

# Das Einvernehmen der Gemeinde nach § 36 BauGB – Materiell-, verfahrens- und prozessrechtliche Aspekte

Von Akad. Rat a.Z. Dr. **Julian Krüper**, Düsseldorf\*

## I. Baurechtliches Genehmigungsverfahren

Im baurechtlichen Genehmigungsverfahren spielt neben der Zulässigkeit des Vorhabens selbst stets auch die Frage nach der Notwendigkeit und ggf. dem Vorliegen des *gemeindlichen Einvernehmens* eine wichtige Rolle. Fehlt es daran, kann die beantragte Genehmigung grundsätzlich zunächst nicht erteilt werden. Dementsprechend kreisen um die Frage der *Erteilung* des gemeindlichen Einvernehmens, seine *Verweigerung* und seine *Ersetzung* durch die Bauaufsichtsbehörde oder das angerufene Verwaltungsgericht eine Reihe komplexer Rechtsfragen materieller, verfahrensrechtlicher und verwaltungsprozessrechtlicher Art, die zum Teil zum baurechtlichen Grundwissen zählen, zum Teil aber auch Vertiefungswissen für fortgeschrittene Studierende bilden (Teile V. 4.-6., VI).

Rechtsprobleme des gemeindlichen Einvernehmens sind häufig durch eine innere Spannung gekennzeichnet, die sich aus dem erheblichen Wandel dieses Instituts im Laufe der letzten Jahre erklärt. Ursprünglich ausgestaltet als ein *absolutes Verfahrensrecht* der Gemeinde, dessen Ausübung (in Gestalt der Versagung) jedes Bauvorhaben suspendierte, ist der Schutz der gemeindlichen Rechtsposition im Laufe der Zeit immer schwächer geworden. Heute präsentiert sich das Einvernehmen als ein bloßer „Rest“ des Ursprungsrechts, dessen Anwendung aber noch immer von der ursprünglichen strengen Konzeption geprägt wird.<sup>1</sup>

## II. Die gemeindliche Planungshoheit

### 1. Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG als Ursprung der Planungshoheit

Aus der grundgesetzlichen Garantie der kommunalen Selbstverwaltung wird die gemeindliche Planungshoheit hergeleitet.<sup>2</sup> Die Planungshoheit ist dabei als Ausprägung der sog. *objektiven Rechtsinstitutionsgarantie* des Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG zu verstehen.<sup>3</sup> Damit ist gemeint, dass die Gemeinde alle

Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft frei und selbstverantwortlich regeln kann und ein Eingriff in dieses Selbstverwaltungsrecht verfassungsrechtlich rechtfertigungsbedürftig ist.

### 2. Gegenstand der Planungshoheit

Die Planungshoheit gewährt der Gemeinde das Recht, über die Nutzung des Gemeindegrundes im Rahmen der gesetzlichen Beschränkungen frei zu disponieren, bestimmte Nutzungsarten zu fördern und so aktiv zu einer Strukturentwicklung auf dem Gebiet der Gemeinde beizutragen.<sup>4</sup> Die Planungshoheit vermittelt so gewissermaßen ein „Recht am eigenen Ortsbild“,<sup>5</sup> das die Gemeinde insbesondere durch Maßnahmen des allgemeinen und besonderen Städtebaurechts realisiert: Neben dem Erlass von Flächennutzungs- und Bebauungsplänen geschieht dies insbesondere durch die Ausweisung von besonderen Gebietstypen wie dem Sanierungsgebiet, § 126 BauGB, oder durch den Erlass von Erhaltungssatzungen, §§ 172 ff. BauGB.

In erster Linie übt die Gemeinde durch den Erlass von Bebauungsplänen oder im bewussten Verzicht darauf (sog. *negative Planungshoheit*) ihre Planungshoheit aus. Der Bebauungsplan konkretisiert dabei für einen Teil des Gemeindegebiets die grobmaschigere Planung, wie sie die Gemeinde im Flächennutzungsplan vornimmt.<sup>6</sup>

### 3. Eingliederung in die staatliche Raumplanung

Die kommunale Planungstätigkeit führt kein Einsiedlerdasein, sondern ist neben den interkommunalen Abstimmungspflichten<sup>7</sup> aus § 2 Abs. 2 BauGB, die für eine *horizontale Planungscoordination* sorgen, auch vertikal in einen Planungsverbund integriert, der aus den übergeordneten Ebenen der Regional- und Landesplanung, allgemeiner gesprochen: der *Raumordnung* besteht, s. dazu § 1 Abs. 4 BauGB. Deren Rechtsquellen liegen bundesrechtlich im Raumordnungsgesetz (ROG) des Bundes sowie den jeweiligen Planungsgesetzen der Länder und weiter vor allem in den daraufhin ergangenen Plänen. Anders als die Bauleitplanung, die sich auf die Grundstücksnutzung bezieht, nimmt die Raumordnung eine weitere Perspektive ein und berücksichtigt auch Belange der

\* Der Verf. ist akad. Rat a.Z. am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Rechtstheorie und Rechtssoziologie bei Prof. Dr. Martin Morlok an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf.

<sup>1</sup> S. auch Horn, NVwZ 2002, 406 (409) mit dem Hinweis auf BVerwG NVwZ 1986, 556 (557), das von einer „in sich widersprüchlichen“ Rechtslage sprach.

<sup>2</sup> Burgi, Kommunalrecht, 2. Aufl. 2008, § 6 Rn. 19; Dreier, in: ders. (Hrsg.), GG, 2. Aufl. 2006, Art. 28 Rn. 140; Vogelgesang, in: Friauf/Höfling (Hrsg.), Berliner Kommentar zum GG, Art. 28 Rn. 118; Maunz, in: ders./Dürig (Hrsg.), GG, 57. Auflage 2010, Art. 28 Rn. 52; Tettinger, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, Bd. II, 2005, Art. 28 Abs. 2 Rn. 181.

<sup>3</sup> Hoppe, in: ders./Bönker/Grotefels (Hrsg.), Öffentliches Baurecht, 4. Aufl. 2010, § 2 Rn. 18, in Abgrenzung zur institutionellen Rechtssubjektsgarantie und zur subjektiven Rechtsstellungsgarantie (Rechtsschutz). Nachweise zu den

Garantien aus Art. 28 Abs. 2 GG bei Hellermann, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar GG, Edition 7, Stand 1.6.2010, Art. 28 Rn. 34 ff.; Dreier (Fn. 2), Art. 28 Rn. 99 ff.; Vogelgesang (Fn. 2), Art. 28 Rn. 94 ff.; Tettinger (Fn. 2), Art. 28 Abs. 2 Rn. 178 ff.

<sup>4</sup> Hoppe (Fn. 2), § 2 Rn. 27.

<sup>5</sup> Geis, Kommunalrecht, 2008, § 6 Rn. 20.

<sup>6</sup> Bielenberg/Runkel, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Hrsg.), BauGB, 92. Lfg. 2009, § 8 Rn. 5; Philipp, in: Schlichter/Stich/Driehaus/Paetow (Hrsg.), Berliner Kommentar zum BauGB, Bd. I, 15. Lfg., § 8 Rn. 8.

<sup>7</sup> BVerwGE 117, 25, 32 f.; Hendlar, UPR 2006, 325.

Wirtschaft, der Umwelt, des Verkehrs u.a.<sup>8</sup> Die notwendige Abstimmung zwischen kommunaler Bauleitplanung und der Regional- oder Landesplanung hat – insbesondere für flächen- und immissionsintensive Großvorhaben – handfeste praktische Bedeutung. Dies zeigte sich erst kürzlich an der Entscheidung des OVG NRW zum Bebauungsplan für das Steinkohlekraftwerk Datteln, der wegen Verstoßes gegen das Abstimmungsgebot des § 1 Abs. 4 BauGB vom Gericht für unwirksam erklärt wurde.<sup>9</sup>

#### 4. Organisationsrechtliche Trennung und Kompensation durch Einvernehmen

Die Einbindung der kommunalen Bauleitplanung in einen überörtlichen Planungszusammenhang findet auch organisationsrechtlich eine Entsprechung darin, dass im Regelfall der kreisangehörigen Gemeinde nicht diese selbst untere Bauaufsichtsbehörde ist, sondern zumeist der Kreis bzw. der Landrat.<sup>10</sup> Während diese Trennung die Gemeinde einerseits von den finanziellen und sachlichen Belastungen des Betriebs einer Bauaufsicht entlastet, gebietet Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG andererseits einen Kompensationsmechanismus, der die Wahrung der kommunalen Planungshoheit garantiert.<sup>11</sup> Dieser Mechanismus ist – neben den eher materiell orientierten sonstigen Instrumenten der Planungssicherung wie z.B. der Veränderungssperre – der § 36 BauGB und das durch ihn normierte Erfordernis eines gemeindlichen Einvernehmens vor Erteilung einer jeden Form baurechtlicher Zulassung.<sup>12</sup> § 36 BauGB erfasst also die Vollgenehmigung ebenso wie die Teilbaugenehmigung und den Vorbescheid.<sup>13</sup> Durch die Einbeziehung der Gemeinde in das Genehmigungsverfahren wird sichergestellt, dass sie frühzeitig über Bauvorhaben in ihrem Gebiet informiert wird und gegebenenfalls Maßnahmen der Planungssicherung ergreifen kann, beispielsweise den Erlass einer Veränderungssperre, § 14 BauGB.

