

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 404

Rechtsgüterschutz durch Bauordnungsrecht

Von

Bernd H. Schulte



Duncker & Humblot · Berlin

BERND H. SCHULTE

Rechtsgüterschutz durch Bauordnungsrecht

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 404

Rechtsgüterschutz durch Bauordnungsrecht

Von

Dr. Bernd H. Schulte



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

Alle Rechte vorbehalten
© 1982 Duncker & Humblot, Berlin 41
Gedruckt 1982 bei Buchdruckerei A. Sayffaerth - E. L. Krohn, Berlin 61
Printed in Germany
ISBN 3 428 05059 2

Vorwort

Die Abhandlung lag dem Fachbereich Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin im Sommersemester 1981 als Dissertation vor. Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur wurden bis Juni 1980 berücksichtigt.

Herrn Prof. Dr. *Wilhelm Dittus* danke ich dafür, daß er mir freundlicherweise schwer zugängliche Dokumente der jüngeren Baurechtsgeschichte aus seinem Privatarchiv zur Einsichtnahme überlassen hat.

Mein besonderer Dank gilt Herrn Prof. Dr. *Dieter Wilke* für die Förderung meiner Dissertation und für die mehrjährige Zusammenarbeit am Institut für Staatslehre, Staats- und Verwaltungsrecht der Freien Universität Berlin.

Lingen-Laxten im Oktober 1981

Bernd H. Schulte

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	19
I. Problemstellung	19
II. Bauordnungsrecht als Teil des allgemeinen Baurechts	24
1. Baurecht	24
2. Privates Baurecht	24
3. Öffentliches Baurecht	25
a) Planungsrecht	26
b) Bodenordnungsrecht	27
c) Bauordnungsrecht	27
4. Wandlungen im Begriff des Baupolizei- und Bauordnungs- rechts	27
5. Baunachbarrecht	33
B. Verfassungsabhängigkeit und Entwicklung des Bauordnungsrechts ...	34
I. Verfassung und Baurecht	35
1. Grundrechte des Grundgesetzes	39
2. Sozialstaatsprinzip	41
3. Kompetenzvorschriften	41
II. Bestrebungen zur Schaffung eines einheitlichen Baugesetzes	43
1. Baugesetzentwurf für Berlin	46
2. Entwurf zu einem bayerischen Baugesetz	47
3. Entwurf zu einem Baugesetz für die Bundesrepublik Deutsch- land	48
III. Kontroversen und Gutachten zum Baugesetzentwurf (1950) des Bundes	51
1. Ausgangslage: Verhältnis von Bau- und Polizeirecht zu Beginn der 50er Jahre	51
2. Gutachten des Deutschen Volksheimstättenwerkes e. V.	52

3. Gutachten der ARGEBAU	54
4. Die Überbrückung des Kompetenzstreites	55
5. Das Weinheimer Gutachten	55
IV. Das Bundesverfassungsgericht und die föderale Aufteilung der Gesetzgebungskompetenz für das Bauwesen	57
1. Das „Baurechtsgutachten“ des Bundesverfassungsgerichts	57
a) Landesgesetzgebungskompetenz für das „Baupolizeirecht im bisher gebräuchlichen Sinne“	58
b) Keine formelle Verbindlichkeit des Gutachtens (i. S. d. § 31 Abs. 1 BVerfGG)	59
2. Bestätigung der Kompetenzverteilung für das Baurecht (BVerfGE 40, 261)	60
V. Kritik an der Begründung und an den Auswirkungen der Lan- desgesetzgebungskompetenz	61
1. Stellungnahmen in der Literatur	61
a) Die verfassungsrechtliche Begründung	61
b) Die Eingliederung des Bauordnungsrechts in den materiel- len Polizeibegriff	62
c) Die rechtlichen und tatsächlichen Auswirkungen der Auf- teilung	66
2. Eigene Stellungnahme	67
a) Fehler in der Begründung des Bundesverfassungsgerichts	68
b) Bedeutungswandel in der Reichweite des materiellen Poli- zeibegriffs?	70
VI. Vorarbeiten für ein einheitliches Bauordnungsrecht	71
1. Der Weg zur Musterbauordnung	72
2. Die Musterbauordnung	73
a) Aufbau und Inhalt der Musterbauordnung	73
b) Stellungnahme	77
VII. Landesbauordnungsrecht	79
1. Rechtsquellen	79
2. Kritikpunkte und Reformüberlegungen	82
C. Geltendes Bauordnungsrecht und Polizeibegriff	86
I. Die Fortgeltung des materiellen Polizeibegriffs unter dem Grundgesetz	86
II. Geltendes Bauordnungsrecht, formeller und materieller Polizei- begriff	90

