

Peter Kremer

# Gemeinden als Umweltschützer

## Überprüfungsbefugnisse der Kommunen nach § 36 BauGB

*Nach einer Entscheidung des OVG Berlin-Brandenburg<sup>1</sup> können Gemeinden ihr Einvernehmen nach § 36 BauGB auch aus Gründen des Umweltschutzes verweigern. Mit dieser Entscheidung werden Fragen des Verhältnisses zwischen Gemeinde und Genehmigungsbehörde aufgeworfen, die zu Gunsten einer weitgehenden Mitentscheidungsbefugnis der Kommunen zu lösen sind.*

### A. Problemstellung

Gem. § 36 Abs. 2 BauGB dürfen Gemeinden ihr Einvernehmen zu Bauvorhaben, bei denen Einvernehmenspflicht besteht, aus den Gründen versagen, die in den §§ 31, 33, 34 und 35 BauGB als bauplanungsrechtliche Genehmigungsvoraussetzungen genannt sind.

Seit 1.1.1998 gilt außerdem die Regelung in § 36 Abs. 2 S. 3 BauGB, wonach die nach Landesrecht zuständige Behörde ein rechtswidrig versagtes Einvernehmen der Gemeinde ersetzen kann.

Es stellt sich die Frage, mit welcher Begründung die Gemeinde prozessual gegen ein ersetztes Einvernehmen vorgehen kann und wer das letzte Wort in Sachen Rechtswidrigkeit hat.

### B. Die Rechtsprechung zu den Überprüfungsbefugnissen der Gemeinden

Die Rechtsprechung zur Überprüfungsbefugnis der Kommunen insbesondere bei Vorhaben im Außenbereich ist uneinheitlich. So existieren mehrere Entscheidungen, die den Gemeinden ein Mitentscheidungsrecht lediglich hinsichtlich eines nicht näher definierten »Kernbereichs der kommunalen Selbstverwaltung« bzw. einer ebenfalls nicht näher definierten kommunalen Planungshoheit gewähren wollen.

Eine jüngere hierzu vorliegende Entscheidung des VGH Kassel<sup>2</sup> verneint die Überprüfungsbefugnis der Kommunen hinsichtlich der in § 35 BauGB genannten öffentlichen Belange. Allerdings verortet der VGH die Fragestellung nicht direkt beim Umfang der Überprüfungsbefugnis der Kommunen, sondern bei der Frage, welche subjektiven Rechte den Gemeinden in einem anschließenden gerichtlichen Überprüfungsverfahren zustehen. Der VGH meint, dass der Kommune drittschützende Vorschriften nur hinsichtlich des klassischen Dreierkanons (nachhaltige Störung einer hinreichend bestimmten Planung, Planungsentzug wesentlicher Teile des Gemeindegebietes oder Beeinträchtigung gemeindlicher Einrichtungen) zustehen. Es sei eben nicht Aufgabe der Gemeinde, öffentliche Belange geltend zu machen, die ihr nicht zustehen.

Die hierzu vom VGH Kassel zur Begründung angeführten Entscheidungen des BVerwG tragen diese Ansicht jedoch nicht.

Die vom VGH in Bezug genommene Entscheidung des BVerwG vom 24.6.2004<sup>3</sup> betraf kein Bauvorhaben, für das gem. § 36 BauGB ein Einvernehmen der Gemeinde erforderlich war.

Die weiter in Bezug genommene Entscheidung des BVerwG vom 26.2.1999<sup>4</sup> betraf ein Planfeststellungsverfahren, für das gem. § 38 BauGB ebenfalls das gemeindliche Einvernehmen nicht erforderlich war.

In der ebenfalls zitierten Entscheidung des BVerwG vom 15.12.1989<sup>5</sup> wurde lediglich das Recht einer Kommune verneint,

gegen die Genehmigung einer Anlage auf dem Gebiet der Nachbargemeinde unter Berufung auf den Umweltschutz vorzugehen.

