

Rechtsanwalt und Notar Dr. Bernhard Stüer, Münster

Abgrabung ohne gemeindliches Einvernehmen?

I. Einführung

Die Firma K stellte im Jahre 1976 zur Erweiterung ihrer Kiesbaggerei in der Gemeinde G beim zuständigen Regierungspräsidenten einen Abgrabungsantrag. Während die Gemeinde zunächst dem beabsichtigten Vorhaben zustimmte, widerrief sie Anfang 1979 das erteilte Einvernehmen. Das Auskiesungsvorhaben erweitere — wenn auch nur geringfügig — die vorhandene Wasserfläche und habe möglicherweise für ein weiteres kleineres Vorhaben in der Nachbarschaft Vorbildwirkung. Außerdem werde das Gelände zu der sich anbietenden Erweiterung einer benachbarten Gewerbe- und Industriefläche benötigt. Im Flächennutzungsplan ist das Gebiet als landwirtschaftliche Fläche dargestellt. Die Gemeinde beabsichtigt, in den Erläuterungsbericht zum Flächennutzungsplan aufzunehmen, daß Abgrabungen nur in den im Flächennutzungsplan dargestellten Bereichen zulässig, im übrigen aber unzulässig sind. Außerdem soll für das Gebiet ein Bebauungsplan mit einer Gewerbe- und Industriegebietsnutzung aufgestellt werden. Der in Aufstellung befindliche Gebietsentwicklungsplan sowie der Entwurf des Landesentwicklungsplans V sehen demgegenüber für den fraglichen Bereich Auskiesungsflächen vor. Eine endgültige Abstimmung zwischen gemeindlicher Planung und Landesplanung steht noch aus. Die Gemeinde möchte wissen,

- ob der Regierungspräsident als Genehmigungsbehörde die beantragte Abgrabungsgenehmigung auch ohne das gemeindliche Einvernehmen erteilen darf,
- ob das zunächst erteilte gemeindliche Einvernehmen widerrufen werden konnte,
- welche Klagemöglichkeiten für die Gemeinde bestehen, wenn der Regierungspräsident die Abgrabungsgenehmigung trotz des fehlenden gemeindlichen Einvernehmens erteilt,
- ob die Gemeinde verpflichtet ist, ihr Einvernehmen zu erteilen,
- ob die Gemeinde im Falle einer Verweigerung des Einvernehmens zu Entschädigung oder Schadensersatz an die antragstellende Firma verpflichtet ist.

II. Gemeindliches Einvernehmen vor Erteilung der Abgrabungsgenehmigung erforderlich

Zunächst stellt sich die Frage, ob das gemeindliche Einvernehmen in dem Sinne erforderlich ist, daß der Regierungsprä-

sident die beantragte Abgrabungsgenehmigung ohne das gemeindliche Einvernehmen nicht erteilen darf.

1. Die gesetzlichen Regelungen in § 8 AbgrG NW, §§ 29 S. 3, 36 Abs. 1 u. 2 BBauG

Rechtsgrundlage für die Beurteilung des gestellten Antrags auf Erweiterung der Auskiesungsfläche ist zunächst § 1 AbgrG NW¹, der u. a. für die oberirdische Gewinnung von Bodenschätzen (Abgrabung) gilt, die im Verfügungsrecht des Grundeigentümers stehen (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 AbgrG). Bodenschätze im Sinne des AbgrG sind u. a. insbesondere Kies und Sand (§ 1 Abs. 2 AbgrG) — Materialien also, die hier gewonnen werden sollen. Nach § 3 Abs. 1 AbgrG bedürfen Abgrabungen der Genehmigung. Diese ist zu erteilen (§ 3 Abs. 2 AbgrG), wenn

- ein vollständiger Abgrabungsplan (§ 4 Abs. 2 AbgrG) vorliegt,
- die Ziele der Raumordnung und Landesplanung sowie die Belange der Bauleitplanung, des Naturhaushaltes, der Landschaft und der Erholung beachtet sind und
- andere öffentliche Belange im Einzelfall nicht entgegenstehen.

Genehmigungsbehörde ist nach § 8 Abs. 1 AbgrG der Regierungspräsident. Er entscheidet im Einvernehmen mit dem Träger der Bauleitplanung (§ 8 Abs. 1 S. 2 AbgrG).

Neben den Vorschriften des AbgrG gelten für Abgrabungen größeren Umfangs gem. § 29 S. 3 BBauG die §§ 30 bis 37 BBauG entsprechend². Die entsprechende Anwendbarkeit der §§ 30—37 BBauG bedeutet, daß Abgrabungen größeren Umfangs nach den planungsrechtlichen Genehmigungsvorschriften zu beurteilen sind. Diese seit dem 1. 1. 1977 geltende Regelung erstreckt sich nach der Überleitungsvorschrift des Art. 3 § 5 des Gesetzes zur Änderung des BBauG vom 18. 8. 1976 (BGBl. I S. 2221) auch auf das hier zu beurteilende Vorhaben; denn darüber war bei Inkrafttreten des vorgenannten Änderungsgesetzes noch nicht unanfechtbar entschieden³. Daraus folgt, daß gem. § 36 Abs. 1 BBauG über die Zulässigkeit von Vorhaben nach den §§ 33—35 BBauG im Einvernehmen mit der Gemeinde entschieden wird. Nach § 36 Abs. 1 S. 2 BBauG ist das gemeindliche Einvernehmen auch dann erforderlich, wenn in einem anderen Verwaltungsverfahren über die Zulässigkeit nach den §§ 33—35 BBauG entschieden wird. Eine Ausnahme gilt nur für gesetzliche Planfeststellungsverfahren, wie etwa § 31 WHG — eine Verfahrensgestaltung, mit der wir es hier nicht zu tun haben.

Ein erster Überblick über die gesetzlichen Vorschriften ergibt danach, daß der Regierungspräsident als Genehmigungsbehörde sowohl nach § 8 Abs. 1 S. 2 AbgrG als auch nach §§ 29 S. 3, 36 Abs. 1 BBauG „im Einvernehmen mit dem Träger der Bauleitplanung (Gemeinde)“ entscheidet.

¹ Gesetz zur Ordnung von Abgrabungen (Abgrabungsgesetz) i. d. F. d. Bekanntmachung v. 23. 11. 1979 (GV NW S. 922/SGV NW 75).

² § 29 S. 3 BBauG ist durch die Novelle zum BBauG vom 18. 8. 1976 (BGBl. I S. 2256) eingefügt worden, so daß mit Wirkung vom 1. 1. 1977 die §§ 30—37 BBauG anzuwenden sind. Die Novellierung war eine Reaktion auf die Entscheidung BVerwG, DVBl 1972, S. 221, wonach für Abgrabungen im Außenbereich das Einvernehmen der Gemeinde nicht erforderlich sei, da nach § 29 S. 3 BBauG 1960 auf Abgrabungen § 36 BBauG nicht anwendbar sei.

³ Vgl. hierzu und zu den maßgeblichen Prüfungskriterien nach §§ 30—37 BBauG BVerwG, DVBl 1983, S. 893.

2. Einvernehmen als zwingende Genehmigungsvoraussetzung

Es stellt sich die Frage, ob durch die vorgenannten Gesetzesvorschriften das gemeindliche Einvernehmen mit der beantragten Abgrabung in dem Sinne erforderlich ist, daß der Regierungspräsident die beantragte Genehmigung ohne das gemeindliche Einvernehmen nicht erteilen darf.

Da die beiden in Betracht kommenden Vorschriften (§ 8 I 2 AbgrG und § 36 I BBauG) insoweit wortgleich gefaßt sind, kann diese Frage einheitlich für beide Regelungsbereiche behandelt werden. Dabei kann offen bleiben, ob der landesrechtlichen Einvernehmensregelung in § 8 Abs. 1 S. 2 AbgrG neben der bundesrechtlichen Einvernehmensregelung in § 36 Abs. 1 BBauG eine selbständige Bedeutung zukommt⁴. Sollte sich herausstellen, daß die Genehmigungsbehörde nach den zu § 36 Abs. 1 BBauG entwickelten Grundsätzen das beantragte Vorhaben ohne das Einvernehmen der Gemeinde nicht genehmigen kann, so wäre damit jedenfalls die zur Prüfung gestellte Frage beantwortet unabhängig davon, ob sich aus der insofern wortgleichen landesrechtlichen Einvernehmensregelung in § 8 Abs. 1 S. 2 AbgrG eine inhaltsgleiche Sperrwirkung ergäbe.

Aus der Notwendigkeit des gemeindlichen Einvernehmens in § 36 Abs. 1 BBauG folgt, daß die Genehmigungsbehörde grundsätzlich daran gehindert ist, die Genehmigung ohne Einvernehmen der Gemeinde zu erteilen. Für das in § 36 Abs. 1 BBauG angeordnete Zusammenwirken von Genehmigungsbehörde und Gemeinde ergibt sich dabei nach den Grundsätzen, die sich zu mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsakten entwickelt haben, folgendes⁵:

- Die Genehmigungsbehörde setzt nach außen allein den Verwaltungsakt. Sie kann die Genehmigung auch gegen das Votum der Gemeinde versagen.
- Die Genehmigungsbehörde darf die Genehmigung ohne eine oder entgegen einer Stellungnahme der Gemeinde nicht erteilen.

