

Lösung Fall 4

ÜBERSICHT

Grundfall

A) Klage auf Erteilung des Einvernehmens

I. Sachentscheidungsvoraussetzungen

1. Verwaltungsrechtswegeröffnung und Zuständigkeit des Gerichts

§§ 40 I S. 1, 45, 52 Nr. 1 VwGO, Art. 1 II Nr. 5 AGVwGO

2. Statthafte Klageart

Klagebegehren auf Erteilung des Einvernehmens gerichtet ⇒ Verpflichtungsklage, wenn Einvernehmen VA i.S.d. Art. 35 S. 1 BayVwVfG

Problem: Außenwirkung ⇒ Einvernehmen verlässt Rechtskreis der Verwaltung nicht ⇒ nicht auf Außenwirkung „gerichtet“, sondern bloßes Verwaltungsinternum
Zwischenergebnis: Verpflichtungsklage unstatthaft

⇒ Einvernehmen nur schlicht-hoheitliches Handeln

⇒ allgemeine Leistungsklage statthaft

3. Klagebefugnis, § 42 II VwGO analog

kein möglicher Anspruch des Bürgers auf bloßes Verwaltungsinternum denkbar; jedenfalls aber:

4. allgemeines Rechtsschutzbedürfnis (-)

eigentliches Ziel: Erteilung der Genehmigung
⇒ Klage auf Genehmigung als einfacherer Weg

B) Klage auf Genehmigung

I. Sachentscheidungsvoraussetzungen

1. Verwaltungsrechtswegeröffnung und Zuständigkeit des Gerichts

§§ 40 I S. 1, 45, 52 Nr. 1 VwGO, Art. 1 II Nr. 5 AGVwGO

2. Statthafte Klageart

Verpflichtungsklage nach § 42 I Alt. 2 VwGO in Form der Versagungsgegenklage

3. Klagebefugnis, § 42 II VwGO

hier: möglicher Anspruch auf Baugenehmigung aus Art. 68 BayBO I S. 1 i.V.m. Art. 14 I GG

4. Vorverfahren, §§ 68 ff. VwGO

grds. erforderlich, § 68 II VwGO, aber § 68 I S. 2 VwGO, Art. 12 II AGVwGO

5. Klagefrist, § 74 I S. 2 VwGO

a) Frist läuft ab Bekanntgabe ⇒ hier: Bekanntgabe durch ingeschriebenen Brief

⇒ Vier-Tages-Fiktion nach Art. 41 V BayVwVfG, 4 II S. 2 VwZVG: Brief gilt am 06.12.25 als zugestellt, Wochenende irrelevant

b) Fristberechnung

§ 57 II VwGO, § 222 ZPO

Fristbeginn: § 187 I BGB: 07.12.25

Fristende: § 188 II BGB: 06.01.26 = Feiertag ⇒ § 193 BGB, § 222 II ZPO: Fristende am 07.01.26 ⇒ Klage noch fristgerecht möglich

II. Begründetheit

Obersatz: Passivlegitimation gem. §§ 78 I Nr. 1, 113 V VwGO

1. Passivlegitimation, § 78 I Nr. 1 VwGO

LRA als Staatsbehörde i.S.d. Art. 37 I S. 2 LKrO zuständig, vgl. Art. 53 I, 54 I BayBO
⇒ Freistaat Bayern passivlegitimiert

2. Objektive Rechtswidrigkeit der Ablehnung und subjektive Rechtsverletzung (+), wenn Anspruch auf Genehmigung

a) Anspruchsgrundlage: Art. 68 I S. 1 HS 1 BayBO

b) Genehmigungspflichtigkeit

Art. 55 I, 2 I S. 2, 57 I Nr. 12 BayBO

c) Genehmigungsfähigkeit

⇒ Verstoß gegen öffentlich-rechtliche Vorschriften, Art. 68 I S. 1 HS 1, 59 S. 1 BayBO

hier allein Art. 59 S. 1 Nr. 1a BayBO i.V.m. §§ 30, 31 BauGB fraglich:

§ 30 I BauGB (-), Maß nicht eingehalten, aber Befreiung nach § 31 I BauGB, da entsprechende Ausnahme in BPL vorgesehen und Ermessen auf Null reduziert

Problem: Einvernehmen der Gemeinde erforderlich, aber verweigert, § 36 I BauGB

aber: Ersetzung durch Gericht, soweit rechtswidrig verweigert

⇒ Rechtmäßigkeit der Verweigerung?

