

**15 Jahre Reformstau:
Die Novellen der Bayerischen Bauordnung
von 1994 bis 2009**

Ein Vortrag von

Rechtsanwalt Dr. Thomas Troidl

Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Kanzlei Schlachter und Kollegen, Regensburg

für den Arbeitskreis Bauvertragsrecht Nordbayern

in Herzogenaurach, Hotel HerzogsPark

am 10. November 2009

Inhalt

I. Überblick	3
II. Genehmigungspflicht	3
1. Genehmigungsfreistellung	3
a. Erweiterung bis zur Sonderbautengrenze	3
b. Kritik	3
2. Verfahrensfreiheit	4
a. Solarenergieanlagen und Sonnenkollektoren	4
b. Außenwärmedämmung	4
c. Abweichungen bei Verfahrensfreiheit	5
III. Genehmigungsverfahren	5
1. Prüfungsumfang	5
2. Kritik	5
a. aus Sicht des Nachbarn	5
b. aus Sicht des Bauherrn	6
c. aus Sicht der Behörden	7
3. BayBO 2009: Das Ministerium schlägt zurück	7
4. Praktischer (Grund-) Fall	8
a. Lösung 2007	8
b. Lösung 2008: aus eins mach zwei	8
c. Lösung 2009	8
5. Variante: Nachbarschutz auf Abwegen	9
a. Lösung 2007	9
b. Lösung 2008	9
c. Lösung 2009	9
IV. Abstandsflächenrecht	10
1. Dachneigung: 70 statt 75 Grad	10
2. Untergeordnete Bauteile und Vorbauten	10
3. Garagen an und neben der Grenze	10
4. Traufgassen, enge Reihen und Ersatzbauten	10
5. Experimentierklausel, Art. 6 Abs. 7 BayBO	11
V. Stellplatzrecht	12
1. Ablösung statt Realherstellung	12
2. Örtliche Bauvorschrift oder Rechtsverordnung	12
3. Nachbarschutz und Kritik	13
VI. Brandschutz und Gebäudeklassen	13
1. Brandschutzkonzept	13
2. Gebäudeklassen	13
Literatur	14

I. Überblick

Die Bauordnungsnovelle 2008¹ setzt die Reformen von 1994² und 1998³ fort. Obwohl 10 Jahre Zeit war (und womöglich noch mehr Zeit gewesen wäre), kam sie derart unausgegoren auf den Rechtsmarkt, dass sie sogleich einer weiteren Novellierung bedurfte. Diese „Reform der Reform“ datiert aus 2009⁴ und ist bei vielen Rechtsanwendern noch gar nicht angekommen.

II. Genehmigungspflicht

1. Genehmigungsfreistellung

a. Erweiterung bis zur Sonderbautengrenze

Der Anwendungsbereich für das Freistellungsverfahren wurde bis zur Sonderbautengrenze⁵ erweitert (Art. 58 Abs. 1 Satz 1 BayBO 2008) und damit insbesondere auch auf *gewerbliche* Bauvorhaben ausgeweitet.⁶ Während gewerbliche Nutzungen zuvor nur ganz marginal (vgl. Art. 64 Abs. 1 Satz 1 Nrn. 2 und 3 BayBO 1994) und ohne nennenswerte praktische Relevanz in den Anwendungsbereich einbezogen worden waren,⁷ können nunmehr (u.a.) Verkaufsstätten, deren Verkaufsräume und Ladenstraßen eine Fläche von insgesamt nicht mehr als 800 qm haben (Art. 2 Abs. 4 Nr. 4 BayBO 2008), im Genehmigungsfreistellungsverfahren zugelassen werden.⁸

b. Kritik

Diese Erweiterung des Anwendungsbereichs birgt die Gefahr, dass die Gemeinden das Genehmigungsfreistellungsverfahren vermehrt dazu benutzen, auf möglichst einfachem Weg die Ansiedlung von (zahlungskräftigen) Gewerbebetrieben im Gemeindegebiet zu fördern. Sie können (z.B.) durch einen Bebauungsplan der Innenentwicklung (§ 13 a BauGB) im beschleunigten Verfahren und unter auch sonst erleichterten Voraussetzungen - vor allem ohne die fehlerträchtige Umweltprüfung (vgl. § 13 a Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. § 13 Abs. 3 Satz 1 BauGB) - Baurecht schaffen, das

¹ Gesetz zur Änderung der Bayerischen Bauordnung und Änderungsgesetz vom 24.7.2007; Andreas Decker, BauR 2008, 443 ff., 444.

² Gesetz zur Vereinfachung und Beschleunigung bau- und wasserrechtlicher Verfahren vom 12.4.1994; Andreas Decker, BauR 2008, 443 ff., 443. Damit wurden namentlich das *Genehmigungsfreistellungsverfahren* und das *vereinfachte Genehmigungsverfahren* (mit beschränktem Prüfprogramm) eingeführt; Andreas Decker, BauR 2008, 443 ff., 446; Henning Jäde, BauR 2008, 52 ff., 52. Im Rahmen der Genehmigungsfreistellung sind seit Mitte 1994 bis einschließlich August 2007 **137.645 Wohngebäude** genehmigungsfrei gebaut worden; das sind **31,45 %** des gesamten bayerischen Wohnungsbauaufkommens; ders./Gabriele Famers, BayVBl. 2008, 33 ff., 40.

³ Zweites Gesetz zur Vereinfachung und Beschleunigung baurechtlicher Verfahren vom 26.7.1997; Andreas Decker, BauR 2008, 443 ff., 443.

⁴ Das Gesetz zur Änderung der Bayerischen Bauordnung, des Baukammergesetzes und des Denkmalschutzgesetzes vom 14.7.2009 diente im Übrigen der Umsetzung der Europäischen Dienstleistungsrichtlinie.

⁵ Sonderbauten sind die in Art. 2 Abs. 4 BayBO aufgeführten Anlagen und Räume besonderer Art oder Nutzung, z.B. Hochhäuser (Nr. 1).

⁶ Andreas Decker, BauR 2008, 443 ff., 445.

