

In Zusammenarbeit mit der Neuen Juristischen Wochenschrift

Gegründet von Rechtsanwalt Prof. Dr. Hermann Weber, Schriftleiter von 1982–2001

Herausgegeben von Prof. Dr. Rüdiger Breuer, Bonn – Prof. Dr. Martin Burgi, Bochum – Dr. Josef Christ, Richter am BVerwG, Leipzig – Prof. Dr. Klaus-Peter Dolde, Rechtsanwalt, Stuttgart – Prof. Dr. Thomas Mayen, Rechtsanwalt, Bonn – Dr. Hubert Meyer, Geschäftsf. Vorstandsmitglied des Niedersächsischen Landkreistages, Hannover – Prof. Dr. Janbernd Oebbecke, Münster – Prof. Dr. Karsten-Michael Ortloff, Vors. Richter am VG a.D., Berlin – Dr. Stefan Paetow, Vors. Richter am BVerwG a.D., Berlin – Prof. Dr. Joachim Scherer, Rechtsanwalt, LL.M., Frankfurt a.M. – Dr. Heribert Schmitz, Ministerialrat, Berlin – Prof. Dr. Friedrich Schoch, Freiburg – Prof. Dr. Rudolf Streinz, München

Schriftleitung: Rechtsanwalt Prof. Dr. Achim Schunder und Rechtsanwältin Dr. Christiane Praise, Beethovenstraße 7b, 60325 Frankfurt a.M.

13 2012

Seite 777–840

31. Jahrgang

15. Juli 2012

Professor Dr. Friedrich Schoch*

Rechtsprechungsentwicklung

Schutz der gemeindlichen Planungshoheit durch das Einvernehmen nach § 36 BauGB

Die gemeindliche Planungshoheit ist durch Art. 28 II 1 GG verfassungsrechtlich abgesichert. Als spezifische Ausprägung gilt § 36 BauGB. Gesetzesänderungen und Fortentwicklungen der Rechtsprechung haben zu signifikanten Akzentverschiebungen beim Schutz der gemeindlichen Planungshoheit durch § 36 BauGB geführt. Dieser Beitrag zeigt die größeren Entwicklungslinien auf, fragt nach den Auswirkungen für die Praxis und reflektiert kritisch rechtsdogmatisch fragwürdige Konstruktionen der Judikatur.

I. Funktionaler Zusammenhang zwischen gemeindlicher Planungshoheit und gemeindlichem Einvernehmen im Baugenehmigungsverfahren

Die Bauleitplanung unterfällt nach gesicherter Rechtsprechung des BVerfG als hoheitliche Befugnis dem Schutz der gemeindlichen Selbstverwaltung nach Art. 28 II 1 GG¹. Konkret geht es dabei um das kommunale Recht, im Wege der Bauleitplanung für das Gemeindegebiet die Bodennutzung festzulegen². Positivrechtlicher Ausdruck dieser Dogmen sind die Aufgabenzuweisungsnorm des § 1 I BauGB, die Befugnisnorm des § 2 I 1 BauGB und die bedingte Pflichtennorm des § 1 III 1 BauGB.

1. Übersicherung der Planungshoheit durch § 36 I BauGB

Das Baugenehmigungsverfahren ist traditionell Bestandteil des Bauordnungsrechts. Die Entscheidung über die Zulassung von (Bau-)Vorhaben liegt in der Zuständigkeit der (einer Fachaufsicht unterworfenen) Bauaufsichtsbehörde. Vor diesem Hintergrund fungiert § 36 I BauGB in den Fällen der §§ 31, 33, 34, 35 BauGB als Klammer zwischen dem Bauplanungsrecht und dem bauaufsichtlichen Verfahren. Nach unangefochtener Rechtsprechung dient das Einvernehmenserfordernis – ein im Klageweg durchsetzbares Mitwirkungsrecht der Gemeinde – der Sicherung der gemeindlichen Planungshoheit³. Danach wird eine verfahrensrechtliche Vorkehrung des Gesetzesrechts in den Dienst eines verfassungsrechtlichen Schutzguts gestellt.

Die tatbestandliche Ausrichtung des Einvernehmenserfordernisses zielt auf Fallgestaltungen, in denen die Gemeinde ihre Planungshoheit durch Bauleitplanung noch nicht (abschließend) betätigt hat. Daraus kann jedoch nicht die Schlussfolgerung gezogen werden, § 36 I BauGB sei in seiner konkreten Ausgestaltung verfassungsrechtlich geboten⁴. In der Substanz vermittelt die gemeindliche Planungshoheit nach der Judikatur (insbesondere zum Konflikt mit dem Fachplanungsrecht) eine wehrfähige Rechtsposition nur unter der Voraussetzung, dass ein Vorhaben entweder

- eine hinreichend bestimmte gemeindliche Planung nachhaltig stört oder
- wesentliche Teile des Gemeindegebiets einer durchsetzbaren gemeindlichen Planung entzieht oder
- gemeindliche Einrichtungen erheblich beeinträchtigt⁵.

Dem verfahrensrechtlichen Schutz der Gemeinde nach § 36 I BauGB ist – neben der rechtlich nicht geforderten Mitentscheidungsbefugnis im bauaufsichtlichen Verfahren – eine Impulsfunktion zuzuschreiben⁶; diese ließe sich auch anders als durch die derzeitige Ausgestaltung der Bestimmung verwirklichen. Es kann also von einer „Übersicherung“ der gemeindlichen Planungshoheit durch § 36 I BauGB gesprochen

* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Staats- und Verwaltungsrecht an der Universität Freiburg i. Br. sowie Richter im Nebenamt am VGH Baden-Württemberg; er ist Mitherausgeber der NVwZ.

1 BVerfGE 76, 107 (117) = NVwZ 1988, 47 (48).

2 BVerfGE 112, 274 (291) = NVwZ 2001, 1030 (1034); NWVerfGH, NVwZ 2009, 1287; VGH Kassel, NVwZ 2010, 1165 (1168).

3 BVerwG, NVwZ 1992, 378; BVerwG, NVwZ 2000, 1048; BVerwGE 121, 339 (342) = NVwZ 2005, 83 (84); BVerwGE 122, 13 (17) = NVwZ 2005, 213; BVerwG, NVwZ 2008, 1347 (1348); VGH Mannheim, VBIBW 2004, 56 (57) = BeckRS 2003, 24458; VGH München, NVwZ-RR 2000, 345; VGH Kassel, NVwZ-RR 2009, 750 (752); OVG Koblenz, NVwZ-RR 2007, 309; OVG Weimar, LKV 2008, 321 = ThürVBl 2008, 41. – Genauer unten II 1.

4 Lasotta, Das Einvernehmen der Gemeinde nach § 36 BauGB, 1998, S. 23 ff.; zuletzt Dippel, NVwZ 2011, 769 (770).

5 BVerwGE 90, 96 (100) = NVwZ 1993, 364 (365); BVerwGE 114, 301 (305) = NVwZ 2001, 1280 (1281); OVG Lüneburg, NVwZ 2010, 598 (600); NWVerfGH, DVBl 2012, 29 = BeckRS 2011, 55322.

6 Näher dazu unten II 1.

werden. Diese Relativierung will bedacht sein, wenn es um eine Bewertung der jüngeren Entwicklung zum „Rückbau“ des Einvernehmens⁷ geht.

2. Gesetzliche Akzentverschiebungen zu Lasten der Gemeinde

In der Grundkonstellation des § 36 I 1 BauGB können das Interesse des Bauherrn an der Verwirklichung seines Vorhabens und das Interesse der Gemeinde an dessen Verhinderung aufeinanderprallen. Sichtbarer Ausdruck hierfür sind Auffassungsunterschiede zwischen der Baugenehmigungsbehörde und der Gemeinde zur planungsrechtlichen Zulässigkeit des Vorhabens. Mit Blick auf das in § 36 II 1 BauGB abschließend normierte „Verhinderungspotenzial“ hatte die Rechtsprechung ursprünglich eine „neutrale Position“ eingenommen und der Baugenehmigungsbehörde keineswegs einen (Er-)Kenntnisvorsprung eingeräumt: Gerade bei der Beurteilung von Vorhaben nach §§ 33 bis 35 BauGB könne wegen der in diesen Vorschriften verwendeten unbestimmten Rechtsbegriffen mit planerischem Einschlag zwischen Baugenehmigungsbehörde und Gemeinde durchaus streitig sein, ob das beantragte Vorhaben zulässig ist oder nicht⁸; auch die Beurteilung der Baugenehmigungsbehörde (und nicht nur der Gemeinde) könne unrichtig sein⁹.

Der Gesetzgeber hat im Laufe der Jahre eine etwas andere Sichtweise entwickelt und gegenüber – tatsächlichen oder vermeintlichen – „Blockadehaltungen“ seitens der Gemeinden Abhilfe zu schaffen versucht:

- Die Fristenregelung des heutigen § 36 II 2 Halbs. 1 BauGB wurde normiert¹⁰, um das Genehmigungsverfahren zu beschleunigen¹¹.
- Die Erweiterung des § 36 II 2 BauGB um Halbsatz 2¹² reagiert auf die unterschiedlichen Ausgestaltungen des Baugenehmigungsverfahrens im Landesrecht und sorgt durch die Gleichstellung der Antragstellung bei der Gemeinde mit dem Ersuchen der Genehmigungsbehörde ebenfalls für eine Verfahrensbeschleunigung¹³.
- Die Befugnis zur Ersetzung des Einvernehmens nach § 36 II 3 BauGB¹⁴ dient der Beschleunigung des Genehmigungsverfahrens im Interesse des Bauherrn¹⁵.