Die Erteilung des Einvernehmens ist dieser Sachlogik entsprechend dann entbehrlich, wenn Gemeinde und Bauaufsichtsbehörde identisch sind. Dies bedeutet konkret, dass die als untere Bauaufsichtsbehörde tätig werdende Gemeinde die Erteilung der Genehmigung nicht mit der Begründung verweigern darf, der zuständige Gemeindeausschuss habe die Erteilung seines Einvernehmens verweigert.<sup>14</sup> § 36 Abs. 1

BauGB setzt, so das BVerwG, erkennbar zwei verschiedene Willensträger voraus, an denen es innerhalb der Gemeinde fehle. Das damit verbundene Risiko, dass sich das zur Erteilung der Genehmigung zuständige Amt über Bedenken anderer Teile der Gemeinde, beispielsweise des zuständigen Bau- und Planungsausschusses hinwegsetze, müsse ggf. vom Landesgesetzgeber kommunalverfassungsrechtlich geregelt werden. Eine erweiternde Auslegung des § 36 Abs. 1 BauGB auf Konstellationen der Identität von Gemeinde und Baugenehmigungsbehörde sei demgegenüber nicht angezeigt.<sup>15</sup>

#### 5. Ausnahmen vom Erfordernis des Einverständnisses

In §§ 37, 38 BauGB relativiert das Gesetz das Erfordernis des gemeindlichen Einvernehmens und zwar im Hinblick auf bestimmte Vorhaben (§ 37 BauGB) beziehungsweise bestimmte Planungsverfahren (§ 38 BauGB). § 37 BauGB, der das Einvernehmensefordernis für bestimmte Bundes- und Landesvorhaben und insbesondere für Vorhaben der Landesverteidigung zurücknimmt, dient dazu, auch gegen den Widerstand einer Gemeinde notwendige, im allgemeinstaatlichen Interesse stehende Bauvorhaben realisieren zu können. Zwar verlangt auch § 37 BauGB die Berücksichtigung gemeindlicher Interessen, erleichtert aber im Konfliktfall ihre Überwindung.

Aus planungsrechtlicher Sicht durchaus sinnvoll schließt § 38 BauGB die Anwendung (nicht nur) des § 36 BauGB aus, sofern (unter Beteiligung der Gemeinde) Vorhaben in sogenannten Planfeststellungsverfahren (förmlichen, gleichsam „großen“ Verwaltungsverfahren) geplant und umgesetzt werden. Erfasst sind damit eine Vielzahl flächenkonsumierender Großvorhaben verkehrsbezogener (Eisenbahn- und Autobahntrassen, Wasserstraßen) oder im engeren Sinne daseinsvorsorgebezogener Art (Energieversorgung, Abfallbeseitigung, Telekommunikation, aber auch Bergbau). Deren überörtlicher Bezugsrahmen und das für sie streitende Allgemeininteresse machen das lokal orientierte gemeindliche Einvernehmen nicht zum angemessenen und geeigneten Mittel, um planungsrechtliche Kollisionslagen auszuräumen.

### III. Das Einvernehmen nach § 36 BauGB

#### 1. Anwendungsbereich im „planfreien“ Raum

Das Einvernehmensefordernis besteht nur für die Genehmigung solcher Vorhaben, deren Zulassung nicht durch die Festsetzungen eines Bebauungsplanes präjudiziert ist.<sup>16</sup> Hat die Gemeinde von ihrer Planungshoheit in Gestalt eines Bebauungsplanes Gebrauch gemacht, ist sie daran gebunden. Sollen aber von einem solchen Plan Ausnahmen gemacht werden, § 31 BauGB, oder befindet er sich erst im Aufstellungsverfahren, § 33 BauGB, oder fehlt es schließlich ganz an einem Plan, §§ 34, 35 BauGB, sichert das notwendige Einvernehmen die Planungshoheit der Gemeinde. Wird eine Genehmigung in anderen als dem baurechtlichen Verfahren erteilt, z.B. im Rahmen eines immissionsschutzrechtlichen

<sup>8</sup> Krautzberger, in: Battis/ders./Löhr (Hrsg.), BauGB, 11. Aufl. 2009, § 1 Rn. 37.

<sup>9</sup> OVG NRW DVBl 2009, 1385, s. dazu Goppel, DVBl 2009, 1592.

<sup>10</sup> In den Stadtstaaten weichen die Regelungen ab, s. dazu Grotefels, in: Hoppe/Bönker/ders. (Fn. 3), § 16 Rn. 2.

<sup>11</sup> S. dazu auch Hellermann, Jura 2002, 589.

<sup>12</sup> Lasotta, Das Einvernehmen der Gemeinde nach § 36 BauGB, 1998, S. 23 f.; zur Genese der Vorschrift s. Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Fn. 6), § 36 Rn. 1; ausdrücklich auch Horn, NVwZ 2002, 406 f.

<sup>13</sup> Krautzberger (Fn. 8), § 36 Rn. 2; VGH BW BauR 1999, 381 (382).

<sup>14</sup> BVerwGE 121, 339 (341), ausdrückliche Aufgabe der Rechtsprechung des Senats, z.B. in BVerwG 4 B 40/02 – Buchholz 406.11 § 36 BauGB Nr. 55.

<sup>15</sup> BVerwGE 121, 339 (343).

<sup>16</sup> Hellermann, Jura 2002, 598 f.

Genehmigungsverfahren, so ist auch dort das Einvernehmen zu erteilen, § 36 Abs. 1 S. 2 BauGB.

Die Erteilung des gemeindlichen Einvernehmens ist für den Erlass der Baugenehmigung nur eine notwendige, nicht aber eine hinreichende Bedingung. Insbesondere wird die Bauaufsichtsbehörde durch die Erteilung des Einvernehmens nicht gezwungen, die Genehmigung zu erteilen, sofern sie eigene, von der positiven (!) gemeindlichen Zulässigkeitsbeurteilung divergierende Einschätzungen im Hinblick auf §§ 31, 33-35 BauGB hat.<sup>17</sup> Die Entscheidung der Bauaufsichtsbehörde, die Erteilung der beantragten Genehmigung abzulehnen, ist also – im Rahmen der Gesetze – vollständig frei.<sup>18</sup> Die Genehmigungserteilung hingegen *erfordert* das gemeindliche Einvernehmen.<sup>19</sup>

## 2. Rechtsnatur

Weil das Einvernehmen im innerbehördlichen Verhältnis zwischen Gemeinde und Bauaufsicht erteilt wird, hat es trotz seiner für den Bauherrn faktischen Außenwirkung nur den Charakter eines *Verwaltungsinternums*. Erteilung und Versagung des Einvernehmens sind daher für den Bauherrn bzw. für Dritte nicht nur nicht mit Anfechtungs- bzw. Verpflichtungsklage, sondern gar nicht auf dem Rechtswege angreifbar.<sup>20</sup> Rechtsschutz muss sich vielmehr gegen die – mittelbar durch das Verhalten der Gemeinde geprägte – Entscheidung der Bauaufsichtsbehörde selbst richten.<sup>21</sup> Allerdings durchbricht die Rechtsprechung diese Konzeption insofern, als dass die rechtswidrige Verweigerung des Einvernehmens durch die Gemeinde haftungsrechtliche Konsequenzen für die Gemeinde haben kann (s. dazu unter VI.), was nur denkbar ist, wenn man dem gemeindlichen Handeln Außenwirkung zubilligt.

