

Dienstag, 6.März 2012

*Baurechtssymposium im Haus Stapelage (NRW), Di., 6. März 2012*

*Unerwünschte Bauvorhaben – Rechte und Möglichkeiten der Kommunen*

## **Die Entscheidung über das gemeindliche Einvernehmen nach § 36 BauGB**

**- Außenbereichsvorhaben nach § 35 BauGB -**

**Neuere Rechtsprechung zum Umfang der Überprüfungsbefugnis  
und zur Haftung der Gemeinde**

## Inhaltsverzeichnis

<b>1. Die Entscheidung über das gemeindliche Einvernehmen nach § 36 BauGB</b>	3
1.1 Die gesetzliche Regelung	3
1.2 Anwendungsbereich	3
1.3 Zur Reichweite der Überprüfungsbefugnis der Gemeinde	5
1.4 Einige formelle Aspekte	10
1.4.1 Zuständiges Organ für die Versagung	10
1.4.2 Gefährlich: Fiktionswirkung nach § 36 Abs. 2 Satz 2 BauGB	14
1.4.2.1 Fristenberechnung und Fristwahrung	14
1.4.2.2 Sonderproblem: Fristbeginn und Unvollständigkeit der Unterlagen	15
1.5 Verfahren vor Ersetzung	18
1.6 Rechtsschutz	19
<b>2. Haftungsrisiko der Gemeinde</b>	22
3. Exkurs: Planungsinstrumente der Kommune zur Steuerung von Massentierhaltungsanlagen	25
3.1 Darstellung von Konzentrationszonen mit Ausschlusswirkung	25
3.1.1 Das Prinzip	25
3.1.2 Die Ausnahme: Keine Geltung für landwirtschaftliche Betriebe	25
3.1.3 Die Anforderungen der Rechtsprechung	26
3.1.4 Sicherungsmittel für sachlichen Teilflächennutzungsplan	27
3.2 Entgegenstehende und einschränkende Darstellungen im (gesamträumlichen) FNP	27
3.3 Der einfache Bebauungsplan (B-Plan)	30

## 1. Die Entscheidung über das gemeindliche Einvernehmen nach § 36 BauGB

### 1.1 Die gesetzliche Regelung

#### § 36 BauGB Beteiligung der Gemeinde und der höheren Verwaltungsbehörde

(1) <sup>1</sup>Über die Zulässigkeit von Vorhaben nach den §§ 31, 33 bis 35 wird im bauaufsichtlichen Verfahren von der Baugenehmigungsbehörde **im Einvernehmen mit der Gemeinde** entschieden. <sup>2</sup>Das Einvernehmen der Gemeinde ist auch erforderlich, wenn in einem anderen Verfahren über die Zulässigkeit nach den in Satz 1 bezeichneten Vorschriften entschieden wird; dies gilt nicht für Vorhaben der in § 29 Abs. 1 bezeichneten Art, die der Bergaufsicht unterliegen. <sup>3</sup>Richtet sich die Zulässigkeit von Vorhaben nach § 30 Abs. 1, stellen die Länder sicher, dass die Gemeinde rechtzeitig vor Ausführung des Vorhabens über Maßnahmen zur Sicherung der Bauleitplanung nach den §§ 14 und 15 entscheiden kann. <sup>4</sup>In den Fällen des § 35 Abs. 2 und 4 kann die Landesregierung durch Rechtsverordnung allgemein oder für bestimmte Fälle festlegen, dass die Zustimmung der höheren Verwaltungsbehörde erforderlich ist.

(2) <sup>1</sup>Das Einvernehmen der Gemeinde und die Zustimmung der höheren Verwaltungsbehörde **dürfen nur aus den sich aus den §§ 31, 33, 34 und 35 ergebenden Gründen versagt werden**. <sup>2</sup>Das Einvernehmen der Gemeinde und die Zustimmung der höheren Verwaltungsbehörde gelten als erteilt, wenn sie nicht binnen zwei Monaten nach Eingang des Ersuchens der Genehmigungsbehörde verweigert werden; dem Ersuchen gegenüber der Gemeinde steht die Einreichung des Antrags bei der Gemeinde gleich, wenn sie nach Landesrecht vorgeschrieben ist. <sup>3</sup>**Die nach Landesrecht zuständige Behörde kann ein rechtswidrig versagtes Einvernehmen der Gemeinde ersetzen.**

### 1.2 Anwendungsbereich

Das Beteiligungsrecht nach § 36 BauGB knüpft an die Durchführung eines **bauaufsichtlichen Verfahrens** an. § 36 Abs. 1 S. 2 BauGB stellt dabei klar, dass das Beteiligungsrecht nicht nur im klassischen Baugenehmigungsverfahren gilt, sondern auch in anderen Verfahren, in denen über die planungsrechtliche Zulässigkeit des Vorhabens entschieden wird, also insbesondere auch in **Genehmigungsverfahren nach dem Bundesimmissionsschutzgesetz (BImSchG)**.

- vgl. *Söfker in Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB-Kommentar, § 36 Rz. 16*

Dagegen ist § 36 BauGB in **bergrechtlichen Verfahren** und **Planfeststellungsverfahren nicht anwendbar**, wobei die Privilegierung nach § 38 BauGB unter der Maßgabe eines eigenständigen Beteiligungsrechtes der Gemeinde und einer Berücksichtigungspflicht der gemeindlichen städtebaulichen Belange steht.

- vgl. *Krautzberger in Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB-Kommentar, 11. Auflage, § 36 Rz. 3*

Da über die planungsrechtliche Zulässigkeit eines Vorhabens bereits im **Bauvorbescheidsverfahren** abschließend entschieden werden kann, besteht auch in Bauvorbescheidsverfahren das Beteiligungsrecht nach § 36 BauGB.

- vgl. Söfker in Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, *BauGB-Kommentar*, § 36 Rz. 13

Wird in einem Bauvorbescheidsverfahren bereits abschließend über die planungsrechtliche Zulässigkeit des Vorhabens entschieden, ist es wichtig, dass die Gemeinde zur planungsrechtlichen Zulässigkeit im Rahmen der Einvernehmensentscheidung abschließend Stellung nimmt, da in diesem Fall mittels Vorbescheid die planungsrechtliche Zulässigkeit abschließend geregelt wird und die Baugenehmigungsbehörde sowie die Gemeinde im nachfolgenden Genehmigungsverfahren an diese Entscheidung gebunden sind. In der Regel findet im nachfolgenden Genehmigungsverfahren zu dieser Frage keine erneute Beteiligung der Gemeinde statt.

Hierzu das OVG Münster in einem Beschluss vom 18.12.2002 (7 B 811/02):

(...) 6

*Dass der Antragsgegner vor Erteilung der Baugenehmigung kein - erneutes - Einvernehmen der Antragstellerin eingeholt hat, ist in der hier gegebenen Fallkonstellation unschädlich. Das Einvernehmen war bereits zum Vorbescheid vom 7. Mai 2001 erteilt worden, und zwar indem es im Wege der Kommunalaufsicht ersetzt worden ist. Da mit diesem Vorbescheid die planungsrechtlichen Aspekte des Vorhabens, das auch Gegenstand der Baugenehmigung vom 22. Oktober 2001 ist, umfassend und abschließend geprüft worden sind sowie die planungsrechtliche Zulässigkeit des Vorhabens nach § 34 BauGB bejaht worden ist, war ein erneutes Einvernehmen der Beigeladenen vor Erteilung der Baugenehmigung vom 22. Oktober 2001 entbehrlich. Schließlich steht der die Baugenehmigung erfassenden Wirkung des Einvernehmens zum Vorbescheid auch nicht entgegen, dass die Antragstellerin vor Erteilung des Vorbescheids eine Veränderungssperre erlassen und hierauf gestützt gegen den Vorbescheid Widerspruch erhoben hatte. Dieser Widerspruch ging ins Leere, weil die Veränderungssperre bei ihrem Erlass dem Beigeladenen gegenüber bereits abgelaufen war und damit die erst später zum Abschluss gebrachten planerischen Aktivitäten der Antragstellerin gegenüber dem Vorhaben des Beigeladenen nicht (mehr) sichern konnte. (...)*

Sowie das OVG Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 23.04.2003 (2 M 37/03):

*(...) Aus der gesetzlichen Beschränkung des Prüfungsumfanges der Gemeinde auf die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit des Vorhabens gem. § 36 Abs. 2 Satz 1 BauGB und dem zum Vorbescheid erklärten Einvernehmen der Antragstellerin vom 17. Dezember 1997 folgt (zum Feststellungsgegenstand des Vorbescheides vgl. BVerwG, Urteil v. 23.05.1974 - 4 C 28.72 -, BVerwGE 48, 242), dass es aus Anlass der darauf folgenden Zustimmung keines erneuten Einvernehmens bedurfte (so bereits der Senat zu einer vergleichbaren Fallkonstellation in seinem Beschluss vom 12. Juni 1997 - B 2 S 282/96 -, VwRR*

*MO 1997, 82-83, unter Bezugnahme auf BGH, Urteil v. 13.11.1980 - III ZR 74/79 -, BRS 36, 335, sowie Urteil v. 25.10.1990 - II Z 249/89 -, BRS 53, 158).*

4

*Die Antragstellerin war im Hinblick auf die Zustimmung an das von ihr zum Bauvorbescheid erteilte Einvernehmen gebunden.*

5

*Eine Pflicht zu einer erneuten Beteiligung könnte allenfalls dann entstehen, wenn ein Vorhaben nach Erlass des Bauvorbescheides dergestalt geändert wird, dass es erneute bauplanungsrechtliche Fragen aufwirft (Beschlüsse des Senats v. 12.06.1996 - B 2 S 282/96 - und 17.08.1999 - B 2 S 296/99 - ); denn in dem hier zu beurteilenden Fall ist das bauplanungsrechtliche Potential des Bauvorhabens im Vorbescheidsverfahren bereits gleichsam ausgeschöpft. Auf die zutreffenden Ausführungen des Verwaltungsgerichts wird insoweit verwiesen. (...)*

- *Hinweis: Umstritten ist, ob in dem Fall, in dem bereits mittels Bauvorbescheid die planungsrechtliche Zulässigkeit abschließend beschieden wird, eine erneute Beteiligung im Rahmen des Baugenehmigungsverfahrens durchzuführen ist. Dies dürfte zumindest stets dann der Fall sein, sofern Zweifel am Vorliegen der planungsrechtlichen Zulässigkeitsvoraussetzungen bestehen. Zum Streitstand vgl. OVG Lüneburg, Urteil vom 10.1.2008 – 12 LB 22/07, Rn. 39 zitiert nach juris.*

Schließlich ist der Anwendungsbereich von § 36 BauGB auch bei **Identität von Baugenehmigungsbehörde und Gemeinde** nicht eröffnet.

- vgl. BVerwG, Urteil vom 19.8.2004 – 4 C 16/03

### 1.3 Zur Reichweite der Überprüfungsbefugnis der Gemeinde

Nach § 36 Abs. 2 S. 1 BauGB ist die Gemeinde berechtigt, das Einvernehmen für ein Außenbereichsvorhaben **aus denen sich aus § 35 BauGB ergebenden Gründen** zu versagen. Dem Wortlaut ist demnach keinerlei Beschränkung der sich aus § 35 BauGB ergebenden Gründe zu entnehmen, auf die sich die Gemeinde berufen kann.

Einige Oberverwaltungsgerichte haben in der Vergangenheit die Auffassung vertreten, dass die Gemeinden nur solche in § 35 BauGB geregelten Gründe zur Versagung des gemeindlichen Einvernehmens heranziehen dürfen, die gem. Art. 28 Abs. 2 GG der Selbstverwaltungsgarantie der Gemeinden zuzuordnen sind.

Der Hessische VGH formuliert diese Auffassung in einem Beschluss vom 7.5.2009 (3 A 1523/08.Z) wie folgt:

(...)19

*Dabei ist der Klägerin zwar zuzugestehen, dass der Wortlaut von § 36 Abs. 2 Satz 1 BauGB, wonach das Einvernehmen der Gemeinde und die Zustimmung der höheren Verwaltungsbehörde nur aus den sich aus den §§ 31, 33, 34 und 35 BauGB ergebenden Gründen versagt werden kann, scheinbar ihre Auffassung stützt, sie könne sich **jenseits der ihr gemäß Art. 28 Abs. 2 GG gewährleisteten Selbstverwaltungsgarantie** auch auf weitere Beeinträchtigungen öffentlicher Belange berufen. So nennt § 35 Abs. 3 BauGB, auf den sich § 36 Abs. 2 Satz 1 BauGB von seinem Wortlaut ohne Beschränkung bezieht, eine ganze Reihe von Belangen, **die nicht dem Selbstverwaltungsrecht der Gebietskörperschaften zuzuordnen sind, wie wasser-, abfall-, immissionsschutzrechtliche Belange, schädliche Umwelteinwirkungen, Belange des Naturschutzes, der Landschaftspflege, des Bodenschutzes, des Denkmalschutzes etc.** Gleichwohl folgt der Senat dem Ansatz des OVG Berlin-Brandenburg, soweit die Gemeinde unter Berufung auf einen der in § 35 Abs. 3 BauGB genannten Belange ihr Einvernehmen versagen dürfe, müsse es ihr auch möglich sein, sich unter Berufung auf diesen Grund gegen eine Baugenehmigung zu wehren, die unter Ersetzung ihres Einvernehmens erteilt worden ist (Beschluss vom 29. November 2005, a. a. O.), nicht. (...)*

Die Gegenauffassung von zahlreichen anderen Oberverwaltungsgerichten, wonach § 36 Abs. 2 S. 1 BauGB eine vollständige Überprüfungsbefugnis begründet,

*vgl. u.a.: OVG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 16.3.2006 – 1 A 10884/05; OVG Thüringen, Beschluss vom 24.8.2007 – 1 EO 563/07; OVG Niedersachsen, Urteil vom 10.1.2008 – 12 LB 22/07; VGH München, Beschluss vom 14.1.2008 – 15 CS 3032/07; OVG Thüringen, Beschluss vom 29.1.2009 – 1 EO 346/08; OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 27.9.2008 - 11 S 9/07*

hat das BVerwG in zwei jüngeren Entscheidungen bestätigt.

