

Regierungsdirektor Gerd Pfeffer\*

## Zum Verständnis von § 37 I und II BauGB

Die besonderen Bauvorhaben des Bundes und der Länder werden in der baurechtlichen Praxis nicht weniger. Für den Bund ist dieser Trend trotz der jüngsten Bundeswehrreformen ungebrochen. Inhalt und Zusammenspiel von § 37 I und II BauGB, einer eher un- und auch verkannten Norm im Kanon der Vorschriften zur bauplanungsrechtlichen Zulässigkeit von Bauvorhaben, ist bislang wenig durchleuchtet worden. Der Beitrag geht diesen Fragen mit dem Ziel einer Neuorientierung nach.

### I. Privilegierung baulicher Maßnahmen nach § 37 I BauGB

#### 1. § 37 I BauGB als Befreiungsnorm

Gemäß § 29 I BauGB gelten die §§ 30–37 BauGB grundsätzlich für alle Vorhaben, welche die Errichtung, Änderung oder Nutzungsänderung von baulichen Anlagen zum Inhalt haben, sowie für Aufschüttungen und Abgrabungen größeren Umfangs sowie für Ausschachtungen und Ablagerungen einschließlich Lagerstätten. In den Anwendungsbereich der Vorschrift fallen somit auch Bauvorhaben des Bundes oder eines Landes<sup>1</sup>. Der für diese Vorhaben mit besonderer Zweckbestimmung einschlägige § 37 I BauGB wird angesichts seiner wenig geglückten Formulierung<sup>2</sup> in der überschaubaren Literatur und Rechtsprechung als Zuständigkeitsnorm und materieller Befreiungstatbestand gesehen, der es gestattet, von den darin bezeichneten bauplanungsrechtlichen Vorschriften abzuweichen<sup>3</sup>. Hintergrund ist der den §§ 29–35 BauGB zu Grunde liegende Grundsatz der Planmäßigkeit der Bebauung durch Bebauungspläne oder die Planersatzvorschriften §§ 34 und 35 BauGB<sup>4</sup>. Mit § 37 I BauGB hat der Gesetzgeber dem Umstand Rechnung getragen, dass diese Bauvorhaben wegen ihrer Atypik häufig nicht in die bauplanungsrechtlichen Vorgaben des § 30 BauGB passen, Ausnahmen oder Befreiungen von Bebauungsplänen nur unter den Voraussetzungen des § 31 BauGB zulässig sind und der Anwendungsbereich der §§ 34, 35 BauGB ohnehin keiner Ausnahme oder Befreiung zugänglich ist, so dass sich bei uneingeschränkter Anwendung dieser Vorschriften viele derartige Bauvorhaben als unzulässig erweisen würden. Deswegen ermöglicht die Vorschrift für diese Vorhaben umfassend von

den Vorschriften des BauGB und damit auch von den §§ 34, 35 BauGB oder den auf Grund dieses Gesetzbuchs erlassenen Vorschriften abzuweichen<sup>5</sup>. Darüber hinaus sind die Voraussetzungen einer Abweichung nicht wie in dem vergleichbaren § 31 BauGB näher festgelegt, so dass sich insoweit auch keine unmittelbaren Einschränkungen für die Entscheidung der höheren Verwaltungsbehörde ergeben. Daraus folgt ein entsprechend weiterer Entscheidungsspielraum bei der nach § 37 I BauGB zu treffenden Entscheidung. Indem dies auch für Vorschriften gilt, die „auf Grund dieses Gesetzbuchs“ erlassen worden sind, insbesondere also für Festsetzungen eines Bebauungsplans, geht § 37 I BauGB für die hier betroffenen Baumaßnahmen als *lex specialis* zugleich gegenüber § 31 BauGB vor und inhaltlich über dessen Befreiungsmöglichkeiten hinaus<sup>6</sup>. Die andere Frage, welche Maßstäbe an eine solche Abweichungsentscheidung anzulegen sind, bedürfte der eigenständigen Erörterung, weswegen ihr hier nicht weiter nachgegangen werden soll.

Zuständig für die Abweichungsentscheidung ist die höhere Verwaltungsbehörde. Das beinhaltet zugleich, dass deren Entscheidung nach § 37 I BauGB erst, aber auch nur dann

\* Der Verfasser ist Sachgebietsleiter Baurecht im Regierungspräsidium Tübingen (Baden-Württemberg)

1 BVerwG, BRS 38 Nr. 171; BVerwGE 88, 35 = NVwZ 1992, 477 = NJW 1992, 1780; BVerwGE 91, 227 = NVwZ 1993, 892.

2 BVerwG, BRS 38 Nr. 171 (S. 375); Dürr, in: Brügelmann, BauGB, 78. Lfg. (Stand: 5/2011), § 37 Rdnr. 3; Krautzberger, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, BauGB, 100. Lfg. (Stand: 6/2011), § 37 Rdnrn. 11, 13.

3 Dürr, in: Brügelmann (o. Fußn. 2), § 37 Rdnr. 3; Hoppe, DVBl 1983, 1077; Rügen, DÖV 1987, 1034; Mampel, UPR 2002, 92; Scheidler, VBIBW 2008, 291; ders., ZfBR 2009, 223; ders., LKV 2010, 102; Krautzberger, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 11. Aufl. (2009), § 37 Rdnr. 2; ders., in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg (o. Fußn. 2) § 37 Rdnrn. 11, 13; BVerwGE 88, 35 = NVwZ 1992, 477 = NJW 1992, 1780; BVerwGE 91, 227 = NVwZ 1993, 892; BVerwGE 112, 274 = NVwZ 2001, 1030 = BauR 2001, 585; VGH München, Urt. v. 14. 8. 2002 – 15 B 96.2483; OVG Lüneburg, BauR 2000, 1030 = BeckRS 2000, 20963; VGH Mannheim, NuR 1998, 434.