§ 36 II S. 1 BauGB: Verweigerung nur im Fall der planungsrechtlichen Unzulässigkeit?

Im Ergebnis egal: § 36 II S. 2 BauGB – Einvernehmen nicht innerhalb von zwei Monaten nach Eingang des Genehmigungsantrags bei Gemeinde verweigert und damit fingiert!

Ergebnis: Verpflichtungsklage auf Erteilung der Baugenehmigung zulässig und begründet.

Abwandlung

Möglichkeit der Untätigkeitsklage nach
§§ 42 I Alt. 2 UF 2, 75 S. 1 Alt. 2 VwGO ⇒ so-
fortige Klage möglich, Abwarten des Ableh-
nungsbescheids nicht notwendig

Verwaltungsrecht - AT / Bayern

Fall 4 - Lösung - Seite 3

Grundfall

A) Klage auf Erteilung des Einvernehmens

I. Sachentscheidungsvoraussetzungen

1. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs und Zuständigkeit des Gerichts

Es handelt sich um eine Streitigkeit auf dem Gebiet des öffentlichen Baurechts. Konkret streitentscheidend sind die §§ 31, 36 BauGB und damit nach der modifizierten Subjektstheorie Sonderrecht des Staates. Eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit ist mithin gegeben, sodass der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 I S. 1 VwGO eröffnet ist, da mangels doppelter Verfassungsunmittelbarkeit keine verfassungsrechtliche Streitigkeit vorliegt und eine abdrängende Sonderzuweisung nicht ersichtlich ist.

Zuständig ist nach §§ 45, 52 Nr. 1 VwGO, Art. 1 II Nr. 5 AGVwGO das VG Würzburg.

2. Klageart

Die Klägerin begehrt das Einvernehmen der Gemeinde, um damit ein Hindernis für die Erteilung der Genehmigung ihrer Leuchtreklamanlage zu beseitigen. Dieses Einvernehmen ist in § 36 BauGB bei Errichtung baulicher Anlagen in den Fällen der §§ 31, 33 – 35 BauGB vorgesehen.

Fraglich ist, ob dies ein statthaftes Rechtsschutzziel für eine verwaltungsgerichtliche Klage darstellt. Nachdem ein Leistungsbegehren vorliegt, kommt entweder eine Verpflichtungsklage nach § 42 I Alt. 2 VwGO oder eine allgemeine Leistungsklage in Betracht.

Für die Erhebung einer Verpflichtungsklage müsste die Erteilung des Einvernehmens durch die Gemeinde **Verwaltungsakt-Qualität** im Sinne von **Art. 35 S. 1 BayVwVfG** besitzen.

Dabei ist allein fraglich, ob es sich bei dem Einvernehmen um eine Maßnahme handelt, die auf **unmittelbare Rechtswirkung nach außen** „gerichtet“ (vgl. Art. 35 S. 1 BayVwVfG) ist.¹ Denn diese Entscheidung richtet sich nicht unmittelbar an die Lumex-GmbH, sondern ist lediglich bedeutsam für die Entscheidung der Baugenehmigungsbehörde.

Auf **Außenwirkung** ist eine verwaltungsbehördliche Maßnahme dann gerichtet, wenn die Regelung ihrem objektiven Sinngehalt nach dazu bestimmt ist, über den **verwaltungsisernen Bereich** hinauszugreifen.

Es reicht deshalb nicht aus, dass eine Maßnahme (tatsächlich) Wirkungen im Außenbereich entfaltet. Entscheidend ist vielmehr, dass sie diese Wirkungen (rechtlich) auch entfalten soll.²

Durch die Regelung des § 36 BauGB wird die Baugenehmigung zu einem sog. „**zustimmungsbedürftigen Verwaltungsakt**“, da es zu ihrem Erlass der Mitwirkung einer weiteren Behörde bedarf. Eine Zustimmung bzw. hier konkret das Einvernehmen ist nur dann als Verwaltungsakt zu qualifizieren, wenn sie dem Bürger gegenüber eine eigene und unmittelbare Rechtswirkung entfaltet.

