

Bayerische Verwaltungsblätter

Zeitschrift für öffentliches Recht und öffentliche Verwaltung

Herausgeber

Dr. Theodor Maunz
Professor des öffentlichen Rechts an der Universität München
Staatsminister a. D.

Ludwig Schäfer
Präsident a. D. des Bayerischen Obersten Landesgerichts

Dr. Johann Schmidt
Präsident des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs

Dr. Siegwin Süß
Ministerialdirektor im Bayerischen Staatsministerium des Innern

Schriftleiter

Dr. Dr. Helmut Kalkbrenner
Oberlandesanwalt bei der Landesadvokatur Bayern

26. Jahrgang
(neue Folge)

1980

£ 60

111. Jahrgang der Gesamtfolge
(Blätter für administrative Praxis)



RICHARD BOORBERG VERLAG MÜNCHEN



P 962

Bayerische Verwaltungsblätter (BayVBl.)

Verantwortlicher Schriftleiter: Dr. Dr. Helmut Kalkbrenner, Oberlandesanwalt, Landesadvokatschaft Bayern, Ludwigstraße 23/III, 8000 München 34. Sämtliche mit Verfasserangabe versehenen Beiträge stellen die Meinung des Verfassers, nicht die der Schriftleitung oder der Herausgeber dar. Die veröffentlichten Lösungsskizzen zu den Prüfungsaufgaben der juristischen Staatsprüfungen stellen die von den Verfassern dieser Aufgaben zum Zeitpunkt der Prüfungstermine gefertigten Musterlösungen dar; die Schriftleitung übernimmt für ihre inhaltliche Richtigkeit keine Gewähr.

Für unverlangt eingesandte Manuskripte wird keine Gewähr übernommen. Beiträge werden nur angenommen, wenn sie ausschließlich den „Bayerischen Verwaltungsblättern“ zum Abdruck angeboten sind.

Verlag und Anzeigenverwaltung (Verantwortlicher Anzeigenleiter Heinz Krehl): Richard Boorberg Verlag GmbH & Co, Levelingstr. 8, Postfach 80 03 40, 8000 München 80, Telefon (0 89) 43 20 55. Konten: Bayerische Landesbank München (BLZ 700 500 00) Nr. 20/34 220; Postscheckamt München (BLZ 700 100 80) Nr. 39 12-802.

Alle Urheber- und Verlagsrechte bleiben vorbehalten. Auswertung für Datenträger, Vervielfältigung jeder Art oder Nachdruck von Beiträgen und Gerichtsentscheidungen sind nur mit vorheriger Genehmigung des Verlages gestattet. Die Genehmigung ist in jedem Einzelfall einzuholen.

Satz und Druck: Rudolf Eimannsberger, Hirtenstraße 26, 8000 München 2.

Erscheinungsweise: am 1. und 15. jeden Monats.

Bezugspreis: monatlich DM 17,60, für Studenten und Referendare (gegen Nachweis) DM 14,10, jeweils zuzüglich Versandkosten; Einzelheft DM 9,70.

Die Berechnung des Abonnements erfolgt jährlich im Voraus.

Bestellungen nehmen der Verlag, die Postämter und alle Buchhandlungen entgegen. Abbestellungen können frühestens zum nächsten Quartalsende gültig werden, wenn sie sechs Wochen vorher dem Verlag vorliegen.

Anzeigenpreisliste Nr. 11 ist zur Zeit gültig.

Bayerische Verwaltungsblätter

Zeitschrift für öffentliches Recht und öffentliche Verwaltung

15. Februar 1980

Heft 4

Die Beteiligung der Gemeinden an der Erteilung von Baugenehmigungen

– Zugleich eine Besprechung des Urteils des Bundesgerichtshofs vom 23. Februar 1978 – III ZR 97/76* –

Von Johannes Hager, Wiss. Assistent an der Universität München

Über zehn Jahre liegen zum Teil die grundsätzlichen Urteile des BVerwG¹ zur Interpretation des § 36 Abs. 1 Satz 1 BBauG^{1a} zurück, dennoch wirft diese Norm immer wieder Probleme auf. So hatte in letzter Zeit zweimal der BGH² zu entscheiden, welche Rolle diese Vorschrift im Zusammenhang mit den Regelungen der Staatshaftung spielt.

Dem neuesten Urteil³ lag folgender Sachverhalt zugrunde: Obwohl nach § 34 BBauG eine dreigeschossige Bebauung zulässig war, hatte ein im Baureferat tätiger Kreisbediensteter dem Ehemann der Klägerin die Auskunft gegeben, es sei lediglich eine zweigeschossige Bebauung zulässig. Denselben Standpunkt nahm zu einer späteren Bauanfrage des Ehemanns der Klägerin auch die Gemeinde im Beteiligungsverfahren ein.

Der BGH nimmt an, daß die Gemeinde diesen (rechtswidrigen) Standpunkt auch dann vertreten hätte, wenn sie

im ersten Auskunftsverfahren mit der Sache befaßt worden wäre. Diese Stellungnahme hätte nach § 36 Abs. 1 Satz 1 BBauG die Baugenehmigungsbehörde gebunden; unabhängig davon hätte diese allerdings die Klägerin über die wahre Rechtslage aufklären müssen, insbesondere darüber, daß die Auskunft auf der bindenden Versagung des Einvernehmens durch die Gemeinde beruhe. Daraus folge, daß die tatsächlich erteilte falsche Auskunft für den entgangenen zusätzlichen Veräußerungsgewinn nur dann kausal gewesen sei, „wenn die Klägerin – die dafür darlegungs- und beweispflichtig ist – sich aufgrund der gebotenen Belehrung über die Rechtslage mit Erfolg gegen den Standpunkt der Gemeinde gewandt und dann . . . eine der wahren Rechtslage entsprechende Auskunft erwirkt . . . hätte“⁴.

Aus der Fülle der berührten Probleme soll in diesem Aufsatz lediglich die Frage untersucht werden, ob die tragende These des BGH, die Baugenehmigungsbehörde sei – unbeschadet der staatlichen Aufsichtsmöglichkeit – an die negative Stellungnahme der Gemeinde gebunden⁵, in dieser Form zutreffend ist.

* Abgedruckt in diesem Heft auf S. 150.

1 BVerwGE 22, 342 = BayVBl. 1966, 134; BayVBl. 1966, 164 mit Anm. *Beuthner*.

1 a Die Novellierung des § 36 BBauG durch das Gesetz zur Beschleunigung von Verfahren und zur Erleichterung von Investitionsvorhaben im Städtebaurecht vom 6. 7. 1979 (BGBl. I S. 949) hat an der abgehandelten Problematik nichts geändert. Die hier im Rahmen des Satzes 1 geschilderte Frage gilt jetzt analog auch für Satz 2.

2 BGHZ 65, 182 = BayVBl. 1976, 122; BayVBl. 1980, 150.

3 BGH, BayVBl. 1980, 150.

4 Ebd., S. 153.

5 A.a.O., unter Berufung auf BVerwG, NJW 1966, 513 (=BayVBl. 1966, 134 = BVerwGE 22, 342), *Ernst-Zinkahn-Bielenberg*, BBauG, § 36, 19 f.

Da diese These auf die Behandlung des § 36 Abs. 1 Satz 1 BBauG im Verwaltungsprozeß durch die Rechtsprechung des BVerwG und die herrschende Literatur zurückgreift, werden zunächst die h. M. sowie die Gegenmeinungen zu dieser Frage dargestellt (I.). Wegen der der h. M. immanenten Unstimmigkeiten (II.) wird versucht, eine Lösung zu erarbeiten, die Brüche vermeidet (III.). Abschließend werden Folgerungen für das Verwaltungsverfahren sowie für die Haftung der Körperschaft gezogen, der das Handeln der Baugenehmigungsbehörde zugerechnet wird (IV.).

Ziel ist es zu zeigen, daß § 36 Abs. 1 Satz 1 BBauG in zwei Komponenten zerfällt: Einmal beinhaltet diese Norm die materielle Berechtigung^{5a} der Gemeinde, über eingereichte Bauanträge rechtzeitig informiert zu werden, um noch vor der Genehmigung einen Bebauungsplan aufstellen oder ändern bzw. vom Instrumentarium der §§ 14 ff. BBauG Gebrauch machen zu können. Zum anderen steht der Gemeinde die formelle Berechtigung zu, derzufolge die Baugenehmigung ihres Einvernehmens bedarf. Eine Verletzung lediglich dieser Seite begründet für die Gemeinde jedoch nicht eine im Ergebnis erfolgreiche Klage gegen eine dennoch erteilte Baugenehmigung. Im Gegenteil ist die Baugenehmigungsbehörde gehalten, trotz einer rechtswidrigen Verweigerung des Einvernehmens dem Gesuch des Bürgers zu entsprechen, will sie verhindern, daß die Körperschaft, der ihr Handeln zugerechnet wird, dem Bürger gegenüber entschädigungspflichtig wird.

