

Haftungsfolgen bei rechtswidriger Versagung des gemeindlichen Einvernehmens

Von Rechtsanwalt Dr. Klaus Herrmann, Potsdam

1. Vorbemerkung

Von den im Baugesetzbuch vorgesehenen Ausdrucksmöglichkeiten der kommunalen Planungshoheit¹ wirft das gemeindliche Einvernehmen besondere haftungsrechtliche Fragen auf. Nach § 36 I 1 BauGB wird über die Zulässigkeit von Vorhaben nach den §§ 31, 33 bis 35 BauGB im Baugenehmigungs- und in anderen Verfahren im Einvernehmen mit der Gemeinde entschieden. Das Einvernehmen der Gemeinde holen in Brandenburg die Landkreise, kreisfreien Städte und Großen kreisangehörigen Städte als Baugenehmigungsbehörde (§ 51 I 2 BbgBO) in einem verwaltungsinternen Beteiligungsverfahren ein. Wie § 36 II 1 BauGB klarstellt, darf die Gemeinde ihr Einvernehmen nur aus den in §§ 31, 33, 34 und 35 BauGB genannten Gründen versagen. Nach § 36 II 2 BauGB gilt das Einvernehmen der Gemeinde als erteilt, wenn nicht binnen zweier Monate nach Eingang des Ersuchens der Genehmigungsbehörde die Erteilung des Einvernehmens ausdrücklich verweigert wird. Gemäß § 36 II 3 BauGB i.V.m. § 70 I 1 BbgBO soll die Bauaufsichtsbehörde in Brandenburg ein zu Unrecht versagtes Einvernehmen der Gemeinde ersetzen.² Der folgende Beitrag erörtert die haftungsrechtlichen Folgen der rechtswidrigen Versagung des Einvernehmens unter besonderer Berücksichtigung der eben erwähnten Ersetzungsbefugnis.

2. Zuständigkeit für Erteilung des Einvernehmens

§ 36 BauGB regelt als bundesgesetzliche Vorschrift nicht, welche Stelle innerhalb der Gemeinde für die Entscheidung über das Einvernehmen zuständig ist.

Für die Aufteilung der Zuständigkeiten zwischen der Gemeindevertretung und dem hauptamtlichen Verwaltungsbeamten kommt es – außerhalb ausdrücklicher Entscheidungsvorbehalte zugunsten der Gemeindevertretung – regelmäßig darauf an, ob die Angelegenheit zu den Geschäften der laufenden Verwaltung zählt. Stellt man sich auf den Standpunkt, dass die Erklärung über das Einvernehmen wegen der weit reichenden Folgen für die städtebauliche Entwicklung und Planung der Gemeinde sowie die Vielfalt der Fallgestaltungen und Zwecke des Einvernehmens nicht mehr zu den Geschäften der laufenden Verwaltung zählt,³ bleibt die Einvernehmensentscheidung der Gemeindevertretung vorbehalten, die sie aber auf den Bürgermeister oder einen Ausschuss übertragen kann.

Im Land Brandenburg ist demnach die Gemeindevertretung nicht ausnahmslos für die Entscheidung über das Einvernehmen gem. § 36 I 1 BauGB zuständig. Nach der landesrechtlichen Wertung

kann die Einvernehmensentscheidung nach § 36 I BauGB in bestimmten Fällen, in denen sich die bauplanungsrechtliche Bewertung nach § 34 BauGB vollzieht,⁴ zu den Geschäften der laufenden Verwaltung zählen, sofern die Entscheidung durch faktische Umstände wie die vorhandene Umgebungsbebauung oder planerische Vorentscheidungen der Gemeinde weitgehend vorprogrammiert ist. Die Gemeindevertretung darf sich auch seit kurzem Einvernehmensentscheidungen nicht mehr ausnahmslos vorbehalten. Während die Gemeindevertretung früher auch in die Zuständigkeit des Hauptverwaltungsbeamten für die Geschäfte der laufenden Verwaltung eingreifen konnte, sieht § 35 III GO n.F.⁵ keine Befugnis der Gemeindevertretung mehr vor, sich durch die Hauptsatzung derartige Entscheidungen vorzubehalten. Damit soll die Zuständigkeit für die Geschäfte der laufenden Verwaltung beim Hauptverwaltungsbeamten konzentriert und dessen kommunalverfassungsrechtliche Rechtsstellung gestärkt werden.⁶

