Rechtsanwalt Dr. Thomas Troidl

Kanzlei Schlachter und Kollegen, Regensburg

Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

Lehrbeauftragter an der Bayerischen Verwaltungsschule

Gründungsmitglied und Geschäftsführer der Arbeitsgemeinschaft für Verwaltungsrecht im Deutschen Anwaltverein, Landesgruppe Bayern

Inhaltsverzeichnis:

I. Einleitung ... 2
II. „Übernahme“ der Sicherstellung der Betriebsbereitschaft von Rauchwarnmeldern ... 2
1. Wortlaut von § 46 Abs. 4 S. 4 LBO-Entwurf ... 2
2. Kritik ... 2
3. Begründung des Gesetzentwurfs ... 3
4. Schrifttum ... 3
5. Schlussfolgerungen und Gegenvorschlag ... 3
III. Abweichungen durch Prüfsachverständige ... 4
1. Gesetzentwurf der Regierung des Saarlandes ... 4
2. Musterbauordnung (MBO) ... 4
3. Adaption in anderen Bundesländern ... 4
4. Begründung des Gesetzentwurfs der Regierung des Saarlandes ... 6
5. Schrifttum ... 7
a) Materielle Fiktion, Ersetzung der bauaufsichtlichen Prüfung ... 7
b) Verfassungsrechtliche Bezüge ... 7
c) Reichweite der Fiktion ... 8
aa) Hinsichtlich bauordnungsrechtlicher Anforderungen ... 8
bb) Hinsichtlich der Abweichung nach Art. 63 BayBO ... 10
6. Schlussfolgerungen ... 10
IV. Beteiligung der Nachbarschaft und Akteneinsicht ... 11
1. Problem ... 11
2. Lösung ... 13
3. Schlussfolgerungen und Textvorschlag ... 14
V. Zusammenfassung ... 14

I. Einleitung

Es ist gewiss zu begrüßen, dass das Saarland nunmehr zahlreiche Regelungen aus der Musterbauordnung 2012 – zum Teil auch noch aus der MBO 2002 – in seine Landesbauordnung aufnimmt, zumal die jüngsten Änderungen der MBO ja von der 123. Bauministerkonferenz am 21.9.2012 in Saarbrücken beschlossen wurden.[1] Auch die Flexibilisierung des Verfahrensrechts durch die Aufnahme einer Steuerungsmöglichkeit für die Gemeinden in die Genehmigungsfreistellung und die Einführung der Wahlfreiheit für die Bauherren zwischen Verfahrensfreiheit/Genehmigungsfreistellung und vereinfachtem Baugenehmigungsverfahren sowie zwischen diesem und dem Baugenehmigungsverfahren ist aus Sicht der Praxis zu befürworten, ebenso die Einbeziehung der Abstandsflächen in das Prüfprogramm des vereinfachten Baugenehmigungsverfahrens. Gleichwohl sind zum vorgelegten Gesetzentwurf einige kritische Anmerkungen angebracht.

II. „Übernahme“ der Sicherstellung der Betriebsbereitschaft von Rauchwarnmeldern

1. Wortlaut von § 46 Abs. 4 S. 4 LBO-Entwurf

Ein wesentlicher Schwerpunkt des Art. 1 des Gesetzentwurfs - Änderung der Landesbauordnung – ist der Begründung der Landesregierung zufolge die Ausdehnung der Rauchwarnmelderpflicht auf Bestandsgebäude.[2]

Hierzu soll gemäß Art. 1 Nr. 30 Buchst. b) des Gesetzentwurfs die Landesbauordnung in § 46 Abs. 4 um einen neuen S. 4 ergänzt werden, dem zufolge die Sicherstellung der Betriebsbereitschaft der einzubauenden bzw. anzubringenden Rauchwarnmelder den unmittelbaren Besitzerinnen und Besitzern obliegt, „es sei denn, die Eigentümerin oder der Eigentümer *übernimmt* diese Verpflichtung selbst“.

2. Kritik

Aus dieser Formulierung geht nicht klar hervor, in welcher Form und – vor allem – wem gegenüber diese Übernahme erfolgen soll. Die Form lässt sich noch durch Auslegung bestimmen – mündlich, schriftlich oder in sonstiger Weise (durch konkludentes Handeln). Der Adressat aber ist unklar – gemeint sein kann sowohl der unmittelbare Besitzer als auch die Bauaufsichtsbehörde oder sogar Dritte (mit denen etwa ein Wartungsvertrag abgeschlossen wurde).

---

1 Zu den Hintergründen vgl. Drucksache 15/1214 (vom 15.01.2015), S. 40 (A.).

2 Drucksache 15/1214 (vom 15.01.2015), S. 40 (A.).

3. Begründung des Gesetzentwurfs

Auch aus dieser geht nicht hervor, wer Adressat der „Übernahme-Erklärung“ sein soll. Der Begründung der Regierung des Saarlandes ist lediglich zu entnehmen, dass grundsätzlich für die Sicherstellung der Betriebsbereitschaft die *unmittelbaren Besitzer* der Wohnung verpflichtet werden (während für die Ausstattung mit Rauchwarnmeldern der Bauherr bzw. Eigentümer zuständig ist), weil sie ständig ungehinderten Zutritt haben und bei eigenhändiger Funktionsprüfung die Kosten hierfür gering halten können. „Die Regelung räumt dem jeweiligen Eigentümer die Möglichkeit ein, die Sicherstellung der Betriebsbereitschaft selbst zu *übernehmen*. Damit wird hauptsächlich den Interessen derjenigen Eigentümer Rechnung getragen, die ihre Wohnungen bereits mit Rauchwarnmeldern ausgestattet und *Wartungsverträge* abgeschlossen haben.“[3]

Wem gegenüber die Sicherstellung der Betriebsbereitschaft übernommen werden soll (und wie), erklärt die Begründung nicht. Im Gegenteil kommt insofern, als diese auf den Abschluss von Wartungsverträgen abstellt, auch noch der jeweilige Vertragspartner als Adressat der Übernahme-Erklärung in Betracht. Eindeutige Verantwortlichkeiten werden so nicht bestimmt.

