

Hand vorzunehmen<sup>64</sup>. Dieses »Modell einer flexiblen Risikoverteilung«<sup>65</sup> kommt nur als ultima ratio in Betracht; vorrangig ist dafür zu sorgen, dass unzumutbare Belastungen nicht entstehen. Der verfassungsrechtliche Ansatz ist vorzugswürdig gegenüber den Bemühungen, unbefristete Verpflichtungserklärungen anhand der Regelung der §§ 139 BGB, 59 Abs. 3 VwVfG zu beurteilen<sup>66</sup>.

## V. Fazit

§ 84 AuslG ist zu weit formuliert. Seinem Wortlaut nach ermöglicht er es, dass sich Bürger (unter psychischem Druck bzw. aufgrund moralischer Verpflichtungen) bereit erklären, eine Haftung für einen nicht überschaubaren Zeitraum in unbegrenzter Höhe zu übernehmen, obwohl

64 BVerwG, DVBl. 1999, 537, 544 = JZ 1999, 671, 674 f.

65 Kube, JZ 1999, 676.

66 Für Vollnichtigkeit VG München, InfAuslR 1996, 213 ff.; VGH Bad.-Württ., InfAuslR 1997, 309, 311; Kloesel/Christ/Häußer, § 84 Anm. 6 a; für Teilnichtigkeit VG Regensburg, InfAuslR 1995, 236, 237 f.; NdsOVG, NdsVBl. 1999, 15 f.; für eine Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls BVerwG, InfAuslR 1997, 396.

sie selbst bescheidene Summen nicht zahlen können. In der Tat werden von den Behörden fünfstellige Beträge eingefordert. Dies wird sowohl von der Rspr. als auch von der Literatur, die sich des Themas erstaunlich selten annimmt, fast durchgängig mit guten Argumenten kritisiert. Mit Hilfe zahlreicher dogmatischer Ansatzpunkte wird versucht, auf der Ebene der konkreten Anwendung der Norm Ergebnisse herbeizuführen, die als befriedigend empfunden werden. Überzeugender ist es, vorrangig die Norm selbst auf ihre Verfassungsmäßigkeit hin zu untersuchen und nicht erst bei einer konkreten Erklärung anzusetzen. Dabei ergibt sich, dass unzumutbare Belastungen Privater in Folge einer Verpflichtungserklärung vermieden werden müssen. Dies ist mit einer verfassungskonformen Anwendung des Ausländergesetzes zu gewährleisten.

Rechtspolitisch wäre es daher wünschenswert, wenn die Verpflichtung generell in § 84 AuslG nach Dauer und Umfang begrenzt würde. Solange das nicht geschieht, müssen die Behörden und notfalls die Gerichte dafür sorgen, dass die Anwendung der Norm im Einzelfall rechtsstaatlichen Anforderungen genügt. Dazu gehören eine eingehende Belehrung der Verpflichtungswilligen und vor allem eine Befristung der Verpflichtung auf einen überschaubaren Zeitraum.

## Planungsrechtliche Zulässigkeit von Vorhaben – Rechtsschutz Städtebaurecht 1999 – Rechtsprechungsbericht

Von Rechtsanwalt und Notar Professor Dr. *Bernhard Stüer*, Richter am Amtsgerichtshof NRW, Münster/Osnabrück, und Dr. *Stefan Rude*, Berlin

Im Mittelpunkt aktueller Entscheidungen zum Städtebaurecht stehen neben der Bauleitplanung<sup>1</sup> vor allem die planungsrechtliche Zulässigkeit von Vorhaben nach §§ 29 bis 38 BauGB und der Rechtsschutz der Bauherrn, der Nachbarn und der Gemeinden.

### I. Planungsrechtliche Zulässigkeit

Die Grundlagen der planungsrechtlichen Zulässigkeit von Vorhaben sind in §§ 29 bis 38 BauGB gelegt. Eine Beurteilung nach diesen Vorschriften ist erforderlich bei Vorhaben mit städtebaulicher Relevanz (§ 29 BauGB). Im Geltungsbereich eines qualifizierten Bebauungsplans bestimmt sich die planungsrechtliche Zulässigkeit nach §§ 30 bis 33 BauGB, im nicht beplanten Innenbereich nach § 34 BauGB und im Außenbereich nach § 35 BauGB. Vor dem Hintergrund dieser allgemeinen Rechtsgrundsätze hat sich die Rechtsprechung wiederholt mit zahlreichen Einzelaspekten befasst.

1 Hierüber ist bereits berichtet worden, *Stüer/Rude*, DVBl. 2000, 314; vgl. auch *Stüer/Rude*, DVBl. 1999, 210; *dies.*, DVBl. 1999, 299. Einen aktuellen Überblick über die Rechtsprechung des BVerwG gibt *Günter Gaentzsch* in seinen jährlichen Rechtsprechungsberichten für das Institut der Deutschen Akademie für Städtebau und Landesplanung, Berlin.

#### 1. Vorhaben (§ 29 BauGB)

Das BVerwG hat nochmals bekräftigt, dass der im Vorhabenbegriff des § 29 Abs. 1 BauGB enthaltene Begriff der Lagerstätte weit auszulegen ist. Er umfasst Grundstücksflächen, auf denen dauerhaft Gegenstände im weitesten Sinne gelagert, d. h. abgelegt oder abgestellt werden<sup>2</sup>.

Auch im Übrigen tendiert der Vorhabenbegriff eher zur Weite. Die Umstellung des bisher auf die Winterzeit beschränkten Betriebs einer Alm-Gaststätte für Skiläufer und Wanderer auf einen ganzjährigen Betrieb beispielsweise, der zusätzliche Gäste (Auto- und Bustouristen) anziehen wird, stellt eine städtebaulich erhebliche Nutzungsänderung dar<sup>3</sup>.

#### 2. Bauordnungsrechtliche Anforderungen

Das BauGB beschränkt sich auf die städtebaulichen Belange und auf die bodenrechtliche Relevanz. Das Bauordnungsrecht ist demgegenüber Ländersache. Dabei können bundesrechtliche und landesrechtliche Anforderungen nebeneinander zu beachten sein. Das landesrechtliche Ge-

2 BVerwG, Beschluss vom 29. 6. 1999 – 4 B 44.99 –, BauR 1999, 1133 = ZfBR 1999, 284 = UPR 1999, 357; auch die hüttenähnliche Einhausung eines Holzstapels kann eine bauliche Anlage sein, BVerwG, Beschluss vom 10. 8. 1999 – 4 B 57.99 –.

3 BVerwG, Beschluss vom 6. 9. 1999 – 4 B 74.99 –.

bot, »bauliche Anlagen nach den anerkannten Regeln der Baukunst durchzubilden«, ist als eigenständige Anforderung neben der weiteren, ebenfalls landesrechtlichen Anforderung, bauliche Anlagen »so zu gestalten, dass sie nach Form, Maßstab, Verhältnis der Baumassen und Bauteile zueinander, Werkstoff und Farbe nicht verunstaltend wirken« (Verunstaltungsverbot), bundesrechtlich nicht zu beanstanden<sup>4</sup>.

### 3. *Bebauungsplanbereich – Ausnahmen und Befreiungen*

Im Planbereich standen Fragen der Abweichungsmöglichkeiten von den Festsetzungen des Bebauungsplans im Vordergrund. § 31 BauGB sieht die Möglichkeit vor, bei der Erteilung einer Baugenehmigung von den Festsetzungen des Bebauungsplans abzuweichen. Unterschieden wird zwischen Ausnahmen und Befreiungen.

#### a) *Ausnahmen*

Ausnahmen i. S. des § 31 Abs. 1 BauGB müssen als solche ausdrücklich im Bebauungsplan bestimmt<sup>5</sup> und vom planerischen Willen umfasst sein. Bei Inkrafttreten des BBauG bestehende baurechtliche Vorschriften und festgestellte städtebauliche Pläne mit verbindlichen Regelungen der in § 9 BBauG/BauGB bezeichneten Art können nicht in der Weise ausgelegt werden, dass sie mit ungeschriebenen Ausnahmen, etwa mit den in der BauNVO für das entsprechende Baugebiet vorgesehenen Ausnahmen, übergeleitet worden sind. Ob eine Abweichung von den Festsetzungen eines übergeleiteten Bebauungsplans i. S. des § 31 Abs. 2 Nr. 2 BauGB städtebaulich vertretbar ist, ist anhand der konkreten Gegebenheiten danach zu beurteilen, ob die Abweichung unter Beachtung des § 1 BauGB auch Inhalt des Bebauungsplans sein könnte, von dessen Festsetzungen im Einzelnen abgewichen werden soll<sup>6</sup>.

#### b) *Befreiungen*

Durch das BauROG 1998 hat der Befreiungstatbestand eine neue Fassung erhalten. Der Gesetzgeber hat das Erfordernis gestrichen, dass nur im Einzelfall von den Festsetzungen des Bebauungsplans befreit werden konnte. Dagegen wird in § 31 Abs. 2 BauGB nun generell vorausgesetzt, dass durch die Befreiung die Grundzüge der Planung nicht berührt werden. Die Maßstäbe zur Beurteilung dieser Anforderungen finden sich bereits in der älteren Rechtsprechung des BVerwG<sup>7</sup>. Die Festsetzungen des Bebauungsplans dürfen danach nicht beliebig durch einen von dem Plan abweichenden Verwaltungsakt außer Kraft gesetzt werden. Die Änderung eines Bebauungsplans obliegt nach § 2 Abs. 4 BauGB der Gemeinde und nicht der Bau-

aufsichtsbehörde. Das Änderungsverfahren geht einher mit einer Beteiligung von Bürgern und Trägern öffentlicher Belange. Diese Regelungen dürfen nicht durch eine großzügige Befreiungspraxis aus den Angeln gehoben werden. Ob die Grundzüge der Planung berührt werden, hängt von der jeweiligen Planungssituation ab. Entscheidend ist, ob die Abweichung dem planerischen Grundkonzept zuwiderläuft. Je tiefer die Befreiung in das Interessengeflecht der Planung eingreift, desto eher liegt der Schluss auf eine Änderung der Planungskonzeption nahe, die nur im Wege der Umplanung möglich ist. Die Befreiung von tragenden Festsetzungen<sup>8</sup> darf nach Auffassung des BVerwG nicht aus Gründen erteilt werden, die sich bei einer Vielzahl gleichgelagerter Fälle oder gar für alle von einer bestimmten Festsetzung betroffenen Grundstücke anführen ließen.

