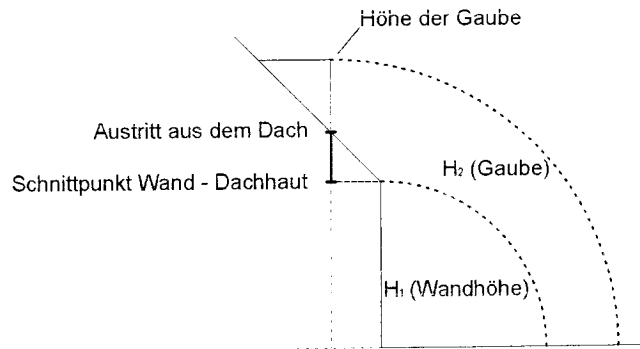


stellt und die nachfolgenden Sätze der Gesetzesbegründung belegen, gerade nicht um Dachaufbauten bzw. Dachgauben handelt.

#### IV. Fazit

Es wird nicht verkannt, dass die so zu verstehende Regelung Härten bei der abstandsflächenrechtlichen Bewertung von Dachgauben für den Bauherrn mit sich bringt, zumal ein Zurücksetzen der Gaube um das Maß, das der Höhe des Bauteils entspricht, hier – anders als etwa bei Terrassengeschossen und Ähnlichem – nicht für eine Abstandsflächenneutralität ausreicht. Vielmehr errechnet sich die Abstandsflächentiefe aus der Wandhöhe (Schnittpunkt der Wand mit der Dachhaut), der Höhe der Gaube – ab Austritt aus dem Dach – nach den Regeln des Art. 6 Abs. 4 Satz 5 BayBO 2008 und dem Abstand zwischen dem Schnittpunkt Wand – Dachhaut bis Austritt der Gaube aus dem Dach, der ohne Gaube bei einem bis zu 45 Grad geneigten Dach ganz, bei einem bis zu 70 Grad geneigten Dach zu  $\frac{2}{3}$  außer Betracht bliebe.

Ob die Vollzugspraxis den hierdurch entstandenen Härten wirksam durch die Erteilung von Abweichungen begegnen kann, erscheint wegen der grundsätzlich erforderlichen Atypik fraglich.



Es bleibt dahin gestellt, ob die Möglichkeit, einen abstandsflächenirrelevanten, bis zu 5 m langen und max. 1,50 m tiefen Erker an ein beliebiges Geschoss anzubauen, hierfür einen Ausgleich darstellt. Einen Gewinn für die Ästhetik der Baukultur bedeutet sie allerdings nicht.

## BERICHT

### Quo vadis Bayerische Bauordnung?

#### Die Bauordnungsnovelle 2008. Ursache und Wirkung der Reform des Bauordnungsrechts

Bericht über die Wintertagung der ARGE Verwaltungsrecht im DAV (Landesgruppe Bayern)

Von Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht Gunther Ederer, Regensburg

Die Wintertagung 2007 der ARGE Verwaltungsrecht im DAV (Landesgruppe Bayern) stand ganz im Zeichen der zum 1. 1. 2008 in Kraft getretenen weiteren Novelle der Bayerischen Bauordnung nach den Reformen der Jahre 1994 und 1998. *Weniger Staat – mehr Verantwortung der am Bau Beteiligten; Verantwortete Selbstständigkeit statt bequemer Vollkaskomentalität* – begleitende Schlagworte schon im Zuge der Präsentation der Bauordnungsreform und zugleich Einstieg in ein mit hochkarätigen Diskutanten besetztes Podiumsgespräch. Vor zahlreichen Vertretern insbesondere aus den Bereichen Rechtslehre, Verwaltungsgerichtsbarkeit, Verwaltung und Anwaltschaft diskutierten am 27. 11. 2007 an der Universität Regensburg unter der Moderation von *RA Gunther Ederer* (2. Vorsitzender der ARGE) *Prof. Dr. Gerrit Manssen* (Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insbesondere Deutsches und Europäisches Verwaltungsrecht, an der Universität Regensburg), *Dr. Franz Dirnberger* (Direktor und Referatsleiter beim Bayerischen Gemeindetag), *Henning Jäde* (Leitender Ministerialrat bei der Obersten Baubehörde im Bayerischen Staatsministerium des Innern) und *Rainer Gombert* (Vorsitzender Richter am Bayerischen Verwaltungsgericht Regensburg).

Nach einführender Darstellung der wesentlichen Änderungen zum Verfahrensrecht war bereits der erste Diskussionspunkt – weitere „Verschlankung“ des Verfahrensrechts und Reduzierung der staatlichen Kontrolle – heftig umstritten:

Für einen weiteren Rückzug des Staates aus dem Bauordnungsrecht durch Erweiterung des Anwendungsbereichs für das Freistellungsverfahren des Art. 58 BayBO bis zur Sonderbautengrenze und zusätzliche Strafung des Prüfungsumfangs im vereinfachten und Baugenehmigungsverfahren (Art. 59 f. BayBO) zeigte *Prof. Dr. Manssen* wenig Verständnis. Nur eine ausreichende Prüfung vor allem auch des Bauordnungsrechts durch die Bauaufsichtsbehörden sei im Ergebnis geeignet, rechtswidrige Zustände in angemessenen Grenzen zu halten und zu verhindern, dass der Nachbar wegen (evtl. sogar bewusster) Rechtsunkenntnis des Bauherrn das Nachsehen hat, indem Missstände nicht oder nur durch Kontrollen des Nachbarn aufgedeckt werden.