## 3. Erteilungsverfahren

Gem. § 36 Abs. 2 S. 2 BauGB unterliegt die Gemeinde bei der Erteilung ihres Einvernehmens einer *Frist von zwei Monaten*. Der Lauf der Frist setzt allerdings voraus, dass ein Einvernehmen überhaupt nötig ist, was bei Identität von Gemeinde und unterer Bauaufsichtsbehörde nicht der Fall ist, da ein „Einvernehmen mit sich selbst“ nicht möglich ist.<sup>22</sup>

Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts<sup>23</sup> beginnt die 2-Monats-Frist ab Abgabe von Bauantragsunterlagen zu laufen, aus denen sich jedenfalls die *bauplanungsrechtliche Zulässigkeit* des Vorhabens beurteilen lässt.<sup>24</sup> Vollständig müssen die eingereichten Unterlagen also

nicht sein, so können beispielsweise Unterlagen zur Beurteilung der bauordnungsrechtlichen Zulässigkeit des Vorhabens fehlen. Allerdings obliegt der Gemeinde innerhalb der Frist eine Überprüfung der Vollständigkeit der eingereichten Unterlagen und ggf. das Hinwirken auf Vorlage vollständiger Unterlagen. Versäumt die Gemeinde dies, soll nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts gleichwohl die Genehmigungsfiktion des § 36 Abs. 2 S. 2 BauGB greifen.<sup>25</sup> Dies verursacht in der Praxis insbesondere im Hinblick auf solche Unterlagen Probleme, die Aufschluss über die Notwendigkeit geben, andere Fachbehörden (z.B. Wasserbehörden) zu konsultieren,<sup>26</sup> deren potientielles Veto die Erteilung der Baugenehmigung jedenfalls dann hindert, wenn man in ihr den Schlusspunkt öffentlich-rechtlicher Genehmigungsverfahren sieht, die nicht anderweitig einer Konzentrationswirkung unterliegen, z.B. nach § 13 BImSchG.<sup>27</sup>

Die gemeindliche Einvernehmenserklärung ist eine „empfangsbedürftige öffentlich-rechtliche Willenserklärung, die nach allgemeinen Grundsätzen mit dem Zugang bei der Baubehörde wirksam wird“.<sup>28</sup>

Das Einvernehmen wird durch den Gemeinderat erteilt, der diese Kompetenz auch nicht auf den Bürgermeister delegieren kann.<sup>29</sup>

## 4. Disposition über das Einvernehmen

Gegenstand juristischen Streits ist die Frage, ab welchem Zeitpunkt die Gemeinde an ein Einvernehmen gebunden ist, das sie binnen der in § 36 Abs. 2 S. 2 BauGB genannten 2-Monats-Frist abgibt.<sup>30</sup> Hier wird vor allem zivilrechtlich argumentiert: Behandelt man das Einvernehmen analog §§ 130 Abs. 1 und 2 BGB als eine Willenserklärung, so tritt Bindung mit Zugang ein. Zieht man den Gedanken des § 183 S. 1 BGB heran, wäre die Gemeinde erst mit Ablauf der 2-Monats-Frist bzw. mit Genehmigungserteilung gebunden. Demgegenüber stellen öffentlich-rechtliche Lösungsansätze aus einer allgemeinen Vertrauensschutzperspektive darauf ab, ab wann eine öffentlich-rechtliche Willenserklärung Gestaltungswirkung erlangt. Regelmäßig wäre dies bei Zugang der Einvernehmenserklärung bei der Bauaufsichtsbehörde der Fall.

Zwar kann die Gemeinde ihr Einvernehmen weder widerrufen noch zurücknehmen, andererseits ist sie nicht gehindert, ein einmal erteiltes Einvernehmen durch eine neu eingeleitete gegenläufige Bauleitplanung, deren Ausführung sie mit einer Veränderungssperre, § 14 BauGB, sichert, zu „unterlaufen“. Dieses auf den ersten Blick erstaunlich scheinende Ergebnis erklärt sich daraus, dass die Gemeinde ihr Einvernehmen

<sup>17</sup> BVerwG DÖV 1970, 349 f.; *Roeser*, in: Schlichter/Stich/Driehaus/Paetow (Fn. 6), § 36 Rn. 14.

<sup>18</sup> S. z.B. *Desens*, DÖV 2009, 197 (198).

<sup>19</sup> BVerwGE 22, 342 (345); BVerwG NVwZ 1986, 556 (557).

<sup>20</sup> S. aber *Bickenbach*, BauR 2004, 428 (430) zur Frage eines subjektiven Rechts auf Einvernehmensersatzung.

<sup>21</sup> *Krautzberger* (Fn. 8), § 36 Rn. 5.

<sup>22</sup> *Jäde*, KommJur 2005, 368.

<sup>23</sup> BVerwG BauR 2005, 509.

<sup>24</sup> *Krautzberger* (Fn. 8), § 36 Rn. 16.

<sup>25</sup> Kritisch dazu *Jäde*, KommJur 2005, 368.

<sup>26</sup> *Jäde*, KommJur, 2005, 368 (369).

<sup>27</sup> S. dazu *Berger*, VerwArch 2009, 342 ff. zur „rechtlichen Ordnung paralleler Anlagenkontrollverfahren“; *Siegel*, Entscheidungsfindung im Verwaltungsverbund, 2009, S. 105 f.

<sup>28</sup> *Jäde*, KommJur 2005, 368 (370); s. dazu auch umfassend *Ernst*, Die Verwaltungserklärung, 2008, insbes. S. 493 ff. zu Zugangs- und Wirksamkeitsfragen.

<sup>29</sup> *Dürr/Middecke*, Baurecht NRW, 3. Aufl. 2005, Rn. 145.

<sup>30</sup> *Jäde*, KommJur 2005, 325 (325).

nicht gleichsam freihändig erteilen oder vorenthalten kann, sondern – vor dem Hintergrund des Art. 14 GG – nur unter bestimmten Voraussetzungen überhaupt verweigern kann. Liegen bei einem Bauvorhaben die Voraussetzungen der §§ 31, 33-35 BauGB vor, ist die Gemeinde zur Erteilung ihres Einvernehmens verpflichtet. Insofern ist im gemeindlichen Einvernehmen weniger eine positive Zustimmungserklärung der Gemeinde zu sehen („ja, ich will“), sondern eher eine verfahrensrechtliche Freigabe der Genehmigungserteilung („na gut“). Dementsprechend formuliert das BVerwG: „Das Recht – und die Pflicht – der Gemeinde, ihre Bauleitplanung in eigener Verantwortung aufzustellen (§ 2 Abs. 1 S. 1 BauGB), wird durch die Erteilung des Einvernehmens zu einem konkreten Bauvorhaben nicht berührt“.<sup>31</sup> Mit dem Beschluss über die Aufstellung eines (dem Vorhaben gegenläufigen) Bebauungsplans und seiner Sicherung durch eine Veränderungssperre bringt die Gemeinde ihren planungsrechtlichen Sinneswandel zum Ausdruck („ich habe es mir anders überlegt“). Damit dies nicht gleichsam willkürlich geschehen kann, knüpft § 14 BauGB den Erlass der Veränderungssperre an relativ strenge materielle Voraussetzungen im Hinblick auf den Konkretisierungsgrad der neuen gemeindlichen Planung.

#### IV. Die Versagung des Einvernehmens

Die Gründe, aus denen die Gemeinde ihr Einvernehmen zu einer bauaufsichtlichen Zulassungsentscheidung versagen darf, müssen sich aus den §§ 31, 33-35 BauGB ergeben, § 36 Abs. 1 S. 1 BauGB. Es geht dabei einerseits darum, das Haftungsrisiko der Gemeinde dadurch zu begrenzen, dass der Kreis der Vorschriften, auf welche die Einvernehmensversagung gestützt werden kann, beschränkt und dadurch die Zahl der gemeindlichen Versagungsfehler begrenzt wird. Gleichzeitig zeichnen sich die §§ 31, 33-35 BauGB durch einen hohen Abstraktionsgrad in Folge zahlreicher unbestimmter Rechtsbegriffe aus, die zu konkretisieren gerade auch Aufgabe der Gemeinde ist. Zugleich bedeutet die Beschränkung der Versagungsgründe auch eine Verfahrensbeschleunigung. Konkret bedeuten das, dass die Gemeinde ihr Einvernehmen beispielsweise nicht deswegen versagen kann, weil ein Vorhaben eventuell (auch informellen) Rahmenplanungen widerspricht, die bislang noch nicht die Gestalt von Bebauungsplänen erlangt haben.

#### V. Behördliche Ersetzung des Einvernehmens

Gesetzliche „Einstiege“ in eine Ersetzung des von der Gemeinde (rechtswidrig) versagten Einvernehmens gibt es verschiedene. Neben bauordnungsrechtlichen und vergleichsweise aufwendigen kommunalaufsichtlichen Ersetzungsbeugnissen existiert seit 1998 die Vorschrift des § 36 Abs. 2 S. 3 BauGB, der ein eigenes bundesrechtliches Ersetzungsverfahren vorsieht. Danach kann die nach Landesrecht zuständige Behörde das rechtswidrig versagte gemeindliche Einvernehmen ersetzen. Zuvor war dies allein nach Maßgabe des jeweiligen Landesrechts möglich, eine Möglichkeit, die

seither parallel zur bauplanungsrechtlichen Ersetzungsmöglichkeit besteht.<sup>32</sup>

Ob das Ersetzungsverfahren nach § 36 Abs. 2 S. 3 BauGB Anwendung findet, hängt dem Wortlaut der Vorschrift nach davon ab, ob der jeweils zuständige Landesgesetzgeber eine „zuständige Behörde“ bestimmt hat. Ist dies aber nicht der Fall, so nimmt eine überwiegende Meinung im baurechtlichen Schrifttum entgegen der ersten Intuition an, dass das Einvernehmen dann durch die Rechtsaufsichtsbehörde nach Maßgabe des allgemeinen Verwaltungsverfahrens, also insbesondere nach Anhörung der Gemeinde, ersetzt werden kann.<sup>33</sup> Einer ausdrücklichen landesrechtlichen Regelung bedarf es danach nicht, um § 36 Abs. 2 S. 3 BauGB anwenden zu können.

