

Bestehende Planungspflichten als negatives Tatbestandsmerkmal in § 34 BauGB?

von Rechtsanwalt Dr. Johannes Grooterhorst, Düsseldorf*

Die sich aus § 34 BauGB ergebenden Voraussetzungen der Zulässigkeit von großflächigen Einzelhandelsvorhaben im unbeplanten Außenbereich sind umfangreich, komplex und streitanfällig. Sowohl systematisch als auch nach ihrem Sinn und Zweck erscheinen sie von den Vorschriften zum Erlass von Bebauungsplänen getrennt. Entsprechend unzugänglich ist das Feld, auf das sich das VG Stuttgart mit einer neuen Entscheidung vorgewagt hat: Machen Belange von städtebaulicher Relevanz eine gemeindliche Planung, die bisher nicht stattfand, erforderlich, soll dies – möglicherweise unter ge-

wissen einschränkenden Voraussetzungen – der Zulässigkeit nach § 34 BauGB entgegenstehen. Im Folgenden soll zunächst knapp umrissen werden, ab wann nach der Rechtsprechung eine gemeindliche Planungspflicht besteht (I.). Sodann werden die vom VG Stuttgart aufgeworfenen dogmatischen Probleme beleuchtet, nämlich ob eine generelle Tatbestandseinschränkung von § 34 BauGB vor-

* Der Autor dankt Herrn Ref. Michael Wenderoth für die äußerst hilfreiche Mitarbeit an diesem Beitrag.

genommen werden kann (II.) oder ob dies zumindest für besonders gelagerte Verstöße gegen das interkommunale Abstimmungsgebot aus § 2 Abs. 2 BauGB gilt (III.). An den gefundenen Ergebnissen wird sich das Urteil des VG Stuttgart messen lassen müssen (IV.).

I. Bestehen einer gemeindlichen Planungspflicht

Vorgelagert zu einer möglichen Einschränkung des Tatbestands von § 34 BauGB steht die Frage, ab wann eine Pflicht der Gemeinde zur Aufstellung eines Bauleitplans besteht.

Gem. § 1 Abs. 3 Satz 1 BauGB haben Gemeinden Bauleitpläne aufzustellen, sobald und soweit es für die städtebauliche Entwicklung und Ordnung erforderlich ist. Grundsätzlich besteht hierbei ein Planungsermessen der Gemeinde, das sowohl das „Ob“ als auch das „Wann“ und „Wie“ der Planung umfasst.¹ Dieses Ermessen verdichtet sich aber nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zu einer Planungspflicht, wenn qualifizierte städtebauliche Gründe von besonderem Gewicht vorliegen.² Das ist der Fall, wenn ohne eine Planung die städtebauliche Ordnung und Entwicklung erheblich und nachhaltig gestört oder bedroht ist.³ Dann vermag der als Planersatzvorschrift fungierende § 34 BauGB diese Störung nicht zu beheben; vielmehr würde eine Genehmigungspraxis nach § 34 BauGB die Störung verstärken oder gar erst auslösen.⁴

Das Bundesverwaltungsgericht bejahte auf dieser Grundlage eine Planungspflicht im Fall des „Gewerbeparks Mülheim-Kärlich“, in dem von geplanten großflächigen Einzelhandelsvorhaben im Innenbereich erhebliche Auswirkungen auf Nachbargemeinden zu erwarten waren.⁵ Es verwies in diesem Zusammenhang darauf, dass derartige Fernwirkungen bei einer Genehmigung nach § 34 BauGB nicht zu berücksichtigen seien.⁶ Diese Einschätzung basierte allerdings auf einer heute nicht mehr aktuellen Fassung des Gesetzes.⁷ § 34 BauGB wurde inzwischen um seinen Abs. 3 ergänzt, der gerade vor solchen schädlichen städtebaulichen Entwicklungen schützen soll.⁸

