

ABHANDLUNGEN

Die Zustimmung der Gemeinde nach § 36a BauGB

Von Prof. Dr. Rüdiger Engel und Dr. Darío Mock*

Die Versorgung mit bezahlbarem Wohnraum ist im Hinblick auf die zunehmende Verstädterung eine europaweit virulente soziale Frage. Nicht nur die Baupreise, sondern vor allem auch die Baulandpreise steigen kontinuierlich, in einzelnen Großstädten exponentiell. Der frühere Oberbürgermeister von München und spätere Bundesbauminister Hans-Jochen Vogel hat den Preisanstieg für Bauland in München zwischen 1950 und 2019 auf unglaubliche 39 390 % beziffert.¹ Seit Jahren gelingt es nicht, die in Deutschland erforderlichen rund 320 000 Wohnungen pro Jahr² zu bauen. Dies hat vielfältige Ursachen,³ darunter auch zu hohe Grundstücks- und Baupreise. Diese beruhen wiederum teilweise darauf, dass die erforderlichen Planungs- und Genehmigungsprozesse komplex, langwierig und zeitraubend sind. Die Bundesregierung versucht daher, mithilfe neuartiger Instrumente gegenzusteuern. Hierzu wird die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit von Vorhaben dahingehend abgeändert, dass – teils vorerst befristet – weitreichende Befreiungs- und Abweichungsmöglichkeiten eingeführt werden. Diese haben zur Voraussetzung, dass als Tatbestandsvoraussetzung die Zustimmung der Gemeinde einzuholen ist. Diese ist im neuen § 36 a BauGB geregelt.

I. Ausgangslage

Am 30.10.2025 ist das Gesetz zur Beschleunigung des Wohnungsbaus und zur Wohnraumsicherung, der sogenannte „Bau-Turbo“, in Kraft getreten,⁴ das weitreichende neue Zulassungstatbestände beinhaltet. Auf Grundlage der neuen §§ 31 Abs. 3, 34 Abs. 3 b und 246 e BauGB sind Vorhaben allerdings nur mit Zustimmung der Gemeinde zulässig. Dies gilt auch dann, wenn die Gemeinde selbst die zuständige Bauaufsichtsbehörde ist, § 36 a Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2 BauGB. Die Gemeinde erteilt die Zustimmung, wenn das Vorhaben mit ihren Vorstellungen von der städtebaulichen Entwicklung und Ordnung vereinbar ist. Sie kann ihre Zustimmung auch unter der Bedingung erteilen, dass der Vorhabenträger sich verpflichtet, bestimmte städtebauliche Anforderungen einzuhalten. Die Zustimmung der Gemeinde gilt als erteilt, wenn sie nicht binnen drei Monaten nach Eingang des Ersuchens der Genehmigungsbehörde verweigert wird; § 36 Abs. 2 Satz 2 Halbs. 2 BauGB gilt entsprechend. § 246 e BauGB soll zunächst nur befristet bis 31.12.2030 gelten, die Zulassungstatbestände der §§ 31 Abs. 3 und 34 Abs. 3 b BauGB sind dagegen Dauerrecht. Sie stehen in keinem Rangverhältnis untereinander,⁵ ihre Tatbestandsvoraussetzungen ähneln sich durch ihren – im Einzelnen unterschiedlichen – Bezug zum Wohnen, die Berücksichtigung öffentlicher und nachbarlicher Interessen sowie die erforderliche Zustimmung der Gemeinde. Die Bestimmungen der §§ 31 Abs. 3 und 34 Abs. 3 b BauGB gelten für den Innenbereich und § 246 e BauGB gem. Abs. 3 auch im Außenbereich.

Die Neuregelung will die nach Art. 28 Abs. 2 GG gewährleistete Planungshoheit der Gemeinde bei der Zulassung von Bauvorhaben sicherstellen⁶ und gilt auch für Gemeinden, die

wie vor allem Große Kreisstädte und Stadtkreise in Baden-Württemberg Baurechtsbehörde sind (§ 46 Abs. 1 Nr. 3 LBO i. V. m. § 15 Abs. 1 LVG, siehe ferner § 46 Abs. 2 LBO). Dies ist ausdrücklich anders geregelt als beim Einvernehmen nach § 36 BauGB, für den das BVerwG im Jahr 2004 in einer schwach begründeten Entscheidung⁷ die These vertreten hat, das bundesrechtlich geforderte Einvernehmen gelte nicht für

* Prof. Dr. Rüdiger Engel war Stadtdirektor im Baudezernat der Stadt Freiburg i.Br. und ist Honorarprofessor der dortigen rechtswissenschaftlichen Fakultät, Dr. Darío Mock ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht sowie Partner der Sozietät Heilshorn Mock Edelbluth Werner in Freiburg i.Br.

1 Vogel, Mehr Gerechtigkeit!, 2019; <https://www.sueddeutsche.de/kultur/bodenreform-hans-jochen-vogel-mehr-gerechtigkeit-rezension-1.4685469> (10.02.2026).

2 <https://www.bbsr.bund.de/BBSR/DE/forschung/fachbeitraege/wohnen-im-mobilien/wohnungsmarktprognose/prognose/01-prognose.html> (10.02.2026).

3 Zum sog. Bauüberhang von nicht ausgeschöpften Baugenehmigungen für ca. 750 000 Wohneinheiten <https://www.bbsr.bund.de/BBSR/DE/forschung/fachbeitraege/wohnen-immobilien/bautaetigkeit/wohnungsbauertigstellungen/wohnungsbauertigstellungen.html> (10.02.2026).

4 Gesetz zur Beschleunigung des Wohnungsbaus und zur Wohnraumsicherung vom 27.10.2025, BGBl. 2025 I Nr. 257, hierzu BR-Drs. 256/25, BT-Drs. 21/781, 21/1084 und 21/2109; Hellriegel, NVwZ 2025, 1721 ff.; Kment/Maurer, NVwZ 2025, 1837 ff.

5 Nach VGH BW, Urt. v. 13.11.2025 – 5 S 259/25 – juris Rn. 73 spricht gegen ein Spezialitätsverhältnis, dass § 246 e BauGB als befristet eingreifende Experimentierklausel konzipiert ist; a. A. Hellriegel (Fn. 4), 1722 für eine subsidiäre Anwendbarkeit von § 246 e BauGB.

6 BT-Drs. 21/781 (neu) S. 24; VGH BW, Urt. v. 06.11.2025 – 5 S 695/24 – juris Rn. 96.

7 Zutreffend Schoch, NVwZ 2012, 777, 779 f.

Gemeinden mit Baurechtszuständigkeit.⁸ Vor diesem Hintergrund hatte der VGH BW einige Zeit später in Gemeinden, die zugleich untere Baurechtsbehörde sind, den Bürgermeister verpflichtet, den Gemeinderat bzw. den zuständigen beschließenden Ausschuss in einer Weise über planungsrechtlich relevante Bauanträge zu informieren, die es diesem ermöglicht, durch Einsatz der planungsrechtlichen Instrumente der §§ 14 ff. BauGB auf das konkrete Bauvorhaben zu reagieren.⁹

Die mit der Zustimmung der Gemeinde verbundenen verfahrensrechtlichen Fragestellungen (II.), die materiell-rechtlichen Inhalte der Zustimmung und ihre Grenzen (III.), die damit verbundenen Fragen des Rechtsschutzes (IV.) und einer möglichen Haftung der Gemeinden (V.) werden nachfolgend dargestellt.

II. Verfahrensfragen

Die im Rahmen der §§ 31 Abs. 3, 34 Abs. 3 b und 246 e BauGB erforderliche Erteilung der Zustimmung durch die Gemeinde wirft eine Vielzahl von Verfahrensfragen auf:

1. Antragserfordernis

Die neuen Zulassungstatbestände können sowohl im vereinfachten wie auch im normalen Baugenehmigungsverfahren Anwendung finden; daneben sind auch isolierte Abweichungen und Befreiungen bei verfahrensfreien Vorhaben (z. B. Nutzungsänderungen nach § 50 Abs. 2 Nr. 2 LBO) möglich. Dabei sind nach § 53 Abs. 1 Satz 3 LBO Abweichungen, Ausnahmen und Befreiungen *gesondert zu beantragen*,¹⁰ im Übrigen gelten aber keine Besonderheiten für die Inhalte des Bauantrags (§ 2 LBO VVO). Entsprechend sind gemäß § 58 Abs. 1 Satz 3 LBO Erleichterungen, Abweichungen, Ausnahmen und Befreiungen ausdrücklich in der Baugenehmigung auszusprechen. Angesichts der eindeutigen bauordnungsrechtlichen Vorgabe ist ein Verweis auf den Bauantrag nicht ausreichend; dieser kann den nach § 53 Abs. 1 Satz 3 LBO erforderlichen *gesonderten* Antrag nicht ersetzen.¹¹

Die inhaltlichen Anforderungen an einen ordnungsgemäßen Antrag nach § 53 Abs. 1 Satz 3 LBO sind im Gesetz nicht geregelt. Erforderlich ist eine konkrete Darstellung, inwieweit ein Verstoß gegen öffentlich-rechtliche Vorschriften vorliegt.¹² Eine zutreffende rechtliche Einordnung und Bezeichnung als Abweichung oder Befreiung ist ebenso wie eine Angabe der maßgeblichen Rechtsgrundlage für die Wirksamkeit des Antrags nicht entscheidend.¹³ Die rechtliche Beurteilung ist Sache der Baurechtsbehörde im Rahmen der Rechtsanwendung und Prüfung des Bauantrags. Dies gilt umso mehr angesichts der sehr weit gefassten Zulassungstatbestände, insbesondere § 246 e BauGB, nach denen nahezu jedes nach bisherigen Maßstäben nicht genehmigungsfähige Vorhaben unter Inanspruchnahme der erweiterten Zulassungsmöglichkeiten genehmigt werden könnte, sofern die Zustimmung der Gemeinde erteilt wird.

Ohne Antrag darf eine Abweichung nicht erteilt werden, der Antrag wäre abzulehnen;¹⁴ die Baurechtsbehörde hat den Antragsteller aber gem. § 25 VwVfG auf einen fehlenden Antrag hinzuweisen und ihm Gelegenheit zur Nachbesserung zu geben,¹⁵ es gilt dann § 45 Abs. 1 Nr. 1 VwVfG. Ein fehlender Antrag kann also im laufenden Genehmigungsverfahren, ebenso auch im gerichtlichen Verfahren, nachgeholt werden.¹⁶ Baurechtsbehörden sind daher gut beraten, auf einen fehlenden Antrag hinzuweisen, auf zutreffende rechtliche Angaben hinzuwirken und Anträge sachgerecht auszulegen. Dies bedeutet allerdings nicht, dass jedes unzulässige Bauvorhaben aufgrund einer theoretisch bestehenden Zulassungsmöglich-

keit durch einen Hinweis auf einen möglichen Antrag auf Abweichung oder Befreiung potenziell zulassungsfähig gemacht werden müsste, um es dann nach einer zu erwartenden Ablehnung der Zustimmung seitens der Gemeinde doch abzulehnen. Soweit offensichtlich ist, etwa aufgrund bestehender inhaltlicher Leitlinien der Gemeinde, dass keine Zustimmung erteilt werden wird, dürfte ein entsprechender Hinweis entbehrlich sein und der Bauantrag auch ohne Entscheidung über die Zustimmung unmittelbar abgelehnt werden können.¹⁷