Eine klare Regelung ist aber schon deshalb geboten, weil der Verantwortliche zu dem beschriebenen Tätigwerden *öffentlich-rechtlich verpflichtet* wird. Die Bauaufsichtsbehörde kann ihn dazu durch entsprechende Verfügung anhalten. Kommen Personen nachweislich deshalb zu Schaden, weil ein vorgeschriebener Rauchwarnmelder (nicht eingebaut oder) nicht betriebsbereit gehalten wurde, kann sich der Verantwortliche wegen fahrlässiger Körperverletzung oder Tötung strafbar gemacht haben.[4]

4. Schrifttum

Große-Suchsdorf (Niedersächsische Bauordnung, 9. Aufl. 2013, § 44 Rn. 25) kommentiert § 44 Abs. 5 S. 4 NBauO, der mit der vorliegenden Regelung inhaltlich im Wesentlichen übereinstimmt, wie folgt: „Der Übergang der Verantwortung wird durch vertragliche Vereinbarung zwischen Mieter usw. und Eigentümer, z.B. im Rahmen eines Mietvertrages, bewirkt.“

5. Schlussfolgerungen und Gegenvorschlag

Da es um das Verhältnis Eigentümer – *unmittelbarer Besitzer* geht, ist richtiger Adressat der Übernahme-Erklärung letzterer, in der Regel also der Mieter. Zu erklären ist die Übernahme deshalb dort, wo Eigentümer und Mieter auch sonst ihre Rechtsverhältnisse regeln: im *Mietvertrag*.

---

3 Drucksache 15/1214 (vom 15.01.2015), S. 56 (B. Zu Art. 1, Nr. 30, Buchst. b).

4 *Große-Suchsdorf*, Niedersächsische Bauordnung, 9. Aufl. 2013, § 44 Rn. 26.

§ 46 Abs. 4 S. 4 LBO-neu sollte deshalb wie folgt formuliert werden (Ergänzung kursiv):

„Die Sicherstellung der Betriebsbereitschaft obliegt den unmittelbaren Besitzerinnen und Besitzern, es sei denn, die Eigentümerin oder der Eigentümer übernimmt diese Verpflichtung *durch ausdrückliche Erklärung im Mietvertrag* selbst."

III. Abweichungen durch Prüfsachverständige

1. Gesetzentwurf der Regierung des Saarlandes

Ein weiterer Schwerpunkt des Art. 1 - Änderung der Landesbauordnung – soll laut Begründung die Erweiterung des Kreises der Nachweisberechtigten für den Brandschutz sein.[5] Das mag man begrüßen – geboten erscheint dann aber auch eine widerspruchsfreie Regelung der Kompetenzen der Nachweisberechtigten. Die Musterbauordnung stellt namentlich die Prüfsachverständigen den Bauaufsichtsbehörden in vielfältiger Hinsicht gleich.

Dem wird die LBO noch nicht gerecht, auch und gerade soweit es um die Zuständigkeit bzw. Erforderlichkeit für die Erteilung von Abweichungen - § 68 - geht. Art. 1 Nr. 49 des Gesetzentwurfs zufolge soll – was nicht verfehlt erscheint - lediglich § 68 Abs. 3 LBO, der die Zuständigkeit der Gemeinden in bestimmten Fällen regelte, aufgehoben werden. Weitere Änderungen sieht der Gesetzentwurf hier aber nicht vor.

2. Musterbauordnung (MBO)

Diese sieht in § 67 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 die Option vor, dass es der Zulassung einer Abweichung (auch) nicht bedarf, wenn bautechnische Nachweise durch einen Prüfsachverständigen bescheinigt werden. Zu den bautechnischen Nachweisen zählt nach § 66 MBO auch und vor allem der *Brandschutznachweis*. Werden bautechnische Nachweise durch einen Prüfsachverständigen bescheinigt, werden die entsprechenden Anforderungen auch in den Fällen des § 67 nicht geprüft, § 66 Abs. 4 S. 2 MBO.

3. Adaption in anderen Bundesländern

Von dieser Option der Musterbauordnung haben Gebrauch gemacht:

- *Bayern* in Art. 63 Abs. 1 S. 2 (Art. 62 Abs. 4 S. 2) BayBO und
- *Schleswig-Holstein* sinngemäß in § 70 Abs. 6 S. 1 LBO[6].

---

5 Drucksache 15/1214 (vom 15.01.2015), S. 40 (A.).

6 „Werden bautechnische Nachweise durch eine Prüfingenieurin oder einen Prüfingenieur für Standsicherheit oder ein Prüfamt für Standsicherheit bauaufsichtlich geprüft oder Brand-

Die *Bayerische Staatsregierung* begründete Art. 76 Abs. 4 S. 2 BayBO 1998 seinerzeit wie folgt:

„Art. 76 regelt die Behandlung des Bauantrags. Die Vorschrift enthält eine Reihe verfahrensbeschleunigender und –vereinfachender Regelungen …

Der bisherige Satz 1 sieht den Eintritt einer *materiellrechtlichen Fiktionswirkung* nur für den Fall vor, dass der Bauherr Bescheinigungen eines Sachverständigen nach dieser Vorschrift vorlegt. Da die Öffnung des Genehmigungsfreistellungsverfahrens (Art. 70) und des Vereinfachten Genehmigungsverfahrens (Art. 80) für größere und andersartige Vorhaben als bisher die Einschaltung solcher Sachverständiger auch außerhalb bauaufsichtlicher Genehmigungsverfahren bzw. außerhalb des – grundsätzlich – innerhalb solcher Verfahren eröffneten Prüfungsrahmens (vgl. das eingeschränkte Prüfprogramm in Art. 80 Abs. 1 n.F.) erfordert, muss – durch die vorgesehene Ergänzung – den gegenüber dem Bauherrn erteilten Bescheinigungen der Sachverständigen, die aber nicht der Bauaufsichtsbehörde vorzulegen sind, eine entsprechende rechtliche (Fiktions-)Wirkung hinsichtlich der Einhaltung der von ihnen abgedeckten materiell-rechtlichen Anforderungen an das Vorhaben beigelegt werden.