Im folgenden wird unterstellt, dass eine Beschlussfassung der Gemeindevertretung über das Einvernehmen nicht bereits deshalb rechtswidrig ist, weil sie gegen die kommunalverfassungsrechtliche Zuständigkeitsverteilung verstößt.

3. Verschuldensunabhängige Haftung

Für die rechtswidrige Versagung des gemeindlichen Einvernehmens kann ein Bauantragsteller die Gemeinde haftungsrechtlich zur Verantwortung ziehen. Dafür kommen mehrere Anspruchsgrundlagen in Betracht. Nach der ständigen Rechtsprechung des *BGH* löst die rechtswidrige Versagung des Einvernehmens als enteignungsgleicher Eingriff Entschädigungsansprüche aus.⁷ Daneben haftet die Gemeinde für die rechtswidrige Versagung des Einvernehmens auch nach § 1 des im Gebiet der neuen Bundesländer fortgeltenden Gesetzes zur Regelung der Staatshaftung in der Deutschen Demokratischen Republik (Staatshaftungsgesetz).⁸

4. Verschuldenshaftung nach § 839 BGB i.V.m. Art. 34 S. 1 GG

Nach §§ 839 I BGB i.V.m. Art. 34 GG hat die Gemeinde den entstehenden Schaden zu ersetzen, wenn einer ihrer Beamten

1 Vgl. *Hellermann*, Jura 2002, 589.

2 Zu den weiteren landesrechtlichen Ausführungsvorschriften vgl. die Übersicht bei *Enders/Pommers*, SächsVbl. 1999, 173, Fn 34; sowie *Söfker*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, Baugesetzbuch – Kommentar (Stand Februar 2004), § 36 BauGB, Rn 40.

3 Vgl. *Söfker*, a.a.O., § 36 BauGB, Rn 35 mwN.

4 *Schumacher*, Kommunalverfassungsrecht Brandenburg (Stand Dezember 2003), § 63 GO, Anm. 6.4.

5 Fassung des Gesetzes zur Entlastung der Kommunen von pflichtigen Aufgaben vom 4.6.2003 (GVBl. I, 172).

6 vgl. LT-Drs. 3/5695, S. 36.

7 Vgl. BGHZ 65, 182 ff.; 99, 262 ff.; 118, 253 f. sowie 263 ff.; NVwZ-RR 2003, 403 ff.

8 OLG Brandenburg, LKV 1999, 242.

bei der Wahrnehmung eines öffentlichen Amtes vorsätzlich oder fahrlässig die ihm gegenüber einem Dritten obliegenden Amtspflichten verletzt. Allgemein anerkannt ist, dass die Gemeinde für den Schaden haftet, der aus einer schuldhaften rechtswidrigen Versagung des Einvernehmens folgt.⁹ Im Einzelnen:

Haftungsrechtlicher Beamtenbegriff: Trifft nicht der hauptamtliche Verwaltungsbeamte, sondern die Gemeindevertretung die Entscheidung über das Einvernehmen, gelten auch die Gemeindevertreter als Beamte im haftungsrechtlichen Sinn. Nach der gefestigten Rechtsprechung ist jedem Mitglied der Gemeindevertretung bei der Entscheidung über das Einvernehmen ein öffentliches Amt i.S. Art. 34 S. 1 GG anvertraut.¹⁰

