

Anmerkung zu BVerwG 4 C 5.01 und 4 C 9.01 – Urteile vom 1. August 2002

Schon zu Beginn der Sitzung des 4. Senats des *BVerwG* war den Anwesenden bewusst, dass sie eine besondere mündliche Verhandlung erwartete. Zu diesem Zeitpunkt lag dies allerdings weniger an dem, gewiss nicht unbedeutenden, Verfahrensgegenstand, sondern vielmehr an dem für das *BVerwG* ohne Übertreibung historischen Umstand, dass es sich um die letzte öffentliche Sitzung des Gerichts in Berlin handelte. Doch schon kurz nach Beginn der mündlichen Verhandlung konnte man den Eindruck gewinnen, dass es auch für die am Bauplanungsrecht Interessierten ein wichtiger Tag werden würde, ließen die Richter doch insbesondere recht deutlich durchblicken, dass nach ihrer Auffassung ein als FOC zu klassifizierendes Einkaufszentrum im streitgegenständlichen Umfang nur aufgrund einer interkommunal abgestimmten Planung realisiert werden dürfe und der überbordende Wildwuchs bei der Anwendung des § 33 BauGB nicht mehr ohne weiteres hingenommen werden könne.

Diesem Eindruck entsprach der Tenor der Entscheidungen und bestärkt wurde dieser noch durch die Pressemitteilung des *BVerwG* vom gleichen Tag¹, in der es unter anderem hieß: „... Anders als die Vorinstanz geht das Bundesverwaltungsgericht davon aus, dass ein FOC, das die Merkmale eines Einkaufszentrums aufweist, nur auf der Grundlage eines Bebauungsplans zugelassen werden darf, der mit den Nachbargemeinden, die durch ein solches Vorhaben nachteilig betroffen werden können, abgestimmt ist. ... Dem trägt der Gesetzgeber dadurch Rechnung, dass er für die Zulassung derartiger Vorhaben eine vorherige Planung verlangt, die allein die auftretenden Probleme sachgerecht lösen kann. Nach der gesetzlichen Konzeption sind derartige Vorhaben nur in Kerngebieten oder eigens festgesetzten Sondergebieten, nicht aber in sonstigen Baugebieten zulässig. Daraus folgt, dass sie ohne Planung im baurechtlichen Außenbereich (§ 35 BauGB) öffentliche Belange beeinträchtigen. ...“.

Dass sich die Baugenehmigung für das FOC infolge nicht behobener Abwägungsmängel des Bebauungsplans nicht auf § 33 Abs. 1 BauGB stützen ließ, hatte schon das *OVG Koblenz* festgestellt. Das *BVerwG* sah keinen Grund, dies anders zu bewerten, da die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 33 BauGB bei einer gebotenen engen Auslegung der Norm aufgrund von zur Nichtigkeit der Bauleitplanung führender Abwägungsfehler nicht gegeben gewesen seien. Nicht weniger schwer wog allerdings der Umstand, dass der Zweckverband nichts dazu unternommen hatte, nach neuerlicher Beschlussfassung über den Bebauungsplan dessen Wirksamkeit durch öffentliche Bekanntmachung herbeizuführen.

¹ Pressemitteilung Nr. 27/2002 des BVerwG vom 01.08.2002.