In einer jüngeren Entscheidung<sup>6</sup> vertritt auch das VG Neustadt (Weinstraße) die Ansicht, dass Überprüfungs- und Anfechtungsbefugnis der Gemeinde im Rahmen von § 36 BauGB auseinander fallen. So stellt das VG zwar fest, dass die Gemeinde bei Ihrer Entscheidung über die Erteilung oder Versagung des Einvernehmens nach § 36 BauGB in gleicher Weise wie die Baugenehmigungsbehörde die planungsrechtlichen Voraussetzungen aus § 35 BauGB zu prüfen habe und der Prüfungsumfang insofern identisch sei. Allerdings ergebe sich daraus nicht in vollem Umfang ein im Sinne von § 42 Abs. 2 VwGO wehrfähiges Recht. Hier will das VG eine Einschränkung auf das nicht näher definierte Selbstverwaltungsrecht der Gemeinde vornehmen.

Auch das VG Neustadt (Weinstraße) wird sich jedoch vorwerfen lassen müssen, die Rechtsprechung, die es als Beleg für seine Ansicht heranzieht, nicht sauber durchgearbeitet zu haben.

So bezieht sich das VG auf eine Entscheidung des BVerwG vom 19.8.2004<sup>7</sup>. Das BVerwG beschränkt in diesen Entscheidungen die Mitentscheidungsbefugnis der Kommunen aus § 36 BauGB aber gerade nicht auf einen Kern der Selbstverwaltung oder die kommunale Planungshoheit, sondern nennt ausdrücklich die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit eines Bauvorhabens als die zweite Säule der Überprüfungsbefugnis der Kommunen.

Das Niedersächsische OVG<sup>8</sup> sieht dagegen keinen Unterschied zwischen der Überprüfungsbefugnis der Gemeinde aus § 36 BauGB und der gerichtlichen Geltendmachung. Vielmehr trennt das OVG sauber zwischen aus der Planungshoheit abgeleiteten materiellen Rechten (diese wohl verankert in Art. 28 Abs. 2 GG) und denjenigen Rechten, die in § 36 Abs. 2 S. 1 BauGB genannt sind. Dass die Gemeinden sich bei der gerichtlichen Überprüfung nur auf die Planungshoheit stützen können, sieht das Niedersächsische OVG nicht.

Auch in der Entscheidung vom 12.9.2003<sup>9</sup> stellt das Niedersächsische OVG hinsichtlich des Prüfungsrechts auf die insoweit klare Verweisung in § 36 BauGB ab und sieht im Gegensatz zu den oben zitierten Entscheidungen ebenfalls keinen Unterschied zwischen dem materiellen Prüfungsrecht der Gemeinde und der Möglichkeit der gerichtlichen Geltendmachung.

Unklar bleibt dagegen der VGH Baden-Württemberg<sup>10</sup>. Er vertritt die Ansicht, dass die in § 36 BauGB geregelte Mitwirkungsbefugnis der Gemeinde ausschließlich der Sicherung der Planungshoheit dient. Was dies für die Überprüfungsbefugnis der Gemeinde bedeutet, wird aber nicht klar.

