

Dr. Torsten Heilshorn und Dr. Markus Edelbluth*

Die planerische Steuerung von Bauvorhaben

Kommunen müssen sich häufig mit unerwünschten Bauvorhaben auf ihrem Gebiet auseinandersetzen. Die Einreichung eines Bauantrags oder einer Anzeige im Kenntnisgabeverfahren kann für die Gemeinde Anlass sein, die betreffenden Flächen einer anderen als der bislang zulässigen Nutzung zuzuführen. Zulässige städtebauliche Zielsetzungen können vorläufig durch Veränderungssperre oder Zurückstellung abgesichert werden. Eine weitere Absicherung erfährt die kommunale Planungshoheit durch das gemeindliche Einvernehmen.

I. Einvernehmen

Nach § 36 BauGB entscheidet die Baugenehmigungsbehörde über die Zulässigkeit bestimmter Vorhaben im Einvernehmen mit der Gemeinde. Insbesondere wenn noch kein Bebauungsplan erlassen wurde und das Vorhaben bislang (etwa nach § 34 BauGB) zulässig ist, soll der Gemeinde die Prüfung ermöglicht werden, ob sie planerisch tätig werden möchte. Die Gemeinde kann auch ein konkretes Vorhaben zum Anlass nehmen, bisher zulässigen Nutzungen die Rechtsgrundlage zu entziehen.

1. Entscheidungsmaßstab

Das Einvernehmen ist bei Vorhaben nach §§ 31, 33 bis 35 BauGB erforderlich – wenn die Gemeinde nicht auch Baugenehmigungsbehörde ist¹. Dies umreißt zugleich den Prüfungsmaßstab der Gemeinde: Das Einvernehmen darf nur aus *bauplanungsrechtlichen* Gründen im Sinne der genannten Vorschriften versagt werden. Der Gemeinde steht weder eine *Ermessensentscheidung* zu, noch darf sie das Einvernehmen aufgrund *bauordnungsrechtlicher* (z.B. Abstandsflächen) oder *denkmalschutzrechtlicher* Vorschriften versagen. Diese und andere Vorschriften außerhalb des Bauplanungsrechts sind nur von der Baugenehmigungsbehörde zu prüfen. Gleiches gilt in der Regel für die *Dachform* bei der Frage des Einfügens nach § 34 BauGB². Bloße *Planungsabsichten* stellen noch keinen Versagungsgrund dar. Anderes gilt erst, wenn ein Bebauungsplanverfahren ein-

geleitet und die Planung durch eine Veränderungssperre abgesichert wird.

2. Fiktion des Einvernehmens

Das Einvernehmen kann fingiert werden, was die Gemeinden oftmals unter erheblichen Entscheidungs- und gegebenenfalls Planungsdruck setzt. Das Einvernehmen gilt als erteilt, wenn es nicht binnen zwei Monaten versagt wird. In Baden-Württemberg läuft diese Frist ab *Einreichung der Bauvorlagen bzw. des Bauantrags* bei der Gemeinde (vgl. § 36 Abs. 2 S. 2 BauGB i.V.m. § 53 Abs. 1 LBO).

Der durch die LBO-Novelle neu gefasste § 54 Abs. 3 LBO ist für diese Fiktionsfrist nicht von Bedeutung. Zwar bezieht sich die dort vorgesehene Ein-Monats-Frist auch auf das gemeindliche Einvernehmen, aber nur soweit dieses *landesrechtlich* vorgeschrieben wird. Die Frist nach § 36 Abs. 2 S. 2 BauGB bleibt davon unberührt.

3. (Un-)Vollständigkeit der Bauvorlagen

Die Gemeinde kann grundsätzlich nur auf der Grundlage vollständiger Bauvorlagen über die Erteilung des Einvernehmens entscheiden. Wichtig ist aus kommunaler Sicht jedoch, dass die Fiktionswirkung *auch bei unvollständigen Bauvorlagen eintreten* kann. Die höchstgerichtliche Rechtsprechung geht von einer *Obliegenheit der Gemeinde* aus, gegenüber der Baurechtsbehörde auf eine

Vervollständigung unzureichender Unterlagen hinzuwirken. Selbst wenn die Bauvorlagen unvollständig sind, soll das Einvernehmen fingiert werden, wenn die Gemeinde nicht innerhalb der Zwei-Monats-Frist auf eine solche Vervollständigung hinwirkt³.

Soweit der Gemeinde die eigene Sachkunde etwa zur Beurteilung eines Gutachtens fehlt, muss sie sich das für die Wahrnehmung ihrer Aufgaben erforderliche Wissen verschaffen, erforderlichenfalls unter Zuhilfenahme externen Sachverständiges⁴.

Die Einvernehmensfrist kann nicht einvernehmlich verlängert werden. Unwirksam wäre z.B. auch *ein Vertrag*, durch den sich eine Gemeinde eine Gegenleistung für die Erteilung des Einvernehmens versprechen lässt, wenn das Einvernehmen uneingeschränkt erteilt werden müsste (vgl. § 59 Abs. 2 Nr. 4 LVwVfG).

4. Folgen der gemeindlichen Entscheidung

Die Genehmigungsbehörde ist an die *Erteilung* des gemeindlichen Einvernehmens nicht gebunden, kann den Bauantrag also trotzdem ablehnen. Demge-

* Dr. Torsten Heilshorn ist Partner der Sozietät Sparwasser & Heilshorn und Lehrbeauftragter an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg; Dr. Markus Edelbluth ist Rechtsanwalt in der Sozietät Sparwasser & Heilshorn.

genüber bestand eine solche Bindung bislang bei *Versagung* des Einvernehmens. In diesem Fall konnte die beantragte Genehmigung nicht erteilt werden. Eine Ersetzung auch des rechtswidrig versagten gemeindlichen Einvernehmens war bislang nur durch die Kommunalaufsicht möglich. Davon wurde in der Praxis jedoch kein Gebrauch gemacht.