4 Vgl. Krautzberger, in: Battis/Krautzberger/Löhr (o. Fußn. 3), § 34 Rdnr. 1, § 35 Rdnr. 1.

5 BVerwG, BRS 38 Nr. 171 (S. 375 f.); Dürr, in: Brügelmann (o. Fußn. 2), § 37 Rdnr. 6 m. w. Nachw.

6 BVerwG, BRS 38 Nr. 171 (S. 376); Dürr, in: Brügelmann (o. Fußn. 2), § 37 Rdnr. 6; Krautzberger, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg (o. Fußn. 2), § 37 Rdnrn. 11, 12.

erforderlich ist, wenn das Vorhaben nicht schon in strikter Anwendung der §§ 30, 34 und 35 BauGB zulässig ist<sup>7</sup>. In dem Fall verbleibt es folglich allein bei dem nach den einschlägigen Vorschriften der Landesbauordnungen der Länder vorgesehenen Beteiligungsverfahren (z. B. § 70 BWBauO, Art. 73 BayBauO). Das darf indes nicht darüber hinwegtäuschen, dass Bund und Länder auch bei Maßnahmen, für die sie von einem behördlichen Zulassungsverfahren freigestellt sind, die einschlägigen materiell-rechtlichen Anforderungen zu beachten haben. Sie sind insoweit für die Einhaltung der rechtlichen Anforderungen selbst verantwortlich, wie z. B. § 70 IV BWBauO zeigt, und können bei Nichtbeachtung von den dadurch in ihren Rechten verletzten Betroffenen im Gerichtswege zur Einhaltung gezwungen werden<sup>8</sup>.

## 2. § 37 I BauGB als Norm zur Überwindung des Einvernehmens

Neben dieser Alt. 1 des § 37 I BauGB als Befreiungstatbestand erfasst der Anwendungsbereich der Vorschrift in seiner Alt. 2 den Fall, dass das Einvernehmen der Gemeinde nach § 14 oder § 36 BauGB nicht erreicht worden ist. Um Bauvorhaben des Bundes oder eines Landes, die im öffentlichen Interesse unverzichtbar sind, nicht bereits im Verwaltungsverfahren am fehlenden Einvernehmen scheitern zu lassen, räumt § 37 I BauGB der höheren Verwaltungsbehörde auch die Befugnis ein, dieses zu ersetzen. Der Zweck von § 37 I Alt. 2 BauGB besteht also darin, in Fällen, in denen eine Gemeinde trotz des Bedürfnisses des Bundes oder eines Landes zur Verwirklichung eines solchen Vorhabens einen entsprechenden Bebauungsplan nicht aufstellt oder ändert bzw. dem Vorhaben ihr Einvernehmen nach § 36 BauGB versagt, die Baumaßnahme auch gegen den Willen der Gemeinde verwirklichen zu können<sup>9</sup>.

Allerdings ist damit noch nicht die Frage nach der Reichweite des § 37 I Alt. 2 BauGB beantwortet. Regelt die Vorschrift für die angesprochenen baulichen Maßnahmen die Befugnis der höheren Verwaltungsbehörde zur Überwindung des gemeindlichen Einvernehmens tatsächlich umfassend und wie ist ein solches Verständnis der Vorschrift im Verhältnis zu § 36 II 3 BauGB zu sehen? In der Rechtsprechung ist diese Frage, soweit ersichtlich, bislang nicht entscheidungserheblich geworden. In der dazu veröffentlichten Literatur soll nach *Mampel* nur ein rechtmäßig versagtes Einvernehmen in den Anwendungsbereich der Vorschrift fallen, während die Ersetzung des rechtswidrig versagten Einvernehmens weiterhin nach § 36 II 3 BauGB zu erfolgen habe<sup>10</sup>. Ein solch einengendes Verständnis findet aber im Wortlaut der Norm keinen Rückhalt und wird auch weder deren systematischer Stellung noch ihrem Regelungszweck gerecht. Auszugehen ist vielmehr von der Überlegung, dass diese hoheitlichen Baumaßnahmen auf Grund ihrer besonderen Zweckbestimmung regelmäßig von solchem Gewicht sind, dass eine gewisse Beeinträchtigung der kommunalen Planungshoheit hinzunehmen ist<sup>11</sup>. Die Reichweite dieser speziellen Ersetzungsbefugnis erschließt sich aber nicht zuletzt aus dem Vergleich des Wortlauts von § 37 I Alt. 2 BauGB mit § 36 II 3 BauGB. Während § 37 I BauGB nämlich nur neutral darauf abhebt, dass „das Einvernehmen mit der Gemeinde nach § 14 oder § 36 nicht erreicht worden“ ist, gilt nach § 36 II 3 BauGB, dass die nach Landesrecht zuständige Behörde ausdrücklich nur ein „rechtswidrig versagtes Einvernehmen der Gemeinde“ ersetzen darf. § 37 I Alt. 2 BauGB ist somit weiter und erfasst daher in seinem Anwendungsbereich die Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens sowohl im Falle der rechtswidrigen als auch rechtmäßigen Versagung.

Mit diesem Verständnis hat § 37 I BauGB neben einer Verfahrens- und Zuständigkeitsregelung auch einen doppelten materiell-rechtlichen Inhalt, nämlich als umfassende Befreiungsvorschrift sowie als umfassende Befugnisnorm zur Überwindung eines fehlenden gemeindlichen Einvernehmens. Damit bietet die Vorschrift die gebotene Privilegierung für die oft atypischen Bauvorhaben des Bundes und der Länder in Form einer Sonderregelung<sup>12</sup>. Diese Interpretation als umfassende Privilegierungsnorm folgt dabei nicht zuletzt auch aus der systematischen Stellung des § 37 BauGB im Anschluss an die §§ 30–36 BauGB über die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit von Bauvorhaben sowie der Überschrift der Norm als – alle – besonderen baulichen Maßnahmen des Bundes und der Länder betreffend.

## 3. Die drei Privilegierungsvarianten des § 37 I BauGB

Macht es also die besondere öffentliche Zweckbestimmung dieser Vorhaben erforderlich, von den Vorschriften des BauGB oder den auf Grund dieses Gesetzbuchs erlassenen Vorschriften abzuweichen, entscheidet nach § 37 I Alt. 1 BauGB die höhere Verwaltungsbehörde. Eben darin liegt eine erste Privilegierung dieser Baumaßnahmen gegenüber anderen Vorhaben, für welche eine Abweichung gerade von den Planersatzvorschriften §§ 34 und 35 BauGB von vornherein nicht besteht.

Als zweite Privilegierung sind die Voraussetzungen einer Abweichung nicht wie in § 31 BauGB explizit begrenzt, so dass der höheren Verwaltungsbehörde insoweit ein weiterer Entscheidungsspielraum zukommt. Damit geht § 37 I BauGB für die betroffenen Baumaßnahmen als *lex specialis* gegenüber § 31 BauGB vor und inhaltlich über dessen Ausnahme- und Befreiungsmöglichkeiten hinaus.