2. Fristen im Genehmigungsverfahren

Ein bei der Baurechtsbehörde eingereichter Bauantrag ist innerhalb von zehn Arbeitstagen auf Vollständigkeit zu prüfen, § 54 Abs. 1 Satz 1 LBO. Bei Vollständigkeit des Bauantrags und der Bauvorlagen sind diese der Gemeinde bereitzustellen, § 53 Abs. 1 Satz 4 LBO. Im Rahmen der Beteiligung der Gemeinde ist diese, soweit sie nicht selbst Baurechtsbehörde ist, anzuhören, wofür der Gemeinde grundsätzlich eine Frist von längstens einem Monat einzuräumen ist, § 53 Abs. 3 Satz 1 LBO. Soweit allerdings eine *Zustimmung* erforderlich ist, gilt für die Anhörung der Gemeinde nicht die Monatsfrist des § 54 Abs. 3 Satz 1 LBO, sondern die als Bundesrecht nach dem Willen des Gesetzgebers vorrangige Frist von drei Monaten nach § 36 a Abs. 1 BauGB.¹⁸

Voraussetzung für den Fristbeginn ist ein konkretes *Ersuchen* der Gemeinde durch die Baurechtsbehörde aufgrund vollständiger Bauvorlagen.¹⁹ Dieses Ersuchen dient dem Schutz der kommunalen Planungshoheit. Bei einer Gemeinde, die gleichzeitig Baurechtsbehörde ist, steht dem Ersuchen die Einreichung des Antrags bei der Gemeinde gleich.²⁰ Soweit die Bauunterlagen der für die Bauleitplanung der Gemeinde

8 BVerwG, Urt. v. 19.08.2004 – 4 C 16.03 – juris Rn. 10.

9 VGH BW, Urt. v. 09.03.2012 – 1 S 3326/11 – juris Rn. 62 – Grundsatz organfreundlichen Verhaltens.

10 Das Antragserfordernis nach Abs. 1 Satz 3 gilt nach dem Willen des Gesetzgebers auch für Ausnahmen und Befreiungen nach § 31 BauGB (LT-Drs. 17/5422, S. 11), denn das Land ist für das Verwaltungsverfahren gesetzgebungsbefugt. Entsprechendes gilt für Abweichungen gemäß §§ 34 Abs. 3 b, 246 e BauGB. – Für vor dem Inkrafttreten des § 53 Abs. 1 Satz 3 LBO am 20.11.2023 (GBl. S. 422) gestellte Anträge gilt nach § 77 Abs. 1 Satz 4 Halbs. 1 i. V. m. Satz 1 LBO das Antragserfordernis allerdings noch nicht, VGH BW, Urt. v. 13.11.2025 – 5 S 259/25 – juris Rn. 70.

11 Sauter, LBO für BW, Stand: August 2025, § 53 Rn. 27; Haaf/Schubert, ZfBR 2025, 739, 740; a. A. Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, Stand: August 2025, § 31 Rn. 64; und zur früheren Rechtslage auch VGH BW, Urt. v. 21.02.2014 – 3 S 1992/13 – juris Rn. 25.

12 Sauter (Fn. 11), § 53 Rn. 29.

13 Ebenso Fragen der Regierungspräsidien zum Bau-Turbo an das Ministerium für Landesentwicklung und Wohnen Baden-Württemberg (MLW-Fragenkatalog), 71. Baurechtsreferentenbesprechung am 27./28.11.2025, S. 15; a. A. VG Hamburg, Urt. v. 15.01.2024 – 12 K 2905/21 – juris Rn. 84.

14 Ebenso MLW-Fragenkatalog (Fn. 13), S. 15; Gassner, in: BeckOK LBOBW, 33. Edition § 53 Rn. 26.

15 Hierzu auch MLW-Fragenkatalog (Fn. 13), S. 6, 9 mit Verweis auf die Hinweispflicht der Behörde.

16 Gassner (Fn. 14), § 53 Rn. 26; vgl. den entsprechenden Hinweis bei VGH BW, Urt. v. 13.11.2025 – 5 S 259/25 – juris Rn. 70.

17 Soweit im weiteren Verfahren ein entsprechender Antrag doch noch gestellt wird, ist dann allerdings die Zustimmung der Gemeinde einzuholen und über den Antrag zu entscheiden.

18 So für das gemeindliche Einvernehmen bereits Gassner (Fn. 14), § 54 Rn. 34; wohl auch Sauter (Fn. 11), § 54 Rn. 27.

19 Das Einvernehmen gilt auch mit Fristablauf bei unvollständigen Unterlagen als erteilt (Reidt, in: Battis/Krautzberger/Löhr, 16. Aufl. 2025, § 36 BauGB Rn. 22 m. w. N.), die Gemeinde hat insoweit verfahrensrechtlich eine Mitwirkungslast. Weist ihn die Gemeinde auf fehlende Unterlagen hin, beginnt die Frist erst mit Eingang der ergänzenden Unterlagen zu laufen, BVerwG, Urt. v. 27.08.2020 – 4 C 1.19 – juris Rn. 24 ff.

20 Siehe dazu nachfolgend II. 3. a).

zuständigen Organisationseinheit elektronisch zur Verfügung gestellt werden, ist die Mitteilung hierüber mit dem ausdrücklichen Ersuchen auf Zustimmung nach § 36 a BauGB zu verbinden.

Die Entscheidungsfrist der Baurechtsbehörde beginnt gem. § 54 Abs. 5 Satz 2 LBO, wenn die unbedingte Zustimmung der Gemeinde vorliegt oder die Frist hierfür abgelaufen ist. Die Gemeinde kann im Zustimmungsverfahren der betroffenen Öffentlichkeit Gelegenheit zur Stellungnahme innerhalb einer Frist von maximal einem Monat geben, § 36 a Abs. 2 Satz 1 BauGB. In diesem Fall verlängert sich die Zustimmungsfrist gemäß § 36 a Abs. 2 Satz 2 BauGB um die Dauer der Stellungnahmefrist.²¹

3. Zustimmungs- und Genehmigungsfiktion

Wird die Zustimmung von der Gemeinde trotz eines ordnungsgemäßen Ersuchens nicht innerhalb der gesetzlich vorgesehenen Frist erteilt, wird – wie auch beim gemeindlichen Einvernehmen – die Zustimmung fingiert. Daneben kann hinsichtlich der Baugenehmigung jedenfalls im vereinfachten Verfahren eine Genehmigungsfiktion eintreten.

a) Zustimmungsfiktion

Nach § 36 a Abs. 1 Satz 4 BauGB gilt die Zustimmung der Gemeinde *als erteilt*, wenn sie nicht binnen drei Monaten nach Eingang des Ersuchens der Genehmigungsbehörde verweigert wird (Zustimmungsfiktion). Die Regelung entspricht derjenigen zur Fiktion des gemeindlichen Einvernehmens nach § 36 Abs. 2 Satz 2 BauGB mit dem Unterschied, dass die maßgebliche Frist drei statt zwei Monate beträgt.²² Anders als beim Einvernehmen besteht jedoch für die Behörde *keine Befugnis*, eine versagte Zustimmung zu *ersetzen*.²³

Ebenso wie beim gemeindlichen Einvernehmen sind für den Eintritt der Fiktionswirkung neben dem Ablauf der Frist und der fehlenden gemeindlichen Entscheidung ein ordnungsgemäßes *Ersuchen* der Baurechtsbehörde sowie ein vollständiger Bauantrag²⁴ erforderlich. Das Ersuchen muss so eindeutig formuliert sein, dass die Gemeinde erkennen kann, dass damit die Frist nach § 36 a Abs. 1 Satz 4 BauGB ausgelöst werden soll.²⁵ Da nunmehr statt dem für eine Befreiung nach § 31 Abs. 2 BauGB erforderlichen Einvernehmen auch – sollte eine Befreiung nicht möglich sein – eine Zustimmung als Grundlage einer Entscheidung nach §§ 31 Abs. 3, 34 Abs. 3 b oder 246 e BauGB notwendig werden kann, werden die Baurechtsbehörden in ihrem Ersuchen insoweit zu differenzieren haben. Soweit also die Gemeinde um ihr Einvernehmen ersucht wird, kann dies nicht die Frist für die Erteilung der Zustimmung und die Zustimmungsfiktion auslösen.

Ein Sonderfall gilt für das fristauslösende Ereignis gemäß § 36 a Abs. 1 Satz 4 Halbs. 2 BauGB, wenn die Gemeinde untere Bauaufsichtsbehörde ist. Dann findet auf die Zustimmungsfiktion § 36 Abs. 2 Satz 2 Halbs. 2 BauGB entsprechende Anwendung, wonach dem Ersuchen gegenüber der Gemeinde die Einreichung des Antrags bei der Gemeinde gleichsteht, wenn sie nach dem Landesrecht vorgeschrieben ist. Das ist zwar nicht immer, aber jedenfalls dann der Fall, wenn die Gemeinde untere Bauaufsichtsbehörde ist. Daher wird auch die Frist für die Zustimmungsfiktion nach § 36 a Abs. 1 Satz 4 BauGB durch die Einreichung des Bauantrags bei der Gemeinde ausgelöst.

b) Genehmigungsfiktion

Im vereinfachten Verfahren nach § 52 LBO gilt gemäß § 58 Abs. 1 a Satz 1 LBO mit den dort geregelten Maßgaben die *Genehmigungsfiktion* nach § 42 a LVwVfG. Eine beantragte Genehmigung gilt danach mit Ablauf der für die Entscheidung festgelegten Frist als erteilt, wenn dies wie hier durch die Regelung

in § 58 Abs. 1 a Satz 1 LBO durch Rechtsvorschrift angeordnet ist. Ist für die beantragte Baugenehmigung das gemeindliche Einvernehmen erforderlich, so kann die Genehmigungsfiktion allerdings nur dann eintreten, wenn ein versagtes Einvernehmen vor Ablauf der Entscheidungsfrist ordnungsgemäß ersetzt wurde, § 58 Abs. 1 a Satz 1 Nr. 3 LBO. Eine Sonderregelung bezüglich der gemeindlichen Zustimmung enthält die Regelung nicht, zumal insoweit ohnehin § 36 a BauGB keine Ersetzungsbefugnis vorsieht.

Damit kann die Genehmigungsfiktion auch bei zustimmungspflichtigen Vorhaben eintreten, sofern die entsprechende Abweichung oder Befreiung, für die eine Zustimmung erforderlich ist, gemäß § 58 Abs. 1 a Satz 1 Nr. 2 LBO gesondert beantragt wurde. Denn nach § 58 Abs. 1 a Satz 1 Nr. 1 LBO ist für den Beginn der Entscheidungsfrist § 54 LBO maßgeblich. Die *Entscheidungsfrist* der Baurechtsbehörde beginnt nach § 54 Abs. 5 Satz 2 LBO, der am 04.02.2026 geändert wurde, sobald die vollständigen Bauvorlagen und alle für die Entscheidung notwendigen Stellungnahmen und Mitwirkungen vorliegen, spätestens jedoch nach Ablauf der Fristen nach Abs. 3 und nach den §§ 36 Abs. 2 Satz 2, 36 a Abs. 1 Satz 4, Abs. 2 Satz 2 BauGB sowie nach § 12 Abs. 2 Satz 2 und 3 des Luftverkehrsgesetzes.²⁶ Der Fristbeginn erstreckt sich damit auch auf die erforderliche Zustimmung der Gemeinde. Diese muss entweder vorliegen oder die Zustimmungsfrist muss abgelaufen sein, damit die Entscheidungsfrist zu laufen beginnt.²⁷

4. Gemeindeinterne Zuständigkeit

Bei der Zustimmung der Gemeinde nach § 36 a BauGB stellt sich wie beim Einvernehmen der Gemeinde nach § 36 BauGB die Frage, welches Gemeindeorgan hierfür zuständig ist.²⁸ Einvernehmen und Zustimmung der Gemeinde sichern deren von Art. 28 Abs. 2 GG geschützte Planungshoheit. Der Gemeinderat ist nach § 24 Abs. 1 GemO Hauptorgan der Gemeinde und entscheidet über alle Angelegenheiten, soweit sie nicht gesetzlich oder durch Gemeinderatsbeschluss auf den Bürgermeister übertragen sind. Der VGH BW hat hieraus den zutreffenden Schluss gezogen, dass daher grundsätzlich der *Gemeinderat* für die Erteilung des Einvernehmens nach § 36 BauGB zuständig ist.²⁹ Als gesetzliche Zuständigkeit des Bürgermeisters für die Erteilung der Zustimmung nach § 36 a BauGB käme lediglich ein Geschäft der laufenden Verwaltung i. S. d. § 44 Abs. 2 Satz 1 GemO in Betracht. Ein solches darf nicht von grundsätzlicher Bedeutung für die Gemeinde sein und müsste nach Regelmäßigkeit und Häufigkeit zu den üblichen Geschäften gehören, deren Erledigung nach festgefahre-

21 Dazu sogleich unter 5.

22 Ursprünglich sollte auch hier die Zweimonatsfrist des § 36 Abs. 2 Satz 2 BauGB gelten, BT-Drs. 21/781 (neu), S. 6. Die Verlängerung auf eine Dreimonatsfrist erfolgte nach der Gesetzesbegründung mit Rücksicht auf den gegenüber dem gemeindlichen Einvernehmen erweiterten Prüfungsumfang auf ausdrückliche Bitte der kommunalen Spitzenverbände, BT-Drs. 21/2109, S. 35. Kritisch zur Dreimonatsfrist: *Helriegel* (Fn. 4), 1727.

