

**Verfassungs- und Verwaltungsrecht anhand ausgewählter Materien
des Besonderen Verwaltungsrechts**

Dienstag, den 22. Juni 2004

I. Fall zu § 35 BauGB

Fall (nach Gubelt / Muckel, Fälle zum Bau- und Raumordnungsrecht, 5. Aufl., 2001, S. 127 ff.): A betreibt seit Jahrzehnten ein Kunststoffwerk, von dem übel riechende, gesundheitsschädliche Abgase ausgehen. Das Betriebsgelände liegt im Außenbereich der Gemeinde X. Die nächsten Wohnhäuser sind 3 km und damit ausreichend weit entfernt. Die Gemeinde X beschließt nun für das Gebiet zwischen Betriebsgelände und bisheriger Wohnbebauung einen qualifizierten Bebauungsplan, der die Errichtung von dreigeschossigen Wohnhäusern zulässt. Auf dieser Grundlage erteilt die zuständige Bauaufsichtsbehörde dem B eine Baugenehmigung für vier Wohnblocks mit insgesamt 40 Wohnungen in einem Abstand von minimal 150 m zu dem Werk des A. A hält den Bebauungsplan für nichtig, weil er gegen § 1 V / VI BauGB verstoße; diese Rechtsansicht trifft zu. A macht geltend, er müsse befürchten, dass sein Betrieb seitens der Behörden zum Schutz künftiger Anwohner eingeschränkt, wenn nicht sogar geschlossen werde. Nach erfolglosem Vorverfahren erhebt A vor dem zuständigen Verwaltungsgericht form- und fristgerecht Klage mit dem Antrag, die dem B erteilte Baugenehmigung aufzuheben.

Hat die Klage Aussicht auf Erfolg?

Zulässigkeit der Klage

Der Verwaltungsrechtsweg ist gemäß § 40 I VwGO gegeben.

Richtige Klageart ist die Anfechtungsklage, gerichtet auf Aufhebung der dem B erteilten Baugenehmigung (sog. Drittanfecht-

tungsklage).

Bei der Drittanfechtungsklage ist die Klagebefugnis problematisch. A ist klagebefugt, wenn die Baugenehmigung möglicherweise gegen Rechtsvorschriften des öffentlichen Rechts verstößt, die tatsächlich drittschützend sind. Schon im Rahmen der Zulässigkeit ist also zu prüfen, ob A Vorschriften benennen kann, die ihm eigene Rechte verleihen. Ob diese Vorschriften verletzt sind, ist dann im Rahmen der Begründetheit zu erörtern. Ob diese Vorschriften drittschützend sind, ist dagegen eine materiell-rechtliche Frage, die schon in der Zulässigkeitsstation abzuhandeln ist.

Für die Klagebefugnis unbeachtlich sind privatrechtliche Ansprüche, etwa Abwehransprüche des A gegen B aus eingerichteten und ausgeübtem Gewerbebetrieb. Denn erstens wird die Baugenehmigung unbeschadet privater Rechte Dritter erteilt (§ 62 V BauO), und zweitens kommt es für die Klagebefugnis auf die Möglichkeit einer Verletzung subjektiver öffentlicher Rechte an.

Festsetzungen des Bebauungsplanes scheiden im vorliegenden Fall als drittschützende Normen, auf die die Klagebefugnis gestützt werden könnte, aus, weil der Plan mit höherrangigem Recht kollidiert und darum nichtig ist. Darum entfällt die Sperrwirkung des § 30 I und § 35 BauGB wird wieder anwendbar. Einschlägig ist § 35 BauGB.

§ 35 BauGB ist grundsätzlich nicht nachbarschützend, weil er, schon ausweislich des Wortlauts, nur öffentliche Interessen, nicht aber private Interessen konkreter Einzelner schützen will. Selbst wenn die dem B erteilte Baugenehmigung gegen § 35 BauGB verstoßen sollte, wäre A also grundsätzlich nicht befugt, dagegen zu klagen.

Von diesem Grundsatz gibt es allerdings einige Ausnahmen. Eine dieser Ausnahmen lautet, dass gemäß § 35 I BauGB Privilegierte Drittschutz erhalten, soweit die Missachtung des § 35 BauGB

insgesamt ihre Privilegierung in objektiv rücksichtsloser Weise beeinträchtigen würde. A ist gemäß § 35 I Nr. 4 BauGB privilegiert. Er kann sich auf § 35 III Nr. 3 BauGB berufen, sofern dessen Verletzung ihm gegenüber rücksichtslos ist. Mit Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 trägt das Gesetz dem Umstand Rechnung, dass emissionsstarke Gewerbebetriebe im Außenbereich privilegiert sind und nicht durch heranrückende Wohnbebauung behindert werden sollen. Die Verbindung von § 35 I Nr. 4 und § 35 III 1 Nr. 3 BauGB vermittelt A also eigene Rechte und damit die Klagebefugnis.

Hinweis: Die Verknüpfung von § 35 I Nr. 4 und III 1 Nr. 3 BauGB mit dem Rücksichtnahmegebot wird in der neueren Rechtsprechung des BVerwG vorgenommen (DÖV 2000, 81) vorgenommen, um zum Ausdruck zu bringen, dass nicht bereits § 35 I Nr. 4 BauGB als Ersatzplan eine Standortzuweisung für den Privilegierten vornimmt, die subjektive Rechte begründen kann. Die Bedeutung des Rücksichtnahmegebots wird sichtbarer, wenn es neben § 35 I BauGB keine weitere Norm (wie hier § 35 III 1 Nr. 3 BauGB) gibt, so z.B. wenn sich ein jagdausübungsberechtigter Landwirt gegen eine rechtswidrig genehmigte Erweiterung eines Wohnhauses im Außenbereich wehrt (OVG Lüneburg BauR 1988, 321).

Ein Vorverfahren ist erfolglos durchgeführt worden; Klageform und Klagefrist sind gewahrt.