Das gemeindliche Einvernehmen ist danach eine zwingende Genehmigungsvoraussetzung, ohne die der Regierungspräsident die Abgrabungsgenehmigung nicht erteilen darf⁶. Unabhängig von der Frage, ob sich aus § 8 Abs. 1 S. 2 AbgrG eine zusätzliche Verpflichtung zur Einvernehmenserteilung ergibt, ist der Regierungspräsident daher jedenfalls aufgrund von §§ 29 S. 3, 36 Abs. 1 BBauG rechtlich gehalten, das Einvernehmen der betroffenen Gemeinde einzuholen, bevor er der Firma K eine Abgrabungsgenehmigung für die Erweiterung der Kiesbaggerei erteilt.

III. Einvernehmen kann bis zur Genehmigungserteilung widerrufen werden

Zwar hat die Gemeinde dem Auskiesungsvorhaben ursprünglich zugestimmt. Es stellt sich jedoch die Frage, ob die Gemeinde ihr ursprünglich erteiltes Einvernehmen widerrufen konnte. Welche Gründe dazu im einzelnen maßgeblich gewesen sind, mag in diesem Zusammenhang auf sich beruhen. Entscheidend ist, daß die Gemeinde bis zur Genehmigungserteilung nach der Rechtsprechung des BGH⁷ selbst dann nicht an das Einvernehmen gebunden ist, wenn dies dem Antragsteller bekanntgegeben worden ist. Dies gilt auch für den Fall, daß die Gemeinde dem Bauwilligen das (zunächst) erteilte Einvernehmen bekannt gibt. Der BGH schließt in diesem Zusammenhang auch Entschädigungsansprüche nach Enteignungsgrundsätzen aus, da der Antragsteller durch den Widerruf des zunächst erteilten Einvernehmens nicht in einer schutzwürdigen Rechtsposition beeinträchtigt wird. Da die Gemeinde nach diesen Grundsätzen ihr Einvernehmen nach § 36 Abs. 1 BBauG Anfang 1979 zulässigerweise widerrufen hat, ist sie an die zuvor gegebene Zustimmung zu dem Auskiesungsvorhaben nicht mehr gebunden.

Aus dieser zeitlichen Abfolge ergibt sich zugleich, daß die in § 36 Abs. 2 BBauG 1979 vorgesehene Fiktion nicht greift. Zwar hat die Novelle 1979 zum Zwecke der Verfahrensbeschleunigung nunmehr eine durch Fristablauf fingierte Erteilung des Einvernehmens eingeführt, falls dieses nicht binnen zwei Monaten nach Eingang des Ersuchens der Genehmigungsbehörde verweigert wird. Für die Überleitung gilt § 183 c BBauG⁸, wonach die Neuregelung mit dem 1. 10. 1979 wirksam wurde. Da das gemeindliche Einvernehmen (bereits) Anfang 1979 ausdrücklich verweigert worden ist, kann auch über § 36 Abs. 2 S. 1 BBauG, der erst zum 1. 10. 1979 in Kraft

getreten ist, das gemeindliche Einvernehmen nicht fingiert werden.

IV. Gemeindliche Klage bei Genehmigungserteilung trotz fehlenden Einvernehmens

Würde der Regierungspräsident der Firma K die beantragte Abgrabungsgenehmigung trotz des fehlenden gemeindlichen Einvernehmens erteilen, so wäre die Gemeinde befugt, hiergegen eine Anfechtungsklage zu erheben. Die Genehmigung muß in diesem Fall ohne sachliche Prüfung des Vorhabens schon deshalb aufgehoben werden, weil ein Verfahrensfehler vorliegt. Die damit verbundene Verzögerung hat der Antragsteller in Kauf zu nehmen. Diese Auffassung des BVerwG⁹ hat in der Literatur überwiegend Zustimmung gefunden¹⁰. Maßgeblich dafür ist insbesondere, daß die betroffene Gemeinde als Trägerin der Bauleitplanung vor dem Hintergrund von Art. 28 Abs. 2 GG Selbstverwaltungsrechte für sich in Anspruch nimmt, die im Baugenehmigungsverfahren nicht übergangen werden dürfen. Würde der Genehmigungsbehörde die Möglichkeit eröffnet, sich über die in § 36 Abs. 1 S. 1 BBauG vorgesehene Einvernehmensregelung hinwegzusetzen, so würde diese Vorschrift praktisch leerlaufen. Zumindest würde die Gemeinde mit einer Klage gegen die Genehmigungsbehörde nur dann noch Erfolg haben können, wenn ihre materiellen Selbstverwaltungsbelange verletzt sind, nicht jedoch bereits für den Fall, daß sie zur Genehmigungserteilung verpflichtet gewesen wäre. Diese Einschränkung der gemeindlichen Klagemöglichkeiten auf die Fälle der rechtmäßigen Einvernehmensverweigerung widerspricht dem klaren Wortlaut von § 36 Abs. 1 BBauG, der für eine derartige Eingrenzung der gemeindlichen Klagemöglichkeiten keinen Ansatzpunkt bietet.

Verweigert eine Gemeinde ihr Einvernehmen nach § 36 Abs. 1 BBauG zu Unrecht, so kann das Einvernehmen mit kommunalaufsichtlichen Mitteln erzwungen werden¹¹. Eine Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens durch die Kommunalaufsicht ist allerdings nur dann zulässig, wenn die betroffene Selbstverwaltungskörperschaft ihr Einvernehmen zu Unrecht verweigert. Diese kommunalaufsichtliche Maß-

⁴ Vgl. zu diesem Fragenkreis *Linke*, Abgrabungsgesetz NW, Kommentar, 1982, Anm. III 1 zu § 8 AbgrG; BVerwG, DVBl 1983, S. 893.

⁵ BVerwGE 22, S. 342; BVerwG, DVBl 1966, S. 177; vgl. auch *Heinze*, VerwArch. 1961, S. 159; *ders.*, DÖV 1962, S. 834; *Schrödter*, DVBl 1972, S. 743; *ders.*, BBauG-Kommentar, 4. Aufl. 1980, Rdn. 5 zu § 36 BBauG; *Stich*, DVBl 1963, S. 193.

⁶ Vgl. dazu *Weyreuther*, Bauen im Außenbereich, § 35 BBauG-Kommentar, „Einvernehmen der Gemeinde (§ 36 Abs. 1 S. 1 BBauG)“.

⁷ BRS Bd. 23 (1970), Nr. 144 (S. 225): „Ist aber das Einvernehmen der Gemeinde lediglich ein Verwaltungsinternum, so kann es an sich die Gemeinde nicht in der Weise binden, daß diese nicht ihre Stellungnahme bis zu der Erteilung der Baugenehmigung, die auf die Rechtslage im Zeitpunkt ihrer Erteilung abstellt, ändern könnte.“

⁸ § 183 c BBauG: „In den Fällen, in denen nach § 19 Abs. 4 S. 7 und den §§ 31 und 36 BBauG das Einvernehmen der Gemeinde und die Zustimmung der höheren Verwaltungsbehörde erforderlich sind und vor dem 1. 8. 1979 das Ersuchen um das Einvernehmen oder die Zustimmung bei der Gemeinde oder der höheren Verwaltungsbehörde eingegangen und darüber nicht entschieden ist, beginnt der Lauf der in § 19 Abs. 4 S. 7, § 31 Abs. 3 und § 36 Abs. 2 BBauG bezeichneten Frist am 1. 10. 1979. Das gleiche gilt, wenn das Ersuchen bis zum 30. 9. 1979 eingeht und darüber vor Ablauf dieser Frist nicht entschieden wird.“

⁹ BVerwGE 22, S. 342.

¹⁰ Vgl. etwa *Fromm*, BB 1966, S. 1329; *Schrödter*, Anm. 7 zu § 36 BBauG; a. A. *Weyreuther*, Bauen im Außenbereich, „Einvernehmen der Gemeinde“ (S. 155f.).

¹¹ BVerwGE 22, S. 342; OVG Münster, BRS 23 (1970), Nr. 143 (S. 222); *Schrödter*, Anm. 7 zu § 36 BBauG; *Weyreuther*, Bauen im Außenbereich, „Einvernehmen der Gemeinde“ (S. 156f.).

nahme käme also nur dann in Betracht, wenn die Gemeinde zur Erteilung des Einvernehmens nach § 36 Abs. 1 BBauG verpflichtet wäre.

V. Verpflichtung zur Erteilung des gemeindlichen Einvernehmens?

Nach § 36 Abs. 1 BBauG entscheidet die Genehmigungsbehörde im Einvernehmen mit der Gemeinde. Die Genehmigungsbehörde darf daher bei fehlendem gemeindlichen Einvernehmen die beantragte Genehmigung nicht erteilen. Damit ist allerdings noch nichts darüber ausgesagt, ob und unter welchen Voraussetzungen die Gemeinde verpflichtet ist, das Einvernehmen nach § 36 Abs. 1 BBauG zu erteilen. Dieser Frage soll im folgenden nachgegangen werden.

1. Voraussetzung für die Einvernehmensverweigerung

Die Gemeinde ist bei der Frage, ob sie das Einvernehmen nach § 36 Abs. 1 BBauG erteilen will, nicht völlig frei. Sie darf das Einvernehmen vielmehr nur unter den Voraussetzungen verweigern, daß

- gemeindliche Planungsbelange betroffen sind und
- die gemeindlichen Planungsbelange zur Verweigerung der beantragten Genehmigung berechtigen.

