

§ 2 Vertiefung Baurecht: Beteiligung von Kommunen, Fachplanungsprivileg

Zuvörderst verwirklicht eine Gemeinde ihre Planungshoheit, die in Bezug auf örtliche Planungen als örtliche Angelegenheit der Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG unterfällt,¹ durch Bauleitplanung, die die Bebauung des Gemeindegebiets materiell steuert und hierbei durch außenwirksame Normsetzung nach § 10 Abs. 1 BauGB (Bebauungsplan als Satzung) auch gegenüber der Bauaufsicht mit Verbindlichkeit ausstattet. Erteilt die Bauaufsichtsbehörde eine Baugenehmigung entgegen den Vorgaben eines gültigen Bebauungsplanes, kann die Gemeinde auch die erteilte Genehmigung wegen einer Verletzung ihrer Planungshoheit anfechten.² Diese materielle Steuerung, die durch gerichtlich durchsetzbare subjektive Rechte (§ 42 Abs. 2 VwGO) flankiert wird,³ fällt insbesondere dort aus, wo entweder keine Bauleitplanung besteht (unbeplanter Innenbereich nach § 34 BauGB bzw. Außenbereich nach § 35 BauGB) oder durch die Bauaufsichtsbehörde von bestehenden Vorgaben der Bauleitplanung Dispens erteilt wird (§ 31 BauGB).

I. Kommunales Einvernehmen

Aus diesem Grund sieht § 36 Abs. 1 Satz 1 BauGB mit dem Einvernehmen kompensatorisch ein besonderes Beteiligungsrecht der Gemeinde vor, das die *noch nicht ausgeübte Planungshoheit* schützt.⁴ Über die Zulässigkeit von Vorhaben nach den §§ 31, 33 bis 35 BauGB wird hiernach nämlich im bauaufsichtlichen Verfahren von der Baugenehmigungsbehörde im Einvernehmen mit der Gemeinde entschieden. Eine ohne Einvernehmen erteilte Baugenehmigung ist – vorbehaltlich einer Ersetzung nach § 36 Abs. 2 Satz 3 BauGB – rechtswidrig und wäre auf eine Anfechtungsklage durch die Gemeinde aufzuheben, unabhängig davon, ob materiell-rechtlich ein Anspruch auf die Genehmigung besteht.⁵ Es handelt sich mithin um ein sog. absolutes Verfahrensrecht.

Die Regelung des § 36 Abs. 1 Satz 1 BauGB stellt sicher, dass eine Gemeinde hinreichenden Einfluss über die Bebauung ihres Gemeindegebiets auch dann behält, soweit sie mangels städtebaulichen Bedarfs keinen qualifizierten Bebauungsplan aufstellt (§ 1 Abs. 3 Satz 1 BauGB) oder von einem solchen abgewichen werden soll.⁶ Hierdurch wird die besondere Sachnähe und Fachkunde der Gemeinde für das Baugenehmigungsverfahren nutzbar gemacht (342). Zugleich

¹ Etwa Dreier, in: ders. (Hrsg.), GG, Bd. II, 3. Aufl. (2015), Art. 28 Rn. 130; Nierhaus, in: Sachs (Hrsg.), GG, 7. Aufl. (2014), Art. 28 Rn. 53.

² Etwa BVerwG, NVwZ-RR 1995, 313; entsprechend für das Luftverkehrsrecht BVerwGE 81, 95 (106 f.).

³ BVerwGE 74, 124 (132); 100, 388 (394); BVerwG, NVwZ 2006, 1290; NVwZ 2008, 1237; VGH Kassel, NVwZ 2010, 1165, 1167 f.; Gärditz, in: ders. (Hrsg.), VwGO, 2013, § 42 Rn. 102.

⁴ Appel, in: Koch/Hendler (Hrsg.), Baurecht, Raumordnungs- und Landesplanungsrecht, 6. Aufl. (2015), § 12 Rn. 17.

⁵ BVerwG, NVwZ-RR 1989, 6; NVwZ 2008, 1347.