In seiner Entscheidung vom 20.5.2010 (Az. 4 C 7.09) hat das BVerwG festgestellt, dass auf ein Rechtsmittel der Gemeinde die Voraussetzungen des § 35 BauGB in vollem Umfang nachzuprüfen sind. Das BVerwG hat in dieser Entscheidung insbesondere deutlich gemacht, dass zur Überprüfungsbefugnis der Gemeinde auch die **Belange des Naturschutzes** aus § 35 Abs. 3 S. 1 Nr. 5 BauGB gehören.

*(...) 34 Der Verwaltungsgerichtshof hat angenommen, dass ein Kläger die Feststellung verlangen kann, zu einem von ihm selbst bestimmten Zeitpunkt habe ein materieller Anspruch bestanden. Das stimmt mit der Rechtsprechung des Senats überein (Urteil vom 28. April 1999 - BVerwG 4 C 4.98 - BVerwGE 109, 74). Der Verwaltungsgerichtshof hat sich ferner erkennbar davon leiten lassen, dass auf die Berufung einer beigeladenen Gemeinde gegen die erstinstanzliche Feststellung, der Kläger habe eine beantragte Genehmigung beanspruchen können, materielles Recht nur insoweit zu prüfen ist, als es auch dem Schutz der Beigeladenen zu dienen bestimmt ist. Dieser Prüfungsansatz ist ebenfalls zutreffend (Urteil vom 31. Oktober 1990 - BVerwG 4 C 45.88 - BRS 50 Nr. 86). **Dem Schutz der gemeindlichen Planungshoheit dient die Vorschrift des § 36 Abs. 1 Satz 1 BauGB. Sie bestimmt u.a., dass für die Zulassung eines Vorhabens im Außenbereich das Einvernehmen mit der Gemeinde erforderlich ist. Die Gemeinde darf ihr Einvernehmen nur aus den sich aus § 35 BauGB ergebenden Gründen versagen (§ 36 Abs. 2 Satz***

*1 BauGB). Das bedeutet im Ergebnis, dass die Voraussetzungen des § 35 BauGB auf das Rechtsmittel der Gemeinde hin in vollem Umfang nachzuprüfen sind (Urteile vom 31. Oktober 1990 a.a.O. und vom 14. April 2000 - BVerwG 4 C 5.99 - NVwZ 2000, 1048 <1049>). Unvereinbar mit Bundesrecht ist die einschränkende Auffassung des Verwaltungsgerichtshofs, dass § 35 BauGB nur mit Blick auf diejenigen Gründe zu prüfen ist, auf die die beigeladene Gemeinde die Versagung ihres Einvernehmens gestützt hat. Das Recht der Gemeinde, ihr Einvernehmen zu einem Außenbereichsvorhaben zu verweigern, ist nicht mit der Obliegenheit verbunden, die Entscheidung zu begründen (vgl. BTDrucks 13/6392 S. 60 zu Nr. 29 und Buchst. b). Der Bestimmung des § 36 BauGB kann deshalb auch nicht entnommen werden, dass in den Fällen, in denen - wie hier - das Einvernehmen rechtzeitig verweigert wurde, die Gemeinde mit Gründen, die sie bei ihrer Verweigerung nicht angeführt hat, in einem späteren Rechtsbehelfsverfahren präkludiert ist (so zutreffend OVG Weimar, Beschluss vom 29. Januar 2009 - 1 EO 346/08 - juris Rn. 50).*

*35 a) Die Beschränkung, die sich der Verwaltungsgerichtshof auferlegt hat, mag der Grund dafür sein, dass im Berufungsverfahren nicht geprüft worden ist, ob den Vorhaben der Klägerin zum maßgeblichen Zeitpunkt das artenschutzrechtliche Störungsverbot des § 42 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG in der seinerzeit geltenden Fassung entgegenstand, das sich zugleich als ein nach § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 BauGB beachtlicher Belang des Naturschutzes darstellt (vgl. Urteil vom 24. Februar 1978 - BVerwG 4 C 12.76 - Buchholz 406.11 § 34 BauGB Nr. 61 S. 29). Nach § 42 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG a.F. war es verboten, wild lebende Tiere der streng geschützten Arten und der europäischen Vogelarten an ihren Nist-, Brut-, Wohn- oder Zufluchtsstätten durch Aufsuchen, Fotografieren oder ähnliche Handlungen zu stören. (...)*

Das BVerwG hat damit die bisher umstrittene Frage, ob sämtliche Tatbestandsvoraussetzungen des § 35 BauGB der Überprüfungsbefugnis der Gemeinde unterliegen, nunmehr endgültig zugunsten der Gemeinden entschieden.

Das BVerwG hat seine Rechtsprechung, wonach die Voraussetzungen aus § 35 BauGB auf ein Rechtsmittel einer Gemeinde in vollem Umfang nachzuprüfen sind, mittlerweile weiter gefestigt (BVerwG vom 1.7.2010, Az. 4 C 4/08):

(...) 32

*Wird eine Baugenehmigung durch einen Dritten angefochten und erweist sie sich wegen Verletzung von Vorschriften, auf die sich der Dritte als subjektives Recht berufen kann, als rechtswidrig, hat der Dritte einen Anspruch auf Aufhebung der Baugenehmigung. Dass der Bauherr seine Rechtsposition verliert, ist kein Fall der reformatio in peius, sondern zwangsläufige Folge des Aufhebungsanspruchs des in seinen subjektiven Rechten verletzten Dritten. Dass die Zulassungsvoraussetzungen des § 35 BauGB auch dem Schutz der Gemeinde dienen, auf deren Gebiet das Vorhaben verwirklicht werden soll - hier der Beigeladenen zu I -, ergibt sich aus § 36 Abs. 1 Satz 1 BauGB. Danach ist unter anderem für die Zulassung eines Vorhabens im Außenbereich das Einvernehmen der Gemeinde erforderlich. Die Vorschrift dient dem Schutz der gemeindlichen Planungshoheit. Die Gemeinde darf ihr Einvernehmen nur aus den sich aus § 35 BauGB ergebenden Gründen versagen (§ 36 Abs. 2 Satz 1 BauGB). Das bedeutet, dass die Voraussetzungen des § 35 BauGB auf das Rechtsmittel der Gemeinde hin in vollem Umfang nachzuprüfen sind (Urteile vom 31. Oktober 1990 - BVerwG 4 C 45.88 - BRS 50 Nr. 86; vom 14. April 2000 - BVerwG 4 C 5.99 - NVwZ 2000, 1048 <1049> und vom 20. Mai 2010 - BVerwG 4 C 7.09 - Rn. 34, zur Veröffentlichung in BVerwGE vorgesehen; Beschluss vom 24. Juni 2010 - BVerwG 4 B 60.09 - Rn. 10 ). Die Gemeinde kann sich daher auch auf ein in Aufstellung befindliches Ziel der Raumordnung berufen, das als sonstiges Erfordernis der Raumordnung einem nach § 35 Abs. 1 BauGB privilegierten Vorhaben als unbenannter öffentlicher Belang gemäß § 35 Abs. 3 Satz 1 BauGB entgegenstehen kann. Liegt ein solcher Versagungsgrund i.S.d. § 35 BauGB vor, der sich nach den Grundsätzen der nachvollziehenden Abwägung gegenüber einem im Außenbereich privilegierten Vorhaben wie einer Windenergieanlage durch-*

*setzt, erweist sich die Ersetzung des Einvernehmens als rechtswidrig und ist die Widerspruchsbehörde zur Aufhebung verpflichtet. Den vom Kläger geltend gemachten Gesichtspunkt der Existenzvernichtung wird die zuständige Bauaufsichtsbehörde zu bedenken haben, wenn rechtskräftig feststeht, dass das Vorhaben unzulässig ist, und sie erwägt, Maßnahmen gegen die bereits errichtete Windenergieanlage zu ergreifen. (...)*

Dogmatisch fußt die Entscheidung des BVerwG auf der Feststellung, dass die Planungshoheit der Gemeinde stets dann berührt ist, wenn ein Außenbereichsvorhaben auf Grundlage von § 35 BauGB zugelassen werden soll, da sich in diesem Fall die Zulässigkeit des Vorhabens nach den planersetzenden Zulässigkeitsvoraussetzungen in § 35 BauGB richtet. § 35 BauGB ist daher im Sinne einer generell gesetzlichen Planungsregelung für den unbeplanten Außenbereich anzusehen. Hieraus erhellt sich, dass die bisherige Gegenauffassung von einer unzutreffenden Reichweite der Planungshoheit der Gemeinde und damit der Selbstverwaltungsgarantie der Gemeinde ausgegangen ist.

Die Gemeinden sind daher berechtigt, das Nichtvorliegen von sämtlichen in § 35 BauGB geregelten Zulässigkeitsgründen zur Versagung des gemeindlichen Einvernehmens heranzuziehen.

Im Rahmen der Einvernehmensentscheidung kommt es daher maßgeblich darauf an, ob einem privilegierten Vorhaben öffentliche Belange im Sinne von § 35 Abs. 3 BauGB entgegenstehen bzw. ob durch die Realisierung eines sonstigen Vorhabens öffentliche Belange im Sinne von § 35 Abs. 3 BauGB beeinträchtigt werden.

Gemeinden können die Versagung des gemeindlichen Einvernehmens insbesondere auch mit entgegenstehenden Belangen des Naturschutzes oder der Landschaftspflege sowie mit immissionsschutzrechtlichen Aspekten begründen.

**Die Gemeinde ist befugt, die Versagung des gemeindlichen Einvernehmens mit dem Nichtvorliegen von sämtlichen Zulässigkeitsvoraussetzungen zu begründen, die in § 35 BauGB geregelt sind. Der Gemeinde steht bei der Beurteilung des Vorliegens der planungsrechtlichen Zulässigkeitsvoraussetzungen nach § 35 BauGB die identische Prüfkompetenz wie der Genehmigungsbehörde zu (vgl. VG Arnsberg, Urteil vom 18.1.2011 – 4 K 2455/09).**



## Beispiele aus § 35 Abs. 3 BauGB:

- (3) <sup>1</sup>Eine Beeinträchtigung öffentlicher Belange liegt insbesondere vor, wenn das Vorhaben
1. den Darstellungen des Flächennutzungsplans widerspricht,
  2. den Darstellungen eines Landschaftsplans oder sonstigen Plans, insbesondere des Wasser-, Abfall- oder Immissionsschutzrechts, widerspricht,
  3. **schädliche Umwelteinwirkungen hervorrufen kann** oder ihnen ausgesetzt wird,
  4. unwirtschaftliche Aufwendungen für Straßen oder andere Verkehrseinrichtungen, für Anlagen der Versorgung oder Entsorgung, für die Sicherheit oder Gesundheit oder für sonstige Aufgaben erfordert,
  5. **Belange des Naturschutzes und der Landschaftspflege, des Bodenschutzes, des Denkmalschutzes oder die natürliche Eigenart der Landschaft und ihren Erholungswert beeinträchtigt oder das Orts- und Landschaftsbild verunstaltet,**
  6. Maßnahmen zur Verbesserung der Agrarstruktur beeinträchtigt, die Wasserwirtschaft oder den Hochwasserschutz gefährdet,
  7. die Entstehung, Verfestigung oder Erweiterung einer Splittersiedlung befürchten lässt oder
  8. die Funktionsfähigkeit von Funkstellen und Radaranlagen stört.

**Hinweis:** Zwar steht im Fall der Identität von Gemeinde und Baugenehmigungsbehörde der Gemeinde kein eigenständiges Beteiligungsrecht nach § 36 BauGB zu, jedoch ist auch in diesem Fall auf das Rechtsmittel der Gemeinde hin in vollem Umfang nachzuprüfen, ob die Genehmigung mit den Voraussetzungen des § 35 BauGB zu vereinbaren ist.

Das BVerwG stellt dies in einem Beschluss vom 24.6.2010 (4 B 60/09) wie folgt klar:

(...) 10

*Allerdings geben die Ausführungen des Verwaltungsgerichtshofs Anlass zu folgenden Hinweisen: Zwar hat der Senat in seinem Urteil vom 19. August 2004 - BVerwG 4 C 16.03 - (BVerwGE 121, 339) entschieden, dass die mit der unteren Baugenehmigungsbehörde identische Gemeinde die Ablehnung eines Bauantrags nicht - lediglich - mit der Versagung ihres Einvernehmens begründen darf. Daher kann sich eine Gemeinde - wie im vorliegenden Fall - nicht allein unter Berufung auf ihr fehlendes Einvernehmen gegen einen von der Widerspruchsbehörde erteilten Bauvorbescheid zur Wehr setzen. Der Senat hat aber zugleich hervorgehoben, dadurch werde der Gemeinde nicht die Befugnis abgeschnitten, sich gegenüber der Widerspruchsbehörde auf den Schutz der materiellrechtlichen Planungshoheit zu berufen (a.a.O. S. 344). Hierzu ist in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts geklärt, dass die gemeindliche Planungshoheit berührt wird, wenn ein Vorhaben auf der Grundlage des § 35 BauGB zugelassen oder verwirklicht wird. Im Ergebnis sind die Voraussetzungen des § 35 BauGB auf das Rechtsmittel der Gemeinde hin auch dann in vollem Umfang nachzuprüfen, wenn die Gemeinde mit der Baugenehmigungsbehörde identisch ist (Urteile vom 31. Oktober 1990 - BVerwG 4 C 45.88 - BRS 50 Nr. 86 S. 199, vom 14. April 2000 - BVerwG 4 C 5.99 - NVwZ 2000, 1048 = BRS 63 Nr. 115 S. 533 und vom 20. Mai 2010 - BVerwG 4 C 7.09 -). Der Beschluss des Senats vom 11. August 2008 - BVerwG 4 B 25.08 - (Buchholz 406.11 § 36 BauGB Nr. 59) rechtfertigt keine gegenteiligen Schlüsse. Die Gemeinde kann also insbesondere geltend machen, dass ein Vorhaben nicht nach § 35 Abs. 1 BauGB pri-*

*vilegiert sei und öffentliche Belange nach § 35 Abs. 3 BauGB beeinträchtigt; sie kann sich auch auf eine Verletzung ihrer Planungshoheit berufen, weil die ausreichende Erschließung eines Vorhabens nicht gesichert sei. Verstöße gegen andere Rechtsnormen können dem Rechtsmittel der Gemeinde dagegen nur dann zum Erfolg verhelfen, wenn sie auch dem Schutz der Gemeinde, insbesondere ihrer Planungshoheit zu dienen bestimmt sind (Urteil vom 31. Oktober 1990 a.a.O.). (...)*

## 1.4 Einige formelle Aspekte

### 1.4.1 Zuständiges Organ für die Versagung

In der Praxis bestehen häufig Unsicherheiten hinsichtlich der Frage, welches Organ der Gemeinde für die Entscheidung über das gemeindliche Einvernehmen zuständig ist.