Eine dritte Form der Privilegierung besteht im Hinblick auf § 37 I Alt. 2 BauGB darin, dass ein fehlendes gemeindliches Einvernehmen, ungeachtet ob es rechtmäßig oder rechtswidrig versagt wurde, stets durch die Entscheidung der höheren Verwaltungsbehörde überwunden werden kann.

## II. Weitergehende Privilegierung von Vorhaben nach § 37 II BauGB

Soweit, so gut. Bis dahin reicht das weitgehend gemeinsame Verständnis der Vorschrift in der überschaubaren Literatur und Rechtsprechung zum Thema. Spätestens bei der Frage, wie § 37 II BauGB im Kanon der Vorschriften zur bauplanungsrechtlichen Zulässigkeit von Vorhaben zu sehen ist, scheiden sich jedoch die Geister. Ebenso herrscht mit Blick auf die gemeindliche Mitwirkung schon im Anwendungsbereich des § 37 I BauGB und damit erst Recht bei Anwendung des Abs. 2 der Vorschrift weitgehende Uneinigkeit.

Gegenüber der dargelegten Privilegierung von baulichen Anlagen des Bundes und der Länder nach Abs. 1 geht § 37 II BauGB für Vorhaben, die der Landesverteidigung, dienstlichen Zwecken der Bundespolizei oder dem zivilen Bevölkerungsschutz dienen, nämlich noch einen Schritt weiter. Für diese Vorhaben erklärt die Vorschrift nur die Zustimmung der höheren Verwaltungsbehörde für notwendig. Gleichwohl

7 *Scheidler*, LKV 2010, 102.

8 *BVerwGE* 112, 274 = NVwZ 2001, 1030 = BauR 2001, 585 (587).

9 *BVerwGE* 91, 227 = NVwZ 1993, 892 = BRS 54 Nr. 177 (S. 477).

10 UPR 2002, 92 (93).

11 *BVerwGE* 91, 227 = BRS 54 Nr. 177 (S. 477); *Dürr*, in: *Brügelmann* (o. Fußn. 2), § 37 Rdnr. 5; *Rüten*, DÖV 1987, 1034 (1036).

12 *BVerwGE* 88, 35 = NVwZ 1992, 477 = BRS 52 Nr. 151 (S. 364).

sollen beispielsweise nach *Krautzberger*<sup>13</sup> und *Scheidler*<sup>14</sup> die speziellen Verfahrensvorschriften des § 37 II BauGB aber nur dann zur Anwendung kommen, wenn gleichzeitig die Tatbestandsvoraussetzungen des Abs. 1 vorliegen. Das ergebe sich aus dem Wort „dabei“, womit zum Ausdruck gebracht werde, dass § 37 II BauGB unmittelbar an Abs. 1 anknüpfe<sup>15</sup>. Darum wird dafür neben den anderen Tatbestandsvoraussetzungen des Abs. 1 grundsätzlich auch die Einholung des gemeindlichen Einvernehmens gefordert. Da diese Interpretation mit dem Wortlaut des § 37 II 1 BauGB, wonach insoweit „nur die Zustimmung der höheren Verwaltungsbehörde erforderlich“ ist, kaum in Übereinstimmung gebracht werden kann, wird dieses „nur“ auf die Zustimmung selbst bezogen und diese als Minus zur Entscheidung der höheren Verwaltungsbehörde nach Abs. 1 gedeutet. Diese Sicht führt dazu, dass die Zustimmung zum bloßen „Einverständnis“ mit der vom Vorhabensträger vorgenommenen Abwägung und die Anhörung der Gemeinde nach § 37 II 2 BauGB zum deklaratorischen Beiwerk gerät, weil deren Einvernehmen ohnehin schon nach Abs. 1 erforderlich sei<sup>16</sup>.

### 1. § 37 II BauGB als *lex specialis*

Durch diese Reduktion wird die Vorschrift im Grunde deckungsgleich mit dem Anwendungsbereich des Abs. 1 und daher eines eigenen Regelungsgehalts weitgehend entkleidet, weil die hier betroffenen Baumaßnahmen stets auch als Maßnahmen im Sinne des Abs. 1 angesehen werden können. Das wird aber weder der Stellung der Vorschrift im Gefüge der Vorschriften zur bauplanungsrechtlichen Zulässigkeit von Bauvorhaben noch deren Wortlaut und insbesondere nicht der herausgehobenen Bedeutung der davon betroffenen Baumaßnahmen der Landesverteidigung, der Zwecke der Bundespolizei oder des zivilen Bevölkerungsschutzes gerecht. So gehört z. B. die Landesverteidigung zu den Aufgaben, die der Bund von Verfassungen wegen zu erfüllen hat, wie aus den Art. 73 I Nr. 1 und 87 a I 1 GG zu ersehen ist. Die Landesverteidigung hat für den äußeren Bestand des Gemeinwesens eine überragende Bedeutung. Dass auf Grund weltpolitischer Veränderungen die Bedrohung der Bundesrepublik einer sich wandelnden Beurteilung unterworfen ist, ändert nichts an der hohen Bedeutung dieser Aufgabe<sup>17</sup>. Das gilt mit Blick auf die innere Sicherheit und den Schutz der Bevölkerung in gleicher Weise für die von der Vorschrift außerdem erfassten Vorhaben für dienstliche Zwecke der Bundespolizei oder den zivilen Bevölkerungsschutz. Gerade im Hinblick auf die Entstehungsgeschichte des § 37 BauGB in der Zeit des so genannte Kalten Krieges wird klar, dass der Bund als Inhaber der Befugnisse der Landesverteidigung sich bei der Verwirklichung einzelner dafür erforderlicher Baumaßnahmen nicht von einer unumschränkten Mitwirkungsbefugnis der Gemeinde abhängig machen konnte und wollte. Für die Vorhaben für dienstliche Zwecke der Bundespolizei oder des zivilen Bevölkerungsschutzes gilt auf Grund des auch dabei gegebenen hohen Rangs dieser Belange Gleiches. Eben dies war letztlich Anlass für die Sonderregelungen des § 37 BBauG, wie *Ritgen*<sup>18</sup> aufzeigt.

