

Fortgeschrittenenhausarbeit: Unfrieden am Friedberger Weiher – Teil 1*

Von Wiss. Mitarbeiterin Dr. **Renate Penßel**, Erlangen**

Sachverhalt

E möchte auf seinem in der niederbayerischen kreisangehörigen Gemeinde G in unmittelbarer Nähe des „Friedberger Weihers“ gelegenen Grundstück im Ortsgebiet des Dorfes D ein 18 m hohes, fünfstöckiges Wohnhaus mit insgesamt fünf Eigentumswohnungen errichten. Um sein Grundstück möglichst optimal auszunutzen, soll die Grundfläche des Hauses $\frac{3}{4}$ der Grundstücksfläche überdecken. Das Grundstück liegt im Geltungsbereich eines Bebauungsplans. Dieser setzt das Gebiet als Allgemeines Wohngebiet fest und begrenzt das Maß der baulichen Nutzung auf zwei Vollgeschosse. Als Grundflächenzahl wird 0,3 festgesetzt. Weitere Regelungen enthält der Bebauungsplan nicht. Zur Begründung der Bestimmungen über das Maß der baulichen Nutzung wird ausgeführt, dass eine restriktive Begrenzung erforderlich sei, weil eine stärkere Bebauung den Erholungswert der als Naherholungsgebiet genutzten Umgebung des „Friedberger Weihers“ beeinträchtigen würde. Das Gebiet sei gegenwärtig von altem Baumbestand und weitläufigen Grünflächen und Gärten geprägt, hinter denen die Bebauung zurücktrete. Die Beschränkung des Maßes der baulichen Nutzung diene dazu, diesen Charakter zu bewahren, damit der Friedberger Weiher und seine Umgebung als Erholungsraum attraktiv bleibe. Dies sei auch Voraussetzung dafür, dass die im Gemeindegebiet ansässigen Betriebe der Tourismusbranche, die einen wichtigen Wirtschaftsfaktor darstellen, Bestand haben und sich weiterentwickeln können. Am 4.12.2018 reicht E seinen Bauantrag bei der Gemeinde G ein. Die Gemeinde verweigert mit Schreiben vom 18.12.2018 ihr Einvernehmen: Die das Grundstück des E umgebenden Grundstücke seien ausnahmslos mit maximal zweigeschossigen Gebäuden bebaut, die niemals mehr als $\frac{1}{3}$ der Grundstücksfläche einnehmen. Ein so dominantes Bauwerk wie das von E geplante, das anders als die bisherige Bebauung über den Baumbestand hinausrage, füge sich nicht in die Umgebungsbebauung ein und untergrabe das Planungsziel der Gemeinde, den naturnahen Charakter der Umgebung des Friedberger Weihers zu erhalten. Dieses Schreiben leitet sie zusammen mit dem Bauantrag an das zuständige Landratsamt (LRA) weiter. Das LRA erteilt daraufhin dem E die gewünschte Baugenehmigung unter Befreiung von den Festsetzungen des Bebauungsplans über das Maß der baulichen Nutzung. Zur Begründung führt es aus, dass angesichts der extrem angespannten Lage auf dem Wohnungsmarkt in der Gemeinde G und in den angrenzenden Gemeinden Gründe des Wohls der Allgemeinheit die Befreiung erforderten. Entsprechend könne auf Bedenken der

Gemeinde und ihr Festhalten an ihrer Planung keine Rücksicht genommen werden. Ihr Einvernehmen werde daher ersetzt. Der Bescheid wird mit einer ordnungsgemäßen Rechtsbehelfsbelehrung versehen und am 6.2.2019 zusammen mit jeweils einer Zweitausfertigung für die Gemeinde G und für den Grundstücksnachbarn F, der die Unterschrift unter die Bauvorlagen verweigert hatte, als „Übergabeeinschreiben“ zu Post gegeben. Eine vorherige Anhörung der Gemeinde G fand nicht statt.

Die Gemeinde G, die die Zweitausfertigung des Bescheids am 7.2.2019 erhält, sieht sich durch das Vorgehen in ihren Rechten verletzt: eine willkürliche Befreiung von Festsetzungen ihres Bebauungsplans, wie sie das LRA hier erteilt habe, untergrabe ihre kommunale Planungshoheit.

F, der Eigentümer des ebenfalls im Plangebiet gelegenen, unmittelbar angrenzenden Grundstücks, möchte die ihm am 8.2.2019 zugegangene Baugenehmigung ebenfalls nicht hinnehmen: Die Begrenzung des Maßes der baulichen Nutzung schütze auch die Lebensqualität auf seinem Grundstück. Diese werde durch die Ermöglichung eines sich nicht einfügenden, „erdrückenden“ Bauvorhabens auf dem Nachbargrundstück erheblich beeinträchtigt: Der von E geplante „Klotz“ sei nicht nur ästhetisch störend und verbaue ihm die Aussicht auf den Weiher. Er werde auch an mehreren Stunden des Tages Teile seines Gartens beschatten. Außerdem lägen beide Grundstücke in einer gehobenen Wohngegend mit hochwertigen Einfamilienhäusern. Durch das Eindringen eines „Wohnblockes“ für viele Parteien werde der Gebietscharakter nachteilig verändert. Das Vorhaben des E sei deshalb schlicht und einfach rücksichtslos.

Ebenfalls empört über die Genehmigung des Bauvorhabens ist die Nachbargemeinde N: Auch sie grenzt an den Friedberger Weiher und profitiert wirtschaftlich erheblich von seiner touristischen Nutzung. Deshalb ist auch ihre Bauleitplanung darauf ausgerichtet, diese Nutzung zu fördern. Bei Erlass der Bebauungspläne im Umkreis des Weihers hatten sich die Gemeinden G und N jeweils darüber abgestimmt, mithilfe geeigneter Festsetzungen den naturnahen Charakter des Weiherumfelds zu bewahren. Durch die Befreiung von aus dieser Abstimmung hervorgegangenen Festsetzungen im Bebauungsplan der Gemeinde G sieht die Gemeinde N auch ihre eigene Planungshoheit berührt.

Frage 1

Hätte

- a) eine Klage der Gemeinde G
- b) eine Klage des Nachbarn F und
- c) eine Klage der Nachbargemeinde N

gegen den Bescheid des LRA Aussicht auf Erfolg?

Die Fragen a)–c) sind in einem Rechtsgutachten zu beantworten, das auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen – notfalls hilfsgutachtlich – eingeht. Art. 6 BayBO soll bei der Bearbeitung außer Betracht bleiben. Naturschutzrecht und Europarecht sind nicht zu prüfen.

* Der Fall wurde im Sommersemester 2019 als Hausarbeit im Rahmen der Übung für Fortgeschrittene bei Herrn Prof. Dr. Heinrich de Wall an der Universität Erlangen-Nürnberg gestellt. Die Lösung zu den Teilfragen b) und c) folgt in der Ausgabe ZJS 1/2020.

** Die Autorin ist Wiss. Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Kirchenrecht, Staats- und Verwaltungsrecht von Herrn Prof. Dr. Heinrich de Wall an der Universität Erlangen-Nürnberg.

Lösungsvorschlag**Frage a): Erfolgsaussichten einer Klage der Gemeinde G gegen den Bescheid des LRA**

Die Klage der Gemeinde G hat Erfolg, wenn sie nach den vor dem zuständigen Gericht geltenden Regeln zulässig und begründet ist.

A. Entscheidungskompetenz**I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs**

Für die Klage könnte der Verwaltungsrechtsweg eröffnet sein. Dies ist der Fall, wenn die Streitigkeit öffentlich-rechtlicher und zugleich nicht verfassungsrechtlicher Art ist (§ 40 Abs. 1 S. 1 VwGO) und keine abdrängende Sonderzuweisung einschlägig ist.

Eine Streitigkeit ist öffentlich-rechtlich, wenn die entscheidenden Normen dem öffentlichen Recht angehören. Dies gilt nach der sog. „Modifizierten Subjekts-“ bzw. „Sonderrechtstheorie“ für alle Normen, die als „Sonderrecht“ des Staates diesen gerade in seiner Funktion als Hoheitsträger berechtigen und/oder verpflichten¹. Hier sind Normen Streitentscheidend, die die Beteiligung der Gemeinden im Baugenehmigungsverfahren und die Zulässigkeit von Bauvorhaben regeln, also staatliche Einrichtungen gerade als solche berechtigen und verpflichten. Damit ist die Streitigkeit öffentlich-rechtlicher Art.

Da neben der verfassungsrechtlich verbürgten kommunalen Planungshoheit (Art. 28 Abs. 2 GG, Art. 11 Abs. 2 S. 2 BV)² auch Vorschriften des einfachen Rechts (über den Ablauf des Baugenehmigungsverfahrens usw.) eine Rolle spielen, handelt es sich nicht um eine rein verfassungsrechtliche Streitigkeit, in der Rechtssubjekte des Verfassungsrechts über Rechte und Pflichten aus Verfassungsrecht streiten (sog. „doppelte Verfassungsunmittelbarkeit“). Nur für eine solche Streitigkeit ist aber gem. § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten zu Gunsten der Verfassungsgerichtsbarkeit ausgeschlossen³.

Eine abdrängende Sonderzuweisung ist nicht ersichtlich. Der Verwaltungsrechtsweg ist eröffnet.