In der Regel ist sie jedoch nur eine verwaltungsinterne Erklärung gegenüber der den zustimmungsbedürftigen Verwaltungsakt erlassenden Behörde.³

So ist es hier. Unmittelbare Rechtswirkung nach außen entfaltet nur die Versagung der Baugenehmigung. Mangels Außenwirkung ist das Einvernehmen gemäß § 36 I BauGB ein **Verwaltungsinternum** ohne Verwaltungsakt-Qualität. Eine auf Erlass der Zustimmung gerichtete Verpflichtungsklage ist daher unzulässig.⁴

Anmerkung: Der zustimmungsbedürftige mehrstufige VA ist vom sog. mitwirkungsbedürftigen VA abzugrenzen. Von einem solchen spricht man, wenn ein VA nur bei Mitwirkung des Bürgers ergehen darf. Die Baugenehmigung ist ein solcher mitwirkungsbedürftiger VA, da sie einen Bauantrag des Bürgers voraussetzt, vgl. Art. 64 I S. 1 BayBO.

Zwar kann mit dieser Klage die Vornahme einer schlicht-hoheitlichen Handlung erreicht werden. Diese ist zwar nirgends explizit geregelt, wird aber jedoch an verschiedenen Stellen der VwGO als existent vorausgesetzt, bspw. in §§ 43 II, 111, 113 IV VwGO, und vor allen Dingen von § 40 I VwGO gefordert, da dieser eine Generalklausel enthält und den Verwaltungsrechtsweg unabhängig von einer bestimmten Klageart eröffnet („in allen...“), so dass es für jedes Klagebegehren eine statthafte Klageart geben muss, vgl. auch Art. 19 IV GG.

¹ Vgl. Kopp/Ramsauer, § 35 VwVfG, Rn. 75.

² Vgl. Maurer, Verwaltungsrecht AT, § 9 Rn. 26.

³ Maurer, Verwaltungsrecht AT, § 9 Rn. 30.

⁴ Vgl. Kopp/Ramsauer, § 35 VwVfG, Rn. 72; Jäde/Dirnberger/Weiß, § 36 BauGB, Rn. 63.

3. Klagebefugnis, § 42 II VwGO analog

Auch für die Erhebung der allgemeinen Leistungsklage muss die Klägerin analog § 42 II VwGO zur Vermeidung einer Popularklage klagebefugt sein, d.h. im Rahmen einer Leistungsklage einen möglichen Anspruch auf die begehrte Leistung haben.

Auf eine Maßnahme ohne unmittelbare rechtliche Außenwirkung kann aber grundsätzlich kein Rechtsanspruch bestehen, da die Rechtsstellung der Klägerin dadurch nicht unmittelbar beeinträchtigt wird.

4. Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis

Problematisch könnte insoweit darüber hinaus das **allgemeine Rechtsschutzbedürfnis** sein. Die Klägerin hat nämlich die Möglichkeit, mittels einer Verpflichtungsklage auf Erlass der erforderlichen Genehmigung **inzident** die Ersetzung der behördlichen Zustimmung durch die Gerichte zu erreichen. Nachdem die **Genehmigung** auch das **eigentliche Ziel** der Klägerin darstellt, ist eine solche Klage der **einfachere** und **schnellere** Weg zu dessen Erreichung.

Anmerkung: Zu einer solchen Ersetzung sind die Gerichte schon im Interesse eines effektiven Rechtsschutzes - anders als die Behörden - auch ohne ausdrückliche Ermächtigung berechtigt und ggf. auch verpflichtet.⁵ Lehnt man eine solche Ersetzungsbefugnis der Gerichte ab, wäre es wegen Art. 19 IV GG zwingend geboten, eine Klage auf Erteilung des Einvernehmens zuzulassen. Diese Lösung hat für den Bürger aber den Nachteil, dass dieser u.U. zwei Prozesse führen muss, um zu der einen, von ihm wirklich begehrten Entscheidung, der Baugenehmigung, zu gelangen.⁶

Eine Klage auf Erlass des planungsrechtlichen Einvernehmens der Gemeinde ist damit unzulässig.⁷ Die Klägerin könnte jedoch gegebenenfalls eine Klage auf Erlass der erforderlichen Genehmigung erheben.

B. Zulässigkeit einer Klage auf Erlass der Baugenehmigung

I. Sachentscheidungsvoraussetzungen

1. Verwaltungsrechtswegeröffnung und Zuständigkeit des Gerichts

Hinsichtlich der Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs und der Zuständigkeit des Gerichts kann auf oben verwiesen werden.