Dem ist kaum etwas hinzuzufügen, denn die Art der Weiterführung des Planungsverfahrens nach der Entscheidung der Berufungsinstanz ließ so augenfällig die Motivation der Handelnden erkennen, dass man sich dieser nicht mehr verschließen konnte. Man kann das natürlich auch zurückhaltender ausdrücken, etwa indem man darauf abstellt, dass eine spätere tatsächliche Entwicklung nach dem maßgebenden Zeitpunkt, in dem die Prognose über das Inkrafttreten des Bebauungsplans zu stellen ist, durchaus Bedeutung gewinnen kann, gibt doch ein nicht eingetretenes Prognoseergebnis regelmäßig Anlass, die seinerzeitige Prognosebildung besonders kritisch zu betrachten². Dies gilt dabei umso mehr, wenn der Bebauungsplan die Planung eines einzelnen Vorhabens zum Gegenstand hat. So hat das *BVerwG* sich nicht allein darauf zurückgezogen, gemäß § 137 Abs. 2 VwGO an den Feststellungen der Berufungsinstanz gebunden zu sein, sondern vielmehr deutlichere Worte gefunden und dabei dezidiert ausgeführt, dass § 33 BauGB nicht als taktisches Mittel erhalten und den typischerweise vorgenommenen Vorgriff auf den Bebauungsplan ins Leere laufen lassen dürfe. Und auch hierin ist dem *BVerwG* zuzustimmen, denn der Anwendung des § 33 BauGB ist die Gefahr immanent, dass vor Abschluss eines förmlichen Planverfahrens durch die vorzeitige Genehmigung eines Vorhabens vollendete Tatsachen geschaffen werden³.

Dies bedeutet allerdings wiederum, dass auch schon ein mit der Anfechtung einer aufgrund von § 33 BauGB erteilten Baugenehmigung befasstes Obergericht zumindest bei einer Wiederaufnahme der Planung nach einer erstinstanzlichen Entscheidung materiell „Farbe bekennen“ und rechtsmissbräuchlichem Verhalten bei der Anwendung von § 33 BauGB durch die Aufhebung der Baugenehmigung beziehungsweise der Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung von Klage oder Widerspruch begegnen müsste. Dass ein solches rechtsmissbräuchliches Verhalten gegeben ist – und es zum Zeitpunkt der Genehmigung an der Planreife im Sinne von § 33 BauGB fehlte – liegt jedenfalls dann nahe, wenn die Aktivitäten der planenden Gemeinde im unmittelbaren Zusammenhang mit dem Verfahrensausgang in der Vorinstanz stehen.

Soweit sich die Entscheidungen des *BVerwG* mit der Frage des interkommunalen Abstimmungsgebots befassen und man diese mit der der Vorinstanz⁴ vergleicht, kommt man allerdings zu dem bemerkenswerten Ergebnis, dass die Diskrepanz zwischen ihnen nicht groß ist, vielmehr das *BVerwG* den Fall letztlich nur in einem, wenn auch dem hier praktisch

² Hierzu *BVerwG*, Bschl. v. 25.11.1991 – 4 BN 212.91 – Buchholz 406.11 § 33 BBauG/BauGB Nr. 7.

³ *OVG Berlin*, Bschl. v. 20.12.1991 – 2 S 21/91 – LKV 1992, 201.

⁴ *OVG Koblenz*, Urt. v. 25.04.2001 – 8 A 11441/00 – BauR 2002, 577, im vorläufigen Rechtsschutz Bschl. v. 08.01.1999 – 8 B 12650/98 – BauR 1999, 387.

entscheidenden, Punkt anders sah. Man kann dem *OVG Koblenz* nämlich nicht vorwerfen, es hätte sich unter grundsätzlicher Verkennung der Bedeutung des interkommunalen Abstimmungsgebots über die berechtigten Interessen der Städte Homburg und Neunkirchen hinweggesetzt. Denn auch das *OVG Koblenz* war, entsprechend der allgemein vertretenen Auffassung, davon ausgegangen, dass das in § 2 Abs. 2 BauGB verankerte interkommunale Abstimmungsgebot eine Konkretisierung der Pflicht zur interkommunalen Rücksichtnahme⁵. Gleichwohl wurde das interkommunale Abstimmungsgebot, unter Berufung auf die bisherige Rechtsprechung des *BVerwG*⁶, primär als Abwehrrecht behandelt, das der Gemeinde einen gegen andere Planungsträger gerichteten Anspruch auf Abstimmung verleiht, der auf Rücksichtnahme und Vermeidung unzumutbarer Auswirkungen planerischer Entscheidungen gerichtet ist. Im materiellen Sinne bedurfte es einer Abstimmung immer dann, wenn „unmittelbare Auswirkungen gewichtiger Art“ in Betracht kamen. Ob das auch dann gilt, wenn eine Gemeinde von einer an sich erforderlichen Bauleitplanung absieht, um der nach § 2 Abs. 2 BauGB gebotenen Abstimmung auszuweichen, wurde dabei bislang bewusst offengelassen⁷.