23 BT-Drs. 21/781 (neu), S. 24; *Schröet/Summus*, NVwZ 2025, 1973; bereits zu § 31 Abs. 3 BauGB a. F. *Dürr*, in: Brügmann, BauGB, Stand: Oktober 2025, § 31 Rn. 120.

24 Hierzu bereits oben II. 2.; vgl. auch *Dürr* (Fn. 23), § 36 Rn. 56 m. w. N.

25 *Dürr* (Fn. 23), § 36 Rn. 56 m. w. N. zur Rechtsprechung.

26 Vgl. Art. 5 des Ges. zur Änderung des Bauberufsrechts v. 04.02.2026, LT-Drs. 17/10249, S. 8; LT-Drs. 17/10217, S. 4 f.; *Otto*, ZfBR 2026, 28 ff.

27 Zum Einvernehmen siehe *Gassner* (Fn. 14), § 54 Rn. 61 ff.; *Sauter* (Fn. 11), § 54 Rn. 32, 36.

28 Zur Organkompetenz bei § 36 Abs. 1 Satz 1 BauGB vgl. VGH BW, Urt. v. 22.09.2003 – 5 S 2550/02 – juris Rn. 23; aus der Literatur *Söfker* (Fn. 11), § 36 Rn. 35; *Dürr* (Fn. 23), § 36 Rn. 21 f.; *Hofmeister*, BeckOK BauGB, 68. Edition, § 36 Rn. 13.

29 VGH BW, Urt. v. 22.09.2003 – 5 S 2550/02 – juris Rn. 22, st. Rspr.

nen Grundsätzen auf eingefahrenen Gleisen erfolgen kann.³⁰ Dies liegt beim erstmaligen Gebrauch der Bau-Turbo-Vorschriften nicht vor, und auch im Übrigen werden die Abweichungsregelungen in nächster Zeit nicht so häufig Anwendung finden, dass sie routinemäßig bearbeitet werden können.³¹

Vor allem in und für Stadtkreise wird vertreten, dass die Erteilung der Zustimmung in Fällen ohne besondere Bedeutung ein Geschäft der laufenden Verwaltung darstelle, soweit der Gemeinde dabei kein Ermessen eingeräumt sei, auch wenn der Bürgermeister den Gemeinderat nach § 43 Abs. 5 Satz 1 GemO über einzelne Bauvorhaben zu unterrichten habe.³² Ausgangspunkt für die Klärung der organschaftlichen Zuständigkeit ist § 24 Abs. 1 Satz 1 GemO, wonach der Gemeinderat das Hauptorgan der Gemeinde ist und zuständig, soweit der Bürgermeister nicht gesetzlich ausdrücklich für sonderzuständig erklärt wird oder der Gemeinderat dem Bürgermeister die Aufgabe übertragen hat (durch Hauptsatzung oder Einzelfallentscheidung, § 44 Abs. 2 GemO). Maßgeblich für die Abschiebung der Zuständigkeiten von Bürgermeister und Gemeinderat im Rahmen des § 44 Abs. 2 GemO ist der Umstand, dass die Planungshoheit zu den von Art. 28 Abs. 2 GG gewährten Garantien der eigenverantwortlichen Aufgabenwahrnehmung zählt.³³ Systematisch ist die Ausübung der Planungshoheit so lange eine Angelegenheit des Gemeinderats (als der von Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG vorgesehenen Volksvertretung), wie sie nicht durch Hauptsatzung oder Einzelfallbeschluss auf den Bürgermeister übertragen ist. Denn die Zustimmung zur Erteilung einer Befreiung nach § 31 Abs. 3 BauGB betrifft zunächst einen Einzelfall, an dem sich ggf. weitere Bauvorhaben orientieren können. Ein solcher, ggf. einen neuen Maßstab prägender Einzelfall erfüllt die Kriterien eines Geschäfts der laufenden Verwaltung aber nicht. Bauvorhaben im Innenbereich können zwar grundsätzlich Geschäfte der laufenden Verwaltung sein, insbesondere weil der Rechtsrahmen des Einfügens in § 34 BauGB einen Vollzugsmaßstab vorgibt. Hiervon ist aber die Fallkonstellation abzuschieben, in der – wie bei § 34 Abs. 3 b BauGB – der Einfügensmaßstab verlassen wird, insbesondere bereits ein Bebauungsplanverfahren anhängig ist bzw. der Flächennutzungsplan Aussagen trifft, die dem Baugesuch entgegenstehen, aber als Entscheidungsmaßstab für das Einfügen unerheblich wären. Schließlich ist ein (bezogen auf die jeweilige Gemeinde) großes Bauvorhaben oder ein politisch umstrittenes Bauvorhaben kein Geschäft der laufenden Verwaltung, weil es für die Gemeinde von grundsätzlicher Bedeutung ist.

Bei Zuständigkeit des Gemeinderats sind für die Beschlussfassung unter anderem die Formvorschriften des § 34 GemO und der Geschäftsordnung einzuhalten; die Beratungsunterlagen müssen den Gemeinderäten mindestens sieben Tage vor der Sitzung vorliegen. Die Beschlussfassung hat in öffentlicher Sitzung (wie beim Bebauungsplan) nach § 35 Abs. 1 GemO zu erfolgen. Wenn und soweit die Zustimmung der Gemeinde dazu führen kann, dass ein Bebauungsplan (teilweise) funktionslos wird oder ein neuer Rahmen für den Innenbereich gesetzt wird, sind die Gemeinderäte hierüber in der Beratungsvorlage zusammen mit dem Inhalt des Baugesuchs zu informieren. Wie beim Aufstellungsbeschluss muss die Gemeinde zumindest rudimentäre städtebauliche Zielsetzungen formulieren, anhand derer prognostiziert wird, ob und inwieweit das Baugesuch mit ihnen konform ist. Ist dies der Fall, erteilt die Gemeinde die Zustimmung, § 36 a Abs. 1 Satz 2 BauGB ist keine Ermessensvorschrift.³⁴

Eine *Delegation* der Zuständigkeit auf einen beschließenden Ausschuss oder den Bürgermeister ist zulässig, denn es liegt kein Fall des § 39 Abs. 2 GemO vor. Die Übertragung der Zuständigkeit könnte entweder durch Hauptsatzung (§ 44 Abs. 2 Satz 2 GemO) erfolgen oder – wie bei straßenrechtli-

chen Sondernutzungen³⁵ – durch Beschluss von Richtlinien (anhand von baulandpolitischen Grundsätzen), die dann als Geschäft der laufenden Verwaltung vom Bürgermeister vollzogen werden.³⁶ Die Art und Weise der Übertragung ist insofern bedeutsam, als bei der Zuständigkeitsübertragung durch Hauptsatzung der Gemeinderat weder ein Weisungsrecht noch ein Rückholrecht besitzt, wie ein Vergleich zwischen der Übertragung auf einen beschließenden Ausschuss (§ 39 Abs. 3 Satz 5 GemO) und der Übertragung auf den Bürgermeister (wo in § 44 Abs. 2 GemO nicht auf § 39 Abs. 3 Bezug genommen wird) ergibt.³⁷

Fraglich ist, ob der Erlass von Richtlinien, der durch einfachen Gemeinderatsbeschluss erfolgt, nicht daran scheitert, dass ihr Vollzug (dauerhaft) dem Bürgermeister übertragen wird. Nach dem klaren Wortlaut des § 44 Abs. 2 Satz 2 GemO erfordert die dauerhafte Übertragung gemeindlicher Organkompetenzen eine Regelung in der Hauptsatzung, die mit qualifizierter Mehrheit gem. § 2 Abs. 2 GemO zu erfolgen hat. Systematische Gründe sprechen also dafür, dass im Zweifel aus Gründen der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit eine Hauptsatzungsänderung vorzunehmen ist. Eine derartige Regelung in der Hauptsatzung könnte lauten:³⁸ *Die Zustimmung nach § 36 a BauGB wird auf den Bürgermeister übertragen, soweit diese nicht von grundsätzlicher Bedeutung für die gemeindliche Bauleitplanung oder das Bauvorhaben von besonderer Wichtigkeit ist.*

5. Öffentlichkeitsbeteiligung

Die Öffentlichkeitsbeteiligung nach § 36 a Abs. 2 BauGB soll ausweislich der Gesetzesbegründung insbesondere eine vorsorgliche Versagung der Zustimmung aufgrund unsicherer Datenlage vermeiden helfen und der Gemeinde die Möglichkeit geben, etwaige entgegenstehende nachbarliche Interessen zu ermitteln und ggf. durch entsprechende Auflagen oder vertragliche Verpflichtungen des Vorhabenträgers auszuräumen. Hier-

30 Vgl. Engel/Heilshorn, Kommunalrecht Baden-Württemberg, 13. Aufl. 2026, § 15 Rn. 16. Ablehnend für § 36 a BauGB daher auch Schröder/Sunmus (Fn. 23), 1975. Siehe auch VGH BW, Urt. v. 06.11.2025 – 5 S 695/24 – juris Rn. 93 – „zweifelhaft“.

31 Der bei Battis/Mitschang/Reidt, DVBl 2026, 132, 141 problematisierte Fall, dass, wenn die Gemeinde selbst Bauaufsichtsbehörde ist, die Gemeindevertretung nach dem jeweiligen Landesrecht für die Erteilung oder Versagung der Zustimmung nicht zuständig ist und allenfalls angehört oder informiert werden muss, ist nach baden-württembergischen Recht nicht vorgesehen. Auch bei der Erledigung von Weisungsaufgaben in eigener Zuständigkeit durch den Bürgermeister, § 44 Abs. 3 Satz 1 Halbs. 1 GemO, verbleibt die der Erteilung über die Zustimmung immanente Planungshoheit beim Gemeinderat. Eine landesrechtliche Bestimmung, kraft derer die übergeordnete Behörde sich über die Planungshoheit der Gemeinde hinwegsetzen kann, besteht nicht, Sauter (Fn. 11), § 47 Rn. 130; BVerwG, Urt. v. 10.08.1988 – 4 C 20/84 – juris Rn. 33 ff.

