

Veit Schmelzle

**Abstände und Abstandsflächen
im Spannungsfeld von Bauordnungsrecht
und Bauplanungsrecht**



Herbert Utz Verlag · München

Rechtswissenschaften

Herausgegeben von

Prof. Dr. Thomas Küffner
küffner maunz langer zugmaier, München

Band 68

Zugl.: Diss., Augsburg, Univ., 2009

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek: Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Dieses Werk ist urheberrechtlich geschützt. Die dadurch begründeten Rechte, insbesondere die der Übersetzung, des Nachdrucks, der Entnahme von Abbildungen, der Wiedergabe auf fotomechanischem oder ähnlichem Wege und der Speicherung in Datenverarbeitungsanlagen bleiben – auch bei nur auszugsweiser Verwendung – vorbehalten.

Copyright © Herbert Utz Verlag GmbH · 2009

ISBN 978-3-8316-0887-4

Printed in Germany
Herbert Utz Verlag GmbH, München
089-277791-00 · www.utzverlag.de

Inhaltsverzeichnis

| | |
|---|----|
| ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS | 1 |
| EINLEITUNG | 7 |
| A. Regelung von Gebäude- und Grenzabständen in Vergangenheit und Gegenwart | 7 |
| I. Historische Kodifikationen | 7 |
| II. Gegenwärtiger Normbestand | 8 |
| 1. Landesrecht | 8 |
| 2. Bundesrecht | 9 |
| B. Begriff und Gegenstand des Baurechts | 9 |
| I. Privates Baurecht | 10 |
| II. Öffentliches Baurecht | 10 |
| 1. Bauplanungsrecht | 10 |
| 2. Bauordnungsrecht | 11 |
| C. Problemstellung | 13 |
| D. Gang der Untersuchung | 15 |
| ERSTES KAPITEL: BAURECHT UND FÖDERALE KOMPETENZORDNUNG | 17 |
| A. Kompetenzverteilung nach den Vorgängerverfassungen | 17 |
| B. Kompetenzverteilung nach dem Grundgesetz | 20 |
| I. Kompetenzielle Grundlagen | 20 |
| 1. Baurecht in den Arbeiten zum Grundgesetz | 20 |
| 2. Baurecht und Föderalismusreform | 21 |
| II. Kontroversen zum Entwurf zu einem Baugesetz für die Bundesrepublik Deutschland | 24 |
| 1. Entwurf zu einem Baugesetz für die Bundesrepublik Deutschland | 24 |
| 2. Erstattete Gutachten | 26 |
| a) Gutachten des Deutschen Volksheimstättenwerk e. V. | 27 |
| b) Weinheimer Gutachten | 28 |
| c) Baurechtsgutachten des Bundesverfassungsgerichts | 29 |
| aa) Bundeskompetenz für das Baurecht im Gesamten | 30 |
| bb) Bodenrecht i. S. v. Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG | 30 |
| cc) Bundeskompetenz für baupolizeiliche Vorschriften des Wohnungswesens | 31 |
| dd) Landeskompetenz für das „Baupolizeirecht im bisher gebräuchlichen Sinne“ | 32 |
| d) Stellungnahme | 33 |

| | |
|--|----|
| III. Abgrenzung von Bauplanungsrecht und Bauordnungsrecht | 35 |
| 1. Vorüberlegungen..... | 35 |
| a) Notwendigkeit und Schwierigkeit einer kompetenz- gerechten Grenzziehung | 35 |
| b) Formel vom Doppelregime von Bauplanungs- und Bauordnungsrecht | 38 |
| 2. Baurecht und Polizei..... | 40 |
| a) Begriff des „Baupolizeirechts im bisher gebräuchlichen Sinne“ | 40 |
| b) Aufgaben des Bauordnungsrechts..... | 42 |
| c) Begründung der Länderzuständigkeit für das Bauordnungsrecht | 44 |
| d) Gefahrenabwehr durch Bauplanungsrecht..... | 46 |
| e) Konsequenzen für die Definition des Bauordnungsrechts.. | 47 |
| 3. Unterschiede im Regelungsobjekt | 48 |
| 4. Städtebauliche Gründe als finales Abgrenzungskriterium | 51 |
| a) Begriffsbestimmung durch das Erforderlichkeitsgebot des § 1 Abs. 3 Satz 1 BauGB..... | 51 |
| b) Begriffsbestimmung durch die abzuwägenden Belange i.S.v. § 1 Abs. 5, 6 BauGB | 52 |
| c) Bauleitplanung als räumliche Gesamtplanung | 56 |
| d) Ergebnis..... | 57 |
| 5. Der instrumental-funktionale Abgrenzungsmaßstab | 58 |
| a) Entwicklung des Bauplanungsrechts aus dem Baupolizeirecht | 58 |
| aa) Darstellung historischer bauplanungsrechtlicher Kodifikationen | 59 |
| α) Preußen | 59 |
| β) Sachsen | 61 |
| γ) Bayern..... | 62 |
| bb) Schnittmenge des historischen Bauplanungsrechts | 62 |
| b) Der instrumental-funktionale Abgrenzungsmaßstab in der Rechtsprechung..... | 65 |
| aa) Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 16.12.1993 | 65 |
| bb) Urteil des VGH München vom 30.5.2003..... | 66 |
| cc) Entscheidung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs vom 12.5.2004..... | 67 |
| dd) Urteil des VGH München vom 20.12.2004..... | 67 |
| ee) Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts vom 31.5.2005 | 68 |
| ff) Urteil des VGH München vom 19.9.2007..... | 69 |

| | |
|--|----|
| gg) Würdigung und Ausblick..... | 70 |
| c) Abgrenzung des Bauplanungsrechts zu nicht-baurechtlichen Rechtsmaterien..... | 73 |
| d) Konkretisierung des instrumental-funktionalen Abgrenzungsmaßstabs | 75 |
| aa) Planungsinstrumentarien zur Verhinderung städtebaulicher Missstände | 76 |
| bb) Gebot konkreter Planung | 77 |
| e) Ergebnis..... | 78 |
| | |
| ZWEITES KAPITEL: DAS ABSTANDSFLÄCHENRECHT DER LANDESBAUORDNUNGEN | 79 |
| A. Regelungsgehalt des Abstandsflächenrechts | 79 |
| I. Überblick über die Landesbauordnungen | 79 |
| II. Tiefe der Abstandsflächen | 80 |
| 1. Die geltenden Maße in den Ländern..... | 80 |
| 2. Bayerische Besonderheit: Die sog. Experimentierklausel des Art. 6 Abs. 7 BayBO | 81 |
| B. Schutzziele des Abstandsflächenrechts..... | 82 |
| I. Schutzziele des deregulierten Abstandsflächenrechts | 83 |
| 1. Hinweise aus der Begründung der 106. Bauministerkonferenz..... | 84 |
| 2. Hinweise aus den Gesetzesbegründungen der Länder | 85 |
| a) Sachsen..... | 86 |
| b) Hamburg und Mecklenburg-Vorpommern | 87 |
| c) Berlin, Brandenburg, Saarland, Sachsen-Anhalt, Schleswig-Holstein und Thüringen | 87 |
| 3. Ergebnis | 87 |
| II. Inhalt der Schutzziele | 88 |
| 1. Belichtung und Besonnung..... | 88 |
| 2. Belüftung..... | 89 |
| 3. Schaffung von Freiflächen..... | 90 |
| 4. Nachbarlicher Wohnfrieden, Sozialabstände..... | 91 |
| 5. Brandschutz..... | 92 |
| C. Abstandsflächenrecht und Aufgabenvielfalt des Bauordnungsrechts | 93 |
| I. Freiflächen und nachbarlicher Wohnfrieden | 93 |
| II. Brandschutz..... | 94 |
| III. Belichtung und Besonnung..... | 95 |
| 1. Licht und Gesundheit – Zum Stand der medizinischen Forschung..... | 95 |

| | |
|---|-----|
| 2. Zuordnung der Belichtung und Besonnung durch die Rechtswissenschaft | 96 |
| 3. Gefahrensituation durch unzureichende Belichtung und Besonnung..... | 97 |
| a) Grundlagen..... | 97 |
| aa) Begriff der Gefahr im Bauordnungsrecht..... | 97 |
| bb) Abgrenzung der Gefahr von der Belästigung..... | 98 |
| b) Entwicklung der Belästigung zur Gefahr..... | 99 |
| 4. Ergebnis | 101 |
| IV. Belüftung..... | 101 |
| V. Ergebnis | 102 |
| D. Verhältnis des Abstandsflächenrechts zum Bauplanungsrecht..... | 102 |
| I. Vorrang des Bauplanungsrechts bei Grenzbebauung | 103 |
| II. Abweichende Abstandsflächentiefen durch Bebauungsplan.... | 104 |
| 1. Normierung des Vorrangs bauleitplanerischer Fest- setzungen durch die Landesbauordnungen..... | 104 |
| 2. Keine Normierung des Vorrangs bauleitplanerischer Festsetzungen..... | 105 |
| E. Kompetenzrechtliche Zulässigkeit des Abstandsflächenrechts | 106 |
| I. Qualifikation als Bodenrecht i.S.v. Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG. 107 | |
| 1. Zuordnung nach dem instrumental-funktionalen Abgrenzungsmaßstab..... | 107 |
| 2. Gefahrenabwehr als Annex des Bodenrechts | 109 |
| 3. Ergebnis | 110 |
| II. Sperrwirkung i.S.v. Art. 72 Abs. 1 GG..... | 110 |
| 1. Fehlende Regelung des Abstandsflächenrechts durch den Bund | 110 |
| 2. Anhaltspunkte für die Anerkennung des Abstands- flächenrechts durch den Bund..... | 111 |
| III. Ergebnis | 113 |
| IV. Reformansatz | 113 |

**DRITTES KAPITEL: NORMIERUNG ABWEICHENDER
ABSTANDSFLÄCHEN UND ABSTÄNDE DURCH
BAULEITPLÄNE UND ÖRTLICHE BAUVORSCHRIFTEN** 115

| | |
|--|-----|
| A. Möglichkeiten der Gemeinden zur Modifizierung des Abstandsflächenrechts..... | 115 |
| B. Normerlassverfahren bei örtlichen Bauvorschriften und Bauleitplänen..... | 116 |
| I. Gegenüberstellung der Normerlassverfahren | 116 |
| 1. Erlass von Bauleitplänen..... | 116 |
| 2. Erlass von örtlichen Bauvorschriften als einfache Satzung.. | 119 |

| | | |
|-----|--|-----|
| a) | Darstellung der Rechtslage in den Ländern | 119 |
| b) | Einordnung in die gemeindlichen Aufgabensysteme | 119 |
| aa) | Kommunale Aufgaben und Staatsaufsicht | 119 |
| bb) | Ausdrückliche Regelung des gemeindlichen Wirkungskreises | 121 |
| cc) | Kontroverse über die Zuordnung bei fehlender ausdrücklicher Regelung | 122 |
| c) | Begründungspflicht | 124 |
| d) | Abwägungsgebot bei örtlichen Bauvorschriften..... | 125 |
| aa) | Umfang des Abwägungsgebots | 125 |
| bb) | Anforderungen des rechtsstaatlich gebotenen Abwägungsgebots..... | 127 |
| 3. | Erlass von integrierten örtlichen Bauvorschriften | 129 |
| 4. | Ergebnis | 131 |
| II. | Gemeindliches Ermessen | 132 |
| 1. | Wahl zwischen einfachen örtlichen Bauvorschriften und Bauleitplänen | 133 |
| 2. | Ermessensreduzierung aufgrund erhöhter Grundrechtsrelevanz | 134 |
| 3. | Justiziable Ermessensfehler | 134 |
| 4. | Ergebnis | 135 |
| C. | Örtliche Bauvorschriften im Vergleich zu bauleitplanerischen Festsetzungsmöglichkeiten..... | 136 |
| I. | Regelungsfolgen..... | 136 |
| 1. | Örtliche Bauvorschriften..... | 136 |
| 2. | Bauleitplanerische Festsetzungen | 137 |
| a) | Instrumentarien zur städtebaulichen Grundrissplanung ... | 137 |
| aa) | Bauweise | 137 |
| bb) | Überbaubare Grundstücksflächen..... | 139 |
| cc) | Von Bebauung freizuhaltende Flächen sowie öffentliche und private Grünflächen..... | 140 |
| dd) | Vom Bauordnungsrecht abweichende Tiefen der Abstandsflächen..... | 140 |
| b) | Instrumentarien zur städtebaulichen Aufrissplanung | 142 |
| 3. | Ergebnis | 143 |
| II. | Regelungsmotive..... | 143 |
| 1. | Örtliche Bauvorschriften..... | 143 |
| a) | Überblick über die Landesbauordnungen | 143 |
| b) | Gestaltung des Ortsbilds | 144 |
| aa) | Begriff des Ortsbilds im Bauplanungs- und Bauordnungsrecht | 144 |

| | |
|---|-----|
| bb) Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zum Schutz des Ortsbilds | 145 |
| c) Wahrung der bauhistorischen Bedeutung von Gemeindeteilen | 146 |
| d) Verwirklichung von Festsetzungen einer städtebaulichen Satzung..... | 147 |
| e) Verbesserung der Wohnqualität..... | 148 |
| aa) Begriff der Wohnqualität i.S.v. Art. 81 Abs. 1 Nr. 6 BayBO | 148 |
| bb) Verbesserung der Wohnqualität durch Bauplanungsrecht | 149 |
| 2. Bauleitplanerische Festsetzungen | 150 |
| 3. Ergebnis | 151 |
| III. Räumlicher Geltungsbereich..... | 151 |
| IV. Ergebnis | 152 |
| D. Kompetenzrechtliche Zulässigkeit der landesrechtlichen Satzungsermächtigungen..... | 153 |
| I. Qualifikation als Bodenrecht i.S.v. Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG. | 153 |
| 1. § 9 Abs. 1 BauGB (i.V.m. BauNVO)..... | 153 |
| 2. Landesrechtliche Satzungsermächtigungen zur Nor- mierung abweichender Abstandsflächentiefen | 154 |
| II. Erschöpfende Regelung i.S.v. Art. 72 Abs. 1 GG | 155 |
| 1. These der abschließenden Regelung der bodenrechtlichen Festsetzungsmöglichkeiten durch das BauGB..... | 155 |
| 2. Bundesrechtliche Regelung der Sachfrage | 156 |
| 3. Anhaltspunkte für die Intention des Bundesgesetzgebers | 157 |
| a) Auswirkung von § 29 Abs. 2 BauGB auf die Kompetenzverteilung..... | 157 |
| b) Bedeutung der bauleitplanerischen Verfahrensvoraussetzungen | 159 |
| c) Partielle Ermächtigungen der Länder durch das BauGB.. | 159 |
| 4. Ergebnis | 160 |
| III. Verfassungskonforme Auslegung..... | 160 |
| IV. Ergebnis | 161 |
| ZUSAMMENFASSUNG IN THESEN | 163 |
| LITERATURVERZEICHNIS | 167 |

Einleitung

A. Regelung von Gebäude- und Grenzabständen in Vergangenheit und Gegenwart

I. Historische Kodifikationen

Es zählt zu den ältesten Erkenntnissen des Bauwesens, dass Gebäude Abstand zu anderen Gebäuden oder zu den Grundstücksgrenzen halten müssen.¹ Bereits das um ca. 450 v. Chr. entstandene Zwölftafelgesetz der Stadt Rom sah derartige Regelungen vor. Danach mussten Häuser in der Stadt einen Gebäudeabstand von fünf Fuß zum Nachbarhaus einhalten, zu dem jeder Nachbar zweieinhalb Fuß beitragen musste.² Diese Regelung des Gebäudeabstands hatte zum einen den Zweck, beiden Häusern Licht für die seitlich des Atriums gelegenen Räume zu sichern und zum anderen, den direkten Zugang zum Hof zu gewährleisten.³

Auch die mittelalterlichen Kodifikationen des Sachsenspiegels und des Schwabenspiegels enthielten Abstandsregelungen. So heißt es im Sachsenpiegel: „Ofen und gang und schweinekoben sollen drei fuß vom zaune stehen“.⁴ Eine ähnliche Vorschrift sieht der Schwabenspiegel vor: „Zimmert ein Mann ein Haus und sein Nachbar will ein Haus daranzimmern, so soll er seine Höhe danach richten, dass ihm das Licht nicht verbaut werde“.⁵ Gebäudeabstände waren auch Inhalt der ersten städtischen Regelungen des Bauwesens. In Eßlingen wurde beispielsweise im Jahr 1366 festgelegt, dass der Abstand zum Nachbarhaus ein bestimmtes Maß

1 *Temme/Heintz*, BauO NRW Abstandsflächen und Abstände, Rn. 1; *Schulte*, BauR 2007, 1514.