2. Klageart, § 42 I Alt. 2 UF 1 VwGO

Die begehrte Baugenehmigung ist eine hoheitliche Einzelfallregelung mit unmittelbarer Rechtswirkung nach außen und damit ein Verwaltungsakt im Sinne des Art. 35 S. 1 BayVwVfG. Statthafte Klageart ist damit die Verpflichtungsklage in Gestalt einer Versagungsgegenklage gemäß § 42 I Alt. 2 UF 1 VwGO.

3. Klagebefugnis, § 42 II VwGO

Ein **möglicher Anspruch** der Klägerin auf Erlass der begehrten Baugenehmigung ergibt sich aus Art. 68 I BayBO, der als Ausfluss der **materiellen Baufreiheit** (Art. 14 I S. 1 GG) einen Anspruch auf Erteilung einer Baugenehmigung gewährt, wenn dem Vorhaben keine öffentlich-rechtlichen Vorschriften entgegenstehen.

4. Vorverfahren, §§ 68 ff. VwGO

Die grundsätzliche Notwendigkeit eines Widerspruchsverfahrens vor der Erhebung einer Verpflichtungsklage ergibt sich aus § 68 II i.V.m. I VwGO. Allerdings ist im vorliegenden Fall nach § 68 I S. 2 VwGO, Art. 12 II AGVwGO das Vorverfahren entbehrlich.

5. Klagefrist, § 74 I S. 2 VwGO

a) Für die Erhebung der Verpflichtungsklage gilt die Monatsfrist des § 74 II, I S. 2 VwGO. Die Jahresfrist nach § 58 II VwGO kommt wegen der ordnungsgemäßen Rechtsbehelfsbelehrung nicht in Betracht.

Anmerkung: Die Rechtsbehelfsbelehrung ist nicht Rechtmäßigkeitsvoraussetzung für einen Verwaltungsakt! Fehlt sie oder ist sie unrichtig,⁸ hat dies allein die Folge der längeren Rechtsbehelfsfrist gem. § 58 II VwGO (1 Jahr!).

⁵ Ein Beispiel für eine solche Ermächtigung ist § 36 II S. 3 BauGB i.V.m. Art. 67 BayBO.

⁶ Kopp/Schenke, Anh. § 42 VwGO, Rn. 82.

⁷ Sie scheitert jedenfalls an § 44a VwGO, vgl. Kopp/Ramsauer, § 35 VwVfG, Rn. 77; Kopp/Schenke, Anh. § 42 VwGO, Rn. 82.

⁸ Eine Rechtsbehelfsbelehrung ist unrichtig i.S.d. § 58 II VwGO, wenn sie geeignet ist, bei dem Betroffenen

einen Irrtum über die formellen oder materiellen Voraussetzungen einer Rechtsbehelfseinlegung hervorzurufen. Dies ist auch der Fall, wenn durch eine Vielzahl von Informationen der Eindruck erweckt wird, diese seien abschließend; vgl. hierzu BVerwG, BayVBl. 2002, 678 = DVBl. 2002, 1553 = Life&LAW 01/2003, 47 ff. = jurisbyhemmer.

Anders ist dies bei dem Verwaltungsakt einer Bundesbehörde oder bei einem Widerspruchsbescheid, §§ 37 VI VwVfG, 73 III S. 1 VwGO. Hier ist die Rechtsbehelfsbelehrung auch eine Frage der formellen Rechtmäßigkeit. Allerdings regelt § 58 II VwGO nach h.M. die Fehlerfolge abschließend.

- b) Die Bekanntgabe des ablehnenden Verwaltungsakts erfolgte mittels **Übergabeeinschreibens**, sodass für ihren Zeitpunkt nach Art. 41 V BayVwVfG der Art. 4 II S. 2 (Bay)VwZVG zu beachten ist. Nach der hierin aufgestellten Vier-Tages-Fiktion gilt der Verwaltungsakt mithin am 06.12.2025, dem vierten Tag nach Aufgabe zur Post am 02.12.2025, als zugestellt.

Dass es sich bei dem 06.12.2025 um einen Samstag handelt, ist dabei irrelevant. Art. 31 III BayVwVfG bzw. § 193 BGB führen hier nicht zu einer Verschiebung, da es um die Ermittlung des Anfangs und nicht des Endes einer Frist geht und die vier Tage selbst eine Fiktion und keine Frist darstellen.

Anmerkung: Für die Bekanntgabe des Ausgangsbescheides gilt primär Art. 41 BayVwVfG.