Ausgangspunkt in Nordrhein-Westfalen ist § 41 Gemeindeordnung, der die Zuständigkeiten des Gemeinderates regelt.

#### § 41 GO NRW

##### Zuständigkeiten des Rates

**(1) Der Rat der Gemeinde ist für alle Angelegenheiten der Gemeindeverwaltung zuständig, soweit dieses Gesetz nichts anderes bestimmt.** Die Entscheidung über folgende Angelegenheiten kann der Rat nicht übertragen:

- a)  
die allgemeinen Grundsätze, nach denen die Verwaltung geführt werden soll,
- b)  
die Wahl der Mitglieder der Ausschüsse und ihrer Vertreter,
- c)  
die Wahl der Beigeordneten,
- d)  
die Verleihung und die Entziehung des Ehrenbürgerrechts und einer Ehrenbezeichnung,
- e)  
die Änderung des Gemeindegebiets, soweit nicht in diesem Gesetz etwas anderes bestimmt ist,
- f)  
den Erlass, die Änderung und die Aufhebung von Satzungen und sonstigen ortsrechtlichen Bestimmungen,

g)

**abschließende Beschlüsse im Flächennutzungsplanverfahren und abschließende Satzungsbeschlüsse auf der Grundlage des Baugesetzbuchs und des Maßnahmengesetzes zum Baugesetzbuch,**

h)

den Erlass der Haushaltssatzung und des Stellenplans, die Aufstellung eines Haushaltssicherungskonzeptes, die Zustimmung zu überplanmäßigen und außerplanmäßigen Aufwendungen und Auszahlungen sowie zu überplanmäßigen und außerplanmäßigen Verpflichtungsermächtigungen, die Festlegung von Wertgrenzen für die Veranschlagung und Abrechnung einzelner Investitionsmaßnahmen,

i)

die Festsetzung allgemein geltender öffentlicher Abgaben und privatrechtlicher Entgelte,

j)

die Feststellung des Jahresabschlusses und die Entlastung sowie die Bestätigung des Gesamtabschlusses,

k)

die teilweise oder vollständige Veräußerung oder Verpachtung von Eigenbetrieben, die teilweise oder vollständige Veräußerung einer unmittelbaren oder mittelbaren Beteiligung an einer Gesellschaft oder anderen Vereinigungen des privaten Rechts, die Veräußerung eines Geschäftsanteils an einer eingetragenen Kreditgenossenschaft sowie den Abschluss von anderen Rechtsgeschäften im Sinne des § 111 Abs. 1 und 2,

l)

die Errichtung, Übernahme, Erweiterung, Einschränkung und Auflösung von Anstalten des öffentlichen Rechts gemäß § 114a, öffentlichen Einrichtungen und Eigenbetrieben, die Bildung oder Auflösung eines gemeinsamen Kommunalunternehmens gemäß § 27 Abs. 1 bis 3 und 6 des Gesetzes über kommunale Gemeinschaftsarbeit, die Änderung der Unternehmenssatzung eines gemeinsamen Kommunalunternehmens sowie der Austritt aus einem gemeinsamen Kommunalunternehmen, die erstmalige unmittelbare oder mittelbare Beteiligung sowie die Erhöhung einer unmittelbaren oder mittelbaren Beteiligung an einer Gesellschaft oder anderen Vereinigungen in privater Rechtsform, den Erwerb eines Geschäftsanteils an einer eingetragenen Kreditgenossenschaft,

m)

die Umwandlung der Rechtsform von Anstalten des öffentlichen Rechts gemäß § 114a, öffentlichen Einrichtungen und Eigenbetrieben sowie die Umwandlung der Rechtsform von Gesellschaften, an denen die Gemeinde beteiligt ist, soweit der Einfluß der Gemeinde (§ 63 Abs. 2 und § 113 Abs. 1) geltend gemacht werden kann,

n)

die Umwandlung des Zwecks, die Zusammenlegung und die Aufhebung von Stiftungen einschließlich des Verbleibs des Stiftungsvermögens,

o)

die Umwandlung von Gemeindegliedervermögen in freies Gemeindevermögen sowie die Veränderung der Nutzungsrechte am Gemeindegliedervermögen,

p)

die Übernahme von Bürgschaften, den Abschluss von Gewährverträgen und die Bestellung sonstiger Sicherheiten für andere sowie solche Rechtsgeschäfte, die den vorgenannten wirtschaftlich gleichkommen,

q)

die Bestellung und Abberufung der Leitung und der Prüfer der örtlichen Rechnungsprüfung sowie die Erweiterung der Aufgaben der örtlichen Rechnungsprüfung über die Pflichtaufgaben hinaus,

r)

die Genehmigung von Verträgen der Gemeinde mit Mitgliedern des Rates, der Bezirksvertretungen und der Ausschüsse sowie mit dem Bürgermeister und den leitenden Dienstkräften der Gemeinde nach näherer Bestimmung der Hauptsatzung,

s)

die Übernahme neuer Aufgaben, für die keine gesetzliche Verpflichtung besteht,

t)

die Festlegung strategischer Ziele unter Berücksichtigung der Ressourcen.

**(2) Im Übrigen kann der Rat die Entscheidung über bestimmte Angelegenheiten auf Ausschüsse oder den Bürgermeister übertragen. Er kann ferner Ausschüsse ermächtigen, in Angelegenheiten ihres Aufgabenbereichs die Entscheidung dem Bürgermeister zu übertragen.**

(3) Geschäfte der laufenden Verwaltung gelten im Namen des Rates als auf den Bürgermeister übertragen, soweit nicht der Rat sich, einer Bezirksvertretung oder einem Ausschuss für einen bestimmten Kreis von Geschäften oder für einen Einzelfall die Entscheidung vorbehält.

§ 41 Abs. 1 S. 1 GO NRW regelt zunächst die **Allzuständigkeit der Gemeindevertretung**. Nach § 44 Abs. 2 GO NRW kann der Gemeinderat bestimmte Angelegenheiten auf Ausschüsse oder den Bürgermeister übertragen. Ausgenommen hiervon sind die in § 41 Abs. 1 S. 2 dem Gemeinderat als unantastbaren Kern zugewiesenen Aufgaben, die nicht auf Ausschüsse oder den Bürgermeister übertragen werden können. Explizit ist die Entscheidung über das gemeindliche Einvernehmen in § 41 Abs. 1 S. 2 GO NRW nicht erwähnt, so dass grundsätzlich eine Übertragung auf Ausschüsse oder den Bürgermeister zulässig ist. Nach § 41 Abs. 3 GO NRW gelten **Geschäfte der laufenden Verwaltung** auf den Bürgermeister übertragen, sofern nichts anderes geregelt ist.

Die Entscheidung über das gemeindliche Einvernehmen, die ein im Gemeindegebiet unerwünschtes Großvorhaben betrifft, ist nicht als Geschäft der laufenden Verwaltung anzusehen, da es sich hierbei nicht um ein „*routinemäßig zu erledigendes alltägliches Geschäft*“ handelt.

Hierzu das OVG Berlin-Brandenburg in einem Beschluss vom 7.5.2007 (10 S 25/06):

(...) 10

*Gemäß § 35 Abs. 1 der Gemeindeordnung für das Land Brandenburg (Gemeindeordnung, GO) ist die Gemeindevertretung für alle Angelegenheiten der Gemeinde zuständig, soweit gesetzlich nichts anderes bestimmt ist.. Gemäß § 63 Abs. 1 Buchst. e) GO hat der hauptamtliche Bürgermeister oder der Amtsdirektor die **Geschäfte der laufenden Verwaltung** zu führen. Der Auffassung der Beigeladenen, für eine Entscheidung über die Erteilung oder Nichterteilung des Einvernehmens sei nicht der Bürgermeister, sondern die Gemeindevertretung zuständig, weil dies kein Geschäft der laufenden Verwaltung sei, ist jedenfalls im vorliegenden Fall zu folgen. **Ein Geschäft der laufenden Verwaltung ist ein routinemäßig zu erledigendes alltägliches Geschäft, ein Geschäft, dessen Erledigung aufgrund seiner Häufigkeit und Regelmäßigkeit zu den herkömmlichen und üblichen Aufgaben der Verwaltung gehört und deshalb „auf eingefahrenen Gleisen“ möglich ist** (vgl. Grünewald in: Muth und andere, Kommunalrecht in Brandenburg, Kommentar, Stand 2005, Rdn. 2 zu § 63 GO; Schumacher in: Schumacher und andere, Kommunalverfassung des Landes Brandenburg, Kommentar, Stand 2005, Rdn. 6.1 und 6.2 zu § 63 GO). **Ob die Erteilung des Einvernehmens nach § 36 BauGB ein Geschäft der laufenden Verwaltung ist, richtet sich nach der Größe der Gemeinde sowie danach, ob die baurechtliche Bewertung durch Fakten wie die tatsächlich vorhandene Bebauung nach § 34 BauGB oder durch Entscheidungen der Gemeindevertretung, z.B. im Rahmen der Bauleitplanung schon vorgezeichnet ist (Schumacher, a.a.O., Rdn. 6.4 zu § 63 GO). Keine dieser Voraussetzungen ist hier erfüllt. Die Antragstellerin ist eine vergleichsweise kleine Stadt-Gemeinde von weniger als 7000 Einwohnern. Eine Antwort auf die Frage, ob auf ihrem Gebiet Windkraftanlagen errichtet und betrieben werden sollen, war jedenfalls im fraglichen Zeitpunkt noch nicht durch die Bauleitplanung der Antragstellerin geschweige denn durch eine irgendwie geartete Umgebungsbebauung vorgezeichnet. In dem erwähnten Schreiben der Antragstellerin an den Antragsgegner vom 2. April 2002 ist nur die Rede davon, dass „in Kürze“ mit „Beschlussfassungen zur Aufstellung“ des Flächennutzungsplanes zu rechnen sei, in dem Flächen zur Errichtung von Windkraftanlagen ausgewiesen werden würden. Wie bereits hervorgehoben, sah ausweislich eben dieses Schreibens damals der Bürgermeister der Antragstellerin selbst einen Beschluss der Stadtverordnetenversammlung über die Erteilung des Einvernehmens im vorliegenden Fall als erforderlich an. (...)***

**Demnach gilt: Sofern im Ortsrecht keine Übertragung der Zuständigkeit der Entscheidung über das gemeindliche Einvernehmen auf einen Ausschuss oder den Bürgermeister geregelt ist, ist grundsätzlich der Gemeinderat zuständig.**

Nur ausnahmsweise kann eine Entscheidung über das gemeindliche Einvernehmen als Geschäft der laufenden Verwaltung in den Zuständigkeitsbereich des Bürgermeisters fallen, wenn es sich aus städtebaulicher Sicht um ein unbedeutendes Vorhaben handelt und die baurechtliche Bewertung durch Fakten oder Entscheidungen der Gemeindevertretung bereits vorgezeichnet ist. Vorhaben, die die zukünftige städtebauliche Entwicklung der Gemeinde beeinflussen können, wie dies bei unerwünschten Großvorhaben im Außenbereich stets der Fall sein wird, sind dagegen nicht als Geschäfte der laufenden Verwaltung anzusehen.

### 1.4.2 Gefährlich: Fiktionswirkung nach § 36 Abs. 2 Satz 2 BauGB

Nach § 36 Abs. 2 S. 2 BauGB gilt das Einvernehmen als erteilt, wenn die Versagung nicht **innerhalb von zwei Monaten** nach Eingang des Einvernehmensersuchens erklärt wird.

Da die vorgenannte **gesetzliche Fiktion** die gleichen Wirkungen entfaltet, wie eine ausdrückliche Einvernehmenserteilung, ist in diesem Fall eine nachfolgende Klage der Gemeinde grundsätzlich nicht möglich. Dies gilt zumindest für diejenigen planungsrechtlichen Gründe, die bereits im Rahmen der Zwei-Monats-Frist hätten geltend gemacht werden können.

- vgl. *OVG Münster, Urteil vom 28.11.2007 – 8 A 2325/06*

Allerdings ist es der Gemeinde trotz Fiktionswirkung und selbst bei ausdrücklicher Erteilung des gemeindlichen Einvernehmens nicht verwehrt, noch vor Abschluss des Genehmigungsverfahrens die **Aufstellung eines Bebauungsplanes bzw. sachlichen Teilflächennutzungsplanes** zu beschließen und diese Planung mit den Sicherungsmitteln des BauGB (§§ 14, 15 BauGB) abzusichern.

- vgl. *BVerwG, Urteil vom 19.02.2004 – 4 CN 16/03; OVG Münster 02.04.2003 – 7 B 235/03*

#### 1.4.2.1 Fristenberechnung und Fristwahrung

Die Frist beginnt gem. § 36 Abs. 2 S. 2 BauGB mit dem „*Eingang des Ersuchens der Genehmigungsbehörde*“. Die Fristberechnung richtet sich nach § 187 Abs. 1 und § 188 Abs. 2 BGB. Danach endet die Frist mit dem gleichen Montag, an dem das Einvernehmensersuchen bei der Gemeinde eingegangen ist. Ist das Einvernehmensersuchen am 5.1. eingegangen, so endet die Frist am 5.3. Dabei ist zu beachten, dass weder eine **Verkürzung** der Frist noch eine **Verlängerung** der Frist zulässig ist.