Diese Rechtslage hat sich durch die am 1.3.2010 in Kraft getretene LBO-Novelle und den dort eingefügten § 54 Abs. 4 LBO geändert. Nach dieser Vorschrift kann die zuständige Genehmigungsbehörde das rechtswidrig versagte Einvernehmen *ersetzen*. Der Wortlaut („kann“) deutet auf eine Ermessensentscheidung hin. So geht die Rechtsprechung in Bayern für die dortige Landesregelung tatsächlich von einer *Ermessensvorschrift* aus⁵.

Die Begründung der baden-württembergischen Regelung bezieht dazu nicht eindeutig Stellung. Insbesondere der Versuch, mögliche Amtshaftungsansprüche bei rechtswidrig versagtem Einvernehmen nicht vollständig auf das Land überzuleiten, könnte zur Bejahung eines Ermessensspielraums verleiten.

Dies erscheint jedoch wenig überzeugend: In den meisten Fällen dürfte jedenfalls eine *Ermessensreduzierung auf Null* vorliegen. Der Eigentümer hat nach Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG das Recht, sein Grundstück im Rahmen der rechtlichen Vorgaben zu bebauen. Wenn die Genehmigungsbehörde erkennt, dass das Einvernehmen rechtswidrig versagt wurde, sind nur wenige Ermessenserwägungen vorstellbar, die es rechtfertigen können, das rechtswidrig versagte Einvernehmen *nicht* zu ersetzen. Die Neufassung des § 54 LBO zielt nach der Gesetzesbegründung auch ausdrücklich auf eine „Verfahrensbeschleunigung“ und „deutliche Erleichterungen für den Bauherren“ ab.

Sieht die Genehmigungsbehörde dennoch von einer möglichen Ersetzung ab, steht sie zumindest neben der Gemeinde in der *amtshaftungsrechtlichen Verantwortung*. Der BGH stellt bei der

Verteilung der Verantwortlichkeiten zwischen Gemeinde und Genehmigungsbehörde maßgeblich darauf ab, wer im Außenverhältnis die Verantwortung für die Ablehnung der Genehmigung trägt⁶. Nach der Neufassung des § 54 LBO ist die Genehmigungsbehörde an das versagte Einvernehmen jedoch nicht mehr gebunden. Damit dürfte sie im Außenverhältnis die Verantwortung tragen, auch wenn sie aufgrund eines (rechtswidrig) versagten Einvernehmens die Genehmigung nicht erteilt. Es spricht unseres Erachtens sogar einiges dafür, dass der Träger der Genehmigungsbehörde in diesen Fällen *allein* haftet⁷.

Die neue Ersetzungsbefugnis nach § 54 Abs. 4 LBO bezieht sich nicht nur auf das Einvernehmen nach § 36 BauGB, sondern auch auf § 14 Abs. 2 S. 2 und § 22 Abs. 5 S. 1 BauGB. Diese bundesrechtlichen Vorschriften enthalten jedoch anders als § 36 Abs. 2 S. 3 BauGB keine (landesrechtlich auszufüllende) Ermächtigungsgrundlage für eine Ersetzungsbefugnis⁸. § 54 Abs. 4 LBO dürfte daher insoweit leer laufen.

II. Steuerung durch Bebauungspläne

Das zentrale Instrument der Gemeinden zur Steuerung der künftigen baulichen Entwicklung ist der Bebauungsplan. Soll eine zulässige bauliche Nutzung durch Festsetzungen in einem Bebauungsplan eingeschränkt oder ausgeschlossen werden, so sind zahlreiche Anforderungen zu beachten.



1. Erforderlichkeit

Ein Bebauungsplan muss zunächst „erforderlich“ sein.

a) Planungsermessen der Gemeinden

Nach § 1 Abs. 3 BauGB haben Gemeinden Bebauungspläne aufzustellen, sobald und soweit dies für die städtebauliche Entwicklung und Ordnung erforderlich ist. „Erforderlich“ ist ein unbestimmter Rechtsbegriff, der grundsätzlich der vollen gerichtlichen Kontrolle unterliegt⁹. Gleichwohl verbleibt den Gemeinden eine weitreichende Gestaltungsfreiheit, da sich die Erforderlichkeit *nach der eigenen planerischen Konzeption* der Gemeinde richtet. Kommunen sollen gerade, so der Wille des Gesetzgebers, „Städtebaupolitik“ betreiben können¹⁰.

b) Positive und negative Seite der „Erforderlichkeit“

Die „Erforderlichkeit“ i.S.d. § 1 Abs. 3 BauGB begründet auf der einen Seite ein *Planungsgebot*, wenn die Aufstellung eines Bauleitplans erforderlich ist, um die künftige städtebauliche Entwicklung zu steuern. Auf der anderen Seite enthält § 1 Abs. 3 BauGB aber auch ein *Verbot* nicht erforderlicher Planung. An der Erforderlichkeit eines Bebauungsplans fehlt es, wenn die Planung „erkennbar von keinem städtebaulichen Konzept getragen ist und deshalb einen groben und einigermaßen offensichtlichen Missgriff darstellt“¹¹. Verfolgt der Bebauungsplan in Wirklichkeit andere als städtebauliche Ziele (z.B. Ziele des Denkmalschutzes), so ist er ebenfalls nicht „erforderlich“ i.S.d. § 1 Abs. 3 BauGB. Ist ein Bebauungsplan nicht erforderlich, so ist er *unwirksam*.

c) Verbot der Negativplanung

Einen Unterfall der fehlenden Erforderlichkeit bilden die Fälle der (verbotenen) „Negativplanung“. Hierunter versteht man eine Planung, die sich darin erschöpft, Vorhaben auszuschließen, ohne mit dem Ausschluss ein positives

städtebauliches Ziel zu verfolgen. Eine solche Planung führt ebenfalls zur *Unwirksamkeit* des Bebauungsplans. Will eine Gemeinde eine unerwünschte bauliche Entwicklung verhindern, so genügt es also nicht, das Unerwünschte städtebaulich festzustellen, sondern die Gemeinde muss darüber hinaus *positive* planerische Vorstellungen entwickeln.

d) Zulässige Zielsetzungen

Planungsziele, die zur *Einschränkung* oder zum *Ausschluss bislang zulässiger Nutzungen* führen, können vielgestaltig sein. Die Rechtsprechung hat beispielsweise folgende städtebauliche Ziele als zulässig angesehen:

- Erhaltung eines historisch gewachsenen Ortsteils¹² bzw. Bewahrung des Orts- und Landschaftsbildes¹³;
- Sicherung einer Kaltluftschneise zum Schutz der Gesundheit der Bevölkerung¹⁴;
- Erhaltung einer „malerischen“ Aussicht bzw. „besonders reizvollen Lage“¹⁵;
- Verhinderung eines Bebauungsriegels zwischen zwei vorhandenen Landschaftsschutzgebieten¹⁶;
- Schutz der Landwirtschaft und Erhaltung der Dorfstruktur im Übergang zur Feldflur durch Festsetzung von „Flächen für die Landwirtschaft“¹⁷.