Wählt die Behörde die förmliche Zustellung eines VA – entweder weil dies gesetzlich vorgesehen ist oder weil die Behörde sich „freiwillig“ dafür entscheidet, Art. 1 V (Bay)VwZVG –, so gelten gemäß Art. 41 V BayVwVfG die Vorschriften des (Bay)VwZVG unabhängig davon, ob die förmliche Zustellung erforderlich war oder nicht.

Bei der Zustellung mittels Einschreiben ist zwischen dem Einschreiben gegen Rückschein und dem Übergabeeinschreiben zu unterscheiden. Beim Einschreiben gegen Rückschein ist das auf dem Rückschein vermerkte Zustellungsdatum maßgeblich, Art. 4 II S. 1 (Bay)VwZVG, nur bei einem Übergabeeinschreiben kommt die Vier-Tages-Fiktion zur Anwendung, Art. 4 II S. 2 (Bay)VwZVG.

Bei einem bloßen Einwurfeinschreiben handelt es sich überhaupt nicht um eine Zustellung, sondern um eine einfache Bekanntgabe i.S.d. Art. 41 II BayVwVfG.⁹

- c) Die Berechnung der Klagefrist erfolgt nach § 57 II VwGO i.V.m. § 222 I ZPO.

Nach § 187 I BGB begann die Widerspruchsfrist hier am 07.12.2025 um 0.00 Uhr zu laufen. Sie hätte gemäß § 188 II BGB mit Ablauf des 06.01.2026 geendet. Dieser war jedoch gemäß Art. 1 I Nr. 1 Bay)FTG¹⁰ ein Feiertag, sodass die Frist gemäß § 222 II ZPO bzw. § 193 BGB erst mit Ablauf des 07.01.2026 endete. Die Klagefrist kann demnach am 07.01.2026 gerade noch gewahrt werden.

Anmerkung: Die Klage muss am 07.01.2026 nur erhoben und nicht begründet werden, vgl. § 82 VwGO!

Ergebnis: Die Klage wäre - eine ordnungsgemäße Klageerhebung gemäß §§ 81, 82 VwGO vorausgesetzt - nach alledem zulässig, da die Lumex-GmbH nach §§ 61 Nr. 1 Alt. 2 VwGO, 13 GmbHG beteiligtenfähig ist. Als prozessunfähige juristische Person muss sich die GmbH nach §§ 62 III VwGO, 35 I S. 1 GmbHG durch ihre Geschäftsführerin vertreten lassen.

Anmerkung: Hier könnte in einer Examensklausur gutachtlich die Frage einer notwendigen Beiladung, § 65 II VwGO, erörtert werden, wobei diese aber freilich nicht Zulässigkeitsvoraussetzung der Klage ist, sondern organisatorische Maßnahme des Gerichts. Im vorliegenden Fall ist die Beiladung aufgrund des Bearbeitervermerks nicht zu prüfen!

II. Begründetheit der Verpflichtungsklage

Die Verpflichtungsklage ist nach §§ 78 I Nr. 1, 113 V S. 1 VwGO begründet, soweit sie gegen den richtigen Beklagten gerichtet ist, die Ablehnung des begehrten Verwaltungsakts rechtswidrig und die Klägerin dadurch in ihren Rechten verletzt ist.

1. Passivlegitimation

Die Verpflichtungsklage ist nach § 78 I Nr. 1 VwGO gegen den Rechtsträger der für den begehrten Verwaltungsakt zuständigen Behörde zu richten.

Dies ist hier der **Freistaat Bayern** als Rechtsträger des Landratsamtes, welches in seiner Funktion als untere Bauaufsichtsbehörde und damit als **Staatsbehörde** nach Art. 53 I, 54 I BayBO i.V.m. Art. 37 I S. 2 LKrO für die Erteilung der Baugenehmigung zuständig ist.

⁹ Umfassend zu den Begriffen Bekanntgabe und Zustellung sowie zur Fristproblematik der dreiteilige Beitrag in Life&LAW 01/2007, 60 ff.; 03/2007, 208 ff.; 06/2007, 418 ff.; zur elektronischen Bekanntgabe von

Dokumenten vgl. OVG Münster, Beschluss vom 13.11.2014, 2 B 1111/14 = Life&LAW 05/2015, 357 ff. = jurisbyhemmer.

¹⁰ Ziegler/Tremel, Nr. 190.