II. Sachliche Zuständigkeit

Da die Spezialvorschriften §§ 47, 48, 50 VwGO nicht einschlägig sind, ist in erster Instanz gem. § 45 VwGO das Verwaltungsgericht sachlich zuständig.

¹ Siehe nur *Wolff*, in: *Wolff/Decker*, Studienkommentar VwGO/VwVfG, 3. Aufl. 2012; *Schenke*, Verwaltungsprozessrecht, 15. Aufl. 2017, Rn. 104.

² Vgl. nur *Mehde*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Art. 28 Abs. 2 Rn. 59 ff.; *Wollenschläger*, in: *Meder/Brechmann*, Die Verfassung des Freistaates Bayern, 5. Aufl. 2014, Art. 11 Rn. 49 ff.

³ Näher *Ruthig*, in: *Kopp/Schenke*, VwGO, 24. Aufl. 2018, § 40 Rn. 32.

III. Örtliche Zuständigkeit

Da Gegenstand der Streitigkeit die Bebaubarkeit eines bestimmten Grundstücks ist, handelt es sich um eine Streitigkeit, die sich auf unbewegliches Vermögen bezieht bzw. ein ortsgebundenes Rechtsbehältnis betrifft. Damit ist gem. § 52 Nr. 1 VwGO i.V.m. Art. 1 Abs. 2 Nr. 2 AGVwGO das Verwaltungsgericht Regensburg örtlich zuständig, in dessen Bezirk das Grundstück liegt.

B. Zulässigkeit**I. Statthafte Klageart**

Welche Klageart statthaft ist, richtet sich nach dem Begehren des Klägers (§ 88 VwGO) und dem Klagegegenstand. Die Gemeinde G möchte das Bauvorhaben des E verhindern und dazu gegen den Bescheid des LRA vorgehen, in dem dieses dem E das Vorhaben genehmigte. Würde der Bescheid einen oder mehrere Verwaltungsakte beinhalten, wäre dafür die auf deren Aufhebung zielende Anfechtungsklage (§ 42 Abs. 1 VwGO) die statthafte Klageart.

Eine Baugenehmigung erlaubt, ein bestimmtes Bauvorhaben zu verwirklichen (Art. 68 Abs. 5 Nr. 1 BayBO⁴). Sie ist damit eine Einzelfallentscheidung einer Behörde auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts mit Rechtswirkung nach außen (gegenüber dem Bauantragsteller)⁵ und hat somit alle in Art. 35 S. 1 BayVwVfG aufgeführten Merkmale eines Verwaltungsakts. Gegen eine Baugenehmigung ist daher die Anfechtungsklage statthaft.

Allerdings gilt die Genehmigung im Fall eines verweigeren gemeindlichen Einvernehmens gem. Art. 67 Abs. 3 S. 1 BayBO zugleich als rechtsaufsichtliche „Ersatzvornahme“⁶.

⁴ Die Erteilung der Baugenehmigung ist in allen Ländern (Mindest-)Voraussetzung dafür, dass mit der Verwirklichung eines genehmigungsbedürftigen Vorhabens begonnen werden darf (siehe § 59 Abs. 1 LBauO BW; § 72 Abs. 2 BauO Bln; § 72 Abs. 7 S. 1 Nr. 1 BbgBauO; § 72 Abs. 5 Nr. 1 BremBauO; § 72a Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BauO Hmb; § 75 Abs. 1 HessBauO; § 72 Abs. 7 Nr. 1 BauO M-V; § 72 Abs. 1 S. 1 BauO Nds; § 74 Abs. 7 BauO NRW; § 77 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BauO RhPf; § 73 Abs. 6 Nr. 1 LBauO Saarl; § 72 Abs. 6 Nr. 1 SächsBauO; § 71 Abs. 6 Nr. 1 BauO LSA; § 73 Abs. 6 S. 1 Nr. 1 LBauO SH; § 71 Abs. 6 Nr. 1 ThürBauO).

⁵ Neben der (regelmäßig an weitere Voraussetzungen geknüpften) „Baufreigabe“ stellt die Baugenehmigung verbindlich fest, dass das Vorhaben mit den im Genehmigungsverfahren geprüften Vorschriften übereinstimmt. Sie hat damit eine doppelte Rechtswirkung: eine rechtsgestaltende und eine feststellende (vgl. nur *Battis*, Öffentliches Baurecht und Raumordnungsrecht, 7. Aufl. 2017, Rn. 573).

⁶ Die Regelung, dass die Baugenehmigung zugleich als Ersetzung des Einvernehmens gilt, findet sich nur in manchen Landesbauordnungen: s. § 54 Abs. 4 S. 3 LBauO BW; § 71 Abs. 3 S. 1 BbgBauO; § 71 Abs. 3 S. 1 LBauO M-V; § 73 Abs. 3 BauO NRW; § 71 Abs. 2 S. 1 BauO RhPf; § 72 Abs. 3 S. 1 LBauO Saarl; § 70 Abs. 3 S. 1 BauO LSA; § 70 Abs. 4 S. 1 ThürBauO; ähnlich, wenn auch nicht ganz eindeutig: § 71 SächsBauO. Wenn es an einer entsprechenden Regelung

Sie tritt damit an die Stelle des gemeindlichen Einvernehmens, ohne das in den in § 36 Abs. 1 BauGB geregelten Fällen die Baugenehmigung nicht erteilt werden darf. Damit enthält der die Baugenehmigung erteilende Bescheid eine weitere Rechts- bzw. Regelungswirkung: sie überwindet ein rechtliches Hindernis, das sonst der Baugenehmigung entgegensteht (Art. 68 Abs. 1 S. 1, 59 S. 1 Nr. 1 lit. a BayBO⁷ i.V.m. § 36 Abs. 1 BauGB). Die „Ersetzung des Einvernehmens“ hat auch Außenwirkung: Denn sie tangiert die Gemeinde als selbständiges Rechtssubjekt in ihrer (zur Konkretisierung ihrer Planungshoheit, Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG; Art. 11 Abs. 2 S. 2 BV, §§ 1 Abs. 3, 2 Abs. 1 BauGB) rechtlich geschützten Befugnis, durch Einvernehmensverweigerung eine Baugenehmigung zu verhindern. Somit beinhaltet der Bescheid neben der Baugenehmigung einen weiteren VA i.S.v. Art. 35 S. 1 BauVwVfG⁸.

Damit stellt sich die Frage, ob sich die Gemeinde G, um ihr Klageziel (Verhinderung des Bauvorhabens des E) zu er-

fehlt, erfolgt die Ersetzung des Einvernehmens in der Regel durch separaten Verwaltungsakt (sofern nicht im Einzelfall die Genehmigung als konkludente Einvernehmensersetzung auszulegen ist). Überblick über verschiedene Möglichkeiten der Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens (je nach Ausgestaltung im Landesrecht) bei *Krüper*, ZJS 2010, 582 (585 f.). Die im Folgenden diskutierte Frage, ob § 44a VwGO eine Klage gegen die Einvernehmensersetzung ausschließt, stellt sich unabhängig davon, ob diese durch die Genehmigung fingiert wird oder eigenständig erfolgen muss.

⁷ Parallelbestimmungen der übrigen Länder: §§ 58 Abs. 1 S. 1, 52 Abs. 2 Nr. 1 LBauO BW; §§ 71 Abs. 1 S. 1, 63 S. 1 Nr. 1 BauO Bln; §§ 72 Abs. 1 S. 1, 64 Nr. 1 BbgBauO; §§ 72 Abs. 1 S. 1, 63 S. 1 Nr. 1 BremBauO; §§ 72 Abs. 1 S. 1, 61 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BauO Hmb; §§ 74 Abs. 1, 65 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 HessBau; §§ 72 Abs. 1, 63 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 LBauO M-V; §§ 70 Abs. 1 S. 1, 63 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BauO Nds; §§ 74 Abs. 1, 64 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BauO NRW; §§ 70 Abs. 1 S. 1, 66 Abs. 4 S. 1 RhPf; §§ 73 Abs. 1 S. 1, 64 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 LBauO Saarl; §§ 72 Abs. 1, 63 S. 1 Nr. 1 SächsBauO; §§ 71 Abs. 1 S. 1, 62 S. 1 a) BauO LSA; 33 73 Abs. 1 S. 1, 69 Abs. 1 S. 1 LBauO SH; §§ 71 Abs. 1 S. 1, 62 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 ThürBauG. § 36 BauGB gehört ausnahmslos zum Prüfungsmaßstab jedes, auch des vereinfachten, Baugenehmigungsverfahrens.