Liegt ein positives Planungsziel vor, so kann dieses auch durch *negative*, d.h. *ausschließende Festsetzungen* verfolgt werden.

e) Plausibilität und Widerspruchsfreiheit

Die von der Gemeinde vorgebrachten positiven städtebaulichen Ziele müssen mit der Planung tatsächlich verfolgt werden und *dürfen nicht lediglich vorgeschoben sein*¹⁸.

*Beispiel 1*¹⁹:

Anlässlich der Einreichung eines (immissionschutzrechtlichen) Genehmigungsantrags zur Errichtung von fünf Windkraftanlagen mit einer Nabenhöhe von 100 Meter er-

ließ eine Gemeinde einen Bebauungsplan, der Windkraftanlagen mit einer Nabenhöhe von mehr als 50 Meter ausschloss. Für die Errichtung von Windkraftanlagen mit einer solch geringen Höhe hatte es in den vorangegangenen Jahren im gesamten Zuständigkeitsbereich des Regierungspräsidiums keinen einzigen Interessenten gegeben, da Anlagen mit dieser Höhe in der Gegend nicht wirtschaftlich betrieben werden konnten. Hier drängte sich auf, dass auch die Gemeinde fest davon ausging, dass im Plangebiet künftig keine Windräder errichtet werden würden, und damit die Beschränkung auf 50 Meter Nabenhöhe nur *vorgeschoben* war, um das beantragte Vorhaben und Windräder insgesamt zu verhindern.

Indizien für eine unzulässige Negativplanung liegen aber nicht bereits dann vor, wenn eine Gemeinde *erst anlässlich eines konkreten Bauantrags* ein Bebauungsplanverfahren einleitet, um einer unerwünschten baulichen Entwicklung gegenzusteuern oder sie ganz zu verhindern.

Die angegebenen städtebaulichen Ziele dürfen auch nicht in sich oder zu anderem Vorbringen der Gemeinde *widersprüchlich* sein.

*Beispiel 2*²⁰:

Ein Landwirt beabsichtigte, im Außenbereich eine (privilegierte) Schweinemastanstalt errichten. Die Gemeinde wollte dies verhindern und erließ einen Bebauungsplan (bezeichnet als „Freiraum H/U“), der eine Freifläche festsetzte. Als Planungsziele wurden von der Gemeinde angeführt: Verhinderung einer Beeinträchtigung des Ortsbildes, Festschreibung der Ortsränder der angrenzenden Orte, Bereitstellung von naturschutzrechtlichen Ausgleichsflächen für die Erweiterung eines an anderer Stelle gelegenen Gewerbegebiets sowie Sicherung der Erweiterungsmöglichkeit einer in der Nähe gelegenen Schule, die vor Geruchsimmissionen geschützt werden sollte.

Obwohl der Bebauungsplan auf den ersten Blick positive städtebauliche Ziele verfolgte, lag nach Auffassung des Gerichts ein Verstoß gegen das Verbot der Negativplanung vor. Als erstes Indiz zog das Gericht die Bezeichnung des Bebauungsplans als „Freiraum H/U“ heran, was auf eine Verhinderungsplanung hindeutete. Im Übrigen hegte das Gericht Zweifel an den von der Gemeinde vorgebrachten städtebaulichen Zielen. Eine Störung des

Ortsbilds durch das geplante Vorhaben hielt es aufgrund der weiten Entfernung des geplanten Vorhabens vom Ortsrand für nur *vorgeschoben*, eine Beeinträchtigung der Schule durch Geruchsimmissionen hielt es für unmöglich. Andere Ziele standen in *Widerspruch zueinander*. So wurde u.a. eine komplette Straßenzeile mit überplant. Warum aber umfangreiche Bebauung im Geltungsbereich eines Bebauungsplanes, der der so genannten „Freiraumplanung“ oder der Schaffung von Kompensationsflächen dienen sollte, zugelassen würde, war dem Gericht „unerfindlich“²¹. Der Bebauungsplan wurde daher für unwirksam erklärt.

Liegt eine reine Negativplanung vor, so sind auch eine zur Sicherung des Bebauungsplans erlassene Veränderungssperre bzw. eine erfolgte Zurückstellung unwirksam²².

2. Festsetzungsmöglichkeiten

Welche Festsetzungen sich zur Einschränkung oder zum Ausschluss einer zulässigen baulichen Nutzung eignen, hängt von den städtebaulichen Zielen der Gemeinde und den konkreten Gegebenheiten im Einzelfall ab. Es lassen sich jedoch typische Situationen identifizieren. Häufig geht es um den Ausschluss bestimmter *Nutzungsarten* (a.). In anderen Fällen sollen Flächen *gänzlich von Bebauung freigehalten werden* (b.). Schließlich kommt auch ein Entzug von Baurechten durch die Gemeinden zur *Verwirklichung öffentlicher Vorhaben* in Betracht (c.).

