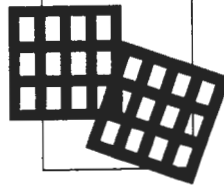


Rechtsverstöße bei städtebaulichen Planungen – Beachtlichkeit, Heilung und Nichtigkeit



Rechtsverstöße bei städte- baulichen Planungen – Beachtlichkeit, Heilung und Nichtigkeit

Herausgegeben von Willy Spannowsky und Andreas Hofmeister

DER JURISTISCHE VERLAG

lexxion

- BERLIN
- BRÜSSEL

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Das Werk ist urheberrechtlich geschützt. Die dadurch begründeten Rechte, insbesondere die der Übersetzung, des Nachdrucks, der Entnahme von Abbildungen, der Funksendung, der Wiedergabe auf fotomechanischem oder ähnlichem Wege und der Speicherung in Datenverarbeitungsanlagen, bleiben vorbehalten.

Das Werk wurde mit größter Sorgfalt zusammengestellt, dennoch übernimmt der Verlag keine Haftung für inhaltliche und drucktechnisch bedingte Fehler.

ISBN: Print 978-3-869 65-304-4
E-Book 978-3-869 65-305-1

© 2017 Lexxion Verlagsgesellschaft mbH · Berlin
www.lexxion.de

Umschlag: Tozman Satz & Grafik, Berlin
Satz: Susanne Bonnet, Berlin

Vorwort

Gerichtlich festgestellte unheilbare Rechtsverstöße ziehen die Unwirksamkeit städtebaulicher Pläne nach sich. Es gibt jedoch eine Reihe zwar beachtlicher, aber sowohl im planungs- als auch im gerichtlichen Kontrollverfahren heilbarer Verfahrens- und Abwägungsmängel, welche die Planer und Juristen, die in der Praxis mit der städtebaulichen Planung zu tun haben, kennen sollten, weil mit der Heilung die gerichtliche Feststellung der Unwirksamkeit vermieden werden kann. Der vorliegende Band ist anlässlich der unter der Schirmherrschaft des Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit (BMUB) am 13. September 2016 an der Technischen Universität Kaiserslautern durchgeführten Tagung „Rechtsverstöße bei städtebaulichen Planungen – Beachtlichkeit, Heilung und Nichtigkeit“ entstanden und enthält die von den Referenten schriftlich ausgearbeiteten Fassungen der Vorträge. Gegenstand der Fachtagung, die sich als Fach- und Weiterbildungsveranstaltung sowohl an Stadtplanerinnen und Stadtplaner, die in den Kommunalverwaltungen und Planungsbüros beschäftigt sind, als auch an auf dem Gebiet des Städtebaurechts tätige Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte richtet, war es, die beachtlichen von den unbeachtlichen Fehlern abzugrenzen und die Heilungsmöglichkeiten auszuleuchten. Behandelt wurden außerdem die Konsequenzen, die die Informationsfreiheitsgesetze der Länder – in Rheinland-Pfalz seit dem 1. Januar 2016 das Landestransparenzgesetz (LTranspG) – für die Kommunen haben.

Prof. Dr. Willy Spannowsky
Dr. Andreas Hofmeister

Inhalt

Vorwort	V
Form-, Verfahrens- und inhaltliche Fehler und deren Folgen für die Wirksamkeit städtebaulicher Planungen	1
<i>Michael Zimmer</i>	
Behebung von Fehlern in Bauleit- und Raumordnungsplänen im ergänzenden Verfahren nach § 214 Abs. 4 BauGB und § 12 Abs. 6 ROG	17
<i>Dr. A. Thorsten Jobs</i>	
Absolute, zur Nichtigkeit eines städtebaulichen Plans führende Rechtsverstöße	39
<i>Prof. Dr. Bernhard Stür</i>	
Konsequenzen des EuGH-Urteils vom 15.10.2015 – C-137/14 (Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland) für die Bauleitplanung	63
<i>Dr. Alexander Kukk</i>	
Mängel des Umweltberichtes und deren mögliche Rechtsfolgen für umweltprüfpflichtige städtebauliche Pläne	75
<i>Prof. Dr. Hans-Jörg Birk</i>	
Folgen von Fehleinschätzungen bei der Anwendung des vereinfachten und beschleunigten Verfahrens (§§ 13, 13a BauGB)	87
<i>Prof. Dr. Wilhelm Söfker</i>	
Transparenzanforderungen für Gemeinden – Rechtsfragen im Zusammenhang mit den Informationsfreiheitsgesetzen	99
<i>Prof. Dr. Willy Spannowsky</i>	

Absolute, zur Nichtigkeit eines städtebaulichen Plans führende Rechtsverstöße

*Prof. Dr. Bernhard Stüer**

- I. Fehlerbeachtlichkeit nach § 214 BauGB
- II. Unbeachtliche Verfahrensverstöße
- III. Fristen für die Geltendmachung von Fehlern – Fehlerbehebung (§§ 215, 214 Abs. 6 BauGB)
- IV. Fehlerbehebung nach § 214 Abs. 4 BauGB
- V. Grenzen der Planreparatur
- VI. Verstoß gegen Europarecht als Beispiel eines zur absoluten Nichtigkeit führenden Plans

Bebauungspläne werden bei ihrer Ungültigkeit in einem Normenkontrollverfahren nach § 47 VwGO für unwirksam erklärt. In diesem Fall ist die Entscheidung allgemein verbindlich und die Entscheidungsformel von der Gemeinde ebenso zu veröffentlichen wie die Rechtsvorschrift bekannt zu machen wäre (§ 47 Abs. 5 VwGO). Das gilt auch für Flächennutzungspläne, die nach den gesetzlichen Regelungen nicht nichtig, sondern grundsätzlich lediglich unwirksam sind mit der Möglichkeit, sie in einem ergänzenden Verfahren zu heilen. Dabei schließen Heilungsmöglichkeiten nach § 214 BauGB eine Nichtigkeit der städtebaulichen Pläne aus. Der Beitrag behandelt die Frage, ob es gleichwohl Rechtsverstöße gibt, die nicht geheilt werden können und daher in der Sache zur Nichtigkeit der Pläne führen – auch wenn der Plan formal nach § 47 VwGO nur für unwirksam erklärt werden kann oder erklärt worden ist.

* Rechtsanwalt und Notar, Münster/Osnabrück.

I. Fehlerbeachtlichkeit nach § 214 BauGB

§ 214 BauGB enthält einen *numerus clausus* der Fehlerbeachtlichkeit. Für die Wirksamkeit der Bauleitplanung ist danach nur noch die Einhaltung bestimmter Anforderungen erforderlich. Alle anderen Vorschriften des BauGB, die im Verfahren der Aufstellung, Änderung, Ergänzung oder Aufhebung der Bauleitpläne zu beachten sind, richten sich zwar an die Gemeinde und sind auch bei der Rechtskontrolle im Genehmigungs- bzw. Anzeigeverfahren zu berücksichtigen (§ 216 BauGB). Für die Wirksamkeit der Bauleitpläne spielen die nicht in § 214 Abs. 1 BauGB genannten Wirksamkeitsvoraussetzungen im Bereich der Form- und Verfahrensfehler demgegenüber keine Rolle mehr. Dies entlastet die gerichtliche Kontrolle von einer Überprüfung aller möglichen Verstöße, die im Rahmen des Verfahrens vorgekommen sein können, und konzentriert die Prüfung von Form- und Verfahrensfehlern auf die in § 214 Abs. 1 BauGB benannten Wirksamkeitsvoraussetzungen. § 215 BauGB sieht zudem eine Rügenotwendigkeit für das Geltendmachen der Verletzung bestimmter Vorschriften innerhalb eines Jahres vor (§§ 214 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 bis Nr. 3, 214 Abs. 2 BauGB). Auch beachtliche Mängel des Abwägungsvorgangs (§ 214 Abs. 3 S. 2 BauGB) sind innerhalb dieser Jahresfrist unter Darlegung des Sachverhalts schriftlich gegenüber der Gemeinde geltend zu machen.

Die gerichtliche Kontrolle wird damit im Bereich der Form- und Verfahrensfehler (lediglich) auf die in § 214 BauGB bezeichneten Wirksamkeitsvoraussetzungen konzentriert. Alle anderen Verstöße gegen Verfahrens- oder Formvorschriften sind für die Wirksamkeit der Bauleitpläne nicht beachtlich.¹ Unabhängig von einer speziellen gesetzlichen Regelung einer Fehlerfolgenbegrenzung führt nicht jeder Verstoß gegen Verfahrensvorschriften für sich genommen zur Aufhebung der Bauleitplanung. Hinzukommen muss vielmehr, dass sich der formelle Mangel auf die Entscheidung in der Sache ausgewirkt haben kann (§ 214 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, Abs. 3 S. 2 Halbs. 2 BauGB). Der danach erforderliche Kausalzusammenhang ist nur gegeben, wenn nach den Umständen des Einzelfalls die konkrete Möglichkeit besteht, dass die planende Gemeinde ohne den Ver-

¹ Zur Behandlung von Mängeln der Abwägung bei der Aufstellung von Bauleitplänen im Planerhaltungssystem des EAG Bau Özdemir, Diss. 2009; *Stelkens* UPR 2005, 81. Zum Fehlerfolgenregime des § 214 BauGB *Kupfer*, Verw 28, 493 (2005).

fahrensfehler anders entschieden hätte.² Eine solche konkrete Möglichkeit einer anderen Sachentscheidung kommt nur dann in Betracht, wenn sich aufgrund erkennbarer und naheliegender Umstände eine solche Entwicklung abzeichnet.³ Allerdings können durch zwingendes Landesrecht zusätzliche Anforderungen an die Wirksamkeit des kommunalen Satzungsrechts in dem Sinne gestellt werden, dass bei einem Verweis des Bundesrechts auf das Landesrecht die danach einzuhaltenden Wirksamkeitsvoraussetzungen zu beachten sind.⁴

Die Regelungen sind zugleich Ausdruck eines Grundsatzes, wonach sich die gerichtliche Kontrolle nicht ungefragt auf Fehlersuche begeben sollte.⁵ Bei der Kalkulation von Abgaben – so urteilt das BVerwG an einer für die Planungsrechtler vielleicht etwas versteckten Stelle – steht dem kommunalen Satzungsgeber ein Prognosespielraum zu, der gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbar ist. Eine ungefragte gerichtliche Fehlersuche ist im Zweifel dann nicht sachgerecht, wenn sie das Rechtsschutzbegehren des Klägers aus den Augen verliert. Es entspricht in der Regel einer sachgerechten Handhabung der gerichtlichen Kontrolle, die Abgabekalkulation eines kommunalen Satzungsgebers nicht ungefragt einer Detailprüfung zu unterziehen.⁶ Das überzeugt.

