



Oberste Baubehörde im Bayerischen Staatsministerium des Innern
Postfach 22 12 53 • 80502 München

Regierungen

Ihr Zeichen, Ihre Nachricht vom	Unser Zeichen IIB4-4612-012/10	Bearbeiter Herr Jäde	München 03.11.2010
	Telefon / - Fax 089 2192-3486 / -13486	Zimmer 354	E-Mail henning.jaede@stmi.bayern.de

**Ersetzung des rechtswidrig versagten Einvernehmens (Art. 67 BayBO, § 36
Abs. 2 Satz 3 BauGB)**

Sehr geehrte Damen und Herren,

nach der ständigen und gefestigten Rechtsprechung des BGH war die Bauaufsichtsbehörde bisher keinen Ansprüchen aus Amtshaftung (§ 839 BGB, Art. 34 GG) oder enteignungsgleichem Eingriff (§§ 74 f. Einl. PrALR) ausgesetzt, wenn sie bei rechtswidrig verweigertem Einvernehmen der Gemeinde (§ 36 Abs. 1 BauGB) den Bauantrag ausschließlich unter Hinweis auf die Bindungswirkung der gemeindlichen Entscheidung ablehnte; Ansprüche gegen den Rechtsträger der Bauaufsichtsbehörde kamen nur in Betracht, wenn sie sich die rechtswidrigen Versagungsgründe der Gemeinde zu eigen machte und/oder ihnen weitere, ebenfalls rechtswidrige Ablehnungsgründe hinzufügte (BGH, Urt. v. 21.05.1992 – III ZR 14/91; Beschl. v. 06.09.1991 – III ZR 39/09; Urt. v. 01.07.1993 – III ZR 39/90). Unbeschadet der seit jeher bestehenden – und auch in der älteren höchstgerichtlichen Rechtsprechung des BVerwG und des BGH sowohl anerkannten als auch

ausdrücklich vorbehaltenen – Möglichkeit des kommunalaufsichtlichen Einschreitens war die Bauaufsichtsbehörde jedenfalls dann frei von Haftungsrisiken, wenn sie die Gemeinde auf die Rechtswidrigkeit ihrer Einvernehmensversagung hingewiesen hatte (BVerwG, Urt. v. 29.04.1992 – 4 C 29.90).

Diese Rechtsprechung ist durch BGH, Urt. v. 16.09.2010 – III ZR 29/10 grundlegend geändert worden. Danach obliegen der Gemeinde bei der Verweigerung des gemeindlichen Einvernehmens nach § 36 Abs. 1 BauGB keine den Bauwilligen schützenden Amtspflichten (mehr), wenn die Bauaufsichtsbehörde nach § 36 Abs. 2 Satz 3 BauGB i. V. m. Art. 67 BayBO das rechtswidrig verweigerte Einvernehmen ersetzen kann. Damit trägt *ausschließlich der Rechtsträger der Bauaufsichtsbehörde* das Haftungsrisiko für die Schadensfolgen eines rechtswidrig versagten gemeindlichen Einvernehmens. An die Stelle der bisherigen Amtspflicht der Gemeinde gegenüber dem Bauherrn, rechtmäßig über ihr Einvernehmen zu entscheiden, ist die *Amtspflicht der Bauaufsichtsbehörde* zur Ersetzung des rechtswidrig versagten gemeindlichen Einvernehmens getreten.

Vor diesem Hintergrund geben wir zur Meidung von Haftungsrisiken für den künftigen Vollzug des Art. 67 BayBO i. V. m. § 36 Abs. 2 Satz 3 BauGB – vorbehaltlich künftiger Gesetzesänderungen – die folgenden Hinweise:

1. Ist das gemeindliche Einvernehmen versagt worden, *muss* es bereits dann ersetzt werden, wenn *begründete Zweifel* an der Rechtmäßigkeit der Versagung bestehen. Ein *Ermessensspielraum* der Bauaufsichtsbehörde besteht nach der Entscheidung des BGH *nicht*. Art. 67 Abs. 1 Satz 2 BayBO, wonach ein Rechtsanspruch auf Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens nicht besteht, ist nach dieser Rechtsprechung *unbeachtlich*.
2. Die bisher der Gemeinde gegenüber dem Bauherrn obliegende Amtspflicht, über ihr Einvernehmen rechtmäßig zu entscheiden, umfasste auch die Amtspflicht, ein objektiv-rechtlich nicht erforderliches Einvernehmen nicht zu versagen (BGH, Urt. v. 21.11.2002 – III ZR 278/01) und ein erteiltes oder nach § 36 Abs. 2 Satz 2 BauGB fingiertes Einvernehmen nicht (rechtswidrig) zurückzunehmen (BGH, Urt. v. 13.10.2005 – III ZR 234/04). Welche Rechtsfolgen ein solches Vorgehen der Gemeinde hat, ist in der Rechtsprechung

nicht geklärt. Auch in diesen Fällen sollte daher vorsorglich das gemeindliche Einvernehmen ersetzt werden.

3. Nach der bisherigen Rechtsprechung endete die Amtspflicht der Gemeinde zur rechtmäßigen Entscheidung über ihr Einvernehmen nicht mit dem Abschluss des Verwaltungsverfahrens, in dem über die Erteilung der Baugenehmigung entschieden wurde. Vielmehr hatte die Gemeinde die Einvernehmensfähigkeit des Vorhabens auch während eines anschließenden verwaltungsgerichtlichen Rechtsstreits „unter Kontrolle“ zu halten mit der Folge, dass das Einvernehmen erteilt werden musste, wenn sich die Rechtslage insoweit zugunsten des Bauherrn veränderte (BGH, Ur. v. 26.09.1991 – III ZR 39/90). Entsprechend haben nunmehr die Bauaufsichtsbehörden auch nach ihrer Erstentscheidung (Ablehnung des Bauantrags) während eines nachfolgenden verwaltungsgerichtlichen Verfahrens darauf zu achten, ob sich nachträglich die Voraussetzungen für die Erteilung des gemeindlichen Einvernehmens ergeben und ggf. – unabhängig von dem anhängigen Rechtsstreit – nach näherer Maßgabe des Art. 67 Abs. 2 ff. BayBO das gemeindliche Einvernehmen zu ersetzen.

4. Nach der erwähnten Rechtsprechung (BGH v. 26.09.1991) haftete die Gemeinde auch dann, wenn zwar die Voraussetzungen für die Erteilung des gemeindlichen Einvernehmens nicht vorlagen, die von der Gemeinde für die Verweigerung des gemeindlichen Einvernehmens vorgebrachten Gründe aber beim Bauherrn fälschlich den Eindruck erweckten, aus bauplanungsrechtlichen Gründen bestünden von vornherein keine Aussichten darauf, sein Vorhaben realisieren zu können, während in Wahrheit hierzu nur kleinere Korrekturen an dem Vorhaben erforderlich gewesen wären, die ein vernünftiger Bauherr vorgenommen hätte (z. B. Unzulässigkeit nach der Art der baulichen Nutzung als Versagungsgrund, in Wahrheit nur befreiungsbedürftige Überschreitung einer Baugrenze). In Fällen dieser Art wird nunmehr die Bauaufsichtsbehörde der Gemeinde – auch wenn eine Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens nicht in Betracht kommt – Gelegenheit zu einer erneuten Entscheidung über ihr Einvernehmen zu geben haben. Hält die Gemeinde an ihrer bisherigen Haltung fest, wird die Bauaufsichtsbehörde den Bauherrn auf die nach dem Ergebnis ihrer Prüfung tatsächlich der Erteilung des gemeindlichen Einvernehmens entgegenstehenden Gründe hinzu-

weisen und ihm Gelegenheit zu einer die Planungsrechtskonformität herbeiführenden Nachbesserung der Planung zu geben haben.

Wir bitten, die nachgeordneten Behörden in geeigneter Weise zu unterrichten.

Mit freundlichen Grüßen

gez.

Jäde
Ltd. Ministerialrat