⁷ Henning Jäde (BayBO-Synopse), S. 195 f.

⁸ Andreas Decker, BauR 2008, 443 ff., 446.

durch die Genehmigungsfreistellung schnellstmöglich verwirklicht werden kann – unter Umgehung der Bauaufsichtsbehörde. Stellt sich später die Unwirksamkeit des Bebauungsplans heraus, wird das Vorhaben i.d.R. verwirklicht sein; eine Baubeseitigungsverfügung wird aus Gründen der Verhältnismäßigkeit kaum mehr erlassen werden, das Bauwerk bleibt bestehen. Angesichts der Probleme, die das Genehmigungsfreistellungsverfahren aufwirft, und der nahe liegenden Gefahr seines Missbrauchs, ist die Erweiterung des Anwendungsbereichs somit nicht unbedenklich.⁹

2. Verfahrensfreiheit

a. Solarenergieanlagen und Sonnenkollektoren

Nach dem (ganz) neuen Art. 57 Abs. 1 Nr. 3 a) aa) BayBO (2009) sind Solarenergieanlagen und Sonnenkollektoren nicht nur in und an Dach- und Außenwandflächen sowie auf Flachdächern verfahrensfrei, sondern auch im Übrigen mit einer Fläche bis zu einem Drittel der jeweiligen Dach- oder Außenwandfläche, und nicht mehr wie früher (2008) nur bis zu einer Fläche von 9 qm.

Dies betrifft vor allem geneigte oder aufgeständerte Anlagen an der Außenwand oder auf Dächern. Die bisherige 9 qm-Grenze hatte sich insbesondere bei großen Dachflächen – auch im Hinblick auf die erwünschte Förderung regenerativer Energien – als nicht ausreichend erwiesen. Es erschien sachgerechter, die Verfahrensfreiheit insoweit nicht an feste qm-Größen zu binden, sondern sie in Relation zur jeweiligen Dachfläche zu setzen.

Zudem werden nunmehr Solarenergieanlagen und Sonnenkollektoren als neue Nr. 9 in Art. 57 Abs. 2 BayBO aufgeführt, da kein Baugenehmigungsverfahren durchgeführt werden soll, wenn die Anlagen den Festsetzungen eines Bebauungsplans, einer sonstigen städtebaulichen Satzung oder den Regelungen einer örtlichen Bauvorschrift (Satzung nach Art. 81 Abs. 1 BayBO) entsprechen, die Regelungen über Zulässigkeit, Standort und Größe der Anlagen enthält.

Eine abstandsflächenrechtliche Begünstigung sieht seit 2008 Art. 6 Abs. 9 Satz 1 Nr. 2 BayBO für gebäudeunabhängige Solaranlagen mit einer Höhe bis zu 3 m und einer Gesamtlänge je Grundstücksgrenze von 9 m vor, um abstandsflächenrechtliche Hindernisse für die Nutzung regenerativer Energien zu beseitigen.¹⁰

b. Außenwärmedämmung

Der (ebenfalls ganz) neue Art. 57 Abs. 1 Nr. 12 BayBO (2009) regelt, dass Maßnahmen zur nachträglichen Wärmedämmung an Außenwänden und Dächern verfahrensfrei sind. Durch diese Änderung wird klargestellt, dass nicht nur das nachträgliche Aufbringen einer Wärmedämmung auf *Außenwände*,¹¹ sondern auch nachträgliche Maßnahmen zur Wärmedämmung in der *Bedachung* verfahrensfrei sind. Damit wird den Belangen der Energieeinsparung und des Klimaschutzes verfahrensrecht-

⁹ So auch Andreas Decker, BauR 2008, 443 ff., 447.

¹⁰ Henning Jäde (BayBO-Synopse), S. 50. Zum Abstandsflächenrecht im Übrigen s.u. IV.

¹¹ Insoweit galt schon bisher in Auslegung von Art. 57 Abs. 1 Nr. 10 e) BayBO 2008 Verfahrensfreiheit.

lich verbessert Rechnung getragen. Die Regelung erfasst nur nachträgliche Maßnahmen an bestehenden Gebäuden. Die Verfahrensfreiheit erstreckt sich auch auf die mit der Maßnahme ggf. verbundene Erhöhung des Dachaufbaus, nicht jedoch auf sonstige Änderungen der äußeren Gestalt des Dachs.

Achtung: Unberührt bleibt Art. 55 Abs. 2 BayBO, wonach die Verfahrensfreiheit nicht von der Verpflichtung zur Einhaltung der öffentlich-rechtlichen Anforderungen entbindet, so dass vor allem das *Abstandsflächenrecht* weiterhin zu beachten ist.

c. Abweichungen bei Verfahrensfreiheit

Aus Art. 63 Abs. 3 Satz 1 BayBO 2008 folgt schließlich bei verfahrensfreien Bauvorhaben für die Entscheidung über Abweichungen von örtlichen Bauvorschriften sowie über Ausnahmen und Befreiungen (u.a.) von den Festsetzungen eines Bebauungsplans eine neue Zuständigkeit der *Gemeinde*.

III. Genehmigungsverfahren

1. Prüfungsumfang

Der Prüfungsumfang im vereinfachten Baugenehmigungsverfahren, bei dem es sich statistisch um das *Regelverfahren* in Bayern handelt,¹² wurde weiter gestrafft - die Zeiten, wo die Baugenehmigung eine umfassende öffentlich-rechtliche Unbedenklichkeitsbescheinigung darstellte,¹³ sind lange vorbei. Mit Art. 59 BayBO 2008 entfiel auch, was Art. 73 Abs. 1 BayBO 1998 noch verpflichtend zur Prüfung aufgab:

- Abstandsvorschriften (Art. 6 und 7 BayBO 1998),
- Baugestaltung (Art. 11 BayBO 1998) und die
- Stellplatzanforderungen (Art. 52 und 53 BayBO 1998).¹⁴

Mit der Neufassung des Art. 59 BayBO ist die bauordnungsrechtliche Prüfung des Bauvorhabens vollständig entfallen, die „Baugenehmigung“ nach Art. 59 BayBO ist im Kern nur noch eine *bauplanungsrechtliche* Genehmigung (Zulässigkeit der baulichen Anlagen nach den §§ 29 bis 38 BauGB).¹⁵

2. Kritik

a. aus Sicht des Nachbarn

Mit dem Prüfungsumfang wurde auch der Nachbarschutz eingeschränkt: die Baugenehmigung kann Nachbarrechte nicht verletzen, soweit sie an deren Feststellungswirkung nicht teilnehmen. Sieht sich der Nachbar nur hinsichtlich solcher Bestim-

¹² Ulrich *Numberger*, BayVBl. 2008, 741 ff., 741.