Das materielle Entscheidungsprogramm der Bauordnungen ist – dies gilt auch für die BayBO – auf Vorhaben gleichsam „mittlerer Art und Güte“ zugeschnitten, auf Wohnbau-, kleinere gewerbliche und übliche landwirtschaftliche Vorhaben. Fallen größere und komplexere Vorhaben in das baurechtliche Genehmigungsverfahren, stellen sie sich materiell-rechtlich als Sonderbauten dar. Sonderbauten lassen sich aber vielfach nicht nach dem materiellen Standardprogramm der Bauordnung beurteilen, sondern bedürfen eines gerade maßgeschneiderten Konzepts, das auf die Eigenart des jeweiligen Sonderbaus Bedacht nimmt. Dabei sind mindestens häufig teils in bestimmter Beziehung höhere Anforderungen zu stellen, teils – kompensatorisch – andere Anforderungen abzumildern (...). Bei der Genehmigung von Sonderbauten sind folglich in erheblichem Umfang – in einem sehr weiten Sinn – Abweichensentscheidungen zu treffen. Diese Konstellation ist von besonderer Bedeutung im Zusammenhang mit dem für den Bereich der Sonderbauten zu schaffenden verantwortlichen Sachverständigen für den vorbeugenden Brandschutz. Angesichts der von diesem zu fordernden hohen Qualifikationsmerkmale wäre es *sinnwidrig*, bescheinigt dieser die Einhaltung der einschlägigen Anforderungen durch ein bestimmtes Brandschutzkonzept, dem Bauherrn zuzumuten, von der in der entsprechenden Qualifikation mindestens nicht selten hinter dem Sachverständigen zurückbleibenden unteren *Bauaufsichtsbehörde* gesonderte Abweichensentscheidungen einzuholen. Deshalb muss – im Ergebnis – die materielle Rechtmäßigkeitsfiktion zugunsten der Sachverständigenbescheinigung in Art. 76 Abs. 4 Satz 1 auch auf die Fälle von Abweichungen erstreckt werden.

---

schutznachweise durch eine *Prüfsachverständige* oder einen *Prüfsachverständigen* für Brandschutz, die oder der in einer von der Architekten- und Ingenieurkammer Schleswig-Holstein zu führenden Liste eingetragen ist, geprüft und bescheinigt, werden die entsprechenden Anforderungen auch in den Fällen des § 71 bauaufsichtlich nicht geprüft.“ § 71 LBO regelt – wiederum – *Abweichungen*.

Die insoweit erforderliche Regelung enthält der neue *Satz 2*. Dabei entfaltet die Sachverständigenbescheinigung *keine* in dem Sinne rechtsbegründende Wirkung, wie sie einer behördlichen Ermessensentscheidung bei der Zulassung einer Abweichung beigemessen werden mag. Denn wäre dem so, fällte der Sachverständige eine öffentlich-rechtliche, *hoheitliche* Zulassungsentscheidung, so dass das Konzept des privaten Sachverständigen mindestens in diesem Punkt zugunsten eines beliehenen Unternehmers durchbrochen wäre. Vielmehr wird die jeweilige materielle Zulässigkeitsnorm gleichsam auf eine gewisse Bandbreite „gespreizt", die der durch die (materiell zulässigen) Abweichensmöglichkeiten beschriebenen entspricht. Die Bescheinigung des Sachverständigen hat also – unter diesem Blickwinkel – *keine rechtsgestaltend-konstitutive, sondern lediglich deklaratorisch-deskriptive Funktion*.

Seinem ausdrücklichen – nämlich unbeschränkten – Wortlaut nach bezieht sich Satz 2 nicht allein auf Sonderbauten, so dass der Bauherr, wenn er es wünscht, sich auch bei Vorhaben geringer oder mittlerer Schwierigkeit – etwa bei atypischen Konstruktionen – zur Bescheinigung einer zulässigen Abweichung des Sachverständigen bedienen darf. Hinsichtlich welcher materiellrechtlicher Anforderungen der Sachverständige solche Bescheinigungen ausstellen darf, folgt aus dem ihm nach näherer Maßgabe der SVBau zugewiesenen materiellrechtlichen Tätigkeitsfeld."[7]

4. Begründung des Gesetzentwurfs der Regierung des Saarlandes

Von einer „Befugnis der Prüfsachverständigen, von bauordnungsrechtlichen Vorschriften gemäß § 68 abzuweichen", geht auch die Saarländische Landesbauordnung derzeit noch aus, wie § 86 Abs. 3 S. 2 Nr. 8 zeigt. Gerade diese Vorschrift will aber der vorliegende Gesetzentwurf mit Art. 1 Nr. 63 Buchst. a) Doppelbuchst. aa) aufheben und begründet dies wie folgt:

„§ 86 Absatz 3 Satz 2 Nummer 8 sieht vor, dass Prüfsachverständigen durch Rechtsverordnung die Befugnis eingeräumt werden kann, von bauordnungsrechtlichen Vorschriften gemäß § 68 abzuweichen. Diese Formulierung ist *missverständlich*: Nach § 68 Absatz 1 können Abweichungen von bauordnungsrechtlichen Vorschriften von der *Bauaufsichtsbehörde* zugelassen werden. Die Zulassung ist ein *Verwaltungsakt* im Sinne des Verwaltungsverfahrensgesetzes. Die hoheitliche Maßnahme mit Außenwirkung kann *nur von der Bauaufsichtsbehörde* getroffen werden. Lediglich die Vereinbarkeit der Abweichung mit den Anforderungen des § 3 Absatz 1 kann von den Prüfsachverständigen festgestellt bzw. bescheinigt werden. Dazu bedarf es keiner ausdrücklichen Ermächtigung."[8]

---

7 *Bayerischer Landtag*, Drucksache 13/7008 (vom 22.1.1997), S. 45 f.