1 OVG Berlin-Brandenburg vom 29.11.2005, AZ OVG 2 S 115.05, in diesem Heft, S. 210

2 VGH Kassel vom 27.9.2004, AZ 2 TG 1630/04, unveröffentlicht

3 BVerwG vom 24.6.2004, AZ 4 C 11.03, ZUR 2005, 27-33

4 BVerwG vom 26.2.1999, AZ 4 A 47/96, ZUR 1999, 274-275

5 BVerwG vom 15.12.1989, AZ 4 C 36/86, BVerwGE 1984, 209, NVwZ 1990, 464

6 VG Neustadt (Weinstraße) vom 8.8.2005, AZ 4 L 1226/05.NW, zitiert nach juris

7 BVerwG vom 19.8.2004, AZ 4 C 16/03, NVwZ 2005, 83-84

8 Niedersächsisches OVG vom 7.10.2004, AZ 1 ME 169/04, NVwZ-RR 2005, 90-93

9 Niedersächsisches OVG vom 12.9.2003, AZ 1 ME 212/03, NVwZ-RR 2004, 91-93

10 VGH Baden-Württemberg vom 22.9.2003, AZ 5 S 2550/02, zitiert nach juris

Diejenigen Entscheidungen, in denen das BVerwG wiederholt festgestellt habe, die Gemeinde könne sich nicht gegenüber einem anderen Planungsträger zum gesamtverantwortlichen »Wächter des Umweltschutzes« machen<sup>11</sup>, ergingen ausschließlich in Verfahren, in denen die Gemeinden gerade kein Mitwirkungsrecht über § 36 BauGB hatten, also vor allem in Planfeststellungsverfahren.

Das OVG Berlin-Brandenburg hat in der bereits zitierten Entscheidung vom 29.11.2005 nunmehr erfreulich deutlich klargestellt, dass die Gemeinden nicht nur die volle Überprüfungsbefugnis derjenigen Belange haben, auf die § 36 Abs. 2 S. 1 BauGB verweist, sondern diese auch gerichtlich geltend machen können, wenn das Einvernehmen ersetzt wird. Allerdings ist auch das OVG in seiner Wortwahl nicht exakt. So heißt es in der Entscheidung, dass die Planungshoheit schon dann verletzt werde, wenn die Baugenehmigung trotz der Versagung des gemeindlichen Einvernehmens erteilt werde, weil das gemeindliche Einvernehmen als ein Mitentscheidungsrecht ausgestaltet sei.

Für die künftige Diskussion zum Prüfungsumfang der Gemeinden wäre es ratsam, zwischen der – verfassungsrechtlich gewährleisteten - Planungshoheit der Kommunen, die sich aus Art. 28 Abs. 2 GG ergibt, und den einfachgesetzlich zugewiesenen Mitentscheidungsrechten aus § 36 BauGB zu differenzieren. Für die Bestimmung der Überprüfungsbefugnis der Gemeinden aus § 36 BauGB ist der Rückgriff auf das Selbstverwaltungsrecht oder die Planungshoheit nicht erforderlich. Die Mitentscheidungsbefugnis der Gemeinde ist einfachgesetzlich geregelt und bedarf weder einer Erweiterung noch einer Einschränkung durch Verfassungsrecht oder ungeschriebene Rechtsgrundsätze.

### C. Konsequenzen für die Ersetzung des verweigerten Einvernehmens

Vor der Rechtsänderung durch das BauROG zum 1.1.1998<sup>12</sup> konnte das verweigerte gemeindliche Einvernehmen nur durch Maßnahmen der Kommunalaufsicht ersetzt werden. Nach der nunmehr neuen Bestimmung kann die nach Landesrecht zuständige Behörde – in aller Regel die Genehmigungsbehörde - das rechtswidrig versagte Einvernehmen der Gemeinde ersetzen.

Aus der Gesetzesbegründung des BauROG<sup>13</sup> ergibt sich, dass mit der Neuregelung der Wegfall der Bindung der Genehmigungsbehörde an die Verweigerung des Einvernehmens erreicht werden sollte. Dabei war Ziel der Gesetzesänderung – neben einer Beschleunigung und Vereinfachung des Verfahrens –, dass die Gemeinde zu einer Begründung der Einvernehmensverweigerung gezwungen wird, was vorher nicht der Fall war. Somit wurde nunmehr in das Genehmigungsverfahren selbst die materiell-rechtliche Prüfung eingeführt, ob das Einvernehmen rechtmäßig verweigert werden kann oder nicht.

