

**bauungsplan, dessen Festsetzungen das Bauvorhaben widerspricht und auf dessen Inhalt die Verweigerung des Einvernehmens gestützt wird, unwirksam ist, auch wenn dies gerichtlich noch nicht festgestellt wurde (Fortführung von Senatsurteil vom 16. 9. 2010 III ZR 29/10, BGHZ 187, 51 = BayVBl. 2011, 220).**

**BGH, Urteil vom 25. 10. 2012 III ZR 29/12**

(Entscheidung mit Gründen bereits abgedruckt in BayVBl. 2013, 219 f.)

### Anmerkung

Auf den ersten Blick erschöpft sich das Urteil vom 25. 10. 2012 in der Bestätigung der Rechtsprechungsänderung zur haftungsrechtlichen Relevanz des gemeindlichen Einvernehmens, die der BGH mit seiner grundlegenden Entscheidung vom 16. 9. 2010<sup>1</sup> vollzog. Und in der Tat dürfte nun endgültig feststehen: Durch die rechtswidrige Verweigerung des nach § 36 Abs. 1 BauGB erforderlichen Einvernehmens verletzt die Gemeinde keine drittgerichtete Amtspflicht im Sinne des § 839 Abs. 1 BGB und macht sich auch nicht nach enteignungsrechtlichen Grundsätzen entschädigungspflichtig.

Doch der III. Zivilsenat geht mit seinem neuen Urteil in Sachen Einvernehmen bei näherem Hinsehen weit darüber hinaus, bereits Entschiedenes zu bestätigen. Denn die Sachverhalte unterscheiden sich in einem vermeintlich kleinen, aber bedeutsamen Detail: Die staatliche Baugenehmigungsbehörde im zu besprechenden Fall musste nicht nur das zu Unrecht verweigerte Einvernehmen ersetzen, sondern zugleich den rechtswidrigen und unwirksamen einfachen Bebauungsplan der Gemeinde „beseitigen“, um den beantragten Vorbescheid erteilen zu können. Geradezu lapidar heißt es dazu am Ende der Entscheidungsgründe, dass die Baugenehmigungsbehörde zunächst die Amtspflicht gehabt habe, für eine Aufhebung des Bebauungsplans zu sorgen, um dann anschließend das gemeindliche Einvernehmen zu ersetzen und die beantragte Genehmigung (gemeint ist der Vorbescheid) zu erteilen. *En passant* „entdeckt“ der BGH also eine neue drittgerichtete Amtspflicht der Baugenehmigungsbehörde: die Pflicht, den als unwirksam erkannten Bebauungsplan der Gemeinde zu „beseitigen“. Bei den Modalitäten der Pflichterfüllung wird differenziert: Zunächst seien die Gemeinde und die Kommunalaufsicht zu unterrichten. Sollte die Gemeinde an ihrem Plan dennoch festhalten, könne die Kommunalaufsicht die unwirksamen Satzungsbeschlüsse beanstanden und deren Aufhebung verlangen. Schließlich komme auch – soweit die Frist des § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO noch nicht abgelaufen sei – ein eigener Normenkontrollantrag der Baugenehmigungsbehörde in Betracht.

Die Sprengkraft der vom BGH behaupteten Amtspflicht zur Planbeseitigung zeigt sich bei genauer Betrachtung der einzelnen Pflichterfüllungsvarianten. Ohne Bedenken kann man dem BGH noch folgen, wenn es um die Unterrichtung der Gemeinde geht. Eine solche Amtspflicht wurde bereits früher angenommen<sup>2</sup> und es erscheint auch konsequent, dass die Baugenehmigungsbehörde Anträge nicht sofort ablehnen darf, wenn sie erkannt hat, dass ihnen lediglich eine nichtige gemeindliche Planung entgegensteht. Vielmehr muss sie das Verfahren aussetzen<sup>3</sup> und die Gemeinde über ihre rechtlichen Bedenken unterrichten<sup>4</sup>. Da dies vor allem den Interessen des Antragstellers im Genehmigungsverfahren dient, ist die Pflicht drittgerichtet. Schwierigkeiten bereitet die Pflichterfüllung indes, wenn sich die Gemeinde weigert, ihre nichtige Satzung