Die Ergänzungen des § 36 BauGB haben nicht nur die Komplexität der Einvernehmensregelung und damit deren Auslegungsprobleme erhöht, sondern darüber hinaus das Grundverständnis des Regelungsgefüges verändert. Konnte früher mit Blick auf die – damals – alles dominierende Zentralnorm des § 36 I 1 BauGB betont werden, es handle sich nicht etwa um eine *Schutznorm* für die Bürger der Gemeinde, sondern nur für die *Gemeinde selbst*¹⁶, so haben sich mittlerweile die Gewichte durch § 36 II 2 u. 3 BauGB zu Gunsten der Genehmigungsbehörde und des Bauherrn verschoben; die aktuelle haftungsrechtliche Judikatur¹⁷ könnte diesen Prozess beschleunigen.

3. Steuerungspotenzial der Rechtsprechung

Insgesamt hält die Rechtsprechung bei der Interpretation des § 36 BauGB fünf zentrale „Stellschrauben“ in der Hand, um den Schutz der Gemeinde durch das Einvernehmenserfordernis zu stärken oder zu schwächen:

- Deutung des § 36 I 1 u. 2 BauGB i.S. einer weiten oder engen Anwendbarkeit.
- Extensives oder restriktives Verständnis der Versagungsgründe gem. § 36 II 1 BauGB.
- Formulierung anspruchsvoller oder wenig stringenter Anforderungen an den Eintritt der Fiktion nach § 36 II 2 BauGB.
- Prägung der Ersetzungsbefugnis gem. § 36 II 3 BauGB durch spezifische Anforderungen oder Verzicht hierauf.

- Neujustierung der Haftung bei Ablehnung der Genehmigung mangels Einvernehmens mit Vorwirkung auf die verwaltungsrechtliche Instrumentalisierung des § 36 II 3 BauGB.

Die nachfolgende Analyse der Rechtsprechung konzentriert sich auf diese praktisch bedeutsamen „Knotenpunkte“. Als Folie fungiert die gemeindliche Planungshoheit.

II. Sicherung des Rechts auf Bauleitplanung durch Versagung des Einvernehmens

1. Impulsfunktion des Einvernehmenserfordernisses

Das gemeindliche Einvernehmen nach § 36 I BauGB ist *kein Planungsinstrument*, auch wenn es in den Dienst der Planungshoheit gestellt wird¹⁸. Aus deren Perspektive kommt ihm eher eine Hilfsfunktion zu, indem das Signal gesetzt wird, dass die Gemeinde das ihr zustehende Recht auf Bauleitplanung angesichts eines bauaufsichtlichen Verfahrens zur Zulassung eines Vorhabens sichern kann¹⁹. Hinzu tritt das – nicht unumstrittene – Mitwirkungsrecht der Gemeinde bei einer positiven Sachentscheidung der Genehmigungsbehörde über das Baugesuch²⁰. Die Rechtsprechung²¹ spricht davon, die Gemeinde solle

- in nicht (abschließend) beplanten Bereichen bzw. in Fällen der Planabweichung im Genehmigungsverfahren an der Beurteilung der bauplanungsrechtlichen Zulässigkeit eines Vorhabens mitentscheidend beteiligt werden und zudem
- durch Einsatz ihrer Planungsinstrumente (Planaufstellung, Planänderung, Veränderungssperre, Zurückstellung des Baugesuchs) die rechtlichen Voraussetzungen der Zulässigkeit des Vorhabens noch verändern können²².

Aus dem Blickwinkel der Planungshoheit ist der zweite Faktor von Bedeutung: Die nicht (vollständig) ausgeübte Planungshoheit kann, sobald das Einvernehmenserfordernis aufgelöst ist, betätigt werden, um die Anforderungen an ein (z. B. § 34 oder § 35 BauGB entsprechendes) Vorhaben zu verändern²³. Von daher kann § 36 I BauGB eine *Informationsfunktion* zugeschrieben werden, von der eine *Anstoßwirkung* ausgeht²⁴.

7 So die Begrifflichkeit z. B. von Möstl, BayVBl 2007, 129; zust. Jäde, UPR 2010, 248.

8 BVerwG, NVwZ 1986, 556; BVerwG, NVwZ-RR 1989, 6 (7).

9 VGH Kassel, NVwZ 1990, 1185.

10 Gesetz zur Beschleunigung von Verfahren und zur Erleichterung von Investitionsvorhaben im Städtebaurecht v. 6. 7. 1979 (BGBl I, 949).

11 BT-Dr 8/2451, S. 13 u. 24.

12 Investitionserleichterungs- und Wohnbaulandgesetz v. 22. 4. 1993 (BGBl I, 466). – Die Neuregelung des § 36 II 2 Halbs. 2 BauGB ist erst durch den Vermittlungsausschuss (BT-Dr 12/4614) Gesetz geworden.

13 Einzelheiten bei Lasotta (o. Fußn. 4), S. 186 f.

14 BauROG 1998 (BGBl I, 2081).

15 BT-Dr 13/6392, S. 60: Verhinderung eines langfristigen Baustopps. – Vgl. auch unten Fußn. 80.

16 BVerwG, NVwZ 1997, 991 (992).

17 Dazu unten V.

18 Vgl. Nachw. o. Fußn. 3.

19 OVG Koblenz, NVwZ-RR 2002, 264 (265); Lasotta, DVBl 1998, 255 (256); ders., BayVBl 1998, 609; Dippel, NVwZ 1999, 921 (922); Helbermann, Jura 2002, 589 (595).

20 Lasotta (o. Fußn. 4), S. 25 ff.

21 BVerwG, NVwZ 1986, 556; BVerwG, NVwZ 1992, 878; BVerwG, BauR 1999, 1281 (1282); BVerwGE 121, 339 (342 f.) = NVwZ 2005, 83 (84); BVerwGE 122, 13 (17) = NVwZ 2005, 213; VGH Mannheim, VBIBW 1995, 364 = NVwZ-RR 1996, 74 L; VGH München, NVwZ-RR 2000, 345 (346); OVG Lüneburg, NVwZ-RR 2009, 866 (867); OVG Koblenz, NVwZ-RR 2002, 264 (265).

22 VGH München, BayVBl 1999, 147 (148), betont, die Gemeinde solle „nicht gezwungen sein, rein vorsorglich, also gewissermaßen ‚ins Blaue hinein‘ zu planen und dabei Gefahr zu laufen, sich dem Einwand einer bloßen Negativplanung auszusetzen“.

23 BVerwG, NVwZ-RR 1989, 6 (7).

24 Lasotta (o. Fußn. 4), S. 29 ff.

2. Anwendungsbereich des § 36 I BauGB

Angesichts der gemeindefreundlichen Ausprägung des Einvernehmenserfordernisses gem. § 36 I BauGB (s. o. I 1)²⁵ hängt die „Einwirkungsmacht“ der Gemeinde auf das Genehmigungsverfahren von den Fallgestaltungen ab, in denen die Gemeinde mitwirken muss. Die Antwort hierauf liefert der Anwendungsbereich des § 36 I BauGB. Dazu sind Entwicklungen sowohl zu Gunsten als auch zu Lasten der Gemeinde zu registrieren.

a) *Bauaufsichtliches Verfahren.* Das gemeindliche Einvernehmen ist im „bauaufsichtlichen Verfahren“ einzuholen (§ 36 I 1 BauGB)²⁶. Erfasst hiervon ist auch das Bauvorbescheidsverfahren²⁷. Hatte die Gemeinde ihr Einvernehmen zum Vorbescheid erteilt, muss sie nach der Rechtsprechung²⁸ im Baugenehmigungsverfahren (auch bei vorheriger kompletter Prüfung und Entscheidung über die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit des Vorhabens) erneut beteiligt werden²⁹; nur dadurch werde der Gemeinde die Möglichkeit gesichert, selbst die Übereinstimmung des zur Genehmigung gestellten Vorhabens mit dem im Vorbescheidsverfahren beurteilten Vorhaben in den bauplanungsrechtlich relevanten Punkten zu kontrollieren³⁰.

Diese Judikatur stärkt die rechtliche Position der Gemeinde im Baugenehmigungsverfahren erheblich. Der von der Gemeinde zu zahlende „Preis“ liegt in der inhaltlichen Bindung an ihr im Vorbescheidsverfahren erteiltes Einvernehmen, soweit über bauplanungsrechtliche Fragen entschieden worden ist³¹.

b) *Immissionsschutzrechtliches Genehmigungsverfahren.* Das gemeindliche Einvernehmen ist auch in einem „anderen Verfahren“ notwendig, in dem über die Zulässigkeit eines Vorhabens nach §§ 31, 33 bis 35 BauGB entschieden wird (§ 36 I 2 BauGB). Erfasst werden alle Anlagenzulassungsverfahren (Ausnahmen: der Bergaufsicht unterliegende Vorhaben und nach § 38 BauGB privilegierte Vorhaben). Geklärt ist nach zwischenzeitlichen Irritationen³² das Einvernehmenserfordernis insbesondere im *immissionsschutzrechtlichen* Genehmigungsverfahren³³. Einbezogen ist sogar die immissionsschutzrechtliche Änderungs genehmigung, auf die sich allerdings auch § 38 BauGB (bei Abfallbeseitigungsanlagen) erstreckt³⁴.