1. Schutz der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung (materieller Polizeibegriff)	90
a) Gefahrenabwehr	92
b) Der Schutzbereich der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung im Bauordnungsrecht	96
c) Anwendungsbereich der bauordnungsrechtlichen Generalklausel	98
aa) Grundsätzlicher Ausschluß der Generalklausel durch spezielles Bauordnungsrecht	101
bb) Die Generalklausel als Rechtsgrundlage in Sonderfällen	101
cc) Die Generalklausel als Ermächtigungs-, Ermessens- und Auslegungsrichtlinie	103
2. Spezialgesetzlich erweiterter Aufgabenbereich des Bauordnungsrechts (formeller Polizeibegriff)	103
a) Vermeidbare Belästigungen	104
b) Verunstaltungsabwehr — Pflege der Baukultur	104
c) Wohlfahrts- und sozialpflegerische Aufgaben	108
aa) Grün-, Freizeit- und Bewegungsflächen	108
bb) Kinderspielplätze und -flächen	110
cc) Mindestanforderungen an Wohnungen und Aufenthaltsräume	112
dd) Rücksichtnahme auf Behinderte, Alte und Mütter mit Kleinkindern	113
ee) Sonstige Anlagen und Einrichtungen mit (vermeintlichem) Sozialbezug	114
d) Die soziale Grundsatzvorschrift des § 1 Abs. 2 NBauO	114
e) Bodenrechtliche Regelungen in Landesbauordnungen?	117
aa) Bebaubarkeit von Grundstücken — Rechtsnatur der Abstandsvorschriften	119
bb) Rechtsnatur der Vorschriften über Werbeanlagen	125
 III. Aufgabenfremde Systembildung der Landesbauordnungen	 126
 D. Die Loslösung des Bauordnungsrechts vom allgemeinen Polizeibegriff 129	
I. Argumente gegen den Fortbestand des Polizeibegriffs unter dem Grundgesetz	129
1. Die Verfassungsabhängigkeit der Verwaltung und des Verwaltungsrechts	132
a) Kein Verzicht auf den Begriff des Staatszwecks	133
b) Polizeibegriff und Staatszweck	136
c) Fortführung des Gedankenganges Staatszweck — Polizeibegriff im sozialen Rechtsstaat	139
2. Schlußfolgerungen aus der neueren Entwicklung des Polizeibegriffs	140

3. Für eine stufenweise Überwindung des allgemeinen Polizeibegriffs	143
II. Gründe für die Loslösung des Bauordnungsrechts vom Polizeibegriff	144
1. Schlußfolgerungen aus der gewandelten Verfassungsrechtslage	144
a) Wegfall der dogmatischen Verknüpfungsvoraussetzungen von Polizeibegriff und Bauordnungsrecht	145
b) Keine grundgesetzgebote Beschränkung des Bauordnungsrechts durch den Polizeibegriff	146
c) Öffnung des Bauordnungsrechts für den Wohlfahrtsstaatszweck	147
2. Widersprüchlichkeiten der Polizeirechtsdogmatik im Bauordnungsrecht und deren Folgen	148
3. Negative Auswirkungen des Gefahrenabwehrgesetzes im Bauordnungsrecht	150
III. Die Trennung vom Polizeibegriff als Voraussetzung einer Reform des Bauordnungsrechts	153
E. Der Rechtsgutsbegriff als positiv-inhaltliches Kriterium zur Erfassung gesetzlicher Regelungsgegenstände	154
F. In der Musterbauordnung und in den Landesbauordnungen geschützte Rechtsgüter	156
I. Arbeitsschritte und -methode zur Aufschlüsselung des Bauordnungsrechts nach Rechtsgütern	157
II. Individuelle Rechtsgüter	158
1. Immaterielle Persönlichkeitsrechtsgüter	159
a) Körperbezogene Rechtsgüter	159
aa) Leben, Gesundheit	159
a) Schutz vor Brand, Blitz, strahlender Wärme und Rauch	160
β) Schutz vor Einsturz (Standicherheit)	163
γ) Verkehrssicherheit	164
δ) Arbeitsschutz und Schutz in Arbeitsräumen	166
ε) Schutz gegen Feuchtigkeit und sonstige gefährliche oder belastigende Einflüsse	167
ζ) Schutz vor Kälte	169
η) Schutz gegen elektrischen Strom	170
θ) Schutz gegen Kriegseinwirkungen	170
bb) (Wohn- und Arbeits-)Ruhe	170
cc) Licht (Sonne, Tageslicht), Luft	173
dd) Lebensmittel	175
ee) Hygiene	176