Auch wenn es das gesetzgeberische Ziel der Neufassung des § 31 Abs. 2 BauGB 1998 war, der Vorschrift einen im Vergleich zum früheren Rechtszustand weiteren Anwendungsbereich zu erschließen, so beansprucht nunmehr doch das Tatbestandsmerkmal, dass »die Grundzüge der Planung nicht berührt werden« dürfen, ausdrücklich Geltung für alle Befreiungsfälle. Das kann, je nach Fallgestaltung, die Frage erübrigen, ob das Erfordernis der »Atypik«<sup>9</sup> nach wie vor gilt<sup>10</sup>.

Ob eine Abweichung i. S. des § 31 Abs. 2 Nr. 2 BauGB städtebaulich vertretbar ist, beurteilt sich anhand der konkreten Gegebenheiten, und zwar danach, ob die Abweichung unter Beachtung des § 1 BauGB auch Inhalt des Bebauungsplans sein könnte, von dessen Festsetzungen im Einzelnen abgewichen werden soll<sup>11</sup>. Der Nachbar kann sich dabei nur auf seine nachbarlichen Belange berufen<sup>12</sup>.

Aus Gründen des Wohls der Allgemeinheit kann nach Auffassung des *VG Berlin* für den Bau eines Botschaftsgebäudes von den Festsetzungen des Bebauungsplans befreit werden. Mögliche Beeinträchtigungen und Gefährdungen der Nachbarn sind bodenrechtlich nicht zu berücksichtigen<sup>13</sup>.

### 4. *Nicht beplanter Innenbereich*

Für die Beurteilung der Frage, ob eine zusammenhängende Bebauung ein Ortsteil i. S. von § 34 Abs. 1 BauGB ist, ist nur auf die Bebauung im jeweiligen Gemeindegebiet

4 BVerwG, Beschluss vom 6. 12. 1999 – 4 B 75.99 –, Bestätigung von VGH München, Urteil vom 20. 7. 1999 – 2 B 98.1405 – zu Art. 11 Abs. 1 BayBO.

5 Vgl. allerdings § 1 Abs. 3 Satz 2 BauNVO.

6 BVerwG, Urteil vom 17. 12. 1998 – 4 C 16.97 –, DVBl. 1999, 782; vgl. zur Auslegung eines übergeleiteten Bebauungsplans BVerwG, Urteil vom 17. 12. 1998 – 4 C 9.98 –, NVwZ 1999, 984.

7 BVerwG, Beschluss vom 5. 3. 1999 – 4 B 5.99 –, NVwZ 1999, 1110 = BauR 1999, 1280 = ZfBR 1999, 283.

8 So BVerwG für die Erhaltung eines Bodenreliefs.

9 BVerwG, Urteil vom 14. 7. 1972 – 4 C 69.70 –, BVerwGE 40, 268; Urteil vom 9. 6. 1978 – 4 C 54.75 –, BVerwGE 56, 71; Beschluss vom 20. 11. 1989 – 4 B 163.89 –, DÖV 1990, 746 = NVwZ 1990, 556.

10 BVerwG, Beschluss vom 5. 3. 1999 – 4 B 5.99 –, NVwZ 1999, 1110 = BauR 1999, 1280 = ZfBR 1999, 283 mit Hinweis auf BVerwG, Beschluss vom 8. 5. 1989 – 4 B 78.89 –, DVBl. 1989, 1064 = NVwZ 1989, 1060; BauR 1989, 440.

11 BVerwG, Urteil vom 17. 12. 1998 – 4 C 16.97 –, DVBl. 1999, 782.

12 BVerwG, Beschluss vom 8. 7. 1998 – 4 B 64.98 –, NVwZ-RR 1999, 8 = Buchholz 406.19 Nr. 153 = BauR 1998, 1206 = BR 59 Nr. 33 = ZfBR 1999, 54 = UPR 1998, 455 = BayVBl. 1999, 26.

13 VG Berlin, Urteil vom 20. 5. 1999 – 13 A 245.98 – für die Israelische Botschaft in Berlin.

abzustellen<sup>14</sup>. Die Bebauung in Nachbargemeinden bleibt außer Betracht.

Für den Bebauungszusammenhang im Sinne des § 34 Abs. 1 BauGB ist die tatsächlich vorhandene Bebauung entscheidend. Den Maßstab für die Zulassung weiterer Bebauung bilden ausschließlich die äußerlich erkennbaren, mit dem Auge wahrnehmbaren Gegebenheiten. Vor dem Hintergrund dieser Rechtsprechung versteht sich von selbst, dass ein Bereich, der nach seinem tatsächlichen Erscheinungsbild unbebaut ist, nicht allein deshalb, weil er im Flächennutzungs- oder in einem Landschaftsplan als Baugebiet dargestellt ist, die Merkmale eines Bebauungszusammenhangs aufweist. Zu einer Bebauung im Sinne von § 34 Abs. 1 BauGB zählen nur Bauwerke, die genügendes Gewicht besitzen, um der näheren Umgebung ein bestimmtes Gepräge zu verleihen. Hierzu gehören befestigte Stell- oder Tennisplätze nicht, da ihnen die maßstabsbildende Kraft fehlt, auch wenn sie bauliche Anlagen im Sinne des § 29 BauGB sind<sup>15</sup>.

§ 34 Abs. 1 BauGB kann im Hinblick auf das in ihm enthaltene Rücksichtnahmegebot auch dann verletzt sein, wenn die landesrechtlichen Vorschriften über die Abstandsflächen eingehalten sind. Eine Verletzung ist allerdings ausgeschlossen, wenn sich ein Vorhaben nach seiner Art und seinem Maß der baulichen Nutzung, nach seiner Bauweise und nach seiner überbauten Grundstücksfläche in die Eigenart der näheren Umgebung einfügt<sup>16</sup>. Dabei ist auch die auf dem Baugrundstück bereits vorhandene Bebauung zu berücksichtigen. Eine nicht genehmigte Bebauung gehört jedoch nur dann zum Bebauungszusammenhang, wenn sich die zuständigen Behörden mit dem Vorhandensein der Bauten zweifelsfrei abgefunden haben<sup>17</sup>.

Überschreitet ein Bauvorhaben im unbeplanten Innenbereich zwar die in der Umgebungsbebauung vorhandene Traufhöhe, jedoch nicht die Firsthöhe, schließt dies ein Einfügen im Hinblick auf das Maß der baulichen Nutzung nicht von vornherein aus. Die Überschreitung der in der Umgebungsbebauung vorhandenen Traufhöhe kann allerdings zu einer Beeinträchtigung des Ortsbilds mit bodenrechtlicher Relevanz führen<sup>18</sup>.

Erfüllt die bauliche Erweiterung und teilweise Änderung der Nutzung einer Anlage innerhalb eines im Zusammenhang bebauten Ortsteils den Vorhabenbegriff des § 29 BauGB, so darf die erforderliche Baugenehmigung nur erteilt werden, wenn alle Voraussetzungen des § 34 Abs. 1 oder Abs. 2 BauGB erfüllt sind. Für eine – erleichterte –

Zulässigkeit des Vorhabens unter dem Gesichtspunkt des Bestandsschutzes ist kein Raum.

Der durch die Nutzung einer baulichen Anlage bedingte Zu- und Abgangsverkehr ist dieser auch dann zuzurechnen, wenn er auf der öffentlichen Verkehrsfläche im Bereich der baulichen Anlage stattfindet. Für die Beurteilung der Zumutbarkeit des vom Zu- und Abgangsverkehr ausgehenden Lärms ist die Verkehrslärmschutz-Verordnung (16. BImSchV) weder unmittelbar noch mittelbar anwendbar<sup>19</sup>.

Die Rechtsprechung zur Abgrenzung des Innen- und Außenbereichs kann auf die Abgrenzung der näheren Umgebung i. S. des § 34 BauGB sinngemäß übertragen werden. Infolge topografischer Gegebenheiten können unmittelbar aneinander grenzende bebaute Grundstücke gleichwohl zu unterschiedlichen Baugebieten gehören, etwa wenn einem Steilhang im Grenzbereich eine trennende Funktion zukommt<sup>20</sup>.

Eine widerrufenlich oder befristet genehmigte Bebauung, bei der die zuständige Behörde stets zu erkennen gegeben hat, dass sie sie nicht auf Dauer genehmigen oder auch nur dulden werde, ist bei Anwendung des § 34 Abs. 1 BauGB nicht als vorhandene Bebauung zu berücksichtigen, die die Eigenart der näheren Umgebung prägt, wenn es um die Beurteilung der Zulässigkeit eben dieser Bebauung geht. Ergibt sich aus der vorhandenen Bebauung eine faktische Baulinie, so kann eine dahinter zurückspringende Bebauung sich nach der »überbaubaren Grundstücksfläche« nicht mehr in die Eigenart der näheren Umgebung einfügen<sup>21</sup>. Welche Anforderungen an die Erschließung eines Innenbereichsgrundstücks zu stellen sind, richtet sich nach den Einzelfallumständen. Wenn das geltende Bundesrecht in seinen Vorschriften über die Regelung der baulichen Nutzung die Sicherung der Erschließung als Voraussetzung für die Zulässigkeit baulicher Anlagen aufstellt, will es einmal gewährleisten, dass die Grundstücke für Kraftfahrzeuge, besonders auch solche der Polizei, der Feuerwehr, des Rettungswesens und der Ver- und Entsorgung, erreichbar sind, und zum anderen, dass der Gemeinde nicht als Folge der Genehmigung von Vorhaben unangemessene Erschließungsaufgaben aufgedrängt werden<sup>22</sup>.

