

aus: BauR 1999, 829 - 841

Dr. Ingo Kraft, Richter am Verwaltungsgericht Ansbach

Bauleitplanung und Fachplanung [*]

I. Einführung

So wie eine Mark nur einmal ausgegeben werden kann, kann eine bestimmte Fläche auch nur einer Nutzung zugeführt werden. Neben der unmittelbaren Konkurrenz um Raumnutzungsvorstellungen verschiedener Planungsträger für dieselbe Fläche bedürfen auch Nutzungspläne für unterschiedliche, aber benachbarte Flächen der Abstimmung

zur Vermeidung von Gemengelagen. Beide Varianten der Kollision von Raumnutzungsabsichten unterschiedlicher Planungsträger treten zwischen der gemeindlichen Bauleitplanung und der Fachplanung i. e. S. auf.

■
[*] Prof. Dr. Hasso Hofmann, Würzburg/Berlin zum 65. Geburtstag am 4. 8. 1999 verbunden mit allen guten Wünschen.

Der Begriff der Fachplanung ist prinzipiell umfassend und erstreckt sich im Ansatz von der Krankenhausbedarfsplanung über die Abfallwirtschaftsplanung (§ 29 KrwAbfG) bis hin zu wasserwirtschaftlichen Rahmenplänen (§§ 36 ff. WHG). Im Folgenden wird ein engerer Fachplanungsbegriff zugrunde gelegt, der die sektorale Planung und Zulassung einzelner bodenbeanspruchender Projekte der Infrastruktur betrifft [1]. Er umfaßt ihrer Ausdehnung nach linienförmige (Verkehrswege) und punktuelle (z. B. Flughafen) Projekte. Die damit verknüpften Rechtsformen sind die Planfeststellung und die Plangenehmigung.

Bauleitplanung und Fachplanung unterscheiden sich in dreierlei Hinsicht:

– Perspektive des Planers: Während die Bauleitplanung ihrer Blickrichtung nach eine Gesamtplanung ist, die prinzipiell an dem ihr zugewiesenen Planungsraum, dem Gemeindegebiet ansetzt, ist die Fachplanung eindimensional angelegt. Sie hat im Ansatz die optimale Realisierung der ihr vom Gesetzgeber überantworteten fachlichen Aufgabe im Auge. Bereits von dieser Zielsetzung her, die sich in der primär fachlichen Orientierung der Fachplaner fortsetzt, neigt diese Art der Planung zu einer einseitigen Sichtweise und nicht zu einem gesamträumlichen Interessenausgleich, wie er typischerweise die raumbezogenen Planungen kennzeichnet. Die Bereitschaft der Fachplaner, Abstriche von fachlichen Standards wie Kurvenradien, Höhengradienten oder Fahrbahnbreiten zu machen, tendiert gegen Null [2]. Dieses in sich geschlossene System fachspezifischer Standards als geronnener Fach- bzw. Sachverstand erweist sich in der Auseinandersetzung mit gegenläufigen Belangen als kaum überwindbares Rationalitätspotential. Bei überörtlichen linienförmigen Planungen kommt hinzu, daß zumeist mehrere Gemeindegebiete berührt werden, so daß die Belange der einzelnen Gemeinde im Hinblick auf die innere Logik einer Trassenführung automatisch in den Hintergrund treten (Zwangspunkte).

– Die Kompetenzen sind unterschiedlich verteilt: Der Gemeinde obliegt die Bauleitplanung; aber sie ist in den seltensten Fällen Fachplanungsträger; das sind zumeist Fach-

behörden (Straßenbauämter, Eisenbahnbundesamt) [3].

– Die Rechtsform, in die das jeweilige Planungsergebnis gegossen wird, unterscheidet sich ebenfalls: Der Bebauungsplan wird als Satzung beschlossen (§ 10 Abs. 1 BauGB), die aber keine abschließende Zulassungsfunktion für das Einzelvorhaben besitzt (vgl. §§ 8 Abs. 1 Satz 2, 29 Abs. 2 BauGB) [4]. Demgegenüber bestimmt § 75 Abs. 1 VwVfG für den als Verwaltungsakt ergehenden Planfeststellungsbeschluß, daß alle öffentlich-rechtlichen Beziehungen (mit Konzentrationswirkung) rechtsgestaltend geregelt werden.

Die Unterschiede der materiellen Zwecksetzungen in Verbindung mit dem Auseinanderfallen der Kompetenzen, die keine innere Harmonisierung innerhalb eines Rechtsträgers durch gemeinsame vorgesetzte Stellen gestatten, führen zwangsläufig zu Konflikten zwischen gemeindlichen Planungsvorstellungen und der Fachplanung. Zudem ist gemeindliche Betroffenheit durch eine Fachplanung kein seltenes Phänomen: Die Rechtstatensachenforschung hat zutage gefördert, daß die Zahl der Gemeinden betreffenden Fachplanungen ungefähr so hoch ist wie die Zahl der von den Gemeinden aufgestellten Bebauungspläne [5]. Das tatsächliche Konfliktpotential ist beträchtlich und virulent; demgegenüber sind gesetzliche Regelungen zur Konfliktlösung singulär und zeichnen sich nicht durch besondere Klarheit aus.

Die Versuchung, den gordischen Knoten dogmatisch durchzuhauen ist groß, aber eine Pauschallösung zur Koordination von Bauleit- und Fachplanung – etwa mittels einer Vorschrift oder einem umfassenden Grundsatzprinzip – existiert nicht. Es hat nicht an Versuchen gefehlt, diesem Mangel durch einen Rückgriff auf allgemeine Kollisionsregeln abzuwehren. Derartige dogmatischen Ansätze knüpften u. a. an den o. g. unterschiedlichen

[1] Vgl. Paetow, UPR 1990, 321.

[2] Gaentzsch, WiVerw. 1985, 239, 240.

[3] Zu den einzelnen Fachplanungsträgern (nach altem Recht) vgl. Schlarman, Das Verhältnis der privilegierten Fachplanungen zur kommunalen Bauleitplanung, 1980, S. 19 ff.

[4] Vgl. aber § 17 Abs. 3 Satz 1 FStG und § 28 Abs. 3 Satz 1 PBefG für den planfeststellungsersetzenden Bebauungsplan.

[5] Schäfer/Schmidt-Eichstaedt, Praktische Erfahrungen mit dem Bundesbaugesetz, 1984, S. 281 ff., 284.

Charakteristika von Bauleit- und Fachplanung an:

– Planerische Perspektive: Vorrang der überörtlichen vor der örtlichen Planung [6], Vorrang der spezielleren (= Fachplanung) vor der generellen Planung (= Bauleitplanung)

– Kompetenz: Bundesplanung hat Vorrang vor Landes- oder Ortsplanung (§ 16 Abs. 3 Satz 3 StrG, § 13 Abs. 3 Satz 1 WaStrG zur Linienführung)

– Rechtsform: Satzung bricht Verwaltungsakt.

Derartige Regeln können nicht einmal in Teilbereichen Geltung beanspruchen [7], geschweige denn ein umfassendes Prinzip belegen. Der Gesamtbestand der einzelnen Kollisionsnormen in den (Fach-)Planungsgesetzen läßt vielmehr zwei Techniken der Koordination erkennen: Prozedurale Koordination durch wechselseitige Beteiligung in dem jeweiligen Planungsverfahren und die materielle Harmonisierung durch inhaltliche Berücksichtigungspflichten, Bindungen oder Vorrangregelungen [8]. Die weiteren Betrachtungen lassen die verfahrensrechtliche Koordination (vgl. § 73 Abs. 2 1. Halbs., Abs. 4 VwVfG einerseits und § 4 BauGB andererseits) unberücksichtigt und wenden sich sofort den materiellrechtlichen Koordinationsregelungen zu.

II. Materielle rechtliche Koordination

1. Konkurrenz von Flächennutzungs- und Fachplanung

Zentrale Vorschrift ist § 7 BauGB. Hintergrund dieser Norm ist der gesamträumliche Ansatz der Flächennutzungsplanung (§ 5 Abs. 1 Satz 1 BauGB) mit dem integrativen Ziel eines abgestimmten Gesamtkonzepts für die Gemeinde [9]. Realitätsnah vermag die Planung nur zu werden, wenn die Gemeinde über die Absichten der Fachplanungsträger informiert wird und diese zu koordinieren und in den Flächennutzungsplan einzuarbeiten vermag. Mit § 7 BauGB hat der Gesetzgeber eine Präklusionsregelung für Fachplanungsträger mit der Folge einer Bindung an den Flächennutzungsplan statuiert. Ohne die Vorschrift käme dem Flächennutzungsplan, der keine Außen-

rechtsnorm mit genuiner Bindung Dritter ist, eine derartige Bindungswirkung nicht zu.