Insbesondere ist insofern aber schon zweifelhaft, ob das Wort „dabei“ in § 37 II 1 BauGB tatsächlich auch auf die weiteren Tatbestandsvoraussetzungen des Abs. 1 als Befreiungsnorm verweist. Das Ergebnis einer Gesetzesauslegung kann nämlich nicht der weitgehende Leerlauf der Vorschrift sein. Geboten ist vielmehr eine Gesamtschau der Vorschrift in ihrem systematischen Kontext und die Herstellung einer dahingehenden praktischen Konkordanz<sup>19</sup> ihrer einzelnen Teile, die jedem Teil die ihm gebührende Bedeutung und Sinnhaftigkeit zukommen lässt und zugleich sinnlosen Leerlauf oder

eine Reduzierung auf bloß deklaratorische Inhalte vermeidet. Insoweit ist es der überschaubaren Rechtsprechungen und Literatur bislang nicht gelungen, aus der Vorschrift ein in sich schlüssiges Konzept abzuleiten, das zu praktisch handhabbaren Ergebnissen führt und rechtsdogmatisch überzeugt<sup>20</sup>.

Zur Vermeidung solchen Leerlaufs und zur Herstellung dieser praktischen Konkordanz der einzelnen Teile der Vorschrift ist deshalb gem. der Normüberschrift vom Oberbegriff der „baulichen Maßnahmen des Bundes oder der Länder“ auszugehen. Für diese trifft § 37 BauGB insgesamt Sonderregelungen, soweit sie nicht als „gewöhnliche“ Bauvorhaben eines Bauherrn der öffentlichen Hand zu behandeln sind<sup>21</sup>. Macht deren besondere öffentliche Zweckbestimmung es erforderlich, von den städtebaulichen Vorschriften abzuweichen, ist die 1. Anwendungsalternative des Abs. 1 erfüllt mit der Folge, dass die höhere Verwaltungsbehörde über die Zulassung der Abweichung entscheidet. Wird dafür das Einvernehmen der Gemeinde nicht erreicht, kann es nach § 37 I Alt. 2 BauGB von der höheren Verwaltungsbehörde ersetzt werden. Handelt es sich bei den in Frage stehenden baulichen Maßnahmen des Bundes oder eines Landes („dabei“) um die besonders benannten Vorhaben der Landesverteidigung, der Bundespolizei oder des zivilen Bevölkerungsschutzes, trifft § 37 II BauGB hierfür als *lex specialis* eine gegenüber Abs. 1 weitergehende Regelung des Inhalts, dass dafür „nur“ die Zustimmung der höheren Verwaltungsbehörde erforderlich ist.

Gleichwohl fallen die hier fraglichen Vorhaben des Bundes oder der Länder aber weiterhin in den Anwendungsbereich des § 29 I BauGB und damit der §§ 30–35 BauGB<sup>22</sup>. Der Bund oder die Länder sind somit auch mit diesen Baumaßnahmen grundsätzlich an das materielle Recht gebunden, der Gesetzgeber räumt ihnen aber mit Rücksicht auf die Bedeutung dieser speziellen Bauvorhaben und deren Besonderheiten eine Sonderstellung ein, wie z. B. auch § 60 BImSchG, § 45 BWaldG oder § 4 BNatSchG zeigen, und stellt sie zudem weitgehend von den für andere Vorhaben mit Außenwirkung erforderlichen Genehmigungsverfahren frei, was § 70 III BWBauO und die vergleichbaren Regelungen der anderen Länder belegen<sup>23</sup>. Es kann insoweit nämlich nicht völlig außer Acht gelassen werden, dass die ursprüngliche Vorgängerregelung in § 1 der Verordnung über die baupolizeiliche Behandlung von öffentlichen Bauten vom 20. 11. 1938 ebenfalls schon vorgesehen hatte, dass Bauten des Reichs und der Länder keiner baupolizeilichen Genehmigung, Überwachung und Abnahme bedurften, wenn sie unter Leitung von Beamten des höheren bautechnischen Verwaltungsdienstes vorbereitet und ausgeführt wurden<sup>24</sup>. Diese reichsrechtliche Regelung ist im Zuge der Neukodifikation des öffentlichen Baurechts und der Trennung in Bundesrecht und Recht der Länder<sup>25</sup> in sachlich weitgehend gleichgelagerte landesrechtliche

13 *Ernst/Zinkahn/Bielenberg* (o. Fußn. 2), § 37 Rdnr. 28; *Battis/Krautzberger/Löhr* (o. Fußn. 2), § 37 Rdnr. 6.

14 LKV 2010, 102 (103).

15 So auch OVG *Lüneburg*, BauR 2000, 1030 (1033) = BeckRS 2000, 20963.

16 *Scheidler*, LKV 2010, 102 (105) m. w. Nachw.; *Krautzberger*, in: *Ernst/Zinkahn/Bielenberg* (o. Fußn. 2), § 37 Rdnr. 33.

17 *BVerwGE* 91, 227 = NVwZ 1993, 892 = BRS 54 Nr. 177 (S. 478).

18 DÖV 1997, 1034 (1035).

19 Vgl. *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. (1999), Rdnr. 72.

20 *Mampel*, UPR 2002, 92 (94).

21 *BVerwGE*, BRS 38 Nr. 171 (S. 376).

22 *BVerwGE* 91, 227 = NVwZ 1993, 892 = BRS 54 Nr. 177 (S. 477).

23 *BVerwGE* 112, 274 = NVwZ 2001, 1030 = BauR 2001, 585 (587).

24 RGBl I, 1677.

25 Vgl. *BVerfGE* 3, 407 = NJW 1954, 1474.



Bestimmungen überführt worden. Ebenso wie in § 1 I 2 dieser Verordnung ist auch in den heutigen Freistellungsregelungen (z. B. § 70 IV BWBauO, Art. 73 III 1 BayBauO) klar gestellt, dass das Vorhaben, wie auch sonst in anderen Fällen (z. B. §§ 50 V, 51 IV, 52 III BWBauO), den öffentlich-rechtlichen Vorschriften entsprechen muss, die erforderliche materiell-rechtliche Prüfung durch den Bauherrn und dessen Verantwortlichkeit für die Einhaltung geltenden Baurechts insoweit also immer schon vorausgesetzt wird.