Verwaltungsrecht - AT / Bayern

Fall 4 - Lösung - Seite 6

Der Freistaat Bayern ist nach § 61 Nr. 1 Alt. 2 VwGO beteiligtenfähig. Nach § 62 III VwGO, Art. 13 AGVwGO, § 3 II LABV wird er durch das Landratsamt als Ausgangsbehörde vertreten.

2. Im Übrigen wäre die Klage begründet, soweit die Ablehnung der Genehmigung rechtswidrig wäre und die Klägerin dadurch in ihren Rechten verletzt würde, § 113 V S. 1 VwGO.

Dies wäre jedenfalls dann der Fall, wenn der Klägerin ein **Anspruch** auf die Genehmigung zustünde.

Anspruchsgrundlage für die Baugenehmigung ist Art. 68 I S. 1 HS 1 BayBO.

Ein Anspruch auf Erteilung einer Baugenehmigung besteht demnach dann, wenn das geplante Vorhaben **genehmigungspflichtig** und **genehmigungsfähig** ist.

- a) **Baurechtliche Genehmigungspflichtigkeit der Leuchtreklameanlage**

Die grundsätzliche Genehmigungspflicht für die Errichtung einer ortsfesten Werbeanlage ergibt sich aus Art. 55 I i.V.m. Art. 2 I S. 4, 2 BayBO. Der Ausnahmetatbestand des Art. 57 I Nr. 12 BayBO ist nicht einschlägig, insbesondere nicht Art. 57 I Nr. 12c BayBO, da die Anlage für die Verkehrsteilnehmer deutlich sichtbar ist. Die Ausnahme nach Art. 57 II Nr. 6 BayBO scheitert unabhängig von der fraglichen Höhe der Anlage daran, dass die Anlage nicht den Festsetzungen des Bebauungsplans entspricht.

Aus dem gleichen Grund greift das Genehmigungsfreistellungsverfahren des Art. 58 BayBO nicht ein, vgl. Art. 58 I Nr. 2 BayBO, so dass das Vorhaben nach Art. 55 I BayBO genehmigungspflichtig ist.

- b) **Genehmigungsfähigkeit**

Der Anlage dürften gemäß Art. 68 I S. 1 HS 1 BayBO keine öffentlich-rechtlichen Vorschriften entgegenstehen, die im Baugenehmigungsverfahren zu prüfen sind.

Dieser Prüfungsmaßstab wird im vorliegenden Fall, da kein Sonderbau i.S.d. Art. 2 IV BayBO vorliegt, durch Art. 59 BayBO eingeschränkt, sog. vereinfachtes Genehmigungsverfahren.

Anmerkung: Durch Art. 59 BayBO ändert sich in der Klausur nur sehr wenig, da die wichtigen bauplanungsrechtlichen

Vorschriften auf jeden Fall zu prüfen sind, Art. 59 S. 1 Nr. 1a BayBO. Hier sind diese allerdings durch den Bearbeitungsvermerk ausgenommen.

Als entgegenstehende Norm kommen hier mangels anderweitiger Angaben im Sachverhalt nur die §§ 29 ff. BauGB i.V.m. Art. 59 S. 1 Nr. 1a BayBO in Betracht.

- aa) Die Anwendbarkeit der §§ 30 ff. BauGB setzt die Errichtung einer baulichen Anlage voraus.

Dazu müsste es sich bei der Errichtung der Werbeanlage um ein Vorhaben i.S.v. § 29 I BauGB handeln. Dieser Begriff des Vorhabens ist nicht deckungsgleich mit dem der baulichen Anlage i.S.v. § 2 I BayBO. Vielmehr handelt es sich um einen bundesrechtlich eigenständigen Begriff. Er entspricht teilweise dem bauordnungsrechtlichen Begriff, geht aber über diesen hinaus, in dem er planungsrechtliche Relevanz voraussetzt. Maßstab hierfür sind die materiellen Belange i.S.v. § 1 VI BauGB.

Im vorliegenden Fall wird der Belang des § 1 VI Nr. 8 BauGB durch die Errichtung einer Werbeanlage berührt.

- bb) Die planungsrechtliche Zulässigkeit richtet sich demnach nach § 30 I BauGB, da laut Sachverhalt ein wirksamer qualifizierter Bebauungsplan vorliegt.

Dieser Bebauungsplan sieht zwar die Errichtung von Werbeanlagen vor, so dass das Vorhaben nach der Art der Nutzungen den Festsetzungen des Plans entspricht. Es hält allerdings die Festsetzungen über das Maß der baulichen Nutzung nicht ein, da der Bebauungsplan grundsätzlich nur Werbeanlagen bis 8 m² vorsieht.