Wenig Vertrauensvorschuss verdient der Bauherr auch nach Auffassung von *VRivG Gombert*. Mit höchst illustrativen und nicht minder

unterhaltsamen Fällen aus der Gerichtspraxis untermauerte er seine Einschätzung, dass eine höhere Prüfungsdichte regelmäßig auch mehr Rechtssicherheit und Gesetzestreue bedeute.

Weniger Befürchtungen in diese Richtung zeigte *Direktor Dr. Dirnberger*, für den sich die Novelle 2008 aus Sicht eines der kommunalen Spitzenverbände im Ergebnis als durchaus vernünftiger Kompromiss darstellt, der vor allem auch die im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens nachhaltig vertretenen Interessen der bayerischen Kommunen letztlich hinreichend berücksichtigt.

*Ltd. Ministerialrat Jäde* wandte sich entschieden dagegen, die vermeintlichen Auswirkungen eines reduzierten Prüfungsumfangs zu dramatisieren. Schon die Erfahrungen mit dem Vollzug der in den Jahren 1994 und 1998 ebenfalls bereits richtungweisend reformierten Regelungen nährten keinesfalls Befürchtungen, dass sich der Bauherr nach der nunmehr weiteren Novellierung plötzlich unredlich(er) verhalten werde. Mit der Bauordnungsnovelle 2008 werde der 1994 begonnene Reformweg konsequent zu Ende geführt.

Überwiegend einig waren sich die Diskutanten zur Ausweitung der Zuständigkeit für Entscheidungen über isolierte Abweichungen bei verfahrensfreien Vorhaben (Art. 63 Abs. 3 BayBO) auf nunmehr alle Gemeinden. Sowohl rechtlich wie auch administrativ sei diese Aufgabe auch von kleineren Gemeinden zu bewältigen, die Übertragung der Entscheidungskompetenz schon aufgrund der Orts- und Sachnähe durchaus sinnvoll.

Differenzen ergaben sich demgegenüber wieder im Anschluss an ein Kurzreferat des Moderators zu den wesentlichen Änderungen des materiellen Rechts insbesondere zur gesetzlichen „Öffnungs- und Experimentierklausel“ des Art. 6 Abs. 7 BayBO, die den Gemeinden die Wahlmöglichkeit einräumt, für ihr Gemeindegebiet oder Teile hiervon durch Satzung „neues“ Abstandsflächenrecht gemäß der Musterbauordnung 2002 einzuführen oder es bei den herkömmlichen Regelungen zu belassen.

Zu der in diesem Zusammenhang aufgeworfenen Frage, ob eine den Gemeinden auf diese Weise ermöglichte „Systementscheidung“ aus Sicht der Rechtslehre vertretbar erscheint, brachte Prof. Dr. Manssen erhebliche Bedenken schon an einer Vermittelbarkeit zweier differenter Grundsysteme mit unterschiedlichem Entwicklungspotential zum Ausdruck. Dem in diesem Rechtsbereich ohnehin bereits äußerst komplexen Lehrstoff drohe ein weiterer Transparenzverlust.

Indessen sieht Direktor Dr. Dirnberger mit der nunmehrigen Regelung die Forderungen der kommunalen Spitzenverbände gewahrt und die Gefahr unerwünschter städtebaulicher Verdichtung zumindest für die Dauer der Erprobungsphase gebannt. Dadurch könne man statt einer sofortigen flächendeckenden Umstellung der bisherigen Systematik zu gegebener Zeit auf der Grundlage tatsächlicher Erfahrungen und Erkenntnisse abschließend diskutieren und sachgerecht entscheiden.

Auch Lfd. Ministerialrat Jäde betonte, dass mit der Regelung nicht nur eine Übergangsphase im Sinne eines Aufschubs einer bereits zum jetzi-

gen Zeitpunkt feststehenden Einführung des mit der Musterbauordnung 2002 vorgegebenen neuen Abstandsflächenrechts, vielmehr eine echte Erprobungsphase zur Gewinnung von Entscheidungsgrundlagen gewollt sei.

Der Verwaltungsgerichtsbarkeit traue VRiVG Gombert die sachgerechte und auch effektive Behandlung streitiger Sachverhalte auf der Grundlage unterschiedlicher Systeme des Abstandsflächenrechts ohne Weiteres zu.

