

Sparwasser & Heilshorn Mozartstr. 48 79104 Freiburg

Stadt Rheinfelden
Baurecht
Kirchplatz 2
79618 Rheinfelden

per Mail: C.Rooks@rheinfelden-baden.de

Freiburg, den 05. März 2018
Az: 149/17 DM09/HCW

Rheinfelden wg. Verhinderung/Steuerung Bauvorhaben Wiesentalstraße 11b, 79618 Rheinfelden

Sehr geehrter Herr Rooks,
sehr geehrte Damen und Herren,

Sie baten uns um eine Stellungnahme zu den Möglichkeiten der Stadt Rheinfelden, ein bereits beantragtes Bauvorhaben im Wege der Bauleitplanung zu steuern.

I. Sachverhalt – kursorisch

1. Bei der Stadt ist ein *Bauantrag* auf Errichtung eines Wohngebäudes in der Wiesentalstraße eingereicht worden. Das Vorhaben liegt im unbepflanzten Innenbereich und ist bislang wohl nach § 34 Abs. 1 BauGB *genehmigungsfähig*.
2. Die *Frist zur Entscheidung* über den Bauantrag läuft am 14.03.2017 ab. Die (reguläre) Einberufung einer Gemeinderatssitzung und anschließende Bekanntmachung dort gefasster Beschlüsse (insbesondere Aufstellungsbeschluss für einen Bebauungsplan) ist bis zum Ablauf dieser Frist nicht möglich.

Prof. Dr. Reinhard Sparwasser
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Prof. Dr. Torsten Heilshorn
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Dr. Dario Mock
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Dr. Markus Edelbluth
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Dr. Peter Neusüß
Rechtsanwalt

SHP

Mozartstraße 48
79104 Freiburg

Telefon: 07 61/36 88 88-0
Telefax: 07 61/36 88 88-22
info@shp-rechtsanwaelte.de
www.shp-rechtsanwaelte.de

Raiffeisenbank Kaiserstuhl
Konto: 21 43 56 00
BLZ: 680 634 79

IBAN: DE32 6806 3479 0021 4356 00
BIC: GENODE61VOK

Steuer-Nr. 06373/43156
AG Freiburg PR 61

3. Nunmehr haben wohl der Ortschaftsrat und der Bauausschuss die Frage aufgeworfen, ob auf dieses Bauvorhaben noch im Wege der Bauleitplanung Einfluss genommen werden kann.
4. Wir unterstellen, dass die *Bauvorlagen vollständig* sind. Sollten daran Zweifel bestehen, laufen die Entscheidungsfristen nach der LBO möglicherweise noch nicht. Wenn Sie Anhaltspunkte für eine Unvollständigkeit der Unterlagen sehen, sollten wir uns dazu noch einmal austauschen.

II. Rechtliche Würdigung

Zu den kurzfristigen Reaktionsmöglichkeiten der Stadt ist folgendes festzuhalten:

- Eine Zurückstellung des Bauantrags im Rahmen des *Eilentscheidungsrechts* des Bürgermeisters ist nicht ausgeschlossen, aber mit erheblichen Risiken behaftet. Vorab wäre jedenfalls der Versuch zu unternehmen, den *Gemeinderat* formlos und kurzfristig einzuberufen oder ein schriftliches Verfahren mit diesem durchzuführen (unten 1.).
- Zu den möglichen städtebaulichen Gründen für eine Steuerung des Vorhabens haben wir uns noch nicht ausgetauscht. Insoweit ist jedoch zu beachten, dass es bei einem Vorhaben im unbeplanten Innenbereich *gewichtiger städtebaulicher Belange* bedarf, um bislang vorhandene Baurechte einzuschränken (2.).
- Die rechtswidrige Nichterteilung oder verzögerte Bearbeitung kann *Amts haftungsansprüche* des Antragstellers begründen (3.).
- Im Ergebnis erscheint eine rechtssichere Verhinderung/Steuerung des Bauvorhabens nach derzeitigem Stand nur schwer möglich. Maßnahmen wie eine Eilentscheidung zuzüglich Zurückstellung sind zwar vor allem aus taktischen Gründen grundsätzlich möglich, können aber eine Verpflichtung zum Ersatz zumindest des Verzögerungsschadens begründen.

Im Einzelnen:

1. Eilentscheidung

Ein planerisches Tätigwerden der Stadt könnte durch eine Veränderungssperre nach § 14 BauGB oder eine Zurückstellung nach § 15 BauGB vorläufig gesichert werden.

- a) Eine Veränderungssperre oder eine Zurückstellung erfordern jedoch einen formell und materiell *rechtmäßigen Aufstellungsbeschluss* als Wirksamkeitsvoraussetzung.