8 Drucksache 15/1214 (vom 15.01.2015), S. 76 (B. Zu Art. 1, Nr. 63, Buchst. a, Doppelbuchst. aa).

Dies mag für sich genommen richtig sein, erscheint aber jedenfalls mit Blick auf die Optionen der Musterbauordnung, wie gezeigt, deutlich zu kurz gegriffen.

5. Schrifttum

a) Materielle Fiktion, Ersetzung der bauaufsichtlichen Prüfung

Nach Art. 62 Abs. 4 S. 2 BayBO hat die Bescheinigung bautechnischer Nachweise die Rechtswirkung, dass die entsprechenden Anforderungen auch in den Fällen des Art. 63 BayBO als eingehalten gelten. Die Vorschrift *fingiert* damit die Übereinstimmung der Nachweise mit den öffentlich-rechtlichen Anforderungen und führt dazu, dass eine bauaufsichtliche Prüfung der Nachweise *entfällt*. Mit der Bescheinigung wird die bauaufsichtliche Prüfung *ersetzt* und dem *Vier-Augen-Prinzip* entsprochen. Aus diesem Grund muss die Bescheinigung auch nicht vor Erteilung der Baugenehmigung der Bauaufsichtsbehörde vorgelegt werden, sondern erst zu Beginn der Bauausführung, Art. 68 Abs. 5 Nr. 2, Art. 58 Abs. 5 Satz 2 BayBO.[9]

b) Verfassungsrechtliche Bezüge

Art. 62 Abs. 4 S. 2 BayBO enthält, wie dargestellt, eine *Fiktion*, der zufolge die bauaufsichtsrechtlichen Anforderungen, die für ein Bauvorhaben nach der Bauordnung vorgeschrieben sind, als eingehalten gelten, wenn der Bauherr der Bauaufsichtsbehörde eine Bescheinigung eines Prüfsachverständigen vorlegt.

Mit dieser weitgehenden Regelung will der Gesetzgeber wie bei der Prüffreiheit nach Art. 62 Abs. 4 Satz 1 BayBO die Kontrolltätigkeit der Bauaufsichtsbehörden reduzieren und die Eigenverantwortlichkeit des privaten Bauherrn stärken. Sinn und Zweck ist es, die öffentlich-rechtliche Prüfung der bauaufsichtlichen Anforderungen entfallen und an ihre Stelle die Überprüfung durch besonders qualifizierte private Sachverständige treten zu lassen, die für ihren Verantwortungsbereich über besondere Qualifikationen und Kenntnisse verfügen.

Dieses in Art. 62 Abs. 4 Satz 2 BayBO gewählte gesetzgeberische System begegnet keinen durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken. Dies gilt sowohl mit Blick auf die *Privatisierung von Staatsaufgaben*, deren Grenzen sich aus den grundrechtlichen Schutzpflichten des Staates ergeben können, als auch mit Bezug auf den verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz (Art. 80 GG). Im verfassungsrechtlichen Schrifttum insoweit geäußerte Bedenken (Rupert Scholz, Privatisierung im Baurecht, 1997, S. 113) greifen nicht durch.

Die Pflicht zur Überwachung der Einhaltung bausicherheitsrechtlicher Anforderungen ergibt sich aus den Grundrechten (im Bereich des Baurechts insbesondere aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 und Art. 14 GG), die nach einhelliger Ansicht auch

9 *Shirvani* in Simon/Busse, Bayerische Bauordnung, 115. EL 2014, Art. 62 Rn. 153.

Schutzpflichten des Staates gegenüber dem Einzelnen begründen (Isensee in Isensee/Kirchhoff, Handbuch des Staatsrechtes, Bd. V, S. 143, 181 ff., grundlegend BVerfGE 39, 1, 41). Dabei ist unstrittig, dass die Übertragung der Verantwortung für die Einhaltung bauordnungsrechtlicher Anforderungen auf Private *generell zulässig* ist. Es verbleibt jedoch auch dann bei der Verantwortung des Staats für die Sicherstellung der Effektivität des Grundrechtsschutzes, so dass er geeignete Maßnahmen treffen muss, um die Qualität der privaten Gewährleistung sicherzustellen (sog. „Kompensationspflicht"; vgl. Scholz a.a.O., S. 49). Das entspricht dem allgemeinen Gedanken, dass derjenige, der sich einer Sicherungspflicht durch Übertragung auf einen Dritten begibt, zur Überwachung dieses Dritten verpflichtet bleibt (Entsprechendes gilt im Zivilrecht, wenn Verkehrspflichten auf einen Dritten übertragen werden: „Überwachungs- und Organisationsverschulden").