§ 839 BGB; § 36 BauGB; Art. 74 BayBO a. F. (Amtspflicht; Baugenehmigungsverfahren; Verweigerung des gemeindlichen Einvernehmens; Ersetzung durch Baugenehmigungsbehörde; unwirksamer Bebauungsplan)

#### Amtlicher Leitsatz:

**Im Baugenehmigungsverfahren obliegen der Gemeinde bei der Verweigerung des gemeindlichen Einvernehmens nach § 36 Abs. 1 BauGB keine den Bauwilligen schützenden Amtspflichten, wenn die Baugenehmigungsbehörde nach § 36 Abs. 2 Satz 3 BauGB i. V. m. landesrechtlichen Vorschriften das rechtswidrig verweigerte Einvernehmen ersetzen kann. Dies gilt auch dann, wenn der (einfache) Be-**

<sup>1</sup> BGH, Ur. v. 16. 9. 2010, BayVBl. 2011, 220; vgl. dazu *Baden*, IPR 2011, 51; *ders.*, KommunalPraxis BY 2011, 64 ff.; *Jeromin*, BauR 2011, 456 ff.; *Schlarmann/Krappel*, NVwZ 2011, 215 ff.; *Schrader*, VBIBW 2011, 146 f.; *Greim/Michl*, Jura 2012, 373/374 ff.; *Schröder/Kullick*, NZBau 2012, 31 f.

<sup>2</sup> BGH, Ur. v. 10. 4. 1986, DVBl. 1986, 1264/1265 f. = BayVBl 1987, 92 (insoweit nur Leitsatz); Beschl. v. 20. 12. 1990, ZfBR 1991, 77 (insoweit nur Leitsatz), zitiert nach juris; zur Unterrichtung des Antragstellers BGH, Ur. v. 20. 10. 1977, DVBl. 1978, 146/147.

<sup>3</sup> Dazu *Steiner*, DVBl. 1987, 483/486.

<sup>4</sup> So im Anschluss an den BGH auch *OVG Saarland*, DÖV 1990, 152/154; zusammenfassend *Greim/Michl*, Jura 2012, 373/378.

aufzuheben. Denn die Bauaufsichtsbehörde kann im Genehmigungsverfahren nun zunächst nicht fortfahren. Sie steht vor einem Dilemma: An der Erteilung der beantragten Genehmigung ist sie einerseits gehindert, da sie gemeindliche Satzungen grundsätzlich zu beachten hat, auch wenn sie nichtig sind. Andererseits riskiert sie bei Ablehnung des Antrags einen Haftungsfall. Das OLG München gab sich als Vorinstanz pragmatisch und zerschlug kurzerhand den gordischen Knoten. Die Baugenehmigungsbehörde dürfe die als nichtig erkannte gemeindliche Norm verwerfen, um sich aus dieser „paradoxe[n] Situation“ zu befreien<sup>5</sup>. Dem tritt der BGH ausdrücklich entgegen. Die Baugenehmigungsbehörde habe grundsätzlich keine Kompetenz zur Verwerfung eines unwirksamen Bebauungsplans. Damit lehnt er nun *expressis verbis* eine Normverwerfungskompetenz der Verwaltung ab; in der bisherigen Judikatur des BGH war dies keineswegs eindeutig<sup>6</sup>. Ihrer Amtspflicht zur Planbeseitigung könne die Behörde – so der BGH – durch aufsichtliche Mittel oder durch einen Normenkontrollantrag nach § 47 VwGO nachkommen. In der Tat kann der unwirksame Plan so beseitigt und anschließend die Genehmigung (ggf. unter Ersetzung des Einvernehmens) erteilt werden. Handelt die Baugenehmigungsbehörde aber einer drittgerichteten Amtspflicht zuwider, wenn sie nicht aufsichtlich einschreitet und auch keinen Normenkontrollantrag stellt? Bei § 47 VwGO lässt sich bereits an der Amtspflicht zweifeln,<sup>7</sup> denn die Normenkontrolle ist nicht das einzige Mittel, den Bebauungsplan zu überwinden. Vielmehr kann der Bürger auch im Verpflichtungsprozess eine Inzidentkontrolle erreichen. Sinn und Zweck der behördlichen Normenkontrolle sprechen darüber hinaus gegen die Drittgerichtetheit einer etwaigen Amtspflicht. Denn das Verfahren dient, wenn es durch eine Behörde eingeleitet wird, nur dem Interesse der Allgemeinheit an Rechtssicherheit; es ist dann ein objektives Rechtsbeanstandungsverfahren<sup>8</sup> in Reinform<sup>9</sup>. Ebenso dient die Kommunalaufsicht allein dem öffentlichen Interesse an der Rechtmäßigkeit des Gemeindehandelns, nicht den Interessen des einzelnen. Daher kann der Bürger aufsichtliches Einschreiten nicht verlangen<sup>10</sup>.