Bezieht sich der Vorbescheidsantrag auf die Frage der verkehrlichen Erschließungssicherung, so ist dieser bei einem Fachmarkt mit ca. 700 qm und ca. 130 Stellplätzen nur bescheidungsfähig, wenn die Art und Weise des Anschlusses an die öffentliche Verkehrsfläche im Vorbescheidsantrag und den beigefügten Bauvorlagen hinreichend bestimmt dargestellt wird<sup>23</sup>.

14 BVerwG, Urteil vom 3. 12. 1998 – 4 C 7.98 –, DVBl. 1999, 249 = DÖV 1999, 340 = BauR 1999, 232 = BBauBl. 1999, 78; ZfBR 1999, 109.

15 BVerwG, Urteil vom 8. 11. 1999 – 4 B 85.99 – unter Hinweis auf Urteil vom 12. 12. 1990 – 4 C 40.87 –, Beschluss vom 18. 6. 1997 – 4 B 238.96 – Buchholz 406.11 § 34 BAUGB Nrn. 138 und 186.

16 BVerwG, Beschluss vom 11. 1. 1999 – 4 B 128.98 –, DVBl. 1999, 786 = DÖV 1999, 558 = NVwZ 1999, 879 = BauR 1999, 615 = ZfBR 1999, 169 = UPR 1999, 191; Urteil vom 25. 3. 1999 – 4 B 15/99 –, NVwZ 1999, 1110 = BauR 1999, 1280 = ZfBR 1999, 283.

17 BVerwG, Beschluss vom 23. 11. 1998 – 4 B 29.98 –, NVwZ-RR 1999, 364 = ZfBR 1999, 229 – vordere Baulinie.

18 VGH Mannheim, Urteil vom 4. 3. 1999 – 3 S 201/99 –, VGHBW RSpDienst 1999, Beilage 8, B 5.

19 BVerwG, Urteil vom 27. 8. 1998 – 4 C 5.98 –, DVBl. 1999, 1288 = NVwZ 1999, 523; Buchholz 406.11 § 34 Nr. 190 = BauR 1999, 152 = ZfBR 1999, 49; UPR 1999, 68 für eine Kur- und Gemeindehaus.

20 BVerwG, Beschluss vom 20. 8. 1998 – 4 B 79.98 –, NVwZ-RR 1999, 105 = Buchholz 406.11 § 34 Nr. 191 = BauR 1999, 32; UPR 1999, 26.

21 BVerwG, Beschluss vom 23. 11. 1998 – 4 B 29.98 –, NVwZ-RR 1999, 364 = Buchholz 406.11 § 34 Nr. 192 = BauR 1999, 233; ZfBR 1999, 229 = BBauBl. 1999, 95 = NuR 1999, 275.

22 BVerwG, Beschluss vom 2. 9. 1999 – 4 B 47.99 –.

23 OVG Münster, Urteil vom 7. 6. 1999 – 10 A 828/99 –.

Auch bei einer nicht genehmigungsbedürftigen Anlage nach § 22 BImSchG können die Richtwerte der TA-Lärm zur Beurteilung, ob das Gebot der nachbarlichen Rücksichtnahme eingehalten ist, herangezogen werden. So kann sich ein Gewächshaus in eine durch Wohnhäuser mit Nebenanlagen sowie durch einen dominierenden Gartenbaubetrieb mit anderen Gewächshäusern geprägte Umgebung einfügen und auch nicht wegen der durch Naturereignisse wie Regel verursachten Geräusche rücksichtslos sein<sup>24</sup>.

### 5. Außenbereich

Im Außenbereich wird traditionell zwischen den privilegierten, den nicht privilegierten und den teilprivilegierten Vorhaben unterschieden. Die Rechtsprechung hat hier die bereits im Grundsatz anerkannte Systematik und Kasuistik verfeinert.

#### a) Privilegierte Außenbereichsvorhaben

Selbst wenn mit dem eingesetzten Kapital für einen Obstbaubetrieb kein Zinsgewinn erzielt wird, können der Betriebserweiterung dienende Investitionen nachhaltig und ernsthaft geführten landwirtschaftlichen Unternehmen dienen. Die nach § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB privilegierte Obsterzeugung kann auch die direkte Obstvermarktung vom Hof aus umfassen<sup>25</sup>.

Die Voraussetzungen, unter denen einzelne, bei isolierter Betrachtung im Außenbereich nicht privilegiert zulässige (Neben-)Nutzungen durch ihre Zuordnung zu einem landwirtschaftlichen Betrieb an dessen Privilegierung gemäß § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB teilnehmen, gelten auch für die Beurteilung der Frage, ob die Errichtung von Anlagen für die Holzverarbeitung von der Privilegierung eines forstwirtschaftlichen Betriebs »mitgezogen« werden<sup>26</sup>.

Ob das Vorhaben im Verhältnis zu dem privilegiert zulässigen Betrieb bodenrechtlich eine »Nebensache« ist, sich ihm dienend unterordnet und gegenüber der Hauptnutzung im Hintergrund steht, ist aufgrund einer konkreten und nicht einer typisierenden Betrachtungsweise des privilegierten Betriebs und der ihm zugeordneten Nebenutzung zu beurteilen<sup>27</sup>.

Die Funktion einer Gaststätte als »Versorgungsstützpunkt« für Skiläufer und Wanderer kann es mit sich bringen, dass der Betrieb auch in jahreszeitlicher Hinsicht – etwa in der Winterzeit – in der Baugenehmigung beschränkt wird, um sicherzustellen, dass der Rahmen der privilegierten Zulässigkeit der Anlage im Außenbereich

gemäß § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB nicht überschritten wird<sup>28</sup>.

Das OVG Greifswald wendete sich gegen die Ansicht, der Privilegierungstatbestand des § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB erfasse nur Einzelvorhaben, nicht jedoch die Errichtung von Windparks<sup>29</sup>. Daneben sprach sich das Gericht gegen eine allgemein gültige Formel bei der Bewertung von Lärmbeeinträchtigungen aus, die von Windanlagen ausgehen. Das OVG Greifswald schloss sich dabei dem OVG Lüneburg<sup>30</sup> an und widersprach dem OVG Münster.

Den privilegierten Außenbereichsvorhaben dürfen öffentliche Belange nicht entgegenstehen. Das ist nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB in der Regel der Fall, wenn für die Vorhaben durch Darstellungen im Flächennutzungsplan eine Ausweisung an anderer Stelle erfolgt ist. Diese Ausschlusswirkung kommt nach der Rechtsprechung des OVG Lüneburg nur wirksamen Flächennutzungsplänen, nicht aber planreifen Entwürfen zu<sup>31</sup>. Der Flächennutzungsplan sei abwägungsfehlerhaft, wenn er nicht alle für Windenergieanlagen geeigneten Standorte, für die die Ausschlusswirkung gelte, in die Entscheidung einbeziehe<sup>32</sup>.

Zur planungsrechtlichen Ausweisung von Windenergieanlagen durch das Darstellungsprivileg in § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB hat das OVG Lüneburg folgende Grundsätze aufgestellt: Geht die Gemeinde bei der Suche nach geeigneten Standorten für Windparks davon aus, dass Windenergieanlagen von Einzelhöfen und Weilern einen Abstand von 500 m einhalten müssen, verengt sie die Ermittlungen in unzulässiger Weise. Pauschalen Abstandszonen von 800 m bis 1.200 m um die Ortslagen, die von Windenergieanlagen freigehalten werden sollen, fehlt eine städtebauliche Rechtfertigung. Abstände zwischen Vorrangstandorten für Windenergienutzung von 5 km sind jedenfalls in der Küstenregion erforderlich. Die Ausschlusswirkung der Darstellung von Windenergieanlagen an anderer Stelle im Flächennutzungsplan nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB greift nur dann nicht, wenn die Gemeinde bei der positiven Darstellung die Ausschlusswirkung nicht beachtet hat<sup>33</sup>.

Bei der Bewertung von Lärmimmissionen, die von Windenergieanlagen ausgehen, kann keine allgemeingültige Formel angewendet werden. Die Entscheidung der

24 BVerwG, Beschluss vom 22. 9. 1999 – 4 B 95/99 –, ZfBR 1999, 231.

25 OVG Münster, Beschluss vom 21. 7. 1999 – 7 A 10/98 –, BauR 2000, 245 = RdL 1999, 314.

26 Verneint für ein Sägewerk nebst Tischlerei und Schreinerei als forstwirtschaftlichen Nebenerwerbsbetrieb.

27 BVerwG, Beschluss vom 28. 8. 1998 – 4 B 66/98 –, DÖV 1999, 32 = NVwZ-RR 1999, 106 = Buchholz 406.11 § 35 Nr. 336 = BauR 1999, 33 = BBauBl. 1999, 60 = UPR 1999, 71; RdL 1998, 287 mit Hinweis auf BVerwG, Urteil vom 30. 11. 1984 – 4 C 27.81 –, DVBl. 1985, 397; Urteil vom 19. 4. 1985 – 4 C 54.82 –, NVwZ 1986, 200; Beschluss vom 23. 6. 1995 – 4 B 22.95 –, BRS 57 Nr. 102.