b) Rechtsgüter menschlicher Entfaltung	177
aa) Kindesentwicklung und Betreuung, Familie	178
bb) Bewegungsmöglichkeit Behinderter	180
cc) Information	180
dd) Kommunikation und Erholung	182
ee) Wohnfrieden	183
ff) Anstand und Sittlichkeit	185
2. Materielle Rechtsgüter	186
a) Eigentum	186
b) Besitz	187
c) Baufreiheit	188
d) Werbung	189
e) Vermögen	190
III. Kollektive Rechtsgüter	191
1. Baukunst	191
a) Funktionalität	191
b) Anerkannte Regeln der Baukunst	192
2. Baukultur	195
a) Baugestaltung	195
b) Straßen-, Orts- und Landschaftsbild	196
c) Bau- und Naturdenkmale	197
3. Städtebauliche Planung	199
4. Bauinfrastruktur	200
a) Erschließung	200
b) Versorgung	201
c) Entsorgung	202
5. Öffentliches Eigentum, Gemeingebrauch und öffentliches Ver- mögen	203
6. Öffentlicher Verkehr	204
7. Umwelt	206
a) Wasser	207
b) Mutterboden	207
c) Grünbestand, Wälder, Moore	208
d) Luft, Ruhe	210
8. Tier(haltung)	210
9. Energie	210
10. Wohnung	212
11. Gesundheit	213

G. Ergebnisse der Untersuchung, Schlußfolgerungen und Forderungen an den Gesetzgeber	215
I. Ergebnisse der Arbeit	215
II. Schlußfolgerungen und Forderungen an den Gesetzgeber	227
1. Die Kompetenzfrage	227
2. Baugesetzbuch des Bundes	231
3. Entpolizeilichtes Bauwerksrecht	232
Literaturverzeichnis	234

Abkürzungsverzeichnis

AB	= Ausführungsbestimmung
a. F.	= alte Fassung
AfK	= Archiv für Kommunalwissenschaften (seit 1962)
AFVO	= Ausführungsverordnung
Allg.	= Allgemein(es)
Allg.Pol.u.OrdR	= Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht
ALR	= Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten von 1794 (zitiert nach §, Teil und Titel)
AöR	= Archiv des öffentlichen Rechts (seit 1886; bis 1910: Archiv für öffentliches Recht)
ARGEBAU	= Arbeitsgemeinschaft der für das Bau-, Wohnungs- und Siedlungswesen zuständigen Minister
AS	= Amtliche Sammlung von Entscheidungen der Oberverwaltungsgerichte Rheinland-Pfalz und Saarland (seit 1954)
AT	= Allgemeiner Teil
AtomG	= Gesetz über die friedliche Verwendung der Kernenergie und den Schutz gegen ihre Gefahren (Atomgesetz) i.d.F. vom 31. 10. 1976 (BGBl. I S. 3053), zuletzt geändert durch Gesetz vom 3. 12. 1976 (BGBl. I S. 3281)
BAnz.	= Bundesanzeiger
BauGVO	= Verordnung über die Baugestaltung vom 10. November 1936 (RGBl. I S. 938)
BauO(en)	= Bauordnung(en)
BauOBln	= Bauordnung für Berlin i.d.NF. vom 1. 7. 1979 (GVBl. S. 899)
BauONW	= Bauordnung für das Land Nordrhein-Westfalen i.d.F. der Bekanntmachung vom 27. 11. 1970 (GV S. 96), zuletzt geändert durch Gesetz vom 11. 7. 1978 (GV S. 290)
BauOR	= Bauordnungsrecht
BauOSA	= Bauordnung für das Saarland i.d.F. vom 27. 12. 1974 (ABl. 1975 S. 85), zuletzt geändert durch Gesetz vom 19. 3. 1980 (ABl. S. 514)
BauplR	= Bauplanungsrecht
BauR	= Baurecht, Zeitschrift für das gesamte öffentliche und zivile Baurecht (hrsg. v. Konrad Gelzer und H. Korbion) (seit 1970)
BauR in NRW	= Baurecht in Nordrhein-Westfalen (siehe Literaturverzeichnis Thiel / Rößler / Schumacher)
Bay	= bayerisch, Bayern
BayBauO	= Bayerische Bauordnung i.d.F. der Bekanntmachung vom 1. 10. 1974 (GVBl. S. 513), zuletzt geändert durch Gesetz vom 11. 7. 1978 (GVBl. S. 415)
BayVBl.	= Bayerische Verwaltungsblätter (NF seit 1955)