Wenn der BGH davon ausgeht, dass sich die Baugenehmigungsbehörde dann amtschaftungspflichtig macht, wenn sie den Bebauungsplan nicht nach § 47 VwGO oder im Wege aufsichtlicher Maßnahmen beseitigen lässt bzw. – bei Identität von Baugenehmigungs- und Aufsichtsbehörde – beseitigt, kann er dies nur als Ausnahme zu den aufgezeigten Grundsätzen begründen. Eine solche Begründung lässt das Urteil aus dem Oktober 2012 aber gänzlich vermissen. Das mag zum einen daran liegen, dass im entschiedenen Fall die Gemeinde und nicht der Rechtsträger der Genehmigungsbehörde verklagt wurde. Dennoch war die Frage entscheidungserheblich, verneint der BGH doch die Amtspflicht der Gemeinde mit dem Verweis auf eine angebliche Amtspflicht der Baugenehmigungsbehörde. Zum anderen differenziert der BGH nicht deutlich zwischen der Ersetzung des Einvernehmens nach § 36 Abs. 2 Satz 3 BauGB und der Erteilung der Genehmigung (bzw. des Vorbescheids) nach den landesrechtlichen Vorschriften (Art. 68 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 BayBO). Bau- wie haftungsrechtlich müssen diese Aspekte des Genehmigungsverfahrens auseinandergehalten werden. Die Baugenehmigungsbehörde ist an den Bebauungsplan nämlich nicht wegen § 36 Abs. 1 BauGB gebunden. Vielmehr gestaltet der Bebauungsplan selbst die Baurechtslage (vgl. § 30 BauGB), die bei der Prüfung der städtebaurechtlichen Zulässigkeit des Vorhabens zugrunde zu legen ist. Das gilt auch für andere Satzungen, vor allem für die Veränderungssperre nach § 14 BauGB. Gleichermaßen von der BGH-Entscheidung betroffen sind daher die Fälle der nichtigen, aber von der Genehmigungsbehörde zu beachtenden Veränderungssperre als wichtigster Unterfall der sog. faktischen Veränderungssperre<sup>11</sup>. Das Einvernehmen nach § 36 BauGB ist hingegen „Surrogat für den fehlenden oder noch fehlenden Bebauungsplan“<sup>12</sup>, auch prüfungssystematisch also ein nachgelagerter Punkt, dem bei Existenz eines Bebauungsplans – soweit dieser Festsetzungen enthält (vgl. § 30 Abs. 3 BauGB) – keine Bedeutung zukommt. Der Verweis auf die neue BGH-Rechtsprechung zu § 36 Abs. 2 Satz 3 BauGB kann daher die Pflicht zur Satzungs-beseitigung nicht begründen. Denn die Auslegung dieser Vorschrift als Befugnis- und nicht als Ermessensnorm<sup>13</sup> hat nur in ihrem Anwendungsbereich Relevanz. Die Ersetzung des Einvernehmens überwindet aber nicht das entgegenstehende Satzungsrecht der Ge-

meinde. Auch ist die Ersetzung nicht das eigentliche Ziel des Antragstellers; dieser begehrt vielmehr die Genehmigung. Die Rechtsprechung des BGH zu § 36 Abs. 2 Satz 3 BauGB strahlt nicht etwa auf das übrige Genehmigungsverfahren aus, da die Vorschrift dieses nicht betrifft.