§ 214 Abs. 1 und Abs. 2 BauGB macht die Wirksamkeit der Bauleitpläne nur von der Einhaltung bestimmter Verfahrens- oder Formvorschriften abhängig. Die einzelnen Verfahrens- und Formerfordernisse werden dabei zu Gruppen zusammengefasst. Es handelt sich um die Einhaltung von Mindestanforderungen:

- der Ermittlung und Bewertung der Belange (§ 214 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BauGB),
- der förmlichen Öffentlichkeits- und Behördenbeteiligung (§ 214 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BauGB),
- des Vorhandenseins einer Begründung zum Flächennutzungsplan (§ 5 Abs. 5 BauGB) und zum Bebauungsplan und eines Umweltberichts, der in den für die Abwägung beachtlichen Punkten vollständig ist (§ 9 Abs. 8 BauGB, § 214 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BauGB),

2 BVerwG, Urteil vom 30.5.1984 – 4 C 58.81, BVerwGE 69, 256 (Flughafen München II); Urteil vom 5.12.1986 – 4 C 13.85, BVerwGE 75, 214 (Flughafen München II); Urteil vom 18.12.1987 – 4 C 9.86, BVerwGE 78, 347; Beschluss vom 24.6.1993 – 4 B 114.93, VkB1.1995, 210.

3 BVerwG, Beschluss vom 22.6.1993 – 4 B 257.92, EG-UVP.

4 BVerwG, Beschluss vom 14.4.1988 – 4 N 4.87, BVerwGE 79, 200.

5 BVerwG, Urteil vom 7.9.1979 – IV C 7.77, BauR 1980, 40 = DVBl 1980, 230 (Fehlersuche).

6 BVerwG, Urteil vom 17.4.2002 – 9 CN 1.01, BVerwGE 116, 188 = DVBl 2002, 1409 (ungefragte Fehlersuche).

- der Einhaltung des Genehmigungs- und Bekanntmachungsverfahrens⁷ (§ 214 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BauGB) und
- des Entwicklungsgebots (§ 214 Abs. 2 BauGB).⁸

Alle anderen Verfahrens- oder Formvorschriften, die das BauGB für die Aufstellung, Änderung, Ergänzung oder Aufhebung von Bauleitplänen enthält, haben auf die Rechtswirksamkeit der Bauleitpläne keinen Einfluss. Das BauGB hält damit Form- und Verfahrensvorschriften bereit, die zwar i.S.v. Ordnungsvorschriften bei der Aufstellung der Bauleitpläne beachtet werden sollen, die aber sanktionslos sind und nicht die Unwirksamkeit der diese (zusätzlichen) Anforderungen nicht einhaltenden Pläne zur Folge haben. Die sanktionsbewehrten Beachtensregelungen werden damit zu sanktionslosen Sollensvorschriften. Die Vorstellung von sanktionslosen Normen in der Bauleitplanung hat zwar zunächst in der Literatur teilweise einen gewissen Sturm der Entrüstung ausgelöst. Die Rechtsfigur der sanktionslosen Norm und der reinen Ordnungsvorschrift ist jedoch in der Rechtsprechung des BVerwG und des BGH allgemein anerkannt. Dabei sind allerdings die sich aus dem Abwägungsgebot ergebenden Anforderungen einzuhalten, die auch durch die Begrenzung der Fehlerfolgen i.S.v. von Wirksamkeitsvoraussetzungen nicht für unbeachtlich erklärt werden können.⁹ Ist die Abwägung etwa fehlerhaft, weil zu berücksichtigende wesentliche Belange nicht eingestellt oder fehlerhaft bewertet worden sind oder der Ausgleich zwischen den Belangen offenbar disproportional ist, dann ist ein solcher Abwägungsfehler nicht wegen des numerus clausus der beachtlichen Form- und Verfahrensfehler unbeachtlich.

Die Wirksamkeitsvoraussetzungen für den Bebauungsplan der Innenentwicklung nach § 13a BauGB¹⁰ sind der vereinfachten Änderung von Plänen nach § 13 BauGB weitgehend gleichgestellt.¹¹ So war nach der BauGB-Novelle 2007 eine fehlerhafte Beurteilung der Voraussetzungen für den Bebauungsplan der Innenentwicklung bei der Öffentlichkeits- oder Behördenbeteiligung (§ 214

7 Fehler im ggf. landesrechtlich erforderlichen Anzeigeverfahren sind für die Wirksamkeit des Bauleitplans ohne Belang.

8 Zum Bebauungsplan der Innenentwicklung vgl. ergänzend § 214 Abs. 2a BauGB. Zur Wirksamkeit von Bauleitplänen bei Fehlen oder Unwirksamkeit von Raumordnungsplänen *Schlarmann/Krappel*, NordÖR 2009, 143.

9 *Stüer*, DVBl 1985, 469.

10 *Stüer*, Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, 5. Aufl. 2015, Rn. 956.

11 *Kuchler*, BauR 2007, 835.

Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BauGB) und beim Entwicklungsgebot (§ 214 Abs. 2a Nr. 1 BauGB) ebenso unbeachtlich wie ein unterbliebener Hinweis nach § 13a BauGB (§ 214 Abs. 2a Nr. 2 BauGB).

In § 214 Abs. 3 BauGB werden Regelungen für die Beachtlichkeit von Abwägungsfehlern getroffen, die systematisch mit dem Abwägungsgebot in § 1 Abs. 7 BauGB im Zusammenhang stehen. Für die Abwägung ist die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der Beschlussfassung über den Flächennutzungsplan oder die Satzung maßgebend. Mängel, die Gegenstand der Regelung in § 214 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BauGB sind, können nicht als Mängel der Abwägung geltend gemacht werden; im Übrigen sind Mängel im Abwägungsvorgang nur erheblich, wenn sie offensichtlich und auf das Abwägungsergebnis von Einfluss gewesen sind.

II. Unbeachtliche Verfahrensverstöße

Im Umkehrschluss zu § 214 Abs. 1 BauGB sind u.a. folgende Verfahrensverstöße unbeachtlich:

- Ein von der Planung berührter Belang ist in für die Planungsentscheidung nur unwesentlichen Punkten nicht zutreffend ermittelt oder bewertet worden (§ 214 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BauGB).
- Ein nicht zutreffend ermittelter oder bewerteter Belang hat das Ergebnis des Verfahrens nicht beeinflusst oder die nicht zutreffende Ermittlung oder Bewertung eines Belangs ist als Mangel nicht offensichtlich (§ 214 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BauGB).
- Einzelne Personen, Behörden oder sonstige Träger öffentlicher Belange wurden nicht beteiligt und die entsprechenden Belange waren unerheblich oder sind in der Entscheidung berücksichtigt worden (§ 214 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 Halbs. 2 BauGB).
- Bei der öffentlichen Bekanntmachung zur förmlichen Öffentlichkeitsbeteiligung nach § 3 Abs. 2 BauGB fehlen nur einzelne Angaben dazu, welche Arten umweltbezogener Informationen verfügbar sind (§ 214 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 Halbs. 2 BauGB).
- Im vereinfachten Verfahren nach § 13 BauGB wurde die Angabe nach § 13 Abs. 3 S. 2 BauGB darüber, dass von einer Umweltprüfung abgesehen wird, unterlassen (§ 214 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 Halbs. 1 und 2 BauGB).
- Die Voraussetzungen für die Durchführung der Beteiligung nach den Vorschriften des § 4 a III 4 BauGB oder des § 13 BauGB wurden verkannt (§ 214 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 Halbs. 2 BauGB).

- Die Begründung des Flächennutzungsplans oder der Satzung oder ihres Entwurfs – mit Ausnahme des Umweltberichts – ist unvollständig (§ 214 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 Halbs. 2 BauGB) oder der Umweltbericht als gesonderter Teil der Begründung ist nur in unwesentlichen Punkten unvollständig (§ 214 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 Halbs. 3 BauGB). Unbeachtlich ist die Unvollständigkeit des Umweltberichts etwa, wenn der Umweltbericht zwar nicht ausdrücklich die in den Nrn. 1 und 3 a und c der Anlage 1 zum BauGB genannten Angaben enthält, die Begründung des Flächennutzungsplans oder der Satzung oder ihr Entwurf aber an anderer Stelle vorliegt. Auch fehlende Angaben über die geplanten Maßnahmen zur Überwachung der erheblichen Auswirkungen des Bauleitplans auf die Umwelt nach Nummer 3 b der Anlage zu § 2 Abs. 4, §§ 2a und 4c BauGB sind regelmäßig unbeachtlich, weil sie sich nicht auf das Ergebnis ausgewirkt haben (§ 214 Abs. 3 S. 2 BauGB).

Zu den in § 214 Abs. 1 S. 1 BauGB nicht genannten und daher von vornherein unbeachtlichen Verfahrens- und Formfehlern gehören insbesondere:

- Fehler bei der Festlegung des Umfangs und Detaillierungsgrades der Ermittlung und Bewertung der Belange des Umweltschutzes durch die Gemeinde nach § 2 Abs. 4 S. 2 BauGB,
- Fehler bei der Durchführung der frühzeitigen Öffentlichkeits- und Behördenbeteiligung nach den §§ 3 Abs. 1 sowie 4 Abs. 1 BauGB.

Außerdem sind auch folgende Fehler für die Rechtswirksamkeit des Bauleitplans unbeachtlich:

- Fehler in der zusammenfassenden Erklärung nach den §§ 6 Abs. 5, 10 Abs. 4 BauGB.
- Fehler bei der Überwachung der erheblichen Auswirkungen der Durchführung des Bauleitplans auf die Umwelt nach § 4c BauGB.
- Unbeachtlich für die Rechtswirksamkeit der Bauleitpläne sind außerdem die in § 214 Abs. 2 BauGB genannten Verletzungen des Entwicklungsgebots.