I.

Die Folgen des verweigerten Einvernehmens im Verwaltungsprozeß, Meinungsstand

1. Ganz überwiegend wird angenommen, das Einvernehmen der Gemeinde bzw. seine Verweigerung sei der Baugenehmigungsbehörde gegenüber zu erklären und als Verwaltungsinternum, nicht als Verwaltungsakt, zu qualifizieren⁶. Da die Gemeinde keine Regelung treffe, entfalte das Einvernehmen keine unmittelbare Außenwirkung; die Beziehung zum Bürger werde nur durch den von der Baugenehmigungsbehörde erlassenen, bzw. verweigerten Verwaltungsakt hergestellt⁷. Zudem sei es unbillig, dem Bürger die Last einer Prozeßführung auch gegen die Gemeinde aufzuerlegen, die dieser schon zur Vermeidung der Bestandskraft der gemeindlichen Entscheidung eventuell auf sich nehmen müßte. Dadurch würde er nämlich u. U. gezwungen, zur Erlangung einer Genehmigung *zweimal* die Gerichte anrufen zu müssen⁸. Die Diskussion über diese Frage scheint heute weitgehend abgeschlossen zu sein; die Darstellung sei auf die obigen Andeutungen beschränkt.

2. Verweigert die Gemeinde ihr Einvernehmen (oder wird es von der Baugenehmigungsbehörde nicht eingeholt), so sind nach h. M. die Konsequenzen abhängig vom Vorgehen der Genehmigungsbehörde.

a) Falls diese trotzdem dem Antrag des Bauwerbers stattgibt, so ist auf Anfechtungsklage der Gemeinde die Genehmigung aufzuheben, ohne daß es der Prüfung bedarf, ob sie nach materiellem Recht⁹ erteilt werden durfte oder nicht¹⁰.

Die Begründungen für diese Ansicht lassen sich im wesentlichen in zwei Gruppen zusammenfassen:

Einerseits wird auf eine mögliche Verletzung des Planungsrechts der Gemeinde abgestellt, also die dem § 36 Abs. 1 Satz 1 BBauG zugrunde liegende materielle Berechtigung betont. Hinter dem Bedürfnis der Gemeinde an der Folgenbeseitigung der Verletzung ihrer gesetzlich vorgeschriebenen Beteiligung habe das Interesse des Bürgers an einer baldigen Erteilung der ihm zustehenden Genehmigung zurückzustehen¹¹.

Neben diesem Argument und zu seiner Unterstützung wird auf der anderen Seite auf die Bedeutung der in § 36 Abs. 1 Satz 1 BBauG niedergelegten formellen Berechtigung zurückgegriffen. Schon der Wortlaut spreche für diese Interpretation, da das „Einvernehmen“ sprachlich von den Begriffen „Anhörung“ und „Benehmen“ abgesetzt sei. Daneben lasse sich die Entstehungsgeschichte heranziehen. Im Gesetz sei statt der ursprünglich vorgesehenen Anhörung der Gemeinde¹² jetzt deren Einvernehmen verankert. Dadurch habe der Gesetzgeber zu erkennen gegeben, daß sich die Genehmigungsbehörde nicht über das ablehnende Votum der Gemeinde hinwegsetzen dürfe¹³.

b) Versagt dagegen die Baugenehmigungsbehörde wegen des fehlenden Einvernehmens der Gemeinde die Genehmigung und erhebt der Bauwerber daraufhin Verpflichtungsklage, so ist das Gericht nicht gehalten, die Klage abzuweisen. Vielmehr hat es unter Berücksichtigung lediglich der materiellen Rechtslage über den Anspruch des Bürgers zu befinden^{14, 15}. Denn die Rechtskraft des Urteils erstrecke sich auch auf die (notwendig beizuladende¹⁶) Gemeinde (§ 65 Abs. 2, § 121 VwGO). Das zur Erteilung der Genehmigung notwendige Einvernehmen sei unauslösbare Teil des Streitgegenstandes¹⁷. Das Gericht entscheide nur über den gesetzlichen Anspruch als solchen, nicht über die Mitwirkungsakte während des Verwaltungsverfahrens^{18, 18a}.

9 Der Einfachheit halber wird hier wie im ganzen Aufsatz unterstellt, daß die formellen Voraussetzungen – wie ordnungsgemäßer Antrag etc. – erfüllt sind. Unter materieller Rechtmäßigkeit bzw. materiellem Recht wird die Übereinstimmung mit den Normen des Bauplanungsrechts – mit Ausnahme von § 36 Abs. 1 Satz 1 BBauG – sowie des materiellen Bauordnungsrechts verstanden.

10 BVerwGE 22, 342 (347); BayVBl. 1966, 164 (165); dem Grundsatz nach bestätigt in BVerwGE 45, 207 (212); Ernst-Zinkahn-Bielenberg, BBauG Stand Mai 1979, § 36, 39; Brügelmann-Grauvogel, a.a.O., § 36, 5 c aa m. w. N.; in neuester Zeit BayVGH, BayVBl. 1979, 22 (23 f.).

11 BVerwGE 22, 342 (347); BayVBl. 1966, 164 (165); Menger-Erichsen, Verw.-Arch. 57, 277.

12 Vgl. BT-Drucks. 3. Wahlperiode Nr. 336 § 30.

13 Fromm, BB 1966, 1329 (1330 f.); vgl. auch Menger, VerwArch. 56, 191.

14 BVerwGE 16, 116 zu § 9 II FStrG; DÖV 1968, 324 (325); 1969, 145 (146); Ernst-Zinkahn-Bielenberg, a.a.O., § 36, 38; Brügelmann-Grauvogel, a.a.O., § 36, 7 aa m. w. N.

15 Daher kann aufgrund der Fürsorgepflicht (vgl. Kopp, VwVfG 1976, § 25,1) geradezu eine Pflicht der Baugenehmigungsbehörde dem Bürger gegenüber bestehen, ihn neben der Ablehnung der Genehmigung auf die erfolgsversprechende Möglichkeit einer Klage hinzuweisen.

16 BVerwG, BayVBl. 1966, 421.

17 Meiborg, DÖV 1968, 828 (830 f.).

18 BVerwGE 16, 116 (126).

18a Nicht stichhaltig dürfte dagegen das Argument sein, nur der Verwaltungsprozeß könne das Institut der Beiladung; im Verwaltungsverfahren sei eine Erstreckung der Entscheidungswirkung auf Dritte nicht vorgesehen (Meiborg, DÖV 1968, 828 [829 f.]). Im Gegenteil entfaltet der Verwaltungsakt, falls er dem Dritten be-

5 a Wenn das BVerwG, NJW 1979, 64 (71) vom Recht auf Information und Anhörung als formellem Recht spricht, so ist dies wohl nur ein terminologischer Unterschied. Die Klassifizierung als materielles Recht im vorliegenden Aufsatz wurde im Hinblick auf § 45 Abs. 1 Nr. 3, § 46 VwVfG gewählt. Würde man nämlich dieses formelle Recht (nur) als Verfahrensrecht interpretieren, so könnte bei gebundenen Verwaltungsakten z. B. § 46 VwVfG eingreifen, was die Entscheidung des BVerwG entwerten würde.

6 Statt aller Brügelmann-Grauvogel, BBauG Stand März 1979, § 36, 3 a bb m. w. N. auch zur Gegenmeinung; vgl. auch die Zusammenstellung bei Baumler, BayVBl. 1978, 492 (493).

7 BVerwG, DÖV 1968, 324; 1969, 145.

8 BVerwG, a.a.O.

3. Bedenken gegen diese Differenzierung werden von zwei Ausgangspunkten her vorgebracht. Den abweichenden Meinungen ist gemeinsam, daß sie für die Folgen der Verweigerung des Einvernehmens nicht danach unterscheiden, wie die Baugenehmigungsbehörde reagiert hat.

a) So nimmt ein Teil der Lehre an, die Gemeinde habe ein absolutes Vetorecht. Das bringe mit sich, daß unabhängig von der materiellen Rechtslage bei Fehlen des Einvernehmens eine Verpflichtungsklage des Bürgers keine Aussicht auf Erfolg habe¹⁹. Denn die Entscheidungsbefugnis des Gerichts könne nicht weiter gehen als die der Behörde²⁰.