- BayVerf. = Verfassung des Freistaates Bayern vom 2. Dezember 1946 (BayBS I S. 3), zuletzt geändert durch Gesetz vom 19. 7. 1973 (GVBl. S. 389)
- BBauBl. = Bundesbaublatt, Zeitschrift (seit 1952)
- BBauG = Bundesbaugesetz (BBauG) i.d.F. der Bekanntmachung vom 18. 8. 1976 (BGBl. I S. 2257), zuletzt geändert durch Gesetz vom 6. 7. 1979 (BGBl. I S. 949)
- BauNVO = Verordnung über die bauliche Nutzung der Grundstücke (Baunutzungsverordnung — BauNVO) i.d.F. der Bekanntmachung vom 15. September 1977 (BGBl. I S. 1763)
- Bd. = Band
- BFStrG = Bundesfernstraßengesetz i.d.F. vom 1. Oktober 1974 (BGBl. I S. 2413), zuletzt geändert durch Gesetz vom 18. 8. 1976 (BGBl. I S. 2221)
- BGBl. = Bundesgesetzblatt
- BImSchG = Gesetz zum Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen durch Luftverunreinigungen, Geräusche, Erschütterungen und ähnliche Vorgänge (Bundes-Immissionschutzgesetz) vom 15. März 1974, zuletzt geändert durch VO vom 14. 12. 1976 (BGBl. I S. 3341)
- BlGBWR = Blätter für Grundstücks-, Bau- und Wohnungsrecht, Zeitschrift (seit 1952)
- BlnVerf. = Verfassung von Berlin vom 1. September 1950 (SaBl. S. 981), zuletzt geändert durch Gesetz vom 18. 7. 1978 (GVBl. S. 1333)
- BNatSchG = Gesetz über Naturschutz und Landschaftspflege (Bundesnaturschutzgesetz — BNatSchG) vom 20. Dezember 1976 (BGBl. I S. 3574)
- BR-Drucks. = Bundesratsdrucksache
- Bre = bremisch, Bremen
- BreLBauO = Bremische Landesbauordnung i.d.NF. der Bekanntmachung vom 10. 4. 1979 (GBl. S. 159)
- BreLVerf. = Landesverfassung der Freien Hansestadt Bremen vom 21. Oktober 1947 (GBl. S. 251)
- BROG = Raumordnungsgesetz vom 8. 4. 1965 (BGBl. I S. 306), zuletzt geändert durch Gesetz vom 20. 12. 1976 (BGBl. I S. 3573)
- BRS = Baurechtssammlung — Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, der Oberverwaltungsgerichte der Länder und anderer Gerichte zum Bau- und Bodenrecht. Begr. von Fritz Thiel, weitergeführt von Konrad Gelzer, Düsseldorf (seit 1954)
- BT = Bundestag
- BT-Drucks. = Bundestagsdrucksache
- BVerfG = Bundesverfassungsgericht
- BVerfGE = Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, hrsg. von den Mitgliedern des Gerichts (Tübingen, seit 1952)
- BVerfGG = Gesetz über das Bundesverfassungsgericht i.d.F. der Bekanntmachung vom 3. Februar 1971 (BGBl. I S. 105), zuletzt geändert durch Gesetz vom 20. 3. 1979 (BGBl. I S. 357)
- BVerwG = Bundesverwaltungsgericht