##### 1. Ersetzung durch die Bauaufsichtsbehörde

Im Regelfall ersetzt die zuständige Bauaufsichtsbehörde das gemeindliche Einvernehmen, jedenfalls sofern die Ersetzung nicht im Wege der Kommunalaufsicht, sondern im Rahmen des baurechtlichen Ersetzungsverfahrens erfolgt. Dabei stehen zwei Varianten offen:

##### a) Ausdrückliche Ersetzung

Die Bauaufsichtsbehörde kann das Einvernehmen durch selbständigen Verfahrensakt ersetzen, der im Verhältnis zur Gemeinde aufgrund des Eingriffs in die kommunale Planungshoheit ein Verwaltungsakt ist. Die separate Ersetzung kann erfolgen, sofern die Bauaufsichtsbehörde das Vorhaben planungsrechtlich für zulässig hält, aber aus anderen Gründen noch Zweifel an der Zulässigkeit hat (aus einer Vielzahl von Beispielen: das Vorhaben liegt in einer faktischen Hochwasserzone und löst wasserrechtliche Bedenken aus).<sup>34</sup> Dies eröffnet der Gemeinde die Möglichkeit von Anfechtungsrechtsbehelfen, die nicht § 212a BauGB unterliegen und daher aufgrund ihres Suspensiveffekts den Erlass der Genehmigung hindern. Die Bauaufsichtsbehörde muss unter diesen Umständen die sofortige Vollziehung der Ersetzungsentscheidung anordnen, § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO, gegen die die Gemeinde wiederum vorgehen kann. Ergehen Ersetzungsentscheidung und Baugenehmigung separat, aber mehr oder minder zeitgleich, muss die Gemeinde Widerspruch bzw. Klage in Verbindung mit einem Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO anstrengen, damit die Genehmigung nicht in Bestandskraft erwächst.

<sup>31</sup> BVerwGE 120, 138 (143).

<sup>32</sup> Allg. Auffassung, s. dazu nur *Hofmeister*, in: Spannowsky/Uechtritz (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar BauGB, Edition 11, Stand 15.6.2010, § 36 Rn. 31.

<sup>33</sup> *Hofmeister* (Fn. 32), § 36 Rn. 31 m. zahlreichen Nachweisen; a.A. (wohl) VGH Mannheim NVwZ 1999, 442 (444): „In der Durchführungsverordnung zum Baugesetzbuch vom 2.3.1998 [...] ist keine zuständige Behörde i.S.d. § 36 Absatz 3 BauGB n.F. bestimmt, so daß es insoweit bei der bisherigen Möglichkeit eines kommunalaufsichtlichen Verfahrens verbleiben dürfte“.

<sup>34</sup> OVG NRW BauR 2010, 600.

### b) Ersetzung durch Genehmigungserteilung

Neben einer ausdrücklichen Ersetzung des Einvernehmens ist auch seine konkludente Ersetzung durch Erteilung der Genehmigung möglich. Die Gemeinde muss dann ihre Rechte unmittelbar mit Anfechtungsrechtsbehelfen (Widerspruch oder – vor allem in NRW – Klage) gegen die Genehmigung geltend machen.

### 2. Ersetzung durch die Kommunalaufsicht

Das Einvernehmen der Gemeinde kann auch im Wege der Kommunalaufsicht ersetzt werden. Diese Möglichkeit (neben die auch noch Ersetzungsvorschriften des formellen Bauordnungsrechts treten können, die eine Ersetzung ermöglichen, z.B. Art. 67 BayBO) wird aber insbesondere seit Einführung des bundesrechtlichen Ersetzungsverfahrens in § 36 Abs. 2 BauGB kaum genutzt. Die kommunalaufsichtsrechtliche Einvernehmensersetzung vollzieht sich als Maßnahme der Rechtsaufsicht über die eigenen Angelegenheiten der Gemeinde in Gestalt einer aufsichtsrechtlichen Anordnung,<sup>35</sup> die dann auch Verwaltungsakt ist. Sofern eigene bauordnungsrechtliche Ersetzungsbefugnisse bestehen, ist der Rückgriff auf die kommunalrechtliche Ersetzung regelmäßig gesperrt, z.B. in Bayern: Art. 67 Abs. 2 BayBO.

### 3. Bindung bei gemeindlichen Ermessensentscheidungen

Die Möglichkeit der Bauaufsichtsbehörde, in den Bereich der gemeindlichen Planungshoheit einzuwirken ist dort beschränkt, wo sich die Einvernehmensversagung auf einen Tatbestand stützt, der der beurteilenden Gemeinde ein Ermessen einräumt, so z.B. §§ 31 Abs. 2, 34 Abs. 3a BauGB. Abweichend vom Grundsatz, dass die Bauaufsichtsbehörde an die positive Erteilung des Einvernehmens nicht gebunden ist, muss sie in diesen Fällen die (rechtmäßige) Rechtsauffassung der Gemeinde auch dann beachten, wenn sie sachlich anderer Auffassung ist.<sup>36</sup> Darin kommt zum Ausdruck, dass die planungsrechtlichen Zulassungsvorschriften eine Konkretisierung des Rechtskonfliktes zwischen Baufreiheit des Bauherrn und der Planungshoheit der Gemeinde darstellen. Sind ihre Regelungen „fix“, so entscheidet im Streitfall die Bauaufsichtsbehörde. Lassen die Regelungen aber die Ausübung gemeindlichen Ermessens zu, so ist darin ein gesetzgeberisches Entgegenkommen gegenüber der Gemeinde zu sehen, an das auch die Bauaufsicht „gebunden“ ist. Freilich ist auch diese Bindung wiederum nur beschränkt. Dort, wo die Gemeinde rechtsfehlerhaft ihr Ermessen ausübt, ist die Bauaufsichtsbehörde wiederum zur Ersetzung befugt.

### 4. Weitere Probleme bei der Ersetzung des Einvernehmens (für Fortgeschrittene)

#### a) Der Streit um das Ermessen der Ersetzungsbehörde

Überaus streitig ist die Frage, inwiefern der Ersetzungsbehörde bei der Ersetzungsentscheidung allein kraft bundesrechtlicher Regelung ein Ermessen zukommt. Praktisch verbirgt sich dahinter die Frage, ob die zuständige Ersetzungs-

behörde in jedem Fall eines rechtswidrig versagten Einvernehmens eine Ersetzung vornehmen *muss*, oder ob sie aus Ermessenserwägungen davon Abstand nehmen kann.<sup>37</sup> Dies hat Konsequenzen für den Bauherrn und die Erfolgsaussichten seines Rechtsschutzes gegen eine Genehmigungsversagung.

Anknüpfungspunkt dieser Auseinandersetzung ist der Wortlaut des § 36 Abs. 2 S. 3 BauGB, nach dem die zuständige Behörde das rechtswidrig versagte Einvernehmen ersetzen „kann“. Während eine Auffassung in dieser Formulierung einen Ausdruck der bundesrechtlichen Begründung der Ersetzungsbefugnis sieht (und die Vorschrift also liest als „darf unbeschadet einer landesrechtlichen Ersetzungsbefugnis [...] ersetzen“),<sup>38</sup> stellt die (wohl überwiegende) Gegenansicht mit der gängigen verwaltungsrechtlichen Dogmatik darauf ab, dass die Verwendung des Wortes „kann“ hier wie üblich<sup>39</sup> auf ein Ermessen der Behörde verweist.<sup>40</sup>

Beide Auffassungen können jenseits der Wortlautebene Argumente für sich ins Feld führen. Für eine Auslegung der Vorschrift „pro Ermessen“ wird vor allem die historische Motivation des Gesetzgebers namhaft gemacht, das umständliche Verfahren der kommunalaufsichtlichen Ersetzung des Einvernehmens zu „umgehen“. Zudem hat der Gesetzgeber ähnliche Vorschriften des Landesrechts, die eine Ersetzungspflicht der Aufsichtsbehörde statuierten (insbesondere Art. 81 BayBO 1994), gerade nicht übernommen, obwohl sie ihm bekannt waren.<sup>41</sup>

Ob die historische Argumentation tatsächlich trägt, kann allerdings bezweifelt werden. Wenn beispielsweise das OVG Lüneburg aus der Ähnlichkeit des neuen bauplanungsrechtlichen Ersetzungsverfahrens mit der *kommunalaufsichtsrechtlichen Ersetzung*, die eine *Ermessensentscheidung* ist, schlussfolgert, dann müsse auch die bauplanungsrechtliche Ersetzungsbefugnis des § 36 Abs. 2 S. 3 BauGB eine Ermessensentscheidung sein, so vermag das kaum zu überzeugen – insbesondere, da andererseits angeführt wird, § 36 Abs. 2 S. 3 BauGB solle gerade an die Stelle der kommunalrechtlichen Ersetzungsverfahren treten.<sup>42</sup> Vor allem aber liegt darin ein weitergehender Selbstwiderspruch: Wenn es das Ziel des Gesetzgebers war, durch die Novellierung des § 36 Abs. 2 BauGB eine Verfahrensbeschleunigung zu bewirken, um

<sup>37</sup> Anschauliche Darstellung bei OVG Lüneburg NVwZ-RR 2009, 866 (869).