Für die Satzungs-beseitigung sind die jeweils einschlägigen „Beseitigungsnormen“, also § 47 VwGO und die landesrechtlichen Aufsichtsbestimmungen (Art. 112, 113 GO) maßgebend. In der Praxis dürfte der behördliche Normenkontrollantrag nicht zuletzt wegen der Jahresfrist des § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO die Ausnahme sein. Außerdem ist die Behörde grundsätzlich nicht verpflichtet, einen Normenkontrollantrag zu stellen. Eine solche Pflicht müsste der BGH begründen. Vor einem vor-schnellen Rückgriff auf Art. 14 GG sei aber gewarnt: Zum einen gewährleistet Art. 14 GG Eigentum nur, soweit es der Gesetzgeber gewährt<sup>14</sup>, zum anderen kann der Bauherr selbst seinen Anspruch auf Baugenehmigung im Verpflichtungsprozess verwirklichen. Von einer gesetzgeberischen Vernachlässigung der Privatnützigkeit des Eigentums kann also keine Rede sein. Daher ist es auch nicht verfassungsrechtlich geboten, eine Pflicht zur Antragstellung nach § 47 VwGO zu konstruieren.

Ähnliche Erwägungen gelten bei der Kommunalaufsicht: Ein Recht auf kommunalaufsichtliches Tätigwerden ist weder im Verwaltungs- noch im Haftungsrecht anerkannt<sup>15</sup>. Zudem hat die Aufsichtsbehörde Entschließungsermessens; es gilt das Opportunitätsprinzip<sup>16</sup>. Konstruierte man aus – eher diffusen<sup>17</sup> – grundrechtlichen Überlegungen heraus einen Anspruch des Bürgers auf Beanstandung und ggf. Ersatzvornahme, würde das Konzept der Aufsicht auf den Kopf gestellt. Die Kommunalaufsicht könnte auf diesem Wege auch mit Blick auf andere Grundrechtspositionen zu einer außergerichtlichen Rechtsbehelfsstelle werden. Es droht ein „allgemeiner Gesetzesvollzugsanspruch“<sup>18</sup>, den weder das Kommunalrecht noch das verwaltungsrechtliche Rechtsschutzsystem im Allgemeinen vorsieht. Auch ist – wie bei § 47 VwGO – gerade die Eigentums-garantie des Art. 14 GG als normgeprägte Gewährleistung ein denkbar schlechter Anknüpfungspunkt für eine vermeintlich gebotene grundrechtskonforme Auslegung des Kommunalaufsichtsrechts. Dass es eine unverhältnismäßige Vernachlässigung der Privatnützigkeit des Eigentums sein soll, den Bauherrn auf den Verpflichtungsprozess zu verweisen, vermag kaum zu überzeugen. Letztlich geht es nur um Verzögerungsschäden; die eigentumsrechtlich geschützte Position – der Geneh-

5 OLG München, Urt. v. 22. 12. 2011 Az. 1 U 758/11, zitiert nach juris.

6 Offengelassen: BGH, Urt. v. 10. 4. 1986, DVBl. 1986, 1264/1266 = BayVBl. 1987, 92 (insoweit nur Leitsatz); Urt. v. 25. 3. 2004, BayVBl. 2005, 156; deutlicher: BGH, Beschl. v. 20. 12. 1990, ZfBR 1991, 77 (insoweit nur Leitsatz), zitiert nach juris; gegen eine Normverwerfungskompetenz ausdrücklich BayVGh, Urt. v. 1. 4. 1982, BayVBl. 1982, 654; Urt. v. 16. 11. 1992, BayVBl. 1993, 626; in der Tendenz auch BVerwG, Urt. v. 31. 1. 2001, BayVBl. 2001, 440/442 f.; a. A. OVG Nds., Urt. v. 15. 11. 1999, DVBl. 2000, 212/213.