32 Gassner (Fn. 14), § 53 Rn. 34; siehe auch VGH BW, Urt. v. 06.11.2025 – 5 S 695/24 – juris Rn. 93.

33 BT-Drs. 21/781 (neu), S. 24, 27; VGH BW, Urt. v. 06.11.2025 – 5 S 695/24 – juris Rn. 96.

34 So auch Kment/Maurer (Fn. 4), 1842, allerdings Beurteilungsspielraum der Gemeinde bei der Erteilung der Zustimmung; ebenso Helriegel (Fn. 4), 1726 f.; a. A. zu § 31 Abs. 3 a. F. BauGB wohl noch OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 22.02.2023 – OVG 10 B 15.18 – juris Rn. 95: es handele sich um ein rechtlich ungebundenes Kriterium, wobei die Gemeinde sie aus jeglichem – willkür- und ermessensfehlerfreien – Grund verweigern dürfe.

35 Engel, VBIBW 2008, 41, 46 ff.; siehe auch VGH BW, Urt. v. 21.04.2021 – 5 S 1996/19 – juris Rn. 63; OVG NRW, Urt. v. 28.05.2021 – 11 A 390/19 – juris Rn. 84.

36 Zur Möglichkeit der Delegation nach § 44 Abs. 2 i. V. m. § 39 GemO oder durch Erlass sog. „Leitplanken“ durch Grundsatzbeschluss vgl. MLW-Fragenkatalog (Fn. 13) S. 12 f.

37 Schröder/Sunmus (Fn. 23), 1975.

38 Weitere Beispiele finden sich in den Ende 2025 erfolgten Änderungen der Hauptsatzungen der Städte Karlsruhe (Vorlage 2025/1076) und Freiburg (G-25/189).

durch könne auch eine bessere Akzeptanz des Vorhabens erreicht werden.³⁹ Nach § 36 a Abs. 2 Satz 1 BauGB kann die Gemeinde der *betroffenen Öffentlichkeit* vor der Entscheidung über die Zustimmung *Gelegenheit zur Stellungnahme* zu dem Antrag innerhalb angemessener Frist geben, höchstens jedoch innerhalb eines Monats. In diesem Fall verlängert sich die nach § 36 a Abs. 1 Satz 4 BauGB anzuwendende Entscheidungsfrist um die Dauer der Stellungnahmefrist, § 36 a Abs. 2 Satz 2 BauGB.⁴⁰

Die Möglichkeit einer – bislang gesetzlich im Baugenehmigungsverfahren so nicht vorgesehenen⁴¹ – Öffentlichkeitsbeteiligung ist zunächst auf alle zustimmungspflichtigen Vorhaben anwendbar. Es dürfte sich jedoch empfehlen, seitens der Kommunen vorab etwa im Wege allgemeiner Richtlinien des Gemeinderats diejenigen Vorhaben bzw. Gegenstände von Abweichungen oder Befreiungen festzulegen, bei denen eine Öffentlichkeitsbeteiligung erfolgen soll.

Da eine Angrenzerbeteiligung nach § 55 Abs. 1 Satz 1 LBO im Hinblick auf potenziell berührte Nachbarrechte ohnehin erfolgen muss, und für die Benachrichtigung der Angrenzer eine Einwendungsfrist von zwei Wochen gilt, die nicht verlängerbar ist (§ 55 Abs. 2 LBO), sollte darauf geachtet werden, die beiden Formen der Beteiligung deutlich zu unterscheiden. Dies gilt insbesondere für den Fall, dass der Öffentlichkeit für die Stellungnahme im Hinblick auf die erforderliche gemeindliche Zustimmung eine längere Frist als zwei Wochen gewährt werden soll. Denn Angrenzer sind mit Einwendungen, die sie nicht gemäß § 55 Abs. 2 Satz 1 LBO innerhalb von zwei Wochen elektronisch oder in Textform geltend machen, materiell *präkludiert*, § 55 Abs. 2 Satz 2 LBO. Einem Laien ist es daher nicht zuzumuten, im Baugenehmigungsverfahren die unterschiedlichen Beteiligungsfristen ohne einen expliziten Hinweis selbständig zu erkennen.

Die gesetzliche Regelung enthält keine Vorgaben für die *Durchführung* der Öffentlichkeitsbeteiligung. In ersten Überlegungen zur praktischen Umsetzung wurde daher vielfach erwogen, sich an den Regelungen zur Offenlage von Planunterlagen nach § 3 Abs. 2 BauGB zu orientieren. Dies dürfte mit der gesetzlichen Regelung zwar vereinbar sein, würde aber in zeitlicher wie organisatorischer Hinsicht zu einem erheblichen Mehraufwand führen. Es liegt daher näher, sich an der frühzeitigen Öffentlichkeitsbeteiligung nach § 3 Abs. 1 BauGB zu orientieren, die – ebenfalls mangels entsprechender Vorgaben – von der Gemeinde weitgehend frei ausgestaltet werden kann.⁴² Danach sind etwa öffentliche Versammlungen, Mitteilungen in der Presse und gemeindlichen Amtsblättern ebenso zulässig wie eine Information auf elektronischem Wege oder über die Homepage der Gemeinde. Schließlich kann – wenn auch nach § 3 Abs. 1 BauGB nicht vorgesehen – eine individuelle Benachrichtigung erfolgen.⁴³ Ungeachtet der konkreten Ausgestaltung ist rechtzeitig bekanntzumachen oder der betroffenen Öffentlichkeit mitzuteilen, wie und innerhalb welcher Frist eine Stellungnahme erfolgen kann.

Dabei ist zu berücksichtigen, dass § 36 a Abs. 2 Satz 1 BauGB keine umfassende Öffentlichkeitsbeteiligung vorsieht, sondern eine Beteiligung lediglich der *betroffenen Öffentlichkeit*. Zur betroffenen Öffentlichkeit gehören alle Personen, deren Belange durch die Zulassung des zustimmungspflichtigen Vorhabens berührt werden.⁴⁴ In personeller Hinsicht sollte die Beteiligung daher eher eng gefasst werden, was den anfallenden Aufwand mindert und zudem der gesetzgeberischen Zielsetzung – Identifizierung nachbarlicher Belange und gesteigerte Akzeptanz – entspricht. Konkret bedeutet dies, dass eine Beteiligung der Eigentümer unmittelbar benachbarter Grundstücke in der Regel ausreichend sein dürfte, sofern nicht weitergehende Auswirkungen des Vorhabens zu erwarten sind. Bei erheblicher Überschneidung des Kreises

der hiernach zu beteiligenden Eigentümer mit dem Kreis der nach § 55 Abs. 1 LBO zu benachrichtigenden Angrenzer ist der Mehrwert einer zusätzlichen Öffentlichkeitsbeteiligung allerdings fraglich. Bei Befreiungen von Vorgaben des Bebauungsplans gemäß § 31 Abs. 3 BauGB kann, gerade bei Befreiungen für eine Vielzahl vergleichbarer Fälle bzw. mit entsprechender Vorbildwirkung, auch eine Beteiligung aller Eigentümer im Plangebiet angezeigt sein.

Das Beteiligungsverfahren kann wie die frühzeitige Beteiligung entsprechend § 3 Abs. 1 BauGB ablaufen. Die eingehenden Stellungnahmen müssen nicht wie bei der förmlichen Öffentlichkeitsbeteiligung nach § 3 Abs. 2 BauGB beschieden und beantwortet werden, sie dienen der Gemeinde aber als Entscheidungsmaterial bei der Willensbildung hinsichtlich ihrer Zustimmung.

III. Materieller Maßstab

1. Städtebauliche Entwicklung und Ordnung

Nach § 36 a Abs. 1 Satz 2 BauGB erteilt die Gemeinde die Zustimmung, wenn das Vorhaben mit ihren *Vorstellungen* von der *städtebaulichen Entwicklung und Ordnung* vereinbar ist. Nach der Gesetzesbegründung soll dies verdeutlichen, dass das Zustimmungserfordernis sich, anders als das gemeindliche Einvernehmen, nicht auf eine Rechtskontrolle beschränke, sondern die kommunale Planungshoheit i. S. d. Art. 28 Abs. 2 GG ausgestalte. Welche Vorstellungen die Gemeinde von der städtebaulichen Entwicklung und Ordnung habe, bestimme sie im Rahmen ihrer kommunalen Selbstverwaltung. Sie habe dabei weite Gestaltungsfreiheit und bleibe vor allem an die allgemeinen Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns gebunden, insbesondere an die Anforderungen des allgemeinen und besonderen Gleichheitssatzes nach Art. 3 GG. Die Zustimmung ersetze also funktional eine entsprechende Bauleitplanung, wenn die Gemeinde bereits anhand des Vorhabenantrags zu dem Ergebnis komme, dass das Vorhaben ihren Vorstellungen von der städtebaulichen Entwicklung entspricht⁴⁵ oder – wie zu ergänzen ist – widerspricht.

§ 36 a BauGB ist eine bodenrechtliche Norm, sodass in die Zustimmungsentscheidung nur bodenrechtliche Aspekte einfließen dürfen. Mit zu berücksichtigen sind der Flächennutzungsplan und alle von der Gemeinde beschlossenen informellen Planungen i. S. d. § 1 Abs. 6 Nr. 11 BauGB; berücksichtigungsfähig sind alle Erwägungen, die im Rahmen der Bauleitplanung situativ erforderlich und zulässig sind, insbesondere die

39 BT-Drs. 21/781 (neu), S. 25. Zweifel daran, ob die fakultative Öffentlichkeitsbeteiligung den Zweck des „Bau-Turbos“ aufgrund verringerter Akzeptanz der Bevölkerung gefährden wird, äußern Kment/Maurer (Fn. 4), 1843.

40 Eine Verlängerung der so auf maximal vier Monate angehobenen Frist für die Auswertung der eingegangenen Stellungnahmen ist nicht vorgesehen. Teilweise wird angezweifelt, ob die Frist zur Bewältigung der öffentlichen Abwägungsfragen und damit zur Erreichung des mit der Öffentlichkeitsbeteiligung verfolgten Zwecks ausreichend ist; vgl. Helriegel (Fn. 4), 1726; Kment/Maurer (Fn. 4), 1843; Deutscher Anwaltverein, Stellungnahme Nr. 21/2025, Juni 2025, S. 11; Battis/Mitschang/Reidt (Fn. 31), 141.

41 Vgl. § 55 Abs. 3 LBO.

42 Gegen eine Anwendung der §§ 3, 4 a BauGB und stattdessen für eine analoge Anwendung der Beteiligungsregelungen der Bauordnungen Otto (Fn. 26), 32.

43 Krautzberger/Jaeger, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, Stand: August 2025, § 3 Rn. 18 ff.

44 Vgl. NdsOVG, Urt. v. 01.09.2025, BauR 2025, 1766 ff. (2. Leitsatz) zu § 4 a BauGB.

45 BT-Drs. 21/781 (neu), S. 24; allerdings dürfte nach Schröer/Sunnus (Fn. 23), 1976 die Gemeinde hierbei, wie bei § 1 Abs. 3 Satz 1 BauGB, auf bodenrechtliche Gesichtspunkte beschränkt sein; ebenso Otto (Fn. 26), 29 f.

in § 1 Abs. 5 und 6 sowie § 1 a BauGB genannten Planungsgrundsätze und -belange.