c) *Planfeststellungsverfahren.* Eine zusätzliche Ausweitung seines Anwendungsbereichs hat das Einvernehmen nach § 36 I BauGB durch das BauROG 1998 erfahren, indem die gemeindliche Zustimmung auch in bestimmten Planfeststellungsverfahren erforderlich ist. Zwar ist der Gemeinde bei planfeststellungsbedürftigen Vorhaben an sich die Zuständigkeit zur eigenen Planung zu Gunsten der Fachplanung genommen³⁵, und das gemeindliche Einvernehmen nach § 36 I BauGB wird durch ein fachgesetzliches Beteiligungsrecht im Planfeststellungsverfahren ersetzt³⁶; jedoch nimmt § 38 S. 1 BauGB nur „Vorhaben von überörtlicher Bedeutung“³⁷ vom Einvernehmenserfordernis aus. Ist diese Voraussetzung nicht erfüllt, benötigen auch planfeststellungsbedürftige bzw. plan genehmigungspflichtige Vorhaben das gemeindliche Einvernehmen³⁸. Das Einvernehmenserfordernis hat danach einen „Zugewinn“ bei *nichtprivilegierten Vorhaben* der Fachplanung erfahren³⁹.

d) *Identität von Genehmigungsbehörde und Gemeinde.* Eine empfindliche Einbuße hat der Anwendungsbereich des § 36 I 1 BauGB durch eine Rechtsprechungsänderung hinnehmen müssen. Die Bestimmung ist auf das Zusammenwirken von zwei verschiedenen Willensträgern angelegt. Das Einvernehmen wurde als entbehrlich (nicht: unzulässig) erachtet, wenn

in der Gemeinde die Funktionen der Baugenehmigungsbehörde und des Planungsträgers in einer „Behörde“ gebündelt sind⁴⁰. Kraft Bundesrechts bedurfte es des Einvernehmens auch dann nicht, wenn innerhalb der Gemeinde für die Erteilung der Baugenehmigung und die Erklärung des Einvernehmens unterschiedliche Organe zuständig sind. Zur Verhinderung einer Schmälerung der *gemeindlichen* Rechtsposition, die aus der Planungshoheit folgt, war jedoch die Anwendbarkeit des § 36 I 1 BauGB bejaht worden, wenn mit dem Bürgermeister als Genehmigungsbehörde und dem (Gemeinde-)Rat als dem für die Planung zuständigen Organ zwei verschiedene Willensträger agieren⁴¹.

Unter Aufgabe seiner früheren Rechtsprechung postuliert das BVerwG für derartige Konstellationen nun die *Unanwendbarkeit* des § 36 I 1 BauGB, weil die Regelung auf das Verhältnis von Gemeinde und Baugenehmigungsbehörde eines anderen Rechtsträgers zugeschnitten sei; in der Sache bedürfe die mit der Baugenehmigungsbehörde identische Gemeinde des Schutzes durch das Einvernehmenserfordernis nicht, weil die gemeindeinterne Koordination durch die Gemeinde selbst erfolgen oder vom Landesgesetzgeber veranlasst werden könne⁴².

Die – schwach begründete – Entscheidung blendet wesentliche Prämissen und Schutzanliegen des § 36 I 1 BauGB aus:

– Auch bei der Identität von Genehmigungsbehörde und Gemeinde sind zwei verschiedene Willensträger vorhanden, wenn die Entschei-

25 In der Sache geht es um eine – unverzichtbare (s. u. II 4) – Zustimmung der Gemeinde zur Erteilung der Genehmigung; BVerwG, NVwZ 1986, 556; OVG Frankfurt (Oder), LKV 1997, 377.

26 Einbezogen sind alle nach der LBO vorgesehenen Verfahren der präventiven Kontrolle eines Vorhabens (Genehmigungs-, Vorbescheids-, Zustimmungungsverfahren); Rieger, in: Schröder, BauGB, 7. Aufl. (2006), § 36 Rdnr. 3 (unter Einbeziehung der Teilbaugenehmigung).

27 VGH Mannheim, BauR 1999, 381 (382); OVG Lüneburg, NVwZ-RR 2009, 866 (867).

28 VGH Kassel, NVwZ 1990, 1185 (1186); OVG Frankfurt (Oder), LKV 1997, 377; VGH Mannheim, NVwZ 1999, 442 (443 f.).

29 A. A. Dolde/Menke, NJW 1999, 2150 (2157); Hellermann, Jura 2002, 589 (590); krit. Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, BauGB, Losebl. (Stand: 101. Erg.-Lfg. 9/2011), § 36 Rdnr. 13.

30 Anders OVG Saarlouis, NVwZ-RR 2011, 888 L = BeckRS 2011, 52660, bei Einvernehmenserteilung mit „Bedingungen“: Behalte sich die Gemeinde keine eigene weitere Beurteilung bzgl. deren Erfüllung vor, gehe die Entscheidung über den Eintritt der Bedingungen auf die Baugenehmigungsbehörde über.

31 VGH Mannheim, NVwZ 1999, 381 (382); zust. Hofmeister, in: Spannowsky/Uechtritz, BauGB, 2009, § 36 Rdnr. 5.

32 VGH Kassel, NVwZ-RR 1990, 346; abl. dazu Uechtritz, DVBl 1991, 466 ff.; Bohl, NVwZ 1994, 647 ff.; seine Rspr. korrigierend VGH Kassel, NVwZ-RR 1995, 60.

33 VGH München, NVwZ-RR 1991, 523; OVG Koblenz, NVwZ-RR 2007, 309; OVG Weimar, LKV 2008, 321 = ThürVBl 2008, 41.

34 VGH Mannheim, NVwZ 1997, 1018 (1019).

35 OVG Weimar, LKV 2008, 321 = ThürVBl 2008, 41.

36 Hofmeister (o. Fußn. 31), § 36 Rdnr. 7.

37 Dazu BVerwG, UPR 2001, 33, m. Bespr. Kirchberg, UPR 2001, 12; ferner Dippel, NVwZ 1999, 921 (925 f.).

38 VGH München, BayVBl 1999, 147 (148), m. krit. Anm. Jäde (unter Bemühung des § 75 I 1 VwVfG); zutr. Darstellung der Problematik bei Lasotta (o. Fußn. 4), S. 165 ff.

39 Der Gesetzgeber des BauROG 1998 hat die Tragweite der seinerzeitigen Änderung des § 36 I BauGB nicht gesehen („redaktionelle Folgeänderung“, BT-Dr. 13/6392, S. 60); vgl. Lasotta, DVBl 1998, 255 (260 f.); Rieger (o. Fußn. 26), § 36 Rdnr. 7.

40 BVerwGE 28, 268 (271); BVerwG, DÖV 1970, 349 (350); BVerwGE 45, 207 (212 f.) = NJW 1974, 1836; BVerwG, NVwZ 1990, 460; VGH München, BayVBl 2003, 210 (211).

41 VGH Mannheim, VBIBW 2004, 56 (57) = BeckRS 2003, 24458; Müller, BauR 1982, 7 (9 ff.); Gern, VBIBW 1986, 451 ff.; Groß, BauR 1999, 560 (568); a. A. Stübler, VBIBW 1983, 6 (8 f.).

42 BVerwGE 121, 339 (343 f.) = NVwZ 2005, 83 (84); zust. Schmitt, UPR 2005, 292 ff.; Budroweit, NVwZ 2005, 1013 ff.; Fehling, Jura 2006, 369 ff.; Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg (o. Fußn. 29), § 36 Rdnr. 15; Roesser, in: BerlKomm-BauGB, Losebl. (Stand: 17. Erg.-Lfg. 9/2010), § 36 Rdnr. 17; abl. Erbuth, Öffentliches BauR, 5. Aufl. (2009), § 8 Rdnr. 55; krit. auch Hummel, BauR 2005, 948 ff.

dungszuständigkeiten auf Bürgermeister und (Gemeinde-)Rat verteilt sind⁴³.

- Die neue Judikatur führt zu einer ungerechtfertigten „Zweiklassengesellschaft“: (Kleine) Gemeinden ohne die Zuständigkeit der Baugenehmigungsbehörde sind durch das Einvernehmenserfordernis geschützt, (größere) Gemeinden mit dieser bauaufsichtlichen Funktion verlieren den Schutz⁴⁴.
- Die Schutzbedürftigkeit der kommunalen Vertretungskörperschaft wird bundesrechtlich gering geschätzt⁴⁵; die für die Erteilung der Baugenehmigung zuständige Stelle (Bürgermeister) unterliegt der staatlichen Fachaufsicht, da im bauaufsichtlichen Verfahren weisungsgebundene Angelegenheiten wahrgenommen werden⁴⁶.
- Die Unanwendbarkeit des § 36 I 1 BauGB erlaubt jedenfalls der mit der Gemeinde nicht identischen Widerspruchsbehörde die Erteilung der Baugenehmigung ohne (rechtlich gebotene) Rücksicht auf die Erklärung des (Gemeinde-)Rates⁴⁷.

In der Praxis „wirkt“ die Rechtsprechungsänderung: Auch wenn das (gar nicht mehr gefragte) Einvernehmen seitens der Vertretungskörperschaft ausdrücklich versagt wird und die Genehmigungsbehörde innerhalb derselben Gemeinde sich daran hält, kann die Widerspruchsbehörde – ohne dass die Gemeinde § 36 I 1 BauGB geltend machen könnte – unabhängig von der Gemeinde anders entscheiden⁴⁸.

3. Versagungsgründe (§ 36 II 1 BauGB)

Ist § 36 I BauGB anwendbar, darf das Einvernehmen nur aus den in § 36 II 1 BauGB aufgelisteten Gründen versagt werden. Es handelt sich um eine *abschließende* Regelung der Versagungsgründe⁴⁹. In dem vorgegebenen Rahmen besteht eine selbstständige Entscheidungsbefugnis der Gemeinde; sie hat zur bauplanungsrechtlichen Zulässigkeit des zur Genehmigung gestellten Vorhabens eine eigene Rechtsprüfung vorzunehmen⁵⁰. Eröffnet der planungsrechtliche Zulässigkeitsatbestand Ermessen (z. B. § 31 II BauGB), ist von der Gemeinde eine (fehlerfreie) Ermessensentscheidung gefordert⁵¹. Die gesetzestreue Wahrnehmung der durch § 36 II 1 BauGB zugewiesenen Entscheidungsbefugnis verträgt einengende vertragliche Bindungen nicht; muss das Einvernehmen z. B. nach § 34 I BauGB uneingeschränkt erteilt werden, ist eine Vereinbarung zwischen der Gemeinde und dem Bauantragsteller (Verzicht auf bestimmte Grundstücksnutzungen wegen künftiger Planungen) als Vorbedingung für die Erteilung des Einvernehmens nichtig (§ 59 II Nr. 4 i. V. mit § 56 LVwVfG)⁵².

