

Aus diesem Grund hat der mit der Technischen Bearbeitung betraute Unternehmer auch bei Großbauvorhaben Anspruch auf gesonderte Vergütung für von ihm erbrachte Planungsänderungen, die ihre Ursache in unvollständigen oder fehlerhaften planerischen Vorleistungen der Auftraggeberseite haben

oder auf Änderungs- bzw. Ergänzungswünsche des Auftraggebers zurückgehen. Lediglich bei unwesentlichen Leistungen, d.h. in Bagatellfällen, besteht kein solcher Anspruch [45].

[45] Vgl. Locher/Koeble/Frik, a. a. O., § 5 Rdnr. 39.

Rechtsanwalt und Notar Prof. Dr. Bernhard Stürer, Richter am Anwaltsgerichtshof NRW, Münster/Osnabrück

Plandivergenzen

Bauleitpläne müssen einen eindeutigen Inhalt haben und dürfen nicht in sich widersprüchlich sein. Die gilt nicht nur intern für die Darstellungen des Flächennutzungsplans und die Festsetzungen des Bebauungsplans. Auch Plandivergenzen zwischen den darstellenden und regelnden Teilen sowie der Planbegründung führen ebenso wie erhebliche Abweichungen im Genehmigungsverfahren oder bei der Bekanntmachung des Plans zu dessen Unwirksamkeit. Plandivergenzen sind „Ewigkeitsfehler“, gehören zu den Wirksamkeitsvoraussetzungen der Bauleitpläne nach § 214 BauGB und sind auch nach Ablauf der zweijährigen Rügefrist des § 215 BauGB zu beachten.

Bauleitpläne sind nur wirksam, wenn sie den verfahrensrechtlichen und inhaltlichen Anforderungen des BauGB entsprechen. In § 214 BauGB werden allerdings nur bestimmte Verfahrensanforderungen für beachtlich erklärt. Zudem ist die Verletzung von beachtlichen Mängeln nach § 214 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bis 3 BauGB, hinsichtlich des Entwicklungsgebotes nach § 214 Abs. 2 BauGB und des Abwägungsvorgangs nach § 214 Abs. 3 Satz 2 BauGB 2004 innerhalb von zwei Jahren schriftlich gegenüber der Gemeinde unter Darlegung des Sachverhalts zu rügen.

Zu den beachtlichen Fehlern gehören auch Plandivergenzen innerhalb der Plandokumente aber auch im Verhältnis zu den Planungsgrundlagen. Solche Divergenzen können innerhalb der Darstellungen des Flächennutzungsplans oder der Satzungen auftreten. Die Abweichungen können aber auch im Verhältnis von Darstellungen des Flächennutzungsplans oder der Festsetzungen des

Bebauungsplans einerseits und den Grundlagen der Planung auftreten, wie sie sich aus der Planbegründung ergeben. Divergenzen sind auch im Genehmigungsverfahren oder in der Bekanntmachung der Pläne bzw. deren Genehmigung möglich. Es handelt sich dabei um Fälle, in denen das Planwerk bei ganzheitlicher Betrachtung in sich widersprüchlich ist und sozusagen „in sich wackelt“.

1. Plandivergenzen innerhalb der Darstellungen oder der Festsetzungen

Tritt eine Divergenz innerhalb der Darstellungen des Flächennutzungsplans oder der Festsetzungen des Bebauungsplans auf, ist zunächst mit den Mitteln der Auslegung nach Möglichkeit eine Harmonie herzustellen. Dabei können auch die Aufstellungsunterlagen herangezogen und daraus der Wille des Plangebers ermittelt werden. Führt diese Methode nicht weiter und verbleiben innerhalb der Darstellungen oder Festsetzungen Widersprüche oder Unklarheiten, so ist der Plan ganz oder teilweise unwirksam. Ob er insgesamt unwirksam ist, muß danach beurteilt werden, ob der aufgetretene Fehler den gesamten Plan erfaßt oder sich auf lediglich Teile [1] begrenzt, die andere Teile des Plans unberührt lassen.

Vergleichbare Auswirkungen haben Fehler hinsichtlich der Bestimmtheit der Festsetzungen. Auch sie führen, wenn sie nicht durch Auslegung behebbar sind, zur vollständigen oder teilweisen Unwirksamkeit des Flächennutzungsplans oder des Bebauungsplans.

[1] BVerwG, Beschluß v. 20. 8. 1991 – 4 NB 3.91 –, BauR 1992, 48 = DVBl. 1992, 37; Beschluß v. 4. 1. 1994 – 4 NB 30.93 –, BRS 56, Nr. 33 = DVBl. 1994, 699; Urteil v. 24. 9. 1998 – 4 CN 2.98 –, BVerwGE 107, 215 = BauR 1999, 134 = DVBl. 1999, 100; VGH Mannheim, Beschluß v. 5. 6. 1996 – 8 S 487/96 –, BRS 58, Nr. 19 = NVwZ-RR 1997, 684.

2. Plandivergenzen innerhalb der Plandokumente

Bauleitpläne müssen daher einen eindeutigen Inhalt haben und dürfen nicht in sich widersprüchlich sein [2]. Die gilt allerdings nicht nur intern für die Darstellungen des Flächennutzungsplans und die Festsetzungen des Bebauungsplans, sondern auch im Verhältnis zu weiteren Bereichen.