Dementsprechend setzt Art. 80 Abs. 2 i.V.m. der PrüfVBau voraus, dass der private Sachverständige, dem die Verantwortung für die Einhaltung der sicherheitsrelevanten Anforderungen letztlich obliegt, besonders qualifiziert ist. Letztlich wird durch Schaffung und Überwachung eines neuen Berufsbildes die staatliche Schutzpflicht erfüllt. Hierbei ist der Umstand, dass die genauere Bestimmung des qualifizierten Sachverständigen durch eine Rechtsverordnung erfolgt, unproblematisch, solange diese den von Verfassungs wegen geltenden Anforderungen (Art. 80 GG) entspricht und dadurch ein ausreichendes Qualitätsniveau festsetzt.[10]

c) Reichweite der Fiktion

aa) Hinsichtlich bauordnungsrechtlicher Anforderungen

Die Fiktion der Einhaltung der bauaufsichtlichen Anforderungen gilt uneingeschränkt, wenn die vorgeschriebenen Bescheinigungen von Prüfsachverständigen vorgelegt werden. Sie beinhaltet, dass das Bauvorhaben die materiell-rechtlichen bauaufsichtlichen Anforderungen einhält und insoweit den materiell-rechtlichen Vorschriften des öffentlichen Rechts entspricht. Im Schrifttum ist umstritten, welchen genauen Inhalt die Fiktion hat, insbesondere ob diese auch feststellt, dass das Bauvorhaben die materiell-rechtlichen bauaufsichtlichen Anforderungen einhält (so die amtliche Begründung zur BO 2008 sowie Jäde/Weinl/Dirnberger in BayVBl. 1994, 321 (323) und Jäde, in: Jäde/Dirnberger/Bauer/Weiß, Die neue Bayerische Bauordnung, Art. 62 Rn. 61 ff.; a.A. Molodovsky, in: Koch/Molodovsky/Famers, BO, Art. 62 Rn. 82).

Wird von einer „materiellen Legalitätswirkung" der Fiktion ausgegangen, so hat dies zur Folge, dass die Bescheinigung eine vergleichbare vertrauensschützende Wirkung entfaltet wie die Baugenehmigung. Erlangt die Bauaufsichtsbehörde zufällig Kenntnis von Standsicherheits- bzw. Brandschutzmängeln des vorgesehenen Bauvorhabens, so kann sie sich über eine rechtswidrige Bescheini-

10 *Shirvani* in Simon/Busse, Bayerische Bauordnung, 115. EL 2014, Art. 62 Rn. 156 - 160.

gung nur unter denjenigen Voraussetzungen hinwegsetzen, unter denen sie gem. Art. 54 Abs. 4 BayBO Maßnahmen bei bestandsgeschützten Anlagen ergreifen könnte (Jäde, a.a.O.).

Lehnt man eine solche materielle Legalitätswirkung ab, so kann die Bauaufsichtsbehörde ohne Einschränkung von ihren allgemeinen Eingriffsbefugnissen (Art. 54 Abs. 2, Art. 75, Art. 76 BayBO) wegen Verstoßes des Vorhabens gegen Art. 10 oder 12 BayBO Gebrauch machen.

Ob die Bescheinigung eines Prüfsachverständigen eine *materielle Legalitätswirkung* entfaltet, hängt maßgeblich davon ab, welcher Zweck mit ihr verfolgt wird. Das Gesetz will die Bauaufsichtsbehörde bei der Prüfung der bautechnischen Nachweise entlasten, ohne dem Bauherrn insoweit mehr Verantwortung zu übertragen. Die Bescheinigung des Prüfsachverständigen *ersetzt* demzufolge die Prüfung durch die Bauaufsichtsbehörde. Bei Vorlage der von einem Prüfsachverständigen vorgenommenen Bescheinigung vor Bauausführung (Art. 68 Abs. 5 Nr. 2 BayBO) wird die Bauaufsichtsbehörde davon in Kenntnis gesetzt, dass eine bauaufsichtliche Prüfung des bescheinigten Nachweises in materieller Hinsicht unterbleiben kann. Dementsprechend muss die Bescheinigung des Prüfsachverständigen dieselbe Wirkung entfalten wie eine ansonsten vorzunehmende hoheitliche Prüfung:

Das positive Ergebnis einer vorzunehmenden bautechnischen Prüfung im Rahmen eines Baugenehmigungsverfahrens ist Inhalt der Baugenehmigung, vgl. Art. 59 S. 2 bzw. Art. 60 S. 2 BayBO. Der Bauherr ist mit Erteilung der Baugenehmigung in seinem Vertrauen auf die Rechtmäßigkeit seines Vorhabens im Hinblick auf die geprüften Anforderungen geschützt. Diese *materielle Legalitätswirkung* im Hinblick auf die Standsicherheit führt dazu, dass über die allgemeinen Eingriffsbefugnisse (Art. 54 Abs. 2, Art. 75, Art. 76 BayBO) ein „Durchgriff“ auf die materielle Rechtmäßigkeit nicht möglich ist, wenn sich im Nachhinein herausstellt, dass das Ergebnis der bautechnischen Prüfung nicht mit dem materiellen Recht übereinstimmt. Die Behörde kann die einem Bestandsschutz gleichende Rechtsposition nur unter den Voraussetzungen des Art. 54 Abs. 4 BayBO durchbrechen.

Gleiches gilt bei genehmigungsfreigestellten Vorhaben nach Art. 58 BayBO, die der Prüfpflicht nach Abs. 3 unterliegen. In diesen Fällen stellt die bautechnische Prüfung durch die Bauaufsichtsbehörde einen feststellenden Verwaltungsakt dar, dessen Verfügungssatz sich darauf beschränkt, die Übereinstimmung des konkreten Vorhabens im geprüften bautechnischen Anforderungsbereich mit dem materiellen Recht festzustellen. Entspricht die Feststellung tatsächlich nicht dem geltenden Recht, so ist aufgrund der Tatbestandswirkung des Verwaltungsakts trotz seiner Rechtswidrigkeit ein Rückgriff auf die allgemeinen Eingriffsbefugnisse abgeschnitten.