a) Ausschluss bestimmter Nutzungsarten

Nach §§ 1 Abs. 5 BauNVO können einzelne Nutzungsarten in einem Baugebiet ausgeschlossen werden. Über § 1 Abs. 9 BauNVO können Kommunen darüber hinaus *Unterarten* von Nutzungen steuern, beispielsweise *Vergnügungsstätten, Einzelhandel, Spielhallen* oder sonstige gewerbliche oder industrielle Nutzungen. Für eine solche Feindifferenzierung bedarf es „besonderer“ städtebaulicher im Sinne *spezieller* Gründe, die für die gegenüber der Ausschlussmöglichkeit nach § 1 Abs. 5 BauNVO noch fei-

nerer Ausdifferenzierung sprechen²³. An „erschwerter“ Voraussetzungen ist die Feinsteuerung aber nicht geknüpft²⁴. Bei den ausgeschlossenen Anlagenarten muss es sich um typisierbare, d.h. gattungsmäßig bestimmbare Anlagen handeln, die so auch in der Realität vorkommen. Ein „Anlagenerfindungsrecht“ steht den Kommunen nicht zu. Eine Planung konkreter einzelner Vorhaben ist den Gemeinden nach § 1 Abs. 9 BauNVO daher nicht gestattet²⁵.

b) Entzug von Baurechten zur Freihaltung von Bebauung

Wollen Gemeinden Flächen aus städtebaulichen Gründen *gänzlich von Bebauung freihalten*, etwa um eine Zersiedelung der Landschaft zu verhindern, eine besondere Aussicht zu schützen, eine Kaltluftschneise zu erhalten oder einer größeren Nachverdichtung in Stadtteilen mit villenartiger Bebauung entgegenzuwirken, so kommen hierfür zahlreiche Festsetzungsmöglichkeiten in Betracht. Dabei ist auf die konkrete „Ausschluss-Reichweite“ der einzelnen Festsetzungen zu achten:

• (Nicht) überbaubare Grundstücksflächen

Werden beispielsweise nach § 23 BauNVO die überbaubaren bzw. *nicht überbaubaren Grundstücksflächen* (etwa durch Baulinien oder Baugrenzen) festgesetzt, so ist zu beachten, dass gemäß § 23 Abs. 5 BauNVO *Nebenanlagen* i.S.d. § 14 BauNVO auch in den nicht überbaubaren Grundstücksflächen zugelassen werden können²⁶, sofern dies nicht gesondert im Bebauungsplan ausgeschlossen wird. Gleiches gilt für bauliche Anlagen, soweit sie nach Landesrecht in den Abstandsflächen zulässig sind oder zugelassen werden können.

• Grünflächen

Auch bei der Festsetzung von (*öffentlichen oder privaten*) Grünflächen nach § 9 Abs. 1 Nr. 15 BauGB ist der Regelungsgehalt einer solchen Festsetzung zu berücksichtigen.

Beispiel 3²⁷:

Die Festsetzung einer privaten Grünfläche kann dazu dienen, eine vollständige Erhaltung aller (im Fall: in einem Böhmisches Dorf) noch vorhandenen Flächen mit Haus- und Bauerngärten zu sichern und damit einem drohenden Veränderungsdruck wirkungsvoll zu begegnen.

Grünflächen sind grundsätzlich von Bebauung freizuhalten. Zulässig sind allerdings *wesensmäßig mit der Nutzung verbundene* und für die Nutzung *notwendige oder nützliche* bauliche Anlagen, sofern die bauliche Anlage im Verhältnis zur gesamten Grünfläche nur von untergeordneter Bedeutung ist²⁸. Dabei genügt es, dass sich die Einrichtungen oder baulichen Anlagen im Rahmen der Zweckbestimmung der Grünfläche halten, auch wenn sie *nicht erforderlich*, sondern *nur zweckmäßig* sind²⁹.

Beispiel 4³⁰:

So haben *Gewächshäuser* eine funktional dienende Funktion für Grünflächen und sind auf Grünflächen zulässig, wenn sie nicht der näheren Zweckbestimmung widersprechen. Sie müssen allerdings von ihrer baulichen Dimensionierung im Verhältnis zur Grünfläche ebenfalls von untergeordneter Bedeutung sein. Eine untergeordnete Bedeutung von Gewächshäusern hat der VGH Mannheim zumindest verneint, wenn nach der Festsetzung eines Bebauungsplans 50 Prozent einer Grünfläche mit Gewächshäusern mit einer maximalen Firsthöhe von 4 Metern überbaut werden dürfen.

In der Festsetzung sollte stets die Zweckbestimmung der Grünfläche (z.B. Parkanlage, Hausgärten etc.) angegeben werden.

• Flächen für die Landwirtschaft

Auch die Festsetzung von „Flächen für die Landwirtschaft“ nach § 9 Abs. 1 Nr. 18 a BauGB³¹ führt nicht zu einer Art „*allgemeinem Bauverbot*“. Denn zur landwirtschaftlichen Nutzung gehören auch bauliche Nutzungen, die der Landwirtschaft dienen. § 9 Abs. 1 Nr. 18 a BauGB ermächtigt auch nicht dazu, die Zulässigkeit von Gebäuden, die der Landwirtschaft dienen, auf den für die Landwirtschaft festgesetzten Flächen auszuschließen³². Ebenso wenig können bau-

liche Anlagen, die der Landwirtschaft dienen, auf bestimmte Flächen beschränkt werden.

• Flächen, die von der Bebauung freizuhalten sind

Gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 10 BauGB können im Bebauungsplan aus städtebaulichen Gründen *Flächen, die von der Bebauung freizuhalten sind*, einschließlich ihrer Nutzung festgesetzt werden. Wo eine bauliche Nutzung bereits durch andere Festsetzungen (z.B. Verkehrsflächen, § 9 Abs. 1 Nr. 11 BauGB) *gänzlich* ausgeschlossen ist, ist eine Festsetzung nach § 9 Abs. 1 Nr. 10 BauGB nicht zulässig³³.

In den Fällen, in denen durch eine anderweitige Festsetzung nicht jegliche Errichtung baulicher Anlagen ausgeschlossen wird (wie beispielsweise im Falle von Flächen für die Landwirtschaft oder von Grünflächen), kann *zusätzlich* eine Festsetzung nach § 9 Abs. 1 Nr. 10 BauGB erfolgen³⁴. Eine derart weitgehende Festsetzung, die zum Ausschluss jeglicher Bebauung führt, muss für die städtebauliche Entwicklung und Ordnung jedoch *erforderlich* und durch entsprechend *gewichtige* städtebauliche Gründe gerechtfertigt sein.