2 „ambitus proprie dicitur inter vicinorum aedificia locus duorum pedum et semipedis ad circumuendi facultatem relictus“, Tabula VII, 1e, abgedruckt bei *Flach (Hrsg.)*, Das Zwölftafelgesetz, S. 110.

3 *Schulte*, in: Reichel/Schulte, Handbuch Bauordnungsrecht, Kap. 1, Rn. 54.

4 Sachsenpiegel, Landrecht II, Art. 51 §1, *Kaller (Hrsg.)*, Der Sachsenpiegel, in hochdeutscher Übersetzung, S. 86. „Oven unde gang unde swinekoben solen dre vote van me tune stan“, abgedruckt in *C.G. Homeyer (Hrsg.)*, Des Sachsenspiegels erster Theil, S. 280; vertieft zu den baurechtlichen Vorschriften des Sachsenspiegels *Dautermann*, in: Schmidt-Wiegand/Hüpper (Hrsg.), Der Sachsenpiegel als Buch, S. 261, 264.

5 Schwabenspiegel, Landrecht III, Art. 371 („Vom Zimmern“), *Derschka (Hrsg.)* Der Schwabenspiegel, übertragen in heutiges Deutsch mit Illustrationen aus alten Handschriften, S. 220; siehe zu den historischen Kodifikationen *Schulte*, in: Reichel/Schulte, Handbuch Bauordnungsrecht, Kap. 1, Rn. 42 ff.; *Schulte*, BauR 2007, 1514.

zu betragen habe.⁶ Ähnliche Vorschriften sind auch von Basel aus dem Jahr 1285 und von Straßburg aus dem Jahr 1394 bekannt.⁷

Die Notwendigkeit von Gebäudeabständen war auch den Gesetzgebern Ende des 19. Jahrhunderts bewusst und fand Eingang in die jeweiligen Kodifikationen. Beispielhaft sind hier § 68⁸ der Münchner Bauordnung vom 29.7.1895⁹ und § 95¹⁰ des Allgemeinen Baugesetzes für das Königreich Sachsen vom 1.7.1900 (SächsABauG)¹¹ zu nennen, deren Abstandsregelungen regelungstechnisch bereits als Vorgänger des heutigen Abstandsflächenrechts angesehen werden können.

II. Gegenwärtiger Normbestand

1. Landesrecht

Gegenwärtig werden Abstandsflächen zwischen Gebäuden durch die Bauordnungen der Länder vorgeschrieben. Sämtliche Landesbauordnungen enthalten Vorgaben, dass vor Gebäudeaußenwänden Flächen von oberirdischen Gebäuden freizuhalten sind.¹² Diese Grundanforderungen der Landesbauordnungen im Hinblick auf Gebäudeabstände werden im Lauf der folgenden Arbeit als „Abstandsflächenrecht“ bezeichnet.

Darüber hinaus sehen nahezu alle Landesbauordnungen¹³ die Ermächtigung für die Gemeinden vor, durch örtliche Bauvorschriften abweichende Abstandsflächentiefen zu normieren.

6 Proksch, Bauordnungsrecht, S. 14.

7 Hierzu Proksch, Bauordnungsrecht, S. 15.

8 „Ein Gebäudeabstand von weniger als 3,50 m ist unzulässig; bei Vordergebäuden und Flügelbauten muss derselbe, wenn sich beiderseits Mauern mit Fenstern gegenüberstehen, mindestens 7 m betragen“.

9 GVBl. S. 333.

10 „Bei offener Bauweise soll der Abstand zwischen zwei Vordergebäuden mindestens der Hauptsimshöhe des höheren Gebäudes, der Abstand von der Grenze mindestens der halben eigenen Hauptsimshöhe gleich sein und in der Regel nicht weniger als 4 m betragen“

11 GVBl. S. 381.

12 § 6 MBO, § 5, 6 LBO BW, Art. 6 BayBO, § 6 BauO Bln, § 6 BbgBO, § 6 BremLBO, § 6 HBauO, § 6 HBO, § 6 LBauO M-V, §§ 7–13 NBauO, § 6 BauO NRW, §§ 8, 9 LBauO RhPf, §§ 7, 8 LBO Saarl., § 6 SächsBO, §§ 6, 7 BauO LSA, §§ 6, 7 LBO SH, § 6 ThürBO. Die Unterscheidung zwischen Abständen zu anderen Gebäuden und Abständen zur Grundstücksgrenze (früher teilweise Bauwisch genannt) haben – mit Ausnahme von §§ 7–13 NBauO – alle Bauordnungen zugunsten eines einheitlichen Abstandsflächenbegriffs aufgegeben, der an den Abstand zu baulichen Anlagen anknüpft.

13 § 86 Abs. 1 Nr. 6 MBO, § 74 Abs. 1 Nr. 6 LBO BW, § 81 Abs. 1 Nr. 5 BayBO, § 81 Abs. 2

2. Bundesrecht

Auch das Bundesrecht enthält vielfältige Instrumentarien, die es den Gemeinden ermöglichen, Abstände zwischen Gebäuden festzusetzen. Hierzu zählen insbesondere Festsetzungen über die Bauweise, die überbaubaren Grundstücksflächen und die Stellung der baulichen Anlage (vgl. §9 Abs. 1 Nr. 2 BauGB). Seit 1.1.2007 steht den Gemeinden ferner die neu geschaffene Festsetzungsmöglichkeit des §9 Abs. 1 Nr. 2 a BauGB zur Verfügung, wonach sie durch Bebauungsplan „vom Bauordnungsrecht abweichende Maße der Tiefe der Abstandsflächen“ normieren können. Grund für diese Einführung war, den Gemeinden Spielräume zu eröffnen, um trotz des deregulierten Abstandsflächenrechts erweiterte Abstandsflächentiefen vorgeben zu können.¹⁴

B. Begriff und Gegenstand des Baurechts

Im weiteren Gang der Arbeit wird untersucht, auf welchen kompetenzrechtlichen Grundlagen das öffentliche Baurecht beruht und anhand welcher Kriterien sich das Bauplanungsrecht vom Bauordnungsrecht abgrenzen lässt. Vor diesem Hintergrund sollen im Folgenden die Begrifflichkeiten des Baurechts dargestellt werden.

Der Begriff des Baurechts umfasst sämtliche Vorschriften des öffentlichen Rechts und des Privatrechts, die sich auf Art und Ausmaß der baulichen Nutzung eines Grundstücks, die Ordnung der Bebauung und die Rechtsverhältnisse der an der Erstellung eines Bauwerks Beteiligten beziehen.¹⁵ Das Baurecht lässt sich demnach zunächst in privates und öffentliches Baurecht unterteilen.

BbgBO, §87 Abs. 1 Nr. 6 BremLBO, §81 Abs. 1 Nr. 6 HBO, §86 Abs. 1 Nr. 6 LBauO M-V, §81 Abs. 1 Nr. 6 BauO NRW, §88 Abs. 1 Nr. 4 LBauO RhPf, §85 Abs. 1 Nr. 5 LBO Saarl, §89 Abs. 1 Nr. 5 SächsBO, §85 Abs. 1 Nr. 3 BauO LSA, §92 Abs. 1 Nr. 4 LBO SH, §83 Abs. 1 Nr. 5 ThürBO. Im aktuellen Gesetzesentwurf der Schleswig-Holsteinischen Landesregierung ist vorgesehen, §92 Abs. 1 Nr. 4 LBO SH zu streichen, vgl. LT-Drs. 16/1675 (Schleswig-Holstein), S. 289. Die Landesbauordnungen von Berlin, Bremen, Hamburg und Niedersachsen enthalten keine Satzungsermächtigungen zur Normierung abweichender Abstandsflächentiefen.

14 BT-Drs. 16/3308, S. 17; ausführlich hierzu unten Drittes Kapitel C. I. 2. a) dd).

15 *Lechner*, in: Simon/Busse, BayBO, Art. 1, Rn. 4; Krautzberger, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, Einl., Rn. 1.

I. Privates Baurecht

Das private Baurecht regelt die zivilrechtlichen Rechtsbeziehungen des Baugeschehens und der Nutzung des Eigentums an Grund und Boden.¹⁶ Hierzu zählen die Vorschriften des BGB über das Grundeigentum und das Nachbarrecht (§§ 903 ff. BGB) sowie das Werkvertragsrecht (§§ 631 ff. BGB, VOB/B). Auch die auf Grundlage von Art. 124 EGBGB erlassenen Nachbarrechtsgesetze der Länder fallen hierunter.¹⁷

II. Öffentliches Baurecht

Unter öffentlichem Baurecht versteht man die Gesamtheit der öffentlich-rechtlichen Vorschriften über die Zulässigkeit, Ordnung und Förderung der Nutzung von Grund und Boden durch bauliche Anlagen.¹⁸ Der Begriff des öffentlichen Baurechts wird als Oberbegriff für die Rechtsmaterien des Bauplanungsrechts und des Bauordnungsrechts verwendet.¹⁹ Aus Gründen der Darstellung wird das öffentliche Baurecht im Verlauf der weiteren Untersuchung schlicht als „Baurecht“ bezeichnet.

1. Bauplanungsrecht

Das Bauplanungsrecht befasst sich mit der städtebaulichen Gestaltung und Entwicklung in den Gemeinden. Gegenstand des Bauplanungsrechts ist die Vorbereitung und Leitung der baulichen Nutzung der Grundstücke, insbesondere durch die Erstellung von Bauleitplänen.²⁰ Die Materie wird synonym auch als Städtebaurecht oder Stadtplanungsrecht bezeichnet.²¹

16 *Krautzberger*, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, Einl., Rn. 1; *Hoppe*, in: Hoppe/Bönker/Grotefels, Öffentliches Baurecht, § 1, Rn. 1.

17 Vgl. nur *Krebs*, in: Schmidt-Aßmann, BesVerwR, 4. Kap., Rn. 2.

18 *Hoppe*, in: Hoppe/Bönker/Grotefels, Öffentliches Baurecht, § 1, Rn. 1; *Lechner*, in: Simon/Busse, BayBO, Art. 1, Rn. 5; *Krautzberger*, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, Einl., Rn. 3; *Krebs*, in: Schmidt-Aßmann, BesVerwR, 4. Kap., Rn. 3.

19 *Krebs*, in: Schmidt-Aßmann, BesVerwR, 4. Kap., Rn. 3; *Hoppe*, in: Hoppe/Bönker/Grotefels, Öffentliches Baurecht, § 1, Rn. 1; *Peine*, Öffentliches Baurecht, Rn. 1.

20 *Hoppe*, in: Hoppe/Bönker/Grotefels, Öffentliches Baurecht, § 1, Rn. 6; *Peine*, Öffentliches Baurecht, Rn. 297.

21 *Hoppe*, in: Hoppe/Bönker/Grotefels, Öffentliches Baurecht, § 1, Rn. 6.

Das Bauplanungsrecht ist im Wesentlichen durch den Bund im Baugesetzbuch²² geregelt und unterteilt sich in das allgemeine und das besondere Städtebaurecht. Im ersten Kapitel des Baugesetzbuchs („Allgemeines Städtebaurecht“) wird insbesondere die Frage geklärt, ob und in welcher Weise Grundstücke unter städtebaulichen Gesichtspunkten baulich genutzt werden können. Hierbei steht das Recht der Bauleitplanung im Vordergrund, für welches das allgemeine Städtebaurecht das Planungsverfahren vorgibt und städtebauliche Ordnungs- und Lenkungsprinzipien positiviert. Des Weiteren enthält es das Planschadensrecht und das Bodenordnungsrecht. Im zweiten Kapitel („Besonderes Städtebaurecht“) befasst sich das Baugesetzbuch mit speziellen Maßnahmen zur Bewältigung von städtebaulichen Missständen und stellt hierzu städtebauliche Sanierungs- und Entwicklungsmaßnahmen zur Verfügung.

2. Bauordnungsrecht

Unter Bauordnungsrecht werden Regelungen verstanden, die ordnungsrechtliche Anforderungen an die Errichtung, Erhaltung, Änderung und den Abbruch von baulichen Anlagen stellen.²³ Hierzu zählen Vorschriften, welche die materiellen Anforderungen an Konstruktion und Gestaltung des einzelnen Bauwerks festlegen (materielles Bauordnungsrecht). Das formelle Bauordnungsrecht regelt demgegenüber die Genehmigungsbedürftigkeit von Bauvorhaben, die Bauaufsicht und die hierauf bezogenen Organisations- und Verfahrensvorschriften.²⁴

Die Regelungen des materiellen Bauordnungsrechts lassen sich nach ihren Aufgaben in solche zur Gefahrenabwehr, zur Verunstaltungsabwehr sowie zur Sicherung sozialer und ökologischer Standards einteilen.²⁵ Rechtsquellen des Bauordnungsrechts sind die Landesbauordnungen, die von den Ländern nach dem Vorbild der von der Bauministerkonferenz²⁶ beschlossenen

22 In der Fassung der Bekanntmachung vom 23.9.2004 (BGBl. I, S. 2414), zuletzt geändert durch Art. 1 G zur Erleichterung von Planungsvorhaben für die Innenentwicklung der Städte v. 21.12.2006 (BGBl. I, S. 3316).

23 *Hornmann*, HBO, Einl., Rn. 9; *Hoppe*, in: Hoppe/Bönker/Grotefels, Öffentliches Baurecht, § 1, Rn. 7; *Reidt*, in: Gelzer/Bracher/Reidt, Bauplanungsrecht, Rn. 10; *Finkelburg/Orloff*, Öffentliches Baurecht, Bd. I, S. 14; *Erbguth/Wagner*, Grundzüge des öffentlichen Baurechts, S. 4; *Oldiges*, in: Steiner, BesVerwR, Kap. IV, Rn. 11.

24 *Oldiges*, in: Steiner, BesVerwR, Kap. IV, Rn. 283.

25 *Hoppe*, in: Hoppe/Bönker/Grotefels, Öffentliches Baurecht, § 1, Rn. 7; *Krebs*, in: Schmidt-Aßmann, BesVerwR, 4. Kap., Rn. 190; *Oldiges*, in: Steiner, BesVerwR, Kap. IV, Rn. 283; zu den Aufgaben des Bauordnungsrechts siehe unten Erstes Kapitel B. III. 2. b).

26 Konferenz der für Städtebau, Bau- und Wohnungswesen zuständigen Minister und Senatoren

„Musterbauordnung für die Länder des Bundesgebietes einschließlich des Landes Berlin“ (MBO)²⁷ erlassen wurden. In allen Ländern wurden die ursprünglichen Bauordnungen mehrfach novelliert. Eine Anpassung an die derzeit aktuelle Musterbauordnung aus dem Jahre 2002²⁸ haben jedoch noch nicht alle Bauordnungen erfahren.²⁹ Aufgrund dessen sind die Bauordnungen der Länder nicht einheitlich. Zum Bauordnungsrecht werden auch die auf Grundlage der Landesbauordnungen erlassenen Rechtsverordnungen gezählt.³⁰ Da sich das Bauordnungsrecht historisch aus dem Baupolizeirecht entwickelt hat, wird die Materie zum Teil auch noch heute als „Baupolizeirecht“ oder „Bauaufsichtsrecht“ bezeichnet.³¹

der Länder.