Zum Streitpunkt ist der *Umfang* des planungsrechtlichen Prüf- und Entscheidungsprogramms nach § 36 II 1 BauGB geworden. Praktische Bedeutung hat die Frage vor allem bei Vorhaben im *Außenbereich*, wenn sich die Gemeinde zur Versagung ihres Einvernehmens z. B. auf Belange des Naturschutzes und der Landschaftspflege (§ 35 III 1 Nr. 5 BauGB) beruft. Derartige Einwände sollen nach verbreiteter Auffassung unzulässig sein; auf Grund der Funktion des Beteiligungsverfahrens nach § 36 BauGB (Sicherung der gemeindlichen Planungshoheit) soll die Gemeinde nur solche Gesichtspunkte geltend machen können, die von ihrer Planungshoheit umfasst sind⁵³. Die zutreffende Gegenauffassung⁵⁴ betont die Übereinstimmung der bauplanungsrechtlichen Prüfungs- und Entscheidungskompetenz von Gemeinde und Genehmigungsbehörde; der Wortlaut des § 36 II 1 BauGB nimmt keine Einschränkung zu Lasten der Gemeinde vor, und die gemeindliche Planungshoheit ist bereits dann berührt, wenn ein Vorhaben im Gemeindegebiet auf der Grundlage des § 35 BauGB zugelassen werden soll⁵⁵.

4. Einvernehmen als absolutes Verfahrensrecht

Die Ausgestaltung der Einvernehmensregelung gem. § 36 I BauGB weist dem gemeindlichen Einvernehmen den Rang

eines *absoluten Verfahrensrechts* zu⁵⁶. An dieser Kategorisierung haben auch die Fristenregelung des § 36 II 2 BauGB (mit Fiktionswirkung) und die Ersetzungsbefugnis gem. § 36 II 3 BauGB nichts geändert⁵⁷. Schon früh hat das BVerwG betont, dass die Missachtung des § 36 I 1 BauGB seitens der Baugenehmigungsbehörde zugleich als Verstoß gegen die gemeindliche Planungshoheit zu werten ist⁵⁸.

Das absolute Verfahrensrecht gem. § 36 I BauGB erfährt konkrete Ausprägungen in Gestalt *rechtlicher Bindungen*, die einer Art „*Vetoposition*“ der Gemeinde gleichkommen:

- Die Baugenehmigungsbehörde ist an die Versagung des Einvernehmens selbst dann gebunden, wenn sie die Entscheidung der Gemeinde für rechtswidrig hält⁵⁹.
- Auch die Widerspruchsbehörde darf die beantragte (Bau-)Genehmigung im Falle der Versagung des Einvernehmens (unabhängig von den Gründen hierfür) nicht erteilen⁶⁰.
- Der Missachtung des ausdrücklich versagten Einvernehmens steht es gleich, wenn die Baugenehmigungsbehörde rechtsirrig die Genehmigungsfreiheit eines Vorhabens annimmt und deshalb ein Genehmigungsverfahren unter Beteiligung der Gemeinde nicht einleitet⁶¹.
- Nichts Anderes gilt, wenn die Durchführung des Beteiligungsverfahrens nach § 36 I BauGB unterbleibt, weil eine sonstige staatliche Behörde in Verkennung ihrer Zuständigkeit für das Vorhaben ohne Einvernehmen der Gemeinde eine andere Genehmigung mit den Rechtswirkungen der Baugenehmigung erteilt⁶².

43 Mehr verlangt § 36 I 1 BauGB nicht; dass die Bestimmung auf eine andere Konstellation „zugeschnitten“ sei, ist eine unbegründete gebliebene Behauptung des BVerwG. Zutr. die Analyse der Rechtslage von Dürr, in: Brügelmann, BauGB, Losebl. (Stand: 80. Erg.-Lfg. 10/2011), § 36 Rdnr. 19.

44 Zutr. VGH Mannheim, VBIBW 2004, 56 (58) = BeckRS 2003, 24458.

45 Zur Ausschaltung des Gemeinderates in der Praxis Schlarmann/Uechtritz/Krappel, VBIBW 2011, 136 ff.

46 Zutr. VGH Mannheim, VBIBW 2004, 56 (58) = BeckRS 2003, 24458.

47 Hummel, BauR 2005, 948 (949 f.).

48 Instruktiv aus der Praxis VGH München, NVwZ-RR 2011, 169.

49 OVG Lüneburg, NVwZ-RR 2005, 90 (92). – Macht die Gemeinde nicht auf § 36 II 1 BauGB gestützte Gründe geltend, handelt es sich nicht etwa um unverbindliche Hinweise und Anregungen an die Bauaufsichtsbehörde; so aber Elbing, LKV 1995, 384 ff.; dagegen Jachmann, LKV 1996, 319 ff.

50 BVerwG, NVwZ-RR 1992, 529.

51 Groß, BauR 1999, 560 (567); Dippel, NVwZ 1999, 921 (922); Hellemann, Jura 2002, 589 (591); Lasotta (o. Fußn. 4), S. 179 ff.; Hofmeister, in: Spannowsky/Uechtritz (o. Fußn. 31), § 36 Rdnr. 23.

52 VGH Mannheim, VBIBW 2009, 61 (64) = BeckRS 2008, 35603. – Vgl. ferner Krautzberger, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 11. Aufl. (2009), § 36 Rdnr. 7.

53 OVG Lüneburg, NVwZ-RR 2004, 91; VGH Kassel, NVwZ-RR 2009, 750 (752); Dippel, NVwZ 1999, 921 (922); ders., NVwZ 2011, 769 (772), anerkennt nun den Wortlaut des § 36 II 1 BauGB, hält die Konsequenzen in der Praxis jedoch für „problematisch“.

54 OVG Berlin-Brandenburg, LKV 2006, 513 (dazu Bespr. Werner, LKV 2006, 492); OVG Koblenz, NVwZ-RR 2007, 309; OVG Weimar, LKV 2008, 321 = ThürVBl 2008, 41; Lasotta, BayVBl 1998, 609 (614); Jüde, UPR 2010, 248 (249); Hofmeister, in: Spannowsky/Uechtritz (o. Fußn. 31), § 36 Rdnr. 22.

55 Dies dürfte auch die Auffassung von BVerwG, NVwZ 2000, 1048 (1049), sein; in diesem Sinne ferner BVerwGE 137, 74 = NVwZ 2010, 1561 Rdnr. 34; BVerwGE 137, 247 = NVwZ 2011, 61 Rdnr. 32.

56 Horn, NVwZ 2002, 406 (407); Möstl, BayVBl 2007, 129; Beutling/Pauli, BauR 2010, 418 (420); Dippel, NVwZ 2011, 769 (770).

57 BVerwG, NVwZ 2008, 1347 (1348); Horn, NVwZ 2002, 406 (412 f.), spricht hingegen von einer „Modifikation“ des absoluten Verfahrensrechts.

58 BVerwGE 22, 342 (347) = NJW 1966, 513; BVerwG, NVwZ-RR 1989, 6.

59 BVerwG, NVwZ 1986, 556 (557); BVerwG, NVwZ-RR 1989, 6; BVerwG, NVwZ-RR 1992, 529 (530); OVG Greifswald, NordÖR 2011, 85 (86) = BeckRS 2011, 48061.

60 BVerwG, NVwZ 1986, 556 (557); VGH Mannheim, VBIBW 2004, 56 (57 u. 58) = BeckRS 2003, 24458; VGH München, BayVBl 2003, 210.

61 BVerwG, NVwZ 1992, 378; BVerwG, NVwZ 2000, 1048; VGH München, NVwZ-RR 2000, 345 (346); VGH München, NVwZ-RR 2005, 56.

62 VGH Mannheim, NVwZ-RR 2002, 818 (819), am Beispiel einer eisenbahnrechtlichen Plangenehmigung.

Die Rechtsprechung sieht vor diesem Hintergrund durch § 36 I BauGB eine *spezifische Rollenverteilung* verwirklicht:

- Bei unterschiedlichen Auffassungen über die Genehmigungsfähigkeit des Vorhabens setzt sich im Verwaltungsverfahren die negative Auffassung der Gemeinde gegenüber der positiven Meinung der Baugenehmigungsbehörde bzw. Widerspruchsbehörde durch⁶³.
- Missachtet die Genehmigungsbehörde bzw. Widerspruchsbehörde das Einvernehmenserfordernis, kann sich die Gemeinde erfolgreich mit der Anfechtungsklage wehren, da es zur gerichtlichen Aufhebung der Genehmigung ohne Prüfung der materiellen Rechtslage (Anspruch des Bauherrn auf die beantragte Genehmigung) kommt⁶⁴.
- Führt die Behörde in der rechtsirrigen Annahme der Genehmigungsfreiheit ein Genehmigungsverfahren nicht durch, hat die Gemeinde gegenüber der Genehmigungsbehörde, falls rechtmäßige Zustände nicht hergestellt werden können, einen Anspruch auf Einschreiten (z. B. Abrissverfügung) bei einem verwirklichten Vorhaben⁶⁵.