¹³ Dazu Andreas *Decker*, BauR 2008, 443 ff., 445; Henning *Jäde/Gabriele Famers*, BayVBl. 2008, 33 ff., 35.

¹⁴ Andreas *Decker*, BauR 2008, 443 ff., 451 (Fn. 63).

¹⁵ Henning *Jäde/Gabriele Famers*, BayVBl. 2008, 33 ff., 34; Ulrich *Numberger*, BayVBl. 2008, 741 ff., 741.

mungen in seinen Rechten berührt, die im vereinfachten Genehmigungsverfahren nicht geprüft werden, ist seine Anfechtungsklage (oder sein Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz, §§ 80 a Abs. 3, 80 Abs. 5 VwGO) mangels Klage- oder Antragsbefugnis (analog) § 42 Abs. 2 VwGO *unzulässig*, weil es bereits an der *Möglichkeit* einer Rechtsverletzung fehlt. Es bleibt nur (wie im Genehmigungsverfahren) der Antrag auf bauaufsichtliches Einschreiten (und einstweiliger Rechtsschutz nach § 123 VwGO) oder der (Ab-) Weg zu den Zivilgerichten, was sogar eines der Hauptargumente des Gesetzgebers *für* die Einführung des vereinfachten Genehmigungsverfahrens war.¹⁶

Felix *Koehl* will dem Nachbarn nach einem Beitrag im Novemberheft (21) der Bayerischen Verwaltungsblätter (2009) damit helfen, dass der Bauherr bei Nichteinhaltung der Abstandsflächen immerhin eine Abweichung beantragen hätte müssen (Art. 63 Abs. 2 BayBO 2008), die auch vom Prüfumfang der Bauaufsichtsbehörde umfasst gewesen wäre (Art. 59 Satz 1 Nr. 2 BayBO 2008); tue er dies nicht, sei deshalb die Baugenehmigung rechtswidrig und der Nachbar in seinen Rechten verletzt, nicht zuletzt weil die Bauaufsichtsbehörde auf derlei Mängel des Bauantrags achten müsse (Art. 65 Abs. 2 BayBO 2008).¹⁷ Dieser Ansatz ist bemerkenswert und umso mehr zu begrüßen, als er von einem Richter am Bayerischen Verwaltungsgeschichtshof selbst stammt; ob er sich durchsetzt, bleibt – nicht zuletzt mit Blick auf die erneute Novellierung der BayBO 2009 (s.u. III.3.) – abzuwarten.¹⁸

b. aus Sicht des Bauherrn

Die Einschränkung des Prüfprogramms hat aber auch unmittelbare Folgen für den Bauherrn. Mit seiner Eigenverantwortlichkeit für die materielle Rechtmäßigkeit des Vorhabens erhöht sich auch sein Risiko, zumal die eingeschränkte bauaufsichtliche Prüfung den formellen Bestandsschutz entwertet: das Vorhaben „zerfällt“ in einen durch die Baugenehmigung legalisierten und in einen allein im Verantwortungs- und Risikobereich des Bauherrn liegenden Teil. Soweit die bauliche Anlage legalisiert ist (durch die Baugenehmigung), genießt sie (formellen) Bestandsschutz. Etwas anderes gilt allerdings bezüglich der Vorschriften, die *nicht* geprüft wurden. Insoweit kann Bestandsschutz nur erworben werden, soweit sich die bauliche Anlage mit den *materiellen* Vorschriften tatsächlich im Einklang befindet. Damit steht die bauliche Anlage faktisch den genehmigungsfreien bzw. den genehmigungsfrei gestellten Vorhaben gleich, so dass ein etwaiger Verstoß gegen materielles Recht, das von der Bauaufsichtsbehörde im Baugenehmigungsverfahren nicht geprüft wurde, zu einem bauaufsichtlichen Einschreiten berechtigen kann.¹⁹

Die Baugenehmigung vermittelt aber keine Investitions- und Rechtssicherheit für den Bauherrn mehr, wenn ein nachträgliches Einschreiten wegen anderer Mängel jederzeit möglich erscheint. Auch die Banken werden auf der Grundlage einer solchen „degenerierten Baugenehmigung“ das entsprechende Vorhaben ungern finanzieren. Sie werden womöglich im Gegenzug vom Bauherrn ein Gutachten verlangen, das bestätigt, dass das Vorhaben mit allen einschlägigen Vorschriften des ma-

¹⁶ Andreas *Decker*, BauR 2008, 443 ff., 450; Ulrich *Numberger*, BayVBl. 2008, 741 ff., 742.

¹⁷ Felix *Koehl*, BayVBl. 2009, 645 ff., 649.

¹⁸ Das sieht auch Felix *Koehl*, BayVBl. 2009, 645 ff., 651.