Ergänzend leitete das Bundesverwaltungsgericht die Planungspflicht aus dem bestehenden interkommunalen Abstimmungsbedarf gem. § 2 Abs. 2 BauGB ab.⁹ Dieser Abstimmungsbedarf wiederum resultiert aus der Überschreitung der in § 11 Abs. 3 BauNVO

festgelegten Maße.¹⁰ Ob ein bestehender Abstimmungsbedarf stets eine Planungspflicht auslöst, legte das Gericht indes nicht fest, vielmehr sprach es davon, dass das interkommunale Abstimmungsgebot eine Planungspflicht „auszulösen vermag“. Angesichts der Einführung von § 34 Abs. 3 BauGB und der dort geltenden weiteren Maßstäbe¹¹ wollen manche Kommentatoren daher die Annahme einer Planungspflicht auf besonders krasse Fälle der Verletzung von § 2 Abs. 2 BauGB beschränken.¹²

II. Generelle Tatbestandseinschränkung in § 34 BauGB

Die Frage, ob bestehender Planungsbedarf in jedem Fall einer Zulässigkeit des Vorhabens im unbeplanten Bereich entgegensteht, wird von der Rechtsprechung nur für den Außenbereich gem. § 35 BauGB bejaht. Dort gilt ein Planungserfordernis als ein „öffentlicher Belang“, zu dem das Vorhaben in Widerspruch stehen kann.¹³ Entscheidend ist, ob im Hinblick auf den Ausgleich der durch das Vorhaben betroffenen Interessen eine Planung mit den Mitteln eines Bebauungsplans erforderlich und möglich ist.¹⁴

1 Dirnberger, in: Spannowsky/Uechtritz (Hrsg.), Beck'scher Onlinekommentar BauGB, 33. Edition, Stand: 15.04.2016, § 1 Rdnr. 45.1.

2 BVerwGE 119, 25 = NVwZ 2004, 220 (222); Dirnberger (Fn. 1), § 1 Rdnr. 45; Stürer, Planungshoheit und Planungspflicht in der Abwägungs- und Rechtsschutzpyramide – Gemeindliche Belange in der interkommunalen Abstimmung und in der Fachplanung, NVwZ 2004, 814. Entsprechende Forderungen wurden in der Lit. bereits vor dieser Entscheidung laut, vgl. Grooterhorst, Die Wirkung der Ziele der Raumordnung und Landesplanung gegenüber Bauvorhaben nach § 34 BauGB, 1985, S. 11 m.w.N.

3 Gierke, in: Brügelmann, Baugesetzbuch, 96. Aufl. 2015, § 1 Rdnr. 150.

4 Dirnberger (Fn. 2), § 1, Rdnr. 45.4.

5 BVerwGE 119, 25 = NVwZ 2004, 220.

6 BVerwGE 119, 25 = NVwZ 2004, 220 (223).

7 Vgl. Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, Baugesetzbuch, 120. Erg.Lfg. Februar 2016, § 34 Rdnr. 6d.

8 Söfker (Fn. 7), § 34, Rdnr. 83.

9 BVerwGE 119, 25 = NVwZ 2004, 220 (222 f.).

10 Vgl. dazu BVerwGE 117, 25 = NVwZ 2003, 86 (88); BVerwG, Beschl. v. 22.12.2009 – 4 B 25/09, ZfBR 2010, 269 (270).

11 Vgl. Berkemann, Einzelhandel – Teil III: Einzelhandel im unbeplanten Innenbereich, 2009, S. 117; Söfker (Fn. 7), § 2 Rdnr. 134.

12 Vgl. Söfker (Fn. 7), § 1 Rdnr. 39a sowie § 34 Rdnr. 72 a.E.

13 BVerwGE 117, 25 = NVwZ 2003, 86 (87).

14 Grooterhorst, Das bebauungsrechtliche Planungserfordernis – Bestandsaufnahme und dogmatische Absicherung, UPR 1986, 251 (254).