28 BVerwG, Beschluss vom 6. 9. 1999 – 4 8 74.99 –.

29 OVG Greifswald, Beschluss vom 8. 3. 1999 – 3 M 85/98 –, DVBl. 1999, 1328 (LS) = NVwZ 1999, 1238.

30 OVG Lüneburg, Beschluss vom 18. 12. 1998 – 1 M 4727/98 –, BauR 1999, 621 = UPR 1999, 319 (LS) = ZfBR 1999, 231 (LS) (siehe dort auch zur Referenzgeschwindigkeit zur Beurteilung von Windkraftanlagen); zur Zumutbarkeit der optischen Auswirkungen einer Windenergieanlage und zum Lärmschutz OVG Münster, Beschluss vom 3. 9. 1999 – 10 B 1283/99 –, NVwZ 1999, 1360.

31 OVG Lüneburg, Beschluss vom 22. 1. 1999 – 1 L 5538/97 –, NuR 1999, 289; Beschluss vom 18. 3. 1999 – 1 L 6696/96 –, BauR 1999, 1150 = NVwZ 1999, 1003 = ZfBR 1999, 285 = UPR 1999, 358.

32 OVG Lüneburg, Urteil vom 21. 7. 1999 – 1 L 5203/96 –, NVwZ 1999, 1358.

33 OVG Lüneburg, Urteil vom 20. 7. 1999 – 1 L 5203/96 –.

Frage, ob das bauplanungsrechtliche Gebot der Rücksichtnahme verletzt ist, setzt stets eine Bewertung der Einzelfallumstände voraus. Bei der Frage, welche Lärmmissionen einem Nachbarn noch zuzumuten sind, kann auf die TA-Lärm als Anhaltspunkt zurückgegriffen werden. Bei der rechtlichen Bewertung der Auswirkungen durch Schattenwurf kann als Anhaltspunkt für die Zumutbarkeit dienen, dass Benutzer von Wohn- und Büroräumen an einem sonnigen Tag nicht länger als 30 Minuten je Tag und nach der statistischen Wahrscheinlichkeit maximal 30 Stunden im Jahr durch Schattenwurf beeinträchtigt werden. Dabei ist aber auch die Schattenintensität, die mit zunehmender Entfernung abnimmt, zu berücksichtigen<sup>34</sup>.

Die Ausweisung eines eingeschränkten Industriegebiets, in dem nur Lagerhäuser, Lagerplätze, Betriebsanstalten sowie Stellplätze und Garagen zulässig sind, in unmittelbarer Nachbarschaft zu einer im Außenbereich gelegenen Junghennen-Aufzuchtanlage verstößt nicht zu Lasten ihres Betreibers gegen das Rücksichtnahmegebot<sup>35</sup>.

#### b) Nicht privilegierte Außenbereichsvorhaben

Das in § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 BauGB enthaltene Rücksichtnahmegebot<sup>36</sup> kann auch verletzt sein, wenn eine Kleinf Feuerungsanlage trotz Einhaltung der Emissionsgrenzwerte der 1. BImSchV aufgrund der konkreten örtlichen Verhältnisse zu erheblichen Belästigungen der Nachbarschaft führt<sup>37</sup>.

Die Verfestigung einer Splittersiedlung nach § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 7 BauGB kann sich auch daraus ergeben, dass mit der Genehmigung ein Berufungsfall geschaffen würde. Mit der Versagung der Genehmigung soll bereits »den Anfängen gewehrt« werden.

Bei der Beurteilung, ob die Verfestigung einer Splittersiedlung zu befürchten ist, darf die Möglichkeit, dass auf dem Grundstück zwei Wohngebäude unter Beseitigung eines Schwimmbeckens und zweier Pferdeställe errichtet werden können, nicht außer Betracht bleiben. Denn Wohngebäude haben unter siedlungsstrukturellen Gesichtspunkten eine andere Bedeutung und ein anderes Gewicht als Nebenanlagen zu einem vorhandenen Wohnhaus.

Ein Wohnbauvorhaben kann auch dann öffentliche Belange i. S. des § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 7 BauGB beeinträchtigen, wenn im Flächennutzungsplan für das vorgesehene Baugrundstück Wohnbebauung dargestellt ist<sup>38</sup>.

Bei der Beurteilung, ob die Genehmigung eines Vorhabens im Außenbereich im Hinblick auf eine Vorbildwir-

kung für weitere Bauvorhaben zur Verfestigung einer Splittersiedlung führt, kommt es nicht auf eine abschließende bauplanungsrechtliche Prüfung zu »befürchtender« Folgevorhaben und dadurch entstehender Beeinträchtigungen anderer öffentlicher Belange an.

Liegt eine Außenbereichsfläche in einem durch Rechtsverordnung festgesetzten Landschaftsschutzgebiet, so kann eine Vorbildwirkung für weitere Bauvorhaben nicht allein mit Hinweis auf das ausgewiesene Landschaftsschutzgebiet und das in ihm grundsätzlich bestehende Bauverbot ausgeschlossen werden<sup>39</sup>.

#### c) Teilprivilegierte Außenbereichsvorhaben – eigentumsrechtlicher Bestandsschutz

Eine erleichterte Nutzungsänderung nach § 35 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 BauGB 1986 setzt nicht nur voraus, dass eine Baugenehmigung für ein Bauvorhaben erteilt worden ist, das einem landwirtschaftlichen Betrieb dient, sondern auch, dass das Vorhaben tatsächlich auch entsprechend genutzt worden ist<sup>40</sup>.

Ein unter Geltung des § 29 Satz 1 BBauG/BauGB 1986 errichtetes Gebäude ist nicht zulässigerweise errichtet i. S. des § 35 Abs. 4 Satz 1 Nr. 3 BauGB, wenn es nach Landesrecht genehmigungs- und anzeigefrei war und deshalb nicht den bebauungsrechtlichen Zulässigkeitsvoraussetzungen der §§ 30 bis 37 BBauG/BauGB unterlag oder wenn nach seiner Errichtung ohne Baugenehmigung und ohne Bauanzeige ein bauaufsichtsbehördliches Zeugnis ausgestellt worden ist, es sei genehmigungs- und anzeigefrei<sup>41</sup>.

Eine wiederholte Erweiterung eines Wohngebäudes, die zur Schaffung einer dritten Wohnung führt, kann nicht unter den erleichterten Voraussetzungen des § 35 Abs. 4 Satz 1 Nr. 5 BauGB zugelassen werden<sup>42</sup>. Die geschiedene Ehefrau gehört nicht zur Familie i. S. des § 35 Abs. 4 Satz 1 Nr. 5 c BauGB<sup>43</sup>.

#### 6. Beteiligung der Gemeinde (§ 36 BauGB)

Bei der Genehmigung von Vorhaben nach den §§ 31, 33 bis 35 BauGB ist das Einvernehmen der Gemeinde einzuholen. Ihr Einvernehmen gilt nach § 36 Abs. 2 Satz 2 BauGB als erteilt, wenn es nicht binnen zwei Monaten nach Ein-

34 OVG Greifswald, Urteil vom 8. 3. 1999 - 3 M 85/98 -, DVBl 1999, 1528 (LS) = NVwZ 1999, 1238 = NordÖR 1999, 361 = NuR 1999, 654.

35 VGH Mannheim, Beschluss vom 20. 5. 1999 - 8 S 2652/98 -, VGHBW RSpDienst 1999, Beilage 8, B 4.

36 Zum Umfang des Rücksichtnahmegebots im Außenbereich VGH München, Urteil vom 8. 9. 1998 - 27 B 96.1407 -, BauR 1999, 617.

37 BVerwG, Beschluss vom 28. 7. 1999 - 4 B 38.99 -, BauR 1999, 1439 = ZfBR 1999, 351.

38 VGH Mannheim, Urteil vom 29. 7. 1999 - 5 S 1916/97 -.

39 BVerwG, Beschluss vom 2. 9. 1999 - 4 B 27.99 -.

40 OVG Lüneburg, Urteil vom 21. 1. 1999 - 1 L 2065/96 -, NVwZ-RR 1999, 493 = UPR 1999, 316 = BauR 1999, 882.

41 BVerwG, Beschluss vom 8. 10. 1998 - 4 C 6.97 -, DVBl. 1999, 241 = BVerwGE 107, 264 = NVwZ 1999, 297 = Buchholz 406.11 § 35 Nr. 337 = BauR 1999, 159 = ZfBR 1999, 46 = UPR 1999, 109; NuR 1999, 106.

42 BVerwG, Urteil vom 27. 8. 1998 - 4 C 13.97 -, DVBl. 1999, 235 = NVwZ-RR 1999, 295 = Buchholz 406.11 § 35 Nr. 338 = BauR 1999, 373 = BBauBl. 1999, 79 = ZfBR 1999, 110 = NuR 1999, 210 = RdL 1999, 34.

43 OVG Lüneburg, Urteil vom 17. 12. 1998 - 1 L 7125/96 -, BauR 1999, 880 = NVwZ 1999, 1362 (siehe dort zu Voraussetzungen eines Ersatzbaus im Außenbereich); zur Erweiterung eines Gewerbebetriebes OVG Schleswig, Urteil vom 10. 12. 1998 - 1 L 136/97 -, NVwZ 1999, 1363 (LS); zur Nutzungsänderung nach § 35 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 BauGB OVG Lüneburg, Urteil vom 21. 1. 1999 - 1 L 2065/96 -, NVwZ-RR 1999, 493.

gang des Ersuchens der Genehmigungsbehörde verweigert wird. Diese Frist beginnt allerdings nur zu laufen, wenn die einzureichenden Antragsunterlagen vollständig sind<sup>44</sup>. Das Versäumen der Frist hindert die Gemeinde nicht daran, eine Veränderungssperre zu erlassen<sup>45</sup> oder einen Bebauungsplan mit einem das Vorhaben ausschließenden Inhalt aufzustellen<sup>46</sup>. Sie verliert jedoch ihr Klagerecht gegen die Baugenehmigung für das betreffende Vorhaben<sup>47</sup>. Ein durch Ablauf der Zweimonatsfrist als erteilt geltendes Einvernehmen kann von der Gemeinde nicht widerrufen werden<sup>48</sup>. Ob der Behörde bei der Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens nach § 36 Abs. 2 Satz 3 BauGB ein Ermessen zusteht, hat das OVG Lüneburg offen gelassen<sup>49</sup>.