Eine Bindung der Genehmigungsbehörde an das von der Gemeinde erteilte Einvernehmen lehnt die h. M. seit jeher ab⁶⁶. Diese Konstellation ist indes auch mit Rechtsprechung zu Lasten der Gemeinde verknüpft: Die Erteilung des Einvernehmens könne nicht „widerrufen“ oder „zurückgenommen“ werden⁶⁷, und auch die Anfechtung des erteilten Einvernehmens durch die Gemeinde sei unzulässig⁶⁸; andernfalls laufe der Sinn des § 36 II 2 BauGB, innerhalb der Frist klare Verhältnisse über die Einvernehmensklärung der Gemeinde zu schaffen, leer. Richtig ist das nicht; jedenfalls innerhalb der Frist des § 36 II 2 BauGB, die die Gemeinde ausschöpfen darf, sollten Widerruf und Rücknahme des erteilten Einvernehmens zulässig sein, weil auch dann bei Fristablauf klare Verhältnisse herrschen⁶⁹.

5. Prozessuale Grenzen des versagten Einvernehmens

Selbst wenn sich die Gemeinde im Verwaltungsverfahren durchsetzt, findet die (rechtswidrige) Versagung des Einvernehmens ihre Grenzen nach h. M. im Verwaltungsprozessrecht. Dieser Befund ist rechtssystematisch überraschend, die Rechtsprechung insoweit dogmatisch angreifbar und inkonsistent sowie stark am gewünschten Ergebnis ausgerichtet, doch derart gefestigt, dass hierzu eine knappe Skizze genügt.

Am Anfang steht die These, beim Einvernehmen handele es sich um eine „lediglich innerbehördliche Beteiligung der Zweitbehörde“; im Außenverhältnis zum Bürger agiere allein die Baugenehmigungsbehörde⁷⁰. Die Verneinung der „VA-Qualität“ des Einvernehmens⁷¹ hat zur Konsequenz, dass der Bauherr das (rechtswidrig) versagte Einvernehmen nicht mit einer gegen die Gemeinde gerichteten Verpflichtungsklage einklagen kann⁷². Den Vorschlag der allgemeinen Leistungsklage⁷³ hat die Rechtsprechung nicht aufgegriffen⁷⁴, sondern sie verweist den Bauherrn auf die Verpflichtungsklage gegen die (Bau-)Genehmigungsbehörde bzw. deren Rechtsträger, gerichtet auf Erteilung der Baugenehmigung; sei nach Auffassung des Gerichts das Vorhaben mit §§ 31, 33 bis 35 BauGB vereinbar, werde das gemeindliche Einvernehmen sowohl durch ein Verpflichtungsurteil als auch durch ein Bescheidungs Urteil ersetzt⁷⁵, und dieses der Klage stattgebende Urteil binde die beigeladene Gemeinde⁷⁶. Die Praxis hat sich auf diese Konstruktion eingestellt. Woher die Rechtsprechung die „Ersetzungsbefugnis“ nimmt, wird nicht gesagt⁷⁷; ungeklärt bleibt zudem der Widerspruch zur jahrzehntelangen haftungsrechtlichen Judikatur des BGH⁷⁸.

III. Einvernehmensfiktion (§ 36 II 2 BauGB)

Die im Interesse der *Verfahrensbeschleunigung* geschaffene Einvernehmensfiktion gem. § 36 II 2 BauGB⁷⁹ stellt schon auf Grund ihrer Zielsetzung eine Maßnahme zu Lasten der

Gemeinde und zu Gunsten des Bauherrn⁸⁰ dar. Dem gesetzlichen „Drohpotenzial“ kann die Gemeinde jedoch entkommen, wenn sie die Frist nicht untätig verstreichen lässt. Drastischer als die Gesetzesbindung an sich wirken die von der Rechtsprechung entwickelten Verschärfungen zu Lasten der Gemeinde; insoweit liegt Judikatur sowohl zum Tatbestand als auch zur Rechtsfolgenanordnung vor.

1. Ablauf der Zweimonatsfrist

Die Einvernehmensfiktion wird gem. § 36 II 2 BauGB ausgelöst, wenn innerhalb der Frist von zwei Monaten die Erklärung der Gemeinde zur Versagung des Einvernehmens bei der (Bau-)Genehmigungsbehörde nicht eingeht. Die Versagung des Einvernehmens ist eine (nicht formgebundene) *empfangsbedürftige Willenserklärung*, deren Zugang die Gemeinde im Zweifel zu beweisen hat⁸¹. Die Zweimonatsfrist ist nicht ver-

63 BVerwG, NVwZ 1986, 556 (557); BVerwG, NVwZ-RR 1989, 6 (7); VGH Mannheim, VBIBW 2004, 56 (57) = BeckRS 2003, 24458; OVG Koblenz, NVwZ-RR 2002, 264 (265).

64 BVerwGE 22, 342 (347) = NJW 1966, 513; BVerwG, BauR 1999, 1281 (1282); BVerwG, NVwZ 2008, 1347 (1348); VGH Mannheim, VBIBW 1995, 364 = NVwZ-RR 1996, 74 L; VGH Mannheim, NVwZ 1999, 442 (444); VGH Mannheim, BauR 1999, 381 (383); NVwZ-RR 2002, 818 (819); VGH Mannheim, VBIBW 2004, 56 (57) = BeckRS 2003, 24458; VGH München, BayVBl 1999, 147 (148); VGH München, BayVBl 2003, 210; VGH München, NVwZ-RR 2005, 56 (57); OVG Berlin-Brandenburg, LKV 1997, 377; OVG Lüneburg, NVwZ-RR 2009, 866 (867 f.); OVG Koblenz, NVwZ-RR 2002, 264 (265).

65 VGH München, NVwZ-RR 2000, 345 (346); VGH München, NVwZ-RR 2005, 56 (57).

66 BVerwG, NVwZ-RR 1992, 529; Horn, NVwZ 2002, 406 (407); Hellermann, Jura 2002, 589 (592); Dippel, NVwZ 2011, 769 (771); a. A. Groß, BauR 1999, 560 (567).

67 BVerwG, NVwZ 1997, 900 (901); BVerwGE 120, 138 (145) = NVwZ 2004, 858 (860); OVG Lüneburg, NVwZ 1999, 1003 (1004); VGH Mannheim, VBIBW 2004, 56 (59) = BeckRS 2003, 24458; VGH München, NVwZ-RR 2000, 84; Lasotta (o. Fußn. 4), S. 188 f.; Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg (o. Fußn. 29), § 36 Rdnr. 32; Roeser, in: Berl-Komm-BauGB (o. Fußn. 42), § 36 Rdnr. 13.

68 OVG Schleswig, NVwZ-RR 2002, 821.

69 Rücknahme und Widerruf des erteilten Einvernehmens bis zur Erteilung der Baugenehmigung, die allein die Bindung gegenüber dem Antragsteller herbeiführt, anerkennend VGH Kassel, NVwZ 1993, 908; VGH Mannheim, VBIBW 1995, 364 = NVwZ-RR 1996, 74 L; Hummel, BauR 2005, 948 (954 f.); Dürr, in: Brügelmann (o. Fußn. 43), § 36 Rdnr. 20.

70 BVerwGE 22, 342 (345) = NJW 1966, 513. – Die Kategorie „innerbehördlich“ ist schon deshalb falsch, weil nach der Rspr. des BVerwG (s. o. II 2 d) § 36 I BauGB zwei unterschiedliche Rechtsträger voraussetzt. Sprechen könnte man allenfalls von „verwaltungsimtern“.

71 Krit. z. B. Skouris/Tschaschnig, NuR 1983, 92 (96); Jäde, ThürVBl 1997, 217 (218).

72 BVerwGE 28, 145 (146 f.) = NJW 1967, 905.

73 Skouris/Tschaschnig, NuR 1983, 92 (97); Lasotta (o. Fußn. 4), S. 202 ff.

74 BVerwG, NVwZ 1997, 900 (901), attestiert der Fiktionswirkung des § 36 II 2 BauGB gegenüber dem Bauherrn eine Bindungswirkung. Warum wirkt dann die Versagung des Einvernehmens nicht gegenüber dem Bauherrn?

75 BVerwG, NVwZ-RR 2003, 719 f.; OVG Greifswald, NordÖR 2011, 85 (86) = BeckRS 2011, 48061; ebenso z. B. Dippel, NVwZ 2011, 769 (771).

76 BVerwG, NVwZ 1986, 556; zutr. Kritik bei Lasotta, BayVBl 1998, 609 (616 f.).

77 Die Beschränkung der Kompetenz der Genehmigungs- und der Widerspruchsbehörde zu positiver Entscheidung eines Baugesuchs ohne Einvernehmen der Gemeinde ist laut BVerwG (NVwZ 1986, 556 [557]) „bindendes ‚Gesetz und Recht‘ i. S. des Art. 20 III GG“. Warum sind die Gerichte im Prozess des Bauherrn mit der Genehmigungsbehörde nicht gleichermaßen durch Art. 20 III GG gebunden?

78 Vgl. dazu unten V, dort auch zur Rechtsprechungsänderung des BGH.

79 Vgl. oben Text zu Fußn. 10 und 11; ferner Lasotta, BayVBl 1998, 609 (611).

80 Nach BVerwGE 120, 138 (145) = NVwZ 2004, 858 (860), dient § 36 II 2 BauGB sogar „vornehmlich dem Schutz des Bauantragstellers“.