III. Fristen für die Geltendmachung von Fehlern – Fehlerbehebung (§§ 215, 214 Abs. 6 BauGB)

Neben einem numerus clausus der Fehler in § 214 BauGB bestimmt § 215 Abs. 1 BauGB, dass bestimmte Fehler nur auf entsprechende Rüge beachtlich sind. Bei Inkraftsetzung des Flächennutzungsplans und der Satzung ist darauf hinzuwei-

sen (§ 215 Abs. 2 BauGB). Außerdem enthält § 214 Abs. 4 BauGB¹² Möglichkeiten der Verfahrenswiederholung oder eines ergänzenden Verfahrens bei erkannter Fehlerhaftigkeit der Bauleitpläne.

Die einjährige Rügefrist gilt für folgende Fehler:¹³

- Eine nach § 214 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 bis 3 BauGB beachtliche Verletzung der dort bezeichneten Verfahrens- und Formvorschriften (§ 215 Abs. 1 Nr. 1 BauGB). Fehler nach § 214 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BauGB unterlagen bis zum Inkrafttreten des EAG Bau 2004 als Mängel des Abwägungsvorgangs einer siebenjährigen Rügefrist; für Fehler nach § 214 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 und 3 BauGB galt nach bisherigem Recht eine einjährige Rügefrist.
- Eine unter Berücksichtigung des § 214 Abs. 2 BauGB beachtliche Verletzung der Vorschriften über das Verhältnis des Bebauungsplans und des Flächennutzungsplans (§ 215 Abs. 1 Nr. 2 BauGB). Solche Fehler blieben nach früherem Recht immer beachtlich.

Nach § 214 Abs. 3 S. 2 BauGB unter Umständen beachtliche Mängel des Abwägungsvorgangs, soweit die Begriffe der Ermittlung und Bewertung nicht alle Anforderungen an das Abwägungsgebot¹⁴ erfassen (§ 215 Abs. 1 Nr. 3 BauGB)¹⁵. Solche Fehler unterlagen bis zum Inkrafttreten des EAG Bau 2004 einer siebenjährigen Rügefrist.

Nicht unter die einjährige Rügefrist fallen:

- Eine Verletzung der in § 214 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BauGB genannten Vorschriften ist immer beachtlich, da in diesen Fällen der Flächennutzungsplan oder die Satzung überhaupt nicht zustande kommt. Das Nichtvorliegen eines wirksamen Feststellungs- bzw. Satzungsbeschlusses, Fehler in einem erforderlichen Genehmigungsverfahren sowie eine fehlerhafte Bekanntmachung können daher nach wie vor auch nach Ablauf der Jahresfrist geltend gemacht werden und sind daher von Amts wegen zu prüfen (Ewigkeitsfehler).

12 Die Vorschrift ist aufgrund der Änderungen des BauROG 1998 aus dem früheren § 215 Abs. 3 BauGB hervorgegangen.

13 EAG Bau 2004 – Mustererlass 2004.

14 Zum Abwägungsgebot s. Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, 5. Aufl. 2015, Rn. 1442.

15 Zur Anwendung der Vorschrift des § 215 Abs. 1 Nr. 3 BauGB über das Geltendmachen von Mängeln im Abwägungsvorgang auf einen Bebauungsplan, dessen Aufstellung unter der Geltung des BauGB 1998 beschlossen wurde und der unter der Geltung des BauGB 2004 vor dem Inkrafttreten von dessen Änderung durch das Gesetz zur Erleichterung von Planungsvorhaben für die Innenentwicklung der Städte vom 21.12.2006 (BGBl I S. 3316) in Kraft getreten ist, VGH München, Urteil vom 19.6.2009 – 1 N 07.1552, KommunalPraxis BY 2009, 311 (Fußweg).

- Nicht durch Zeitablauf geheilt werden Mängel im Abwägungsergebnis, wenn also der Ausgleich zwischen den von der Planung berührten Belangen in einer Weise vorgenommen wird, die zur objektiven Gewichtigkeit einzelner Belange außer Verhältnis steht. Eine solche, schlechthin nicht haltbare Planungsentscheidung verstößt gegen das Abwägungsgebot des § 1 Abs. 7 BauGB, das als Ausdruck des Rechtsstaatsgebots eine gerechte Abwägung der berührten Interessen verlangt. Ein solcher Plan ist daher aus verfassungsrechtlichen Gründen ungültig. Dabei ist zu berücksichtigen, dass das Abwägungsgebot des § 1 Abs. 7 BauGB nicht bereits dadurch verletzt ist, dass sich die zur Planung berufene Gemeinde in der Kollision zwischen verschiedenen Belangen für die Bevorzugung des einen und damit notwendig für die Zurückstellung eines anderen Belangs entscheidet. Innerhalb des durch das Abwägungsgebot vorgegebenen Rahmens ist das Vorziehen und Zurücksetzen bestimmter Belange eine wesentliche planerische Entscheidung über die städtebauliche Entwicklung und Ordnung und damit ein Kernstück der kommunalen Planungshoheit.¹⁶

IV. Fehlerbehebung nach § 214 Abs. 4 BauGB

Nach § 214 Abs. 4 BauGB können der Flächennutzungsplan oder die Satzung durch ein ergänzendes Verfahren zur Behebung von Fehlern auch rückwirkend in Kraft gesetzt werden.¹⁷ Diese durch das EAG Bau, 2004 eingeführte Vorschrift geht weiter als frühere Regelungen. Während früher nur Form- und Verfahrensfehler rückwirkend geheilt werden konnten (§ 215a Abs. 2 BauGB 1998),¹⁸ können der Flächennutzungsplan und der Bebauungsplan nunmehr in einem gewissen Umfang auch rückwirkend in Kraft gesetzt werden (§ 214 Abs. 4 BauGB). Nach wie vor geht der Gesetzgeber von der Möglichkeit aus, dass die Gemeinde einen erkannten Fehler durch ein ergänzendes Verfahren heilen

16 BVerwG, Urteil vom 12.12.1969 – IV C 105.66, BVerwGE 34, 301 (Abwägung).

17 *Kuchler/Spieler*, KommJur 2006, 51; *Rosenkötter*, NZBau 2008, 372.

18 Zur Beschränkung der rückwirkenden Heilungsmöglichkeiten auf Form- und Verfahrensfehler nach § 215a Abs. 2 BauGB 1998 BVerwG, Urteil vom 18.4.1996 – 4 C 22.94, DVBl 1996, 960; vgl. bereits BVerwG, Urteil vom 23.5.1975 – IV C 51.73, Buchholz 406.11 § 125 BBauG Nr. 8 = DÖV 1975, 716; Urteil vom 5.12.1986 – 4 C 31.85, BVerwGE 75, 262 = Buchholz 406.11 § 155 a BBauG Nr. 5; *Bielenberg*, in: *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger*, Rn. 11 zu § 10 BauGB; *Gierkek*, in: *Brügelmann*, Rn. 39 zu § 10 BauGB; zum ergänzenden Verfahren *Battis*, in: *BKL*, § 214 BauGB Rn. 19; *Finkelnburg*, in: *Planung und Plankontrolle*, FS Schlichter, S. 301; wegen des Grundsatzes des Vertrauensschutzes zweifelnd auch *Gaentzsch*, in: *BerlKorn*, Rn. 7 zu § 10 BauGB.

kann. Die Voraussetzungen für eine solche Heilungsmöglichkeit sind allerdings im Gesetz nicht benannt. Fehler im Verfahren aber auch materielle Fehler können mit Wirkung für die Zukunft grundsätzlich geheilt werden. Das ergänzende Verfahren zur Behebung von Verfahrensmängeln bedarf nach den allgemeinen Grundsätzen der Planerhaltung im Regelfall nur der Durchführung bzw. Wiederholung jener Verfahrensschritte, deren Fehlen oder Mangelhaftigkeit die Rechtswidrigkeit der ursprünglichen Rechtsakte begründet hat. Dies geht auch für Ausfertigungsmängel.¹⁹ Allerdings kann ein Fehler so schwer wiegen, dass eine Reparatur des Bauleitplans nicht möglich erscheint. Nach der früheren Fassung des BauGB führte ein derartiger Fehler zur Nichtigkeit des Plans, während Fehler, die in einem ergänzenden Verfahren repariert werden konnten, (lediglich) zur Unwirksamkeit des Bauleitplans führten (§ 215 Abs. 1 BauGB 1998, § 47 Abs. 5 S. 2, S. 4 VwGO 1998). Die Unterscheidung zwischen Nichtigkeit und Unwirksamkeit des Bebauungsplans hat das EAG Bau 2004 aufgegeben. Nach § 47 Abs. 5 S. 2 VwGO erklärt das OVG im Normenkontrollverfahren den Bebauungsplan (lediglich) für unwirksam. Mit dieser einheitlichen Tenorierung ist allerdings nicht zugleich bewirkt, dass alle Fehler eines Planes jedenfalls für die Zukunft in einem ergänzenden Verfahren geheilt werden können. Vielmehr gibt es nach wie vor Fehler, die so schwer wiegen, dass ein ergänzendes Verfahren nicht möglich ist. Dies wird vor allem für schwere Abwägungsfehler gelten, wie sie sich etwa in Verstößen gegen das Konfliktbewältigungsgebot oder in anderen Unausgewogenheiten der Planung darstellen können. Auch der Verstoß gegen unüberwindbare Planungsleitsätze oder Belange des Habitat- oder Vogelschutzes kann im Einzelfall zu Mängeln führen, die durch ein ergänzendes Verfahren nicht behoben werden können. Dies gilt vor allem auch für Planungen, bei denen das ergänzende Verfahren die Grundzüge der Planung ändert. Während die Reparatur von Form- und Verfahrensfehlern in aller Regel gelingen kann, ist die Reparatur materieller Fehler daher entsprechend eingeschränkt. Das rückwirkende Inkraftsetzen darf den Plan auch nicht in einer für die Planbetroffenen unzulässigen Weise inhaltlich ändern.²⁰ Beschränkt sich das ergänzende Verfahren auf die Behebung des Verfahrensfehlers der fehlenden Genehmigung gemäß § 10 Abs. 1 i.V.m. § 8 Abs. 3 BauGB, bleibt der Zeitpunkt der erstmaligen Bekanntmachung auch dann maßgebend, wenn die Gemeinde vorsorglich in

19 OVG Bautzen, Urteil vom 9.3.2012 – 1 C 13/10, LKV 2012, 411 (LS) (umweltbezogene Stellungnahme); BVerwG, Beschluss vom 1.7.2008 – 4 BN 17.08, BauR 2008, 1850.