- vgl. *u. a. BVerwG, Urteil vom 12.12.1996 – 4 C 24/96*

Die Versagung des gemeindlichen Einvernehmens ist auch **ohne Begründung** zulässig, da eine Begründungspflicht gesetzlich nicht geregelt ist.

- vgl. BVerwG, Urteil vom 20.05.2010 – 4 C 7/09

Aus Gründen der Rechtssicherheit sollte die Versagung **schriftlich** gegenüber der Genehmigungsbehörde erklärt werden. Weiterhin sollte penibel darauf geachtet werden, dass die Versagung **innerhalb der Zwei-Monats-Frist** bei der Genehmigungsbehörde **eingeht**. Im Zweifel hat die Gemeinde den **rechtzeitigen Zugang** nachzuweisen.

#### 1.4.2.2 Sonderproblem: Fristbeginn und Unvollständigkeit der Unterlagen

Nach der Grundsatzentscheidung des BVerwG vom 16.9.2004 (4 C 7/03) setzt ein wirksames Einvernehmensersuchen grundsätzlich die Übersendung von **vollständigen Unterlagen** voraus. Die Frage der Vollständigkeit der Unterlagen beurteilt sich dabei nach dem einschlägigen materiellen Recht. Da die Gemeinde befugt ist, das Einvernehmen aus sämtlichen Gründen zu versagen, die in § 35 BauGB geregelt sind, ist daher nur dann von einer Vollständigkeit der Unterlagen auszugehen, sofern auf Grundlage der Unterlagen geprüft werden kann, ob eine ausreichende Erschließung gesichert ist und dem Vorhaben öffentliche Belange im Sinne von § 35 Abs. 3 BauGB entgegenstehen (bzw. beeinträchtigt werden, bei sonstigen Vorhaben nach § 35 Abs. 2 BauGB).

Nachfolgend die wichtigsten Passagen aus dem Urteil des BVerwG vom 16.9.2004 (a.a.O.):

*(...)*<sup>14</sup>

*Mit dem Berufungsgericht ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber der Gemeinde eine Entscheidung über ihr Einvernehmen auf der Grundlage in planungsrechtlicher Hinsicht vollständiger Antragsunterlagen (Bauvorlagen) ermöglichen will. (...)*

**18**

*Vor der Entscheidung über das gemeindliche Einvernehmen im bauaufsichtlichen Verfahren (§ 36 Abs. 1 Satz 1 BauGB) hat die Gemeinde zu prüfen, ob die bei ihr eingereichten Bauvorlagen eine sachgerechte Prüfung in bauplanungsrechtlicher Hinsicht ermöglichen. Das Recht auf Beteiligung im Baugenehmigungsverfahren, das der Gesetzgeber der Gemeinde zum Schutz ihrer Planungshoheit einräumt, ist mit der Obliegenheit verbunden, im Rahmen der Möglichkeiten, die ihr das Landesrecht eröffnet, gegenüber dem Bauherrn oder der Baugenehmigungsbehörde auf die Vervollständigung des Bauantrages hinzuwirken. Kommt die Gemeinde dieser Mitwirkungslast nicht innerhalb von zwei Monaten nach der Einreichung des Antrags bei ihr nach, gilt ihr Einvernehmen nach § 36 Abs. 2 Satz 2 Halbsatz 2 BauGB als erteilt. Diesem Ergebnis liegen folgende Erwägungen zugrunde: (...)*

**19**

*(...) Ebenso obliegt ihr die Feststellung, ob und wann ein bei ihr eingereichter Bauantrag in die erforderliche Beurteilungsreife "hineingewachsen" ist. Die Entscheidung darüber kann und darf die Bauge-*

nehmigungsbehörde der Gemeinde nicht abnehmen. Auch das ergibt sich aus der Schutzfunktion des Einvernehmenserfordernisses. (...)

20

(...) Welche inhaltlichen Anforderungen an die bauplanungsrechtliche Beurteilungsreife im Einzelfall zu stellen sind, ist eine Frage des materiellen Rechts. Entscheidend sind die Art des Vorhabens und der jeweilige Zulässigkeitsmaßstab (§§ 31, 33 bis 35 BauGB). (...)

21

Die Gemeinde ist auf Grund ihres Beteiligungsrechts im bauaufsichtlichen Verfahren berechtigt, ihre Entscheidung über das Einvernehmen bis zum Eingang der in bauplanungsrechtlicher Hinsicht erforderlichen Unterlagen zurückzustellen. Die zweimonatige Einvernehmensfrist beginnt dann mit dem Eingang dieser Unterlagen bei der Gemeinde; denn § 36 Abs. 2 Satz 2 BauGB ist die Wertung des Gesetzgebers zu entnehmen, dass ein Zeitraum von zwei Monaten geboten, aber auch ausreichend ist, um der Gemeinde eine Entscheidung auf der Grundlage (planungsrechtlich) vollständiger Unterlagen zu ermöglichen. Dabei trägt die Gemeinde freilich das Risiko einer Fehleinschätzung der planungsrechtlichen Beurteilungsreife mit der Folge, dass die Einvernehmensfrist bereits mit der Einreichung des Bauantrages zu laufen beginnt. Der Versuch der Gemeinde, durch die sachlich ungerechtfertigte Nachforderung einer Bauvorlage die Entscheidung über ihr Einvernehmen zu einem unerwünschten Bauvorhaben hinauszuschieben, wäre missbräuchlich. (...)

25

2.3 Die Mitwirkungslast der Gemeinde bei der Vervollständigung der ihr einzureichenden Bauvorlagen wird durch § 36 Abs. 2 Satz 2 Halbsatz 2 BauGB in zweierlei Hinsicht näher bestimmt. (...)

26

Der Gemeinde ist es hingegen nicht verwehrt, gegenüber der Baugenehmigungsbehörde geltend zu machen, dass der Bauantrag ohne die Vorlage einer bestimmten fachtechnischen Untersuchung in bauplanungsrechtlicher Hinsicht nicht beurteilungsreif und insoweit ergänzungsbedürftig sei.

27

§ 36 Abs. 2 Satz 2 Halbsatz 2 BauGB setzt der Gemeinde ferner einen zeitlichen Rahmen, innerhalb dessen sie sich Klarheit darüber zu verschaffen hat, ob der Bauantrag nebst Bauvorlagen bauplanungsrechtlich beurteilungsreif ist. Lässt die Gemeinde die zweimonatige Einvernehmensfrist verstreichen, ohne dass sie einen Anlass sieht, mit den ihr zur Verfügung stehenden Mitteln gegenüber dem Bauherrn oder der Baugenehmigungsbehörde auf das Nachreichen einer bestimmten Bauvorlage hinzuwirken, gilt ihr Einvernehmen nach Ablauf von zwei Monaten ab Antragseingang (bzw. ab dem Eingang nachgeforderter Unterlagen) als erteilt. Der Gemeinde bleibt es zwar unbenommen, nach Fristablauf und vor der Entscheidung der Baugenehmigungsbehörde auf die fehlende Beurteilungsreife des Bauantrages hinzuweisen. Sie kann dadurch jedoch nicht den Ablauf der Einvernehmensfrist umgehen. Andernfalls würde die Frist in einer Weise zur Disposition der Gemeinde gestellt, die mit Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung nicht vereinbar wäre. Das Genehmigungsverfahren würde mit einer zeitlichen Unsicherheit belastet, die der Gesetzgeber mit Einführung der Fristenregelung in § 36 Abs. 2 Satz 2 BauGB vor allem im Interesse des Bauherrn, aber auch im öffentlichen Interesse an der Beschleunigung der Genehmigungsverfahren, gerade vermeiden wollte. Aus diesem Grund hat der erkennende Senat bereits entschieden, dass die zweimonatige Einvernehmensfrist durch die Verfahrensbeteiligten nicht einvernehmlich verlängert und ein als erteilt geltendes Einvernehmen von der Gemeinde nachträglich nicht "widerrufen" oder "zurückgenommen" werden kann (BVerwG, Urteil vom 12. Dezember 1996 - BVerwG 4 C 24.95 - a.a.O.). (...)

- in Nordrhein Westfalen bestätigt durch OVG Münster, Beschluss vom 21.12.2010 - 8 B 1426/10



Danach lassen sich folgende Aussagen zusammenfassen:

- Der Gemeinde ist eine Entscheidung über das gemeindliche Einvernehmen auf Grundlage in planungsrechtlicher Hinsicht vollständiger Antragsunterlagen zu ermöglichen.
- Vor der Entscheidung über das gemeindliche Einvernehmen hat die Gemeinde zu prüfen, ob die bei ihr eingereichten Bauvorlagen eine sachgerechte Prüfung in bauplanungsrechtlicher Hinsicht ermöglichen.
- Sofern die Gemeinde die Unterlagen für unvollständig hält, obliegt ihr die Verpflichtung, innerhalb von zwei Monaten nach Eingang des Einvernehmensersuchens auf die Vollständigkeit der Unterlagen hinzuwirken.
- Der Gemeinde obliegt die Feststellung, ob und wann ein bei ihr eingereicherter Bauantrag in die sog. Beurteilungsreife „*hineingewachsen*“ ist.
- Die Frage nach den inhaltlichen Anforderungen einer bauplanungsrechtlichen Beurteilungsreife ist eine Frage des materiellen Rechtes und richtet sich nach dem jeweiligen Zulässigkeitsmaßstab.
- Die Gemeinde ist berechtigt, ihre Entscheidung über das Einvernehmen bis zum Eingang vollständiger Unterlagen zurückzustellen.
- Die zweimonatige Einvernehmensfrist beginnt mit dem Eingang der vollständigen Unterlagen. Nach Wertung des Gesetzgebers ist ein Zeitraum von zwei Monaten geboten, aber auch hinreichend, um der Gemeinde eine Entscheidung auf Grundlage der vollständigen Unterlagen zu ermöglichen.
- Sofern fachtechnische Untersuchungen zur bauplanungsrechtlichen Beurteilung erforderlich sind, ist die Gemeinde befugt, diese Untersuchungen bei der Behörde anzufordern.

- Sofern die Gemeinde nicht innerhalb der zweimonatigen Einvernehmensfrist auf die Unvollständigkeit der Unterlagen gegenüber der Genehmigungsbehörde hinweist, gilt das Einvernehmen als erteilt.

Für die Gemeinde ergibt sich hieraus Folgendes:

**Sofern die Gemeinde nicht innerhalb von zwei Monaten die Unvollständigkeit der Unterlagen gegenüber der Genehmigungsbehörde rügt, greift die Fiktionswirkung aus § 36 Abs. 3 S. 2 BauGB ein, mit der Folge, dass das Einvernehmen als erteilt gilt.**

**Sofern die Gemeinde irrtümlich die Unvollständigkeit der Unterlagen rügt, greift ebenfalls die gesetzliche Fiktionswirkung aus § 36 Abs. 3 S. 2 BauGB ein, mit der Folge, dass das Einvernehmen als erteilt gilt.**

**Sofern die Gemeinde die Unvollständigkeit der Unterlagen untere konkreter Benennung der fehlenden Unterlagen rügt und die Genehmigungsbehörde die nachgeforderten Unterlagen nachreicht, beginnt die Einvernehmensfrist mit dem Eingang der nachgereichten und damit dem Vorliegen der vollständigen Unterlagen zu laufen.**

**Sofern die Gemeinde die mit dem Ersuchen übersandten Unterlagen als unvollständig erachtet, sollte das Einvernehmen vorsorglich aufgrund der Unvollständigkeit der Unterlagen und untere konkreter Benennung der fehlenden Unterlagen versagt und erklärt werden, dass nach Eingang der vollständigen Unterlagen erneut über das gemeindliche Einvernehmen entschieden wird.**

## **1.5 Verfahren vor Ersetzung**

Das Verfahren vor Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens ist in § 2 Nr. 4 des ersten Gesetzes zum Bürokratieabbau geregelt.

§ 2 Nr. 4 BürokrAbbG lautet wie folgt:

### **§ 2 1. BürokrAbbG**

Im Lande Nordrhein-Westfalen gelten die folgenden Vorschriften mit folgender Maßgabe:

(...)

4.

**Bauordnung für das Land Nordrhein-Westfalen -Landesbauordnung - (BauO NRW)** in der Fassung der Bekanntmachung vom 1. März 2000 (GV. NRW. S. 256), zuletzt geändert durch Artikel I des Gesetzes vom 12. Dezember 2006 (GV. NRW. S. 615):

a)

Ergänzend zum 5. Teil, 3. Abschnitt und abweichend von § 80 Abs. 2 gilt folgendes zur Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens:

(1) Hat eine Gemeinde ihr nach § 36 Abs. 1 Sätze 1 und 2 BauGB erforderliches Einvernehmen rechtswidrig versagt, so hat die zuständige Bauaufsichtsbehörde das fehlende Einvernehmen nach Maßgabe der Absätze 2 bis 4 zu ersetzen. Wird in einem anderen Genehmigungsverfahren über die Zulässigkeit des Vorhabens entschieden, tritt die für dieses Verfahren zuständige Behörde an die Stelle der Bauaufsichtsbehörde.

(2) § 122 der Gemeindeordnung findet keine Anwendung.

(3) **Die Genehmigung gilt zugleich als Ersatzvornahme im Sinne des § 123 Gemeindeordnung.** Sie ist zu begründen. **Eine Anfechtungsklage hat auch insoweit keine aufschiebende Wirkung, als die Genehmigung als Ersatzvornahme gilt.** Die Baugenehmigung kann, soweit sie als Ersatzvornahme gilt, nicht gesondert nach § 126 der Gemeindeordnung angefochten werden.

(4) **Die Gemeinde ist vor Erlass der Genehmigung anzuhören. Dabei ist ihr Gelegenheit zu geben, binnen angemessener Frist erneut über das gemeindliche Einvernehmen zu entscheiden.**

(...)

