

§ 2 Bauplanungsrecht

V. Die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit baulicher Vorhaben

Die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit eines einzelnen Bauvorhabens richtet sich nach den §§ 29 ff. BauGB.

1. Bauliche Vorhaben

Für Vorhaben, die die Errichtung, Änderung oder Nutzungsänderung von baulichen Anlagen zum Inhalt haben, und für Aufschüttungen und Abgrabungen größeren Umfangs sowie für Ausschachtungen, Ablagerungen einschließlich Lagerstätten gelten nach § 29 Abs. 1 BauGB die §§ 30-37 BauGB.

Was ein Vorhaben oder eine bauliche Anlage ist, definiert das BauGB nicht. Der bauordnungsrechtliche Begriff (vgl. § 2 Abs. 1 BauO NW) kann insoweit *nicht übertragen* werden, da er eine andere Funktion erfüllt. Entscheidend ist vielmehr, dass

- es sich um ein Vorhaben von *bodenrechtlicher Relevanz* handelt, sprich: wenn abwägungsrelevante Belange nach § 1 Abs. 6 BauGB berührt werden (*Hellermann* § 4 Rn. 129), und
- das Vorhaben ein *bauliches Element* aufweist, also eine künstliche Anlage geschaffen wird, die auf Dauer mit dem Boden verbunden ist.

§ 29 Abs. 2 BauGB stellt rein deklaratorisch klar, dass die Vorschriften den Bauordnungsrechts hiervon unberührt bleiben. Wichtig ist aber, dass eine Genehmigungsfreiheit hat BauO die Anwendbarkeit der §§ 29 ff. BauGB unberührt lässt. Wenn keine Baugenehmigung nach § 75 BauO erforderlich ist, dann gelten die bauplanungsrechtlichen Vorgaben dennoch; sie sind dann ggf. in einem Untersagungsverfahren oder im Rahmen nachbarlicher Rechtsbehelfe zu prüfen.

Bauplanungsrechtliche Relevanz haben nur die *Errichtung, Änderung* oder *Nutzungsänderung* von baulichen Anlagen. Namentlich Nutzungsänderungen sind hierbei sorgfältig auf ihre bodenrechtliche Relevanz zu überprüfen:

Denn „Vorhaben [...] ist nicht die jeweilige bauliche Anlage zuzüglich der ihr zgedachten Nutzung, sondern ist die bauliche Anlage in ihrer durch die Nutzung bestimmten Funktion als Einheit.“ Sprich: die Genehmigungsbedürftigkeit lässt sich nur in Bezug auf eine konkrete Nutzung beurteilen. Veränderung sich in diesem Zusammenhang die Koordinaten der Genehmigung, ist erneut über die Zulässigkeit zu entscheiden: „Mit der Änderung der Funktion wandelt sich das Vorhaben nicht nur zum Teil. Vielmehr entzieht die Änderung dem ursprünglichen Vorhaben die Identität; Gegenstand der erneuten Beurteilung hat die bauliche Anlage in ihrer geänderten Funktion zu sein.“¹

¹ BVerwGE 47, 185 (188).

Nur wo die Änderung wiederum abwägungsrelevante Belange nach § 1 Abs. 6 BauGB berührt, ist ein erneutes Zulassungsverfahren durchzuführen. So ist z. B. das Umtauschen von Schlaf- und Arbeitszimmer innerhalb einer Wohnung keine Nutzungsänderung. Als Leitlinie können auch hier die verschiedenen Nutzungsformen gelten, wie sie in der BauNVO klassifiziert sind.

2. Vorhaben im Geltungsbereich eines Bebauungsplans

Die erste Weichenstellung, wie ein Vorhaben planungsrechtlich zu beurteilen ist, richtet sich danach, ob ein Bebauungsplan vorliegt oder nicht. Voraussetzung wäre allerdings, dass dieser Plan auch *wirksam zustande gekommen* ist. Dies ist nur dann der Fall, wenn der Bebauungsplan nicht aufgrund eines formellen oder materiellen Fehlers, der nach §§ 214, 215 BauGB beachtlich ist, unwirksam ist.

a) Qualifizierter Bebauungsplan

Im Geltungsbereich eines Bebauungsplans, der allein oder gemeinsam mit sonstigen baurechtlichen Vorschriften mindestens Festsetzungen über die Art und das Maß der baulichen Nutzung, die überbaubaren Grundstücksflächen und die örtlichen Verkehrsflächen enthält, ist ein Vorhaben nach § 30 Abs. 1 BauGB zulässig, wenn es diesen Festsetzungen nicht widerspricht und die Erschließung gesichert ist.