20 Stüer, Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, 5. Aufl. 2015, Rn. 1408.

eine erneute Abwägung eingetreten ist. Das gilt jedenfalls dann, wenn zum Zeitpunkt der ursprünglichen Beschlussfassung die Genehmigungsvoraussetzungen in der Sache zu bejahen sind oder es nach Bekanntmachung des Flächennutzungsplans einer Genehmigung nicht mehr bedarf.²¹

Auch ein vom OVG für unwirksam gehaltener Flächennutzungsplan kann durch Beseitigung der Mängel in einem ergänzenden Verfahren rückwirkend geheilt werden, selbst wenn der damalige Plan bereits inzwischen durch einen neueren Flächennutzungsplan außer Kraft getreten ist. Der Inhalt des rückwirkend erlassenen Plans muss allerdings vom Grundsatz her mit dem ursprünglich verabschiedeten Plan identisch sein. Soweit der rückwirkend reparierte Plan von dem Ursprungsplan abweicht, muss aus Gründen des Vertrauensschutzes²² sichergestellt werden, dass sich daraus für den Bürger keine Nachteile ergeben, mit denen er nach den Darstellungen des Ursprungsplans nicht zu rechnen hatte. Das LG Oldenburg hat daher im Hinblick auf die rückwirkende Reparatur des Flächennutzungsplans eine auf Amtshaftung gestützte Schadensersatzklage eines Landwirts abgewiesen, der im Hinblick auf die Unwirksamkeit des Ursprungsplans bestätigt durch das BVerwG einen Bauvorbescheid für eine Windkraftanlage erstritten hatte. Nach Rechtskraft des Verpflichtungsurteils trat die Gemeinde auf den Plan und reparierte den Flächennutzungsplan, was die Baugenehmigungsbehörde zu einer Vollstreckungsgegenklage veranlasste. Das Verwaltungsgericht gab daraufhin der Vollstreckungsgegenklage mit der Begründung statt, dass durch die inzwischen für die Zukunft erfolgte Reparatur des Flächennutzungsplans nachträglich Einwendungen gegen den Titel entstanden seien.²³ Beim Zivilgericht hatte der Landwirt mit seiner Schadensersatzklage keinen Erfolg. Mit der inzwischen auf der Grundlage des § 214 Abs. 4 BauGB 2004 durchgeführten rückwirkenden Heilung des Flächennutzungsplans seien möglichen Schadensersatzansprüchen die Grundlage entzogen. Zudem wurde die Klage im Hinblick auf ein rechtmäßiges Alternativverhalten²⁴ der

21 BVerwG, Beschluss vom 12.5.2009 – 4 BN 24.08 (Bekanntmachungszeitpunkt bei ergänzendem Verfahren).

22 BVerfG, Beschluss vom 14.5.1986 – 2 BvL 2/83, BVerfGE 72, 200 = DVBl 1986, 814 (Einkommensteuer); Beschluss vom 13.11.1990 – 2 BvF 3/88, BVerfGE 83, 89 = DVBl 1991, 201 (Beamtenbeihilfe).

23 In der Sprungrevision bestätigt durch BVerwG, Urteil vom 19.9.2002 – 4 C 10.01, BVerwGE 117, 44 = DVBl 2003, 201 = NVwZ 2003, 214 (Wangerland).

24 Haaß, NJW-Spezial 2008, 396.

planenden Gemeinde²⁵ abgewiesen.²⁶ Denn der Einzelne habe keinen Rechtsanspruch darauf, dass die Planung von Abwägungsfehlern begleitet sei.²⁷ Aus den Fehlern der öffentlichen Verwaltung darf daher zulasten der Allgemeinheit nicht einfach Kapital geschlagen werden. Die Grenzen für die Rückwirkung von Rechtssätzen, die sich aus dem im Rechtsstaatsprinzip verankerten Gebot des Vertrauensschutzes ergeben, lassen sich dabei nicht mithilfe nur eines einzigen Merkmals bestimmen, sondern müssen von Fallgruppe zu Fallgruppe festgelegt werden. Dazu gehört u.a., ob der Satzungsregelung in der Vergangenheit gleichartige Regelungsversuche vorangegangen sind und deshalb einem etwaigen Vertrauen der Betroffenen die Schutzwürdigkeit fehlt, namentlich wenn keine neue Steuer erhoben, sondern lediglich der Steuermaßstab geändert wird.²⁸

Im Rahmen des § 214 Abs. 4 BauGB ist eine erneute Abwägung erforderlich, wenn sich die Sach- oder Rechtslage seit dem früheren Beschluss rechtserheblich verändert hat. Die Gemeinde hat dann in ihrem Rechtsetzungsverfahren innezuhalten. Sie soll nicht ohne eine erneute Sachentscheidung eine Norm in Kraft setzen, deren Rechtsgehalt zweifelhaft geworden sein könnte.²⁹ Hinter dieser Auffassung steht der Gedanke, dass zwischen dem planerischen Abwägungsvorgang und dem Abwägungsergebnis, wie es in dem Inkraftsetzen eines Norminhaltes zum Ausdruck kommt, ein sachlicher Zusammenhang gewahrt bleiben muss. Dies gilt umso mehr, als sich vielfach die Frage der Rechtmäßigkeit eines verbindlichen Bauleitplanes nicht allein anhand des Inhalts der getroffenen Festsetzungen, sondern danach beurteilen lässt, welche städtebaulichen Probleme i.S. einer abwägungsbezogenen Konfliktbewältigung gelöst werden sollen (vgl. § 1 Abs. 7 BauGB). § 214 Abs. 3 S. 2 BauGB geht von dieser Struktur der Rechtsetzung, wie sie die Rechtsprechung auch zum verbindlichen Bauleitplan

25 BVerwG, Beschluss vom 2.10.1998 – 4 B 72.98, NVwZ 1999, 523 = UPR 1999, 108 (rechtmäßiges Alternativverhalten); BGH, Urteil vom 24.10.1992 – III ZR 220/90, BGHZ 119, 365 = DVBl 1993, 105; NVwZ 2004, 1143.

26 Zur Berücksichtigung des Einwands rechtmäßigen Alternativverhaltens bei der Prüfung des Rechtsschutzbedürfnisses für einen Fortsetzungsfeststellungsantrag unter dem Aspekt der Präjudizialität für einen Amtshaftungs- oder Entschädigungsrechtsstreit, wenn dem streitigen Bauvorhaben eine gemeindliche Satzung entgegensteht, die zunächst nur aufgrund formeller rechtlicher Mängel unwirksam war und später rückwirkend fehlerfrei erneut in Kraft gesetzt worden ist. OVG Münster, Beschluss vom 1.9.2011 – 2 A 1335/10 (rechtmäßiges Alternativverhalten), im Anschluss an BVerwG, Beschluss vom 21.10.2004 – 4 B 76.04, BRS 67 Nr. 124.

27 LG Oldenburg, Urteil vom 9.3.2005 – 5 O 4685/04 (Wangerland).

28 BVerwG, Beschluss vom 31.3.2008 – 9 B 30.07, Buchholz 11 Art. 20 GG Nr. 191 vgl. BVerfG, 3.9.2009 – 1 BvR 2384/08 (rückwirkenden Änderung einer Spielgeräte-Steueratzung), wie Beschluss vom 7.2.1996 – 8 B 13.96, Buchholz 401.9 Beiträge Nr. 36 S. 4.

29 BVerwG, Urteil vom 29.9.1978 – IV C 30.76, BVerwGE 56, 283 = Buchholz 406.11 § 1 BBauG Nr. 16.

entwickelt hat, ausdrücklich aus. Ein derartiges zeitliches und auch sachliches Auseinanderfallen zwischen abwägender Beschlussfassung und Inkraftsetzung des Norminhalts kann auch bei einer nach § 214 Abs. 4 BauGB an sich zulässigen rückwirkenden Beseitigung von Verfahrens- oder Formfehlern eintreten. Wenn § 214 Abs. 4 BauGB ein rückwirkendes Inkrafttreten als eine zulässige Rechtsfolge vorsieht, dann bestätigt der Gesetzgeber damit nur klarstellend, was sich ohnedies aus allgemeinen Grundsätzen des Rechtsstaatsprinzips ergibt. Danach ist regelmäßig eine rückwirkende Normsetzung dann bedenkenfrei, wenn die erneute Normsetzung nur dazu dient, eine unklare Rechtslage zu beseitigen, da insoweit ein zu beachtender Vertrauensschutz ohnedies nicht entstanden sein konnte.³⁰ Damit hat der Gesetzgeber durch § 214 Abs. 4 BauGB indes weder entschieden, unter welchen inhaltlichen Voraussetzungen eine Rückwirkung zulässig ist, noch ob eine erneute Abwägungsentscheidung erforderlich ist. Vielmehr gelten insoweit die allgemeinen Grundsätze.³¹

V. Grenzen der Planreparatur

Der Gesetzgeber hat sich in § 214 Abs. 4 BauGB für eine grundsätzliche Reparaturmöglichkeit in einem ergänzenden Verfahren entschieden.³² Das BVerwG hat allerdings Grenzen der Reparaturmöglichkeit aus § 13 BauGB abgeleitet. Weicht das Ergebnis der Planreparatur so weit von der ursprünglichen Planung ab, dass die Grundzüge betroffen sind und es sich sozusagen um einen anderen Plan handelt, werden auch die Möglichkeiten des § 214 Abs. 4 BauGB überschritten. Die Planung kann dann nur durch eine Neuaufstellung bewirkt werden.³³ Betrifft der Mangel das bisherige Abwägungsverfahren in den Grundzügen oder im Kern in dem Sinne, dass wesentliche Abwägungselemente bei der Erstentscheidung fehlerhaft waren, muss ein neuer Plan aufgestellt werden.³⁴ Stellt die

30 BVerwG, Beschluss vom 18.8.1982 – 4 N 1.81, BVerwGE 66, 116 = Buchholz 406.11 § 155 b BBauG Nr. 2; Urteil vom 5.12.1986 – 4 C 31.85, BVerwGE 75, 262 = Buchholz 406.11 § 155 a BBauG Nr. 5 zu § 155a Abs. 5 BBauG.

