerichteter Instrumentarien im Baurecht	38
--	----

A. Mittelalterliches Baurecht.....	38
I. Forstwirtschaftliche und militärische Aspekte als erste Motive für die Ausbildung präventiver Kontrollinstrumente bei der Erstellung von Bauwerken	38
II. Entstehung baulicher Gefahrenlagen durch das Anwachsen der Städte im späten Mittelalter.....	41
1. Zunächst fehlende baurechtliche Kodifikation durch die von Bauhütten und Zünften garantierten Sicherheitsstandards.....	42
2. Ausbildung erster präventiver Vorbehalte in den älteren Stadtrechten mittelalterlicher Städte.....	43
III. Kodifikation umfangreicherer Regelungen baurechtlichen Inhalts in Stadtrechtssammlungen und Bauordnungen unter Einschluß präventiver Kontrollvorbehalte.....	45
B. Landesherrliches Baurecht bis zum Ende des fürstlichen Absolutismus	47
I. Ausdehnung des Vorbehalts obrigkeitlicher Genehmigung auf das platte Land als Ausdruck umfassender landesherrlicher Gewalt	47
II. Gebrauch präventiver Instrumentarien zur Steuerung und Durchsetzung landesherrlicher Vorstellungen.....	48
C. Baurecht im Zeitalter der Aufklärung bis zum Ausgang des 19. Jahrhunderts ...	51
I. Entwicklung des formellen Baupolizeirechts in Preußen.....	52
II. Entwicklung in den anderen deutschen Staaten	55

III. Der Einfluß des französischen Verwaltungsrechts auf die weitere Ausgestaltung des baurechtlichen Verfahrens in Deutschland	57
1. Das französische Repressivsystem im Gegensatz zu dem System präventiver Ausrichtung in Deutschland.....	57
2. Kritik am uneingeschränkten Präventivsystem in Deutschland.....	58
3. Modifikationen des umfassenden Genehmigungsvorbehaltes	61
a) Gemildertes Baukonsenssystem	61
aa) Reines Baukonsensverfahren unter Ausschluß geringfügiger Bauherstellungen (Sachsen).....	62
bb) Baukonsensverfahren mit partiell fakultativer Genehmigungs-/Anzeige- verpflichtung.....	64
(1) Bayern	64
(2) Hessen	68
(3) Preußen.....	69
cc) Baukonsensverfahren mit partiell obligatorischer Anzeige- verpflichtung (dreistufiges Präventivverfahren).....	72
(1) Württemberg.....	72
(2) Braunschweig	74
(3) Baden	74
b) Reines Anzeigesystem (Hamburg)	77
4. Weitere Maßnahmen zur Entschärfung des Bauzulassungsrechts	79
a) Kodifikation von allgemeinen Beschleunigungsgrundsätzen und Fristenregelungen	80
b) Zulassung vorbereitender Bauarbeiten bis zur Erteilung der Baugenehmigung.....	82
aa) Vorläufige Gestattung der Bauausführung kraft Gesetzes oder durch behördlichen Zulassungsakt	82
bb) Befugnis zum vorläufigen Baubeginn nach Fristablauf	83
 <i>2. Abschnitt</i> 	
Zusammenfassung und Wertung der rechtshistorischen Untersuchungsergebnisse	84

Zweiter Teil

**Das präventive Bauaufsichtssystem als Bestandteil einer komplexen
Schutzgemeinschaft zur Abwehr baulicher Gefahren
und Schädigungen 87**

1. Abschnitt

**Bestandsaufnahme - Art und Umfang des auf den einzelnen
Rechtsgebieten gewährleisteten Schutzes 87**

A. Regelungsinstrumentarien im öffentlichen Recht..... 88

I. Präventiver Schutz durch Baugenehmigungs-/Anzeigevorbehalt und Bau-
überwachung..... 88

1. Die bauordnungsrechtlichen Präventivvorbehalte..... 88

a) Entwicklung des neuzeitlichen Baugenehmigungsverfahrens seit der
Neuordnung des Bauaufsichtsrechts durch die grundgesetzliche
Kompetenzordnung..... 89

aa) Einführung einer dreistufigen Systematik des bauaufsichtlichen
Präventivverfahrens in der MBO 1959..... 92

bb) Rückführung auf das zweistufige System genehmigungspflich-
tiger/genehmigungsfreier Vorhaben in der MBO 1981..... 94

cc) Weitere Verfahrensänderungen zur Vereinfachung und Beschleu-
nigung des Baugenehmigungsverfahrens..... 96

(1) Reduktion staatlicher Prüfverantwortung durch partiellen
Verzicht auf die Prüfung technischer Nachweise..... 96

(2) Einführung eines "vereinfachten" bzw. "beschleunigten"
Baugenehmigungsverfahrens in Nordrhein-Westfalen, Rhein-
land-Pfalz und Bayern..... 100

b) Dogmatik der formellen Präventivvorbehalte..... 101

aa) Der Baugenehmigungsvorbehalt..... 101

(1) Regelungsgehalt und Rechtsnatur der Baugenehmigung..... 101

(a) Die Baugenehmigung als Verwaltungsakt mit feststellendem
und verfügendem Regelungsgehalt..... 101

(aa) Feststellender Regelungsgehalt hinsichtlich der
Übereinstimmung mit dem öffentlichem Recht..... 102

(bb) Verfügender Regelungsgehalt durch die Aufhebung
des formellen Bauverbotes..... 103

(cc) Die Baufreigabe als Bestandteil des verfügenden Re-
gelungsgehalts?..... 104

(b) Die Baugenehmigung als umfassende öffentlich-rechtliche Unbedenklichkeitsbescheinigung	106
(aa) Das gesamte öffentliche Recht als Prüfungsmaßstab	106
(bb) Schlußpunkttheorie	107
(c) Rechtsdogmatisches Verständnis der Baugenehmigung im Lichte einer aus Art. 14 I 1 GG abgeleiteten Baufreiheit	108
(aa) Die Baufreiheit als Bestandteil der durch Art. 14 I GG verfassungsrechtlich gewährleisteten Eigentums-garantie	108
(bb) Die Baugenehmigung als gebundene Entscheidung ..	109
(2) Rechtswirkungen der Baugenehmigung	112
(a) Die Baugenehmigung als fundamentale Voraussetzung für die Baufreigabe	112
(b) Sicherungsfunktion der Baugenehmigung für die genehmigte bauliche Anlage	112
(aa) Einfach-rechtliche Sicherungswirkung aufgrund der Bindungswirkung der Baugenehmigung	113
(bb) Verfassungsrechtlicher Bestandsschutz aus Art. 14 I 1 GG durch die Baugenehmigung?	114
bb) Der Anzeigevorbehalt	120
(1) Rechtsnatur der formellen Bauzulassung beim Bauanzei- verfahren	120
(a) Unterlassen fristgemäßer Untersagung als stillschweigen- de bauaufsichtliche Zustimmung oder Genehmigung?	121
(b) Interpretation des interventionsfreien Fristablaufs als fik- tive Baugenehmigung	123
(2) Rechtswirkungen des interventionsfreien Fristablaufs beim Bauanzeigeverfahren	124
(a) Formelle Legalisierung des angezeigten Bauvorhabens....	124
(b) Fehlende Sicherungswirkung durch bloße Aufhebung des formellen Bauverbotes?	124
cc) Baugenehmigungsrechtliche Sonderverfahren zur Beschleunigung und Vereinfachung des umfassenden Präventivvorbehalts...	125
(1) Bauvorbescheid (insbes. Bebauungsgenehmigung)	125
(2) Typengenehmigung/Teilbaugenehmigung	127