- cc) Allerdings liegen laut Bearbeitervermerk die Voraussetzungen einer Befreiung nach § 31 I BauGB vor, so dass das Vorhaben der Klägerin grundsätzlich genehmigungsfähig wäre.

Der Genehmigungsbehörde steht zwar hinsichtlich der Ausnahme nach dem Wortlaut des § 36 I BauGB ein Ermessen zu. Insoweit wird zum Teil vertreten, dass das Ermessen i.R.d. § 36 I BauGB intendiert sei, also im Regelfall zugunsten des Bauwerbers zu entscheiden sei.¹¹ Gegen diese Ansicht spricht allerdings, dass damit die Erteilung einer „Ausnahme“ zur Regel würde. Im Ergebnis

¹¹ M.w.N. Battis/Krautzberger/Löhr, Baugesetzbuch, Rn. 19.

Verwaltungsrecht - AT / Bayern

Fall 4 - Lösung - Seite 7

kann dies aber jedenfalls hier dahingestellt bleiben. Nach dem Sachverhalt hat die Baubehörde in der Vergangenheit alle beantragten Ausnahmen ohne weiteres genehmigt. Somit ist ihr Ermessen im vorliegenden Fall durch den Anspruch der Klägerin auf Gleichbehandlung auf Null reduziert, Art. 3 I, 19 III GG, sog. Selbstbindung der Verwaltung.

Anmerkung: Das Ermessen der Baubehörde bezieht sich aber nur auf die Erteilung der Ausnahme nach § 31 I BauGB, nicht auf die übrige Baugenehmigung, die nach Art. 68 I S. 1 BayBO eine gebundene Entscheidung bleibt. Wichtig ist dies v.a. für den Erlass von Nebenbestimmungen. Nur Nebenbestimmungen zur Ausnahme richten sich nach Art. 36 II BayVwVfG, alle weiteren Nebenbestimmungen zur Baugenehmigung sind nach Art. 36 I BayVwVfG zu beurteilen. Ausführlich zu diesem Thema Fall 8!

- dd) Eine weitere Voraussetzung ist im Fall des § 31 I BauGB jedoch, dass die Gemeinde § 36 I S. 1 BauGB ihr Einvernehmen erteilt hat. Dieses Einvernehmen hat die Gemeinde laut Sachverhalt am 18.11.2025 verweigert.

Hierüber könnte sich das Gericht jedoch hinwegsetzen und der Verpflichtungsklage gegebenenfalls stattgeben, wenn es die **Verweigerung** des Einvernehmens für **rechtswidrig** erachten würde, wenn also keine planungsrechtlichen Gründe dem Vorhaben entgegenstehen, vgl. § 36 II S. 1 BauGB. In diesem Fall ersetzt das Gericht durch sein Verpflichtungsurteil das gemeindliche Einvernehmen als bloßes Internum.

Anmerkung: Diese Ersetzung eines rechtswidrig verweigerten Einvernehmens ist die Voraussetzung dafür, dass die Klägerin auf die Klage gegen die Bauaufsichtsbehörde verwiesen werden und eine Klage gegen die Gemeinde für unzulässig erklärt werden kann, s.o.

Von der Ersetzung des Einvernehmens durch das Gericht im Rahmen des Klageverfahrens ist die Ersetzung durch die Bauaufsichtsbehörde nach § 36 II S. 3 BauGB i.V.m. Art. 67 BayBO zu unterscheiden. Von dieser Möglichkeit hatte die Bauaufsichtsbehörde im vorliegenden Fall kein Gebrauch gemacht.

Auf eine Ersetzung des Einvernehmens kommt es jedoch dann nicht an, wenn das Einvernehmen nach § 36 II S. 2 BauGB als erteilt gilt.

Dies ist dann der Fall, wenn die Gemeinde nicht binnen zweier Monate nach Eingang des Bauantrags bei ihr, Art. 64 BayBO, das Einvernehmen wirksam verweigert.

Hier wurde der Bauantrag am 02.09.2025 bei der Gemeinde eingereicht, so dass die Zwei-Monats-Frist nach Art. 31 I Bay VwVfG, § 187 I BGB am 03.09.2025 zu laufen begann und nach § 188 II BGB mit Ablauf des 02.11.2025 endete.