- BVerwGE = Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts, hrsg. von den Mitgliedern des Gerichts (Berlin, seit 1955)
- BW = baden-württembergisch, Baden-Württemberg
- ChE = Entwurf des Verfassungskonvents auf Herrenchiemsee
- dgl. = dergleichen
- DIN = Deutsches Institut für Normung e.V.
- DÖV = Die öffentliche Verwaltung, Zeitschrift (seit 1947)
- Dt. = Deutsch
- DV = Durchführungsverordnung
- DVBl. = Deutsches Verwaltungsblatt (Fortsetzung des Reichsverwaltungsblattes) (seit 1950)
- EG = Europäische Gemeinschaft
- EGBGB = Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche vom 18. August 1896 (RGBl. S. 604), zuletzt geändert durch Gesetz vom 2. 7. 1976 (BGBl. I S. 1749)
- EnEG = Gesetz zur Einsparung von Energie in Gebäuden (Energieeinsparungsgesetz — EnEG) vom 22. Juli 1976 (BGBl. I S. 1873)
- f. = diese und die folgende Seite (Paragraph, Artikel)
- ff. = diese(r) und die folgenden Seiten (Paragraphen, Artikel)
- Fn. = Fußnote (in zitierten Arbeiten), vgl. auch Fußn.
- Fußn. = (eigene) Fußnote
- GaststättenG = Gaststättengesetz vom 5. Mai 1970 (BGBl. I S. 465), zuletzt geändert durch Gesetz vom 5. 7. 1976 (BGBl. I S. 1773)
- GewArch. = Gewerbearchiv, Zeitschrift (seit 1955)
- GewO = Gewerbeordnung i.d.F. der Bekanntmachung vom 1. Januar 1978 (BGBl. I S. 97), zuletzt geändert durch Gesetz vom 17. 3. 1980 (BGBl. I S. 321)
- GEWOS = Gesellschaft für Wohnungs- und Siedlungswesen e.V. Hamburg
- GG = Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. 5. 1949 (BGBl. S. 1), zuletzt geändert durch Gesetz vom 23. 8. 1976 (BGBl. I S. 2383)
- ggf. = gegebenenfalls
- GS = Gesetz(es)sammlung
- GV = Gesetz- und Ordnungsblatt
- GVS = Gesetz- und Ordnungssammlung
- Ha = hamburgisch, Hamburg
- HaBauO = Hamburgische Bauordnung vom 10. 12. 1969 (GVBl. S. 249), zuletzt geändert durch Gesetz vom 12. 7. 1979 (GVBl. S. 213)
- HambBauOR = Hamburgisches Bauordnungsrecht (siehe Literaturverzeichnis Alexejew / Hambeck)
- He = hessisch, Hessen
- HeBauO = Hessische Bauordnung i.d.F. vom 16. 12. 1977 (GVBl. I 1978 S. 2), zuletzt geändert durch Gesetz vom 6. 6. 1978 (GVBl. I S. 317)

i.d.F.	= in der Fassung
i.d.R.	= in der Regel
i.e.S.	= im engeren Sinne
i.S.d.	= im Sinne des
i.V.m.	= in Verbindung mit
i.w.S.	= im weiteren Sinne
Jg.	= Jahrgang
JÖR	= Jahrbuch des öffentlichen Rechts (1907 - 1938; N.F. seit 1951)
Jur. Diss.	= Juristische Dissertation
JZ	= Juristenzeitung (Fortsetzung der Deutschen Rechtszeitung und der Süddeutschen Juristenzeitung) (seit 1951)
LBauO(en)	= Landesbauordnung(en)
LBauOR	= Landesbauordnungsrecht
LBauOBW	= Landesbauordnung für Baden-Württemberg i.d.F. der Bekanntmachung vom 20. 6. 1972 (GBl. S. 352), zuletzt geändert durch Gesetz vom 21. 6. 1977 (GBl. S. 226)
LBauORPf	= Landesbauordnung für Rheinland-Pfalz vom 27. 2. 1974 (GVBl. S. 53)
LBauOSH	= Landesbauordnung für das Land Schleswig-Holstein i.d.NF. der Bekanntmachung vom 20. 6. 1975 (GVBl. S. 141), zuletzt geändert durch Gesetz vom 28. 3. 1979 (GVBl. S. 260)
Ls.	= Leitsatz
LT-Drucks.	= Landtagsdrucksache
LuftVG	= Luftverkehrsgesetz i.d.F. der Bekanntmachung vom 4. November 1968 (BGBl. I S. 1113), zuletzt geändert durch Gesetz vom 16. 8. 1977 (BGBl. I S. 1577)
MBauO	= Musterbauordnung vom 30. 10. 1959 (Schriftenreihe des Bundesministers für Wohnungsbau, Bd. 16 u. 17, Recklinghausen 1960)
MBI.	= Ministerialblatt
M/D/H/Sch	= Maunz / Dürig / Herzog / Scholz (siehe Literaturverzeichnis)
MDR	= Monatsschrift für deutsches Recht (seit 1947)
m.E.	= meines Erachtens
ME	= Musterentwurf für ein einheitliches Polizeigesetz (siehe Literaturverzeichnis)
Ms	= Münster
m.w.N.	= mit weiteren Nachweisen
NBauO	= Niedersächsische Bauordnung vom 23. 7. 1973 (GVBl. S. 259), zuletzt geändert durch Gesetz vom 30. 5. 1978 (GVBl. S. 517)
Nds	= niedersächsisch, Niedersachsen
NF	= Neue Folge
NW	= nordrhein-westfälisch, Nordrhein-Westfalen
NStrG	= Niedersächsisches Straßengesetz (NStrG) vom 14. Dezember 1962 (GVBl. S. 251), zuletzt geändert durch Gesetz vom 28. 6. 1977 (GVBl. S. 233)