<sup>38</sup> z.B. bei OVG Koblenz NVwZ-RR 2000, 85; *Dippel*, NVwZ 1999, 921 (924); neben der Frage der Norminterpretation ist im Umfeld des Gesetzgebungsverfahrens auch die Verfassungsmäßigkeit der Norm bezweifelt worden, im Ergebnis aber ohne Erfolg, vgl. dazu eingehend *Horn*, NVwZ 2002, 406 (409).

<sup>39</sup> Statt vieler: *Wolff/Bachhof/Stober/Kluth*, Verwaltungsrecht I, 12. Aufl. 2007, S. 323.

<sup>40</sup> Aus jüngerer Zeit z.B. VG Würzburg v. 17.12.2009 – W 5 K 08.2134.

<sup>41</sup> OVG Lüneburg NVwZ-RR 2009, 866 (869).

<sup>42</sup> Ablehnend gegenüber der kommunalaufsichtsrechtlichen Interpretation der bundesrechtlichen Ersetzungsbefugnis *Horn*, NVwZ 2002, 406 (409).

<sup>35</sup> S. zum Anordnungsrecht *Burgi* (Fn. 2), Rn. 47.

<sup>36</sup> *Hofmeister* (Fn. 32), § 36 Rn. 18.

damit die subjektiven Rechte des Bauherrn zu schützen,<sup>43</sup> so spricht das gerade gegen die Annahme eines Ermessens der Ersetzungsbehörde.

Dies bedeutet (erstaunlicherweise) freilich nicht, dass die Länder durch Ausführungsbestimmungen zu § 36 Abs. 2 S. 3 BauGB nicht selbständig der zuständigen Behörde ein Ermessen über die Ersetzung des Einvernehmens einräumen können, wie es zum Teil auch geschehen ist. Eine solche Regelung wäre nicht notwendig aufgrund von Art. 31 GG verfassungswidrig, wenn man die bundesrechtliche Regelung *allein als Begründung einer eigenen planungsrechtlichen Ersetzungsvorschrift* und eben nicht als Einräumung von Ermessen versteht. Zudem ist der Zuständigkeitsvorbehalt der Länder seinerseits verfassungsrechtlichen Erwägungen geschuldet, denn die Kontrolle von Entscheidungen der gemeindlichen Selbstverwaltung unterliegt der ausschließlichen Gesetzgebungshoheit der Länder<sup>44</sup> und also deren Ausgestaltung. Die konkrete Ausgestaltungsentscheidung hat dann auch Einfluss auf die amtshaftungsrechtliche Situation in Fällen der Genehmigungsversagung durch die zuständige Aufsichtsbehörde.

#### b) Rechtsschutz und Klagebefugnis der Gemeinde

Sucht die Gemeinde Rechtsschutz gegen den Erlass einer bauaufsichtlichen Zulassung, die ihr verweigertes Einvernehmen übergeht, stellt sich die Frage, worauf die Gemeinde ihre Rechtsbehelfe stützen kann. Konkret geht es dabei um die Frage, woraus eine Gemeinde im gerichtlichen Verfahren ihre *Klagebefugnis* herleiten kann.

Während eine Reihe von Oberverwaltungsgerichten der Auffassung ist, der Gemeinde stünden subjektive Rechte aus den Vorschriften der §§ 31, 33-35 BauGB zu, verfahren beispielsweise der VGH Kassel und das OVG Magdeburg restriktiver. Rechtsschutz könne die Gemeinde nur erreichen, sofern sie eine *Verletzung ihrer Planungshoheit* unmittelbar aus Art. 28 Abs. 2 GG geltend machen könne. Der Verweis des § 36 Abs. 2 S.1 BauGB auf die §§ 31, 33-35 BauGB sei so zu verstehen, dass nur ein solcher Verstoß gegen diese Vorschriften rügar sei, der gleichzeitig einen Eingriff in die Planungshoheit der Gemeinde aus Art. 28 Abs. 2 GG darstelle.<sup>45</sup> Relevant wird dieser Streit in der Praxis vor allem bei der Zulassung von (zumeist großen, nichtprivilegierten) Außenbereichsvorhaben, denen beispielsweise nach § 35 Abs. 3 BauGB eine Reihe von Belangen entgegengehalten werden kann, von denen regelmäßig manche (z.B. § 35 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 und Nr. 4 BauGB), keineswegs aber alle (§ 35 Abs. 3 S.1 Nr. 3 und Nr. 5 BauGB) den Schutz der gemeindlichen Planungshoheit zum Gegenstand haben.

In dieser Auseinandersetzung spielen abweichende Bewertungen des § 36 BauGB eine Rolle. Sieht man ihn nur als Vermittler eines gemeindlichen, förmlichen Mitwirkungsrechts, spricht manches für eine konventionelle, in diesem

Falle also strenge Handhabung der Rechtsschutzmöglichkeiten. Die Gemeinde müsste dann qualifiziert darlegen, warum das konkrete Vorhaben nicht allein gegen die §§ 31, 33-35 BauGB verstößt, sondern vor allem, warum in diesem Verstoß *auch* eine Verletzung ihrer Planungshoheit liegt. Dahinter steht der berechtigte Wunsch, über § 36 BauGB nicht zu einer Erweiterung der Rechte der Gemeinde zu kommen. Eine Verletzung der Planungshoheit wäre beispielsweise dann gegeben, wenn durch die Zulassung eines konkreten Vorhabens „eine hinreichend bestimmte Planung nachhaltig“ gestört wird, „wesentliche Teile des Gemeindegebiets einer durchsetzbaren Planung“ entzogen oder „kommunale Einrichtungen durch das Vorhaben erheblich beeinträchtigt“ würden.<sup>46</sup> Prozesspraktisch müsste die Gemeinde auf diese Weise ihre Rechtsverletzung als jedenfalls möglich begründen. Begründet wäre die Klage dann bei Verstoß gegen gemeindeplanungsrechtlich grundierte Bestimmungen der genannten Vorschriften. Hier wird ein Verständnis der planungsrechtlichen Zulassungsvorschriften deutlich, das sie als *weiten Spielraum gebende* Moderatoren des Rechtskonflikts zwischen Baufreiheit des Bauherrn und Planungshoheit der Gemeinde sieht. Nicht jeder Verstoß gegen diese Vorschriften begründet dabei also einen Verstoß gegen die Planungshoheit der Gemeinde.

Begreift man die Vorschriften demgegenüber stärker als *zwingende Konkretisierungen* des Rechtskonflikts zwischen Baufreiheit und Planungshoheit, wofür manches spricht, indiziert ein Verstoß gegen sie auch einen Verstoß gegen die Planungshoheit der Gemeinde. Freilich ist nicht zu leugnen, dass der inhaltliche Bezug der verschiedenen Tatbestände der §§ 31, 33-35 BauGB zur gemeindlichen Planungshoheit unterschiedlich intensiv ist. Dass § 36 Abs. 1 BauGB der Gemeinde allerdings über seine Garantie des absoluten Verfahrensrechts materielle subjektive Rechte vermittelt, ist zweifelhaft. Die materielle Reichweite der Planungshoheit wird durch § 36 BauGB also nicht, insbesondere auch nicht auf alle Bestimmungen der §§ 31, 33-36 BauGB erweitert.<sup>47</sup>

Diese Sichtweise führt dazu, dass die objektiv-rechtlichen Möglichkeiten der Versagung, also alle Fälle eines Verstoßes gegen §§ 31, 33-35 BauGB, und die subjektiv-rechtliche Möglichkeit der Rechtskontrolle der Gemeinde bei der Ersetzung ihres Einvernehmens auseinanderklaffen. Die Gemeinde darf aus Gründen der §§ 31, 33-35 BauGB das Einvernehmen versagen, kann die eventuelle Ersetzungsentscheidung der Bauaufsichtsbehörde aber nur in den Fällen anfechten, in denen gleichzeitig auch eine Verletzung der verfassungsrechtlich verankerten Planungshoheit zu sehen ist. In allen Fällen, in denen die Gemeinde ihr Einvernehmen mit Recht unter Berufung auf einen nicht planungshoheitlich grundierten Tatbestands verweigert und von der Bauaufsicht übergangen würde, könnte sie eine gerichtliche Überprüfung nicht erwirken. Diese Inkongruenz wird als unbefriedigend empfunden, insbesondere auch deshalb, weil damit die Regelungswirkung des § 36 BauGB weitgehend identisch mit § 38

<sup>43</sup> Dippel, NVwZ 1999, 921 (924).

