Aktuelle Beiträge zum öffentlichen Recht

herausgegeben von:

Rolf Gröschner
Martin Morlok
Helmuth Schulze-Fielitz

Band 1

Selbsteintrittsrecht der Bauaufsichtsbehörde

Art. 81 BayBO und seine Vereinbarkeit
mit der gemeindlichen Planungshoheit

Christoph von Damm

Centaurus Verlag & Media UG 1998

Der Autor, Christoph von Damm, studierte Jura an den Universitäten von Würzburg und Bristol (England), 1997 Promotion in Würzburg. Derzeit ist er als Rechtsreferendar in München tätig.

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Damm, Christoph von:

Selbsteintrittsrecht der Bauaufsichtsbehörde : Art. 81 BayBO und
seine Vereinbarkeit mit der gemeindlichen Planungshoheit / Christoph
von Damm. – Pfaffenweiler : Centaurus-Verl.-Ges., 1998

(Aktuelle Beiträge zum öffentlichen Recht ; Bd. 1)

Zugl.: Würzburg, Univ., Diss., 1997

ISBN 978-3-8255-0201-0 ISBN 978-3-86226-463-6 (eBook)

DOI 10.1007/978-3-86226-463-6

ISSN 0941-4363

Alle Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und Verbreitung sowie der Übersetzung, vorbehalten. Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form (durch Fotokopie, Mikrofilm oder ein anderes Verfahren) ohne schriftliche Genehmigung des Verlages reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

© CENTAURUS-Verlagsgesellschaft mit beschränkter Haftung, Pfaffenweiler 1998

Satz: Vorlage des Autors

Meinen Eltern !

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Abkürzungsverzeichnis	XIV
1. Teil Einführung	1
A. Ausgangsproblematik	1
B. Ziel	3
2. Teil Der neue Art. 81 BayBO	5
A. Das Beschleunigungsverfahren als Mittel zur Erreichung des Zweck „schlankerer“ Staat	5
B. Art. 81 BayBO als Teil einer umfangreichen Modifizierung der BayBO	7
I. Die historische Entwicklung des Bauordnungsrecht bis zur BayBO 1994	7
II. Die neuen Regelungen durch die BayBO 1994	9
1. Genehmigungsfreistellung nach Art. 70 BayBO	9
a. Die Erklärung der Gemeinde	10
b. Bewertung und Auswirkungen des Erklärungsrechts auf die gemeindliche Planungshoheit im Bauaufsichts- und Baugenehmigungsverfahren	13
2. Weitere wesentliche Änderungen durch die BayBO 1994	16
a. Die Baugenehmigung (Art. 79 BayBO)	16
b. Vereinfachtes Genehmigungsverfahren (Art. 80 BayBO)	16
c. Abweichungen (Art. 77 BayBO)	17
d. Verfahren nach Art. 71 BayBO	17
e. Planungsrechtliche Genehmigung (Art. 73 BayBO)	18
f. Teilungsgenehmigung (Art. 11 a. F. BayBO)	18
g. Nachbarbeteiligung (Art. 78 BayBO)	19
h. Art. 5 AGVwGO	19
i. Art. 7 BayBO	19
C. Die bisherige Rechtslage	20
I. Rechtswidrige Versagung des Einvernehmens im Baugenehmigungsverfahren durch die Gemeinde	20
II. Bindung an die Versagung des gemeindlichen Einvernehmens	22