Inhaltsverzeichnis

	13
2. Die Instrumente der Bauüberwachung	129
a) Allgemeine (laufende) Bauüberwachung	129
b) Bauzustandsbesichtigungen/Bauabnahmen	133
II. Repressiver Schutz durch Eingriffsermächtigungen zur Beseitigung baurechtswidriger Zustände und durch Ahndung von Verwaltungsunrecht	135
1. Bauordnungsrechtliche Generalbefugnis	136
2. Spezialermächtigungen	136
a) Baueinstellung	137
b) Baubeseitigung	138
c) Nutzungsuntersagung	140
3. Ahndung von Verstößen gegen baurechtliche Vorschriften als Ordnungswidrigkeit	141
III. Verantwortlichkeiten/Haftung auf Seiten der staatlichen Bauaufsicht	142
1. Staatshaftungsrechtliche Ersatzansprüche für Schäden im Zusammenhang mit dem Baugenehmigungsverfahren und der Bauaufsicht	142
a) Amtshaftungsansprüche (§ 839 BGB i. V. mit Art. 34 GG)	142
aa) Verletzung des Genehmigungsanspruchs	143
bb) Erteilung eines rechtswidrigen Bauverwaltungsakts	144
(1) Geschützter "Dritter" bei Erteilung eines fehlerhaften Bauverwaltungsakts	144
(2) Schutzzweck der Amtspflicht als maßgebendes Kriterium für die Bestimmung der sachlichen Drittgerichtetheit	147
(a) Einbeziehung von Vermögensinteressen infolge des durch die Bauverwaltungsakte vermittelten Vertrauensstatbestands	147
(b) Begrenzung der sachlichen Drittgerichtetheit bei reinen Vermögensbelangen: Abgrenzung nach Risikosphären	148
(aa) Schäden/fehlerhafte Vorrichtungen am Bauwerk selbst	149
(bb) Altlastenfälle/Geo-Risiken	150
cc) Amtshaftung für fehlerhafte Auskünfte in Baurechtsangelegenheiten sowie für Fehler im Rahmen der Bauüberwachung	151
dd) Subsidiarität der Amtshaftung durch das Verweisungsprivileg gem. § 839 I 2 BGB	153
b) Entschädigungsansprüche aus enteignungsgleichem Eingriff	154

2. Fazit: Partielle Risikoverlagerung für Investitionsschäden auf die öffentliche Hand durch Haftung für die staatliche Baukontrolle	154
IV. Die öffentlich-rechtliche Verantwortlichkeit der am Bau beteiligten privaten Rechtssubjekte	156
1. Die Verantwortlichkeit des Bauherrn.....	157
a) Pflicht zur Beauftragung der anderen am Bau Beteiligten.....	157
b) Pflicht zur Vornahme der notwendigen Verfahrenshandlungen.....	158
c) Folgen einer Pflichtverletzung	159
2. Die Verantwortlichkeit des Entwurfsverfassers.....	159
a) Vollständigkeit und Brauchbarkeit des Entwurfs.....	160
b) Verantwortung für die Ausführungsplanung.....	160
c) Pflicht zur Heranziehung von Sachverständigen	161
3. Die Verantwortlichkeit des Unternehmers	161
a) Ordnungs- und plangemäße Ausführung des Bauvorhabens.....	162
b) Sonstige Pflichten des Bauunternehmers.....	163
4. Die Verantwortlichkeit des Bauleiters	164
a) Überwachungspflicht	164
b) Sonstige Pflichten des Bauleiters	165
B. Regelungsinstrumentarien im Zivilrecht.....	166
I. Die vertragliche Verantwortlichkeit der am Bau Beteiligten	166
1. Die Verantwortlichkeit des Entwurfsverfassers.....	167
a) Die Leistungspflichten des Architekten.....	168
aa) Beherrschung der Regeln der Technik.....	169
bb) Grundlagenermittlung/Vorplanung.....	170
cc) Entwurfsplanung und nachfolgende Leistungsphasen	171
dd) Objektüberwachung/Objektbegehung.....	172
b) Die Haftung des Architekten.....	173
aa) Erfüllungs- bzw. Nachbesserungsansprüche	174
bb) Gewährleistungsansprüche.....	175
(1) Wandlung, Minderung (§ 634 BGB).....	175
(2) Schadensersatz wegen Nichterfüllung (§ 635 BGB)	176

Inhaltsverzeichnis	15
cc) Schadensersatzanspruch aus positiver Vertragsverletzung	178
2. Die Verantwortlichkeit des Unternehmers	178
a) Die Pflichten des Unternehmers.....	179
aa) Die Erfüllungspflicht des Unternehmers	179
bb) Prüfungs- und Hinweispflichten des Unternehmers	179
b) Die Haftung des Unternehmers.....	180
II. Die deliktische Haftung der privaten Baubeteiligten.....	180
1. Die Haftung aus § 823 I BGB.....	181
a) Haftung wegen Verletzung von Verkehrssicherungspflichten	181
b) Haftung des Architekten und des Bauunternehmers gegenüber dem Bauherrn wegen Eigentumsverletzung?.....	181
2. Die Haftung aus § 823 II BGB.....	182
a) Verletzung nachbarschützender Normen	183
aa) § 1004 BGB i. V. mit nachbarschützenden Normen des öffentli- chen Baurechts	183
bb) § 909 BGB	183
cc) § 906 BGB	184
b) Verletzung strafrechtlicher Normen	184
III. Instrumentarium zur Risikovorsorge der am Bau Beteiligten.....	185
1. Haftpflichtversicherungen der Baubeteiligten	185
a) Die Bauherrenhaftpflichtversicherung.....	185
b) Die Berufshaftpflichtversicherung des Architekten und des Bauin- genieurs.....	185
c) Die Betriebshaftpflichtversicherung des Bauunternehmers.....	186
2. Bauleistungsversicherungen	187
a) Die Bauleistungsversicherung des Bauherrn	187
b) Die Bauleistungsversicherung des Unternehmers.....	188

2. Abschnitt

Aus den vorhandenen Regelungsinstrumentarien erwachsende Risikoverteilung zwischen dem Staat und den am Bau beteiligten privaten Rechtssubjekten	188
---	-----