<sup>44</sup> Lasotta (Fn. 12), S. 65, dort auch zur Gesetzgebungsgeschichte.

<sup>45</sup> Eine Rechtsprechungsübersicht m.w.N. bei Beutling/Pauli, BauR 2010, 418 f.

<sup>46</sup> Beutling/Pauli, BauR 2010, 418 (421).

<sup>47</sup> Beutling/Pauli, BauR 2010, 418 (420).

BauGB wäre, der aber erkennbar als Ausnahme der Prüfungsdichte bei Vorhabenzulassungen gedacht ist.

Dieses Problem lässt sich auf zwei verschiedenen Wegen lösen: Einmal ließe sich eine Kongruenz von Versagungsgründen und Rechtsschutzintensität dadurch herstellen, dass die Versagungsgründe des § 36 Abs. 2 S. 1 BauGB beschränkt werden auf solche Fälle, in denen im Verstoß gegen die planungsrechtlichen Zulassungsvorschriften *gleichzeitig ein Verstoß gegen die verfassungsrechtlich garantierte Planungshoheit* zu sehen wäre. Freilich gibt § 36 BauGB für diese Lesart unmittelbar keine Anhaltspunkte, sie lässt sich daher (nur) teleologisch unter Verweis auf die bereits angesprochene „Moderationsfunktion“ des § 36 BauGB begründen.

Eine gemeindefreundlichere Lösung liegt in der differenzierenden Betrachtung der in Frage kommenden Anfechtungsobjekte. Die Ersetzung des Einvernehmens ebenso wie der Erlass der Baugenehmigung durch die Bauaufsichtsbehörde stellen gegenüber der Gemeinde Verwaltungsakte dar. Vermittelt § 36 Abs. 1 BauGB ein *gemeindliches Verfahrensrecht*, wenn auch kein absolutes mehr, so begründet die Übergehung der Gemeinde im Genehmigungsverfahren bereits einen im Klagewege erfolgreich rügbaren Rechtsverstoß. § 36 Abs. 1 BauGB ist in dieser Lesart dann keine Erweiterung des subjektiven Planungsrechtspositionen der Gemeinde, sondern billigt ihr außerhalb dieses Rahmens ein einfachgesetzliches Mitwirkungsrecht zu.

Die Gemeinde könnte dann den Verstoß gegen ihr Verfahrensrecht damit begründen, dass die Bauaufsicht ein Vorhaben zu Unrecht zugelassen hat.<sup>48</sup> Praktisch führt dies dazu, dass die Rechtsschutzlücke, die durch die restriktive Interpretation der §§ 31, 33-35 BauGB im Hinblick auf ihre subjektiv-rechtliche Qualität für die Gemeinde, durch die „Erfindung“ eines formellen Verfahrensrechts geschlossen wird. § 36 Abs. 1 BauGB wandelt sich dann zu einem prozessualen Vehikel zur Zulassung einer gemeindlichen Prozessstanderschaft für Belange des objektiven Rechts.<sup>49</sup>

Alle vorgestellten Auffassungen haben Stärken und Schwächen. In der Fallbearbeitung ist es wichtig, den Verweis des § 36 BauGB auf die §§ 31, 33-35 BauGB nicht kurzschlüssig dahingehend zu interpretieren, dass alle der in Bezug genommenen Tatbestände zwingend geeignet sind, der Gemeinde subjektive Rechte zu vermitteln. Vielmehr sollte der konkrete Tatbestand, aufgrund dessen die Gemeinde ihr Einvernehmen verweigert, genau auf seine subjektiv-rechtliche Qualität hin untersucht werden. Fehlt es daran, ist ein Rechtsbehelf der Gemeinde – unter Verweis darauf, dass § 36 BauGB den gemeindlichen Rechtskreis nicht erweitert – als unzulässig zu verwerfen und der Fall gegebenenfalls hilfsgutachterlich zu prüfen.

<sup>48</sup> Dieses Modell entwickeln mit ausführlicher Begründung *Beutling/Pauli*, BauR 2010, 418 (421).

<sup>49</sup> Zur Indienstnahme nicht subjektiv-rechtlich Berechtigter zum Schutze objektiver rechtlicher Interessen s. *Krüper*, Gemeinwohl im Prozess, 2009, passim, dort für den Bereich der Umweltvorsorge.

c) *Ersetzung des Einvernehmens durch Verpflichtungsurteil (für Fortgeschrittene)*

Ein materiell- wie verwaltungsprozessrechtlich komplexes Problem verbirgt sich hinter der Frage, ob das gemeindliche Einvernehmen auch dadurch ersetzt werden kann, dass in einem Verpflichtungsklageverfahren auf Erlass einer Baugenehmigung ein stattgebendes Urteil ergeht. Kann also auch das Gericht das gemeindliche Einvernehmen ersetzen? Das Bundesverwaltungsgericht bejaht diese Möglichkeit in seiner Rechtsprechung.<sup>50</sup> In den Blickpunkt rücken hier prozessrechtliche Institute, die im Jura Studium meist nur eine nachgeordnete Rolle spielen, nämlich der sog. *Streitgegenstand* und die *Rechtskraft*, in dieser Konstellation im Hinblick auf die Verpflichtungsklage.

Die Begriffe des Streitgegenstandes und der Rechtskraft stehen in enger Beziehung zueinander, wie in § 121 VwGO deutlich wird. Die Rechtskraft eines Urteils – man könnte untechnisch sagen: seine Regelungswirkung – erstreckt sich auf den Streitgegenstand. Wie „weit“ das Urteil reicht, hängt also davon ab, worüber *gestritten* und worüber damit auch *entschieden* wird. Der Streitgegenstand ist also auch Urteilsgegenstand.<sup>51</sup>

Der Streitgegenstand der Verpflichtungsklage, der sich im Verwaltungsprozess aus Klageantrag und dem konkreten Lebenssachverhalt als Klagegrund zusammensetzt,<sup>52</sup> ist der geltend gemachte (prozessuale) Anspruch auf Erlass eines Verwaltungsaktes.<sup>53</sup> Als prozessual bezeichnet man den Anspruch, um bei einer Vielzahl von materiellen Anspruchsgrundlagen dem Kläger nicht die begehrte Leistung mehrfach zusprechen zu müssen.<sup>54</sup> Der Anspruch, um den es geht, gründet materiell stets in einem subjektiven öffentlichen Recht, beim Erstreiten der Baugenehmigung also in der Baufreiheit aus Art. 14 Abs. 1 GG.

Der Anspruch des Bürgers, über den das Gericht also entscheidet, müsste gerichtet sein auf die *Erteilung des Einvernehmens*, damit der Streitgegenstand und damit die Rechtskraft des Urteils sich darauf erstrecken könnten. Das Einvernehmen würde dann behandelt als eine Willenserklärung, deren Erteilung über §§ 173 VwGO, 894 ZPO durch das gerichtliche Urteil fingiert wird. Ein solcher Anspruch des Bürgers besteht allerdings nach ganz überwiegender Auffassung nicht, da die Erteilung des Einvernehmens nur im Interesse der Gemeinde steht, Interessen Dritter davon zwar betroffen sind, die Einvernehmenserteilung aber gerade nicht

<sup>50</sup> BVerwGE NVwZ-RR 2003, 719 ff.

<sup>51</sup> *Clausing*, in: Schoch/Schmidt-Abmann/Pietzner (Hrsg.), VwGO, 19. Lfg. 2009, § 121 Rn. 54; zu diesem Zusammenhang auch *Kilian*, in: Sodan/Ziekow (Hrsg.), VwGO, 2. Aufl. 2006, § 121 Rn. 42: „Spiegelbildlich steht dem Streitgegenstand die sachliche Reichweite der materiellen Rechtskraft des Urteils gegenüber“.

<sup>52</sup> *Detterbeck*, Streitgegenstand und Entscheidungswirkungen im Öffentlichen Recht, 1995, S. 50 ff., *Kilian* (Fn. 51), § 121 Rn. 57.

<sup>53</sup> *Bickenbach*, Das Bescheidungs Urteil als Ergebnis einer Verpflichtungsklage, 2006, S. 68.

<sup>54</sup> *Bickenbach*, BauR 2004, 428 (429).

ihrem Schutz dient (Schutznormtheorie).<sup>55</sup> Demgegenüber hält das BVerwG eine solche Ersetzung durchaus für möglich, ohne aber die dogmatischen Details der gerichtlichen Ersetzung näher zu erklären.