Will man den Bauwerber nicht unter Verstoß gegen Art. 19 Abs. 4 GG völlig ohne effektiven Schutz durch die Gerichte lassen, so wäre diese Meinung allenfalls haltbar, wenn man dem Bürger ein Klagerecht direkt gegen die Gemeinde oder ein subjektiv-öffentliches Recht auf Einschreiten der staatlichen Aufsichtsbehörde einräumte. Die zweite Lösung widerspricht der wohl einhelligen Ansicht²¹. Gegen sie wie gegen die erstgenannte Möglichkeit ist einzuwenden, daß dem Bürger die Last einer doppelten Prozeßführung auferlegt würde (vgl. I 1). Dies gilt insbesondere, wenn man berücksichtigt, daß dann das Einvernehmen wohl kaum mehr als Verwaltungsinternum qualifiziert werden könnte, sondern als Verwaltungsakt angesehen werden müßte. Schon zur Vermeidung der Bestandskraft hätte der Bürger gegen die Verweigerung des Einvernehmens vorzugehen, obwohl nicht abzusehen ist, ob die Baugenehmigungsbehörde nicht aus anderen – den Bürger vielleicht überzeugenden Gründen – ablehnen würde.

b) Auf der anderen Seite wird von einer Reihe von Vertretern der Literatur auch für den Erfolg der Anfechtungsklage der Gemeinde nur darauf abgestellt, ob das Baugesuch dem materiellen Recht entspricht²², ^{22a}.

Das wird aus dem Vorrang des materiellen Rechts gegenüber dem Verfahrensrecht – § 36 Abs. 1 Satz 1 BBauG wird zum Teil nur als Formalakt gesehen²³ – und der grundrechtlich abgesicherten Stellung des Bauwerbers (Art. 2 Abs. 1, Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG) abgeleitet²⁴. Die Gemeinde habe kein Recht, aus anderen als aus planerischen Gründen – etwa zum Schutz der angesiedelten Wirtschaft vor Konkurrenz – in die Rechtsauffassung der Bau-

genehmigungsbehörde korrigierend einzugreifen²⁵. Schließlich wird § 46 VwVfG herangezogen, der seinem Wortlaut nach genau diesen Fall treffe²⁶.

Eine Spielart dieser Ansicht lehnt es ab, der Anfechtungsklage der Gemeinde stattzugeben; dagegen sei während des Verwaltungsverfahrens die Baugenehmigungsbehörde an die Verweigerung des Einvernehmens gebunden. Erst im gerichtlichen Stadium spielten nämlich die Verfahrensvorschriften des § 36 Abs. 1 Satz 1 BBauG keine Rolle mehr²⁷.

II.

Bedenken gegen die h.M. (I 2 a)

1. Die geschilderte Differenzierung der h. M. befremdet. Es wird zwar dargestellt, daß je nach Reaktion der Genehmigungsbehörde das Gericht im anschließenden Prozeß die Verweigerung des Einvernehmens zu beachten oder nur auf die materielle Rechtslage abzustellen habe; begründet wird dieser Unterschied jedoch kaum²⁸. Es reicht nicht aus, pauschal das jeweils zu schützende Recht heranzuziehen. Zu rechtfertigen wäre die unterschiedliche Gewichtung der betroffenen Rechte, insbesondere, wenn man sich vor Augen hält, daß das Gericht auf Anfechtungsklage der Gemeinde die Baugenehmigung aufzuheben hat, obwohl diese bei unverändertem Sachverhalt dem Bauwerber auf seine anschließende Verpflichtungsklage hin von demselben Gericht zuzusprechen ist.

Wie immer die Baugenehmigungsbehörde handelt, die Körperschaft, der ihr Handeln zugerechnet wird, verliert den u. U. sich anschließenden Rechtsstreit, falls die Gemeinde ihr Einvernehmen trotz materieller Rechtmäßigkeit des Vorhabens verweigert hat. Lehnt die Behörde ab, so dringt der Bürger mit seiner Verpflichtungsklage durch, spricht sie die Genehmigung aus, so wird diese auf Anfechtungsklage der Gemeinde hin aufgehoben. Jeweils ist das Ergebnis verbunden mit der Überbürdung der Kostenlast²⁹.

Denn die Behörde handelt auf jeden Fall rechtswidrig. Nach § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO setzt der Erfolg der Anfechtungsklage (der Gemeinde) die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts voraus. Ebenso impliziert eine erfolgreiche Verpflichtungsklage (des Bürgers), daß die Ablehnung/Unterlassung der Genehmigung rechtswidrig war (§ 113 Abs. 4 VwGO). Dabei kann man nicht auf das Argument zurückgreifen, der „eigentlich“ rechtswidrig Handelnde sei die Gemeinde. Die Entscheidung dem Bürger gegenüber erfolgt durch die Genehmigungsbehörde mit Erlaß des Verwaltungsakts^{29a}.

kanntgegeben wird, auch diesem gegenüber Wirksamkeit (§ 43 I VwVfG; vgl. Kopp, VwVfG, § 41, 3; § 43, 3). Im Gegensatz zur Rechtskraft wirkt nämlich die Bestandskraft nicht zur inter partes, sondern auch jedem (tangierten) Dritten gegenüber. Zudem ist die Beiladung jetzt explizit in § 13 II VwVfG geregelt (vgl. dazu Kopp, VwVfG, § 13, 5, der die Baugenehmigung als Paradebeispiel für eine notwendige Beiladung aufführt), ihr Fehlen kann zur Nichtigkeit der Genehmigung führen (Kopp, VwVfG § 13, 8).

19 Menger, VerwArch. 56, 192; Fickert, DVBl. 1964, 173 (182).

20 Fickert, a.a.O.

21 Hölzl-Hien, BayGO, Stand April 1979, vor Art. 108; BayVGH n. F. 9, 93 (94) m. w. N.

22 OVG Lüneburg, DVBl. 1966, 185; DÖV 1974, 824; OVG Rheinland-Pfalz, VerwRspr. 17 (1966) Nr. 113; 22 (1971) Nr. 132; 26 (1975) Nr. 91; Schrödter DVBl. 1966, 182; Gelzer, Bauplanungsrecht, 2. Aufl. (1972), RdNrn. 626 (627), 809.

22 a In diesem Zusammenhang kommt es nicht darauf an, ob der Gemeinde im Rahmen der §§ 33–35 BBauG ein Ermessens- oder Beurteilungsspielraum zur Verfügung steht oder nicht. Nimmt man ersteres an, so ist eine Verweigerung des Einvernehmens, die sich im Rahmen dieses Spielraums hält, nicht rechtswidrig, das Vorhaben ist dann nicht rechtmäßig.

23 Schrödter, a.a.O., 183.

24 Schrödter, a.a.O., 182 f.; OVG Lüneburg, DVBl. 1966, 185.

25 Gelzer, a.a.O., RdNrn. 627, 809.

26 Schuegraf, NJW 1966, 177 (180 f.); Schrödter, a.a.O., S. 183; vgl. auch Menger-Erichsen, VerwArch. 57, 279, die, von ihrem Standpunkt aus, eine Neudurchdenkung des § 36 EVwVfG 63 forderten, ein Postulat, dem der Gesetzgeber nicht nachgekommen ist.

27 Hllg, BayVBl. 1967, 370 (372).

28 Vgl. auch die Kritik von Schrödter, a.a.O., 184.

29 A.A. Mang-Simon, BayBO, Stand Nov. 1978, Art. 86, 6, die unter Berufung auf § 155 V VwGO der grundlos das Einvernehmen verweigern Gemeinde die Kosten auferlegen wollen. Dagegen spricht, daß § 155 V VwGO nur die zusätzlichen ausscheidbaren Kosten meint (Kopp, VwGO 4. Aufl., § 155, 9). Zudem ist diese Meinung wohl nur schwer mit § 154 III VwGO vereinbar, der eine abschließende Regelung darüber getroffen hat, wann und in welchem Umfang den Beigeladenen die Kosten auferlegt werden können (Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit 2. Aufl. (1962) § 154 III; Redeker-von Oertzen, VwGO 6. Aufl., 1978, § 154, 5, der Hinweis auf § 155 V VwGO in RdNr. 6 betrifft nur den Fall von Zwischenanträgen).