81 VGH München, NVwZ-RR 2001, 364 (365): Vom Bürgermeister nach eidesstattlicher Versicherung persönlich übermitteltes Telefax zur Versagung des Einvernehmens war im Landratsamt nicht auffindbar; Empfangsprotokolle lagen nicht mehr vor, die Gemeinde verfügte nicht mehr über das Sendeprotokoll.

längerbar, selbst wenn die Beteiligten zustimmen⁸². Auch eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Versäumung der Versagungsfrist des § 36 II 2 BauGB kommt nicht in Betracht; § 32 VwVfG ist auf den verwaltungsinternen Rechtsverkehr zwischen Behörden nicht anwendbar⁸³.

Der Lauf der Frist wird grundsätzlich durch das *Ersuchen der Genehmigungsbehörde* in Gang gesetzt (§ 36 II 2 Halbs. 1 BauGB). Zutreffend ist entschieden worden, angesichts der weitreichenden Folgen der Einvernehmensfiktion liege ein ordnungsgemäßes Ersuchen nur bei einer eindeutigen Formulierung vor; die Gemeinde müsse erkennen können, dass und in welcher Hinsicht die Frist des § 36 II 2 BauGB ausgelöst werde⁸⁴. Für die dem „Ersuchen“ gleichwertige *Antragstellung bei der Gemeinde* (sofern nach Landesrecht vorgeschrieben, § 36 II 2 Halbs. 2 BauGB) bedeutet jener Schutzgedanke, dass die Zweimonatsfrist nur durch die Einreichung vollständiger Antragsunterlagen ausgelöst wird⁸⁵.

Das *BVerwG* fordert zwar grundsätzlich vollständige Antragsunterlagen in planungsrechtlicher Hinsicht, damit die Gemeinde eine Entscheidung über ihr Einvernehmen treffen kann; die Gemeinde habe jedoch die *Obliegenheit*, nach Maßgabe des Landesrechts innerhalb der Einvernehmensfrist gegenüber dem Bauherrn oder der Genehmigungsbehörde auf die Vervollständigung eines defizitären Bauantrags hinzuwirken, andernfalls gelte das Einvernehmen mit Fristablauf als erteilt⁸⁶. Ausdrücklich weist das *BVerwG* der Gemeinde das „Risiko einer Fehleinschätzung der planungsrechtlichen Beurteilungsreife“ zu⁸⁷. Die Thesen des *BVerwG* finden in § 36 II 2 Halbs. 2 BauGB kaum eine Stütze; das Gericht reflektiert vielmehr die – seiner Jurisdiktionsgewalt entzogene – Aufgabenverteilung zwischen Genehmigungsbehörde und Gemeinde im bauaufsichtlichen Verfahren. In der Praxis hat sich das *BVerwG* indes durchgesetzt⁸⁸. Konsequenz: Die planungsrechtliche Einvernehmensfiktion wird auch durch die richterliche Kreation von Obliegenheiten im LBO-Verfahren herbeigeführt.

2. Geltung der Fiktionswirkung

Die Fiktion des Einvernehmens gem. § 36 II 2 BauGB steht der Wirkung seiner ausdrücklichen Erteilung nach § 36 I 1 u. 2 BauGB rechtlich gleich. Zu „rütteln“ ist daran nach der Rechtsprechung nicht: Widerruf und Rücknahme – auch – des fingierten Einvernehmens sind unzulässig⁸⁹. Nach Eintritt der Einvernehmensfiktion wird die Gemeinde sogar daran gehindert, eine Verletzung ihrer Planungshoheit durch die erteilte (Bau-)Genehmigung geltend zu machen und sich auf die bauplanungsrechtliche Unzulässigkeit des Vorhabens zu berufen⁹⁰. Nicht untersagt ist der Gemeinde – jenseits des § 36 BauGB –, vor Genehmigungserteilung eine dem Vorhaben widersprechende Bauleitplanung zu betreiben und diese durch einen Antrag nach § 15 BauGB oder eine Veränderungssperre (§ 14 BauGB) zu sichern⁹¹.

IV. Ersetzung des Einvernehmens (§ 36 II 3 BauGB)

Der durch das BauROG 1998 geschaffene § 36 II 3 BauGB stellt eine *bauplanungsrechtlich* geprägte Regelung dar⁹², die als solche (da vom Kommunalaufsichtsrecht entkoppelt) verfassungsrechtlich unbedenklich ist⁹³. Die Bestimmung wirkt – gerade auch in verfahrensrechtlicher Hinsicht (Zuständigkeit, Anhörungsverfahren, Begründung, Verhältnis zu vergleichbaren LBO-Vorschriften, Verhältnis zwischen Ersetzungsentcheidung und Genehmigung etc.) – eine Reihe ungelöster Probleme auf. Im vorliegenden Zusammenhang interessieren unter dem Aspekt der kommunalen Planungshoheit drei Fragekreise des materiellen Rechts.

1. Durchbrechung gemeindlicher Kompetenzen

Nach der gesetzgeberischen Intention soll § 36 II 3 BauGB verhindern, dass die Gemeinde durch die (rechtswidrige) Verweigerung ihres Einvernehmens die Verwirklichung eines Vorhabens langfristig blockiert⁹⁴. Zutreffend betont die Rechtsprechung den instrumentellen Charakter des § 36 II 3 BauGB; im Streit mit der Gemeinde über die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit eines Vorhabens solle sich die Genehmigungsbehörde einstweilen durchsetzen können⁹⁵. In dieser Perspektive bewirkt § 36 II 3 BauGB verfahrensrechtlich eine Änderung (Umkehrung) der von § 36 I BauGB vorgegebenen Lastenverteilung und materiell eine Schwächung der kommunalen Planungshoheit⁹⁶.

Die instrumentelle Qualität des § 36 II 3 BauGB wird durch Vorwirkungen des Haftungsrechts verstärkt. Der BGH weist der Genehmigungsbehörde eine haftungsrechtliche Verantwortlichkeit zu, die zum Tragen kommen soll, wenn nicht im Interesse des Bauherrn das verweigerte gemeindliche Einvernehmen ersetzt wird⁹⁷. Damit deutet die Judikatur eine – vom Gesetzgeber kaum intendierte – besondere Schutznormqualität des § 36 II 3 BauGB zu Gunsten des Bauherrn an.

2. § 36 II 3 BauGB als bundesgesetzliche Befugnisnorm

Die Vollzugsfähigkeit des § 36 II 3 BauGB mag von einer entsprechenden landesrechtlichen Regelung abhängig sein (str.)⁹⁸, zur Legitimierung des staatlichen Eingriffs in die gemeindliche Planungshoheit genügt die Bestimmung dem Gesetzesvorbehalt gem. Art. 28 II 1 GG. § 36 II 3 BauGB stellt die notwendige *Befugnisnorm* dar, um den behördlichen Eingriff gegenüber der Gemeinde durch die „Kompetenzanmaßung“ rechtfertigen zu können⁹⁹. Der juristische „Selbststand“ des § 36 II 3 BauGB wird unterstrichen, wenn

82 *BVerwG*, NVwZ 1997, 900 (901).

83 *VGH München*, NVwZ-RR 2001, 364 (365).

84 *OVG Koblenz*, NVwZ-RR 2007, 309 f. (verneint für ein Schreiben nur zu dem Bauvorbescheidsantrag und nicht auch zu dem hilfsweise gestellten immissionsschutzrechtlichen Vorbescheidsantrag).

85 *VGH Mannheim*, BauR 1999, 381 (382 f.), und *VGH Mannheim*, BauR 2003, 625 ff.; wohl auch *BVerwG*, NVwZ 1997, 900 (901).

86 *BVerwGE* 122, 13 (20 ff.) = NVwZ 2005, 213 (214); ebenso bereits *VGH München*, NVwZ-RR 2005, 787 (788 f.); ferner *Roeser*, in: *Berl-Komm-BauGB* (o. Fußn. 42), § 36 Rdnr. 30.

87 Krit. dazu *Rieger*, in: *Schrödter* (o. Fußn. 26), § 36 Rdnr. 18, mit der Erwartung einer vorsorglichen Verweigerung des Einvernehmens; so auch die „Empfehlung“ von *VGH München*, NVwZ-RR 2005, 787 (789); krit. dazu *Dippel*, NVwZ 2011, 769 (773).

88 Vgl. *VGH Mannheim*, VBIBW 2009, 61 (64) = BeckRS 2008, 35603, unter Aufgabe der früheren Rspr. o. Fußn. 85.

89 Vgl. Nachw. o. Fußn. 67.

90 *OVG Lüneburg*, NVwZ 1999, 1003 (1004); *OVG Koblenz*, NVwZ-RR 2007, 309; *Horn*, NVwZ 2002, 406 (414); *Dippel*, NVwZ 2011, 769 (773).

91 *BVerwGE* 120, 138 (144) = NVwZ 2004, 858 (860); *OVG Lüneburg*, NVwZ 1999, 1001 (1002); *VGH München*, NVwZ-RR 2005, 787 (789).

92 BGHZ 187, 51 = NVwZ 2011, 249 Rdnr. 22; *Hofmeister*, in: *Spannowsky/Uechtritz* (o. Fußn. 31), § 36 Rdnr. 29.

93 *Horn*, NVwZ 2002, 406 (409 f.); *Hummel*, BauR 2005, 948 (957 f.); a. A. wegen ihrer kommunalrechtlichen Perspektive *Enders/Pommer*, *SächsVBl* 1999, 173 ff.

94 BT-Dr 13/6392, S. 60.

95 *OVG Lüneburg*, NVwZ-RR 2004, 91 (92).

96 *Lasotta*, BayVBl 1998, 609 (618); *Horn*, NVwZ 2002, 406 u. 414.