1.	Bindung der Bauaufsichtsbehörde.....	22
a.	Rechtsnatur des Einvernehmens	22
b.	Rechtsfolge.....	24
aa.	Ansicht von Gelzer.....	24
bb.	Ansicht von Schrödter	25
cc.	Ansicht von Hager.....	26
dd.	Neuere Rechtsprechung.....	27
ee.	Neuere kritische Ansichten.....	28
2.	Bindung der Widerspruchsbehörde	30
3.	Bindung der Verwaltungsgerichte.....	31
a.	Allgemeines	31
b.	Prozessuales Erfordernis.....	31
4.	Bindungswirkung auch bei einer rechtswidrigen Ertei- lung des gemeindlichen Einvernehmens.....	33
III.	Folgen der Versagung	34
1.	Aufsichtliche Ersetzung durch die Rechtsaufsichtsbe- hörde.....	35
a.	Abgrenzung der Kommunalaufsicht zur Bauaufsicht	35
b.	Aufgaben und Befugnisse der Staatsaufsicht bezogen auf die Er- setzung des gemeindlichen Einvernehmens	35
aa.	Beratung	35
bb.	Form der Aufsicht	36
c.	Die zuständigen Rechtsaufsichtsbehörden.....	37
d.	Verfahren bei der rechtsaufsichtlichen Ersetzung des gemeindli- chen Einvernehmens	38
aa.	Die Beanstandung	38
bb.	Die Ersatzvornahme	39
2.	Rechtsaufsichtliche Ersetzung durch die Wider- spruchsbehörde	43
IV.	Haftung der Gemeinde bei rechtswidrig versagtem Ein- vernehmen.....	44
1.	Amtshaftung der Gemeinde aus § 839 BGB i. V. m. Art. 34 GG.....	45
a.	Haftungsbegründender Tatbestand.....	45
b.	Haftungsausfüllender Tatbestand.....	48
2.	Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff.....	50
a.	Rechtsgrundlage.....	50
b.	Voraussetzungen	51
c.	Anspruchskonkurrenzen.....	52
V.	Rechtsschutz	53
1.	Rechtsschutz der Gemeinde.....	53

a.	Erteilung der Baugenehmigung trotz versagtem Einvernehmen.....	53
b.	Rechtsaufsichtliches Ersetzen des gemeindlichen Einvernehmens	55
2.	Rechtsschutz des Bauherrn	57
a.	Auf Erteilung des Einvernehmens	57
b.	Auf Erteilung der Baugenehmigung.....	57
3.	Rechtsschutz des Nachbarn	58
a.	Gegen die Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens.....	58
b.	Gegen die Baugenehmigung.....	58
D.	Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens nach Art. 81 Abs. 1-4 BayBO	59
I.	Gemeinde i. S. d. Art. 81 Abs. 1 BayBO - das System der Bauaufsichtsbehörden.....	59
II.	Das Einvernehmens als gemeindlicher Mitwirkungsakt.....	60
1.	Mitwirkungsakte mit Bindungswirkung	61
2.	Mitwirkungsakte ohne Bindungswirkung	62
III.	Die gesetzlichen Anwendungsfälle des Art. 81 Abs. 1 BayBO	63
1.	Bauplanungsrechtliche Einvernehmen nach § 36 Abs. 1 S. 1 u. 2 BauGB	63
a.	Betroffene bauordnungsrechtliche Rechtsinstitute.....	63
b.	Unmittelbar betroffene bauplanungsrechtliche Vorhabendes § 36 Abs. 1 BauGB	65
c.	Entsprechende Anwendungsfälle.....	69
d.	Andere öffentlich rechtliche Verfahren i. S. d. § 36 Abs. 1 S. 2 BauGB	70
e.	Wegfall des Zustimmungserfordernisses nach § 36 Abs. 1 S. 3 a. F. BauGB durch das InvWobaulG 1993.....	73
f.	Verzicht der Gemeinden auf das Einvernehmenserfordernisses?.....	74
2.	Ausnahme von einer Veränderungssperre gem. § 14 Abs. 2 S. 2 BauGB	74
a.	Funktion des Veränderungssperre.....	75
b.	Gemeindliches Einvernehmen als Voraussetzung für eine Aus- nahme i. S. d. § 14 Abs. 2 S. 2 BauGB	75
3.	Die Teilungsgenehmigung gem. § 19 Abs. 3 BauGB.....	76
a.	Städtebauliche Erforderlichkeit der Teilungsgenehmigung	77
b.	Einvernehmenserfordernis.....	77
4.	Genehmigungen für Wohneigentum in Fremdenver- kehrsgemeinden gem. § 22 Abs. 6 S. 1 BauGB	78
5.	Bauordnungsrechtliches Einvernehmen bei Abweichun- gen von örtlichen Bauvorschriften gem. Art. 77 Abs. 2 S. 1 BayBO	79