29 a Kein Gegenargument läßt sich daraus ableiten, daß nach geltendem Recht (vgl. z. B. Art. 110 ff. BayGO) die Baugenehmigungsbehörde und die Kommunalaufsicht auf derselben Ebene angesiedelt sind und daher der Kreisverwaltungsbehörde als solcher ein rechtmäßiges Handeln durchaus möglich wäre, indem sie das Einvernehmen der Gemeinde ersetzte. Denn diese Behördeneinheit ist nicht notwendig und könnte durch eine Änderung der Landesgesetze auch aufgehoben werden. Dann verbliebe der Baugenehmigungsbehörde nur mehr die Möglichkeit, rechtswidrig zu handeln, da sie kein Recht auf Einschreiten der Kommunalaufsicht hat. Allenfalls könnte man sich auf die Betrachtung zurückziehen, der Staat als Einheit gesehen habe durch die Kommunalaufsicht die Möglichkeit, dieses

2. Die h. M. eröffnet – konsequent zu Ende gedacht – der Behörde im Zusammenwirken mit der Gemeinde theoretisch die Möglichkeit (zugegebenermaßen durch arglistiges Verhalten), dem Bürger die Genehmigung nachdrücklich vorzuenthalten, auch wenn das Vorhaben unter Zugrundelegung des materiellen Rechts genehmigt werden müßte³⁰.

Man nehme die Konstellation, daß die Gemeinde ihr Einvernehmen rechtswidrig verweigert, die Behörde die Genehmigung dennoch erteilt. Die Gemeinde ficht an, das Gericht hat aufzuheben. Der Bürger seinerseits kann nach dem Erfolg der Gemeinde nicht sofort eine Verpflichtungsklage (in Form der Versagungsgegenklage) erheben. Diese setzt nach § 42 Abs. 1 VwGO die Ablehnung eines Verwaltungsakts voraus. Der begehrte Verwaltungsakt ist durch die Behörde aber erteilt worden. Die Aufhebung durch das Gericht kann nicht als Ablehnung im Sinn des § 42 Abs. 1 VwGO interpretiert werden. Das folgt schon daraus, daß als Rechtsbehelf die Berufung/Revision bzw. die Wiederaufnahmeklage zur Verfügung steht, nicht jedoch die Versagungsgegenklage.

Vorstehendes Argument gilt analog für die Untätigkeitsklage (§ 42 Abs. 1, § 75 VwGO); ohne Stellung eines (nicht verbeschiedenen) Antrags bei der Behörde ist sie unzulässig.

Hat der Bauwerber seinen Antrag wiederholt, so können die Genehmigungsbehörde und die Gemeinde wieder so vorgehen wie beim ersten Mal. Das Einvernehmen wird verweigert, die Baugenehmigung erteilt, angefochten und aufgehoben, das Spiel kann von neuem beginnen.

Einer Klage der Gemeinde steht dabei auch nicht die Rechtskraft der früheren Entscheidung entgegen; vielmehr begründet diese bei unverändertem Sachverhalt³¹ gerade einen Anspruch auf Aufhebung der Baugenehmigung³². Andererseits ist die erneute Genehmigung auch nicht nichtig – dann ließe sich vertreten, daß sie unterlassen sei, was die entsprechende Klage für den Bürger eröffnen würde –, sondern lediglich aufhebbar³³, so daß jedenfalls wieder ein „Verbrauch“ des Antrags eintritt.

Dem Bürger könnte allenfalls mit dem Einwand der Arglist geholfen werden, um das Fehlen eines abgelehnten bzw. nicht behandelten Antrags auszugleichen, ihm also die Möglichkeit zu eröffnen, eine zulässige Verpflichtungsklage zu erheben. Im Rahmen der Zulässigkeit müßte dann allerdings darauf zurückgegriffen werden, die Erteilung der (materiell-rechtmäßigen) Baugenehmigung sei arglistig(!)³⁴

– also rechtswidrig³⁵. Im selben Prozeß hätte dann das Gericht bei der Prüfung der Begründetheit festzustellen, die Nichterteilung der Baugenehmigung sei rechtswidrig gewesen (§ 113 Abs. 4 VwGO).

Effektiver Rechtsschutz ist dem Bürger auch nicht durch eine Klage auf Aufsichtsmaßnahmen gegen die Gemeinde eröffnet, da eine solche Klage nach überwiegender Ansicht unzulässig ist³⁶.

3. Mag dies auch noch nicht als hinreichend zur Widerlegung der h. M. empfunden werden, so ergibt sich das entscheidende Argument aus der Einheit der Rechtsordnung.

Ausgehend von der referierten Rechtsprechung des BVerwG hat der BGH entschieden, die Verweigerung des Einvernehmens trotz materieller Rechtmäßigkeit des Vorhabens stelle eine Pflichtverletzung dar. Diese verpflichte die Gemeinde nach den Grundsätzen der Amtshaftung sowie des enteignungsgleichen Eingriffs zum Schadenersatz bzw. zur Entschädigung³⁷. Das impliziert, daß im Rahmen des Rechtsstreits vor den ordentlichen Gerichten die Verweigerung des Einvernehmens als rechtswidrig anzusehen ist³⁸. Folgt man der oben skizzierten h. M., so heißt das, daß das Verwaltungsgericht durch die Aufhebung der Baugenehmigung einem Handeln zur rechtlichen Wirksamkeit verhilft, das die Zivilgerichte ihrerseits als rechtswidrig zu qualifizieren haben.

Hat die Gemeinde die Aufhebung der Baugenehmigung wegen der Verweigerung ihres Einvernehmens mit Hilfe der Verwaltungsgerichte durchgesetzt, so ist eine Verurteilung zum Schadenersatz / zur Entschädigung nur dann möglich, wenn man einen weiteren Systembruch in Kauf nimmt, nämlich die (materielle) Rechtskraft des verwaltungsgerichtlichen Urteils außer Acht läßt. Die Rechtskraft erstreckt sich nach § 121 VwGO auch auf den Bauherrn als notwendig Beizuladenden³⁹. Die Notwendigkeit der Beiladung ergibt sich schon daraus, daß die Aufhebung der Baugenehmigung unmittelbar in die Rechte des Bürgers eingreift⁴⁰.

Faßt man mit der überwiegenden Meinung den Streitgegenstand bei der Anfechtungsklage als Behauptung des Klägers (= Gemeinde) auf, der Verwaltungsakt sei rechtswidrig und greife in seine Rechte ein⁴¹, so kann sich nach Eintritt der Unanfechtbarkeit des Urteils der Bürger nicht mehr darauf berufen, die Gemeinde sei nicht in ihren Rechten verletzt gewesen. Dem korrespondiert, daß die Gemeinde geltend machen kann, sie habe rechtmäßig gehandelt, indem sie der Ablehnung ihrer Zustimmung mit der Anfechtungsklage zur rechtlichen Wirksamkeit verhalf. Zum einen nämlich kann es nicht rechtswidrig sein, wenn die Gemeinde durch eine erfolgreiche Klage die dem Bauherrn erteilte Genehmigung zu Fall bringt; zum anderen verbietet die Rechtskraft auch die Berufung auf das Gegenteil des rechtskräftig gewordenen Subsumtionsschlusses⁴². Umgekehrt kann der Bürger nicht mehr ins Feld führen, die Gemeinde habe durch die Anfechtung der Genehmigung rechtswidrig gehandelt.

rechtswidrige Verhalten zu verhindern, was die Auferlegung der Prozeßkosten begründen könnte (gegen eine solche objektive Staatshaftung zumindest für den Bereich der Amtspflichtverletzung aber *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht 2. Aufl. (1978), S. 37; a. A. (wohl) BGH, NJW 1977, 713 (714). Problematisch an dieser Entscheidung ist aber, wie die Haftung auf die anweisende Körperschaft übergehen soll, da der angewiesene Beamte jedenfalls mangels Verschuldens die Voraussetzungen des § 839 I BGB nicht vollständig erfüllt hat (vgl. *Arndt*, DVBl. 1959, 624 [625]), also man insofern auf die Erfüllung des Haftungstatbestandes durch einen Amtswalter der anweisenden Körperschaft abstellen muß, will man deren Haftung bejahen. Dasselbe sollte auch für die verschuldensunabhängige Haftung gelten).

30 A. A. BVerwG, BayVBl. 1966, 164 (165); der Gegenbeweis soll im folgenden Text geführt werden.

31 Nach BVerwGE 48, 271 steht insofern Art. 14 I GG der Annahme der Rechtskraft nicht entgegen.

32 *Eyermann-Fröhler* VwGO, 7. Aufl. (1977), § 121, 40; *Kopp*, VwGO, § 121, 9, jeweils auf dem Boden der Ne-bis-in-idem-Lehre; *Redeker-von Oertzen*, a.a.O., § 121, 5 auf dem Boden der Bindungstheorie.

33 *Eyermann-Fröhler*, a.a.O.

34 Das Handeln der Gemeinde (durch wiederholte Erhebung der Anfechtungsklage) könnte man dagegen kaum als arglistig qualifizieren. Ihr steht sogar die Rechtskraft der früheren Entscheidung zur Seite.