Die Neufassung hat zunächst zu einer Verfahrensvereinfachung geführt, da die Entscheidung über die Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens nun üblicherweise im Rahmen des Genehmigungsverfahrens für das konkrete Projekt getroffen wird.

Weitergehende materiell-rechtliche Änderungen ergeben sich aus der Neuregelung dagegen nicht. Die Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens durch die nach Landesrecht zuständige Behörde setzt voraus, dass das Einvernehmen rechtswidrig versagt wurde. Es ist daher der Frage nachzugehen, wann eine rechtswidrige Versagung des gemeindlichen Einvernehmens vorliegt.

Hier ist zunächst wieder auf die Prüfungsbefugnis der Gemeinde abzustellen. Die Gemeinde kann das Einvernehmen aus den in den §§ 31, 33, 34 und 35 BauGB normierten Gründen versagen. Insbesondere im Außenbereich kann das Einvernehmen also versagt werden, wenn öffentliche Belange entweder beeinträchtigt sind oder (bei privilegierten Vorhaben) entgegenstehen. Dabei

sind die öffentlichen Belange weitgehend, allerdings nicht abschließend, in § 35 Abs. 3 BauGB aufgezählt. Die Gemeinde kann also alle diejenigen Aspekte anführen, die als öffentliche Belange auch von der Genehmigungsbehörde beachtet werden müssen und der Genehmigungsbehörde die Befugnis einräumen würden, die Genehmigung abzulehnen.

Hieraus ergeben sich keine Probleme, solange es im Genehmigungsverfahren um die Abarbeitung eines klaren Entscheidungsprogramms geht. Verweigert die Gemeinde ihr Einvernehmen, obwohl die Genehmigungsvoraussetzungen klar vorliegen, wird die zuständige Behörde ersetzen und die Genehmigung erteilen. Die Gemeinde kann gegen die Ersetzung klagen, das letzte Wort hat das Gericht.

Die Entscheidung über die Zulässigkeit von Bauvorhaben insbesondere im unbeplanten Innenbereich sowie im Außenbereich ist allerdings von zahlreichen unbestimmten Rechtsbegriffen geprägt. Dies hat das BVerwG in einer älteren Entscheidung<sup>14</sup> thematisiert. So heißt es in dieser Entscheidung wörtlich:

*»Dennoch ist zu bedenken, dass gerade bei der Beurteilung von Vorhaben nach §§ 33 bis 35 BBauG wegen der in diesen Vorschriften verwendeten unbestimmten Rechtsbegriffe mit planerischem Einschlag häufig – wie auch dieser Fall zeigt – zwischen Baugenehmigungsbehörde und Gemeinde streitig sein wird, ob das beantragte Vorhaben z. B. nach § 34 BBauG zulässig ist oder nicht; vom Standpunkt der Gemeinde besteht dann kein Anlass, einen Bebauungsplan aufzustellen, bevor diese Frage nicht abschließend geklärt ist. Im Verwaltungsverfahren jedenfalls räumt § 36 Abs. 1 S. 1 BBauG der – negativen – Entscheidung der Gemeinde den Vorrang ein vor einer positiven Bewertung der Zulässigkeit des Vorhabens seitens der Baugenehmigungsbehörde.«*

Das Privileg der Gemeinden, bei unterschiedlichen Auffassungen zumindest im Verwaltungsverfahren das letzte Wort zu haben, wurde durch die Neufassung des § 36 Abs. 2 S. 3 BauGB formell abgeschafft. § 36 Abs. 2 S. 3 BauGB regelt, wer im Streitfall dazu befugt ist, den Knoten durchzuschlagen. Dies ist die Genehmigungsbehörde.

Das bedeutet aber nicht, dass nunmehr die Letztentscheidung bei der ersetzenden Behörde angesiedelt ist. Zumindest in den Fällen, in denen eine Ermessensentscheidung oder eine Entscheidung aufgrund eines Beurteilungsspielraums getroffen wird, hat das Nein der Gemeinde nach wie vor das größere Gewicht.