Zusammengenommen rechtfertigt dies die Annahme einer vom Gesetzgeber mit § 37 II BauGB gewollten umfassenden Sonderregelung für die betroffenen Bauvorhaben. Eine Einschränkung der Anwendung der Vorschrift auf die Notwendigkeit einer Abweichung kennt das Erfordernis der Zustimmung nach § 37 II 1 BauGB somit schon seinem Wortlaut nach nicht. Anwendungsvoraussetzung ist daher allein der Umstand, dass es sich um eines der bezeichneten Vorhaben handelt, also um Vorhaben, die der Landesverteidigung, dienstlichen Zwecken der Bundespolizei oder dem zivilen Bevölkerungsschutz dienen. Rechtsfolge ist dann das ausschließliche Erfordernis der Zustimmung der höheren Verwaltungsbehörde für diese Vorhaben, was sich insoweit aus dem Wort „nur“ ergibt.

## 2. Privilegierung durch Wegfall des Einvernehmens

Indem § 37 II 1 BauGB keine weiteren Voraussetzungen für seine Anwendung benennt, ist diese Zustimmung immer erforderlich, ungeachtet, ob das Vorhaben nun den Vorschriften über die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit von Bauvorhaben nach §§ 30, 33–35 BauGB entspricht oder nicht. Dieses grundsätzliche Zustimmungserfordernis erlangt seine Rechtfertigung aus dem eigentlichen Regelungsinhalt der Vorschrift, nämlich der weitgehenden Abkoppelung dieser speziellen Vorhaben vom sonst erforderlichen Einvernehmen der Gemeinde gem. § 36 I 1 BauGB. Ebenso wie § 37 I Alt. 2 BauGB dient somit auch § 37 II 1 BauGB letztlich dazu, Bauvorhaben des Bundes oder eines Landes, die im öffentlichen Interesse unverzichtbar sind, nicht bereits im Verwaltungsverfahren am gegenteiligen Willen der Gemeinde scheitern zu lassen<sup>26</sup>. Ist dies aber schon für die Vorhaben des Abs. 1 Sinn und Zweck der eigenständigen Erfassung in § 37 I BauGB und damit ihrer Sonderstellung<sup>27</sup>, gilt das für die hier in Frage stehenden Vorhaben, die der Landesverteidigung, dienstlichen Zwecken der Bundespolizei oder dem zivilen Bevölkerungsschutz dienen, umso mehr. Diese gehen in ihrer Bedeutung und ihrem Rang noch über die „besondere öffentliche Zweckbestimmung“ i. S. des § 37 I BauGB hinaus, was nicht zuletzt ihre eigenständige Erfassung in Abs. 2 belegt. Nach § 37 II 2 BauGB tritt deshalb an die Stelle des sonst erforderlichen gemeindlichen Einvernehmens die vor der Erteilung der Zustimmung durch die höhere Verwaltungsbehörde vorzunehmende Anhörung der Gemeinde. Diese Einschränkung des gemeindlichen Mitwirkungsrechts (Art. 28 I 1 GG) auf eine Anhörung rechtfertigt sich aus dem überragenden öffentlichen Interesse an der Ausführung der betroffenen Bauvorhaben<sup>28</sup>. Die Beschränkung der gemeindlichen Mitwirkung auf eine mittelbare Anhörung durch die höhere Verwaltungsbehörde begegnet keinen grundsätzlichen Bedenken<sup>29</sup>. Als Ausgleich für diese reduzierte Mitwirkungsmöglichkeit wird der Gemeinde in § 37 II 3 BauGB ein Widerspruchsrecht eingeräumt, das zwingend die Entscheidung des zuständigen Bundesministeriums im Einvernehmen mit den beteiligten Bundesministerien und im Benehmen mit der zuständigen obersten Landesbehörde zur Folge hat. Bemerkenswert ist, dass dieses Widerspruchsrecht nicht wie bei § 36 II 1 BauGB auf bestimmte Gründe beschränkt ist. Welche Schlüs-

se daraus zu ziehen sind, braucht hier aber nicht vertieft zu werden.

Die weitergehende Privilegierung der Vorhaben des § 37 II BauGB gegenüber denen des Abs. 1 liegt also darin, dass für sie kein Einvernehmen der Gemeinde, sondern lediglich deren Anhörung vor der Erteilung dieser Zustimmung erforderlich ist. Dies ist die eigentliche Rechtsfolge und damit der wesentliche Regelungsinhalt des § 37 II 1 BauGB (so im Ergebnis wohl auch *Scheidler*<sup>30</sup>).

## 3. § 37 II 1 BauGB als Befreiungsnorm

Das beantwortet jedoch noch nicht die Frage nach dem materiell-rechtlichen Gehalt der Zustimmung der höheren Verwaltungsbehörde. Die von Stimmen in der Literatur vertretene Meinung, wonach diese Zustimmung lediglich ein „Einverständnis“ mit der von der für die Errichtung des Bauvorhabens zuständigen Stelle vorgenommenen Abwägung sei<sup>31</sup>, greift dabei aber zu kurz. Diese Auffassung will die Mitwirkung der höheren Verwaltungsbehörde anscheinend auf ein „Abnicken“ des Bauvorhabens beschränken. Sie wird damit jedoch weder deren Funktion und Stellung in der Verwaltung noch der gerade von ihr vorzunehmenden Anhörung der Gemeinde gerecht. Eine Zustimmung ohne eigene Prüfung des Vorhabens am Maßstab der bauplanungsrechtlichen Zulässigkeitsvorschriften und unter Berücksichtigung der Äußerung der Gemeinde würde die vorgeschriebene Mitwirkung der höheren Verwaltungsbehörde letztlich ihres Sinns entleeren. Zudem findet die damit einhergehende Einführung der neuen Kategorie des „Einverständnisses“ schon im Wortlaut der Vorschrift keinen Rückhalt. Vielmehr ist sich der Gesetzgeber über die unterschiedlichen Formen der Mitwirkung am Entscheidungsprozess durchaus bewusst, wie § 37 II 3 BauGB zeigt, wo neben der Zustimmung auch die Mitwirkungsformen des Einvernehmens und Benehmens erwähnt werden. Insofern drängt sich der Verweis auf § 36 I 4 BauGB auf, der ebenfalls eine Zustimmung der höheren Verwaltungsbehörde vorsieht. Diese dient als stärkste Form der Beteiligung der Wahrung der städtebaulichen Zulässigkeitsregeln<sup>32</sup> und insoweit der Vermeidung eines allzu großzügigen Umgangs mit den Vorschriften der §§ 29 ff. BauGB<sup>33</sup>. Eine ähnliche Ausgangslage findet sich im Hinblick auf die in allen Bauordnungen der Länder (z. B. § 70 III BWBauO, Art. 73 IV BayBauO) vorgesehene Genehmigungsfreistellung<sup>34</sup> auch im Verfahren nach § 37 II BauGB. Es erscheint daher im Ergebnis nur konsequent, dass der Gesetzgeber wie im Regelungsbereich des § 36 I 4 BauGB auch hier ein entsprechendes Zustimmungserfordernis postuliert hat. Ein Bedürfnis, die Zustimmung nach § 37 II 1 BauGB im Gegensatz dazu als „besondere städtebauliche Entscheidung“<sup>35</sup> oder in Anlehnung an das Fachplanungsrecht als „Minus“ im Sinne eines bloßen Einverständnisses<sup>36</sup> zu qualifizieren, ist somit einerseits schon nicht ersichtlich und andererseits nach dem hier vertretenen Ansatz auch nicht geboten. Wie schon erwähnt, ist die Grenze jeder Gesetzesauslegung, ohnehin vom