### 7. Zulässigkeitsfragen nach der BauNVO

Im Gewerbegebiet muss eine Wohnung für Bereitschaftspersonen nicht aus betrieblichen Gründen unabdingbar sein, um nach § 8 Abs. 3 Nr. 1 BauNVO ausnahmsweise zugelassen werden zu können. Es genügt, wenn die Betriebswohnung im Gewerbegebiet objektiv sinnvoll ist<sup>50</sup>. Die Erreichbarkeit der Bereitschaftspersonen außerhalb der Betriebszeiten auch durch Mobiltelefon oder Anrufumleitung ist deshalb nicht allein schon ein Grund, der die betriebliche Erforderlichkeit der Wohnung auf dem Betriebsgrundstück ausschließt.

Der VGH Mannheim hält die in § 20 BauNVO für die Bestimmung eines Vollgeschosses enthaltene Verweisung für »statisch« mit der Folge, dass auf den im Zeitpunkt seiner Inkraftsetzung geltenden Vollgeschossbegriff nach Landesrecht abzustellen ist<sup>51</sup>.

## II. Rechtsschutz

In zahlreiche Verfahren standen baurechtliche Rechtsschutzfragen an. Ein Schwerpunkt lag erwartungsgemäß im Normenkontrollverfahren. Aber auch die Nachbarlage bildeten eine reichhaltige Kulisse für die Klärung unterschiedlicher Rechtsfragen.

44 VGH Mannheim, Urteil vom 17. 11. 1998 – 5 S 2147/98 –, VBIBW 1999, 178; VGH München, Urteil vom 26. 3. 1999 – 26 ZS 99.507 –, BauR 1999, 1015 = RdL 1999, 178 = UPR 1999, 317 – Aussiedlerhof.

45 OVG Lüneburg, Urteil vom 17. 12. 1998 – 1 K 1103/98 –, Nds. Rpfl. 1999, 218.

46 BVerwG, Beschluss vom 26. 10. 1998 – 4 BN 43.98 –, Buchholz 406.11 § 36 Nr. 53 = VwRR BY 1999, 103.

47 OVG Lüneburg, Beschluss vom 18. 3. 1999 – 1 L 6696/96 –, BauR 1999, 1150 = NVwZ 1999, 1003.

48 VGH München, Urteil vom 26. 3. 1999 – 26 ZS 99.507 –, BauR 1999, 1015 = RdL 1999, 178 = UPR 1999, 317 – Aussiedlerhof.

49 OVG Lüneburg, Beschluss vom 15. 10. 1999 – 1 M 3614/99 –, BauR 2000, 73.

50 BVerwG, Beschluss vom 22. 6. 1999 – 4 B 46.99 –, DVBl. 1999, 1293 (LS) = BauR 1999, 1135 = NVwZ 1999, 1335 = ZfBR 1999, 282 = UPR 1999, 356 = GewArch. 1999, 391 mit Hinweis auf Urteil vom 16. 3. 1984 – 4 C 50.80 –, NVwZ 1984, 511.

51 VGH Mannheim, Beschluss vom 27. 1. 1999 – 8 S 19/99 –, NVwZ-RR 1999, 538.

### 1. Rechtsschutz gegen den Bebauungsplan

Die Entscheidungen zur Normenkontrolle waren vor allem von den Nachwirkungen des Urteils des BVerwG zur Antragsbefugnis und zum drittschützenden Charakter des Abwägungsgebotes geprägt<sup>52</sup>.

#### a) Gegenstand der Normenkontrolle

Bebauungsplanentwürfe sind nicht normenkontrollfähig, auch wenn sie bereits Planreife nach § 33 BauGB erlangt haben<sup>53</sup>.

#### b) Antragsbefugnis (§ 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO)

Das BVerwG hat seine Rechtsprechung nochmals bestätigt, nach der das Abwägungsgebot drittschützenden Charakter hinsichtlich solcher privaten Belange hat, die für die Abwägung erheblich<sup>54</sup> sind. An die Geltendmachung einer Rechtsverletzung i. S. von § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO sind des Weiteren keine anderen Anforderungen als nach § 42 Abs. 2 VwGO zu stellen. Ein Antragsteller genügt demnach seiner Darlegungslast im Hinblick auf die Antragsbefugnis, wenn er hinreichend substantiiert Tatsachen vorträgt, die es zumindest als möglich erscheinen lassen, dass seine privaten Belange fehlerhaft abgewogen worden sind<sup>55</sup>. Das Interesse des Eigentümers eines außerhalb des Planbereichs gelegenen Grundstücks, bei der späteren Verwirklichung des Bebauungsplans nicht von den Auswirkungen von Lärm und Staub einer Baustelleneinrichtung beeinträchtigt zu werden, gehört grundsätzlich nicht zu den abwägungserheblichen Belangen. Ein auf Nichtberücksichtigung dieses Belangs gestutzter Normenkontrollantrag ist mangels Antragsbefugnis unzulässig<sup>56</sup>.

Im Gegensatz dazu kann der Mieter einer Wohnung durch einen Bebauungsplan oder seine Anwendung einen Nachteil erleiden oder zu erwarten haben und deshalb im Normenkontrollverfahren gemäß § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO antragsbefugt sein. Er kann etwa geltend machen, sein Interesse, von zusätzlichem Verkehrslärm verschont

52 BVerwG, Urteil vom 24. 9. 1998 – 4 CN 2.98 –, Zur Rechtstellung des Mieters als »verfassungsrechtlicher Eigentümer« BVerfG, Beschluss vom 26. 5. 1993 – 1 BvR 208/93 –, BVerfGE 89, 1; BVerwG, Urteil vom 1. 9. 1997 – 4 A 36/96 –, DVBl. 1998, 44 = BVerwGE 105, 178. DVBl. 1999, 100 m. Anm. Schmidt-Preuß = BVerwGE 107, 215.

53 VGH München, Beschluss vom 30. 7. 1999 – 26 NE 99.2007 –, ZfBR 1999, 347.

54 Zur Antragsbefugnis eines Eigentümers außerhalb des Planbereichs wegen Auswirkungen des Plans, die ebenfalls außerhalb des Planbereichs entstehen: BVerwG, Beschluss vom 12. 3. 1999 – 4 BN 6.99 –, BauR 1999, 878 = UPR 1999, 312 = ZfBR 1999, 225 – Baulogistikzentrum Potsdamer Platz.

55 BVerwG, Urteil vom 26. 2. 1999 – 4 CN 6.98 –, DVBl. 1999, 1293 (LS) = BauR 1999, 1128; Urteil vom 5. 3. 1999 – 4 CN 18.98 –, ZfBR 1999, 344 = NVwZ 1999, 987 mit Hinweis auf BVerwG, Urteil vom 24. 9. 1998 – 4 CN 2.98 –, DVBl. 1999, 100 = NJW 1999, 592 (gilt auch für den vorhabenbezogenen Bebauungsplan nach § 12 BauGB); Urteil vom 28. 4. 1999 – 4 CN 5.99 –, UPR 1999, 350 = BauR 1999, 1131.

56 BVerwG, Beschluss vom 12. 3. 1999 – 4 BN 6.99 –, BauR 1999, 878 = ZfBR 1999, 225 = UPR 1999, 312 = LKV 1999, 364 – Baulogistikzentrum Potsdamer Platz

zu bleiben, sei in der Abwägung nicht berücksichtigt worden. Dabei kann allerdings die Antragsbefugnis wegen Geringfügigkeit des Interesses eines Bewohners entfallen. Auch das Interesses des Inhabers eines Gewerbebetriebs im Wohngebiet, nicht auf hinzukommende Wohnbebauung Rücksicht nehmen zu müssen, kann geringfügig oder auch nicht schutzwürdig sein<sup>57</sup>.

Wird für eine landwirtschaftlich genutzte Fläche im Bebauungsplan eine andere Nutzungsart wie etwa ein Gewerbegebiet festgesetzt, so kann außer dem Eigentümer auch der Pächter dieser Fläche im Normenkontrollverfahren antragsbefugt sein<sup>58</sup>.

Naturschutzverbände können sich auf ihr Eigentum berufen, wenn sie im Planbereich Grundeigentümer sind. Die Verbandsklage ist von den Regelungen in den jeweiligen Naturschutzgesetzen der Länder abhängig. Derartige Klagerechte im Hinblick auf die Einhaltung von Naturschutzbelangen bestehen allerdings nach Maßgabe des Landesrechts zumeist nur gegenüber Planfeststellungsbeschlüssen, nicht jedoch gegen einen Bebauungsplan. Die Beteiligungs- und Klagerechte der Naturschutzverbände werden auch jeweils nur in den Verfahren gewährt, die tatsächlich durchgeführt werden. Abgesehen von einer bewussten Umgehung bestehen Ansprüche auf Durchführung eines bestimmten Verfahrens nicht<sup>59</sup>.

#### c) Rechtsschutzbedürfnis

Das BVerwG ist einer zu weit reichenden Interpretation seiner Rechtsprechung entgegengetreten, nach der ein Rechtsschutzbedürfnis<sup>60</sup> dann fehlt, wenn der Antragsteller Festsetzungen bekämpft, auf deren Grundlage bereits Vorhaben genehmigt und verwirklicht worden sind<sup>61</sup>. Wenn dies nur einen Teil der im Plangebiet zulässigen Vorhaben betrifft, kann ein Rechtsschutzbedürfnis gleichwohl bestehen<sup>62</sup>.