1.1. Gemeindliche Planungsbelange betroffen

Die Einvernehmensregelung in § 36 Abs. 1 BBauG richtet sich an die Gemeinde als Trägerin der Planungshoheit¹². Diese hat nach § 1 Abs. 1 BBauG die bauliche und sonstige Nutzung der Grundstücke in der Gemeinde vorzubereiten (Flächennutzungsplan) und zu leiten (qualifizierter Bebauungsplan). Die Beachtung der städtebaulichen oder planungsrechtlichen Aspekte ergibt sich aus § 29 S. 3 BBauG, der auf die §§ 30—37 BBauG verweist. Die Berücksichtigung der erschließungsrechtlichen Belange folgt aus §§ 30, 34 und 35 BBauG. Ziff. 1.5 der VV zu § 8 AbgrG bestimmt daher zutreffend, daß die Gemeinde ihr Einvernehmen zur Abgrabung (nur) aus städtebaulichen, planungs- oder erschließungsrechtlichen Gesichtspunkten versagen darf. Die Einvernehmensverweigerung setzt daher voraus, daß gemeindliche Planungsbelange betroffen sind.

1.2 Gemeindliche Planungsbelange berechtigen zur Verweigerung der beantragten Genehmigung

Weitere Voraussetzung für die Einvernehmensverweigerung ist, daß die von der Gemeinde vorgetragene Planungsbelange dazu berechtigen, die Genehmigung für das beantragte Vorhaben zu verweigern.

Die Zuordnung zur Planungshoheit besagt noch nichts über die Qualität der von der Gemeinde zu treffenden Entscheidung. Unmittelbar und allein daraus folgt noch nichts für eine bestimmte Entscheidungsfreiheit der Gemeinde. Die Gemeinde hat vielmehr nach der Rechtsprechung des BVerwG¹³ bei der Frage, ob sie ihr Einvernehmen erteilen will oder nicht, keinen Ermessens- oder Beurteilungsspielraum. Dies bedeutet, daß das Gericht das Vorliegen der Voraussetzungen in vollem Umfang zu überprüfen hat¹⁴.

Die Gemeinde darf daher ihr Einvernehmen nach § 36 BBauG nur versagen, wenn die von ihr dargelegten gemeindlichen Belange derartig gewichtig sind, daß sie dazu berechtigen, die Genehmigung für das beantragte Vorhaben zu verweigern. Ob diese Voraussetzungen für eine Genehmigungsverweigerung vorliegen, richtet sich nach §§ 30—35 BBauG und kann durch die Gerichte vollinhaltlich überprüft werden.

2. Auskiesung als privilegiertes Außenbereichsvorhaben nach § 35 Abs. 1 Nr. 4 BBauG

Um die Frage zu prüfen, ob den von der Gemeinde angeführten gemeindlichen Planungsbelangen ein derartiges Gewicht zukommt, daß sie geeignet sind, die beantragte Genehmigung zu versagen, ist es erforderlich, die Genehmigungsvoraussetzungen für die beantragte Auskiesung zu untersuchen. Da ein wirksamer Bebauungsplan für das fragliche Gebiet nicht besteht (§ 30 BBauG) und auch die Grundsätze zum nichtbeplanten Innenbereich (§ 34 BBauG) keine Anwendung finden, richtet sich die Zulässigkeit der beantragten Auskiesung nach § 35 BBauG. Diese Vorschrift unterscheidet zwischen den privilegierten (§ 35 Abs. 1 BBauG) und den nichtprivilegierten sonstigen (§ 35 Abs. 2 BBauG) Vorhaben, für die jeweils unterschiedliche Genehmigungsvoraussetzungen gelten.

Die beantragte Auskiesung könnte ein privilegiertes Vorhaben nach § 35 Abs. 1 Nr. 4 BBauG darstellen. Danach ist ein derartiges Außenbereichsvorhaben zulässig, wenn „öffentliche Belange nicht entgegenstehen, die ausreichende Erschließung gesichert ist und wenn es (u. a.) einem ortsgebundenen gewerblichen Betrieb dient“. Das BVerwG ist in mehreren Entscheidungen davon ausgegangen, daß ein Abgrabungsvorhaben zur Kies- oder Sandgewinnung

einem „ortsgebundenen gewerblichen Betrieb dient“ und deshalb nach § 35 Abs. 1 Nr. 4 BBauG privilegiert ist¹⁵. Bauplanungsrechtlich ist daher die Genehmigung für das beantragte Vorhaben zu erteilen, wenn „öffentliche Belange nicht entgegenstehen“ und „die ausreichende Erschließung gesichert ist“.

Da Bedenken hinsichtlich der ausreichenden Erschließung nicht ersichtlich sind, hängt die Zulässigkeit des beantragten Vorhabens davon ab, ob i. S. von § 35 Abs. 1 BBauG „öffentliche Belange entgegenstehen“. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob die von der Gemeinde vorgetragene gemeindlichen Planungsbelange als „öffentliche Belange“ zur Verweigerung der beantragten Genehmigung führen können. Um diese Frage beurteilen zu können, ist es erforderlich, Umfang und Gewicht der von der Gemeinde angeführten Planungsbelange abzuschätzen.

3. Gemeindliche Planungsbelange als entgegenstehende öffentliche Belange

Die von der Gemeinde vorgetragene Planungsbelange betreffen einerseits gemeindestrukturelle Gesichtspunkte, andererseits bezwecken sie die Nutzung des fraglichen Bereichs als Erweiterungsfläche für ein benachbartes Gewerbe- und Industriegelände. Es stellt sich die Frage, ob diese Planungsbelange als entgegenstehende öffentliche Belange eine Genehmigungsverweigerung begründen können. Dies hängt mit der Frage zusammen, welches Gewicht den entgegenstehenden öffentlichen Belangen zukommen muß, um sich gegenüber einem privilegierten Außenbereichsvorhaben nach § 35 Abs. 1 BBauG als Versagungsgrund durchzusetzen.

4. Die einem privilegierten Außenbereichsvorhaben entgegenstehenden öffentlichen Belange und deren notwendiges Gewicht

Die Zulässigkeit von Vorhaben im Außenbereich hängt von ihrer Vereinbarkeit mit öffentlichen Belangen ab. Dies gilt sowohl für privilegierte (§ 35 Abs. 1 BBauG) als auch für sonstige Vorhaben (§ 35 Abs. 2 BBauG). Die aus den öffentlichen Belangen folgende Schranke wirkt sich jedoch bei privilegierten und sonstigen Vorhaben unterschiedlich aus. Das Gesetz bringt dies durch einen Wechsel in der Formulierung zum Ausdruck: Sonstige Vorhaben scheitern (schon) dann, wenn sie öffentliche Belange beeinträchtigen. Privilegierte Vorhaben scheitern dagegen (erst), wenn ihnen öffentliche Belange entgegenstehen¹⁶. Der damit zusammenhängende Unterschied ist weniger ein „quantitativer“, „eine Verschiedenheit dem Grade nach“, als ein „qualitativer“, d. h. durch das jeweilige Verhältnis zwischen dem Vorhaben und dem öffentlichen Belang

¹² BVerwGE 28, S. 145; StGH Ba.-Wü., Urt. v. 1. 7. 1976 — GR 9/75 — (Immendingen/Donau); VerfGH Saarl., AS 14, S. 145; w. Nachw. bei Linke, Abgrabungsgesetz NW, Anm. 3.1 zu § 8 AbgrG; Stürer, Funktionalreform und kommunale Selbstverwaltung, 1980, S. 168 (Fn. 95).

¹³ BVerwG, DÖV 1970, S. 349: „Der Sinn der Bezugnahme auf die sogenannte Planungshoheit besteht vielmehr einmal in der Hervorhebung des Sachzusammenhangs zwischen den §§ 2 Abs. 1 und 36 Abs. 1 S. 1 BBauG und zum anderen in dem Versuch zu kennzeichnen, daß die in § 36 Abs. 1 S. 1 BBauG vorgesehene Verfahrensbeteiligung der Gemeinde in erster Linie der Sicherung ihrer Planungshoheit dient und insofern selbst auf § 2 Abs. 1 BBauG zurückgeht. Nicht gesagt ist mit dem Hinweis auf die Planungshoheit dagegen, daß den Gemeinden innerhalb der einzelnen Genehmigungsverfahren eine bestimmte Entscheidungsfreiheit zusteht. Dies kann damit gar nicht gesagt werden, weil die Frage, was im Einzelfall den zulässigen Gegenstand der Prüfung und Erwägung bildet, maßgebend von den §§ 33—35 BBauG abhängt.“

¹⁴ Schrödter, Anm. 8 zu § 36 BBauG; Weyreuther, Bauen im Außenbereich, „Einvernehmen der Gemeinde“ (S. 153).