¹⁹ Andreas *Decker*, BauR 2008, 443 ff., 450.

teriellen Rechts im Einklang steht. Der Vorteil der schnellen Genehmigung geht damit nachhaltig verloren, eine finanzielle Zusatzbelastung kommt auf den Bauherrn zu.²⁰

c. aus Sicht der Behörden

Absehbar ist aber auch, dass die vermeintliche Zeiteinsparung, die sich durch die Verkürzung des Prüfprogramms ergeben soll, durch verstärkten Zeitaufwand im Rahmen der (kostenlosen) Bauberatung wieder aufgebraucht wird und die viel gepriesene Freiheit und Selbstverantwortlichkeit des Bauherrn nur eine scheinbare Erleichterung für die Baubehörden bringt.²¹ Tatsächlich wird die Verlagerung von den präventiven zu den repressiven Instrumenten im Ergebnis nicht zu einer Entlastung der Bauaufsichtsbehörden führen; diese werden sich vielmehr auf anders gelagerte Aufgaben erst noch einzustellen haben.²²

3. BayBO 2009: Das Ministerium schlägt zurück

Gemäß Art. 68 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 BayBO 2009 darf die Bauaufsichtsbehörde „den Bauantrag auch ablehnen, wenn das Bauvorhaben gegen sonstige öffentlich-rechtliche Vorschriften verstößt“, also solche, die nicht dem Prüfprogramm der Art. 59 und 60 BayBO unterfallen. Das Bayerische Staatsministerium des Innern versuchte zuvor, „greifbar rechtswidrige“ Baugenehmigungen dadurch in den Griff zu bekommen, dass die Bauaufsichtsbehörden diese mangels Sachbescheidungsinteresses nicht erteilen müssten, wenn zwar das Prüfprogramm der Art. 59 f. BayBO 2008 erfüllt, aber ein Verstoß gegen sonstiges öffentliches Recht (z.B. die Abstandsflächenvorschriften) erkennbar war. Die Praxis konnte dem nur folgen, bis der 2. Senat des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs (Urt. v. 19.01.2009, Az. 2 BV 08.2567) ihr einen Riegel vorgeschoben hat.²³ Den Bauaufsichtsbehörden blieb in einem solchen Fall nur, gleichzeitig mit der Baugenehmigung eine Beseitigungsanordnung oder eine vorbeugende Baueinstellungsverfügung zu erlassen. Welchen Unsinn es da in die Welt gesetzt hatte, stellte sogar das Ministerium fest:

„Dies ist – da umständlich und für den Bauherrn mit doppelten Gebühren verbunden – nicht sachgerecht und erweckt zudem den schwer ausräumbaren Anschein einer inneren Widersprüchlichkeit.“

Aufgrund der Gesetzesänderung 2009 können die Bauaufsichtsbehörden Bauanträge (wegen fehlenden Sachbescheidungsinteresses) auch dann als unzulässig ablehnen, wenn ein Verstoß gegen Vorschriften erkannt wird, die nicht im Prüfprogramm der Art. 59 oder 60 BayBO enthalten sind, sofern sich das Hindernis nicht – etwa durch eine Abweichung nach Art. 63 BayBO – ausräumen lässt. Durch den Gebrauch des Worts „darf“ anstatt des Worts „kann“ soll zum Ausdruck gebracht wer-

²⁰ Andreas Decker, BauR 2008, 443 ff., 451; Ulrich Numberger, BayVBl. 2008, 741 ff., 741 f.

²¹ Andreas Decker, BauR 2008, 443 ff., 451; Ulrich Numberger, BayVBl. 2008, 741 ff., 742.

²² Andreas Glaser/Christian Weißenberger, BayVBl. 2008, 460 ff., 465.

²³ Soweit der Gesetzgeber mit dem vereinfachten Genehmigungsverfahren bestimmte Fragen der Prüfungskompetenz der Baugenehmigungsbehörde im Baugenehmigungsverfahren entziehe, dürfe er diese Punkte nicht auf dem (Um-) Weg über das fehlende Sachbescheidungsinteresse doch wieder zum Gegenstand des Verfahrens machen; ausführlich Meinhard Schröder, BayVBl. 2009, 495 ff., 495.

den, dass der Bauaufsichtsbehörde eine (bloße) Befugnis eingeräumt, *nicht* hingegen ein Ermessensspielraum eröffnet wird, der ggf. auch im Interesse des Bauherrn oder Dritter - Nachbarn - bestehen und sich zu deren Gunsten zu einem Rechtsanspruch verdichten könnte. Für diese bleibt also alles beim Alten - und die oben geäußerte Kritik nach wie vor berechtigt.

4. Praktischer (Grund-) Fall

Bauherr Rudi Rüpel baut ein Haus mit einem Grenzabstand von nur 3 m. Die Höhe beträgt 6 m, die Länge 15,99 m. Es wird baulich verbunden mit einem Anbau, der mit zwei Seiten auf der Grenze steht. Das Bauordnungsamt der Stadt Rüpelsburg verweigert ihm die beantragte Baugenehmigung. Kann sich der Bauherr hiergegen zur Wehr setzen?

a. Lösung 2007

Die Verpflichtungsklage des Rüpel auf Erteilung der Baugenehmigung wäre jedenfalls unbegründet und deshalb abzuweisen, § 113 Abs. 5 Satz 1 VwGO. Rüpel hat keinen Anspruch auf Erteilung der Baugenehmigung, weil sein Bauantrag öffentlich-rechtlichen Vorschriften widerspricht, die auch im Baugenehmigungsverfahren zu prüfen sind, nämlich den Abstandsflächenvorschriften: auf das sog. Schmalseitenprivileg (Art. 6 Abs. 6 Satz 1 BayBO 2009) kann er sich nicht berufen, weil das einheitlich zu beurteilende Gebäude (Art. 6 Abs. 6 Satz 3 BayBO 2009) bereits mit zwei Seiten auf den Grundstücksgrenzen steht, so dass ihm dieses Privileg nicht zur Seite steht (Art. 6 Abs. 6 Satz 2 BayBO 2009).

b. Lösung 2008: aus eins mach zwei

Die Verpflichtungsklage des Rüpel hat Erfolg. Dem gestellten Bauantrag stehen keine öffentlich-rechtlichen Vorschriften entgegen, die im Baugenehmigungsverfahren zu prüfen sind. Die Abstandsflächenvorschriften gehören nämlich nicht mehr dazu!