a.	Systematik der Abweichungsregel	79
b.	Gemeindliches Einvernehmen bei Abweichungen von örtlichen Bauvorschriften	80
c.	Erweiterung des Anwendungsbereiches	80
aa.	Einbeziehung des Art. 98 Abs. 3 BayBO	80
bb.	Einbeziehung auch von Fällen des Art. 77 Abs. 3 BayBO	82
6.	Anwendungsfälle über den Wortlaut des Art. 81 Abs. 1 BayBO hinaus	82
7.	Einvernehmen nach mehreren Vorschriften	83
8.	Ausnahmen vom Einvernehmenserfordernis	83
a.	Fiktion des Einvernehmens durch Fristablauf	83
b.	Fälle des § 37 Abs. 1 u. 2 BauGB	84
c.	Bestandskräftige Teilungsgenehmigung bzw. bestandskräftiger Vorbescheid	84
IV.	Rechtswidrigkeit der Versagung	84
1.	Gebundene Entscheidung der Gemeinde	85
2.	Ermessensentscheidungen	86
a.	Eigenes Ermessen der Gemeinde	86
b.	„Städtebauliche Vertretbarkeit“ in den §§ 31 Abs. 2 Nr. 2 und 34 Abs. 3 Nr. 2 BauGB	87
c.	Rechtswidrigkeit einer Ermessensentscheidung	88
V.	Das Verfahren	90
1.	Zuständige Ersetzungsbehörde	90
2.	Die Terminologie „Ist zu ersetzen“	92
a.	Ersetzungspflicht	92
b.	Rechtsanspruch des Bauantragsstellers	92
c.	Amtspflicht der Bauaufsichtsbehörde aus Art. 81 BayBO	93
3.	Anhörung der Gemeinde als Ersatz der Beanstandung gem. Art. 112 BayGO	95
a.	Anhörungserfordernis in Art. 81 Abs. 4 BayBO	95
b.	Angemessene Frist	96
c.	Rechtsnatur der erneuten Entscheidung der Gemeinde	97
d.	Zuständigkeit innerhalb der Gemeinde bei der erneuten Entschei- dung	98
aa.	Abgrenzung der Zuständigkeit des 1. Bürgermeisters und des Gemeinderats	98
bb.	Zuständigkeit innerhalb von Verwaltungsgemeinschaften	100
cc.	Befangenheit bei gemeinderatlichen Entscheidungen über das bauplanungsrechtliche Einvernehmen	100
(1)	Betroffene Personen	100
(2)	Die Unmittelbarkeit des Vor- und Nachteils	101

5.	Der Doppelverwaltungsakt des Art. 81 Abs. 3 BayBO.....	102
a.	Die rechtsdogmatische Einordnung der Genehmigung gem. Art. 81 Abs. 3 BayBO	102
b.	Weitere Voraussetzungen für die Erteilung der Genehmigung.....	104
E.	Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens nach Art. 93 Abs. 3 i.V.m. Art. 81 BayBO.....	105
F.	Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmen durch die Widerspruchsbehörde nach Art 81 Abs. 5 BayBO.....	106
I.	Anwendungsbereich	106
II.	Kompetenz des Landesgesetzgebers für eine Vorschrift des bundesrechtlich geregelten Widerspruchsverfahrens.....	109
III.	Besonderheiten durch das Widerspruchsverfahren.....	110
IV.	Die Entscheidung durch die Widerspruchsbehörde.....	111
F.	Rechtsschutz im Fall des Art. 81 BayBO	113
I.	Rechtsschutz der Gemeinde.....	113
1.	Maßnahmen nach Art. 81 Abs. 1 BayBO	114
2.	Maßnahmen nach Art. 81 Abs. 5 BayBO	117
3.	Einstweilige Rechtsschutzmöglichkeiten der Gemeinde.....	118
a.	Aussetzung der aufschiebenden Wirkung - Problem des § 10 Abs. 2 BauGBMaßnahmenG	118
b.	Rechtsschutz gegen die sofortige Vollziehbarkeit der Genehmi- gung i. S. d. Art. 81 Abs. 3 BayBO.....	121
II.	Rechtsschutz des Bauherrn	122
III.	Rechtsschutz des Nachbarn	123
H.	Die Überleitungsvorschrift des Art. 100 Abs. 2 BayBO.....	125
3.	Teil Vereinbarkeit des Art. 81 BayBO mit der ge- meindlichen Planungshoheit.....	126
A.	Materielle Verfassungsmäßigkeit des Art. 81 BayBO	126
I.	Eingriff in den Schutzbereich des Selbstverwaltungs- rechts aus Art. 28 Abs. 2 GG und A 11 Abs. 2, 83 Abs. 1 BV	126
1.	Verhältnis der Selbstverwaltungsrechte aus Art. 28 Abs. 2 GG und Art. 11 Abs. 2, 83 Abs. 1 BV	126
2.	Inhalt und Wesen des Selbstverwaltungsrechts.....	128
3.	Gemeindliche Planungshoheit als verfassungsrechtliche Verankerung des Selbstverwaltungsrechts	130
a.	Die gemeindlichen Planungshoheit.....	130
aa.	Der Begriff der Planung	130
bb.	Der Begriff der gemeindlichen Planungshoheit.....	130