Liegen die (planungsrechtlichen) Voraussetzungen zur Erteilung einer Baugenehmigung vor, so ist damit gleichzeitig klar, dass die Versagung des Einvernehmens rechtswidrig war. Das Gericht wird dann in der Regel Spruchreife der Sache herstellen, gegebenenfalls also noch Sachaufklärung betreiben und sodann die Behörde verpflichten, die beantragte Genehmigung zu erlassen.<sup>56</sup> Die Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens liegt dann aber im Genehmigungserlass, sofern dieser dann nicht im Einvernehmen mit der Gemeinde erfolgt. Eine Ersetzung durch das gerichtliche Urteil widerspricht demgegenüber sowohl der verwaltungsprozessrechtlichen Dogmatik wie auch grundlegenden Erwägungen der Gewaltenteilung.

Die praktischen, für die Klausurbearbeitung wichtigen Unterschiede beider Auffassungen liegen in der prozessualen Behandlung des weiteren Verfahrensablaufs. Liegt in der gerichtlichen Entscheidung die Ersetzung des Einvernehmens, so kann die Gemeinde eine wirksame Genehmigungserteilung nur verhindern durch die Einlegung von Rechtsmitteln gegen das Urteil (und ggf. zusätzlich gegen die Genehmigung). Dass sie dabei nicht selbst Hauptbeteiligte des Verfahrens, sondern nur (notwendig) Beigeladene ist,<sup>57</sup> hindert die Einlegung von Rechtsmitteln auch gegen den Willen der Hauptbeteiligten nicht.<sup>58</sup>

Verneint man die Ersetzungswirkung des Urteils, stellt sich die Frage, wie die ggf. eintretende Rechtskraft des Urteils sich auf die (zeitlich zumeist nachgelagerte) Entscheidung der Bauaufsicht im Erteilungsverfahren auswirkt. Zwar erwächst der Urteilsspruch nur in Hinsicht auf solche Fragen in Rechtskraft, die Gegenstand des Genehmigungsrechtsverhältnisses Bürger – Bauaufsicht sind, diese sind aber kongruent mit den Ablehnungstatbeständen des § 36 Abs. 1 BauGB: Hier wie dort geht es um die planungsrechtliche Zulässigkeit des Vorhabens. Die Behörde kann also nicht unter Verweis auf das Urteil die Genehmigung erteilen, sondern muss das Einvernehmen (ausdrücklich oder konkludent) ersetzen.

## VI. Amtshaftung und gemeindliches Einvernehmen (für Fortgeschrittene)

Die Nähe des Baugenehmigungsverfahrens zu Art. 14 GG erklärt, warum das gemeindliche Einvernehmen, insbesondere seine Versagung, auch von erheblicher haftungsrechtlicher Bedeutung ist. Nicht erst bei der Verwirklichung von Großvorhaben wirtschaftlicher Art oder Einrichtungen der Daseinsvorsorge, man denke etwa an sog. Windparks, besteht ein erhebliches ökonomisches Interesse an einer zügigen und rechtmäßigen Genehmigungserteilung. Auch ein privater

Bauherr, der ein Vorhaben verwirklichen will, kann durch auflaufende Handwerkerrechnungen im Vorfeld der eigentlichen Bauverwirklichung, bedingte und befristete Finanzierungszusagen von Banken und Fördereinrichtungen usw. in ökonomische Schwierigkeiten kommen oder Verluste erleiden, die – sofern die Genehmigungserteilung am rechtswidrig versagten Einvernehmen der Gemeinde scheiterte – Gegenstand eines Amtshaftungsanspruchs werden können.

Von Interesse ist dabei zunächst, wen der betroffene Bauherr auf Grundlage des Art. 34 GG i.V.m. § 839 BGB in Anspruch nehmen kann und muss, wenn – wie im Regelfall der kreisangehörigen Gemeinden – die genehmigungserteilende Bauaufsichtsbehörde von der Gemeinde verschieden ist.

### 1. Anspruchsgegner und Amtspflichtverletzung

Nach der bisherigen Rechtsprechung des BGH zur baurechtlichen Amtshaftung kommt eine Haftung der Gemeinde selbst, des Trägers der Bauaufsichtsbehörde oder eine gesamtschuldnerische Haftung beider in Betracht. Wer im Einzelfall haftet, hängt danach davon ab, ob die Genehmigungsversagung *allein* auf die Versagung des Einvernehmens (dann Gemeinde), auf *andere Gründe*, die die Bauaufsichtsbehörde geltend macht (dann Träger der Bauaufsicht) oder auf die Einvernehmensversagung *und* weitere Gründe gestützt wird (dann gesamtschuldnerische Haftung von Gemeinde und Träger der Bauaufsichtsbehörde). Im Kern steht dabei die Annahme, dass die Gemeinde über die Einvernehmensversagung bestimmenden Einfluss auf die Bauaufsicht hat und die Gemeinde je nachdem, wie stark sich dieser Einfluss auf die Genehmigungsversagung auswirkt, unterschiedlich haftet.<sup>59</sup> Die Erteilung des Einvernehmens ist dabei Ausdruck einer drittgerichteten Amtspflicht,<sup>60</sup> da die Versagung des Einvernehmens regelmäßig dazu führt, dass die Genehmigung nicht erteilt wird. Darin liegt offensichtlich ein erheblicher Widerspruch zu der sonstigen Einordnung des Einvernehmens als bloßes Verwaltungsinternum – ein Widerspruch allerdings, den die haftungsrechtliche Judikatur hinnimmt, um im Einzelfall zu differenzierten Haftungstatbeständen zu kommen.<sup>61</sup>

Seit der Einführung des § 36 Abs. 2 S. 3 BauGB und der bundesrechtsunmittelbaren Ersetzungsbefugnis der nach Landesrecht zuständigen Behörde stellt sich allerdings die Frage, ob an dieser Haftungssystematik festgehalten werden

<sup>55</sup> Bickenbach, BauR 2004, 428 (430).

<sup>56</sup> Missverständnis insofern Graupeter, ZfBR 2005, 432 ff.

<sup>57</sup> Bier, in: Schoch/Schmidt-Abmann/Pietzner (Hrsg.), VwGO, Bd. 1, Lfg. April 2006, § 65 Rn. 23.

<sup>58</sup> Bier (Fn. 57), § 65 Rn. 4.

<sup>59</sup> Desens, DÖV 2009, 198 (200) – sehr lesenswert – mit einer umfassenden Rekonstruktion der Rechtsprechung: „Korrespondiert die haftungsrechtliche Verantwortung der Gemeinde mit der Bindungswirkung ihrer versagenden Entscheidung, hängt ihre Haftung davon ab, in welchem Umfang § 36 BauGB der Gemeinde einen bestimmenden Einfluss einräumt“.

<sup>60</sup> s. zur Drittgerichtetheit der Amtspflicht Morlok, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 3, 2009, § 54 Rn. 60.

<sup>61</sup> Für einen Überblick s. Lasotta (Fn. 12), S. 71 ff., der ausdrücklich von der „staatshaftungsrechtlichen Problematik“ spricht.



kann.<sup>62</sup> Unabhängig davon, ob man in § 36 Abs. 2 S. 3 GG einen Ermessenstatbestand sehen möchte oder nicht, scheint die neue Regelung, die die Länder mit Zuständigkeitsregeln ausgefüllt haben,<sup>63</sup> der Gemeinde die letzte Bestimmungsmacht im Genehmigungsverfahren aus der Hand genommen zu haben.

Ansatzpunkt ist dabei die Frage, ob es eine *drittgerichtete Amtspflicht* der Aufsichtsbehörde gibt, ein rechtswidrig versagtes Einvernehmen der Gemeinde zu ersetzen. Während dies unter dem Blickwinkel, der auf die formale Korrekturfunktion der Ersetzung im Innenverhältnis Gemeinde und Aufsichtsbehörde abstellt, abgelehnt wird,<sup>64</sup> stellt eine neuere Auffassung darauf ab, in welcher Weise das jeweilige Bundesland die Regelung des § 36 Abs. 2 S. 3 BauGB ausgefüllt habe.

Sofern die für die Erteilung der Baugenehmigung zuständige *Bauaufsichtsbehörde* (und beispielsweise nicht die allgemeine Kommunalaufsichtsbehörde oder die höhere Baubehörde) auch für die Ersetzung des Einvernehmens zuständig sei,<sup>65</sup> führe diese „Kompetenzkonzentration“ zu einer drittgerichteten Amtspflicht. Deren *Verletzung* durch Nichterteilung der Genehmigung ist allerdings nur dann möglich, wenn die Baubehörde an das rechtswidrig versagte Einvernehmen der Gemeinde *nicht gebunden ist*, sich aber selbst daran gebunden hat. Allerdings statuieren die landesrechtlichen Vorschriften (mit der Ausnahme Schleswig-Holsteins, das auf die allgemeinen kommunalaufsichtsrechtlichen Vorschriften verweist) entweder eine *Ersetzungspflicht*, oder räumen Ermessen ein, das sich aber wegen der Berührung von Art. 14 Abs. 1 GG im Regelfall auf Null reduziert. In aller Regel wird also in der Versagung einer Baugenehmigung durch die Bauaufsichtsbehörde immer dann eine haftungsrechtlich erhebliche Verletzung einer Amtspflicht liegen, wenn die Bauaufsicht die ihr eingeräumte Kompetenz zur Ersetzung des rechtswidrig nicht erteilten Einvernehmens nicht genutzt hat.