#### d) Antragsfrist (§ 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO)

Bereits vor Einführung der allgemeinen zweijährigen Antragsfrist für Normenkontrollen durch die 6. VwGO-Novelle galt für die Kontrolle von Bebauungsplänen in den neuen Ländern aufgrund Nr. 1 RMBeschrG<sup>63</sup> eine dreimonatige Antragsfrist. Die Vorschrift lässt ihrem Wortlaut nach aber offen, ob sie auch auf Bebauungspläne anzuwen-

den ist, die vor dem 1. 5. 1993 in Kraft gesetzt worden sind. Im Wege der Analogie schloss das BVerwG diese planwidrige Gesetzeslücke dahin gehend, dass die Dreimonatsfrist auch für »Altbebauungspläne« gilt und am 1. 5. 1993 zu laufen begann<sup>64</sup>. Da die Rechtsmittelbeschränkung jedoch im Gesetz nicht eindeutig bestimmt war, gewährte das Gericht eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (§ 60 VwGO)<sup>65</sup>. Die Befugnis der Verwaltungsgerichte zur inzidenten Normenkontrolle wird allerdings durch den Ablauf der Antragsfrist für ein Normenkontrollverfahren nicht berührt<sup>66</sup>.

#### e) Anhörung (§ 47 Abs. 2 Satz 3 VwGO)

Im Verfahren der Normenkontrolle eines Bebauungsplans ist die Beiladung Dritter nach § 65 VwGO nicht zulässig. Das gilt auch für den Vorhabenträger bei der Kontrolle einer Satzung über einen Vorhaben- und Erschließungsplan<sup>67</sup>. Denkbar ist allerdings die Anhörung solcher Personen, die durch die Normenkontrollentscheidung in ihren Rechten oder rechtlichen Interessen betroffen werden (§ 47 Abs. 2 Satz 3 VwGO)<sup>68</sup>.

#### f) Einstweilige Anordnung (§ 47 Abs. 6 VwGO)

Der VGH München hat, insoweit in Übereinstimmung mit dem BVerwG, nochmals bekräftigt, dass ein Antrag auf eine einstweilige Anordnung gemäß § 47 Abs. 6 VwGO gegen einen Bebauungsplanentwurf nicht statthaft ist. Das gelte auch dann, wenn er Planreife i. S. des § 33 BauGB erlangt habe<sup>69</sup>.

#### 2. Rechtsschutz des Bauherrn

Das Interesse an einer Sachentscheidung über einen eingereichten Bauantrag oder eine Bauvoranfrage ist nur dann nicht gegeben, wenn die erstrebte Genehmigung oder der erstrebte Vorbescheid für den Antragsteller ersichtlich nutzlos ist, etwa wenn dem Vorhaben ein schlechthin nicht ausräumbares Hindernis entgegensteht<sup>70</sup>.

Der Verzicht auf ein Klagerecht kann regelmäßig erst dann erfolgen, wenn die Entscheidung, gegen die das Rechtsmittel gegeben wäre, ergangen ist. Ein solcher Verzicht muss außerdem angesichts seiner Tragweite eindeutig, unzweifelhaft und unmissverständlich zum Ausdruck kommen und kann nicht bedingt erfolgen<sup>71</sup>. Im Eilverfahren

57 BVerwG, Urteil vom 21. 10. 1999 – 4 CN 1.98 –.

58 BVerwG, Urteil vom 5. 11. 1999 – 4 CN 3.99 – für hofnahes Weideland.

59 Zur Antragsbefugnis von Naturschutzverbänden OVG Lüneburg, Beschluss vom 23. 12. 1998 – 1 M 4466/98 –, NVwZ 1999, 1241; Beschluss vom 28. 7. 1999 – 1 M 2281/99 –, DVBl. 1999, 1528 (LS) = ZfBR 1999, 345 = NuR 1999, 702; VG Berlin, Urteil vom 28. 1. 1999 – 13 A 323.98 – keine naturschutzrechtliche Verbandsklage gegen eine Baugenehmigung.

60 OVG Münster, Beschluss vom 29. 9. 1998 – 10 a D 139/94 –, NVwZ 1999, 807 = NWVBL 1999, 463.

61 BVerwG, Beschluss vom 28. 8. 1987 – 4 N 3.86 –, BVerwGE 78, 85 = DVBl. 1987, 1276.

62 BVerwG, Urteil vom 28. 4. 1999 – 4 CN 5.99 –, UPR 1999, 350 = BauR 1999, 1131.

63 Gesetz zur Beschränkung von Rechtsmitteln in der Verwaltungsgerichtsbarkeit (BGBl. I 1993, S. 487).

64 BVerwG, Beschluss vom 22. 6. 1999 – 4 BN 20.99 –, DVBl. 1999, 1516 = BauR 1999, 1441 = ZfBR 1999, 341.

65 BVerwG, Beschluss vom 22. 6. 1999 – 4 BN 20.99 –, DVBl. 1999, 1516.

66 VGH Mannheim, Urteil vom 11. 3. 1999 – 3 S 1524/96 –, VBIBW 1999, 343.

67 BVerwG, Urteil vom 5. 3. 1999 – 4 CN 18.98 –, ZfBR 1999, 344.

68 BVerwG, Beschluss vom 12. 3. 1982 – 4 N 1.80 –, BVerwGE 65, 131.

69 VGH München, Beschluss vom 30. 7. 1999 – 26 NE 99.2007 –, ZfBR 1999, 347. Zu den Erfolgsaussichten der Hauptsache VGH München, Beschluss vom 28. 7. 1999 – 1 NE 99.813 –, BauR 1999, 1275.

70 OVG Saarlouis, Urteil vom 23. 2. 1999 – 2 R 7/98 –.

71 OVG Bautzen, Urteil vom 11. 2. 1999 – 1 S 347/97 –, SächsVBl. 1999, 134.

ren kann regelmäßig eine Baugenehmigung nicht erstritten werden<sup>72</sup>.

### 3. Rechtsschutz des Nachbarn

Der Nachbarrechtsschutz ist traditionell durch ein dreipoliges Rechtsverhältnis geprägt, an dem der Nachbar, die Behörde und der Bauherr beteiligt sind. Bei zunehmenden Freistellungen von dem Erfordernis einer Baugenehmigung könnte sich die Baugenehmigungsbehörde vor allem bei kleineren Vorhaben und im Geltungsbereich eines qualifizierten Bebauungsplans vielfach ein wenig unbemerkt verabschieden mit der Folge, dass für den Nachbarn zugleich der Klage- und Antragsgegner abhanden kommen könnte. Neben die sich daraus ergebenden durchaus spannenden Fragen traten Entscheidungen im Bereich der traditionellen Felder des Nachbarrechtsschutzes.

#### a) Nachbarschützende Vorschriften

Die Festsetzung von Baugebieten<sup>73</sup> durch Bebauungspläne hat drittschützende Wirkung und vermittelt dem Nachbarn einen Rechtsanspruch auf die Bewahrung der Gebietsart. Derselbe Nachbarschutz besteht im unbeplanten Innenbereich, wenn die Eigenart der näheren Umgebung einem der Baugebiete der BauNVO entspricht (§ 34 Abs. 2 BauGB). Die Gebietsfestsetzungen verbinden die Betroffenen zu einer Gemeinschaft, in der die Beschränkung der Nutzungsmöglichkeiten dadurch ausgeglichen wird, dass auch die anderen Eigentümer denselben Beschränkungen unterworfen sind. Der Außenbereich ist jedoch kein Baugebiet, sondern soll tendenziell von Bebauung freigehalten werden. So hat der Inhaber eines im Außenbereich privilegierten Betriebes nach Ansicht des BVerwG keinen Anspruch auf Bewahrung der Außenbereichsqualität seines Grundstücks<sup>74</sup>. Auch das Erfordernis einer ordnungsgemäßen Erschließung gewährt keine Nachbarrechte<sup>75</sup>. Die Festsetzung der offenen Bauweise ist nicht generell, sondern nur bei Vorliegen besonderer Umstände nachbarschützend<sup>76</sup>.

#### b) Rechtsschutz des Nachbarn gegen den Bauvorbescheid

Der VGH München hält anders als das OVG Lüneburg<sup>77</sup> den Bauvorbescheid nicht für eine bauaufsichtliche Zulassung eines Vorhabens i. S. des § 212 a Abs. 1 BauGB. Ein gegen den Bauvorbescheid gerichteter Nachbarrechtsbehelf hat dann aufschiebende Wirkung<sup>78</sup>.

72 Zur baurechtlichen Zulässigkeit eines Himmelsstrahlers VG Stuttgart, Beschluss vom 9. 7. 1999 – 13 K 673/99 –, NVwZ-RR 2000, 14 – Skybeamer.

73 Zum Drittschutzcharakter der Festsetzung einer offenen Bauweise (§ 22 Abs. 1 BauNVO) VGH Mannheim, Beschluss vom 1. 3. 1999 – 5 S 49/99 –, NVwZ-RR 1999, 492.

74 VGH München, Urteil vom 22. 3. 1999 – 15 B 98.207 –, BayVBl. 1999, 662.

75 VGH München, Urteil vom 22. 3. 1999 – 15 B 98.207 –, BayVBl. 1999, 662.

76 VGH Mannheim, Urteil vom 29. 1. 1999 – 3 S 2662/98 –, ESVGH 49, 161.

77 OVG Lüneburg, Beschluss vom 3. 3. 1999 – 1 M 897/99 –, NVwZ-RR 1999, 716.

#### c) Rechtsschutz des Nachbarn gegen die Baugenehmigung

Legen Dritte als Nachbarn Widerspruch gegen eine gemäß § 212a Abs. 1 BauGB<sup>79</sup> sofort vollziehbare Baugenehmigung ein<sup>80</sup>, kann die Bauaufsichtsbehörde auch ohne Antrag eines Dritten nach § 80 a Abs. 1 Nr. 2 VwGO von Amts wegen die Vollziehung der Baugenehmigung im überwiegenden Drittinteresse gemäß § 80 Abs. 4 Satz 1 VwGO aussetzen<sup>81</sup>.