Dritter Teil

**Neue Entwicklungslinien im Bauordnungsrecht
der Länder** 193

1. Abschnitt

Liberalisierung des bauaufsichtsrechtlichen Verfahrens 193

A.	Umfassende Novellierungen im Bauordnungsrecht der Länder	193
I.	Die neugefaßte MBO (Stand: Dez. 1992/Dez. 1993) als Grundlage für die Novellierungsvorhaben der Länder	194
II.	Verwirklichung unterschiedlicher Konzeptionen hinsichtlich des bauordnungsrechtlichen Verfahrensrechts in den einzelnen Ländern	195
B.	Verfahrensimmanente Ansätze	196
I.	Normierung von Beschleunigungsgrundsätzen	196
1.	Inhalt und Vorgaben aus dem bauordnungsrechtlichen Beschleunigungsgrundsatz	197
2.	Beschleunigungs- und Effektivitätsgebot bereits aus dem grundrechtlich geschützten Baugenehmigungsanspruch bzw. aus Art. 19 IV GG/ §10 Satz 2 VwVfG?	198
II.	Verschärfte Zurückweisungsbefugnis bei unzureichenden Bauanträgen	200
III.	Gesetzlich normierte Fristvorgaben in den bauaufsichtlichen Genehmigungsverfahren	202
1.	Bearbeitungs-/Entscheidungsfristen mit schadensrechtlicher Sanktionsfolge	202
2.	Fristvorgaben mit fiktionsrechtlicher Sanktionsfolge	207
a)	Fiktionsregelungen gegenüber dritten Stellen	207
aa)	Verschweigungsfristen für die Abgabe von Stellungnahmen	207
bb)	Verschweigungsfristen für die Wahrnehmung von Zustimmung-, Einvernehmens- und Benehmensvorbehalten	208
cc)	Weitgehende Übernahme der MBO-Konzeption mit divergierenden Fristvorgaben in den LBauO	209
b)	Fiktionsregelungen gegenüber dem Bauherrn bei Vorlage unvollständiger oder mangelhafter Bauvorlagen	210
c)	Fiktionsregelungen gegenüber der Baugenehmigungsbehörde (Genehmigungsfiktion)	211

aa) Erste Genehmigungsfiktionen in den (früheren) Bauordnungen für Werbeanlagen und den Bauvorbescheid.....	211
bb) Baugenehmigungsfiktion im vereinfachten Genehmigungsverfahren als neues verfahrensrechtliches Instrumentarium.....	212
(1) Rechtskonstruktive Ausgestaltung.....	212
(2) Gravierende Divergenz hinsichtlich der Fristvorgaben in den einzelnen LBauO.....	214
C. Verfahrensmodifizierende Ansätze.....	215
I. Installierung neuer Verfahren unter zumindest partieller staatlicher Prüfverantwortung in den Landesbauordnungen.....	215
1. Vereinfachtes Baugenehmigungsverfahren.....	215
a) Anwendungsbereich des vereinfachten Baugenehmigungsverfahrens.	217
aa) Erfasste Bauvorhaben und Genehmigungsvoraussetzungen.....	217
(1) Nach Art und Umfang abschließend bestimmter Kreis von Bauvorhaben.....	217
(2) Der Begriff des Wohngebäudes i.S. der bauordnungsrechtlichen Verfahrensregeln.....	218
bb) Wahlrecht des Bauherrn oder zwingende Anwendung?.....	221
b) Rechtskonstruktive Ausgestaltung.....	221
aa) Keine Ausnahme vom Baugenehmigungsvorbehalt.....	221
bb) Partieller Verzicht auf baubehördliche Prüfungen.....	222
(1) Ausschluß vor allem des technisch-sicherheitsrelevanten Prüfprogramms.....	222
(2) Möglichkeit zur Anordnung einer Standsicherheitsprüfung im Einzelfall.....	223
cc) Koppelung mit einer verfahrensrechtlichen Genehmigungsfiktion	225
c) Normativ ungelöste Rechtsfragen.....	225
aa) Prüf- und Versagungsermessen bei Verstößen gegen nicht zum Prüfprogramm gehörende Rechtsvorschriften.....	226
(1) Zulässigkeit einzelfallbezogener Präventivmaßnahmen auch außerhalb des Pflichtprüfbereichs.....	226
(2) Ablehnung eines Ermessensprüfprogramms.....	228
(3) Verpflichtung zu gefahrabwehrenden Präventivmaßnahmen außerhalb des Pflichtprüfbereichs?.....	229

(4) Sperrwirkung für repressiv-rechtliche Standardmaßnahmen bei Verletzung präventiver Hinweispflichten gegenüber dem Bauherrn?	230
(5) Pflicht zur Versagung der Baugenehmigung oder eingeräumtes Versagungsermessen?	232
bb) Abweichungen von Vorschriften außerhalb des Pflichtprüfprogramms	236
d) Beschränkung des Anwendungsbereichs auch beim Bauvorbescheid .	238
e) Reduktion der Bauüberwachung?	239
f) Auswirkungen auf den Nachbarrechtsschutz	241
2. Administrativer Genehmigungsverzicht im Einzelfall	243
3. Anzeigeverfahren (qualifizierte Bauanzeige)	246
3.1 Anzeigeverfahren mit Zulassung kraft interventionsfreien Fristablaufs .	248
a) Anwendungsbereich und Voraussetzungen	248
aa) Nach Art und Umfang erfaßte Bauvorhaben	248
bb) Beschränkung auf Vorhaben in qualifiziert beplanten Gebieten...	249
cc) Plan- und Bauordnungsrechtskonformität	250
(1) Zulassung von Abweichungen qua systemwidrigem Vorbescheid?	251
(2) Plankonformität bei geringfügigen Deviationen durch normimmanente Abweichungsbefugnis?	252
dd) Formelle Vorlagepflichten	254
(1) ...als bestimmende Kriterien des Anwendungsbereichs?	255
(2) Rechtsnatur der gemeindlichen Erklärungen und Rechtsschutzmöglichkeiten des Bauherrn bei verzögerter/nicht erfolgter Abgabe	256
ee) Prinzipiell fehlende Wahlmöglichkeit auf Durchführung eines Baugenehmigungsverfahrens?	259
b) Rechtskonstruktive Ausgestaltung	260
aa) Qualifizierte Bauanzeige/Ausnahme vom Baugenehmigungsvorbehalt	260
bb) Bauaufsichtliche Zulassung sui generis	260
(1) Formelle Legalisierung kraft interventionsfreien Fristablaufs	261
(2) Vorzeitige Baufreigabe	262

cc) Behördliche Prüfverpflichtung hinsichtlich der materiell-rechtlichen Anforderungen an das Bauvorhaben?	263
(1) Absentierung jeglicher Prüfverpflichtung kraft normativer Anordnung.....	263
(2) Fakultative Prüfverpflichtung oder bloße Prüfoption?	263
dd) Präventive Untersagungspflicht bei festgestellten Verstößen gegen öffentlich-rechtliche Vorschriften?.....	266
c) Unzulässigkeit einer Bauvoranfrage.....	267
d) Weitgehender Verzicht auf Bauzustandsbesichtigungen unter Aufrechterhaltung der allgemeinen Bauüberwachung.....	269
e) Verpflichtungssituation beim Nachbarrechtsschutz	269
3.2 Anzeigeverfahren unter dem Vorbehalt einer administrativen Bestätigung.....	270
a) Anwendungsbereich und Voraussetzungen.....	271
b) Rechtskonstruktive Ausgestaltung.....	271
aa) Beschränkte Prüfpflichten.....	272
(1) Von Amts wegen zu prüfende Anwendungsvoraussetzungen .	272
(2) Ausschluß sonstiger Prüfpflichten kraft normativer Anordnung	272
bb) Rechtsnatur und Funktion der baubehördlichen Bescheinigung ...	273
cc) Fristvorgaben für die Erteilung der bauaufsichtlichen Bestätigung	275
c) Unterschiedlich konzeptionierte Bauüberwachung	276
d) Anfechtungs- und auch Verpflichtungssituation beim Nachbarrechtsschutz.....	277
4. Genehmigungsfreistellungsverfahren	277
4.1 Genehmigungsfreistellung mit verfahrensrechtlicher Beteiligung der Gemeinde.....	278
a) Anwendungsbereich und Voraussetzungen der Genehmigungsfreistellung	278
b) Rechtskonstruktive Ausgestaltung.....	279
aa) Reichweite der gemeindlichen Beteiligung.....	279
(1) Motive zur Ausbringung einer gemeindlichen Verfahrens-beteiligung	279