Drittbezogene Amtspflichtverletzung: § 36 II 1 BauGB stellt klar, dass die Gemeinde das Einvernehmen nur aus den sich aus §§ 31, 33, 34 und 35 BauGB ergebenden Gründen versagen darf.¹¹ Der BGH entnimmt dieser Vorschrift eine Amtspflicht des zuständigen Amtsträgers der Gemeinde gegenüber dem Bauantragsteller, das Einvernehmen nicht zu Unrecht zu versagen.¹² Die Haftung der Gemeinde besteht dem Grunde nach, wenn die Erteilung der Baugenehmigung, auf die Antragsteller einen Rechtsanspruch hat, durch eine rechtswidrige Versagung des Einvernehmens verhindert oder verzögert wird. Dem Bauherrn stehen aber keine Amtshaftungsansprüche gegen die Gemeinde zu, wenn die Baugenehmigungsbehörde eine rechtswidrige Bauerlaubnis erlässt, nachdem die Gemeinde das Einvernehmen zu Unrecht erteilt hat.¹³

Die Amtspflicht gegenüber dem Bauherrn besteht in zeitlicher Hinsicht auch nach Ablehnung des Einvernehmens und des Bauantrags fort, insbesondere während eines anhängig gemachten VG.¹⁴ Angesichts der Ersetzungsbefugnis gilt es als Verletzung einer gegenüber dem Bauherrn bestehenden Amtspflicht, wenn die Gemeinde gegen die dem Bauherrn erteilte Baugenehmigung einen unbegründeten Rechtsbehelf einlegt.¹⁵

Verschulden: Bei der Frage, ob eine schuldhafte Amtspflichtverletzung vorliegt, können sich Gemeindevertreter nicht darauf zurückziehen, ihnen habe bei der Entscheidung die erforderliche Sach- und Rechtskenntnis gefehlt. Es kommt auf die Kenntnisse und Einsichten an, die für die Führung des übernommenen Amtes im Durchschnitt erforderlich sind, nicht auf die Fähigkeit über die der Beamte tatsächlich verfügt.¹⁶

Nach der Rechtsprechung des BGH ist es für Gemeindevertreter höchst riskant, nach „laienhaftem“ Erfassen zu entscheiden. Von ihnen wird erwartet, sich die zur Führung des Amtes notwendigen Rechts- und Verwaltungskennntnisse zu verschaffen. Sie müssen sich auf ihre Entschließung sorgfältig vorbereiten und, soweit ihnen eigene Sachkunde fehlt, den Rat ihrer Verwaltung einholen bzw. notfalls außerhalb der Verwaltung stehende Sachverständige hinzuziehen.¹⁷ Das Verschulden ist aber zu verneinen, wenn in einem verwaltungsgerichtlichen Verfahren in einer Instanz ein Kollegialgericht die Versagung des Einvernehmens für rechtmäßig angesehen hat.¹⁸

Schadensverursachung: Die Gemeinde haftet nur für die Schäden, die durch die rechtswidrige Versagung des Einvernehmens verursacht worden sind.¹⁹ Die haftungsrechtliche Zurechnung bestimmt sich maßgeblich danach, wie sich die Entscheidung der Baugenehmigungsbehörde im Außenverhältnis darstellt.²⁰ Eine Ersatzpflicht der Gemeinde scheidet demnach aus, wenn die Baugenehmigungsbehörde die Gemeinde schon nicht am Genehmigungsverfahren beteiligt hat, weil das Bauvorhaben aus anderen Gründen nicht genehmigt werden konnte. Erteilt die Gemeinde das Einvernehmen und lehnt die Baugenehmigungsbehörde den Bauantrag wegen bauplanungsrechtlicher Unzulässigkeit des Vorhabens ab,²¹ hat sie allein für von ihr zu vertretende Amtspflichtverletzung einzustehen.