¹⁵ Vgl. dazu etwa BVerwG, Buchholz 406.11, Nr. 112, S. 92; Buchholz 406.11, § 35 Nr. 126, S. 20 = BVerwGE 50, S. 346; DVBl 1983, S. 893: Bei der Abgrabung von Kies in größerem Umfang handele es sich um einen „ortsgebundenen gewerblichen Betrieb“ i. S. von § 35 Abs. 1 Nr. 4 BBauG. Die Abgrabung zur Gewinnung von Gestein, Kies oder Sand „diene“ auch dem Betrieb als der organisatorischen Zusammenfassung von Betriebsanlagen und Betriebsmitteln auf einer Betriebsfläche im Sinne der Zuordnung des einen zum anderen. Darüber hinaus sei eine Wertung dahingehend erforderlich, „ob ein vernünftiger Betriebsinhaber unter Beachtung des Gebots größtmöglicher Schonung des Außenbereichs das Abgrabungsvorhaben an diesem Standort und mit etwa gleichem Umfang durchführen würde (BVerwG, Buchholz, 406.11 § 35 BBauG Nr. 126; Urt. v. 18. 3. 1983 — 4 C 17.81 — A.U., S. 8). Diese Wertung könne negativ ausfallen und einer Privilegierung des Vorhabens entgegenstehen, wenn etwa die Abgrabung kein verwendbares Gestein erbringen werde, die Abgrabung also z. B. einem anderen Zweck (z. B. Begradigung künftiger Gewerbe- oder Bauflächen, Schaffung von Kippflächen) diene oder wenn es sich um unergiebige Lagerstätten oder zu kleine Abbauflächen handele, deren Ausbeute augenfällig unwirtschaftlich sei. Im übrigen ist das BVerwG jedoch davon ausgegangen, daß die Abgrabung von Gestein oder Kies zu den privilegierten Außenbereichsvorhaben gehört.

¹⁶ Vgl. dazu insbesondere Weyreuther, Bauen im Außenbereich, „Entgegenstehen öffentlicher Belange“ (S. 159—163).

begründeter¹⁷. Privilegierte Vorhaben haben im Vergleich zu den (nur) sonstigen Vorhaben ein grundsätzlich gesteigertes Durchsetzungsvermögen gegenüber öffentlichen Belangen. Bei der im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung gebotenen (rechtsanwendenden und nachvollziehenden)¹⁸ Abwägung ist bei dem privilegierten Vorhaben zugunsten seiner Genehmigungsfähigkeit diese Privilegierung als Gewicht gebührend zu berücksichtigen. Entgegenstehende öffentliche Belange vermögen sich daher gegenüber einem privilegierten Vorhaben — im Gegensatz zu den (nichtprivilegierten) sonstigen Vorhaben — erst durchzusetzen, wenn jene Belange derart gewichtig sind, daß sie die vom Gesetzgeber angeordnete grundsätzliche Zulässigkeit derartiger privilegierter Vorhaben verhindern.

4.1. Darstellung des Flächennutzungsplans

Bei der Frage, welche gemeindlichen Belange dem geplanten Abgrabungsvorhaben entgegenstehen könnten, ist zunächst an die Darstellungen des Flächennutzungsplans zu denken. Der rechtsverbindliche Flächennutzungsplan der Gemeinde weist den für die Auskiesung vorgesehenen Bereich als landwirtschaftliche Nutzfläche aus. Eine Darstellung dieses Gebietes als Auskiesungsfläche enthält der Flächennutzungsplan nicht.

Die mangelnde Übereinstimmung des geplanten Auskiesungsvorhabens mit den Darstellungen des Flächennutzungsplans steht der Genehmigungsfähigkeit grundsätzlich jedoch nicht entgegen. Privilegierte Vorhaben sind dem Außenbereich „planartig“ in dem Sinne zugewiesen, daß der Gesetzgeber sozusagen selbst geplant hat. Während bei den sonstigen Vorhaben die (negative) Aussage eines Flächennutzungsplans (vgl. § 35 Abs. 3 Nr. 1 BBauG) nur die ohnehin für ihre Unzulässigkeit sprechende Regel bestätigt, wird die Darstellung des Flächennutzungsplans in ihrer Kraft überfordert, wenn sie sich gegenüber einem privilegierten Vorhaben durchsetzen müßte¹⁹. Die Darstellung des für die Auskiesung vorgesehenen Bereichs als „landwirtschaftliche Nutzfläche“ im Flächennutzungsplan reicht daher grundsätzlich nicht aus, um die Genehmigungsfähigkeit des Abgrabungsantrags bauplanungsrechtlich zu verneinen.

Darstellungen eines Flächennutzungsplans können im Außenbereich einem dort privilegiert zulässigen Vorhaben als öffentlicher Belang (allenfalls) entgegenstehen, wenn sie sachlich und räumlich hinreichend konkretisiert sind. Dies gilt auch nur für diejenigen privilegiert zulässigen Vorhaben nach § 35 Abs. 1 BBauG, die nicht standortgebunden sind. Für derartige Vorhaben hat das BVerwG in einer neueren Entscheidung²⁰ die Auffassung modifiziert, daß der Gesetzgeber durch § 35 Abs. 1 BBauG für die Zulassung von privilegierten Außenbereichsvorhaben „sozusagen generell geplant“ habe. Bei nicht standortgebundenen Vorhaben habe der Gesetzgeber zwar eine grundsätzliche Gleichrangigkeit der privilegierten Außenbereichsvorhaben mit Vorhaben in beplanten Gebieten (§ 30 BBauG) ausgesprochen. Eine Entscheidung über den konkreten Standort der von ihm im Außenbereich grundsätzlich für zulässig erklärten Vorhaben habe der Gesetzgeber jedoch nicht unbedingt getroffen, sondern diese Vorhaben besonders hinsichtlich ihres Standortes der Prüfung im konkreten bauaufsichtlichen Verfahren an dem Maßstab überlassen, ob öffentliche Belange entgegenstehen. Die Standortfrage könne daher noch durch andere öffentliche Belange modifiziert werden. Dies setze aber voraus, daß konkrete standortbezogene Aussagen in den Flächennutzungsplänen oder anderen raumbezogenen Plänen vorhanden seien.

Die vorgenannte Rechtsprechung des BVerwG führt aus einem doppelten Grunde nicht dazu, daß aus den Darstellungen des Flächennutzungsplans der Gemeinde dem Vorhaben entgegenstehende öffentliche Belange abgeleitet werden können. Einerseits beziehen sich die Aussagen des BVerwG nur auf solche privilegierte Außenbereichsvorhaben, die nicht standortgebunden sind. Bei den in § 35 Abs. 1 Nr. 4 BBauG genannten Vorhaben, die einem ortsgebundenen gewerblichen Betrieb dienen, handelt es sich aber gerade um standortgebundene Vorhaben, die nicht „an jedem beliebigen Standort im Außenbereich“ errichtet werden könnten, wovon das BVerwG für die übrigen privilegierten Außenbereichsvorhaben ausgeht. Andererseits enthalten die Darstellungen des Flächennutzungsplans der Gemeinde keine konkreten standortbezogenen Aussagen. Für die jetzige Fassung des Flächennutzungsplans liegt dies auf der Hand, da die Darstellung als landwirtschaftliche Nutzfläche eine konkrete standortbezogene Aussage zu der geplanten Auskiesung nicht enthält.

Ändert die Gemeinde den Erläuterungsbericht zum Flächennutzungsplan dahingehend, daß Abgrabungen nur in den im Flächennutzungsplan dargestellten Bereichen zulässig, im übrigen aber unzulässig sind, so dürfte im Ergebnis nichts anderes gelten. Auch eine derartige Ergänzung des Erläuterungsberichts würde keine konkreten standortbezogenen Aussagen enthalten, die über das allgemeine Interesse der planenden Gemeinde hinausgehen, den Außenbereich von derartigen Abgrabungsvorhaben freizuhalten. Eine standortbezogene Aussage in einem Flächennutzungsplan vermag schließlich — worauf das BVerwG zutreffend verweist²¹ — nicht die Zulässigkeit eines privilegierten Vorhabens zu überwinden, die sich bereits vor der Planung eigentümlichkräftig verfestigt hat. Davon aber ist auszugehen, wenn die Änderung des Flächennutzungsplans erst zu einem Zeitpunkt erfolgt, in dem der Antrag auf Durchführung eines Planfeststellungsverfahrens — wie hier — bereits gestellt ist.

4.2 Gemeindestrukturelle Belange

Enthalten die Darstellungen des Flächennutzungsplans nicht hinreichend konkrete Aussagen, um als öffentliche Belange dem privilegierten Vorhaben entgegenzustehen, so stellt sich die Frage, ob derartige Wirkungen von den durch die Gemeinde geltend gemachten gemeindestrukturellen Belangen ausgehen können. Es liegt auf der Hand, daß die Zulässigkeit eines privilegierten Außenbereichsvorhabens nur durch gewichtige gemeindliche Belange ausgeschlossen werden kann. Weniger gravierende, nur punktuell bedeutsame gemeindliche Vorstellungen und Interessen sind demgegenüber nicht geeignet, der Zulässigkeit eines privilegierten Vorhabens entgegenzustehen. Handelt es sich etwa um eine mehr oder weniger geringfügige Erweiterung eines bereits vorhandenen Kiesabbaus, so wird es schwerfallen, entgegenstehende gemeindestrukturelle Belange als verletzt anzusehen. Anders dürfte es sich verhalten, wenn die geplante Auskiesungsmaßnahme wegen ihres Umfangs und ihrer Bedeutung für das gesamte Gemeindegebiet die gemeindliche Struktur elementar beeinflusst und zum wichtigen Faktor für Gestalt und Gepräge der Gemeinde wird. Dabei ist neben dem einzelnen Vorhaben und seiner Bedeutung für die Gemeindestruktur auch die Vorbildwirkung mit einzubeziehen, die das zur Genehmigung anstehende Vorhaben auf Folgeanträge haben kann. Auch wird von Bedeutung sein, ob die Gemeinde bereits heute mit großen Wasserflächen und deren Folgeproblemen belastet ist. Ob derartige wichtige gemeindestrukturelle Belange dem weiteren Kiesabbau entgegenstehen, bedarf der Prüfung im Einzelfall. Es muß sich dabei jedenfalls um gravierende Auskiesungsvorhaben handeln, die letztlich die Gemeindestruktur und damit die Fortexistenz der Gemeinde in ihrer bisherigen Funktion in Frage stellen. Derartige Befürchtungen, wonach die geplante Auskiesungsmaßnahme zusammen mit einer Kette von weiteren Auskiesungsanträgen die gesamte Gemeindestruktur auf Dauer nachhaltig verändert und das Gemeindegebiet in eine „Seen- und Kraterlandschaft“ verwandelt, sind hier nicht berechtigt. Es handelt sich vielmehr um die Erweiterung eines vorhandenen Kiesabbaus, die sich eher als Arrondierungsmaßnahme darstellen dürfte und daher — bezogen auf das gesamte Gemeindegebiet — nicht ins Gewicht fällt.