b) Einfacher Bebauungsplan

Im Geltungsbereich eines Bebauungsplans, der die Voraussetzungen des Absatzes 1 nicht erfüllt (einfacher Bebauungsplan), richtet sich die Zulässigkeit von Vorhaben nach § 30 Abs. 3 BauGB im Übrigen nach den § 34 oder § 35 BauGB, d. h. das Vorhaben wird so behandelt, als ob es im unbepflanzten Innen- oder Außenbereich liegen würde. Dies richtet sich wiederum nach dem Bebauungszusammenhang. Denn auch ein Vorhaben im Geltungsbereich eines einfachen B-Planes kann im Außenbereich liegen, wenn im relevanten Plangebiet bislang kein geschlossener Bebauungszusammenhang hergestellt wurde.

c) Dispens

Ein wichtiges Instrument zur Nachsteuerung der bauplanungsrechtlichen Vorhabenzulassung ist der Dispens.

Von den Festsetzungen des Bebauungsplans können nach § 31 Abs. 1 BauGB zunächst solche Ausnahmen zugelassen werden, die in dem Bebauungsplan nach Art und Umfang ausdrücklich vorgesehen sind. Dies ergibt sich neben den Festsetzungen im B-Plan auch aus dem *jeweiligen Absatz 3* der BauNVO. Die Grenzen ergeben sich wiederum aus § 15 BauNVO.

Von den Festsetzungen des Bebauungsplans kann nach § 31 Abs. 2 BauGB zudem befreit werden, wenn die *Grundzüge der Planung nicht berührt* werden und

1. Gründe des *Wohls der Allgemeinheit* die Befreiung erfordern oder
2. die Abweichung *städtebaulich vertretbar* ist oder

3. die Durchführung des Bebauungsplans zu einer offenbar *nicht beabsichtigten Härte* führen würde

und wenn die Abweichung auch unter Würdigung nachbarlicher Interessen *mit den öffentlichen Belangen* vereinbar ist.

Hieraus ergibt sich folgender Prüfungsaufbau:

- Keine Berührung der Grundzüge der Planung: dies ist die äußere Grenze, die allerdings nicht mehr auf atypische Fälle beschränkt sein muss (s. *Hellermann* § 4 Rn. 144);
- Dispensgrund (Nr. 1-3): Städtebaulich vertretbar (Nr. 2) ist, was gemessen an der konkreten baulichen Situation gemessen an §§ 1 Abs. 6-7 *planbar* wäre. Ein Härtefall (Nr. 3) nimmt nicht auf die persönlichen Umstände des Eigentümers Rücksicht, sondern *grundstücksbezogen* auf die Umstände des von der Planung betroffenen Grundstücks (*Hellermann*, § 4 Rn. 145).
- Abwägung mit öffentlichen Belangen unter Berücksichtigung der nachbarlichen Interessen; letztere vermitteln *Drittschutz* nach § 42 Abs. 2 VwGO.

3. Vorhaben im unbeplanten Innenbereich

Innerhalb der im Zusammenhang bebauten Ortsteile ist ein Vorhaben nach § 34 Abs. 1 Satz 1 BauGB zulässig, wenn es sich nach Art und Maß der baulichen Nutzung, der Bauweise und der Grundstücksfläche, die überbaut werden soll, in die Eigenart der näheren Umgebung einfügt und die Erschließung gesichert ist. Die Anforderungen an gesunde Wohn- und Arbeitsverhältnisse müssen gewahrt bleiben; das Ortsbild darf nicht beeinträchtigt werden (§ 34 Abs. 2 Satz 2 BauGB).

Entspricht die Eigenart der näheren Umgebung einem der Baugebiete, die in der BauNVO bezeichnet sind, beurteilt sich die Zulässigkeit des Vorhabens gemäß § 34 Abs. 2 BauGB nach seiner Art allein danach, ob es nach der Verordnung in dem Baugebiet allgemein zulässig wäre.

Vom Erfordernis des Einfügens in die Eigenart der näheren Umgebung nach § 34 Abs. 1 Satz 1 BauGB kann nach § 34 Abs. 3a BauGB im Einzelfall abgewichen werden, wenn die Abweichung

1. der Erweiterung, Änderung, Nutzungsänderung oder Erneuerung eines zulässigerweise errichteten Gewerbe- oder Handwerksbetriebs oder der Erweiterung, Änderung oder Erneuerung einer zulässigerweise errichteten baulichen Anlage zu Wohnzwecken dient,
2. städtebaulich vertretbar ist und
3. auch unter Würdigung nachbarlicher Interessen mit den öffentlichen Belangen vereinbar ist.

Satz 1 findet nach Satz 2 keine Anwendung auf Einzelhandelsbetriebe, die die verbrauchernahe Versorgung der Bevölkerung beeinträchtigen oder schädliche Auswirkungen auf zentrale Versorgungsbereiche in der Gemeinde oder in anderen Gemeinden haben können.