- 27 Text der MBO vom Januar 1960 veröffentlicht in der Schriftenreihe des Bundesministers für Wohnungsbau, Band 16/17.
- 28 Abgedruckt bei *Jäde*, Mustebauordnung (MBO 2002), S. 15 ff.
- 29 Zum aktuellen Stand der Gesetzgebung in den Ländern, siehe *Jäde*, ZfBR 2008, 538, 539. Gültig sind derzeit: Landesbauordnung für Baden-Württemberg (LBO BW) v. 8.8.1995 (GBl. S. 617), zuletzt geändert d. G. v. 19.10.2004 (GBl. S. 771); Bayerische Bauordnung (BayBO) in der Fassung der Bekanntmachung v. 14.8.2007 (GVBl. S. 588); Bauordnung für Berlin (BauO Bln) v. 29.9.2005 (GVBl. S. 495), zuletzt geändert d. G. v. 7.6.2007 (GVBl. S. 222); Brandenburgische Bauordnung (BbgBO) v. 16.7.2003 (GVBl. I S. 210), zuletzt geändert d. Art. 2 d. G. v. 28.6.2006 (GVBl. I S. 74); Bremische Landesbauordnung (BremLBO) v. 27.3.1995 (BremGBl. S. 211), zuletzt geändert d. G. v. 8.4.2003 (BremGBl. S. 159); Hamburgische Bauordnung (HBauO) v. 14.12.2005 (HmbGVBl. S. 525), zuletzt geändert d. G. v. 11.4.2006 (HmbGVBl. S. 166); Hessische Bauordnung (HBO) v. 18.6.2002 (GVBl. I S. 274), zuletzt geändert d. G. v. 28.9.2005 (GVBl. I S. 662); Landesbauordnung Mecklenburg-Vorpommern (LBauO M-V) v. 18.4.2006 (GVOBl. M-V S. 102); Niedersächsische Bauordnung (NBauO) in der Fassung v. 10.2.2003 (Nds. GVBl. S. 89), zuletzt geändert d. Art. 3 d. G. v. 12.7.2007 (Nds. GVBl. S. 324); Bauordnung für das Land Nordrhein-Westfalen (BauO NRW) in der Fassung der Bekanntmachung v. 1.3.2000 (GVBl. S. 256), zuletzt geändert d. G. v. 11.12.2007 (GVBl. S. 108); Landesbauordnung Rheinland-Pfalz (LBauO RhPf) v. 24.11.1998 (GVBl. S. 365), zuletzt geändert d. G. v. 12.5.2005 (GVBl., S. 154); Bauordnung für das Saarland (LBO Saar) v. 18.2.2004 (ABl. S. 822); Sächsische Bauordnung (SächsBO) v. 28.5.2004 (SächsGVBl. S. 200); Bauordnung des Landes Sachsen-Anhalt (BauO LSA) v. 20.12.2005 (GVBl. LSA S. 769); Landesbauordnung für das Land Schleswig-Holstein (LBO SH) v. 10.10.2000 (GVOBl. S. 47); Thüringer Bauordnung (ThürBO) v. 16.3.2004 (GVBl. S. 349).
- 30 *Peine*, Öffentliches Baurecht, Rn. 1013, 1014 mit einem Überblick über die gängigen Rechtsverordnungen am Beispiel von Berlin.
- 31 *Proksch*, Bauordnungsrecht, S. 12; *Dittus*, DVBl. 1959, 393, 395; kritisch hierzu *Schulte*, Rechtsgüterschutz durch Bauordnungsrecht, S. 32; zum Begriff und der Entwicklung des Baupolizeirechts, unten Erstes Kapitel B III. 2. a).

C. Problemstellung

Allein die über 2000-jährige Existenz von Regelungen über Gebäudeabstände verdeutlicht deren Notwendigkeit. Die Frage der Gebäudeabstände ist im geltenden Recht jedoch nicht einheitlich durch einen Gesetzgeber geregelt, sondern sowohl Gegenstand der Landesbauordnungen als auch des bundesrechtlichen Baugesetzbuchs. Dass sich das Abstandsflächenrecht im Spannungsfeld von Bauplanungsrecht und Bauordnungsrecht bewegt, wird neben den Regelungsfolgen (Gebäudeabstände) auch an den hiermit verfolgten Schutzziele deutlich. Durch das Abstandsflächenrecht soll unter anderem die Belichtung, die Belüftung und der Brandschutz sichergestellt werden. Nach §§ 1 Abs. 6 Nr. 1, 136 Abs. 3 Nr. 1 a) BauGB sind diese Belange jedoch auch im Bauplanungsrecht von Relevanz. Die Überschneidung von Bauplanungsrecht und Bauordnungsrecht zeigt sich auch darin, dass Gemeinden Gebäudeabstände zum einen durch örtliche Bauvorschriften, zum anderen aber auch durch bauleitplanerische Festsetzungen normieren können.

Neben dem einfachgesetzlichen Verhältnis des Bauordnungsrechts zum Bauplanungsrecht in Bezug auf Gebäudeabstände wirft diese Parallelität die Frage nach der kompetenzrechtlichen Einordnung des Abstandsflächenrechts auf. Konkret, ob es sich hierbei um Normen des Bauplanungsrechts innerhalb der Landesbauordnungen handelt und wenn ja, ob sie kompetenzrechtlich zulässig sind. Zur Beantwortung dieser Frage muss vorab generell geklärt werden, anhand welcher Kriterien das Bauplanungsrecht vom Bauordnungsrecht abgegrenzt werden kann. Aufgrund der in der Sache einheitlichen Materie des Baurechts³² und der mittlerweile tiefgreifenden Verschränkung von Bauordnungs- und Bauplanungsrecht³³ erscheint die Suche nach tragfähigen und praktikablen Abgrenzungskriterien nicht einfach. Die Abgrenzung zwischen Bauordnungsrecht und Bauplanungsrecht erfolgte lange Zeit nicht streng dogmatisch, sondern oftmals nach dem „Prinzip der praktischen Vernunft“ und der „friedlichen Koexistenz.“³⁴ Dabei wurden

32 Vgl. *Dittus*, Baurecht im Werden, S. 283; *Westermann*, BBauBl. 1952, 137, 140; *Weyreuther*, BauR 1972, 1; *Ziegler*, DVBl. 1984, 378; *Jäde*, ZfBR 2005, 135; *Peine*, in: *Bauer/Breuer/Degenhart/Oldiges*, 100 Jahre Allgemeines Baugesetz Sachsen, S. 255.

33 *Peine*, Öffentliches Baurecht, Rn. 306 ff; *Schulte*, in: *Reichel/Schulte*, Handbuch Bauordnungsrecht, Kap. 1, Rn. 438 ff.; *Schulte*, BauR 2007, 1514, 1516; *Dittus* DVBl. 1956, 249, 250; *Ortloff*, NVwZ 1988, 399; auch *Kaiser*, Die unterschiedliche Entwicklung im Bauordnungsrecht der Länder, S. 214; ähnlich *Krautzberger*, in: *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger*, BauGB, Einl., Rn. 79 der dies als „engen Sachzusammenhang und Wechselwirkung“ bezeichnet.

34 So *Eisenreich/Weiß*, in: *Jäde/Dimberger/Bauer/Weiß*, BayBO, Art. 91, Rn. 27; *Jäde*, ZfBR 2006, 9.

teilweise durchaus Überschneidungen von Bundes- und Landesrecht hingenommen. Dies zeigt sich beispielsweise darin, dass die Bayerische Bauordnung noch in Art. 12 BayBO 1994 Regelungen über die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit von Werbeanlagen enthielt und in Art. 98 Abs. 1 Nr. 1 BayBO 1994 mit dem Begriff „Durchführung bestimmter städtebaulicher Absichten“ an ein städtebauliches Kriterium anknüpfte. In der jüngeren verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung³⁵ wird hingegen versucht, die Überschneidungen zwischen Bauordnungsrecht und Bauplanungsrecht aufzulösen und beide Regelungskomplexe stringent voneinander abzugrenzen. Auch die Gesetzgeber und die Bauministerkonferenz sind sich den kompetenzrechtlichen Vorgaben wieder verstärkt bewusst.³⁶ Dementsprechend hat die 106. Bauministerkonferenz in der Begründung zu § 6 Abs. 5 MBO, welche die Abstandsflächentiefe auf 0,4 H verringert, darauf hingewiesen, dass die Norm „ausschließlich auf einen bauordnungsrechtlich zu sichernden Mindestabstand abzielt und keine städtebaulichen Nebenzwecke (mehr) verfolgt“.³⁷

Das Nebeneinander von örtlichen Bauvorschriften und bauleitplanerischen Festsetzungsmöglichkeiten hat für die Planungspraxis zur Folge, dass die Kommunen sowohl auf landesrechtlicher als auch auf bundesrechtlicher Grundlage abweichende Gebäudeabstände normieren können. Die Gemeinden machen hiervon insbesondere Gebrauch, um eine aufgelockerte Bebauung sicherzustellen. Aus Sicht der planenden Gemeinde ist der Erlass von örtlichen Bauvorschriften regelmäßig vorteilhaft, da sie hierbei nicht das vergleichsweise aufwändige Verfahren zur Aufstellung eines Bebauungsplans beachten muss.³⁸ Dies spricht das Problem der sog. Ersatzbauleitplanung³⁹ an. Für die Kommunen ist die geltende Rechtslage jedoch nicht uneingeschränkt von Vorteil. Wie die Entscheidungen des VGH München vom 30.5.2003 zur Münchner Gartenstadtsatzung⁴⁰ und des BayVerfGH vom 12.5.2004 zur Münchner Besondere-Siedlungsgebiete-Verordnung⁴¹ gezeigt haben, laufen die Gemeinden Gefahr, dass ihr im Rahmen von örtlichen Bauvorschriften normiertes Abstandsflächenregime

35 Siehe unten Erstes Kapitel B. III. 5. b).

36 Siehe BT-Drs. 16/3308, S. 17; LT-Drs. 15/7161, S. 73 (Bayern); Musterbauordnung (MBO) -Begründung der Fassung November 2002-, S. 18.

37 Musterbauordnung (MBO) -Begründung der Fassung November 2002-, S. 18.

38 *Schönfeld/Numberger*, BayVBl. 2000, 678, 683; *Petz*, BayBgm 2005, 241; umfassend hierzu unten Drittes Kapitel B.

39 Hierzu *Manssen*, Stadtgestaltung durch örtliche Bauvorschriften, S. 97.

40 *VGH München*, BayVBl. 2004, 369; siehe Erstes Kapitel B. III. 5. b) bb).

41 *BayVerfGH*, BayVBl. 2004, 559; siehe Erstes Kapitel B. III. 5. b) cc).

für unwirksam erklärt wird, sofern sie hiermit „städtebauliche Planung im Gewand des Bauordnungsrechts betreiben.“

D. Gang der Untersuchung

Vor dem Hintergrund der aufgeworfenen Fragen stellt sich der Gang der Untersuchung wie folgt dar:

Im Ersten Kapitel werden die kompetenzrechtlichen Grundlagen und die jüngere historische Entwicklung des Baurechts beleuchtet. Anschließend soll der Frage nachgegangen werden, anhand welcher Maßgaben das Bauplanungsrecht vom Bauordnungsrecht abgegrenzt werden kann. Hierbei ist auch die Verknüpfung des Bauordnungsrechts mit dem materiellen Polizeirecht von Interesse. Im Zweiten Kapitel wird das Abstandsflächenrecht der Länder behandelt. Entsprechend der auch auf dem Gebiet des Bauordnungsrechts einhaltenden Deregulierung, wurden die Abstandsflächentiefen zum Teil erheblich reduziert. Es wird deshalb dargestellt, welche Auswirkungen diese Deregulierung auf das Abstandsflächenrecht hat. Anhand der im Ersten Kapitel gefundenen Ergebnisse soll das Abstandsflächenrecht sodann zugeordnet und auf seine kompetenzrechtliche Zulässigkeit hin untersucht werden. Daran anschließend werden im Dritten Kapitel die in den Bauordnungen enthaltenen Satzungsermächtigungen zur Normierung abweichender Abstandsflächentiefen den bauleitplanerischen Festsetzungsinstrumentarien gegenübergestellt. Es soll insbesondere der Frage nachgegangen werden, ob und inwieweit sich örtliche Bauvorschriften im Hinblick auf das Normerlassverfahren und die tatbestandlichen Voraussetzungen von Festsetzungen eines Bebauungsplans unterscheiden. Zuletzt widmet sich die Arbeit der kompetenzrechtlichen Zulässigkeit der in den Landesbauordnungen enthaltenen Satzungsermächtigungen zur Normierung abweichender Gebäudeabstände.

Erstes Kapitel: Baurecht und föderale Kompetenzordnung

Die Aufteilung des Baurechts in Bauplanungsrecht und Bauordnungsrecht hat ihren Grund im föderalen Staatsaufbau des Grundgesetzes. Bevor untersucht wird, wonach das Bauplanungsrecht vom Bauordnungsrecht abgegrenzt werden kann, sollen vorab die historischen und gegenwärtigen kompetenzrechtlichen Rahmenbedingungen des Baurechts beleuchtet werden.

A. Kompetenzverteilung nach den Vorgängerverfassungen

Die Paulskirchenverfassung vom 28.3.1849⁴² und die Bismarcksche Reichsverfassung vom 16.4.1871⁴³ haben die Materie des Baurechts im Rahmen ihrer Kompetenzvorschriften nicht behandelt. Dem Reich wurden damit für das Baurecht keine Gesetzgebungszuständigkeiten übertragen, so dass hierfür grundsätzlich die Länder zuständig waren.⁴⁴ Unter der Geltung dieser Verfassungen stieg die Bebauung, insbesondere in den Städten, erheblich an und löste einen verstärkten Kodifikationsbedarf aus. Daraufhin entstanden in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts in den Ländern die ersten landesweiten Kodifikationen des Baurechts, wie die Allgemeine Bauordnung für die Haupt- und Residenzstadt München von 1863,⁴⁵ die erste Bauordnung für das übrige rechtsrheinische Bayern von 1864,⁴⁶ das badische Ortsstraßengesetz von 1868,⁴⁷ das preußische Fluchtliniengesetz von 1875⁴⁸ sowie das sächsische Allgemeine Baugesetz von 1900.⁴⁹ Für die

42 RGBL., S. 101.

43 RGBL., S. 63.

44 *Breuer*, in: Bauer/Breuer/Degenhart/Oldiges, 100 Jahre Allgemeines Baugesetz Sachsen, S. 228.

45 Königl. Allerhöchste Verordnung, die allgemeine Bauordnung für die Haupt- und Residenzstadt München betreffend, vom 2.10.1863, Reg.Bl. S. 1697.

46 Königl. Allerhöchste Verordnung, die allgemeine Bauordnung betreffend, vom 30.6.1864, Reg.Bl. S. 817.

47 Gesetz, die Anlagen der Ortsstraßen und die Feststellung der Baufluchten, sowie das Bauen längs der Landstraßen und Eisenbahnen betreffend, Großh. Reg.Bl. S. 286.

48 Gesetz betreffend die Anlegung und Veränderung von Straßen und Plätzen in Städten und ländlichen Ortschaften, PrGS, S. 561.

B. Kompetenzverteilung nach dem Grundgesetz

Unter Berücksichtigung des vorangegangenen verfassungshistorischen Abrisses ist im Folgenden zu untersuchen, welche Vorgaben das Grundgesetz für die Verteilung der Gesetzgebungszuständigkeiten auf dem Gebiet des Baurechts trifft.

I. Kompetenzielle Grundlagen

1. Baurecht in den Arbeiten zum Grundgesetz

Ausgehend von der grundsätzlichen Gesetzgebungszuständigkeit der Länder ist der Bund nur insoweit zuständig, als das Grundgesetz dies enumerativ bestimmt (vgl. Art. 30, 70, 83 GG).⁶³ Im Hinblick auf das Baurecht ist die Gesetzgebungsmaterie des Bodenrechts gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG von entscheidender Bedeutung. Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG hat weitestgehend den Inhalt von Art. 10 Nr. 4 WRV übernommen. Noch in Art. 36 Nr. 26 des Herrenchiemseer Entwurfs (HChE)⁶⁴ fehlten die Materien des „Grundstücksverkehrs“ und „Bodenrecht“ vollständig. Sie wurden erst anschließend vom Parlamentarischen Rat mit aufgenommen.⁶⁵ Ob das Baurecht vom Bodenrecht mit umfasst sein sollte, wurde zwar in der neunten Sitzung des Parlamentarischen Rates vom 7.10.1948 erörtert, ist aber in der Sache unbeantwortet geblieben. Auf die dahinlautende Frage des Vorsitzenden *Wagner* antwortete der Abgeordnete *Dr. Laforet* lediglich: „Baupolizei muss länderrechtlich sein“.⁶⁶ Diese Äußerung deckte sich mit der generell im Parlamentarischen Rat vorherrschenden Meinung, dass das Polizeiwesen „ein integrierter Bestandteil der Landesverwaltungen“ sei.⁶⁷ In den Materialien zum Grundgesetz lassen sich keine Anhaltspunkte finden, dass Überlegungen zur Zuständigkeit für ein einheitlich kodifiziertes Baurecht, wie es bereits 1931 für das Reich vorgesehen war, angestellt wurden.⁶⁸

63 Vgl. statt vieler nur *Degenhart*, in: Sachs, GG, Art. 70, Rn. 3; *Rozek*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 70, Rn. 2; *Kunig*, in: v. Münch/Kunig, GG, Bd. 3, Art. 70, Rn. 5.

64 Abgedruckt bei *Bucher* (Bearb.), Der Parlamentarische Rat 1948–1949, Bd. 2, S. 504 ff.

65 *Pestalozza*, in: v. Mangoldt/Klein/Pestalozza, GG, Art. 74, Rn. 1186.

66 *Werner* (Bearb.), Der Parlamentarischer Rat 1948–1949, Bd. 3, S. 405.

67 *Doemming/Füsslein/Matz*, Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes, JböR, Bd. 1, S. 486.