So kann etwa die Begründung von den Darstellungen des Flächennutzungsplans oder den Festsetzungen des Bebauungsplans abweichen. Solche Plandivergenzen innerhalb der Plandokumente (Plan und Begründung) führen ebenfalls zur Unwirksamkeit der Darstellungen bzw. der Festsetzungen des Plans. Dies ist vom Bundesverwaltungsgericht [3] für den Bebauungsplan hervorgehoben worden: „Ein Bebauungsplan leidet an einem Abwägungsfehler, wenn seine Festsetzungen nicht dem Willen des Satzungsgebers entsprechen“. Auch in der Literatur wird dies so gesehen [4]. Begründet wird dies mit einer Divergenz zwischen der Abwägung des Plangebers und den darauf beruhenden Regelungen, wie sie in den Festsetzungen des Bebauungsplans Gestalt angenommen haben. Die dem Plan beigegebene Begründung ist zwar nicht Bestandteil des Bebauungsplans und verändert daher den Inhalt der Festsetzungen nicht. Weicht daher die Begründung von den Festsetzungen ab, so hat dies keine unmittelbaren Auswirkungen für die im Bebauungsplan getroffenen Regelungen. Vor allem ist die Begründung nicht in der Lage, die Festsetzungen inhaltlich zu ändern. Durch eine Abweichung von Festsetzungen und Begründung entsteht aber eine Abwägungsdivergenz. Denn die Grundlagen der Festsetzungen, wie sie sich in der Begründung des Bebauungsplans dokumentieren, stimmen mit dem Planinhalt nicht überein. Die darin liegende und sich bereits aus dem Planwerk ergebende Divergenz führt zu einem beachtlichen Abwägungsfehler, der die Teil- bzw. Gesamtnunwirksamkeit des Planes bewirkt.

Das Bundesverwaltungsgericht hat dazu folgende Grundsätze aufgestellt: Ein Bebauungsplan leidet an einem Abwägungsfehler, wenn seine Festsetzungen nicht dem Willen des Satzungsgebers entsprechen. Die Be-

gründung des Bebauungsplans nimmt an dessen Charakter nicht teil und wird nicht rechtsverbindlich (§§9 Abs.8 Satz1, 10 Abs.3 Satz2 und 4 BauGB). Auch ist die Begründung eines Bebauungsplans kein Planbestandteil [5]. Sie kann sich über eindeutige textliche oder auch zeichnerische Festsetzungen nicht hinwegsetzen und nur insoweit Bedeutung haben, als sie ggf. zur Auslegung und Erklärung unklarer Satzungsbestimmungen heranzuziehen ist. Ergeben sich daher zwischen den Festsetzungen und der Begründung des Bebauungsplans unüberbrückbare Widersprüche, so ist der Plan wegen Abwägungsdivergenzen oder Inkongruenzen unwirksam. Das kann auch im Verhältnis zwischen Bebauungsplan und Grünordnungsplan gelten. Enthält etwa der Bebauungsplan mit der Festsetzung von Verrieselungsflächen zur Versickerung des Regenwassers aus den umliegenden Baugebieten eine Regelung, die er nach dem Willen des Satzungsgebers nicht haben soll, dann liegt darin ein Abwägungsfehler, weil der Inhalt des Plans nicht von einer darauf ausgerichteten Abwägungsentscheidung getragen ist [6].

In welchem Umfang dafür auf die Materialien des Aufstellungsverfahrens zurückgegriffen werden kann oder sogar muß, läßt sich nicht allgemein beantworten. Zur Auslegung der Festsetzungen eines Bebauungsplans können außer der Planbegründung auch weitere Hilfsmittel, etwa die Protokolle der Ratssitzungen oder andere Auszüge aus den Planungsvorgängen, herangezogen werden [7]. Im Regelfall wird für die Genehmigungsbehörde oder das Gericht darüber hinaus kein Anlaß

[2] Zum Bestimmtheitsgebot BVerfG, Beschluß v. 8.3.1983 – 2 BvL 27/81 –, BVerfGE 63, 312; BVerwG, Beschluß v. 23.4.1998 – 4 B 40.98 –, NVwZ 1998, 1179 = BauR 1998, 897, mit Hinweis auf Urteil v. 19.1.1989 – 7 C 77.87 –, BVerwGE 81, 197 = BauR 1989, 172; Urteil v. 16.6.1994 – 4 C 2.94 –, BVerwGE 96, 110 = BauR 1997, 755 = DVBl. 1994, 1147 – Baumschutzsatzung; OVG Münster, Urteil v. 18.4.1991 – 11 A 696/87 –, BauR 1992, 60; Krüger, BauR 1989, 589 m. w. N.

[3] BVerwG, Urteil v. 18.3.2004 – 4 CN 4.03 –, BVerwGE 120, 239 = BauR 2004, 1260 = NVwZ 2004, 856.

[4] Gelzer/Bracher/Reidt, Bauplanungsrecht, Rdnr. 678; Stüer, Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, 3. Aufl. 2005, Rdnr. 1436.

[5] BVerwG, Urteil v. 18.9.2003 – 4 CN 3.02 –, BVerwGE 119, 45 = BauR 2004, 286 = DVBl. 2004, 247 = NVwZ 2004, 229.

[6] BVerwG, Urteil v. 18.3.2004 – 4 CN 4.03 –, BVerwGE 120, 239 = BauR 2004, 1260 = NVwZ 2004, 856 – Grünordnungsplan mit Hinweis auf Gelzer/Bracher/Reidt, Bauplanungsrecht, Rdnr. 678; Stüer, Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, 2. Aufl., S. 333, Rdnr. 794.