§ 34 BauGB enthält demgegenüber in seinem Tatbestand keinen vergleichbaren Anknüpfungspunkt mehr. Das Merkmal der „öffentlichen Belange“ fand sich dort noch in der Gesetzesfassung von 1976, wurde aber 1987 wieder gestrichen.¹⁵ Dem Merkmal der öffentlichen Belange war neben dem „Einfügen in die Eigenart der näheren Umgebung“ keine eigenständige Bedeutung zugekommen.¹⁶ Eine über den Begriff des Einfügens hinausgehende Auslegung des Merkmals hätte sich insbesondere als problematisch im Hinblick auf die in der Verfassung verbürgte Eigentumsfreiheit, Art. 14 GG, erwiesen.¹⁷ Diesen Erwägungen folgte der Gesetzgeber bei der Streichung des Tatbestandsmerkmals.¹⁸

Schon in Bezug auf die Altfassung des Gesetzes nahm lediglich das OVG NRW den Standpunkt ein, ein Planungserfordernis könne einen öffentlichen Belang im Sinne der seinerzeitigen Vorschrift darstellen.¹⁹ Das Bundesverwaltungsgericht und die überwiegende Ansicht in der Literatur lehnten eine solche Einbeziehung hingegen ab.²⁰ Denn im Gegensatz zu § 35 BauGB bot § 34 BauGB schon damals durch das Tatbestandsmerkmal des „Einfügens“ in die Eigenart der näheren Umgebung ausreichende Leitlinien für die erforderliche Koordinierung von den durch das Vorhaben berührten Interessen und Belangen.²¹ Diese Grundsätze müssen heute nach der Streichung der „öffentlichen Belange“ aus dem Tatbestand der Norm erst recht gelten.²²

Dennoch wird noch heute für die Annahme eines ungeschriebenen negativen Tatbestandsmerkmals in § 34 BauGB bisweilen angeführt, die städtebauliche Entwicklung solle nicht vollständig dem „Spiel der freien Kräfte“ oder isolierten Einzelentscheidungen nach §§ 34, 35 BauGB überlassen bleiben.²³ Diese Begründung nimmt unmittelbar Bezug auf die o.g. Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts, welches mit der gleichen Formulierung das grundsätzliche Bestehen der Planungspflicht als solcher unter den unter I. beschriebenen Voraussetzungen herleitete.²⁴ Aus ihr lässt sich jedoch keine Erkenntnis darüber gewinnen, ob und wann eine bestehende Planungspflicht zur Versagung der Zulässigkeit nach § 34 BauGB führt.

Stattdessen ist in systematischer Hinsicht zu berücksichtigen, dass sich die Zulässigkeit von Vor-

haben ausschließlich nach den §§ 29 ff. beurteilt.²⁵ Erst im Vollzug des Planungserfordernisses durch die Aufstellung eines Bebauungsplans und nicht schon auf Grund des bloßen Bestehens der Planungspflicht werden die bauplanungsrechtlichen Bestimmungen geändert.²⁶

Ein uneingeschränkt geltendes, ungeschriebenes, negatives Tatbestandsmerkmal in § 34 BauGB würde zudem im Widerspruch stehen zu den unterschiedlichen Maßstäben, die an die „schädlichen Auswirkungen“ von Einzelhandelsvorhaben im Rahmen von § 2 Abs. 2 BauGB einerseits und § 34 Abs. 3 BauGB andererseits angelegt werden.²⁷ Dass eine Überschreitung der Obergrenzen des § 11 Abs. 3 BauNVO für die Schädlichkeit i.S.d. § 34 Abs. 3 BauGB nicht von Bedeutung ist,²⁸ würde vollkommen konterkariert, wenn der zugleich über § 2 Abs. 2 BauGB entstehende Planungsbedarf der Zulässigkeit nach § 34 BauGB pauschal entgegenstünde.

Das Bundesverwaltungsgericht verneint aus diesen Gründen auch weiterhin in ständiger Rechtsprechung eine generelle Tatbestandseinschränkung des § 34 BauGB.²⁹ Es betont dabei die systematische Trennung der §§ 1 ff. und §§ 29 ff. BauGB und lässt ein „Durchschlagen“ der bauleitplanerischen

15 Vgl. Söfker (o. Fn. 7), § 34 Rdnr. 6d.

16 Vgl. Dürr, in: Hermann Brügelmann, Baugesetzbuch, 96. Aufl. 2015, § 34 Rdnr. 83.

17 Grooterhorst (Fn. 2), S. 133 ff.

18 BT-Drucks. 10/4613, S. 87.

19 OVG NRW, NJW 1978, 2314.

20 BVerwGE 68, 352 = NJW 1984, 1773; Weyreuther, Sonstige öffentliche Belange, BauR 1984, 1 (11); Grooterhorst (Fn. 2), S. 205 m.w.N.