7 Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 4 RdNr. 68.

8 Vgl. Kopp/Schenke, VwGO, 18. Aufl. 2012, § 47 RdNr. 3.

9 Vgl. auch BayVGh, Urt. v. 16. 11. 1992, BayVBl. 1993, 626/627: „im allgemeinen Interesse liegende Klärung von Streitfragen“.

10 Aus haftungsrechtlicher Perspektive: Papier, in: MüKo-BGB, 5. Aufl. 2009, § 839 RdNr. 258; Wöstmann, in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2012, § 839 RdNr. 180 jeweils m. w. N.; aus kommunalrechtlicher Sicht: Burgi, Kommunalrecht, 4. Aufl. 2012, § 8 RdNr. 30; Geis, Kommunalrecht, 2. Aufl. 2011, § 24 RdNr. 36 f.; Schmidt, Kommunalrecht, 2011, RdNr. 688; Gern, Deutsches Kommunalrecht, 1994, RdNr. 804; zur Bescheidung einer Aufsichtsbeschwerde soll die Behörde aber verpflichtet sein, vgl. BGH, Urt. v. 29. 11. 1954, BGHZ 15, 305/309 f.

11 Vgl. Greim/Michl, Jura 2012, 373/377 m. w. N.

12 Roeser, in: Berliner Kommentar zum BauGB, § 36 RdNr. 10 (Stand: Dezember 2011).

13 BGH, Urt. v. 16. 9. 2010, BayVBl. 2011, 220/221.

14 Vgl. Bryde, in: von Münch/Kunig, GG, 6. Aufl. 2012, Art. 14 RdNr. 56 m. N. aus der Rechtsprechung des BVerfG.

15 Vgl. die Nachweise in Fußn. 10.

16 Geis, Kommunalrecht, 2. Aufl. 2011, § 24 RdNr. 4; Schmidt, Kommunalrecht, 2011, RdNr. 737; Gern, Deutsches Kommunalrecht, 1994, RdNr. 804.

17 Zu den eigentumsdogmatischen Schwächen bei BGH, Urt. v. 16. 9. 2010, BayVBl. 2011, 220 vgl. die zutreffende Kritik von Jäde, UPR 2011, 125/126 f.

18 Schmidt, Kommunalrecht, 2011, RdNr. 689.

migungsanspruch (Art. 68 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 BayBO) – wird nur mit Blick auf ihre zeitliche Durchsetzbarkeit geschmälert. Hinzu kommt ein Mindestmaß an *judicial self-restraint*, das sich der BGH mit Blick auf seine Funktion als oberster Gerichtshof des Bundes bei der Auslegung von Landesrecht auferlegen sollte. Es spricht für sich, dass der BGH im Urteil vom 25.10.2012 gar nicht versucht hat, die von ihm behauptete Amtspflicht zu begründen. Denn es fehlte ihm – anders als bei § 36 Abs. 2 Satz 3 BauGB – der bundesrechtliche Anknüpfungspunkt. Wurde bereits die Marginalisierung der landesrechtlichen Ersetzungsbestimmungen (Art. 67 BayBO) als unangemessener Eingriff des Bundesgerichts in landesrechtliche Angelegenheiten empfunden<sup>19</sup>, so dürfte der Aufschrei bei einer allzu eigenmächtigen Auslegung des Kommunalrechts umso größer sein.