Die Gemeinde ist daher vor Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens unter Einräumung einer angemessenen Frist **anzuhören.**

## 1.6 Rechtsschutz

Die Gemeinde ist klageberechtigt, wenn die Genehmigung entweder unter Verletzung ihrer Beteiligungsrechte nach § 36 BauGB ergangen ist oder wenn die Gemeinde die Rechtswidrigkeit der Ersetzungsentscheidung rügt, also die Rechtmäßigkeit der Versagung des gemeindlichen Einvernehmens geltend gemacht.

In der Rechtsprechung ist geklärt, dass ein Rechtsmittel der Gemeinde gegen eine Genehmigungsentscheidung bereits dann begründet ist, wenn die Genehmigungsentscheidung unter **Verletzung des Beteiligungsrechtes** nach § 36 BauGB ergangen ist. In diesem Fall kommt es

nicht darauf an, ob die Genehmigung mit den planungsrechtlichen Vorgaben aus § 35 BauGB zu vereinbaren ist, also die in § 35 BauGB geregelten Zulässigkeitsgründe vorliegen.

Hierzu das BVerwG mit Beschluss vom 11.8.2008 (4 B 25/08):

(...) 6

*An dieser Rechtsprechung hat der Senat - entgegen der Darstellung der Beigeladenen - festgehalten; das Beschwerdevorbringen gibt keinen Anlass, davon abzurücken. Die Entscheidung des Senats, wonach die mit der unteren Baugenehmigungsbehörde identische Gemeinde die Ablehnung eines Bauantrags nicht mit der Versagung ihres Einvernehmens als solcher begründen darf (Urteil vom 19. August 2004 - BVerwG 4 C 16.03 - BVerwGE 121, 339), stellt keine Abweichung von der bisherigen Rechtsprechung dar, sondern trägt (insoweit in Abweichung der früheren Rechtsprechung) dem Umstand Rechnung, dass § 36 Abs. 1 Satz 1 BauGB auf das Verhältnis von Gemeinde und Baugenehmigungsbehörde eines anderen Rechtsträgers zugeschnitten ist und nicht im Verhältnis zwischen Ausgangs- und Widerspruchsbehörde gilt (a.a.O. S. 343). **Ist aber der Anwendungsbereich des § 36 Abs. 1 Satz 1 BauGB eröffnet, sichert die Vorschrift der Gemeinde ein Mitwirkungsrecht, das die Baugenehmigungsbehörde zu achten hat und dessen Wahrung im Klagewege erzwingbar ist** (Urteil vom 14. April 2000 a.a.O.). Soweit die Beigeladene Bezug nimmt auf den Beschluss des Senats vom 10. Januar 2006 (- BVerwG 4 B 48.05 - BRS 70 Nr. 151 zu VGH Kassel, Urteil vom 19. Mai 2005 - 3 UE 2829/04 - BRS 69 Nr. 173) wird nicht beachtet, dass es dort um eine Klage gegen die Ersetzung des Einvernehmens im Zusammenhang mit einem planfeststellungsbedürftigen Vorhaben und die Frage ging, ob die Gemeinde trotz der Wahl eines falschen Verfahrens - baurechtliches Zustimmungsverfahren statt Planfeststellungs- oder Plangenehmigungsverfahren - nicht in ihren Rechten verletzt werde. Die Feststellung des Senats, § 36 Abs. 1 Satz 1 BauGB begründe hinsichtlich der materiellen Planungshoheit keine Rechte, sondern setze sie vielmehr voraus, bezieht sich auf diese besondere verfahrensrechtliche Fallkonstellation und erlaubt daher keine Rückschlüsse zur Rechtsposition der Gemeinde im Falle der Anwendbarkeit des § 36 Abs. 1 Satz 1 BauGB. **Ist der Anwendungsbereich des § 36 Abs. 1 Satz 1 BauGB eröffnet, entfaltet sich dessen planungsrechtliche Schutzfunktion: Die vorgesehene Mitwirkung der Gemeinde dient der Sicherung der gemeindlichen Planungshoheit** (Urteil vom 16. September 2004 - BVerwG 4 C 7.03 - BVerwGE 122, 13 <18>). Es gelten die dargelegten Grundsätze, wonach bereits die Missachtung des gesetzlich gewährleisteten Rechts der Gemeinde auf Einvernehmen zur Aufhebung der Baugenehmigung führt. (...)*

Im Falle der Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens ist im Rechtsmittelverfahren die Vereinbarkeit der Genehmigung mit den **Voraussetzungen des § 35 BauGB in vollem Umfang** zu überprüfen.

Dies stellt das BVerwG in dem bereits zitierten Urteil vom 20.5.2010 (a.a.O.) wie folgt klar:

(...) 34

*Der Verwaltungsgerichtshof hat angenommen, dass ein Kläger die Feststellung verlangen kann, zu einem von ihm selbst bestimmten Zeitpunkt habe ein materieller Anspruch bestanden. Das stimmt mit der Rechtsprechung des Senats überein (Urteil vom 28. April 1999 - BVerwG 4 C 4.98 - BVerwGE 109, 74). Der Verwaltungsgerichtshof hat sich ferner erkennbar davon leiten lassen, dass auf die Berufung einer beigeladenen Gemeinde gegen die erstinstanzliche Feststellung, der Kläger habe eine beantragte Genehmigung beanspruchen können, materielles Recht nur insoweit zu prüfen ist, als es auch dem Schutz der Beigeladenen zu dienen bestimmt ist. Dieser Prüfungsansatz ist ebenfalls zutreffend (Urteil vom 31. Oktober 1990 - BVerwG 4 C 45.88 - BRS 50 Nr. 86). **Dem Schutz der gemeindlichen Planungshoheit dient die***

*Vorschrift des § 36 Abs. 1 Satz 1 BauGB. Sie bestimmt u.a., dass für die Zulassung eines Vorhabens im Außenbereich das Einvernehmen mit der Gemeinde erforderlich ist. **Die Gemeinde darf ihr Einvernehmen nur aus den sich aus § 35 BauGB ergebenden Gründen versagen** (§ 36 Abs. 2 Satz 1 BauGB). Das bedeutet im Ergebnis, dass die Voraussetzungen des § 35 BauGB auf das Rechtsmittel der Gemeinde hin in vollem Umfang nachzuprüfen sind (Urteile vom 31. Oktober 1990 a.a.O. und vom 14. April 2000 - BVerwG 4 C 5.99 - NVwZ 2000, 1048 <1049>). Unvereinbar mit Bundesrecht ist die einschränkende Auffassung des Verwaltungsgerichtshofs, dass § 35 BauGB nur mit Blick auf diejenigen Gründe zu prüfen ist, auf die die beigeladene Gemeinde die Versagung ihres Einvernehmens gestützt hat. Das Recht der Gemeinde, ihr Einvernehmen zu einem Außenbereichsvorhaben zu verweigern, ist nicht mit der Obliegenheit verbunden, die Entscheidung zu begründen (vgl. BTDrucks 13/6392 S. 60 zu Nr. 29 und Buchst. b). Der Bestimmung des § 36 BauGB kann deshalb auch nicht entnommen werden, dass in den Fällen, in denen - wie hier - das Einvernehmen rechtzeitig verweigert wurde, die Gemeinde mit Gründen, die sie bei ihrer Verweigerung nicht angeführt hat, in einem späteren Rechtsbehelfsverfahren präkludiert ist (so zutreffend OVG Weimar, Beschluss vom 29. Januar 2009 - 1 EO 346/08 - juris Rn. 50). (...)*

Das BVerwG betont demnach, dass die Überprüfung der planungsrechtlichen Rechtmäßigkeit der Genehmigung **nicht auf diejenigen Gründe beschränkt ist, die die Gemeinde für die Versagung des gemeindlichen Einvernehmens herangezogen hat**. In einem Rechtsmittelverfahren ist daher umfassend zu prüfen, ob die planungsrechtlichen Zulässigkeitsvoraussetzungen des § 35 BauGB vorliegen.

Nach § 6 AG VwGO NRW ist in Nordrhein-Westfalen ein Vorverfahren (Widerspruchsverfahren) nicht mehr durchzuführen (unter Ausklammerung einiger Sonderfälle). Diese Regelung gilt zunächst für Verwaltungsakte, die bis zum 31.10.2012 bekannt gegeben werden.

Danach ist sogleich Anfechtungsklage gegen die streitige Genehmigung zu erheben.

Da eine Anfechtungsklage gegen die mit Genehmigung vorgenommene Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens gem. § 2 Nr. 4 Abs. 3 S. 2 BüroKabbG keine aufschiebende Wirkung entfaltet, kann der Vollzug der angegriffenen Genehmigung nur mittels eines Eilverfahrens auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung gehemmt werden, § 80 Abs. 5 VwGO.

Sofern eine **immissionsschutzrechtliche Genehmigung** angefochten wird und die Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens nicht mittels Ersatzvornahme im Genehmigungsbescheid erfolgt, die Genehmigung also unter **Verletzung des Beteiligungsrechtes** aus § 36 BauGB erteilt wurde, dürfte die Anfechtungsklage, sofern von der Genehmigungsbehörde nicht die sofortige Vollziehung der Genehmigung angeordnet wurde, aufschiebende Wirkung entfalten.

- vgl. VG Frankfurt, Beschluss vom 2.9.2011 (8 L 1767/11.F)

## 2. Haftungsrisiko der Gemeinden

Gemeinden haften nach Amtshaftungsrecht, wenn sie das Einvernehmen rechtswidrig verweigern und es aufgrund dessen entweder zu einer Verzögerung der Inbetriebnahme oder zu einer Verhinderung des Baus kommt.

Aber: Der BGH hat kürzlich zugunsten der Gemeinden entschieden, dass die rechtswidrige Verweigerung des Einvernehmens für sich genommen keine Amtshaftungsansprüche auslösen kann, sofern nach Landesrecht eine Ersetzungsbefugnis geregelt ist. (für Nordrhein Westfalen vgl. Schleswig-Holstein vgl. § 2 Nr. 4 Abs. 1 1. BüroAbbG)

Erst wenn die Gemeinde gegen die Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens (bzw. die Genehmigung) einen Rechtsbehelf einlegt, kann es zu Schadensersatzforderungen kommen.

**BGH, 16.9.2010, III ZR 29/10**

**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 (Rn.12)(Rn.13)(Rn.14)(Rn.16).**

12

b) Im vorliegenden Fall besteht die bislang in der Senatsrechtsprechung noch nicht beurteilte Besonderheit, dass nach § 36 Abs. 2 Satz 3 BauGB i.V.m. Art. 74 Abs. 1 BayBO a.F. das rechtswidrig versagte aber erforderliche Einvernehmen durch die Baugenehmigungsbehörde, die nicht zugleich die Gemeinde ist, ersetzt werden konnte. **Offengelassen hat der Senat bisher, ob in einem solchen Fall eine Amtshaftung der Gemeinde in Betracht kommt, wenn - wie hier - die Baugenehmigungsbehörde davon absieht, das verweigerte gemeindliche Einvernehmen zu ersetzen (vgl. Senatsbeschluss vom 19. März 2008 - III ZR 49/07, NVwZ 2008, 815, 816). Diese nunmehr entscheidungserhebliche Frage ist zu verneinen** (zustimmend für eine Amtshaftung allein der Baugenehmigungsbehörde Staudinger/Wurm, BGB, Neubearbeitung 2007, § 839 Rn. 606; Desens, DÖV 2009, 197, 205; Klinger, BayVBl. 2002, 481, 484 f; Lasotta, Das Einvernehmen der Gemeinde nach § 36 BauGB, 1998, S. 218 f; so wohl auch Groß BauR 1999, 560, 571; a.A. de Witt/Krohn, in Handbuch des öffentlichen Baurechts, [12. EL] M Rn. 97; Herrmann KommJur 2004, 286, 288; Dolderer BauR 2000, 491, 498 f, wonach sich durch die Einführung der Ersetzungsbefugnis die Maßstäbe für die Haftung der Gemeinde nicht geändert haben sollen).

13

aa) Soweit der Baugenehmigungsbehörde die Befugnis eingeräumt ist, das versagte gemeindliche Einvernehmen zu ersetzen, wird ihre Prüfungs- und Entscheidungskompetenz erweitert. Sie umfasst nicht nur die Frage, ob ein gemeindliches Einvernehmen erforderlich ist, sondern auch, ob die Verweigerung der Gemeinde rechtswidrig ist. **Die Bindungswirkung der negativen Entscheidung der Gemeinde für die Baugenehmigungsbehörde ist aufgehoben.** Die Behörde ist mithin nicht mehr unter Umständen gezwungen, den Antrag auf Genehmigung eines an sich genehmigungsfähigen Bauvorhabens sehenden Auges allein wegen des rechtswidrig verweigerten Einvernehmens abzulehnen. **Der maßgebliche Grund für die Annahme einer drittgerichteten Amtspflicht seitens der Gemeinde bei der Entscheidung über die Erteilung des Einvernehmens und damit ihrer haftungsrechtlichen Verantwortlichkeit zum Bauherren - die Bindungswirkung ihrer Versagung für die Baugenehmigungsbehörde, obschon es sich bei dem gemeindlichen Einvernehmen nur um ein Verwaltungsinstrumentum handelt - ist entfallen** (vgl. Staudinger/Wurm aaO).