31 BVerwG, Beschluss vom 23.6.1992 – 4 NB 26.92, BauR 1993, 64 = NVwZ 1993, 361.

32 BVerwG, Urteil vom 16.12.1999 – 4 CN 7.98, BVerwGE 110, 193 = DVBl 2000, 804 = NVwZ 2000, 815 (Zaunwerte).

33 OVG Münster, Urteil vom 2.3.1998 – 7 a D 125/96.NE, NWVBl. 1998, 439.

34 A.A. wohl OVG Münster, Urteil vom 22.6.1998 – 7a D 108/96.NE, NVwZ 1999, 79 = BauR 1998, 1198 = NVwZ 1999, 79 (IKEA); VGH München, Urteil vom 3.5.1999 – 1 N 98.1021, DVBl 1999, 1293 = GewArch. 1999, 432 (Inglstadt); *Stüer/Rude*, ZfBR 2000, 85.

Gemeinde später fest, dass die nachermittelten Abwägungselemente zu einer grundsätzlich anderen Planung führen, erweist sich das Reparaturverfahren nach § 214 Abs. 4 BauGB als nicht mehr geeignet. Es hat vielmehr dann eine Neuaufstellung der Planung zu erfolgen.³⁵

Verfährt die Gemeinde nach § 214 Abs. 4 BauGB, so lebt ein zuvor für nichtig erklärter Bebauungsplan als solcher nicht wieder auf. Vielmehr tritt ein neuer Bebauungsplan in Kraft, auch wenn er inhaltlich mit dem alten Plan identisch ist. Selbst wenn die Gemeinde keinen neuen Satzungsbeschluss fasst, unterscheiden sich die Pläne formal zumindest durch den Zeitpunkt ihrer Bekanntmachung.³⁶ Im Gegensatz zur planenden Gemeinde ist allerdings der Bundesgesetzgeber gehindert, einen formellen Fehler zu berichtigen und die Norm rückwirkend durch eine Norm gleichen Inhalts zu ersetzen, wenn der Bebauungsplan durch eine gerichtliche Normenkontrollentscheidung allgemeinverbindlich für nichtig (§ 47 Abs. 5 S. 2 VwGO 1993) oder für unwirksam (§ 47 Abs. 5 S. 2 VwGO 2004) erklärt worden ist.³⁷

Leidet die Abwägung in diesem Zeitpunkt an einem rechtserheblichen Mangel, so kann der Fehler auf der Grundlage des § 214 Abs. 4 BauGB nur behoben werden, wenn der Planinhalt in dem Sinne unverändert bleibt, dass keine neuen Belastungen für die Planbetroffenen entstehen, mit denen sie bei Kenntnis der Unwirksamkeit des Ursprungsplans nicht rechnen mussten.³⁸ § 10 Abs. 3 S. 4 BauGB regelt abschließend, dass der Bebauungsplan mit der Bekanntmachung in Kraft tritt. Diese Regelung verwehrt es der Gemeinde, außer in den Fällen des § 214 Abs. 4 BauGB, einen anderen Zeitpunkt des Inkrafttretens – sei es in der Zukunft oder in der Vergangenheit – zu bestimmen. Ein hinsichtlich des Zeitpunkts beliebiges rückwirkendes Ändern der Bauleitpläne würde auch dem Wesen der Planung als einem in die Zukunft gerichteten Gestaltungswillen nicht gerecht und dürfte zudem daran scheitern, dass es oft kaum absehbar ist, welche Auswirkungen der rückwirkende Erlass eines inhaltlich geänderten Plans auf das von einem Bebauungsplan erfasste vielfältige Interessengeflecht jeweils haben

35 VGH München, Beschluss vom 18.7.2005 – 2 N 01.2705.

36 BVerwG, Beschluss vom 6.5.1993 – 4 N 2.92, BVerwGE 92, 266 = DVBl 1993, 1096 (Zahnarztpraxis).

37 BVerwG, Beschluss vom 18.8.1982 – 4 N 1.81, BVerwGE 66, 116.

38 BVerwG, Beschluss vom 25.2.1997 – 4 NB 40.96, DVBl 1997, 828 = NVwZ 1997, 893 (Vollerwerbslandwirt).

würde.³⁹ Ein inhaltlich korrigierter Bauleitplan mit nachteiligen Auswirkungen für Planbetroffene, mit denen diese nicht rechnen mussten, kann daher nicht in seiner Gesamtheit rückwirkend in Kraft gesetzt werden. Bauleitpläne mit inhaltlichen Fehlern können nur unter Wiederholung der Verfahrensschritte, die von dem Fehler infiziert worden sind, mit der erneuten Bekanntmachung in Kraft gesetzt werden.⁴⁰ Allerdings könnte eine Teilrückwirkung angeordnet werden, soweit der Plan mit seiner Ursprungsfassung identisch ist. Die geänderten Teile könnten dann ohne Rückwirkung mit der erneuten Bekanntmachung des Plans in Kraft gesetzt werden. Denn eine Rückwirkung ist aus rechtsstaatlichen Gründen nur ausgeschlossen, soweit der Bürger durch das rückwirkende Inkraftsetzen der Bauleitplanung im Nachhinein eine für ihn nachteilige Planausweisung hinnehmen müsste, mit der er auch bei Kenntnis der Unwirksamkeit der Erstplanung nicht rechnen musste, ein schutzwürdiges Vertrauen der Rückwirkung daher nicht entgegensteht. Im Übrigen ist eine Rückwirkung zulässig.

Ob die Gemeinde einen für unwirksam erkannten Bebauungsplan aufhebt oder – statt ihn aufzuheben – unter Behebung des Fehlers und Wiederholung des nachfolgenden Verfahrens rückwirkend in Kraft setzt,⁴¹ steht in ihrem pflichtgemäßen Ermessen. Die Gemeinde hat dabei eine Interessenabwägung vorzunehmen, wobei auch die auf den Bestand des Bebauungsplans zielenden Interessen in die Abwägung einzustellen sind. Die Gemeinde hat zu entscheiden, ob der Fehler rückwirkend behoben werden kann. Eine rückwirkende Inkraftsetzung des Flächennutzungsplans oder der Satzung kann z.B. in Betracht kommen, wenn das Vertrauen des Bürgers in die Unwirksamkeit des ungültigen Plans oder der ungültigen Norm nicht schutzwürdig ist.

39 BVerwG, Beschluss vom 18.4.1996 – 4 C 22.94, BVerwGE 101, 58 = DVBl 1996, 920 (Anerkennungserklärung); Beschluss vom 7.11.1997 – 4 NB 48.96, UPR 1998, 114; auch zur Verfassungsmäßigkeit BVerwG, Beschluss vom 25.9.1997 – 4 B 165.97, NVwZ 1998, 845: Dies gehe aber nicht, wenn sich die Verhältnisse so grundlegend geändert hätten, dass der Bebauungsplan inzwischen einen funktionslosen Inhalt hat oder das ursprünglich unbedenkliche Abwägungsergebnis im Zeitpunkt der Mängelbehebung unverhältnismäßig und deshalb nicht mehr haltbar ist, s. dort auch zur Festsetzung einer Zwei-Wohnungsklausel im Bebauungsplan.

40 BVerwG, Beschluss vom 7.11.1997 – 4 NB 48.96, UPR 1998, 114; Beschluss vom 23.1.1998 – 4 BN 15.97. Auch die rückwirkende Inkraftsetzung einer Fremdenverkehrssatzung außerhalb des § 215a Abs. 2 BauGB wurde vom BVerwG abgelehnt, so BVerwG, Urteil vom 21.8.1997 – 4 C 6.96, DVBl 1998, 42 = UPR 1998, 109.

41 BVerwG, Urteil vom 21.11.1986 – 4 C 22.83, BVerwGE 75, 142 = NJW 1987, 1344 = DVBl 1987, 481.

VI. Verstoß gegen Europarecht als Beispiel eines zur absoluten Nichtigkeit führenden Plans

Die nicht zu reparierenden Fehler eines städtebaulichen Plans können daher nur dort auftreten, wo der Fehler so entscheidend ist, dass er auch durch ein ergänzendes Verfahren nicht behoben werden kann. Das kann insbesondere dann der Fall sein, wenn gegen zwingende, nicht ausräumbare und nicht der Abwägung unterliegende Planungsleitsätze verstoßen worden ist. Sind etwa die Grundzüge der Planung betroffen, kann dieser Mangel wohl überhaupt nicht in einem ergänzenden Verfahren behoben werden, solange es sich nicht erreichen lässt, dass der Plan in seinen Grundzügen Bestand erhält. Sind die Ziele der Raumordnung nicht beachtet, so könnte der Plan erst dann neu aufgelegt werden, wenn die Ziele der Raumordnung geändert worden sind. Sind andere strikt bindende Vorgaben etwa des Europarechts betroffen, könnte selbst bei einer nachträglichen Änderung der unionsrechtlichen Vorgaben die Sperre nicht im Nachhinein ausgeräumt werden, sodass der Plan zwar neu aufgestellt werden, nicht jedoch unter Beseitigung der unionsrechtlichen Sperre in einem ergänzenden Verfahren des früheren Plans behoben werden könnte. Von einem solchen Fall soll hier berichtet werden.