Diese Wirkung der Prüfung durch die Bauaufsichtsbehörde muss ebenfalls der Bescheinigung eines Prüfsachverständigen zukommen. Sie *substituiert* nur eine bauaufsichtliche Prüfung, soll den Bauherrn jedoch nicht schlechter stellen bzw. ihm nicht mehr Verantwortung übertragen, sondern lediglich für eine *Entlastung der Bauaufsichtsbehörde* sorgen. Es kann im Hinblick auf die Rechtswirkung nicht darauf ankommen, dass der Prüfsachverständige bei seiner Prüftätigkeit

nicht hoheitlich tätig wird (vgl. § 2 Abs. 2 S. 1 Halbs. 2 PrüfVBau); es ist nicht nachvollziehbar, weshalb eine solche rein formale Anknüpfung über die Rechtswirkung der Bescheinigung entscheiden sollte, wenn nach dem Gesetz die hoheitliche Kontrolle im Falle der Bescheinigung eines Nachweises gerade entfallen soll. Das Gesetz gesteht der Bescheinigung damit eine vergleichbare Vertrauenswürdigkeit und Verlässlichkeit wie einer bauaufsichtlichen Prüfung zu. Daneben ist zu berücksichtigen, dass die Voraussetzungen für die Anerkennung als *Prüfingenieur* und als Prüfsachverständiger die gleichen sind (§§ 4, 10 PrüfVBau), der Prüfingenieur jedoch gem. Art. 62 Abs. 3 S. 1 BayBO den Standsicherheitsnachweis *hoheitlich* prüft, während der Prüfsachverständige auf zivilrechtlicher Basis den Standsicherheitsnachweis einer Prüfung unterzieht. Demzufolge kann eine unterschiedliche Rechtswirkung auch nicht mit einer geringeren Qualifikation des Prüfsachverständigen gegenüber den für die Bauaufsichtsbehörde insoweit tätigen Personen begründet werden. Schließlich spricht für eine *materielle Legalitätswirkung*, dass es aus der Sicht des Bauherrn keinen Unterschied machen kann, wer die Prüfung des Nachweises vornimmt. Er ist in jedem Fall in seinem Vertrauen auf die Ordnungsgemäßheit der Prüfung/Bescheinigung des Nachweises schutzwürdig. Mit der erfolgten Prüfung/Bescheinigung wird für ihn verbindlich festgestellt, was für ihn im Hinblick auf die Bautechnik „rechtens“ ist. Mit dieser Feststellung erlangt er eine „Vertrauensgrundlage“, die ihm nicht mehr ohne weiteres entzogen werden kann. Andernfalls würde er – was vom Gesetz nicht gewollt ist – sein Wahlrecht nach Art. 62 Abs. 3 S. 3 BayBO im Zweifelsfalle immer zugunsten einer bauaufsichtlichen Prüfung ausüben.

Nach dem Gesagten ist somit von einer *materiellen Fiktionswirkung* des Art. 62 Abs. 4 S. 2 BayBO auszugehen, auch wenn die Bescheinigung nicht Inhalt der Baugenehmigung ist.[11]

bb) Hinsichtlich der Abweichung nach Art. 63 BayBO

Die Bescheinigung fingiert auch, dass die Voraussetzungen einer Abweichung von den materiell-rechtlichen Anforderungen der Standsicherheit oder des Brandschutzes nach Art. 63 BayBO vorliegen. Auch hier besteht eine *materielle Legalitätswirkung* (siehe oben). Eine Abweichungsentscheidung der Bauaufsichtsbehörde wird *ersetzt*, so dass eine behördliche Entscheidung nicht erforderlich ist, Art. 63 Abs. 1 Satz 2 BayBO.[12]

6. Schlussfolgerungen

Auch das Saarland sollte mithin von der Option der MBO in § 66 Abs. 4 S. 2, § 67 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 Gebrauch machen.

---

11 *Shirvani* in Simon/Busse, Bayerische Bauordnung, 115. EL 2014, Art. 62 Rn. 163 – 170.

12 *Shirvani* in Simon/Busse, Bayerische Bauordnung, 115. EL 2014, Art. 62 Rn. 171.

Dies fügt sich widerspruchsfrei in die Landesbauordnung ein, die den Prüfsachverständigen schon heute in folgenden Regelungen mit der Bauaufsichtsbehörde gleichstellt:

- § 67 Abs. 4 S. 1: Prüfung bzw. Bescheinigung von Brandschutznachweis und Standsicherheitsnachweis
- § 67 Abs. 4 S. 2: Prüfung oder Bescheinigung des Brandschutznachweises
- § 78 Abs. 3: Bauüberwachung, Anzeige bestimmter Bauarbeiten und Zustimmung

Diese Gleichwertigkeit der bauaufsichtlichen Prüfung mit Bescheinigungen eines Prüfsachverständigen soll nach dem Gesetzentwurf der Regierung des Saarlandes beibehalten werden, wie folgende Regelungen zeigen:

- § 67 Abs. 4 S. 1 LBO: Prüfung bzw. Bescheinigung des Standsicherheitsnachweises
- § 67 Abs. 4 S. 2 LBO: Prüfung bzw. Bescheinigung des Brandschutznachweises
- § 78 Abs. 2 LBO: Überwachung der Bauausführung hinsichtlich des (geprüften oder bescheinigten) Brandschutznachweises[13]

Es erscheint daher konsequent, mit der Option der Musterbauordnung (s.o. III.2.) auf die Zulassung einer Abweichung zu verzichten, wenn bautechnische Nachweise durch einen Prüfsachverständigen bescheinigt werden. Werden bautechnische Nachweise durch einen Prüfsachverständigen bescheinigt, sollten die entsprechenden Anforderungen auch hinsichtlich Abweichungen nicht geprüft werden.

IV. Beteiligung der Nachbarschaft und Akteneinsicht

1. Problem

Die Beteiligtenstellung des *Bauherrn* im Baugenehmigungsverfahren kann nach allgemeinen Grundsätzen ebenso unproblematisch bejaht werden wie im bauaufsichtlichen Verfahren. In der Praxis wird dem Bauherrn auch regelmäßig Akteneinsicht gewährt.