14

bb) **Ein Bedürfnis dafür, die der Gemeinde bei ihrer Entscheidung über die Erteilung des Einvernehmens obliegenden Amtspflichten trotz fehlender Bindungswirkung gleichwohl als drittgerichtet anzusehen und so auch weiterhin eine (Mit-)Haftung der Gemeinde für möglich zu halten, lässt sich auch nicht aus dem Umstand herleiten, dass § 36 Abs. 2 Satz 3 BauGB und der vorliegend noch anwendbare § 74 Abs. 1 BayBO in der Fassung der Bekanntmachung vom 4. August 1997 (GVBl. 1997, 433) als Kann-Vorschriften ausgestaltet sind.** Insoweit spricht bereits vieles dafür, dass es sich bei diesen Vorschriften um bloße Befugnisnormen handelt, bei denen auf der Rechtsfolgenseite kein Ermessen besteht, sondern eine gebundene Entscheidung zu treffen ist (in diesem Sinne Roeser, in Berliner Kommentar zum BauGB, [September 2007] § 36 Rn. 14; Klinger BayVBl. 2002, 481, 483; Dolderer BauR 2000, 491, 498; Horn NVwZ 2002, 406, 414; Dippel NVwZ 1999, 921, 924; so wohl auch Groß, BauR 1999, 560, 570). **Zudem hat der Bauwillige, dessen Vorhaben mit den materiellrechtlichen Vorschriften in Einklang steht, einen durch Art. 14 GG geschützten Anspruch gegenüber der Baugenehmigungsbehörde auf Erteilung der Baugenehmigung** (Senat aaO BGHZ 65, 182, 186; vgl. Urteil vom 11. Januar 2007 - III ZR 302/05 - BGHZ 170, 260 Rn. 33 f m.w.N.). Hiermit wäre es nicht in Einklang zu bringen, wenn die Baugenehmigungsbehörde unter Berufung auf ein ihr eingeräumtes Ermessen die rechtswidrige Verweigerung des Einvernehmens durch die Gemeinde nicht ersetzen und deshalb mit der Ablehnung des Bauantrages rechtswidrig in das Eigentumsrecht des Bauwilligen eingreifen dürfte (Ermessenreduzierung auf Null, Desens DÖV 2009, 197, 203 f; Jachmann BayVBl. 1995, 481, 482 f; de Witt/Krohn aaO M Rn. 95; Lasotta, aaO S. 209; ders. - allerdings zurückhaltender < Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung > - BayVBl. 1998, 609, 615; vgl. auch Lechner, in Simon/Busse, BayBO, 87. Ergänzungslieferung 2007, Art. 74 Rn. 61: Ermessenreduzierung auf Null in besonders gelagerten Fällen; ähnlich VG Frankfurt NVwZ-RR 2001, 371; Schrödter/Rieger, BauGB, 7. Aufl., § 36 Rn. 23: bei offenkundig rechtswidriger Versagung ist Ersetzung "intendiert"; von einem größeren Entscheidungsspielraum der Behörde gehen insbesondere aus Söfker in Ernst/Zinkahn/Bielenberg, BauGB <Stand. Dezember 2006> § 36 Rn. 41; Krautzberger in Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 11. Aufl. § 36 Rn. 13; zur Frage, inwieweit die Gemeinde einen Ermessensfehlgebrauch beanstanden kann: VGH München ZfBR 2006, 684, 585 f; OVG Lüneburg BauR 2005, 679, 681 f; Jäde KommJur 2005, 368, 371 f).

15

Es besteht daher nicht die Gefahr, dass der durch die rechtswidrige Versagung des gemeindlichen Einvernehmens entstandene Schaden deshalb nicht zu erstatten ist, weil die Entscheidung der Bauaufsichtsbehörde, das Einvernehmen nicht zu ersetzen, gleichwohl als ermessensfehlerfrei und damit als nicht amtspflichtwidrig einzustufen ist.

16

cc) **Weiterhin besteht aus Sicht des geschädigten Bürgers auch keine Notwendigkeit, wegen etwaiger Verzögerungsschäden, die der Bauaufsichtsbehörde haftungsrechtlich nicht zugerechnet werden können, die Amtspflichten der Gemeinde als drittgerichtet zu qualifizieren.** Nach § 36 Abs. 2 Satz 2 BauGB gilt das Einvernehmen der Gemeinde als erteilt, wenn es nicht binnen zwei Monaten nach Eingang des Ersuchens der Genehmigungsbehörde oder nach Einreichung des Bauantrags - sofern dieser nach Landesrecht bei der Gemeinde und nicht bei der Genehmigungsbehörde einzureichen

*ist - verweigert wird. Durch diese der Beschleunigung des Baugenehmigungsverfahrens dienende Vorschrift ist sichergestellt, dass die Entscheidung über die Verweigerung des Einvernehmens zeitnah nach Stellung des Baugesuchs getroffen wird. Verweigert die Gemeinde das Einvernehmen, kann die Rechtmäßigkeit der Verweigerung - und damit die Frage, ob das Einvernehmen zu ersetzen ist - im Rahmen der ohnehin von der Bauaufsichtsbehörde anzustellenden Beurteilung der bauplanungsrechtlichen Voraussetzungen mitgeprüft werden. **Zu erheblichen zeitlichen Verzögerungen kann es eigentlich nur dann kommen, wenn die Gemeinde gegen die trotz der Verweigerung des Einvernehmens erteilte Baugenehmigung mit einem Rechtsbehelf vorgeht. Durch die Ergreifung eines solchen Rechtsbehelfs wird jedoch der Bereich des bloßen Verwaltungsinternums verlassen. Insoweit gilt der in der Rechtsprechung des Senats anerkannte Grundsatz, dass der Gebrauch von Rechtsmitteln zur Durchsetzung rechtswidriger oder zur Verhinderung rechtmäßiger behördlicher oder gerichtlicher Beschlüsse oder Entscheidungen eine selbständige Amtspflichtverletzung der das Rechtsmittel einlegenden Körperschaft zum Nachteil des von dem Rechtsmittel nachteilig betroffenen Bürgers darstellen kann** (siehe Staudinger/Wurm aaO Rn. 607).*

Die vorgenannten Ausführungen gelten nicht nur für den sog. verschuldensabhängigen Amtshaftungsanspruch, sondern auch für einen Haftungsanspruch nach dem Institut des enteignungsgleichen Eingriffs.

Hierzu der BGH (a.a.O.)

*2. Dem Kläger steht auch **kein Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff** gegen den Beklagten zu. Wie bereits ausgeführt, stellt sich die Versagung des gemeindlichen Einvernehmens wegen der gesetzlich vorgesehenen Ersetzungsbefugnis der Baugenehmigungsbehörde als "behördeninterner" Vorgang ohne Bindungswirkung für die Baugenehmigungsbehörde dar. Das hat zur Konsequenz, dass der Eingriffstatbestand allein im außengerichteten Handeln der Baugenehmigungsbehörde, nämlich in der Ablehnung des Bauantrags und der unterlassenen Ersetzung des Einvernehmens, zu erblicken ist und diese auch im Hinblick auf das Institut des enteignungsgleichen Eingriffs alleinverantwortlich ist (Staudinger/Wurm aaO § 839 Rn. 452).*



### **3. Exkurs: Planungsinstrumente der Kommune zur Steuerung von Massentierhaltungsanlagen**

#### **3.1 Darstellung von Konzentrationszonen mit Ausschlusswirkung**

##### **3.1.1 Das Prinzip**

Wird an einer Stelle des Gemeindegebiets eine Fläche für eine Massentierhaltungsanlage dargestellt, können für das restliche Gemeindegebiet solche Anlagen „*in der Regel*“ ausgeschlossen werden

Gesetzliche Regelungen:

##### **§ 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB:**

Öffentliche Belange stehen einem Vorhaben nach Absatz 1 **Nr. 2 bis 6** in der Regel auch dann entgegen, soweit hierfür durch Darstellungen im Flächennutzungsplan oder als Ziele der Raumordnung eine Ausweisung **an anderer Stelle** erfolgt ist.

##### **§ 5 Abs. 2b BauGB:**

Für Darstellungen des Flächennutzungsplans mit den Rechtswirkungen des § 35 Abs. 3 Satz 3 können sachliche Teilflächennutzungspläne aufgestellt werden.

Gesetzesbegründung:

*„Durch positive Standortzuweisung an einer oder auch an mehreren Stellen im Plangebiet erhalten die Regionalplanung und die Gemeinden die Möglichkeit, den übrigen Planungsraum von den durch den Gesetzgeber privilegierten Anlagen freizuhalten.“*

- vgl. Bundestags-Drucksache 13/4978, S. 7

##### **3.1.2 Die Ausnahme: Keine Geltung für landwirtschaftliche Betriebe**

Vorsicht: Keine Ausschlusswirkung für landwirtschaftliche Betriebe (§ 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB); Regelung gilt nur für nach § 35 Abs. 1 Nr. 2 – 6 BauGB privilegierte Anlagen.

##### **§ 201 BauGB Begriff der Landwirtschaft**

Landwirtschaft im Sinne dieses Gesetzbuchs ist insbesondere der Ackerbau, die Wiesen- und Weidewirtschaft einschließlich Tierhaltung, soweit das Futter überwiegend auf den zum landwirtschaftlichen Betrieb gehörenden, landwirtschaftlich genutzten Flächen erzeugt werden kann, die gartenbauliche Erzeugung, der Erwerbsobstbau, der Weinbau, die berufsmäßige Imkerei und die berufsmäßige Binnenfischerei.

### 3.1.3 Die Anforderungen der Rechtsprechung

#### OVG Niedersachsen, 13.9.2011, 1 KN 56/08 (Bebauungsplan Meppen)

78 "Nach der Rechtsprechung des Senats vermag die Darstellung einer Konzentrationszone die Rechtsfolge des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB nur auszulösen, **wenn ihr ein schlüssiges Plankonzept zugrunde liegt, das sich auf den gesamten Außenbereich erstreckt** (Urteil vom 17. Dezember 2002 a.a.O. S. 298; Urteil vom 13. März 2003 - BVerwG 4 C 3.02 - NVwZ 2003, 1261). Die gemeindliche Entscheidung muss nicht nur Auskunft darüber geben, von welchen Erwägungen die positive Standortzuweisung getragen wird, sondern auch deutlich machen, **welche Gründe es rechtfertigen, den übrigen Planungsraum von Windenergieanlagen freizuhalten**. Das Normenkontrollgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass die Ausarbeitung eines Plankonzepts auf der Ebene des Abwägungsvorgangs angesiedelt ist. Sie vollzieht sich abschnittsweise. **Im ersten Abschnitt sind diejenigen Bereiche als "Tabuzonen" zu ermitteln, die sich für die Nutzung der Windenergie nicht eignen**. Die Tabuzonen lassen sich in zwei Kategorien einteilen, nämlich in Zonen, in denen die Errichtung und der Betrieb von Windenergieanlagen aus tatsächlich und/oder rechtlichen Gründen schlechthin ausgeschlossen sind ("harte" Tabuzonen) und in Zonen, in denen die Errichtung und der Betrieb von Windenergieanlagen zwar tatsächlich und rechtlich möglich sind, in denen nach den städtebaulichen Vorstellungen, die die Gemeinde anhand eigener Kriterien entwickeln darf, aber keine Windenergieanlagen aufgestellt werden sollen. **Nach Abzug der harten und weichen Tabuzonen bleiben sog. Potenzialflächen übrig, die für die Darstellung von Konzentrationszonen in Betracht kommen**. Sie sind in einem weiteren Arbeitsschritt zu den auf ihnen konkurrierenden Nutzungen in Beziehung zu setzen, d.h. die öffentlichen Belange, die gegen die Ausweisung eines Landschaftsraums als Konzentrationszone sprechen, sind mit dem Anliegen abzuwägen, der Windenergienutzung an geeigneten Standorten eine Chance zu geben, die ihrer Privilegierung nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB gerecht wird (OVG Koblenz, Urteil vom 26. November 2003 - 8 A 10814/03 - ZNER 2004, 82 <83>). Als Ergebnis der Abwägung muss der Windenergie in substantieller Weise Raum geschaffen werden. **Mit einer bloßen "Feigenblatt"-Planung, die auf eine verkappte Verhinderungsplanung hinausläuft, darf es nicht sein Bewenden haben** (Urteil vom 17. Dezember 2002 - BVerwG 4 C 15.01 - a.a.O. <295>). Erkennt die Gemeinde, dass der Windenergie nicht **ausreichend substantiell Raum** geschaffen wird, muss sie ihr Auswahlkonzept nochmals überprüfen und gegebenenfalls ändern (Urteil vom 24. Januar 2008 - BVerwG 4 CN 2.07 - NVwZ 2008, 559 <560> Rn. 15)."

79 "In substantieller Weise Raum" zu schaffen ist der nach § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB **privilegierten Landwirtschaft** in mindestens vergleichbarer Weise, wenn sie durch Bebauungsplan großflächig beschränkt wird. Die landwirtschaftliche Nutzung ist mehr noch als die Windenergienutzung eine originäre Außenbereichsnutzung; ihre Beschränkung darf deshalb nur in engen Grenzen erfolgen und muss besonders gute Gründe für sich haben.

Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, Krautzberger, BauGB, Kommentar, § 35, Rz 124 b:

„Bei den **gewerblichen Tierhaltungsanlagen** kommt hinzu, dass für sie der Gesetzgeber nicht ausdrücklich einen Privilegierungsstatbestand eingeführt hat, die Annahme ihrer privilegierten Zulässigkeit im Außenbereich vielmehr auf der Rechtsprechung basiert (...). Die Anforderung, dass für privilegiert zulässige Vorhaben wie die der Windenergie in ausreichender Weise Standorte ausgewiesen werden, ist daher bei der Standortsteuerung für gewerbliche Tierhaltungsbetriebe zurückhaltend zu fordern.“

### 3.1.4 Sicherungsmittel für sachlichen Teilflächennutzungsplan

Da die Aufstellung eines sachlichen Teilflächennutzungsplanes geraume Zeit beansprucht bzw. die Gemeinde erst nach Kenntnis eines konkreten Vorhabens die Aufstellung eines Teilflächennutzungsplanes in Erwägung ziehen wird, wird der Plan in der Regel nicht im Zeitpunkt der Genehmigungsentscheidung rechtskräftig beschlossen sein. Für diese Konstellation enthält § 15 Abs. 3 BauGB das Sicherungsmittel der sog. Zurückstellung des Baugesuchs. Dies bedeutet, dass das Genehmigungsverfahren auf Antrag der Gemeinde für einen Zeitraum von 12 Monate ausgesetzt wird, sofern die Gemeinde die Aufstellung eines sachlichen Teilflächennutzungsplanes beschlossen hat und das geplante Vorhaben mit der beabsichtigten Planung nicht zu vereinbaren ist.

