

BauGB § 36 Beteiligung Dürr
der Gemeinde und der hö-
heren Verwaltungsbehör-
de*

Brügelmann, Baugesetz- Rn. 40, 41
buch
Werkstand: 111. Lfg. Juli
2019

Komm. z. BauGB, 88. Lfg. Oktober 2013

5. Nebenbestimmungen (Dürr)

Über die **Zulässigkeit von Nebenbestimmungen** bei der Erteilung des Einvernehmens und der Zustimmung ent- **40**
hält § 36 Abs. 2 keine Regelung. Auf § 36 VwVfG kann insoweit nicht zurückgegriffen werden, da diese Vorschrift
nur Nebenbestimmungen bei Verwaltungsakten regelt, Einvernehmen und Zustimmung aber keine Verwaltungsak-
te darstellen (s. dazu oben Rn. 10 u. 32).

Aus dem Umstand, dass Einvernehmen und Zustimmung keine Verwaltungsakte sind, folgt zwangsläufig, dass je-
denfalls das Beifügen einer **echten Aufl.**, d. h. die Verpflichtung des Bauherrn zu einem bestimmten Tun oder Un-
terlassen, nicht in Betracht kommt (Söfker in E/Z/B/K 99. Lfg. 2011 § 36 Rn. 36). Denn eine Aufl. ist ein Verwal-
tungsakt, setzt also eine unmittelbare Rechtswirkung gegenüber dem Bürger voraus; die Erklärung des Einverneh-
mens und der Zustimmung hat aber unmittelbar nur verwaltungsinterne Wirkung. Wenn die Gemeinde der Ansicht
ist, ein Bauvorhaben könne nur zugelassen werden, wenn der Baugenehmigung – etwa aus Gründen des Immissi-
onsschutzes – eine Aufl. beigefügt wird, kann sie freilich das Einvernehmen unter einer entspr. Bedingung erklären
(a. M. Roeser in Berl. Komm. 9. Lfg. 2007 § 36 Rn. 19).

Komm. z. BauGB, 88. Lfg. Oktober 2013

21

Komm. z. BauGB, 88. Lfg. Oktober 2013

22

Dagegen bestehen gegen eine **modifizierende Aufl.** in dem Sinn, dass das Einvernehmen erklärt wird, falls der
Baubewerber sein Vorhaben modifiziert, keine grds. Bedenken (BVerwG 15.11.1991 – 4 B 191/91 – NVwZ-RR
1992, 529 = UPR 1992, 234; Söfker a. a. O. § 36 Rn. 36; Jäde in J/D/W 6. Aufl. 2010 § 36 Rn. 45). Denn es han-
delt sich dabei gar nicht um eine Aufl. im eigentlichen Sinn, sondern um eine Versagung des Einvernehmens für
das beantragte Bauvorhaben, verbunden mit der antizipierten Erteilung des Einvernehmens für ein noch gar nicht
beantragtes Bauvorhaben. Wird eine Baugenehmigung ohne die von der Gemeinde verlangte Modifizierung des
Vorhabens erteilt, dann ist die Baugenehmigung rechtswidrig, weil für das genehmigte Vorhaben kein Einverneh-
men erteilt wurde (BVerwG 15.11.1991 – a. a. O. –; OVG Saar 13.7.2011 – 2 B 231/11 – NVwZ-RR 2012, 88 =
BauR 2012, 612 = BRS 78 Nr. 165).

Ebenso kann die Erklärung des Einvernehmens oder der Zustimmung von einer **Bedingung** abhängig gemacht
werden (OVG Saar 13.7.2011 – 2 B 231/11 – BauR 2012, 612 = BRS 78 Nr. 165 = NVwZ-RR 2012, 88). Ob und
mit welchem Inhalt eine Bedingung zulässig ist, hängt davon ab, ob bei der Erteilung des Einvernehmens oder der
Zustimmung ein Ermessensspielraum gegeben ist oder nicht (s. dazu oben Rn. 20). Bei **rechtlich gebundenen**
Entscheidungen (§§ 33 Abs. 1, 34 Abs. 1 u. 2, 35) ist Voraussetzung für eine Erklärung des Einvernehmens un-
ter einer Bedingung, dass dadurch ein Ablehnungsgrund ausgeräumt wird; dies wäre z. B. der Fall bei einer Bedin-
gung, dass der Baubewerber die bisher nicht gesicherte Erschließung durch den Bau einer Straße auf eigene Kos-
ten herbeiführt oder ein Gewerbebetrieb bestimmte Immissionsgrenzwerte einhalten muss. Bei **Ermessensent-**
scheidungen (§§ 31, 33 Abs. 2, 34 Abs. 3 a) kann dagegen jeder sachlich gerechtfertigte Umstand zum Inhalt ei-
ner Bedingung gemacht werden, etwa die Übernahme der durch das Bauvorhaben hervorgerufenen Folgekosten
durch den Baubewerber (vgl. BVerwG 25.11.1980 – 4 B 140, 80 – NJW 1981, 1747 = BRS 36 Nr. 161 = DÖV
1981, 269). Dies darf freilich nicht dazu führen, dass die Gemeinde das Einvernehmen „verkauft“. Eine Bedingung,
die das Einvernehmen von bestimmten Leistungen des Baubewerbers abhängig macht, kommt nur dann in Be-
tracht, wenn die Gemeinde durch das Bauvorhaben in besonderer Weise belastet wird, so dass ein finanzieller oder
anderweitiger Ausgleich geboten erscheint.

Das OVG Bautzen (8.5.2009 – 1 B 290/09 – BRS 74 Nr. 117) hat entschieden, jede Beifügung einer Nebenbestim- **41**
mung führe dazu, dass es an der Erklärung des Einvernehmens fehle mit der Folge, dass eine Baugenehmigung
nicht erteilt werden könne. Diese Rechtsansicht ist rechtsdogmatisch nicht überzeugend und lässt die baurechtliche
Praxis außer Betracht. I. d. R. lassen sich die Bedenken der Gemeinde ohne Weiteres durch eine Nebenbestim-
mung zur Baugenehmigung ausräumen, so dass es nur zu einer Verfahrensverzögerung führt, wenn der Baubewer-
ber einen abgeänderten Bauantrag stellen muss.

Eine dem Einvernehmen beigefügte Nebenbestimmung hat gegenüber dem Baubewerber keine Rechtswirkungen,
sofern die Baugenehmigungsbehörde sie nicht in die Baugenehmigung übernimmt. Wenn dies nicht geschieht, fehlt

Komm. z. BauGB, 88. Lfg. Oktober 2013

22

Komm. z. BauGB, 88. Lfg. Oktober 2013

23

es an dem nach § 36 Abs. 1 erforderlichen Einvernehmen, so dass die Baugenehmigung rechtswidrig ist und die
Gemeinde gegen die Baugenehmigung Rechtsmittel einlegen kann (s. dazu Rn. 63 ff.)

Zitiervorschläge:

Brügelmann/Dürr BauGB § 36 Rn. 40, 41

Brügelmann/Dürr, 111. EL Juli 2019, BauGB § 36 Rn. 40, 41