⁸ Der VA-Charakter der Einvernehmensersetzung ist umstritten: Dafür u.a. BayVGH, NVwZ-RR 2001, 364 (365); *Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 35 Rn. 182; *Greim-Diroll*, in: *Spannowski/Manssen*, BeckOK Bauordnungsrecht Bayern, Art. 67 BayBO Rn. 18; *Söfker*, in: *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger*, BauGB 123. Lfg., Stand: Oktober 2016, § 36 Rn. 43; *Dirnberger*, in: *Simon/Busse*, BayBO, 115. Lfg., Stand: Januar 2014, Art. 67 Rn. 122; *Hofmeister*, in: *Spannowski/Uechtritz*, BeckOK BauGB, 46. Lfg., Stand: 1.8.2019, § 36 Rn. 41; *Horn*, NVwZ 2002, 406 ff.; dagegen (und für Einordnung als Verwaltungsinternum, wie die Einvernehmenserteilung) *Seidel/Reimer/Möstl*, Examinatorium, Besonderes Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 2009, S. 17 f.

reichen, gegen die Ersetzung ihres Einvernehmens, gegen die Erteilung der Baugenehmigung oder gegen beides wenden muss:

Geht man mit der h.M.⁹ davon aus, dass Einvernehmensersetzung und Baugenehmigung zwei selbständige VAe sind, müssen grds. auch beide angefochten werden: Denn eine isolierte Anfechtung der Einvernehmensersetzung würde nicht den Eintritt der Bestandskraft der Baugenehmigung verhindern. Aber auch die alleinige Anfechtung der Baugenehmigung ist u.U. nicht zielführend: Denn wird die Einvernehmensersetzung bestandskräftig, kann ihre Rechtswidrigkeit nicht mehr geltend gemacht werden¹⁰. Das wiederum kann zur Folge haben, dass die Gemeinde durch die Erteilung der Baugenehmigung nicht in eigenen Rechten verletzt wird¹¹. Auch die Formulierung des Art. 67 Abs. 3 S. 2 BayBO¹² geht davon aus, dass Baugenehmigung und Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens jeweils selbständige Klagegegenstände sind¹³ (gegen die gem. § 44 VwGO in einer „Klage“ vorgegangen werden kann).

Allerdings könnte dem hier § 44a S. 1 VwGO entgegenstehen: Entgegen seinem Wortlaut, der nur die „gleichzeitige“ Erhebung von Rechtsbehelfen verlangt, interpretieren Rspr. und h.M. § 44a S. 1 VwGO teleologisch so, dass er Rechtsbehelfe gegen „behördliche Verfahrenshandlungen“ ausschließt und Rechtsverletzungen durch Verfahrenshandlungen beim Vorgehen gegen die Sachentscheidung geltend gemacht werden müssen¹⁴.

⁹ Nachweise zum Meinungsspektrum siehe Fn. 8.

¹⁰ Behörden und Gerichte haben die Regelung eines wirklichen, nicht angefochtenen Verwaltungsakts als geltendes Recht ihren Entscheidungen zugrunde zu legen. Dies bezeichnet man als „Tatbestandswirkung“ von Verwaltungsakten, siehe *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl. 2017, § 10 Rn. 20; *Ruffert*, in: *Erichsen/Ehlers*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2010, § 22 Rn. 17 ff. Näher zur Bedeutung dieses Grundsatzes in mehrstufigen Verwaltungsverfahren *Wolff/Decker*, Studienkommentar VwGO/VwVfG, 3. Aufl. 2012, § 42 Rn. 19.

¹¹ Während Verstöße gegen § 36 BauGB und die diesen ergänzenden Vorschriften im Landesrecht immer eine Verletzung der planenden Gemeinde in eigenen Rechten implizieren, sind andere Vorschriften, die bei der Erteilung von Baugenehmigungen eine Rolle spielen, nur vereinzelt zugunsten der planenden Gemeinde drittbeschützend. Kann sich der Erfolg der Klage nicht auf einen Rechtsfehler bei der Einvernehmensersetzung stützen, besteht ein erhebliches Risiko, dass die Klage einer Gemeinde mangels Verletzung in eigenen Rechten erfolglos bleibt.

¹² Siehe auch § 54 Abs. 4 S. 5 LBauO BW; 71 Abs. 3 S. 3 BbgBauO; § 71 Abs. 3 S. 2 LBauO M-V; § 73 Abs. 3 S. 3 BauO NRW; § 71 Abs. 4 S. 2 BauO RhPf; § 72 Abs. 4 LBauO Saarl; § 71 Abs. 3 S. 3 SächsBauO; § 70 Abs. 3 S. 3 BauO LSA; § 70 Abs. 4 S. 3 ThürBauO.

¹³ Siehe auch *Seidel/Reimer/Möstl* (Fn. 8), S. 17.

¹⁴ *Ziekow*, in: *Sodan/Ziekow*, VwGO, 5. Aufl. 2018, § 44a Rn. 39; *Kopp/Schenke* (Fn. 3), § 44a Rn. 7; BayVGH, Beschl. v. 26.7.2007 – 7 C 07.1764.

Daher muss geklärt werden, ob die Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens eine „behördliche Verfahrenshandlung“ in diesem Sinne ist. Dies ist zu bejahen, weil sie den alleinigen Zweck erfüllt, die Sachentscheidung „Baugenehmigung“ vorzubereiten¹⁵.

Auch dass sie einen Verwaltungsakt darstellt, schließt die Anwendbarkeit von § 44a S. 1 VwGO nicht generell aus: Denn nach dem Zweck des § 44a VwGO, der verhindern soll, dass abschließende Entscheidungen in Verwaltungsverfahren durch isolierte Anfechtung vorbereitender Verfahrensschritte blockiert werden¹⁶, kommt es nicht darauf an, welche Rechtsform eine vorbereitende Verfahrenshandlung hat. Auch vorbereitende Handlungen durch Verwaltungsakt (z.B. die Setzung einer behördlichen Frist) können deshalb unter § 44a VwGO fallen¹⁷.

Handelt es sich dabei allerdings um belastende Verwaltungsakte – was bei der Ersetzung des Einvernehmens wegen ihrer Wirkung zulasten der gemeindlichen Planungshoheit der Fall ist –, verbieten es Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG und das Rechtsstaatsprinzip, § 44a VwGO so auszulegen, dass er Rechtsbehelfe gegen Maßnahmen ausschließt, deren negative Rechtswirkung sich durch Überprüfung der Sachentscheidung nicht mehr (vollständig) beseitigen lässt¹⁸. Für die Anwendung des § 44a VwGO auf Verfahrenshandlungen in Gestalt belastender Verwaltungsakte folgt daraus: Entweder ist anzunehmen, dass sie wegen des Eingreifens von § 44a S. 1 VwGO nicht bestandskräftig werden, so dass ihre Rechtmäßigkeit bei Überprüfung der Sachentscheidung – entgegen den allgemeinen Regeln über die „Tatbestandswirkung“ nicht angegriffener Verwaltungsakte¹⁹ – inzident geklärt und ihre Rechtswirkung, sofern sie sich als rechtswidrig herausstellen, mitbeseitigt werden kann²⁰, oder man entnimmt § 44a S. 1 VwGO als Rechtsfolge (entgegen der h.M.) nicht einen Anfechtungsausschluss, sondern nur das Gebot der gemeinsamen Anfechtung (sei es, indem man beide Verwaltungsakte als einheitlichen Klagegegenstand wertet²¹, oder indem man zwar von zwei Klagegegenständen ausgeht, über die jedoch zwingend in objektiver Klagehäufung gem. § 44 VwGO gemeinsam entschieden werden muss). Da Letzteres schon der Wortlaut des § 44a S. 1 VwGO nahelegt, und Ersteres von

den allgemeinen, in Art. 43 Abs. 1, Abs. 2 BayVwVfG verankerten Grundsätzen des Verwaltungsrechts abweicht, ist der zweiten Alternative der Vorzug zu geben²².

(Falls angenommen wird, dass § 44a S. 1 einer Klage gegen die Einvernehmensersetzung grds. entgegensteht, ist weiterzuprüfen, ob S. 2 dies ausschließt: Dabei ist § 44a S. 2 Alt. 1 VwGO nicht einschlägig, denn die Ersetzung des Einvernehmens bzw. „Ersatzvornahme“ [Art. 67 Abs. 3 BayBO] ist bereits eine Vollstreckungsmaßnahme; es droht keine weitergehende Vollstreckung mehr. Auch § 44a S. 2 Alt. 2 VwGO ist i.E. weder direkt noch analog anwendbar: Zwar könnte die Gemeinde „Nichtbeteiligte“ i.S.v. § 44a S. 2 Alt. 2 VwGO sein²³. Selbst wenn sie dies wäre, könnte sie aber wie ein Beteiligter die Verletzung ihrer Planungshoheit mit einem Rechtsbehelf gegen die Baugenehmigung geltend machen, weil die wirksame Einvernehmensersetzung ein Verfahrensschritt i.R.d. Erteilung der Baugenehmigung ist und die ordnungsgemäße Handhabung von § 36 BauGB gem. Art. 68 Abs. 1 i.V.m. Art. 59 oder 60 BayBO²⁴ zu den materiellen Voraussetzungen für die Erteilung der Baugenehmigung gehört. Die Gemeinde ist daher nicht i.S.v. § 44a S. 2 VwGO schutzbedürftig [a.A. vertretbar].)

Daraus folgt, dass die Gemeinde G hier sowohl gegen die Baugenehmigung als auch gegen die Ersetzung ihres Einvernehmens vorgehen muss.

Hinweis: Dieses Ergebnis ist sehr umstritten; die Auffassung, dass nur eine Klage gegen die Baugenehmigung statthaft ist, bei der inzident die Rechtmäßigkeit der Verfahrenshandlung „Einvernehmensersetzung“ mitzuprüfen ist, ist ebenfalls gut vertretbar.

II. Klagebefugnis § 42 Abs. 2 VwGO

Die Gemeinde G muss geltend machen können, durch die Ersetzung ihres Einvernehmens und den Erlass der Baugenehmigung in ihren subjektiven Rechten verletzt zu sein. Vorliegend könnten Art. 67 BayBO²⁵ und § 36 Abs. 2 S. 3 BauGB verletzt sein, die Näheres über die Zulässigkeit der Ersetzung

¹⁵ Vgl. *Ziekow* (Fn. 14), § 44a Rn. 41: „Wesentlich für die Verfahrenshandlung ist [...] ihr im Verhältnis zur Sachentscheidung vorbereitender Charakter“.