26 *BVerwGE* 91, 227 = NVwZ 1993, 892 = BRS 54 Nr. 177 (S. 477).

27 *BVerwG*, BRS 38 Nr. 171 (S. 376).

28 *Dürr*, in: *Brügelmann* (o. Fußn. 2), § 37 Rdnr. 5; *Ritgen*, DÖV 1987, 1034 (1036).

29 *BVerwGE* 112, 274 = NVwZ 2001, 1030 = BauR 2001, 585 (589) m. w. Nachw.

30 LKV 2010, 102 (107).

31 Z. B. *Dürr*, in: *Brügelmann* (o. Fußn. 2), § 37 Rdnr. 21; *Scheidler*, LKV 2010, 102 (105) m. w. Nachw.

32 *Söfker*, in: *Ernst/Zinkahn/Bielenberg* (o. Fußn. 2), § 36 Rdnr. 56.

33 *Dürr*, in: *Brügelmann* (o. Fußn. 2), § 36 Rdnr. 32.

34 Vgl. dazu a. die Vorgängerregelung o. bei Fußn. 24.

35 *Krautzberger*, in: *Ernst/Zinkahn/Bielenberg* (o. Fußn. 2), § 37 Rdnr. 33.

36 *Dürr*, in: *Brügelmann* (o. Fußn. 2), § 37 Rdnr. 21.

Wortlaut ausgehend deren Sinn und Zweck. Deren Ergebnis darf dabei weder zum weitgehenden Leerlauf der Vorschrift führen noch zur Reduzierung auf sinnleere deklaratorische Inhalte. Deshalb ist die Vorschrift im systematischen Kontext der Bestimmungen zur bauplanungsrechtlichen Zulässigkeit von Vorhaben in den Blick zu nehmen und unter Berücksichtigung ihres teleologisch zu bestimmenden Zwecks eine praktische Konkordanz ihrer Teile herbeizuführen, die jedem Teil Bedeutung und Sinn zukommen lässt und funktionslosen Leerlauf vermeidet<sup>37</sup>. Der Zustimmung nach § 37 II BauGB ist somit ein über die bloße Weitergabe der Stellungnahme der Gemeinde und gegebenenfalls ein „Abnicken“ als prüfungslose Kenntnisnahme der Abwägungsentscheidung der bauausführenden Stelle hinausgehender, eigener Gehalt beizumessen. Anderes mag für die bauordnungsrechtliche Seite gelten, wo in der Verfahrensfreistellung tatsächlich wie z. B. in § 70 III 2 BWBauO festgelegt ist, dass das Vorhaben vor Baubeginn der höheren Baurechtsbehörde lediglich „in geeigneter Weise zur Kenntnis zu bringen“ ist. Die Zustimmung beinhaltet daher als einzig logisch noch verbleibende Möglichkeit eine eigene materielle Prüfung der bauplanungsrechtlichen Zulässigkeit des Bauvorhabens auch und insbesondere auf der Grundlage des Ergebnisses der von der höheren Verwaltungsbehörde gem. § 37 II 2 BauGB vorzunehmenden vorherigen Anhörung der Gemeinde. Außerdem wäre sonst auch nicht erkennbar, aus welchen eigenständigen Gründen die höhere Verwaltungsbehörde ihre Zustimmung noch versagen könnte, wie das in S. 3 der Vorschrift angesprochen ist<sup>38</sup>. Eine Beschränkung der Versagungsgründe auf die von der Gemeinde vorgebrachten Belange kann dabei nicht gemeint sein, da die Gemeinde insoweit selbst zum Widerspruch berechtigt ist, die Möglichkeit zur Zustimmungsversagung allein deswegen also überflüssig wäre. Nur als Ergebnis einer eigenverantwortlichen Prüfung wird die Zustimmung der höheren Verwaltungsbehörde nach § 37 II 1 BauGB gerade wegen der weitgehenden Freistellung dieser Baumaßnahmen von einer präventiver Kontrolle auch der erwähnten Funktion der Sicherstellung der Rechtmäßigkeit der Baumaßnahmen und der Missbrauchsverhütung gerecht. Nicht zuletzt wird über die Berücksichtigung der im Rahmen der Anhörung vorgebrachten Belange der Gemeinde auch deren verfassungsrechtlich garantierte Selbstverwaltung und Planungshoheit nach Maßgabe des BauGB in gebührender Weise beachtet<sup>39</sup>, da diese der bauausführenden Stelle in der Regel bei ihrer vorausgegangenen Abwägung noch nicht bekannt gewesen sein dürften.