Zur Haftung der Gemeinde führt nur die rechtswidrige Versagung des von der Baugenehmigungsbehörde angefragten Einvernehmens – wobei es unerheblich ist, ob das Einvernehmen rechtlich erforderlich war.²² Hat die Baugenehmigungsbehörde die Gemeinde beteiligt, weil sie deren Einvernehmen irrtümlich für erforderlich hielt, trifft die Amtsträger der Gemeinde die Amtspflicht, die Erteilung der begehrten Baugenehmigung nicht durch ein Verhalten zu verhindern, das die Baugenehmigungsbehörde als Verweigerung des für erforderlich gehaltenen Einvernehmens werten muss.²³ Die Ersatzpflicht der Gemeinde wegen der ungerechtfertigt verzögerten Erteilung des Einvernehmens wird ferner nicht dadurch ausgeschlossen, dass ein Nachbar unberechtigte Rechtsbehelfe gegen die später gleichwohl erteilte Baugenehmigung erhebt.²⁴

5. Ersetzungsbefugnis der Baugenehmigungsbehörde

Die mit Wirkung zum 1.1.1998 in § 36 III 3 BauGB eingefügte Ersetzungsbefugnis der Baugenehmigungsbehörde lässt die oben aufgezeigte Amtshaftung der Gemeinde grundsätzlich

9 Vgl. BGHZ 118, 263 ff. mwN.

10 BGHZ 106, 323 (330); DVBl. 1990, 358 = BGHZ 109, 380.

11 Vgl. OVG Lüneburg, NVwZ-RR 2004, 91 ff., wonach die Gemeinde das Einvernehmen noch nicht wegen Planungsabsichten verweigern darf, die das Stadium der Planreife noch nicht erreicht haben und aus Rechtsgründen nicht durch den Erlass einer Veränderungssperre bzw. ein Zurückstellungsgeuch flankiert werden können.

12 Vgl. BGH, NVwZ 1986, 504, *Jäde*, Gemeinde und Baugesuch, 1994, Rn 142 mwN.

13 *Papier* in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl. (2004), § 839 BGB (4. Aufl., 2004), Rn 248 mwN, *Jäde*, a.a.O., Rn 144.

14 *Jäde*, a.a.O., Rn 143 mwN.

15 *deWitt/Krohn in Hoppenberg/deWitt*, Handbuch des öffentlichen Baurechts, M 97. Die Kosten eines Verwaltungsrechtsstreits über den Genehmigungsanspruch des Bauherrn können der beigeladenen Gemeinde bereits nach § 155 V VwGO auferlegt werden, wenn die Gemeinde die Erteilung des Einvernehmens aus offensichtlich fehlerhaften Erwägungen versagt, ohne sich vorher sachkundig zu machen und Hinweise Dritter auf die Rechtslage ignoriert – vgl. VG Potsdam, NVwZ-RR 2000, 763. Zur gleichwohl sachgemäßen Rechtsverfolgung einer Gemeinde nach objektiv rechtswidriger Versagung des Einvernehmens vgl. VG Potsdam, Urt. v. 5.10.2000 – 5 K 4432/97, zit. nach juris.

16 BGH, NVwZ 1986, 504, mit Anm. *Schröder*, NWvZ 1986, 449, und *Kosmider*, NVwZ 1986, 1000; sowie BGHZ 106, 323 (330).

17 *Jäde*, a.a.O., Rn 145.

18 *Söfker*, a.a.O., § 36 BauGB, Rn 49.

19 *Schmaltz*, in *Schrödter*, Baugesetzbuch – Kommentar, 6. Aufl. (1998), § 36, Rn 30.

20 Siehe bereits BGH, BauR 1993, 707 ff.

21 Ein erteiltes Einvernehmen bindet sie nicht, vgl. *Stier*, Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, 2. Aufl. (1998), A 106; *Roeser*, in: Berliner Kommentar zum BauGB, § 36, Rn 14.

22 BGH, DÖV 1979, 867 ff.; *Papier*, a.a.O., § 839 BGB, Rn 248 mwN.

23 BGH, NVwZ-RR 2003, 403. Im umgekehrten Fall, d.h. wenn die Gemeinde ein objektiv nicht erforderliches Einvernehmen ausdrücklich versagt, muss sich wiederum die Baugenehmigungsbehörde zur Erfüllung des Genehmigungsanspruchs über den Versagungsbeschluss hinwegsetzen, sonst macht sie sich ersatzpflichtig – vgl. BGH, Urt. v. 25.02.1998 – III ZR 118/87, zit. n. juris.