Nach dem Wortlaut des § 36 a Abs. 1 Satz 2 BauGB ist die Zustimmung keine Ermessens-, sondern eine gebundene Entscheidung.⁴⁶ Indem die Tatbestandsvoraussetzungen auf die Vereinbarkeit mit den Vorstellungen der Gemeinde von der städtebaulichen Entwicklung und Ordnung abstellen, wird allerdings hier eine § 1 Abs. 3 BauGB vergleichbare, nur beschränkt überprüfbare Beurteilung der städtebaulichen Situation überantwortet. Anhand rudimentärer planerischer Vorstellungen, die – wie erwähnt – auf dem Flächennutzungsplan oder etwa Planungen i. S. d. § 1 Abs. 6 Nr. 11 BauGB aufbauen können, muss die Gemeinde prognostizieren, ob das beantragte Bauvorhaben diesen Planungsansätzen entspricht. Dies ist Ausübung der kommunalen Planungshoheit i. S. d. Art. 28 Abs. 2 GG und – als Beurteilungsspielraum auf Tatbestandsebene⁴⁷ – verwaltungsgerichtlich nur eingeschränkt überprüfbar. Allerdings darf die Gemeinde bei ihrer Entscheidung nicht willkürlich handeln oder sich von sachfremden Erwägungen leiten lassen.⁴⁸

Fraglich bleibt in diesem Zusammenhang, ob ein Anspruch auf Zustimmung bestehen kann, wenn das Vorhaben den Festsetzungen des Flächennutzungsplans entspricht. Insofern könnte der Flächennutzungsplan als Konkretisierung der Vorstellungen der Gemeinde von ihrer städtebaulichen Entwicklung und Ordnung gewertet werden. Für die Aufstellung des Flächennutzungsplans ist grundsätzlich die Gemeinde zuständig, §§ 2 Abs. 1, 1 Abs. 2 BauGB. Nach überwiegender Auffassung entfaltet der Flächennutzungsplan mit seiner Rechtsnatur *sui generis* zwar selbst unmittelbar keine eigenen Rechtswirkungen. Ihm wird nach der Rechtsprechung allerdings durch andere Rechtsnormen des BauGB Rechtswirkung vermittelt, die sich ausdrücklich auf ihn beziehen.⁴⁹ Der Flächennutzungsplan ist ein behördenverbindliches Planprogramm, das entfernte Ähnlichkeiten mit sog. ermessensbindenden Verwaltungsvorschriften aufweist.⁵⁰ Daher ließe sich argumentieren, dass bei Übereinstimmung des Vorhabens mit dem Flächennutzungsplan das Vorhaben mit den Vorstellungen von einer städtebaulichen Entwicklung und Ordnung vereinbar ist.⁵¹ Allerdings enthält der Flächennutzungsplan keine parzellenscharfe Planung, weshalb zweifelhaft ist, ob er eine hinreichend konkrete Grundlage darstellt, um eine Vereinbarkeit mit den Vorstellungen der Gemeinde nachzuweisen, zumal die Gemeinde nicht gehindert ist, aus Anlass eines Vorhabens neue, vom bestehenden Flächennutzungsplan abweichende Planungsvorstellungen zu entwickeln. Ziel des Gesetzgebers war es schließlich, den Handlungsspielraum der Gemeinde zu erweitern, nicht diese zur Zustimmungserteilung im Fall der Vereinbarkeit eines Vorhabens mit dem Flächennutzungsplan zu verpflichten.

Die Gemeinde hat ihre Entscheidung zu begründen, auch wenn sie formal keinen Verwaltungsakt darstellt. Hierfür sprechen die Bindung der Gemeinde an den Gleichheitsgrundsatz sowie allgemeine Transparenzerwägungen.⁵² Darüber hinaus dürfte auch Art. 19 Abs. 4 GG dafür sprechen, dass die Gemeinde ihre Entscheidung zu begründen hat.⁵³ Denn auch dem Antragsteller im Baugenehmigungsverfahren muss es möglich sein, Einwände dagegen vorzubringen, dass die Baugenehmigung mangels Zustimmung der Gemeinde nicht erteilt worden ist. Eine vollständig fehlende oder bloß abstrakt-pauschale Begründung kann ein Indiz dafür sein, dass die Gemeinde sich von sachfremden Erwägungen leiten lässt. Die dergestalt begründete Zustimmungsentscheidung (auch die Ablehnung) ist fristgerecht der Baurechtsbehörde mitzuteilen. Wenn die Entscheidung über die Zustimmung in die Zuständigkeit des Gemeinderats fällt, sind ihm gem. § 34 Abs. 1 Satz 1 GemO die Rahmenbedingungen der Zustim-

mungsentscheidung, also der städtebauliche Ansatz, die Prognose, ob das Bauvorhaben diesem Ansatz entspricht, und die Auswirkungen auf künftige bauplanungsrechtliche Zulassungsentscheidungen in den Beratungsunterlagen darzustellen.

2. Prüfungs- und Entscheidungsumfang

Die Abweichung oder Befreiung nach den §§ 31 Abs. 3, 34 Abs. 3 b und 246 e BauGB ist integraler Bestandteil einer zu erteilenden Baugenehmigung. Die Baugenehmigung stellt als Verwaltungsakt den nach außen hin wirksamen Rechtsakt dar, während die Zustimmung der Gemeinde lediglich eine *verwaltungsinterne Mitwirkungshandlung* ist.⁵⁴

Im Rahmen des gesetzlichen Prüfprogramms prüft die Baurechtsbehörde neben dem Vorliegen der Zustimmung die weiteren tatbestandlichen Voraussetzungen, insbesondere die Vereinbarkeit mit öffentlichen Belangen unter Würdigung nachbarlicher Interessen. Sie übt zudem das ihr vom Gesetzgeber eingeräumte Ermessen aus. Die Gemeinde dagegen gleicht das zur Genehmigung gestellte Vorhaben mit ihren (ggf. aus Anlass des Vorhabens erst noch zu entwickelnden) Planungsvorstellungen ab und erteilt oder versagt entsprechend ihre Zustimmung. In der Zustimmungsentscheidung sind daher ebenso wie bei der Aufstellung und Abwägung eines Bebauungsplans die maßgeblichen öffentlichen und privaten Belange zu berücksichtigen. Diese können aber gleichzeitig auch öffentliche Belange oder nachbarliche Interessen darstellen, die als tatbestandliche Voraussetzungen von der Baurechtsbehörde zu prüfen wären.

Daher ist zu klären, ob und ggf. nach welchen Maßstäben die Prüfungsgegenstände von Gemeinde und Baurechtsbehörde voneinander abzugrenzen sind. Dies betrifft weniger die Gemeinde im Rahmen der Zustimmungsprüfung, da diese lediglich die Vereinbarkeit mit ihren Planungsvorstellungen zu prüfen hat, sondern vielmehr die Baurechtsbehörde, sofern die Gemeinde ihre Zustimmung erteilt hat. Denn dann stellt sich die Frage, ob und aus welchen Gründen die Baurechtsbehörde die Genehmigung dennoch versagen kann, insbesondere, ob sie eine Ablehnung auch auf Belange stützen kann, welche die Gemeinde bereits bei ihren Planungsüberlegungen berücksichtigt und gewürdigt hat.

Soweit man die frühere Rechtsprechung vor Einführung der Ersetzungsbefugnis zur einseitigen Bindungswirkung ei-

46 Kment/Maurer (Fn. 4), 1842. Zur Rechtsnatur der Zustimmung vgl. ausführlich Hellriegel (Fn. 4), 1725 f.

47 Hellriegel (Fn. 4), 1726; Kment/Maurer (Fn. 4), 1842, a. A. Otto (Fn. 26), 30.

48 Hellriegel (Fn. 4), 1721, 1726; Kment/Maurer (Fn. 4), 1843, Otto (Fn. 26), 30. Prozessuale Folge bei der Verpflichtungsklage des Bauherrn auf Erteilung der Baugenehmigung ist daher die notwendige Beiladung der Gemeinde nach § 65 Abs. 2 VwGO.

49 Jaeger, in: BeckOK BauGB, 67. Ed. 01.11.2024, BauGB § 5 Rn. 12; vgl. etwa BVerwG, Urt. v. 26.04.2007 – 4 CN 3/06 – juris Rn. 16.

50 Jaeger (Fn. 49), § 5 Rn. 10; Mitschang, LKV 2007, 102, 106 m. w. N.

51 Hellriegel (Fn. 4), 1726 verweist auf den Flächennutzungsplan als eine von mehreren möglichen Quellen für die Planvorstellungen der Gemeinde, allerdings wohl ohne ihm die hier diskutierte Konkretisierungswirkung zuzusprechen.

52 So MLW-Fragenkatalog (Fn. 13), S. 10 f.

53 Das Erfordernis einer Begründung ergibt sich aus Art. 19 Abs. 4 GG etwa auch im Prüfungsrecht, vgl. dazu bei Riese, in: Schoch/Schneider, VwGO, 48. EL Juli 2024, § 114 Rn. 100 m. w. N.

54 Vgl. dazu schon die Begründung zu § 36 a Abs. 3 BauGB in BT-Drs. 21/781 (neu), S. 25: „Bundesrechtlich wird in Absatz 3 allein vorgegeben, dass die Zustimmung der Gemeinde eine Zwischenentscheidung im bauaufsichtlichen Verfahren ist. Sie hat alleine keinerlei Rechtswirkungen. Diese hat allein die Entscheidung im bauaufsichtlichen Verfahren. Daher sind Rechtsbehelfe, wie beim gemeindlichen Einvernehmen, allein gegen diese Entscheidung statthaft.“

nes versagten Einvernehmens der Gemeinde heranzieht,⁵⁵ wäre die Baurechtsbehörde nicht gehindert, bei Erteilung der Zustimmung die Baugenehmigung unter Rückgriff auf Erwägungen zu versagen, die bereits in die gemeindliche Zustimmungsentscheidung eingeflossen sind. Die Behörde hätte insoweit eine vollumfängliche Prüfungs- und Entscheidungsbefugnis. Mit Blick auf die kommunale Planungshoheit sowie die Schutzfunktion des Zustimmungserfordernisses wäre dies wohl ausreichend. Denn dann würde durch das Zustimmungserfordernis allein gewährleistet, dass kein den Planungsüberlegungen der Gemeinde widersprechendes Vorhaben zugelassen werden kann.

Dies trägt jedoch der *bebauungsplanersetzten Funktion* der Zustimmung nicht ausreichend Rechnung. Zudem spricht für eine abweichende Bewertung, dass die Zustimmung, anders als das gemeindliche Einvernehmen, nicht ersetzt werden kann. Anders als beim gemeindlichen Einvernehmen findet keine bloße Rechtsanwendung statt, insoweit besteht auch keine parallele Prüfung allein der bauplanungsrechtlichen Vorschriften wie beim Einvernehmen. In die Zustimmungsentscheidung fließen darüber hinaus umfassende planerische Erwägungen der Gemeinde ein, die nach der Aufstellung eines Bebauungsplans durch die Baurechtsbehörde grundsätzlich nicht hinterfragt werden dürfen, da insoweit keine Planverwerfungskompetenz besteht,⁵⁶ und die damit der behördlichen Entscheidung zugrunde zu legen sind. Richtigerweise dürfte daher bei der Zustimmung eine *Abgrenzung* der Prüfungs- und Entscheidungsbefugnisse vorzunehmen sein. Abwägungsrelevante private wie öffentliche Belange fließen danach – wie auch beim Bebauungsplan – in die gemeindliche Entscheidung ein und sind daher von der Baurechtsbehörde nicht nochmals im Rahmen der tatbestandlichen Voraussetzungen zu prüfen. Eine abweichende Beurteilung steht der Baurechtsbehörde dann konsequenterweise ebenfalls nicht zu.⁵⁷ Die Baurechtsbehörde prüft damit im Ergebnis nur öffentliche Belange *außerhalb* des kommunalen Planungshorizonts.⁵⁸ Es bleibt abzuwarten, ob die Rechtsprechung diese Abgrenzung mitträgt und weiter konturiert.