(2) Begrenzter verfahrensrechtlicher Funktionsvorbehalt der Gemeinde	280
(a) Fehlen jeglicher Präventivprüfverpflichtung	281
(b) Einräumung beschränkter Prüfrechte allein im eigenen Interesse der Gemeinde.....	283
(c) Erklärungspflicht bei erkannten Verstößen gegen öffentlich-rechtliche Anforderungen?	284
(3) Schrankenloser gemeindlicher Entscheidungsspielraum auf Abgabe einer Negativ-Erklärung?	285
(a) Bloße Chance des Bauherrn auf Genehmigungsfreistellung?	285
(b) Bedenken gegen ein unbeschränktes gemeindliches Erklärungsrecht aus dem Blickwinkel der verfassungsrechtlich fundierten Baufreiheit	287
(c) Einschränkende Auslegung: Erfordernis konkreter Anhaltspunkte für einen Baurechtsverstoß	289
bb) Rechtsnatur der gemeindlichen Negativ-Erklärung.....	292
(1) Rechtsdogmatische Einordnung als Verwaltungsakt oder als schlichter Realakt?.....	292
(2) Beschränkte Rechtsschutzmöglichkeiten des Bauherrn?	294
cc) Formelle Legalisierung des Bauvorhabens	296
(1) Ungenutzter Ablauf der gemeindlichen Erklärungsfrist	296
(2) Vorzeitige Baufreigabe	298
c) Präventivbefugnisse der Bauaufsichtsbehörden	298
d) Uneinheitliche Überwachung der Bauausführung: Staatliche Bauüberwachung versus privatrechtlich konzeptionierter Kontrolltätigkeit.....	299
e) Verpflichtungssituation beim Nachbarrechtsschutz	301
4.2 Genehmigungsfreistellung mit einfacher Bauanzeige vor Baubeginn.....	301
a) Anwendungsbereich und Voraussetzungen.....	302
aa) Beschränkung auf Wohngebäude mit nicht mehr als zwei Wohnungen im qualifiziert beplanten Gebiet.....	302
bb) Volle materiell-rechtliche Plan- und auch Bauordnungsrechtskonformität als Anwendungsvoraussetzung?.....	302
cc) Weitere formelle Voraussetzungen als bestimmende Kriterien des Anwendungsbereichs oder als Rechtmäßigkeitskriterien?.....	304

Inhaltsverzeichnis	21
b) Rechtskonstruktive Ausgestaltung.....	306
aa) Echte Genehmigungsfreiheit: Bloße Unterrichtung der Bauaufsichtsbehörde mittels einfacher Bauanzeige	306
bb) Wegfall jeglicher staatlicher Prüfverpflichtung oder -option	307
c) Beschränkung der Bauüberwachung bis hin zum Ausschluß jeglicher Kontrolle während der Bauausführung.....	308
d) Sonstige Verfahrenskriterien wie beim Freistellungsverfahren mit gemeindlicher Beteiligung	309
II. "Privatisierung" des Baugenehmigungsverfahrens	309
1. Partielle Verlagerung bauaufsichtlicher Aufgaben auf staatlich anerkannte Sachverständige oder sachverständige Stellen.....	310
a) Die Rechtsfigur des staatlich anerkannten Sachverständigen	313
b) Unterschiedliche rechtskonstruktive Einbindung in das Baugenehmigungsverfahren	314
aa) Privatrechtliche Konzeption: Einschaltung eines staatlich anerkannten Sachverständigen im Vorfeld des Baugenehmigungsverfahrens durch den Bauherrn	315
(1) Rechtskonstruktion	315
(a) Rein privatrechtliches Tätigwerden im Auftrag des Bauherrn.....	315
(b) Staatliche Anerkennung unter verbindlicher Vorgabe eines qualifizierenden Anforderungsprofils	316
(c) Einschaltung des Sachverständigen im Vorfeld der Baugenehmigung	318
(d) Freies Wahlrecht auf Inanspruchnahme privater Sachverständiger anstelle bauaufsichtlicher Präventivprüfung	319
(2) Staatlicher Prüfverzicht bei Vorlage von Sachverständigenbescheinigungen.....	319
(a) Öffentlich-rechtliche Wirkung der Sachverständigenbescheinigung.....	320
(b) Unterschiedliche Reichweite ihrer Rechtswirkung.....	321
(aa) Widerlegliche Vermutung über die Einhaltung der öffentlich-rechtlichen Anforderungen.....	321
(bb) Fiktion der Einhaltung der öffentlich-rechtlichen Anforderungen.....	322
(3) Sonstige verfahrensrechtliche Determinanten	325

(4) Wirksamkeit der Neuregelung erst nach tatsächlicher Umsetzung durch Erlaß von Sachverständigenverordnungen	325
bb) Öffentlich-rechtliche Konzeption: Einschaltung eines "Prüfingenieurs für Entwurf" als beliehener Unternehmer durch die Bauaufsichtsbehörde.....	326
(1) Rechtsverhältnis	326
(a) Staatliche Anerkennung als "Prüfingenieur für Entwurf" .	326
(b) Hoheitliche Beleihung durch konkrete Aufgabenübertragung seitens der unteren Bauaufsichtsbehörde.....	327
(c) Fachaufsicht durch die oberste Bauaufsichtsbehörde	328
(2) Prüfbericht als Grundlage für die Entscheidung der Baugenehmigungsbehörde über die Zulässigkeit des Bauvorhabens	328
(a) Eigenständige Prüfung der Bauunterlagen durch den Prüfingenieur	329
(b) Allgemeine Bauüberwachung und Bauzustandsbesichtigung ebenfalls durch den Prüfingenieur.....	329
(c) Koordinierungsfunktion und Genehmigungsentscheidung durch die Bauaufsichtsbehörde.....	330
2. Reduktion der Baugenehmigung auf eine rein planungsrechtliche Gestattung	330
a) Aufgabe der staatlichen Prüfverantwortung für den gesamten Bereich des Bauordnungsrechts	330
b) Normative Vorgaben/Vorbehalt konkretisierender Ausgestaltung durch Rechtsverordnung	331
c) Verfahrensrechtliche Dualität: Überwindung der bauordnungsrechtlichen Präventivsperr alternativ durch staatliche oder private Kontrolle	332
d) Rechtsverhältnis und Befugnisse des besonders qualifizierten Entwurfsverfassers.....	333