24 BGH, BauR 2001, 932.

unberührt. Nach § 36 III 3 BauGB kann im Baugenehmigungsverfahren die nach Landesrecht zuständige Behörde ein rechtswidrig versagtes Einvernehmen der Gemeinde ersetzen. Gemäß § 70 I 1 BbgBO soll die Bauaufsichtsbehörde das fehlende Einvernehmen der Gemeinde ersetzen, wenn diese ihr nach den Vorschriften der Bauordnung Brandenburg oder des Baugesetzbuches erforderliches Einvernehmen rechtswidrig versagt hat. Nach § 70 BbgBO ist die Gemeinde vor Ersetzung des Einvernehmens anzuhören. Dabei ist ihr Gelegenheit zu geben, binnen einer Frist von einem Monat erneut über das gemeindliche Einvernehmen zu entscheiden. In der Literatur wurde daraufhin vertreten, dass diese Rechtsänderung zu einer grundsätzlichen Umgestaltung der Haftung führe. Im Außenverhältnis soll demnach nur noch die Baugenehmigungsbehörde haften, die den Baugenehmigungsantrag unter Verweis auf die Einvernehmensversagung ablehnt.²⁵

Dem ist nicht zu folgen. Die Gemeinde bleibt auch zukünftig bei einer rechtswidrigen Versagung des Einvernehmens schadensersatzpflichtig. Die Maßstäbe für die gemeindliche Einvernehmensentscheidung in § 36 II 1 BauGB haben sich durch Einfügung der Ersetzungsbefugnis nicht verändert. Die zusätzliche Korrekturmöglichkeit soll die Gemeinde nicht von der Berücksichtigung des Genehmigungsanspruchs des Bauantragstellers entbinden, sondern das Baugenehmigungsverfahren vereinfachen und beschleunigen.²⁶ Die überwiegende Auffassung in der Literatur hält deshalb an einer haftungsrechtlichen Verantwortlichkeit der Gemeinde gegenüber dem Bauantragsteller fest.²⁷

Auch der BGH hat die aufgezeigten Grundzüge für die Amtshaftung bei Versagung des gemeindlichen Einvernehmens nicht aufgegeben. Im Urteil vom 21.11.2002 hat das Gericht entschieden, dass die Bauaufsichtsbehörde möglicherweise eine eigene Amtspflichtverletzung begeht, wenn sie das rechtswidrig versagte gemeindliche Einvernehmen nicht ersetzt²⁸ – an der eigenen Haftung der Gemeinde im Außenverhältnis ändert dies nichts.²⁹ Für das bayerische Landesrecht stand schon vorher fest, dass eine Gemeinde, die ihr Einvernehmen rechtswidrig versagt, grundsätzlich neben der Baugenehmigungsbehörde, die das versagte Einvernehmen rechtswidrig nicht ersetzt hat, im Rahmen einer Gesamtschuldnerschaft gem. § 840 BGB haftet.³⁰

6. Rückgriffsansprüche der Gemeinde im Innenverhältnis

Die vorstehend beschriebenen Amtshaftungs- und sonstigen Entschädigungsansprüche kann der Bauantragsteller nur gegenüber der Gemeinde und nicht gegenüber den einzelnen Amtsträgern bzw. Gemeindevertretern geltend machen. Die Gemeinde haftet gem. Art. 34 S. 1 GG im *Außenverhältnis* gegenüber dem Bauantragsteller für das rechtswidrige Handeln ihrer Organe und Bediensteten. Im *Innenverhältnis* zwischen der Gemeinde zu den handelnden Amtsträgern ist die Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen nach landesrechtlichen Vorschriften zwar nur eingeschränkt möglich, jedoch nicht ausgeschlossen.³¹

Gegenüber dem *hauptamtlichen Bürgermeister* bzw. *Amtsleiter*, der das Einvernehmen rechtswidrig versagt hat, kann die Gemeinde einen Regressanspruch auf der Grundlage von § 61 I 1 GO bzw. § 9 I 1 AmtsO i.V.m. §§ 145 II 1, 44 II, I LBG verfolgen. Da diese Amtsträger Beamte auf Zeit sind, finden die Vorschriften für Beamte auf Lebenszeit einschließlich der Rückgriffsregelung nach § 44 II LBG Anwendung. Die Gemeinde kann danach Rückgriff nehmen, wenn Sie einem Dritten Schadensersatz geleistet hat und dem Amtsträger Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit nachzuweisen sind. Diese Regelung ist abschließend,³² d.h. gegenüber dem hauptamtlichen Verwaltungsbeamten kann kein Schadensersatz wegen einer nur leicht fahrlässigen Amtspflichtverletzungen erlangt werden.