Anmerkung: Da es nicht um eine Frist im gerichtlichen Verfahren, sondern um eine Frist in einem laufenden Verwaltungsverfahren geht, bestimmt sich die Fristberechnung nicht nach § 57 II VwGO, sondern nach Art. 31 BayVwVfG. Im Ergebnis ändert sich dadurch aber nichts, da beide Vorschriften letztlich in die §§ 187 ff. BGB verweisen.

Die Verweigerung des Einvernehmens wurde aber erst am 18.11.2025 im Gemeinderat und damit nach Ablauf der Zwei-Monats-Frist beschlossen. Das Einvernehmen gilt damit nach § 36 II S. 2 BauGB als erteilt, die spätere Verweigerung ist wirkungslos.

Das Vorhaben ist somit planungsrechtlich zulässig und damit genehmigungsfähig i.S.d. Art. 68 I S. 1 HS 1 BayBO.

Ergebnis: Die Klage auf Erteilung der Baugenehmigung ist zulässig und begründet. Der Lumex-GmbH kann daher zur Erhebung einer Versagungsgegenklage geraten werden.

Abwandlung

Über den Antrag der Lumex-GmbH ist bislang noch nicht entschieden worden.

Wäre Gegenstand des Bauantrags ein Vorhaben, das ausschließlich oder überwiegend dem Wohnen dient, könnte die begehrte Baugenehmigung nach Art. 68 II BayBO i.V.m. Art. 42a BayVwVfG fingiert worden sein. Im vorliegenden Fall geht es jedoch um eine Werbeanlage und nicht um ein Wohnvorhaben.

Anmerkung: Art. 42a I BayVwVfG fingiert allerdings nur die Erteilung der Genehmigung, d.h. deren Bekanntgabe, nicht aber deren Rechtmäßigkeit. Eine fingierte, rechtswidrige Genehmigung kann zumindest entsprechend § 48 VwVfG zurückgenommen werden und selbstverständlich vom Nachbarn angefochten werden. Die Frist läuft ab Zustellung an die Nachbarn, die nicht dem Bauantrag zugestimmt hatten.

Die Klage könnte aber als **Untätigkeitsklage** gemäß §§ 42 I Alt. 2 UF 2, 75 S. 1 Alt. 2 VwGO zulässig sein. Seit Einlegung des Antrags sind über drei Monate vergangen (§ 75 S. 2 VwGO). Für einen zureichenden Grund für die behördliche Untätigkeit im Sinne des § 75 S. 3 VwGO ist aus dem Sachverhalt nichts ersichtlich.

§ 75 VwGO greift damit ein, sodass die Klage bereits jetzt in vollem Umfang zulässig ist. Eine Klagefrist ist bei der Untätigkeitsklage nicht einzuhalten. Die Untätigkeitsklage kann, muss aber nicht erhoben werden.

Anmerkung: Die Drei-Monats-Frist des § 75 S. 2 VwGO muss entgegen ihrem Wortlaut nicht im Zeitpunkt der Klageerhebung, sondern erst im Zeitpunkt der Entscheidung über die Klage abgelaufen sein. Eine Klage, die vor Ablauf dieser Frist erhoben wird, wächst mit Ablauf der Frist in die Zulässigkeit hinein. Es handelt sich bei der Frist des § 75 S. 2 VwGO nicht um eine echte Zulässigkeits-, sondern um eine Sachentscheidungsvoraussetzung.

Wiederholungs- und Vertiefungsfragen:

Lesen Sie zur Vertiefung und Ergänzung Hemmer/Wüst / Christensen, VerwaltungsR I, Rn. 58-79, 86-88 und Verwaltungsrecht II, Rn. 16-33, 44-47. Beantworten Sie im Anschluss daran die folgenden Fragen:

1. Welche grundlegenden Funktionen hat der Verwaltungsakt?
2. Erklären Sie den Unterschied zwischen einem Zweitbescheid und einer wiederholenden Verfügung!
3. Was ist die Folge, wenn nach zulässiger Erhebung einer Untätigkeitsklage die Behörde doch noch im Sinne des Klägers entscheidet?
4. Wie ist zu entscheiden, wenn die Klage vor Erlass des Ablehnungs- bzw. des Widerspruchsbeseids und vor Ablauf der Drei-Monats-Frist des § 75 VwGO erhoben wird und die Behörde dann im Sinne des Klägers entscheidet?