Der materielle Gehalt der Zustimmung der höheren Verwaltungsbehörde ergibt sich somit aus dem Regelungskontext des § 37 II BauGB. Entspricht ein Vorhaben nicht den Zulässigkeitsanforderungen der §§ 30–35 BauGB kann dies vergleichbar der Regelung in Abs. 1 durch die Zustimmung der höheren Verwaltungsbehörde überwunden werden. Insoweit spricht nichts dagegen, die Rechtfertigung der Abweichung an die besondere Zweckbestimmung des Vorhabens zu binden und daraus herzuleiten, wie dies zuletzt *Scheidler*<sup>40</sup> zutreffend dargelegt hat. Schließlich ist jedes Vorhaben, das der Landesverteidigung, dienstlichen Zwecken der Bundespolizei oder dem zivilen Schutz der Bevölkerung dient, immer auch ein Vorhaben mit besonderer öffentlicher Zweckbestimmung, wie das § 37 I BauGB voraussetzt. Ist der Anwendungsbereich des § 37 II 1 BauGB eröffnet, indiziert dies aber nicht automatisch die Erfüllung der Voraussetzungen des § 37 I BauGB. Vielmehr muss gerade die spezielle öffentliche Zweckbestimmung der hier fraglichen Vorhaben die Abweichung erfordern. Der Schluss, jedwede Baumaßnahme der Landesverteidigung, für dienstliche Zwecke der Bundespoli-

zei oder des zivilen Schutzes der Bevölkerung im Sinne des Abs. 2 erfülle allein aus diesem Grunde die materiell-rechtlichen Anforderungen des Abs. 1 gleichsam aus sich selbst heraus, greift deshalb zu kurz<sup>41</sup>. Eine „besondere öffentliche Zweckbestimmung“ der Anlage nach § 37 I BauGB liegt nach der Rechtsprechung des *BVerwG* nämlich nur vor, wenn sich das Vorhaben wegen seiner Aufgabenstellung nach Standort, Art, Ausführung oder Auswirkung von vergleichbaren baulichen Anlagen unterscheidet<sup>42</sup>. Worin das Vorhaben insoweit konkret besteht, bestimmt sich im öffentlichen Baurecht grundsätzlich nach dem ausdrücklichen oder erkennbaren Willen des Bauherrn<sup>43</sup>. Das beinhaltet jedoch nicht die Befugnis des Vorhabenträgers, die besondere Zweckbestimmung nach § 37 I bzw. II BauGB autonom festzulegen<sup>44</sup>, d. h. mit Bindungswirkung für die höhere Verwaltungsbehörde und entsprechender Einschränkung der gerichtlichen Kontrollbefugnis<sup>45</sup>.

Somit ergeben sich im Fall der Zustimmung nach § 37 II BauGB die dafür notwendigen Maßstäbe zwanglos aus der Parallelregelung des Abs. 1. Ist das Vorhaben bereits in Anwendung der §§ 30, 34–35 BauGB zulässig, wird die höhere Verwaltungsbehörde dies mit der Zustimmung im Sinne der Wahrung der städtebaulichen Zulässigkeitsregeln bestätigen. Kommt die höhere Verwaltungsbehörde bei ihrer Prüfung zum Ergebnis, dass das Vorhaben zwar gegen die bauplanungsrechtlichen Zulässigkeitsvorschriften verstößt, dieser Verstoß aber durch eine Abweichung ausgeräumt werden kann, wird sie dafür ebenfalls ihre Zustimmung erteilen. Nachdem die Gemeinde in diesen beiden Fällen aber nicht im Wege des Einvernehmens, sondern nur über die nach § 37 II 2 BauGB vorgeschriebene Anhörung durch die höhere Verwaltungsbehörde am Entscheidungsprozess der für die Errichtung des Bauvorhabens zuständige Stelle beteiligt ist, wird diese bei ihrer Zustimmung insbesondere die von der Gemeinde vorgebrachten Belange berücksichtigen. Allerdings ist sie an die gemeindliche Stellungnahme nicht gebunden und kann ihre Zustimmung auch erteilen, wenn die Gemeinde das Vorhaben zwar ablehnt<sup>46</sup>, aber nicht nach Abs. 3 S. 3 widerspricht. Sie bestätigt dann mit der Zustimmung zugleich, dass die nach § 37 II 2 BauGB vorgeschriebene Anhörung der Gemeinde ordnungsgemäß durchgeführt worden ist. Ergibt die Prüfung jedoch einen Verstoß gegen die bauplanungsrechtlichen Vorschriften, sei es, weil dem Bauvorhaben die besondere Zweckbestimmung nicht zukommt, sei es, weil die Abwägung eine Zurückstellung der widerstreitenden Belange nicht rechtfertigt, so dass der Verstoß auch in Form der Abweichungszustimmung nicht ausgeräumt werden kann, wird sie die Zustimmung versagen und dadurch den Weg des § 37 III 3 BauGB zur Letztentscheidungsbefugnis des zuständigen Bundesministeriums eröffnen.

Im Fall der Zustimmung verbleibt es also stets bei der alleinigen Verantwortlichkeit des Bauherrn für die Rechtmäßigkeit der Baumaßnahme, wie das in den Verfahrensfreistellungs-

37 Vgl. oben Rdnr. 19.

38 Vgl. *BVerwGE* 88, 35 = NVwZ 1992, 477 = NJW 1992, 1780 L = BRS 52 Nr. 151 (S. 363).

39 *Scheidler*, LKV 2010, 102, 104; *BVerwGE* 112, 274 = NVwZ 2001, 1030 = BauR 2001, 585 (589).

40 LKV 2010, 102 (106) m. w. Nachw.

41 *BVerwGE* 91, 227 = NVwZ 1993, 892 = BRS 54 Nr. 177 (S. 479).

42 BRS 38 Nr. 171 (S. 376).

43 St. Rspr. des *BVerwG*, *BVerwGE* 91, 227 = NVwZ 1993, 892; NVwZ-RR 1992, 345.

44 So aber *Hoppe*, DVBl 1983, 1082.

45 So zum Standort *BVerwGE* 88, 35 = NVwZ 1992, 477 = NJW 1992, 1780 L = BRS 52 Nr. 151 (S. 363).

46 *Scheidler*, LKV 2010, 102 (104).