Im entscheidenden Unterschied zum *OVG Koblenz* beließ es das *BVerwG* bei der Klassifizierung des interkommunalen Abstimmungsgebots im Ergebnis nicht als Konkretisierung der Pflicht zur interkommunalen Rücksichtnahme, sondern erhob es letztlich zu einem Planungsleitsatz. Denn wenn das *BVerwG* nun in Abhängigkeit von der Reichweite der Auswirkungen eines Vorhabens einen qualifizierten Abwägungsbedarf sieht, bedeutet dies nichts anderes als dass zumindest bei der Genehmigung eines FOC nunmehr der Planungsleitsatz zu Grunde zu legen ist, dass ein solches Vorhaben nur aufgrund einer förmlichen Planung zugelassen werden darf. Dem kann nicht mit Erfolg entgegengehalten werden, infolge der Einschränkung des *BVerwG*, ein derart zu bewältigender interkommunaler Interessenausgleich sei bei Belangen einer Gemeinde, die keine Auswirkungen des Vorhabens von gewichtiger Art nicht geboten. Handelt es sich nämlich um ein FOC oder ein EKZ, sind Auswirkungen auf andere Gemeinden eher die Ausnahme als die Regel, insbesondere wenn man beachtet, dass gerade FOC nicht in unmittelbar in den Ballungsräumen angesiedelt wurden beziehungsweise werden sollen.

Folgt man nun dieser Auffassung und erkennt das interkommunale Abstimmungsgebot als Planungsleitsatz an, versteht sich die Entscheidung des *BVerwG* im übrigen von selbst.

⁵ *OVG Koblenz*, Urt. v. 25.04.2001 – 8 A 11441/00 – BauR 2002, 577.

⁶ *BVerwG*, Urt. v. 15.12.1989 – 4 C 36.86 – BVerwGE 84, 209; Beschl. v. 09.05.1994 – 4 NB 18.94 – BauR 1994, 492; Beschl. v. 09.01.1995 – 4 NB 42.94 – NVwZ 1995, 694.

⁷ *OVG Münster*, Beschl. v. 31.01.2000 – 10 B 959/99 – NWVBl. 2000, 314 m. w. Nachw.

Denn wenn es sich bei dem interkommunalen Abstimmungsgebot um einen jedenfalls bei Vorhaben nach Art eines FOC eine Bauleitplanung erfordernden Planungsleitsatz handelt, stellt sich die in der Entscheidung der Vorinstanz diskutierte und bejahte Frage, inwieweit ein FOC öffentliche Belange im Sinne von § 35 Abs. 2 BauGB beeinträchtigen kann⁸, im Grunde nicht, weil es eben schon mangels Genehmigungsfähigkeit nach § 35 Abs. 2 BauGB hierauf nicht mehr ankommt.

Gleichwohl sind die Entscheidungen des *BVerwG* nicht nur im Hinblick auf der Festschreibung des interkommunalen Abstimmungsgebots als Planungsleitsatz von besonderer Bedeutung. Nicht weniger praktisch relevant wird in Zukunft die restriktive Anwendung des § 33 BauGB sein. Maßgeblicher Zeitpunkt der gerichtlichen Beurteilung des Vorliegens dessen tatsächlicher Voraussetzungen wird auch in der Anfechtungskonstellation wohl nicht mehr allein der Zeitpunkt der Genehmigung, sondern der Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung sein. Man darf nun gespannt sein, wie die Instanzgerichte die Entscheidungen des *BVerwG* aufnehmen werden.

Referendar am KG Dr. Caspar David *Hermanns*, Berlin

⁸ Hierzu *Reidt*, BauR 2002, 562 und *Jochum*, BauR 2002, 1480.