2. Abschnitt

Normenverringering im materiell-rechtlichen Regelungsbestand	334
A. Abbau von Regelungsvorschriften	334
B. Grundlegende Systemänderung hinsichtlich des normkonkretisierenden technischen Regelwerks	335
I. Einbeziehung der allgemein anerkannten Regeln der Technik in den verbindlichen Regelungsbestand nach bisheriger Rechtslage	335

II. Beschränkung des Prüfungsmaßstabs auf die eingeführten Technischen Baubestimmungen nach neuem Recht 336

Vierter Teil

Stellungnahme und Vorschläge 339

1. Abschnitt

Konnexität und Relevanz der neuen Verfahrenstypik im System des vorhandenen baurechtlichen Normengefüges 339

A. Dogmatische Einordnung der liberalisierten Verfahrensinstrumentarien 339

I. Gegenseitige Abgrenzung anhand typisierender Merkmale 340

II. Unterschiedliche Präventivsysteme in den einzelnen Ländern 342

1. Zweistufiges System entsprechend dem herkömmlichen verfahrensrechtlichen Dualismus 343

2. Dreistufige Bauaufsichtssysteme 343

a) Erweiterung durch ein Anzeigeverfahren 343

b) Ergänzung durch ein Freistellungsverfahren 344

3. Weitergehende verfahrensrechtliche Differenzierungen 345

III. Wegfall der Ordnungsfunktion der Baugenehmigung mangels einheitlicher bauaufsichtlicher Regelungsgehalte 345

B. Aufgabe der Baugenehmigung als umfassende öffentlich-rechtliche Unbedenklichkeitsbescheinigung 347

I. Beschränkungen der umfassenden Feststellungswirkung der Baugenehmigung 347

II. Abkehr von der Schlußpunkttheorie 349

C. Umkehrung des präventiv-rechtlichen Bauaufsichtssystems zum Repressivsystem 353

I. Abkehr von der bestehenden Typik des bauaufsichtlichen Präventivverfahrens 353

1. Schrittweise Aufgabe des "Vier-Augen-Prinzips" 353

2. Beschränkung der staatlich-präventiven Bauüberwachung 354

a) Wertungswiderspruch gegenüber den vollends prüf- und verfahrensfreien Vorhaben im Rahmen der allgemeinen Bauüberwachung 354

b) Reduktion der Bauüberwachung bis hin zu ihrer vollständigen Aufgabe	355
II. Vermehrte Durchsetzung baurechtskonformer Zustände mit repressiven Aufsichtsmitteln.....	357
D. Genehmigungsfreistellung unter gleichzeitigem Verzicht auf Einhaltung anerkannter Regeln des Baurechts: Wer konkretisiert die bauordnungsrechtlichen Zielvorgaben?	358
I. Die Konkretisierungsfunktion technischer Regelwerke nach dem Systemwechsel.....	358
1. Lückenlose Erfassung der gefahrabwehrenden Regelungsmaterie ?	358
2. Gefahr "nachhängender" Anpassung bei fortschreitender Technisierung.	359
3. Konkretisierung durch administrative Rezeption privater Regelwerke mittels Einzelfallentscheidung im Baugenehmigungsverfahren	360
II. Konkretisierungsmangel aufgrund fehlender Möglichkeit zur einzelfallbezogenen Rezeption in den Anzeige-/Freistellungsverfahren.....	360
E. Bundesrechtswidrigkeit des liberalisierten Verfahrensrechts wegen Verstoßes gegen das Bundesbaurecht?.....	362
I. Verfassungswidrige Deviationen zu § 29 Satz 1 BauGB vor Änderung durch das BauROG 1998?	362
1. Rechtsdogmatische Vorgaben aus § 29 Satz 1 BauGB a.F. für die Anwendbarkeit des Bauplanungsrechts	363
2. Von § 29 Satz 1 BauGB a.F. tatbestandlich erfaßte Präventivverfahren mit liberalisierter Ausrichtung	366
3. Unmittelbare Geltung des materiellen Bauplanungsrechts trotz fehlender verfahrensrechtlicher Verknüpfung im Fall der Freistellungsverfahren	368
4. Verpflichtung der Landesgesetzgeber zur Vorgabe einer Präventivpflichtprüfung bei städtebaulich relevanten Vorhaben?	370
II. Verletzung der bundesrechtlichen Fristenregelung zur Herstellung des gemeindlichen Einvernehmens (§ 36 II 2 BauGB)?	372
III. Faktischer Ausschluß der gemeindlichen Sicherungsrechte aus §§ 14, 16 ff./15 BauGB	374
1. Unzureichende Möglichkeiten zum Erlaß einer Veränderungssperre (§§ 14, 16 ff. BauGB) aus Anlaß einzelner anzeigepflichtiger/freigestellter Bauvorhaben	374
a) Fehlende informatorische Einbindung der Gemeinden außerhalb von Baugenehmigungsverfahren.....	375
b) Anzeige-/Freistellungsverfahren mit hinreichender gemeindlicher Kenntnisvermittlung	376

2. Unterlaufen des Zurückstellungsverfahrens nach § 15 BauGB durch den landesrechtlichen Verzicht auf eine Zulässigkeitsentscheidung 378

F. Beschränkung des öffentlich-rechtlichen Nachbarschutzes bei Reduktion des Präventivverfahrens 380

 I. Verlagerung im nachbarlichen Rechtsschutzsystem vom strikten Genehmigungs- auf den ermessensabhängigen Vorhabenabwehranspruch..... 380

 1. Wegfall des Genehmigungsabwehranspruchs hinsichtlich der sektoral oder global prüffreigestellten Anforderungen..... 380