(Der Frühstart eines Bebauungsplans.) Die Samtgemeinde Esens hatte an der Küste des zu ihrem Gebiet gehörenden Ferienortes Bensorsiel durch Bebauungsplan eine inzwischen fertiggestellte Entlastungsstraße ausgewiesen. Den vom enteignend betroffenen Bebauungsplan Nr. 67 erhobenen Normenkontrollantrag hatte das OVG Lüneburg durch Urteil vom 22.5.2008 abgelehnt. Der Bebauungsplan sei nicht unter dem Gesichtspunkt des europäischen Vogelschutzes fehlerhaft, weil das Land Niedersachsen inzwischen Vogelschutzgebiete nachgemeldet habe. Hiergegen hat das BVerwG⁴² die Revision zugelassen. Zur Behebung etwaiger mit der Zulassungsfrage aufgezeigter Bedenken stellte die Stadt Esens einen neuen Bebauungsplan Nr. 72 auf, der im Wesentlichen inhaltsgleich mit dem verfahrensgegenständlichen Bebauungsplan Nr. 67 war und zusätzlich eine 1,75 m hohe Lärmschutzwand enthielt. Nach erfolglosem Eilantrag des betroffenen Grundstückseigentümers⁴³ hat das OVG Lüneburg den Bebauungsplan Nr. 72 – einschließlich dessen zwischenzeitlich in Kraft gesetzter 1. Änderung – mit Normenkontrollurteil vom 10.4.2013 für unwirksam erklärt, weil der Bebauungsplan zu einer unzulässigen Beeinträchtigung

42 BVerwG, Beschluss vom 17.6.2009 – 4 BN28.08.

43 OVG Lüneburg, Beschluss vom 30.4.2010 – 1 MN 34/10.

eines faktischen Vogelschutzgebiets führe und gegen Art. 4 Abs. 4 S. 1 der V-RL verstoße. Die Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision blieb ohne Erfolg.⁴⁴ Im Urteil vom 27.3.2014⁴⁵ änderte das BVerwG das Normenkontrollurteil des OVG Lüneburg und gab dem Normenkontrollantrag gegen den Ursprungsbebauungsplan Nr. 67 statt. Die Stadt steht nun ohne Bebauungsplan da und fragt, wie weiter verfahren werden soll. Kann der Fehler repariert oder ein neuer Bebauungsplan aufgestellt werden oder muss am Ende die Straße erst einmal abgerissen werden, um sie in einem neuen Verfahren ggf. an gleicher Stelle wieder neu errichten zu können?

(Paragrafenwald und wirkliches Leben.) Die Entlastungsstraße Bensorsiel ist zwar mit der zweimaligen damaligen Billigung des OVG Lüneburg durch Urteil in einem Normenkontrollverfahren und einen Beschluss in einem Eilverfahren gebaut und an Ort und Stelle vorhanden, hat aber seit dem Spruch aus Leipzig keine tragfähige Rechtsgrundlage mehr. Denn beide Bebauungspläne, die zu ihrer Rechtfertigung aufgestellt worden waren, sind inzwischen vom OVG Lüneburg und vom BVerwG für unwirksam erklärt worden. Fehlt aber einem Straßenbauvorhaben eine Rechtsgrundlage, so kann nach Maßgabe des Bargteheide-Urteils des BVerwG⁴⁶ durchaus ein Rückbau bzw. eine Nutzungseinschränkung in der Reichweite betroffener Abwehrrechte anstehen. Dies könnte den westlichen Teil der Entlastungsstraße treffen, während der östliche Teil unangefochten bliebe.

(Tote werden nicht wieder lebendig.) Nach Auffassung des BVerwG ist ein Bebauungsplan, der im Geltungsbereich eines möglichen faktischen Vogelschutzgebietes verabschiedet wird, von Anfang an unwirksam und kann auch nicht durch eine nachträgliche Planreparatur „zum Leben erweckt“ werden. Tote werden, auch wenn sie nur juristisch tot sind, nicht wieder lebendig, lautet dazu wohl die Botschaft aus Leipzig – auch wenn sie sich nur auf ein Papierwerk bezieht. Juristische Beerdigungsunternehmer, deren Kunden sich ja erfahrungsgemäß ohnehin nicht wirklich beschweren,⁴⁷ werden auch mit Papierleichen fertig. Zugleich grenzt sich der 4. Senat im Bereich der Bauleitplanung zur Planfeststellung im Fachplanungsrecht ab, bei der nach Behebung des (formalen) Mangels die Tür für eine Planreparatur nicht zugeschlagen wird. Die Weste muss dort auch weiterhin nur bis zu dem Knopf wieder aufgeklopft werden,

44 BVerwG, Beschluss vom 13.1.2014 – 4 BN37.13.

45 BVerwG, Urteil vom 27.3.2016 – 4 CN 3.13, DVBl 2014, 983 m. Anm. *Stüer/Stüer* 987.

46 Urteil vom 30.1.1993 – 4 C 24.91, BVerwGE 94, 100.

47 *Stüer*, AnwBl 2007, 431.

bei dem der Fehler aufgetreten ist.⁴⁸ Eine maßgeschneiderte neue Weste ist da nicht erforderlich. Das bleibt für das Fachplanungsrecht auch weiterhin so, weil sich der 4. Revisionssenat von dieser übereinstimmenden Rechtsprechung der drei Planungssenate (4., 7. und 9. Senat) nicht distanziert hat. Sonst hätte wohl auch der Große Senat (§ 11 VwGO), zumindest aber die „Frühstücksrunde“ des BVerwG einberufen werden müssen. Dieser Gedanke einer möglichen Fehlerheilung und Planrettung, der auch die Unbeachtlichkeits- und Fehlerheilungsregelungen in §§ 214, 215 BauGB kennzeichnet,⁴⁹ rückt allerdings nach Auffassung des BVerwG für einen Bebauungsplan etwas in eine wohl schon transzendente Ferne, weil er, wenn er im Zeitpunkt des Satzungsbeschlusses gegen europarechtliche Vorgaben verstößt, nicht mehr repariert werden kann, sondern für immer tot ist. Das ist in dieser Konstellation neu und keinesfalls selbstverständlich, muss aber wohl für die Praxis vorbehaltlich neuerer Erkenntnisse, für die gerade dieser Fall lehrbuchreife Schulbeispiele liefert, so hingenommen werden – schadet aber auch nicht wirklich. Ähnliches müsste dann wohl auch für Bebauungspläne gelten, die nach § 1 Abs. 4 BauGB gegen Ziele der Raumordnung verstoßen. Auch damit würde die Praxis wohl fertig.

(Kann bei einem „Frühstart“ nur durch einen Rückbau der Straße dauernder Rechtsfrieden hergestellt werden?) Die eigentliche Kernfrage ist, ob das Straßenbauprojekt durch einen (neuen) Bebauungsplan eine eigenständige Rechtsgrundlage finden kann oder ob dies überhaupt nicht oder erst dann möglich ist, wenn die Straße zunächst einmal abgebrochen wird. Getreu der Ansage am Roulette-Tisch: „Nichts geht mehr.“ Und erst nach einem Rückbau heißt es dann vergleichsweise hoffnungsvoll: „Es wechselt die Hand. Ich bitte das Spiel neu zu machen.“ Wird eine planende Gemeinde mit einem „Frühstart“⁵⁰ erst einmal aus dem Rennen geworfen und muss die Untröstliche jenseits der inzwischen eingetretenen Realitäten nach einem kompletten Rückbau wieder ganz von vorn beginnen?

(Kompletter Neustart.) Eines ist allerdings auch klar: Würde die Straße zurückgebaut und der Urzustand der Landschaft wiederhergestellt, könnte die Straße nach Ausweisung des Gebietes als Landschaftsschutzgebiet und einem dadurch bewirkten Übergang in das mildere FFH-Schutzsystem einer Verträglichkeits- und Abweichungsprüfung unterzogen und voraussichtlich problemlos

48 Stüer, Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, 5. Auflage 2015, 1422 Rn. 1288; BVerwG, Beschluss vom 4.7.2012 – 9 VR 6.12, DVBl 2012, 1163 (Ratingen/Velbert) m. Anm. Stüer, DVBl 2012, 1164.

49 Zur Selbstkorrektur der Rechtsprechung Schlichter, ZfBR 1985, 107.

50 VRIOVG Sören Claus in der mündlichen Verhandlung vom 10.4.2013 – 1 KN 33/10.

zugelassen werden, wenn sich das Vorhaben mit den Erhaltungszielen als verträglich erweist oder es durch zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses, fehlende zumutbare Alternativen und die erforderlichen Kohärenzmaßnahmen den Anforderungen an eine Abweichungsentscheidung nach Art. 6 IV FFH-RL entspricht. Vielleicht kann ja in derartigen Fällen eine „Frühstart-Maschine“ zum Einsatz kommen, die das Straßenbauwerk vorne abbricht, um es gleich hinter sich wieder aufzubauen, wie wir es ansonsten allenfalls von den Schrottimmobilien kennen.⁵¹

(Erneute Planungsentscheidung völlig frei und ungebunden?) Ein solcher zeitgleicher Rückbau und Neubau könnte selbst dann erfolgen, wenn man wegen der formalen Barrieren der Planung die Binde der Justitia oder Scheuklappen in dem Sinne anlegen müsste, dass sie bei dem erneuten Planverfahren völlig frei und ungebunden und unter Verkenning der Realitäten des bereits vollzogenen Straßenausbaus wieder ans Werk gehen müsste. Ist es etwa europarechtlich geboten, die Trasse völlig unabhängig von den geschaffenen Fakten zu planen oder darf so ganz nebenbei auch berücksichtigt werden, dass die Straße bereits gebaut ist? Oder darf dies keinerlei Rolle spielen, weil sie zwar tatsächlich vorhanden, aber nicht in den Akten ist? Wer bestimmt eigentlich wen? Die Paragrafenwelt das wirkliche Leben oder umgekehrt das wirkliche Leben die Paragrafenwelt?

(Europaskepsis?) Die Vorgänge um den Brexit haben eine tiefe Europaskepsis erkennen lassen. Auch Altbundespräsident Roman Herzog hatte bereits 2014 in einem Brandbrief „Abwehrrechte gegen den Kompetenzexpansionismus der EU-Institutionen“ gefordert. Die EU stecke wegen ausufernder Bürokratie und Regelungswut „in einer tiefen Krise“. Deshalb müsse die Eigenverantwortlichkeit der Mitgliedstaaten und von deren Parlamenten gestärkt werden. In einer Blitzumfrage erhielt der ehemalige Präsident des BVerfG, der sich als Vorsitzender des Vereins „Konvent für Deutschland“ und damit zugleich für Hans-Hugo Klein, Jutta Limbach, Klaus von Dohnanyi, Rupert Scholz, Wolfgang Gerhardt und Christine Scheel zu Wort gemeldet hatte, dafür noch am Tage des Bekanntwerdens dieses Appells eine überwältigende Zustimmung von der Bevölkerung. Ist uns Europa eigentlich so viel wert, dass etwa eine bereits hergestellte und von den Verkehrsteilnehmern angenommene Straße oder auch ein ganzes, fast fertiggestelltes Kraftwerk wegen eines formalen Verstoßes gegen Gemeinschaftsrecht erst einmal abgerissen werden muss, um es anschließend an dem-

51 § 179 BauGB; Krautzberger/Stüer, BauR 2012, 874; dies. ZfBR 2013, 529.

selben Standort problemlos wieder errichten zu können? Spielen also die mit einem gerichtlichen Persilschein versehenen getätigten Investitionen angesichts der strengen europäischen Vorgaben überhaupt keine Rolle? Sind die Wiesenbrüter und Watvögel (Limikolen) sowie Rastgäste mit ihren von der Landwirtschaft beklagten jährlich in die Millionen gehenden Flurschäden inzwischen doch tausendmal wichtiger als städtebauliche Interessen der Kommunen, die Ruhebedürfnisse der verkehrslärmgeplagten Ortslagen oder die Mobilitätsinteressen der Bevölkerung?