4. Vorhaben im Außenbereich

Besteht damit kein wirksamer Bebauungsplan, ist das Vorhaben hier nach § 35 BauGB zu beurteilen.

Nach § 35 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BauGB liegt eine Beeinträchtigung öffentlicher Belange, die einer Genehmigung des Vorhabens entgegensteht, insbesondere dann vor, wenn schädliche Umwelteinwirkungen hervorrufen werden können.

5. Gemeindliches Einvernehmen

Über die Zulässigkeit von Vorhaben nach den §§ 31, 33 bis 35 BauGB wird im bauaufsichtlichen Verfahren von der Baugenehmigungsbehörde nach § 36 Abs. 1 Satz 1 BauGB im *Einvernehmen mit der Gemeinde* entschieden. Hierdurch soll die Planungshoheit der Gemeinde gesichert werden. Wird ein Vorhaben nach § 30 BauGB, also auf Grund eines Bebauungsplanes zugelassen, bedarf es eines Einvernehmens nicht. Grund hierfür ist, dass die Gemeinde ihre Planungshoheit bereits durch Erlass des Bebauungsplanes ausgeübt hat (*Hellermann*, § 4 Rn. 198) und nur Vorhaben zugelassen werden dürfen, die mit dem Plan vereinbar sind. Genehmigt die Bauaufsichtsbehörde ein Vorhaben, das nicht mit dem B-Plan in Einklang steht, kann die Gemeinde die Baugenehmigung im Hinblick auf eine Verletzung ihrer Planungshoheit anfechten.

§ 36 Abs. 1 BauGB gilt im bauaufsichtlichen Verfahren, was neben der Baugenehmigung (§ 75 BauO) auch *Bauvorbescheide* (§ 71 BauO) und *Teilgenehmigungen* erfasst. Die Regelung gilt nach Satz 2 auch, soweit in einem anderen Verfahren (mit Ausnahme der Bergaufsicht) über die Zulässigkeit nach den bezeichneten Vorschriften entschieden wird, z. B. im immissionsschutzrechtlichen Anlagenehmigungsverfahren (siehe § 13 BImSchG).

Umstritten ist, ob § 36 Abs. 1 BauGB auch gilt, sofern die Gemeinde eine Bauaufsichtsbehörde hat (§ 60 Abs. 1 Nr. 3 lit. a BauO NW: Große und Mittlere kreisangehörige Städte):

- Rechtsprechung: Keine Anwendbarkeit, weil die Beteiligung der Gemeinde nach § 36 BauGB überflüssig ist, wenn die Gemeinde selbst entscheide;
- Gegenansicht (z. B. *Hellermann*, § 4 Rn. 200): Bauaufsicht ist als Gefahrenabwehr eine Pflichtaufgabe zur Erfüllung nach Weisung (§ 60 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 BauO, § 9 OBG). Die gemeindliche Zuständigkeiten sind hier also nicht kongruent. Im Bereich der Bauaufsicht lassen sich namentlich Ingerenzen der Selbstverwaltungsorgane (namentlich Rat) über Weisungen aushebeln, zu deren Schutz gerade § 36 BauGB installiert wurde. Ein anderes Problem hat sich mit Fortfall des Widerspruchsverfahrens in NRW (§ 110 JustG NW) erledigt, bleibt aber bundesrechtsdogmatisch immer noch richtig: Die staatliche Widerspruchsbehörde (§ 73 Abs. 1 Satz 1 VwGO) könnte ohne Einvernehmen einem Widerspruch abhelfen.

Richtet sich die Zulässigkeit von Vorhaben nach § 30 Abs. 1 BauGB (also im Geltungsbereich des B-Planes), stellen die Länder sicher, dass die Gemeinde rechtzeitig vor Ausführung des Vorhabens über Maßnahmen zur Sicherung der Bauleitplanung nach den §§ 14 und 15 BauGB entscheiden kann.

BEISPIELSFALL: In der Gemeinde Wachtberg (Rhein-Sieg-Kreis) soll ein Wohnhaus im unbeplanten Innenbereich genehmigt werden. Die Kreisverwaltung richtet ein Ersuchen um Einvernehmen an die Gemeinde, das am 2. März 2012 eingeht. Beide Sachbearbeiter für Baurechtsangelegenheiten sind jedoch verhindert, in einem Fall wegen Mutterschutz im anderen wegen einer schweren Erkrankung. Die Gemeinde ergreift sofort alle notwendigen Maßnahmen, um kurzfristig anderes Personal abzustellen. Dennoch kann das Ersuchen erst am 15. April bearbeitet werden. Der Bürgermeister verweigert auf Vorschlag seines Referenten das Einvernehmen, weil ein Dispens notwendig sei, den man aber aus im Einzelnen ausgeführten Gründen nicht erteilen wolle.