[7] BVerwG, Urteil v. 7.5.1971 – IV C 76.68 –, Buchholz 406.11 §2 BBauG Nr. 7; Beschluß v. 21.2.1986 – 4 N 1.85 –, BVerwGE 74, 47 – Verfahrensfehler.

bestehen, nach einer abweichenden Planungsabsicht des Gemeinderates zu forschen, wenn sich aus der Begründung ggf. unter Hinzuziehung der Beschlußvorlagen ein klares Bild ergibt. Daraus folgt jedoch kein Verbot für eine weiter gehende Aufklärung, wenn konkrete Anhaltspunkte vorliegen oder wenn der Antragsteller im Normenkontrollverfahren substantiiert darlegt, daß Begründung und Beschlußvorlagen den wirklichen Planungswillen nicht zutreffend wiedergeben [8].

Diese Grundsätze müssen auch für den Flächennutzungsplan gelten. Weicht die Begründung des Flächennutzungsplans von den Darstellungen ab und wird erkennbar, daß die Abwägung ausweislich der Begründung auf einer anderen Grundlage stattgefunden hat und die Darstellungen durch die Begründung nicht getragen werden, so sind die Darstellungen in der Reichweite dieses Fehlers unwirksam. Die Beurteilung von Divergenzen beschränkt sich daher nicht lediglich auf eine interne Betrachtung der Festsetzungen oder der Darstellungen der Pläne, sondern bezieht auch die Begründung und die darin dokumentierte Abwägung ein. Diese rechtlichen Maßstäbe können im Hinblick auf die Grundsatzentscheidung BVerwGE 120, 239 sowohl für den Bebauungsplan als auch den Flächennutzungsplan als gesichert gelten.

Die Divergenz kann durch Anlagen zur Planbegründung oder sonstige Erklärungen des Plangebers erkennbar werden. Wird etwa der Planbegründung eine Anlage beigefügt, die sich mit dem in den Festsetzungen niedergelegten Regelungsinhalt des Bebauungsplans nicht verträgt, so führt auch diese Plandivergenz zu einer Gesamt- oder Teilunwirksamkeit des Plans. Die Begründung und ggf. ihre Anlagen nehmen zwar nicht an dem darstellenden bzw. regelnden Charakter des Planes teil, bilden jedoch über die Klammer der Abwägungserfordernisse eine Einheit. Das gesamte Planwerk darf daher keine inneren Widersprüche oder Abweichungen aufweisen, die zu Divergenzen innerhalb der Regelungen oder der dem Regelwerk zugrunde liegenden Abwägung führen. Das gesamte Plandokument muß daher in sich widerspruchsfrei und frei von Plandivergenzen sein.

3. Plandivergenzen im Genehmigungsverfahren

Was für die Stimmigkeit des gesamten Plandokuments gilt, muß auch für das Verfahren zur Genehmigung des Bauleitplans gelten. Auch das Genehmigungsverfahren muß frei von Divergenzen zwischen dem Plan und seiner Genehmigung sein.

Bedarf der Flächennutzungsplan oder der Bebauungsplan, weil er nicht aus dem Flächennutzungsplan entwickelt ist (§10 Abs.2 BauGB), der Genehmigung, hat die höhere Verwaltungsbehörde innerhalb von drei Monaten zu entscheiden (§6 Abs.4 Satz1 BauGB). Können Versagungsgründe nicht ausgeräumt werden, kann die höhere Verwaltungsbehörde räumliche oder sachliche Teile des Flächennutzungsplans von der Genehmigung ausnehmen (§6 Abs.3 BauGB). Über die Genehmigung ist binnen drei Monaten zu entscheiden. Die höhere Verwaltungsbehörde kann räumliche und sachliche Teile des Flächennutzungsplans vorweg genehmigen (§6 Abs.4 Satz1 BauGB).

Nach §36 Abs.1 VwVfG kann die Genehmigung mit Auflagen, aber auch aufschiebenden Bedingungen versehen werden. Bei einer Auflage ist die Genehmigung zwar sofort wirksam, die Gemeinde ist aber verpflichtet, das in der Auflage beschriebene Tun, Dulden oder Unterlassen vorzunehmen. Bei der aufschiebenden Bedingung ist die Wirksamkeit der Genehmigung von der Erfüllung der Bedingung abhängig. Solche Bedingungen und Auflagen sind aber nur dann zulässig, wenn sie sich mit der Funktion der Genehmigung als einer im Grundsatz nachträglichen Rechtskontrolle vereinbaren lassen. Genügen etwa die Grundzüge des Bauleitplans den rechtlichen Anforderungen nicht oder weist der Plan schwere formale oder inhaltliche Mängel auf, kann die Genehmigung nur insgesamt versagt werden.

Bei der Erfüllung der Auflage oder der aufschiebenden Bedingung hat die Gemeinde das Verfahren einzuhalten, das für eine entsprechende Planänderung während der Planaufstellung zu beachten wäre (§4a

[8] So BVerwG, Beschluß v. 30.3.1993 - 4 NB 10.91 -, BRS 55, Nr.22 = NVwZ 1994, 270.