#### § 15 Abs. 3 BauGB

*(3) <sup>1</sup>Auf Antrag der Gemeinde hat die Baugenehmigungsbehörde die **Entscheidung über die Zulässigkeit von Vorhaben nach § 35 Abs. 1 Nr. 2 bis 6** für einen Zeitraum bis zu **längstens einem Jahr** nach Zustellung der Zurückstellung des Baugesuchs **auszusetzen**, wenn die **Gemeinde beschlossen hat, einen Flächennutzungsplan aufzustellen, zu ändern oder zu ergänzen, mit dem die Rechtswirkungen des § 35 Abs. 3 Satz 3 erreicht werden sollen**, und zu befürchten ist, dass die Durchführung der Planung durch das Vorhaben unmöglich gemacht oder wesentlich erschwert werden würde. <sup>2</sup>Auf diesen Zeitraum ist die Zeit zwischen dem Eingang des Baugesuchs bei der zuständigen Behörde bis zur Zustellung der Zurückstellung des Baugesuchs nicht anzurechnen, soweit der Zeitraum für die Bearbeitung des Baugesuchs erforderlich ist. <sup>3</sup>**Der Antrag der Gemeinde nach Satz 1 ist nur innerhalb von sechs Monaten, nachdem die Gemeinde in einem Verwaltungsverfahren von dem Bauvorhaben förmlich Kenntnis erhalten hat, zulässig.***

Vorsicht: Die Stellung eines Antrages auf Zurückstellung des Baugesuches ist nur innerhalb von **sechs Monaten** möglich, nachdem die Gemeinde in einem Verwaltungsverfahren von dem geplanten Vorhaben förmlich Kenntnis erlangt hat.

### 3.2 Entgegenstehende und einschränkende Darstellungen im (gesamträumlichen) FNP

Neben der Darstellung einer Konzentrationszone mittels eines sachlichen Teilflächennutzungsplanes kann auch durch Darstellungen eines „normalen“ gesamträumlichen Flächennutzungsplanes eine Tierhaltung beschränkt bzw. an einem bestimmten Ort ausgeschlossen werden.

Exemplarisch wird auf das Wangerland-Urteil des BVerwG vom 18.8.2005 (4 C 13/04) verwiesen.

Die Gemeinde Wangerland hat in ihrem Flächennutzungsplan  $\frac{1}{4}$  des Gemeindegebietes als Fläche für Erholungs-, Kultur- und Freizeitwecke dargestellt und das entsprechende Gebiet in drei Zonen aufgeteilt. Sodann erfolgte für die drei Zonen jeweils eine abgestufte Festlegung eines betriebsbezogenen Immissionsgrenzwertes für Gerüche.

Das BVerwG hat diese Verfahrensweise für grundsätzlich zulässig erachtet.

#### **BVerwG vom 18.8.2005 - 4 C 13/04, Wangerland-Urteil**

29

*Welche Darstellungen noch zu den Grundzügen der Art der Bodennutzung gehören, hängt mithin nicht von dem Grad ihrer Bestimmtheit, sondern davon ab, ob sie den Bezug zur jeweiligen städtebaulichen Konzeption "für das ganze Gemeindegebiet" (§ 5 Abs. 1 Satz 1 BauGB) wahren. Der Flächennutzungsplan soll ein umfassendes Gesamtkonzept für die beabsichtigte städtebauliche Entwicklung der Gemeinde darstellen (vgl. BVerwG, Beschluss vom 12. Februar 2003, a.a.O.; BVerwGE 109, 371 <376>; 77, 300 <304>). Dazu gehört es in der Regel, die einzelnen Bauflächen und die von Bebauung freizuhaltenen Gebiete einander zuzuordnen (vgl. BVerwG, Urteile vom 26. Februar 1999 - BVerwG 4 CN 6.98 - Buchholz 406.11 § 214 BauGB Nr. 14 und vom 28. Februar 1975 - BVerwG 4 C 74.72 - BVerwGE 48, 70 <75>). Die für einzelne Flächen vorgesehene Art der Bodennutzung muss sich in ein Konzept für das gesamte Gemeindegebiet einfügen. Darstellungen gehören ungeachtet ihres Bestimmtheitsgrades zu den Grundzügen der Art der Bodennutzung, wenn sie der Bewältigung eines Nutzungskonflikts dienen, der eine über die unmittelbar betroffenen Flächen hinausgehende Bedeutung für das dem Flächennutzungsplan zugrunde liegende gesamträumliche Entwicklungskonzept der Gemeinde hat. Die Gemeinde kann somit nicht jeden beliebigen Nutzungskonflikt zum Gegenstand ihres Entwicklungskonzepts machen und dadurch ins Einzelne gehende Darstellungen auf der Ebene des Flächennutzungsplans rechtfertigen. Sind jedoch detaillierte und konkrete Darstellungen erforderlich, um einen Nutzungskonflikt von grundlegender Bedeutung für ihre gesamträumliche Entwicklung planerisch zu bewältigen, kann der Flächennutzungsplan seiner Aufgabe nur gerecht werden, wenn auch derartige Darstellungen zulässig sind.*

(...)

31

*Gemäß § 8 Abs. 2 Satz 1 BauGB sind Bebauungspläne aus dem Flächennutzungsplan zu entwickeln. Nach der Rechtsprechung des Senats folgt aus diesem gesetzlichen Ableitungszusammenhang, dass den Darstellungen des Flächennutzungsplans als Entwicklungsgrundlage noch nicht der Bestimmtheitsgrad eignet, der für Festsetzungen eines Bebauungsplans typisch ist; **der Flächennutzungsplan weist ebenspezifisch ein grobmaschiges Raster auf, das auf Verfeinerung angelegt ist** (vgl. BVerwG, Beschlüsse vom 12. Februar 2003 - BVerwG 4 BN 9.03 - a.a.O. und vom 20. Juli 1990 - BVerwG 4 N 3.88 - Buchholz 406.11 § 5 BBauG/BauGB Nr. 7 = NVwZ 1991, 262; BVerwGE 48, 70 <73 ff.>). Das Entwicklungsgebot und die hierzu ergangene Rechtsprechung des Senats setzen voraus, dass die Gemeinde einen Bebauungsplan erlässt. Der Außenbereich liegt definitionsgemäß außerhalb des räumlichen Geltungsbereichs eines Bebauungsplans im Sinne des § 30 Abs. 1 BauGB und außerhalb der im Zusammenhang bebauten Ortsteile (vgl. BVerwG, Urteil vom 1. Dezember 1972 - BVerwG 4 C 6.71 - BVerwGE 41, 227 <232>). **Im Außenbereich darf sich die Gemeinde grundsätzlich darauf beschränken, die städtebauliche Entwicklung planerisch durch den Flächennutzungsplan zu steuern.** Das in § 35 BauGB vorgesehene Entscheidungsprogramm erweist sich in aller Regel als ausreichend, um eine*

städtebauliche Konfliktlage im Außenbereich angemessen beurteilen zu können und diese Beurteilung dem behördlichen Entscheidungsverfahren zuzuweisen (vgl. BVerwG, Urteil vom 1. August 2002 - BVerwG 4 C 5.01 - BVerwGE 117, 25 <30>). Das gilt insbesondere, wenn - wie hier - über den konkreten Standort von im Außenbereich gemäß § 35 Abs. 1 BauGB grundsätzlich zulässigen Vorhaben zu entscheiden ist. **Die Gemeinde ist insoweit nicht darauf verwiesen, ihre planerischen Vorstellungen durch Erlass eines weite Teile des Außenbereichs erfassenden Bebauungsplans zur Geltung zu bringen. Sie ist auch nicht darauf beschränkt, für Vorhaben nach § 35 Abs. 1 Nr. 2 bis 6 BauGB Konzentrationszonen mit den Rechtsfolgen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB auszuweisen.** Der Gesetzgeber hat mit dem Planungsvorbehalt im nachträglich eingefügten § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB **einen zusätzlichen Weg** bezeichnet, durch Darstellungen im Flächennutzungsplan die Zulässigkeit privilegierter Vorhaben im Außenbereich zu steuern. **Die Möglichkeit, dass einem privilegierten Vorhaben im Außenbereich öffentliche Belange entgegenstehen, weil es Darstellungen des Flächennutzungsplans widerspricht, bleibt hiervon unberührt** (vgl. BVerwG, Urteil vom 17. Dezember 2002 - BVerwG 4 C 15.01 - BVerwGE 117, 287 <292>; Beschluss vom 3. Juni 1998 - BVerwG 4 B 6.98 - BRS 60 Nr. 90).

32

39

4.1 Ausgehend von dem dargelegten Maßstab gehört die streitgegenständliche Darstellung des Flächennutzungsplans der Beigeladenen zu den Grundzügen der Art der Bodennutzung. **Der Konflikt zwischen der Nutzung des Plangebiets als Erholungsraum für Kur- und Feriengäste einerseits und für Betriebe insbesondere mit Intensivtierhaltung andererseits hat eine über die Einzelvorhaben hinausgehende Bedeutung für das dem Flächennutzungsplan zugrunde liegende gesamträumliche Entwicklungskonzept der Beigeladenen.** Die Beigeladene möchte in ihrer Küstenregion den Fremdenverkehr entwickeln. Die zu diesem Zweck ausgewiesene Fläche für Erholungs-, Kur- und Freizeit Zwecke umfasst etwa ¼ des Gemeindegebiets auf einem Streifen entlang der Nordseeküste; sie umschließt drei staatlich anerkannte Kur- und Erholungsorte. Das Plangebiet ist andererseits durch eine Vielzahl von Betrieben landwirtschaftlich geprägt. Bereits die Verwirklichung einzelner stark emittierender Vorhaben kann die Entwicklung des Fremdenverkehrs langfristig beeinträchtigen. **Die Darstellung im Flächennutzungsplan ist darauf gerichtet, den Konflikt nicht einseitig zu Lasten des Fremdenverkehrs oder der landwirtschaftlichen Nutzung zu lösen, sondern auf der Grundlage eines nach der Empfindlichkeit des Gebiets einerseits und der Schutzwürdigkeit des Vorhabens andererseits abgestuften Konzepts planerisch zu bewältigen.**

40

40

Der Flächennutzungsplan der Beigeladenen tritt mit der genannten Darstellung auch nicht faktisch an die Stelle eines Bebauungsplans. Er stellt zwar die von Betrieben einzuhaltenden Grenzwerte für Geruchs- und Staubemissionen mit einer eher für einen Bebauungsplan typischen Bestimmtheit dar. **Im Übrigen setzt er jedoch lediglich einen Rahmen für die beabsichtigte Entwicklung der fremdenverkehrlichen Schwerpunktzonen.** Das von der 52. Änderung des Flächennutzungsplans erfasste Gebiet war vor Inkrafttreten der Änderung als Fläche für die Landwirtschaft ausgewiesen. Diese Darstellung soll nach dem Willen der Beigeladenen wirksam bleiben und durch die Zweckbestimmung und die Nutzungsbeschränkungen lediglich überlagert werden. Alle auf der Fläche für Landwirtschaft bisher zulässigen Arten der Bodennutzung bleiben dem Grunde nach auch in der fremdenverkehrlichen Schwerpunktzonen zulässig.

41

41

4.2 Die im Flächennutzungsplan der Beigeladenen dargestellten Grenzwerte für Geruch und Staub sind **keine unzulässigen "Summenpegel"**. Als solche wären sie nicht nur in einem Bebauungsplan (vgl. BVerwG, Beschluss vom 10. August 1993 - BVerwG 4 NB 2.93 - Buchholz 406.12 § 1 BauNVO Nr. 18; Urteile vom 16. Dezember 1999 - BVerwG 4 CN 7.98 - BVerwGE 110, 193 <200> und vom 28. Februar 2002 - BVerwG 4 CN 5.01 - Buchholz 406.12 § 11 BauNVO Nr. 25), sondern auch in einem Flächennutzungsplan unzulässig. Denn auch im Flächennutzungsplan darf - insoweit nicht anders als im Bebauungsplan - nur die Art der Bodennutzung dargestellt werden. **Mit einem "Summenpegel" wird keine Nutzungsart, insbesondere nicht das Emissionsverhalten als Eigenschaft bestimmter Anlagen**

*und Betriebe festgesetzt, sondern nur ein Immissionsgeschehen gekennzeichnet, das von einer Vielzahl unterschiedlicher Betriebe und Anlagen gemeinsam bestimmt wird und für das Emissionsverhalten der jeweiligen Anlage für sich genommen letztlich unbeachtlich ist (vgl. BVerwGE 110, 193 <200>).*

42

42

*Die Beigeladene hat für Geruch und Staub keine Emissions-, sondern in 200 m bzw. 50 m Entfernung zum Emissionsschwerpunkt einzuhaltende Immissionsgrenzwerte festgelegt; um "Summenpegel" handelt es sich hierbei jedoch nicht. Die Einhaltung der Grenzwerte, mit denen die Beigeladene das Emissionsverhalten der Betriebe steuern will, ist für jeden Emittenten gesondert zu ermitteln. Das ergibt sich bereits daraus, dass die Immissionspunkte bezogen auf den jeweiligen Emittenten definiert sind. Ermittelt werden sollen die Geruchs- und Staubimmissionen in 200 m bzw. 50 m Entfernung zum Emissionsschwerpunkt des jeweiligen Betriebes.*

Schließlich ist auch denkbar, dass sonstige Darstellungen in einem Flächennutzungsplan einer geplanten Massentierhaltungsanlage an einem konkreten Standort entgegenstehen, wenn im Flächennutzungsplan durch eine standortbezogene Festsetzung der Standort bereits anderweitig überplant ist, beispielsweise als Fläche für Wald oder Fläche für Maßnahmen zum Schutz, zur Pflege und zur Entwicklung von Boden, Natur und Landschaft.

### 3.3 Der einfache Bebauungsplan (B-Plan)

Die Steuerung von Massentierhaltungsanlagen durch einfachen gemeindeweiten Bebauungsplan ist nach der Rechtsprechung grundsätzlich zulässig.