Nach § 39 GO haften die *Gemeindevertreter* persönlich für den Schaden, den die Gemeinde aufgrund eines Beschlusses der Gemeindevertretung erleidet. Die Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs steht zwar im Ermessen der Gemeindeverwaltung: Dabei dürfte aus haushaltsrechtlichen Gründen ein Verzicht auf die Durchsetzung des Rückgriffs nicht in Betracht kommen. Die Haftung der Gemeindevertreter steht neben einer Haftung des hauptamtlichen Verwaltungsbeamten wegen unterbliebener Beanstandung des Gemeindevertretungsbeschlusses. So wäre § 39 GO überflüssig, wenn der hauptamtliche Bürgermeister nach § 65 III GO bei einem rechtswidrigen Gemeindevertretungsbeschluss stets vorrangig haften müsste.³³

Die persönliche Haftung ist im Gesetz – gemeindevertreterfreundlich³⁴ – auf Fälle vorsätzlicher Amtspflichtverletzungen beschränkt: Erforderlich ist wenigstens positive Kenntnis darüber, dass dem beantragten Vorhaben keine planungsrechtlichen Hindernisse entgegenstehen. Darüber hinaus können im Innenverhältnis auch nur die Gemeindevertreter zur Verantwortung gezogen werden, die der Versagung des Einvernehmens zugestimmt haben.³⁵ Kann sich ein Gemeindevertreter kurzfristig die erforderliche Sachkunde nicht verschaffen, ist ihm dringend zur Stimmenthaltung zu raten – sie unterstützt die rechtswidrige Beschlussfassung nicht und begründet damit im Innenverhältnis keine Haftung.³⁶

25 Vgl. *Wurm*, NordÖR 2000, 404, 408.

26 vgl. BT-Drs. 13/6392, S. 60; *Dolderer*, BauR 2000, 491, 499; *Hellermann*, Jura 2002, 589, 593, mwN.

27 *Papier*, a.a.O., § 839, Rn 248; *Hellermann*, Jura 2002, 589 (594); *deWitt/Krohn* in Hoppenberg/de Witt, Handbuch des öffentlichen Baurechts, Abschnitt M, Rn 97; *Dolderer*, BauR 2000, 491 (499).

28 Zustimmend: *Dolderer*, BauR 2000, 491, 498. Zweifelnd: *Schmaltz*, a.a.O., Rn 34; *Hellermann*, Jura 2002, 589, 593. Insofern aufschlussreich ist VGH Kassel, BRS 65, Nr. 170 – der Antragsteller einer Baugenehmigung ist danach nicht begünstigter Dritter des Verwaltungsakts, mit dem das zur Erteilung der Baugenehmigung erforderliche Einvernehmen der Gemeinde ersetzt wird.

29 NVwZ-RR 2003, 403.

30 BayVBl. 2001, 504.

31 Die folgenden Ausführungen beziehen sich auf Landesrecht Brandenburgs.

32 *Franke*, in Fürst, Gesamtkommentar Öffentliches Dienstrecht – Band I (Stand 2004), § 78 BBG, Rn 14.

33 *Schumacher*, a.a.O., § 39, Anm. 4.

34 *Schumacher*, in: *Schumacher / Augustesen / Benedens*, Kommunalverfassungsrecht Brandenburg, § 39 GO, Anm. 1.

35 *U. Schulze*, in: *Muth*, Kommunalrecht in Brandenburg, § 39 GO, Anm. 1.

36 *Schumacher*, a.a.O., § 39 GO, Anm. 2.2.