Anhand der Diskussionsbeiträge und der jeweils für sich betrachtet durchaus nachvollziehbar begründeten Auffassungen wurden unterschiedliche Erwartungen an die bzw. Bedenken gegen die Bauordnungsnovelle 2008 deutlich. Kommentare und Fragen aus dem Publikum bestätigten ebenfalls ein durchaus gespaltenes Meinungsbild. Einerseits werden an die 3. Stufe der Reform des bayerischen Bauordnungsrechts vornehmlich die auch verfolgten und plausiblen Vorteile geknüpft, wie etwa die Beschleunigung bzw. Entlastung von Verfahrensabläufen bei gleichzeitigem Erhalt wesentlicher materiellrechtlicher Prüfungsmaßstäbe zur Meidung bauordnungs- und -planungsrechtlicher Missstände. Bei anderen überwiegen die kritischen Ansätze am weiteren Rückzug der Bauaufsichtsbehörden bis hin zu der Befürchtung dadurch geradezu provozierte Rechtsverstöße – ob nun bewusst oder als Folge der Überforderung des Bauherrn in Unkenntnis nicht geprüften Bauordnungsrechts.

Die Praxis wird weisen, ob die Bauordnungsnovelle 2008 einen sachgerechten Vollzug gewährleisten und den 1994 begonnenen Reformprozess erfolgreich abschließen kann oder nur einen Reform(zwischen)schritt darstellt, der weiterer Eingriffe des Gesetzgebers bedarf. Auch darf man gespannt sein, welches Abstandsflächenrecht sich nach der Erprobungsphase durchgesetzt haben wird bzw. ob und inwieweit die Kommunen überhaupt von der „Öffnungs- und Experimentierklausel“ Gebrauch machen.

## RECHTSPRECHUNG

### Europäischer Gerichtshof

Art. 10, 234 EG; §§ 48, 51 VwVfG (Ausfuhr von Rindern; Ausfuhrerstattungen; bestandskräftige Verwaltungsentscheidung; Auslegung eines Urteils des Gerichtshofs; Wirkung eines nach dieser Entscheidung im Vorabentscheidungsverfahren ergangenen Urteils des Gerichtshofs; Überprüfung und Rücknahme; zeitliche Grenzen; Rechtssicherheit; Grundsatz der Zusammenarbeit)

#### Nichtamtliche Leitsätze:

1. Im Rahmen eines Verfahrens vor einer Verwaltungsbehörde, das der Überprüfung einer Verwaltungsentscheidung dient, die infolge eines Urteils eines letztinstanzlichen nationalen Gerichts bestandskräftig geworden ist, das, wie eine nach seinem Erlass ergangene Entscheidung des Gerichtshofs zeigt, auf einer unrichtigen Auslegung des Gemeinschaftsrechts beruht, verlangt das Gemeinschaftsrecht nicht, dass sich der Betroffene im Rahmen des gerichtlichen Rechtsbehelfs des innerstaatlichen Rechts, den er gegen die Verwaltungsentscheidung eingelegt hat, auf das Gemeinschaftsrecht berufen hat.
2. Die Möglichkeit, einen Antrag auf Überprüfung einer bestandskräftigen Verwaltungsentscheidung zu stellen, wird durch das Gemeinschaftsrecht in zeitlicher Hinsicht nicht beschränkt. Die Mitgliedstaaten können jedoch im Einklang mit den gemeinschaftsrechtlichen Grundsätzen der Effektivität und der Äquivalenz angemessene Rechtsbehelfsfristen festlegen.

Das Vorabentscheidungsersuchen betrifft die Auslegung des in Art. 10 EG verankerten Grundsatzes der Zusammenarbeit im Licht des Urteils vom 13. 1. 2004, Kühne & Heitz (C-453/00, Slg. 2004, I-837 = BayVBl. 2004, 589).

Dieses Ersuchen ergeht im Rahmen eines Rechtsstreits zwischen der Willy Kempfer KG (im Folgenden: Kempfer) und dem Hauptzollamt Hamburg-Jonas (im Folgenden: Hauptzollamt) über die Anwendung der §§ 48 und 51 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 25. 5. 1976 (BGBl. 1976 I S. 1253) (im Folgenden: VwVfG).

#### Aus den Gründen:

1 – 27 ...

##### Zur ersten Frage

28 Mit seiner ersten Frage möchte das vorliegende Gericht im Wesentlichen wissen, ob das Urteil Kühne & Heitz die Überprüfung und Korrektur einer Verwaltungsentscheidung, die infolge eines Urteils eines letztinstanzlichen Gerichts bestandskräftig geworden ist, nur in dem Fall verlangt, dass sich der Betroffene im Rahmen des gerichtlichen Rechtsbehelfs des innerstaatlichen Rechts, den er gegen diese Entscheidung eingelegt hat, auf das Gemeinschaftsrecht berufen hat.

Beim Gerichtshof eingereichte Erklärungen

29 – 33 ...

##### Antwort des Gerichtshofs

34 Zur Beantwortung der ersten Frage ist zunächst daran zu erinnern, dass es nach ständiger Rechtsprechung Aufgabe aller Stellen der Mitgliedstaaten ist, im Rahmen ihrer jeweiligen Zuständigkeiten die Einhaltung des Gemeinschaftsrechts zu gewährleisten (vgl. Urteile vom 12. 6. 1990, Deutschland/Kommission, C-8/88, Slg. 1990, I-2321, Rn. 12, und Urteil Kühne & Heitz, RdNr. 20).