Die Bauaufsichtsbehörde kann (und muss, um rechtswidrige Zustände zu vermeiden) aber parallel eine Baueinstellungsverfügung erlassen, um den Baubeginn zu verhindern. Immerhin verletzt das Bauvorhaben des Rüpel öffentliches Recht (Abstandsflächenrecht), was (zwar nicht die Versagung der Baugenehmigung, aber) den Erlass einer bauaufsichtlichen Maßnahme rechtfertigt, also eine Baueinstellungsverfügung (Art. 75 Abs. 1 Satz 1 BayBO) oder eine Nutzungsuntersagungsverfügung (Art. 76 Satz 2 BayBO). Nach Art. 55 Abs. 2 BayBO 2008 lässt nämlich die Beschränkung der bauaufsichtlichen Prüfung nach Art. 59 BayBO 2008 die bauaufsichtlichen Eingriffsbefugnisse unberührt.²⁴

c. Lösung 2009

Die Verpflichtungsklage des Rüpel ist unbegründet. Die Baubehörde darf den Bauantrag (wieder) aus (Versagungs-) Gründen ablehnen, die zwar nicht ins Prüfprogramm, aber zum sonstigen öffentlichen Recht gehören.

²⁴ Ulrich Numberger, BayVBl. 2008, 741 ff., 743.

5. Variante: Nachbarschutz auf Abwegen

Bauherr Rudi Rüpel wurde die Baugenehmigung von seinem Schwager Bert Bleistift erteilt. Er fängt an zu bauen. Nachbar Anton Arglos ist empört: er will sich gegen das Bauvorhaben wehren. Mit Aussicht auf Erfolg?

a. Lösung 2007

Nachbar Arglos kann gegen die Baugenehmigung Anfechtungsklage erheben und beantragen, dass deren aufschiebende Wirkung wiederhergestellt wird (§ 80 Abs. 5 VwGO). Seine Rechtsmittel sind begründet und führen zur Aufhebung der angefochtenen Baugenehmigung (§ 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO), weil diese rechtswidrig ist – nämlich gegen die Abstandsflächenvorschriften verstößt – und er dadurch auch in seinen (eigenen) Rechten verletzt ist.

b. Lösung 2008

Anfechtungsklage und Antrag auf Wiederherstellung deren aufschiebender Wirkung sind mangels Klage- bzw. Antragsbefugnis unzulässig. Arglos kann nämlich entgegen § 42 Abs. 2 VwGO (analog) nicht darlegen, dass eine Verletzung nachbarschützender Rechte durch die Baugenehmigung (!) möglich ist. Bei dieser werden nämlich die Abstandsflächenvorschriften nicht (mehr) geprüft.²⁵

Arglos kann, um das Vorhaben zu verhindern, nur einen Antrag auf bauaufsichtliches Einschreiten (der Behörde) und auf einen Erlass einer einstweiligen Anordnung (durch das Gericht, § 123 VwGO) stellen. Beides steht aber im Ermessen von Behörde oder Gericht, so dass sich der Rechtsschutz des Nachbarn schon deshalb verschlechtert hat.²⁶

c. Lösung 2009

Die – fakultative – Erweiterung des Prüfprogramms durch die letzte Novelle hilft Arglos nichts: Dass die Behörde (von sich aus) mehr öffentliches Recht prüfen darf, heißt nicht, dass die Baugenehmigung rechtswidrig ist, wenn sie dies nicht tut. Der Nachbarrechtsschutz im Öffentlichen Recht ist und bleibt damit entwertet.²⁷

Nachbar Arglos bleibt nur, mit den Abstandsflächenvorschriften vor das Zivilgericht zu ziehen. Diese sind nämlich Schutzgesetz im Sinn von § 823 Abs. 2 BGB. Er kann nach § 1004 BGB Unterlassung der (weiteren) Bauarbeiten verlangen (*quasinegatorischer Abwehranspruch*), hilfsweise Rückbau im Wege des Schadensersatzes (*Naturalrestitution*). Die prozessualen Vorteile des öffentlichen Rechts ge-

²⁵ Ulrich Numberger, BayVBl. 2008, 741 ff., 742.

²⁶ Felix Koehl, BayVBl. 2009, 645 ff., 646 („höheres Prozessrisiko“); Ulrich Numberger, BayVBl. 2008, 741 ff., 743 f.

²⁷ Ulrich Numberger, BayVBl. 2008, 741 ff., 743.

genüber dem Zivilrecht (Amtsaufklärung statt Beibringungsgrundsatz) büßt er gleichwohl ein.²⁸

IV. Abstandsflächenrecht

1. Dachneigung: 70 statt 75 Grad

Im Abstandsflächenrecht wurde die maßgebende Dachneigung von 75 Grad (Art. 6 Abs. 3 Satz 4 BayBO 1998) auf 70 Grad (Art. 6 Abs. 4 Satz 3 BayBO 2008) reduziert.²⁹

2. Untergeordnete Bauteile und Vorbauten

Art. 6 Abs. 8 BayBO 2008 hat für Vorbauten („wie Balkone und eingeschossige Erker“) das aufgenommen, was die Rechtsprechung schon bisher in Art. 6 Abs. 3 Satz 7 BayBO 1998 hineingelesen hat: die Bewertung des Verhältnisses gegenüber der ihnen zugehörigen Außenwand als nicht mehr untergeordnet, wenn sie mehr als ein Drittel der Breite derselben oder mehr als 5 m überhaupt in Anspruch nehmen.³⁰

3. Garagen an und neben der Grenze

Art. 6 Abs. 9 BayBO 2008 nimmt die Regelung des Art. 7 Abs. 4 BayBO 1998 auf und lässt nunmehr durch ausdrückliche Regelung in Satz 1 untergeordnete bauliche Anlagen nicht nur alternativ an der Grenze bzw. als Anbau an ein anderes Gebäude oder unter Einhaltung einer Abstandsfläche zu, sondern auch (nur) grenz- und gebäudenah. Damit wird praktischen Bedürfnissen Rechnung getragen, etwa wenn ein Dachüberstand einer Garage nicht auf das Nachbargrundstück hinüber ragen soll.³¹

Die zulässige Gesamtlänge wird nach Art. 6 Abs. 9 Satz 1 Nr. 1 BayBO 2008 von 8 m (Art. 7 Abs. 4 Satz 2 BayBO 1998) auf **9 m** angehoben; die bisherige Nutzflächenbegrenzung (Art. 7 Abs. 4 Satz 1 BayBO 1998: 50 qm) entfällt, da sie lediglich städtebauliche Zielsetzungen verfolgte und für die nachbarrechtlichen Schutzgüter des Abstandsflächenrechts irrelevant war.³²

4. Traufgassen, enge Reihen und Ersatzbauten

Art. 6 Abs. 5 BayBO 2008 wurde um einen Satz 4 ergänzt, wonach sich die einzuhaltenden Abstandsflächentiefen aus der umgebenden Bebauung ergeben, sofern dort einheitlich abweichende Tiefen vorliegen.