Zur Zurückstellung z.B. OVG NRW, Beschl. v. 22.04.2010 – 2 B 293/10 – juris, Rn. 8 ff.; *Sennekamp*, in Brügelmann, Baugesetzbuch, 104. Lfg. September 2017, § 15 Rn. 20.

- b) Vorliegend ist vor allem fraglich, ob ein Aufstellungsbeschluss in der Kürze der Zeit *formell rechtmäßig* gefasst werden kann.
- aa) In Betracht kommt die eine *Eilentscheidung* des Oberbürgermeisters nach § 43 Abs. 4 GemO. Hiernach hat der Oberbürgermeister das Recht, eine in den Zuständigkeitsbereich des Gemeinderats fallende Angelegenheit selbst zu entscheiden, wenn ihre Erledigung nicht bis zu einer Sitzung des Rates aufgeschoben werden kann.

Dazu *Engel/Heilshorn*, Kommunalrecht BW, 10. Aufl., § 15 Rn. 19 ff.

Der Oberbürgermeister ist in dieser Eilrechtszuständigkeit nicht beschränkt, er kann umfassend tätig werden.

Aker, in *Aker/Hafner/Notheis*, Gemeindeordnung, 2013, § 43 Rn. 26; einschränkend *Kunze/Bronner/Katz*, Gemeindeordnung für Baden-Württemberg, 4. Aufl. 23. EL § 43 Rn. 18, der aber lediglich Satzungsbeschlüsse ausgenommen sieht.

- bb) Voraussetzung ist aber zum einen, dass die Verschiebung oder Unterlassung der Maßnahme *erhebliche Nachteile* für die Gemeinde oder einzelne Einwohner bringen müsste.

Kunze/Bronner/Katz, Gemeindeordnung für Baden-Württemberg, 4. Aufl. 23. EL § 43 Rn. 18.

Voraussetzung ist zum anderen eine *objektive Dringlichkeitslage*. Nach dem Wortlaut der Vorschrift darf selbst eine frist- und formlos einberufene Gemeinderatssitzung (§ 34 Abs. 2 GemO) nicht mehr möglich sein.

Ein *erheblicher Nachteil* der Stadt könnte vorliegend möglicherweise noch begründet werden, da es die Literatur teils für ausreichend hält, wenn dieser Nachteil ideeller Art ist.

Aker, in *Aker/Hafner/Notheis*, Gemeindeordnung, 2013, § 43 Rn. 23.

Es könnte somit einen Nachteil darstellen, dass städtebauliche Zielsetzungen der Stadt bzw. Planungsabsichten der Stadt vereitelt werden. Problematisch ist hierbei aber, dass derartige Planungsabsichten bislang noch gar nicht durch

den Gemeinderat erarbeitet wurden. Ob eine Konkretisierung durch die Verwaltung genügt, erscheint aufgrund der kommunalinternen Zuständigkeitsverteilung zweifelhaft.

An der *objektiven Dringlichkeit* bestehen ebenfalls Zweifel. Zum einen ist hier zu berücksichtigen, dass der Oberbürgermeister auch dem Baurechtsamt vorsteht. Ihm dürfte die Kenntnis des Baurechtsamts vom Antrag und von dessen Eingangsdatum zugerechnet werden,

vgl. BGH, Urt. v. 08.12.1989 – V ZR 246/87 – juris, Rn. 13; BGH, Urt. v. 02.02.1996 – V ZR 239/94 – juris, Rn. 20,

weshalb eine objektive Dringlichkeitslage kurz vor Ablauf der Genehmigungsfrist nur schwer zu begründen ist.

Hinzu kommt, dass der Oberbürgermeister zunächst ausschließen müsste, dass auch eine *formlose und kurzfristige Gemeinderatssitzung* einberufen werden könnte. Die Voraussetzungen einer solchen Einberufung gleichen denen der Eilentscheidungskompetenz des Oberbürgermeisters.

VGH BW, Urt. v. 01.03.1977 – I 881/76 –, juris 5.
LS; *Kunze/Bronner/Katz*, Gemeindeordnung für Baden-Württemberg, 4. Aufl. 23. EL § 34 Rn. 23.

Dabei ist auch zu beachten, dass aufgrund der modernen Informationstechnik eine Ladung nach § 34 Abs. 2 GemO fast immer versucht werden muss, außer die Entscheidung muss binnen weniger Stunden getroffen werden.

Engel/Heilshorn, Kommunalrecht BW, 10. Aufl., § 15 Rn. 20.

Letztlich ist auch zu berücksichtigen, dass weitere zwingende formelle Voraussetzung einer Zurückstellung die öffentliche Bekanntmachung des Aufstellungsbeschlusses ist, und zwar *vor* der Entscheidung über den Antrag.