¹⁶ BVerwG NVwZ 2017, 489 Rn. 17; *Hoppe*, in: *Eyermann, VwGO*, 15. Aufl. 2019, § 44a Rn. 1; *Hufen*, *Verwaltungsprozessrecht*, 10. Aufl. 2019, § 23 Rn. 20.

¹⁷ BVerwG NVwZ 2017, 489 Rn. 19; *Hoppe* (Fn. 16), § 44a Rn. 7; *Ziekow* (Fn. 14), § 44a Rn. 39; *Stelkens/Schenk*, in: *Schoch/Schneider/Bier, VwGO* 34. Lfg., Stand: Mai 2018, § 44a VwGO Rn. 15 ff. m.w.N. zum Meinungsstand; str.

¹⁸ BVerwG NVwZ 2017, 489 Rn. 25 m.w.N.

¹⁹ Zur „Tatbestandswirkung“ nicht angegriffener Verwaltungsakte siehe Fn. 10.

²⁰ Dafür z.B. *Hoppe* (Fn. 16), § 44a Rn. 7; *Ziekow* (Fn. 14), § 44a Rn. 39; dagegen *Stelkens/Schenk* (Fn. 17), § 44a VwGO Rn. 22 f.

²¹ Dafür *Stelkens/Schenk* (Fn. 17), § 44a VwGO Rn. 23.

²² Vgl. *Stelkens/Schenk* (Fn. 17), § 44a VwGO Rn. 22 f. A.A. *Kopp/Schenke, VwGO*, 24. Aufl. 2018, § 44a Rn. 6; *Seidel/Reimer/Möstl, Besonderes Verwaltungsrecht*, 3. Aufl. 2009, S. 16 ff.; *Möstl, BayVBl.* 2003, S. 225; *ders.*, *BayVBl.* 2007, 129 (130 f.).

²³ Ob sie dies ist, ist fraglich. In Betracht kommt, die Gemeinde als „Antragsgegner“ gem. Art. 13 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 BayVwVfG einzuordnen und sie damit als „Beteiligte“ anzusehen, näher siehe unten E. II. 2. b) bb) (1).

²⁴ Zur übereinstimmenden Rechtslage der übrigen Bundesländer siehe Fn. 7.

²⁵ Vergleichbare Regelungen in anderen Landesbauordnungen: § 54 LBauO BW; § 71 BbgBauO; § 71 LBauO M-V; § 73 BauO NRW; § 71 BauO RhPf; § 72 LBauO Saarl; § 71 SächsBauO; § 70 BauO LSA; § 70 ThürBauO. Im Übrigen kann allgemeines Kommunalaufsichtsrecht maßgeblich sein.

des gemeindlichen Einvernehmens und gleichzeitig Voraussetzungen für den Erlass der Baugenehmigung regeln. Weil die Erforderlichkeit des gemeindlichen Einvernehmens dazu dient, die durch § 2 Abs. 1 S. 1 BauGB, Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG, Art. 11 Abs. 2 S. 2 BV den Gemeinden als eigenes Recht zugewiesene Planungshoheit zu sichern²⁶, konkretisieren auch die Grenzen der Ersetzbarkeit des Einvernehmens die subjektive Rechtsstellung der Gemeinde. Mit der Möglichkeit der Verletzung von Art. 67 BayBO und § 36 Abs. 2 S. 3 BauGB sowohl durch die Einvernehmensersetzung als auch durch die Baugenehmigung besteht damit gleichzeitig die Möglichkeit der Verletzung der G in eigenen Rechten. Sie ist damit gegen beide klagebefugt.

III. Vorverfahren

Ein Vorverfahren ist gem. § 68 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 VwGO i.V.m. Art. 15 Abs. 2 AGVwGO nicht statthaft und daher nicht Zulässigkeitsvoraussetzung für eine Klage.

IV. Klagefrist

Da kein Widerspruchsverfahren erforderlich ist, muss eine Klage gem. § 74 Abs. 1 S. 2 VwGO innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe der Verwaltungsakte erhoben werden.

1. Bekanntgabe

Dabei ist zuerst zu klären, wann die Bekanntgabe erfolgte. Der Bescheid wurde am 6.2.2019 als „Übergabeinschreiben“ zur Post gegeben und traf bei der Gemeinde am 7.2.2019 ein; damit ist Art. 41 Abs. 5 BayVwVfG i.V.m. Art. 4 Abs. 2 S. 2 BayVwZVG einschlägig, demzufolge die Bekanntgabe am dritten Tag nach dem Aufgabetag, also am 9.2.2019, als erfolgt gilt. Da es sich dabei um einen Samstag/Sonnabend handelt, stellt sich die Frage, ob der Drei-Tages-Zeitraum eine „Frist“ ist und sich deshalb gem. Art. 31 Abs. 3 BayVwVfG auf den 11.2.2019 verlängert; nach der verwaltungsgerichtlichen Rspr. ist dies nicht der Fall, weil der Drei-Tages-Zeitraum der Terminbestimmung dient und nicht maßgeblich die Funktionen einer Frist (Bereitstellung eines Zeitraums, in dem Handlungen vorgenommen werden können) erfüllt²⁷.

2. Fristbeginn

Folgt man der Argumentation der Verwaltungsgerichtsbarkeit, beginnt die Klagefrist gem. § 57 Abs. 2 VwGO, § 222 Abs. 1 ZPO, 187 Abs. 1 BGB am 10.2.2019, d.h. an dem auf den Bekanntgabetag folgenden Tag²⁸.

²⁶ BVerwGE 22, 342 (346); *Dirnberger* (Fn. 8), Art. 67 Rn. 2.

²⁷ BayVGh NJW 1991, 1250. Die Finanzgerichtsbarkeit vertritt die a.A., siehe BFH ZfZ 2003, 430. Weitere Nachweise bei *Engelhardt/App/Schlatmann*, VwVG – VwZG, Kommentar, 11. Aufl. 2017, § 4 VwZG, Rn. 6, 7.

²⁸ Nach Auffassung der Finanzgerichtsbarkeit beginnt die Frist am 12.2.2019.

3. Fristende

Die Frist endet damit gem. § 57 Abs. 2 VwGO, § 222 Abs. 1, Abs. 2 ZPO, § 188 Abs. 2 BGB am 11.3.2019, da der 9.3.2019, an dem die Frist gem. § 57 Abs. 2 VwGO, § 222 Abs. 1 ZPO, § 188 Abs. 2 BGB regulär enden würde, ein Samstag/Sonnabend ist. Sieht man den Drei-Tages-Zeitraum als „Frist“ an, fällt das Fristende gem. § 57 Abs. 2, § 222 Abs. 1 ZPO, § 188 Abs. 1 BGB ebenfalls auf den 11.3.2019, so dass die Entscheidung zwischen beiden Auffassungen hier dahinstehen kann.

4. Zwischenergebnis

Die Gemeinde G muss bis spätestens 11.3.2019 Klage erheben.

V. Beteiligten- und Prozessfähigkeit

Die Gemeinde G ist als juristische Person des öffentlichen Rechts beteiligtenfähig gem. § 61 Nr. 1 Alt. 2 VwGO; sie ist selbst nicht prozessfähig und wird daher im Prozess gem. § 62 Abs. 3 VwGO i.V.m. Art. 38 Abs. 1 GO durch den ersten Bürgermeister vertreten.

Der Freistaat Bayern (als richtiger Beklagter gem. § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO²⁹) ist ebenfalls juristische Person des öffentlichen Rechts und als solche gem. § 61 Nr. 1 Alt. 2 VwGO beteiligtenfähig; er wird im Prozess gem. § 62 Abs. 3 VwGO i.V.m. Art. 16 AGVwGO, § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, Abs. 2 S. 1 LABV durch das Landratsamt als Ausgangsbehörde vertreten.

VI. Zwischenergebnis

Die Zulässigkeitsvoraussetzungen liegen vor.

C. Objektive Klagehäufung § 44 VwGO

Geht man davon aus, dass § 44a VwGO eine Anfechtung der Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens nicht hindert (s.o. B. I.), sind die Voraussetzungen einer objektiven Klagehäufung nach § 44 VwGO zu prüfen. Diese liegen zweifelsfrei vor. Beide Klagebegehren der G werden daher mit einer Klage verfolgt.

D. Beiladung

Gem. § 65 Abs. 2 VwGO ist E notwendig beizuladen.

E. Begründetheit

Die Klagebegehren sind begründet, wenn sie sich gegen den richtigen Beklagten richten, die Erteilung der Baugenehmigung und die Ersetzung des Einvernehmens rechtswidrig sind

²⁹ § 78 VwGO, der auch als Regelung der passiven Prozessführungsbefugnis verstanden werden und in der Zulässigkeit geprüft werden kann, wird von einem Teil der Lit. und in der verwaltungsgerichtlichen Praxis in Bayern als Regelung des „Anspruchsgegners“ bzw. der „Passivlegitimation“ angesehen und daher als erster Punkt der „Begründetheit“ geprüft (näher *Schenke* [Fn. 1], Rn. 543 ff.). Mit Blick auf die in Bayern herrschende Praxis folgt dem auch diese Lösungsskizze.

und die Gemeinde G durch sie in subjektiven Rechten verletzt ist, §§ 78 Abs. 1 Nr. 1, 113 Abs. 1 S. 1 VwGO.