cc.	Konkrete normative Ausgestaltung der gemeindlichen Planungshoheit	131
(1)	Die Entwicklungsplanung	131
(2)	Flächennutzungsplan	132
(3)	Der Bebauungsplan	132
(4).	Schutz der noch nicht oder nur unvollständig ausgeübten gemeindlichen Planungshoheit	133
b.	1. Stufe des Eingriffs in den Schutzbereich: Gemeindliche Planungshoheit als Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft	135
aa.	Allgemeines	135
bb.	„Alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft“	135
cc.	Historische Entwicklung der gemeindlichen Planungshoheit	136
dd.	Andere Zuordnungstheorien	137
(1)	Die herkömmliche Aufgabentheorie	138
(2)	Funktionale Theorie	138
(3)	Kompensationsmodell	139
(4)	Theorie vom Gestaltungsermessen	139
(5)	Zwischenergebnis	140
ee.	Eingriff in den Schutzbereich	140
c.	2. Stufe des Eingriffs: Gemeindliche Planungshoheit als Teil des Kernbereichs gemeindlicher Selbstverwaltung	141
aa.	Bestimmung des Kernbereichs des Selbstverwaltungsrechts	141
bb.	Einordnung der gemeindlichen Planungshoheit	144
(1)	Der Flächennutzungsplan	144
(2)	Der Bebauungsplan bzw. der gemeindliche Schutz beim nicht erlassenden Bebauungsplan	145
II.	Verfassungsmäßigkeit des Eingriffs	147
1.	Die rechtlichen Grenzen des Eingriffs	147
2.	Die (modifizierte) Verhältnismäßigkeitsprüfung des Art. 81 BayBO	151
a.	Zweck	151
b.	Geeignetheit	152
c.	Erforderlichkeit	154
aa.	Relevanz der Vorschrift	155
bb.	Entschädigung des Bauherrn	156
cc.	Eingriffe in § 36 BauGB	157
dd.	Verfahrensvereinfachungen nach der alten Rechtslage	158
ee.	Anwendung des § 36 Abs. 2 S. 2 BauGB	160
d.	Angemessenheit - Verhältnismäßigkeit i. e. S.	161
aa.	Ansicht des Bayerischen Gesetzgebers	163
bb.	Ansicht der Kommunen	166

cc.	Argumente gegen Art. 81 Abs. 5 BayBO	167
dd.	Argumente gegen die Einordnung der Ersetzung in die BayBO	168
ee.	Auswirkungen auf die Praxis und die Gesetzgebung in anderen Ländern	170
e.	Bewertung der Verhältnismäßigkeitsprüfung	172
B.	Bundeskonformität des Art. 81 BayBO mit § 36 BauGB	173
I.	Verlagerung der Klägerrolle	173
II.	Unzulässige Zuständigkeitsverschiebung	175
III.	Beeinträchtigung der gemeindlichen Befugnisse	176
IV.	Fazit	177
C.	Prozessuale Überlegungen	178
I.	Kommunale Verfassungsbeschwerde der Gemeinden nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4b GG i. V. m. § 91 BVerfGG vor dem Bundesverfassungsgericht	178
1.	Beschwerdeberechtigung und -grund	178
2.	Beschwerdebefugnis	179
3.	Subsidiaritätsklausel (§ 91 S. 2 BVerfGG)	180
4.	Beschwerdefrist	182
II.	Die bayerische Verfassungsbeschwerde nach Art. 120 BV	182
III.	Die Popularklage der Gemeinden nach Art. 98 S. 4 BV i. V. m. Art. 2 Nr. 7, 55 VerfGHG	183
1.	Allgemeine Voraussetzungen	183
2.	Popularklagebefugnis	184
a.	Rechtsschutzfähigkeit des Art. 11 Abs. 2 BV i. S. d. Art. 98 S. 4 BV	184
b.	Subjektive Beschwer der Gemeinde	185
4.	Teil Zusammenfassung	187
Anhang		XVII
Literaturverzeichnis		XX