Abs.3 BauGB). Bei Änderungen oder Ergänzungen des Bauleitplans ist eine erneute förmliche Öffentlichkeitsbeteiligung mit Offenlegung des Planes durchzuführen oder ein eingeschränktes Öffentlichkeitsbeteiligungsverfahren nach den §§4 a Abs.3 BauGB vorzusehen. Soll der Bauleitplan auf Grund der Auflage inhaltlich geändert werden, hat die Gemeinde über die nach der Auflage zu ändernden oder zu ergänzenden Teile einen erneuten Beschluß (Beitrittsbeschluß) zu fassen. Das gilt nicht nur für das Genehmigungs- sondern auch für das Anzeigeverfahren, so weit die Länder dies für aus dem Flächennutzungsplan entwickelte Bebauungspläne nach §246 Abs.1 a BauGB einführen sollten. Insoweit steht das Anzeigeverfahren dem Genehmigungsverfahren gleich [9]. Ohne einen solchen Beitrittsbeschluß kann der Bauleitplan bei solchen Auflagen oder Bedingungen nicht wirksam werden. Ein vorgezogener Beitrittsbeschluß der Gemeinde ist allerdings zulässig, wenn er sich inhaltlich konkret auf eine bereits erwartete Maßgabe der Genehmigungsbehörde bezieht und wenn er seinerseits dem Abwägungsgebot genügt. Mit dem Abwägungsgebot unvereinbar wäre es jedoch, wenn der Gemeinderat einen vorgezogenen Blanko-Beitrittsbeschluß für alle eventuellen Beanstandungsfälle erteilen würde [10].

Wird ein Bebauungsplan mit seinem von der Gemeinde beschlossenen Inhalt nicht genehmigt und ist der unter Auflagen genehmigte Plan von der Gemeinde vor der Bekanntmachung der Genehmigung des Plans so nicht beschlossen worden (fehlender Beitrittsbeschluß), so kann ein solcher Bebauungsplan nicht wirksam werden. Die Gemeinde muß sich Maßgaben und Einschränkungen in der Genehmigung, die sich auf den Inhalt des Bebauungsplans beziehen, vielmehr durch einen erneuten Satzungsbeschluß zu Eigen machen [11]. Bei allerdings nur formellen oder redaktionellen Änderungen oder Klarstellungen ohne Einfluß auf den Inhalt des Plans und der Genehmigung durch die höhere Verwaltungsbehörde ist kein erneutes Beteiligungsverfahren und auch kein Beitrittsbeschluß des Gemeinderates erforderlich [12].

Die Genehmigungsbehörde ist allerdings nicht in der Lage, eine unterbliebene oder un-

vollständige Abwägung durch eigene Ermittlungen und Bewertungen zu ersetzen. Vielmehr ist eine solche Nachbesserung der Gemeinde ggf. einem erneuten Offenlegungs- und Abwägungsverfahren vorbehalten (§4 a Abs.3 BauGB) [13]. Die Gemeinde wird von ihrer Verpflichtung, sich im Verfahren zur Aufstellung eines Bebauungsplans selbst Gewißheit über die abwägungserheblichen Belange zu verschaffen, grundsätzlich weder durch zustimmende Stellungnahmen der am Planverfahren beteiligten Fachbehörden oder Träger öffentlicher Belange zum Planentwurf noch durch die Genehmigung des Plans durch die höhere Verwaltungsbehörde entbunden.

Ist die Genehmigung erteilt, so kann sie von der höheren Verwaltungsbehörde nicht nach Bekanntmachung des Plans später wieder zurückgenommen werden. Die Genehmigung ist Teil des Rechtsetzungsverfahrens und kann daher nicht isoliert von dem Satzungsverfahren betrachtet werden. Die höhere Verwaltungsbehörde ist als Genehmigungsbehörde jedoch berechtigt, in einem Normenkontrollverfahren die Wirksamkeit des Bebauungsplans überprüfen zu lassen (§47 Abs.2 VwGO) [14].

Fehler im Genehmigungsverfahren sind aber nicht nur dann beachtlich, wenn die Genehmigung nichtig ist, sondern auch dann, wenn das Genehmigungsverfahren andere beachtliche Fehler aufweist. Fehlt etwa ein erforderlicher Beitrittsbeschluß für eine Auflage, so sind Flächennutzungsplan oder Bebauungsplan unwirksam. Dasselbe gilt, wenn die Verwaltung auf Anfrage der Genehmigungsbehörde vor Erteilung der Genehmigung Erklärungen abgibt, die den Inhalt der zur Genehmigung gestellten Planung modifizieren oder in einem anderen Lichte erscheinen lassen.

[9] BVerwG, Beschluß v. 25.2.1997 – 4 NB 30.96 –, NVwZ 1997, 896 = BauR 1997, 603 – DachgeschöBzahl-Festsetzung.

[10] BVerwG, Beschluß v. 3.7.1995 – 4 NB 7.95 –, BRS 57, Nr.33 = NVwZ-RR 1995, 687 – Beitrittsbeschluß.

[11] BVerwG, Urteil v. 5.12.1986 – 4 C 31.85 –, BVerwGE 75, 262 = BauR 1987, 166 = NJW 1987, 1346 = DVBl. 1987, 486; Urteil v. 10.8.1990 – 4 C 3.90 –, BVerwGE 85, 289 = DVBl. 1990, 1182 = BauR 1991, 51 – Bebauungsplanersetz.

[12] BVerwG, Beschluß v. 14.8.1989 – 4 NB 24.88 –, BRS 49, Nr.22 = DVBl. 1989, 1105 – Beitrittsbeschluß.

[13] BVerwG, Beschluß v. 14.8.1989 – 4 NB 24.88 –, BRS 49, Nr.22 = DVBl. 1989, 1105 – Beitrittsbeschluß.

[14] Stüer, Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, 3.Aufl., Rdnr.999.