35 Vgl. *Palandt-Heinrichs*, BGB, 39. Aufl. (1980), § 242, 2 d.

36 Vgl. Fußn. 21.

37 BGHZ 65, 182.

38 So ausdrücklich BGHZ 65, 182 (188).

39 *Eyermann-Fröhler*, a.a.O., § 121, 65.

40 *Redeker-von Oertzen*, a.a.O., § 65, 8; *Kopp*, VwGO, § 65, 17.

41 *Eyermann-Fröhler*, a.a.O., § 121, 10 f.; *Ule*, Verwaltungsprozeßrecht, 5. Aufl. (1971), § 59 II 2.

42 *Rosenberg-Schwab*, Zivilprozeßrecht, 12. Aufl. (1977), § 155 II m. w. N.; *Thomas-Putzo*, ZPO, 10. Aufl. (1978), § 322, 7 a; vgl. auch BVerwGE 16, 36; *Kopp*, VwGO, § 121, 22 für den Fall der negativen Feststellungsklage.

Diese Konsequenz tritt auch dann ein, wenn man den Streitgegenstand abweichend von der überwiegenden Meinung als die Frage auffaßt, ob der angefochtene Verwaltungsakt rechtmäßig sei bzw. ob der Kläger einen Anspruch auf Aufhebung des Verwaltungsakts habe⁴³. Auch dann ist aufgrund des obsiegenden Urteils rechtskräftig festgestellt, daß die Führung des Rechtsstreits durch die Gemeinde rechtmäßig war. Legt man die letztgenannte Meinung zugrunde, so folgt das aus der Tatsache, daß die Rechtmäßigkeit des Aufhebungsbegehrens im Streit stand; für die erste Ansicht gelten die Ausführungen zum herrschenden Streitgegenstandsbegriff analog.

Dagegen läßt sich auch nicht einwenden, daß die Rechtskraft bei der erfolgreichen Anfechtungsklage auf den Aufhebungsgrund beschränkt ist⁴⁴. Das Gericht hat die Genehmigung gerade wegen des fehlenden bzw. verweigerten Einvernehmens der Gemeinde aufgehoben; insoweit ist Rechtskraft eingetreten.

Diese Rechtskraft ist auch bei der im Amtshaftungs-/Entschädigungsprozeß präjudiziellen Frage der Rechtswidrigkeit zu beachten. Die Zivilgerichte sind nämlich bei der Beurteilung, ob die Durchsetzung der Verweigerung ihres Einvernehmens durch die Gemeinde rechtmäßig war oder nicht, an die rechtskräftige Entscheidung der Verwaltungsgerichte gebunden⁴⁵, ^{45a}. Daran ändert auch nichts die in einem der letzten dazu einschlägigen Urteile des BGH⁴⁶ geäußerte Auffassung, die Bindung der Zivilgerichte erstreckt sich nicht auf die Begründung des verwaltungsgerichtlichen Urteils. Nach dem BGH behält der Zivilrichter seine volle Entscheidungsfreiheit für die Frage, ob trotz der Aufhebung der Ablehnung eines begünstigenden Verwaltungsakts (durch Bescheidungsurteil) dem Kläger ein Anspruch auf positive Verbescheidung zugestanden habe. Nicht dagegen wurde in Zweifel gezogen, daß die ordentlichen Gerichte an die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Ablehnung gebunden seien, damit auch an die Feststellung der Rechtmäßigkeit des Aufhebungsbegehrens.

Hätte die Gemeinde also der Verweigerung ihres Einvernehmens erst gerichtlich Geltung verschafft, so fehlte es im darauffolgenden Prozeß an der Rechtswidrigkeit der Amtshandlung.

Somit hängt der Erfolg der Klage des Bürgers auf Schadensersatz/Entschädigung davon ab, ob die Baugenehmigungsbehörde den Antrag wegen des fehlenden Einvernehmens abgelehnt hat oder ob die Genehmigung erst auf Klage der Gemeinde aufgehoben worden ist. Während im ersten Fall Ansprüche des Bauwerbers gegeben sind, scheitern sie im zweiten an der Rechtmäßigkeit des gemeindlichen Handelns.

Daß eine solche Differenzierung kaum begründbar ist, liegt auf der Hand. Insbesondere ist es nicht möglich, die Verweigerung des Einvernehmens als rechtswidrig zu erachten, die Durchsetzung dieser Verweigerung mittels An-

fechtungsklage aber als rechtmäßig. Eine Korrektur könnte allenfalls durch die Nichtbeachtung der materiellen Rechtskraft und ihrer Bindungswirkung erfolgen.

4. Der Gedanke läßt sich abwandeln im Hinblick auf das Grundrecht des Bauwerbers aus Art. 14 Abs. 1 GG, wobei die Problematik hier allerdings nur angerissen werden kann. Ein Eingriff in die durch diese Vorschrift im Rahmen der Gesetze garantierte Baufreiheit⁴⁷ erfordert ein Gesetz, das auch die Entschädigung regelt (Art. 14 Abs. 3 Satz 2 GG). Während eine solche z. B. in §§ 18, 44 BBauG vorgesehen ist⁴⁸, fehlt eine entsprechende Festlegung in § 36 Abs. 1 Satz 1 BBauG. Eine Enteignung ist also aufgrund dieser Norm nicht möglich. Daher war die Rechtsprechung auch gezwungen, bei der Entschädigung für den Bürger auf die Regeln des enteignungsgleichen (= rechtswidrigen) Eingriffs zurückzugreifen⁴⁹, falls die Gemeinde ihr Einvernehmen trotz materieller Rechtmäßigkeit des Vorhabens verweigert hatte. Eine Duldungspflicht gegenüber solchen enteignungsgleichen Eingriffen besteht nicht⁵⁰. Umso mehr muß es der Gemeinde verwehrt sein, diesen enteignungsgleichen Eingriff erst mit Hilfe der Verwaltungsgerichte durchzusetzen.

Von einem anderen Aspekt gesehen: Art. 14 Abs. 1 GG enthält primär eine Bestandsgarantie, nicht nur (i. V. m. Art. 14 Abs. 3) eine Wertgarantie⁵¹. Der Bürger kann sich bereits dagegen wehren, daß die ihm nach materiellem Recht zustehende Baugenehmigung wieder aufgehoben wird. Ist doch selbst bei Änderung der materiellen Rechtslage nach Erteilung des Baubescheids eine Aufhebung unmöglich, falls (nur) ein Dritter Widerspruch einlegt und sich dabei auf die geänderte Rechtslage stützt⁵².

III.

Die Behandlung der Verweigerung des Einvernehmens im Verwaltungsprozeß. Lösungsvorschlag

1. Die Kritik mag genügen. Sie hat zu zeigen versucht, daß die h. M. in sich un schlüssig ist. Anhand ihres Grundwiderspruchs, einem rechtswidrigen Verhalten der Gemeinde zumindest zunächst prozessual zur Durchsetzung zu verhelfen, ließen sich wohl noch weitere Unstimmigkeiten aufzeigen.

Zur Vermeidung einer solchen Aporie böte sich theoretisch ein Rückgriff auf den Vorschlag an, auch im Rahmen der Verpflichtungsklage des Bauwerbers die Verweigerung des Einvernehmens als für das Gericht bindend zu erachten⁵³. Die Gegenargumente gegen diese Ansicht sind bereits oben I 2 a aufgeführt. Zudem löste diese Meinung nicht das Problem, daß das Handeln der Gemeinde in den verschiedenen Gerichtszweigen unterschiedlich als rechtmäßig und rechtswidrig zu qualifizieren wäre (vgl. II 3).

An dieser Diskrepanz würde auch der Vorschlag scheitern, dem Bürger einen selbstständig durchsetzbaren Anspruch gegen die Gemeinde auf Erteilung ihres Einvernehmens einzuräumen. Neben den bereits aufgeführten Gegenargumenten (vgl. I 1) ist zu berücksichtigen, daß zu-

43 Vgl. Nachweise bei Eyer mann-Fröhler, a.a.O., § 121, 10 a.

44 Redeker-von Oertzen, a.a.O., § 121, 10; Eyer mann-Fröhler, a.a.O., § 121, 19 ff.; Kopp, VwGO, § 121, 21.

45 Eyer mann-Fröhler, a.a.O., § 121, 35; Redeker-von Oertzen, a.a.O., § 121, 9; Kopp, VwGO, § 121, 12; Ule Verwaltungsprozeßrecht, § 59 II 2; BGHZ 9, 329; 10, 220; 20, 379, BGH, WM 76, 98.