Abkürzungsverzeichnis

a. A	anderer Ansicht
a. F	alte Fassung
Abs.	Absatz
AfK	Archiv für Kommunalwissenschaften (Z)
Alt	Alternative
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts (Z)
Art.	Artikel
BW	Baden-Württemberg
BWLBO	Baden-Württembergische Landesbauord- nung
BauGB	Baugesetzbuch
BauGBMaßnahmenG	BaugesetzbuchMaßnahmengesetz
BauNVO	Baunutzungsverordnung
BayBgm	Der Bayerische Bürgermeister
BayBO	Bayerische Bauordnung
BayGO	Bayerische Gemeindeordnung
BayLtag	Bayerische Landtag
BayVBl	Bayerische Verwaltungsblätter
BbgBO	Brandenburgische Bauordnung
BbgGO	Brandenburgische Gemeindeordnung
Bd	Band
Beschl.	Beschluß
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BImSchG	Bundesimmissionsschutzgesetz
BRD	Bundesrepublik Deutschland
BRs	Baurechtssammlung
BV	Bayerische Verfassung
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Bundesverwaltungsgerichtsentscheidung
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
d. h.	das heißt

Diss.....	Dissertation
DÖV	Die öffentliche Verwaltung (Z)
DVB1	Deutsches Verwaltungsblatt (Z)
EBO	Einheitsbauordnung
Einl.	Einleitung
einschl	einschließlich
Entsch	Entscheidung
Erglief	Ergänzungslieferung
etc.	et cetera
f.	folgende
ff.	fortfolgende
Fg.	Festgabe
GewArch.....	Gewerbearchiv (Z)
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
grds.	grundsätzlich
GrKrV.....	Verordnung über Aufgaben der Großen Kreisstädte
GVBl	Gesetzes- und Verordnungsblatt
HessBauO	Hessische Bauordnung
hinsichtl.	hinsichtlich
HS.....	Hauptsatz
i. e. S.	im engeren Sinne
i. d. R.	in der Regel
i. S. d.	im Sinne des
i. V. m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter (Z)
JuS	Juristische Schulung (Z)
JZ.....	Juristische Zeitung (Z)
KG	Kostengesetz
LBO	Landesbauordnung
LKrO	Landkreisordnung für den Freistaat Bayern
LKV.....	Landes- und Kommunalverwaltung (Z)
m. E.	meines Erachtens
MBO	Musterbauordnung
MittBayNot	Mitteilungen der Bayerischen Notare
n. F.	neue Fassung
NJW.....	Neue Juristische Wochenschrift (Z)
Nr.	Nummer
NuR	Natur und Recht (Z)
NVwZ.....	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (Z)

NVwZ-RR	NVwZ-Rechtsprechungsreport (Z)
NWGO	Nordrhein-Westfälische Gemeindeordnung
NWVBl	Nordrhein-Westfälische Verwaltungsblätter (Z)
OVG	Oberverwaltungsgericht
Pr. ALR	Allgemeines Preußisches Landrecht
Rn.	Randnummer
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Seite
SächsBO	Sächsische Bauordnung
SchlHLbO	Schleswig-Holsteinische Landesbauordnung
sog.	sogenannt
StGBBr	Städte- und Gemeindebund Brandenburg
StGH	Staatsgerichtshof
unveröff.	unveröffentlicht
UPR	Umwelt- und Planungsrecht
Urt.	Urteil
u. U.	unter Umständen
UVPG	Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung
v.	von, vom
VblBW	Verwaltungsblätter Baden-Württemberg
Verf.	Verfassung
VerfGHG	Gesetz über den Bayerischen Verfassungsgerichtshof
VerwRspr.	Verwaltungsrechtsprechung (Z)
VfGHG	Gesetz über den rheinland-pfälzischen Verfassungsgerichtshof
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verfassungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
Vorb.	Vorbemerkung
VR	Verwaltungsrundschau (Z)
VerwArch	Verwaltungsarchiv (Z)
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
z. B.	zum Beispiel
ZustVBau	Zuständigkeitsverordnung im Bauwesen
zit.	zitiert
(Z)	Zeitschrift

Im übrigen gelten die Abkürzungen des „Kirchnerverzeichnisses“