Klagegegner ist der Rechtsträger der Baugenehmigungsbehörde (§ 78 I Nr. 1 VwGO). Vom Behördenprinzip macht das BerLAG VwGO keinen Gebrauch.

Begründetheit der Klage

Die Klage ist begründet, wenn die dem B erteilte Baugenehmigung gegen § 35 III Nr. 3 in Verbindung mit § 35 I Nr. 4 BauGB und dem Grundsatz der Rücksichtnahme verstößt. Dann liegen beide Voraussetzungen des § 113 I VwGO vor.

1. § 35 BauGB ist anwendbar. § 30 I BauGB entfaltet keine Sperrwirkung. Zwar liegt ein qualifizierter Bebauungsplan vor. Dieser ist jedoch nichtig. Er verstößt gegen das Abwägungsgebot (§ 1 V / VI BauGB). Es liegt ein Fall der Abwägungsdisproportionalität vor, weil gegen das Trennungsgebot des § 50 BImSchG verstoßen worden ist. Dem Plan ist nicht zu entnehmen, wie die faktisch unverträglichen Nutzungen von A und B vereinbart werden sollen. Solche Regelungen wären aber erforderlich gewesen. Das Kunststoffwerk des A ist bisher legal betrieben worden. Das baurechtliche Gebot der Rücksichtnahme verlangt deshalb, dass die Belange der zeitlich vorrangigen Nutzung des A in dem Plan angemessen berücksichtigt werden.

2. Das Bauvorhaben des B beeinträchtigt öffentliche Belange im Sinne von § 35 II BauGB, weil es im Sinne von § 35 III 1 Nr. 3 BauGB schädlichen Umwelteinwirkungen von seiten des Kunststoffwerkes des A ausgesetzt wird.

3. A ist durch den Rechtsverstoß in eigenen Rechten, nämlich in seiner Privilegierung gemäß § 35 I Nr. 4 BauGB, diese in Verbindung mit dem Grundsatz der Rücksichtnahme, verletzt. Hier ist auf das Bezug zu nehmen, was im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung ausgeführt wurde.

4. Folglich ist die Klage auch begründet.

II. Bestandsschutz und eigentumsrechtliche Anspruchsposition

1. Bestandsschutz

Wenn einem Bauvorhaben eine der Zulässigkeitsschranken entgegensteht, welche sich in planungsrechtlicher Hinsicht aus den §§ 30 - 35 BauGB ergeben, kann das Vorhaben in eng umgrenzten Ausnahmefällen auch ohne Rückgriff auf § 31 BauGB gleichwohl zulässig sein. Diese Ausnahmefälle betreffen die Unterhaltung, Fortführung und Erneuerung eines schon vorhandenen Baubestandes.

Mit Bestandsschutz ist zunächst nichts anderes gemeint, als dass eine einmal formell oder materiell legal begründete bauliche Bodennutzung auch dann schutzwürdig bleibt, wenn sich die materielle Rechtslage dergestalt ändert, dass die Nutzung, stünde sie erneut zur Genehmigung an, nicht mehr genehmigungsfähig wäre (sog. passiver Bestandsschutz). Der passive Bestandsschutz schließt bloße Erhaltungsmaßnahmen ein.

Er wäre jedoch unvollständig, wenn die bauliche Anlage zwar weiter genutzt werden dürfte, aber die zur Beibehaltung der Nutzung erforderlichen baulichen Folgemaßnahmen, die über bloße Erhaltungsmaßnahmen hinausgehen, infolge Änderung der Rechtslage unterbleiben müssten. Der Bestandsschutz umfasst deshalb auch einen Anspruch auf Genehmigung baulicher Folgemaßnahmen, wenn **(1)** die Änderungen und Erweiterungen nur begrenzter und geringfügiger Art sind (z.B. Garagen), **(2)** zu keiner wesentlichen Veränderung des ursprünglichen Bestandes führen und **(3)** die Identität des wiederhergestellten oder verbesserten mit dem ursprünglichen Bauwerk im Wesentlichen wahren. Diese Form des Bestandsschutzes wird aktiver Bestandsschutz genannt. Abgebrochene oder zerstörte Gebäude genießen keinen aktiven Bestandsschutz. Bestandsschutz ermöglicht auch nicht, eine Scheune in ein Landhaus umzuwandeln.

Eine weitere Ausweitung ist der übergreifende Bestandsschutz. Bei ihm geht es nicht um die Reparatur oder Verbesserung vorhandener, sondern um die Errichtung neuer baulicher Anlagen. Dies ist, wenn **(1)** zwischen ihnen und dem vorhandenen Bestand ein untrennbarer Funktionszusammenhang besteht, **(2)** die bauliche Erweiterung nicht zu einer erheblichen Kapazitätserweiterung führt und **(3)** der Schutz des vorhandenen Bestandes ohne Genehmigung der neuen baulichen Anlage gegenstandslos würde (Beispiel: BVerwGE 50, 49 - neue Öfen für eine Ziegelei). Sowohl beim aktiven als auch beim überwirkenden Bestandsschutz muss ein räumlicher und ein funktionaler Zusammenhang der zu genehmigenden Maßnahme mit dem vorhandenen Bestand und seiner Nutzung gewahrt sein. Ersatzbauten für zerstörte Gebäude und

Maßnahmen, die auf eine Nutzungsänderung hinauslaufen, werden darum vom Bestandsschutz nicht gedeckt.