Öffentliche Planungsträger i. S. des § 7 BauGB sind Planungssubjekte der Exekutive mit der Kompetenz zu verbindlichen Raumnutzungsentscheidungen, also Träger öffentlicher Verwaltung, die für raumbeanspruchende Maßnahmen rechtsverbindlich zu planen vermögen [10]. Darunter fallen alle in § 38 BauGB genannten Träger der Planfeststellung [11] und darüber hinaus Landschaftsschutzbehörden bei der Festsetzung von Schutzgebieten [12].

Das Prinzip beruht auf dem römischen Rechtsgrundsatz: Qui tacet, consentire videtur, ubi loqui potuit atque debuit. Damit wird eine Obliegenheit der im Bauleitplanverfahren beteiligten Fachplanungsträger normiert, sich mit dem Planungsentwurf der Gemeinde im Hinblick auf die eigenen Planungsvorstellungen auseinanderzusetzen. Ziel ist eine frühzeitige Koordination der kommunalen Gesamtplanung mit den Sektoralplanungsvorstellungen der Fachplanungsträger. Die Norm ist eine Schutzvorschrift für die Gemeinde, die im Falle ihrer Zustimmung oder gar der Veranlassung einer mit dem Flächennutzungsplan in Widerspruch stehenden Planung eines öffentlichen Planungsträgers sich dann nicht mehr auf die Bindung des Flächennutzungsplans zu berufen vermag [13].

Im Hinblick auf die konkurrierenden Planungen folgt § 7 BauGB dem Prioritätsprinzip,

[6] Vgl. nur Ronellenfitsch, DVBl. 1998, 653, 655.

[7] Paetow, UPR 1990, 321, 322.

[8] Vgl. Gaentzsch, WVerw. 1985, 235, 235f.; Paetow, UPR 1990, 321, 322.

[9] Vgl. Gaentzsch, in: Berliner Kommentar zum Baugesetzbuch, 2. Aufl. 1995, § 7 Rdnr. 1.

[10] Löhr, in: Battis/Krautzberger/Löhr, Baugesetzbuch, 5. Aufl. 1996, § 7 Rdnr. 1.

[11] Vgl. VGH Mannheim, Urteil v. 31.1.1997 – 8 S 991/96 – zur Änderungsgenehmigung für einen ehemaligen Militärflugplatz als Verkehrsflughafen.

[12] VGH Mannheim, Beschlüsse v. 28.7.1986 – 5 S 2110/85 –, NuR 1986, 340 und v. 9.5.1995 – 5 S 2153/94 –, VBIEW 1995, 483; vgl. auch BVerwG, Beschluß v. 18.12.1995 – 4 NB 8.95 –, UPR 1996, 150. Vgl. auch VGH Mannheim, Urteil v. 8.7.1991 – 5 S 271/90 –, UPR 1992, 70: Eine im Flächennutzungsplan als „Grünfläche, Parkanlagen, Landschaftspark“ dargestellte Fläche kann bei Beachtung des § 7 BauGB nicht in den Geltungsbereich einer Landschaftsschutzverordnung einbezogen werden, die die Erhaltung von Streuobstwiesen bezweckt.

[13] VGH Mannheim, Urteil v. 18.11.1996 – 5 S 432/96 –, NVwZ-RR 1998, 99: Zustimmung einer Gemeinde zu Landschaftsschutzverordnung, die im Flächennutzungsplan – dem die Naturschutzbehörde nicht widersprochen hatte – dargestellte Baugebiete einbezieht; Beschluß v. 9.5.1995 – 5 S 2153/94 –, NVwZ-RR 1996, 17.

d.h. die Anpassungspflicht erstreckt sich nur auf beabsichtigte oder noch nicht abgeschlossene Planungsvorhaben der öffentlichen Planungsträger. Die Heilungsbekanntmachung einer zuvor nicht wirksam bekanntgemachten Landschaftsschutzverordnung löst die Anpassungspflicht nicht aus, so daß die Verordnung nicht nur nach Einlegung eines Widerspruchs gemäß § 7 Satz 3 BauGB und nach erneuter Abwägungsentscheidung durch eine erneute Bekanntmachung in Kraft gesetzt werden kann [14].

Die Vorschrift hat aus folgenden Gründen in der bisherigen Rechtspraxis keine große Bedeutung erlangt:

– Die gesetzgeberische Vorstellung einer frühzeitigen verbindlichen Koordinierungsmöglichkeit der verschiedenen Planungen aus der Perspektive der Fachplaner erweist sich als realitätsfremd, wenn Stadtplaner und Fachplanungsträger im konkreten Fall ihre jeweiligen Vorstellungen nicht (zufällig) bis zum gleichen Reifegrad entwickelt haben. Trifft ein ausgereifter Flächennutzungsplanentwurf auf noch unausgelegene fachplanerische Vorstellungen, erweisen sich diese unterschiedlichen Konkretisierungsgrade der Planungen als nicht koordinierbar. In einer derartigen Situation kann man es den Fachplanern auch gar nicht verübeln, wenn sie der Flächennutzungsplanung widersprechen, da sie angesichts der aus dem fachplanungsrechtlichen Abwägungsgebot folgenden Verpflichtung zur Offenheit gegenüber Varianten und Alternativen [15] gezwungen sind, sich möglichst nicht externen Bindungen zu unterwerfen, die zur Fehlerhaftigkeit ihrer fachplanerischen Abwägungsentscheidung führen können. Die Abarbeitung von Trassen-, Standort- und Projektvarianten, die teilweise erst in der Einwendungs- und Erörterungsphase des Planfeststellungsverfahrens von außen an die Planfeststellungsbehörde und den Vorhabenträger herangetragen werden, ist nicht glaubwürdig, wenn diese Varianten wegen einer Bindung aus § 7 BauGB sowieso nicht mehr in Betracht kommen.

– Das erklärt, weshalb die Fachplanungsträger im Zweifel auch eher prophylaktisch widersprechen, um sich nicht einer von ihnen als kaum kalkulierbar empfundenen Bindung

auszusetzen [16]. Rechtssoziologisch betrachtet ist der Widerspruch für die Fachplanungsträger „zu billig“; für sie ist keinerlei Nachteil damit verbunden, so daß es für sie – um sich alle Möglichkeiten offenzuhalten – nahe liegt, sich der Bindung zu entziehen und gegenüber der Ebene der Bauleitplanung das Fachplanungsprivileg (§ 38 BauGB) in Anspruch zu nehmen.

Vielleicht schwingt in den Köpfen der Fachplaner auch die (Fehl-)Vorstellung mit, daß sie bei einem Widerspruch gegenüber der Gemeinde nicht nur ungebunden sind, sondern sie die Gemeinde bei der Aufstellung des Flächennutzungsplans zu binden vermögen. Dieser Umkehrschluß aus § 7 BauGB wäre allerdings zu weitgehend und falsch, denn der Widerspruch hält nur „das Spiel offen“, bringt aber keinen automatischen inhaltlichen Vorrang für die Fachplanung. Die Konfliktentscheidung wird nur vertagt bis zum zukünftigen Planfeststellungsverfahren, in der sich die Fachplanung mit den in den Plänen manifestierten kommunalen Vorstellungen auseinandersetzen muß [17].

Vielleicht kann man die Vorbehalte der Fachplaner vor einer Bindung aus § 7 BauGB etwas zerstreuen, wenn man die Grenzen der Bindungswirkung beleuchtet:

– Inhaltlich entspricht die Bindung der Fachplanung derjenigen des § 8 Abs. 2 Satz 1 BauGB, die der Flächennutzungsplan gemeindeintern für die Aufstellung von Bebauungsplänen besitzt [18]. Das Erfordernis des „Entwickelns aus dem Flächennutzungsplan“ schließt als Konkretisierungsvorgang nicht aus, daß die in einem Bebauungsplan zu treffenden Festsetzungen von den vorgegebenen Darstellungen des Flächennutzungsplans abweichen, wenn sie sich aus dem Übergang in die konkretere Planungsstufe

[14] BVerwG, Beschluß v. 18.12.1995 – 4 NB 8.95 –, NVwZ 1997, 173 = BayVBl. 1996, 697.