21 Grooterhorst (Fn. 2), S. 206.; ders., UPR 1986, 251 (256 f.).

22 Vgl. Rieger, in: Schrödter (Hrsg.), Baugesetzbuch, 8. Aufl. 2015, § 34 Rdnr. 3.

23 Dombert, Großflächiger Einzelhandel und unbeplanter Innenbereich, in: KommJur 2015, 81 (85).

24 BVerwGE 119, 25 = NVwZ 2004, 220 (221).

25 Stier, in: ders., Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, 5. Aufl. 2015, Rdnr. 2649.

26 Söfker (Fn. 7), § 34 Rdnr. 72.

27 Vgl. Mitschang/Reidt, in: Battis/Krautzberger/Löhr (Hrsg.), Baugesetzbuch, 13. Aufl. 2016, § 34 Rdnr. 36.

28 Vgl. BVerwG, Beschl. v. 12.02.2009 – 4 B 3/09, NVwZ 2009, 779 (780); OVG NRW, Urt. v. 06.11.2008 – 10 A 2601/07, BeckRS 2008, 41081; Bishopink, in: Bönker/Bishopink, Baunutzungsverordnung, 1. Aufl. 2014, § 11 Rdnr. 75; Söfker (Fn. 7), § 34 Rdnr. 86d.

29 BVerwG, Urt. v. 11.02.1993 – 4 C 15/92, NVwZ 1994, 285; BVerwGE 119, 25 = NVwZ 2004, 220 (223).

Grundsätze nur zu, wo der Gesetzgeber normative Anknüpfungspunkte geschaffen hat.³⁰

III. Einschränkungen bei Umgehung des interkommunalen Abstimmungsgebots

In einer die generelle Tatbestandseinschränkung ablehnenden Entscheidung aus dem Jahr 1993 ließ das Bundesverwaltungsgericht eine Hintertür für die Versagung der Zulässigkeit nach § 34 BauGB offen: das mögliche Durchschlagen des interkommunalen Abstimmungsgebots nach § 2 Abs. 2 BauGB.³¹

Eine solche Einschränkung wurde in besagter Entscheidung aber lediglich angedeutet und an besondere Voraussetzungen geknüpft, die im zu entscheidenden Fall nicht vorlagen und daher nicht weiter präzisiert wurden. § 2 Abs. 2 BauGB soll der Zulässigkeit nach § 34 BauGB nur entgegenstehen, wenn die zuständige Gemeinde auf die Genehmigungsvoraussetzungen des Vorhabens eingewirkt und so das interkommunale Abstimmungsgebot geradezu aktiv umgangen hat. Das Fehlen eines gebotenen Planungsakts als solches genügt dafür nicht. Andernfalls würde die zuvor ausdrücklich verneinte generelle Tatbestandseinschränkung über den Umweg des § 2 Abs. 2 BauGB doch noch eingeführt. Stattdessen verlangt das Bundesverwaltungsgericht, dass die Gemeinde im Falle des Fehlens eines Bauleitplans „auf andere Weise die Weichen in Richtung Zulassungsentscheidung gestellt hat“.³²

Welches Verhalten einer Gemeinde eine derartige Einwirkungshandlung darstellen kann, ist seither nicht weiter vertieft worden. Inzwischen erscheint sogar äußerst zweifelhaft, ob diese seinerzeit angedeutete Einschränkung von § 34 BauGB nach der Einführung von § 34 Abs. 3 BauGB, der den Interessen der Nachbargemeinden Rechnung tragen soll, überhaupt weiter Bestand hat.³³ Stattdessen dürften in den seltenen Fällen, in denen ein Vorhaben einerseits nach § 34 Abs. 1 und 3 BauGB zulässig wäre, andererseits aber ein Abstimmungserfordernis nach § 2 Abs. 2 BauGB besteht und seitens der Gemeinde umgangen wird, aufsichtsrechtliche Instrumente der angemesseneren Lösungsweg sein. So kann die Aufsichtsbehörde zu Planaufstellungsbeschlüssen und damit verbundenen Veränderungssperren oder Zurückstellungen gem. §§ 14, 15 BauGB anweisen.³⁴