Als Rechtsgrundlage für den Bestandsschutz ist früher einhellig unmittelbar Art. 14 I GG genannt worden. Das ist jedoch seit der Naßauskiesungs-Entscheidung des BVerfG problematisch, weil das Gericht dort, wenn auch auf vermögensrechtliche Ansprüche beschränkt, die Herleitbarkeit von Ansprüchen unmittelbar aus Art. 14 I GG negiert hat (vgl. zum Bestandsschutz insoweit BVerwGE 106, 228, 234 ff.). Rechtsgrundlage für Bestandsschutz können vielmehr nur Normen des einfachen Gesetzesrechts sein. Insoweit haben wir schon § 70 BauO kennengelernt, der passiven Bestandsschutz vermittelt, indem er formelle und materielle Baurechtswidrigkeit verlangt. Ein anderes Beispiel ist § 35 IV BauGB. Diese Norm ist eine Antwort des Gesetzgebers auf den Strukturwandel in der Landwirtschaft. Sie erfasst Änderungen, Nutzungsänderungen, Erneuerungen und Erweiterungen schon vorhandener baulicher Anlagen im Außenbereich; in solchen Fällen ist der Grundsatz der Unbebaubarkeit des Außenbereichs ohnehin durchbrochen.

Beispielsfall mit ausführlicher Musterlösung: Brohm, Öffentliches Baurecht, 3. Aufl., 2002, § 22 Rn. 20 - 26.

2. Eigentumsrechtliche Anspruchsposition

Bei der eigentumsrechtlichen Anspruchsposition geht es im Unterschied zum Bestandsschutz nicht um schon vorhandene bauliche Anlagen, sondern um eine einmal vorhandene bebauungsrechtliche Grundstücksqualität, etwa die Baulandqualität. Diese Fallgruppe ist heute abschließend gesetzlich geregelt, so dass ein Rückgriff auf Art. 14 I GG entbehrlich ist; so BVerwG NVwZ 1991, 673 (675). Insbesondere besteht nach Maßgabe der §§ 39 ff. BauGB ein Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschutzes, wenn die einmal durch Bebauungsplan begründete Baulandqualität eines Grundstücks durch nachträgliche Planänderung wieder aufgehoben wird.

III. Flächennutzungsplan und Bebauungsplan als Instrumente der kommunalen Bauleitplanung

Nachdem wir uns mit der planungsrechtlichen Zulässigkeit einzelner Bauvorhaben nach Maßgabe der §§ 29 ff. BauGB beschäftigt haben, steht als nächstes das Recht der Bauleitplanung auf dem Programm. Bauleitplanung bedeutet die Aufstellung von Flächennutzungsplänen und Bebauungsplänen und damit die Schaffung der Maßstäbe für die planungsrechtliche Beurteilung einer Vielzahl von Bauvorhaben.

Der Bebauungsplan ist, wenn es sich um einen qualifizierten Bebauungsplan handelt, abschließender Maßstab für die planungsrechtliche Beurteilung von Bauvorhaben (§ 30 I BauGB). Handelt es sich um einen einfachen Bebauungsplan, so ist er Maßstab für die planungsrechtliche Beurteilung, soweit er Festsetzungen enthält; im Übrigen greifen die §§ 34 und 35 BauGB ergänzend ein. Der Bebauungsplan hat also unmittelbare rechtliche Bedeutung für die planungsrechtliche Zulässigkeit eines Vorhabens. Liegt ein Grundstück im Plangebiet, so bemisst die Zulässigkeit sich entweder ganz oder teilweise nach dem Bebauungsplan. Dies ist gemeint, wenn der Bebauungsplan in § 1 II BauGB als verbindlicher Bauleitplan bezeichnet wird. Verbindlich sind die einzelnen Regelungen des Bebauungsplanes, die man mit einem terminus technicus als Festsetzungen dieses Planes qualifiziert.

Den Flächennutzungsplan bezeichnet § 1 II BauGB als vorbereitenden Bauleitplan. Er hat für den Bürger in der Regel keine unmittelbare Verbindlichkeit. Seine Bedeutung liegt in verwaltungsinternen Bindungen im Hinblick auf die Aufstellung eines Bebauungsplanes. Der Flächennutzungsplan bereitet also einen Bebauungsplan vor. Der Bebauungsplan ist gemäß § 8 II 1 BauGB grundsätzlich aus einem Flächennutzungsplan zu entwickeln. Dem entspricht, dass der Flächennutzungsplan abstrakter ist als der

Bebauungsplan. Er enthält keine Festsetzungen, sondern Darstellungen. Die Liste der möglichen Darstellungen eines Flächennutzungsplanes (§ 5 II BauGB) ist abstrakter als die Liste möglicher Festsetzungen eines Bebauungsplanes. Ein Flächennutzungsplan wird für das ganze Gemeindegebiet aufgestellt (§ 5 I 1 BauGB), ein Bebauungsplan für einen Teil des Gemeindegebietes (§ 9 VII BauGB). § 5 I 1 BauGB sagt am Ende weiter, dass der Flächennutzungsplan sich auf Grundzüge zu beschränken habe. Für den Bürger hat der Flächennutzungsplan keine Rechtswirkungen; die einzige Ausnahme ist § 35 III Nr. 1 BauGB. Danach ist der Widerspruch zu Darstellungen eines Flächennutzungsplanes eine Beeinträchtigung eines öffentlichen Belangs, die ein Bauvorhaben unzulässig macht.

Aus der unterschiedlichen Funktion ergibt sich eine unterschiedliche Rechtsnatur von Flächennutzungsplan und Bebauungsplan. Der Bebauungsplan hat Außenwirkung. Er ist gemäß § 10 I BauGB eine Satzung. Mit dieser Regelung hat der Gesetzgeber einen Meinungsstreit entschieden, der darüber geführt worden ist, ob der Bebauungsplan Satzung oder Allgemeinverfügung sei. Gemäß § 246 II 1 BauGB gilt diese Regelung in Berlin nicht, weil sie auf die Besonderheiten der Verwaltungsorganisation dieses Stadtstaates nicht passt. Der Bebauungsplan wird hier als Rechtsverordnung festgesetzt (§ 6 V 1 AGBauGB). Die Rechtsverordnung vermittelt, wie die Satzung oder die Allgemeinverfügung, Außenwirksamkeit.