Dies ergibt sich aus Folgendem: Kennzeichen einer Entscheidung im Rahmen von Ermessen oder auf der Grundlage eines Beurteilungsspielraums ist, dass sowohl eine stattgebende als auch eine ablehnende Entscheidung der Behörde innerhalb des Entscheidungsspielraums rechtmäßig ist. Wenn nun, wie dies hinsichtlich der bauplanungsrechtlichen Voraussetzungen der Fall ist, die Genehmigungsbehörde und die Gemeinde die gleiche Entscheidungsbefugnis haben, muss das Nein der Gemeinde deshalb vorgehen, weil die ablehnende gemeindliche Entscheidung dann nicht rechtswidrig ist. Nur die rechtswidrige Verweigerung des gemeindlichen Einvernehmens darf von der Behörde ersetzt werden.

Dieser Befund gilt zunächst, wenn im Rahmen der §§ 31, 33, 34 und 35 BauGB eine Ermessensentscheidung getroffen oder zumindest mitgetroffen werden muss. Während § 31 BauGB ausschließlich Ermessenstatbestände enthält, sind diese im unbeplanten Innenbereich und im Außenbereich zwar weniger vordergründig, aber gleichwohl vorhanden (siehe § 34 Abs. 3 a und § 35 Abs. 2 BauGB<sup>15</sup>).

11 Siehe u.a. BVerwG vom 21.3.1996, AZ 4 C 26/94, ZUR 1996, 205-208, sowie BVerwG vom 5.11.2002, AZ 9 VR 14/02, NVwZ 2003, 207

12 Art. 1 des Gesetzes zur Änderung des Baugesetzbuchs und zur Neuregelung des Rechts der Raumordnung vom 18. August 1997, BGBl. I S. 2081 Nr. 59/1997, verkündet am 25.8.1997

13 BT-DS 13/6392 vom 4.12.1996

14 BVerwG vom 10.8.1988, AZ 4 C 20/84, BauR 1988, 694

15 Wenngleich umstritten ist, ob § 35 Abs. 2 BauGB vor dem Hintergrund von Art. 14 GG überhaupt Ermessen einräumen darf.

Häufig ist die Entscheidung über die Zulässigkeit von Vorhaben insbesondere im Außenbereich aber von weiteren Ermessenstatbeständen geprägt. So nennt § 35 Abs. 3 Nr. 5 BauGB die Beeinträchtigung der Belange des Naturschutzes und der Landschaftspflege. Sind mit dem Bauvorhaben beispielsweise Beeinträchtigungen von gesetzlich geschützten Biotopen oder von europäischen Schutzgebieten verbunden, kann es nur auf Grundlage einer Ausnahmeregelung zugelassen werden, weil es nur dann keine Beeinträchtigung der Belange von Naturschutz und Landschaftspflege darstellt. Die Gemeinde ist deshalb im Rahmen ihrer Überprüfungsbefugnis inzident befugt, auch die Voraussetzungen für eine derartige Ausnahmeerteilung zu überprüfen und im Rahmen des hierbei zur Verfügung stehenden Ermessensspielraums auch abschlägig zu beurteilen.

Das BVerwG gesteht darüber hinaus den Behörden bei der Abarbeitung der Eingriffsregelung einen Beurteilungsspielraum zu. Es sieht eine »Einschätzungsprärogative« der Behörde, deren Ergebnisse gerichtlich hinzunehmen seien,

*»sofern sie im Einzelfall naturschutzfachlich vertretbar sind und auch nicht auf einem Bewertungsverfahren beruhen, das sich als unzulängliches oder gar ungeeignetes Mittel erweist, um den gesetzlichen Anforderungen gerecht zu werden (BVerwG, Urteil vom 31. Januar 2002, a.a.O., S. 117; Urteil vom 22. Januar 2004 – BVerwG 4 A 32.04 – UA S. 33; vgl. auch Urteil vom 27. Februar 2003 – BVerwG 4 A 59.01 – BVerwGE 118, 15 <20> zum ökologisch-fachlichen Beurteilungsspielraum bei der Auswahl der FFH-Gebiete).«<sup>16</sup>*

§ 19 Abs. 3 BNatSchG enthält einen ausdrücklichen Abwägungsauftrag für den Fall, dass die mit einem Vorhaben verbundenen Eingriffe nicht vollständig ausgleichbar sind.