3. Ausübung unter einer Bedingung

Nach § 36 a Abs. 1 Satz 3 BauGB kann die Gemeinde ihre Zustimmung unter die *Bedingung* stellen, dass der Vorhabenträger sich verpflichtet, bestimmte städtebauliche Anforderungen einzuhalten. Damit kann die Gemeinde die Zulassung des Vorhabens an die Erfüllung städtebaulicher Verpflichtungen knüpfen, die sonst im Rahmen der Bauleitplanung zum Gegenstand eines flankierenden städtebaulichen Vertrags gemacht würden.⁵⁹ Dies entspricht der bebauungsplanersetzten Funktion der zustimmungspflichtigen Zulassungstatbestände.

a) Aufschiebende Bedingung

Die dergestalt bedingte Zustimmung ist zunächst eine *Ablehnung* der Zustimmung. Die Baurechtsbehörde ist damit an einer Genehmigungserteilung vorläufig gehindert; auch eine Fiktion der Zustimmung kann nicht eintreten.⁶⁰

Soweit die Gemeinde, etwa unter Bezugnahme auf bestehende baulandpolitische Grundsätze, die Übernahme bestimmter städtebaulicher Verpflichtungen als Bedingung formuliert, die das Vorhaben aber unberührt lassen, tritt die Wirksamkeit der Zustimmung mit Übernahme der Verpflichtung, regelmäßig durch Abschluss eines städtebaulichen Vertrages, ein. Es handelt sich insoweit um eine *aufschiebende Bedingung*.⁶¹ Daneben sind aber auch Bedingungen denkbar, die eine Änderung des zur Genehmigung gestellten Vorhabens erfordern. In diesem Fall sind, bevor die Wirksamkeit der Zustimmung eintreten kann, das Vorhaben und damit auch die dem Vorhaben zugrunde liegenden Bauvorlagen an-

zupassen. In diesem Fall dürfte die bedingte Zustimmung als *Ablehnung* der Zustimmung zum beantragten Vorhaben bei gleichzeitiger *antizipierter Zustimmung* zu einem geänderten Vorhaben anzusehen sein, das allerdings in der zustimmungsfähigen Form erst noch ins Verfahren eingebracht werden muss. Da im Rahmen der bedingten Zustimmung keine erneute Entscheidung der Gemeinde über die Zustimmung zum geänderten Vorhaben vorgesehen ist, kommt dies in seiner Wirkung einer aufschiebenden Bedingung gleich.

Die *Entscheidungsfrist* der Baurechtsbehörde beginnt erst dann zu laufen, wenn die Bedingung der Gemeinde erfüllt ist. Denn solange noch kein Bedingungseintritt erfolgt ist, liegt noch keine wirksame Zustimmung vor, die es der Baurechtsbehörde erlauben würde, eine Baugenehmigung zu erteilen. Damit fehlt eine notwendige Mitwirkungshandlung gemäß § 54 Abs. 5 Satz 2 LBO.⁶² Daher besteht auch keine Gefahr des Eintritts einer Zustimmungsfiktion. Die Gemeinde hat also genügend Zeit, etwa einen zur Herbeiführung des Bedingungseintritts notwendigen städtebaulichen Vertrag abzuschließen, ohne dass durch die im Genehmigungsverfahren geltenden Fristen Zeitnot entstünde. Ungeachtet dessen dürfte es – gerade wenn ein städtebaulicher Vertrag abgeschlossen werden soll – sinnvoll sein, die Vertragsverhandlungen frühzeitig und bereits parallel zum laufenden Baugenehmigungsverfahren einzuleiten, damit zum Ende des Verfahrens keine „Hängepartie“ droht.

Der Eintritt der von der Gemeinde formulierten Bedingung ist – als Voraussetzung des Wirksamwerdens der Zustimmung und damit der Erteilung der Baugenehmigung – von der Baurechtsbehörde zu prüfen. Dies wird bei einer vertraglichen Einigung zwischen Bauherrn und Gemeinde regelmäßig keine Probleme aufwerfen. Ungeachtet dessen sind Streitfälle nicht auszuschließen. Diese sind, sofern die Zustimmung versagt wird, im Rahmen einer Verpflichtungsklage des Bauherrn oder bei erteilter Baugenehmigung einer Anfechtungsklage der Gemeinde gerichtlich zu entscheiden.⁶³

Soweit zum Zeitpunkt der Zustimmungsentscheidung ein städtebaulicher Vertrag, der den Belangen der Gemeinde Rechnung trägt und die von der Gemeinde formulierten Be-

55 Das von der Gemeinde erteilte Einvernehmen hindert die Baugenehmigungsbehörde nicht, die Baugenehmigung zu versagen, *Söfker* (Fn. 11), § 36 Rn. 27 m. w. N.

56 Hierzu *Engel/Heilshorn* (Fn. 30), § 18 Rn. 39 ff.; *BayVG*, *Beschl.* v. 24.03.2020 – 1 ZB 18.69 – juris Rn. 5.

57 Anders im Ansatz *Otto* (Fn. 26), 31, der die Zustimmungsentscheidung der Gemeinde nicht auf die Vereinbarkeit der Abweichung mit nachbarlichen und sonstigen öffentlichen Belangen erstrecken will, sondern auf Aspekte der städtebaulichen Entwicklung und Ordnung; zu solchen gehören aber auch Belange der Nachbarn und alle städtebaulichen berücksichtigungsfähigen Belange i. S. d. §§ 1, 1 a BauGB.

58 So wohl auch *MLW-Fragenkatalog* (Fn. 13), S. 14.

59 BT-Drs. 21/781 (neu), S. 24. Nach *Otto* (Fn. 26), 32, ist § 36 a Abs. 1 mit seiner Beschränkung auf städtebauliche Anforderungen enger formuliert als § 11 Abs. 1 BauGB, deshalb dürften etwa Mietpreis- oder Belegungsbindungen nicht als Bestimmung formuliert werden. – Dieser Ansatz dürfte zu eng gefasst sein, weil auch Mietpreis- und Belegungsbindungen bodenrechtlichen bedeutsam sind, vgl. § 9 Abs. 1 Nr. 8 oder § 11 Abs. 1 Nr. 2 BauGB. Mietpreisbindungen und Belegungsbindungen dienen der Versorgung einkommensschwacher Personen mit Wohnraum und sind Regelungen über den Eigentumsinhalt i. S. d. Art. 14 Abs. 1 GG.

60 BT-Drs. 21/781 (neu), S. 24.

61 Insofern nehmen *Otto* (Fn. 26), 33 und *Battis/Mitschang/Reidt* (Fn. 31), 141 unzutreffend an, bei Zustimmung unter Bedingung eines Vertragschlusses würde die Zustimmungsfrist von drei Monaten möglicherweise ausgereizt. Es bedarf insofern auch nicht der Konstruktion über eine Nebenbestimmung zur Baugenehmigung, auch wenn diese grundsätzlich möglich sein dürfte, vgl. dazu unten III.3.d).

62 So für das gemeindliche Einvernehmen *Gassner* (Fn. 14), § 54 Rn. 62. – Die Baurechtsbehörde kann – wenn sie genehmigen will – allenfalls eine bedingungskonforme Nebenbestimmung beifügen, siehe dazu unten III.3.d).

63 Zum Rechtsschutz vgl. unten IV.

dingungen beinhaltet, bereits abgeschlossen wurde, entfällt jedenfalls hinsichtlich des Regelungsgegenstands des Vertrags das Erfordernis einer Bedingung i. S. v. § 36 a Abs. 1 Satz 3 BauGB. Die Gemeinde kann die Zustimmung dann unbedingt erteilen.

b) Städtebauliche Anforderungen

Städtebauliche Anforderungen i. S. v. § 36 a Abs. 1 Satz 3 BauGB können sich insbesondere aus sogenannten baulandpolitischen Grundsätzen ergeben, die eine Gemeinde verabschiedet hat. In der Gesetzesbegründung ausdrücklich genannt werden etwa Verpflichtungen des Vorhabenträgers zur Einhaltung der Förderbedingungen der sozialen Wohnraumförderung, die Deckung des Wohnbedarfs bestimmter Bevölkerungsgruppen mit besonderen Wohnraumversorgungsproblemen oder auch Vorgaben zur Barrierefreiheit. Ebenso ist es zulässig, über die bedingte Zustimmung den Vorhabenträger zu einer angemessenen Kostenbeteiligung für die Schaffung von Anlagen der sozialen und kulturellen Infrastruktur zu verpflichten.

Letztlich können alle städtebaulichen Verpflichtungen, die bisher schon in flankierenden Verträgen zu Angebotsbebauungsplänen dem Vorhabenträger auferlegt wurden, durch die Möglichkeit der bedingten Zustimmung an die Zulassung eines Vorhabens geknüpft werden. Dies trägt der bebauungsplaner-setzenden Wirkung der neu geschaffenen Zulassungstatbestände Rechnung.

Über die bedingte Zustimmung kann aber auch das Vorhaben modifiziert werden. Das Gesetz spricht insoweit ausdrücklich nicht von städtebaulichen Verpflichtungen, sondern von städtebaulichen *Anforderungen*, zu denen sich der Vorhabenträger als Voraussetzung der Zustimmung verpflichtet. Dies erfasst insbesondere Vorgaben hinsichtlich der Ausführung des Vorhabens, etwa Höhe, Geschossigkeit oder Kubatur. Derartige Anforderungen sind durch den Bauträger durch entsprechende Nachtragsunterlagen in das Baugenehmigungsverfahren einzubringen, wobei ggf. eine ergänzende Angrenzerbeteiligung nach § 55 LBO durchgeführt werden muss, soweit nachbarschützende Regelungen betroffen sind. Im Einzelfall ist auch eine Umsetzung durch Änderungen der Bauvorlagen unmittelbar durch die Behörde, etwa durch Grüneinträge oder modifizierende Auflagen zur Inhaltsbestimmung denkbar.

c) Verpflichtung des Vorhabenträgers

Die für den Bedingenseintritt notwendige Verpflichtung kann jedenfalls über einen *städtebaulichen Vertrag*, wohl aber auch mittels einer *einseitigen Verpflichtungserklärung* begründet werden. Die Gesetzesbegründung verweist zwar auf Anforderungen, die im Rahmen einer Bauleitplanung über einen städtebaulichen Vertrag geregelt werden könnten. Dem Gesetzeswortlaut ist allerdings nicht zu entnehmen, dass es sich bei der Verpflichtung zwingend um eine *vertragliche* Verpflichtung handeln muss. Damit kommt auch eine *einseitige* Verpflichtungserklärung⁶⁴ des Vorhabenträgers in Betracht, wie sie auch in anderen Bereichen zur Anwendung kommt, etwa in § 35 Abs. 5 Satz 2 BauGB oder § 27 Abs. 1 Satz 1 BauGB. Den gemeindlichen Belangen wäre bei vergleichbarer Verbindlichkeit⁶⁵ damit ausreichend Rechnung getragen. Im Unterschied zur vertraglichen Lösung, bei der der Bedingenseintritt erst dann erfolgt, wenn die vertragliche Einigung erfolgt ist, kommt es bei einer einseitigen Verpflichtungserklärung aus gemeindlicher Sicht darauf an, dass die Bedingung präzise und vollständig formuliert ist. Denn sobald der Vorhabenträger die Verpflichtung entsprechend der Bedingung übernimmt, beginnt die Entscheidungsfrist zu laufen und kann die Baugenehmigung erteilt werden.⁶⁶

Ungeachtet der Ausgestaltung der Verpflichtung ist Adressat einer solchen Verpflichtungserklärung in jedem Fall die Gemeinde.⁶⁷ Denn die Bedingung dient dem Schutz der kommu-

nalen Belange im Rahmen der Vorhabenzulassung und soll gewährleisten, dass die kommunale Planungshoheit gewahrt bleibt. Belange Dritter werden dadurch nicht geschützt, diese bedürfen daher keiner Sicherung.

d) Umsetzung durch Nebenbestimmungen

Eine Umsetzung der gemeindlichen Bedingung durch *Nebenbestimmungen* zur Baugenehmigung wird – gerade bei Kommunen mit eigener Baurechtszuständigkeit – ebenfalls diskutiert,⁶⁸ da dies jedenfalls nach Auffassung vieler Kommunen mit weniger Aufwand verbunden wäre als die Aushandlung eines städtebaulichen Vertrags.