Eine drittgerichtete Amtspflicht zur Satzungsbeseitigung ist auch unter rechtspolitischen Gesichtspunkten kaum wünschenswert. Den Gemeinden wird dadurch allzu vorschnell das Haftungsrisiko abgenommen, so dass eine entscheidende Funktion des Staatshaftungsrechts – nämlich Disziplinierung im Vorfeld von Schäden – im Bereich der gemeindlichen Bauleitplanung völlig entfällt. Illustriert sei dies am praxisrelevanten Problem der sog. faktischen Veränderungssperre: Die Gemeinde erlässt eine rechtswidrige und damit nichtige Veränderungssperre, um ein an sich genehmigungsfähiges Vorhaben zu verhindern. Daraufhin versagt die Baugenehmigungsbehörde – nach ergebnisloser Unterrichtung der Gemeinde über ihre rechtlichen Bedenken – die beantragte Genehmigung, da sie die Veränderungssperre nicht einfach werfen darf. Setzt man die Auffassung des BGH auf diesen Fall konsequent um, würde die Gemeinde nicht für die Verzögerungsschäden des Bauherren haften, da die Genehmigungsbehörde ihrer Amtspflicht nicht nachgekommen ist, die Veränderungssperre in einem Normenkontrollverfahren oder durch Aufsichtsmaßnahmen zu beseitigen. Die Amtspflicht der Baugenehmigungsbehörde zur Satzungsbeseitigung ist also ein haftungsrechtlicher „Freifahrtschein“ für gemeindliche Verhinderungsplanung.

Die BGH-Entscheidung ist mit Blick auf das gemeindliche Einvernehmen konsequent. Hinsichtlich der Amtspflicht zur Planbeseitigung leidet sie aber an erheblichen Begründungsdefiziten. Höchst zweifelhaft ist, ob sich eine solche Amtspflicht überhaupt *de lege lata* begründen lässt. Offenbar verkennt der BGH auch, welche Wechselwirkungen zwischen haftungsrechtlicher Judikatur – die notgedrungen kasuistisch ist<sup>20</sup> – und der Dogmatik des Verwaltungsrechts bestehen. Mit der Pflicht zur Satzungsbeseitigung ist der BGH einen Schritt zu weit gegangen; mehr Rücksicht auf die gefestigten Strukturen des Verwaltungsrechts, insbesondere des Kommunalaufsichtsrechts, wäre dringend angezeigt gewesen. Nimmt man den BGH beim Wort und überträgt haftungsrechtliche Wertungen in den verwaltungsrechtlichen Bereich, muss es künftig einen Anspruch des Bürgers auf Einleitung eines Normenkontroll- oder Aufsichtsverfahrens geben. Der Verpflichtungsprozess, in dem eine Baugenehmigung nach der Grundsystematik des Verwaltungs(prozess)rechts zu erstreiten ist, bekäme unverhoffte – und unerwünschte<sup>21</sup> – Konkurrenz. Es bleibt abzuwarten, ob sich für den BGH in nächster Zeit eine Gelegenheit bietet, sich erneut mit der haftungsrechtlichen Relevanz eines nichtigen Bebauungsplans im Genehmigungsverfahren zu befassen. Im Sinne einer möglichst parallelen Handhabung von Haftungs- und Verwaltungsrecht ist zu hoffen, dass er seinen Kurs korrigiert und von einer Amtspflicht zur Satzungsbeseitigung Abstand nimmt.

*Rechtsreferendar Fabian Michl, Regensburg*

<sup>19</sup> Vgl. *Molodowsky*, in: Koch/Molodowsky/Famers, BayBO, Art. 67 RdNrn. 21a f. (Stand: Februar 2011); *Jäde*, UPR 2011, 125/127 f.; der bayerische Gesetzgeber hat mit dem Gesetz zur Änderung der Bayerischen Bauordnung und des Baukammergesetzes vom 11. 12. 2012 (GVBl. S. 633) auf die BGH-Rechtsprechung bereits reagiert und Art. 67 BayBO angepasst; vgl. dazu *Jäde*, Bayerische Bauordnung – BayBO 2011/BayBO 2013, 2013, S. 162.

<sup>20</sup> Vgl. *Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, S. 5.

<sup>21</sup> Vgl. *Schmidt*, Kommunalrecht, 2011, RdNr. 689.