• Sonstige Festsetzungen

Auch durch Festsetzung von Flächen zum Schutz, zur Pflege und Entwicklung von Boden, Natur und Landschaft (§ 9 Abs. 1 Nr. 20 BauGB³⁶) und Pflanzgebote und -bindungen (§ 9 Abs. 1 Nr. 25 a, b BauGB) können Baurechte eingeschränkt oder entzogen werden³⁷.

c) Entzug von Baurechten zur Realisierung öffentlicher Vorhaben

Häufig sind Gemeinden auf bestimmte Flächen angewiesen, um selbst bauliche Vorhaben zu verwirklichen, etwa die Herstellung von Verkehrsflächen, die nach § 9 Abs. 1 Nr. 11 BauGB festgesetzt werden können. Wird eine öffentliche Verkehrsfläche auf Privatgrundstücken festgesetzt, kann dies zur Einschränkung

oder zum Entzug bestehender Baurechte führen³⁸. Gleiches gilt, wenn Festsetzungen für Flächen für den Gemeinbedarf (§ 9 Abs. 1 Nr. 5 BauGB, z.B. Sport- und Spielanlagen, Parkplätze, Festplätze) getroffen werden. Das eigentliche Problem dieser Festsetzungen liegt in der *Abwägung*. Zur späteren *Verwirklichung* der mit den Festsetzungen verfolgten Zwecke bedarf es, sofern die Grundstücke von den betroffenen Eigentümern nicht freihändig erworben werden können, einer (Teil-)Enteignung.

3. Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums

Werden Baurechte durch planerische Festsetzungen eingeschränkt oder entzogen, stellt dies keine Enteignung i.S.d. Art. 14 Abs. 3 GG dar. Eine Enteignung zielt auf die vollständige oder teilweise Entziehung konkreter subjektiver Rechtspositionen, die durch Art. 14 Abs. 1 GG geschützt sind³⁹. Durch die Festsetzungen eines Bebauungsplans wird das Eigentum aber nicht mit dem Ziel des staatlichen Zugriffs entzogen, sondern inhaltlich ausgestaltet. Festsetzungen in Bebauungsplänen stellen daher Inhalts- und Schrankenbestimmungen des Eigentums i.S.d. Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG dar. Dies gilt auch für den Fall, dass die Neuordnung der Grundstücksnutzung für die Zukunft eine *enge Begrenzung der Nutzungsbefugnisse* des Eigentümers herbeiführt oder der Eigentümer eine zuvor bestehende Bauungsmöglichkeit verliert.

Beispiel 5⁴⁰:

Die Beschwerdeführer waren Miteigentümer eines großen Privatgrundstücks. Auf dem Grundstück stand eine 1812 errichtete denkmalgeschützte Villa, die parkartig von Wiesen und Bäumen umgeben war. Das Grundstück war nach der Ortsbausatzung von 1939 als „Wohngebiet mit Gewerbebetrieben“ ausgewiesen. Entsprechend dieser Ausweisung hatten die Eigentümer eine Bauvoranfrage für den Bau von 3 Wohnhäusern und 51 Wohnungen gestellt. Nach Zurückstellung dieses Antrags erließ die Stadt einen neuen Bebauungsplan, der die Schaffung einer öffentlichen Parkanlage zum Ziel hatte. Für das Grundstück der Beschwerdeführer sah der Bebauungsplan eine öffentli-



Foto: ifb-hd.de

che Grünfläche und eine Gemeinbedarfsfläche für einen Kindergarten vor. Die denkmalgeschützte Villa sollte zu gastronomischen oder kulturellen Zwecken genutzt werden, soweit dies mit der Zweckbestimmung der Parkanlage vereinbar war. Das BVerfG stellte klar, dass trotz des weitgehenden Entzugs der zuvor zulässigen Nutzungsmöglichkeit keine Enteignung vorlag.

Stellen die Einschränkung oder der Entzug von Baurechten keine Enteignung dar, ist eine Gemeinde auch nicht gehalten, im Bebauungsplanverfahren *das Vorliegen der Enteignungsvoraussetzungen* zu prüfen. Dem Bebauungsplan kommt auch, anders als einem Planfeststellungsbeschluss, *keine enteignungsrechtliche Vorwirkung* zu. Auch hieraus ergibt sich also keine Pflicht einer Gemeinde, im Planaufstellungsverfahren das Vorliegen der Enteignungsvoraussetzungen zu prüfen.

4. Anforderungen an die Abwägung

a) Verhältnismäßigkeit der Festsetzungen

Nutzungsbeschränkende Festsetzungen müssen dem *Verhältnismäßigkeitsgebot* gerecht werden. Das private Interesse am Erhalt bestehender baulicher Nutzungs-

rechte muss mit dem öffentlichen Interesse an einer städtebaulichen Neuordnung des Planungsgebiets abgewogen werden. Je größer der „Eingriff“ in bestehende Eigentümerrechte, desto gewichtiger müssen die Gründe des öffentlichen Interesses sein, um den Eingriff rechtfertigen zu können. In die Abwägung ist einzustellen, dass sich der Entzug der baulichen Nutzungsmöglichkeiten für den Betroffenen „wie eine Teilenteignung auswirken kann“ und dass dem Bestandsschutz ein den von Art. 14 Abs. 3 GG erfassten Fällen vergleichbares Gewicht zukommen kann⁴¹.

Im *Beispielsfall 5* war der Entzug von Baurechten aus überwiegenden Gründen des öffentlichen Interesses *gerechtfertigt*. Die Stadt hatte in nachvollziehbarer Weise dargelegt, dass ein besonderes städtebauliches Interesse an der Ausweisung als öffentliche Parkanlage und an der Festsetzung einer Gemeinbedarfsfläche für den Kindergartenbau bestand. In der Abwägung wurde hinreichend berücksichtigt, dass der Verlust der zuvor zulässigen baulichen Nutzungsmöglichkeit von besonderem verfassungsrechtlichem Gewicht ist. Für die Festsetzung bestand ein Anspruch auf Entschädigung nach den §§ 39 BauGB, was die Stadt zutreffend erkannt hatte. Auch wurde die bestandsgeschützte Nutzung durch die Festsetzung nicht eingeschränkt, so dass nicht von einer völligen Entwertung des Grundeigentums gesprochen werden konnte.