²⁸ Ulrich *Numberger* (BayVBl. 2008, 741 ff., 744) zufolge sind die Zivilgerichte zudem zur Entscheidung schwieriger abstandsflächenrechtlicher Fragen „nicht ausgebildet und auch nicht willens“.

²⁹ Gerhard *Boeddinghaus*, BauR 2008, 35 ff., 36.

³⁰ Henning *Jäde* (BayBO-Synopse), S. 49.

³¹ Henning *Jäde* (BayBO-Synopse), S. 49 f.

³² Henning *Jäde* (BayBO-Synopse), S. 50.

Durch diese Ergänzung soll gewährleistet werden, dass nicht nur städtebauliche Satzungen oder örtliche Bauvorschriften nach Art. 81 Abs. 1 Nr. 6 BayBO für die Bemessung der Abstandsflächentiefe Vorrang haben gegenüber Art. 6 Abs. 5 Sätze 1 und 2 BayBO, sondern im Einzelfall auch die tatsächlich vorhandene umgebende Bebauung (vgl. § 34 Abs. 1 Satz 1 BauGB). Erforderlich ist dabei, dass die Abstandsflächentiefen der umgebenden Bebauung einheitlich sind und die Umgebung prägen; diffuse bzw. unterschiedliche Tiefen genügen nicht.

Relevant ist dies z. B. für *Traufgassen*: Nach der Rechtsprechung (vgl. BayVGH, U. v. 22.11.2006 Az. 25 B 05.1714) liegt ein Fall des Art. 6 Abs. 1 Satz 3 BayBO (das Gebäude muss oder darf nach planungsrechtlichen Vorschriften an die Grenze gebaut werden) bei Traufgassen nicht vor, da diese Norm ausschließlich den unmittelbaren Anbau an die Grundstücksgrenze, nicht aber die Verwirklichung geringerer oder ungenügender Abstandsflächen, wie z. B. bei Traufgassen oder „engen Reihen“, regelt. Ein generelles Abweichen vom bauordnungsrechtlichen Konzept der Abstandsflächentiefen setzt eine Satzung gemäß Art. 6 Abs. 5 Satz 3 BayBO voraus, in der diese Frage im Einklang mit höherrangigem Recht abgewogen wurde. Auch in diesen Fällen ist es aber sachgerecht, wenn sich der Bauherr nicht an den Abstandsflächentiefen der BayBO orientieren muss, sondern an denjenigen, die in der Nachbarschaft bestehen. Unzuträgliche Verhältnisse sollen dadurch vermieden werden, dass § 34 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 1 BauGB die Zulässigkeit auch von Bauvorhaben, die sich im Sinn des § 34 Abs. 1 Satz 1 BauGB in die Eigenart der näheren Umgebung einfügen, dann ausschließt, wenn die Anforderungen an gesunde Wohn- und Arbeitsverhältnisse nicht gewahrt bleiben.

Aber auch für *Ersatzbauten* kann die Änderung eine Rolle spielen: Beseitigte Gebäude prägen nach der Rechtsprechung die Eigenart der näheren Umgebung weiterhin bauplanungsrechtlich, solange nach der Verkehrsanschauung das Baugrundstück für eine Neubebauung im Umfang des beseitigten Altbestands wieder aufnahmefähig erscheint (vgl. für den nicht beplanten Innenbereich BVerwG, B. v. 24.5.1988 Az. 4 CB 12.88). Dies hat zur Folge, dass ein Ersatzbau auch dann bauplanungsrechtlich zulässig bleibt, wenn er nach der Beseitigung des Altbestands und unter Absehen von diesem bauplanungsrechtlich nicht mehr zulässig wäre, etwa in einer Ortsrandlage im grundsätzlich unbebaubaren Außenbereich (vgl. § 35 BauGB). Da die neue Regelung sich ausdrücklich auf die umgebende Bebauung im Sinn des § 34 Abs. 1 Satz 1 BauGB bezieht, nimmt sie auch diese fortdauernde prägende Wirkung des beseitigten Bestands auf und bewirkt damit die notwendige Harmonisierung der bauplanungs- und der bauordnungsrechtlichen Maßstäbe.

5. Experimentierklausel, Art. 6 Abs. 7 BayBO

Nach Art. 6 Abs. 7 BayBO 2008 kann die Gemeinde die Abstandsflächen durch Satzung in Anlehnung an die Regelungen in der Musterbauordnung festlegen, d.h. reduzieren. Negativ betroffen von Abs. 7 Nr. 2 sind vor allem die Bewohner, obwohl diesen gerade die Abstandsregelungen zugute kommen sollen.³³

³³ Gerhard Boeddinghaus, BauR 2008, 35 ff., 45.

V. Stellplatzrecht

1. Ablösung statt Realherstellung

Nach dem bis zum 31.01.07 geltenden Recht waren Stellplätze und Garagen primär auf dem Baugrundstück herzustellen (Art. 52 Abs. 4 Satz 1 BayBO 1998). Nur unter den Voraussetzungen des Art. 53 BayBO 1998 konnte die Stellplatzverpflichtung (sekundär) im Wege der Ablösung erfüllt werden, durch einen öffentlich-rechtlichen (subordinationsrechtlichen) Vertrag (Art. 54 ff. BayVwVfG). Gemäß Art. 47 Abs. 3 BayBO 2008 werden demgegenüber Realherstellung von Stellplätzen und deren Ablösung gleich gestellt.³⁴ Der Bauherr hat also ein dreifaches *Wahlrecht*:

- Herstellung der notwendigen Stellplätze auf dem Baugrundstück,
- Herstellung der notwendigen Stellplätze auf einem geeigneten Grundstück in der Nähe des Baugrundstücks (mit rechtlicher Sicherung) oder
- Übernahme der Kosten für die Herstellung der notwendigen Stellplätze durch den Bauherrn gegenüber der Gemeinde (Ablösungsvertrag).