Diese fehlt dem Flächennutzungsplan. Die genannten Rechtsformen kommen für ihn nicht in Betracht. Andererseits kann man ihn auch nicht als Verwaltungsvorschrift einstufen, weil er für andere Planungsträger nach § 7 BauGB und für die planende Gemeinde im Hinblick auf Bebauungspläne nach § 8 II BauGB verbindlich ist. Der Flächennutzungsplan wird darum als ein Rechtsakt sui generis bezeichnet, der in das übliche Schema von Gesetz, Verordnung, Satzung und Verwaltungsvorschrift nicht hineinpasst. § 2 AGBauGB sagt über die Rechtsform des Flächennutzungsplanes nichts Näheres aus. Es handelt sich um einen Beschluss des Senats, der von dem zuständigen Senator vorbereitet wird und der Zustimmung

des Abgeordnetenhauses bedarf.

IV. Die Planungshoheit der Gemeinden

Flächennutzungspläne und Bauleitpläne sind Instrumente der kommunalen Bauleitplanung. Sie sind gemäß § 2 I BauGB von den Gemeinden in eigener Verantwortung aufzustellen. Mit der Formulierung "in eigener Verantwortung" macht das Gesetz deutlich, dass die Gemeinden hier Gestaltungs- und Entwicklungsmöglichkeiten erhalten, die sie im Rahmen des geltenden Rechts eigenverantwortlich, d.h. ohne Weisungen übergeordneter Stellen sollen verwirklichen dürfen. Das Bauplanungsrecht befasst sich mit der städtebaulichen Entwicklung und Ordnung in den Gemeinden (§ 1 III BauGB). Es strebt eine geordnete Nutzung von Grund und Boden an. Geordnet heißt zunächst, dass diese Nutzung sich innerhalb eines rechtlichen Rahmens vollzieht; dieser Rahmen wird gebildet durch das BauGB, die BauNVO und, vor allem, die kommunalen Bauleitpläne. Geordnet heißt sodann, dass diese rechtlichen Regelungen einen Ausgleich zwischen individuellen Nutzungsinteressen herbeiführen, also z.B. verhindern, dass ein ruhebedürftiges Krankenhaus unmittelbar neben einer viel Lärm verursachenden Fabrik liegt, und öffentliche und private Belange in Einklang bringen, indem z.B. vorgeschrieben wird, dass Grundstücke in freier Natur grundsätzlich nicht bebaut werden dürfen.

Da Bauleitplanung örtliche Planung ist, bezogen auf das Gebiet einzelner Gemeinden, unterfällt sie dem Schutzbereich des Art. 28 II 1 GG. Die Bauleitplanung ist eine "Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft". Dem entspricht § 2 I 1 BauGB, der die Bauleitplanung als pflichtige Selbstverwaltungsaufgabe der Gemeinden ausgestaltet. Der Aussagegehalt dieser Norm kann in drei Aspekte aufgefächert werden:

- (1) Die Bauleitpläne sind **von der Gemeinde** ... aufzustellen: Zuständigkeit der Gemeinde.
- (2) Die Bauleitpläne sind von der Gemeinde **in eigener Verantwortung** aufzustellen: Selbstverwaltungsangelegenheit der Gemeinde.

(3) Die Bauleitpläne **sind** von der Gemeinde in eigener Verantwortung aufzustellen: pflichtige Selbstverwaltungsangelegenheit.

Gemäß § 1 III BauGB haben die Gemeinden die Bauleitpläne aufzustellen, sobald und soweit es für die städtebauliche Entwicklung und Ordnung erforderlich ist. Die Entscheidung über das Ob einer Bauleitplanung scheint der Gemeinde also abgenommen zu sein. Während beim normalen Verwaltungsermessen zwischen einem Entschließungs- und einem Auswahlermessen unterschieden wird, scheint beim Planungsermessen nur ein Auswahl-, aber kein Entschließungsermessen gegeben zu sein. Dieser Eindruck trägt allerdings, weil der Gemeinde hinsichtlich der tatbestandlichen Voraussetzungen der Planungspflicht ein Beurteilungsspielraum eingeräumt wird. Als erforderlich ... ist ... die Aufstellung eines Bauleitplans anzusehen, soweit dies nach der planerischen Konzeption der Gemeinde erforderlich ist. Die Planungspflicht konkretisiert sich nur dann zur Pflicht zu einer konkreten Bauleitplanung, wenn deren Erforderlichkeit nach den von der Gemeinde selbst gesetzten Prämissen zu bejahen ist. Dass Bauleitplanung eine pflichtige Selbstverwaltungsaufgabe ist, heißt nicht, dass die Gemeinde zu bestimmten Maßnahmen der Bauleitplanung verpflichtet wäre.

Der Pflicht der Gemeinden korrespondiert kein Anspruch von Bürgern. Dies wird in § 2 III BauGB ausdrücklich normiert. Nach dieser Vorschrift kann ein Planungsanspruch auch nicht vertraglich begründet werden. Das betrifft insbesondere Absprachen zwischen Gemeinden und ansiedlungswilligen Unternehmen.

V. Besonderheiten Berlins

Die Organisations- und Zuständigkeitsregelungen der §§ 1 ff. BauGB passen auf die Situation in Berlin nicht. Denn hier gibt es keine Gemeinden, die vom Land Berlin unterschieden wären. Diese Besonderheit ergibt sich aus Art. 1 I VvB: Berlin ist ein deutsches Land und zugleich eine Stadt. Daraus zieht § 1 AZG die

Konsequenz, dass in Berlin staatliche und gemeindliche Tätigkeit nicht getrennt werden. Dies wiederum bedingt, dass Selbstverwaltungsgarantien für Gemeinden in Berlin ins Leere laufen, denn solche Garantien haben den Zweck, den Gemeinden einen Freiraum gegen die unmittelbare Staatsverwaltung zu schützen. Dies macht keinen Sinn, wenn zwischen Gemeinden und unmittelbarer Staatsverwaltung nicht unterschieden wird.