Nach § 36 Abs. 1 Alt. 2 VwVfG darf ein Verwaltungsakt, auf den – wie bei der Baugenehmigung – ein Anspruch besteht, mit einer Nebenbestimmung nur versehen werden, wenn diese sicherstellen soll, dass die gesetzlichen Voraussetzungen des Verwaltungsakts erfüllt werden. Zweck der Regelung in § 36 Abs. 1 Alt. 2 VwVfG ist es, rechts- und anspruchsbegründende Voraussetzungen, deren Fehlen zur Versagung des VA führen muss, auszuräumen.⁶⁹ Dies gilt ungeachtet des der Kommune eingeräumten weiten Entscheidungsspielraums bei der Zustimmungentscheidung.

Als geeignete Nebenbestimmungen kommen eine Bedingung oder eine Auflage in Betracht. Im Ergebnis dürfte die Übernahme der gemeindlichen Vorgaben in eine Bedingung zur Baugenehmigung zwar möglich sein, aber keinen echten Mehrwert aufweisen. Ob die Verpflichtung des Vorhabenträgers durch eine Auflage begründet werden kann, ist angesichts des gesetzlichen Wortlauts durchaus fraglich, im Ergebnis mit Blick auf den Zweck des Gesetzes aber jedenfalls vertretbar.

Erteilt die Gemeinde ihre Zustimmung nach § 36 a Abs. 1 Satz 3 BauGB unter einer Bedingung, so kann diese inhaltlich uneingeschränkt in die Baugenehmigung als Bedingung übernommen werden. Damit kann eine bedingte Baugenehmigung erteilt werden, noch bevor die Bedingung für die gemeindliche Zustimmung eingetreten und diese damit wirksam geworden ist. Die Baugenehmigung ist allerdings ebenso wie die Zustimmung der Gemeinde aufschiebend bedingt und damit noch nicht wirksam, kann damit vom Begünstigten noch nicht genutzt werden. Der Bedingenseintritt muss weiterhin durch Begründung einer Verpflichtung des Vorhabenträgers herbeigeführt werden, da die Bedingung als Nebenbestimmung eine entsprechende Verpflichtung nicht zu begründen vermag. Insoweit ist eine Vereinfachung nicht ersichtlich. Wird die städtebauliche Verpflichtung begründet, so führt sie gleichsam in derselben logischen Sekunde zur Wirksamkeit sowohl der Zustimmung als auch der Baugenehmigung.

Als Nebenbestimmung kommt daneben auch eine *Auflage* in Betracht, durch die dem Adressaten der Baugenehmigung ein bestimmtes Tun, Dulden oder Unterlassen vorgeschrieben wird (§ 36 Abs. 2 Nr. 4 LVwVfG). Dies setzt wiederum voraus, dass die städtebauliche Verpflichtung als Gegenstand der Bedin-

64 Dabei handelt es sich um eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung.

65 Als geeignete Sicherungsmittel kommen z. B. Bürgschaft, Dienstbarkeit oder eine Nebenbestimmung in der Baugenehmigung (dazu nachstehend) in Betracht.

66 Maßgeblicher Zeitpunkt ist insoweit der Zugang der Verpflichtungserklärung bei der Gemeinde.

67 Vgl. zu einer ähnlichen Fragestellung im Rahmen von § 9 Abs. 2 d BauGB Mock, VBIBW 2021, 397, wonach allerdings die Baurechtsbehörde Adressat der Verpflichtung war.

68 Für die Zulässigkeit von Nebenbestimmungen anlässlich der gemeindlichen Zustimmung auch Otto (Fn. 26), 31; Battis/Mitschang/Reidt (Fn. 30), 140. – Für den Fall des § 36 BauGB siehe BVerwG, Beschl. v. 15.11.1991 – 4 B 191.91 – juris Rn. 16.

69 Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 10. Aufl. 2023, § 36 Rn. 121.

gung nach § 36 a Abs. 1 Satz 3 BauGB inhaltlich zum Gegenstand der Auflage gemacht wird. Die Verpflichtung des Vorhabenträgers würde dann nicht durch eine eigene – einseitige oder vertragliche – Erklärung, sondern durch die Auflage zur Baugenehmigung begründet. Dies würde zwar zum gewünschten Ergebnis führen, insoweit wäre auch dem Schutzbedürfnis der Gemeinde ebenso wie dem Gesetzeszweck Rechnung getragen. Diese Konstruktion ist allerdings mit dem Wortlaut des § 36 a Abs. 1 Satz 3 BauGB nur schwerlich vereinbar. Denn danach „verpflichtet sich“ der Vorhabenträger, was eine Erklärung des Vorhabenträgers voraussetzt. Dies ist dann nicht der Fall, wenn der Vorhabenträger ohne eigenes Zutun durch die Baurechtsbehörde „verpflichtet wird“. Eine beide Gestaltungen umfassende Formulierung des Gesetzeswortlauts wäre möglich gewesen, wurde aber nicht gewählt. Soweit Inhalte der gemeindlichen Bedingung dagegen nicht unmittelbar durch die Auflage begründet werden können, wäre eine Auflage zur Umsetzung der gemeindlichen Vorgaben ungeeignet.

Lässt man eine Auflage zur Umsetzung genügen, so könnte etwa der Vorhabenträger verpflichtet werden, die zu errichtende bauliche Anlage während eines Bindungszeitraums entsprechend Förderbestimmungen der sozialen Wohnraumförderung zu nutzen. Zwar dient eine Auflage grundsätzlich nur dazu, die Genehmigungsfähigkeit im Zeitpunkt der Erteilung und nicht auf Dauer sicherzustellen.⁷⁰ Im Fall des § 36 a Abs. 1 Satz 3 BauGB wäre jedoch die Verpflichtung zur Einhaltung der Förderbestimmungen für einen bestimmten Zeitraum über die bedingte Zustimmung gerade Genehmigungsvoraussetzung. Daher dürfte ausnahmsweise im Wege einer Auflage die Verpflichtung zur Einhaltung der Förderbedingungen auf Dauer gesichert werden können.⁷¹

Die Baurechtsbehörde kann damit, wenn die Gemeinde ihre Zustimmung unter der Bedingung erteilt hat, dass der Vorhabenträger sich verpflichtet, bestimmte städtebauliche Anforderungen einzuhalten, den Vorhabenträger hierzu anhören und anschließend entweder eine bedingungskonforme Nebenbestimmung erlassen oder die Baugenehmigung wegen versagter Zustimmung ablehnen. Letzteres dürfte allerdings nur dann sachgerecht sein, wenn der Vorhabenträger die Erfüllung der Bedingung ablehnt. Im vereinfachten Baugenehmigungsverfahren (das für Wohnbauvorhaben der Gebäudeklassen 1 bis 4 Anwendung findet) besteht wegen § 58 Abs. 1 a Satz 1 Nr. 1 Halbs. 2 LBO keine Möglichkeit zur Verlängerung der Entscheidungsfrist nach § 42 a Abs. Satz 3 und 4 VwVfG.

IV. Rechtsschutz

Ein effektiver Rechtsschutz des Bauherrn (1.) bei versagter Zustimmung besteht allenfalls in Ausnahmefällen. Eine Klage auf Erteilung der Baugenehmigung wird aufgrund des sehr weit gefassten Entscheidungsspielraums kaum je erfolgreich sein, sofern die Gemeinde ihre Entscheidung nur einigermaßen nachvollziehbar begründet. Dies mutet zunächst befremdlich an, ist aber letztlich konsequent, wenn man bedenkt, dass auf die Aufstellung eines Bebauungsplans – der durch die Zulassungsentscheidung ersetzt wird – kein Anspruch besteht. Die Gemeinde (2.) wird durch das Zustimmungserfordernis in ihrer Planungshoheit geschützt und kann daher eine trotz versagter Zustimmung oder entgegen einer Bedingung nach § 36 a Abs. 1 Satz 3 BauGB erteilte Baugenehmigung anfechten. Zuständigkeitskonflikte zwischen Verwaltung und Gemeinderat können in einer Gemeinde mit eigener Baurechtszuständigkeit Gegenstand eines Organstreitverfahrens sein. Für den Rechtsschutz des Nachbarn (3.) gelten die allgemeinen gesetzlichen Regelungen.

Eine Klagebefugnis ist schon aufgrund der notwendigen Würdigung nachbarlicher Interessen regelmäßig gegeben.

1. Bauherr

Hinsichtlich des Rechtsschutzes regelt § 36 a Abs. 3 BauGB, dass die Entscheidung der Gemeinde über die Zustimmung nur im Rahmen des Rechtsbehelfsverfahrens gegen die Zulassungsentscheidung überprüft werden kann. Rechtsbehelfsverfahren ist nach Wegfall des Widerspruchsverfahrens in Bausachen (§ 15 Abs. 5 AGVwGO) allein das *verwaltungsgerichtliche Verfahren*, also die Anfechtungsklage eines Nachbarn oder der Gemeinde (soweit die Baurechtsbehörde von ihrer Entscheidung abweicht) bzw. die Verpflichtungsklage des Bauherrn. Prozessual ist zu berücksichtigen, dass die Gemeinde bei der Verpflichtungsklage des Bauherrn (wie im Falle des Einvernehmens) nach § 65 Abs. 2 VwGO notwendig beizuladen ist.⁷²

Die Baurechtsbehörde hat – anders als beim Einvernehmen nach § 36 BauGB – keine Möglichkeit, die versagte Zustimmung der Gemeinde zu ersetzen.⁷³ Soweit der formal nicht zuständige Bürgermeister die Zustimmung versagt hat, ist diese Erklärung aufgrund seiner Außenvertretungsbefugnis (§ 42 Abs. 1 Satz 2 GemO) allerdings wirksam.⁷⁴ Im Hinblick auf den der Gemeinde zukommenden weiten Beurteilungsspielraum erscheint es daher selbst bei willkürlichen oder sachfremden Erwägungen der Gemeinde kaum vorstellbar,⁷⁵ dass das Verwaltungsgericht in der Verpflichtungsklage die Zustimmung der Gemeinde ersetzt.⁷⁶ Regelmäßig wird daher ein Bescheidungs-urteil ergehen, in dem der Gemeinde rechtliche Grenzen für den von ihr noch auszuübenden Beurteilungsspielraum auferlegt werden. Soweit allerdings bereits nach Aktenlage das Vorhaben mit den planerischen Vorstellungen der Gemeinde nicht vereinbar und eine Zustimmung daher ausgeschlossen ist, kann das Gericht die Klage auch unmittelbar abweisen, ohne dass etwa eine Aussetzung des Verfahrens bis zur Entscheidung der Gemeinde erforderlich wäre.⁷⁷

2. Gemeinde

Sofern die Baugenehmigung ohne Zustimmung der Gemeinde oder unter Missachtung der seitens der Gemeinde formulierten Bedingungen erteilt wird, sind zwei Fallkonstellationen zu unterscheiden: Die Erteilung der Baugenehmigung ohne die erforder-

70 Hierzu Barczak/Weiß, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, VwVfG, 3. Aufl. 2025, § 36 Rn. 72 m. w. N.

71 Stelkens (Fn. 69), § 36 Rn. 123.

72 So auch Schröder/Sunmus (Fn. 23), 1978. – Dies ist ein Fall des sog. mehrstufigen Verwaltungsakts, vgl. Bier/Steinbeiß-Winkelmann, in: Schoch/Schneider, VwGO, 37. EL Juli 2019, § 65 Rn. 25, Eyermann/Hoppe, VwGO, 16. Aufl. 2022, § 65 Rn. 16, 19.