(*Bauleitplanung und Planfeststellung.*) Scheinbar käme man aus dem Dilemma eher heraus, wenn statt eines Bebauungsplans ein straßenrechtliches Planfeststellungsverfahren aufgelegt würde, das sich ja bestätigt durch das Bensorsiel-Urteil weiterhin der Unbeachtlichkeits- und Fehlerheilungsmöglichkeiten der §§ 45, 46, 75 Abs. 1a, 114 VwVfG erfreuen darf. Dann wäre es wohl so wie bei der Auslegungsbekanntmachung, an die das BVerwG bei Bauleitplänen unter Bezug auf die Århus-Konvention hohe Anforderungen stellt,⁵² während das alles im Fachplanungsrecht offenbar wegen der eingeschränkten Rügemöglichkeiten und ggf. wegen fehlender Kausalität des Verfahrensfehlers für das Ergebnis⁵³ keine Rolle zu spielen scheint. Und dann könnte eine Straße durch Planfeststellung nachträglich repariert werden, während ein Kraftwerk wie das in Datteln⁵⁴ vom Stromkunden bezahlt wird.

(*Reichweite der fachlichen Einschätzung.*) Angesichts der Tatsache, dass das Vogelschutzgebiet nach neueren fachlichen Untersuchungen durch die Entlastungsstraße lediglich randlich angeschnitten würde, spricht nach den Maß-

52 BVerwG, Urteil vom 18.7.2013 – 4 CN 3.12, BVerwGE 147, 206 = DVBl 2013, 1321 (Stuttgart) m. Anm. Stüer/Stüer, DVBl 2013, 1324.

53 BVerwG, Urteil vom 21.11.2013 – 7 A 28.12, DVBl 2014, 520 (Oldenburg) m. Anm. Stüer, DVBl 2014, 525, trotz Altrip, EuGH, Urteil vom 7.11.2013 – Rs. C-1/12, DVBl 2013, 1557 m. Anm. Stüer/Stüer, DVBl 2013, 1601.

54 OVG Münster, Urteil vom 3.9.2009 – 10 D 121/7.NE, DVBl 2009, 1385 (Bebauungsplan Datteln), m. Anm. Stüer, DVBl 2010, 333; nachgehend BVerwG, Beschluss vom 16.3.2010 – 4 BN 66.09, DVBl 2010, 793 = NVwZ 2010, 1246; OVG Münster, Urteil vom 12.6.2012 – 8 D 38/08.AK, BauR 2012, 1883 (Vorbescheid); nachgehend BVerwG, Beschluss vom 26.6.2013 – 7 B 42.12; OVG Münster, Urteil vom 14.3.2012 – 8 D 47 und 48/11.AK, DVBl 2012, 708 (Verzichtserklärung); nachgehend BVerwG, Beschluss vom 8.8.2012 – 7 B 28.12; Urteil vom 15.11.2012 – 7 C 15.12, NVwZ-RR 2013, 304; OVG Münster, Urteil vom 3.9.2009 – 10 D 121/7.NE, DVBl 2009, 1385 (Bebauungsplan Datteln), m. Anm. Stüer, DVBl 2010, 333; nachgehend BVerwG, Beschluss vom 16.3.2010 – 4 BN 66.09, DVBl 2010, 793 = NVwZ 2010, 1246; OVG Münster, Urteil vom 12.6.2012 – 8 D 38/08.AK, BauR 2012, 1883 (Vorbescheid); nachgehend BVerwG, Beschluss vom 26.6.2013 – 7 B 42.12; OVG Münster, Urteil vom 14.3.2012 – 8 D 47 und 48/11.AK, DVBl 2012, 708 (Verzichtserklärung); nachgehend BVerwG, Beschluss vom 8.8.2012 – 7 B 28.12; Urteil vom 15.11.2012 – 7 C 15.12, NVwZ-RR 2013, 304.

stäben des BVerwG-Urteils zur Bremer Weserquerung⁵⁵ sogar Überwiegendes dafür, dass das Straßenbauvorhaben verträglich mit den Erhaltungszielen des Vogelschutzgebietes wäre. Denn im Vergleich zu dem strengeren Schutz etwa der Lebensraumtypen eines FFH-Gebietes geht es bei den Vogelschutzgebieten um den Schutz der Vögel, die, wenn man etwa von den 40 flugunfähigen Vogelarten wie den Straußen oder den Pinguinen absieht, in aller Regel fliegen können.⁵⁶

(Der Maria-Theresia-Taler.) Aber wo sich zwei Juristen treffen, gibt es bekanntlich mindestens drei Meinungen. Beim BVerwG an der Berliner Hardenbergstraße 31 ist dazu seinerzeit, wie wir aus verlässlicher Quelle wissen, der Maria Theresia-Taler hoch in die Luft geworfen und nach dem Fall der Münze Kopf oder Zahl das Urteil gesprochen worden.⁵⁷ In Lüneburg soll es auch in anderen Fällen vorgekommen sein, dass in derselben Rechtssache abwechselnd die eine und die andere Seite gewinnt (jüngstes Beispiel vielleicht auch das bei der Geschäftsstelle liegende, noch nicht verkündete Urteil des OVG Lüneburg⁵⁸ im Gegensatz zum vorherigen Beschluss im Eilverfahren vom 8.11.2012 – 1 MN 153/12, Straßenplanung Vechta). Der Grundsatz „Res judicata“ wird da nicht immer groß geschrieben.

(Goldene Worte.) Die Lösung des BVerwG, die sich allerdings wohl erst auf den zweiten Blick erschließt, ist eine andere und zugleich eine sehr kluge. Von einem Rückbau der Straße ist da nicht die Rede. Es geht in der Entscheidung ja auch nicht um eine „Bestrafung“ durch den Abbruch der Entlastungsstraße, sondern ausschließlich um die rechtlichen Planungsgrundlagen derselben. Ein Bebauungsplan muss im Zeitpunkt des Satzungsbeschlusses, mindestens aber im Zeitpunkt seiner Bekanntmachung die europarechtlichen Voraussetzungen strikt einhalten. Ist dies nicht der Fall, ist der Bebauungsplan unwirksam und kann auch nicht durch Planreparatur nachträglich mehr zum Leben erweckt werden. Er ist sozusagen im Sinne der früheren Terminologie von Anfang an „nichtig“ (§47 Abs.6 VwGO i.d.F. vom 24.8.1976). Mehr allerdings gibt das Urteil auch nicht her. Vor allem verpflichtet es nicht zu einem Rückbau oder zu einer Bestrafung der Beteiligten.

55 BVerwG, Urteil vom 24.11.2011 – 9 A 23.10, BVerwGE 141, 171 = DVBl 2012, 443 m. Anm. Stüer/Bergt, DVBl 2012, 449.

56 Zur Abgrenzung von Vermeidungs- und Kohärenzmaßnahmen EuGH, Urteil vom 15.5.2014 – Rs. C-521/12 (Briels – Minister van Infrastructuur en Milieu).

57 Sendler, DÖV 1991, 521; Stüer, DVBl 2010, 1028.

58 Urteil vom 2.6.2014.

(Satzungen können im Gegensatz zum Verwaltungsakt nicht bestandskräftig werden.) Der Schlüssel zum Verständnis des Bensorsiel-Urteils liegt nicht im Europarecht, das etwa die nachträgliche Schaffung von Planungsgrundlagen nach Durchführung des Vorhabens sperren würde, sondern in der unterschiedlichen Rechtsnatur des Bebauungsplans als Satzung und dem Planfeststellungsbeschluss als Verwaltungsakt. Bebauungspläne können nicht bestandskräftig werden – Verwaltungsakte wohl. Ist ein Verwaltungsakt unanfechtbar, dann sind nicht nur entsprechende Klagemöglichkeiten abgeschnitten, vielmehr erzeugt die dadurch eintretende Bestandskraft materielle Wirkungen. Das gilt auch für fehlerhafte Verwaltungsakte, die gegenüber dem Adressaten nicht mehr repariert werden müssen.⁵⁹ Wird etwa ein Planfeststellungsbeschluss in einem ergänzenden Verfahren repariert (§ 75 Abs. 1a VwVfG), so erfolgt dies nur gegenüber demjenigen, dem gegenüber eine Bestandskraft noch nicht eingetreten ist. Allen anderen gegenüber verbleibt es bei dem Planfeststellungsbeschluss in seiner bisherigen Fassung. So ist ausgeschlossen, dass Trittbrettfahrer im Fachplanungsrecht nachträglich noch auf den Zug eines von einem anderen Kl. gewonnenen Gerichtsverfahrens aufspringen, und die Früchte ernten, für die sie selbst nicht durch eigenen Einsatz die Grundlage gelegt haben (anders noch für die Vögel des Himmels und die Lilien des Feldes Matthäus 6, 25–34). Der in der Reparatur geänderte Planfeststellungsbeschluss bildet zwar mit dem ursprünglichen Planfeststellungsbeschluss eine Einheit.⁶⁰ Gegenüber den ursprünglich Betroffenen wirkt jedoch die Bestandskraft des Ausgangsplanfeststellungsbeschlusses fort.⁶¹ Deshalb sind auch viele andere Vorhaben, bei denen sich vergleichbare Fragen stellen könnten,⁶² bestandskräftig und damit nicht mehr angreifbar.