Nachbarschutz gegen die Genehmigung eines Multiplex-Kinos<sup>82</sup> kann in einem durch Kerngebietsnutzungen und erheblichen Durchgangsverkehr vorbelasteten Wohngebiet im nicht beplanten Innenbereich nur gewährt werden, wenn die zu erwartenden Besucher- und Verkehrslärmmissionen auch angesichts der bestehenden Vorbelastung zu unzumutbaren Belästigungen führen<sup>83</sup>.

Der Inhaber eines im Außenbereich gemäß § 35 Abs. 1 BauGB privilegierten Betriebs hat weder einen allgemeinen Abwehranspruch gegen im Außenbereich unzulässige Nachbarvorhaben noch einen Anspruch auf Bewahrung der Außenbereichsqualität seines Betriebsgrundstücks.

Die Empfehlungen der VDI-Richtlinie 3471 beziehen sich auf Abstände der Tierhaltung zur Wohnbebauung und nicht zu Wohngrundstücken. Ein Schweinestall im Außenbereich ist nicht deshalb unzulässig, weil ein anderer Standort auf dem Baugrundstück den Nachbarn weniger beeinträchtigt. Ein landwirtschaftlicher Betrieb mit Reiterhof und Pension genießt gegenüber einem Schweinestall im Außenbereich keinen höheren Schutz als eine Wohnbebauung<sup>84</sup>.

Eine Kleinf Feuerungsanlage kann auch bei Einhaltung der Emissionsgrenzwerte der 1. BImSchV im Einzelfall aufgrund der konkreten örtlichen Verhältnisse zu erheblichen Belästigungen der Nachbarschaft führen und damit

78 VGH München, Beschluss vom 1. 4. 1999 – 2 CS 98.2646 –, NVwZ 1999, 1363 = BayVBl. 1999, 467.

79 § 212 a Abs. 1 BauGB soll nach OVG Saarlouis, Beschluss vom 17. 2. 1999 – 2 W 9/98 –, NVwZ 1999, 1006 auch auf vor dem 1. 1. 1998 eingelegte Rechtsbehelfe gegen Vorhaben Anwendung finden, die nicht § 10 Abs. 2 BauGB-MaßnG unterfallen. Zur Frage, ob sich § 212 a BauGB auch auf eine bauordnungsrechtliche Abweichungsentscheidung bezieht: OVG Münster, Beschluss vom 1. 12. 1998 – 10 B 2304/98 –, DVBl. 1999, 788.

80 Zum Entfallen der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs OVG Lüneburg, Urteil vom 30. 3. 1999 – 1 M 897/99 –, BauR 1999, 1163; OVG Saarlouis, Urteil vom 17. 2. 1999 – 2 W 9/98 –, NVwZ 1999, 1006 = UPR 1999, 319.

81 OVG Münster, Beschluss vom 30. 7. 1999 – 10 B 961/99 –, BauR 2000, 80 = NWVBl. 2000, 25.

82 Zur planungsrechtlichen Zulässigkeit von sog. Multiplex-Kinos: OVG Münster, Beschluss vom 28. 8. 1998 – 10 B 1353/98 –, BauR 1999, 1012 = NWVBl. 1999, 338; OVG Berlin, Beschluss vom 17. 3. 1999 – 2 S 6/98 –, BauR 1999, 1004 = LKV 1999, 367 = ZfBR 1999, 355; OVG Koblenz, Beschluss vom 1. 6. 1999 – 8 A 10447/99 –, BauR 1999, 1010 – Filmtheater-Center.

83 OVG Berlin, Urteil vom 17. 3. 1999 – 2 S 6.98 –, LKV 1999, 367 = UPR 1999, 320 – Multiplex.

84 OVG Lüneburg, Urteil vom 4. 8. 1999 – 1 M 2974/99 –.



auch das in § 35 Abs. 3 Nr. 3 BauGB enthaltene baurechtliche Rücksichtnahmegebot verletzen<sup>85</sup>.

*d) Rechtsschutz des Nachbarn bei ungenehmigtem Bauen*

§ 123 VwGO ist auch dann der statthafte Rechtsbehelf eines Nachbarn, wenn die Baubehörde das Vorhaben zu Unrecht als von der Genehmigungspflicht befreit behandelt<sup>86</sup>.

*e) Rechtsschutz des Nachbarn bei fehlender Genehmigungspflicht*

Nachbarrechtsmittel in Verfahren der Genehmigungsfreistellung haben nach Auffassung des OVG Münster Erfolg, wenn die im Freistellungsverfahren einzureichenden Bauvorlagen hinsichtlich nachbarrechtsrelevanter Baumaßnahmen zu unbestimmt sind und infolge dessen bei der Ausführung des Bauvorhabens eine Verletzung von Nachbarrechten nicht auszuschließen ist<sup>87</sup>.

*f) Rechtsschutzinteresse – Verwirkung*

Ein Nachbar ist aus dem Gesichtspunkt der unzulässigen Rechtsausübung gehindert, einen Verstoß gegen nachbarschützende Vorschriften geltend zu machen, wenn er in vergleichbarer Weise gegen diese Vorschriften verstoßen hat. Dabei kommt es bei Verstößen gegen Grenzabstandsvorschriften nicht auf eine zentimetergenaue Entsprechung an, vielmehr ist eine wertende Betrachtung anzustellen<sup>88</sup>.

*4. Rechtsschutz der Gemeinde*

Der Widerspruch einer Gemeinde gegen eine Baugenehmigung hat nach § 212 a Abs. 1 BauGB keine aufschiebende Wirkung. Auch sie ist »Dritter« i. S. dieser Vorschrift. Der Ausschluss der aufschiebenden Wirkung erstreckt sich aber nicht auf die nach § 36 Abs. 2 Satz 3 BauGB erfolgte Ersetzung des Einvernehmens der Gemeinde<sup>89</sup>.

Der Gemeinde, die ihr Einvernehmen nach § 36 Abs. 2 Satz 2 BauGB nicht fristgerecht versagt hat, soll ein Klagerecht gegen die Baugenehmigung für das entsprechende Vorhaben nicht zustehen<sup>90</sup>.

Im Anfechtungsprozess, in dem sich eine Gemeinde gegen eine Baugenehmigung wehrt, die ohne das erforderliche Einvernehmen erteilt worden ist, ist Streitgegenstand allein die von der klagenden Gemeinde in Anspruch genommene Rechtsposition, nämlich die durch das Einvernehmensefordernis geschützte Planungshoheit<sup>91</sup>. Das Gericht prüft deshalb nicht, ob der Bauherr einen mate-

riellen Anspruch auf Erteilung der beantragten Genehmigung hat. Das gilt erst recht, wenn das Gesetz der Gemeinde, wie bei Erteilung einer Befreiung nach § 31 Abs. 2 BauGB, eine eigene ermessensbezogene Entscheidung eröffnet<sup>92</sup>.

Eine Ortsgemeinde kann durch die vom Flächennutzungsplan abweichende Zulassung eines Kiesabbaus allenfalls mittelbar in ihrer Planungshoheit beeinträchtigt werden. Auf Belange des Bodenschutzes, der Landwirtschaft oder der Wasserwirtschaft kann sie sich demgegenüber nicht berufen<sup>93</sup>.

Gegen die Nutzung eines früheren sowjetischen Truppenübungsplatzes durch die Bundeswehr hat das OVG Frankfurt (Oder) Rechtsschutz gewährt. Die Bundesrepublik Deutschland kann sich danach zur Rechtfertigung einer in die Planungshoheit der Standortgemeinde eingreifenden Nutzung eines ehemals von den sowjetischen Streitkräften als Schieß- und Bombenabwurfplatz genutzten Geländes durch die Bundeswehr als Truppenübungsplatz und Luft-Boden-Schießplatz weder auf Art. 21 Einigungsvertrag noch auf das Protokoll zum Einigungsvertrag oder auf Vorschriften des Zustimmungsgesetzes zum Deutsch-Sowjetischen Truppenabzugsvertrag berufen<sup>94</sup>.

*5. Rechtsschutz in Baulandsachen*

Die gerichtliche Prüfung bestimmter Verwaltungsakte des Städtebaurechts ist auf Grund des Art. 14 Abs. 3 GG in §§ 217 ff. BauGB den ordentlichen Gerichten zugewiesen. Zuweilen ist problematisch, inwieweit in den Verfahren vor den Kammern für Baulandsachen auch Verfahrensvorschriften der VwGO zu berücksichtigen sind. Die baulandgerichtlichen Regelungen enthalten etwa keine Vorschrift dazu, wie sich das Fehlen oder die unrichtige Erteilung einer Rechtsmittelbelehrung auf die Rechtsmittelfrist des § 217 Abs. 2 Satz 1 BauGB auswirkt. Ob insoweit § 58 VwGO zumindest entsprechend anzuwenden ist, ist in der juristischen Fachliteratur umstritten. In Abgrenzung zu seiner älteren Rechtsprechung hat der BGH nun entschieden, dass eine unrichtige Rechtsmittelbelehrung durch die Verwaltungsbehörde den Lauf der Frist für den Antrag auf gerichtliche Entscheidung entsprechend § 58 VwGO jedenfalls dann hindert, wenn der Betroffene durch die Belehrung auf einen falschen gerichtlichen Weg verwiesen worden ist<sup>95</sup>.