IV. Die Entscheidung des VG Stuttgart

Das VG Stuttgart hatte über die Anfechtungsklage der Betreiberin einer Warenhauskette zu entscheiden, der ein positiver Bauvorbescheid erteilt worden war, welcher nachträglich wieder zurückgenommen wurde.³⁵

1. Sachverhalt

Der ursprüngliche Bauvorbescheid war für die Erweiterung eines Einkaufszentrums mit 32.600 m² Verkaufsfläche um weitere 9.800 m² erteilt worden. Der für den Bereich des Vorhabens bestehende Bebauungsplan sah baugebietsbezogene, vorhabenunabhängige Verkaufsflächenobergrenzen vor, die durch die geplante Erweiterung überschritten wurden. Die zuständige Stadt hielt diese Festsetzungen für unwirksam, verzichtete aber auf eine planerische Korrektur und beurteilte stattdessen die Bauvoranfrage auf der Grundlage des § 34 BauGB positiv. Auf den Widerspruch mehrerer Nachbargemeinden hin wies die zuständige Aufsichtsbehörde die Stadt zur Rücknahme des Bauvorbescheids an. Gegen diesen Rücknahmebescheid klagte die Betreiberin des betroffenen Einkaufszentrums.

2. Begründung der gerichtlichen Entscheidung

Das VG Stuttgart wies die Klage ab. Es ließ dabei offen, ob der Beklagten eine Normverwerfungskompetenz im Hinblick auf den wegen seiner vorhabenunabhängigen Verkaufsflächenobergrenzen unwirksamen Bebauungsplan zukam. Denn jedenfalls hätte das Vorhaben nicht nach § 34 BauGB zugelassen werden dürfen. Es sei rechtsmissbräuchlich gewesen, sich den Fehlschlag der eigenen Planung zunutze zu machen, bewusst von der an sich bestehenden Planungspflicht abzusehen und der Klägerin so ein Baurecht zu verschaffen. Auf diese Weise werde der Bedarf einer interkommunalen

30 BVerwG, Urt. v. 11.02.1993 – 4 C 15/92, NVwZ 1994, 285 (287).

31 BVerwG, Urt. v. 11.02.1993 – 4 C 15/92, NVwZ 1994, 285 (288).

32 BVerwG, ebd.

33 Vgl. zu den Auswirkungen des Gesetzesänderung Albert Ingold, *Erstplanungspflichten im System des Planungsrechts*, Berlin 2007, S. 163.

34 Söfker (o. Fn. 7), § 1, Rdnr. 42.; vgl. auch BVerwGE 119, 25 = NVwZ 2004, 220 (221).

35 VG Stuttgart, Urt. v. 15.03.2016 – 10 K 1251/13, BeckRS 2016, 46902.

Abstimmung mit den Nachbargemeinden umgegangen.

3. Vereinbarkeit mit den bisher geltenden Grundsätzen

Die Annahme eines interkommunalen Abstimmungsbedarfs nach § 2 Abs. 2 BauGB steht angesichts der unstreitigen Einordnung des Vorhabens als Einkaufszentrum i.S.d. § 11 Abs. 3 Nr. 1 BauNVO im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts.³⁶ Der daraus gezogene Schlussfolgerung, es bestehe eine Planungspflicht der Stadt aus § 1 Abs. 3 BauGB, kann dagegen aus den unter I. beschriebenen Gründen so nicht zugestimmt werden, jedenfalls solange man diesen Schluss für zwingend erachtet, wie es das VG Stuttgart tut. Zum heiklen Kern des Urteils aber stößt man vor, wenn man – eine bestehende Planungspflicht unterstellt – sodann die Konsequenzen für die Zulässigkeit des Vorhabens nach § 34 BauGB untersucht. Das VG Stuttgart greift die unter III. dargestellte Passage im Urteil des Bundesverwaltungsgerichts von 1993 auf und bejaht einen Fall der Umgehung des Abstimmungsgebots aufgrund der von der Beklagten unterlassenen Korrektur des unwirksamen Bebauungsplans. Es lässt also für die damals geforderte Einwirkungshandlung der Gemeinde genügen, dass diese die Unwirksamkeit eines Bebauungsplans erkennt und nicht behebt.