[15] Vgl. BVerwG, Urteil v. 22.3.1974 – IV C 42.73 –, DVBl. 1974, 562, 566; Urteil v. 5.12.1986 – 4 C 13.85 –, BVerwGE 75, 214, 237; Beschluß v. 26.6.1992 – 4 B 1–11.92 –, NVwZ 1993, 572, 574; Beschluß v. 2.11.1992 – 4 B 205.92 –, Buchholz 407.4 § 17 FStRG Nr. 92 S. 101, 104f.; Urteil v. 28.2.1996 – 4 A 27.95 –, Buchholz 407.4 § 17 FStRG Nr. 110 S. 78, 90ff.

[16] Gaentzsch, WiVerw. 1985, 235, 244.

[17] Gaentzsch (FuBn.9), § 7 Rdnr. 11; ders., WiVerw. 1985, 235, 244; Lohr (FuBn.10), § 7 Rdnr. 14.

[18] Gaentzsch (FuBn.9), § 7 Rdnr. 4; Lohr (FuBn.10), § 7 Rdnr. 3; Paetow, UPR 1990, 321, 323.

rechtfertigen und die Grundkonzeption des Flächennutzungsplans unberührt lassen [19]. Übertragen auf § 7 Satz 1 BauGB bedeutet das, daß Trassenverschiebungen in gewissem Umfang jedenfalls möglich sind.

– In zeitlicher Hinsicht beschränkt sich die primäre Bindung des Fachplanungsträgers auf die im Zeitpunkt des Flächennutzungsplanbeschlusses [20] gegebene Sachlage. Mit einer Änderung der Sachlage einhergehende Änderungen der Planungsvorstellungen des Fachplanungsträgers führen zu einem nachträglichen Koordinationsverfahren mit der Gemeinde (§ 7 Satz 3 BauGB). Kommt man dabei zu einer Einigung, trägt der Fachplanungsträger die Planungskosten für eine Änderungsplanung der Gemeinde auf den Ebenen des Flächennutzungsplans und der Bauleitplanung (§ 7 Satz 6 BauGB). Seine Bindung setzt sich also auf finanzieller Ebene fort. Bleibt dieser nachträgliche konsensuale Koordinationsversuch erfolglos, kann der Fachplanungsträger nur unter der Voraussetzung nachträglich (wirksam) widersprechen, daß seine Änderungsmotive die in dem Flächennutzungsplan zum Ausdruck kommenden städtebaulichen Belange der Gemeinde wesentlich überwiegen. Hinter dieser materiellen Voraussetzung der Notwendigkeit eines gesteigerten Interesses des Fachplanungsträgers stecken mehrere Erwägungen:

Neben dem darin zum Ausdruck kommenden Vertrauensschutz der Kommune dient die Möglichkeit des nachträglichen Widerspruchs dazu, den Fachplanungsträger in die Lage zu versetzen, in der er wäre, wenn die nunmehrige Sachlage bereits bei Aufstellung des Flächennutzungsplans gegeben gewesen wäre: Er hätte dann der Bindung durch rechtzeitigen Widerspruch entgehen können. Es geht also um eine intertemporale Gleichbehandlung, so daß nachträgliche Veränderungen der Sachlage nicht automatisch zu Lasten des Fachplanungsträgers gehen. Hinter dem Maßstab der 'wesentlich überwiegenden Belange' steht vor allem das Problem mangelnder Meßbarkeit der gegenläufigen Interessen: Mangels Kommensurabilität ist das Erfordernis des qualifizierten Überwiegens im Sinne der eindeutigen und zweifelsohnen Erkennbarkeit zu verstehen [21]. Wenn das Gesetz aber bei der Forderung nach

nachträglicher Änderung der Sachlage für einen zulässigen Widerspruch nicht stehenbleibt, sondern darüber hinaus noch eine inhaltliche Präponderanz der für die abweichende Fachplanung angeführten Belange fordert, so verknüpft es – anders als beim Widerspruch nach § 7 Satz 2 BauGB – den Entfall der inhaltlichen Bindung mit der sachlichen Berechtigung des Widerspruchs und löst damit den Konflikt zwischen Flächennutzungsplan und Fachplanung in der Voraussetzung der „Zulässigkeit“ des Widerspruchs. Anders gewendet: Die einmal eingetretene Bindung des Fachplanungsträgers entfällt nur, wenn er in der Sache wirklich die besseren, nicht nur gleich gute Karten in der Hand hält [22].

Die Rechtsfolge eines zulässigen Widerspruchs beschreibt § 7 BauGB nur unvollständig: Überwiegen die fachplanerischen Belange „nicht nur unwesentlich“, wandelt sich die primäre inhaltliche Bindung des Fachplanungsträgers in eine finanzielle (§ 7 Satz 6 BauGB). Mit dem Ende der Primärbindung ist wegen der Voraussetzung der objektiven Präferenz der Belange der Fachplanung gleichzeitig entschieden, daß die Gemeinde ihre Planung anzupassen hat, da dies jetzt i. S. des § 1 Abs. 3 BauGB erforderlich geworden ist und die alte Planung ansonsten funktionslos würde.

2. Konkurrenz von Bebauungs- und Fachplanung

Unter Anknüpfung an die Ausführungen zu § 7 BauGB ist eine wichtige Klarstellung des Gesetzgebers der neu gefaßte § 38 Satz 2 BauGB:

„Eine Bindung nach § 7 bleibt unberührt.“

[19] Grundlegend BVerwG, Urteil v. 28.2.1975 – 4 C 74.72 –, BVerwGE 48, 70, 74f.; Beschluß v. 20.7.1990 – 4 N 3.88 –, DVBl. 1990, 1352, 1353. Lohr (Fußn.10), § 5 Rdnr.8 und § 8 Rdnr.3 spricht treffend von dem „überschießenden Genauigkeitsgrad“ der zeichnerischen Darstellungen des Flächennutzungsplans, der konkretere Vorgaben suggeriert als er sie eigentlich trifft.

[20] In der Kommentarliteratur wurden unterschiedliche Zeitpunkte für einen noch zulässigen Widerspruch ohne Änderung der Sachlage gehandelt: Vom Abschluß der Auslegung (Lohr [Fußn.10], § 7 Rdnr.11 m.w.N.) bis zum Wirksamwerden des Flächennutzungsplans (Gierke, in: Kohlhammer-Kommentar zum Baugesetzbuch, § 7 Rdnr.132f.). Der Gesetzgeber hat im BauROG durch § 7 Satz 2 BauGB n.F. klargestellt, daß der Widerspruch bis zum Beschluß der Gemeinde einzulegen ist.

[21] Lohr (Fußn.10), § 7 Rdnr.18; Gaentzsch (Fußn.9), § 7 Rdnr.21.

[22] Gaentzsch (Fußn.9), § 7 Rdnr.21, zieht hier die Abwägungslehre mit der Stufe der Abwägungsdisproportionalität des Abwägungsergebnisses als Maßstab heran.

Ein Fachplanungsträger, der der Flächennutzungsplanung der Gemeinde nicht widersprochen hat, kann die eingetretene Bindung nicht über § 38 BauGB abschütteln. Wenn also der Fachplanungsträger mangels Widerspruchs im Verfahren der Aufstellung des Flächennutzungsplans gebunden ist, setzt sich diese Bindungswirkung fort und entfällt nicht etwa durch die Aufstellung von Bebauungsplänen durch die Gemeinde, die dann der Relativierung über § 38 BauGB unterliegen [23]. Der Fachplanungsträger muß also zur Realisierung eines die Bindung aus § 7 BauGB negierenden Vorhabens zuerst den in § 7 Sätze 3–6 BauGB vorgezeichneten Weg beschreiten; die Privilegierung des § 38 Satz 1 BauGB nützt ihm nichts [24].

Die folgenden Aussagen zum Verhältnis von Bebauungs- und Fachplanung sind also letztlich nur für Fälle ungebundener Fachplanungsträger relevant. In zeitlicher Aufeinanderfolge sind zwei Konstellationen denkbar: Die Fachplanung trifft auf einen bereits in Kraft getretenen Bebauungsplan oder die Bauleitplanung findet einen bestandskräftigen Planfeststellungsbeschluß vor.

a) Fachplanung trifft auf Bebauungsplan (Vorlaufender Bebauungsplan)

Wenn die Fachplanung auf einen (inhaltlich mit dem Vorhaben widersprechenden) Bebauungsplan trifft, ist der materielle Konflikt in § 38 BauGB geregelt. Diese Vorschrift trifft zugleich die Fälle, daß kein Bebauungsplan vorliegt und das Vorhaben im unbeplanten Innenbereich bzw. im Außenbereich liegt.