- OBG = (Nordrhein-westfälisches) Gesetz über Aufbau und Befugnisse der Ordnungsbehörden — Ordnungsbehörden-gesetz (OBG) — i.d.F. der Bekanntmachung vom 13. Mai 1980 (GVBl. NW S. 528)
- Öff.BauR = öffentliches Baurecht
- Öff.BauBoR = öffentliches Bau- und Bodenrecht, Raumplanungsrecht (siehe Literaturverzeichnis Ernst / Hoppe)
- o.J. = ohne Jahr
- o.S. = ohne Seite
- OVG = Oberverwaltungsgericht
- Preuß.ALR = siehe ALR
- ProVG(E) = Preußisches Oberverwaltungsgericht, Entscheidungen (zitiert nach Band und Seite)
- Pr.VerwBl. = Preußisches Verwaltungsblatt, Zeitschrift (1879 - 1933)
- PVG = Preußisches Polizeiverwaltungsgesetz vom 1. 6. 1931 (PrGS S. 77)
- RegBl. = Regierungsblatt
- RGaO = Verordnung über Garagen und Einstellplätze — RGaO — vom 17. Februar 1939 (RGL. I S. 219) i.d.F. des Erlasses vom 13. 9. 1944 (RARB. I S. 325)
- RGL. = Reichsgesetzblatt
- RPf = rheinland-pfälzisch, Rheinland-Pfalz
- RVO = Rechtsverordnung
- Sa = saarländisch, Saarland
- SH = schleswig-holsteinisch, Schleswig-Holstein
- sog. = sogenannte(r)
- Sp. = Spalte
- StBauFG = Gesetz über städtebauliche Sanierungs- und Entwicklungsmaßnahmen in den Gemeinden (Städtebauförderungsgesetz — StBauFG) i.d.F. der Bekanntmachung vom 18. August 1976, zuletzt geändert durch Gesetz vom 6. 7. 1979 (BGBl. I S. 949)
- Sten.Ber. = Stenographische Berichte
- umf.N. = umfassende Nachweise
- VerwArch. = Verwaltungsarchiv (1893 - 1942 und seit 1957)
- VerwR = Verwaltungsrecht
- VerwRspr. = Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland (hrsg. von Hans-Lothar Wehrl und Herbert Schwarzer) (seit 1949)
- VGH = Verwaltungsgerichtshof
- VOB = Verdingungsordnung für Bauleistungen
- VOBl. = Verordnungsblatt
- VVDStRL = Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (seit 1924) (zitiert nach Heft und Seite)
- Wahlp. = Wahlperiode
- WärmeschutzV = Verordnung über einen energieeinsparenden Wärmeschutz bei Gebäuden (Wärmeschutzverordnung — WärmeschutzV) vom 22. Juli 1976 (BGBl. I S. 1873)

- WHG = Gesetz zur Ordnung des Wasserhaushalts (Wasserhaushaltsgesetz — WHG) i.d.F. der Bekanntmachung vom 16. 10. 1976 (BGBl. I S. 3017), zuletzt geändert durch Gesetz vom 14. 12. 1976 (BGBl. I S. 3341)
- WoBauG = Erstes Wohnungsbaugesetz (WoBauG) i.d.F. vom 25. August 1953 (BGBl. III S. 2330-1); Zweites Wohnungsbaugesetz (Wohnungsbau- und Familienheimgesetz — II. WoBauG) i.d.F. der Bekanntmachung vom 1. September 1976 (BGBl. I S. 2673), zuletzt geändert durch Gesetz vom 20. 2. 1980 (BGBl. I S. 159)
- WRV = Verfassung des Deutschen Reichs (Weimarer Verfassung) vom 11. August 1919 (RGBl. S. 1383), zuletzt geändert durch Gesetz vom 17. Dezember 1932 (RGBl. I S. 547)
- ZgesStW = Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft (1894 bis 1944; 1948 ff.)
- ZMR = Zeitschrift für Miet- und Raumrecht (seit 1948)
- ZStW = Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (seit 1881)

A. Einleitung

Die wichtige Rolle, die die Wohnung, das Haus und die Bebauung insgesamt für Mensch und Familie und darüber hinaus für das gesamte menschliche Zusammenleben spielen, ist unbestritten.