68 So auch *Schulte*, in: Reichel/Schulte, Handbuch Bauordnungsrecht, Kap. 1, Rn. 312.

Eine Änderung in sachlicher Hinsicht haben allerdings die mit dem Baurecht potentiell im Zusammenhang stehenden Materien der „Raumordnung“ und der „Naturschutz und Landschaftspflege“ erfahren. Diese sind aus der ursprünglichen Rahmengesetzgebung nach Art. 75 GG in die konkurrierende Abweichungsgesetzgebung nach Art. 72 Abs. 3 GG überführt worden.⁸⁸ Der Bund kann nun zwar für diese Materien Vollregelungen erlassen und ist nicht mehr auf Rahmenregelungen beschränkt, den Ländern steht es aber frei, hiervon abweichende Regelungen zu treffen.⁸⁹

Abschließend bleibt festzuhalten, dass die Föderalismusreform am bestehenden Dualismus zwischen bodenrechtlichem Bauplanungsrecht und Bauordnungsrecht nichts geändert hat. Die Ansätze der Enquête-Kommission, das Baurecht im gesamten den Ländern zu übertragen, konnten sich nicht durchsetzen.

II. Kontroversen zum Entwurf zu einem Baugesetz für die Bundesrepublik Deutschland

Für das Verständnis der Zweiteilung des Baurechts ist ein Blick auf die erste Phase der Gesetzgebungstätigkeit nach Erlass des Grundgesetzes und die sich hieran anschließenden Kontroversen zwischen dem Bund und den Ländern förderlich. Insbesondere das in diesem Rahmen erstattete Baurechtsgutachten des Bundesverfassungsgerichts ist hierfür unerlässlich.

1. Entwurf zu einem Baugesetz für die Bundesrepublik Deutschland

Durch den 2. Weltkrieg wurden in Deutschland ca. 2 bis 2,5 Millionen Wohnungen zerstört. Der Mangel an Wohnraum wurde durch Migration von Flüchtlingen und Umsiedlern noch verstärkt, so dass der Wohnungsfehlbestand im Jahre 1949 ca. 5 Mio. betrug.⁹⁰ Neben dieser Herausforderung galt es, die Chance eines Wiederaufbaues der zerstörten Städte anhand moderner städtebaulicher Vorgaben zu nutzen.⁹¹ Es herrschte unter den Experten dieser Zeit weitgehend Einigkeit, dass diese Aufgaben auf der Basis

88 *Degenhart*, in: Sachs, GG, Art. 74, Rn. 78, 122; siehe zur Raumordnung ausführlich *Kment*, NuR 2006, 217, 218; *Spannowsky*, ZfBR 2007, 221 ff.

89 *Degenhart*, in: Sachs, GG, Art. 72, Rn. 40.

90 Vgl. Begründung zum Ersten Wohnungsbaugesetz, BAnz. 1950, Nr. 87, S. 8.

91 *Schulte*, Rechtsgüterschutz durch Bauordnungsrecht, S. 34.

des bisherigen Rechts nicht zufriedenstellend gelöst werden könnten und es einer Neuregelung des Baurechts bedürfe.⁹²

Nach der Gründung der Bundesrepublik im Jahre 1949 bereitete das Bundesministerium für Wohnungsbau unter Sichtung und Zusammenfassung der bestehenden Vorschriften, eine bundeseinheitliche Kodifikation des Baurechts vor. Daraufhin wurde im Herbst 1950 der „Entwurf zu einem Baugesetz für die Bundesrepublik Deutschland“ ausgearbeitet und veröffentlicht.⁹³ Der Entwurf beinhaltete alle Sachgebiete, die mit dem Städtebau in funktioneller Verbindung stehen, einschließlich der Landesplanung und den Grundzügen der heute als Bauordnungsrecht bezeichneten Materie.⁹⁴ Im Einzelnen enthielt dieser Entwurf Regelungen über die Planung (sowohl der Landesplanung als auch der örtlichen Planung), bodenordnende Regelungen über die Baulandumlegung, die Zusammenlegung von Grundstücken, die Landbeschaffung, die Bodenbewertung, den Bodenverkehr, die Erschließung sowie bauordnungsrechtliche Regelungen über die Bebauung, die Gestaltung, generelle Anforderungen an Bauwerke, das Baugenehmigungsverfahren, die Bauausführung und bestehende Bauten.

Nach *Dittus*, der am Baugesetzentwurf maßgeblich beteiligt war, zeige der Gesetzentwurf den Versuch, die traditionelle Verknüpfung des Baurechts mit dem Polizeirecht zu lösen und für eine Emanzipation des Baurechts von der polizeilichen Idee einzutreten.⁹⁵ Die „Loslösung vom Polizeibegriff“ sei jedoch im Rahmen dieses Entwurfs vielfach unbeachtet geblieben, da sie nicht äußerlich sichtbar gemacht wurde.⁹⁶ Diese Intention habe sich aus der Fußnote zu § 166 des Entwurfes ergeben, die Folgendes beinhaltete:

„Nachdem das Baupolizeirecht und die Aufgaben der früheren Baupolizei durch Änderung der staatsrechtlichen Anschauungen aus dem Bereich der Polizei herausgenommen sind und als eine Ordnungsaufgabe der Verwaltung angesehen werden, können die

92 *Dittus*, Baurecht im Werden, S. 33; *Proksch*, Bauordnungsrecht, S. 24; *Krautzberger*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, Einl. Rn. 51; *Bonczek*, Bodenwirtschaft und Bodenordnung im Städtebau, S. 4. Die in den meisten Ländern (mit Ausnahme von Bayern, Bremen und Berlin) unmittelbar nach Kriegsende erlassenen Entrümmerungsgesetze hatten lediglich provisorischen Charakter und lösten das grundsätzliche Problem eines fehlenden modernen Baurechts nicht. Die Entrümmerungsgesetze beruhen auf dem auf *Johannes Göderitz* zurückgehenden „Entwurf eines Gesetzes über den Aufbau der deutschen Gemeinden“, veröffentlicht am 12.8.1947 (sog. Lemgoer Entwurf) veröffentlicht in Schriften des Deutschen Städtetages „Neues Städtebaurecht“, Heft 3.

93 *Dittus*, Entwurf zu einem Baugesetz für die Bundesrepublik Deutschland, S. 1 ff.

94 Vgl. *Krautzberger*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, Einl. Rn. 51.

95 *Dittus*, DVBl. 1956, 249, 281, 283.

96 *Dittus*, DVBl. 1956, 249, 281, 283.

III. Abgrenzung von Bauplanungsrecht und Bauordnungsrecht

Im Folgenden soll der Frage nachgegangen werden, welche Kriterien das Bauplanungsrecht einerseits und das Bauordnungsrecht andererseits charakterisieren und eine Abgrenzung zum jeweils anderen Rechtsgebiet ermöglichen.

1. Vorüberlegungen

a) *Notwendigkeit und Schwierigkeit einer kompetenzgerechten Grenzziehung*

Dittus versteht das gesamte Baurecht als „eine einzige und untrennbare, nur zum begrenzten Teil sicherheitsbezweckte, und in ihren wesentlichen Zügen vielmehr eine gesamtheistfördernde, ökonomische (...) und daseinsvorsorgerische Angelegenheit“.¹⁴⁴ Dass das Baurecht eine in der Sache einheitliche Rechtsmaterie darstellt, entspricht herrschender Auffassung.¹⁴⁵ Diese sachliche Einheit spiegelt sich in der föderalen Kompetenzordnung des Grundgesetzes jedoch nicht wider. In der Praxis wird eine Abgrenzung von Bauordnungs- und Bauplanungsrecht besonders relevant, wenn ähnliche oder identische Sachverhalte von beiden Rechtsgebieten geregelt werden. Neben der Frage der Gebäude- und Grenzabstände kann dies unter anderem auch bei der Zulässigkeit von Außen-Werbeanlagen, der Erforderlichkeit von Teilungsgenehmigungen und der Erschließung des Grundstücks virulent werden.¹⁴⁶

Wo die Grenze zwischen Bauplanungsrecht und Bauordnungsrecht zu ziehen ist, wird jedoch trotz des umfangreich begründeten Baurechtsgutachtens kontrovers diskutiert.¹⁴⁷ Aufgrund dieser Schwierigkeiten wird zum

144 *Dittus*, DVBl. 1959, 394, 395.

145 Vgl. *Dittus*, Baurecht im Werden, S. 283; *Dittus*, DVBl. 1959, 394, 395; Westermann, BBauBl. 1952, 137, 140; *Weyreuther*, BauR 1972, 1; *Ziegler*, DVBl. 1984, 378; *Jäde*, ZfBR 2005, 135; *Peine*, in: Bauer/Breuer/Degenhart/Oldiges, 100 Jahre Allgemeines Baugesetz Sachsen, S. 255.

146 Hierzu *Schulte*, in: Reichel/Schulte, Handbuch Bauordnungsrecht, Kap. 1, Rn. 443 ff; *Reidt*, in: Gelzer/Bracher/Reidt, Bauplanungsrecht, Rn. 11; *Ortloff*, NVwZ 1993, 713 ff; *Wiechert*, ZRP 1985, 239, 241; *Jäde*, ZfBR 2005, 135, 141.

147 Vgl. *Dittus*, DVBl. 1956, 249, 281, 320; *Ernst*, DVBl. 1955, 410, 411; siehe den Vorschlag von *Stich*, DVBl. 1981, 354, der sich für eine Aufteilung des Baurechts anhand der zu regelnden Aufgaben und Adressaten anstelle der verfassungsrechtlichen Vorgaben ausspricht.

Teil resignierend ein ungeordnetes Nebeneinander hingenommen und sich dafür ausgesprochen, die Abgrenzung zwischen bundesrechtlichem Bauplanungsrecht und landesrechtlichem Bauordnungsrecht nicht streng dogmatisch, sondern nach dem „Prinzip der praktischen Vernunft und der friedlichen Koexistenz“ beider Regelungsbereiche durchzuführen.¹⁴⁸ *Schulte* und *Jäde* vertreten unter Hinweis auf die Einheitlichkeit des Baurechts und die gewachsenen Strukturen, dass die Schnittstelle zwischen Bauordnungsrecht und Bauplanungsrecht nicht „mit dem scharfen kompetenzrechtlichen Skalpell“, sondern nur „flexibel“ ermittelt werden könne.¹⁴⁹ Dieser Auffassung kann jedoch aus folgenden Erwägungen nicht zugestimmt werden:

Nach allgemeiner Auffassung ist eine Doppelzuständigkeit des Bundes und der Länder für eine Norm ausgeschlossen, so dass eine eindeutige Zuordnung zur Bundes- oder Landeskompentenz zu erfolgen hat.¹⁵⁰ Eine trennscharfe Abgrenzung beider Kompetenzräume ist notwendig, um die von Verfassungswegen vorgegebene Zuständigkeitsordnung zu beachten und den jeweiligen Gesetzgeber vor dem Verlust der ihm zugewiesenen Kompetenzen zu schützen. Darüber hinaus führen Kompetenzüberschreitungen und Doppelzuständigkeiten zu Rechtsunsicherheiten und zur Verwischung der parlamentarischen Verantwortlichkeit.¹⁵¹ Dies gilt auch für verschiedene Gesetzgebungsarten des Bundes.¹⁵²

Insbesondere auf dem Gebiet des Baurechts ist es notwendig, eine Doppelzuständigkeit der Gesetzgeber zu vermeiden, da das Baurecht eine hinsichtlich der Eigentumsgarantie des Art. 14 GG grundrechtsrelevante Materie darstellt.¹⁵³ Diese grundrechtliche Vorgabe verlangt verstärkt nach strikter Einhaltung der Gesetzgebungszuständigkeiten und dem Bemühen

Wie dies *de lege lata* möglich sein soll, bleibt der Autor jedoch schuldig.

148 So *Eisenreich/Weiß*, in: *Jäde/Dirnberger/Bauer/Weiß*, BayBO, Art. 91, Rn. 27.

149 *Schulte*, BauR 2007, 1514, 1524; *Jäde*, ZfBR 2006, 9, 10; *Jäde*, ZfBR 2008, 538, 546 formuliert drastisch: „Der Komplexität dieser Materie, die ihre Ursache in der Zerteilung eines einheitlichen gewachsenen öffentlichen Baurechts findet, kommt man nicht mit dem scharfen kompetenzrechtlichen Skalpell bei, es sei denn, man wüsste eine gelungene juristische Operation, bei der indessen der Patient auf der Strecke bliebe“.

150 Vgl. BVerfGE 36, 193, 203; BVerfGE 61, 149, 204; BVerfGE 67, 299, 321; BVerfGE 106, 62, 114; *Maunz*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Art. 74, Rn. 9; *Degenhart*, in: *Sachs*, GG, Art. 70, Rn. 62; *Rožek*, in: *v. Mangoldt/Klein/Starck*, GG, Art. 70, Rn. 11; *Stettner*, in: *Dreier*, GG, Art. 70, Rn. 32; *Isensee*, in: *HStR* VI, § 133, Rn. 98; *Jarras*, NVwZ 1996, 1041.

151 *Brohm*, DÖV 1983, 525.

152 BVerfGE 36, 193, 203; BVerfGE 61, 149, 204; *Maunz*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Art. 71, Rn. 5.

153 *Proksch*, Bauordnungsrecht, S. 42.

4. Städtebauliche Gründe als finales Abgrenzungskriterium

Nach einer anderen Auffassung kann das Bauplanungsrecht vom Bauordnungsrecht dahingehend unterschieden werden, dass das Bauplanungsrecht der städtebaulichen Entwicklung dient und damit durch „städtebauliche Gründe“ gerechtfertigt sein muss.²²⁴ Für Bebauungspläne, dem Kerninstrument des Städtebaurechts, sei dies in § 9 Abs. 1 BauGB explizit normiert. Das Bauplanungsrecht lasse sich daher anhand des Regelungsmotivs der städtebaulichen Gründe im Sinne von § 9 Abs. 1 BauGB charakterisieren und vom Bauordnungsrecht abgrenzen.²²⁵

Aus dem Blickwinkel des Städtebaurechts stellt sich damit die Frage, welche Motive eine bauleitplanerische Festsetzung rechtfertigen und ob diese Motive allein und ausschließlich dem Bauplanungsrecht zuzuordnen sind. Wäre dies der Fall, könnten beispielsweise örtliche Bauvorschriften nicht durch „städtebauliche Gründe“ gerechtfertigt werden, da diese dem Bauordnungsrecht versperrt wären.²²⁶

a) *Begriffsbestimmung durch das Erforderlichkeitsgebot des § 1 Abs. 3 Satz 1 BauGB*

Die Wendung der „städtebaulichen Gründe“ in § 9 Abs. 1 ist im Zusammenhang mit dem Erforderlichkeitsgebot des § 1 Abs. 3 Satz 1 BauGB zu lesen, wonach zum einen Festsetzungen nur getroffen werden dürfen, wenn sie im städtebaulichen Sinne erforderlich sind, zum anderen jedoch erlassen werden müssen, wenn bauleitplanerische Festsetzungen erforderlich sind.²²⁷ § 9 Abs. 1 BauGB rekuriert damit auf den Begriff der „städtebau-

224 *Söfker*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, § 9, Rn. 42c.

225 *Söfker*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, § 9, Rn. 42 c; *Krautzberger*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, § 29, Rn. 57; *Decker*, in: Simon/Busse, BayBO, Art. 91, Rn. 12; *Jäde*, ZfBR 2006, 9, 15; *Dirnberger*, BayGTZ 2005, 160, 165; *Wiechert*, in: Große-Suchsdorf/Lindorf/Schmaltz/Wiechert, NBauO, Vorb., Rn. 17; so auch LT-Drs. 13/7008 (Bayern), S. 52; für die Abgrenzung des Bauplanungsrechts zum Denkmalschutzrecht anhand der unterschiedlichen Zielsetzungen, vgl. *BVerwG*, NVwZ 1988, 357, 359.