Das BauGB beruht auf einer Trennung von Gemeinden einerseits und unmittelbarer Staatsverwaltung andererseits. Diese Trennung liegt seinen § 1 bis 13 zugrunde, etwa der Vorschrift des § 10 II BauGB, dass bestimmte Bebauungspläne der Genehmigung der höheren Verwaltungsbehörde bedürfen. Diese Trennung existiert in Berlin nicht. Dem trägt § 246 BauGB Rechnung, indem er den Landesgesetzgeber zu zahlreichen abweichenden Regelungen ermächtigt. Diese Regelungen findet man im AGBauGB. Die wichtigsten dieser Regelungen will ich in der gebotenen Kürze vortragen:

(1) Grundsätzlich treten in Berlin die Bezirke an die Stelle der Gemeinden (§ 1).

(2) Der Flächennutzungsplan wird vom Senat aufgrund eines Entwurfs des zuständigen Senators mit Zustimmung des Abgeordnetenhauses beschlossen (§ 2).

(3) Die Aufstellung von Bebauungsplänen obliegt grundsätzlich den Bezirken (§ 6). Der Senat ist insoweit auf Rechtsaufsicht und Eingriffsrecht beschränkt.

(4) Von diesem Grundsatz abweichend kann der Senat in den Fällen der §§ 7 bis 9 AGBauGB die Zuständigkeit zum Erlass der dort genannten Bebauungspläne an sich ziehen. An die Stelle der Bezirksverordnetenversammlung tritt dann das Abgeordnetenhaus. Damit der Senat entscheiden kann, ob er von dieser Option Gebrauch macht, müssen die Bezirke dem Senat die Absicht, einen Bebauungsplan aufzustellen, anzeigen.

Eine weitere Abweichung vom BauGB ergibt sich gewissermaßen von selbst. Nach § 36 I 1 BauGB bedürfen Ausnahmen und Befreiungen sowie Genehmigungen nach den §§ 34 und 35 BauGB des

Einvernehmens der Gemeinde. Diese Vorschrift dient dem Zweck, die Gemeinde gegen bauaufsichtliche Entscheidungen zu schützen, die ihre Planungshoheit beeinträchtigen. Das Erfordernis des Einvernehmens wird insbesondere wichtig, wenn ein Vorhaben nach § 34 oder § 35 BauGB zulässig, der Gemeinde aber unerwünscht ist; die Gemeinde erhält dann die Gelegenheit, dem Vorhaben durch die Aufstellung eines entsprechenden Bebauungsplanes zuvorzukommen; bis zu dessen Inkrafttreten kann sie eine Veränderungssperre verhängen und Baugesuche zurückstellen (§§ 14 ff. BauGB). § 36 BauGB gibt aber nur Sinn, wenn für die Erteilung der Baugenehmigung und für die Aufstellung eines Bebauungsplanes unterschiedliche Behörden zuständig sind. Nur dann kann die Baugenehmigungsbehörde planerische Absichten des Trägers der Bauleitplanung durchkreuzen. Dies ist dagegen ausgeschlossen, wenn die Bauaufsichtsbehörde demselben Verwaltungsträger zugeordnet ist, der für die Bauleitplanung zuständig ist. Ist eine Gemeinde selbst Baugenehmigungsbehörde und nicht etwa der Landkreis, dann erübrigt sich die Notwendigkeit ihres Einvernehmens. Interessenkonflikte zwischen Bauleitplanung und Baugenehmigungserteilung können dann intern bereinigt werden. So BVerwGE 45, 207. Dies lässt sich auf die Rechtslage in Berlin übertragen, obwohl es hier keine Gemeinden gibt. Denn auch in Berlin liegen die Erteilung der Baugenehmigung und die Aufstellung von Bebauungsplänen in einer Hand. Zuständig sind jeweils die Bezirke. Für die Erteilung von Baugenehmigungen folgt dies aus Nr. 15 I ZustKat ASOG, für die Aufstellung von Bebauungsplänen aus § 6 BerlAGBauGB.

§ 36 BauGB ist damit ein - in Berlin entbehrliches - Instrument, das verhindern soll, dass die Planungshoheit an den vollendeten Tatsachen scheitert, die durch Baugenehmigungen geschaffen werden. § 36 BauGB ist insoweit in Berlin nicht erforderlich. Die Baugenehmigungsbehörden können hier keine vollendeten Tatsachen für die kommunale Bauleitplanung schaffen, weil die Erteilung von Baugenehmigung und die Aufstellung von Bebauungsplänen in denselben Händen, nämlich in den Händen der Bezirke, liegen.

VI. Das Verfahren der Bauleitplanung (Ablaufschema)

Die weiteren Rechtsfragen der Bauleitplanung sollen anhand des Verfahrens der Bauleitplanung dargestellt werden. Das Verfahren der Bauleitplanung unterscheidet sich in seiner Grundstruktur nicht von anderen staatlichen Planungsverfahren, z.B. der Planfeststellung einer Bundesfernstraße oder einer Abfallentsorgungsanlage. Wer das Ablaufschema der Bauleitplanung begriffen hat, wird sich in andere Planungsverfahren und in die allgemeinen Regelungen der §§ 72 ff. VwVfG rasch hineindenken können. Auf die umfangreichen Neuregelungen zum Verhältnis von kommunaler Bauleitplanung und Umweltschutz, insb. §§ 1a und 2a BauGB, gehe ich dabei nicht ein, weil dies Wahlfachstoff ist.

Aus § 1 II BauGB geht hervor, dass das BauGB zwei Arten von Bauleitplänen kennt: den Flächennutzungsplan (FNP) und den Bebauungsplan (BBP). Ein Bauleitplan ist entweder ein FNP oder ein BBP. Demgemäß gibt es Regeln speziell über das Verfahren zur Aufstellung von FNP (§§ 5 - 7 BauGB) und Regeln speziell über das Verfahren zur Aufstellung von BBP (§§ 8 - 10 BauGB). Schließlich gibt es gemeinsame Regeln, die für das Verfahren zur Aufstellung von Flächennutzungsplänen ebenso gelten wie für das Verfahren zur Aufstellung von Bebauungsplänen. Sie sind regelungstechnisch in den §§ 1 - 4 BauGB zu einer Art allgemeiner Teil des Rechts der Bauleitplanung zusammengefasst und regeln die Grundzüge des Verfahrensablaufs für beide Arten der Bauleitplanung in gleicher Weise.