Der Vorwurf des Rechtsmissbrauchs resultiert in diesem Zusammenhang wohl daraus, dass die Stadt S. als Alternative zur Erteilung des Bauvorbescheids eine korrigierende Bauleitplanung erwog, bei deren Durchführung dem Vorhaben gem. § 30 BauGB die Zulässigkeit zu versagen gewesen wäre. Denn in Betracht gezogen wurde eine den heutigen Wirksamkeitsvoraussetzungen genügende Fassung der Verkaufsflächenbegrenzungen, bei der deren Höhe unverändert geblieben wäre. Das Vorhaben hätte diese Begrenzungen überschritten.

Die Aufsichtsbehörde hätte bereits an dieser Stelle einschreiten müssen. Ein Beispiel für ein statthaftes Eingreifen der Kommunalaufsicht liefert der Fall „Mülheim-Kärlich“³⁷, den das BVerwG zum Anlass für die Begründung der gemeindlichen Planungspflicht nahm.³⁸ Dort hatte die Aufsichtsbehörde dazu angewiesen, einen Bebauungsplan für das betroffene Gebiet aufzustellen, eine Veränderungssperre zu erlassen und bis zum In-Kraft-Treten der

Veränderungssperre Anträge auf Zurückstellung entsprechender Bauanträge und Bauvoranfragen zu stellen.³⁹

Das stattdessen im Fall des VG Stuttgart erfolgte nachträgliche Eingreifen kann angesichts dieses umfassenden aufsichtsrechtlichen Instrumentariums nicht mehr als sachlich erfordert bezeichnet werden. Die Aufsichtsbehörde – und auch das VG Stuttgart – ließen sich wohl in erster Linie von einem abstrakten Störgefühl bezüglich des Vorgehens der Stadt S. leiten. Subjektiv empfundene Einzelfallgerechtigkeit im Wege mühevoll zu begründender, kassatorischer Maßnahmen zu erzeugen, wo auch präventive aufsichtsrechtliche Instrumente bestehen, begründet keine Notwendigkeit, einen Fall der Umgehung anzunehmen.⁴⁰ Insbesondere ist dem Bauplanungsrecht eine sanktionierende Funktion fremd.⁴¹

4. Vereinbarkeit mit der gesetzgeberischen Wertung in § 34 Abs. 3 BauGB

In erhebliche Schwierigkeiten gerät das VG Stuttgart bei seiner Begründung, weshalb die von ihm bejahte Umgehung des interkommunalen Abstimmungsgebots der Zulässigkeit des Vorhabens entgegenstehen kann, obwohl § 34 Abs. 3 BauGB zum Schutz der Nachbargemeinden eingeführt wurde. Der Gesetzgeber sei bei der Einführung von § 34 Abs. 3 BauGB „von einem sich ohne Plan entwickelnden Zustand ausgegangen, auf dessen städtebauliche Spannungen im Rahmen des ‚Einfügens‘ nach § 34 Abs. 1 BauGB nicht

36 Vgl. dazu BVerwGE 117, 25 = NVwZ 2003, 86 (88); BVerwG, Beschl. v. 22.12.2009 – 4 B 25/09, ZfBR 2010, 269 (270).

37 S.o. I.

38 S.a. VG Schleswig, Beschl. v. 22.09.2015 – 2 B 29/15 und OVG Schleswig, Beschl. v. 14.07.2016 – 1 MB 26/15 – Ostseepark Schwentinental.