226 So *Söfker*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, § 9, Rn. 42c.

227 *Jäde*, in: *Jäde/Dirnberger/Weiss*, BauGB, § 9, Rn. 3; *Jäde*, ZfBR 2006, 9, 16. Die noch im Einleitungssatz des § 9 Abs. 1 BBauG enthaltene Formulierung „soweit es erforderlich ist“ wurde gestrichen um zu vermeiden, dass dieser Formulierung eine über das Erforderlichkeitsgebot des § 1 Abs. 3 BauGB hinausgehende Bedeutung beigemessen wird, vgl. *Söfker*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, § 9, Rn. 3.

lichen Entwicklung und Ordnung“ des § 1 Abs. 3 Satz 1 BauGB.²²⁸ Der Gemeinde steht im Rahmen von § 1 Abs. 3 Satz 1 BauGB ein Ermessen zu, das sich nur dann zu einer Planungspflicht verdichtet, wenn grobe städtebauliche Fehlentwicklungen zu befürchten sind.²²⁹ Auf der anderen Seite hindert das Erforderlichkeitsgebot die kommunale Bauleitplanung nur dann, soweit diese von keiner erkennbaren Konzeption getragen ist.²³⁰ Vor dem Hintergrund der kommunalen Planungshoheit stellt § 1 Abs. 3 Satz 1 BauGB damit in beiden Richtungen nur ein Korrektiv zur Vermeidung von offensichtlichen Missständen dar.²³¹ Es handelt sich hierbei primär um eine Regelungsanweisung des Gesetzgebers zum Einsatz von bauleitplanerischen Instrumentarien. Hinweise dazu, was der Sache nach unter dem Begriff der „städtebaulichen Entwicklung und Ordnung“ gemäß § 1 Abs. 3 Satz 1 BauGB zu verstehen ist, lässt sich der Norm des § 1 Abs. 3 BauGB jedoch nicht entnehmen.²³²

b) *Begriffsbestimmung durch die abzuwägenden Belange i.S.v. § 1 Abs. 5, 6 BauGB*

Der Begriff der „städtebaulichen Entwicklung und Ordnung“ lässt sich durch das in § 1 Abs. 7 BauGB positiviert Abwägungsgebot sowie die hierbei zu berücksichtigenden Belange charakterisieren. Danach haben die Gemeinden bei der Aufstellung von Bauleitplänen die öffentlichen und privaten Belange gegeneinander und untereinander gerecht abzuwägen.²³³ Die zu berücksichtigenden Belange sind in § 1 Abs. 5 BauGB global formuliert und umfassen unter anderem „soziale, wirtschaftliche und umweltschützende Anforderungen“, eine „sozialgerechte Bodennutzung“ sowie eine „menschenswürdige Umwelt“. § 1 Abs. 6 BauGB benennt des Weiteren beispielhaft – und keinesfalls abschließend – den Kreis der Belange, die im

228 Durch das BauROG 1998 wurde das Begriffspaar der „geordneten städtebaulichen Entwicklung“ durch den Begriff der „nachhaltigen städtebaulichen Entwicklung“ ersetzt. Hintergrund hierfür waren verschiedenen völkerrechtliche Umwelt- und Klimaschutzvereinbarungen. Umfassend hierzu *Krautzberger*, in: *Battis/Krautzberger/Löhr*, BauGB, § 1, Rn. 45; *Roberts*, Das Gebot der nachhaltigen Stadtentwicklung als Leitvorstellung des Raumordnungs- und Bauplanungsrechts, S. 1 ff. Für die nachfolgende Untersuchung steht jedoch der (unveränderte) Begriff der „städtebaulichen Entwicklung“ im Vordergrund, so dass auf diese Änderung nicht vertieft einzugehen ist.

229 *BVerwG*, DVBl. 2004, 239.

230 *BVerwG*, BauR 1971, 182.

231 *BVerwG*, BRS, Bd. 55, Nr. 106; ähnlich *Schmidt-Aßmann*, Grundfragen des Städtebaurechts, S. 70.

232 So *Manssen*, Stadtgestaltung durch örtliche Bauvorschriften, S. 68.

233 § 1 Abs. 7 BauGB.

Einzelfall in die Abwägung einzubeziehen sind.²³⁴ Die „städtebauliche Entwicklung“ wird dabei durch sämtliche im Planungsfall berührten Belange bestimmt, soweit diese nicht objektiv geringfügig sind.²³⁵ Dem Grundsatz nach sind alle öffentlichen und privaten Belange untereinander und gegeneinander gleichgewichtig.²³⁶ Besonderes Gewicht eines Belanges kann lediglich aufgrund der konkreten Planungssituation im Einzelfall entstehen.²³⁷ Bei den vom Gesetzgeber benannten Belangen handelt es sich dabei lediglich um formulierte Orientierungspunkte, aus denen heraus bauleitplanerische Instrumentarien eingesetzt werden können.²³⁸ Negativ gedacht liegen städtebauliche Missstände vor, wenn sich die durch die bauliche Nutzung berührten Belange nicht mehr ausgewogen gegenüberstehen. Durch den umfassenden Katalog des § 1 Abs. 6 BauGB wird deutlich, dass alle nur denkbaren Belange, soweit sie sich auf die Vorbereitung und Leitung der baulichen und sonstigen Nutzung des Bodens auswirken, von städtebaulicher Bedeutung sein können.²³⁹

Die Konkretisierung des Begriffs der „städtebaulichen Entwicklung und Ordnung“ hat damit durch die von den Planungsträgern zu ermittelnden und gegeneinander abzuwägenden Belangen zu erfolgen.²⁴⁰ Es stellt sich jedoch die Frage, ob der Bundesgesetzgeber durch die globalen Zielvorgaben den Gemeinden nicht den Zugriff auf ihm selbst kompetenzrechtlich versperrte Materien eröffnet. Als Beispiel lässt sich § 1 Abs. 6 Nr. 5 BauGB anführen, der den Denkmalschutz und die Denkmalpflege – mithin traditionelle Länderangelegenheiten – als im Rahmen der Bauleitplanung beachtliche Belange benennt. Um die Gesetzgebungszuständigkeiten zu wahren, wird vertreten, den Begriff der zu beachtenden Belange durch das Erfordernis der bodenrechtlichen Relevanz einzuschränken. Danach sind Belange für die Bauleitplanung nur beachtlich, wenn sie zugleich einen boden-, raum- und siedlungsstrukturellen Bezug haben.²⁴¹ Diese, dem Bau-

234 *Dirnberger*, in: Jäde/Dirnberger/Weiss, BauGB, § 1, Rn. 68.

235 BVerwGE 34, 301, 310.

236 Vgl. nur *Söfker*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, § 9, Rn. 28; *Dirnberger*, in: Jäde/Dirnberger/Weiss, BauGB, § 1, Rn. 93.

237 Vgl. nur *Krautzberger*, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, § 1, Rn. 49.

238 *Dirnberger*, in: Jäde/Dirnberger/Weiss, BauGB, § 1, Rn. 27.

239 *Söfker*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, § 9, Rn. 108; *Gaentzsch*, in: Berliner Kommentar zum BauGB, § 1, Rn. 55.

240 BVerwGE 44, 59; *Söfker*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, § 9, Rn. 108.

241 *Schmidt-Aßmann*, BauR 1978, 99, 102; *Papier*, NJW 1977, 1714, 1716; *Söfker*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, § 9, Rn. 110.

planungsrecht immanente Beschränkung, folgt aus der allgemeinen Aufgabenstellung der Bauleitplanung und findet sich normiert in § 15 Abs. 3 BauNVO.²⁴² Hierdurch soll neben der Abgrenzung zum Recht des Denkmalschutzes auch verhindert werden, dass die Gemeinden aus Gründen des Jugendschutzes, der Wirtschaftspolitik und des Polizei- und Sicherheitsrechts, Bauleitplanung betreiben.

Es ist jedoch zu bezweifeln, dass die eingeschränkte Interpretation der im Rahmen der Bauleitplanung zu beachtenden Belange eine Kompetenzabgrenzung ermöglicht. Kraft Gesetzes sind die Belange thematisch unlimitiert, mit der Folge, dass auch Gründe beachtlich sind, die dem Bund nicht auf Grundlage der Zuständigkeit für das Bodenrecht im Sinn von Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG offen stehen würden. Den Gemeinden bleibt es damit unbenommen, grundsätzlich auch die Zulässigkeit von sozialpolitisch unerwünschten Anlagen, wie Spielhallen und großflächigen Einzelhandelsbetrieben in bestimmten Gebieten auszuschließen und damit auch Wirtschafts- und Wettbewerbspolitik zu betreiben.²⁴³ Es ist zwar in der Rechtsprechung anerkannt, dass die Beeinflussung des Wettbewerbs für sich genommen keine zulässige Zielsetzung der Bauleitplanung ist.²⁴⁴ Eine durch städtebauliche Zielsetzungen gerechtfertigte Planung kann aber nicht wegen der damit mittelbar verbundenen Auswirkungen auf die Wettbewerbsbedingungen in Frage gestellt werden.²⁴⁵ Die Lösung dieses Problems ist damit nicht bei der bodenrechtlichen Relevanz der berührten Belange, sondern bei den bewährten Kriterien, wie der Erforderlichkeit nach § 1 Abs. 3 Satz 1 BauGB²⁴⁶ und dem Abwägungsgebot nach § 1 Abs. 7 BauGB, zu suchen. Will eine Gemeinde einzelne Nutzungen in bestimmten Gebieten ausschließen, muss dies durch städtebauliche Gründe gerechtfertigt sein. Der bloße Ausschluss einer Nutzung aus Gründen des Wettbewerbs oder sonstigen politischen Vorbehalten gegenüber der konkreten Art der Nutzung (z. B. Spielhallen, Bordellen, etc.) wäre regelmäßig schon als sog. Negativplanung unzulässig.²⁴⁷ Die Gemeinde ist damit planungspraktisch gehalten, an die Sekundärwirkungen der konkreten Nutzung, wie beispielsweise den erhöhten Anfahrtsverkehr oder die mit der Nutzung verbundene Lärmbelästigung anzuknüpfen und die planerische Festsetzung

242 Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, § 9, Rn. 110.

243 Anders W. Schrödter, in: Schrödter, BauGB, § 1, Rn. 84.

244 BVerwG, NVwZ 1997, 683; OVG Bremen, NVwZ-RR 2000, 567, 568.

245 OVG Bremen, NVwZ-RR 2000, 567, 568.

246 Durner, Konflikte räumlicher Planungen, S. 238 sieht die Erforderlichkeit gemäß § 1 Abs. 3 BauGB als Korrektiv zur Abgrenzung der Fachplanungen zur Bauleitplanung.

247 Vgl. Dimberger, in: Jäde/Dimberger/Weiss, BauGB, § 1, Rn. 44.

Zweites Kapitel: Das Abstandsflächenrecht der Landesbauordnungen

Das Abstandsflächenrecht beinhaltet die gesetzlichen Grundanforderungen an Gebäude- und Grenzabstände. Im weiteren Gang der Arbeit sollen jedoch nicht Detailfragen der Normanwendung, wie beispielsweise die konkrete Berechnung der Abstandsflächentiefen³⁷³, im Fokus stehen, sondern vielmehr die Einordnung des Abstandsflächenrechts in die Systematik des Baurechts und deren kompetenzrechtliche Konsequenzen.

A. Regelungsgehalt des Abstandsflächenrechts

I. Überblick über die Landesbauordnungen

Das in den Bundesländern geltende Abstandsflächenrecht zählt in der Rechtsanwendung mittlerweile zu den kompliziertesten und konfliktträchtigsten Normen des Baurechts.³⁷⁴ Erschwerend kommt hinzu, dass die Regelungen in Teilfragen von Land zu Land Unterschiede aufweisen. Für die Beantwortung der hier zu untersuchenden Fragen lässt sich das Abstandsflächenrecht jedoch auf seinen vergleichsweise einfachen und länderübergreifend einheitlichen Regelungsgehalt reduzieren. Das Abstandsflächenrecht bestimmt,

- dass vor Außenwänden von Gebäuden Flächen von oberirdischen baulichen Anlagen freizuhalten sind. Diese freizuhaltenden Flächen werden Abstandsflächen genannt;
- dass die Abstandsflächen auf dem Grundstück liegen müssen und sich nicht überdecken dürfen, sich unter bestimmten Voraussetzungen jedoch auf öffentliche Flächen oder Nachbargrundstücke erstrecken dürfen, mithin die Lage der Abstandsflächen;
- wann Abstandsflächen nicht erforderlich sind, insbesondere, wenn aus planungsrechtlichen Gründen an die Grenze gebaut werden darf oder muss;

373 Vgl. umfassend hierzu für Art. 6 BayBO, *Boeddinghaus*, Abstandsflächen im Bauordnungsrecht Bayern, S. 35 ff.; *Dhom*, in: Simon/Busse, BayBO, Art. 6, Rn. 87 ff.

374 So *Ortloff*, NVwZ 1988, 399, 400; *Schulte*, BauR 2007, 1514.

- dass sich die Tiefe der Abstandsfläche nach der Wandhöhe bemisst und wie diese Wandhöhe im Einzelnen ermittelt wird (= H);
- das Maß der Abstandsflächentiefe (z.B. 0,4 H oder 1,0 H) sowie die Mindestabstandsflächentiefe von 3 m;
- dass Abstandsflächentiefen vorgehen, die durch örtliche Bauvorschriften oder städtebauliche Satzung vorgeschrieben werden.³⁷⁵

II. Tiefe der Abstandsflächen

Für den Grundeigentümer bestimmt die Tiefe der Abstandsflächen maßgeblich die bauliche Nutzbarkeit seines Grundstücks. Für den benachbarten Grundstückseigentümer ist die Abstandsflächentiefe ebenso von Interesse, da sie auch die bauliche Nutzung und damit den Wert seines Grundstücks beeinflusst. Aufgrund dessen ist die Normierung der Abstandsflächentiefe für die Grundeigentümer von erheblichem Interesse.³⁷⁶ Im Folgenden sollen daher zunächst die in den Ländern geltenden Maße der Abstandsflächentiefen überblickartig dargestellt werden.

1. Die geltenden Maße in den Ländern

Trotz des Bemühens der Bauministerkonferenz um Vereinheitlichung der Landesbauordnungen, gelten in den Ländern weiterhin unterschiedliche Abstandsflächentiefen. Durch die von der 106. Bauministerkonferenz am 8.11.2002 beschlossene Fassung der Musterbauordnung sollte das Bauordnungsrecht im Gesamten, insbesondere aber das Abstandsflächenrecht, dereguliert werden.³⁷⁷ Im Zuge dessen wurde die grundsätzliche Tiefe der Abstandsflächen von 1,0 H auf 0,4 H reduziert, wobei die Mindertiefe bei 3 m belassen wurde (vgl. § 6 Abs. 5 MBO). Die Musterbauordnung greift damit das schon bisher in den Bauordnungen von Hessen, Rheinland-Pfalz und des Saarlandes normierte Maß von 0,4 H auf. Nicht alle Länder haben die Vorgaben der Musterbauordnung übernommen. Bislang sehen nur die Bauordnungen von Berlin, Hamburg, Hessen, Mecklenburg-Vorpommern, Rheinland-Pfalz, Saarland, Sachsen, Sachsen-Anhalt, Schleswig-Holstein

375 Darstellung nach *Schenk*, in: Reichel/Schulte, Handbuch Bauordnungsrecht, Kap. 3, Rn. 39; siehe dort auch die illustrative Übersicht der Abstandsflächenregelungen der einzelnen Landesbauordnungen.

376 Vgl. nur *Oldiges*, in: Steiner, BesVerwR, Kap. IV, Rn. 292

377 Hierzu ausführlich *Boeddinghaus*, ZfBR 2003, 738 m.w.N.

und Thüringen die regelmäßige Abstandsflächentiefe von 0,4 H vor. Die Rechtslage in den restlichen Ländern ist uneinheitlich. In Brandenburg gilt das Maß von 0,5 H, in Bremen und Baden-Württemberg von 0,6 H, in Nordrhein-Westfalen von 0,8 H und in Niedersachsen und Bayern von 1,0 H.

2. Bayerische Besonderheit: Die sog. Experimentierklausel des Art. 6 Abs. 7 BayBO

Der bayerische Gesetzgeber ist der Musterbauordnung aus dem Jahre 2002 im Hinblick auf die Abstandsflächentiefen auch bei der Neufassung zum 1.1.2008 nicht gefolgt, sondern beließ die Tiefen der Abstandsflächen grundsätzlich unverändert bei 1,0 H. Als Grund hierfür wird angeführt, dass eine Reduzierung auf 0,4 H derzeit, insbesondere aufgrund der Haltung der kommunalen Spitzenverbände, nicht hinreichend konsensfähig sei.³⁷⁸ Um den Gemeinden gleichwohl die Möglichkeit einzuräumen, die Abstandsflächentiefen der Musterbauordnungen auf freiwilliger Basis zu erproben, wurde mit Art. 6 Abs. 7 BayBO die sog. abstandsflächenrechtliche Experimentierklausel eingeführt. Diese Experimentierklausel gestattet den Gemeinden, das neue Abstandsflächenrecht der Musterbauordnung für ihr Gemeindegebiet oder Teile hiervon, durch Satzung zur Anwendung gelangen zu lassen.³⁷⁹ Diese Satzung ist jedoch keine örtliche Bauvorschrift im Sinn von Art. 81 Abs. 1 BayBO mit der Folge, dass die Satzung (und damit das „neue“ Abstandsflächenrecht) auch nicht im Rahmen des vereinfachten Baugenehmigungsverfahrens überprüft wird (vgl. Art. 59 Abs. 1 Nr. 1 BayBO).³⁸⁰ Die Gemeinde kann durch eine Satzung auf Grundlage von Art. 6 Abs. 7 BayBO zum neuen Abstandsflächenrecht optieren, ist dann jedoch gehalten, neben den reduzierten Abstandsflächentiefen auch die Berechnungsmethode für die Abstandsflächen zu übernehmen. Hierbei handelt es sich um ein „Alles-oder-Nichts-Prinzip“.³⁸¹

Laut der Begründung zum Gesetzentwurf könne die mit der Wahlmöglichkeit des Art. 6 Abs. 7 BayBO verbundene tendenzielle Rechtszersplitterung in Kauf genommen werden, da die Gemeinden auch seit jeher und künftig unverändert, durch örtliche Bauvorschriften abweichende Abstands-

378 LT-Drs. 15/7161 (Bayern), S. 42.

379 *Molodowsky*, in: Koch/Molodowsky/Famers, BayBO, Art. 6, Rn. 200.