⁶ Reidt, in: Battis/Krautzberger/Löhr (Hrsg.), BauGB, 12. Aufl. (2014), § 36 Rn. 1; Schoch, NVwZ 2012, 777.

erlangt die Gemeinde die Möglichkeit, auf ein bauliches Vorhaben zu reagieren und bislang noch nicht eingeleitete oder noch nicht für notwendig erachtete Bauleitplanungen in Angriff zu nehmen bzw. entsprechende Maßnahmen zur Sicherung dieser Planung (Zurückstellung von Baugesuchen, Veränderungssperre) zu ergreifen (343).⁷ Die Entscheidung über das Einvernehmen ist allerdings kein Planungsinstrument; der Gemeinde kommt bei der Entscheidung über die Erteilung des Einvernehmens lediglich insoweit Ermessen zu, als dieses bei Entscheidungen nach § 31 BauGB auch der Bauaufsichtsbehörde eingeräumt ist.⁸ Die Gemeinde ist vielmehr auf die ausschließlich rechtliche Prüfung beschränkt, ob die bauplanungsrechtlichen Vorgaben der §§ 31 ff. BauGB erfüllt sind (§ 36 Abs. 2 Satz 1 BauGB).⁹ Die Versagung des Einvernehmens ist daher nach der Prüfungsstruktur der Norm, sofern diese von der Gemeinde beachtet wird, eine schlichte Divergenz in der rechtlichen Beurteilung. Praktisch gesehen wurde das Problem seit dem BauROG 1998 freilich auch dadurch entschärft, dass die Möglichkeit geschaffen wurde, das Einvernehmen nach Maßgabe einer landesrechtlichen Bestimmung¹⁰ zu ersetzen (§ 36 Abs. 2 Satz 3 BauGB).

Die Schutzfunktion des Einvernehmens wird jedoch dort erklärungsbedürftig, wo eine Gemeinde selbst Trägerin der für Baugenehmigungen zuständigen Bauaufsichtsbehörde ist. Das geltende Landesbauordnungsrecht sieht dies in der Regel bei kreisfreien, großen und mittleren kreisangehörigen Städten (stellvertretend § 60 Abs. 1 Nr. 3 BauO NW) bzw. – allgemeiner – bei Gemeinden mit entsprechender Kapazität (§ 46 Abs. 2, 4 BauO BaWü) vor. Entscheidet die Gemeinde hier bereits über die Baugenehmigung, erlangt sie *unmittelbaren* Einfluss auf die Zulassung von Vorhaben und prüft ebenso unmittelbar alle Tatbestandsvoraussetzungen, die sie nach § 36 Abs. 2 Satz 1 BauGB auch bei der Erteilung des Einvernehmens zu prüfen hätte. Ob der Erteilung des Einvernehmens „mit sich selbst“ daneben noch eine eigenständige Funktion zukommt, war daher schon immer zweifelhaft. Zu Konflikten kann es namentlich kommen, wenn die Gemeindeorgane, die für die Erteilung der Baugenehmigung und des Einvernehmens zuständig sind, divergieren. Wer für die Erteilung des Einvernehmens innerhalb der Gemeinde zuständig ist, richtet sich hierbei nach Kommunalrecht; im Zweifel liegt die Zuständigkeit beim Gemeinderat, weil dieser auch positiv die Planungshoheit der Gemeinde ausübt.¹¹

II. Sonderprobleme der Behördenidentität

Das BVerwG hatte sich in BVerwGE 121, 339 mit der Frage auseinanderzusetzen, was gilt, wenn die Gemeinde zugleich eine Bauaufsichtsbehörde hat. Im Ausgangsfall hatte eine baden-württembergische Gemeinde, der gesetzlich die Aufgaben der Bauaufsicht zufielen, die Baugenehmigung für die Errichtung eines Aufzugs in einer Klosteranlage versagt und dies allein mit dem fehlenden gemeindlichen Einvernehmen nach § 36 Abs. 1 BauGB begründet. Die Gemeinde hatte nämlich die Prüfung, ob das Einvernehmen erteilt werden soll, auf einen Ausschuss delegiert, der im konkreten Fall das Einvernehmen verweigert hatte. Auf Widerspruch des Bauantragstellers verpflichtete das Regierungspräsidium als Widerspruchsbehörde die

⁷ BVerwGE 130, 113 (120); OVG Rheinland-Pfalz, NVwZ-RR 2002, 264.

⁸ *Reidt*, in: Battis/Krautzberger/Löhr (Hrsg.), BauGB, 12. Aufl. (2014), § 36 Rn. 13; *Rieger*, in: Schrödter (Hrsg.), BauGB, 8. Aufl. (2015), § 36 Rn. 18.

⁹ *Peine*, Öffentliches Baurecht, 4. Aufl. (2002), Rn. 831.

¹⁰ Diese ist zur Herstellung der Vollzugsfähigkeit geboten, vgl. *Rieger*, in: Schrödter (Hrsg.), BauGB, 8. Aufl. (2015), § 36 Rn. 28.