Selbst in der Presse wird „das Dach überm Kopf“ als ein „genuines Lebensgut“ bezeichnet¹. Was dort schlagwortartig seinen Ausdruck findet, erfährt in der Rechtsphilosophie folgende Umschreibung: „... die Bewegungsfreiheit des Menschen und dadurch ein beträchtliches Stück seines Freiheitsbewußtseins“ ist „elementar durch die Bindung an den Raum umgrenzt ...“. „Die Erlebnissituation ist so gestaltet, daß der sich seines ‚Ich‘ bewußt werdende Mensch nicht umhin kann, seinen ständigen Bezug auf den Raum im Lebens-, Wohn-, Wirk-, Arbeitsraum ... festzustellen. Demgemäß tritt zum Bewußtsein der Persönlichkeit die Einsicht in die dingliche Bindung, zur Personenhaftigkeit die Sachhaftigkeit ...“. Unter diesem Blickwinkel erscheint das Baurecht „... als ein eigenes in sich geschlossenes Rechtsgebiet ...“².

Als ein eigenständiges besonderes Rechtsgebiet wird das Baurecht weiterhin aufgrund rechtssystematischer Überlegungen qualifiziert. So stellt beispielsweise *Harry Westermann* fest: „Die ganze besondere Ausprägung des allgemeinen Gedankens vom sozialen Rechtsstaat und vom sozialgebundenen Grundeigentum gibt dem Baurecht die innere Freiheit, die den nach Zweckzusammenhängen zusammengefaßten Rechtsstoff zur echten systematischen Einheit zusammenschmiedet“³.

I. Problemstellung

Von dieser rechtssystematischen und -philosophisch begründeten Geschlossenheit des Baurechts und der Zentralität des Menschen ist das normierte Recht in der Bundesrepublik allerdings weit entfernt. Das Bundesverfassungsgericht hat 1954 auf Antrag des Bundestages, des

¹ *Mans*, Hans Hermann, Haus-Händler Kaußen: „Gewinne ohne Risiko“, in: *Der Spiegel* Nr. 29/1977 vom 11. Juli 1977, S. 46 (47).

² *Küchenhoff*, Günther, Rechtsbesinnung — Eine Rechtsphilosophie, Göttingen 1973, S. 82 f.; vgl. auch S. 252 - 254.

³ *Westermann*, Harry, Das Baurecht im Rechtssystem, BBauBl. 1952, S. 137 (140).

Bundesrates und der Bundesregierung in einem Rechtsgutachten ausgesprochen, daß das Grundgesetz die Materie „Baurecht“ nicht insgesamt der Gesetzgebungskompetenz des Bundes zugewiesen, sondern den Ländern die Gesetzgebungszuständigkeit für das „Baupolizeirecht im bisher gebräuchlichen Sinne“ belassen hat⁴. In einer Entscheidung aus dem Jahre 1975 hat das Bundesverfassungsgericht diese Auffassung bestätigt⁵.

Entsprechend dieser föderalen Aufteilung haben einerseits der Bundesgesetzgeber durch den Erlaß des Bundesbaugesetzes, andererseits die Landesgesetzgeber durch die jeweilige Verabschiedung einer Landesbauordnung von ihrer Kompetenz Gebrauch gemacht. Bereitet bisweilen die Abgrenzung der Normbereiche von Bundesbaugesetz und Landesbauordnungen Schwierigkeiten, so ist insbesondere eine durch die unterschiedlichen Regelungen in den Landesbauordnungen bedingte Rechtszersplitterung zu beklagen. Diese föderale Normenvielfalt ist trotz des Koordinierungsbemühens von Sachverständigenausschüssen und Bund-Länder-Arbeitsgemeinschaften — deren bekanntestes Arbeitsergebnis die Musterbauordnung ist⁶ — eingetreten. Sie wirkt sich nicht nur als Ärgernis für die betroffenen Verwaltungen und Juristen aus, sie hat vor dem Hintergrund der Rechtsangleichung und des grenzüberschreitenden Marktes in der EG konkrete Auswirkungen auf die Bauwirtschaft: „Auf dem Weg zur Industrialisierung und relativen Preisstabilisierung im Bausektor gehören die gegenwärtig gültigen Landesbauordnungen und eine Reihe technischer Baubestimmungen zu den wesentlichen Hemmnissen⁷.“

Zu der vom Bundesverfassungsgericht vorgenommenen Trennung in Bauplanungs- und Bauordnungsrecht führt *Gelzer* aus: „Soweit festzustellen ist, sind bisher gegen diese Aufteilung keine verfassungsrechtlichen Bedenken erhoben worden, obgleich es bei mehreren Teilgebieten zweifelhaft ist, ob sie dem Bauplanungsrecht oder dem Bauordnungsrecht zuzuordnen sind ...⁸.“ Möglicherweise führte die Einsicht in die Wirkungslosigkeit einer grundsätzlichen Kritik unmit-

⁴ Rechtsgutachten des BVerfG vom 16. Juni 1954 — 1 PBvV 2/52 —, BVerfGE 3, 407 (430 - 434).

⁵ BVerfGE 40, 261 (265 ff.).