380 LT-Drs. 15/7161 (Bayern), S. 42.

381 *Dirnberger*, Die neue Bayerische Bauordnung 2008, S. 6; *Molodowsky*, in: Koch/Molodowsky/Famers, BayBO, Art. 6, Rn. 200.

für die Länder, welche die Abstandsflächentiefen der Musterbauordnung aus dem Jahr 2002 übernommen bzw. zuvor schon eingeführt haben als auch für jene, die abweichend von § 6 Abs. 5 MBO unverändert höhere Abstandsflächentiefen vorschreiben.

II. Inhalt der Schutzziele

Im Weiteren wird der Inhalt der durch das Abstandsflächenrecht verfolgten Schutzziele untersucht.

1. Belichtung und Besonnung

Unter Belichtung wird die Versorgung der Gebäude und nicht bebauten Flächen mit Tageslicht auch bei bedecktem Himmel verstanden.⁴⁰⁶ Im Gegensatz dazu ist Besonnung die Versorgung mit direkter Sonnenstrahlung.⁴⁰⁷ Belichtung und Besonnung lassen sich insofern voneinander abgrenzen, dass es sich bei Belichtung um ungerichtetes diffuses Licht, bei Besonnung um direkte Sonneneinstrahlung handelt.⁴⁰⁸ Zum Teil wird bezweifelt, ob die Besonnung durch das derzeitige Abstandsflächenrecht überhaupt effektiv sichergestellt werden kann, da dieses die Himmelsrichtung der Gebäude nicht berücksichtigt.⁴⁰⁹ Dieser Einwand ist zwar berechtigt, da die Besonnung von Räumen effektiv nur durch eine Orientierung am Stand und Verlauf der Sonne sichergestellt werden kann. Gleichwohl sorgen die Abstandsflächen zumindest an sonnigen Gebäudewänden für eine Besonnung der Räume. Aufgrund dessen wird sowohl die Belichtung als auch die Besonnung zu Recht als Schutzziel des Abstandsflächenrechts angesehen.⁴¹⁰

406 *Boeddinghaus*, UPR 1991, 281; *Boeddinghaus*, Abstandsflächen im Bauordnungsrecht Bayern, S. 25.

407 *Boeddinghaus*, UPR 1991, 281.

408 *Boeddinghaus*, UPR 1991, 281.

409 *Boeddinghaus*, BauR 2001, 736; *Boeddinghaus*, ZfBR 2003, 738, 740.

410 *BVerwG*, BRS, Bd. 46, Nr. 176; *BVerwG*, BRS, Bd. 55, Nr.110; *OVG Münster*, BauR 1996, 835; *Schenk*, in: Reichel/Schulte, Handbuch Bauordnungsrecht, Kap. 3, Rn. 38; *Finkelnburg/Orloff*, Öffentliches Baurecht, Bd. II., S. 29; *Lindorf*, in: Große-Suchsdorf/Lindorf/Schmaltz/Wiechert, NBauO, § 7, Rn 6; *Dhom*, in: Simon/Busse, BayBO, Art. 6, Rn. 1; *Molodowsky*, in: Koch/Molodowsky/Famers, BayBO, Art. 6, Rn. 4; *Reimus/Semner/Langer*, BauO Brandenburg, § 6, Rn. 3.

2. Belüftung

Ebenso wie die Belichtung und Besonnung ist die Belüftung der Räume seit jeher als klassisches Regelungsziel des Abstandsflächenrechts anerkannt.⁴¹¹ In Art. 6 Abs. 5 Satz 3 BayBO ist dies ausdrücklich genannt. Dass durch Gebäudeabstände die Belüftung sichergestellt werden soll, geht historisch auf Überlegungen des deutschen Vereins für öffentliche Gesundheitspflege zurück. In dessen zweiter Versammlung im Jahr 1874 wurde von *Stadtbaumeister von Haselberg* die Forderung erhoben, „der Raum oberhalb der Diagonale des Quadrats müsse von allen Bauwerken frei bleiben.“⁴¹² Nur dann sei die den damaligen Baupolizeiordnungen zu Grunde liegende Prämisse begründet, wonach Wohnungen Licht und Luft haben sollen.⁴¹³ Stadtbaumeister von Haselberg forderte seinerzeit konkret, dass die Höhe der Häuser nicht größer sein solle als das Maß der Straßenbreite.

Auch gegen das Schutzziel der Belüftung wird teilweise eingewendet, dass diese durch das Abstandsflächenrecht nicht effektiv gewährleistet werde und damit nicht als „vorrangiges Ziel des Abstandsflächenrechts“⁴¹⁴ angesehen werden könne. Es wird generell bezweifelt, ob die Frischluftzufuhr durch eine verdichtete Bebauung beeinträchtigt werden könne. Zugegebenermaßen ist es schwer vorstellbar, dass ein Gebäude einem anderen im physischen Sinn die Luft wegnimmt.⁴¹⁵ Hinzu kommt, dass die Bauordnungen selbst den Einsatz von Lüftungsanlagen vorsehen, um die Belüftung in den Räumen zu gewährleisten.⁴¹⁶ Die Tatsache, dass die Belüftung in den Räumen regelmäßig auch durch lüftungstechnische Maßnahmen verbessert werden kann, zeigt jedoch lediglich, dass der Belang

411 *BVerwG*, BRS, Bd. 46, Nr. 176; *BVerwG*, BRS, Bd. 55, Nr. 110; *Schenk*, in: Reichel/Schulte, Handbuch Bauordnungsrecht, Kap. 3, Rn. 38; *Finkelnburg/Ortloff*, Öffentliches Baurecht, Bd. II., S. 29; *Lindorf*, in: Große-Suchsdorf/ Lindorf/Schmaltz/ Wiechert, NBauO, § 7, Rn 6; *Dhom*, in: Simon/Busse, BayBO, Art. 6, Rn. 1; *Molodowsky*, in: Koch/Molodowsky/Famers, BayBO, Art. 6, Rn. 4; *Reimus/Semtner/Langer*, BauO Brandenburg, § 6, Rn. 3; *Temme/Heintz*, BauO NRW Abstandsflächen und Abstände, Rn. 17.

412 Siehe näher hierzu *Boeddinghaus*, ZfBR 2003, 738, 741.

413 Vgl. *Baltz*, Preußisches Baupolizeirecht, § 5, Ziff. 1, S. 273; v. *Englert*, Die bayerische Bauordnung v. 17. Februar 1901/3. August 1910, § 49, Ziff. 5 b), S. 103.

414 So *Temme/Heintz*, BauO NRW Abstandsflächen und Abstände, Rn. 17; ähnlich *Boeddinghaus*, ZfBR 2003, 738, 742.

415 *Boeddinghaus*, ZfBR 2003, 738, 742.

416 § 41 MBO; § 31 LBO BW; Art. 39 BayBO; § 41 BauO Bln; § 40 BremLBO; § 40 HBauO; § 36 HBO; § 41 LBauO M-V; § 39 NBauO; § 42 BauO NRW; § 40 LBauO RhPf; § 40 LBO Saarl; § 41 SächsBO; § 40 BauO LSA; § 44 LBO SH; § 39 ThürBO.

III. Belichtung und Besonnung

Vergleichsweise schwierig ist die Einordnung des Abstandsflächenrechts hingegen unter dem Aspekt der Belichtung und Besonnung. Unbestritten kommt diesen Schutzziele Gesundheitsrelevanz zu. Ob sie hingegen der Gefahrenabwehr zugeordnet werden können, soll im Folgenden untersucht werden.

1. Licht und Gesundheit – Zum Stand der medizinischen Forschung

Bereits seit Hippokrates (460 – 370 v. Chr.) ist bekannt, dass Licht Auswirkungen auf die menschliche Gesundheit hat. Dieser äußerte, dass „Bewohner von sonnigen Regionen einen positiveren Charakter haben, fröhlicher seien und seltener von Krankheiten heimgesucht werden.“⁴⁴¹ Die Auswirkungen des Lichts auf die Gesundheit sind vielfältiger Natur. Es ist anerkannt, dass Winterdepressionen infolge Lichtmangels entstehen können und sich auch wieder allein mit natürlichem Licht therapieren lassen.⁴⁴² Des Weiteren wird derzeit die Wirkung von unzureichender Belichtung auf die Entstehung von Krebserkrankungen diskutiert, da die Produktion des Hormons Melatonin wesentlich durch Lichtzufuhr beeinflusst wird und dieses Hormon Einfluss auf die Karzinombildung hat.⁴⁴³ Für Schichtarbeiter ist beispielsweise erwiesen, dass diese vermehrt an Schlafproblemen und Appetit- und Verdauungsstörungen leiden.⁴⁴⁴

Dementsprechend werden von der Wissenschaft Forderungen laut, dass die Mindestwerte der Beleuchtungsstärke in Räumen nicht unter 1000 lx und idealerweise bei 2000 – 4000 lx liegen sollten.⁴⁴⁵ Zwar nicht im Hinblick auf die Beleuchtungsstärke, aber auf den sog. Tageslichtquotienten setzt die Normenreihe DIN 5034 („Tageslicht in Innenräumen“) Maßstäbe und enthält Vorgaben zur Planung des Verbaugungswinkels, der Raumhöhe und der

441 Vgl. „Die Umwelt (Über Lüfte, Gewässer und Örtlichkeiten)“, in: H. Diller (Hrsg.), Hippokrates Schriften, S. 99.

442 So *Fachverband Tageslicht und Rauchschtutz e. V.*, Tageslicht/Aspekte/Aus Sicht des Mediziners, http://fvlr.de/tag_sichtmedizin.htm.

443 *Schobersberger/Gufler/Hoffmann*, Wieviel Licht braucht der Mensch? – Bedeutung von Licht für die Gesundheit, S. 2.

444 Vgl. *Schobersberger/Gufler/Hoffmann*, Wieviel Licht braucht der Mensch? – Bedeutung von Licht für die Gesundheit, S. 4 m.w.N.

445 *Müller*, Bauen mit Licht – Lichtqualität in Räumen, S. 15.

II. Abweichende Abstandsflächentiefen durch Bebauungsplan

1. Normierung des Vorrangs bauleitplanerischer Festsetzungen durch die Landesbauordnungen

Inwieweit durch Bebauungsplan festgesetzte Gebäudeabstände dem Abstandsflächenrecht vorgehen, wird von den Landesbauordnungen hingegen unterschiedlich geregelt. Dies betrifft die Frage, ob und inwieweit die Gemeinden bei der Aufstellung von Bauleitplänen an das landesrechtliche Abstandsflächenregime gebunden sind. Lediglich die Bauordnungen von Bayern, Bremen, Hamburg, Hessen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz und des Saarlands normieren den Vorrang von abweichenden Abstandsflächentiefen durch Bebauungspläne oder anderen städtebaulichen Satzungen.⁴⁸⁰ Dieser Vorrang gilt sowohl für geringere als auch für erweiterte Gebäudeabstände. Aus verfassungsrechtlichen Gründen bestehen gegen den Rückzug des Landesrechts zu Gunsten der gemeindlichen Rechtsetzung keine Bedenken. Die Landesgesetzgeber können den Geltungsanspruch ihrer Regelungen gegenüber bauplanungsrechtlichen Festsetzungen nach eigenen Vorstellungen begrenzen.⁴⁸¹

Für die genannten Landesbauordnungen gilt dies jedoch nicht, wenn abweichende Gebäudeabstände nicht von städtebaulichen Satzungen, sondern lediglich aufgrund der Planersatzvorschrift des § 34 Abs. 1 BauGB gefordert werden. Grund hierfür ist, dass diese Bauordnungen nur den Vorrang von „städtebaulichen Satzungen“ vorsehen. Wäre ein Vorrang auch im unbepflanzten Gebiet angedeutet worden, wäre es nahe gelegen, die Gesetzgeber hätten anstelle von „städtebauliche Satzungen“, die bekannte Wendung „planungsrechtliche Vorschriften“ gebraucht. Ein Bauwerber hat demnach – vorbehaltlich einer behördlich genehmigten Abweichung – auch die Vorgaben des landesrechtlichen Abstandsflächenrechts zu beachten.

480 Art. 6 Abs. 5 Satz 3 BayBO; § 6 Abs. 9 BremLBO; § 6 Abs. 8 HBauO; § 6 Abs. 11 HBO; § 6 Abs. 1 BauO NRW; § 8 Abs. 11 LBauO RhPF; § 8 Abs. 3 LBO Saarl.

481 *BVerwG*, DVBl. 1990, 364; *Hornmann*, HBO, § 6, Rn. 168.

2. Keine Normierung des Vorrangs bauleitplanerischer Festsetzungen

Der verbleibende Teil der Landesbauordnungen sieht einen Vorrang von Festsetzungen in einem Bebauungsplan nicht ausdrücklich vor. In diesen Bundesländern trifft die von der herrschenden Auffassung vertretene gleichrangige Geltung des landesrechtlichen Abstandsflächenrechts und des bundesrechtlichen Bauplanungsrechts zu, mit der Folge, dass die Kommunen durch bauleitplanerische Festsetzungen nicht über das landesrechtliche Abstandsflächenrecht disponieren können.⁴⁸² In diesen Kollisionsfällen kann ein planungsrechtlich zulässiges Vorhaben bauordnungsrechtlich unzulässig sein und umgekehrt. Den Gemeinden verbleibt es damit, im Verhältnis zum Abstandsflächenrecht größere Gebäudeabstände festzusetzen, wohingegen die Festsetzung von geringeren Gebäudeabständen im Ergebnis wirkungslos ist. Dies entspricht der gesetzgeberischen Intention,⁴⁸³ wonach das neue, deregulierte Abstandsflächenrecht nur noch einen „bauordnungsrechtlich zu sichernden Mindeststandard“ gewährt und größere Gebäudeabstände durch bauleitplanerische Festsetzungen ausdrücklich zulässt.⁴⁸⁴ Die Gemeinden sind damit bei der Vergrößerung der Gebäudeabstände – durch Festsetzungen nach § 9 Abs. 1 Nr. 2, 2 a BauGB – auch ohne ausdrückliche landesgesetzliche Regelung, nicht durch das Abstandsflächenrecht gehindert.

Die parallele Geltung von Landesrecht und städtebaulichen Satzungen folgt neben der Unberührtheitsklausel des § 29 Abs. 2 BauGB auch aus der Tatsache, dass ein Bebauungsplan trotz bundesrechtlicher Rechtsgrundlage eine kommunale Satzung ist, die normenhierarchisch dem Landesrecht zugerechnet wird.⁴⁸⁵ Eine kommunale Satzung ist formellen Parlamentsgesetzen aufgrund der grundgesetzlich vorgegebenen Normenhierarchie

482 *BayVerfGH*, BayVBl. 1967, 21; *BVerwG*, DVBl. 1970, 830; *VGH München*, BayVBl. 1987, 337; *BVerwG*, NVwZ 1990, 361; *VGH Mannheim*, ZfBR 1995, 221; *Weyreuther*, BauR 1972, 1; *Jäde*, BayVBl. 2000, 481; *Gierke*, in: Brügelmann, BauGB, § 9, Rn. 107; *Bielenberg*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauNVO, § 22, Rn. 3, § 23, Rn. 14, 15; *Molodowsky*, in: Koch/Molodowsky/Famers, BayBO, Art. 6, Rn. 12; *Dhom*, in: Simon/Busse, BayBO, Art. 6, Rn. 28; hiergegen *Manssen*, Stadtgestaltung durch örtliche Bauvorschriften, S. 100, wonach die Bauleitplanung gegenüber dem Bauordnungsrecht eine institutionelle Vorrangstellung habe; so im Ergebnis auch *Haaß*, NVwZ 2008, 252, 256.