I. Passivlegitimation, § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO

Bei Ersetzung des Einvernehmens und Erlass der Baugenehmigung hat das Landratsamt als untere Bauaufsichtsbehörde und damit als Staatsbehörde gehandelt, s. Art. 53 Abs. 1 S. 1, 54 Abs. 1 BayBO i.V.m. Art. 37 Abs. 1 S. 2 LKrO³⁰. Deshalb ist gem. § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO der Freistaat Bayern richtiger Beklagter.

II. Rechtmäßigkeit der Erteilung der Baugenehmigung

1. Rechtsgrundlage

Rechtsgrundlage für die Erteilung einer Baugenehmigung ist Art. 68 BayBO³¹.

2. Formelle Rechtmäßigkeit

a) Zuständigkeit

Da das Grundstück des E im Gebiet einer kreisangehörigen Gemeinde liegt, war gem. Art. 53 Abs. 1, 54 Abs. 1 BayBO i.V.m. Art. 37 Abs. 1 S. 2 LKrO das Landratsamt für die Erteilung der Baugenehmigung sachlich zuständig³². Auch die örtliche Zuständigkeit ist laut SV gegeben.

b) Verfahren

aa) Verfahrensfehler

Hier könnte ein Verstoß gegen Art. 67 Abs. 4 S. 1 BayBO³³ vorliegen: Ihm zufolge ist die Gemeinde bei Verweigerung

ihres Einvernehmens vor Erteilung der Genehmigung (die als Ersatzvornahme gilt, Art. 67 Abs. 3 S. 1 BayBO) anzuhören und ihr Gelegenheit zu geben, binnen angemessener Frist erneut über ihr Einvernehmen zu entscheiden. Dies ist nicht geschehen: Das LRA hat die Genehmigung erteilt, ohne sich vorher mit der Gemeinde in Verbindung zu setzen. Damit wurde gegen Art. 67 Abs. 4 BayBO verstoßen³⁴.

bb) Heilung, Art. 45 BayVwVfG

Zu klären ist daher, ob der Verfahrensfehler gem. Art. 45 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 BayVwVfG durch Nachholung der Anhörung unbeachtlich werden kann³⁵.

(1) Anwendbarkeit von Art. 45 BayVwVfG

Dies setzt voraus, dass Art. 45 Abs. 1 Nr. 3 BayVwVfG in dieser Konstellation anwendbar ist. Dazu müsste die Gemeinde „Beteiligte“ am Verfahren des Erlasses der Baugenehmigung gem. Art. 13 BayVwVfG sein: Da sie weder „Antragsteller“ (Abs. 1 Nr. 1), noch der Verwaltungsakt „Baugenehmigung“ an sie gerichtet ist (Abs. 1 Nr. 2), und auch Abs. 1 Nr. 3 nicht einschlägig ist, könnte sie nur als „Antragsgegner“ (Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2) oder aufgrund einer „Hinzuziehung zum Verfahren“ (Abs. 1 Nr. 4, Abs. 2) „Beteiligte“ sein. Die Auslegung des Begriffes „Antragsgegner“ bereitet Schwierigkeiten, weil Verwaltungsverfahren i.d.R. nicht kontradiktorisch sind, d.h. z.B. Anträge auf Erlass eines Verwaltungsaktes neben der Behörde kein förmliches Gegenüber haben. Als „Antragsgegner“ kommt deshalb nur eine Person in Betracht, deren Rechte der beantragte Verwaltungsakt gestalten oder feststellen soll³⁶. Darunter können allerdings nicht auch Personen subsumiert werden, denen gegenüber der Verwaltungsakt nur „Drittwirkung“ entfaltet³⁷. Denn würde man den Begriff so weit auslegen, entstünde ein Wertungswiderspruch zur Situation des Erlasses eines Verwaltungsaktes von Amts wegen, wo „Beteiligter“ nur der ist, an den die Behörde den Verwaltungsakt richten will oder gerichtet hat, oder der gem. Art. 13 Abs. 1 Nr. 4 BayVwVfG förmlich zum Verfahren hinzu-

in einem Land anderweitig, z.B. über das allgemeine Kommunalaufsichtsrecht, sicherstellt, ist die Bestimmung maßgeblich, die in diesem Zusammenhang die Erforderlichkeit einer Anhörung regelt.

³⁴ Dazu, dass bereits ein Verstoß gegen Art. 67 Abs. 4 BayBO die Baugenehmigung rechtswidrig macht VG Augsburg, Urt. v. 14.9.2011 – Au 4 K 11.558 = BeckRS 2012, 51318.

³⁵ Frage auch aufgeworfen bei *Jäde*, KommJur 2005, 368 (372).

³⁶ *Ramsauer*, in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, 19. Aufl. 2018, § 13 Rn. 19; *Ziekow*, Verwaltungsverfahrensgesetz, 13. Aufl. 2013, § 13 Rn. 7; *Schmitz*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Fn. 8), § 13 Rn. 19, 20. Die Genannten verlangen darüber hinaus, dass ihm die Behörde mitgeteilt hat, dass ein Verwaltungsverfahren im Gang ist. Gegen diese zusätzliche Voraussetzung zu Recht *Sennekamp*, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, VwVfG, 1. Aufl. 2014, § 13 Rn. 14.

³⁷ So wohl auch die Fn. 36 Genannten (auch wenn dies dort nicht ausdrücklich klargestellt wird).

³⁰ Wer untere Baurechtsbehörde ist, ist in den Ländern unterschiedlich geregelt (einschlägige Normen siehe Fn. 32). Z.T. handeln sie nicht, wie das Landratsamt in Bayern, als Staatsbehörde für das Land, sondern als Behörde des Landkreises für den Landkreis, vgl. z.B. § 57 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 ThürBauO; § 57 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BauO NRW, § 57 Abs. 1, 3 BauO Nds. Gem. § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO ist in diesen Fällen der Landkreis richtiger Beklagter (sofern nicht § 78 Abs. 1 Nr. 2 VwGO einschlägig ist).

³¹ § 58 LBauO BW; § 71 BauO Bln; § 72 BbgBauO; § 72 BremBauO; § 72 BauO Hmb; § 74 HessBauO; § 72 LBauO M-V; § 70 BauO Nds; § 74 BauO NRW; § 70 BauO RhPf; § 73 LBauO Saarl; § 72 SächsBauO; § 71 BauO LSA; § 73 LBauO SH; § 71 ThürBauO.

³² Parallelbestimmungen zur Ermittlung der zuständigen Bauaufsichtsbehörde: § 46, 48 LBauO BW; §§ 57, 58 Abs. 1 BbgBauO; § 57 Abs. 1 BremBauO; § 60 HessBauO; § 57 LBauO M-V; §§ 57, 58 Abs. 2 BauO Nds; § 57 BauO NRW; §§ 58, 60 BauO RhPf; §§ 58, 59 LBauO Saarl; § 57 Abs. 1 SächsBauO; § 56 Abs. 1 BauO LSA; § 58 Abs. 1, 61 Abs. 1 LBauO SH; § 57 Abs. 1, 2 ThürBauO.

³³ Parallelbestimmungen in den Bauordnungen anderer Länder: § 54 Abs. 4 S. 6, 7 LBauO BW; § 71 Abs. 2 BbgBauO; § 71 Abs. 4 LBauO M-V; § 73 Abs. 4 S. 3 BauO NRW; § 71 Abs. 3 S. 2 BauO RhPf; § 72 Abs. 3 S. 3, 4 LBauO Saarl; § 71 Abs. 4 SächsBauO; § 70 Abs. 4 BauO LSA; § 70 Abs. 3 ThürBauO; ist die Ausführung von § 36 Abs. 2 S. 3 BauGB

gezogen wurde. Es ist keine Begründung ersichtlich, warum in Antragsverfahren „Drittbetroffene“ ohne förmliche Hinzuziehung „Beteiligte“ sind, in Verfahren von Amts wegen dagegen nicht. Daher ist „Antragsgegner“ nur der unmittelbare Adressat der Rechtswirkung des beantragten Verwaltungsakts (der ohne dazwischentretende Behördenentscheidung eindeutig identifizierbar ist). Die Gemeinde ist damit hinsichtlich der Erteilung der Baugenehmigung nicht kraft Gesetzes „Beteiligte“. Dass sie gem. Art. 67 Abs. 4 BayBO anzuhören ist, ändert daran nichts, siehe Art. 13 Abs. 3 BayVwVfG. Damit ist Art. 45 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 BayVwVfG nicht unmittelbar anwendbar³⁸.

(2) *Analoge Anwendung von Art. 45 BayVwVfG*

Allerdings könnte in einer Situation wie hier, in der ein Dritter vor Erlass eines Verwaltungsakts, der seine Rechtsstellung mittelbar tangiert, anzuhören ist, Art. 45 BayVwVfG analog anwendbar sein. Dagegen spricht jedoch, dass die Interessenlage in beiden Konstellationen nicht vergleichbar ist: Zweck der in Art. 67 Abs. 4 BayBO vorgesehenen Anhörung mit Nachfristsetzung ist es, der Gemeinde Gelegenheit zu geben, ihre Planungshoheit zu wahren, indem sie einer ursprünglich ggf. rechtswidrigen Einvernehmensverweigerung nachträglich die nötigen rechtlichen Grundlagen verschafft (z.B. durch Einleitung eines neuen Bauleitplanungsverfahrens i.V.m. mit einer Veränderungssperre oder einem Antrag auf Zurückstellung des Baugesuchs)³⁹. Dieser Zweck kann nach Erlass der Genehmigung nicht mehr erreicht werden. Eine analoge Anwendbarkeit von Art. 45 BayVwVfG ist deshalb abzulehnen.