Der Gesetzgeber hat die Vorschrift im BauROG stark gestrafft und auf die Aufzählung der einzelnen Fachplanungsgesetze verzichtet. Gleichzeitig wurde der Anwendungsbereich auf Plangenehmigungsverfahren erweitert. Privilegiert werden nach Bundes- bzw. Landesrecht geregelte Fachplanungsvorhaben überörtlicher Bedeutung. Unter § 38 Satz 2 BauGB a.F. hieß es noch „überörtliche Planungen“ und diese Voraussetzung hatte das BVerwG zuerst an die (landesrechtlich geregelte) überörtliche Zuständigkeit der Planfeststellungsbehörde angeknüpft. Später stellte es im Einzelfall darauf ab, ob das Vorhaben das Gebiet von mindestens zwei Gemeinden tatsächlich berührte, weil in einem

derartigen Fall die städtebauliche Steuerungsfunktion der einzelnen Gemeinde überfordert sei [25]. Ob mit der gesetzlichen Neuformulierung durch das BauROG erneut eine Trendwende in Richtung auf eine abstrakt-typisierende Betrachtung des von dem jeweiligen Fachgesetz geregelten planfeststellungsbedürftigen Vorhabens [26] eingeleitet wird, bleibt abzuwarten [27]. Dafür spricht, daß z.B. ein Verkehrsflughafen auch dann, wenn er im Flächenumgriff vollständig auf dem Gebiet einer Gemeinde geplant wird, generell und typischerweise ein „Vorhaben von überörtlicher Bedeutung“ darstellt und das Fachplanungsprivileg nicht von dem eher zufällig wirkenden Umstand der Berührung des Sprengels einer Nachbargemeinde abhängen sollte.

Weitere Voraussetzung ist die Beteiligung der Gemeinde in dem jeweiligen Fachplanungsverfahren, die qua Fachplanungsrecht geregelt ist, denn § 36 BauGB wird von § 38 BauGB ebenfalls derogiert [28]. Soweit Regelungen fehlen sollten, folgt ein Anhörungsrecht der Gemeinde unmittelbar aus der verfassungsrechtlich gewährleisteten Selbstverwaltungsgarantie in der Ausprägung der Planungshoheit (Art. 28 Abs. 2 GG) [29].

Die früher normierte Rechtsfolge „... bleiben von den Vorschriften ... unberührt.“ hat der Gesetzgeber im BauROG präzisiert:

[23] Schon zu § 38 BauGB a.F. Gaentzsch (Fußn.9), § 7 Rdnr. 4.

[24] Eine Umgehungsstrategie stünde den Fachplanungsträgern offen, wenn es ihnen gelänge, ihre Planvorstellungen – soweit dies raumordnungsrechtlich möglich ist – als bindendes Ziel in die Ebene der Landesplanung einzubringen. In der Regionalplanung würde die Gemeinde mit ihrem im Flächennutzungsplan niedergelegten Planungsstellungen zwar über das Gegenstromprinzip (vgl. § 1 Abs. 3 ROG) Einfluß geltend machen können, aber letztlich wäre sie über § 1 Abs. 4 BauGB an die Ziele des Regionalplans gebunden und müßte die Bauleitplanung entsprechend anpassen.

[25] BVerwG, Urteil v. 4.5.1988 – 4 C 22.87 –, BVerwGE 79, 318, 320f. in Abkehr vom Urteil v. 3.4.1981 – 4 C 11.79 –, Buchholz 406.11 § 38 BBauG Nr. 1 = DVBl. 1981, 930. Kritisch gegenüber dieser Trendwende: Jäde, BayVBl. 1989, 459.

[26] So schon zum alten Recht: Gaentzsch, Baugesetzbuch – Kommentar, 1991, § 38 Rdnr. 21; Jäde, BayVBl. 1989, 459.

[27] Keine Änderung sehen Battis/Krautzberger/Löhr, NVwZ 1997, 1145, 1162.

[28] BVerwG, Urteil v. 4.5.1988 – 4 C 22.87 –, BVerwGE 79, 318, 319; Urteil v. 3.4.1981 – 4 C 11.79 –, Buchholz 406.11 § 38 BBauG Nr. 1.

[29] Vgl. BVerfGE 56, 298, 320f. Das BVerfG läßt auf S.312f. die Zugehörigkeit der Planungshoheit zum Kernbereich der Selbstverwaltungsgarantie offen, prüft aber die angegriffenen Regelungen an der „Planungshoheit als Bestandteil des Selbstverwaltungsrechts“ (S. 317, 318).

„... sind die §§ 29 bis 37 nicht anzuwenden, ...; städtebauliche Belange sind zu berücksichtigen.“

Sinn und Rechtsfolge des § 38 BauGB erschließen sich, wenn man für einen Augenblick die Existenz der Vorschrift ausblendet: Die meisten Fachplanungsvorhaben wären wegen Verstoßes gegen die materiellrechtlichen bauplanungsrechtlichen Vorgaben unzulässig. Eine Straßentrasse bedürfte z. B. in einem beplanten Gebiet einer Festsetzung nach § 9 Abs. 1 Nr. 11 BauGB als Verkehrsfläche. Unter einer Bindung an bauplanungsrechtliche Vorgaben wäre nahezu jede Fachplanung zum Scheitern verurteilt. Der Gesetzgeber hat aber mit § 38 BauGB – auch nach bisherigem Verständnis [30] – die Fachplanung von städtebaulichen Anforderungen nicht völlig freigestellt (Exemption), sondern die Vorschrift weicht die zwingenden städtebaulichen Zulassungstatbestände in der fachplanerischen Abwägung unterliegende öffentliche Belange auf. Rechtstechnisch fungiert § 38 BauGB als „Weichmacher“, der zwingendes Recht auf Abwägungsbeachtlichkeit abschwächt.

§ 38 BauGB ist als „Weichmacher“ darauf angewiesen, daß die fachplanungsrechtliche Zulassung rechtsstrukturell eine Abwägungs- und keine gebundene Entscheidung ist. Solange nur planfeststellungsbedürftige Vorhaben dem Anwendungsbereich des § 38 BauGB unterfielen, deren materiellrechtliches Entscheidungsprogramm durch eine Abwägung gerade gekennzeichnet wird (vgl. z. B. § 17 Abs. 1 Satz 2 FStrG), garantierte die Fachplanung ein Forum für die Berücksichtigung der zum Abwägungsbelang mutierten städtebaulichen Interessen. Problematisch wurde es erst, als der Gesetzgeber die „öffentlich zugänglichen Abfallentsorgungsanlagen“ (im BauROG verengt auf Abfallbeseitigungsanlagen [31]) in § 38 BauGB ließ und diesen Anlagentypus gleichzeitig aus dem abfallrechtlichen Planfeststellungsverfahren in das immissionsschutzrechtliche Genehmigungsverfahren überführte [32]. Dieses ist durch eine gebundene Zulassungsentscheidung ohne Ermessen und Gestaltungsfreiheit gekennzeichnet (§ 6 BImSchG), so daß das materielle Entscheidungsprogramm eigentlich keine Abwägung kennt. Die durch § 38

BauGB bewirkte materiellrechtliche Abschwächung und der Entscheidungstyp der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung erwiesen sich als inkompatibel und diese Friktion ließ sich nur durch einen unmittelbaren Rückgriff auf Art. 28 Abs. 2 GG mittels eines verfassungsunmittelbaren Berücksichtigungsgebotes verfassungskonform hinbiegen [33]. Mit dem in das BauROG aufgenommenen Halbsatz

„...; städtebauliche Belange sind zu berücksichtigen.“

hat der Gesetzgeber versucht, diese Unverträglichkeit durch Aufnahme eines selbständigen Berücksichtigungsgebots städtebaulicher Belange wieder auszugleichen. Dieser Passus läßt sich angesichts des vom Gesetzgeber erkannten Systembruchs der bisherigen Regelung [34] nur dahingehend verstehen, daß das gebundene Entscheidungsprogramm des § 6 BImSchG um ein Abwägungselement angereichert wird [35]. Eine so verstandene fremdgesetzliche Erweiterung und Modifikation des administrativen Prüf- und Entscheidungsprogramms ist nicht derartig revolutionär, als daß ‚mit einem Federstrich des Gesetzgebers 50 Jahre deutscher Verwaltungsrechtsdogmatik auf den Kopf gestellt würden‘ [36]. Dogma non derogat legi!