regelungen der Bauordnungen der Länder geregelt ist (vgl. z. B. § 70 IV BWBauO). Die Zustimmung der höheren Verwaltungsbehörde ist dann eine für die Rechtmäßigkeit des Vorhabens zwar notwendige, gleichwohl aber nur innerbehördliche Mitwirkungshandlung, welche der Bund oder das Land allerdings als Bauherr zu beachten hat. Das zeigt nicht zuletzt der Wortlaut des § 37 BauGB. Danach „entscheidet“ die höhere Verwaltungsbehörde nur gem. Abs. 1 und nach Abs. 2 S. 3 das zuständige Bundesministerium. Die Zustimmung nach § 37 II 1 BauGB ist deshalb von diesen Entscheidungen zu unterscheiden und somit als interne Mitwirkung kein Verwaltungsakt<sup>47</sup>. Ein Bedürfnis, bereits diese Zustimmung der höheren Verwaltungsbehörde der Gemeinde gegenüber als Verwaltungsakt zu qualifizieren, besteht auch aus Rechtsschutzerwägungen nicht<sup>48</sup>, da sie es über das ihr gem. S. 3 eingeräumte Widerspruchsrecht selbst in der Hand hat, eine verbindliche und damit auch anfechtbare Entscheidung des zuständigen Bundesministeriums herbeizuführen<sup>49</sup>. Im Übrigen bleibt es ihr und möglichen Drittbetroffenen unbenommen, gegen das im Rahmen der landesrechtlichen Verfahrensfreistellungen (vgl. § 70 I, III BWBauO) zur Errichtung kommende Bauvorhaben gegebenenfalls nach § 123 VwGO vorzugehen. Insoweit unterscheidet sich die Rechtslage nicht grundlegend vom vergleichbaren Fall des sonstigen Kenntnissgabeverfahrens (vgl. § 51 BWBauO)<sup>50</sup>.

#### 4. Die Letztentscheidungsbefugnis nach § 37 II 3 BauGB

Versagt die höhere Verwaltungsbehörde ihre Zustimmung, entscheidet nach § 37 II 3 BauGB das zuständige Bundesministerium im Einvernehmen mit den beteiligten Bundesministerien und im Benehmen mit der zuständigen obersten Landesbehörde. Das gilt in gleicher Weise, wenn die Gemeinde dem Vorhaben widerspricht. Für den Inhalt dieser Letztentscheidung kann auf die obigen Ausführungen verwiesen werden. Aus dem Übergang der Letztentscheidungsbefugnis auf das zuständige Bundesministerium geht zugleich hervor, dass die Zustimmungsvergagung der höheren Verwaltungsbehörde gleichfalls nur eine innerbehördliche Mitwirkungshandlung darstellt, die durch die Entscheidung des zuständigen Bundesministeriums überwunden werden kann. Wird die Zustimmung versagt oder widerspricht die Gemeinde dem beabsichtigten Vorhaben, stellt daher, wie schon oben ausgeführt, erst die Entscheidung des zuständigen Bundesministeriums eine verbindliche Regelung eines Einzelfalls mit Außenwirkung dar und ist damit als Verwaltungsakt anfechtbar<sup>51</sup>.

Somit ist festzuhalten, dass der Übergang der Letztentscheidungsbefugnis nach S. 3 an die Vergagung der Zustimmung

bzw. den Widerspruch der Gemeinde als Tatbestandsvoraussetzung anknüpft. Die in § 37 II 1 BauGB festgelegte Zustimmungsmitwirkung der höheren Verwaltungsbehörde ist wegen der von ihr nach S. 2 vorzunehmenden Anhörung der Gemeinde ein notwendiger Zwischenschritt zur Anwendung des S. 3. Das zeigt abschließend, dass die hier vorgeschlagene Behandlung von § 37 I und II BauGB als jeweils eigenständige, umfassende Sonderregelungen und Privilegierungsnormen mit dem erkennbaren gesetzgeberischen Willen einhergeht und der Systematik der Vorschriften über die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit von Bauvorhaben entspricht.

#### III. Fazit

§ 37 BauGB trifft für besondere bauliche Maßnahmen des Bundes oder der Länder umfassende Sonderregelungen. Nach Abs. 1 kann für diese Vorhaben von den Vorschriften des BauGB und damit auch von den planeretzenden Vorschriften §§ 34 und 35 BauGB sowie den auf Grund dieses Gesetzbuchs erlassenen Vorschriften abgewichen werden. Die Vorschrift geht im Anwendungsbereich des § 30 BauGB als *lex specialis* gegenüber § 31 BauGB vor und inhaltlich über dessen Befreiungsmöglichkeiten hinaus. Nach der 2. Tatbestandsalternative des § 37 I BauGB kann ein fehlendes gemeindliches Einvernehmen unabhängig vom Erfordernis einer Abweichung sowohl im Falle der rechtswidrigen als auch rechtmäßigen Versagung durch die Entscheidung der höheren Verwaltungsbehörde überwunden werden.

Für Vorhaben des Bundes oder der Länder, die der Landesverteidigung, dienstlichen Zwecken der Bundespolizei oder dem zivilen Bevölkerungsschutz dienen, ist gem. § 37 II 1 BauGB stets, aber auch nur die Zustimmung der höheren Verwaltungsbehörde erforderlich. Die weitergehende Privilegierung der speziellen Vorhaben des § 37 II BauGB gegenüber den Vorhaben des Abs. 1 liegt darin, dass für sie kein Einvernehmen der Gemeinde, sondern lediglich deren Anhörung vor der Erteilung dieser Zustimmung erforderlich ist. Das ist der eigentliche Regelungsinhalt des § 37 II 1 BauGB. Der materielle Inhalt der Zustimmung ergibt sich aus dem Regelungskontext. Die Zustimmung bestätigt insoweit neben der Wahrung der städtebaulichen Zulässigkeitsregeln vor allem die ordnungsgemäße Anhörung der Gemeinde. Im Fall der Versagung der Zustimmung oder des Widerspruchs der Gemeinde liegt die Letztentscheidungsbefugnis nach § 37 II 3 BauGB beim zuständigen Bundesministerium. Die notwendigen Prüfungsmaßstäbe für die Zustimmung und diese Letztentscheidung ergeben sich aus der Parallelregelung des Abs. 1. ■

47 So aber VGH Kassel, NVwZ 2001, 823 m. w. Nachw.; vgl. auch OVG Münster, NVwZ-RR 2004, 175.

48 Dürr, in: Brügelmann (o. Fußn. 2), § 37 Rdnr. 21.

49 A. A. OVG Lüneburg, BauR 2000, 1030 (1033) = BeckRS 2000, 20963.

50 VGH Mannheim, NVwZ-RR 1998, 613.

51 BVerwGE 91, 227 = NVwZ 1993, 892 = BRS 54 Nr. 177; VGH Mannheim, Urt. v. 19. 12. 1997 – 5 S 2735/95, NuR 1998, 434.