Damit liegt ein beachtlicher Verfahrensfehler vor.

cc) *Ausschluss der Aufhebbarkeit, Art. 46 BayVwVfG*

Allerdings könnte Art. 46 BayVwVfG die Aufhebung wegen dieses Fehlers ausschließen⁴⁰. Dazu müsste offensichtlich sein, dass der Fehler die Entscheidung in der Sache nicht beeinflusst hat. Dies setzt voraus, dass es keinen vernünftigen Zweifel gibt, dass es ohne den Fehler zur selben Sach-

entscheidung gekommen wäre⁴¹. Hier ist denkbar, dass die Gemeinde die Genehmigung bei einem Aufschub weiter erschweren hätte können (z.B. durch Unterfütterung ihrer Argumentation, notfalls durch Einleitung eines neuen Bauleitplanungsverfahrens in Kombination mit einer Veränderungssperre oder einem Antrag auf Zurückstellung des Baugesuchs). Bei Anlegung des zur Wahrung der Funktion des Verfahrensrechts gebotenen strengen Maßstabs⁴² ist daher nicht von der offensichtlichen Entscheidungsirrelevanz des Fehlers auszugehen.

c) *Form*

Die Baugenehmigung muss schriftlich erteilt werden, Art. 68 Art. 2 Abs. 1 BayBO. Dies ist geschehen. Außerdem ist gem. Art. 67 Abs. 3 S. 1 2. Hs. BayBO insoweit eine Begründung beizufügen, als die Genehmigung als Ersatzvornahme gilt. Eine darüber hinausgehende Begründung ist gem. Art. 68 Abs. 2 S. 2 BayBO nur erforderlich, wenn ohne Zustimmung des Nachbarn von nachbarschützenden Vorschriften abgewichen wird oder der Nachbar schriftlich Einwendungen erhoben hat. Mit dem Verweis auf die angespannte Wohnsituation wurde begründet, warum das Einvernehmen der Gemeinde zu ersetzen ist. Diese Begründung rechtfertigt zugleich den Erlass der Baugenehmigung als solcher (in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht, Art. 39 Abs. 1 BayVwVfG). Daher wäre auch Art. 68 Abs. 2 S. 2 BayBO Rechnung getragen, sofern dessen Alt. 1 einschlägig ist.

d) *Zwischenergebnis*

Die Baugenehmigung ist formell rechtswidrig. Der Fehler ist nicht heilbar. Art. 46 BayVwVfG schließt die Aufhebung wegen dieses Fehlers nicht aus.

3. *Materielle Rechtmäßigkeit*

Die Baugenehmigung ist rechtmäßig, wenn das Vorhaben genehmigungsbedürftig und genehmigungsfähig (Art. 68 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 BayBO) ist und auch Art. 68 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 BayBO⁴³ nicht rechtsfehlerhaft gehandhabt wurde⁴⁴.

³⁸ A.A. gut vertretbar; dann muss geprüft werden, ob eine Heilung des Fehlers nach Art. 45 Abs. 1, 2 BayVwVfG aus anderen Gründen scheidet, z.B. weil der Zweck der in Art. 67 Abs. 4 BayBO vorgesehenen Anhörung nachträglich nicht mehr erreicht werden kann, siehe dazu sogleich unter (2). Richtig dürfte sein, dass – sofern man Art. 45 BayVwVfG für anwendbar ansieht – zwar eine Heilung des Anhörungsmangels möglich ist, dies aber den Verfahrensverstöß aber nicht vollständig beseitigt, weil Art. 67 Abs. 4 BayVwVfG nicht nur eine Anhörung der Gemeinde vorschreibt, sondern auch die Setzung einer Frist zur erneuten Entscheidung, siehe S. 2; die Heilbarkeit des Unterbleibens der Nachfristsetzung ergibt sich aus Art. 45 BayVwVfG allerdings nicht.

³⁹ Siehe nur *Jäde*, KommJur 2005, 368 (372).

⁴⁰ Dafür, dass Art. 46 BayVwVfG nicht zu prüfen ist, weil das in Art. 67 Abs. 4 BayBO geregelte Beteiligungsrecht ein sog. „absolutes Verfahrensrecht“ sei, siehe *Greim-Diroll*, BeckOK Bauordnungsrecht Bayern, 12. Ed., Stand: 1.9.2019, Art. 67 Rn. 24.

⁴¹ Siehe nur *Ramsauer* (Fn. 36), § 46 Rn. 37.

⁴² Vgl. nur *Ramsauer* (Fn. 36), § 46 Rn. 37.

⁴³ Nur in einzelnen Ländern existieren Parallelbestimmungen zu Art. 68 Abs. 1 S. 1 2. HS BayBO, die bei Verstoß gegen öffentlich-rechtliche Normen, die nicht zum Prüfungsmaßstab im Baugenehmigungsverfahren gehören, ein „Versagungsrecht“ einräumen: siehe § 71 Abs. 1 S. 3 BauO Bln; § 74 Abs. 1 HessBauO; § 73 Abs. 1 S. 1 LBauO Saarl; § 73 Abs. 1 S. 1 LBauO SH; § 71 Abs. 1 S. 1 ThürBauO.

⁴⁴ Diesem Obersatz liegt das Verständnis zugrunde, dass Art. 68 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 BayBO die „Genehmigungsfähigkeit“ regelt, die Genehmigung aber trotz „Genehmigungsfähigkeit“ (in diesem Sinne) rechtswidrig sein kann, weil Art. 68 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 BayBO fehlerhaft gehandhabt wurde. Ein Beispiel dafür wäre, wenn trotz eklatanten, offensichtlichen Verstoßes gegen andere öffentlich-rechtliche Vorschriften aus sachwidrigen Gründen – z.B. persönlicher Verbundenheit oder Bestechung – die Genehmigung erteilt und

a) Genehmigungsbedürftigkeit

Gem. Art. 55 Abs. 1 BayBO⁴⁵ ist die Errichtung einer Anlage genehmigungsbedürftig, wenn sich nicht aus Art. 56–58, 72 und 73 BayBO etwas anderes ergibt.

Ein fünfstöckiges Wohnhaus ist eine bauliche Anlage gem. Art. 2 Abs. 1 S. 1 BayBO und damit gem. Art. 2 Abs. 1 S. 4 BayBO zugleich eine Anlage.

Für seine Errichtung ist gem. Art. 56 BayBO kein anderes Gestattungsverfahren einschlägig. Da keiner der Tatbestände des Art. 57 BayBO einschlägig ist, ist sie nicht verfahrensfrei. Das Freistellungsverfahren nach Art. 58 BayBO ist schon deshalb nicht einschlägig, weil das Vorhaben nicht im Gebiet eines Bebauungsplans nach § 30 Abs. 1 oder Abs. 2 BauGB, sondern im Geltungsbereich eines einfachen Bebauungsplans gem. § 30 Abs. 3 BauGB liegt, weil der vorliegende Bebauungsplan lediglich Festsetzungen über Art und Maß der baulichen Nutzung, aber nicht über die überbaubaren Grundstücksflächen und die örtlichen Verkehrsflächen enthält.

Da sich auch aus Art. 72 und 73 BayBO nichts Abweichendes ergibt, ist die Errichtung des Wohnhauses genehmigungsbedürftig.

b) Genehmigungsfähigkeit

Ein Vorhaben ist genehmigungsfähig, wenn es mit den im Baugenehmigungsverfahren zu prüfenden Vorschriften übereinstimmt, Art. 68 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 BayBO.

aa) Prüfungsmaßstab

Welche Vorschriften zu prüfen sind, hängt davon ab, ob das vereinfachte (Art. 59 BayBO) oder das umfassendere Baugenehmigungsverfahren (Art. 60 BayBO) durchzuführen ist⁴⁶.

Das Verfahren nach Art. 60 BayBO ist nur bei Sonderbauten durchzuführen. Da das fünfstöckige Wohnhaus keinen der Tatbestände aus Art. 2 Abs. 4 BayBO verwirklicht (das Haus von 18 m Höhe insbes. kein Hochhaus gem. Art. 2 Abs. 4 Nr. 1 BayBO ist), ist es kein Sonderbau und somit das vereinfachte Genehmigungsverfahren einschlägig. Das Vor-

damit das in Hs. 2 nach richtigem Verständnis eingeräumte Ermessen (s. auch BayVGH BayVBl. 2019, 416 [416] = BeckRS 2018, 17210 Rn. 16) nicht ordnungsgemäß (Art. 40 BayVwVfG) ausgeübt würde.

⁴⁵ Parallelbestimmungen zur Definition der Genehmigungsbedürftigkeit: § 49 LBauO BW; § 59 BauO Bln; § 59 Bbg-BauO; § 59 BremBauO; § 59 BauO Hmb; § 62 HessBauO; § 59 LBauO M-V; § 59 BauO Nds; § 60 BauO NRW; § 61 BauO RhPf; § 60 LBauO Saarl; § 59 SächsBauO; § 58 BauO LSA; § 62 LBauO SH; § 59 ThürBauO.