4.3 Nutzung als Erweiterung eines Gewerbe- und Industriegeländes im Anschlußbereich

Liegen danach keine ausreichenden Anhaltspunkte dafür vor, daß die Gemeinde bereits aus den vorgenannten gemeindestrukturellen Gesichtspunkten ihr Einvernehmen nach § 36 Abs. 1 BBauG versagen dürfte, so stellt sich die Frage, ob sich die Einvernehmensverweigerung mit den Planungsvorstellungen der Gemeinde begründen läßt, den für die Auskiesung vorgesehenen Bereich in einem Bebauungsplan als Gewerbe- und Industriegelände vorzuhalten. Die Berechtigung dieser gemeindlichen Interessen als „entgegenstehende öffentliche Belange“ soll unter zwei Gesichtspunkten erörtert werden:

- Zunächst stellt sich die Frage, ob derartige Planungsabsichten, die noch nicht in wirksamen Plänen konkretisiert worden sind, als öffentliche Belange anerkannt werden können.
- Außerdem ist zu fragen, welche Auswirkungen es auf die Genehmigungsfähigkeit des Auskiesungsantrags hat, daß derartige Planungsabsichten der Gemeinde in Konkurrenz zur Landesplanung stehen könnten.

4.3.1 Planungsabsichten als öffentlicher Belang

Die Vorstellungen der Gemeinde, den für die Entkiesung vorgesehenen Bereich als Erweiterung eines Gewerbe- und Industriegeländes im Anschlußbereich auszuweisen, sind bisher (noch) nicht in wirksamen Bauleitplänen niedergelegt. Auch ein Verfahren zur Aufstellung eines Bebauungsplans ist bisher nicht eingeleitet worden. Es stellt sich daher die Frage, ob diese gemeindlichen

¹⁷ BVerwGE 28, S. 148.

¹⁸ Es handelt sich dabei nicht um eine gestaltende Abwägung in dem Sinne, daß die Genehmigungsbehörde befähigt wäre, zwischen dem Vorhaben und dem mit ihm kollidierenden Belang gewissermaßen abwägend zu wählen, also gestaltend das eine dem anderen vorzuziehen.

¹⁹ BVerwGE 28, S. 148; Hoppe, in *Ernst/Hoppe*, Das öffentliche Bau- und Bodenrecht, Raumplanungsrecht, 2. Aufl. 1982, Rdnr. 397; Weyreuther, Bauen im Außenbereich, „Darstellungen des Flächennutzungsplans“ (S. 133) m. Hinweis darauf, daß sich die Rechtfertigung dieser unterschiedlichen Behandlung aus der Wertigkeit der auf § 35 Abs. 1 BBauG beruhenden, mit der Privilegierung verbundenen Rechtsposition ergibt.

²⁰ BVerwG, DVBl 1984, S. 627; vgl. auch Ur. v. 20. 1. 1984 — 4 C 70.79 — für die Konkretisierung der Ziele der Raumordnung und Landesplanung gegenüber nicht privilegierten Außenbereichsvorhaben nach § 35 Abs. 2 BBauG und BGH, DVBl 1984, S. 332, wonach Ziele der Raumordnung und Landesplanung nicht zu den „sonstigen öffentlichen Belangen“ gehören, die einem sonst nach § 34 Abs. 1 BBauG zulässigen Innenbereichsvorhaben entgegenstehen können. Vgl. auch die Antwort der Landesregierung NW auf die Kleine Anfrage (1282 v. 2. 5. 1984 Drs. 9/3415) v. 10. 7. 1984 (Drs. 9/3569).

²¹ BVerwG, DVBl 1984, S. 627 (628).

Planungen, die noch nicht in einem fertigen Planwerk konkretisiert sind, gegenüber einem privilegierten Außenbereichsvorhaben nach § 35 Abs. 1 BBauG eine Sperrwirkung entfalten können.

In der Rechtsprechung wird überwiegend angenommen, daß öffentliche Planungen von einem bestimmten Stadium an als öffentliche Belange Berücksichtigung finden können. Soweit Gesetze dies anordnen, liegt dies auf der Hand²². Die Rechtsprechung geht darüber jedoch hinaus: Sowohl für die in Aufstellung befindlichen Flächennutzungs-²³ und Bebauungspläne²⁴ als auch für angelaufene Fachplanungsverfahren (etwa straßenrechtliche Planfeststellungsverfahren)²⁵ wird — von einem bestimmten Stadium an — eine Sperrwirkung bejaht. Einige Entscheidungen gehen auch darüber noch hinaus, indem sie eine Sperrwirkung sogar schon vor der Einleitung eines förmlichen Verfahrens für möglich erklären²⁶.

Weyreuther²⁷ geht davon aus, daß eine Sperrwirkung öffentlicher Planung gegenüber Außenbereichsvorhaben dreierlei voraussetzt:

- Ein gewichtiger Konflikt zwischen dem privaten Vorhaben und der öffentlichen Planung. Er ist gegeben, wenn durch die Ausführung des privaten Vorhabens die angelaufene Planung „unmöglich gemacht oder wesentlich erschwert werden“ würde,
- eine hinreichende Verlässlichkeit, daß die Planung in der vorgesehenen Weise in absehbarer Zeit ihren Abschluß findet, und
- ein ausreichend konkretes Planungsstadium.

Gegenüber privilegierten Außenbereichsvorhaben (§ 35 Abs. 1 BBauG) können sich öffentliche Planungen als entgegenstehende öffentliche Belange im übrigen nur durchsetzen, wenn sie von hinreichendem Gewicht sind.

Gemessen an diesen Grundsätzen stellt sich die Frage, ob die Planungsvorstellungen der Gemeinde bereits als hinreichend konkrete öffentliche Belange eingestuft werden können, die in der Lage sind, einem privilegierten Außenbereichsvorhaben die Genehmigung zu versagen. Die Vorstellung der Gemeinde, im Anschluß an ein Gewerbe- und Industriegebiet Erweiterungsflächen auszuweisen, mag ihre Berechtigung haben. Bedenken bestehen jedoch hinsichtlich des Standes der Planungsarbeiten, da ein Aufstellungsbeschluß für einen Bebauungsplan bisher noch nicht vorliegt. Erst dieser Beschluß könnte aber letztlich eine hinreichende Konkretisierung der Planungsabsichten herbeiführen und Anhaltspunkte dafür geben, daß die gemeindlichen Planungen Gestalt gewinnen. Ein derartiger Aufstellungsbeschluß könnte allerdings vom Rat der Gemeinde gefaßt werden.

4.3.2 Konkurrenz zur Landesplanung

Mit der Aufstellung eines Bebauungsplans zur Ausweisung eines Gewerbe- und Industriegebietes tritt ein weiteres Problem in das Blickfeld: Die Konkurrenz der gemeindlichen Planungsvorstellungen zur Landesplanung. Im Außenverhältnis zum Antragsteller spielen diese Fragen allerdings nur eine Rolle, wenn die Ziele der Raumordnung und Landesplanung hinreichend konkretisiert sind und hierdurch genügend Gewicht haben, um sich gegenüber der planartigen Zuweisung privilegierter Vorhaben im Außenbereich durchzusetzen²⁸. Sind die Ziele der Raumordnung und Landesplanung nicht hinreichend konkretisiert, so fehlt es an der erforderlichen Außenwirkung mit der Folge, daß privilegierten Außenbereichsvorhaben derartige Ziele, Pläne und Programme nicht entgegenstehen²⁹. Positive Auswirkungen für das beantragte Auskiesungsvorhaben im Blick auf seine Genehmigungsfähigkeit nach § 35 Abs. 1 BBauG haben die vorgenannten Pläne und Planentwürfe ohnehin nicht.

Bedeutung kann die in diesen Entwürfen zum Ausdruck kommende Auffassung der Landesplanung nur insofern haben, als die davon abweichenden gemeindlichen Planungsvorstellungen in Konkurrenz dazu treten und in den Darstellungen des Gebietsentwicklungsplans ihre Grenze finden können. Nach § 1 Abs. 4 BBauG sind die Bauleitpläne den Zielen der Raumordnung und der Landesplanung anzupassen. Dies bedeutet, daß sich die Gemeinden bei der Aufstellung neuer Bauleitpläne nicht in Widerspruch zu den Zielen der Raumordnung und Landesplanung setzen dürfen (negative Anpassungspflicht). Die Verpflichtung in § 1 Abs. 4 BBauG kann aber auch bedeuten, daß die Gemeinde bei Vorliegen entsprechender Voraussetzungen ihre Bauleitplanung auf Verlangen der Planungsbehörde ändern muß, wenn sich eine Divergenz zu den Zielen der Raumordnung und Landesplanung ergibt (positive Anpassungspflicht)³⁰.