Der entscheidende Unterschied zur bisherigen Rechtslage: die Möglichkeit der Ablösung der Stellplatzverpflichtung ist an keine tatbestandlichen Voraussetzungen mehr geknüpft (wie die Unmöglichkeit der Realherstellung).³⁵ Allerdings ist die Gemeinde – nach wie vor – nicht verpflichtet, mit dem Bauherrn einen Ablösevertrag zu schließen. Die gemeindliche Entscheidung, ob und zu welchen näheren Bedingungen sie den Bauherrn die notwendigen Stellplätze ganz oder zum Teil in einem entsprechenden Ablösevertrag ablösen lässt, liegt ausschließlich in ihrem *Ermessen*. Dieses kann zwar im Rahmen einer örtlichen Bauvorschrift nach Art. 81 Abs. 1 Nr. 4 BayBO 2008 näher ausgestaltet werden; eine Verpflichtung der Gemeinde hierzu besteht aber nicht. Das vom Gesetzgeber eingeräumte – und an sich positiv zu bewertende – Wahlrecht für den Bauherrn läuft damit praktisch leer.³⁶

2. Örtliche Bauvorschrift oder Rechtsverordnung

Nach Art. 52 Abs. 2 BayBO 1998 richteten sich Anzahl und Größe der Stellplätze nach Art und Zahl der vorhandenen und zu erwartenden Kraftfahrzeuge der ständigen Bewohner und Besucher der Anlage. Die Ermittlung des Einstellplatzbedarfs war Sache der Bauaufsichtsbehörde im Einzelfall (nach objektiven, statistischen Mittelwerten und allgemeinen Erfahrungssätzen, die ihren Ausdruck in den Richtzahlen des Bayerischen Staatsministeriums des Innern gefunden hatten). Die Ermittlung der erforderlichen Stellplätze war dabei eine Rechtsfrage, die den Verwaltungsbehörden weder einen Ermessens- noch einen Beurteilungsspielraum ließen und die daher im Einzelfall voll von den Verwaltungsgerichten nachgeprüft werden konnten. Etwas anderes galt nur dann, wenn die zuständige Gemeinde nach Art. 91 Abs. 1 Nr. 3 bzw. Art. 91 Abs. 2 Nr. 4 BayBO 1998 eine entsprechende Stellplatzsatzung erlassen hatte. Nach der Neuregelung (vgl. Art. 47 Abs. 2 Satz 1 BayBO 2008) legt dagegen nunmehr das *Bayerische Staatsministerium des Innern* die Zahl der notwendigen Stellplätze durch Rechtsverordnung (verbindlich) fest, es sei denn, die Gemeinde hat gemäß Art. 81 Abs. 1 Nr. 4 BayBO 2008 eine entsprechende Re-

³⁴ Andreas Decker, BauR 2008, 443 ff., 445.

³⁵ Andreas Decker, BauR 2008, 443 ff., 457.

³⁶ Andreas Decker, BauR 2008, 443 ff., 457 f.

gelung in einer örtlichen Bauvorschrift erlassen, dann geht diese vor (Art. 47 Abs. 2 Satz 2 BayBO 2008). Der Gesetzgeber erwartet damit von den Gemeinden, dass sie für ihr Gemeindegebiet die Frage der erforderlichen Stellplätze in Eigenverantwortung lösen.³⁷

3. Nachbarschutz und Kritik

Die *Anordnung* der Stellplätze zum Nachbargrundstück (vgl. Art. 52 Abs. 6 BayBO 1998) war allgemein als nachbarschützend anerkannt. Diese Regelung ist durch das BayBO-Änderungsgesetz 2007 gestrichen worden, so dass der bauordnungsrechtliche Nachbarschutz (auch insoweit) entfallen ist. Die Frage der Nichterfüllung der Stellplatzpflicht und der Situierung der Stellplätze zum Nachbargrundstück kann freilich noch unter dem Gesichtspunkt der Beachtung des bauplanungsrechtlichen Gebots der Rücksichtnahme von Bedeutung sein. Da die §§ 29 ff. BauGB auch im vereinfachten Genehmigungsverfahren zu prüfen sind, findet nach neuem Recht (auch hier) eine Verlagerung der „nachbarlichen Stellplatzproblematik“ in das Bauplanungsrecht statt. Von einer Vereinfachung des geltenden Rechts kann mit Blick hierauf keine Rede sein.³⁸

VI. Brandschutz und Gebäudeklassen

1. Brandschutzkonzept

Mit dem neuen Brandschutzkonzept werden für kleine Gebäude und die Gebäudeklasse mit Zellenbauweise („Kompartiment-Bauweise“) Erleichterungen für die Feuerwiderstandsfähigkeit der Bauteile umgesetzt und die konstruktive Holzverwendung für Gebäude mit bis zu fünf Geschossen eröffnet. Der neuen Anforderung „hochfeuerhemmend“ (Art. 24 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 BayBO 2008) ist eine Feuerwiderstandsfähigkeit von 60 Minuten nach Norm zugeordnet. Sie wird für die Gebäude der Gebäudeklasse 4 wegen der dort bestehenden Kompartiment-Bauweise für vertretbar gehalten.³⁹

Die getrennte Betrachtung der Anforderungen für *Baustoffe* (Art. 24 Abs. 1 BayBO) und *Bauteile* (Art. 24 Abs. 2 BayBO) sowie die Einführung von Schutzzielbeschreibungen vor jeder Einzelanforderung soll im Übrigen die Zuordnung zu den europäischen Klassifizierungskriterien erleichtern. Insgesamt sind nun die Brandschutzanforderungen für Gebäude, die *keine Sonderbauten*⁴⁰ sind, aus dem Gesetz und den zugehörigen eingeführten Technischen Baubestimmungen sowie der Bauregelliste abschließend ablesbar.⁴¹

2. Gebäudeklassen

Mit Art. 2 Abs. 3 BayBO 2008 wird eine neue Gliederung der Gebäude in Gebäudeklassen (1 bis 5) eingeführt, die als systematische Grundlage zum neuen Brand-

³⁷ Andreas Decker, BauR 2008, 443 ff., 456.