[30] Vgl. Gaentzsch, WVerw. 1985, 235, 242; Paetow, UPR 1990, 321, 324; BVerwG, Urteil v. 9.11.1984 – 7 C 15.83 –, BVerwGE 70, 242, 244; Urteil v. 4.5.1988 – 4 C 22.87 –, BVerwGE 79, 318, 321 f., 322: „... fachplanerisch zu berücksichtigende Orientierungshilfen von unterschiedlicher Intensität.“

[31] Auf Veranlassung des Bundesrates in seiner Stellungnahme zum Gesetzentwurf der Bundesregierung; vgl. BT-Drucks. 13/6392, S. 113. Die Bundesregierung stimmte in ihrer Gegenäußerung zu (a. a. O., S. 136). Angesichts der in den Materialien explizit geäußerten Absicht der Verhinderung, daß „... das Privileg des § 38 BauGB über die „klassischen“ Abfallbeseitigungsanlagen (z. B. Müllverbrennungsanlagen) hinaus auch für alle immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftigen Anlagen gilt, in denen mit „Abfällen zur Verwertung“ (...) umgegangen wird, ...“, bleiben die Extensionsversuche von Sandner, DÖV 1998, 586, 593 f. unverständlich.

[32] Art. 1 Ziff. 7c) (Änderung des § 38 BauGB), Art. 6 Nr. 1 (Änderung des § 7 AbfG) sowie Art. 8 Ziff. 1a) (Änderung des § 4 BImSchG) des Investitions erleichterungs- und Wohnbaulandgesetzes vom 22.4.1993, BGBl. I, 466.

[33] Dazu Engel, UPR 1993, 293; Kretz, UPR 1994, 44; Weidemann, DVBl. 1994, 263; Erbguth, in: Hoppe/Appold, Städtebaurecht 2000, 1995, S. 121, 124 ff.; Gaentzsch (ebd.), S. 128, 133 ff.; OVG Koblenz, Beschluß v. 13.9.1994 – 7 B 11901/94 –, DVBl. 1995, 251 f. mit Anmerkung von Weidemann; vgl. auch BayVGH, Beschluß v. 7.1.1997 – 22 CS 96.2192 –, NVwZ-RR 1998, 25, 27.

[34] BT-Drucks. 13/6392, S. 61.

[35] So Beckmann, DVBl. 1997, 1402; Wagner, UPR 1997, 397, 392; vgl. auch Hölischer, NVwZ 1998, 1134, 1138: „... ein dem Bauplanungsrecht nachgeordneter Abwägungsdispens ...“.

[36] So aber Sandner, DÖV 1998, 586, 589.

Weitere Folge des § 38 BauGB ist die Überlagerung des Bebauungsplans mit seinen dem Vorhaben entgegenstehenden Festsetzungen durch den Planfeststellungsbeschuß. Überwiegend wird vertreten, daß der Bebauungsplan insoweit funktionslos wird und bei Aufhebung oder Außerkrafttreten des Planfeststellungsbeschlusses (vgl. § 75 Abs. 4 VwVfG) wieder auflebt.[37]

b) Bebauungsplanung trifft auf Fachplanung (Vorlaufende Fachplanung)

Die Gemeinde ist an die fachplanerische Entscheidung gebunden, wenn der Planfeststellungsbeschuß (Plangenehmigung) auch ihr gegenüber in Bestandskraft erwachsen ist. Wenn man dieses Ergebnis nicht bereits aus der Bestandskraft des Verwaltungsaktes ableiten will [38], kann man auch auf einen Erstrecht-Schluß aus § 38 BauGB zurückgreifen [39].

Im Hinblick auf Bahnhöfe, die in innerstädtischer zentraler Lage hochattraktive Standorte sind und durch gewerbliche Nutzungen immer stärker zu verkehrsunabhängigem Umsatz für die Bahn beitragen, ist ein Konfliktpotential zwischen den Planungskonzeptionen der Gemeinden und dem Rentabilitätsinteresse der Bahn entstanden. Diese ist – nicht zuletzt durch die Privatisierung – stärker denn je gewinnorientiert und der „Bahnhof 2000“ als Geschäfts- und Kommunikationszentrum belegt eine Neuorientierung ihrer Erwerbsinteressen in Richtung auf für den Schienenverkehr nicht zwingend notwendige Umsatzquellen. Hier sind vier typische Problemfelder auszumachen:

(1) Die inhaltliche Reichweite der Planungsbefugnis

Für die Kommunen stellt sich die Frage, ob sie – nicht im Widerspruch zu der planfestgestellten und gewidmeten Anlage – sondern in Ausfüllung der fachplanungsrechtlichen Zweckbestimmung der Anlage für die noch verbleibenden städtebaulich relevanten Freiräume Regelungen treffen dürfen. Konkret geht es u. a. um die Steuerung der Zulässigkeit von Vergnügungsstätten (Spielhallen etc.). Zwei Kollisionsmodelle zwischen privilegierter Fachplanung und subsidiärer Bauleitplanung wären denkbar:

– Eine formelle Kompetenzlösung, die eine planfestgestellte Anlage abstrakt-generell im Rahmen der Widmung der Bauleitplanung völlig entzieht.

– Eine inhaltliche Vereinbarkeitsprüfung, die konkret die bauleitplanerischen Wünsche auf ihre Vereinbarkeit mit der fachplanerischen Nutzung prüft.

Das BVerwG hat sich gemeindefreundlich für die flexible materielle Abgrenzung ausgesprochen und entschieden, daß der Fachplanungsvorbehalt (§ 38 BauGB) für eine Bahnanlage die betreffende Fläche der gemeindlichen Bauleitplanung nicht nach Art eines exterritorialen Gebiets völlig entzieht, sie aber planerischen Aussagen der Gemeinde nur insoweit zugänglich ist, als diese der besonderen Zweckbestimmung der Anlage nicht widersprechen. Eine Bauleitplanung in bezug auf bestehende Anlagen und Flächen der Bahn ist zulässig, wenn sie inhaltlich keinen Konflikt mit dem besonderen Charakter der Bahnanlage auslöst, d.h. deren Zweckbestimmung, uneingeschränkt dem Bahnbetrieb zur Verfügung zu stehen, unangetastet läßt. Zu prüfen ist also die Vereinbarkeit der planerischen Aussagen mit der bahnspezifischen Nutzung. Kein Konflikt tritt z.B. auf, wenn die Gemeinde in einen Bebauungsplan, mit dem sie gemäß § 1 Abs. 5 ff. BauNVO die Zulässigkeit bestimmter Arten von Nutzungen oder Arten von baulichen Anlagen modifiziert, z.B. Spielhallen oder andere Vergnügungsstätten ausschließt oder einschränkt, auch einen vorhandenen Bahnhof einbezieht [40]. Nota bene: Es kommt auf die objektive Vereinbarkeit der gemeindlichen Planung mit der Zweckbestimmung der Anlage an; nicht darauf, daß der Fachplanungsträger aus Rentabilitätsabwägungen Teile von Einrichtungen z.B. durch Ansiedlung von Einzelhandelsbetrieben möglichst lukrativ nutzen möchte [41] und deshalb die Bauleitplanung subjektiv für unvereinbar hält.

[37] Paetow, UPR 1990, 321, 325; Koch, Zur Konkurrenz zwischen Fachplanung und Bauleitplanung in: Planung und Plankontrolle, FS Schlichter, 1995, S. 461, 474.

[38] So Schlarmann (Fußn. 3), S. 40.

[39] Erbuth, NVwZ 1989, 608, 610.

[40] BVerwG, Urteil v. 16.12.1988 – 4 C 48.86 –, BVerwGE 81, 111, 116.

[41] Vgl. Birk, NVwZ 1989, 905, 907.

(2) Die Bauüberwachung

Dieser für das materielle Recht entwickelten Leitlinie, daß für eine Anlage nicht zwei (sich widersprechende) Rechtsregime nebeneinander Geltung beanspruchen können, folgt im Ansatz auch das formelle Bauordnungsrecht. Aus dem Anwendungsbereich der Landesbauordnungen sind „Anlagen des öffentlichen Verkehrs“ ausgenommen [42]. Wenn man aber nicht die Bahnhofshalle als solche, sondern darin untergebrachte Läden, Spielhallen und Gaststätten in den Blick nimmt, können diese – insbesondere im Hinblick auf die bauliche Nutzung – als eigenständige bauliche Anlagen oder selbständig relevante Anlagenteile angesehen werden. Allerdings nehmen die Landesbauordnungen auch „Zubehör“, „Nebenanlagen“ und mittlerweile auch „Nebenbetriebe“ öffentlicher Verkehrsanlagen aus ihrem Anwendungsbereich aus [43]. Mangels exklusiver Zugänglichkeit von Läden in einer Bahnhofshalle im Vergleich zu Raststätten und Tankstellen an Autobahnen, die infolge der Anfahrmöglichkeit von der BAB typischerweise nur die Bedürfnisse von Reisenden zu befriedigen vermögen, hat das OVG Lüneburg erstere nicht als Nebenbetriebe angesehen und dem Bauordnungsrecht unterstellt [44].