39 Vgl. BVerwGE 119, 25 = NVwZ 2004, 220 (221).

40 Ein anschauliches, wenn auch nicht in inhaltlichem Zusammenhang zum Bauplanungsrecht stehendes Beispiel bietet die vom BGH abgelehnte Durchgriffshaftung auf Vereinsmitglieder bei Überschreitung des Nebenzweckprivilegs, die die Vorinstanz mit Erwägungen zu deren Rechtsmissbräuchlichkeit zu begründen versuchte: BGH, Urt. v. 10.12.2007 – II ZR 239/05, NZG 2008, 670. Der BGH hielt dort die gesetzlichen Schutzmechanismen der Amtslöschung gem. §§ 159, 142 FGG und der behördlichen Entziehung der Rechtsfähigkeit nach § 43 Abs. 2 BGB und den durch sie vermittelten Zwang für ausreichend, um den Rechtsverkehr zu schützen.

41 BVerwG, Beschl. v. 22.11.1999 – 4 B 91/99, ZfBR 2000, 489; BVerwG, Urt. v. 12.12.2013 – 4 C 15/12, NVwZ 2014, 454 (455).

angemessen reagiert werden könne“, „nicht aber davon, dass eine eben diese Spannungen regulierende Planung aus Rechtsgründen gescheitert ist“. Wo im Hinblick auf die Schutzbedürftigkeit der Nachbargemeinden der Unterschied zwischen den geschilderten Konstellationen liegen soll, vermag diese Argumentation nicht zu erklären. In beiden Fällen existiert kein wirksamer Bebauungsplan, aus dem Rechte hergeleitet werden können. Das Verhalten einer den unwirksamen Bebauungsplan nicht korrigierenden Gemeinde mag – im Einzelfall – vorwerfbarer erscheinen als das anfängliche Unterlassen jeder Planung. Das stellt aber keinen tauglichen Anknüpfungspunkt für die Rechtswidrigkeit einer erteilten Baugenehmigung dar. Der Zweck von § 2 Abs. 2 und § 34 Abs. 3 BauGB ist in diesen Fällen ausschließlich der Schutz zentraler Versorgungsbereiche.⁴² Dabei soll § 34 Abs. 3 BauGB nach der Begründung des Gesetzgebers die Fälle regeln, in denen „von der Möglichkeit, durch Aufstellung eines Bebauungsplans entsprechende städtebauliche nachteilige Vorhaben zu verhindern [...] nicht oder nicht rechtzeitig Gebrauch gemacht“ wird.⁴³ Ob dieses fehlende Gebrauchmachen bewusst oder unbewusst, gezielt oder zufällig erfolgt, stellt für den Gesetzgeber kein Kriterium dar. Er wollte allein die Lücke schließen, die durch die fehlende Berücksichtigungsfähigkeit von Fernwirkungen⁴⁴ des Vorhabens im Rahmen von § 34 Abs. 1 BauGB entstanden war.⁴⁵

Das VG Stuttgart führt weiter aus, nach dem erkennbaren Willen des Gesetzgebers sei § 34 Abs. 3 BauGB nicht geeignet, eine – an sich gebotene – Erstplanung vollständig zu ersetzen. Es nimmt dabei Bezug auf Stimmen in der Literatur, die die eigene Bauleitplanung der Gemeinde als „primäre Aufgabe“ bezeichnen, da die Anwendung von § 34 Abs. 3 BauGB mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden sei.⁴⁶ Nicht in Zweifel zu ziehen ist, dass auch nach der Einführung von § 34 Abs. 3 BauGB Planungsmöglichkeiten und -pflichten der Gemeinden fortbestehen. Diesen als „primärer Aufgabe“ einen streng verstandenen Vorrang auch im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung von Vorhaben einzuräumen, verstößt aber gegen die vom Bundesverwaltungsgericht betonte systematische Trennung von §§ 1 ff. und §§ 29 ff. BauGB.⁴⁷ Es geht deswegen auch fehl, von § 34 Abs. 3 BauGB nur in Fällen, in denen die Zulässigkeit eines Vorhabens nach dieser Norm eindeutig zu verneinen ist, Gebrauch machen zu wollen.⁴⁸ Der Wille des Gesetzgebers wird nicht ge-

wahrt, sondern unterlaufen, wenn eine einschlägige Norm nur bei Eintritt einer bestimmten von mehreren nach ihr möglichen Rechtsfolgen Anwendung finden soll und in allen anderen Fällen ersatzweise andere Vorschriften herangezogen werden.