Das *Einvernehmen* der Gemeinde darf nur aus den sich aus den §§ 31, 33, 34 und 35 BauGB ergebenden Gründen *versagt werden*. Dies bedeutet, dass es sich um eine *gebundene Entscheidung* handelt. Die Gemeinde darf nur nach rechtlichen Kriterien prüfen, ob es Gründe gegen eine Genehmigung gibt, hat aber kein Ermessen, es sei denn, die bezeichneten Bestimmungen räumen ein Ermessen ein (namentlich § 31 BauGB). Umgekehrt ist auch die Bauaufsichtsbehörde an das fehlende Einvernehmen gebunden, auch wenn es *rechtswidrig verweigert* wurde, d. h. sie darf rechtlich die Genehmigung nicht erteilen, obwohl der Betroffene einen Anspruch auf Genehmigungserteilung hat. Wird die Genehmigung dennoch erteilt, ist sie allein auf Grund dieses formellen Mangels wegen einer Verletzung der durch § 36 BauGB konkretisierten Planungshoheit *anfechtbar*.

Die Kommunalaufsichtsbehörde ist nicht gehindert, gegen eine Gemeinde nach den §§ 119 ff. GO NW einzuschreiten, sofern das Einvernehmen rechtswidrig verweigert wurde (siehe *Hellermann* § 4 Rn. 206).

Ein erteiltes Einvernehmen hindert die Bauaufsichtsbehörde nicht, den Bauantrag aus rechtlichen Gründen (§ 75 Abs. 1 BauO) abzulehnen. Und die Behörde kann auf die Einholung des Einvernehmens von vornherein verzichten, wenn sie einen Bauantrag ablehnen möchte (*Hellermann*, § 4 Rn. 203); § 36 BauGB schützt die Planungshoheit nur gegen eine aufgedrängte Bebauung, vermittelt aber keine zusätzlichen positiven Einwirkungspfade auf die städtebauliche Entwicklung.

Einvernehmensfiktion: Das Einvernehmen der Gemeinde *gilt als erteilt*, wenn es nicht binnen zwei Monaten nach Eingang des Ersuchens der Genehmigungsbehörde verweigert wird (§ 36 Abs. 2 Satz 1 BauGB). Da es sich um eine gesetzliche Rechtsfolge und nicht um eine Frist handelt, greifen Wiedereinsetzungsgründe nicht.

Für den Rechtsschutz des Bürgers ergibt sich hieraus Folgendes:

- Wird das Einvernehmen rechtswidrig verweigert, kann allerdings der betroffene Bürger gegen die Versagung der Baugenehmigung Verpflichtungsklage erheben. Für das Verwaltungsgericht gilt § 36 BauGB nicht. Es hat allein zu prüfen, ob ein Anspruch nach § 75 BauO besteht. Das fehlende Einvernehmen ist also ggf. durch das Gericht zu „ersetzen“. Damit die insoweit notwendig auch gegenüber der Gemeinde nur einheitlich mögliche Entscheidung nach § 121 VwGO bindet, ist die Gemeinde nach § 65 Abs. 2 VwGO notwendig beizuladen.

- Eine Klage des Bürgers gegen die Gemeinde auf Erteilung des Einvernehmens wäre unzulässig, da es sich bei dem Einvernehmen um einen rein *verwaltungsinernen Mitwirkungsakt* ohne unmittelbare Außenwirkung handelt.

Die nach Landesrecht zuständige Behörde kann nach § 36 Abs. 2 Satz 1 BauGB ein rechtswidrig versagtes Einvernehmen der Gemeinde ersetzen. Das **Bürokratieabbau-gesetz I NRW** im Jahr 2007 hatte diese Zuständigkeit nach § 2 Nr. 4 den Bauaufsichtsbehörden übertragen; die Regelung ist jedoch am 31. 12. 2012 außer Kraft getreten.

Die Ersetzungsentscheidung ist gegenüber der Gemeinde als *Verwaltungsakt* zu qualifizieren und wäre insoweit grundsätzlich anfechtbar. Für eine isolierte Anfechtung fehlt freilich das *Rechtsschutzbedürfnis*, weil die Baugenehmigung bestandskräftig wird und auch bei gerichtlicher Aufhebung des Einvernehmens grundsätzlich nicht mehr rücknehmbar wäre. Richtigerweise wird man das Einvernehmen als Verfahrenshandlung nach § 44a VwGO qualifizieren müssen, die selbstständigem Rechtsschutz entzogen bleibt (*Hellermann*, § 4 Rn. 209).

Hinsichtlich der Amtshaftung gilt Folgendes:

- keine Amtspflichtverletzung nach § 839 BauGB, sofern Einvernehmen durch Bauaufsichtsbehörde ersetzbar (BGH, NVwZ 2011, 249, 250 f.);
- im Übrigen Amtspflicht gegenüber dem Bürger.