45 a Das ist auch nach der Gegenmeinung (vgl. Nachweise bei Eyer mann-Fröhler, a.a.O. § 121, 10 a) so, da sich aus den unterschiedlichen Streitgegenstandsbegriffen nur dann eine Abweichung ergibt, wenn der erfolgreich Anfechtende später einen Haftungsprozeß anstrengt. Für die Frage, ob die anfechtende Gemeinde rechtmäßig gehandelt hat, ergeben sich jedoch keine Divergenzen. Daher ist für die hier interessierende Konstellation die Bindungswirkung jedenfalls gegeben.

46 BGHZ 20, 379 (382 f.).

47 von Münch-Friauf, Bes. Verwaltungsrecht, 5. Aufl. (1979), S. 497 f.

48 Vgl. Botsch, BayVbl. 1978, 133 für den Fall des § 33 BBauG.

49 BGHZ 65, 182.

50 Forsthoß, Allg. Verwaltungsrecht, 10. Aufl. (1973), S. 346, 349, 354; vgl. auch BGH, NJW 1976, 416 (417).

51 BVerfGE 38, 175 (181).

52 BVerwG, NJW 1970, 263; Kopp, VwGO, § 113, 26.

53 Siehe Fußn. 19.

mindest dann die Gefahr unterschiedlicher Einstufung des gemeindlichen Handelns in den verschiedenen Gerichtszweigen gegeben wäre, wenn der Bürger keine Klage auf Zustimmung der Gemeinde erhöhe. Wiederum würde dann die Gemeinde mit einer Anfechtungsklage durchdringen, während ihr Verhalten im Entschädigungsprozeß als rechtswidrig einzustufen wäre^{53 a}.

Dasselbe gilt für die Möglichkeit, dem Bürger ein Klage-recht auf Einschreiten der Kommunalaufsicht einzuräumen⁵⁴.

So bleibt als Ausweg nur, der Gemeinde im Anfechtungsprozeß gegen die Baugenehmigung den Erfolg zu versagen, obwohl sich die Genehmigungsbehörde über die Verweigerung des Einvernehmens hinweggesetzt hat.

2. Allerdings ist zu differenzieren. Das Abstellen lediglich auf die materielle Rechtslage im Augenblick der Antragstellung – wie es zum Teil vertreten wird (vgl. I 3 b) – würde das hinter dem § 36 Abs. 1 Satz 1 BBauG stehende Anliegen des Gesetzgebers und das darin verankerte materielle Recht der Gemeinden nicht hinreichend berücksichtigen. Zur sinnvollen Interpretation ist m. E. diese Norm in zwei Komponenten aufzuspalten. Sie beinhaltet eine materielle Berechtigung der Gemeinde und eine diese Befugnis absichernde formelle Seite⁵⁵.

a) Einmal zieht diese Vorschrift Folgerungen aus der vom GG und BBauG den Gemeinden zuerkannte Planungshoheit. Insoweit wird dem Umstand Rechnung getragen, „daß die gemeindliche Planung – und das gilt insbesondere für die kleineren, nicht oder nur beschränkt mit eigenen Planungskräften und sonstigen Fachkräften ausgestatteten Gemeinden – sich in der Regel nicht in einem Akt vollzieht. Gerade der Eingang eines Baugesuchs in einem noch nicht (abschließend) beplanten Gebiet kann einer Gemeinde berechtigten Anlaß geben, bisher unterlassene oder nur teilweise vorgenommene Planung mit Mitteln des BBauG zu vervollständigen. Ihre Beteiligung an der Entscheidung der Baugenehmigungsbehörde gibt ihr die tatsächliche Möglichkeit, einen bisher unterlassenen (oder noch nicht bestandskräftig gewordenen) Planungswillen in den Grenzen des BBauG zu betätigen. Sie darf jedoch Rechte aus ihrer Planungshoheit nur insoweit geltend machen, als die jeweils geltende materiell-rechtliche Ausgestaltung der Rechte des Bürgers auf bauliche Nutzung ihm nicht einen Rechtsanspruch auf Genehmigung seines Baugesuchs einräumt“⁵⁶.

Man wird zu ergänzen haben, daß der Gemeinde zur Fällung ihrer Entscheidung eine angemessene Frist zur Verfügung stehen muß⁵⁷.

§ 36 Abs. 1 Satz 1 BBauG soll also verhüten, daß die Gemeinde durch die Erteilung von Baugenehmigungen vor vollendete Tatsachen gestellt wird, die ihr eine Planung

nach ihrer Vorstellung unmöglich machen. Sie soll nicht deshalb in ihrem Planungsrecht beschnitten werden, weil sich bisher kein Anlaß zur Einleitung oder Änderung einer Planung für das betreffende Gebiet ergeben hatte, und sie von der Einreichung eines Baugesuchs, das Grund zur Planung (sänderung) gegeben hätte, nichts erfahren hatte. Dieses Ziel wird dadurch erreicht, daß die Gemeinde über beantragte Vorhaben rechtzeitig informiert werden muß, damit sie die Planung „aktivieren“ kann. Dieses Recht beinhaltet als Ausfluß der Planungshoheit⁵⁸ eine materielle Befugnis, aus deren Verletzung die Klagebefugnis und das Recht auf Aufhebung der Baugenehmigung resultieren.

Verhindern kann die Gemeinde ein Vorhaben dann, wenn sie einen Bebauungsplan aufstellt oder an ihm entsprechende Änderungen vornimmt bzw. vom Instrumentarium der §§ 14 f. BBauG Gebrauch macht. Damit nämlich verändert sie die materielle Rechtslage und macht das Vorhaben rechtswidrig; damit entfällt der Anspruch des Bürgers auf Baugenehmigung. Ihm steht dafür ein Anspruch auf Entschädigung wegen Enteignung zu (vgl. §§ 18, 44 BBauG). Nur bei dieser Interpretation – das wurde oben II 4 ausgeführt – ist der Junktimklausel Genüge getan.

Insofern trifft die das BVerwG kritisierende Gegenmeinung⁵⁹ teilweise nicht den Kern. § 36 Abs. 1 Satz 1 BBauG will sehr wohl der Gemeinde die Möglichkeit geben, Bauvorhaben, die nach bisherigem Recht zulässig waren, zu sperren, allerdings nur durch Änderung der materiellen Rechtslage mittels des genannten Instrumentariums. Die Norm sichert also die Befugnis der Gemeinde, für den bisher noch unbeplanten Bereich Pläne aufzustellen oder sie im geplanten Bereich zu ändern; die Gemeinde hat das materielle Recht auf rechtzeitige Information.

Nicht dagegen ist es Zweck der Vorschrift, der Gemeinde eine Prüfungs- und Entscheidungsfunktion bezüglich des konkreten Vorhabens einzuräumen. Zu einer solchen Kontrolle sind die Kreisverwaltungsbehörden oder die sonstigen damit befaßten Stellen (vgl. z. B. auch § 36 Abs. 1 Satz 3 BBauG) berufen.

Schwierigkeiten ergäben sich allerdings dann, wenn man annähme, die Gemeinde habe im Rahmen des § 36 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. §§ 33–35 BBauG (zusätzlich) einen Ermessensspielraum und ihr *deshalb* einen Vorrang bei der konkreten Entscheidung über die Rechtmäßigkeit eines Vorhabens einräumte. Ein solcher Ermessensspielraum ist jedoch in Übereinstimmung mit der h. A. wegen des Anspruchs des Bürgers nach Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG abzulehnen⁶⁰.

b) Die zweite Komponente des § 36 Abs. 1 Satz 1 BBauG ist formaler Natur; die Baugenehmigung darf nur erteilt werden, wenn die Gemeinde zugestimmt hat.

Die Verletzung lediglich dieser Komponente vermag jedoch nicht den Anspruch der Gemeinde auf Aufhebung der Baugenehmigung zu begründen, wie oben zu zeigen versucht wurde (vgl. II). Das hat das BVerwG inzwischen auch in einem etwas anderen Zusammenhang deutlich gemacht. Seiner Ansicht nach muß hinter dem Recht auf Einvernehmen oder hinter einer sonstigen Mitwirkungsbefug-

53 a Selbst wenn man unterschiedliche *Ergebnisse* deswegen nicht erhielt, weil wegen § 839 III (analog) BGB der Anspruch abzuweisen wäre, so änderte das nichts daran, daß der Tatbestand des § 839 BGB bzw. des enteignungsähnlichen Eingriffs gegeben wäre – also auch die Rechtswidrigkeit; es griffe lediglich ein rechtsvernichtender Tatbestand (vgl. RGZ 168, 172) ein.

54 Vgl. auch Fußn. 21.

55 Ansätze in dieser Richtung finden sich in BVerwGE 31, 263 (264 ff.), ohne daß dies als Modifikation der bisherigen Rechtsprechung bezeichnet wird, und in BGHZ 65, 182 (187). Auch BVerwG, BayVBl. 1966, 164 (165) spricht davon, daß sich schließlich das materielle Recht des Bauwerbers durchzusetzen habe, ohne das allerdings näher auszuführen.