Solche Plandivergenzen lagen in derartigen Fällen zwar nicht bereits im Zeitpunkt des abschließenden Beschlusses der kommunalen Vertretung über das Planwerk vor und waren in der damaligen Abwägungsentscheidung nicht bereits angelegt, sondern betreffen erhebliche Änderungen im anschließenden Genehmigungsverfahren. Auch solche Änderungen im Genehmigungsverfahren, die zu Divergenzen mit der vom Rat beschlossenen ursprünglichen Planung führen, sind beachtlich und führen zur Unwirksamkeit des Plans. Dies gilt nicht nur für den Fall, daß ein erforderlicher Beitrittsbeschluß fehlt und der bekannt gemachte Inhalt des Plans mit dem vom Plan-geber beschlossenen Inhalt nicht übereinstimmt, sondern auch bei anderen Abweichungen im Genehmigungsverfahren.

Divergenzen können sich auch dadurch ergeben, daß durch Erklärungen der Verwaltung nicht die Darstellungen oder Festsetzungen selbst geändert werden, sondern die Begründung rechtserheblich verändert oder mit einer Anlage versehen wird, die mit den Darstellungen oder der Begründung des Plans nicht mehr übereinstimmt. Insoweit müssen die Grundsätze, die für die Verabschiedung des Plans im Zeitpunkt des Feststellungs- bzw. Satzungsbeschlusses gelten, auch für das Genehmigungsverfahren Geltung beanspruchen. Das Genehmigungsverfahren ist fehlerhaft, wenn der Inhalt des Planwerks sei es in seinem regelnden bzw. darstellenden Teil selbst oder im Bereich der Begründung und ggf. seiner Anlagen so geändert wird, daß erhebliche Divergenzen innerhalb des Planwerks oder im Hinblick auf die Genehmigung entstehen. Stimmt das vom Rat beschlossene Planwerk mit seiner Begründung mit der Genehmigung nicht überein, so ergeben sich erhebliche Divergenzen, die zur Unwirksamkeit des Planes führen. Durch die Bekanntmachung einer Genehmigung, die auf derartigen Divergenzen beruht, kann ein Plan nicht wirksam werden.

Dies gilt übrigens auch dann, wenn die höhere Verwaltungsbehörde ihre Genehmigung nicht mit einer förmlichen Auflage versieht, weil sie wegen der ergänzenden Erklärungen der Gemeinde davon ausgegangen ist, daß der Plan nur mit diesen Maßgaben in Kraft tritt, sich aber später herausstellt, daß diese

Erklärungen unwirksam sind und den ursprünglichen Planinhalt nicht verändert haben. Auch eine solche fehlerhafte Annahme der höheren Verwaltungsbehörde über den Inhalt der Planung führt zu einem beachtlichen Verfahrensfehler mit der Folge der Unwirksamkeit der Planung. Das gilt vor allem auch dann, wenn die Gemeinde selbst bei Abgabe der ergänzenden Erklärungen von deren Wirksamkeit ausgegangen ist. Divergenzen im Genehmigungsverfahren, die das Planwerk im Nachhinein ändern, führen daher zu einem beachtlichen Verfahrensfehler, wenn der Plangeber sich die nachträglichen Änderungen nicht durch einen Beitrittsbeschluß zu eigen gemacht hat und das dafür erforderliche Verfahren ggf. einschließlich einer erneuten Offenlage der Planung eingehalten worden ist. Diese Anforderungen können nicht mit dem Hinweis auf die Bestandskraft der Genehmigung und die inzwischen erfolgte Bekanntmachung der Genehmigung beiseite geschoben werden. Fehler im Genehmigungsverfahren sind nicht nur dann beachtlich, wenn die Genehmigung an einem schweren und offensichtlichen Fehler leidet und daher nach den Maßstäben des §44 VwVfG nichtig ist [15]. Auch andere Fehler im Genehmigungsverfahren, die sich etwa aus Divergenzen von Plan und Genehmigung ergeben, führen zu einem beachtlichen Mangel der Planung. Dies ergibt sich aus den Sonderregelungen des BauGB, die nicht durch die allgemeinen Regelungen über die Verwaltungsakte im VwVfG verdrängt werden. Bei diesem Sondercharakter der bauplanungsrechtlichen Anforderungen an das Aufstellungsverfahren, der sich aus dem Bestandteil der Genehmigung im Normsetzungsverfahren ergibt, muß es auch deshalb verbleiben, weil die Genehmigung keine allgemeine Außenwirkung hat und daher von Dritten nicht selbständig angefochten werden kann. Der Rechtsschutz des Planbetroffenen gegenüber einem Bebauungsplan findet vielmehr einheitlich im Normenkontrollverfahren statt. In diesem Verfahren steht eine Überprüfung der Ordnungsgemäßheit des Satzungsverfahrens an. Dazu gehört aber – wie sich auch aus §214 Abs.1 Satz 1 Nr.4 BauGB ergibt – die ordnungsgemäße Durchführung des Ge-

[15] So aber wohl OVG Münster, Urteil v. 6.6.2005 – 10 D 145/04.NE –, CentrO Oberhausen.

nehmungungsverfahrens ebenso wie ein wirksamer Satzungsbeschluß und eine ordnungsgemäße Bekanntmachung. Dabei folgt bereits aus einem Vergleich mit den Anforderungen an die Satzung und die Bekanntmachung, daß es nicht reicht, wenn überhaupt eine Genehmigung vorliegt. Vielmehr ist erforderlich, daß die Genehmigung in jeder Hinsicht fehlerfrei erteilt und das Verfahren frei von Divergenzen zwischen Planunterlagen und Genehmigung ist.