73 Die Rechtsaufsichtsbehörde hätte grundsätzlich die Möglichkeit, eine fehlerhafte Ablehnung nach § 121 GemO zu beanstanden und Abhilfe zu verlangen; im Hinblick auf die (Beurteilungs-)Spielräume der Gemeinde und die entsprechend § 118 Abs. 3 GemO übliche Zurückhaltung der Rechtsaufsichtsbehörde muss diese Fallkonstellation für die Baurechtspraxis nicht näher untersucht werden.

74 So der VGH BW, Beschl. v. 11.05.1998 – 5 S 465/98 – juris Rn. 15, für das Einvernehmen gem. § 36 Abs. 2 Satz 2 BauGB; die anderweitige Rechtsprechung des BayVG, Beschl. v. 27.05.2014 – 15 ZB 13.105 – juris Rn. 8, ist wegen der in Bayern auf die Befugnis des Bürgermeisters beschränkten Vertretungsmacht nicht übertragbar.

75 So auch OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 22.02.2023 – OVG 10 B 15.18 – juris Rn. 95 für § 31 Abs. 3 BauGB in der Vorgängerfassung, wobei allerdings die Bezeichnung der Zustimmung als „rechtlich ungebundenes Kriterium“ sicherlich etwas zu weitgehend sein dürfte.

76 Allenfalls bei einer etablierten gefestigten Abweichungspraxis in Fällen des § 31 Abs. 3 oder § 34 Abs. 3 b BauGB, so zutr. Hellriegel (Fn. 4), 1726.

77 VGH BW, Urt. v. 06.11.2025 – 5 S 695/24 – juris Rn. 96; Urt. v. 13.11.2025 – 5 S 256/25 – juris Rn. 71: Das Erfordernis der gemeindlichen Zustimmung ist nicht drittschützend, es wahrt und gestaltet die kommunale Planungshoheit. Siehe ferner OVG NRW, Urt. v. 15.12.2025 – 10 A 1301/23 – juris Rn. 97.

derliche Zustimmung der Gemeinde verletzt deren Planungshoheit (Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG).⁷⁸ Die Gemeinde kann deshalb die Baugenehmigung anfechten. Wenn die Gemeinde allerdings gleichzeitig Baurechtsbehörde ist, verlangt das Gesetz in § 36 a Abs. 1 BauGB zwar ausdrücklich, dass die Zustimmung eingeholt wird; eine Verletzung der kommunalen Planungshoheit durch eigene Organe ist aber nicht möglich.⁷⁹ Meinungsunterschiede zwischen dem für die Erteilung der Baugenehmigung gem. § 15 Abs. 2 LVG (bzw. § 44 Abs. 3 Satz 1 GemO) zuständigen Bürgermeister und dem Gemeinderat können allenfalls Gegenstand eines verwaltungsgerichtlichen Organstreits⁸⁰ sein. Das organschaftliche Recht zur Entscheidung über die Zustimmung bzw. Planungshoheit steht dabei dem Gemeinderat als Gremium zu; weder einzelne Gemeinderäte noch Fraktionen verfügen über eine entsprechende Rechtsposition und Klagebefugnis.⁸¹

3. Nachbar

Schließlich hat auch der Nachbar nur im Rahmen des Rechtsbehelfsverfahrens gegen die Baugenehmigung, also im Rahmen der Anfechtungsklage bzw. eines Antrags auf Herstellung der aufschiebenden Wirkung seiner Anfechtungsklage die Möglichkeit, Rechtsschutz zu erlangen. Da alle Abweichens- und Befreiungsvorschriften des Bau-Turbos das drittschützende Tatbestandsmerkmal der „Würdigung nachbarlicher Interessen“ beinhalten, ist der Nachbar im Rahmen des Rücksichtnahmegebots antrags- und klagebefugt.⁸² § 31 Abs. 2 BauGB hat mit dem Gebot der Würdigung nachbarlicher Interessen drittschützende Wirkung, auch wenn die Festsetzungen, von denen abgewichen wird, selbst nicht drittschützend sind.⁸³ Maßstab für die Würdigung nachbarlicher Interessen ist dabei das drittschützende „Gebot der Rücksichtnahme“.⁸⁴ Dies lässt sich auf §§ 31 Abs. 3 Satz 1, 34 Abs. 3 b, 246 e Abs. 1 Satz 1 BauGB übertragen.

Ob die Voraussetzungen für die Befreiung gem. § 31 Abs. 2 BauGB von einer nachbarschützenden Festsetzung eines Bebauungsplans vorliegen, ist auf den Rechtsbehelf des Nachbarn hin in vollem Umfang nachzuprüfen; die Prüfung beschränkt sich nicht auf die Frage, ob die Abweichung unter Würdigung nachbarlicher Interessen mit den öffentlichen Belangen vereinbar ist.⁸⁵ Dies ist auf §§ 31 Abs. 3 Satz 1, 34 Abs. 3 b, 246 e Abs. 1 Satz 1 BauGB ebenfalls übertragbar. Demnach ist der Nachbar in seinen Rechten verletzt, wenn etwa ohne die erforderliche Zustimmung der Gemeinde oder wenn die Zustimmung rechtswidrig erteilt wurde, eine der Vorschriften der §§ 31 Abs. 3 Satz 1, 34 Abs. 3 b, 246 e Abs. 1 Satz 1 BauGB angewendet und dadurch von einer nachbarschützenden Regelung abgewichen wird. Auf eine gesonderte Prüfung der Würdigung nachbarlicher Interessen kommt es dann nicht an.

Eine Verletzung der gemeindeinternen Zuständigkeitsordnung zwischen Bürgermeister und Gemeinderat kann der Nachbar dagegen nicht geltend machen, weil § 36 a Abs. 1 BauGB (nur) die kommunale Planungshoheit ausgestaltet und damit weder den Interessen des Bauherrn noch denen des Nachbarn dient.⁸⁶

V. Haftungsfragen

Neue *Haftungsfragen* werden durch die gemeindliche Zustimmung nicht aufgeworfen. Wird die Zustimmung versagt, ist die Baurechtsbehörde an einer Genehmigungserteilung gehindert. Insoweit handelt sie rechtmäßig, und insbesondere eine Amtspflichtverletzung ist nicht ersichtlich. Wird die Zustimmung erteilt, so hat sie die weiteren Voraussetzungen einer Zulassung zu prüfen und hierüber im Rahmen des ihr eingeräumten Ermessens zu entscheiden. In diesem Fall

kommt allenfalls eine Haftung der Baurechtsbehörde nach allgemeinen Vorgaben in Betracht, nicht aber eine Haftung der Gemeinde, welche die Zustimmung erteilt hat.

Wird die Zustimmung von der Gemeinde versagt, und kann deshalb die Baugenehmigung nicht erteilt werden, so käme eine Haftung der Gemeinde entsprechend der früheren Rechtsprechung zur einseitigen Bindungswirkung eines versagten Einvernehmens in Betracht.⁸⁷ Angesichts des weiten Entscheidungsspielraums dürfte allerdings, von Ausnahmefällen etwa sachwidriger Erwägungen trotz gefestigter Entscheidungspraxis abgesehen, eine rechtswidrige Versagung nur schwer zu begründen sein. Hinzu kommt aber, dass in den zustimmungspflichtigen Fällen im Ausgangspunkt kein Baurecht besteht und dieses erst durch die Zustimmung begründet wird. Ein unmittelbarer Anspruch auf Zustimmung besteht aber gerade nicht. Insoweit dürfte ein Haftungsanspruch gegen die Gemeinde schon aus diesem Grund scheitern, was wiederum dem planerischen Charakter des Zustimmungserfordernisses Rechnung trägt.

VI. Fazit

Die in den neuen planungsrechtlichen Zulässigkeitsbestimmungen der „Bau-Turbo-Gesetzgebung“ in §§ 31 Abs. 3, 34 Abs. 3 b, 246 e BauGB verlangte Zustimmung der Gemeinde sichert deren Planungshoheit (Art. 28 Abs. 2 GG). Im Gegensatz zum gemeindlichen Einvernehmen nach § 36 BauGB ist die Zustimmung auch bei einer Gemeinde mit eigener Baurechtszuständigkeit einzuholen. Obwohl die Zustimmung der Gemeinde eine gebundene Entscheidung darstellt, besteht hinsichtlich der Ausgestaltung des Tatbestandsmerkmals „vereinbar mit ihren Vorstellungen von der städtebaulichen Entwicklung und Ordnung“ ein dem Planungsermessens vergleichbarer Beurteilungsspielraum der Gemeinde, der seine Grenzen im erforderlichen bodenrechtlichen Bezug, dem Willkürverbot und dem Gleichbehandlungsgrundsatz hat. Organschaftlich zuständig ist grundsätzlich der Gemeinderat, der aber seine Entscheidungskompetenz durch Hauptsatzung auf einen beschließenden Ausschuss oder den Bürgermeister delegieren kann (und im Hinblick auf die engen Verfahrensfristen auch sollte). Die Zustimmung kann an Bedingungen geknüpft werden, die sonst auch bspw. über baulandpolitische Grundsätze in städtebaulichen Verträgen Anwendung finden. Die neuen Zulassungsvorschriften des sogenannten „Bau-Turbos“ durchbrechen den Planmäßigkeitsgrundsatz, weshalb fraglich ist, ob die Gemeinden in dem vom Gesetzgeber gewünschten Umfang von den Vorschriften Gebrauch machen werden. Im Hinblick auf den vielerorts bestehenden Mangel an bezahlbarem Wohnraum ist jedoch zu wünschen, dass aufseiten der Gemeinden nicht nur skeptische Zurückhaltung herrscht, sondern die Chancen der Neuregelung wahrgenommen werden. Die rechtlichen Risiken sind jedenfalls überschaubar.

78 VGH BW, ebd.

79 BVerwG, Urt. v. 21.06.1974 – IV C 17.72 – juris Rn. 26.

80 Hierzu Engel/Heilshorn (Fn. 31), § 17 Rn. 1 ff.

81 VGH BW, Beschl. v. 01.09.1992 – I S 506/92 – juris Rn. 5.

82 Vgl. zu § 31 Abs. 2 BauGB BVerwG, Beschl. v. 09.07.1998 – 4 B 64/98 – juris Rn. 5 m. w. N.; i.E. auch Hellriegel (Fn. 4), 1724.

83 BVerwG, Urt. v. 19.09.1986 – 4 C 8.84 – juris Rn. 15; Dürr (Fn. 23), § 31 Rn. 109.

84 BVerwG, Urt. v. 19.09.1986 – 4 C 8.84 – juris Rn. 17.

85 BVerwG, Urt. v. 19.09.1986 – 4 C 8.84 – juris Rn. 19; OVG NRW, Urt. v. 17.12.2008 – 10 A 2999/07 – juris Rn. 64; Dürr (Fn. 23), § 31 Rn. 109.

86 VGH BW, Urt. v. 06.11.2025 – 5 S 695/24 – juris Rn. 96; Urt. v. 13.11.2025 – 5 S 256/25 – juris Rn. 71; siehe im Übrigen BVerwG, Urt. v. 06.12.1967 – IV C 94.66 – juris Rn. 22.

87 Vgl. für einen Überblick Söfker (Fn. 11), § 36 Rn. 48 a m. w. N.