Die Rechtsprechung überprüft regelmäßig streng, ob das von der Gemeinde verfolgte städtebauliche Ziel durch die eigentumsbeschränkende Festsetzungen im Bebauungsplan überhaupt erreicht werden kann (Geeignetheit der Festsetzung als „1. Stufe“ der Verhältnismäßigkeitsprüfung) und wie groß der Beitrag der Festsetzungen zur Erreichung des Ziels ist (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne als „3. Stufe“ der Verhältnismäßigkeitsprüfung). Ist der Beitrag zur Zielerreichung gar nicht erkennbar oder zu gering, führt dies zur Abwägungsfehlerhaftigkeit des Bebauungsplans.

Beispiel 6⁴²:

Eine Gemeinde wollte durch Aufstellung eines Bebauungsplans die Zulässigkeit baulicher Anlagen beschränken, um eine landschaftlich wertvolle Hanglage zu schützen, den Talraum von Zersiedelung freizuhalten und der weiteren Siedlungsentwicklung der Ortschaft in Richtung Norden entgegenzuwirken. Daher setzte sie im Bebauungsplan einen zulässigerweise errichteten, im Außenbereich privilegierten Landwirtschaftsbetrieb (Pferdepension) auf den vorhandenen Bestand an Gebäuden und sonstigen Anlagen fest und schloss im Übrigen die Errichtung von baulichen Anlagen (mit Ausnahme von Weidezäunen) aus.

Nach Auffassung des VGH München war die Landschaft nicht mehr vorrangig durch ihre natürliche Eigenart geprägt. In unmittelbarer Nähe gab es einen großen Reiterhof mit umfangreichen baulichen Anlagen. Zahlreiche hohe Zäune, im Planbereich verlaufende Hochspannungsleitungen und weitere Stromleitungen gaben dem Gebiet bereits ein deutliches Gepräge von Siedlungstätigkeit. Der Beitrag zum verfolgten Ziel des Schutzes der „wertvollen Hanglage“ und der Freihaltung des Bereichs vor weiterer Zersiedelung, den ein Abschluss jeglicher weiterer Bebauung leisten könne, wurde daher als zu gering erachtet, um die erheblichen Einschränkungen der Eigentümerbefugnisse aufwiegen zu können⁴³.

b) Prüfung alternativer Festsetzungsmöglichkeiten

Die Wahrung der Verhältnismäßigkeit verlangt weiter, dass die Gemeinde *alle alternativen Planungsmöglichkeiten*, die der Zielerreichung ebenso dienen und für den Eigentümer mit keinen oder ge-



Foto: Inhabende.de

ringeren Belastungen verbunden sind, prüft („2. Stufe“ der Verhältnismäßigkeitsprüfung). Gerade bei Festsetzungen, die nicht streng standortgebunden sind, etwa bei Flächen für den Gemeindebedarf oder Verkehrsflächen, muss die Gemeinde prüfen, ob das Planungsziel nicht auch unter Inanspruchnahme von *gemeindeeigenen Flächen* erreicht werden kann. Auch der Grundsatz der *Lastengleichheit* muss beachtet werden⁴⁴. Ungleichbehandlungen können nur bei Vorliegen hinreichender sachlicher Gründe gerechtfertigt sein.

c) Abwägung und Entschädigungsansprüche

Viele Fragen wirft das Verhältnis der planerischen Abwägung zu den Entschädigungsansprüchen nach §§ 39 ff. BauGB (sog. „Planungsschadensrecht“) auf. Erst unlängst wurde durch das BVerwG entschieden, dass sich eine Gemeinde über die Existenz und Reichweite eines Planungsschadens *nur dann Gedanken machen muss*, wenn die Aktualisierung der durch eine Planung bedingten Eigentumsbeschränkung ohne finanziellen Ausgleich unverhältnismäßig oder gleichheitswidrig wäre und deshalb einen Härtefall darstellte⁴⁵.

Noch nicht höchstrichterlich entschieden wurde dagegen, ob Eigentümerbelange nach Ablauf der Sieben-Jahres-Frist des § 42 Abs. 3 BauGB in der Abwägung „erleichtert“ überwunden werden können, weil der planerische Eingriff vom Eigentümer entschädigungslos hinzunehmen ist – sofern nicht der vom BVerwG genannte „Härtefall“ vorliegt⁴⁶. Dies wird zum Teil von der Rechtsprechung verneint: Wenn der Eigentümer

schon keine Entschädigung bekomme, so sei er besonders schützenswert und seine Interessen seien in der Abwägung mit „deutlich gesteigertem Gewicht“ zu berücksichtigen⁴⁷. Dies ist zweifelhaft: Die Sieben-Jahres-Frist des § 42 Abs. 3 BauGB zeigt, dass die Eigentümerbelange durch Zeitablauf an Gewicht verlieren. Der Gesetzgeber wollte Kommunen nach Ablauf von sieben Jahren die Möglichkeit eröffnen, Nutzungen wieder zu entziehen, ohne sich nicht leistbaren Entschädigungsansprüchen auszusetzen.

Diese gesetzgeberische Wertung kann auch bei Aufstellung eines Bebauungsplans in der Abwägung Berücksichtigung finden, so dass Eigentümerbelange nach Ablauf der Sieben-Jahres-Frist erleichtert überwunden werden können⁴⁸. Dies bedeutet jedoch nicht, dass alleine die Erwägung, eine Entschädigungspflicht sei aufgrund des Ablaufs der Sieben-Jahres-Frist entfallen oder allenfalls in geringem Umfang zu leisten, an die Stelle einer städtebaulichen Rechtfertigung für den planerischen Eingriff treten kann. Private und öffentliche Belange sind vielmehr stets umfassend gegen- und untereinander abzuwägen, wobei die Eigentümerbelange lediglich mit „vermindertem“ Gewicht eingestellt werden können. Auch ein Grundstück, von dessen baulicher Ausnutzbarkeit mehr als sieben Jahre kein Gebrauch gemacht wurde, ist damit nicht „frei“ überplanbar.