Danach unterliegen – von der Bahn zivilrechtlich durch Mietverträge erst ermöglichte – gewerbliche „Unternutzungen“ in einem Bahnhof der bauaufsichtlichen Überwachung. Sowohl präventives Verfahrensrecht als auch repressive bauordnungsrechtliche Befugnisse sind auf derartige bahnfremde Nutzungen anzuwenden [45]. Der verfahrensrechtliche Planfeststellungsvorbehalt (§ 18 AEG) und der baurechtliche Genehmigungsvorbehalt sowie Bahn- und Bauaufsicht stehen in einem exklusiven Verhältnis zueinander. Ein Übergriff in den (bundesrechtlichen) Fachplanungsvorbehalt ist ausgeschlossen, wenn man die Widmung auf die spezifisch dem Bahnbetrieb dienenden Anlagen(teile) reduziert. Bahnfremde Nutzungen werden von der Konzentrationswirkung des Planfeststellungsbeschlusses (§ 75 Abs. 1 VwVfG) nicht erfaßt. Andernfalls unterläge die Errichtung von Läden, Spielhallen etc. in einem Bahnhof als Änderung einer Bahnbetriebsanlage dem Planfeststellungs- bzw. -genehmigungsvorbehalt (vgl. jetzt § 18 Abs. 1 AEG) [46].

Genau davon geht jedoch der BayVGh in seinem Urteil v. 20.10.1998 aus [47]. Dem Urteil merkt man das Unbehagen des Senats gegenüber einem gespaltenen Rechtsregime innerhalb einer natürlichen Anlageneinheit (= baulich einheitliches Bahnhofsgebäude) an [48], so daß eine Einheitslösung angestrebt wurde. Dieser Ansatz, der jeden Teil eines Bahnhofsgebäudes und konsequenterweise auch das gesamte gewidmete Bahngelände dem eisenbahnrechtlichen Planfeststellungsrecht unterwirft, erweist sich angesichts der einschränkenden funktionalen Komponente des Anlagenbegriffs in § 18 AEG [49] aber als wenig überzeugend. Es erscheint auch wenig praktikabel, wegen jeder Änderung von Ladenlokalen in der Schalterhalle eines Bahnhofsgebäudes ein Planfeststellungs- bzw. Plan-genehmigungsverfahren durch das Eisenbahnbundesamt durchzuführen [50].

Wenn man dem BayVGh nicht folgt, hat die Bauaufsichtsbehörde – und damit ggf. die Gemeinde selbst – „den Fuß in der Tür“ und

[42] Vgl. z.B. Art. 1 Abs. 2 Nr. 1 BayBO.

[43] Vgl. Art. 1 Abs. 2 Nr. 1 BayBO, § 3 Abs. 1 Nr. 1 NBauO, § 1 Abs. 2 Nr. 1 BauONW.

[44] OVG Lüneburg, Urteil v. 31.5.1996 – 6 L 3564/93 –, BauR 1997, 101, 102f. Vgl. auch BVerwG, Urteil v. 29.8.1961 – I C 167.59 –, NJW 1962, 752 = DÖV 1962, 142 und OVG Münster, Urteil v. 3.7.1997 – 11 A 1566/94 –, BauR 1997, 1001, 1001ff.; Werbetafel an Eisenbahnbrücke; BVerwG, Urteil v. 7.6.1977 – I C 21.75 –, DÖV 1978, 49, 50; Schrottplatz auf Bahngelände ist keine (ortsgebundene) Bahnanlage und kein Verkehrsweg i.S. des § 3 Abs. 5 Nr. 3 BImSchG; OVG Münster, Urteil v. 27.4.1998 – 7 A 3818/96 –, BauR 1999, 383; Schrottplatz auf Bahngelände ist keine Bahn- und damit keine Verkehrsanlage i.S. des § 1 Abs. 2 Nr. 1 BauONW.

[45] So BVerwG, Urteil v. 16.12.1988 – 4 C 48.86 –, BVerwGE 81, 111, 119: „Vorhaben i. S. von § 29 BauGB, die nicht unter den Planfeststellungsvorbehalt des § 36 BBahnG fallen, aber auf Bahngelände verwirklicht werden sollen, unterliegen grundsätzlich in formeller und materieller Hinsicht dem Baurecht. Über ihre Zulässigkeit entscheidet die zuständige Baugenehmigungsbehörde, ...“. Vgl. auch OVG Münster, Urteil v. 6.10.1988 – 4 A 2966/86 –, NVwZ 1989, 576 (Spielhalle in ehemaligen Warteräumen eines Bahnhofs); VG Mannheim, Beschluß v. 24.7.1991 – 5 S 1174/91 – (Umbau früher bahngeneutzten Lagerschuppens in privates Altlöschzwischenlager).

[46] So ausdrücklich OVG Lüneburg, Urteil v. 31.5.1996 – 6 L 3564/93 –, a.a.O., in Unterscheidung der Reichweite des Planfeststellungsvorbehalts (§ 18 Abs. 1 AEG; Betriebsanlagen = Schienenwege einschließlich für deren Betrieb notwendigen Anlagen sowie der Bahnstromfernleitungen) gegenüber dem Begriff der „Eisenbahninfrastruktur“ in § 2 Abs. 3 Satz 3 AEG (Gebäude mit Verkaufs- und Abfertigungseinrichtungen für den Personen- und Güterverkehr sowie [sonstige] Verkaufseinrichtungen).

[47] BayVGh, Urteil v. 20.10.1998 – 20 A 98.40022 –, BayVBl. 1999, 147 mit – erstaunlich moderater – Anmerkung von Jäde.

[48] So auch die Bewertung von Jäde, a.a.O., S. 149, 150.

[49] Vgl. den Wortlaut des § 18 Abs. 1 Satz 1 AEG (Allgemeines Eisenbahngesetz verkündet als Art. 5 des Eisenbahnneuordnungsgesetzes v. 27.12.1993, BGBl. I, 2378, 2396): „Schienenwege von Eisenbahnen einschließlich der für den Betrieb notwendigen Anlagen und der Bahnstromfernleitungen (Betriebsanlagen der Eisenbahn)“.

[50] Einziger Ausweg ist § 18 Abs. 3 AEG, der in Fällen des Konsenses zwischen allen Beteiligten die Annahme eines Falles „unwesentlicher Bedeutung“ rechtfertigt und den Planfeststellungs- bzw. Plan-genehmigungsvorbehalt entfallen läßt.

vermag den rein gewinnorientierten Auswüchsen in der Vermietungspolitik der Bahn, die die gebotene Rücksichtnahme auf legitime städtebauliche Interessen allzu oft vermissen läßt, einen Riegel vorzuschieben. Andernfalls ist die Gemeinde jedenfalls am Verfahren beteiligt; sie ist bei regelmäßig zu verneinender Überörtlichkeit i. S. des § 38 Satz 1 BauGB n.F. in den Fällen der bahnfremden Nutzungsvorhaben in der Bahnhofshalle auch um ihr Einvernehmen gemäß § 36 BauGB anzugehen [51].

(3) Materiellrechtliches Prüfungsprogramm

Die materiellrechtliche bauplanungsrechtliche Zulässigkeit richtet sich wiederum primär nach der Vereinbarkeit mit der Zweckbestimmung der Fläche für den Bahnbetrieb. Wenn diese gewahrt wird, ergeben sich aus § 38 BauGB keine Einschränkungen und die §§ 30 ff. BauGB greifen [52].

In der Praxis treten auch Fälle auf, in denen eine eindeutig als Bahnbetriebsanlage gewidmete Fläche vorübergehend (= 10 Jahre und mehr) zu bahnbetriebsfremden Nutzungen (Marktbetrieb, Theaterwerkstatt oder Discothek in Güterhalle) im Einverständnis mit der Bahn vermietet werden soll [53]. Einigkeit besteht darüber, daß derartige temporäre Nutzungsänderungen der Bauaufsicht unterliegen [54]. Pragmatisch wird dabei der objektiv vorliegende materiellrechtliche Widerspruch zum Widmungszweck durch das Einverständnis der Bahn AG überwunden, wenn auch die Bauaufsichtsbehörde und Gemeinde das Vorhaben für (befristet) genehmigungsfähig halten. Allerdings sind mit dieser konsensualen Lösung noch nicht die Belange der von der Zwischennutzung immissionsmäßig möglicherweise stärker betroffenen Nachbarn berücksichtigt. Inwieweit diese durch die – infolge des Verstoßes gegen den Widmungszweck der Anlage – objektiv rechtswidrige Baugenehmigung in ihren subjektiven Rechten verletzt werden, läßt sich nur mittels eines hilfswiesigen Rückgriffs auf die durch § 38 BauGB verdrängten planerischen Maßstäbe (typischerweise § 34 BauGB) und den dadurch gewährten Nachbarschutz [55] im Einzelfall beantworten. Ein Konsens zwischen Fachplanungsträger und Gemeinde darf sich jedenfalls nicht zulasten der Nachbarn als Dritten auswirken.