 2. Bloß ermessensdeterminierter Nachbaranspruch auf bauaufsichtliches Einschreiten 381

 II. Beschränkte prozessuale Durchsetzung von Nachbarrechten auch im Wege vorläufigen Rechtsschutzes 382

 III. Fazit: Drastische Verschlechterung der materiell-rechtlichen und prozessualen Durchsetzung von Nachbarrechten 384

G. Auswirkungen der Liberalisierung im bauordnungsrechtlichen Verfahrensrecht auf die Staatshaftung 385

 I. Neue Anknüpfungspunkte für staatshaftungsrechtliche Ansprüche..... 385

 1. Rechtswidrige fiktive Baugenehmigung beim vereinfachten Genehmigungsverfahren..... 385

 2. Fehlerhafte Negativ-Erklärung der Gemeinde im Freistellungsverfahren?..... 386

 3. Verzögerte Abgabe gemeindlicher Erklärungen im Rahmen der Anzeige-/Freistellungsverfahren 387

 4. Verletzung verbindlicher Bearbeitungs-/Entscheidungsfristen..... 387

 II. Wegfall der Staatshaftung mangels Zurechnungstatbestand bei Aufgabe staatlicher Prüftätigkeit 388

2. Abschnitt

Verfassungsrechtliche Überprüfung der Liberalisierungsinstrumentarien 390

A. Grundsätzliche Zulässigkeit der "Privatisierung" von Staatsaufgaben 390

 I. Prinzip der offenen Staatsaufgaben..... 391

 II. Privatisierungsgrenzen nur bei genuin-staatlichen Aufgaben..... 392

 1. Prinzipieller Privatisierungsausschluß bei staatsvorbehaltenen Aufgaben 392

 2. Zulässigkeit partieller Monopoldurchbrechungen..... 393

- 3. Statthaftigkeit einer Funktionsteilgabe privater Rechtssubjekte auch im Bereich gefahrabwehrender Präventivsicherung..... 394
- B. Die neuen Verfahrensinstrumentarien im System der Privatisierung..... 395
 - I. Typologische Kategorisierung der Privatisierungsformen..... 395
 - 1. Die Grundmodelle der Privatisierung 395
 - a) Formelle Privatisierung (Organisationsprivatisierung) 396
 - b) Materielle Privatisierung 396
 - aa) Aufgabenprivatisierung..... 396
 - bb) Funktionelle Privatisierung..... 397
 - 2. Weitere Erscheinungsformen der Privatisierung 397
 - a) Teilprivatisierung..... 397
 - b) Verfahrensprivatisierung als eigenständige Kategorie?..... 398
 - II. Dogmatische Einordnung der staatsreduzierten neuen Verfahrensinstrumente..... 399
 - 1. Beschränkte Präventivverfahren ohne administrative Kontrollpflicht und Zulassungsentscheidung..... 399
 - 2. Bauaufsichtliche Verfahren mit partieller Substituierung staatlicher Prüfverantwortung durch Einbindung qualifizierter Privater 401
- C. Verstoß gegen den beamtenrechtlichen Funktionsvorbehalt in Art. 33 IV GG?.. 403
- D. Verstoß gegen das Sozialstaatsgebot?..... 405
- E. Verstoß gegen Schutzpflichten des Staates?..... 410
 - I. Dogmatische Herleitung und Umfang staatlicher Schutzpflichten 410
 - 1. Der Schutz der Allgemeinheit vor baulichen Gefahren..... 413
 - 2. Schutzpflichtdimensionen gegenüber dem Bauherrn 415
 - II. Notwendigkeit kompensatorischer Maßnahmen entsprechend der veränderten Risikoverteilung..... 417

3. Abschnitt

Rechtspolitische Bewertung der bauordnungsrechtlichen Liberalisierung 422

- A. Schrittweiser Rückzug des Staates hinsichtlich seiner Kontrolltätigkeit im öffentlichen Baurecht..... 422
- B. Auswirkungen auf den Bauherrn 423

I. Verwirklichung von Baufreiheit durch mehr Eigenverantwortung des Bauherrn?	423
II. Beschleunigung und Kostensenkung bei der Verwirklichung von Bauvorhaben?	423
1. Beschleunigung durch partiellen Prüfverzicht?	424
2. Beschleunigung durch gesetzliche Fristvorgaben?	425
3. Kostensenkung durch liberalisierte Verfahrensvorbehalte?	427
III. Erhöhte Risiken/Rechtsunsicherheit für den Bauherrn	429
1. Wegfall der dem Baugenehmigungsverfahren zukommenden Schutzfunktion für den Bauherrn/fehlende Investitionssicherheit	429
a) Vereinfachtes Genehmigungsverfahren	429
aa) Partieller Wegfall der Sicherungswirkung einer Baugenehmigung	429
bb) Rechtsunsicherheit im Fall der Fiktionsfolge	430
b) Anzeige-/Freistellungsverfahren	431
aa) Fehlende Sicherungswirkung für den Bauherrn	431
(1) Vollständiger Wegfall der Sicherungswirkung einer Baugenehmigung	431
(2) Keine Sperrwirkung durch die eingeräumte Prüfoption beim Anzeigeverfahren	432
bb) Erhöhte Rechtmäßigkeitsrisiken	434
(1) Tatsächliche Übereinstimmung mit dem nach materiellen Kriterien bestimmten Anwendungsbereich	434
(2) Rechtsänderungen vor Baufertigstellung	436
(3) Nichtigkeit der planungsrechtlichen Grundlage	441
2. Finanzielles Risiko bei Insolvenz der verantwortlichen Sachverständigen/Entwurfsverfasser	445
3. Bis zur Verwirkung zeitlich unbeschränkte Geltendmachung nachbarlicher Rechtsmittel	446
4. Gefahr der Ungleichbehandlung von Bauherren mangels staatlich gewährleisteter Objektivität	446
IV. Fazit: Keine beachtlichen Vorteile gegenüber gravierenden Nachteilen für den Bauherrn	447
C. Auswirkungen auf die übrigen am Bau beteiligten privaten Rechtssubjekte	448
I. Erweiterter Pflichtenkreis/Haftungsumfang für den Entwurfsverfasser	448

II. Faktisch erhöhtes Haftungsrisiko mangels staatlicher Gegenkontrolle für alle privaten Baubeteiligten	450
D. Auswirkungen auf die Allgemeinheit	451
I. Erschwerter Vollzug des materiellen Baurechts.....	451
II. Reduzierter Rechtsgüterschutz	454
1. ...durch Prüfverzichte	454
2. ...durch Beschleunigungsfristen und Fiktionsregelungen	455
E. Föderale Rechtszersplitterung im neuen bauordnungsrechtlichen Verfahrensrecht	456
I. Mangelnde Kongruenz der Landesbauordnungen zur MBO und untereinander	457
II. Deregulierung durch verfahrensrechtliche Komplizierung?.....	457
F. Gesamtbetrachtung	459
I. Entlastung des Staates.....	460
II. Geänderte Risikoverteilung zwischen dem Staat und den privaten Rechtssubjekten	461
1. Konzept einer kooperativen Funktionsteilung durch funktionelle Einbindung gesellschaftlicher Selbstregulierung	461
2. Überhöhte Risikotragung durch die Privaten.....	462

4. Abschnitt

Vorschläge zu einer angemessenen Risikoverteilung	464
A. Notwendigkeit einer angemessenen Risikoverteilung aufgrund der Schutzpflicht des Staates.....	464
B. Maßnahmen im einzelnen	464
I. Kompensatorische Maßnahmen im Bauaufsichtsrecht.....	465
1. Sicherstellung einer hinreichenden staatlichen Aufsicht.....	465
a) Aufsicht über die privaten Sachverständigen/Entwurfsverfasser	465
b) Hinreichende Überwachung der Bautätigkeit durch die allgemeine Bauaufsicht	468
2. Aufwertung und Anpassung der repressiv-rechtlichen Aufsichtsmittel zur Kompensation entstehender Schutzlücken für die Allgemeinheit.....	469
a) Verringerung der Eingriffsschranken bei den keiner präventiven Pflichtprüfung unterliegenden Bauausführungen.....	470