5. Fazit

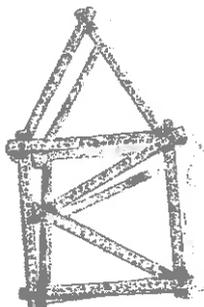
Gemeinden stehen verschiedene Instrumente zur Verfügung, um bauliche Nutzungen einzuschränken oder aufzuheben. Dafür müssen jedoch städtebauliche Gründe gegeben sein, die gewichtig genug sind, um die entgegenstehenden privaten Nutzungsinteressen zu überwinden. Ob diese Voraussetzungen erfüllt sind, muss im Einzelfall sorgfältig untersucht werden, soll ein Bebauungsplan nicht Gefahr laufen, im Normenkontrollverfahren aufgehoben zu werden. Insbesondere auf die Schlüssigkeit und Widerspruchsfreiheit der verfolgten städtebaulicher Konzepte ist ein besonderes Augenmerk zu richten.

Fußnoten

- 1 Zur Nichtanwendbarkeit von § 36 BauGB bei Identität von Kommune und Baugenehmigungsbehörde vgl. BVerwG, Urteil vom 19.8.2004 – 4 C 16.03 (juris).
- 2 Zur fehlenden bauplanungsrechtlichen Bedeutung der Dachform vgl. BVerwG, Urteil vom 11.5.2000 – 4 C 14/98 (juris).
- 3 BVerwG, Urteil vom 16.9.2004 – 4 C 7/03 (juris); daran anschließend VGH Mannheim, Urteil vom 16.4.2008 – 3 S 1771/07 (juris).
- 4 BGH, Urteil vom 14.6.1984 – III ZR 68/83 (juris).
- 5 VGH München, Beschluss vom 13.2.2006 – 15 CS 05.3346 (juris); dem folgend VG Würzburg, Urteil vom 17.12.2009 – W 5 K 08.2134 (juris); ebenso für Niedersachsen OVG Lüneburg, Urteil vom 23.6.2009 – 12 LC 136/07 (juris, m.w.N.); anders OVG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 23.9.1998 – 1 B 11493/98 (juris).
- 6 Dazu *Desens*, DÖV 2009, S. 197 (199f. m.w.N.).
- 7 So auch *Desens*, DÖV 2009, S. 197 (203ff. m.w.N.); ausführlich hierzu auch *Kremer/Werner*, Rechte von Kommunen gegen Bauvorhaben auf ihrem Gebiet, S. 71 ff.
- 8 Zu § 14 Abs. 2 S. 2 BauGB vgl. *Sennekamp*, in: Brügelmann, BauGB, Stand: Oktober 2009, § 14 Rn. 70.
- 9 *Gierke*, in: Brügelmann, BauGB, Loseblatt, Stand Jan. 2000, § 1 Rn. 185 ff.
- 10 BVerwG, Beschluss vom 14.8.1995 – 4 NB 21.95 (juris).
- 11 Vgl. VGH Mannheim, Urteil vom 30.11.2000 – 5 S 3227/98 (juris).
- 12 BVerwG, Urteil vom 18.5.2001 – 4 CN 4/00 (juris).
- 13 Zu beachten ist, dass *rein denkmalschutzrechtliche Ziele* mit den Mitteln des Bauplanungsrechts nicht verfolgt werden können, dazu BVerwG, Urteil vom 18.5.2001 – 4 CN 4/00 (juris).
- 14 BVerwG, Beschluss vom 27.1.1999 – 4 B 129/98 (juris).
- 15 OVG Lüneburg, Urteil vom 21.4.1998 – 1 K 1087/96 (juris).
- 16 BVerwG, Beschluss vom 18.12.1990 – 4 NB 8/90 (juris).
- 17 OVG Berlin, Urteil vom 28.2.1998 – 2 A 8.94 (juris).
- 18 BVerwG, Urteil vom 18.5.2001 – 4 CN 4/00 (juris).
- 19 Nach VG Gießen, Urteil vom 5.9.2008 – 8 E 1331/06 (juris).
- 20 Nach OVG Münster, Urteil vom 27.2.1996 – 11 A 3960/95 (juris).
- 21 OVG Münster, a.a.O. (Fn. 20).
- 22 BVerwG, Beschluss vom 5.2.1990 – 4 B 191/89; OVG Münster, a.a.O. (Fn. 20).