1. Schritt: Die Gemeinde beschließt, einen Bauleitplan (FNP, BBP) aufzustellen, und macht diesen Beschluss ortsüblich bekannt (§ 2 I 2 BauGB). Zuständig für diesen Beschluss ist beim Flächennutzungsplan der ressortmäßig zuständige Senator (§ 2 I AGBauGB), beim Bebauungsplan das jeweilige Bezirksamt (§ 6 I AGBauGB). Die ortsübliche Bekanntmachung, in Berlin im Amtsblatt für Berlin, dient dem Zweck, dass die Bürger der Gemeinde im Hinblick auf ihre Beteiligung an der Bauleitplanung von dem

Planungsvorhaben rechtzeitig Kenntnis nehmen können (sog. Anstoßfunktion der Bekanntmachung).

2. Schritt: Der Planentwurf wird von Dienststellen der Gemeinde, von privaten Planungsbüros oder von anderen Stellen erarbeitet. Er enthält im allgemeinen eine kartographische Darstellung nebst erläuternden Ausführungen. Einzelheiten regelt die PlanzeichenVO, die auf der Grundlage des § 2 V Nr. 4 BauGB ergangen ist. Bauleitpläne sind im Wesentlichen Karten, in denen man mit Linien und Farben den angestrebten städtebaulichen Zustand kennzeichnet; Text dient meist nur dazu, die Zeichen auf den Karten zu erläutern. Die Fertigung des Planentwurfs ist gesetzlich nicht geregelt. Zeitlich kann sie deshalb auch vor dem Planaufstellungsbeschluss erfolgen. Rechtliche Relevanz bekommt der Entwurf jedoch erst, wenn der Gemeinderat einen Planaufstellungsbeschluss gefasst hat.

3. Schritt: Die Träger öffentlicher Belange sind an der Aufstellung des Bauleitplanes zu beteiligen (§ 4 BauGB). Die Beteiligung der Träger öffentlicher Belange ist im Gesetz zwar erst im Anschluss an die Bürgerbeteiligung, § 3, geregelt, in der Praxis findet sich aber in deren zeitlichem Vorfeld statt, häufig schon vor dem Planaufstellungsbeschluss. Träger öffentlicher Belange sind Bundes- und Landesbehörden, z.B. die Naturschutz- oder die Wasserbehörden, und selbständige Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts, z.B. die Industrie- und Handelskammer und, vor allem, Nachbargemeinden, aber auch privatrechtliche Träger, soweit sie Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnehmen, wie ein Energieversorgungsunternehmen. Diese Träger sind möglichst frühzeitig zu beteiligen, soweit ihr Zuständigkeitskreis von der Planung berührt werden kann. Die Beteiligung dient dem Zweck, der Gemeinde einen Überblick über die öffentlichen Belange zu erlangen, die sie bei ihrer Abwägung gemäß den § 1 V / VI BauGB zu berücksichtigen hat. Die zu beteiligenden Träger öffentlicher Belange erhalten zu diesem Zweck die Gelegenheit zur Stellungnahme. Die Gemeinde ist an diese Stellungnahmen nicht

gebunden; wohl ist sie verpflichtet, sich mit ihnen im Rahmen ihrer Planung auseinanderzusetzen.

4. Schritt: Die Bürger sind an der Planung zu beteiligen. Das geschieht gemäß § 3 BauGB in zwei Stufen, in einem Unterrichts- und Anhörungsverfahren gemäß § 3 I BauGB (vorgezogene Bürgerbeteiligung) und in einem zeitlich sich anschließenden Auslegungsverfahren gemäß § 3 II BauGB. Das Anhörungsverfahren soll dem Bürger schon in einem frühen Stadium des Planungsverfahrens Gelegenheit verschaffen, die allgemeinen Ziele und Zwecke der Planung, ihre Auswirkungen sowie ihre möglichen Alternativen zur Kenntnis zu nehmen. Der Bürger erhält Gelegenheit, in einem Erörterungstermin seine Anregungen und Bedenken vorzubringen und so noch Einfluss auf den Planungsentwurf zu nehmen. Die Einzelheiten des Verfahrens regelt die Gemeinde selbst.

5. Schritt: Nach der Unterrichtung und Erörterung im Rahmen der vorgezogenen Bürgerbeteiligung und der Einholung der Stellungnahmen der Träger öffentlicher Belange fasst der Gemeinderat den bisherigen Verfahrensstand zusammen und formuliert einen beschlussfähigen Planentwurf, der mit einem Erläuterungsbericht (beim FNP: § 5 V BauGB) oder einer Begründung (beim BBP: § 9 VIII BauGB) versehen ist. Auch wenn die vorgezogene Bürgerbeteiligung zu einer Änderung der Planung geführt hat, ist die geänderte Planung nicht erneut einer vorgezogenen Bürgerbeteiligung zu unterwerfen (§ 3 I 3 BauGB). Es schließt sich vielmehr unmittelbar das Auslegungsverfahren nach § 3 II BauGB an.