97 BGHZ 187, 51 = NVwZ 2011, 249 Rdnr. 20.

98 So z. B. *Lasotta* (o. Fußn. 4), S. 65 f.; *Rieger*, in: *Schrödter* (o. Fußn. 26), § 36 Rdnr. 22; *Söfker*, in: *Ernst/Zinkahn/Bielenberg* (o. Fußn. 29), § 36 Rdnr. 40; a. A. *Horn*, NVwZ 2002, 406 (411).

99 Nach BT-Dr 13/6392, S. 60, wird mit § 36 II 3 BauGB „unmittelbar durch Bundesrecht“ die Grundlage zur Ersetzung des Einvernehmens geschaffen. Zu den Konsequenzen für das Landesrecht (am Beispiel des Art. 74 BayBauO) *Klinger*, BayVBl 2002, 481 ff.; *Möstl*, BayVBl 2003, 225 (227); *ders.*, BayVBl 2007, 129 (131).

die Rechtsprechung betont, ein Widerspruchsbescheid enthalte nicht etwa automatisch die Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens¹⁰⁰.

Ob § 36 II 3 BauGB als Ermessensvorschrift zu qualifizieren ist oder eine gebundene behördliche Entscheidung normiert, ist ungeklärt¹⁰¹. Der Wortlaut („kann“) spricht für *Ermessen*¹⁰²; die Entstehungsgeschichte ist ohne Aussagekraft, Sinn und Zweck bleiben vage¹⁰³. Andererseits ist zu gewärtigen, dass beim rechtswidrig versagten Einvernehmen der Bauherr einen Anspruch auf die Erteilung der Genehmigung hat, womit ein behördliches Ermessen beim Einvernehmen kaum in Einklang zu bringen ist; bei dieser Lesart ist das „kann“ als *Befugnis* zu verstehen, von der beim Vorliegen der Voraussetzungen des § 36 II 3 BauGB (s. u. IV 3) Gebrauch gemacht werden muss¹⁰⁴. Wird die Bestimmung als Ermessensnorm gedeutet, ist allerdings von einem *intendierten Ermessen* auszugehen, so dass das von der Gemeinde versagte Einvernehmen im Regelfall zu ersetzen ist¹⁰⁵.

3. Voraussetzungen für die Ersetzung des Einvernehmens

Inwieweit die gemeindliche Planungshoheit durch die Ersetzung des Einvernehmens seitens der nach Landesrecht zuständigen Behörde „zurückgedrängt“ oder „geschont“ wird, hängt von den *Voraussetzungen* des § 36 II 3 BauGB und den damit korrespondierenden *Abwehrrechten* der Gemeinde gegen eine Ersetzungsentscheidung ab. Tragfähige Lösungen zu der komplexen Problematik sind erst in Umrissen zu erkennen.

Tatbestandlich setzt § 36 II 3 BauGB (1) die fristgemäße tatsächliche Versagung des Einvernehmens seitens der Gemeinde und (2) die Rechtswidrigkeit dieser Verweigerung voraus¹⁰⁶. Da die nach Landesrecht zuständige Behörde bei der Ersetzungsentscheidung die gemeindliche Kompetenz übernimmt, verlangt die Kohärenz im Regelungsgefüge des § 36 BauGB, dass der Prüfungs- und Entscheidungsmaßstab gem. § 36 II 3 BauGB dem für die Gemeinde verbindlichen Normprogramm des § 36 II 1 BauGB (s. o. II 3) entspricht¹⁰⁷. Diese Prämisse erlaubt drei Schlussfolgerungen:

- Die Ersetzung des Einvernehmens ist rechtmäßig, wenn die Gemeinde ihr Einvernehmen deshalb rechtswidrig versagt hat, weil sie sich auf keinen der in § 36 II 1 BauGB genannten Gründe stützt oder die Voraussetzungen eines an sich legitimen Versagungsgrundes im konkreten Fall nicht vorliegen¹⁰⁸.
- Bezieht sich das gemeindliche Einvernehmen auf einen Ermessensatbestand (z. B. § 31 II BauGB), kommt die Ersetzungsentscheidung auf Grund der kompetenzverlagernden Wirkung des § 36 II 3 BauGB sowohl bei einer Ermessensreduzierung auf Null als auch bei einer ermessensfehlerhaften Versagungsentscheidung der Gemeinde trotz verbleibenden Ermessensspielraums in Betracht¹⁰⁹.
- Wird § 36 II 3 BauGB als Ermessensnorm qualifiziert (s. o. IV 2), muss die Ersetzungsentscheidung als solche ermessensfehlerfrei sein¹¹⁰.

Nach diesem in sich stimmigen Konzept muss die Gemeinde, deren ureigene Kompetenz (§ 36 I BauGB) durch § 36 II 3 BauGB „usurpiert“ wird, jede rechtswidrige Ersetzungsentscheidung¹¹¹ (mit der Anfechtungsklage) abwehren können¹¹². Es ist daher zumindest missverständlich, wenn das *BVerwG* behauptet, die Gemeinde könne sich nicht mit Erfolg gegen die Ersetzung des Einvernehmens wenden, wenn eine Verletzung der gemeindlichen Planungshoheit zu verneinen sei¹¹³. Auch wenn § 36 I BauGB – gemessen an Art. 28 II 1 GG – ein „überschießender“ Gehalt zu attestieren ist (s. o. I 1), handelt es sich doch um eine Schutznorm zu Gunsten der Gemeinde¹¹⁴, deren Beeinträchtigung die Gemeinde nur auf Grund einer in jedweder Hinsicht rechtmäßigen Ersetzungs-

entscheidung nach § 36 II 3 BauGB hinnehmen muss. Was die Gemeinde gem. § 36 I u. II BauGB rechtmäßig entschieden hat, kann nicht durch Rückgriff auf § 36 II 3 BauGB überspielt und mittels judikativer Erschwerung des Abwehrrechts derogiert werden.

V. Haftungsrechtliche Konsequenzen des § 36 II 3 BauGB

Zur Haftung beim rechtswidrig versagten gemeindlichen Einvernehmen hat die Rechtsprechung eine „180-Grad-Wende“ vollzogen. Obwohl das Einvernehmen bzw. seine Versagung als *verwaltungsinterne* Mitwirkung der Gemeinde im Genehmigungsverfahren qualifiziert wird, hatte der *BGH* ursprünglich die Amtshaftung der Gemeinde postuliert, wenn der Genehmigungsantrag allein unter Hinweis auf das versagte Einvernehmen abgelehnt worden ist¹¹⁵; wegen der „ausschlaggebenden Bedeutung“ des Einvernehmens bestünden zwischen der Gemeinde und dem Bauwilligen „besondere Beziehungen“, so dass – wenn auch nur mittelbar – die Rechtsstellung des Bauwilligen durch das versagte Einvernehmen im Sinne einer *drittbezogenen Amtspflicht* berührt werde¹¹⁶. Die Amtshaftung der Gemeinde sollte sogar eingreifen können, wenn das Einvernehmen gar

100 VGH München, BayVBl 2003, 210 (211).

101 Unentschieden und mit ausf. Überblick zum Meinungsstand VGH Mannheim, NVwZ 2012, 58 (59) = VBIBW 2012, 30 (31).

102 OVG Lüneburg, NVwZ 2000, 1061 (1063); OVG Lüneburg, NVwZ-RR 2005, 90 (93); OVG Lüneburg, NVwZ-RR 2009, 866 (869); VGH Kassel, LKRZ 2011, 17; Hellermann, Jura 2002, 589 (593); Fischer, VBIBW 2010, 213 (217); Hofmeister, in: Spannowsky/Uechtritz (o. Fußn. 31), § 36 Rdnr. 32; Rieger, in: Schrödter (o. Fußn. 26), § 36 Rdnr. 23; Dürr, in: Brügelmann (o. Fußn. 43), § 36 Rdnr. 49; Krautzberger, in: Battis/Krautzberger/Löhr (o. Fußn. 52), § 36 Rdnr. 13.

103 OVG Lüneburg, NVwZ-RR 2009, 866 (869), beruft sich zu Unrecht auf die Gesetzesmaterialien und will Sinn und Zweck des § 36 II 3 BauGB aus der „Ähnlichkeit mit den Maßnahmen des Kommunalaufsichtsrechts“ herleiten; genau dies ist unzulässig, s. o. IV vor 1.

104 BGHZ 187, 51 = NVwZ 2011, 249 Rdnr. 14; OVG Koblenz, NVwZ-RR 2000, 85 (86); Groß, BauR 1999, 560 (570); Dippel, NVwZ 1999, 921 (924); ders., NVwZ 2011, 769 (774); Horn, NVwZ 2002, 406 (414); Rietzler, VBIBW 2012, 34; Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg (o. Fußn. 29), § 36 Rdnr. 41; Roesser, in: BerlKomm-BauGB (o. Fußn. 42), § 36 Rdnr. 14.

105 VG Frankfurt a. M., NVwZ-RR 2001, 371 (373); Rieger, in: Schrödter (o. Fußn. 26), § 36 Rdnr. 23; wohl auch VGH Kassel, LKRZ 2011, 17.

106 Näher dazu Lasotta (o. Fußn. 4), S. 189 ff.

107 Dippel, NVwZ 1999, 921 (924); Horn, NVwZ 2002, 406 (413 f.).

108 So ausdrücklich die Gesetzesbegr. BT-Dr 13/6392, S. 60; ferner OVG Lüneburg, NVwZ-RR 2005, 90 (91); OVG Berlin-Brandenburg, LKV 2006, 513 f.

109 Lasotta, BayVBl 1998, 609 (615); ders. (o. Fußn. 4), S. 190 f.; Hofmeister, in: Spannowsky/Uechtritz (o. Fußn. 31), § 36 Rdnr. 30 (mit dem Vorbehalt vorheriger Anhörung der Gemeinde zu dem Ermessensfehler), ebenso Horn, NVwZ 2002, 406 (414); a. A. Groß, BauR 1999, 560 (570).