⁶ Vgl. hierzu Schriftenreihe des Bundesministers für Wohnungsbau, Bd. 16/17: 1. Musterbauordnung (Aufgestellt von der Musterbauordnungskommission); 2. Allgemeine Einführung in die Musterbauordnung (Aufgestellt vom Begründungsausschuß der Musterbauordnungskommission), Recklinghausen 1960.

⁷ *Walper*, Karl Heinz, Föderatives Denken hemmt Rationalisierung. Vereinheitlichung und Modernisierung des Bauordnungsrechts und des Baugenehmigungsverfahrens als Voraussetzung für rationelles Bauen, in: *Neue Heimat*, 1974, S. 14.

⁸ *Gelzer*, Konrad, Bauplanungsrecht, 3. Aufl., Köln 1979, Rdnr. 6, S. 3.

telbar nach dem Rechtsgutachten dazu, daß die vom Bundesverfassungsgericht als „entscheidend“ gekennzeichnete Aussage nur ganz vereinzelt und ohne verfassungsrechtliche Zuspitzung in Frage gestellt wurde⁹. Das Bundesverfassungsgericht führt in seinem Gutachten aus: „Für die Frage der gesetzgeberischen Zuständigkeit ist es . . . entscheidend, daß das Baupolizeirecht ein Teil des Polizeirechts ist¹⁰.“ Die Prämisse lautet also: Das Bauordnungsrecht ist Teil des Polizeirechts im Sinne des materiellen Polizeibegriffs. Daraus folgt zum einen die Gesetzgebungskompetenz der Länder, zum anderen ergibt sich aus der Prämisse und der Landeskompetenz unter Umständen eine inhaltliche Regelungsbeschränkung für den Landesgesetzgeber, die über die Ausgrenzung der im BBauG geregelten Materie hinausgeht.

Ein Vierteljahrhundert nach dem Gutachten und nach der — offensichtlich in Vergessenheit geratenen — Forderung von *Dittus*, „den baurechtlichen Gesamtbereich aus der verhängnisvollen Umklammerung der polypenhaften polizeirechtlichen Fangarme zu befreien“¹¹, ist es an der Zeit, die Prämisse des Bundesverfassungsgerichts anhand des heutigen Meinungsstandes zum Polizeibegriff und nicht zuletzt im Hinblick auf die Regelungsinhalte der Landesbauordnungen auf ihre Richtigkeit zu überprüfen. Stärker als die Trennung einer zusammengehörigen Rechtsmaterie ist nämlich zu beklagen, daß das Bauordnungsrecht infolge seiner behaupteten Zugehörigkeit zum Polizeirecht auch unter dem sozialen Rechtsstaat des Grundgesetzes nicht den Menschen in der erwähnten Art in den Mittelpunkt stellt, sondern bereits von seiner Grundstruktur her in einer technisierten Gefahrenabwehr erstarrt ist. Daneben wird der Inhalt des Bauordnungsrechts zwar auch „durch Grundsätze der Ästhetik und durch sozialstaatliche Erfordernisse“ mitbestimmt¹². Über deren Ausmaß, Bedeutung und systematischen Auswirkungen bestehen jedoch keine klaren Vorstellungen. Weiterhin muß beachtet werden, daß in den letzten Jahren ein zusätzlicher Rechtsgüterschutz in das Bauordnungsrecht hinein¹³ oder zu-

⁹ BVerfGE 3, 407 (433).

¹⁰ BVerfGE 3, 407 (433).

¹¹ *Dittus*, Wilhelm, Baupolizei?, DVBl. 1956, S. 249 (281).

¹² *Friauf*, Karl Heinrich, Baurecht und Raumordnung, in: Besonderes Verwaltungsrecht. Hrsg. von Ingo v. Münch, 5. Aufl., Berlin/New York 1979, S. 433 (448).

¹³ Vgl. Art. I Ziff. 4 des Zweiten Gesetzes zur Änderung der Landesbauordnung (Nordrhein-Westfalen) vom 15. Juli 1976 — GVNW 1976, S. 264: „In § 19 wird folgender Absatz 3 angefügt: (3) Bei der genehmigungspflichtigen Errichtung, Änderung oder Nutzungsänderung von Gebäuden sind besondere bauliche Maßnahmen zum Schutz vor Gefahren oder unzumutbaren Belästigungen durch Geräusche von öffentlichen Straßen, von Eisenbahnen und von Straßenbahnen zu treffen, wenn die Verkehrsgeräusche die Immissionsgrenzwerte überschreiten, die in der Rechtsverordnung nach § 43 Abs. 1 Satz 1