⁴⁶ Auch die übrigen Landesbauordnungen sehen für einfache Bauvorhaben ein „vereinfachtes Verfahren“ mit reduziertem Prüfungsmaßstab (siehe § 52 LBauO BW; §§ 63, 63a BauO Bln; § 63 BbgBauO; § 63 BremBauO; § 61 BauO Hmb; § 65 HessBauO; § 63 LBauO M-V; § 63 BauO Nds; § 64 BauO NRW; § 66 LBauO RhPf; § 64 LBauO Saarl; § 63 SächsBauO; § 62 BauO LSA; § 69 LBauO SH; § 62 ThürBauO) neben dem umfassenderen Baugenehmigungsverfahren für komplexere Vorhaben vor.

haben muss daher mit den in Art. 59 BayBO aufgeführten Vorschriften übereinstimmen:

*bb) Übereinstimmung mit §§ 29 bis 38 BauGB (gem. Art. 59 Abs. 1 Nr. 1 lit. a BayBO)**(1) Anwendungsbereich, § 29 BauGB*

Die Übereinstimmung mit den §§ 30 ff. BauGB ist nur zu prüfen, wenn deren Anwendungsbereich eröffnet ist. Dies ist gem. § 29 Abs. 1 BauGB u.a. der Fall, wenn eine „bauliche Anlage“ errichtet wird. Bauliche Anlagen im Sinne des BauGB müssen „erbaut“, d.h. künstlich hergestellt und mit dem Boden verbunden sein, und müssen „bodenrechtliche Relevanz“ haben⁴⁷. Das Merkmal der „bodenrechtlichen Relevanz“ stellt sicher, dass an den §§ 30 ff. BauGB nur Vorhaben gemessen werden, die die in § 1 Abs. 6, Abs. 7 BauGB normierten Belange berühren, deren Ausgleich das Bauplanungsrecht bezweckt. Das Wohnhaus ist eine künstlich hergestellte, mit dem Boden fest verbundene Einrichtung, das für die Deckung der Wohnbedürfnisse der Bevölkerung (§ 1 Abs. 6 Nr. 2 BauGB) relevant ist. Es ist damit eine bauliche Anlage i.S.v. § 29 Abs. 1 BauGB.

(2) Einschlägiger Gebietsbereich

Das Vorhaben liegt im Geltungsbereich eines Bebauungsplans. Da dieser allerdings nur Festsetzungen über Art und Maß der baulichen Nutzung enthält, also keinen qualifizierten Bebauungsplan i.S.v. § 30 Abs. 1 BauGB darstellt, bestimmt sich die Zulässigkeit des Vorhabens zwar vorrangig nach dem Bebauungsplan, im Übrigen aber nach §§ 34 oder 35 BauGB (siehe § 30 Abs. 3 BauGB).

Laut Sachverhalt liegt das Grundstück des E im Ortsgebiet des Dorfes D und sind alle umliegenden Grundstücke bebaut. Es ist deshalb davon auszugehen, dass es in einem „im Zusammenhang bebauten Ortsteil“ liegt. Daher ist neben den Festsetzungen des Bebauungsplans § 34 BauGB Prüfungsmaßstab.

*(3) Übereinstimmung mit den Festsetzungen des Bebauungsplans**(a) Art der baulichen Nutzung**(aa) Generelle Zulässigkeit*

Das Vorhaben stimmt mit den Festsetzungen des Bebauungsplans über die Art der baulichen Nutzung überein: Ein Wohnhaus ist in einem Allgemeinen Wohngebiet gem. § 4 Abs. 2 Nr. 1 BauNVO allgemein zulässig.

(bb) Unzulässigkeit im Einzelfall, § 15 Abs. 1 BauNVO

Es könnte jedoch im Einzelfall wegen seines „Umfangs“ der Eigenart des Baugebiets widersprechen, § 15 Abs. 1 S. 1 BauNVO. Bei der Anwendung von § 15 Abs. 1 BauNVO ist zu berücksichtigen, dass er trotz Bezugnahme auf den „Um-

⁴⁷ Siehe nur *Krautzberger*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, 124. Lfg., Stand: Februar 2017, § 29 Rn. 24; *Ferner*, in: Ferner/Kröniger/Aschke, Baugesetzbuch mit Baunutzungsverordnung, 3. Aufl. 2013, § 29 Rn. 4.

fang“ eines Vorhabens seiner systematischen Stellung nach nur für im Einzelfall bestehende Widersprüche zur vorgesehenen Art der baulichen Nutzung gilt: Die Vorgaben über das zulässige Maß der Nutzung konkretisiert oder derogiert er nicht⁴⁸. Wenn er gleichwohl von einem Widerspruch aufgrund des „Umfangs“ spricht, können darunter deshalb nur Fallkonstellationen zu verstehen sein, in denen im Einzelfall „Quantität in Qualität“ umschlägt, wo also die Größe einer baulichen Anlage ausnahmsweise zugleich die Art der baulichen Nutzung tangiert⁴⁹. In der Rechtsprechung wurde in der Tat bereits angenommen, dass der Übergang von der Nutzung eines Gebiets durch Ein- und Zweifamilienhäuser zu einer Nutzung durch Mehrfamilienhäuser den Gebietscharakter tangiert und den Gebietserhaltungsanspruch auslöst, weil dabei eine andere „Wohnform“ vorläge⁵⁰. Andere Entscheidungen halten dem entgegen, dass jedenfalls bei einem Übergang von 1–2-Parteienhäusern auf 5-Parteienhäusern nur eine höhere Intensität ein und derselben Nutzung gegeben sei, die den Gebietscharakter nicht verändert⁵¹. Tatsächlich unterscheidet sich in einem solchen Fall vorrangig das Maß der baulichen Nutzung, nicht deren Art von der bisherigen Bebauung. Deshalb ist ein Ausbrechen des Vorhabens aus der vorgegebenen Art der Nutzung i.S.v. § 15 Abs. 1 S. 1 BauNVO zu verneinen (a.A. vertretbar).

(b) Maß der baulichen Nutzung

Allerdings entspricht das Vorhaben nicht dem festgesetzten Maß der baulichen Nutzung:

Die vorgegebene Zahl von max. zwei Vollgeschossen wird deutlich überschritten: E plant fünf Vollgeschosse, also mehr als die doppelte Höhe. Auch die Grundflächenzahl von 0,3 wird deutlich überschritten: die geplante Bebauung von $\frac{3}{4}$ des Grundstücks entspricht einer Grundflächenzahl von 0,75.

(c) Rechtmäßigkeit einer Befreiung von den Maßfestsetzungen

Damit muss geklärt werden, ob die Befreiung, die das Landratsamt hiervon erteilt hat, gem. § 31 Abs. 2 BauGB zulässig ist:

(aa) Allgemeine Erwägungen

Bei der Auslegung von § 31 Abs. 2 BauGB ist zu beachten, dass er eine Durchbrechung der Regel erlaubt, dass ein Bebauungsplan verbindlich darüber entscheidet, welche Vorhaben an einem bestimmten Standort zulässig sind: Im Anwendungsbereich von § 31 Abs. 2 BauGB wird die Entscheidung eines Bebauungsplans unbeachtlich. Entsprechend restriktiv muss er gehandhabt werden⁵²: Seine offen formulierten Tat-

bestandsmerkmale dürfen nicht so ausgelegt werden, dass die Genehmigungsbehörde in einer Vielzahl von Fällen Festsetzungen eines Bebauungsplans unbeachtet lassen und so die planerische Entscheidung der Gemeinde faktisch aus den Angeln heben kann. Eine Befreiung darf – jedenfalls wenn sie Festsetzungen betrifft, die für die Planung tragend sind – nicht auf Gründe gestützt werden, die in einer Vielzahl von Fällen oder sogar für (nahezu) alle Grundstücke im Plangebiet angeführt werden könnten⁵³.

(bb) Wahrung der Grundzüge der Planung

Gem. § 31 Abs. 2 BauGB kommt eine Befreiung nur in Betracht, wenn die Grundzüge der Planung nicht berührt werden.

Welche Festsetzungen zu den Grundzügen der Planung gehören, lässt sich nicht abstrakt beantworten, sondern muss von Fall zu Fall anhand des im Bebauungsplan zum Ausdruck kommenden Willens des Plangebers ermittelt werden⁵⁴. „Grundzüge der Planung“ meint dabei die im Bebauungsplan zum Ausdruck kommende planerische Grundkonzeption⁵⁵, oder – anders formuliert – die für die konkrete Planung zentralen Abwägungsentscheidungen.

Die Rechtsprechung hat außerdem herausgearbeitet, dass der Schluss auf eine Berührung der Grundzüge der Planung – bzw. auf eine Änderung der Plankonzeption, die nur im Wege der gemeindlichen Umplanung erfolgen kann –, umso näher liegt, je tiefer eine Befreiung in das Interessengeflecht der Planung eingreift⁵⁶.

Nach der Planbegründung ging es der Gemeinde G bei der Aufstellung des Bebauungsplans maßgeblich darum, den naturnahen Charakter der Umgebung des Friedberger Weihers zu erhalten. Um dieses Planungsziel zuverlässig zu verwirklichen, stimmte sie sich mit der Nachbargemeinde N ab, die wie sie erheblich von der Nutzung des Friedberger Weihers als Naherholungsgebiet profitiert. Die Erhaltung des naturnahen Charakters des Gebiets hat damit für die konkrete Planung zentrale Bedeutung.