4. Divergenzen in der Bekanntmachung

Auch Divergenzen in der Bekanntmachung können zu beachtlichen Fehlern führen. Wird etwa auf eine Genehmigung verwiesen, die gar nicht erteilt worden ist oder existiert im Zeitpunkt der Bekanntmachung kein ausgefertigter Plan, so ist die Bekanntmachung unwirksam. Dasselbe gilt, wenn sich Abweichungen der Ausfertigung von der vom Rat beschlossenen oder von der höheren Verwaltungsbehörde genehmigten Planurkunde ergeben. Die Ausfertigung muß der ortsüblichen Bekanntmachung vorausgehen [16]. Auch Änderungen des ausgefertigten Bebauungsplans müssen ausgefertigt werden [17]. Eine Verkündung von Rechtsnormen ist durch das Rechtsstaatsprinzip gefordert. Hierdurch soll gewährleistet werden, daß die Rechtsvorschriften der Öffentlichkeit in einer Weise förmlich zugänglich gemacht werden, die es den Betroffenen ermöglicht, sich verläßlich Kenntnis von ihrem Inhalt zu verschaffen.

Daß bei §214 Abs.1 Satz1 Nr.4 BauGB nicht auf eine eng verstandene Wortauslegung abgestellt werden kann, zeigt die Rechtsprechung zu den beachtlichen Folgen eines Ausfertigungsmangels. Über den Hinweiszweck der Bekanntmachung hinaus bedarf es zur Klarstellung des Regelungsinhalts des Plans einer Planausfertigung, ohne deren vorheriges Vorliegen eine wirksame Bekanntmachung nicht erfolgen kann. Diese Rechtsprechung hat gerade den Grund, das mit der Bekanntmachung bewirkte Inkrafttreten der Planung von einer vorherigen eindeutigen Fixierung der Planung in einer Ausfertigung abhängig zu machen. Unklarheiten über den Inhalt der Planung und die Gefahr von Plandivergenzen sollen hierdurch vermieden wer-

den. Nichts anderes muß aber auch für die Anforderungen an das Genehmigungsverfahren gelten. Es reicht daher nicht aus, daß überhaupt eine Genehmigung erteilt ist. Sie muß vielmehr ohne Divergenzen zu dem vom Rat beschlossenen Planwerk passen.

5. Plandivergenzen durch eine geänderte Gesetzgebung, Rechtsprechung oder Auslegung

Divergenzen im Verständnis der Regelungen des Plans können sich auch durch eine geänderte Gesetzgebung, Rechtsprechung oder Auslegung des Plans ergeben. Wird etwa den Darstellungen des Flächennutzungsplans oder den Festsetzungen des Bebauungsplans im Nachhinein ein ganz anderer Inhalt unterschoben, so treten Plandivergenzen auf, die ebenfalls zur Gesamt- oder Teilunwirksamkeit der kommunalen Bauleitplanung führen.

Eine nachträgliche Änderung des Inhalts der Regelungen des Bebauungsplans durch den Gesetzgeber ist bereits aus verfassungsrechtlichen Gründen unzulässig. So hat das Bundesverwaltungsgericht die Überleitungs Vorschrift in §25c Abs.2 BauNVO 1990, wonach in Gebieten mit alten Bebauungsplänen die Überschreitung der zulässigen Geschoßfläche durch Flächen von Aufenthaltsräumen in anderen als Vollgeschossen zugelassen werden konnte, wenn öffentliche Belange nicht entgegenstanden, für verfassungswidrig erklärt [18]. Für eine solche Regelung fehle in §9a BauGB eine Ermächtigungsgrundlage, weil diese nicht zum Erlaß von Rechtsvor-

[16] BVerwG, Beschluß v. 9.5.1996 – 4 B 60.96 –, BauR 1996, 670 = NVwZ-RR 1996, 630. Zur Ausfertigung sowohl vor und nach der Bekanntmachung Beschluß v. 27.10.1998 – 4 BN 46.98 –, BRS 60, Nr.41 = NVwZ-RR 1999, 161; VGH Mannheim, Urteil v. 18.9.1998 – 8 S 1575/98 –, VGHBW RSprDienst 1998, Beilage 12 B 7 = BauR 2000, 1238 – Streuobstwiese. Bundesrecht enthält dazu nur einen allgemeinen Rahmen. Art und Umfang der Verkündung richten sich nach Landesrecht, so BVerwG, Beschluß v. 6.12.1996 – 4 NB 41.96 –, NuR 1997, 570. Das Landesrecht kann sowohl den Bürgermeister als auch den Gemeindedirektor zur Ausfertigung ermächtigen, BVerwG, Beschluß v. 27.1.1998 – 4 NB 3.97 –, BauR 1998, 477 = DVBl. 1998, 891. Redaktionsversehen können durch erneute Bekanntmachung berichtigt werden. Die Ausfertigung hat nach Ansicht des OVG Bautzen, Urteil v. 31.7.1997 – 1 S 56/94 –, BRS 59, Nr.257 = SächsVBl. 1998, 59 die Aufgabe, mit öffentlich-rechtlicher Wirkung zu bezeugen, daß der textliche und der zeichnerische Inhalt der Urkunde mit dem Willen des Rechtsetzungsberechtigten übereinstimmt (Identitätsnachweis) und die für die Rechtswirksamkeit maßgeblichen Umstände beachtet sind (Verfahrensnachweis).