aa) Verfahren mit partiellem oder globalem Ausschluß präventiver Pflichtprüfung.....	470
bb) Anzeigeverfahren mit fristgebundener Interventionsmöglichkeit..	473
b) Weitergehende Ahndung von Baurechtsverstößen als Verwaltungs- unrecht.....	474
3. Modifikationen zur Sicherung eines effektiven öffentlich-rechtlichen Nachbarrechtsschutzes	475
a) Notwendigkeit einer kompensatorischen Anpassung	476
aa) Rückzug des Staates aus der Konfliktschlichtung zwischen Bau- herren und Nachbarn?	476
bb) Zivilrechtliche Ansprüche als kompensatorische Rechtsschutzal- ternative?.....	478
cc) Verfassungsrechtlich geforderte Effektivität nachbarlichen Rechtsschutzes auch im Rahmen der liberalisierten Präventivver- fahren.....	479
b) Kompensatorische Angleichung im einzelnen	483
aa) Verringerung der Anforderungen an ein bauaufsichtliches Ein- schreiten bei Nachbareinwendungen	483
bb) Vorläufiger Rechtsschutz entsprechend der im Aussetzungsver- fahren nach §§ 80, 80a VwGO geltenden Entscheidungsmaß- stäbe.....	484
4. Kompensation von Schutzlücken auf Seiten des Bauherrn.....	485
a) Zulassung eines feststellenden Verwaltungsakts?.....	485
b) Landesrechtliche Sonderregelungen über die Folgenlosigkeit einer nachträglich festgestellten Nichtigkeit der qualifizierten Satzungs- grundlage	487
c) Beschränkung des bauaufsichtlichen Eingriffsermessens bei nachfol- genden Rechtsänderungen im Rahmen der repressiv-rechtlichen Auf- sichtsmittel.....	489
d) Reduktion von Geo-Risiken	492
aa) Ausbringung eines staatlich anerkannten Sachverständigen der Fachrichtung "Erd- und Grundbau"	492
bb) Amtshaftungsbewehrte Informationspflichten der planenden Ge- meinde bei konkreten Anhaltspunkten für Geo-Risiken.....	494
5. Vorgabe eines angemessenen Vergütungsrahmens für die kompensatori- sche Tätigkeit privater Sachverständiger.....	496
II. Kompensatorische Maßnahmen im Privatrecht	497

1. Verlängerte Gewährleistungsfristen für bauliche Maßnahmen	498
2. Versicherungslösungen zur Abdeckung des Insolvenzrisikos im Schadensfall	500
a) Berufshaftpflichtversicherungen	501
b) Baugewährleistungsversicherungen.....	502
C. Herstellung vollständiger Bundesrechtskonformität auch im System der gemeindlichen Sicherungsrechte (§ 29 i. V. mit §§ 36, 14, 16 ff., 15 BauGB).....	505
Anhang: Die liberalisierten Bauaufsichtssysteme der Länder im Überblick.....	508
Literaturverzeichnis.....	510
Sachwortverzeichnis.....	537

Abkürzungsverzeichnis

BaufreistellungsVO BW	[Baden-Württembergische] Verordnung des Innenministeriums über den Wegfall der Genehmigungspflicht bei Wohngebäuden und Nebenanlagen
BauO Bln.	Bauordnung für Berlin
BauO LSA	Bauordnung des Landes Sachsen-Anhalt
BauO NRW	Bauordnung für das Land Nordrhein-Westfalen
BauO Saar.	Bauordnung für das Saarland
BayBO	Bayerische Bauordnung
BbgBO	Brandenburgische Bauordnung
Bln. BaufreistellungsVO	[Berliner] Verordnung über die Freistellung von der bauaufsichtlichen Genehmigungspflicht
BMBau	Bundesminister für Raumordnung, Bauwesen und Städtebau
BremLBO	Bremische Landesbauordnung
HBauO	Hamburgische Bauordnung
HessBO	Hessische Bauordnung
Hmb. BauanzeigeVO	[Hamburgische] Verordnung über anzeigebedürftige Bauvorhaben
Hmb. BaufreistellungsVO	Verordnung über die Freistellung baulicher Anlagen von der Genehmigungsbedürftigkeit nach der Hamburgischen Bauordnung
HmbWoBauErlG	Hamburgisches Gesetz zur Erleichterung des Wohnungsbaus
LBauO BW	Landesbauordnung für Baden-Württemberg
LBauO M-V	Landesbauordnung Mecklenburg-Vorpommern
LBauO RhIPf.	Landesbauordnung Rheinland-Pfalz
LBauO Schl.-H.	Landesbauordnung für das Land Schleswig-Holstein
MBO	Musterbauordnung
NBauO	Niedersächsische Bauordnung
Nds. PrüfeinschränkungsVO	[Niedersächsische] Verordnung über die Einschränkung von Prüfungen im Baugenehmigungsverfahren

NW BauanzeigeVO	[Nordrhein-Westfälische] Verordnung über anzeigebedürftige Vorhaben nach der Landesbauordnung
SächsBO	Sächsische Bauordnung
ThürBO	Thüringer Bauordnung

Hinsichtlich aller übrigen Abkürzungen wird verwiesen auf: *Kirchner*, Hildebert, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 4. Auflage, Berlin/New York 1993

Einleitung

I. Anlaß und Gegenstand der Untersuchung

Die Leistungsfähigkeit der öffentlichen Hand ist an die Grenzen gestoßen. Dies hat zu der Einsicht geführt, daß der öffentliche Sektor vermindert werden muß. Der gewachsene Zustand staatlicher Überreglementierung und staatlicher Übervorsorge erfordert die Rückkehr zu mehr gesellschaftlicher Eigenverantwortung und einer verstärkten Berücksichtigung des Subsidiaritätsprinzips, wonach sich die staatliche Verantwortlichkeit soweit wie möglich auf hoheitliche Kernaufgaben zu beschränken hat. Die Erkenntnis hierüber führte zu einer Debatte um die Deregulierung bzw. Liberalisierung des gesamten Staatswesens, die auch den Bereich des Baurechts erfaßte. Forciert durch das Problem eines beträchtlichen Wohnungsmangels hat sich dort in den vergangenen Jahren sowohl auf Bundes- als auch auf Landesebene ein beachtlicher Aktivismus zu Reformüberlegungen entwickelt. Ergänzt durch die Einrichtung zahlreicher Expertenkommissionen sollten neue Lösungsansätze für einen vereinfachten und beschleunigten Wohnungsbau und eine Reduktion der Staatsquote gefunden werden.