Für das Zusammenwirken von Landes-, Regional- und städtebaulicher Planung ergibt sich allerdings — wie § 1 Abs. 4 BBauG als Vermutung nahelegen würde — kein absoluter Vorrang der übergeordneten Planung im Verhältnis zur kommunalen Bauleitplanung. Es werden vielmehr sowohl staatliche als auch kommunale Einflüsse wirksam, die nach Art eines „Gegenstromprinzips“ zum Ausgleich zu bringen sind. Für das Stufenverhältnis von (hochstufiger) Landesplanung, Regionalplanung und gemeindlicher Bauleitplanung gilt:

Die übergeordnete und rahmensetzende Raumordnung und Landesplanung, die aus staatlicher Gesamtverantwortung und Gesamtsicht eine zusammenfassende räumliche Ordnung von Bund und Ländern beinhaltet und durch Großräumigkeit und Weitmaschigkeit gekennzeichnet ist³¹, gehört zum staatlichen Verantwortungsbereich. Bei aller im Hinblick auf die Bindungswirkungen not-

wendigen Konkretisierung, Klarheit und Verständlichkeit und bei aller Anerkennung eines wachsenden landesplanerischen Gestaltungswillens, der besonders durch Landesentwicklungsprogramm und Landesentwicklungspläne deutlich wird, dürfen staatliche Raumordnung und Landesplanung nicht den Charakter einer Detailplanung mit parzellenscharfer Ausweisung annehmen und damit die Ortsplanung zur weisungsgebundenen Vollzugsinstanz degradieren³². Die staatliche Landesplanung hat daher durch eine mehr globale Steuerung, die noch kommunalen Alternativplanungen Raum läßt, ausreichende Handlungsspielräume zu eröffnen und dadurch Übergriffe in die kommunale Entscheidungsfreiheit zu verhindern. Eine so verstandene grobmaschige Landesplanung und Raumordnung, die mehr durch rahmensetzende Leitlinien und Negativplanungen als durch positive Planungsgebote gekennzeichnet ist, gehört zum staatlichen Bereich. Sie gerät in die gemeinsame Verantwortung von Staat und kommunaler Selbstverwaltung, je weitergehende Vorgaben sie für die kommunale Planung enthält und je verbindlichere Festlegungen sie für die kommunale Entwicklung beinhaltet.

In die großräumige staatliche Raumordnung und Landesplanung ist die kommunale Bauleitplanung eingebunden, die grundsätzlich zum gemeindlichen Aufgabenkreis gehört und den Gemeinden jedenfalls nicht vollständig entzogen werden darf. In einer Übergangszone zwischen der staatlichen Raumordnung und Landesplanung einerseits und der kommunalen Bauleitplanung andererseits befindet sich die Regionalplanung (Gebietsentwicklungsplanung), die eine planerische Zusammenfassung in sich geschlossener oder zusammenhängender regionaler Wirtschaftsräume enthält und — was ihren materiellen Aufgabencharakter angeht — sowohl staatliche als auch kommunale Elemente aufweist. Sie steht im Schnittpunkt von staatlicher Planung und Impulsen der kommunalen Selbstverwaltung und bildet damit einen Bestandteil der kondominalen Aufgaben, für die eine gemeinsame Verantwortung von Staat und Selbstverwaltung kennzeichnend ist³³.

Gemessen an diesen Grundsätzen bedarf es einer gegenseitigen Abstimmung zwischen Regional- und Bauleitplanung und einer wechselseitigen Rücksichtnahme auf die ggf. divergierenden Interessen und Belange. Die unterschiedlichen Nutzungsvorstellungen sollten dabei möglichst zum Ausgleich gebracht werden. Jedenfalls hat aber die Regionalplanung die berechtigten gemeindlichen Anliegen und Wünsche ausreichend zu berücksichtigen. Solange die unterschiedlichen Vorstellungen zwischen Regional- und Bauleitplanung noch nicht ausgeglichen sind, besteht eine wechselseitige Sperrwirkung: Die Gemeinde ist nicht in der Lage, einen Bauleitplan zu verabschieden, der im Widerspruch zu den Zielen der Raumordnung und Landesplanung steht. Aber auch die Landesplanung kann ihre Planungsvorstellungen gegen den Willen der Gemeinde nicht (positiv) durchsetzen, solange sie nicht von dem Mittel eines landesplanerischen Planungsgebotes³⁴ Gebrauch macht.

Diese gegenseitige Sperrwirkung von Landesplanung und kommunaler Bauleitplanung besteht auch gegenwärtig im Bereich der für die Auskiesung vorgesehenen Flächen. Die Entwürfe des Landesentwicklungsplans V und des Gebiets-

²² Vgl. etwa § 9 Abs. 4 S. 1 FStrG, der die Anbauverbote des § 9 Abs. 1 und 2 FStrG als „Beschränkungen“ auch „bei geplanten Bundesfernstraßen... vom Beginn der Auslegung der Pläne eintreten läßt“.

²³ BVerwG, Buchholz 406.11 § 35 BBauG Nr. 129, S. 36; VGH Kassel, NJW 1978, S. 557 (558); OVG Lüneburg, BRS 15, Nr. 50 (S. 107, 108) und BRS 22, S. 127 f.

²⁴ BVerwG, DVBl 1974, S. 781.

²⁵ Vgl. dazu insgesamt Weyreuther, Bauen im Außenbereich, „Öffentliche Planung als öffentlicher Belang“ (S. 329, 331) sowie BVerwGE 34, S. 146.

²⁶ VGH Kassel, BRS 25, Nr. 73 (S. 161) (gemeindliche Planungsabsichten einer Siedlungserweiterung); OVG Lüneburg, BRS 20, Nr. 43 (S. 73, 75) (Verlegung einer Fernstraße bei Vorliegen nur einer formlosen ministeriellen Zustimmung) und OVG Münster, BRS 32, Nr. 77 (S. 147 f.) (Bebauungsplan; Offenhalten der Gestaltungsfreiheit); vgl. dazu insgesamt Weyreuther, Bauen im Außenbereich, „Öffentliche Planung als öffentlicher Belang“ (S. 329, 331).

²⁷ Bauen im Außenbereich, S. 329 ff.

²⁸ BVerwG, Urt. v. 18. 3. 1983 — 4 C 17.81 — A.U. S. 13.

²⁹ Vgl. zu § 34 BBauG auch BGH, DVBl 1984, S. 332.

³⁰ Vgl. Schrödter, BBauG — Kommentar, Anm. 7 zu § 1 BBauG; Stürer, Funktionalreform und kommunale Selbstverwaltung, 1980, S. 236, 262 ff. Vgl. auch § 21 Landesplanungsgesetz NW.

³¹ Vgl. dazu insgesamt BVerwGE 6, S. 342; VGH Ba.-Wü., BWVPr. 1977, S. 133; Blümel, DVBl 1975, S. 695 (702); ders., VVDStRL Bd. 36 (1978) S. 171; Stürer, Funktionalreform und kommunale Selbstverwaltung, 1980, S. 262 m. w. Nachw.

³² Stern/Burmeister, Die Verfassungsmäßigkeit eines landesrechtlichen Planungsgebotes für Gemeinden, 1975, S. 30.

³³ Bielenberg, DÖV 1967, S. 190 (191); Schmidt-Abmann, AöR Bd. 101 (1976), S. 520.

³⁴ Vgl. § 21 LaPlaG NW.

entwicklungsplans sehen für den fraglichen Bereich Auskiesungsflächen vor, während die gemeindlichen Planungsvorstellungen dahin gehen, die landwirtschaftliche Nutzfläche zu erhalten (Flächennutzungsplan) und auf Dauer durch die Aufstellung eines Bebauungsplans eine Nutzung als Gewerbe- und Industriegebiete vorzusehen. Solange die Landesplanung nicht ein entsprechendes Planungsgebot erläßt, besteht im Verhältnis zwischen kommunaler Bauleitplanung und Landesplanung diese gegenseitige Sperrwirkung fort. Im Aufstellungsverfahren zum Landesentwicklungsplan V und zum Gebietsentwicklungsplan sind gegenseitige Abstimmungen und Rücksichtnahmen auf die unterschiedlichen Interessen des Landes und der Gemeinde angezeigt. Dieses Abstimmungsverfahren zwischen Landesplanung und kommunaler Bauleitplanung sollte zunächst abgewartet werden, um sodann das Ergebnis der wechselseitigen Abstimmung der Beurteilung des beantragten Auskiesungsvorhabens zugrunde zu legen.

Sollten die gemeindlichen Planungsabsichten, die darauf gerichtet sind, den fraglichen Bereich als Gewerbe- und Industriegebiete zu nutzen, durch einen Bebauungsplanaufstellungsbeschluß in ein konkreteres Stadium treten, so spricht vieles dafür, darin einen öffentlichen Belang mit Gewicht zu sehen. Ob dieser Belang so stark ist, daß er sich gegenüber dem an sich privilegierten Auskiesungsvorhaben durchzusetzen vermag, ist eine Frage der (nachvollziehenden) Abwägung. Dabei sollte allerdings berücksichtigt werden, daß durch den Beginn der Auskiesungsarbeiten das fragliche Gelände für eine andere Nutzung im Sinne der Vorstellungen der Gemeinde nicht mehr zur Verfügung steht mit der Folge, daß die gemeindlichen Pläne selbst dann nicht mehr verwirklicht werden könnten, wenn sie sich im weiteren Abstimmungsverfahren mit der Landesplanung durchsetzen würden. Insofern würden durch die Genehmigung des Abgrabungsantrags und deren Vollzug „vollendete Fakten“ geschaffen, die eine andere — unter dem Blickwinkel öffentlicher Interessen möglicherweise sinnvollere — Nutzung ausschließen würden. Dieses Offenhalten für eine andere Nutzung dürfte ein öffentlicher Belang mit einem derart starken Gewicht sein, daß er der Genehmigungsfähigkeit des privilegierten Außenbereichsvorhabens entgegensteht.