85 BVerwG, Beschluss vom 28. 7. 1999 – 4 B 38.99 –, ZfBR 1999, 351 = RdL 1999, 285.

86 OVG Münster, Beschluss vom 8. 12. 1998 – 10 B 2255/98 –, BauR 1999, 628 = NWVBL 1999, 266.

87 OVG Münster, Beschluss vom 2. 10. 1998 – 11 B 845/98 –, DVBl. 1999, 801 (LS).

88 OVG Lüneburg, Urteil vom 30. 3. 1999 – 1 M 897/99 –, BauR 1999, 1163.

89 OVG Lüneburg, Beschluss vom 9. 3. 1999 – 1 M 405/99 –, NVwZ 1999, 1005 = UPR 1999, 231 = ZfBR 1999, 226 = BauR 1999, 884.

90 OVG Lüneburg, Beschluss vom 18. 3. 1999 – 1 L 6696/96 –, BauR 1999, 1150 = NVwZ 1999, 1003.

91 Zum erforderlichen Nachweis der Voraussetzungen für einen Abwehranspruch der Nachbargemeinde gegen ein FOC: OVG Frankfurt/O., Beschluss vom 16. 12. 1998 – 3 B 116/98 –, BauR 1999, 613; zur FOC-Problematik siehe auch OVG Koblenz, Beschluss vom 8. 1. 1999 – 8 B 12650/98 –, NVwZ 1999, 436.

92 VerwG, Beschluss vom 5. 3. 1999 – 4 B 62.98 –, BauR 1999, 1281, mit Hinweis auf BVerwG, Urteil vom 7. 2. 1986 – 4 C 43.83 –, NVwZ 1986, 556; Urteil vom 10. 8. 1988 – 4 C 20.84 –, NVwZ 1989, 6.

93 OVG Koblenz, Urteil vom 29. 7. 1999 – 1 A 11871/98 –.

94 OVG Frankfurt (Oder), Urteil vom 24. 3. 1999 – 3 A 60/97 – UPR 1999, 320.

95 BGH, Urteil vom 10. 12. 1998 – III ZR 2/98 –, DVBl. 1999, 777 = BauR 1999, 488 – denkmalgeschützte Mehraufwendungen. Zum Anspruch wegen enteignenden Eingriffs bei Beschädigung eines denkmalgeschützten Gebäudes durch Straßenbauarbeiten

### 6. Prozessuale Fragen

Auch bei einer Fortsetzungsfeststellungsklage nach § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO analog ist eine Klageerweiterung im Wege der Klageänderung gemäß § 91 Abs. 1 VwGO zulässig.

Die Klageerweiterung kann sich ihrem Inhalt nach auf die Feststellung beziehen, dass dem Kläger während eines bestimmten Zeitraums ein Anspruch auf Erteilung einer Genehmigung zustand.

Wird bei einem zulässigen Fortsetzungsfeststellungsantrag im Wege der Klageerweiterung die Feststellung begehrt, dass dem Kläger während eines bestimmten Zeitraums ein Anspruch auf Erteilung einer Genehmigung zustand, sind an das Feststellungsinteresse geringere Anforderungen zu stellen als bei einer isolierten Feststellungsklage<sup>96</sup>.

### III. Haftungsfragen

Die städtebauliche Planung ist nicht ohne Gefahren. Denn auf die planenden Städte können durchaus Entschädigungs- und Schadensersatzansprüche zukommen, die durch das Recht auf Abwägung der eigenen abwägungserheblichen Belange neuen Auftrieb bekommen haben. Gefahren lauern auch durch den Rückzug der Baugenehmigungsbehörden in Freistellungsfällen. Hier könnte am Ende der Architekt die größere Kontrollfreiheit mit einem eigenen höheren Haftungsrisiko erkaufen haben.

#### 1. Staatshaftung

Im Anschluss an seine sog. »Altlasten«-Rechtsprechung<sup>97</sup> entschied der BGH, dass die Amtsträger einer Gemeinde die Amtspflicht haben, bei der Aufstellung von Bebauungsplänen Gefahren für die Sicherheit der Wohn- und Arbeitsbevölkerung zu vermeiden<sup>98</sup>. Jedoch in Abgrenzung zur bisherigen Rechtsprechung sollen in den Schutzbereich dieser Amtspflicht bei vom Bauherrn nicht beherrschbaren Berggefahren auch solche Schäden fallen, die auf mangelnder Standsicherheit des Gebäudes infolge von Baugrundrisiken beruhen. Entsprechendes gelte für eine wegen Berggefahren rechtswidrig erteilte Baugenehmigung<sup>99</sup>. Ein schutzwürdiges Vertrauen in die Festsetzungen eines Bebauungsplans kann grundsätzlich erst mit dessen Bekanntmachung entstehen<sup>100</sup>.

der öffentlichen Hand BGH, Urteil vom 10. 12. 1998 – III ZR 233/97 –, ZfBR 1999, 171.

96 BVerwG, Urteil vom 28. 4. 1999 – 4 C 4.98 –, DVBl. 1999, 1291 = NVwZ 1999, 1105 = BauR 1999, 1128.

97 Urteil vom 26. 1. 1989 – III 194/87 –, DVBl. 1989, 604 = BGHZ 106, 323; Urteil vom 21. 12. 1989 – III ZR 49/88 –, DVBl. 1990, 683 = BGHZ 110, 1; Urteil vom 5. 12. 1991 – III ZR 167/90 –, DVBl. 1992, 558 = BGHZ 116, 215; Urteil vom 14. 10. 1993 – III ZR 156/92 –, DVBl. 1994, 283 = BGHZ 123, 363; Urteil vom 11. 12. 1997 – III ZR 52/97 –, NJW 1998, 1307.

98 Zu Amtspflichten der Gemeinde bei der Planung der Entwässerung eines Baugebietes BGH, Urteil vom 18. 2. 1999 – III ZR 272/96 –, DVBl. 1999, 609 = BGHZ 140, 380.

99 BGH, Urteil vom 29. 7. 1999 – III ZR 234/97 –, DVBl. 1999, 1507.

Die rechtswidrige Verzögerung oder Versagung der Erteilung eines positiven Bauvorbescheids oder einer Baugenehmigung stellt keinen unmittelbaren Eingriff in das Anwartschaftsrecht des vormerkungsberechtigten Grundstückskäufers dar. Ein Zivilprozess des Anwartschaftsberechtigten zur Geltendmachung von Entschädigungsansprüchen aus enteignendem oder enteignungsähnlichem Eingriff wegen rechtswidriger Verzögerung der Entscheidung über sein Baugesuch erscheint daher offensichtlich aussichtslos und begründet kein Fortsetzungsfeststellungsinteresse<sup>101</sup>.

#### 2. Haftung des Architekten

Vor allem durch die größeren Freistellungstendenzen in den Landesbauordnungen kommen auf die am Baugeschehen Beteiligten gesteigerte Verantwortlichkeiten zu. Dies gilt vor allem für die Entwurfsverfasser. Ein Architekt, der sich zur Erstellung einer Genehmigungsplanung verpflichtet, schuldet als Werkerfolg eine dauerhaft genehmigungsfähige Planung<sup>102</sup>.

Die Parteien eines Architektenvertrages können im Rahmen der Privatautonomie vereinbaren, dass und in welchen Punkten die vom Architekten zu erstellende Planung nicht genehmigungsfähig sein muss. Von einer solchen Vereinbarung kann jedoch nur in Ausnahmefällen ausgegangen werden.

Die Unsicherheit der Beurteilung der bauplanungsrechtlichen Chancen eines Vorhabens bei der Genehmigung, die sich aus den in § 34 Abs. 1 BauGB verwendeten unbestimmten Rechtsbegriffen ergeben, rechtfertigt es nicht, den Architekten im Verhältnis zum Bauherrn von vornherein von seiner vertraglichen Verpflichtung zur Erbringung einer genehmigungsfähigen Planung freizustellen.

Der Architekt, der für ein Vorhaben im nicht beplanten Innenbereich eine genehmigungsfähige Planung verspricht, hat seine Planung so zu erstellen, dass sie als zulässig i. S. des § 34 Abs. 1 BauGB beurteilt werden kann, also innerhalb eines etwaigen Beurteilungsspielraums liegt. Erst dann erfüllt er seine vertragliche Pflicht<sup>103</sup>. Auf die Architekten kommen daher erhöhte Informations- und Aufklärungspflichten zu.

100 BGH, Urteil vom 29. 7. 1999 – III ZR 234/97 –, DVBl. 1999, 1507. Zu den Amtspflichten bei der Entscheidung über ein Baugesuch für eine Windenergieanlage LG Rostock, Urteil vom 10. 6. 1999 – 4 O 359/98 –, Keine Amtspflichtverletzung bei Erlass einer Veränderungssperre durch die Gemeinde, obwohl zwischenzeitlich eine Änderung des Bebauungsplans beschlossen, aber noch nicht bekannt gemacht wurde, OLG München, Urteil vom 2. 6. 1999 – 1 U 6244/98 –.

101 VGH Mannheim, Urteil vom 11. 3. 1999 – 3 S 1524/96 –, VBIBW 1999, 343.

102 Im Anschluss an BGH, Urteil vom 19. 2. 1998 – VII ZR 236/96 –, ZfBR 1998, 186 = BauR 1998, 579 = NJW-RR 1998, 952; Urteil vom 25. 2. 1999 – VII ZR 190/97; vgl. auch Urteil vom 19. 3. 1992 – III ZR 117/90 –, BGHR BGB § 631 Architektenpflichten 2.

103 BGH, Urteil vom 25. 3. 1999 – VII ZR 397/97 –, NJW-RR 1999, 1105 = WM 1999, 1837 = MDR 1999, 1062.