483 Musterbauordnung (MBO) -Begründung der Fassung November 2002-, S. 19, 20.

484 *Temme/Heintz*, BauO NRW Abstandsflächen und Abstände, Rn. 24.

485 *VGH München*, BayVBl. 2001, 83, 84; *Dreier*, in: Dreier, GG, Art. 31, Rn. 35.

Drittes Kapitel: Normierung abweichender Abstandsflächen und Abstände durch Bauleitpläne und örtliche Bauvorschriften

A. Möglichkeiten der Gemeinden zur Modifizierung des Abstandsflächenrechts

In den meisten Bundesländern können die Kommunen das Abstandsflächenrecht der Landesbauordnungen auf Grundlage zweier Satzungsermächtigungen modifizieren. Neben den bauplanerischen Festsetzungsinstrumentarien über die Bauweise, Baulinien, überbaubare Grundstücksflächen⁵¹⁴ und neuerdings auch über abweichende Abstandsflächen⁵¹⁵ steht den Gemeinden auch der Erlass von örtlichen Bauvorschriften offen.⁵¹⁶ Lediglich die Bauordnungen von Niedersachsen, Berlin und Hamburg sehen keine Normierung von abweichenden Abstandsflächentiefen durch örtliche Bauvorschriften vor.⁵¹⁷ Im aktuellen Gesetzentwurf der Schleswig-Holsteinischen Landesregierung ist vorgesehen, die in § 92 Abs. 1 Nr. 4 LBO SH enthaltene Ermächtigung zu streichen.⁵¹⁸ Als Grund hierfür wird lediglich auf die neue Festsetzungsmöglichkeit des § 9 Abs. 1 Nr. 2 a BauGB verwiesen; kompetenzrechtliche Erwägungen werden hingegen nicht angeführt. Unterschiede zwischen den Ländern bestehen auch hinsichtlich des Regelungsumfangs. Während die meisten gesetzlichen Ermächtigungen sowohl die Verringerung als auch die Erweiterung gestatten, sehen manche Länder⁵¹⁹ nur die Normierung von geringeren Tiefen vor.

Zunächst sollen die länderspezifischen Eigenheiten des bei Normerlass zu beachtenden Verfahrens dargestellt und dem Verfahren zur Bauleitplanung gegenübergestellt werden. Hierbei wird das unter dem Begriff „Ersatzbau-

514 § 9 Abs. 1 Nr. 2 BauGB.

515 § 9 Abs. 1 Nr. 2 a BauGB.

516 § 86 Abs. 1 Nr. 6 MBO, § 74 Abs. 1 Nr. 6 LBO BW, § 81 Abs. 1 Nr. 5 BayBO, § 81 Abs. 2 BbgBO, § 87 Abs. 1 Nr. 6 BremLBO, § 81 Abs. 1 Nr. 6 HBO, § 86 Abs. 1 Nr. 6 LBauO M-V, § 81 Abs. 1 Nr. 6 BauO NRW, § 88 Abs. 1 Nr. 4 LBauO RhPf, § 85 Abs. 1 Nr. 5 LBO Saarl, § 89 Abs. 1 Nr. 5 SächsBO, § 85 Abs. 1 Nr. 3 BauO LSA, § 92 Abs. 1 Nr. 4 LBO SH, § 83 Abs. 1 Nr. 5 ThürBO.

517 Die Berliner Bauordnung enthält generell keine Ermächtigung zum Erlass von örtlichen Bauvorschriften.

518 LT-Drs. 16/1675 (Schleswig-Holstein), S. 289.

519 § 86 Abs. 1 Nr. 6 BauO NRW; § 85 Abs. 1 Nr. 5 LBO Saarl.

leitplanung“ bekannte Problem deutlich, nämlich, dass die vergleichsweise aufwändigen Verfahrensstandards der Bauleitplanung bei Erlass einer örtlichen Bauvorschrift regelmäßig nicht eingehalten werden müssen. Dies sind die praktischen Auswirkungen der parallelen Ermächtigung der Gemeinden durch Bund und Länder.

B. Normerlassverfahren bei örtlichen Bauvorschriften und Bauleitplänen

Bauleitplanung und örtliche Bauvorschriften unterscheiden sich aus planungspraktischer Sicht insbesondere durch die unterschiedlichen Normerlassverfahren. Diese sollen nachfolgend unter Berücksichtigung der Normierung von abweichenden Abstandsflächen gegenübergestellt werden. In einem weiteren Schritt wird untersucht, inwieweit die Gemeinden bei der Auswahl des Verfahrens Ermessensbindungen unterworfen sind.

I. Gegenüberstellung der Normerlassverfahren

Den Gemeinden stehen *de lege lata* insgesamt drei verschiedene Regelungsarten und damit Verfahren zur Normierung abweichender Abstandsflächen und Abstände zur Verfügung. Dies ist der Bebauungsplan, die örtliche Bauvorschrift als einfache Satzung sowie die in einen Bebauungsplan integrierte örtliche Bauvorschrift. Die letztgenannte Variante nimmt hierbei eine Art Zwitterstellung ein.

1. Erlass von Bauleitplänen

Bauleitpläne werden von den Gemeinden als Satzung⁵²⁰ im eigenen Wirkungskreis⁵²¹ erlassen.⁵²² Das Verfahren zur Aufstellung von Bauleit-

520 § 10 Abs. 1 BauGB.

521 § 2 Abs. 1 Satz 1 BauGB, vgl. hierzu BVerfGE 51, 6, 13; BVerfGE 56, 298, 310; BVerwGE 81, 95, 106; BVerwGE 84, 209, 214; *Battis*, in: *Battis/Krautzberger/Löhr*, BauGB, § 2, Rn. 1; *Erbguth/Wagner*, Grundzüge des öffentlichen Baurechts, S. 14; *Finkelburg/Orloff*, Öffentliches Baurecht, Bd. I., S. 26.

522 In den Stadtstaaten Berlin und Hamburg ergehen Bebauungspläne als Rechtsverordnung, vgl. § 246 Abs. 2 BauGB i.V.m. § 4 Abs. 5 BerlAG-BauGB, § 3 Abs. 1 des Hamburgischen Gesetzes über die Feststellung von Bauleitplänen und ihre Sicherung i.d.F. v. 30.11.1999 (GVBl. S. 271), vgl. hierzu *Krautzberger*, in: *Battis/Krautzberger/Löhr*, BauGB, § 246, Rn. 4.

plänen⁵²³ ist im Wesentlichen in den §§ 1–13 a BauGB geregelt. Soweit das Verfahren im Baugesetzbuch nicht vorgeschrieben ist, sind die Gemeindeordnungen und Kommunalverfassungen der Länder beachtlich.⁵²⁴ Mit dem vergleichsweise aufwändigen Bebauungsplanverfahren wird jedoch kein Selbstzweck verfolgt, sondern es ist darauf angelegt, die planerische Abwägung⁵²⁵ sachgerecht und umfassend vorzubereiten.⁵²⁶ Das Bebauungsplanverfahren ist durch eine aktive Mitwirkung der Öffentlichkeit und der Behörden charakterisiert. Dies beinhaltet, dass sich die Gemeinde als Trägerin der Bauleitplanung mit den Erkenntnissen, die sich aus dem Aufstellungsverfahren ergeben, ernsthaft und ergebnisoffen auseinandersetzen muss.⁵²⁷ Die gesetzlich normierten Planungsziele und -leitlinien sind von den Gemeinden im Licht des Gebots der nachhaltigen städtebaulichen Entwicklung⁵²⁸ zu berücksichtigen.⁵²⁹

Der Bebauungsplan als verbindlicher Bauleitplan ist grundsätzlich aus dem vorbereitenden Flächennutzungsplan zu entwickeln.⁵³⁰ Im Hinblick auf abstandsflächenrelevante Darstellungen in einem Flächennutzungsplan ist jedoch zu beachten, dass der Flächennutzungsplan im System der zweistufigen Bauleitplanung lediglich ein „grobmaschiges Grundkonzept“ darstellt.⁵³¹ Es ist damit regelmäßig Aufgabe des Bebauungsplans, dieses Raster durch detaillierte Festsetzungen auszufüllen.⁵³² Es ist anerkannt, dass eine Darstellung der überbaubaren Flächen im Flächennutzungsplan nicht möglich ist, wenn und soweit sie nicht mehr durch einen Bebauungsplan konkretisiert werden können.⁵³³ Dies würde der Aufgabe des Flächennutzungsplans widersprechen, da dieser lediglich die Grundzüge der der Bodennutzung darstellen soll. Die Gemeinde hat damit bei der Aufstellung eines Flächennutzungsplans hinreichend Spielraum für einen späteren Be-

523 Bebauungsplan und Flächennutzungsplan, vgl. § 1 Abs. 2 BauGB.

524 Vgl. *Reidt*, in: Gelzer/Bracher/Reidt, Bauplanungsrecht, Rn. 399; *Peine*, Öffentliches Baurecht, Rn. 426.

525 § 1 Abs. 7 BauGB.

526 *Reidt*, in: Gelzer/Bracher/Reidt, Bauplanungsrecht, Rn. 400; *W. Schrödter*, in: Schrödter, BauGB, § 1, Rn. 186 ff.; *Peine*, Öffentliches Baurecht, Rn. 334.

527 Vgl. nur *Reidt*, in: Gelzer/Bracher/Reidt, Bauplanungsrecht, Rn. 400.

528 Vgl. § 1 Abs. 5 BauGB.

529 *Erbguth/Wagner*, Grundzüge des öffentlichen Baurechts, S. 131.

530 § 8 Abs. 2 BauGB.

531 BVerwGE 26, 287, 292; BVerwGE 48, 70, 74; *Jäde*, in: Jäde/Dirnberger/Weiss, BauGB, § 5, Rn. 1; *Söjker*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, § 5, Rn. 6.

532 *W. Schrödter*, in: Schrödter, BauGB, § 5, Rn. 12.

533 So *OVG Saarlouis*, BRS, Bd. 40, Nr. 5.

1. Wahl zwischen einfachen örtlichen Bauvorschriften und Bauleitplänen

Die herrschende Meinung⁶¹¹ betrachtet es lediglich als eine Frage der Zweckmäßigkeit, ob die Gemeinde eine örtliche Bauvorschrift als selbstständige oder integrierte Satzung erlässt. Zweckmäßigkeit bedeutet, dass die Gemeinde keinen rechtlichen Bindungen unterliegt, sondern das Verfahren frei wählen kann. Eine solche Zweckmäßigkeitserwägung kann beispielsweise der räumliche Geltungsbereich einer Regelung sein. Demnach sollen örtliche Bauvorschriften für bestimmte kleinteilige Plangebiete zweckmäßigerweise in einen Bebauungsplan aufgenommen werden, während selbstständige Satzungen für Regelungen über größere Gemeindegebiete vorteilhaft sind.⁶¹²

Demgegenüber vertritt *Manssen*,⁶¹³ dass die Gemeinden bei ihrer Ermessensauswahl gebunden seien und die Wahl des richtigen Verfahrens vom konkreten Koordinationsbedarf abhängen. Bedarf eine Regelung ein erhöhtes Maß an Konfliktbewältigung, müsse sie in einen Bebauungsplan aufgenommen werden. Wenn die Gemeinde in diesem Fall trotzdem nur eine einfache Satzung erlässt, sei diese wegen eines Ermessensfehlers nichtig. Durch das Rechtsinstitut der Ermessensauswahl lasse sich demnach das Problem der Ersatzbauleitplanung lösen.

Es erscheint jedoch zweifelhaft, dass über die Ermessensfehlerlehre eine Umgehung der strengeren Voraussetzungen effektiv verhindert werden kann. Die fehlerhafte Ausübung des gewährten Ermessens führt nur dann zur Nichtigkeit der erlassenen Norm, wenn ein justizialer Ermessensfehler vorliegt. Sofern die Grenze hierzu nicht überschritten ist, liegt kein Ermessensfehler vor. Nachstehend wird dargestellt, ob und in welchen Konstellationen die Gemeinden in der Ausübung ihres Ermessens beschränkt sein können.

611 *VGH München*, BayVBl. 1999, 340; *Decker*, in: Simon/Busse, BayBO, Art. 91, Rn. 303, *Molodowsky*, in: Koch/Molodowsky/Famers, BayBO, Art. 81, Rn. 88; Wolf, BayBO, Art. 81, Rn. 36; *Wiechert*, in: Große-Suchsdorf/Lindorf/Schmaltz/Wiechert, NBauO, § 98, Rn. 5.

612 So *Decker*, in: Simon/Busse, BayBO, Art. 91, Rn. 303.

613 *Manssen*, Stadtgestaltung durch örtliche Bauvorschriften, S. 287 ff.

D. Kompetenzrechtliche Zulässigkeit der landesrechtlichen Satzungsermächtigungen

Die gleichzeitige Existenz identischer landes- und bundesrechtlicher Regelungen wirft die Frage nach deren kompetenzrechtlichen Zulässigkeit auf. Zur Beantwortung müssen zunächst die Regelungen einer Kompetenzmaterie zugeordnet werden.

I. Qualifikation als Bodenrecht i.S.v. Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG

1. § 9 Abs. 1 BauGB (i.V.m. BauNVO)

Bei den vorstehend⁷⁰¹ genannten abstandsrelevanten Festsetzungsmöglichkeiten handelt es sich allesamt um bauplanungsrechtliche Regelungen, die – anknüpfend an die Unmittelbarkeitsformel des Bundesverfassungsgerichts – den Grund und Boden unmittelbar zum Gegenstand rechtlicher Ordnung haben. Den Gemeinden werden durch diese Festsetzungen Instrumentarien zur Verfügung gestellt, um parzellenscharf die Bebauungsdichte zu steuern und städtebauliche Missstände zu verhindern.⁷⁰² Die Zuständigkeit des Bundes hierfür beruht auf der Gesetzgebungskompetenz für das Bodenrecht im Sinne von Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG. Dies ist seit dem Baurechtsgutachten des Bundesverfassungsgerichts allgemeine Auffassung.⁷⁰³ Sie gilt auch und im Besonderen für die zum 1.1.2007 neu geschaffene Möglichkeit des § 9 Abs. 1 Nr. 2 a BauGB, um „vom Bauordnungsrecht abweichende Maße der Tiefe der Abstandsflächen“ festsetzen zu können.⁷⁰⁴

701 Drittes Kapitel C. I. 2.

702 Vgl. hierzu oben Erstes Kapitel B. III. 5. d).

703 Vgl. etwa nur BVerfGE 33, 265, 287; BVerfGE 34, 139, 144; BVerfGE 56, 298, 311; BVerfGE 77, 288, 301; BVerwGE 40, 94, 96; *BVerwG*, DVBl. 1978, 610, 612; *W. Schrödter*, in: Schrödter, BauGB, § 9, Rn. 11; *Stier*, Bau- und Fachplanungsrecht, Rn. 328; *Söfker*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, § 9, Rn. 42; *Peine*, Öffentliches Baurecht, Rn. 293; *Reidt*, in: Gelzer/Bracher/Reidt, Bauplanungsrecht, Rn. 7.

704 *Söfker*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, § 9, Rn. 42.

2. Landesrechtliche Satzungsermächtigungen zur Normierung abweichender Abstandsflächentiefen

Unter Verweis auf die scheinbar unterschiedlichen Regelungsmotive werden die landesrechtlichen Satzungsermächtigungen von den Vertretern des finalen Abgrenzungsmaßstabs nicht als Bodenrecht im Sinne von Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG eingestuft.⁷⁰⁵ Dieser Auffassung ist auch die Bayerische Staatsregierung, die bei Erlass von Art. 91 Abs. 1 Nr. 5 BayBO 1998, der Vorgängerregelung zu Art. 81 Abs. 1 Nr. 6 BayBO, in der Begründung des Gesetzesentwurfes ausführte:

*„Wegen der notwendigen Abgrenzung zur Bauleitplanung und mit- hin zu den durch Bebauungsplan zu treffenden Festsetzungen (etwa über die überbaubaren Grundstücksflächen) waren als allein zuläs- sige Motive und Zwecksetzungen solcher örtlichen Bauvorschriften auf der Grundlage der Bauordnung die Bau- und Ortsbildge- staltung hervorzuheben“.*⁷⁰⁶

Wie die Untersuchung gezeigt hat, ist eine Differenzierung der Normen anhand der Regelungsmotive jedoch nicht möglich. Anknüpfend an die Darstellung im Ersten Kapitel⁷⁰⁷ zeigt sich an diesem Befund die Untaug- lichkeit des finalen Abgrenzungskriteriums. Die gemeindlichen Regelungs- motive beim Erlass von örtlichen Bauvorschriften können von den „städtebaulichen Gründen“ im Sinne von § 9 Abs. 1 BauGB nicht unter- schieden werden. Die in den Landesbauordnungen enthaltenen Satzungser- mächtigungen haben den Grund und Boden unmittelbar zum Regelungsge- genstand. Durch die Regelung von verminderten oder erweiterten Abstandsflächen wird festgelegt, inwieweit das betroffene Grundstück überhaupt baulich genutzt werden kann. Hierdurch kann, identisch zu § 9 Abs. 1 Nr. 2, 2 a BauGB, parzellenscharf die bauliche Nutzung des Grund- stücks bestimmt werden. Zugleich stellt die Regelung ein Instrumentarium zur Verhinderung und Bewältigung städtebaulicher Missstände dar. Die Normen sind aufgrund dessen dem Bauplanungsrecht und damit kompetenzrechtlich dem Bodenrecht im Sinne von Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG zuzuordnen.⁷⁰⁸

705 Decker, in: Simon/Busse, BayBO, Art. 91, Rn. 12; Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielen- berg/Krautzberger, BauGB, § 9, Rn. 42 c; Jäde, ZfBR 2006, 9, 15; Dirnberger, BayGTZ 2005, 160, 165; so im Ergebnis auch VGH München, BayVBl. 2004, 369, 371.