6. Schritt: Das Auslegungsverfahren, also die zweite Stufe der Bürgerbeteiligung, beginnt in der Praxis mit einem Auslegungsbeschluss des Gemeinderats, durch den die Gemeindeverwaltung ermächtigt wird, das Auslegungsverfahren durchzuführen. Während des Auslegungsverfahrens wird der vollständige Entwurf einen Monat lang öffentlich ausgelegt. Fristgerecht vorgebrachte Bedenken und Anregungen sind von der Gemeinde zu prüfen und zu

bescheiden (§ 3 II 4 BauGB). Fristgerecht erhobene, aber nicht berücksichtigte Anregungen und Bedenken müssen weiterhin der Genehmigungsbehörde mit einer Stellungnahme vorgelegt werden (§ 3 II 6 BauGB). An die Versäumung der Frist ist jedoch keine Präklusion geknüpft (formelle Präklusion: Verlust des Rügerechts im Verwaltungsverfahren; materielle Präklusion: Verlust des Rügerechts auch im nachfolgenden gerichtlichen Verfahren). Nicht fristgerecht erhobene Anregungen und Bedenken sind aber nur dann bei der gemeindlichen Abwägung zu berücksichtigen, wenn sie im Verfahrensablauf noch berücksichtigt werden können oder sofern ihr Inhalt sich der Gemeinde ohnehin als abwägungserheblich aufdrängen musste. Individuelle Belange, die nach diesen Kriterien im Planaufstellungsverfahren nicht mehr zu berücksichtigen sind, können auch in einem gerichtlichen Verfahren dem Plan nicht mehr entgegengehalten werden (BVerwG NJW 1980, 1061 (1063)).

7. Schritt: Nach dem Auslegungsverfahren stellt der Gemeinderat den Entwurf des Bauleitplans fest. Weicht der so festgestellte Plan von dem Plan ab, der nach § 3 II BauGB ausgelegt worden ist, ist nach Maßgabe von § 3 III BauGB erneut auszulegen. Ist dies nicht der Fall oder wird der erneut ausgelegte Plan ohne Änderung beschlossen, so folgt der 8. Verfahrensschritt.

8. Schritt: Die höhere Verwaltungsbehörde hat den Flächennutzungsplan nach Maßgabe von § 6 und den Bebauungsplan nach Maßgabe von § 10 BauGB zu genehmigen. Er wird ihr zu diesem Zweck von der Gemeinde vorgelegt.

Die Genehmigung darf nur aus Rechts-, nicht aus Zweckmäßigkeitsgründen versagt werden (§§ 6 II, 10 II BauGB). Diese Beschränkung der Aufsichtsbefugnisse ist Konsequenz der kommunalen Planungshoheit. Genehmigungspflichtig sind nur solche Bebauungspläne, die unabhängig von einem Flächennutzungsplan aufgestellt worden sind. Die Genehmigung oder ihre Versagung sind gegenüber der Gemeinde Verwaltungsakte. In Berlin ist die Rechtslage aufgrund der verwaltungsorganisatorischen

Besonderheiten des Stadtstaates nach Maßgabe des AGBauGB eine andere. Hier sieht § 6 IV / V AGBauGB für jeden Bebauungsplan ein Anzeige- und Beanstandungsverfahren vor.

9. Schritt: Liegt die Genehmigung vor oder erhebt die höhere Verwaltungsbehörde gegen einen ihr angezeigten Bebauungsplan nicht fristgemäß Bedenken oder ist keine Genehmigung erforderlich, folgt der neunte und letzte Verfahrensschritt. Die Gemeinde macht die Erteilung der Genehmigung oder die Durchführung des Anzeigeverfahrens ortsüblich bekannt und hält den Plan mit Erläuterungsbericht bzw. Begründung zu jedermanns Einsicht bereit. Mit der Bekanntmachung wird der Flächennutzungsplan gemäß § 6 V 2 BauGB wirksam bzw. tritt der Bebauungsplan gemäß § 10 III 4 BauGB in Kraft. Eine öffentliche Bekanntmachung der Pläne selbst unterbleibt. Sie wäre zu umständlich und zu aufwendig.

Die dargestellten Verfahrensschritte sind sowohl bei der Aufstellung von Flächennutzungsplänen als auch bei der Aufstellung von Bebauungsplänen zu beachten. Die Regeln über die Aufstellung von Bauleitplänen gelten gemäß § 2 IV BauGB auch für ihre Änderung, Ergänzung und Aufhebung. § 13 BauGB lässt für die Änderung oder Ergänzung von Bauleitplänen jedoch Vereinfachungen des komplizierten Verfahrens zu.

VII. Die Zuordnung von Flächennutzungsplan und Bebauungsplan

Zusätzlich zu den Regeln über das Verfahren der Aufstellung von Flächennutzungsplänen und Bebauungsplänen gibt es verfahrensrechtliche Regeln über die Zuordnung von Flächennutzungsplänen und Bebauungsplänen. Einschlägig ist § 8 BauGB mit seinen Abs. 2 bis 4. § 8 II 1 BauGB schreibt als Grundsatz fest, dass Bebauungspläne aus Flächennutzungsplänen zu entwickeln sind. Entwickeln bedeutet einen Konkretisierungsprozeß vom Flächennutzungsplan mit seinen abstrakteren Darstellungen für das ganze Gemeindegebiet hin zum Bebauungsplan mit seinen konkreteren Festsetzungen für einzelne Teile des Gemeindegebietes. Die

Festsetzungen des BBP sollen die ihnen zugrunde liegenden Darstellungen des FNP konkreter ausgestalten und damit zugleich verdeutlichen (BVerwGE 48, 70). Negativ formuliert bedeutet dies, dass ein Bebauungsplan einem Flächennutzungsplan nicht widersprechen darf.

Von dem zweistufigen Verfahren - erst FNP, dann BBP - macht das Gesetz drei Ausnahmen:

(1) Ein Flächennutzungsplan ist nicht erforderlich, wenn der Bebauungsplan ausreicht, um die städtebauliche Entwicklung zu ordnen. Man spricht hier von einem selbständigen Bebauungsplan. Anwendungsfälle des § 8 II 2 BauGB sind selten; zu denken ist an kleinere Gemeinden oder Gemeinden, die bis auf kleine Teilgebiete städtebaulich geordnet sind.

(2) § 8 III BauGB erlaubt das gleichzeitige Aufstellen, Ändern, Ergänzen und Aufheben von FNP und BBP. Damit wird praktischen Bedürfnissen Rechnung getragen. Den Kommunen ist daran gelegen, den Aufwand eines Bauleitplanungsverfahrens nur einmal zu betreiben. Das betrifft insbesondere den Fall, dass die Aufstellung eines Bebauungsplanes eine Änderung des Flächennutzungsplanes erforderlich macht. Das Parallelverfahren erlaubt allerdings keine Abweichung von dem Entwicklungsgebot.