**OVG Niedersachsen, 6.4.2009, 1 MN 289/08**

*Zwar ist eine Steuerung von Intensivtierhaltungsanlagen durch einfachen, praktisch gemeindeweiten Bebauungsplan nach der Rechtsprechung des Senats grundsätzlich zulässig (Urt. v. 7.10.2005 - 1 KN 297/04 -, NordÖR 2006, 120; Beschl. v. 8.2.2008 - 1 MN 346/07 -, n.v.). Der Inhalt der beabsichtigten Planung muss hierfür **ausreichend bestimmt sein** (BVerwG, Urt. v. 10.9.1976 - IV C 39.74 -, BVerwGE 51, 21 = BRS 30 Nr. 76; Beschl. v. 10.10.2007 - 4 BN 36.07 -, BauR 2008, 328).*

Welche Festsetzungen mittels eines einfachen Bebauungsplanes getroffen werden können, richtet sich nach den jeweiligen Umständen des konkreten Einzelfalls.

Es ist grundsätzlich möglich, die an sich im Außenbereich zulässige Nutzung der Gemeindefläche zum Zwecke der landwirtschaftlichen bzw. gewerblichen Tierhaltung aufgrund von

städtebaulichen Belangen der **Erholung**, des **Naturschutzes** oder des **Fremdenverkehrs** zu beschränken bzw. auszuschließen.

- BVerwG, Beschluss vom 12.2.2003 – 4 BN 9/03; VG Osnabrück, Urteil vom 22.6.2007 – 2 A 167/05; OVG Niedersachsen, Urteil vom 13.9.2011 – 1 KN 56/08

Achtung: Das Maß der zulässigen Beschränkung der Bodennutzung für landwirtschaftliche und gewerbliche Tierhaltung hängt vom Gewicht der gegenläufigen Interessen ab, was eine umfassende und konkrete Sachverhaltsermittlung im Rahmen des Planverfahrens erfordert.

Die Stadt Meppen hat mittels eines einfachen Bebauungsplanes Sondergebiete für Tierhaltung festgesetzt und diesen Sondergebieten Emissionsradien zugeordnet. Das Maß der zulässigen Tierhaltung (GV-Zahl) richtet sich unter Heranziehung der Emissionsradien nach der VDI 3471 oder 3472. Außerhalb der Sondergebiete wurde ein Ausschluss von landwirtschaftlichen und gewerblichen Tierhaltungsanlagen festgesetzt, mit Ausnahme einer landwirtschaftlichen Tierhaltung mit maximal 5 GV.

OVG Lüneburg, Urteil vom 13.9.2011 – 1 KN 56/08 (Stadt Meppen)

(...)<sup>57</sup>

*Er stellt keine nach § 1 Abs. 3 BauGB unzulässige bloße Verhinderungsplanung dar. Die Antragsgegnerin hat vielmehr nicht unerhebliche Teile ihres Gebiets im Flächennutzungsplan zum Eignungsgebiet für gewerbliche Tierhaltung erklärt. In diesen Bereichen sind auch landwirtschaftliche Tierhaltungen nicht ausgeschlossen, wie dadurch deutlich gemacht worden ist, dass das Eignungsgebiet die Grundnutzung "Fläche für die Landwirtschaft" nur überlagert.*

(...)

*60 In der Sache ist durch die Rechtsprechung bereits geklärt und bedarf - zumal dies auch der Antragsteller akzeptiert - keiner erneuten grundsätzlichen Herleitung, dass Gemeinden die Ansiedlung von Tierhaltungsanlagen auch durch großflächig angelegte einfache Bebauungspläne steuern dürfen (Senatsurt. v. 7.10.2005 - 1 KN 297/04 -, NordÖR 2006, 120; vgl. auch Schrödter, AUR 2011, 177, 866 ff. mit weiteren Nachweisen), und dass sie festsetzungstechnisch hierfür - als eine von mehreren in Betracht kommenden Möglichkeiten - das Instrument der Sondergebietsausweisung verwenden und die Art der Nutzung hierbei unter Rückgriff auf die VDI-Richtlinie 3471 so festsetzen dürfen, dass mit Hilfe der in dieser Richtlinie vorgesehenen Punktregelung und eines festen Abstandsmaßes die höchstzulässige Tierzahl bestimmt wird (BVerwG, Urt. v. 28.2.2002 - 4 CN 5.01 -, DVBl. 2002, 1121 - Laupheim; Beschl. v. 20.5.2003 - 4 BN 57.02 -, NVwZ 2003, 1259; vgl. auch Senatsurt. v. 12.1.2011 - 1 KN 28/10 -, juris - zur GIRL; Reidt, BauR 2011, 1444, 1454). (...) 68 Der Senat hat allerdings erwogen, ob die die Geruchskontingentierung betreffenden Festsetzungen des Bebauungsplanes dem Bestimmtheitsgebot genügen, auch in Bezug auf die Zitierung der VDI-Richtlinien. Insoweit kann sich die Antragsgegnerin nicht schon darauf berufen, dass sie ihre Festsetzungen nach dem Vorbild der Laupheim-Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts modelliert habe. Unabhängig davon, ob eine solche Entsprechung tatsächlich in vollem Umfang gegeben ist - immerhin stützte sich der dortige Bebauungsplan auch auf Gutachten, die zur Auslegung der*

Festsetzungen herangezogen werden konnten -, hat sich die Rechtsprechung inzwischen im Zusammenhang mit anderen Kontingentierungen fortentwickelt, insbesondere für den Bereich der immissionswirksamen flächenbezogenen Schalleistungspegel.

(...)

72 Solche präzisen Bezugnahmen enthält der vorliegende Bebauungsplan nicht. Wie der Emissionsradius berechnet worden ist, ergibt sich nur aus tabellenartigen Abstandsermittlungen (für den Hof des Antragstellers: Beiakte B Bl. 401). **Diese legen die genehmigte Tieranzahl (bei Schweinen und Rindern jeweils sieben Kategorien, bei Geflügel 13 Kategorien), einen entsprechenden "Faktor", ggf. einen Äquivalenzfaktor und eine prozentuale Minderung zugrunde und gelangen so auf eine Summe von Großvieheinheiten. Darauf bezogen sind drei Abstandsangaben, nämlich "Abstände TA Luft", "Abstände VDI 100 Punkte Voll" und "Abstände VDI 100 Punkte halb". Der im Fall des Antragstellers festgelegte Emissionsradius ist ersichtlich der Rubrik "Abstände VDI 100 Punkte Voll" entnommen worden.**

73

**Dies ist zur Steuerung nachfolgender Genehmigungsverfahren aber auch ausreichend.** Zunächst ist der Bebauungsplan hinsichtlich des jeweils festgelegten Emissionsradius durch die angegebene Meterzahl eindeutig bestimmt. Auch der Tierbestand der einzelnen Betriebe im Zeitpunkt des Satzungsbeschlusses ist in den genannten Tabellen und der Begründung zum Bebauungsplan detailliert festgehalten.

74

Die den Antragsteller danach im Ergebnis allein noch belastende Ausschlusswirkung für neue und substantielle Erweiterungsvorhaben bedurfte - anders als bei Ausschluss jeglicher Bebauung (BVerwG, Beschl. v. 27.1.1999 - 4 B 129.98 -, BauR 1999, 611) - keiner zusätzlichen Festsetzung nach § 9 Abs. 1 Nr. 10 BauGB, weil hier nur ein einfacher Bebauungsplan in Rede steht und die Ausschlusswirkung sich auf Tierhaltungsanlagen von einer gewissen Mindestgröße beschränkt. Sie leidet auch nicht an Abwägungsfehlern.

(...)

92

Als Abwägungsbelang von erheblichem Gewicht versucht die Antragsgegnerin auch denjenigen der **Fremdenverkehrsnutzung** in die Waagschale zu werfen. **Dieser Belang kann zugunsten eines Ausschlusses landwirtschaftlicher Betriebe tatsächlich fruchtbar gemacht werden** (vgl. Senatsurt. v. 8.12.2009 - 1 KN 355/07 -, BauR 2010, 1181 - Bruchhausen-Vilsen). Das setzt jedoch die **konkrete Darlegung von Umständen voraus, welche als touristische Besonderheiten zu Buche schlagen können.**

(...)

93 Die Antragsgegnerin hätte allerdings erwägen können, ob dem auch hinter dem Fremdenverkehrsgedanken stehenden **Belang des Erholungswerts der Landschaft** (§ 35 Abs. 3 Nr. 5 BauGB) zwar nicht wegen **Gefährdung besonders hochwertiger Schutzgüter, sondern gerade im Gegensatz deshalb besondere Bedeutung zukam, weil Maßnahmen zum Erhalt eines "Restbestandes" der dem Außenbereich zukommenden Erholungsfunktion geboten waren.**

Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts stehen die **naturgegebene Bodennutzung des Außenbereichs und seine Erholungsmöglichkeiten für die Allgemeinheit als Schutzgüter nebeneinander** (vgl. z.B. Urt. v. 3.5.1974 - IV C 10.71 -, BauR 1974, 328; Urt. v. 14.3.1975 - IV C 41.73 -, BVerwGE 48, 109 = NJW 1975, 2114; Beschl. v. 8.9.1977 - IV B 41.77 -, BauR 1977, 403; Urt. v. 16.6.1994 - 4 C 20.93 -, BVerwGE 96, 95 = DVBl. 1994, 1141).

Dass diese Aufgaben mit jeweils angemessenem Gewicht erfüllt werden, wird u.a. dadurch sichergestellt, **dass auch privilegierten Vorhaben die Beeinträchtigung öffentlicher Belange im Sinne des § 35 Abs. 3 BauGB entgegenghalten werden kann.** Dabei können jeweils unterschiedliche Belange in den Vordergrund treten. Der Senat hat in seinem Beschluss vom 15. Januar 2003 (- 1 ME 325/02 -, BauR 2003, 667) im Zusammenhang mit einem Hähnchenmaststall die Belange der schädlichen Umwelteinwirkungen und des Erholungswerts der Landschaft nur kurz angesprochen und ist dann näher auf die in jenem Fall aufgeworfene Frage eingegangen, ob der ungeschriebene Belang "städtebaulicher Missstand" dem Vorhaben



*bei Überschreitung bestimmter Schwellenwerte für die Viehdichte entgegenstand. Dass er dies verneint hat, bedeutet nicht, dass bei Unterschreitung solcher Schwellenwerte auch die Belange der schädlichen Umwelteinwirkungen und des Erholungswerts der Landschaft von vornherein nicht "greifen". Insofern kommt vielmehr auf die konkreten Umstände des Einzelfalles an.*

94

*In Bezug auf den Erholungswert der Landschaft liegt zwar eine Beeinträchtigung im Sinne des § 35 Abs. 2 BauGB nicht vor, wenn die fragliche Außenbereichsfläche ihre Prägung gerade nicht durch die vorgegebene Bodennutzung oder die Erholungsrelevanz erhält, wegen ihrer natürlichen Beschaffenheit also etwa weder für das eine noch das andere geeignet ist oder ihre Schutzwürdigkeit durch bereits erfolgte anderweitige Eingriffe eingebüßt hat (vgl. BVerwG, Ur. v. 16.6.1994 - 4 C 20.93 -, BVerwGE 96, 95 = NVwZ 1995, 64).*

95

*Soweit muss es eine Gemeinde aber nicht kommen lassen, sondern kann die Aufrechterhaltung eines gefährdeten Restbestands der Erholungsfunktion ihres Außenbereichs durch bauleitplanerisches Tätigwerden sicherstellen. Es ist z.B. ein grundsätzlich zulässiges Anliegen, den Aufbau eines großflächigen, zusammenhängenden "Geruchsteppichs" zu verhindern, der einen Aufenthalt im an sich dafür geeigneten Außenbereich zu Erholungszwecken unzumutbar macht. Das gilt auch dann, wenn die fragliche Landschaft nicht durch besondere Attraktionen zum Verbleib einlädt. Darauf hat die Antragsgegnerin ihre Abwägung hier jedoch nicht gestützt und deshalb auch nicht die für eine solche Abwägung erforderlichen Tatsachen erhoben.*

Der Nachteil des sachlichen Teilflächennutzungsplanes (Konzentrationszone), wonach die Ausschlusswirkung außerhalb der Konzentrationszone nicht für landwirtschaftliche Tierhaltungsanlagen gilt, kann demnach durch eine gleichzeitige oder nachfolgende einfache Bebauungsplanung, mittels derer die Konzentrationszone als Sondergebiet ausgewiesen wird und sowohl landwirtschaftliche als auch gewerbliche Tierhaltungsanlagen außerhalb des Sondergebietes ausgeschlossen werden, kompensiert werden.

- vgl. hierzu auch Laupheim – Entscheidung des BVerwG, Urteil vom 28.2.2002 – 4 CN 5/01

In Abhängigkeit von den Umständen des konkreten Einzelfalles kommt ebenfalls die Situation in Betracht, dass die von der Gemeinde als schutzwürdig erachteten Belange und städtebaulichen Gründe nur in Teilen des Gemeindegebietes eine Beschränkung bzw. einen Ausschluss der Massentierhaltung erfordern bzw. rechtfertigen. In diesem Fall kann der einfache Bebauungsplan auch lediglich für Teilbereiche des Gemeindegebietes aufgestellt werden.

OVG Niedersachsen, Urteil vom 8.12.2009, 1 KN 355/07 (Bruchhausen-Vilsen)

*Leitsatz*

*1. Festsetzungen nach § 9 Abs. 1 Nr. 20 und Abs. 2 Nr. 2 BauGB können einander überlagern. (Rn.43)*

***2. Auf § 9 Abs. 1 Nr. 20 BauGB kann die Festsetzung gestützt werden, weite Landschaftsteile auch von privilegierter Bebauung freizuhalten, um Tourismus und Erholung zu fördern.(Rn.28)(Rn.54) (...)***

Auch im Rahmen der Aufstellung von einfachen Bebauungsplänen bestehen aufgrund konkret geplanter Massentierhaltungsanlagen oftmals Bedürfnis und Notwendigkeit einer Sicherung der Planung. Hierfür stellt das BauGB neben dem bereits oben benannten Antrag auf Zurückstellung eines Baugesuches insbesondere das Instrumentarium der Veränderungssperre zur Verfügung.