110 OVG Lüneburg, NVwZ-RR 2009, 866 (870); Lasotta, BayVBl 1998, 609 (614 f.).

111 Dabei handelt es sich um einen Verwaltungsakt; VGH München, NVwZ-RR 2001, 364 (365); Hellermann, Jura 2002, 589 (593); Beutling/Pauli, BauR 2010, 418 (421); Rietzler, VBIBW 2012, 33. – Der Rechtsschutz scheitert nicht an § 44 a VwGO (so Fehling, Jura 2006, 369 [374 f.]; Müstl, BayVBl 2003, 225 ff.), weil die Ersetzungsentscheidung keine Verfahrenshandlung, sondern eine selbstständige Sachentscheidung darstellt; Lasotta (o. Fußn. 4), S. 214.

112 OVG Lüneburg, NVwZ-RR 2009, 866 (868); Lasotta, BayVBl 1998, 609 (615 f.).

113 BVerwG, BauR 2006, 815 = BeckRS 2006, 20893.

114 Vgl. Nachw. o. Fußn. 16.

115 Bei rechtswidriger Ablehnung der beantragten Genehmigung wegen rechtswidrig versagten gemeindlichen Einvernehmens und auf Grund eigener fehlerhafter Erwägungen der Genehmigungsbehörde gab es eine Haftung beider Verwaltungsträger; BGHZ 118, 263 (266 f.) = NJW 1992, 2691 (2692); BGH, NJW 1993, 3065.

116 BGHZ 65, 182 (185 f., 187) = NJW 1976, 184; BGH, NJW 1980, 387 (388); NVwZ 1986, 504 (505); BGHZ 93, 87 (90) = NJW 1985, 2817; ferner z. B. OLG Hamm, NVwZ 1995, 1142; OLG Brandenburg, LKV 1999, 242.

nicht erforderlich war¹¹⁷. Daneben bejahte der BGH die Haftung der Gemeinde aus enteignungsgleichem Eingriff¹¹⁸.

Bei Erteilung des Einvernehmens wurde eine drittgerichtete Rechtsbeziehung der Gemeinde zum Bauherrn verneint¹¹⁹. Folglich haftete die Gemeinde bei einer rechtswidrigen positiven Entscheidung weder aus Amtshaftung noch aus enteignungsgleichem Eingriff¹²⁰. Der BGH hat indes niemals erklärt, wieso ein bloß verwaltungsinterner Mitwirkungsakt im Rechtssinne Rechtswirkungen gegenüber einem Dritten haben kann¹²¹. Rätselhaft bleibt auch, warum die Rechtswirkung – verwaltungsintern versus außenwirksam – der gemeindlichen Entscheidung zum Einvernehmen vom Inhalt (positiv versus negativ) abhängen kann. Die Judikatur war schlicht vom gewünschten Ergebnis bestimmt¹²².

Seit dem Jahre 2010 ist die bisherige Rechtsprechung Makulatur. Unter Hinweis auf § 36 II 3 BauGB verneint der BGH das Bedürfnis (!) einer gemeindlichen Haftung und propagiert die haftungsrechtliche *Alleinverantwortlichkeit der Genehmigungsbehörde*, falls die Gemeinde ihr Einvernehmen versagt; denn darüber könne und müsse sich die Genehmigungsbehörde nach § 36 II 3 BauGB hinwegsetzen, so dass sie hafte, wenn sie dies nicht tue¹²³. Damit sind klare haftungsrechtliche Verhältnisse geschaffen. Es fragt sich allerdings, warum die neue Erkenntnis mit Blick auf die Kommunalaufsichtsbehörde nicht schon bislang angebracht war¹²⁴; denn das rechtswidrig versagte Einvernehmen konnte schon immer – wenn auch in einem etwas schwerfälligen Verfahren¹²⁵ – kommunalaufsichtlich ersetzt werden¹²⁶. Aus gemeindlicher Sicht bedeutet die neue haftungsrechtliche Judikatur eine Stärkung der Planungshoheit, denn von der Versagung des Einvernehmens kann fortan „kraftvoll“ Gebrauch gemacht werden, ohne dass ein übermäßiges Haftungsrisiko droht¹²⁷.

VI. Ausblick

Die durch § 36 BauGB aufgeworfenen Rechtsfragen sind zu komplex und die feststehenden oder sich abzeichnenden Antworten zu differenziert, um einfache „Gewinn-/Verlustrechnungen“ präsentieren zu können. Deshalb ist dem rechtspolitischen Vorschlag „§ 36 BauGB im Regelfall gebundener Zulassungsentscheidungen durch eine wesentlich einfachere Verfahrensgestaltung zu ersetzen“¹²⁸, mit Vorsicht zu begegnen, solange eine ausformulierte Neuregelung nicht vorgelegt wird, die allerdings auch die vom Regelfall abweichenden Fall-

gestaltungen einzubeziehen hätte. Übertrieben erscheint die zur neuen haftungsrechtlichen Rechtsprechung aufgestellte These, der BGH denaturiere das gemeindliche Einvernehmen nach § 36 I 1 u. 2 BauGB zu einem bloßen Benehmen¹²⁹.

Eine mit Augenmaß vorgenommene Beurteilung der Rechtsprechungsentwicklung sieht einerseits die Einbußen für die gemeindliche Planungshoheit, erkennt andererseits aber auch Stärkungen des Einvernehmenserfordernisses. Aus gemeindlicher Sicht sollten zudem sich neu eröffnende Chancen nicht übersehen oder gering geschätzt werden. So könnte die im Rahmen des § 36 II 3 BauGB vor der Entscheidung der nach Landesrecht zuständigen Behörde gebotene Anhörung der Gemeinde¹³⁰ zu einem Dialogverfahren fortentwickelt werden, das schroffe Gegensätze abmildert, unterschiedliche Auffassungen zur planungsrechtlichen Zulässigkeit des Vorhabens einander annähert und befriedend wirkt. Vor dem „Abgesang“ sollte die juristisch kohärente und für die Praxis taugliche Ausbalancierung des § 36 BauGB stehen!

117 BGH, NVwZ-RR 2003, 403; BGH, NVwZ 2006, 117.

118 BGHZ 65, 182 (188 f.) = NJW 1976, 184; BGHZ 118, 253 = NJW 1992, 2218.

119 Wurm, in: Festschr. f. Boujong, 1996, S. 687 (692).

120 BGHZ 99, 262 (273) = NJW 1987, 1320; OLG Saarbrücken, NVwZ 1987, 170.

121 Vgl. zutr. Kritik bei Lasotta (o. Fußn. 4), S. 71 ff. (m. Hinweis u. a. darauf, dass der Topos „ausschlaggebende Bedeutung“ keine Abgrenzung zum bloßen Rechtsreflex biete).

122 Eingräumt von Boujong, in: Kommunales Haftungsrecht, Lorenz-von-Stein-Institut Arbeitspapiere Nr. 27, 1989, S. 161; auch Schlick, DVBl 2007, 457 (462).

123 BGHZ 187, 51 = NVwZ 2011, 249 Rdnr. 14 (Amtshaftung) und Rdnr. 23 (enteignungsgleicher Eingriff); zust. Jeromin, BauR 2011, 456 (461); Dippel, NVwZ 2011, 769 (775); Schlarmann/Krappel, NVwZ 2011, 215 ff.; krit. bis abl. Jäde, UPR 2011, 125 ff.; Dirnberger, Die Gemeinde SchlH 2011, 232 ff.

124 Zutr. Ehlers, JK 5/11, BauGB § 36 I/14.

125 Dippel, NVwZ 1999, 921 (924).

126 BVerwGE 22, 342 (348) = NJW 1966, 513; BVerwG, NVwZ 1986, 556 (557).

127 BGHZ 187, 51 = NVwZ 2011, 249 Rdnr. 16, sieht etwaige Verzögerungsschäden beim Bauwilligen allenfalls bei einer Klage der Gemeinde gegen die erteilte Genehmigung und weist auf die Amtshaftung bei Rechtsbehelfen zur Durchsetzung rechtswidriger bzw. zur Verhinderung rechtmäßiger behördlicher Entscheidungen hin.

128 So Möstl, BayVBl 2007, 129 (135).

129 So Jäde, UPR 2011, 125 (129).

130 OVG Koblenz, NVwZ-RR 2012, 264 (265); OVG Lüneburg, NVwZ-RR 2005, 90 (91); VGH Mannheim, NVwZ 2012, 58 = VBlBW 2012, 30 (31).

Aufsätze

Dr. Dominik Kupfer*

Lärmaktionsplanung – Effektives Instrument zum Schutz der Bevölkerung vor Umgebungslärm?

Eine Klärung drängender Rechtsfragen

Lärmaktionspläne sollen Lärmprobleme und Lärmauswirkungen regeln. „Umgebungslärm“ sind gesundheitsschädliche sowie unerwünschte Geräusche im Freien, die durch Aktivitäten von Menschen verursacht werden, einschließlich des Verkehrslärms. Auch ruhige Gebiete sollen gegen eine Zunahme des Lärms geschützt werden. In den nächsten zwei Monaten werden viele Gemeinden erstmals mit der Frage konfrontiert

sein, wie sie ihrer gesetzlichen Pflicht zur Aufstellung von Lärmaktionsplänen nachkommen wollen: engagiert oder weniger engagiert? Entscheidend ist, ob Lärmaktionspläne bei-

* Der Autor ist Rechtsanwalt in der Freiburger Niederlassung der Kanzlei Wurster Wirsing Kupfer – W2K Rechtsanwälte sowie Lehrbeauftragter an der Universität Freiburg i. Br.