- 23 *Fickert/Fieseler*, BauNVO, 11. Aufl. 2008, § 1 Rn. 126 ff. m.w.N.
- 24 Grundlegend BVerwG, Urteil vom 22.5.1987 – 4 C 77.84 (juris).
- 25 BVerwG, a.a.O. (Fn. 24).
- 26 Die Zulassungsentscheidung steht im pflichtgemäßen Ermessen der Bauaufsichtsbehörde, vgl. *Dirnberger*, in: *Jäde/Dirnberger/Weiss*, BauGB/BauNVO, 5. Aufl. 2007, § 23 Rn. 13.
- 27 BVerwG, Urteil vom 18.5.2001 – 4 CN 4.00 (juris; zum Verhältnis zum Denkmalschutz vgl. oben Fn. 13).
- 28 VGH Mannheim, Urteil vom 16.4.2008 – 3 S 1771/07 (juris).
- 29 *Söfker*, in: *Ernst/Zinkahn/Bielenberg*, BauGB, Loseblatt, Stand Jan. 2005, § 9 Rn. 131.
- 30 VGH Mannheim, Urteil vom 16.4.2008 – 3 S 1771/07 (juris).
- 31 Zum Erfordernis einer *besonderen städtebaulichen Rechtfertigung* bei Festsetzung auf Flächen im bisherigen Außenbereich, auf denen Landwirtschaft auch zuvor privilegiert war, vgl. *Jäde*, in: *Jäde/Dirnberger/Weiss*, BauGB/BauNVO, 5. Aufl. 2007, § 9 Rn. 55.
- 32 BVerwG, Beschluss vom 17.12.1998 – 4 NB 4/97 (juris).
- 33 *Gierke*, in: Brügelmann, BauGB, Loseblatt, Stand Feb. 2005, § 9 Rn. 195.
- 34 BVerwG, Beschluss vom 17.12.1998 – 4 NB 4/97; VGH München, Urteil vom 15.01.2007 – 1 N 04.1226 (juris), zu Flächen für die Landwirtschaft; VGH Mannheim, Urteil vom 24.11.1993 – 3 S 1631/91 (juris) zu Grünflächen.
- 35 Ermahnend BVerwG, Beschluss vom 17.12.1998 – 4 NB 4/97 (juris): „Nicht der Regelfall“.
- 36 Dazu BVerwG, Beschluss vom 3.12.1998 – 4 BN 24/98 (juris).
- 37 *Söfker*, in: *Ernst/Zinkahn/Bielenberg*, BauGB, Loseblatt, Stand Jan. 2005, § 9 Rn. 217 mit Verweis auf VGH Mannheim, Urteil vom 9.5.1985 – 5 S 3205/84 (juris – nur LS).
- 38 Vgl. BVerwG, Beschluss vom 18.2.1987 – 4 NB 4/87 (juris).
- 39 BVerfG, Kammerbeschluss vom 22.2.1999 – 1 BvR 565/91 (juris) m.w.N. zur gefestigten Rspr. des BVerfG.
- 40 BVerfG, a.a.O. (Fn. 39).
- 41 BVerfG, a.a.O. (Fn. 39).
- 42 VGH München, Urteil vom 15.1.2007 – 1 N 04.1226 (juris).
- 43 Vgl. auch VGH Mannheim, Urteil vom 14.11.2006 – 5 S 713/06 (unveröffentlicht).
- 44 BVerfG, Beschluss vom 19.12.2002 – 1 BvR 1402/01 (juris).
- 45 BVerwG, Beschluss vom 26.8.2009 – 4 BN 35/09 (juris).
- 46 Zu einem solchen „Härtefall“ wegen Verstoßes gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung bzw. der Lastengleichheit BGH, Urteil vom 11.7.2002 – III ZR 160/01; bestätigt durch BGH, Urteil vom 19.7.2007 – III ZR 305/06 (juris).
- 47 OVG Saarlouis, Urteil vom 25.6.2009 – 2 C 478/07 (juris); vorsichtiger OVG Lüneburg, Urteil vom 22.6.2009 – 1 KN 127/06 (juris).
- 48 So auch *Jäde/Dirnberger/Weiss*, BauGB/BauNVO, 5. Aufl. 2007, § 42 Rn. 12; in diese Richtung auch VGH München, Urteil vom 25.11.1998 – 26 N 97.3821 und VGH München, Urteil vom 26.2.2008 – 15 B 06.325 (juris). □

Az. 621.10



Impressum

Die Gemeinde (BWGZ):
Zeitschrift für die Städte und Gemeinden, Stadträte, Gemeinderäte und Ortschaftsräte, Organ des Gemeindetags Baden-Württemberg (Herausgeber – Eigenverlag)

Verantwortlich für den Herausgeber:
Roger Kehle, Präsident

Verlags- und Schriftleitung/Redaktion:
Silke Gerboth-Sahn
E-Mail: silke.gerboth-sahn@gemeindetag-bw.de



Silke Gerboth-Sahn
Redaktion



Margot Tschentscher
Verlagsleiterin

Anschrift:
Gemeindetag Baden-Württemberg
Panoramastraße 33, 70374 Stuttgart
Tel. 0711 22572-0, Fax 0711 22572-47
E-Mail: zentrale@gemeindetag-bw.de
Internet: <http://www.gemeindetag-bw.de>

Die Gemeinde (BWGZ)
erscheint zweimal monatlich.

Bezugspreise (ohne MwSt.):

- für Mitgliedsstädte und Mitgliedsgemeinden:
Jahresabonnement 125 Euro
 - für sonstige Bezieher:
Jahresabonnement 145 Euro
 - für Stadt-, Gemeinde- und Ortschaftsräte,
Studenten und öffentliche Bibliotheken:
Jahresabonnement 80 Euro
- Bei Mehrfachabnahme Sonderabgabe möglich.
Alle Preise einschl. Versand- und Zustellgebühren.

Einzelhefte kosten 8 Euro einschl. MwSt. und können nur gegen Vorkasse bezogen werden (Kto.-Nr. 13 66 901, Landesbank Baden-Württemberg, BLZ 600 501 01).

Bestellungen: Schriftlich an den Gemeindetag.

Abbestellungen: Schriftlich an die Geschäftsstelle des Gemeindetags vier Wochen vor Halbjahresende, Abbestellungen werden nur zum 30. und zum 31. Dezember wirksam.

Nachdrucke und Kopien: Nur mit ausdrücklicher Genehmigung des Gemeindetags (dies gilt nicht für Mitgliedsstädte und Mitgliedsgemeinden); Quellenangabe erforderlich. Namentlich gekennzeichnete Artikel geben nicht in jedem Fall die Meinung des Herausgebers wieder. Für die inhaltliche Richtigkeit von Fremdbeiträgen ist der jeweilige Verfasser verantwortlich. Für unverlangt eingesandte Manuskripte und Bildmaterial übernimmt der Herausgeber keine Verantwortung. Die Redaktion behält sich Kürzungen und Überarbeitung vor.

Anzeigenverwaltung: Das Medienquartier Grotelweg 1a, 76199 Karlsruhe
Tel. 0721/14 50 80 42, Fax 0711/257 35 56
E-Mail: bwgz@das-medienquartier.de

Die Anzeigenverwaltung ist für Anzeigen und Hinweise im Einzelteil verantwortlich.

Druck: Gaiser Print Media GmbH,
73527 Schwäbisch Gmünd