[17] OVG Lüneburg, Urteil v. 21.4.1998 – 1 K 1087/96 –, BRS 60, Nr.40 = NdsRpfl. 1998, 245.

[18] BVerwG, Urteil v. 27.2.1992 – 4 C 43.87 –, BVerwGE 90, 57 = BauR 1992, 472 = DVBl. 1992, 727 – Tiefgaragenbonus; Stüer, Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, Rdnr.557.

schriften ermächtigt, die unmittelbar gegenüber dem Bürger gelten und eine bereits durch Erlaß eines Bebauungsplans geschaffene Rechtslage verändern. Die vorgenannten verfassungsrechtlichen Überlegungen haben wohl auch zur Nichtigkeit der Überleitungsregelung in § 25 c Abs. 3 BauNVO 1990 geführt, weil auch mit dieser Vorschrift dem Bebauungsplan im nachhinein – hinsichtlich der Vergnügungsstätten – ein anderer Inhalt untergeschoben werden sollte [19]. Die Gemeinde erläßt daher den Bebauungsplan immer auf der Grundlage der im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Satzung gültigen Fassung. Eine spätere Änderung der BauNVO führt nicht sozusagen automatisch dazu, daß die jeweilige Neufassung der BauNVO dem Bebauungsplan untergeschoben wird. Es bedarf vielmehr eines ausdrücklichen Änderungs- bzw. Umstellungsverfahrens [20].

Auch im nichtbeplanten Innenbereich kann bei der Beurteilung der planungsrechtlichen Zulässigkeit eines Vorhabens nach § 34 Abs. 1 BauGB nicht rechtssatzartig auf die jeweils neueste Fassung der BauNVO zurückgegriffen werden. Denn nicht die Wertung des Ordnungsgebers, sondern die des Gesetzgebers ist bei einer unterschiedlich geprägten Umgebung nach § 34 Abs. 1 BauGB entscheidend [21]. Zwar verweist § 34 Abs. 2 BauGB hinsichtlich der Art der baulichen Nutzung auf die Regeln der jeweils geltenden BauNVO, wenn die Eigenart der näheren Umgebung einem der in ihr bezeichneten Baugebiete entspricht. Fehlt es jedoch an dieser Voraussetzung, so kann auf die geänderte BauNVO weder bei vorher erlassenen Satzungsrecht der Gemeinde noch im nichtbeplanten Innenbereich nach § 34 Abs. 1 BauGB unmittelbar zurückgegriffen werden. Die Neuregelungen der BauNVO können nur zur Auslegung herangezogen werden, den Inhalt des Einfügensgebotes jedoch nicht ändern [22].

Dasselbe muß gelten, wenn durch eine neue Rechtsprechung die zuvor getroffenen Regelungen aus der Sicht des Plangebers in einem anderen Lichte erscheinen oder der Plangeber selbst im nachhinein seinen Darstellungen bzw. Festsetzungen eine Auslegung beilegt, die im eindeutigen Widerspruch zu derjenigen steht, die dem Bauleitplanverfahren zugrunde lag. Während in Zweifelsfra-

gen eine aktualisierende Auslegung eingreifen kann, ist dieser Rahmen bei eindeutigen Abweichungen gegenüber der Auslegung des Plangebers überschritten. Solche Plandivergenzen führen zu inhaltlichen Fehlern, wenn sich die Neubewertung gegenüber der damaligen Einschätzung durchsetzt, oder es verbleibt bei der bisherigen Bewertung, wenn die Neubewertung aus Rechtsgründen nicht durchgreift. Nachträgliche Gesetzesänderungen können eine inhaltliche Änderung der Darstellungen des Flächennutzungsplans und der Festsetzungen des Bebauungsplans nicht bewirken. Es ist vielmehr der ursprüngliche Planinhalt maßgeblich. Wird durch die Rechtsprechung die Auslegung des Planinhalts geändert, so ergeben sich daraus beachtliche Plandivergenzen, wenn der Plangeber erkennbar von einem anderen Planinhalt ausgegangen ist und der Planinhalt allgemein anders verstanden wurde. Auch wenn der Plangeber selbst im nachhinein seinen Darstellungen bzw. Festsetzungen einen anderen Inhalt unterschiebt, treten beachtliche Plandivergenzen auf.

Denn wenn der Inhalt des Plans von dem nach außen erklärten Willen des Plangebers nicht übereinstimmt, liegt eine beachtliche Plandivergenz vor, die zur Unwirksamkeit des Bauleitplans führt.

6. Plandivergenzen als „Ewigkeitsfehler“

Plandivergenzen sind „Ewigkeitsfehler“ und sind daher auch nach Ablauf der Rügefristen des § 215 BauGB zu beachten. § 215 BauGB nimmt Verfahrensfehler nach § 214 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 BauGB im Hinblick auf den Beschluß der Gemeinde über den Flächennutzungsplan oder die Satzung, die Genehmigungserteilung und die Bekanntmachung von dem zweijährigen Rügeerfordernis ausdrücklich aus. Daher sind Fehler, die beim Zustandekommen dieser Verfahrenserfordernisse aufgetreten sind, unabhängig von einer auf

[19] OVG Münster, Urteil v. 23.10.1991 – 7 A 1592/90 –, BauR 1992, 336.

[20] VGH München, Urteil v. 23.12.1998 – 26 N 98.1675 –, NVwZ-RR 2000, 79.