56 BGHZ 65, 182 (185) unter Berufung auf BVerwGE 22, 342, BayVBl. 1966, 164, Ernst-Zinkahn-Bielenberg, a.a.O., § 36, 3.

57 Vgl. BVerwGE 22, 342 (346).

58 BVerwGE 31, 263 (264 ff.).

59 Insbesondere Schrödter, a.a.O., S. 183.

60 Z. B. BVerwG, DöV 1970, 349; vgl. auch Ernst-Zinkahn-Bielenberg, a.a.O., § 36, 18 § 35, 68 m. w. N. zur Gegenmeinung.

nis ein anderweit vorausgesetztes materielles Recht stehen, soll die Gemeinde auf die Verletzung der Mitwirkungsbezugnis erfolgreich einen Anspruch auf Aufhebung eines Verwaltungsakts stützen können⁶¹. Die hinter § 36 Abs. 1 Satz 1 BBauG stehende Planungshoheit⁶² kann sich nur innerhalb der für sie vorgesehenen Schranken verwirklichen. Damit ist auch der Aufhebungsanspruch der Gemeinde auf die Fälle beschränkt, in denen ihr Planungsrecht, d. h. ihr Recht auf rechtzeitige Information, verletzt wurde.

Das heißt umgekehrt, daß eine generelle Anwendung des § 46 VwVfG bzw. der entsprechenden Vorschriften des Landesrechts bei Vorliegen eines Verstoßes gegen § 36 Abs. 1 Satz 1 BBauG, wie sie z. T. vertreten wird⁶³, abzulehnen ist. Zwar sind unter Verfahrensfehlern auch Verstöße gegen Bestimmungen in den einzelnen Bundesgesetzen zu verstehen⁶⁴. Allenfalls aber bezüglich der zweiten Komponente ist § 46 VwVfG anwendbar, da lediglich insoweit reines Verfahrensrecht tangiert ist⁶⁵.

3. Gegen diese Zweiteilung läßt sich auch nicht mit Erfolg der Wortlaut des § 36 Abs. 1 Satz 1 BBauG anführen, eines der Hauptargumente der h. M., soweit sie die formelle Berechtigung der Gemeinde betont⁶⁶. Ebenso wenig greift der Hinweis auf die Entstehungsgeschichte⁶⁷. Diese formale Argumentation kann nämlich nicht die Unstimmigkeiten aufwiegen, wie sie oben als Konsequenz der h. M. gezeigt wurden. So hat auch der Gesetzgeber durch den Erlass des § 46 VwVfG zu erkennen gegeben, daß er formellen Vorschriften einen geringeren Stellenwert zumißt als materiellen Normen. Für den Spezialfall einer Identität zwischen Genehmigungsbehörde und Gemeinde hat inzwischen auch das BVerwG trotz des Wortlauts des § 36 Abs. 1 Satz 1 BBauG das Zustimmungserfordernis für entbehrlich gehalten⁶⁸.

4. Kann sich die Gemeinde im Anfechtungsprozeß gegen eine Baugenehmigung also nur auf die Verletzung materiellen Rechts berufen, so ist damit allerdings nicht entschieden, ob sie die Verletzung jedes materiellen Rechts geltend machen kann⁶⁹. Jedenfalls aber kann sie mit Erfolg ins Feld führen, ihr sei nicht die Gelegenheit gegeben worden, ihre Planungshoheit auszuüben, falls sie nicht rechtzeitig informiert wurde oder falls die Baugenehmigung erteilt wurde, obwohl die Gemeinde die materielle Rechtslage geändert hatte.

Gegen dieses Ergebnis sprechen nicht die oben (II) aufgeführten Argumente:

§ 46 VwVfG greift nicht ein, da insoweit eine materielle Berechtigung der Gemeinde in Frage steht. Daß die Baugenehmigungsbehörde auf jeden Fall rechtswidrig handelt und die Körperschaft, der ihr Handeln zugerechnet wird,

den folgenden Prozeß verliert, erklärt sich daraus, daß die Behörde ihrer Informationspflicht nicht nachgekommen ist. Sie hat also den Grund für die Rechtswidrigkeit des Handelns selbst gesetzt und hätte diese vermeiden können. In diesem Fall kann auch nicht mit der Einheit der Rechtsordnung argumentiert werden. Die Unterrichtung der Gemeinde ist vom Gesetz gefordert. Die Durchsetzung dieses Rechts ist folglich auch nicht rechtswidrig und vermag keine Schadensersatzpflicht auszulösen. Ebenso wenig ist eine Prozeßserie zu befürchten. Eine zweite Anfechtungsklage der Gemeinde (nach erneuter Erteilung der Baugenehmigung) ist nicht erfolgreich, da die nähere Information der Gemeinde im ersten Prozeß erfolgt ist.

Desgleichen ist das Recht des Bürgers aus Art. 14 Abs. 1 GG (Bestandsschutz) nicht tangiert. Denn die Gemeinde stützt ihr Aufhebungsbegehren nicht auf eine nachträgliche Rechtsänderung, sondern auf die Verletzung ihres Informationsrechts; die Baugenehmigung war bereits bei der Erteilung rechtswidrig.

IV.

Die Behandlung des § 36 Abs. 1 Satz 1 BBauG im Verwaltungsverfahren

Die geschilderte prozessuale Situation hat Auswirkungen auch auf das Verwaltungsverfahren. Kann eine der materiellen Rechtslage entsprechende, nach Information der Gemeinde erteilte Genehmigung nicht allein wegen des fehlenden Einvernehmens der Gemeinde vom Gericht aufgehoben werden, so ist die Baugenehmigungsbehörde verpflichtet, dem Gesuch zu entsprechen. Eine Ablehnung hätte zur Konsequenz, daß die Körperschaft, der das Handeln der Genehmigungsbehörde zugerechnet wird, sich schadensersatz- bzw. entschädigungspflichtig macht. Denn der Bürger hat ein Recht darauf, die beantragte Genehmigung in angemessener Zeit zu erhalten⁷⁰.

Nicht zu überzeugen vermag die zum Teil vorgeschlagene Differenzierung, wonach im Verwaltungsprozeß keine Bindung gegeben sei, die Baugenehmigungsbehörde sich während des Verwaltungsverfahrens aber nicht über die Verweigerung hinwegsetzen könne (vgl. I 3 a. E.). Diese Ansicht hätte nämlich zur Konsequenz, daß der Gemeinde zur Durchsetzung ihres Planungsrechts kein effektiver Rechtsschutz zur Seite stünde. Trotz Verletzung der Informationspflicht durch die Genehmigungsbehörde hätte die Gemeinde keine Möglichkeit, eine einmal erteilte Baugenehmigung zu Fall zu bringen, wenn diese der im Augenblick der Erteilung geltenden Planung entsprochen hätte. Die Möglichkeit, durch Planänderung das Vorhaben zu verhindern, wäre der Gemeinde damit entzogen. Ohne die Aufhebung ihrer Entscheidung befürchten zu müssen, könnte die Baugenehmigungsbehörde sich so über das Planungsrecht der Gemeinde hinwegsetzen^{70a}.

Erweist sich diese Differenzierung schon aus dem vorgenannten Grund als unzureichend, so ist umgekehrt keine

61 BVerwGE 31, 263 (264 ff.) zu § 36 BBauG.

62 BVerwG, a.a.O.; vgl. auch *OVG Rheinland-Pfalz*, *VerwRspr.* 26 (1975) Nr. 91.

63 Vgl. Fußn. 26.

64 *Kopp*, *VwVfG*, § 46, 2.

65 Diese Anwendung setzt allerdings voraus, daß man bei Eingreifen des § 46 VwVfG schon die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts verneint. Andernfalls ergäbe sich wieder die in II 3 ausgeführte unterschiedliche Beurteilung des Handelns der Gemeinde, was freilich hier – da die Klage der Gemeinde abgewiesen würde – nicht zu der oben geschilderten Unstimmigkeit im Ergebnis führen würde. Die Annahme eines „neuartigen richterlichen Ermessens“ (*Götz*, *NJW* 1976, 1429) eröffnete aber sogar die Möglichkeit unterschiedlicher Ergebnisse.