VI. Verpflichtung der Gemeinde zur Entschädigung oder zum Schadensersatz?

Versagt die Gemeinde ihr Einvernehmen und wird daher die Abtragungsgenehmigung für den Kiesabbau versagt, so stellt sich die Frage nach einem Entschädigungs- oder Schadensersatzanspruch des Kiesunternehmens. Dabei scheiden Schadensersatz- oder Entschädigungsansprüche wegen des früheren zustimmenden Verhaltens der Gemeinde zur beabsichtigten Erweiterung der Kiesbaggerei aus, weil das erteilte Einvernehmen bis zur Genehmigungserteilung auch unter Vertrauensschutzgesichtspunkten entschädigungslos widerrufen werden kann³⁵.

1. Entschädigungsansprüche wegen eines rechtswidrigen „enteignungsgleichen“ Eingriffs

Ein Entschädigungsanspruch könnte unter dem Gesichtspunkt eines entschädigungspflichtigen rechtswidrigen („enteignungsgleichen“) Eingriffs in das Eigentum gegeben sein. Auch nach dem „Naßauskiesungsbeschluß“ des BVerfG³⁶ bleibt es nach Auffassung des BGH dabei, daß für „rechtswidrige hoheitliche Eingriffe in das Eigentum nach den von der Rechtsprechung für den enteignungsgleichen Eingriff entwickelten Grundsätzen Entschädigung zu leisten ist“³⁷. Sollte daher die Versagung der Genehmigung einen rechtswidrigen Eingriff in das Eigentum des Kiesunternehmens darstellen, so wäre hierfür nach den Grundsätzen des enteignungsgleichen Eingriffs, die auf dem Aufopferungsgedanken beruhen, Entschädigung zu gewähren. Für die dazu erforderliche Abgrenzung von Sozialbindung des Eigentums (Art. 14 Abs. 2 GG) einerseits und Enteignung (Art. 14 Abs. 3 GG) andererseits ist von Bedeutung, ob sich die Versagung des Vorhabens aus der Situationsgebundenheit des Grundstücks ableitet oder eine Nutzung unterbunden wird, mit der nach Lage der Dinge gerechnet werden konnte.

Der BGH³⁸ hat dazu folgende Grundsätze aufgestellt: Eine situationsbedingte Belastung des Grundstücks kann angenommen werden, wenn ein — als Leitbild gedachter — vernünftiger und einsichtiger Eigentümer, der auch das Gemeinwohl nicht aus dem Auge verliert, von sich aus im Blick auf die Lage und die Umweltverhältnisse seines Geländes von bestimmten Formen der Nutzung absehen würde³⁹. Hierfür sind i. d. R. die bisherige Benutzung und der Umstand von Bedeutung, ob die Benutzungsart in der Vergangenheit schon verwirklicht worden war. Auch noch nicht verwirklichte zulässige Nutzungsmöglichkeiten, die sich nach Lage und Beschaffenheit des Grundstücks objektiv anbieten, müssen dabei berücksichtigt werden⁴⁰.

Bei der danach vorzunehmenden Abwägung hat zwar der Umstand eine besondere Bedeutung, daß es sich bei der beantragten Auskiesung um ein

privilegiertes Außenbereichsvorhaben nach § 35 Abs. 1 BBauG handelt, gegenüber dem sich nur gewichtige öffentliche Belange durchsetzen können. Andererseits muß aber berücksichtigt werden, daß die Gemeinde ihr Einvernehmen im Hinblick auf die beabsichtigte Ausweisung des Bereichs als Gewerbe- und Industriegebiet versagt und damit konkrete gemeindliche Belange in der Bestimmung der Eigentümerposition einbringt. Diese konkreten Planungsabsichten dürften die individuellen Eigentümerinteressen an einer weitestgehenden Ausnutzung seiner wirtschaftlichen Möglichkeiten überlagern und den Gehalt der Eigentumsgarantie mit prägen. Sollte sich — was die Gemeinde vorträgt — die Ausweisung des fraglichen Bereichs zu einem Gewerbe- und Industriegebiet mindestens ebenso anbieten wie die Erweiterung der Kiesbaggerei, so muß es im Rahmen der gemeindlichen Gestaltungsfreiheit liegen, durch Bauleitplanung die Kollision unterschiedlicher Raumnutzungsansprüche nach ihren eigenen Vorstellungen zu entscheiden. Die Eigentumsgarantie muß insoweit gegenüber dem Planungsfreiraum der Gemeinde zurückweichen mit der Folge, daß unter dem Gesichtspunkt eines enteignungsgleichen Eingriffs eine Entschädigung für die beabsichtigten Planungen der Gemeinde nicht zu gewähren ist.

Vor diesem Hintergrund hat das Kiesunternehmen auch eine einstweilige Zurückstellung der Entscheidung nach § 36 BBauG hinzunehmen, solange die Nichterteilung des gemeindlichen Einvernehmens bei ordnungsgemäßem Verfahrensablauf gerechtfertigt ist⁴¹.

2. Schadensersatzansprüche aufgrund Amtshaftung?

Sind Entschädigungsansprüche des Kiesunternehmens nach den Grundsätzen des enteignungsgleichen Eingriffs nicht gegeben, so sollen abschließend Schadensersatzansprüche aufgrund einer Amtspflichtverletzung (§ 839 I BGB, Art. 34 GG) erörtert werden.

Nach § 839 Abs. 1 S. 1 BGB setzt ein Amtshaftungsanspruch voraus, daß ein Beamter vorsätzlich oder fahrlässig die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht verletzt. Für das Baugenehmigungsverfahren hat der BGH⁴² „eine Amtspflichtverletzung der Beamten der beteiligten Gemeinde gegenüber dem Baubewerber“ angenommen, „wenn sie das nach § 36 Abs. 1 BBauG erforderliche Einvernehmen der Gemeinde versagen, obwohl das Bauvorhaben nach den §§ 33—35 BBauG zulässig ist“⁴³.

Ausgehend von dieser Rechtsprechung käme ein Amtshaftungsanspruch der Firma K in Betracht für den Fall, daß die Gemeinde zu Unrecht ihr Einvernehmen verweigert. Dies hängt im wesentlichen davon ab, ob die von der

³⁵ BGH, BRS Bd. 23 (1970) Nr. 144 (S. 225).

³⁶ BVerfGE 58, S. 300: „Sieht der Bürger in der gegen ihn gerichteten Maßnahme eine Enteignung, so kann er eine Entschädigung nur einklagen, wenn hierfür eine gesetzliche Anspruchsgrundlage vorhanden ist. Fehlt sie, so muß er sich bei den VG um die Aufhebung des Eingriffsaktes bemühen. Er kann aber nicht unter Verzicht auf die Anfechtung eine ihm vom Gesetz nicht zubilligte Entschädigung beanspruchen; mangels gesetzlicher Grundlage können die Gerichte auch keine Entschädigung zusprechen. Der Betroffene hat hiernach kein Wahlrecht, ob er sich gegen eine wegen Fehlens der gesetzlichen Entschädigungsregelung rechtswidrige ‚Enteignung‘ zur Wehr setzen oder unmittelbar eine Entschädigung verlangen will. Läßt er den Eingriffsakt unanfechtbar werden, so verfällt seine Entschädigungsklage der Abweisung.“

³⁷ BGH, DVBl 1984, S. 391.

³⁸ Vgl. dazu BGH, DVBl 1984, S. 391.

³⁹ BGHZ 23, S. 30 (33); BGHZ 30, S. 338 (343); BGHZ 60, S. 126 (130f.); BGHZ 72, S. 211 (216f.) (Denkmalschutz Baden-Baden); BGHZ 77, S. 351 (354) (Landschaftsschutz und Enteignung); BGHZ 80, S. 111 (115f.) (Hochwasserschutz und Enteignung); BGHZ 87, S. 66 (Enteignung einer Kiesbaumöglichkeit infolge des Ausbaus einer Wasserstraße); BGH, NJW 1977, S. 945; BVerwGE 49, S. 365 (368) (Naturschutzgebiet /Schaumlava).

⁴⁰ BGHZ 60, S. 126 (130); BGHZ 77, S. 351 (354) (Landschaftsschutz und Enteignung); BGHZ 87, S. 66 (Enteignung einer Kiesbaumöglichkeit infolge des Ausbaus einer Wasserstraße).

⁴¹ BGH, DVBl 1984, S. 391 (393).

⁴² BGHZ 65, S. 182.