(Begrenzte Reparaturmöglichkeiten von Bebauungsplänen.) Eine derartige an die Rechtsmittelfristen anknüpfende Bestandskraftwirkung kennt das Satzungsrecht nicht. Auch wenn die Jahresfrist zur Erhebung einer Normenkontrolle abgelaufen ist (§ 47 Abs. 2 VwGO), kann ein von einer Rechtsnorm Betroffener

59 BVerwG, Beschluss vom 4.7.2012 – 9 VR 6.12, DVBl 2012, 1163 (Ratingen/Velbert) m. Anm. Stüer, DVBl 2012, 1164.

60 BVerwG, Urteil vom 12.12.1996 – 4 C 29.94, BVerwGE 102, 331 = DVBl 1997, 714 (Nesselwang-Füssen).

61 BVerwG, Urteil vom 31.1.2002 – 4 A 15.01, DVBl 2002, 990 = NVwZ 2002, 1103 (A 20); Stüer, DVBl 2002, 940; ders., Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, 5. Aufl. 2015, Rn. 3465, 3497.

62 VG Oldenburg, Urteil vom 16.5.2001 – 1 A 3558/98 (Emssperrwerk); OVG Münster, Urteil vom 2.12.2004 – 7 LA 3053/01; BVerwG, Vergleich vom 5.12.2005 – 7 B 63.05 (Emssperrwerk); EuGH, Urteil vom 14.1.2010 – Rs. C-226/08, DVBl 2010, 242 (FFH-Gebietsausweisung Ems) m. Anm. Stüer, DVBl 2010, 245; VG Oldenburg, Urteil vom 30.6.2014 – 5 A 4319/12 (Septemberstau); Stüer, Das Emssperrwerk, NdsVBl. 2000, 25; ders., Baggern oder Stauen?, NdsVBl. 2009, 185.

die Unwirksamkeit (inzident) geltend machen. Dies ist der eigentliche Grund dafür, weshalb das BVerwG bei einer entsprechenden Fehlerqualität die (nachträgliche) Heilung eines Bebauungsplans nicht zulässt, während das Gericht ausdrücklich auf die Reparaturmöglichkeiten durch ein ergänzendes Verfahren im Fachplanungsrecht verweist.⁶³ Auf diese Unterschiede beschränkt sich jedoch die Aussage des BVerwG. Dass die Entlastungsstraße bereits errichtet ist, wird nur im Tatbestand kurz erwähnt, spielt aber in den Entscheidungsgründen erwartungsgemäß keine Rolle. Das Urteil wäre vielmehr genauso ausgefallen, wenn die Straße noch nicht errichtet gewesen wäre. Denn nicht die Tatsache, dass die Entlastungsstraße bereits gebaut und unter Verkehr ist, sperrt die Planreparatur, sondern der Umstand, dass die Grundlage ein Bebauungsplan ist, der in derartigen Fällen nicht repariert, sondern nur neu aufgelegt werden kann. An dieser Möglichkeit einer Neuaufstellung lässt das Gericht durch den Verweis auf das Fachplanungsrecht allerdings keinen Zweifel aufkommen.

(Neues Spiel – neues Glück.) Die Aufstellung eines neuen Bebauungsplans („ex nunc“) ist dadurch allerdings nicht ausgeschlossen. Sind die Voraussetzungen für den Übergang vom strengen Vogelschutzregime in das weniger strenge Habitatschutzregime durch ordnungsgemäße Gebietsabgrenzung und nationale Ausweisung nach Art. 7 FFH-RL erfüllt, kann eine Verträglichkeits- und ggf. Abweichungsprüfung erfolgen und auf dieser Grundlage ein neuer Bebauungsplan aufgestellt werden. Da schließt sich auch wieder der Kreis zur Hochmoselbrücke, die zunächst in einem faktischen Vogelschutzgebiet planfestgestellt wurde,⁶⁴ nach Meldung und Ausweisung des Gebietes mit Billigung des OVG Koblenz⁶⁵ und des BVerwG⁶⁶ erneut planfestgestellt wurde und sich heute mit 162 Höhe und 1,7 km Länge als größte Brücke Deutschland im Bau befindet.⁶⁷

(Weiteres Entscheidungsprogramm.) Zugleich ist damit für die Entlastungsstraße Bengersiel das Programm der weiteren Schritte vorgezeichnet: Neuabgrenzung des Vogelschutzgebietes nach ausschließlich fachlichen Kriterien und Meldung nach Brüssel sowie entsprechende Ergänzung der Landschaftsschutzverordnung durch den Landkreis Wittmund jeweils mit entsprechenden natur-

63 BVerwG, Urteil vom 12.3.2008 – 9 A 3.06, BVerwGE 130, 299 = DVBl 2008, 1199, Rn. 252 (Hessisch Lichtenau).

64 BVerwG, Urteil vom 1.4.2004 – 4 C 2.03, BVerwGE 120, 276 = DVBl 2004, 1115.

65 Urteil vom 8.11.2007 – 8 C 11523/06, DVBl 2008, 321.

66 Beschluss vom 17.7.2008 – 9 B 15.08, DVBl 2008, 1199.

67 Es gibt zwar Brücken, die sind höher, dann sind sie aber nicht so lang – und es gibt Brücken, die sind länger, dann sind sie aber eben nicht so hoch.

schutzfachlichen Spielräumen.⁶⁸ Sodann: Änderung des Flächennutzungsplans und Fortführung der eingeleiteten Bebauungsplanverfahren mit einer Verträglichkeits- und vorsorglichen Abweichungsprüfung. Dabei darf die Gemeinde durch die vorzeitige Aufstellung des Bebauungsplans – so das BVerwG – und den durchgeführten Bau der Entlastungsstraße keine Vorteile ziehen, muss allerdings auch keine Nachteile im Sinne einer „europarechtlichen Strafaktion“ hinnehmen, weil sie zu früh mit der Bauleitplanung gestartet ist und auf dieser Grundlage bereits die Straße gebaut und unter Verkehr genommen hat. Bei der Verträglichkeitsprüfung wird der planungsrechtliche „Frühstart“ nicht schutzmindernd zulasten der Naturschutzbelange eingestellt, sondern der inzwischen erfolgte Straßenausbau ausgeblendet und damit sozusagen neutralisiert. In der vorsorglichen Abweichungsprüfung verbleibt es allerdings bei der Möglichkeit, die mittel- und langfristige Perspektive einer Erweiterung der Ortslage mit einem durchaus vorzeigbaren Gewicht in die Abwägung einzubringen. Denn auch berechnete kommunale Planungsinteressen können unter dem Aspekt der überwiegenden öffentlichen Interessen in die Verhältnismäßigkeits- und Angemessenheitsprüfung der Abweichungsentscheidung eingebracht werden.⁶⁹

(Dresdener Waldschlösschenbrücke.) Auch das EuGH-Urteil zur Waldschlösschenbrücke deutet in diese Richtung. So wird vom EuGH anerkannt, dass die Projektverwirklichung keine generelle Strafaktion auslöst und die Vorhabenträger nicht schlechter gestellt werden dürfen, als wenn sie das Bauvorhaben erst gar nicht verwirklicht hätten. Vielmehr ist auch der Rückbau eines verwirklichten Vorhabens mit seinen negativen Umweltauswirkungen in die Betrachtung einzubeziehen. Insoweit gibt es sogar bei einer Projektverwirklichung schon fast unerwartete Pluspunkte gegenüber einer (vorhergehenden) ex-ante-Prüfung. Mit welchem Gewicht diese Belange allerdings projektunterstützend in die Abwägung einzubringen sind, ist nach der EuGH-Entscheidung noch reichlich unklar. Allerdings wird die abschließende Klärung dieser Frage wohl erst auf einer anderen juristischen Bühne erfolgen. Denn wenn die Alternative einer Tunnellösung für die Dresdener Elbquerung aus den vom OVG Bautzen dargelegten reversionssicheren Gründen ausscheidet, dann läuft wohl auch deshalb alles auf einen ergänzenden Planfeststellungsbeschluss hinaus, bei dem die vom

68 EuGH, Beschluss vom 22.6.2006 – T-136/04, ZUR 2006, 535 (Rasso Freiherr von Cramer-Klett und Rechtlerverband Fronten gegen EU-Kommission).

69 OVG Münster, Urteil vom 17.4.2013 – 4 LC 34/11, NVwZ-RR 2013, 1430 = DÖV 2013, 611 (Ems-FFH-Gebietsausweisung); ebenso VG Oldenburg, Urteil vom 22.11.2010 – 1 A 1428/10; so auch schon Eleonor Sharpston, Schlussanträge vom 9.7.2009 zu EuGH, Urteil vom 14.1.2010 – Rs. C-226/08, DVBl 2010, 242 (7,30-Beschluss zur Emsvertiefung) m. Anm. Stür, DVBl 210, 244 und Gärditz, DVBl 2010, 247.

BVerwG im Hinweisbeschluss aufgeführten Mängeln behoben werden. Gute juristische Handwerksarbeit ist daher wohl hier in erster Linie gefragt.

(Neuaufstellung nach Beseitigung der Nichtigkeitsmängel.) Wird also das bisher faktische Vogelschutzgebiet an der norddeutschen Küste unter einen entsprechenden nationalen Schutz gestellt, dann sind die Vorzeichen für eine positive Beurteilung des Projektes wahrscheinlich schon wegen der nach Art. 6 Abs. 2 Habitatrichtlinie nur allgemein bestehenden Schutzpflichten, aber auch aufgrund einer dann möglichen Verträglichkeitsprüfung nach Art. 6 Abs. 3 Habitatrichtlinie, jedenfalls aber aufgrund einer Abweichungsprüfung nach Art. 6 Abs. 4 Habitatrichtlinie auf „grün“ gestellt. Denn bei aller möglichen Kritik an den Einzelheiten der EuGH-Urteilsgründe bleibt doch die tröstende Aussage, dass eine Planreparatur auch bei einem ursprünglichen Verstoß gegen Europarecht möglich ist und wohl auch durchaus gute Chancen hat. Es muss in einem Reparaturverfahren nur handwerklich gut gearbeitet werden, um die hohen europarechtlichen Anforderungen zu erfüllen. Der Weg dazu ist inzwischen durch einen Beschluss zur Neuaufstellung eines Bebauungsplans beschritten worden.