Am Ende einer länderübergreifend geführten Reformdiskussion haben alle Bundesländer in den Jahren von 1993 bis 1996 ihr Bauordnungsrecht umfassend novelliert. Anlaß für eine Überarbeitung der Landesbauordnungen war zunächst die europarechtliche Verpflichtung zur Transformation der EG-Bauproduktenrichtlinie¹ in nationales Recht. Diese rechtlich unabdingbare Vorgabe gab Gelegenheit für eine zeitgemäße, dem beschriebenen Deregulierungsdruck Rechnung tragende Fortentwicklung der materiellen und formellen Anforderungen des Bauordnungsrechts. Dabei waren die Reformüberlegungen insbesondere im Hinblick auf die dringenden Probleme der Wohnungsversorgung vor allem darauf ausgerichtet, wie die den Wohnungsbau beeinträchtigende Regelungsdichte sowie Dauer und Aufwand investiver Genehmigungsverfahren reduziert werden könnten. Als Zielsetzung der Reformansätze wur-

¹ Richtlinie 89/106/EWG des Rates vom 21.12.1988 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedsstaaten über Bauprodukte (Amtsbl. EG Nr. L 40 S. 12). Vgl. zu Inhalt, Struktur und Umsetzung der EG-Bauproduktenrichtlinie *Krieger*, UPR 1992, 401 ff.

den daher auch der Abbau von Investitionshemmnissen für den Wohnungsbau sowie die Entstaatlichung des Bauordnungsrechts formuliert. Innerhalb der dieserart initiierten Revision des Bauordnungsrechts entwickelte sich schließlich die Vereinfachung und Beschleunigung des Baugenehmigungsverfahrens wie auch der Verzicht auf Baugenehmigungserfordernisse zum Kernstück einer umfassenden Baurechtsnovelle der Länder.

Während sich die Länderbauminister/-senatoren im Rahmen der ARGEBAU nicht auf ein weitreichendes Konzept zur Entbürokratisierung und Deregulierung des bauordnungsrechtlichen Verfahrensrechts verständigen konnten, entwickelten einige Länder einen konzeptionellen Ansatz zu einer grundlegenden Systemänderung und beschränkten sich nicht auf das Ergebnis partieller systeminterner Korrekturen der ARGEBAU. Hierdurch sah sich die Mehrheit der übrigen Länder - wohl auch aufgrund des politischen Drucks - offenbar veranlaßt, ihre Entwürfe anhand dieser Projektierungen auszurichten. Nach dem vorläufigen Abschluß dieses Reformprozesses beginnt sich ein auf mehrere Schritte ausgerichteter Systemschnitt abzuzeichnen, der durch Abbau des Präventivvorbehalts eine Verantwortungs- und Aufgabenverlagerung von der staatlichen Bauaufsicht zu den privat am Bau beteiligten Rechtssubjekten zur Folge hat. Schlagwortartig ist dies von einigen Landesgesetzgebern auch als "Privatisierung des Baugenehmigungsverfahrens" überschrieben worden. Der damit verbundene Rückzug des Staates aus seiner bisher umfassend getragenen Präventivverantwortung läßt eine Entwicklung erkennen, die sich von der rein imperativ-ordnungsrechtlichen Gestaltung entfernt und Formen gesellschaftlicher Eigenverantwortung sucht. Während der Staat über rechtliche Vorgaben weiterhin die Direktiven für das baurechtlich Erforderliche setzt, obliegt es in den liberalisierten Sektoren nunmehr der Eigenverantwortung des Bauherrn und der weiteren privaten Baubeteiligten, die Einhaltung dieser staatlichen Vorgaben sicherzustellen. Dem Staat verbleibt über die repressivrechtlichen Eingriffsinstrumentarien indes die Letztentscheidungskompetenz, wenn die gesellschaftliche Selbstregulation versagt. Das, was jetzt mit der bauordnungsrechtlichen Verfahrensliberalisierung vollzogen werden soll, kann daher als Konzept einer kooperativen Funktionsteilung bezeichnet werden.

Der mit den erfolgten Neufassungen der Landesbauordnungen bereits manifest gewordene erste Schritt zu diesem Systemwechsel gibt Anlaß zu untersuchen, ob hierdurch nicht zugleich eine Verschiebung der Risikoverteilung zwischen dem Staat und den am Bau beteiligten privaten Rechtssubjekten einhergeht. Eine größere Eigenverantwortung läßt jedenfalls als komplementäre Entsprechung auch eine erhöhte Risikotragung vermuten. Damit könnte insbesondere dem Bauherrn eine Risikoverantwortung erwachsen, die sich nach dem bestehenden Normengefüge aus rechtspolitischer Sicht, möglicherweise auch unter verfassungsrechtlichen Aspekten, als bedenklich erweist, so daß es

einer Schaffung oder Fortentwicklung rechtlicher Instrumentarien bedarf, um wieder eine angemessene Zuweisung von Risiken für die mit der Erstellung von Bauwerken verbundenen Gefahren herzustellen.

II. Durchführung der Untersuchung

Vorschläge zur Liberalisierung haben das Bauordnungsrecht zu allen Zeiten begleitet. Am Beginn der Untersuchung steht daher eine rechtshistorische Analyse, mit der die vielfältigen Entwicklungslinien zu ermitteln sind, die zum heutigen Recht geführt haben, um aus dem dogmengeschichtlicher Befund die systembedingten Schwachpunkte des Präventivverfahrens abzuleiten.² Hierdurch sollen Anhaltspunkte ermittelt werden, die für eine Bewertung dieser Instrumentarien im heutigen Recht nutzbar gemacht werden können. Dabei erscheint von grundlegender Bedeutung, wie das Bedürfnis nach präventivrechtlicher Ausgestaltung seinerzeit entstanden ist und - etwa im Gegensatz zu Frankreich mit seinem Repressivsystem - über alle zeitlichen Epochen aufrecht erhalten werden konnte. Einen Schwerpunkt bildet demgemäß die Fragestellung, welche Instrumentarien und bauaufsichtlichen Systeme im Verlauf der Entwicklungsgeschichte des Präventivverfahrens Zugang in eine baurechtliche Reglementierung gefunden haben. Eine derartige Untersuchung, in der die rechtshistorischen Grundlagen unseres tradierten Präventivsystems von den Ursprüngen bis hin zur Neuordnung des Bauaufsichtsrechts durch die grundgesetzliche Kompetenzordnung dargelegt sind, fehlt bisher und soll anhand dieser Arbeit für die weitere Diskussion um die Neuausrichtung der staatlichen Bauaufsicht aufbereitet werden.

Im Rahmen einer Bestandsaufnahme soll nachfolgend festgestellt werden, wie die Risikoverteilung für die baulichen Gefahren zwischen dem Staat und den privaten Rechtssubjekten nach bisherigem Recht ausgestaltet ist, wozu anhand der vielfältigen Instrumentarien auf den einzelnen Rechtsgebieten zu ermitteln ist, ob diesbezüglich sich überschneidende und damit verzichtbare oder vielmehr einander ergänzende Pflichtenstellungen bestehen. Dabei wird auch zu klären sein, inwieweit durch die staatliche Präventivaufsicht als Instrument subsidiärer Aufgabenverantwortung, mit der eigentlich nur die Normerfüllung durch die privaten Baubeteiligten und damit die ordnungsgemäße Erfüllung gesellschaftlicher Eigenverantwortung überwacht werden soll, zugleich eine staatliche Risikoübernahme bewirkt wird, die sodann unter dem neuen Liberalisierungskonzept entfiel. Den Schwerpunkt dieses Untersu-

² Vgl. auch *Ortloff*, NVwZ 1993, 713, der einen rechtshistorischen Rückblick gleichermaßen als fruchtbar bemißt, wobei er insbesondere die Zeit bis 1945 mit dem zersplitterten Recht der Länder und einigen reichsrechtlichen Regelungen von Interesse erachtet, wie auch die Entwicklung in der Bundesrepublik bis 1960.