5. Zusammenfassende Bewertung

Eine Auslegung des § 34 BauGB, die die Berücksichtigung einer gemeindlichen Planungspflicht aus § 1 Abs. 3 BauGB erlaubt, ist kaum möglich.

Der Wortlaut des § 34 BauGB, der ein geschlossenes Konditionalprogramm enthält,⁴⁹ bietet keinen geeigneten Ansatzpunkt. Dies gilt umso mehr unter Berücksichtigung der 1987 erfolgten Streichung des Tatbestandsmerkmals der „sonstigen öffentlichen Belange“.⁵⁰ Die Systematik des ersten Kapitels des BauGB legt eine klare Trennung der Bauleitplanung (§§ 1 ff. BauGB) von den Regelungen der baulichen und sonstigen Nutzung (§§ 29 ff. BauGB) nahe.⁵¹ Dies zeigt auch die Einführung von § 34 Abs. 3 BauGB, der ausdrücklich aufgenommen wurde, um dem Schutzbedürfnis zentraler Versorgungsbereiche bei der Zulässigkeitsprüfung von Einzelvorhaben Rechnung zu tragen.⁵² Angesichts dessen und mit Blick auf die Möglichkeit, gemeindliche Planungspflichten von vorneherein im Wege der Kommunalaufsicht durchzusetzen,⁵³ besteht auch kein Bedarf nach einem teleologisch extensiven Verständnis. Ein solches gefährdet vielmehr die von Art. 14 GG geschützte bauliche Nutzbarkeit des Eigentums.⁵⁴ In Bezug auf diese bilden die in § 34 BauGB nieder-

42 Söfker, Die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit von Einzelhandelsbetrieben, in: Kruse (Hrsg.), Handbuch Einzelhandel, 1. Aufl. 2012, S. 205.

43 BT-Drucks. 15./2250 vom 17.12.2003, S. 54.

44 S.o. I.

45 BT-Drucks. 15./2250 vom 17.12.2003, S. 54.

46 Kuschnerus, Der standortgerechte Einzelhandel, Münster 2007, Rdnr. 496.

47 S.o. II.

48 So aber Kuschnerus (Fn. 45), Rdnr. 353.

49 Spannowsky, in: Spannowsky/Uechtritz (Hrsg.), Beck'scher Onlinekommentar BauGB, 33. Edition, Stand: 15.04.2016, § 34 Rdnr. 47.

50 S.o. I.

51 S.o. II.

52 S.o. IV.4.

53 So. IV.3.

54 Vgl. dazu Papier, in: Maunz/Dürrig, Grundgesetz-Kommentar, 77. Erg.Lfg. 2016, Art. 14 Rdnr. 57; Axer, in: Beck'scher Online-Kommentar Grundgesetz, Epping/Hillgruber (Hrsg.), 29. Edition 2015, Art. 14, Rdnr. 45.

gelegten Tatbestandsmerkmale, insbesondere das Gebot des Einfügens, eine verfassungskonforme Inhalts- und Schrankenbestimmung.⁵⁵

Die vom VG Stuttgart bejahte Berücksichtigung einer gemeindlichen Planungspflicht aus § 1 Abs. 3 BauGB bei der Anwendung des § 34 BauGB begegnet daher erheblichen Bedenken. Wegen der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache „mit Blick auf die Unanwendbarkeit des § 34 BauGB

wegen bestehender Planungspflicht im vorliegenden Falle“ hat das VG Stuttgart die Berufung zugelassen.⁵⁶ Die obergerichtliche Reaktion auf diesen Vorstoß bleibt abzuwarten.

55 Vgl. OVG Schleswig, Urt. v. 19.02.2015 – 1 LB 5/14, BeckRS 2015, 49095, Rdnr. 26.

56 Berufungsverfahren VGH Baden-Württemberg – 8 S 1003/16.