In welchen sonstigen Fällen bei der Bewertung von Beeinträchtigungen des Naturschutzes und der Landschaftspflege ein Beurteilungsspielraum besteht, ist umstritten<sup>17</sup>. Das BVerwG neigt dem wohl im Bauplanungsrecht zu, wenn es in der zitierten Entscheidung vom 10.8.1988<sup>18</sup> heißt, dass die Einvernehmensverweigerung häufig vor dem Hintergrund unbestimmter Rechtsbegriffe mit planerischem Einschlag getroffen werden muss.

Bei der Frage der Beeinträchtigung von Natur und Landschaft oder des Entstehens schädlicher Umwelteinwirkungen sind in der Praxis häufig unterschiedliche fachliche Auffassungen vertretbar, vor allem dann, wenn es keine verbindlichen untergesetzlichen Regelwerke gibt oder noch erheblicher Forschungsbedarf besteht<sup>19</sup>. Der Grund hierfür liegt darin, dass es sich insbesondere im Umweltschutz um schwierige prognostisch-tatsächliche Entscheidungen handelt, deren Richtigkeit sich oft erst bei nachträglicher Überprüfung beispielsweise durch Immissionsmessungen oder die künftige Entwicklung von Biotopen ergibt. Wenn nun aber das Nein der Gemeinde, das sich auf eine fundierte, fachlich begründete Einschätzung stützt, vertretbar ist, stellt sich die Frage, ob die Verweigerung des Einvernehmens rechtswidrig ist.

Abwägungsspielraum besteht auch bei so genannten relativ privilegierten Vorhaben nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB. Das BVerwG verlangt hier in ständiger Rechtsprechung neben dem Vorliegen der einschlägigen Tatbestandsmerkmale eine einzelfallbezogene Wertung zwischen dem grundsätzlichen Bauverbot im Außenbereich und dem öffentlichen Interesse, das das Vorhaben für sich in Anspruch nehmen kann<sup>20</sup>.

In einer jüngeren zu dieser Problematik ergangenen Entscheidung hat das OVG des Saarlandes<sup>21</sup> unterstrichen, dass die Privilegierung nach § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB eine Abwägung voraussetzt und diese nur dann zugunsten des Vorhabens ausgehen kann, wenn an dem Vorhaben ein »überwiegendes Allgemeininteresse« besteht.

Der Gesetzgeber wollte mit der Änderung des § 36 Abs. 2 S. 3 BauGB offensichtlich nicht eine komplette und abschließende

Prüfung der Rechtmäßigkeit des verweigerten Einvernehmens erreichen, sondern eine Verpflichtung der Gemeinde, ihre Einvernehmensverweigerung zu begründen.

Dies zeigt die Gesetzesbegründung<sup>22</sup>:

*»Allerdings soll die Ersetzungsbefugnis auf solche Fälle beschränkt bleiben, in denen die höhere Verwaltungsbehörde nach eigener fachlicher Prüfung davon ausgeht, dass die Versagung des Einvernehmens durch die Gemeinde rechtswidrig ist. Ein rechtswidrig versagtes Einvernehmen wird dann vorliegen, wenn sich die Gemeinde entweder gar nicht auf bauplanungsrechtlich entgegenstehende Gründe nach den §§ 30 bis 35 stützt oder deren Vorliegen irrtümlich annimmt. Im Gegensatz zur derzeit teilweise bestehenden Verwaltungspraxis wird es daher künftig erforderlich sein, dass die Gemeinde die Versagung ihres Einvernehmens erläutert; ansonsten läuft sie Gefahr, dass die Verweigerung ihres Einvernehmens als rechtswidrig eingeschätzt wird.«*