Erreicht werden soll dieses Planungsziel durch die Maßfestsetzungen, die von der Befreiung betroffen sind.

Da deren Vorgaben nicht nur geringfügig, sondern gravierend überschritten werden, ist davon auszugehen, dass die Befreiung die Grundzüge der Planung berührt:

Wird erlaubt, Vorgaben des Bebauungsplans, die zentrale Planungsentscheidungen darstellen, in zweierlei Hinsicht um mehr als das Doppelte zu überschreiten, liegt ein tiefer Eingriff in das Interessengeflecht der Planung vor. Würde selbst in einem solchen Fall eine Berührung der Grundzüge der Planung verneint, liefe die „Wahrung der Grundzüge der Planung“ als Schranke für Befreiungen weitestgehend leer:

⁴⁸ BVerwG NVwZ 1995, 899; OVG Münster, Beschl. v. 17.2.2011 – 7 B 1803/10, Rn. 21 ff. (juris).

⁴⁹ BVerwG NVwZ 1995, 899 (900).

⁵⁰ OVG Hamburg, Beschl. v. 5.6.2009 – 2 Bs 26/09 = BauR 2009, 1556.

⁵¹ OVG Lüneburg, Beschl. v. 28.5.2014 – 1 ME 47/14 = NVwZ-RR 2014.

⁵² Siehe nur *Erbguth/Schubert*, Öffentliches Baurecht, 6. Aufl. 2014, § 8 Rn. 23.

⁵³ BVerwG NVwZ 1999, 1110; *Söfker*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, 133. Lfg., Stand: Mai 2019, § 31 Rn. 36.

⁵⁴ *Rieger*, in: Schrödter, BauGB, 8. Aufl. 2015, § 31 Rn. 21.

⁵⁵ Vgl. nur BVerwG NVwZ 2018, 1808.

⁵⁶ BVerwG NVwZ 2018, 1808; BVerwGE 138, 166 = NVwZ 2011, 748 (752); BVerwG NVwZ 1999, 1110; *Erbguth/Schubert* (Fn. 52), § 8 Rn. 23.

Ihr Zweck, die planerischen Entscheidungen der Gemeinden zumindest in ihrem Kern vor einer Aushöhlung durch Befreiungen im Einzelfall zu schützen, könnte nicht erreicht werden – zumal sich die Befreiung hier auf ein Argument (das Fehlen von Wohnraum) stützt, das für alle Grundstücke im Plangebiet eine Befreiung rechtfertigen würde⁵⁷.

Eine Befreiung von den Maßfestsetzungen ist unzulässig.

Hinweis: Art. 59 S. 1 Nr. 1 lit. a BayBO, der auch auf § 36 BauGB verweist, kann so verstanden werden, dass er die Anforderungen aus § 36 BauGB insgesamt in den materiellen Prüfungsmaßstab der Baugenehmigung einbezieht (einschließlich der in § 36 Abs. 2 S. 3 BauGB genannten Anforderung, dass nur ein rechtswidrig versagtes Einvernehmen ersetzt werden darf). Damit muss innerhalb der materiellen Rechtmäßigkeit der Baugenehmigung grds. auch geprüft werden, ob ein verweigertes gemeindliches Einvernehmen zulässigerweise ersetzt wurde. Da nach der hier vorgeschlagenen Lösung die Ersetzung des Einvernehmens separater Klagegegenstand ist, deren Rechtmäßigkeit deshalb in einem eigenen Gliederungspunkt zu prüfen ist, kann das Gutachten hier abrechnen, ohne dass aufgeworfene Rechtsfragen unbeantwortet bleiben.

cc) *Zwischenergebnis zu b)*

Das Vorhaben ist nicht genehmigungsfähig.

4. *Zwischenergebnis zu II.*

Die Baugenehmigung ist formell und materiell rechtswidrig.

III. Verletzung der G in eigenen Rechten

Gem. § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO wird der Verwaltungsakt nur aufgehoben, wenn er den Kläger in seinen Rechten verletzt.

Art. 67 Abs. 4 BayBO dient dazu, der Gemeinde Gelegenheit zu geben, eine unerwünschte Baugenehmigung, ggf. durch Einleitung einer Neuplanung, abzuwenden (s.o.). Er dient damit dem Schutz der kommunalen Planungshoheit, die den Gemeinden gem. Art. 11 Abs. 2 BV und Art. 28 Abs. 2 GG als subjektives Recht verbürgt ist.

Dasselbe gilt für § 31 Abs. 2 BauGB, der die Planungen der Gemeinde vor zu weitgehender Aushöhlung durch Befreiungen schützt⁵⁸.

Der Verstoß gegen diese beiden Normen verletzt damit die Gemeinde in eigenen Rechten.

Das Klagebegehren der Gemeinde G gegen die Baugenehmigung hat Aussicht auf Erfolg.

IV. Rechtmäßigkeit der Ersetzung des Einvernehmens

Hinweis: Wer in der Zulässigkeit, wie hier, von der Erforderlichkeit des Vorgehens gegen 2 Klagegegenstände ausgeht, muss in der Begründetheitsprüfung neben der Rechtmäßigkeit der Baugenehmigung auch die Rechtmäßigkeit der Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens überprüfen.

1. Rechtsgrundlage

Gem. § 36 Abs. 2 S. 3 BauGB, Art. 67 BayBO kann ein rechtswidrig versagtes Einvernehmen ersetzt werden.

2. Formelle Rechtmäßigkeit

a) Zuständigkeit

Gem. § 36 Abs. 2 S. 3 BauGB i.V.m. Art. 67 Abs. 1, 3 S. 1 i.V.m. Art. 53 Abs. 1 BayBO ist das für die Genehmigung zuständige LRA auch für die Ersetzung des Einvernehmens zuständig, die mit der Erteilung der Genehmigung fingiert wird, Art. 67 Abs. 3 S. 1 BayBO.

b) Verfahren

Gem. Art. 67 Abs. 4 S. 1 BayBO setzt die Ersetzung des Einvernehmens (in Gestalt der Erteilung der Genehmigung) die vorherige Anhörung der Gemeinde mit Nachfristsetzung voraus. Da sie unterblieben ist, ist die Ersetzung des Einvernehmens rechtswidrig.

Dieser Fehler ist weder heilbar, noch gem. Art. 46 BayVwVfG unbeachtlich (i.E. wie oben, auch wenn die Gemeinde diesbezüglich „Beteiligte“ i.S.v. Art. 13 Abs. 1 Nr. 2 BayVwVfG und Art. 45 Abs. 1 Nr. 3 BayVwVfG deshalb anwendbar ist).

c) Form

Die gem. Art. 67 Abs. 3 S. 1 Hs. 2 BayBO erforderliche Begründung war beigefügt (siehe oben).

3. Materielle Rechtmäßigkeit

Die Rechtmäßigkeit der Ersetzung des Einvernehmens setzt gem. § 36 Abs. 2 S. 3 BauGB, Art. 67 Abs. 1 BayBO voraus, dass die Gemeinde ihr Einvernehmen rechtswidrig verweigert hat.

Gem. § 36 Abs. 2 S. 1 BauGB darf die Gemeinde ihr Einvernehmen nur aus den sich aus §§ 31, 33, 34 BauGB ergebenden Gründen versagen. Im Anwendungsbereich von § 31 Abs. 1, 2 BauGB stellt sich dabei die Frage, ob die Einvernehmensversagung nur darauf gestützt werden darf, dass die Tatbestandsvoraussetzungen für eine Ausnahme oder Befreiung nicht vorliegen, oder die Gemeinde darüber hinaus ein vorrangiges Recht auf Ermessensausübung hat. Der Zweck des Einvernehmensefordernisses, die Gemeinde in ihrer Planungshoheit zu schützen⁵⁹, spricht für Letzteres. Allerdings kann die Entscheidung dieser Frage hier dahinstehen: Denn wie unter E. II. 3. b) bb) (3) (c) geklärt wurde, lagen die in

⁵⁷ Da die anderen Eigentümer gestützt auf Art. 3 GG Gleichbehandlung verlangen könnten, würde die Entscheidung der Gemeinde, das Maß der baulichen Nutzung restriktiv zu begrenzen, faktisch ausgehebelt.

⁵⁸ Vgl. nur BVerwGE 138, 166 = NVwZ 2011, 748 (752); BVerwG NVwZ 1999, 1110.

⁵⁹ Vgl. nur BVerwGE 122, 13 = NVwZ 2005, 213.

§ 31 Abs. 2 BauGB normierten Voraussetzungen für eine Befreiung nicht vor. Die Gemeinde hat ihr Einvernehmen also rechtmäßig verweigert.

Die Einvernehmensersetzung ist auch materiell rechtswidrig.

V. Verletzung der Gemeinde G in eigenen Rechten

Sowohl Art. 67 Abs. 4 BayBO als auch die Einschränkung der Zulässigkeit der Einvernehmensersetzung auf Fälle der rechtswidrigen Einvernehmensverweigerung dienen dem Schutz der Planungshoheit der Gemeinde⁶⁰. Die Missachtung dieser Normen verletzt die Gemeinde daher in subjektiven Rechten.

VI. Gesamtergebnis

Eine Klage der Gemeinde G gegen den Bescheid des LRA hat umfassend Erfolg.

⁶⁰ Zu § 36 BauGB siehe nur BVerwGE 122, 13 = NVwZ 2005, 213.