³⁸ Andreas Decker, BauR 2008, 443 ff., 458.

³⁹ Henning Jäde/Gabriele Famers, BayVBl. 2008, 33 ff., 46.

⁴⁰ Zum Begriff der Sonderbauten vgl. Fn. 5.

⁴¹ Andreas Decker mit Verweis auf die Begründung des Gesetzentwurfs der Staatsregierung; BauR 2008, 443 ff., 445 (Fn. 17).

schutzkonzept gehört.⁴² Die Brandschutzanforderungen lösen sich damit von der bisherigen Abstufung (im Wesentlichen) allein nach der Gebäudehöhe und richten sich nach einer Kombination dieses Kriteriums mit der Zahl und Größe von Nutzungseinheiten. Dabei entsprechen den bisherigen Gebäuden geringer Höhe die **Gebäudeklassen 1 bis 3** (Art. 2 Abs. 3 Satz 1 Nrn. 1 bis 3 BayBO 2008), während die Gebäude mittlerer Höhe teils – nämlich mit einer Höhe bis zu 13 m und Nutzungseinheiten mit jeweils nicht mehr als 400 qm – in die neue **Gebäudeklasse 4** (Art. 2 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 BayBO 2008), teils in die „Auffang“-**Gebäudeklasse 5** (Nr. 5) fallen, die alle nicht zu den übrigen Gebäudeklassen gehörenden Gebäude – einschließlich unterirdischer Gebäude – umfasst.⁴³ Die bisherige Gliederung nach Gebäude geringer und mittlerer Höhe sowie geringer und mittlerer Schwierigkeit, die erst durch die Novelle 1994 bzw. 1998 eingeführt worden ist, entfällt wieder. Das bedeutet für die Praxis erneut ein Umdenken.⁴⁴

Literatur

- *Boeddinghaus, Gerhard*: „Die neue Bayerische Abstandsregelung: Die Vorgaben der Musterbauordnung“, in: *baurecht* 2008, S. 35 – 51 (Heft 1)
- *Decker, Andreas*: „Das Gesetz zur Änderung der BayBO vom 24.7.2007“, in: *baurecht* 2008, S. 443 – 458 (Heft 3)
- *Ederer, Gunther*: „Quo vadis Bayerische Bauordnung? Die Bauordnungsnovelle 2008. Ursache und Wirkung der Reform des Bauordnungsrechts: Bericht über die Wintertagung der ARGE Verwaltungsrecht im DAV (Landesgruppe Bayern)“, in: *Bayerische Verwaltungsblätter* 2008, S. 529 – 530 (Heft 17)
- *Andreas Glaser/Christian Weißenberger*: „Die bauordnungsrechtlichen Eingriffsbefugnisse nach der Novellierung der Bayerischen Bauordnung“, in: *Bayerische Verwaltungsblätter* 2008, 460 – 466 (Heft 15)
- *Jäde, Henning*: *Bayerische Bauordnung 1998 / 2008: Textsynopse mit amtlicher Begründung*, Stuttgart u.a.: Richard Boorberg Verlag, 2007
- *ders.*: „Nochmals: Technische Nachweise beim Bauen“, in: *baurecht* 2008, S. 52 – 57 (Heft 1)
- *ders.*: Vollzugshinweise zur BayBO 2009, online: http://www.stmi.bayern.de/imperia/md/content/stmi/bauen/rechtundtechnikundbauplanung/baurecht/baybo/vollzugshinw_gesetz_baybo.pdf
- *ders./Famers, Gabriele*: „Schwerpunkte der Bayerischen Bauordnung 2008“, in: *Bayerische Verwaltungsblätter* 2008, 33 – 48 (Heft 2)
- *Koehl, Felix*: „Nochmals: Abstandsflächenrecht und Nachbarschutz im vereinfachten Baugenehmigungsverfahren nach der BayBO 2008“, in: *Bayerische Verwaltungsblätter* 2009, 645 – 651 (Heft 21)
- *Numberger, Ulrich*: „Abstandsflächenrecht und Nachbarschutz im vereinfachten Baugenehmigungsverfahren der Bayerischen Bauordnung 2008“, in: *Bayerische Verwaltungsblätter* 2008, S. 741 – 745 (Heft 24)
- *Schröder, Meinhard*: „Die Behandlung von Bauanträgen mit außerhalb des Prüfprogramms der Genehmigungsbehörde liegenden Mängeln – Zugleich eine Anmerkung zum Urteil des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs vom 19. 1. 2009 Az. 2 BV 08.2567 (BayVBl. 2009, 507 f.)“, in: *Bayerische Verwaltungsblätter* 2009, 495 – 497 (Heft 16)

⁴² Die Einstufung in Gebäudeklassen ist unabhängig von der Einstufung als *Sonderbau* nach Art. 2 Abs. 4 BayBO 2008, der eine an die Regelungen des bisherigen Art. 2 Abs. 4 Satz 2 BayBO 1998 anknüpfende Aufzählung der Sonderbauten enthält und vor allem verfahrenssteuernde Wirkung entfaltet (s.o. II.1.a.); *Andreas Decker*, *BauR* 2008, 443 ff., 446. *Henning Jäde/Gabriele Famers*, *BayVBl.* 2008, 33 ff., 42: Sonderbauten können Gebäude aller fünf Gebäudeklassen sein.

⁴³ *Henning Jäde* (*BayBO-Synopse*), S. 26; *ders./Gabriele Famers*, *BayVBl.* 2008, 33 ff., 42.

⁴⁴ *Andreas Decker*, *BauR* 2008, 443 ff., 445 f.