§ 36 Abs. 2 S. 3 BauGB sieht – offensichtlich vom Gesetzgeber bewusst so gewollt – gerade nicht die Verpflichtung der Genehmigungsbehörde vor, das verweigerte Einvernehmen zu ersetzen, wenn die Genehmigungsbehörde der Ansicht ist, dass rechtswidrig verweigert wurde.<sup>23</sup>

Aus der Gesetzesbegründung lässt sich ableiten: Eine fachlich vertretbare Begründung der Verweigerung des gemeindlichen Einvernehmens kann von der Genehmigungsbehörde nicht als rechtswidrig eingestuft werden mit der Folge, dass das gemeindliche Einvernehmen nicht ersetzt werden kann. Für den Fall, dass das Einvernehmen trotzdem ersetzt wird, hat die Gemeinde dann die Befugnis, dies gerichtlich überprüfen zu lassen. Auch für das Gericht wird dann der Maßstab sein, ob die fachlich begründete Einschätzung der Gemeinde vertretbar ist oder nicht. Sollte das Gericht zu dieser Auffassung kommen, wird es feststellen müssen, dass die Ersetzung des Einvernehmens durch die Genehmigungsbehörde unzulässig war und damit der Klage der Gemeinde stattgeben.

#### D. Konsequenzen für die Haftung der Gemeinden bei der Versagung des Einvernehmens

Das mögliche Haftungsrisiko der Gemeinde bei der Verweigerung des Einvernehmens muss differenziert beurteilt werden:

Nimmt die Gemeinde ihr Letztentscheidungsrecht im Rahmen eines Ermessensspielraums oder aufgrund eines Beurteilungsspiel-

<sup>16</sup> Die Entscheidung erging zwar im Rahmen eines Planfeststellungsverfahrens. Sie stellt aber nicht auf einen eventuellen Abwägungsspielraum der Behörde aus dem Planfeststellungsrecht ab, sondern bezieht sich ausschließlich und ausdrücklich auf die in § 8a BNatSchG a.F. geregelte Eingriffs-Ausgleichs-Regelung, wie sie jetzt in § 19 BNatSchG geregelt ist.

<sup>17</sup> Siehe *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 7 Rz. 41

<sup>18</sup> Siehe Fn. 14

<sup>19</sup> Häufig der Fall ist dies bei der Beurteilung, ob unzumutbare Geruchsauswirkungen entstehen (siehe OVG Münster, 24.6.2004, AZ 21 A 4130/01), oder bei der Frage, ob die Errichtung von Windkraftanlagen mit dem Vogelschutz vereinbar ist (siehe die Studie des Michael-Otto-Instituts im Auftrag des NABU Deutschland »Auswirkungen regenerativer Energiegewinnung auf die biologische Vielfalt am Beispiel der Vögel und der Fledermäuse – Fakten, Wissenslücken, Anforderungen an die Forschung, ornithologische Kriterien zum Ausbau von regenerativen Energiegewinnungsformen«, download unter [http://nabu.de/m05/m05\\_03/03410.html](http://nabu.de/m05/m05_03/03410.html))

<sup>20</sup> BVerwG, 6.9.1999, Aktenzeichen 4 B 74/99, NVwZ 2000, 678; zur Zumutbarkeitsabwägung bei relativ privilegierten Vorhaben siehe auch BVerwG, 13.9.1993, 4 B 127/93, zitiert nach juris