Sennekamp, in *Brügelmann*, Baugesetzbuch, 104. Lfg. September 2017, § 15 Rn. 20.

- c) Nach dem Vorstehenden wäre eine Eilentscheidung jedenfalls ohne vorherigen Versuch einer Einberufung des Gemeinderats rechtlich unzulässig. Wollte man diesen Weg gehen, so könnte dies nur aus taktischen Gründen erfolgen, um die Einigungsbereitschaft beim Antragsteller zu unterstützen. Sollten diese Gespräche keinen Erfolg haben, müsste die beantragte Baugenehmigung jedoch erteilt werden (dabei unterstellen wir die Zulässigkeit nach § 34 Abs. 1 BauGB, die wir zunächst nicht weiter geprüft haben).

- d) Falls Sie eine formlose Einberufung des Gemeinderats in Betracht ziehen, können wir uns zu den Voraussetzungen gerne noch näher austauschen. Vorläufig weisen wir darauf hin, dass ein Vorgehen nach § 34 Abs. 2 LBO nur in „Notfällen“ zulässig ist. Belastbare Maßstäbe dazu haben sich in der Rechtsprechung dazu bislang nicht herausgebildet. Grundsätzlich spricht für einen solchen „Notfall“, dass ansonsten eine Eilentscheidung des Bürgermeisters notwendig wäre. Auch hier stellt sich aber die Frage, ob eine solche formlose Einberufung auch dann zulässig ist, wenn sie bereits zuvor frist- und formgerecht hätte erfolgen können. Insoweit verbleibt ebenfalls ein Restrisiko.

In diesem Falle müsste zudem noch beachtet werden, dass der Aufstellungsbeschluss vor Ablauf der Entscheidungsfrist *bekannt gemacht* werden müsste.

2. Abwägung

Das Vorhaben liegt nach Ihrer Mitteilung im unbeplanten Innenbereich nach § 34 Abs. 1 BauGB. Auch in einem solchen Fall ist eine Beschränkung bislang vorhandener Baurechte grundsätzlich möglich. Mit Blick auf die (nach Art. 14 GG sogar verfassungsrechtlich geschützte) Rechtsposition des Eigentümers bedarf es jedoch *gewichtiger öffentlicher Belange*, um eine solche Beschränkung zu rechtfertigen. Ob solche Belange hier vorliegen, können wir anhand der uns vorliegenden Unterlagen nicht abschließend beurteilen. Für die vorläufige Sicherung durch eine Zurückstellung oder Veränderungssperre würde eine recht allgemeine Formulierung von Planungszielen genügen, die dem Vorhaben entgegenstehen. Eine abschließende Prüfung der ordnungsgemäßen Abwägung würde erst auf der Ebene des Bebauungsplanes erfolgen.

3. Mögliche Amtspflichtverletzung

- a) Es stellt eine *schuldhafte Amtspflichtverletzung* dar, wenn bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen eine Baugenehmigung oder ein Bauvorbescheid nicht rechtzeitig erteilt werden.

Vgl. dazu etwa *Sauter*, LBO BW, 50. EL August 2017, § 47 Rn. 9.

- b) Die *Schuldhaftigkeit* dürfte sich daraus ergeben, dass Ihnen die Zweifel an der Zulässigkeit einer vorläufigen oder dauerhaften Blockade des Vorhabens bekannt sind.
- c) Sollten die Gespräche mit dem Vorhabenträger nicht erfolgreich sein, könnte die Genehmigung zwar kurzfristig erteilt werden. Auch in diesem Falle könnte jedoch eine Verpflichtung zum Ersatz des Verzögerungsschadens entstehen. Ein darüber hinausgehender Schaden könnte nur geltend gemacht werden, wenn der Vorhabenträger belegen kann, dass aufgrund der Verzögerung das

Bauvorhaben insgesamt nicht mehr realisiert werden kann – was eher unwahrscheinlich sein dürfte.

- d) Die Gemeindevertreter haften nach Art. 34 S. 1 GG in der Regel *nicht selbst* für einen möglichen Amtshaftungsanspruch, sondern die Körperschaft, in deren Dienst sie stehen. Nur im Fall von Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit haften sie im Innenverhältnis gegenüber der Körperschaft. Vorliegend wäre eine grobe Fahrlässigkeit nicht auszuschließen, da die Zweifel an der rechtlichen Zulässigkeit des Vorgehens bekannt sind.

Für Rückfragen stehe ich gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen



(Prof. Dr. Torsten Heilshorn)

Rechtsanwalt

Fachanwalt für Verwaltungsrecht