(3) § 8 IV BauGB erlaubt einen vorzeitigen Bebauungsplan, also die Aufstellung eines BBP vor der Aufstellung eines FNP, wenn dringende Gründe die Umkehrung der zeitlichen Reihenfolge erfordern und wenn der BBP der beabsichtigten städtebaulichen Entwicklung des (gesamten) Gemeindegebietes nicht entgegensteht, die im FNP niederzulegen sein wird. Dringende Gründe sind z.B. das Schaffen der Voraussetzungen für gewichtige Investitionen. Warum ein Flächennutzungsplan noch nicht aufgestellt worden ist, ob etwa die Gemeinde insoweit ein Verschulden trifft, ist für die Anwendung des § 8 IV BauGB unerheblich.

VIII. Die Rechtsbindung der kommunalen Bauleitplanung

Aus dem Begriff der Planung, der in dem Wort "Bauleitplanung" enthalten ist, folgt, dass die gemeindliche Tätigkeit etwas

anderes sein muss als die Anwendung eines Gesetzes auf einen Sachverhalt, bei der die Verwaltung, von Ermessens- und Beurteilungsspielräumen abgesehen, keine Gestaltungsmöglichkeiten besitzt, sondern durch das anzuwendende Gesetz und die Verwaltungsgerichtsbarkeit determiniert wird. Im Bereich der Verwaltung ist zwischen vollziehender und planender Tätigkeit zu unterscheiden. Die erstere besteht im Vollzug vorgegebener Regeln; sie ist vorprogrammiert. Planung dagegen bedeutet "vorausschauendes Setzen von Zielen und gedankliches Vorwegnehmen der zu ihrer Verwirklichung erforderlichen Verhaltensweisen". Sie setzt also ein gewisses Maß an Autonomie sowohl im Hinblick auf die Zielsetzungen als auch im Blick auf die Wahl der Mittel voraus. Planung ist nur beschränkt vorprogrammiert, und sie programmiert selbst. Dies heißt freilich nicht, dass Planung sich außerhalb rechtlicher Bindung vollzieht. Auch die planende Verwaltung ist an Gesetz und Recht gebunden (Art. 20 III GG). Allerdings bedeutet Gesetzesbindung für die planende Verwaltung etwas anderes als für die vollziehende Verwaltung. Während für die vollziehende Verwaltung Gesetzesbindung sich im Vollzug gesetzlicher Regelungen aktualisiert, bedeutet für die planende Verwaltung Gesetzesbindung Beachtung der gesetzlichen Vorgaben für die Planung. Die gesetzesvollziehende Verwaltung vollzieht gesetzliche Regelungen, die planende Verwaltung beachtet gesetzliche Regelungen und ist im Übrigen in der Setzung von Zielen und der Auswahl von Mitteln frei.

Die von der planenden Verwaltung zu beachtenden gesetzlichen Regelungen bestehen zu einem großen Teil in Zielvorgaben, Leitlinien und Rahmendaten. Der Gesetzgeber steuert die planende Verwaltung, indem er ihr einen Auftrag erteilt und ihr Zielvorgaben und Rahmendaten setzt. Im Unterschied dazu wird die vollziehende Verwaltung durch möglichst klare, wenig Spielräume lassende gesetzliche Regelungen gesteuert, die nur noch im Einzelfall anzuwenden sind. Dieser Unterschied ist gemeint, wenn man bei der vollziehenden Verwaltung von einer konditionalen Programmierung und bei der planenden Verwaltung von einer

finalen Programmierung spricht.

Konditional bedeutet bedingend, bedingungsweise. Konditionale Programmierung ist demgemäß Programmierung durch das Wenn - dann - Schema von Tatbestand und Rechtsfolge. Wenn bestimmte tatbestandliche Voraussetzungen erfüllt sind, dann treten grundsätzlich zwingend die vorgegebenen Rechtsfolgen ein. Diese Automatik wird allenfalls punktuell durch Ermessen und Beurteilungsspielraum aufgelockert. Anders bei der Planung. Hier ist die Regelung eines Sachverhalts nicht durch das Gesetz schon vorgegeben. Die Regelung erfolgt vielmehr durch die Verwaltung selbst. Dieser steht ein sogenanntes Planungsermessen zu, das die Verwaltung zu einer in die Zukunft schauenden Gestaltung der Wirklichkeit ermächtigt und sich, anders als das Verwaltungsermessen, das in den §§ 40 VwVfG und 114 VwGO gemeint ist, nicht in der administrativen Reaktion auf das Vorliegen eines gesetzlichen Tatbestandes erschöpft. Das Planungsermessen ist nicht völlig frei. Der Gesetzgeber schreibt der plansetzenden Instanz bestimmte Ziele vor, die es zu erreichen gilt. Die planende Verwaltung wird also über gesetzliche Zielvorgaben gesteuert. Man spricht darum von einer finalen Programmierung. Diese Zielvorgaben binden die Verwaltung aus folgenden Gründen nicht so sehr wie das Wenn-dann-Schema eines gesetzlichen Tatbestandes:

- (1) Die Ziele sind abstrakt formuliert.
- (2) Bei der Zielerreichung kann oberhalb der Schwelle des gesetzlich Zulässigen zwischen einem Mehr und einem Weniger unterschieden werden.
- (3) Die gesetzlichen Ziele können untereinander in Konflikt geraten. So sind in den Leitlinien der Bauleitplanung (§ 1 V 2 BauGB) Ziel- und Ziel-Mittel-Konflikte in großer Zahl mitprogrammiert. Die Auflösung solcher Zielkonflikte im Einzelfall ist dann wieder Sache der Verwaltung.
- (4) Die Verwaltung hat großen Spielraum bei der Auswahl der Mittel, die für die Verwirklichung dieser Ziele in Betracht kommen.