Problematisch zeigt sich das Institut der Akteneinsicht aber für den *Nachbarn*: dieser ist ja nicht unbedingt formell Beteiligter in einem Verwaltungsverfahren (§ 9 VwVfG), das sowohl mit der *Baugenehmigung* als auch in Form der *bauaufsichtlichen Verfügung* auf den Erlass eines Verwaltungsakts gerichtet ist, den die Bauaufsichtsbehörde in erster Linie gegenüber dem *Bauherrn* bekannt geben wird. Da freilich die eine ebenso wie die andere einen (teils begünstigenden, teils belastenden) *Verwaltungsakt mit Doppelwirkung* (zum Begriff vgl.

13 Wird die Bauausführung nach Satz 3 bescheinigt oder bestätigt, findet insoweit eine bauaufsichtliche Überwachung nicht statt. Dies entspricht § 81 MBO.

§ 80a VwGO) darstellen kann, verdient die Akteneinsicht im Bauordnungsrecht vertiefte Betrachtung.[14]

Beantragt der Nachbar - sei es nach einem Bauantrag seines Nachbarn (des Bauherrn), sei es zur Vorbereitung oder Begründung eines Antrags auf bauaufsichtliches Einschreiten – bei der Bauaufsichtsbehörde Akteneinsicht in die Verfahrensakten, wird ihm auch oft genug dieser Vorhalt gemacht: dass er ja gar nicht Beteiligter (i.S.v. § 13 VwVfG) sei an einem Verfahren, das nur Bauherrn und Bauaufsichtsbehörde „angehe".

Dem lässt sich zwar der allgemeine Akteneinsichtsanspruch entgegen halten, da der Nachbar in der Regel ein *berechtigtes Interesse* an der Kenntnis der Verfahrensakten haben wird, schon weil die Regelungen der Bauaufsichtsbehörde – mit Doppelwirkung - auch für und gegen ihn Wirkung entfalten, und zwar sowohl öffentlich-rechtlich als auch zivilrechtlich (man denke nur an Auflagen des Inhalts, an einem bestimmten Immissionsort bestimmte Immissionsrichtwerte einzuhalten, Betriebszeiten etc).[15] Ob darüber hinaus ein - *gebundener* - Anspruch auf Akteneinsicht nach § 29 SVwVfG („Akteneinsicht durch Beteiligte") besteht, ist demgegenüber fraglich; dagegen spricht namentlich im Saarland, dass schon nach gegenwärtiger Gesetzesfassung gemäß § 71 Abs. 4 S. 2 LBO § 13 SVwVfG bei der Beteiligung der Nachbarschaft keine Anwendung finden soll.

---

14 Thomas *Troidl*, Akteneinsicht im Verwaltungsrecht: Informationszugang gemäß VwVfG, VwGO, UIG, VIG, IFG u.a., 2013, Rn. 596 f.

15 Thomas *Troidl*, Akteneinsicht im Verwaltungsrecht: Informationszugang gemäß VwVfG, VwGO, UIG, VIG, IFG u.a., 2013, Rn. 598 f. So auch *OVG Münster* Urt. v. 22.7.1988 – 20 A 1063/87, NJW 1989, 544 f.: Der im Baugenehmigungsverfahren nicht beteiligte Nachbar hat nach Abschluss des Verfahrens *Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung* über die Gewährung von Akteneinsicht in die das Baugenehmigungsverfahren betreffenden Verwaltungsvorgänge, wenn er die Akteneinsicht zur Vorbereitung einer zivilrechtlichen Klage gegen den Bauherrn benötigt (*Leitsatz*). Unter der Voraussetzung der Glaubhaftmachung eines *berechtigten eigenen Interesses* kann nämlich auch ein am Verfahren nicht beteiligter Dritter eine solche beanspruchen. Das berechtigte Interesse wird dadurch gekennzeichnet, dass der Nachsuchende insbesondere mit dem Ziel der Durchsetzung von Rechten ein eigenes, gewichtiges und auf andere Weise als durch Akteneinsicht nicht zu befriedigendes Informationsbedürfnis hat. Ein gewichtiges Interesse, Informationen über das Ergebnis des Baugenehmigungsverfahrens zu erhalten, können die privatrechtsgestaltenden Wirkungen der im Baugenehmigungsverfahren getroffenen Entscheidungen begründen (z.B. nachbarschützende Auflagen, Dispense von nachbarschützenden Vorschriften, überhaupt die mit der bestandskräftigen Baugenehmigung getroffene Feststellung über die Vereinbarkeit des Bauvorhabens mit öffentlichrechtlichen Vorschriften).

2. Lösung

Das Saarländische Informationsfreiheitsgesetz hilft nur bedingt weiter, da die Ausnahmeregelungen nach §§ 3 – 6 IFG (i.V.m. § 1 SIFG) viel weiter reichen als gemäß § 29 Abs. 2 SVwVfG.[16]

In *Bayern* (Art. 66 Abs. 2 S. 1 BayBO) ist der Nachbar *kraft Gesetzes* Beteiligter (i.S.d. Art. 13 Abs. 1 Nr. 1 BayVwVfG), ohne dass er erst von der Bauaufsichtsbehörde gemäß Art. 13 Abs. 1 Nr. 4, Abs. 2 BayVwVfG hinzugezogen werden müsste.[17] In Verfahren wie dem Baugenehmigungsverfahren, die dem Erlass eines Verwaltungsaktes mit Doppelwirkung dienen, ist der Nachbar tatsächlich *Antragsgegner* i.S.d. § 13 Abs. 1 Nr. 1 VwVfG, da er mit der Wahrnehmung seiner Rechte dem Bauherrn – als *Antragsteller* – gegenübersteht.[18] Er hat damit die Rechte, die Beteiligten allgemein zukommen, inbegriffen den Rechtsanspruch auf Akteneinsicht (Art. 29 BayVwVfG).[19]

Ein eigenes, sozusagen bauordnungsrechtlich determiniertes, allerdings auf die Bauvorlagen beschränktes Akteneinsichtsrecht hat der Nachbar

- in *Brandenburg*, § 64 Abs. 4 BbgBO[20]
- in *Bremen* gemäß § 73 Abs. 5 S. 1 BremLBO[21]
- in *Niedersachsen* nach § 68 Abs. 1 NBauO[22]
- in *Rheinland-Pfalz* aus § 68 Abs. 2 LBauO[23]

Diese Abkoppelung vom Akteneinsichtsrecht durch Beteiligte nach § 29 VwVfG wirkt indes systematisch verfehlt und lässt viele Fragen offen, die für das gängi-

---

16 Zum Informationsrecht nach § 4 IFG NRW in diesem Zusammenhang *VG Köln* Urt. v. 25.11.2005 – 27 K 6171/03, BeckRS 2010, 45067.