<sup>21</sup> OVG Saarland, 16.4.2002, AZ 2 R 8/01, zitiert nach juris

<sup>22</sup> BT-DS 13/6392 vom 4.12.1996

<sup>23</sup> Ob es zulässig ist, dass die Länder diese Entscheidung des Bundesgesetzgebers modifizieren, ist zumindest zweifelhaft. Nach Art. 74 Nr. 18 GG hat der Bund die konkurrierende Gesetzgebungsbefugnis für das Bodenrecht. Hieraus wird allgemein die Gesetzgebungsbefugnis zur Regelung des Rechts der städtebaulichen Planung abgeleitet (siehe *Battis/Krautzberger/Löhr*, BauGB, Kommentar, 9. Auflage, Einleitung, Rd-Ziff. 10). Der Bund kann also grundsätzlich regeln, wer planungsrechtliche Fragen zu entscheiden hat. Demgegenüber sieht beispielsweise § 74 Abs. 1 BauO LSA vor, dass bei rechtswidrig versagtem Einvernehmen die zuständige Genehmigungsbehörde das fehlende Einvernehmen der Gemeinde zu ersetzen hat. Nach § 70 BbgBO soll dagegen die Bauaufsichtsbehörde das rechtswidrig versagte Einvernehmen ersetzen, während die BayBO in Art. 74 die Bundesregelung übernimmt.

raums wahr und erweist sich die Verweigerung des Einvernehmens in diesem Rahmen als rechtmäßig, dürfte eine Schadensersatzverpflichtung von vorn herein ausgeschlossen sein, da die Gemeinde ihr Einvernehmen dann nicht rechtswidrig verweigert hat.

In den Fällen, in denen ein Letztentscheidungsspielraum nicht zur Verfügung steht, wird es darauf ankommen, ob die Ansicht der Gemeinde fachlich vertretbar ist. Hat die Gemeinde ihre Entscheidung fachlich sauber abgearbeitet und begründet und die zum Zeitpunkt der Einvernehmensentscheidung zur Verfügung stehenden Quellen und Methoden fachlich vertretbar ausgewertet, dürfte es bei verschuldensabhängigem Haftungstatbestand (§ 839 BGB) regelmäßig am Verschulden fehlen.<sup>24</sup>

Dagegen wird es bei den verschuldensunabhängigen Haftungstatbeständen (enteignungsgleicher Eingriff oder Staatshaftungsrecht in den neuen Bundesländern) darauf ankommen, ob die Verweigerung des gemeindlichen Einvernehmens nachträglich als rechtswidrig zu qualifizieren ist.<sup>25</sup>

**Peter Kremer**

Rechtsanwalt, Heinrich-Roller-Straße 19, 10405 Berlin,  
eMail: rechtsanwalt@peter-kremer.de; Internet: www.peter-kremer.de  
Tätigkeitsschwerpunkt: Umweltrecht, Kommunalrecht, allgemeines Verwaltungsrecht.

Aktuelle Veröffentlichungen: »Städtebaurecht«, Bauplanungsrecht für KommunalpolitikerInnen, Kommunalverwaltungen, PlanerInnen und ArchitektInnen, Verlag C.H. Beck, 2000; »Die Neuregelungen zu Ausgleich und Ersatz von Eingriffen in Natur und Landschaft bei der Bauleitplanung nach dem BauROG 1998«, Institut für Städtebau und Wohnungswesen, März 2000; »Mit den neuen Informationsrechten gut informiert in den Stadtverkehr eingreifen«, BUVKO, Mai 2005.

<sup>24</sup> Zum Sorgfaltsmaßstab bei der verschuldensabhängigen Haftung siehe VG Potsdam vom 30.3.2000, AZ 5 K 1279/97, NVwZ-RR 2000, 763 bis 764; BGH vom 8.10.1992, AZ III ZR 220/90, NJW 1993, 530 bis 531.

<sup>25</sup> Zur gesamtschuldnerischen Haftung zwischen der Gemeinde und der für die Ersetzung des Einvernehmens zuständigen Behörde siehe BGH, vom 21.11.2001, AZ III ZR 278/01, unter Bezug auf BGH Z 118, 263.