Dies wirft die Frage auf, ob aufgrund der Neuregelungen in den Landesbauordnungen zur Ersetzungsbefugnis nach § 36 Abs. 2 S. 3 BauGB eine *eigenständige Haftung der Gemeinde* nun gar nicht mehr denkbar ist,<sup>66</sup> weil keine drittgerichtete Amtspflicht mehr besteht.<sup>67</sup> Wie man diese Frage

beantwortet, hängt davon ab, ob man eine eher *faktische* Bewertung der einschlägigen Sachverhalte anstellt – und also darauf abstellt, dass die Verweigerung des Einvernehmens tatsächlich genehmigungshindernd gewirkt hat (wenn die Baubehörde sich z.B. fälschlich an die Versagung gebunden fühlt) – oder ob man strenger nach Kriterien der gesetzlichen Systematik urteilt. Dabei streitet vor allem die Berechenbarkeit der Rechtsanwendung (auch und gerade in haftungsrechtlicher Perspektive) für eine eher normativ grundrierte Sichtweise. Danach ist durch die Einführung weitgehender Ersetzungspflichten und -befugnisse der Bauaufsichtsbehörde ein bestimmender Einfluss der Gemeinden auf den Erlass oder die Verweigerung des Einvernehmens entfallen. Ihre Haftung kommt daher in aller Regel nicht mehr in Betracht, sondern verlagert sich auf den Träger der Bauaufsichtsbehörde.<sup>68</sup> Dieser ist im Regelfall das jeweilige Land.

## 2. Inhaber des Anspruchs

Den Amtshaftungsanspruch kann nach ständiger Rechtsprechung des BGH auch ein Dritter geltend machen, der Bauherr, nicht aber Eigentümer des Vorhabengrundstücks ist<sup>69</sup> und dem durch die Verweigerung des Einvernehmens ein Schaden entstanden ist. Dies betrifft seltener Konstellationen mit privater Wohnbebauung, sondern die Erschließung und Bebauung von Grundstücken mit Großvorhaben (Einkaufszentren u.ä.), bei denen der Vorhabenträger und der Grundstückseigentümer nicht selten verschiedene Personen sind.

## 3. Verschulden

Die Verschuldensmaßstäbe im Rahmen des § 839 BGB sind nach und nach objektiviert worden<sup>70</sup> und daher insgesamt sehr streng.<sup>71</sup> Insbesondere kann eine fehlerhafte Anwendung des Rechts – also eine unrichtige Subsumtion – bereits den Haftungstatbestand des § 839 BGB auslösen: „Eine objektiv unrichtige Gesetzesauslegung oder Rechtsanwendung ist unter Beachtung dieses objektivierten Fahrlässigkeitsmaßstabs dann schuldhaft, wenn sie gegen den klaren, bestimmten und eindeutigen Wortlaut der Norm verstößt oder wenn die bei ihr aufgetretenen Zweifelsfragen durch die höchstrichterliche Rechtsprechung geklärt sind.“<sup>72</sup> Abgestellt wird dabei auf den pflichtgetreuen Durchschnittsbeamten.<sup>73</sup>

Vor allem der Aspekt der höchstrichterlichen Klärung ist in der Praxis von besonderer Bedeutung, gerade in Bereichen wie den bauplanungsrechtlichen Zulassungstatbeständen, die durch die Vielzahl der in ihnen verwendeten unbestimmten Rechtsbegriffe in besonderer Weise konkretisierungsbedürftig sind. Freilich haben Rechtsprechung und Literatur seit

<sup>62</sup> Auch schon vor Einführung des § 36 Abs. 2 S. 3 BauGB war die Ersetzung des rechtswidrig versagten Einvernehmens durch die Kommunalaufsicht möglich, da diese aber nur im Allgemeininteresse, nicht aber zum Schutz subjektiver Rechte agiert, hat der BGH darin keine Durchbrechung seines Haftungsregimes gesehen, s. dazu *Desens*, DÖV 2009, 198 (199).

<sup>63</sup> Seit dem 1.3.2010 besteht auch in Baden-Württemberg eine Ersetzungsregelung in § 54 Abs. 4 LBauO BW, s. dazu *Wortha*, VBIBW 2010, 219 ff.

<sup>64</sup> *Hellermann*, Jura 2002, 589 (594 f.).

<sup>65</sup> *Desens*, DÖV 2009, 198 (203).

<sup>66</sup> *Desens*, DÖV 2009, 198 (204).

<sup>67</sup> *Desens*, DÖV 2009, 198 (205 f.) erwägt zudem den Wegfall der Schadensursächlichkeit der gemeindlichen Einver-

nehmensversagung, lehnt dies aber in Anlehnung an die Rechtsprechung des BGH ab.

<sup>68</sup> *Desens*, DÖV 2009, 198 (205).

<sup>69</sup> *Söfker* (Fn. 12), § 36 Rn. 48.

<sup>70</sup> *Morlok* (Fn. 60), § 54 Rn. 67 f.

<sup>71</sup> *Papier*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2009, § 839 Rn. 283.

<sup>72</sup> *Papier* (Fn. 71), § 839 Rn. 293.

<sup>73</sup> *Morlok* (Fn. 60), § 54 Rn. 68.

Jahrzehnten intensiv an der Konkretisierung jener Rechtsbegriffe gearbeitet. Für die baurechtliche Praxis und die Falllösung bedeutet das: Nur eine intensive und tiefgehende Auseinandersetzung mit den Voraussetzungen der §§ 31, 33-35 BauGB kann das Haftungsrisiko des Bauaufsichtsträgers signifikant reduzieren.<sup>74</sup> Kategorien wie der „Durchschnittsbeamte“ haben für sich selbst kaum einen Aussagewert. Sie sind vielmehr Leerstellen, die im Hinblick auf den Einzelfall mit rechtlicher Argumentation ausgefüllt werden müssen – vom Gericht ebenso wie vom Klausurbearbeiter. Einzig verstellt ist mit dieser Kategorie eine streng subjektive Wertung des Geschehens.

## VII. Ausblick

Seit Jahren befindet sich das gemeindliche Einvernehmen in einem Rückbau.<sup>75</sup> Es hat sich von einem *absoluten Verfahrensrecht* gewandelt hin zu einem nach wie vor dogmatisch komplexen, aber wenig effektvollen Institut. Dahinter steht das Ansinnen des Gesetzgebers, die „überschießende Tendenz“ der Einvernehmensregelung, die die gemeindliche Planungshoheit weitgehend über die Baufreiheit des Bauherrn obsiegen ließ, grundrechtsfreundlich zurückzuschrauben. Daher ist die rechtliche Reichweite der Einvernehmensregelung durch die zunehmende Vereinfachung der Ersetzungsmöglichkeiten, vor allem durch die 1998 vorgenommene Einführung einer bundesrechtsunmittelbaren Ersetzungsbefugnis, immer mehr geschwächt worden. Konnte die Gemeinde zu Zeiten, in denen § 36 BauGB ein absolutes Verfahrensrecht vermittelte, auch rechtmäßige Vorhaben verhindern, so scheidet diese Möglichkeit heute aus. Abgesehen von den Fällen, in denen die baurechtliche Zulassungsentscheidung eine Ermessensentscheidung ist und die Möglichkeiten zur Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens stark beschnitten sind, stellt die gegenwärtige Regelung ein unnötig kompliziertes Verfahren dar.<sup>76</sup> Der damit verfolgte Nebenzweck, die Gemeinde frühzeitig über Bauvorhaben auf ihrem Gebiet zu informieren, ließe sich einfacher und ebenso effektiv mit einer Anzeigepflicht der Bauaufsicht (oder auch des Bauherrn) erreichen.<sup>77</sup> Dies wäre auch deswegen wünschenswert, weil dadurch die unübersichtliche Rechtslage im Hinblick auf etwaige amtshaftungsrechtliche Verantwortlichkeiten von Gemeinde und (dem Träger) der Bauaufsichtsbehörde übersichtlicher gestaltet werden könnte.

---

<sup>74</sup> *Desens*, DÖV 2008, 198 (204) geht soweit zu sagen, „das Erkennen der Rechtslage“ in den Versagungsfällen sei für die Bauaufsicht „ohne weiteres“ möglich.

<sup>75</sup> *Möstl*, BayVB1 2007, 129 ff.

<sup>76</sup> *Möstl*, BayVB1 2007, 129 (133 f.).

<sup>77</sup> Für eine vereinfachte verfahrensrechtliche Lösung *Möstl*, BayVB1 2007, 129 (134).