706 LT-Drs. 13/7008 (Bayern), S. 52.

707 Dort B. III. 4.

708 So auch Schönfeld/Numberger, BayVBl. 2000, 678, 680.

II. Erschöpfende Regelung i.S.v. Art. 72 Abs. 1 GG

Die landesrechtlichen Satzungsermächtigungen zur Regelung abweichender Abstandsflächentiefen sind Normen des bodenrechtlichen Bauplanungsrechts innerhalb der Landesbauordnungen. Diese Problematik kann zunächst nicht mit Hilfe von Art. 31 GG gelöst werden, da Art. 31 GG jeweils gültiges Recht voraussetzt. Art. 72 Abs. 1 GG ist insoweit *lex specialis* zu Art. 31 GG.⁷⁰⁹ Es ist deshalb erforderlich, zunächst die kompetenzrechtliche Zulässigkeit der landesrechtlichen Regelungen zu untersuchen.

Ob eine Materie der konkurrierenden Gesetzgebung durch den Bund im Sinn von Art. 72 Abs. 1 GG erschöpfend geregelt wurde, ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts mittels einer „Gesamtwürdigung des betreffenden Normenkomplexes“ zu bestimmen.⁷¹⁰ Es bedarf einer genauen Analyse der jeweiligen bundesrechtlichen Regelung, einschließlich der aus den Gesetzesmaterialien erkennbaren Motive und Intentionen des Gesetzgebers.⁷¹¹ Mithin kann von einer erschöpfenden Regelung i.S.v. Art. 72 Abs. 1 GG gesprochen werden, wenn neben der bundesrechtlichen Regelung kein Raum für eine landesrechtliche Regelung verbleibt.⁷¹² Ist der Regelungsgegenstand einer landesrechtlichen Regelung selbst Gegenstand einer bundesrechtlichen Regelung, ist dies bereits ein starkes Indiz für eine bestehende Sperrwirkung.⁷¹³

1. These der abschließenden Regelung der bodenrechtlichen Festsetzungsmöglichkeiten durch das BauGB

Es entspricht herrschender – allerdings nicht vertieft begründeter – Auffassung, dass der Bund die den Gemeinden zustehenden bodenrechtlichen Festsetzungsmöglichkeiten seit dem Erlass des Bundesbaugesetzes im

709 Vgl. etwa *Umbach/Clemens*, GG, Art. 72, Rn. 10; *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 72, Rn. 11; *Dreier*, in: Dreier, GG, Art. 31, Rn. 19; *Pietzcker*, in: HStR Bd. VI, § 134, Rn. 48 ff.

710 Vgl. BVerfGE 7, 342, 347; BVerfGE 20, 238, 248; BVerfGE 49, 343, 358; BVerfGE 67, 299, 324; BVerfGE 98, 265, 301; BVerfGE 102, 99, 115; *Maunz*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 72, Rn. 14; *Oeter*, in: v.Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 72, Rn. 65; *Umbach/Clemens*, GG, Bd. II, Art. 72, Rn. 13; *Pieroth*, in: Jarras/Pieroth, GG, Art. 72, Rn. 6; *Jarras*, NVwZ 1996, 1041, 1044.

711 BVerfGE 98, 265, 300 „Gesetzesmaterialien“; BVerfGE 102, 99, 115 „den objektivierten Willen des Gesetzgebers“.

712 So plakativ *Maunz*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 72, Rn. 14.

713 *Jarras*, NVwZ 1996, 1041, 1044.

Jahre 1960 materiell wie verfahrensmäßig abschließend und umfassend geregelt hat.⁷¹⁴ Die Gemeinden sind auf den bundesrechtlich normierten Festsetzungskatalog beschränkt. Ihnen steht insofern kein bauplanerisches „Festsetzungsfindungsrecht“ zu. Dies auch dann nicht, wenn eine neuartige Festsetzung grundsätzlich aus städtebaulichen Gründen erforderlich sein könnte.⁷¹⁵ Demzufolge verbleibt für die Landesgesetzgeber aufgrund der erschöpfenden Regelung des § 9 Abs. 1 BauGB kein Raum, um die Gemeinden zu einer abweichenden Normierung von Abstandsflächentiefen zu ermächtigen. Dieses Ergebnis ist zutreffend und stützt sich durch die folgenden Erwägungen:

2. Bundesrechtliche Regelung der Sachfrage

Der Bund hat mit den Festsetzungsinstrumentarien des § 9 Abs. 1 Nr. 2 BauGB umfassende Möglichkeiten geschaffen, um die Gebäudeabstände modifizieren zu können. Mit § 9 Abs. 1 Nr. 2 a BauGB wurde den Gemeinden daneben ein festsetzungstechnisch einfacheres Planungsinstrument zur Normierung abweichender Gebäudeabstände zur Verfügung gestellt.

Ein sachlicher Unterschied zu den landesrechtlichen Satzungsermächtigungen ist in keiner Hinsicht auszumachen. Der Bund hat diese Sachfrage („Modifizierung der landesrechtlich vorgegebenen Gebäudeabstände“) positiv und umfassend, mithin erschöpfend, geregelt. Materiell stimmen die landesrechtlichen Satzungsermächtigungen vollständig mit Bundesrecht überein. Die Übereinstimmung besteht im Hinblick auf Tatbestand⁷¹⁶ und Regelungsfolge, wohingegen die jeweils bei Normerlass zu beachtenden Verfahrensvorschriften erheblich voneinander divergieren. Deshalb handelt es sich auch nur in materieller Hinsicht um eine das Bundesrecht wiederholende Regelung. Hierauf kommt es jedoch nicht entscheidend an, da auch eine vollständige Wiederholung und Übereinstimmung in materieller

714 BVerwGE 55, 272, 277; BVerwG, NVwZ 1991, 874; BVerwG, NVwZ 2000, 1169; BVerfGE 77, 288, 301; VGH München, BayVBl. 2004, 369, 370, BayVerfGH, BayVBl. 2004, 559; VGH München, BayVBl. 2005, 759, 760; OVG Münster, BRS, Bd. 17, Nr. 77; VG Gießen, NVwZ-RR 2007, 237, 238; Jäde, in: Jäde/Dimberger/Weiss, BauGB, § 9, Rn. 2; W. Schrödter, in: Schrödter, BauGB, § 9, Rn. 11; Söffker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, § 9, Rn. 8; Decker, in: Simon/Busse, BayBO, Art. 91, Rn. 10; Degenhart, in: Sachs, GG, Art. 74, Rn. 75; Umbach/Clemens, GG, Bd. II, Art. 74, Rn. 106; Stettner, in: Dreier, GG, Art. 74, Rn. 86; Pieroth, in: Jarras/Pieroth, GG, Art. 72, Rn. 8; Hoppe/Bönker, DVBl. 1996, 585, 586.

715 So BVerwG, NVwZ 1992, 879, 880; BVerwGE 92, 56, 62; BVerwGE 94, 151, 154; BVerwG, NVwZ 1995, 696, 697.

716 Hier Regelungsmotive.

Literaturverzeichnis

Achterberg, Norbert: Die Annex-Kompetenz, DÖV 1966, 695 ff.

ders./Püttner, Günter/Würtenberger, Thomas (Hrsg.): Besonderes Verwaltungsrecht, Band I, 2. Aufl., Heidelberg 2000 (zitiert: Bearbeiter, in: Achterberg/Püttner/Würtenberger, BesVerwR I).

Anschütz, Gerhard: Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919, 14. Aufl., Berlin 1933, unveränderter fotomechanischer Nachdruck, Bad Homburg 1960.

Badura, Peter: Staatsrecht, 3. Aufl., München 2003.

Baltz, Constanz: Preußisches Baupolizeirecht, 4. Aufl., Berlin 1910.

Bartlsperger, Richard: Denkmalschutz zwischen staatlicher Fachverwaltung und städtebaulicher Planifizierung, DVBl. 1981, 284 ff.

ders.: Die öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkung im situationsbedingten Gemeinschaftsinteresse, DVBl. 2003, 1473 ff.

Battis, Ulrich/Krautzberger, Michael/Löhr, Rolf-Peter: Baugesetzbuch, Kommentar, 10. Aufl. München 2007 (zitiert: Bearbeiter, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB).

Bauer, Daniela: Rechtliche und tatsächliche Bedeutung der Generalklausel im Bauordnungsrecht, Diss. München 1981.

Bayerischer Landtag (Hrsg.): Reform des Föderalismus – Stärkung der Landesparlamente, Beiträge zum Parlamentarismus, Band 14, München 2002.

Blümel, Willi: Fachplanung durch Bundesgesetz (Legalplanung), DVBl. 1997, 205 ff.

Blumenbach, Martin/Groschupf, Otto: Kommentar zur Niedersächsischen Bauordnung, Stuttgart 1977 (zitiert: Bearbeiter, in: Blumenbach/Groschupf, NBauO).

Boeddinghaus, Gerhard: Konfliktbewältigung bei der Bestimmung von Gebäudeabständen in der Bauleitplanung, UPR 1986, 3 ff.

ders.: Tagesbelichtung als Umweltbelang im Spannungsfeld zwischen bauordnungsrechtlichen und bauplanungsrechtlichen Regelungen, UPR 1991, 281 ff.

ders.: Probleme mit der Gestaltung des Ortsbilds nach den bundesrechtlichen und landesrechtlichen Vorschriften, BauR 2001, 1675 ff.

Rechtswissenschaften

Herausgegeben von

Prof. Dr. Thomas Küffner
küffner maunz langer zugmaier, München

- Band 73: Christian Konle: **Makrokriminalität im Rahmen der jugoslawischen Sezessionskriege** ·
Kriminologische Untersuchungen der von serbischer Seite in Bosnien-Herzegowina und Kroatien
verübten Menschenrechtsverletzungen
2010 · 300 Seiten · ISBN 978-3-8316-0943-7
- Band 72: Ludger Schult: **Solvenzschutz der GmbH durch Existenzvernichtungs- und
Insolvenzverursachungshaftung**
2009 · 294 Seiten · ISBN 978-3-8316-0928-4
- Band 71: Florian August Forst: **Stellung der Gesellschafter bei Kapitalunterdeckungen in der Vor-GmbH**
2009 · 188 Seiten · ISBN 978-3-8316-0920-8
- Band 70: Peter Stiel: **Leistungsstörungen bei Lizenzverträgen aus Sicht des europäischen Rechts**
2009 · 310 Seiten · ISBN 978-3-8316-0911-6
- Band 69: Udo Krauthausen: **Die Moralphilosophie des David Hume und ihre Aktualität in der
Rechtsphilosophie**
2009 · 228 Seiten · ISBN 978-3-8316-0907-9
- Band 68: Veit Schmelzle: **Abstände und Abstandsflächen im Spannungsfeld von Bauordnungsrecht und
Bauplanungsrecht**
2009 · 165 Seiten · ISBN 978-3-8316-0887-4
- Band 67: Pen-Tien LIN: **Bibliografie zur Rechtsgeschichte Chinas**
2009 · 218 Seiten · ISBN 978-3-8316-0881-2
- Band 66: Stephan Fackler: **Fernsehen und Glücksspiel**
2009 · 250 Seiten · ISBN 978-3-8316-0856-0
- Band 65: Lars Christian Berster: **Die völkerstrafrechtliche Unterlassungsverantwortlichkeit**
2008 · 300 Seiten · ISBN 978-3-8316-0852-2
- Band 64: Georg Steinberg (Hrsg.): **Recht und Macht** · Festschrift für Hinrich Rüping
2008 · 420 Seiten · ISBN 978-3-8316-0850-8
- Band 63: Beatrice Lederer: **Quo vadis Bildberichterstattung?** · Eine Standortbestimmung im Spannungsfeld
zwischen nationaler und europäischer Rechtsprechung
2008 · 238 Seiten · ISBN 978-3-8316-0837-9
- Band 62: Monika Hausmann: **Die Reaktion auf Willensmängel beim Arbeitsvertragsschluss**
2008 · 348 Seiten · ISBN 978-3-8316-0809-6
- Band 61: Rechtsanwalt Markus Hoffmann: **Mehrfachschutz geistigen Eigentums im deutschen Rechtssystem**
2008 · 250 Seiten · ISBN 978-3-8316-0806-5

- Band 60: Markus Otto: **Individualkontrollrechte des GmbH-Gesellschafters – eine rechtsvergleichende Studie des deutschen und österreichischen GmbH-Rechts**
2008 · 160 Seiten · ISBN 978-3-8316-0801-0
- Band 59: Antje Pres: **Das studentische Arbeitsverhältnis** · unter besonderer Berücksichtigung spezifischer Befristungsmöglichkeiten
2008 · 164 Seiten · ISBN 978-3-8316-0782-2
- Band 58: Birgit Reinisch: **Das nicht eingetragene Gemeinschaftsgeschmacksmuster und sein Verhältnis zum ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz**
2008 · 228 Seiten · ISBN 978-3-8316-0781-5
- Band 57: Matthäus Schindele: **Der Grundsatz der Prospektverständlichkeit am Beispiel des Börsenzulassungsprospekts für den amtlichen Markt** · – eine Studie zur deutschen und US-amerikanischen Rechtslage
2007 · 230 Seiten · ISBN 978-3-8316-0742-6
- Band 56: Christian Link: **Telemedizinische Anwendungen in Deutschland und in Frankreich** · Eine rechtsvergleichende Untersuchung der Grundlagen und des Haftungsgefüges sowie des Internationalen Privatrechts – mit Zusammenfassung in französischer Sprache
2007 · 560 Seiten · ISBN 978-3-8316-0731-0
- Band 55: Julia Nobbe: **Das Günstigkeitsprinzip im Verbrauchervertragsrecht**
2007 · 356 Seiten · ISBN 978-3-8316-0722-8
- Band 54: Alain Robbe-Grillet: **Planmäßige Sanierung nach französischem und nach deutschem Insolvenzrecht** · Eine rechtsvergleichende Untersuchung unter Berücksichtigung der französischen Insolvenzrechtsreform von 2005
2007 · 408 Seiten · ISBN 978-3-8316-0721-1
- Band 53: Heinz-Gerd Horlemann: **Die Besteuerung von Alterseinkünften in Deutschland – ein Modell für Europa?**
2007 · 180 Seiten · ISBN 978-3-8316-0712-9
- Band 52: Nadja Bauer: **Der Gewinnabschöpfungsanspruch der Verbände nach § 10 UWG**
2006 · 280 Seiten · ISBN 978-3-8316-0658-0
- Band 51: Sofia Stathouli: **Die Haftung des Verkäufers für Sachmängel und Falschlieferung nach dem Wiener Übereinkommen über den internationalen Warenkauf unter Berücksichtigung des deutschen und griechischen Rechts**
2006 · 448 Seiten · ISBN 978-3-8316-0634-4
- Band 50: Monika Ackermann: **Die Rechtsbehelfe des Verletzten gegen die negative Anklageentscheidung des Staatsanwaltes in den USA** · Rechtslage und Reformbestrebungen
2006 · 192 Seiten · ISBN 978-3-8316-0617-7
- Band 49: Babette Steinbauer: **Reorganisation in der Energiewirtschaft (»unbundling«) und deren arbeitsrechtliche Folgen**
2006 · 260 Seiten · ISBN 978-3-8316-0606-1

Erhältlich im Buchhandel oder direkt beim Verlag:
Herbert Utz Verlag GmbH, München
089-277791-00 · info@utzverlag.de

Gesamtverzeichnis mit mehr als 3000 lieferbaren Titeln: www.utzverlag.de