[21] BVerwG, Urteil v. 23.4.1969 – 4 C 12.67 –, BVerwGE 32, 31; Urteil v. 15.12.1994 – 4 C 13.93 –, BauR 1995, 361 = DVBl. 1995, 515 – Spielhalle.

[22] BVerwG, Urteil v. 15.12.1994 – 4 C 13.93 –, BauR 1995, 361 = DVBl. 1995, 515 – Spielhalle; Beschluß v. 21.12.1992 – 4 B 182.92 –, Buchholz 406.12 § 1 BauNVO Nr. 15; Stürer, Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, S. 558.

zwei Jahre befristeten entsprechenden Rüge zu beachten. Beachtliche Divergenzen, die im Zusammenhang mit dem Genehmigungsverfahren und der Bekanntmachung auftreten, sind daher unabhängig von einer darauf gerichteten Rüge beachtlich. Für Divergenzen innerhalb des Planwerks gilt im Ergebnis nichts anderes. Weisen die Darstellungen des Flächennutzungsplans oder die Festsetzungen des Bebauungsplans Divergenzen auf, ist der Inhalt des Plans widersprüchlich mit der Folge, daß die entsprechenden Darstellungen bzw. Festsetzungen nicht gelten. Auf eine Rüge kommt es daher nicht an. Sind Divergenzen zwischen den Darstellungen und der in der Begründung zum Ausdruck kommenden Abwägung aufgetreten, so handelt es sich um inhaltliche Abwägungsfehler, weil die Regelungen und die Abwägungsgrundlagen nicht übereinstimmen. Nur für Mängel im Abwägungsverfahren gilt aber nach § 215 Abs. 1 Nr. 3 BauGB 2004 das Erfordernis einer Rüge innerhalb einer Zweijahresfrist. Plandivergenzen führen daher nach § 215 Abs. 1 BauGB zu auf Dauer angelegten Wirksamkeitshindernissen.

Plandivergenzen auf Grund einer geänderten Gesetzgebung, Rechtsprechung oder Auslegung sind auch deshalb „Ewigkeitsfehler“, weil sie nicht lediglich das Planaufstellungsverfahren betreffen [23], sondern zugleich eine inhaltliche Abweichung dokumentieren, die nach §§ 214, 215 BauGB unabhängig von einer fristgerecht erhobenen Rüge beachtlich sind. Das gilt auch dann, wenn die Divergenzen den Inhalt des Flächennutzungsplans betreffen, aus dem bereits ein Bebauungsplan entwickelt worden ist. Denn inhaltliche Fehler der Planung durch Plandivergenzen werden von den Wirksamkeits- bzw. Unbeachtlichkeitsregelungen in §§ 214, 215 BauGB nicht erfaßt. Rügefristen könnten zudem erst dann zu laufen beginnen, wenn die inhaltliche Abweichung im Verständnis der Ursprungsplanung nach außen dokumentiert und förmlich allgemein bekannt gemacht worden ist.

[23] Dazu Battis, in: Battis/Krautzberger/Löhr, § 214 BauGB Rdnr. 13.

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht Dr. Thomas Reichelt, Hamburg

Praxisprobleme der Neufassung des § 34 Abs. 3 BauGB: Geplante zentrale Versorgungsbereiche als Schutzgut? Kumulierte Auswirkungen mehrerer geplanter Vorhaben als Zulassungshindernis?

Mit der Neufassung des § 34 Abs. 3 BauGB durch das EAG Bau zum 20.7.2004 [1] hat die Baugenehmigungsbehörde für Vorhaben im unbeplanten Innenbereich zusätzlich zu prüfen, ob von einem nach § 34 Abs. 1 oder Abs. 2 BauGB grundsätzlich zulässigen Vorhaben schädliche Auswirkungen auf zentrale Versorgungsbereiche in der Standortgemeinde oder in anderen Gemeinden zu erwarten sind. In der Praxis ist neben den insbesondere in der Literatur schon verschiedentlich in neueren Stellungnahmen erörterten Fragen der Qualität „schädlicher Auswirkungen“ [2] und der Übertragbarkeit der Vermutungsregelung des § 11 Abs. 3 Satz 3 BauNVO [3] die Frage noch weitgehend ungeklärt, welchen Realisierungs- oder Planungsstand zentrale Versorgungsbereiche einer Gemeinde haben müs-

sen, um einem hinzutretenden Vorhaben über § 34 Abs. 3 BauGB entgegengehalten werden zu können. Hiermit befaßt sich bislang allein eine Entscheidung des VG Düsseldorf vom 15.11.2004 [4], ohne allerdings auf Grund der dort vorliegenden tatsächlichen Verhältnisse diese Frage letztlich beantworten zu müssen. Ist für den Bauantragsteller daher der Gewährleistungsgehalt des Art. 14 Abs. 1 GG in Frage gestellt?

[1] BGBl. I, 1359.

[2] Halama, „Die Metamorphose der 'Krabbenkamp'-Formel in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts“, DVBl. 2004, 79, 81; Uechtritz, „Neuregelungen im EAG-Bau zur standortgerechten Steuerung des Einzelhandels“, NVwZ 2004, 1025, 1029 ff.; Moench/Sandner, „Die Planung und Zulassung von Factory-Outlet-Centern“, NVwZ 1999, 337 ff.

[3] Uechtritz, a. a. O., S. 1031.

[4] VG Düsseldorf v. 15.11.2004 – 4 K 4311/03 –, (abrufbar über die Rechtsprechungsdatenbank NRW unter).