66 BVerwGE 22, 342 (346) m. w. N.

67 A.a.O.

68 BVerwGE 45, 207 ((212)); a. A. noch BVerwG, *DÖV* 1969, 146.

69 Dies ist die Frage der Klagebefugnis eines Dritten; diesem Problem kann hier nicht näher nachgegangen werden.

70 *Palandt-Thomas*, a.a.O., § 839, 15 unter „Baubehörde“. Freilich würde die Annahme einer Haftung nach § 839 BGB bedingen, daß sich die höchstrichterliche Rechtsprechung im Sinn der hier vertretenen Meinung ändert, da sonst das Verschulden des Amtswalters der Genehmigungsbehörde zu verneinen wäre (*Palandt-Thomas*, a.a.O., § 839, 6).

70a Zumindest, wenn eine Vorschrift, wonach der Bauantrag nur über die Gemeinde eingereicht werden kann, im Landesrecht fehlt oder die Fehlerfolge nur Rechtswidrigkeit, nicht Nichtigkeit ist. Bei bloßer Rechtswidrigkeit hätte die Gemeinde kein Klagerecht aus den landesrechtlichen Beteiligungsvorschriften (vgl. *Koch-Modolovsky* BayBO 8. Aufl. (1978) Art. 91.7.3); das aus der Planungshoheit fließende Beteiligungsrecht der Gemeinden hat seinen Niederschlag in § 36 Abs. 1 S. 1 BBauG gefunden, nicht in den sicherheitsrechtlichen Vorschriften der Landesbauordnungen.

Notwendigkeit für eine Bindung während des Verwaltungsverfahrens zu erkennen. Dem hinter § 36 Abs. 1 Satz 1 BBauG stehenden Recht der Gemeinde ist durch die Information Genüge getan. Es fehlt an einem überzeugenden Grund, die Genehmigungsbehörde zu zwingen, eine von ihr als rechtswidrig erkannte Entscheidung zu erlassen. Zeigt sich schon, daß ein Festhalten am Wortlaut des § 36 Abs. 1 Satz 1 BBauG im Verwaltungsprozeß unmöglich ist, so vermag dieser Wortlaut auch im Rahmen des Verwaltungsverfahrens kein entscheidendes Argument mehr abzugeben.

Was für die Erteilung der Baugenehmigung gilt, muß auch Anwendung finden für das parallel gelagerte Problem einer Auskunft über die Bebaubarkeit. Es wäre also – entgegen der Ansicht der BGH – nicht darauf angekommen, ob die Gemeinde ihr Einvernehmen verweigert hätte oder nicht. Entscheidend wäre gewesen, ob sie den Plan geändert oder dies angekündigt hätte. Die bloße Verweigerung des Einvernehmens hätte die Genehmigungsbehörde dagegen nicht von einer eigenen Prüfung und Entscheidung befreit, auch nicht von der Schadensersatzpflicht für die Falschauskunft^{70b}.

Eine weitere Frage ist, ob durch die hier vorgeschlagene Lösung auch die Grundsätze, die der BGH über die Haftung bei Verweigerung des Einvernehmens aufgestellt

hat⁷¹, modifiziert werden. Wendet man nicht die Regeln über das Dazwischentreten Dritter an⁷², so ist das zu verneinen, da die Kausalität des Handelns der Gemeinde für den Schaden weiterhin gegeben ist; es liegt dann ein Fall der Gesamtschuld vor⁷³.

V.

Zusammenfassung

Zum Schluß seien kurz die Ergebnisse zusammengestellt:

1. § 36 Abs. 1 Satz 1 BBauG enthält zwei Komponenten: Erstens das materielle Recht der Gemeinde auf rechtzeitige Information über eingereichte Bauvorhaben und zweitens die formelle Befugnis, daß die Baugenehmigung nur mit ihrem Einvernehmen erteilt werden darf.

2. Lediglich die Verletzung der Informationspflicht eröffnet eine im Ergebnis erfolgreiche Klage für die Gemeinde.

3. Hat die Gemeinde ihr Einvernehmen verweigert, obwohl das Vorhaben den Normen des materiellen und formellen Baurechts entspricht, so darf die Baugenehmigungsbehörde das Gesuch des Bauwerbers nicht abschlägig verbescheiden; andernfalls haftet die Körperschaft, der ihr Handeln zugerechnet wird, nach den Grundsätzen des Staatshaftungsrechts.

^{70b} Auch wenn man sich der hier vertretenen Auslegung des § 36 Abs. 1 Satz 1 BBauG nicht anschließt, so kann der Entscheidung des BGH auch aus anderen Gründen nicht gefolgt werden. Das Gericht interpretiert nämlich das – nicht unstrittige – Recht auf Auskunft (vgl. *Wolff-Bachof*, Verwaltungsrecht I, 9. Aufl. [1974], § 54 II a 3) in ein Recht auf eine bestimmte Auskunft um, was mit dem Zweck der Auskunft – Beratung des Bürgers (*Badura* in *Erichsen-Martens*, Allg. Verwaltungsrecht, 4. Aufl. (1979), S. 295 – kaum vereinbar sein dürfte. Der Klage auf eine bestimmte Auskunft fehlte zudem das Rechtsschutzbedürfnis. Wegen des Interncharakters des Einvernehmens (vgl. I 1) hätte die Klägerin im Wege der Leistungs- oder Verpflichtungsklage nämlich nur gegen die Körperschaft vorgehen können, der das Handeln der Baugenehmigungsbehörde zugerechnet wird. Die Rechtskraft des Urteils hätte sich dann auch auf die Gemeinde erstreckt (vgl. I 2 b). Gegenüber einer solchen Klage wäre allerdings eine Verpflichtungsklage auf einen Vorbescheid (vgl. z. B. Art. 92 I Bay BO, § 84 I NRW BauO) oder eine Baugenehmigung vorrangig. Bei diesen ist nach erfolgreicher Klage ein Widerruf der Genehmigung nicht möglich (*Kopp*, VwGO, § 121, 16.), der Bürger kann also innerhalb einer bestimmten Frist bauen. Ein der Klage auf eine bestimmte Auskunft stattgebendes Urteil würde dagegen die Behörde nur verpflichten, die Auskunft zu erteilen; da die Auskunft die Behörde aber nicht bindet (*Kopp*, VwVfG, § 38, 2), kann eine spätere Entscheidung der Behörde über ein dann zu behandelndes Baugesuch von der Auskunft abweichen (wenn die Behörde z. B. zu der Ansicht kommt, es sei doch nur eine zweigeschossige Bebauung zulässig). Falls das an das Auskunftsurteil nicht gebundene Gericht einer Verpflichtungsklage des Bürgers nicht nachgibt, bleibt diesem lediglich die Möglichkeit, wegen der Falschauskunft Schadensersatz zu verlangen (*Kopp*, a.a.O.). Bei dem vom BGH geforderten Vorgehen ist der Bürger also nicht davor gefeit, einen zweiten Rechts-

streit führen zu müssen, dessen Ergebnis zudem nicht durch den ersten präjudiziert ist.

Unklar bleibt, ob die Klägerin trotz der Falschauskunft im Endeffekt leer ausgeht, falls ihr der vom BGH verlangte Beweis mißlingt. Haftet dann die Gemeinde aufgrund der vermuteten Verweigerung ihres Einvernehmens? Selbst wenn man aufgrund rechtmäßigen oder schuldlosen Alternativverhaltens eine Unterbrechung der Zurechnung annimmt (der BGH hätte auf diese Institute anstatt auf das Fehlen der Kausalität abstellen sollen), so wird die Pflicht zum Schadensersatz nicht beseitigt, wenn das hypothetische Ereignis lediglich einen Anspruch gegen einen Dritten ausgelöst hätte (*Palandt-Heinrichs*, a.a.O., vor § 249, 5 f cc).

Aus dem soeben angedeuteten Grund kann sich der beklagte Kreis jedenfalls nicht auf schuldloses Alternativverhalten seines Bediensteten berufen, auch wenn dieser bei Beachtung der bisherigen höchstrichterlichen Rechtsprechung schuldlos gehandelt hätte (vgl. Fußn. 70). Zudem stellt die Rechtsprechung bei Entscheidungen von Verwaltungsbehörden darauf ab, wie die Entscheidung richtigerweise hätte ausfallen müssen, lehnt also die Beachtung des schuldlosen Alternativverhaltens ab (z. B. RG, DR 1939, 1007 [1009]; *RGRK-Kraft*, 11. Aufl. [1960], § 839, 50; *Soergel-Stiebert-Glaser*, 10. Aufl. [1969], § 839, 200; a. A. insbes. *Hanau*, Die Kausalität der Pflichtwidrigkeit, 1971, S. 107 ff.).

⁷¹ BGHZ 65, 182.

⁷² Vgl. *Palandt-Heinrichs*, a.a.O., vor § 249, 5 e bb.

⁷³ *Palandt-Thomas*, a.a.O., § 839, 7 e.