(4) Planungskompetenz bei sich abzeichnender Entwidmung

Eine andere Frage ist die gemeindliche Planungsbefugnis im Hinblick auf eine sich abzeichnende Aufgabe der planfestgestellten Nutzung. Hier möchte manche Gemeinde wegen der absehbaren Entwidmung z. B. eines Bahnhofs schon jetzt eine „Vorratsplanung“ treffen, so daß am besagten Tag eine rechtzeitige Reintegration des betroffenen Grundstücks in ein städtebauliches Gesamtkonzept gelingt. Man hat versucht, den Widerspruch zur realisierten Fachplanung durch eine aufschiebende bedingte planerische Festsetzung zu erreichen [56]. Diesen Weg einer subsidiären Bauleitplanung hat das BVerwG ausgeschlossen.

Für inhaltlich mit dem planfestgestellten Zweck der Bahnanlage selbst unvereinbare planerische Festsetzungen fehlt der Gemeinde die Planungsbefugnis; insoweit tritt die Bauleitplanung hinter die Fachplanung zurück [57]. Solange die Fläche ihren Rechtscharakter als gewidmete Bahnanlage nicht verloren hat, sind der Gemeinde divergierende Festsetzungen verwehrt. Der Rechtsverlust kann ausnahmsweise durch Funktionslosigkeit [58], ansonsten nur durch Entwidmung eintreten [59]:

[51] So ausdrücklich auch BayVGh, Urteil v. 20.10.1998 – 20 A 98.40022 –, BayVBl. 1999, 147, 148.

[52] BVerwG, Urteil v. 16.12.1988 – 4 C 48.86 –, BVerwGE 81, 111, 119.

[53] Eine nur vorübergehende Überlassung von Bundesbahngelände an Dritte mit widerruflicher Baugenehmigung zu bahnfremder Nutzung hebt den Rechtscharakter der Fläche als Bahnanlage nicht auf (BVerwG, Beschluß v. 5.2.1990 – 4 B 1.90 –, UPR 1990, 387f. = NVwZ 1990, 462f.).

[54] Vgl. oben bei Fußn. 45. Nicht überzeugend demgegenüber OVG Münster, Beschluß v. 9.9.1994 – 11 B 1447/94 –, BauR 1995, 371f.: Sonntäglicher Flohmarkt auf der Ladestraße eines Güterbahnhofes (= baurechtsexemte Bahnbetriebsanlage) unterliegt der Bahn- und nicht der Bauaufsicht.

[55] Vgl. dazu Kraft, VerwArch. 89 (1998), 264 ff.

[56] Brohm, NVwZ 1985, 1, 8.

[57] BVerwG, Urteil v. 16.12.1988 – 4 C 48.86 –, BVerwGE 81, 111, 116f.

[58] Für möglich erachtet durch das BVerwG im Urteil v. 16.12.1988 – 4 C 48.86 –, a. a. O., S. 117; vgl. auch Beschluß v. 5.2.1990 – 4 B 1.90 –, UPR 1990, 387, 388; Urteil v. 31.8.1995 – 7 A 19.94 –, NVwZ 1996, 394, 395; Beschluß v. 26.2.1996 – 11 VE 33.95, UPR 1996, 443f.

[59] Ob dies im Wege der Planfeststellung geschehen muß (actus contrarius), oder auch ohne förmliches Verwaltungsverfahren vorstatten gehen kann, hat das BVerwG im Urteil v. 16.12.1988 – 4 C 48.86 –, a. a. O., S. 115 offengelassen. Vgl. jetzt OVG Münster, Urteil v. 27.4.1998 – 7 A 3814/96 –, BauR 1999, 365, das in Fällen einer unwesentlichen Änderung (Entwidmung eines Schrottplatzes auf Bahngelände) die Planfeststellungsbedürftigkeit auch für Fälle vor Inkrafttreten des § 18 Abs. 3 AEG verneint.

– Die Annahme einer funktionslos gewordenen Bahnanlage setzt voraus, daß die tatsächliche Entwicklung einen Zustand erreicht hat, der eine Wiederaufnahme der Bahnnutzung auf unabsehbare Zeit ausschließt und dieser Umstand für jedermann deutlich erkennbar ist, so daß das Vertrauen auf den Fortbestand nicht mehr schutzwürdig ist [60]. Allein die Demontage des Gleises reicht dafür nicht aus (!) [61]. Es handelt sich bei diesem Verlusttatbestand im Hinblick auf Bahnanlagen um eine eher theoretische Kategorie, deren Voraussetzungen – soweit ersichtlich – in der Rechtsprechung bislang noch nicht angenommen wurden.

– Der dingliche Verwaltungsakt der Entwidmung (§ 35 Satz 2 VwVfG) läßt die Rechte aus dem Planfeststellungsbeschluß erlöschen und zugleich die öffentliche Sachqualität entfallen. Die rechtsstaatlich gebotene Eindeutigkeit der Rechtsverhältnisse des öffentlichen Sachenrechts fordert ein Mindestmaß an Publizität für eine Entwidmung. Nur eine Bekanntmachung schafft für jedermann eindeutige Verhältnisse über die Freistellung einer derartigen Immobilie vom Regime des öffentlichen Sachenrechts; der Statuswechsel mit der Rechtsfolge des Wechsels der Planungsbefugnis verlangt Förmlichkeit [62].

Die Gemeinde ist einer Entwidmung mit anschließender Beurteilung eines Vorhabens nach § 34 BauGB dennoch nicht völlig schutzlos ausgeliefert, sondern sie kann bei unmittelbar bevorstehender Aufhebung der besonderen Zweckbestimmung der Fläche ein Bauleitplanverfahren einleiten mit der Folge, daß ihr die Sicherungsmittel der Veränderungssperre und Zurückstellung von Baugesuchen (§§ 14, 15 BauGB) zur Verfügung stehen [63]. In der Praxis zeigt sich, daß die Bahn ihr Fachplanungsprivileg bei intendierter (Teil-)Entwidmung zu versilbern sucht. Mit einem potentiellen Käufer/Mieter will sie dessen Nutzungswünschen zum Erfolg verhelfen, was sich für die Bahn – im wahrsten Sinne des Wortes – bezahlt machen soll. Nicht immer gehen die Nutzungswünsche des Interessenten mit den Planungsvorstellungen der Kommune konform, so daß hier ein erhebliches Konfliktpotential liegt. Soweit sich ein derartiger Konflikt nicht einvernehmlich (z. B. durch Vertrag zwischen Bahn und Kommune

[64]) bereinigen läßt, ergibt sich eine Patt-Situation:

– Die Bahn verzögert die Entwidmung, bis die Gemeinde den Nutzungsintentionen ihres Geschäftspartners entgegenkommt.

– Dessen Vorhaben ist aber ohne Entwidmung (noch) nicht genehmigungsfähig, da eine bauplanungsrechtliche Prüfung – auch an den Ersatztatbeständen der §§ 34 und 35 BauGB – voraussetzt, daß die Gemeinde in der Lage ist, ihre Planungshoheit in bezug auf das zu beurteilende Vorhaben wahrzunehmen [65].

Die zuletzt genannte Sicherung der kommunalen Planungshoheit steht z. B. einer Vorbescheiderteilung unter dem Vorbehalt einer Entwidmung der betroffenen Fläche seitens der Bahn entgegen. Andernfalls ginge die Kommune leer aus, wenn sich der (bedingt erteilte) Vorbescheid bei Entwidmung gegenüber einer späteren Veränderungssperre und einem Bebauungsplan durchsetzen würde. Die Nicht-Betätigungsmöglichkeit der kommunalen Planungshoheit als Genehmigungshindernis führt zum Patt zwischen Bahn und Kommune, die sich gegenseitig hemmen.