¹¹ BayVGH, NVwZ-RR 2014, 693; *Rieger*, in: Schrödter (Hrsg.), BauGB, 8. Aufl. (2015), § 36 Rn. 21.

Gemeinde zur Erteilung der Baugenehmigung, weil dem Vorhaben keine öffentlich-rechtlichen Bestimmungen entgegenstanden, namentlich die Voraussetzungen des § 34 BauGB im Innenbereich erfüllt seien. Eine Klage der Gemeinde gegen den Widerspruchsbescheid hatte vor dem Verwaltungsgericht noch Erfolg, wurde aber in der Berufungsinstanz aufgehoben. Das BVerwG hat die Berufungsentscheidung bestätigt, und zwar mit folgender Begründung:

Die klagende Gemeinde habe als untere staatliche Verwaltungsbehörde das Baugesuch nicht mit der Begründung ablehnen dürfen, ihr Technischer und Umweltausschuss habe sein Einvernehmen zu dem Bauvorhaben verweigert.

*„Es entspricht ständiger Rechtsprechung des Senats, dass die Vorschrift nach ihrem Wortlaut sowie ihrem Sinn und Zweck, die gemeindliche Planungshoheit zu sichern, zwei verschiedene Willensträger voraussetzt und das Einvernehmen daher jedenfalls dann entbehrlich ist, wenn in der Gemeinde die Funktionen der Baugenehmigungsbehörde und des Planungsträgers in ein und derselben Behörde gebündelt sind“.*¹²

Des förmlichen Einvernehmens nach § 36 Abs. 1 Satz 1 BauGB bedürfe es daher auch dann nicht, wenn innerhalb einer Gemeinde für die Erteilung der Baugenehmigung und die Erklärung des Einvernehmens verschiedene Organe zuständig seien. Sei das Einvernehmen insoweit entbehrlich, löste auch die Verweigerung des Einvernehmens keine Rechtsfolgen aus. Soweit entsprach dies dem Stand der Rechtsprechung.

Allerdings wirft das BVerwG die weitergehende Frage auf, ob die Gemeinde nicht wenigstens die Befugnis habe, „sich den Anwendungsbereich des § 36 Abs. 1 Satz 1 BauGB selbst zu eröffnen und die sich aus der Vorschrift ergebenden Rechtsfolgen nutzbar zu machen“.¹³ Es entsprach nämlich der bisherigen Rechtsprechung, dass es die Gemeinde selbst in der Hand habe, die Ablehnung der Baugenehmigung auch mit der Verweigerung des Einvernehmens zu begründen. Diese Rechtsprechung hat das Gericht in der hier besprochenen Entscheidung ausdrücklich aufgegeben. Aus dem Gedanken der Gleichbehandlung von Gemeinden mit und ohne Bauaufsichtsbehörde lasse sich die bisherige Auffassung nicht rechtfertigen (342).¹⁴ Die in § 36 Abs. 1 Satz 1 BauGB vorgesehene Mitwirkung der Gemeinde diene der Sicherung der gemeindlichen Planungshoheit. Die Beteiligung der Gemeinde sei

*„dem Umstand geschuldet, dass über den Bauantrag allein die Baugenehmigungsbehörde entscheidet. Nur ihr Bescheid wirkt unmittelbar nach außen und regelt die Rechtsverhältnisse hinsichtlich des Baugesuchs. Lediglich über den Weg der Einvernehmensversagung kann die Gemeinde verhindern, dass ein Bauvorhaben verwirklicht wird, das bauplanungsrechtlich unzulässig ist oder ihren planerischen Vorstellungen widerspricht. Des Schutzes, dem § 36 Abs. 1 Satz 1 BauGB zu dienen bestimmt ist, bedarf die mit der Baugenehmigungsbehörde identische Gemeinde nicht; denn sie kann den Zweck des Einvernehmensefordernisses selbst erfüllen [...]. Die Gefahr, dass der zuständige Rechtsträger ein Bauvorhaben über ihren Kopf hinweg genehmigt, besteht nicht“.*¹⁵

Der Gemeinde sei es hiernach nicht nur verwehrt, dem Bauantragsteller die Versagung des gemeindlichen Einvernehmens als Grund für die Ablehnung des Baugesuchs entgegenzuhalten. Auch gegenüber der Widerspruchsbehörde könne sie sich auf die Versagung nicht berufen.¹⁶

¹² BVerwGE 121, 339 (341).

¹³ BVerwGE 121, 339 (341).

¹⁴ BVerwGE 121, 339 (342).

¹⁵ BVerwGE 121, 339 (343).

¹⁶ BVerwGE 121, 339 (343 f.).