17 Eine Beteiligung anderer Art sieht § 74 BauO *NRW* vor. In *Hessen* ist die Beteiligung der Nachbarschaft (§ 62 HBO) nur als Soll-Vorschrift ausgestaltet.

18 Zum Anspruch des Nachbarn auf Einsichtnahme in die Bauunterlagen bei der Genehmigungsfreistellung Christoph *Gröpl*/Rudolf *Schleyer* BayVBl. 1998, 97 ff. (102).

19 Thomas *Troidl*, Akteneinsicht im Verwaltungsrecht: Informationszugang gemäß VwVfG, VwGO, UIG, VIG, IFG u.a., 2013, Rn. 603 m.w.N.

20 „Der Nachbar hat das Recht, die vom Bauherrn eingereichten *Bauvorlagen* bei der Bauaufsichtsbehörde einzusehen."

21 „Die Nachbarn sind berechtigt, die eingereichten *Bauvorlagen* bei der Bauordnungsbehörde einzusehen, soweit das Vorhaben nachbarliche Belange berühren kann."

22 „Nachbarn, deren Belange eine Baumaßnahme berühren kann, dürfen die *Bauvorlagen* bei der Bauaufsichtsbehörde oder bei der Gemeinde einsehen. Dies gilt nicht für die Teile der Bauvorlagen, die Belange der Nachbarn nicht berühren können." Dazu Manfred *Burzynska* in Große-Suchsdorf, Niedersächsische Bauordnung, 9. Aufl. 2013, § 68 Rn. 155.

23 „Beabsichtigt die Bauaufsichtsbehörde von Bestimmungen, die auch dem Schutz nachbarlicher Interessen dienen, Abweichungen zuzulassen, so teilt sie dies den Nachbarinnen und Nachbarn mit, deren Zustimmung fehlt. Auf Verlangen ist diesen Einsicht in den *Lageplan* und in die *Bauzeichnungen* zu gewähren; hierauf ist in der Mitteilung hinzuweisen. Die Nachbarinnen und Nachbarn können innerhalb von zwei Wochen nach Zustellung der Mitteilung bei der Bauaufsichtsbehörde schriftlich oder zur Niederschrift Einwendungen erheben."

ge verwaltungsverfahrensrechtliche Akteneinsichtsrecht immerhin schon geklärt sind.

3. Schlussfolgerungen und Textvorschlag

Auch das Saarland sollte deshalb eine klare und eindeutige Regelung schaffen. Diese könnte – wie in *Bayern* – folgenden Wortlaut haben:

„Der Nachbar ist Beteiligter im Sinn des § 13 Abs. 1 Nr. 1 SVwVfG."

§ 71 Abs. 4 LBO ist entsprechend anzupassen. In der Fassung des Gesetzentwurfs setzen Abs. 4 und 5 immerhin ein entsprechendes Akteneinsichtsrecht - genauso wie Art. 66 Abs. 2 S. 4 Hs. 2 und Abs. 4 S. 4 Nr. 1 BayBO – erkennbar voraus. Es ist dann aber gerade widersprüchlich, Grundlage und Reichweite des Akteneinsichtsrechts offen zu lassen. Im Gegenteil kommt, einmal abgesehen von SUIG und SIFG, als Rechtsgrundlage für die von § 71 Abs. 4 und 5 LBO-Entwurf vorausgesetzte Akteneinsicht nur § 29 SVwVfG in Betracht; diese ist jedoch, wie schon die amtliche Überschrift erkennen lässt, auf *Beteiligte* beschränkt – warum soll § 13 SVwVfG gemäß § 71 Abs. 4 S. 5 LBO-Entwurf dann aber „bei der Beteiligung der Nachbarschaft keine Anwendung" finden?

V. Zusammenfassung

Wo Musterbauordnung und Richtlinien des Europarechts Vorgaben machen, mag der Handlungsspielraum des Landesgesetzgebers beschränkt erscheinen. Dies gilt aber, wie gezeigt, nicht für

- die „Übernahme" der Sicherstellung der Betriebsbereitschaft von Rauchwarnmeldern (§ 46 Abs. 4 S. 4 LBO-Entwurf),
- die durch Prüfsachverständige bescheinigten Abweichungen sowie
- die Beteiligtenstellung des Nachbarn und dessen Recht auf Akteneinsicht.

Hier darf das Saarland weder hinter den Möglichkeiten der Musterbauordnung zurückbleiben noch Unklarheiten oder gar Widersprüchlichkeiten Raum geben; im Gegenteil hat das Saarland Gelegenheit, als erstes Bundesland in der gebotenen Klarheit zu regeln, wem gegenüber die Sicherstellung der Betriebsbereitschaft von Rauchwarnmeldern in welcher Form zu übernehmen ist. Wie Bayern und Schleswig-Holstein sollte das Saarland außerdem von der Option der Musterbauordnung Gebrauch machen, den Prüfsachverständigen auch hinsichtlich Abweichungen der bauaufsichtlichen Prüfung gleichzustellen; wie in Bayern empfiehlt sich schließlich eine widerspruchsfreie Beteiligung des Nachbarn, die auch für die Akteneinsicht durch Beteiligte eine eindeutige Rechtsgrundlage schafft.