⁴³ Den Mitgliedern einer Baukommission der Gemeinde sei im Sinne von Art. 34 GG ein „öffentliches Amt“ anvertraut, und sie würden im Rahmen des § 36 BBauG hoheitlich für die Gemeinde als Trägerin der Planungshoheit tätig. Jedes Mitglied der Baukommission gelte daher als „Beamter“ der Gemeinde im haftungsrechtlichen Sinne, BGHZ 65, S. 182 (Fn. 42) m. Hinw. auf BGH, WM 1975, S. 630; VersR 1970, S. 1007 (1009). Die Beteiligung der Gemeinde diene zwar vornehmlich öffentlichen Zwecken und ihre Entscheidung sei (lediglich) als Verwaltungsinternum zu werten. Gleichwohl bestünden aber zwischen der beteiligten Gemeinde und dem Antragsteller „besondere Beziehungen, die es rechtfertigen, eine Amtspflichtverletzung gegenüber dem Bauwilligen dann anzunehmen, wenn die Beamten der Gemeinde das nach § 36 Abs. 1 BBauG erforderliche Einvernehmen versagen, obwohl das Bauvorhaben nach den §§ 33—35 BBauG zulässig ist.“

Gemeinde vorgetragenen gemeindestrukturellen Gesichtspunkte und anderweitigen Planungsabsichten als öffentliche Belange derartig gewichtig sind, daß sie sich gegenüber dem privilegierten Außenbereichsvorhaben nach § 35 Abs. 1 Nr. 4 BBauG durchsetzen.

Selbst wenn man davon ausgeht, daß die Privilegierungsgründe gewichtiger sind und die Gemeinde daher trotz ihrer gemeindestrukturellen Bedenken und anderweitiger Planungsvorstellungen das gemeindliche Einvernehmen nach § 36 Abs. 1 BBauG hätte erteilen müssen, so ist damit der Amtshaftungsanspruch der Firma K noch nicht begründet. Amtshaftung setzt Verschulden voraus. Es müßte daher von der antragstellenden Firma (zusätzlich) nachgewiesen werden, daß die Gemeinde bei der Verweigerung ihres Einvernehmens schuldhaft i. S. von § 839 Abs. 1 BBauG gehandelt hat. Das bedeutet, daß nicht jede objektiv unrichtige Sachbehandlung die Ersatzpflicht zur Folge hat. Die Amtspflichtverletzung muß vielmehr vorsätzlich oder fahrlässig begangen worden sein. Die an die Sorgfaltspflicht zu stellenden Anforderungen richten sich nach dem pflichtgetreuen Durchschnittsbeamten. Hat etwa ein mit mehreren rechtskundigen besetztes Kollegialgericht (unrichtigerweise) die Handlung des Beamten für objektiv berechtigt gehalten, so ist im allgemeinen Verschulden des Beamten zu verneinen⁴⁴.

Bei Anwendung dieser Grundsätze darf nicht unberücksichtigt bleiben, daß die Frage, ob die Gemeinde das Einvernehmen zu erteilen hat oder nicht, von der Bewertung eines komplexen Sachverhalts abhängt und in diesem Zusammenhang die Abwägung unterschiedlicher Interessen — des privilegierten Außenbereichsvorhabens einerseits und der entgegenstehenden öffentlichen Belange andererseits — erforderlich ist. Wenngleich die Gemeinde bei Durchführung dieser Abwägung keinen eigenen Beurteilungsspielraum hat, so muß es jedoch erlaubt sein, bei Einstellung sämtlicher Belange im Bereich der Gewichtungen der Belange und der Gesamtabwägung möglicherweise eine andere Einschätzung vorzunehmen, als diese später etwa von den Gerichten vollzogen wird. Nicht jede Abweichung in der Bewertung von Belangen führt daher zu einem Verschulden der Gemeinde und damit zu einem gegen sie gerichteten Amtshaftungsanspruch des betroffenen Antragstellers.

Voraussetzung für eine derartige Haftung dürfte vielmehr sein, daß die Gemeinde entweder hinsichtlich der Systematik des Vorgehens nicht sämtliche nach Lage der Dinge zu berücksichtigenden Belange in die Abwägung eingestellt hat oder bei der Bewertung einzelner Belange (Abwägungsfehlschätzung) oder der Gesamtabwägung (Abwägungsdisproportionalität) eindeutige und offensichtliche Fehlbewertungen vorgenommen hat. Hält die Gemeinde sich indes im Rahmen vertretbarer Rechtsanwendung, so dürfte sie nach den Grundsätzen zu § 839 Abs. 1 BGB, Art. 34 GG auch dann nicht nach Amtshaftungsgesichtspunkten zum Schadensersatz verpflichtet sein, wenn die Gerichte im Ergebnis eine andere Gewichtung der gegenläufigen Belange vornehmen und das gemeindliche Einvernehmen daher durch Gerichtsentscheidung ersetzen.

⁴⁴ Palandt-Thomas, 44. Aufl. 1985, Anm. 6 zu § 839 BGB m. Hinw. auf BGH LM (Fg), Nr. 19.

Assessor Norbert Meier, Essen

Zur Anfechtung des Mandatsverzichts durch einen Gemeindevertreter

I. Ausgangsfall

In der nordrhein-westfälischen Gemeinde X ist die Gemeindevertretung neu gewählt worden. Bei der Wahl des Bürgermeisters stimmte der Gemeindevertreter G entgegen der Empfehlung seiner Fraktion für die Wiederwahl des Bürgermeisters. Nach der Offenbarung dieses abweichenden Verhaltens wurde dem G ein vorformuliertes Schreiben vorgelegt, welches eine Verzichtserklärung auf das Gemeindevertretermandat beinhaltet. Der G unterzeichnete nach mehrfacher Aufforderung seitens des Fraktionsvorsitzenden seiner Partei die entsprechende Verzichtserklärung. Einige Tage später ficht der G den Mandatsverzicht mit der Begründung an, er sei zur Unterzeichnung dieser Erklärung genötigt worden.

II. Die gesetzliche Regelung

§ 37 GO NW sieht verschiedene Möglichkeiten vor, unter denen ein Gemeindevertreter seinen Sitz in der Gemeindevertretung verliert. Als einer dieser Gründe ist der Verzicht auf das Mandat genannt (§ 37 Nr. 1 GO NW). § 38 GO NW bestimmt im einzelnen die Wirksamkeitsvoraussetzungen für einen derartigen Mandatsverzicht: danach ist der Verzicht nur wirksam, wenn er dem Wahlleiter oder einem von ihm Beauftragten zur Niederschrift erklärt wird. Zudem sieht die Bestimmung vor, daß der Verzicht nicht widerrufen werden kann.

III. Die Anfechtungsproblematik

Die Anfechtung eines Mandatsverzichts durch einen Mandatsträger ist eine in Rechtsprechung und Literatur wenig behandelte Problematik. Dennoch lassen die ergangenen Entscheidungen und Kommentierungen die Feststellung folgender Grundsätze zu:

1. Die Anfechtung des Mandatsverzichts wegen Irrtums in der Erklärung und im Beweggrund gemäß entsprechender Anwendung des § 119 BGB ist ausgeschlossen¹.

Daher kann ein Mandatsträger den Mandatsverzicht nicht etwa mit der Begründung anfechten, er habe in der irrigen Annahme gehandelt, damit einem bestimmten Nachfolger zum Eintritt in das jeweilige Gremium zu verhelfen. Daß die Mandatsverzichtserklärung wegen Irrtums ausgeschlossen ist, ist vor allem unter folgendem Aspekt gerechtfertigt: Bei einem Mandatsverzicht geht man im Normalfall davon aus, daß es sich um eine *endgültige* Entscheidung handelt. Dementsprechend werden verschiedene Entscheidungen notwendig, so z. B. die Klärung der Nachfolgefrage. Dieses Vertrauen auf die Endgültigkeit der Verzichtserklärung für betroffene Nachfolger und die Tätigkeit des jeweiligen parlamentarischen Gremiums ist weitaus schutzwürdiger als die Übereinstimmung der Erklärung mit dem wahren Willen des Verzichtenden. Dieser Grundsatz wird im übrigen durch die gesetzliche Regelung, daß der Verzicht unwiderruflich ist, bestätigt.

2. Die Anfechtung der Verzichtserklärung wegen Drohung, Zwang oder Täuschung in entsprechender Anwendung des § 123 BGB ist anzuerkennen².

So ist z. B. die Anfechtungsmöglichkeit gegeben, wenn der Mandatsträger geltend macht, den Verzicht im Vertrauen auf das Versprechen abgegeben zu haben, dafür ein höher dotiertes Amt zu erhalten. Ebenso kann der Mandatsverzicht angefochten werden, wenn er unter der Androhung zustande gekommen ist, man werde nachteilige Tatsachen aus dem Privatleben des Mandatsträgers an die Öffentlichkeit bringen. Würde man in diesen Fällen das Vertrauen auf die Endgültigkeit der Verzichtserklärung vorrangig ansehen, so würde dies zu unerträglichen Ergebnissen führen: die besondere Bedeutung und die bedeutende Verantwortung, die dem Abgeordnetenmandat zukommt, erfordern, daß die Entscheidungen des Abgeordneten willensfrei ergehen; dies gilt insbesondere für so gravierende Entschlüsse wie denjenigen des Mandatsverzichts. Um diese Unabhängigkeit und Selbständigkeit des Mandatsträgers zu bewahren, ist es geradezu notwendig, die Anfechtung des Mandatsverzichts in den vorgenannten Fällen, gestützt auf § 123 BGB, anzuerkennen. Dem steht auch

¹ OVG Lüneburg OVG 4, S. 139 (143); Seifert, BWahlR, 3. Aufl. 1976, § 46 Rn. 10.

² VGH Kassel, NVwZ 1984, S. 55; OVG Lüneburg OVG 4, S. 139 (144); Henke, Das Recht der politischen Parteien, 2. Aufl. 1972, S. 138.