Beklagt wird von kommunaler Seite die rein gewinnorientierte Ausrichtung der Verhandlungsführung der Deutschen Bahn AG – eine typische und zwingende Folge der Privatisierung. Die Bahn scheut sich nicht, Entwidmungen gegenüber der Kommune von interessenkonformen Gebietsausweisungen bzw. positiven Vorbescheidungen der Bauvorfragen ihrer Mieter/Käufer abhängig zu machen [66]. Auch wenn die Bahn AG den ge-

[60] Vgl. zum Bebauungsplan BVerwG, Urteil v. 29.4.1977 – 4 C 39.75 –, BVerwGE 54, 5, 7ff.

[61] BVerwG, Urteil v. 31.8.1995 – 7 A 19.94 –, NVwZ 1996, 394, 395.

[62] BVerwG, Urteil v. 16.12.1988 – 4 C 48.86 –, BVerwGE 81, 111, 118.

[63] BVerwG, Urteil v. 16.12.1988 – 4 C 48.86 –, BVerwGE 81, 111, 116f.; VGH Mannheim, Urteil v. 23.8.1996 – 8 S 269/96 –, NVwZ-RR 1997, 395, 396. Zum Problem auch Koch (Fußn.37), S. 461, 468ff.

[64] Diese Möglichkeit wird im Beschluß des BVerwG v. 27.11.1996 – 11 A 2.96 –, UPR 1997, 150 ausdrücklich offengelassen.

[65] BVerwG, Urteil v. 16.12.1988 – 4 C 48.86 –, BVerwGE 81, 111, 120; zuletzt Beschluß v. 27.4.1998 – 4 B 33.98 –, So auch OVG Münster, Urteil v. 23.5.1997 – 7 A 5844/95 –, UA S. 18; Urteil v. 19.12.1997 – 7 A 6271/95 –, UA S. 18f.; VGH Kassel, Urteil v. 29.4.1997 – 4 UE 1349/92 –, UA S. 11f.

[66] Vgl. die Sachverhaltswiedergabe im Tatbestand des Urteils des OVG Münster v. 23.5.1997 – 7 A 5844/95 –, UA S. 3f., S. 14: „Des weiteren weisen wir noch einmal darauf hin, daß wir uns eine Entwidmung weiteren Geländes dann vorstellen können, wenn die Bauvorfrage unseres Mieters positiv beschieden wird.“

setzlichen Auftrag hat, nicht mehr für Eisenbahnzwecke benötigte Grundstücke zur Finanzierung der Eisenbahn des Bundes zu verwerten, erweist sich ein derartiges Geschäftsgebahren als Mißbrauch des Fachplanungsprivilegs in §38 BauGB. Dieses dient dem öffentlichen Interesse an schienengebundener Infrastruktur, nicht aber den sekundären Verwertungsinteressen der Bahn AG.

(5) Die Lösung: Der kommunale Entwidmungsanspruch

Daher ist als Ausweg aus der gegenseitigen Hemmung ein subjektivrechtlicher Anspruch der Kommunen auf Entwidmung nicht mehr zu unmittelbaren Bahnzwecken benötigter Flächen zu prüfen: Anspruchsgrundlage ist die in Art.28 Abs.2 GG bzw. im jeweiligen Landesverfassungsrecht (vgl. Art.11 Abs.2 BV) verankerte kommunale Planungshoheit [67]. Das BVerwG hat daraus bereits einen Informationsanspruch gegenüber der Bahn abgeleitet, daß diese ihren Willen dahingehend artikulieren und äußern muß, welche Teile ehemaliger Bahnanlagen dauerhaft in die Planungshoheit zurückfallen sollen und welche Flächen weiterhin für Bahnbetriebszwecke benötigt werden [68]. Ein derartige Willensbildung und -äußerung sei Voraussetzung einer vorausschauenden und sachgerechten Bauleitplanung.

Über ein derartiges formell subjektiv-öffentliches Recht hinaus könnte ein materieller Entwidmungsanspruch dann in Betracht kommen, wenn die Bahn AG in Verhandlungen mit der Kommune über zukünftige Nutzungsausgestaltungen eindeutig zu erkennen gegeben hat, daß Flächen – nicht nur vorübergehend – nicht mehr für Betriebszwecke gebraucht werden [69]. Die prinzipiell das gesamte Gemeindegebiet erfassende kommunale Planungshoheit als Grundsatz wird von dem Fachplanungsvorbehalt nur wegen überwiegender Interessen am Schienenverkehr, nicht aber aus fiskalischen Motiven überlagert. Die durch den privilegierten öffentlichen Zweck der Bahnanlage ausgelöste Rechtsfolge des §38 BauGB und der darin liegende Eingriff in die kommunale Planungshoheit wirken indes fort. Deshalb ist es angesichts des Verhältnismäßigkeitsprinzips in zeitlicher Dimension nicht einzusehen, warum die Gemeinde als Belastete bei einem derarti-

gen Dauereingriff im Falle des nachträglichen Wegfalls der Eingriffsvoraussetzungen nicht die Aufhebung der Widmung sollte einklagen können. Dreh- und Angelpunkt der Argumentation ist die Einsicht, daß die kommunale Planungsbefugnis den Grundsatz und §38 BauGB die – durch das öffentliche Interesse an schienengebundener Infrastruktur legitimierte – Ausnahme darstellt [70]. Finanziell motivierte Interessen der Bahn vermögen den Entzug einer Fläche aus der kommunalen Planungshoheit – weder zu Beginn des Eingriffs, noch später – zu rechtfertigen. Eine Vorratshaltung von nicht der Bauleitplanung unterliegenden Flächen durch Fachplanungsträger ist illegitim [71].

Ein derartiger Entwidmungsanspruch wird inhaltlich im Hinblick auf die Dispositionsbefugnis der Bahn AG über ihr Streckennetz und die von ihr für den Bahnbetrieb für erforderlich gehaltenen Anlagen auf einen gerichtlich nicht voll überprüfbaren Gestaltungsspielraum hinauslaufen. Dieser verdichtet sich jedoch, wenn die Bahn eindeutig die mangelnde betriebliche Notwendigkeit einer Anlage/Fläche eingeräumt hat und die Entwidmung nur noch von werterhöhend wirkenden planerischen Festsetzungen bzw. entsprechenden Vorbescheiden resp. Genehmigungen abhängig macht. Das ist eine Tatfrage, allerdings können gewisse Aussagen seitens der Bahn AG in Verhandlungen zur Umkehr der Darlegungslast führen [72]. Passivlegitimiert ist der Bund als Träger des Eisenbahnbundesamtes. Diesem obliegt gemäß §3 Abs.2 Nr.4 des Gesetzes über die Eisenbahnverkehrsverwaltung des Bundes [73] die Ausübung hoheitlicher Befugnisse [74], zu der

[67] Vgl. oben bei Fußn.29.

[68] BVerwG, Urteil v. 16.12.1988 – 4 C 48.86 –, BVerwGE 81, 111, 118.

[69] Vgl. z.B. den in Fußn.66 wiedergegebenen Sachverhalt.

[70] A.A. wohl Ronellenfisch, DVBl. 1998, 653, 656.

[71] Eine gewisse Parallele ergibt sich zu den Fällen der „Rückenteignung“ (= Rückerwerbsanspruch des früheren Eigentümers hinsichtlich einer zuvor enteigneten Sache): Vgl. BVerfGE 38, 175, 179ff. und zu der hier vergleichbaren Fallgestaltung der Rücküberweisung eines nicht mehr zu militärischen Zwecken benötigten Grundstücks gemäß §57 Abs.1 Satz 1 1. Alt. LBeschG: BVerwG, Urteil v. 17.9.1998 – 4 C 18.97 –.

[72] Vgl. wiederum den in Fußn.66 wiedergegebenen Sachverhalt.

[73] Verkündet als Art.3 des Gesetzes zur Neuordnung des Eisenbahnwesens (Eisenbahnneuordnungsgesetz – ENeuOG) v. 27.12.1993, BGBl. I, 2378.

[74] Vgl. BVerwG, Beschl. v. 13.10.1994 – 7 VR 10.94 –, NVwZ 1995, 379, 380 zur Eisenbahnaufsicht.

die Widmung und als actus contrarius auch die Entwidmung zählt.

Ein kommunaler Entwidmungsanspruch ist Ausdruck des Regel – Ausnahme – Verhältnisses von Planungshoheit und Fachpla-

nungsprivileg und seine gerichtliche Anerkennung könnte dazu beitragen, das Patt zwischen den Gemeinden und Bahn aufzubrechen und in auf konsensuale Lösungen zielenden Verhandlungen zwischen Kommunen und der Bahn die Verhandlungsgewichte wieder zurechtzurücken.